

Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid

Ellen Gijsselaar

Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid

De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele
overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht

Positive obligations and liability law: The influence of positive obligations arising from the ECHR on
Dutch government liability in private law and on substantive criminal law
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Utrecht
op gezag van de
rector magnificus, prof.dr. H.R.B.M. Kummeling,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op vrijdag 15 oktober 2021 des middags te 2.15 uur

door

Ellen Christine Gijelaar

geboren op 26 juni 1982
te Almelo

Promotoren:

Prof. dr. F.G.H. Kristen

Prof. dr. I. Giesen

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding.....	12
1 Aanleiding.....	12
2 Doel en vraagstellingen.....	14
3 Nadere verantwoording.....	15
3.1 Achtergrond: ‘state of the art’ qua onderzoek.....	15
3.2 Belang.....	16
4 Reikwijdte van het onderzoek.....	17
4.1 Onderzochte rechtsgebieden.....	17
4.2 Geselecteerde artikelen uit het EVRM.....	17
4.3 Het materiële aansprakelijkheidsrecht.....	18
5 Methodologische keuzes.....	19
5.1 Traditioneel-juridische methode.....	19
5.2 Toetsen aan het EVRM.....	20
6 Opzet.....	20
Hoofdstuk 2: Positieve verplichtingen op grond van het EVRM.....	22
1 Inleiding.....	22
2 Interpretatie van het EVRM door het EHRM.....	22
2.1 Introductie.....	22
2.2 Autonome interpretatie.....	23
2.3 ‘Casuistic approach’.....	23
2.4 Dynamische interpretatie.....	24
2.5 De rol van (Europese) consensus.....	24
2.6 De ‘margin of appreciation’-doctrine.....	25
2.7 ‘Practical and effective’.....	26
3 Positieve verplichtingen op grond van het EVRM.....	26
3.1 Introductie.....	26
3.2 Achtergrond, ontwikkeling en definitie.....	27
3.3 Onderscheid negatieve en positieve verplichtingen.....	28
3.4 Grondslag en doel.....	28
3.5 Twee toetsen.....	29
3.5.1 Introductie.....	29
3.5.2 ‘Fair balance’-test.....	29
3.5.3 De ‘reasonable knowledge and means’-test.....	30
3.5.4 Verhouding tussen de twee benaderingen.....	31
3.6 Typen van positieve verplichtingen.....	31
3.6.1 Introductie.....	31
3.6.2 Positieve verplichtingen voor de strafrechtspleging.....	31
3.6.3 Naar een eigen typologie voor het aansprakelijkheidsrecht.....	32
4 Positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM.....	32
4.1 Introductie.....	32
4.2 Status en reikwijdte van artikel 2 EVRM.....	33
4.3 Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem.....	34
4.3.1 Introductie.....	34
4.3.2 Strafrechtelijk aansprakelijkheidssysteem.....	35

4.3.2.1	Introductie.....	35
4.3.2.2	Opzettelijke inbreuken.....	35
4.3.2.3	Niet-opzettelijke inbreuken.....	36
4.3.2.4	‘Law-enforcement machinery’.....	37
4.3.3	Civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem.....	37
4.3.4	Wettelijk (en bestuurlijk) kader voor activiteiten die een bedreiging voor het leven vormen.....	38
4.4	Feitelijke maatregelen.....	39
4.4.1	Introductie.....	39
4.4.2	Het Osman-criterium.....	40
4.4.2.1	Introductie.....	40
4.4.2.2	Kennis.....	40
4.4.2.3	Reëel en onmiddellijk risico.....	41
4.4.2.4	Criminele (en niet criminele) gedragingen.....	41
4.4.2.5	Identificeerbare mogelijke slachtoffers.....	42
4.4.2.6	Bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen.....	42
4.4.3	Keuze van te nemen feitelijke maatregelen.....	42
4.4.4	Bescherming van personen in kwetsbare situaties en personen onder controle van de Staat.....	43
4.4.5	Bescherming van de samenleving als geheel.....	44
4.5	Onderzoek.....	44
4.5.1	Introductie.....	45
4.5.2	Twee verschijningsvormen.....	45
4.5.3	Officieel onderzoek: strafrechtelijk of niet?.....	46
4.5.4	Activering van de onderzoeksverplichting.....	46
4.5.5	Vereisten aan onderzoek.....	47
4.5.5.1	Introductie.....	47
4.5.5.2	Adequaat onderzoek.....	48
4.5.5.3	Grondig & zorgvuldig onderzoek.....	48
4.6	Vervolgen.....	49
4.7	Berechting en bestraffing.....	49
4.8	Conclusie.....	50
5	<i>Positieve verplichtingen op grond van artikel 3 EVRM.....</i>	<i>50</i>
5.1	Introductie.....	50
5.2	Status en reikwijdte van artikel 3 EVRM.....	51
5.3	Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem.....	53
5.3.1	Introductie.....	53
5.3.2	Strafrechtelijk aansprakelijkheidssysteem.....	53
5.3.2.1	Introductie.....	53
5.3.2.2	Opzettelijke inbreuken.....	53
5.3.2.3	Niet-opzettelijke inbreuken.....	54
5.3.3	Andere ‘remedies’.....	54
5.3.4	Kader voor activiteiten die een bedreiging voor artikel 3 EVRM vormen.....	55
5.4	Feitelijke maatregelen.....	55
5.4.1	Introductie.....	55
5.4.2	De invulling van het Osman-criterium in de rechtspraak.....	55
5.4.2.1	Bescherming van kinderen en andere kwetsbaren.....	56
5.4.2.2	Bescherming van (andere) burgers.....	56
5.4.2.3	Conclusie uit en naar aanleiding van deze rechtspraak.....	57
5.4.3	Keuze van te nemen feitelijke maatregelen.....	57
5.4.4	Bescherming van personen in kwetsbare situaties en personen onder controle van de Staat.....	57
5.5	Onderzoek.....	58
5.5.1	Introductie.....	58

5.5.2	Twee verschijningsvormen van onderzoek.....	59
5.5.3	Activering van de onderzoeksverplichting	59
5.5.4	Vereisten aan het onderzoek.....	59
5.5.4.1	Introductie.....	60
5.5.4.2	Adequaat onderzoek.....	60
5.5.4.3	Grondig & zorgvuldig onderzoek.....	61
5.5.5	Contextspecifieke benadering	61
5.6	Vervolgen.....	62
5.7	Berechting en bestraffing.....	62
5.8	Conclusie.....	62
6	<i>Positieve verplichtingen op grond van artikel 4 EVRM</i>	63
6.1	Introductie	63
6.2	Status en reikwijdte van artikel 4 EVRM.....	63
6.3	Wettelijk en bestuurlijk kader	65
6.3.1	Introductie.....	65
6.3.2	Strafbaarstelling.....	65
6.3.3	Specifieke regulering.....	66
6.4	Feitelijke maatregelen	66
6.5	Onderzoek	67
6.6	Vervolgen.....	68
6.7	Berechting en bestraffing.....	69
6.8	Conclusie.....	69
7	<i>Positieve verplichtingen op grond van artikel 5 EVRM</i>	69
7.1	Introductie	69
7.2	Status en reikwijdte van artikel 5 EVRM.....	70
7.3	Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem.....	72
7.3.1	Introductie.....	72
7.3.2	Strafbaarstelling?.....	72
7.3.3	Civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem.....	72
7.3.4	Wettelijk toezichtskader	73
7.4	Verplichting om feitelijke maatregelen te treffen ‘to safeguard against the risk of disappearance’ ...	73
7.5	Onderzoek	74
7.6	Conclusie.....	75
8	<i>Positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM</i>	75
8.1	Introductie	75
8.2	Status en reikwijdte van artikel 8 EVRM.....	76
8.3	Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem.....	78
8.3.1	Introductie.....	78
8.3.2	Strafbaarstelling.....	79
8.3.3	Civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem.....	80
8.3.4	Specifieke wettelijke (en bestuurlijke) kaders	82
8.3.4.1	Introductie.....	82
8.3.4.2	Kader voor activiteiten die een bedreiging voor de fysieke integriteit vormen	83
8.3.4.3	Wettelijk kader ter bescherming tegen huiselijk geweld.....	83
8.3.4.4	Toezichtskader voor psychiatrische instellingen.....	84
8.3.4.5	Regelgeving als factor in de ‘fair balance’-test.....	84
8.3.4.6	Handhavend optreden.....	85
8.4	Feitelijke maatregelen	86
8.4.1	Introductie.....	86
8.4.2	De invulling van het Osman-criterium in de rechtspraak.....	87

8.4.2.1	Bescherming van kinderen en andere kwetsbaren tegen criminele gedragingen.....	87
8.4.2.2	Bescherming van (andere) burgers tegen criminele gedragingen.....	88
8.4.2.3	Bescherming tegen risicovolle activiteiten	88
8.4.3	Bescherming van de samenleving als geheel	89
8.4.4	Feitelijke maatregelen als factor in de ‘fair balance’-test.....	90
8.5	Het voorzorgsbeginsel in de rechtspraak van het EHRM.....	91
8.6	Onderzoek.....	92
8.6.1	Introductie.....	92
8.6.2	Verschijningsvormen	92
8.6.3	Officieel onderzoek: strafrechtelijk of niet?.....	93
8.6.4	Vereisten aan onderzoek.....	93
8.6.4.1	Introductie.....	93
8.6.4.2	Adequaat	94
8.6.4.3	Grondig & zorgvuldig.....	94
8.6.5	Contextgevoelige benadering.....	94
8.7	Vervolgen.....	95
8.8	Berechting, bestraffing en compensatie.....	95
8.9	Conclusie.....	96
9	<i>Positieve verplichtingen op grond van artikel 1 EP</i>	97
9.1	Introductie	97
9.2	Status en reikwijdte van artikel 1 EP EVRM	97
9.3	Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem.....	99
9.3.1	Introductie.....	100
9.3.2	Strafrechtelijk aansprakelijkheidssysteem	100
9.3.3	Civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem.....	101
9.4	Feitelijke maatregelen	101
9.4.1	Introductie.....	101
9.4.2	Feitelijke maatregelen in geval van ‘dangerous activities of a man-made nature’	102
9.4.3	Feitelijke maatregelen in geval van natuurrampen	102
9.5	Onderzoek	103
9.6	Vervolging	105
9.8	Conclusie.....	106
10	<i>Afronding</i>	106
Hoofdstuk 3: EVRM en het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht.....		109
1	<i>Inleiding</i>	109
2	<i>Onrechtmatigheid</i>	110
2.1	Introductie	110
2.2	Onrechtmatige besluiten	110
2.2.1	Aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten.....	110
2.2.2	Formele rechtskracht als mensenrechtelijk probleempunt.....	112
2.2.3	Ontwikkelingen naar aanleiding van de zaak over de aardbevingsschade in Groningen.....	113
2.2.4	Toetsing van besluiten	115
2.3	Onrechtmatige wetgeving.....	116
2.3.1	Toetsing van wetgeving.....	116
2.3.2	Niet wetgeven	119
2.4	Beleidsfalen	122
2.5	Ten onrechte nalaten feitelijke maatregelen te nemen	123
2.5.1	Introductie.....	123
2.5.2	Belangenafweging in Staat/Shell.....	124

2.5.3	Kelderluikfactoren.....	125
2.5.4	De verdere ontwikkeling in de rechtspraak.....	128
2.5.5	Rechterlijke interpretatie en toepassing: twee ‘risicovolle’ interpretaties.....	130
2.6	Toezichtsfalen.....	131
2.6.1	Introductie.....	131
2.6.2	Algemeen toezichtsfalen.....	132
2.6.3	Concreet toezichtsfalen in geval van niet door de overheid in het leven geroepen gevaarsituaties 135	
2.6.4	Toezicht & de beginselplicht tot handhaving.....	140
2.7	Voorzorgsbeginsel.....	141
2.8	EVRM als (geïntegreerd) toetsingskader: toepassingswijzen en valkuilen.....	143
2.8.1	Introductie.....	143
2.8.2	Toepassingswijzen.....	143
2.8.3	Misinterpretaties in de rechtspraak.....	145
2.8.3.1	Introductie.....	145
2.8.3.2	Geen onderscheid in compartimenten.....	145
2.8.3.3	Geen onderscheid tussen verschillende typen van positieve verplichtingen.....	147
2.9	Ambtshalve toepassing van EVRM-recht.....	148
3	<i>Causaliteit</i>	149
3.1	Introductie.....	149
3.2	Context 1: positieve verplichtingen.....	150
3.3	Context 2: artikel 41 EVRM.....	151
3.4	Nederlands recht: twee stappen.....	153
3.4.1	Introductie.....	153
3.4.2	‘Conditio sine qua non’.....	154
3.4.3	Leer van de redelijke toerekening (TNR).....	154
3.5	Nederlands recht vergeleken.....	155
4	<i>Relativiteit</i>	156
4.1	Introductie.....	156
4.2	Het relativiteitsvereiste.....	157
4.3	De benadering van de Hoge Raad.....	160
4.4	Nederlands recht vergeleken.....	162
5	<i>Schade</i>	163
5.1	Introductie.....	163
5.2	Beoordeling door het EHRM van het vaststellen van schadevergoeding door de echter.....	164
5.2.1	Introductie.....	164
5.2.2	Schadevergoedingsbeslissing.....	164
5.2.3	Vergoeding van ‘non-pecuniary damage’ wanneer de beschermingsverplichting niet is vervuld 165	
5.3	Billijke genoegdoening op grond van artikel 41 EVRM.....	167
5.3.1	Introductie.....	167
5.3.2	Uitgangspunten van het Straatsburgse systeem.....	167
5.3.3	De benadeelde.....	168
5.3.4	Schade.....	169
5.3.4.1	Introductie.....	169
5.3.4.2	Materiële schade.....	169
5.3.4.3	Immateriële schade.....	171
5.4	Compensatiemogelijkheden naar Nederlands recht vergeleken.....	174
5.4.1	Introductie.....	174
5.4.2	Andere vergoedingsstelsels, vergelijkbare uitgangspunten.....	174

5.4.3	Kring van gerechtigden.....	175
5.4.4	De te vergoeden schade.....	176
5.4.4.1	Introductie.....	176
5.4.4.2	Materiële schade voor direct getroffen.....	177
5.4.4.3	Materiële schade voor nabestaanden.....	178
5.4.4.4	Immateriële schade voor direct getroffen.....	178
5.4.4.5	Immateriële schade voor naasten en/of nabestaanden.....	181
6	<i>Afronding</i>	183
Hoofdstuk 4: EVRM en het strafrecht.....		185
1	<i>Inleiding</i>	185
2	<i>Strafbaarstelling</i>	185
2.1	Introductie.....	185
2.2	De werkwijze van het EHRM.....	186
2.3	Legitimatie van het strafrechtelijk overheidsingrijpen.....	187
2.4	Inhoudelijke eisen.....	187
3	<i>Op zoek naar verklaringen en illustraties: drie casestudies</i>	188
3.1	Introductie.....	188
3.2	Casus 1: (Moderne) vormen van slavernij.....	189
3.2.1	Verplichting tot strafbaarstelling.....	189
3.2.2	De strafbaarstelling in Nederland vergeleken.....	191
3.2.2.1	Introductie: 273f Sr.....	191
3.2.2.2	Artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 1 Sr: mensenhandel in Straatsburgse zin.....	192
3.2.2.3	Artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 4 Sr: gedwongen arbeid of dienstverlening.....	194
3.2.2.4	Artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 1 en 4: slavernij en dienstbaarheid.....	195
3.2.2.5	Artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 6: vangnetfunctie.....	196
3.2.3	Rechterlijke interpretatie.....	196
3.2.3.1	Gedragingen en middelen.....	196
3.2.3.2	Uitbuiting.....	198
3.2.3.3	Restrictieve benadering van gedwongen arbeid of dienstverlening.....	199
3.3	Casus 2: Zedendelicten.....	200
3.3.1	Verplichting tot strafbaarstelling.....	200
3.3.1.1	Verkrachting.....	200
3.3.1.2	Andere ‘non-consensual sexual acts’.....	203
3.3.1.3	(Risico op) seksueel misbruik van kinderen en andere kwetsbare personen.....	203
3.3.1.4	Kind-specifieke benadering.....	205
3.3.1.5	Opzettelijk of niet?.....	205
3.3.1.6	De grens: minder ernstige gedragingen die mogelijk de geestelijke integriteit schenden.....	206
3.3.2	Strafbaarstelling in Nederland vergeleken.....	207
3.3.2.1	Introductie.....	207
3.3.2.2	Seksuele delicten door middel van dwang getoetst.....	207
3.3.2.3	Strafrechtelijk instrumentarium minderjarigen.....	210
3.3.2.4	Kind-specifieke benadering?.....	212
3.3.2.5	Strafrechtelijk instrumentarium andere kwetsbaren.....	213
3.3.2.6	Oplossingsrichtingen.....	214
3.4	Casus 3: Levensdelicten.....	215
3.4.1	Introductie.....	215
3.4.2	Verplichting tot strafbaarstelling.....	215
3.4.2.1	Introductie.....	215
3.4.2.2	Opzettelijke inbreuken.....	216

3.4.2.3	Niet-opzettelijke inbreuken.....	217
3.4.2.4	Uitbreiding van het toepassingsgebied.....	219
3.4.3	De strafbaarstelling in Nederland vergeleken.....	220
3.4.3.1	Opzettelijke (levens)delicten getoetst.....	220
3.4.3.2	Niet opzettelijke (levens)delicten getoetst.....	221
3.5	Tussenbeschouwing.....	221
4	<i>Immunititeit</i>	222
4.1	Introductie.....	222
4.2	Positieve verplichtingen.....	223
4.2.1	De verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure.....	223
4.2.2	Toepassing in de rechtspraak van het EHRM: de zaken Kalender en Oruk.....	224
4.2.3	Toepassingsgebied van de verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure.....	225
4.3	Nederlands recht.....	226
4.3.1	(On)mogelijkheden om de centrale overheid en decentrale overheden te vervolgen.....	226
4.3.2	(On)mogelijkheden om ambtenaren te vervolgen.....	228
4.4	Het Nederlandse strafrechtelijke instrumentarium langs de lat van het EVRM.....	228
4.5	Een oplossingsrichting: ‘waar nodig’ uitzondering op immunititeit.....	230
5	<i>Opsporing en onderzoek</i>	230
5.1	Introductie.....	230
5.2	De verplichting tot het nemen van preventieve maatregelen en beëindiging van strafbare feiten....	231
5.3	De verplichting tot het doen van (strafrechtelijk) onderzoek.....	233
5.3.1	Introductie.....	233
5.3.2	Soort onderzoek: strafrechtelijk of niet?.....	233
5.3.3	Eerste voorwaarde: belang dient strafrechtelijke te worden beschermd.....	234
5.3.4	Tweede voorwaarde: wist of behoorde te weten.....	234
5.3.5	Adequaat, grondig & zorgvuldig onderzoek.....	235
5.3.6	Contextgevoelige benadering.....	237
5.4	Ongerechtvaardigde obstakels en hiaten.....	238
5.4.1	Introductie.....	238
5.4.2	Vertrouwelijkheid van gegevens.....	238
5.4.3	Journalistieke bronbescherming.....	239
5.4.4	Ontbreken van dwangmiddelen om bewijs te verzamelen.....	239
5.5	Voorwaarden voor een effectieve strafrechtspleging.....	240
5.5.1	Introductie.....	240
5.5.2	Detectie- en aangifte/rapportagemechanisme.....	240
5.5.3	Capaciteit en middelen.....	241
5.5.4	Internationale samenwerking.....	241
4.6	Samenvatting.....	241
5.7	Nederlands recht vergeleken.....	242
6	<i>Vervolging</i>	243
6.1	Introductie.....	243
6.2	De verplichting om te vervolgen.....	243
6.2.1	Introductie.....	243
6.2.2	Toepassingsgebied: het mensenrecht is bepalend.....	244
6.2.3	Vervolging ex officio of private vervolging?.....	244
6.2.4	Ontoelaatbare vervolgingsbeletselen.....	244
6.3	De vervolgingsbeslissing.....	246
6.3.1	Introductie.....	246
6.3.2	Zorgvuldige voorbereiding, motivering en communicatie met de nabestaanden.....	246
6.3.3	Ruimte voor technische of haalbaarheidsoverwegingen.....	247

6.3.4	Wenselijkheidsoverwegingen	248
6.3.5	Vervolgingsindicaties bij specifieke delicten.....	248
6.3.6	Selectie van de strafbare feiten.....	249
6.4	Samenvatting.....	249
6.5	Nederlands recht vergeleken.....	249
6.5.1	Introductie.....	249
6.5.2	Opportuniteit als probleempunt?	250
6.5.3	Geweld(saanwending) tenlastegelegd: een voorbeeldcasus	251
7	<i>Berechting en bestraffing</i>	252
7.1	Introductie	252
7.2	Berechting en bestraffing in de rechtspraak van het EHRM.....	252
7.2.1	Introductie.....	253
7.2.2	Algemene afschrikking als hoofddoel.....	253
7.2.3	Individuele afschrikking in de rechtspraak van het EHRM.....	254
7.2.4	Andere strafdoelen.....	254
7.2.5	‘Unacceptable measures’: gratie en amnestie	255
7.3	Beraadslaging door de rechter.....	256
7.3.1	Introductie.....	256
7.3.2	Vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.....	256
7.3.3	Straftoemingsbeslissing.....	256
7.4	Samenvatting.....	258
7.5	Met het Nederlandse recht vergeleken	259
7.5.1	Introductie.....	259
7.5.2	Sanctionering van onherstelbare vormverzuimen.....	259
7.5.3	Straftoemeting bij schieten op rijdende auto: moeilijk te toetsen.....	261
8	<i>Afronding</i>	261
Hoofdstuk 5: Slotbeschouwing: conclusies en aanbevelingen		264
1	<i>Inleiding</i>	264
2	<i>Toetsingskader EVRM</i>	265
2.1	Introductie	265
2.2	De wetgever.....	265
2.2.1	Introductie.....	265
2.2.2	Rechtsgebieden.....	265
2.2.3	Vorm van de normen.....	266
2.2.4	Inhoud van de normen	267
2.2.5	Voorschriften met betrekking tot sanctionering en remediëring?	267
2.3	De uitvoerende macht.....	268
2.3.1	Introductie.....	268
2.3.2	Onderzoek.....	269
2.3.3	Capaciteit en middelen.....	270
2.3.4	Vervolging.....	270
2.4	De rechter	271
2.4.1	Introductie.....	271
2.4.2	Normerende betekenis van de verplichting om te voorzien in effectief aansprakelijkheidskader 271	
2.4.3	Grenzen aan rechterlijke interpretatievrijheid?.....	273
2.4.4	Het opleggen van sancties en het toekennen van schadevergoeding.....	274
3	<i>Toetsing van het civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht</i>	275

3.1	Introductie	275
3.2	Wetgever.....	275
3.2.1	Wettelijk kader voldoet.....	275
3.2.2	Wat de wet niet regelt: vergoeding voor gedeerd levensonderhoud bij niet-samenwonenden...276	
3.3	Uitvoerende macht.....	276
3.4	De rechter	277
3.4.1	Introductie.....	277
3.4.2	Effectuering EVRM-recht onmogelijk gemaakt: aansprakelijkheidsimmunititeiten.....	278
3.4.3	(Ingevulde) toetsingskaders voldoen op hoofdlijnen.....	279
3.4.4	(Potentiële) fouten in de rechtspraak bij interpretatie nationaal recht.....	280
3.4.4.1	Introductie	280
3.4.4.2	Verouderde concepten.....	280
3.4.4.3	Stringente uitleg.....	281
3.4.4.4	Strikte inperking van aansprakelijkheid.....	281
3.4.5	(Potentiële) fouten in de rechtspraak bij toetsing aan het EVRM.....	282
3.4.5.1	Introductie	282
3.4.5.2	Geen onderscheid in compartimenten.....	282
3.4.5.3	Geen onderscheid tussen typen van positieve verplichtingen	283
3.4.5.4	Te weinig oog voor het EVRM-systeem	283
3.4.5.5	Aanvullende eisen vanuit het nationale recht.....	284
3.4.6	Ambtshalve toepassing van EVRM-recht.....	284
3.5	Slot.....	284
4	<i>Implementatieproblemen en aanbevelingen.....</i>	<i>284</i>
4.1	Introductie	284
4.2	Wetgever.....	285
4.3	Uitvoerende macht.....	285
4.4	Rechter	285
4.4.1	Introductie.....	285
4.4.2	Opleiding.....	286
4.4.3	Rechterlijke toetsing.....	286
4.4.4	Aanbevelingen voor de rechter.....	287
	Samenvatting.....	288
	Summary.....	294
	Literatuur	300
	Rechtspraakregister	326
	Curriculum vitae	344

Hoofdstuk 1: Inleiding

1 Aanleiding

In 1950 aanvaardden de toenmalige veertien lidstaten van de Raad van Europa het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Daarbij is het niet gebleven. In de jaren na 1950 zijn de in het EVRM opgenomen rechten gestaag uitgebreid door middel van aan het EVRM toegevoegde protocollen en interpretatie van de verdragsbepalingen door het EHRM. Zo werd in 1952 het recht op eigendom toegevoegd. Sinds de jaren '70 van de vorige eeuw neemt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aan dat op de verdragsstaten ook verplichtingen rusten om actief op te treden om fundamentele rechten te beschermen.¹ Deze zogenoemde 'positieve verplichtingen' zijn door het EHRM voortdurend uitgebreid.² Zij worden bovendien steeds verder verfijnd en uitgewerkt. Op die manier is hun betekenis en reikwijdte duidelijker geworden. Er zijn bijvoorbeeld verplichtingen aangenomen om afdwingbare en effectieve wetgeving in te voeren,³ onderzoek uit te voeren⁴ en feitelijke maatregelen te nemen.⁵ Met deze positieve verplichtingen zijn weer nieuwe vragen gerezen, onder meer over hun werkingssfeer en inhoud.

Bij de toetreding tot het EVRM begin jaren vijftig van de vorige eeuw gingen de regering en het parlement ervan uit dat de Nederlandse rechtspraktijk geheel in overeenstemming was met het EVRM. Het verdrag zou in het Nederlandse recht geen verandering brengen. De mensenrechtelijke standaarden zouden reeds voldoende zijn gewaarborgd.⁶ Ook in 2011 werd dit positieve beeld door de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie uitgedragen.⁷ Inmiddels is gebleken dat dit beeld, in elk geval voor wat betreft de positieve verplichtingen, achterhaald is. Positieve verplichtingen hebben een impact op het nationale materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, waar het gaat om zowel wetgeving, als beleid en rechtspraak.⁸

Met betrekking tot die impact van positieve verplichtingen op het materiële strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht springt een tweetal zaken direct in het oog: *X & Y/Nederland*⁹ en *M.C./Bulgarije*.¹⁰ In beide zaken stelde het EHRM een schending vast van zo'n positieve verplichting. In de eerste zaak gaat het om de verstandelijk gehandicapte Y. Een dag na haar zestiende verjaardag werd Y door de schoonzoon van de directrice van de instelling waarin zij verbleef, seksueel misbruikt. De vader van Y doet aangifte van verleiding van zijn minderjarige dochter tot ontucht. De zaak wordt

¹ Gerards 2011, p. 232, onder verwijzing naar EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), r.o. 31.

² Gerards 2011, p. 232.

³ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 89-90; EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 129-132; EHRM 22 november 2011, 24202/10 (*Zammit Maempel/Malta*), r.o. 69.

⁴ EHRM 27 september 1995, 18984/91 (*McCann e.a./VK*), r.o. 161; EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 94.

⁵ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 101-108; EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 133-134; EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 174-185 en 216.

⁶ *Kamerstukken II* 1953/54, 3043, 6, p. 2-3; *Kamerstukken I* 1953/54, 3043, 162a, p. 1. Vgl. ook Meuwissen 1968, p. 364.

⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 32735, 32, p.3.

⁸ Uiteraard hebben positieve verplichtingen ook een impact op het bestuursrecht. Deze impact is echter niet betrokken in het onderzoek. In paragraaf 4.1 wordt beschreven wat daar de redenen voor zijn.

⁹ EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*).

¹⁰ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*).

echter geseponeerd. Naar aanleiding daarvan wordt door de vader bij het gerechtshof beklag over niet-vervolgging gedaan. Hij wordt in deze procedure echter niet-ontvankelijk verklaard omdat niet is voldaan aan het klachtvereiste. Het toenmalige artikel 248ter Sr, waarin het aanzetten van een minderjarige tot seksueel misbruik strafbaar was gesteld, was een klachtdelict. Alleen het slachtoffer zelf – en dus niet ook de vader – was gerechtigd om een klacht in te dienen.¹¹ Het EHRM achtte de Nederlandse Staat verantwoordelijk voor dit hiaat in de wetgeving.¹² De Nederlandse zedelijkheidswetgeving is inmiddels op de schop gegaan.¹³ In de tweede zaak, *M.C./Bulgarije*, gaat het om de strafbaarstelling,¹⁴ vervolging en bestraffing van verkrachting.¹⁵ Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat, waar het om verkrachting gaat, in beginsel een vervolging dient te worden gestart tegen de verantwoordelijken die binnen het bereik van de strafwet vallen. Voor afwegingen conform het in Nederland geldende opportuniteitsbeginsel lijkt dan nauwelijks of geen plaats te zijn.¹⁶

Op het terrein van het privaatrecht speelden positieve verplichtingen tot voor kort een beperkte rol. Een beroep op positieve verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien, werd gemakkelijk terzijde geschoven. Beoordeeld werd of uit het EVRM een strengere zorgvuldigheidsnorm valt af te leiden dan uit de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW.¹⁷ Ter illustratie kan worden gewezen op de civiele zaak die slachtoffers en nabestaanden van het schietincident in Alphen aan den Rijn op 9 april 2011 aanhangig hebben gemaakt om de politie aansprakelijk te stellen voor hun schade. In deze zaak wordt door de rechtbank Den Haag het beroep op de positieve verplichting om preventieve maatregelen te treffen terzijde geschoven omdat uit de artikelen 2, 3 en 8 EVRM geen strengere zorgvuldigheidsnorm afgeleid zou kunnen worden dan uit de in artikel 6:162 BW neergelegde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Deze grondslag wordt dan ook niet verder besproken door de rechtbank.¹⁸ Vertrekpunt leek te zijn dat in het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen worden geboden om fundamentele rechten te waarborgen. Ook in de literatuur was een soortgelijk beeld terug te vinden.¹⁹ Zo gaat Smits ervan uit dat grondrechten – waaronder ook de door het EVRM beschermde rechten dienen te worden verstaan – al grotendeels via het privaatrecht worden verwezenlijkt. Dat er door binnen het privaatrecht gebruik te maken van grondrechten, ‘iets extra’s’

¹¹ EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 7-12.

¹² EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 28-30.

¹³ De kring van klachtgerechtigden van artikel 248ter Sr was al vóór de EHRM-uitspraak uitgebreid. Wel werd een andere wijziging in de zedelijkheidswetgeving gemotiveerd onder verwijzing naar de uitspraak. Zie hierover De Wilde 2016, onder verwijzing naar de Wet van 27 februari 1985, *Stb.* 1985/115 (aanpassing voorwaarden om als klachtgerechtigde te mogen worden aangemerkt) en *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 6 (aanpassing delictsomschrijvingen).

¹⁴ Dit kan ook geschieden door interpretatie van een delictsomschrijving door de rechter. Vgl. Van Kempen 2008, p. 26-39 en Kristen 2010, p. 644.

¹⁵ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 166.

¹⁶ Van Kempen 2008, p. 50.

¹⁷ Vgl. Gijsselaar 2016, p. 175, onder verwijzing naar Rb. Den Haag 9 november 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU5877 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 3.6; Rb. Den Haag 13 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 27; Rb. 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593 (*Asbestziekte*), r.o. 4.35; Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*), r.o. 5.53.

¹⁸ Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*), r.o. 5.53. De Hoge Raad heeft op 20 september 2019 arrest gewezen: HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*). Zie over dit arrest hoofdstuk 3, § 4.3.

¹⁹ Smits 2003, p. 58 en 161.

kan worden geboden, gelooft Smits niet.²⁰ Het aansprakelijkheidsrecht slokt de grondrechtendimensie in zijn visie als het ware op.²¹

Inmiddels is er een kentering gaande. Dat via het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen worden geboden om fundamentele rechten te waarborgen, wordt minder vanzelfsprekend geacht. In uitspraken wordt steeds vaker expliciet naar het EVRM verwezen.²² Dat gebeurt bijvoorbeeld in de Urgenda-zaak. In deze zaak heeft de Hoge Raad overwogen dat de Staat op grond van artikel 2 en 8 EVRM een positieve verplichting heeft om passende maatregelen te nemen om de uitstoot van broeikasgassen vanaf het Nederlandse grondgebied te beperken.²³

Uit het voorgaande blijkt dat positieve verplichtingen een impact op de strafrechtspleging kunnen hebben. De beschrijving van de twee zaken hiervoor heeft laten zien dat het Nederlandse recht niet zonder meer Straatsburg-*proof* is. Dat roept uiteraard de vraag op of er nog meer (potentiële) strafrechtelijke probleempunten zijn. Ook in het privaatrecht lijkt het EVRM steeds vaker en steeds dieper ‘binnen te dringen’. Die toenemende invloed van fundamentele rechten op het materiële aansprakelijkheidsrecht roept een aantal vragen op. Welke normen/verplichtingen gelden er momenteel, hoe ver strekken die, en wat betekent dat vervolgens voor (de inrichting van) het Nederlandse civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht? Is ons aansprakelijkheidsrecht voldoende geëquipeerd om te voldoen aan de eisen die uit EVRM voortvloeien? Wat zijn de gevolgen voor het huidige arsenaal van nationale aansprakelijkheidsconcepten die worden gehanteerd? Deze en andere vragen geven aanleiding tot dit onderzoek.

2 Doel en vraagstellingen

Dit onderzoek betreft ten eerste een evaluatief onderzoek. Het heeft als doel om het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht te toetsen aan de eisen die voortvloeien uit die positieve verplichtingen die op grond van de artikelen 2, 3, 4, 5, 8 en 1 Eerste Protocol (EP) EVRM zijn geformuleerd door het EHRM in diens rechtspraak. Deze bepalingen kunnen als een ieder verbindende bepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet worden beschouwd. Zij hebben derhalve rechtstreekse werking. Verondersteld wordt daarmee tevens dat verdragsstaten verplicht zijn om alle door het EHRM in zijn beslissingen gegeven rechtsregels en interpretaties na te leven in gevallen die binnen de reikwijdte van het verdrag liggen.²⁴ De nationale bescherming mag niet zakken onder het minimumniveau van bescherming van de EVRM-rechten dat het EHRM in zijn rechtspraak aangeeft. Die bescherming moet

²⁰ Smits 2003, p. 58 en 161.

²¹ Er zijn echter ook tegengeluiden te horen. Emaus pleit voor de introductie van een nieuwe rechtsfiguur in het Nederlandse recht: de fundamentele rechtsschending. Deze rechtsfiguur dient volgens haar te worden geïntroduceerd omdat artikel 6:162 BW bij een schending van een fundamenteel recht niet steeds soelaas zal bieden. Zie Emaus 2013, p. 307 e.v.

²² Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*Legionellabesmetting*), r.o. 4.8-4.9; Hof Den Haag 5 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0132 (*Staat/Mustafic c.s.*); Hof Den Haag 5 juli 2011 ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0133 (*Staat/Nuhanovic*); Rb. Den Haag 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562 (*Moeders van Srebrenica*); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.8-2.7.13; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*), r.o. 4.2.2.

²³ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 6.1.

²⁴ Barkhuysen 2004, p. 47; Van Kempen 2003, p. 37-63. Van Kempen betoogt dat een onderscheid tussen rechtsvinding en rechtsschepping gemaakt zou moeten worden. Voor zover het gaat om regels en interpretaties die door rechtsschepping zijn verkregen, geldt volgens hem geen bindende kracht.

bovenal op nationaal niveau worden geboden.²⁵ Gelet op het zogenaamde subsidiariteitsbeginsel zijn de staten daarvoor in de eerste plaats zelf verantwoordelijk.²⁶ Zij dienen zorg te dragen voor een effectieve bescherming van de EVRM-rechten. Het Europese stelsel speelt dus een aanvullende rol. Het komt pas in beeld wanneer een klacht wordt ingediend omdat de nationale autoriteiten zich niet of onvoldoende van hun taak zouden hebben gekweten. Het doordenken van de betekenis van de mensenrechten is in die zin niet uitsluitend de taak van het EHRM. Het is aan Nederland zelf om te bepalen wat de implicaties van, bijvoorbeeld, positieve verplichtingen in de context van het materiële aansprakelijkheidsrecht zijn. Dit onderzoek strekt ertoe daaraan bij te dragen.

Voor zover het minimum beschermingsniveau dat het EVRM bepaalt, niet wordt bereikt, bevat het onderzoek ten tweede een ontwerpvraag. In dat geval zal worden gezien op welke wijze deze situatie aangepakt kan worden.

Het hiervoor beschrevene leidt tot de volgende twee centrale vragen:

- i. Voldoet het Nederlandse materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht aan de eisen die voortvloeien uit de op grond van de artikelen 2, 3, 4, 5, 8 en 1 EP EVRM geformuleerde positieve verplichtingen?
- ii. Zo nee, hoe kunnen implementatieproblemen²⁷ binnen het materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht worden opgelost?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Welke verplichtingen vloeien voort uit de rechtspraak van het EHRM over positieve verplichtingen die op grond van de artikelen 2, 3, 4, 5, 8 en 1 EP EVRM zijn geformuleerd?
2. Op welke punten wordt voldaan aan de eisen die op grond van de positieve verplichtingen zijn geformuleerd?
3. Op welke punten wordt hier niet aan voldaan en is er derhalve sprake van implementatieproblemen?
4. Wat zijn mogelijke oplossingen voor de geschetste implementatieproblemen?

3 Nadere verantwoording

3.1 Achtergrond: ‘state of the art’ qua onderzoek

Het onderwerp van dit onderzoek is de doorwerking van positieve verplichtingen uit het EVRM op het materiële civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Binnen het strafrecht is al enige tijd een debat gaande over deze invloed. Vermeldenswaard zijn in dit verband de oraties van Van Kempen en Vellinga-Schootstra & Vellinga. Zij hebben de betekenis van positieve verplichtingen voor het straf- en strafprocesrecht in grote lijnen in kaart gebracht en geïnventariseerd op welke

²⁵ Zie over het minimumkarakter van het EVRM bijvoorbeeld Lawson 2009, p. 320; Villinger 2007, p. 625.

²⁶ Zie over het subsidiariteitsbeginsel Villinger 2007, p. 623-637.

²⁷ Met de term ‘implementatie’ wordt bedoeld op het vervullen van de positieve verplichtingen.

materieelrechtelijke terreinen positieve verplichtingen een rol spelen.²⁸ Daarnaast zijn in verschillende studies specifieke onderdelen van het (materiële) strafrecht getoetst aan de rechtspraak van het EHRM. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de toetsing van strafbaarstelling van zedendelicten²⁹ en mensenhandel.³⁰ Ook is onderzoek gedaan naar ‘de strafbaarstelling als positieve staatsverplichting’³¹ en ‘het recht op strafrechtelijke handhaving’³² in zijn algemeenheid.

In het privaatrecht – zeker buiten het familierecht van Boek 1 BW – is de invloed van positieve verplichtingen nog veel minder bekend. Dat wil echter niet zeggen dat het privaatrecht buiten het blikveld van het EHRM blijft, al was het alleen maar omdat het EHRM niet in termen van ‘publiek-privaat’ denkt. Ten tijde van het opstarten van dit onderzoek leek het (privaatrechtelijke deel van het) onderzoeksthema veelal op het niveau van een incidentele, specifieke uitspraak van het EHRM te worden belicht.³³ Slechts in enkele publicaties werd meer uitgebreid aandacht besteed aan de invloed van positieve verplichtingen op (deelterreinen van) het materiële aansprakelijkheidsrecht. Hierbij kan worden gewezen op de publicaties van Van Maanen, Barkhuysen & Van Emmerik, Ploeger en Emaus waarin inzicht is gegeven in de verhouding tussen het Nederlandse burgerlijk (proces)recht en de positieve verplichtingen die op grond van respectievelijk het recht op eigendom en het recht op leven zijn geformuleerd.³⁴ Mede onder invloed van zaken als *Urgenda* en *Aardbevingsschade Groningen* wordt in de privaatrechtelijke literatuur inmiddels meer aandacht besteed aan de doorwerking van positieve verplichtingen op het materiële aansprakelijkheidsrecht. Zo heeft Van Dam in 2015 in zijn (eerste deel van de) tweede druk van het boek *Aansprakelijkheidsrecht* een ruime plaats ingeruimd voor de behandeling van de invloed van het EHRM op het aansprakelijkheidsrecht. Hierin wordt ook specifiek aandacht besteed aan de positieve verplichtingen voor de Staat die het EHRM ter bescherming van ‘leven, veiligheid en gezondheid’ van burgers heeft geformuleerd.³⁵ Ook in de derde druk van dit boek wordt uitgebreid op de invloed van het EHRM ingegaan.³⁶ Ten slotte is van belang om te vermelden dat de bespreking van de doorwerking van positieve verplichtingen op het materiële aansprakelijkheidsrecht vaak beperkt blijft tot één rechtsgebied.³⁷

3.2 Belang

Met betrekking tot de wetenschappelijke relevantie en het maatschappelijk belang kan het volgende worden opgemerkt. Het EVRM geldt in de nationale rechtsorde als hoogste rechtsnorm. De positieve verplichtingen dwingen de staten om het eigen materiële recht aan te passen (via nieuwe interpretaties door de rechter, door wetgeving of wijzigingen in het (vervolgings)beleid). Beantwoording van de vragen die in onderhavig onderzoek centraal staan, kan bijdragen aan de realisering van een adequaat

²⁸ Van Kempen 2008; Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008.

²⁹ Kool 2008; Lindenberg 2013; Kool 2016; Lindenberg & Van Dijk 201; Lindenberg 2019.

³⁰ Lestrade & Ten Kate 2009; Lestrade 2018.

³¹ De Hert & Gutwirth 2005.

³² Simonis & De Wijkerslooth 2004.

³³ Zie bijvoorbeeld Barkhuysen & Van Emmerik 2005b. Zij trekken lessen uit de uitspraak in de zaak *Öneryildiz/Turkije*.

³⁴ Van Maanen 2011; Barkhuysen & Van Emmerik 2005a; Ploeger 2005; Emaus 2011.

³⁵ Van Dam 2015.

³⁶ Van Dam 2020.

³⁷ Een uitzondering hierop is een publicatie van Rijnhout, Sikkema & De Zanger. Zij bespreken de strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder bij dodelijke ongevallen. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de voor dit terrein relevante positieve verplichtingen. Zie Rijnhout, Sikkema & De Zanger 2014.

niveau van bescherming van mensenrechten. Inzichtelijk wordt gemaakt op welke wijze positieve verplichtingen binnen de Nederlandse rechtsorde (kunnen) worden vervuld.

Ook vanuit een meer praktisch oogpunt is dit onderzoek relevant. De rechtspraktijk wordt een aantal handvatten geboden die kunnen helpen bij de beantwoording van complexe vragen die in het kader van de doorwerking van positieve verplichtingen op het materiële aansprakelijkheidsrecht kunnen rijzen.

4 Reikwijdte van het onderzoek

4.1 Onderzochte rechtsgebieden

In dit onderzoek staat (enkel) de invloed van positieve verplichtingen op het materiele strafrecht en het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht centraal. Er bestaan belangrijke verbanden tussen deze twee rechtsgebieden.³⁸ Het gaat in beide rechtsgebieden om het beoordelen van gedrag. Wanneer er in strijd met een (straf)bepaling of zorgplicht wordt gehandeld, kan privaatrechtelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gevestigd. Dat resulteert in de plicht tot het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer of het opleggen van strafrechtelijke sancties, een en ander al dan niet in combinatie met elkaar.

Vanuit mensenrechtelijke perspectief is de relatie tussen het strafrecht en het privaatrecht bovendien interessant omdat het EHRM – in ieder geval op het eerste gezicht – geen duidelijke lijn lijkt uit te werken met betrekking tot de vraag wanneer strafrechtelijke en wanneer civielrechtelijke remedies vereist zijn. Soms vereist het EHRM strafrechtelijke remedies, soms oordeelt het dat een civielrechtelijke remedie voldoende bescherming biedt.³⁹ Door de invloed van positieve verplichtingen op beide rechtsgebieden te beschrijven, kan een totaaloverzicht worden gegeven en inzichtelijk worden gemaakt in welke situatie welke weg aangewezen is of lijkt te zijn.

Omdat de rechtspraak van het EHRM waarin positieve verplichtingen zijn geformuleerd vooral relevant is voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht is ervoor gekozen om het onderzoek daartoe te beperken. Daarbuiten zijn slechts eisen op systeemniveau vastgesteld.⁴⁰

Het bestuursrecht is buiten beschouwing gelaten.⁴¹ De reden voor deze beperking is gelegen in de voor dit promotietraject beperkte beschikbare tijd. Bespreking van alle drie de rechtsgebieden zou te veel tijd kosten. Daarnaast is het bestuursrecht minder gericht op het aansprakelijkheidsrecht.

4.2 Geselecteerde artikelen uit het EVRM

Alleen die aspecten van het EVRM die invloed uitoefenen op het materiële aansprakelijkheidsrecht op nationaal niveau, zullen worden behandeld. Daartoe zijn de volgende materiële rechten geselecteerd:

- Artikel 2: recht op leven
- Artikel 3: verbod van foltering
- Artikel 4: verbod van slavernij en dwangarbeid

³⁸ Zie bijvoorbeeld Van Dam 2020, p. 46-47.

³⁹ Zie hierover Somer 2016.

⁴⁰ Vgl. hoofdstuk 2, § 4.3.3.

⁴¹ Zie over de verhouding tussen het EVRM en het materiële omgevingsrecht Sanderink 2015.

- Artikel 5: recht op vrijheid en veiligheid
- Artikel 8: recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven
- Artikel 1 EP: bescherming van eigendom

Voor het strafrecht zijn de artikelen 2, 3, 4, 5 en 8 het meest relevant. Artikel 1 EP kan echter van belang zijn voor vermogensdelicten. Die strekken immers tot bescherming van eigendom. Er dient hierbij een onderscheid te worden gemaakt tussen de artikelen die vooral op het materieel strafrecht zien en artikelen die vooral een rol bij de strafvordering spelen. Tot de eerste categorie behoren de artikelen 2, 3, 4 en 1 EP EVRM. De artikelen 5 en 8 EVRM hebben op het eerste gezicht meer met formeel strafrecht van doen. Zij hebben echter ook een duidelijke materiële kant. Op grond van deze bepalingen zijn zowel verplichtingen tot strafbaarstelling, het verrichten van onderzoek en het treffen van preventieve maatregelen aangenomen. Deze artikelen zullen dan ook in het onderzoek worden betrokken.

Waar het om het privaatrecht gaat, zijn met name de artikelen 2, 3, 8 en 1 EP EVRM relevant en ligt de focus op het overheidsaansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht.⁴² Positieve verplichtingen die (specifiek) van invloed zijn op andere deelgebieden van het privaatrecht, zoals het personen- en familierecht en het intellectueel eigendomsrecht & mediarecht, worden buiten beschouwing gelaten. De reden daarvoor is dat deze rechtsgebieden sterk afwijkend van aard zijn en in deze zin minder bruikbaar zijn voor bijvoorbeeld het trekken van conclusies over de afbakening van het strafrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast ontbrak voor het onderzoek tijd en gelegenheid.

De rechten die procedureel van aard zijn, zoals artikel 6 EVRM, worden niet behandeld.⁴³ Zij zijn met name relevant voor het straf- en civiele procesrecht. De materiële positieve verplichting die procedurele gevolgen heeft, neem ik, voor zover het artikel 13 EVRM betreft, wel mee (zie § 4.3).

4.3 Het materiële aansprakelijkheidsrecht

Dit onderzoek beschrijft de invloed van positieve verplichtingen op het materiële civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Het was echter niet mogelijk om het gehele materiële aansprakelijkheidsrecht te toetsen op verenigbaarheid met het EVRM. Daarvoor is het aansprakelijkheidsrecht simpelweg te omvangrijk. Daarom is ervoor gekozen om het onderzoek nader af te bakenen door enkele belangrijke Nederlandse regels en leerstukken te selecteren en die te toetsen aan de uit het EVRM voortvloeiende eisen. De uit het EVRM voortvloeiende eisen zijn dus het vertrekpunt geweest. Dat heeft geresulteerd in de keuze om op het gebied van het civiele buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht te kijken naar relevante Nederlandse wettelijke regels op het gebied van het onrechtmatigedaadsrecht (artt. 6:162-163 en art. 6:95 e.v. BW) voor zover het over de overheid gaat en naar de invulling daarvan in de Nederlandse jurisprudentie. De algemene leerstukken onrechtmatigheid, relativiteit, causaal verband en schade zullen dan ook worden getoetst. De kwalitatieve aansprakelijkheden (art. 6:169 e.v. BW) blijven buiten beschouwing.

Bij het strafrecht ligt de focus op het materieel strafrecht. Anders dan bij het civiele recht, wordt bij de bespreking van het strafrecht slechts zijdelings op de algemene leerstukken ingegaan. De reden daarvoor is dat het EHRM zich (vrijwel) niet uitlaat over het algemeen deel van het materiële strafrecht.

⁴² Van Maanen 2011, p. 25-27.

⁴³ Zie over de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM bijvoorbeeld De Jong 2017, p. 17-48.

De betekenis van begrippen als opzet, nalatigheid/onachtzaamheid, medeplichtigheid, uitlokking en poging komt niet of slechts zijdelings aan de orde. De invulling van die begrippen lijkt te worden overgelaten aan de verdragsstaten. Het is dan ook niet mogelijk om in het algemeen te toetsen of de nationale invulling van dergelijke leerstukken *EVRM-proof* is. Om een verdiepingsslag te kunnen maken op het vlak van de verplichting tot strafbaarstelling is ervoor gekozen een aantal voorbeelden, als een soort case studies, te selecteren.⁴⁴ Deze benadering van case studies hangt samen met de specifieke kenmerken van het strafrecht. Door de brede benadering die ik voorsta bij het civiele recht zijn case studies daar niet nodig.

Niet zal worden ingegaan op bijzondere omstandigheden waaronder aansprakelijkheid is uitgesloten voor een gedraging die normaal gesproken strafrechtelijke aansprakelijkheid oplevert. De reden daarvoor is gelegen in het perspectief dat in dit boek wordt gehanteerd: de vraag staat centraal wanneer de overheid dient over te gaan tot strafbaarstelling van bepaald gedrag. Het perspectief van de verdachte komt daarbij niet aan de orde. Er wordt dan ook geen antwoord gegeven op de vraag onder welke bijzondere omstandigheden het feit zijn strafbare karakter verliest en/of schuld ontbreekt.⁴⁵

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat de materiële positieve verplichting om mensenrechten te beschermen ook verschillende procedurele gevolgen heeft. Staten moeten er niet alleen voor zorgen dat mensenrechten als dusdanig worden beschermd; zij dienen ook procedures in het leven te roepen die deze bescherming in het nationale recht effectueren. In het onderzoek zal ook op deze procedurele aspecten worden ingegaan. Reden daarvoor is dat er een logisch en noodzakelijk verband bestaat tussen de aan burgers toekomende fundamentele rechten en een effectief rechtsmiddel om aanspraak te maken op die rechten.⁴⁶ Effectieve rechtsmiddelen zijn van grote betekenis voor het daadwerkelijk kunnen verwezenlijken van het materiele recht. Voor het privaatrecht betekent dit meer concreet dat onder meer zal worden ingegaan op het leerstuk van de formele rechtskracht en op de vraag welke remedies het Nederlandse schadevergoedingsrecht biedt in geval van aansprakelijkheid. Wat betreft het strafrecht zal worden ingegaan op opsporing, vervolging, berechting en bestraffing. Ook andere vraagstukken die zich op het grensvlak van materieel recht en procesrecht voordoen, worden behandeld. Daarbij kan worden gedacht aan de rechterlijke toetsing van wetgeving. Deze toetsing komt aan de orde omdat zij direct verband houdt met de afdwingbaarheid van de positieve verplichting om regelgeving uit te vaardigen.

5 Methodologische keuzes

5.1 Traditioneel-juridische methode

Ter beantwoording van de onderzoeksvragen is gekeken naar het geldend recht op ‘Europees niveau’, alsmede naar het geldende recht binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht. Gebruik is gemaakt van de traditioneel-juridische onderzoeksmethode. Deze bestaat uit bestudering, analyse en logische ordening van relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur. Op basis van de beschikbare juridische bronnen is een beschrijving van de huidige staat van het recht op Europees en Nederlands

⁴⁴ Zie daarover meer uitgebreid hoofdstuk 4, § 3.1.

⁴⁵ Soortgelijke overwegingen spelen een rol bij de afweging om het leerstuk van de eigen schuld van de benadeelde (6: 101 BW) bij de bespreking van het civiele aansprakelijkheidsrecht buiten beschouwing te laten. In dat geval is de schade niet alleen een gevolg van onrechtmatige daad, maar evenzeer van een handelen (of nalaten) van de benadeelde zelf of van een omstandigheid die voor zijn risico komt.

⁴⁶ Vgl. Collignon-Smit Sibinga 2010, p. 105.

niveau gemaakt. Waar mogelijk en relevant wordt melding gemaakt van nog aanhangige wetsvoorstellen en juridische procedures en van de daarin voorkomende juridische vragen, uiteraard uitsluitend voor zover openbare stukken dat toestaan. Op Europees niveau is getracht de positieve verplichtingen in kaart te brengen, in het bijzonder is een nadere typologie gemaakt van de uit het EVRM en de rechtspraak van het EHRM voortvloeiende positieve verplichtingen. Het recht op nationaal niveau is geanalyseerd in termen van (I.) het huidige arsenaal van aansprakelijkheidsconcepten en (II.) de verhouding tussen rechter, wetgever en bestuur.

5.2 Toetsen aan het EVRM

Door het op dit moment in Nederland geldende recht te toetsen aan de EVRM-eisen die in de positieve verplichtingen besloten liggen, kan worden vastgesteld of sprake is van implementatieproblemen en of het Nederlandse recht nader ontwikkeld zou moeten worden. Als de toets negatief uitvalt, zal het bestaande recht namelijk anders geïnterpreteerd, aangevuld, gewijzigd, vervangen of zelfs afgeschaft moeten worden.

Het vergelijken van het EVRM-recht met het nationale recht is geen eenvoudige opgave. In bepaalde gevallen kan op basis van de gehanteerde formuleringen weliswaar vrij eenvoudig worden vastgesteld of de nationale rechter dezelfde beoordelingskaders hanteert als het EHRM, maar daarmee is nog niet gezegd dat het nationale recht ook daadwerkelijk Straatsburg-*proof* is. Om een dergelijke conclusie te kunnen trekken, is het meestal nodig om ook de uitkomst van de toepassing van de criteria in concrete zaken in ogenschouw te nemen.

Verder is het soms niet eenvoudig om de op het nationale en Europese niveau gehanteerde concepten met elkaar te vergelijken omdat deze niet hetzelfde zijn of niet in beide stelsels bestaan. Problemen kunnen zich bijvoorbeeld voordoen bij de bestudering van het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW). Het is immers maar zeer de vraag of het EHRM überhaupt in relativiteit-achtige termen denkt. Desalniettemin is het de moeite waard om te kijken of met de oplossingen die beide rechtssystemen naar voren schuiven om een bepaald probleem – in dit geval: de uitdijning van ‘aansprakelijkheid’ – op te lossen, tot een vergelijkbaar resultaat wordt gekomen. Wanneer het EHRM gebruikmaakt van relativiteit-achtige redeneringen, zal het Nederlandse relativiteitsvereiste zeer waarschijnlijk door de beugel kunnen. Om dit te kunnen beoordelen, wordt allereerst getracht inzicht te verkrijgen in de begrippen en de denkwijze die het EHRM hanteert. Vervolgens worden verbanden gelegd tussen de verschillende elementen van de twee rechtssystemen. Bij de hier aan de orde zijnde vergelijking wordt geen afstand gedaan van begrippen en denkmethoden uit het Nederlandse rechtssysteem, want het gaat uiteindelijk om de vraag of het Nederlandse recht voldoet, linksom of rechtsom.

6 Opzet

Dit proefschrift bevat vijf hoofdstukken. In hoofdstuk 2 worden de positieve verplichtingen beschreven. Allereerst wordt ingegaan op de interpretatie van het EVRM en de karakteristieken van de leer van de positieve verplichtingen. Vervolgens wordt per EVRM-artikel beschreven welke positieve verplichtingen het EHRM nu precies oplegt aan de verdragsstaten en wat de reikwijdte van deze positieve verplichtingen is. Dit onderdeel wordt afgesloten met een paragraaf die concluderende opmerkingen bevat over de eisen die uit de positieve verplichtingen zijn afgeleid. Op deze manier wordt het EVRM-toetsingskader geconstrueerd. Daarna wordt in hoofdstuk 3 en 4 bestudeerd hoe de

rechtspraak van het EHRM waarin positieve verplichtingen zijn aangenomen, doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde (het civiele aansprakelijkheidsrecht in hoofdstuk 3; het strafrecht in hoofdstuk 4) en waar de positieve verplichtingen tot aanpassing van de inrichting en toepassing van het materiële aansprakelijkheidsrecht dwingen. Het materiële aansprakelijkheidsrecht wordt hier langs de meetlat van het EVRM-toetsingskader gelegd. Beoordeeld wordt of het Nederlandse recht EVRM-*proof* is. Daar waar dit niet het geval, of twijfelachtig is, wordt getracht oplossingen te vinden. Afgesloten wordt met een concluderend hoofdstuk. In dit hoofdstuk zullen de onderzoeksvragen worden beantwoord, en zullen waar nodig concrete verbetervoorstellen worden gedaan.

Het onderzoek is op 1 januari 2021 afgesloten. Met nadien verschenen rechtspraak en literatuur is slechts sporadisch rekening gehouden.

Hoofdstuk 2: Positieve verplichtingen op grond van het EVRM

1 Inleiding

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft op grond van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) verschillende positieve verplichtingen voor de Staat geformuleerd. Inmiddels zijn onder meer verplichtingen in het leven geroepen om afdwingbare en effectieve wetgeving in te voeren,⁴⁷ feitelijke maatregelen te nemen⁴⁸ en onderzoek uit te voeren.⁴⁹ In dit hoofdstuk wordt beschreven welke verplichtingen uit de rechtspraak van het EHRM over positieve verplichten voortvloeien. Daarnaast wordt in kaart gebracht wat de eisen zijn die gesteld worden aan het nationale recht om te voldoen aan de positieve verplichtingen die uit de geselecteerde (materiële) rechten uit het EVRM voortvloeien. In dit hoofdstuk zal op basis van de rechtspraak van het EHRM een EVRM-toetsingskader worden geconstrueerd. Aan dit kader zal in de volgende hoofdstukken het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht worden getoetst.

De meerwaarde van het toetsingskader zoals dat in dit hoofdstuk wordt geconstrueerd ten opzichte van bestaand onderzoek is de overkoepelende en geïntegreerde beschouwing van het leerstuk van de positieve verplichtingen uit de verschillende EVRM-rechten. Tot dusver is de bespreking van de doorwerking van positieve verplichtingen in het nationale recht veelal beperkt gebleven tot een enkel EVRM-recht dan wel tot een specifiek onderdeel van het civielrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht (zie hoofdstuk 1, § 3.1), zonder dat de materie echt geproblematiseerd, nader doordacht en dus verder gebracht wordt. Die nadere doordenking, door te trachten de casuïstiek te verruilen voor meer theoretisch omliggende paden, specifiek voor de Nederlandse situatie, is nodig om de rechtsontwikkeling op dit vlak beter te kunnen duiden. Dit is ook nodig omdat het aansprakelijkheidsrecht hier aangewezen wordt om als basis te dienen om de naleving van mensenrechten te verzekeren.

In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op de karakteristieken van positieve verplichtingen (paragraaf 3). Vervolgens wordt per EVRM-recht afzonderlijk op de verschillende positieve verplichtingen ingegaan (paragraaf 4-9). Voor een goed begrip van het EVRM is paragraaf 2 gewijd aan de interpretatie van het EVRM door het EHRM.

2 Interpretatie van het EVRM door het EHRM

2.1 Introductie

Het EHRM ziet toe op de naleving van het EVRM. Daartoe moet het Hof EVRM-rechten interpreteren en toepassen. Verdragstermen worden door het EHRM zo veel mogelijk uitgelegd in het licht van het

⁴⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 89-90; EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 129-132; EHRM 22 november 2011, 24202/10 (*Zammit Maempel/Malta*), r.o. 69.

⁴⁸ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), par. 101-108; EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 133-134; EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 174-185 en 216.

⁴⁹ EHRM 27 september 1995, 18984/91 (*McCann e.a./VK*), r.o. 161; EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 94.

voorwerp en doel ('object and purpose') van het EVRM.⁵⁰ Dat betekent dat verdragsbepalingen op zodanige wijze worden geïnterpreteerd en toegepast dat individuele mensenrechten worden beschermd en de idealen en waarden van een democratische samenleving worden behouden en bevorderd.⁵¹ Om dit te kunnen doen, heeft het EHRM zich genoodzaakt gezien om verschillende algemene beginselen, principes en leerstukken te ontwikkelen. Hoewel het hier beginselen, principes en leerstukken betreft waarover veel valt te zeggen,⁵² bevat dit hoofdstuk niet meer dan enkele oriënterende beschouwingen die noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de volgende hoofdstukken.⁵³ Achtereenvolgens komen de volgende algemene beginselen en leerstukken aan bod: autonome interpretatie (§ 2.2), 'casuistic approach' (§ 2.3), dynamische interpretatie (§ 2.4), de rol van (Europese) consensus (§ 2.5), de 'margin of appreciation'-doctrine (§ 2.6) en een interpretatie die 'practical and effective' is (§ 2.7). Daarbij markeren de eerste twee onderdelen de uitgangspositie van het EHRM en de laatste het door het Hof (gewenste) eindresultaat. De andere beginselen, principes en/of leerstukken liggen hier tussenin en betreffen de uitleg zelf.

2.2 Autonome interpretatie

Het EHRM hanteert allereerst een autonome interpretatie van begrippen. Dat wil zeggen dat de betekenis van de begrippen in beginsel losstaat van de betekenis die dezelfde of vergelijkbare termen in het nationale recht van een of meer van de verdragsstaten hebben. Zo hanteert het EHRM bijvoorbeeld een geheel eigen invulling van het begrip 'criminal charge'.⁵⁴ Daarnaast kan worden gewezen op het begrip 'law' in de zin van artikel 7 EVRM. In verschillende zaken heeft het EHRM overwogen dat het hierbij niet alleen om wetgeving in formele zin, maar ook om wetgeving in materiële zin, ongeschreven recht en jurisprudentierecht gaat.⁵⁵

2.3 'Casuistic approach'

De rechtspraak van het EHRM wordt verder gekenmerkt door een casuïstische benadering: de uitleg is scherp toegesneden op de concrete feiten en omstandigheden van het specifieke geval.⁵⁶ Als gevolg van deze (flexibele) benadering is het niet zo eenvoudig en ook niet zonder risico's om uit de rechtspraak van het EHRM harde regels af te leiden. In de praktijk blijkt het EHRM echter ook bereid te zijn tot het doen van meer algemene uitspraken over de uitleg van het EVRM.⁵⁷ Op die manier worden aan de

⁵⁰ Dit is geheel in overeenstemming met artikel 31 Weens Verdragenverdrag dat als basis dient voor de interpretatie van het EVRM. Zie over de invloed van dit verdrag: Rainey, Wicks & Ovey 2017, p. 65-66. Zie over de rol van de 'travaux préparatoires' in de rechtspraak van het EHRM: Gerards 2019, p. 83-87.

⁵¹ Harris e.a. 2018, p. 6-7.

⁵² Zie voor een Nederlandstalig overzicht: Gerards 2011. Greer, Gerards & Slowe geven een zeer compact overzicht. Zie Greer, Gerards & Slowe 2018, p. 131-135.

⁵³ In dit hoofdstuk komen geen algemene beginselen en leerstukken aan de orde die (voornamelijk) relevant zijn voor beperkingen van grondrechten, zoals proportionaliteit en 'fair balance'. Zie hierover o.a. Lavrysen 2017, p. 308 e.v.; Harris e.a. 2018, p. 12-14. Wel zal in paragraaf 3.5.2 worden ingegaan op de 'fair balance'-test als manier om te bepalen of positieve verplichtingen bestaan.

⁵⁴ EHMR 8 juni 1976, 5100/71 e.a. (*Engel e.a./Nederland*), r.o. 80-83. Zie hierover Barkhuysen e.a. 2018, p. 523-539.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 22 november 1995, 20190/92 (*C.R./VK*), r.o. 33.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times/VK*), r.o. 65.

⁵⁷ Gerards 2019, p. 36-37.

verdragsstaten meer handreikingen gedaan voor toepassing van het verdrag op nationaal niveau. In de zaak *Opuz/Turkije* werd bijvoorbeeld vrij uitgebreid ingegaan op de vraag welke verplichtingen uit het EVRM voortvloeien als het gaat om het tegengaan van huiselijk geweld, een onderwerp dat alle verdragsstaten aangaat.⁵⁸

2.4 Dynamische interpretatie

Het EHRM beschouwt het EVRM als ‘living instrument’ dat om zijn (actuele) betekenis te behouden conform de maatstaven van de tijd moet worden uitgelegd. Alleen zo kunnen de rechten die in de jaren vijftig zijn opgeschreven ook in deze tijd nog effectieve bescherming bieden. Een dynamische⁵⁹ of evolutieve⁶⁰ interpretatie impliceert vaak toepassing van de zogenaamde ‘common ground’-methode,⁶¹ die in de volgende paragraaf zal worden besproken. De dynamische interpretatie bracht het EHRM er in de zaak *Rantsev/Cyprus & Rusland* toe om mensenhandel onder de werkingssfeer van artikel 4 EVRM te brengen. Het EHRM geeft in deze uitspraak aan dat het niet verrassend is dat mensenhandel niet expliciet in het EVRM is vermeld omdat dit een relatief recent fenomeen is. Tegenwoordig is een verbod op mensenhandel echter wel van groot belang.⁶²

2.5 De rol van (Europese) consensus

Het al dan niet bestaan van (Europese) consensus is van groot belang voor de interpretatie van EVRM-rechten. Wanneer er een duidelijke consensus is binnen de verdragsstaten over een bepaald vraagstuk kan dat voor het EHRM aanleiding zijn om een artikel uit te leggen in overeenstemming met die consensus.⁶³ Op die wijze heeft het Hof bijvoorbeeld de reikwijdte van de positieve verplichtingen om het recht op leven te beschermen, kunnen bepalen.⁶⁴

Gesterkt door (internationale) consensus kan het Hof bovendien, zoals hiervoor besproken, onder omstandigheden nog een stap verder gaan door een nieuwe uitleg van een bepaling van het EVRM te geven. Zo was er voor het EHRM, gelet op het Palermo Protocol en de ‘Anti-Trafficking Convention’ van de Raad van Europa, alle reden om het in paragraaf 2.4 beschreven ‘gat’ te vullen en een knoop door te hakken door mensenhandel onder de werkingssfeer van artikel 4 EVRM te brengen.⁶⁵

Om te kunnen vaststellen of sprake is van voldoende consensus, hanteert het EHRM verschillende bronnen.⁶⁶ Allereerst kan het Hof voor het vaststellen van een ‘common ground’ onder meer naar internationale verdragen verwijzen. Bij afwezigheid van bindende normen, kan bij de interpretatie en toepassing van het EVRM door het Hof te rade worden gegaan bij internationale *soft*

⁵⁸ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 132.

⁵⁹ Zie hierover Harris e.a. 2018, p. 8-9.

⁶⁰ Vgl. EHRM 18 december 1986, 9697/82 (*Johnston e.a./Ierland*), r.o. 53. Zie ook Rainey, Wicks & Ovey 2017, p. 76-80.

⁶¹ Rainey, Wicks & Ovey 2017, p. 73-76 en 80-81; Harris e.a. 2018, p. 9 met verdere verwijzingen; Gerards 2019, p. 53.

⁶² EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 277-279.

⁶³ Harris e.a. 2018, p. 9-10.

⁶⁴ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 138.

⁶⁵ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 277-279.

⁶⁶ Harris e.a. 2018, p. 10-12; Gerards 2019, p. 94-104.

law instrumenten.⁶⁷ Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan resoluties en verklaringen onder de vlag van de Raad van Europa en allerlei VN-verklaringen. Daarnaast kan inspiratie worden opgedaan uit uitspraken van internationale (rechterlijke) instanties die (niet) bindend zijn voor de desbetreffende verdragsstaat.⁶⁸ Ten slotte kan gebruik worden gemaakt van ontwikkelingen in de verdragsstaten en daarbuiten.⁶⁹ Het EHRM kan in dit verband naar nationale rechtspraak en regelgeving verwijzen.

2.6 De ‘margin of appreciation’-doctrine

In de rechtspraak van het EHRM is eveneens een belangrijke rol weggelegd voor de ‘margin of appreciation’-doctrine. De ‘margin of appreciation’ is de discretionaire ruimte die het EHRM aan de verdragsstaten laat om gepaste stappen te nemen om de naleving van EVRM-rechten te verzekeren.⁷⁰ De ‘margin of appreciation’-doctrine geldt met name in situaties waarin de EVRM-bepaling een belangenafweging en/of een proportionaliteitstoets voorschrijft. Zij geldt ook bij de beoordeling van de interpretatie en toepasselijkheid van bepaalde vage termen uit het EVRM.⁷¹ Ook bij het vaststellen van positieve verplichtingen wordt in bepaalde gevallen beoordelingsvrijheid aan verdragsstaten toegekend.⁷² Deze drie verschillende situaties kunnen nauw met elkaar in verband staan of met elkaar samenvallen.

Een theoretische basis voor deze terughoudende opstelling van het EHRM bij de beoordeling van het (niet-)nakomen van verplichtingen op grond van het EVRM, is te vinden in het subsidiariteitsprincipe dat het EHRM hanteert.⁷³ Het subsidiariteitsprincipe weerspiegelt de subsidiaire rol van het verdragssysteem bij het waarborgen van mensenrechten op nationaal niveau.⁷⁴ Het EHRM is ingesteld om toe te zien op de naleving van het EVRM en beschermt de daaruit voortvloeiende rechten ‘enkel’ waar nodig. De primaire verantwoordelijkheid voor de implementatie van het EVRM ligt bij de verdragsstaten. Op grond van artikel 1 EVRM moeten zij de EVRM-rechten verzekeren. Ook het feit dat het EHRM een zaak pas in behandeling kan nemen nadat alle rechtsmiddelen zijn uitgeput, maakt duidelijk dat deze taak primair aan de nationale staten toevalt.⁷⁵ Ook artikel 13 EVRM, op grond waarvan slachtoffers van een schending van het EVRM recht hebben op een effectief rechtsmiddel op nationaal niveau, wijst in deze richting.

Wanneer het EHRM een ‘margin of appreciation’ aan de Staat toekent, kan de omvang hiervan afhangen van verschillende factoren. Deze factoren kunnen volgens Gerards worden onderverdeeld in drie hoofdgroepen. Om te beginnen kunnen de aard en het gewicht van het aangetaste recht een rol

⁶⁷ Zie over de verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het EHRM: Barkhuysen & Van Emmerik 2010.

⁶⁸ Een duidelijk voorbeeld hiervan is de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Zie hierover Gerards 2019, p. 102-104.

⁶⁹ In *Zolotukhin/Rusland* verwijst het EHRM bijvoorbeeld naar de VS. Vgl. EHRM 10 februari 2009, 14939/03 (*Zolotukhin/Rusland*).

⁷⁰ Harris e.a. 2018, p. 14-15.

⁷¹ Gerards 2019, p. 168-172.

⁷² Gerards 2019, p. 169.

⁷³ Dit principe ondersteunt ook de gedachte dat de nationale autoriteiten in bepaalde gevallen in een betere positie (‘better placed’) zijn om een oplossing te vinden voor een EVRM-probleem en dat Straatsburg geen vierde instantie is. Harris e.a. 2018, p. 17.

⁷⁴ Harris e.a. 2018, p. 17. Vgl. ook artikel 1 van Protocol 15.

⁷⁵ Vgl. artikel 35 lid 1 EVRM.

spelen bij het bepalen van de ‘margin of appreciation’.⁷⁶ Wanneer het aspecten betreft die tot de kern van het EVRM worden gerekend, zal het EHRM de staten minder beoordelingsvrijheid laten. Ten tweede kan de omvang van de ‘margin of appreciation’ worden bepaald door het al dan niet bestaan van een ‘common ground’. De aan- of afwezigheid van (Europese) consensus kan in verschillende situaties een rol spelen.⁷⁷ Het ontbreken van een Europese consensus over de modaliteit van beperking van een grondrecht kan voor het EHRM bijvoorbeeld aanleiding zijn om terughoudend te toetsen. Ten derde kan ook de ‘better-placed’-factor een rol spelen. Deze factor speelt volgens Gerards in het bijzonder een rol als het gaat om morele en ethische kwesties, terreinen waar sociaaleconomische beleidsoverwegingen een rol spelen, zeer technische of feitelijke beoordelingen nodig zijn of het maken van een keuze tussen botsende individuele belangen.⁷⁸ Reden voor een terughoudende opstelling van het EHRM kan zijn dat afwegingen met betrekking tot dergelijke maatregelen in beginsel thuishoren bij de nationale autoriteiten omdat zij simpelweg beter in staat zijn om afwegingen te maken, bijvoorbeeld met betrekking tot meer moreel beladen vraagstukken.⁷⁹

2.7 ‘Practical and effective’

Een belangrijke rol bij het interpreteren van het EVRM is verder weggelegd voor het beginsel van effectiviteit.⁸⁰ Alleen wanneer effectieve rechtsbescherming van de EVRM-rechten wordt geboden, kan het ‘object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings’ worden verzekerd.⁸¹ Het EHRM heeft vaak overwogen dat het EVRM niet beoogt rechten te waarborgen die theoretisch en illusoir zijn, maar die praktisch en effectief zijn. Zo kan om EVRM-rechten effectief te beschermen niet worden volstaan met louter strafbaarstellingen. Strafrechtelijke wetgeving dient daadwerkelijk te worden gehandhaafd. Dat betekent onder meer dat overtredingen van (op het EVRM geënte) strafbaarstellingen adequaat moeten worden opgespoord.⁸² Het Hof heeft daarbij oog voor het feit dat de effectiviteit van het EVRM (mede) afhankelijk is van de praktische invulling die aan bepaalde waarborgen wordt gegeven. Zo impliceert de verplichting om onderzoek te verrichten dat voldoende personele capaciteit voorhanden moet zijn.⁸³

3 Positieve verplichtingen op grond van het EVRM

3.1 Introductie

Staten hebben zich te houden aan hun verplichtingen op grond van het EVRM. Het gaat hier deels om positieve verplichtingen, verplichtingen om actief op te treden om fundamentele rechten te verzekeren. In deze paragraaf worden de karakteristieken van positieve verplichtingen weergegeven.⁸⁴ In de eerste plaats wordt ingegaan op de achtergrond en ontwikkeling van het leerstuk van de positieve

⁷⁶ Gerards 2019, p. 188-194.

⁷⁷ Gerards 2019, p. 173-177.

⁷⁸ Gerards 2019, p. 177-188.

⁷⁹ Gerards 2019, p. 177-178.

⁸⁰ Harris e.a. 2018, p. 18; Gerards 2019, p. 3-5.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 februari 2005, 46827/99 en 46951/99 (*Mamatkulov & Askarov/Turkije*), r.o. 101.

⁸² EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 111.

⁸³ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

⁸⁴ Zie over positieve verplichtingen: Dröge 2003; Mowbray 2004; Xenos 2012; Vlemminx 2013, p. 275-381; Lavrysen 2016; Gerards 2019, p. 109 e.v.

verplichtingen. Ook worden positieve verplichtingen gedefinieerd (§ 3.2). Vervolgens is er aandacht voor het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen (§ 3.3). In paragraaf 3.4 staan de grondslag en het doel van positieve verplichtingen centraal. Daarna komt de wijze waarop het EHRM positieve verplichtingen vaststelt aan de orde (§ 3.5). In de laatste paragraaf worden twee (relevante) typologieën van positieve verplichtingen besproken. Om een eigen typologie te ontwikkelen, wordt voortgeborduurd op een door Van Kempen gehanteerde indeling die relevant is voor het strafrecht (§ 3.6).

3.2 Achtergrond, ontwikkeling en definitie

Op grond van artikel 1 EVRM dient een verdragsstaat aan een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in het EVRM te verzekeren. Vele van de in het EVRM opgenomen rechten verbieden de staat om inbreuk te maken op fundamentele vrijheden. Dat impliceert dat op de verdragsstaat negatieve verplichtingen rusten. Van een negatieve verplichting is sprake wanneer de staat zich dient te onthouden van een inbreuk op fundamentele rechten. Zo mogen burgers niet door de staat worden onderworpen aan foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.

Dat uit het verdrag ook positieve verplichtingen volgen, werd aanvankelijk niet aangenomen. De ‘drafting committee of the convention’ was het erover eens dat ‘the collective enforcement should extent solely to rights and freedoms which imposed on the States only obligations ‘not to do things’ (...).’⁸⁵ Gaandeweg is het EHRM echter ook positieve verplichtingen gaan inlezen. Uit de uitspraak in de *Belgische taal*-zaak blijkt voor het eerst dat het EHRM niet alleen negatieve verplichting in het EVRM leest.⁸⁶ In *Marckx/België* heeft het EHRM in meer algemene zin overwogen dat het EVRM ‘does not merely compel the State to abstain from (...) interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective “respect” for family life’.⁸⁷ Het EHRM ziet geen aanleiding om een algemene theorie voor positieve verplichtingen uit te werken.⁸⁸ Dat is inherent aan de werkwijze van het EHRM; dat gaat uit van een ‘casuistic approach’ (zie § 2.3).

Sinds de uitspraken in de *Belgische taal*-zaak en *Marckx/België* heeft het leerstuk van de positieve verplichtingen zich snel ontwikkeld in de rechtspraak van het EHRM.⁸⁹ In eerste instantie zijn vooral positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM aangenomen.⁹⁰ Inmiddels zijn ook vele positieve verplichtingen op grond van andere artikelen geformuleerd.⁹¹ Nog steeds komen er nieuwe positieve verplichtingen bij.

Het EHRM heeft in zijn rechtspraak geen definitie van het begrip ‘positive obligations’ gegeven en wil dat ook niet doen. In dit boek zal aansluiting worden gezocht bij de definitie van Martens die in zijn ‘dissenting opinion’ bij *Gül/Zwitserland* opmerkt dat positieve verplichtingen ‘require Member

⁸⁵ Zie hierover Teitgen 1993, p. 3-14.

⁸⁶ EHRM 23 juli 1968, 1474/62 (*Belgische taal*-zaak), r.o. I.B.3.

⁸⁷ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), r.o. 31. Zie ook EHRM 9 oktober 1979, 6289/73 (*Airey/Ierland*), r.o. 24.

⁸⁸ EHRM 21 juni 1988, 10126/82 (*Plattform Ärzte für das Leben/Oostenrijk*), r.o. 31. Zie hierover meer uitgebreid Lavrysen 2016, p. 7 e.v. en Beijer 2017, p. 86 e.v.

⁸⁹ Gerards 2011, p. 232.

⁹⁰ Forder 1992, p. 611.

⁹¹ Zie voor een (enigszins verouderd) overzicht: Mowbray 2004.

States (...) to take action'.⁹² Positieve verplichtingen vereisen, met andere woorden, actief optreden door de staat om fundamentele rechten te verzekeren.⁹³ Uit de jurisprudentie van het EHRM kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat een positieve verplichting bestaat tot het nemen van preventieve beschermingsmaatregelen.⁹⁴ Dergelijke verplichtingen vereisen actief optreden door de lidstaten. Er kan daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen verdragsschendingen door staatsautoriteiten en private personen.⁹⁵ Dit onderscheid is relevant bij de beoordeling van positieve verplichtingen.⁹⁶

3.3 Onderscheid negatieve en positieve verplichtingen

Zoals blijkt uit zijn rechtspraak (over de artikelen 8-11 EVRM) ging het EHRM er aanvankelijk van uit dat er een duidelijk onderscheid bestaat tussen negatieve en positieve verplichtingen.⁹⁷ Door verschillende rechters van het EHRM en daarbuiten is in de loop der tijd echter betoogd dat negatieve en positieve verplichtingen niet van elkaar te onderscheiden zijn of dat het onderscheid zo diffuus is dat geen gevolgen aan het onderscheid kunnen worden verbonden. Zo is Wildhaber van mening dat de scheidslijn tussen negatieve en positieve verplichtingen 'not so clear-cut' is. Veel situaties kunnen volgens hem als negatieve inbreuken en als positieve verplichtingen worden beschouwd.⁹⁸ Het EHRM zelf heeft inmiddels diverse malen overwogen dat het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen relatief is. In dat verband kan worden verwezen naar de uitspraken in de zaken *Keegan/Ierland* en *Gül/Zwitserland*, waarin het EHRM met betrekking tot artikel 8 EVRM heeft overwogen dat deze twee verplichtingen 'do not lend themselves to precise definition'.⁹⁹ Het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen is veeleer vloeiend van aard.¹⁰⁰ Desalniettemin is in mijn ogen, zoals hierna zal blijken, veelal toch vrij gemakkelijk vast te stellen welk type verplichting speelt.

3.4 Grondslag en doel

De juridische basis waarop het EHRM positieve verplichtingen stoelt, is niet altijd dezelfde. Sommige positieve verplichtingen leidt het EHRM direct uit de formulering van EVRM-rechten af.¹⁰¹ Zo zijn er

⁹² Dissenting opinion Martens bij EHRM 19 februari 1996, 23218/94 (*Gül/Zwitserland*). Mowbray neemt deze definitie over. Zie Mowbray 2004, p. 2. Vgl. ook Lavrysen 2016, p. 10-11.

⁹³ Harris e.a. 2018, p. 24.

⁹⁴ EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 115-116.

⁹⁵ Zie hierover meer uitgebreid Lavrysen 2016, p. 78 e.v. Zie over horizontale positieve verplichtingen Loven 2020a en Loven 2020b, p. 248-252.

⁹⁶ Volgens Loven heeft de categorie horizontale verhouding waar de positieve verplichting betrekking op heeft voorspellende waarde voor de aard van de verplichting. Zie Loven 2020a, p. 496. Tijdens de procedure bij het EHRM maakt de horizontale verhouding plaats voor een verticalisering tussen Staat en private actor. Zie over de kenmerken van 'verticalised cases' en de 'approach' van het EHRM in dergelijke zaken Loven 2020b, p. 252-262.

⁹⁷ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), r.o. 31.

⁹⁸ Concurring opinion Judge Wildhaber bij EHRM 25 november 1994, 18131/91 (*Stjerna/Finland*).

⁹⁹ EHRM 26 mei 1994, 16969/90 (*Keegan/Ierland*), r.o. 49; EHRM 19 februari 1996, 23218/94 (*Gül/Zwitserland*), r.o. 38. Zie meer recent: EHRM 3 november 2011, 57813/00 (*S.H. e.a./Oostenrijk*), r.o. 87.

¹⁰⁰ Dat hoeft naar het oordeel van het EHRM niet problematisch te zijn omdat de toepasselijke beginselen als 'fair balance' en 'margin of appreciation' (veelal) gelijk zijn. Vgl. EHRM 21 februari 1990, 9310/81 (*Powell & Rayner/VK*), r.o. 41; EHRM 12 november 2008, 34503/97 (*Demir & Baykara/Turkije*), r.o. 111; EHRM 3 november 2011, 57813/00 (*S.H. e.a./Oostenrijk*), r.o. 87.

¹⁰¹ Harris, e.a. 2018, p. 25.

bijvoorbeeld positieve verplichtingen geformuleerd om door de wet het recht op leven te beschermen (art. 2 EVRM).¹⁰²

Wanneer het bestaan van positieve verplichtingen niet direct uit de formulering van een EVRM-recht blijkt, stelt het EHRM op een andere wijze vast of een positieve verplichting bestaat. Daarbij lijkt het EHRM twee met elkaar verband houdende ‘principes’ als grondslag te hanteren.¹⁰³ ‘Lijkt’, omdat de grondslag in sommige gevallen lastig te ontdekken is. Allereerst verwijst het EHRM in verschillende zaken naar de opdracht aan de staten die in artikel 1 EVRM is geformuleerd. Dit artikel houdt in dat de verdragsstaten een ieder die ressorteert onder hun rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in het EVRM dient te verzekeren. Onder omstandigheden vereist deze opdracht naar het oordeel van het EHRM actief optreden door de staat.¹⁰⁴ Daarnaast stelt het EHRM positieve verplichtingen vast op basis van het principe dat EVRM-rechten niet theoretisch en illusoir, maar praktisch en effectief moeten zijn (zie § 2.7).¹⁰⁵

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat met het aannemen van positieve verplichtingen is beoogd de ‘collectieve handhaving’¹⁰⁶ te verzekeren van de in het EVRM vervatte rechten en vrijheden. Het doel ligt met andere woorden in de bescherming van het ‘onderliggende’ EVRM-recht.¹⁰⁷

3.5 Twee toetsen

3.5.1 Introductie

Bij de vaststelling en concretisering van positieve verplichtingen in concrete zaken hanteert het EHRM verschillende toetsen. In deze paragraaf worden twee toetsen onderscheiden: de ‘fair balance’-test en de ‘reasonable knowledge and means’-test. Zij zullen hierna afzonderlijk aan bod komen (§ 3.5.2 en § 3.5.3). In paragraaf 3.5.4 zal de verhouding tussen de genoemde toetsen worden beschreven.

3.5.2 ‘Fair balance’-test

De meest gebruikelijke manier die door het EHRM wordt gehanteerd om te bepalen of positieve verplichtingen bestaan, is de ‘fair balance’-test.¹⁰⁸ Idealiter kunnen bij deze test twee toetsingsfasen worden onderscheiden.¹⁰⁹ In de eerste fase stelt het EHRM vast welke belangen op het spel staan. Het betreft hierbij enerzijds de belangen die door de staat worden gediend en anderzijds de belangen van het getroffen individu. In de daaropvolgende fase wordt beoordeeld of op nationaal niveau een redelijke

¹⁰² EHRM 9 juni 1998, 23413/94 (*L.C.B./VK*), r.o. 36.

¹⁰³ Vgl. EHRM 31 mei 2007, 7510/04 (*Kontrová/Slowakije*), r.o. 51.

¹⁰⁴ EHRM 27 september 1995, 18984/91 (*McCann/VK*), r.o. 161.

¹⁰⁵ Mowbray 2004, p. 221. Zie bijvoorbeeld EHRM 9 oktober 1979, 6289/73 (*Airey/Ierland*), r.o. 24; EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 69.

¹⁰⁶ Alhoewel een uitspraak van het EHRM formeel gezien slechts tussen partijen werkt (art. 46 EVRM), is de rechtspraak van het Hof ook in bredere (collectieve) zin van belang omdat de uitleg die wordt gegeven de interpretatie van het EVRM verduidelijkt en ontwikkelt.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 23 juli 1968, 1474/62 (*Belgische taal-zaak*), r.o. I.B.3.

¹⁰⁸ Gerards 2011, p. 232.

¹⁰⁹ Gerards 2011, p. 234-236; Gerards 2019, p. 111. De argumentatie van het EHRM bij de ‘fair balance’-test is in de praktijk niet altijd even duidelijk. Dit komt doordat, anders dan bij negatieve verplichtingen, elementen van interpretatie van het EVRM en belangenafweging door elkaar heen worden gebruikt. Zie Gerards & Senden 2009, p. 634-636. Kritisch hierover is ook Lawson 1995, p. 728.

afweging tussen de verschillende belangen is gemaakt. Of een positieve verplichting uit een EVRM-recht voortvloeit, is volgens het EHRM afhankelijk van de vraag of door de staat een ‘fair balance’ tussen de betrokken belangen in acht is genomen.¹¹⁰ Er hoeft dan dus niet ten volle recht te worden gedaan aan de belangen/rechten van de individuele betrokkenen. Om vast te stellen of een ‘fair balance’ tussen belangen in acht is genomen, is het proportionaliteitsbeginsel van belang.¹¹¹ Meer in het algemeen geldt dat de positieve verplichting geen onevenredige belasting voor de staat met zich mag brengen.¹¹²

Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM de ‘fair balance’-test toepast, is *Hatton e.a./VK*. Deze zaak gaat over nachtvluchten en de daarmee samenhangende klachten van omwonenden over geluidsoverlast rondom luchthaven Heathrow. Voor de omwonenden stond het recht op respect voor hun privéleven (art. 8 EVRM) op het spel. Voor de overheid speelden verschillende (financiële en economische) belangen en praktische obstakels en technische beperkingen bij de keuze om de overlast niet in zeer vergaande mate terug te brengen.¹¹³ Bij de beoordeling van de vraag of de Staat een ‘fair balance’ tussen de betrokken belangen in acht heeft genomen, houdt het EHRM rekening met de noodzaak en de effectiviteit van de genomen maatregelen, de procedurele zorgvuldigheid en het bestaan van alternatieve oplossingen. Naar het oordeel van het Hof kon niet worden vastgesteld dat de autoriteiten ‘overstepped their margin of appreciation by failing to strike a fair balance between the right of the individuals affected by those regulations to respect for their private life and home and the conflicting interests of others and of the community as a whole’.¹¹⁴ Van een schending van artikel 8 EVRM was dan ook geen sprake.

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat de ‘fair balance’-test sterk lijkt op de toets bij negatieve verplichtingen.¹¹⁵ Zo heeft het EHRM in de uitspraak in de zaak *Moreno Gómez/Spanje* overwogen dat de ‘toepasselijke principes’ bij het vaststellen van een op de Staat rustende positieve verplichting om maatregelen te treffen ter bescherming van de in artikel 8 lid 1 EVRM genoemde rechten en bij de beoordeling van de vraag of inmenging in overeenstemming is met het tweede lid, ‘broadly similar’ zijn.¹¹⁶ Anders dan bij de ‘fair balance’-test is bij negatieve verplichtingen echter veelal wel sprake van een zorgvuldig ingedeelde toets.¹¹⁷ Het Hof stelt in dat geval allereerst vast of het EVRM van toepassing is. Vervolgens stelt het vast of sprake is van een inbreuk op een EVRM-recht. Wanneer daarvan sprake is, wordt beoordeeld of voor die inbreuk een rechtvaardiging kan worden gevonden.¹¹⁸

3.5.3 De ‘reasonable knowledge and means’-test

De tweede toets die het EHRM hanteert om positieve verplichtingen te formuleren is de zogenaamde ‘reasonable knowledge and means’-test.¹¹⁹ Een positieve verplichting wordt aangenomen indien de

¹¹⁰ Vgl. EHRM 17 oktober 1986, 9532/81 (*Rees/VK*), r.o. 37.

¹¹¹ Vgl. EHRM 7 juli 1989, 10454/83 (*Gaskin/VK*), r.o. 49.

¹¹² Vgl. EHRM 16 maart 2000, 23144/93 (*Özgür Gündem/Turkije*), r.o. 43.

¹¹³ EHRM 8 juli 2003, 36022/97 (*Hatton e.a./VK*), r.o. 118-121.

¹¹⁴ EHRM 8 juli 2003, 36022/97 (*Hatton e.a./VK*), r.o. 125-129.

¹¹⁵ Gerards 2011, p. 233; Gerards 2019, p. 113-114.

¹¹⁶ EHRM 16 november 2004, 4143/02 (*Moreno Gómez/Spanje*), r.o. 55.

¹¹⁷ Gerards 2011, p. 234; Gerards 2019, p. 114.

¹¹⁸ Zie hierover meer uitgebreid Gerards 2019, p. 11-19.

¹¹⁹ Gerards 2019, p. 116-118.

autoriteiten kennis hebben of hadden behoren te hebben van een reëel en onmiddellijk risico voor een identificeerbare persoon of groep personen (het zogenaamde *Osman*-criterium). Zij dienen dan maatregelen te nemen die binnen het bereik van hun macht liggen en die naar redelijke verwachting tot afwending van het risico zullen leiden.¹²⁰ Zoals hierna zal blijken, wordt het criterium inmiddels in veel verschillende situaties toegepast.

3.5.4 Verhouding tussen de twee benaderingen

Bij de *'fair balance'*-test gaat het erom dat in zijn totaliteit bezien een redelijk evenwicht wordt gevonden tussen de betrokken belangen. Dat ligt anders voor de *'reasonable knowledge and means'*-test. Aan de hand van relevante criteria wordt bepaald of het nalaten tot een schending van het EVRM leidt. De toepassing van deze criteria komt uiteindelijk, evenals de *'fair balance'*-test, evenwel neer op het maken van een belangenafweging.¹²¹ Enerzijds dient de bescherming van EVRM-rechten effectief te zijn. Anderzijds mag er geen onmogelijke of disproportionele last op de overheid worden gelegd. Dus ook hier gaat het erom dat een redelijk evenwicht wordt gevonden. Een verschil tussen de *'reasonable knowledge and means'*-test en de *'fair balance'*-test is echter wel hierin gelegen dat bij die laatste afweging niet alleen de belangen van de Staat zelf in de zin van *'operational choices'* en *'priorities and resources'*, maar ook economische en andere algemene belangen in acht worden genomen.¹²²

3.6 Typen van positieve verplichtingen

3.6.1 Introductie

Omdat positieve verplichtingen meerdere dimensies hebben, is het mogelijk om meerdere typen te ontwikkelen.¹²³ Gegeven het doel van dit onderzoek heb ik een 'eigen' typologie geconstrueerd die aansluiting zoekt bij hetgeen een plicht praktisch omvat. Daarbij is voortgebouwd op een indeling die Van Kempen met betrekking tot de strafrechtspleging heeft gemaakt (§ 3.6.2 en § 3.6.3). Ik heb ervoor gekozen om het onderscheid dat gemaakt kan worden tussen procedurele en materiële verplichtingen te laten voor wat het is.¹²⁴ Het gaat hier om een grofmazig en niet erg scherp onderscheid,¹²⁵ zie hoofdstuk 1, § 4.3. Er is bovendien sprake van onderlinge afhankelijkheid.

3.6.2 Positieve verplichtingen voor de strafrechtspleging

¹²⁰ Zie hierover meer uitgebreid § 4.4.2.

¹²¹ Vgl. Sanderink 2015, p. 171-173. Een belangenafweging is 'inherent in the whole of the Convention'. Zie bijvoorbeeld EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/VK*), r.o. 89 en recenter EHRM 27 mei 2008, 26565/05 (*N./VK*), r.o. 44.

¹²² Vgl. Gijselaar 2016, p. 180.

¹²³ Zie voor een overzicht Lavrysen 2016, p. 45-130. Zie ook Xenos 2012, p. 107-118.

¹²⁴ Zie hierover Gerards 2019, p. 121 e.v.

¹²⁵ Lavrysen 2016, p. 53-57.

Naast het onderscheid tussen procedurele en materiële verplichtingen, zijn verschillende andere typologieën mogelijk.¹²⁶ Om een theoretisch kader op het gebied van het strafrecht te kunnen ontwikkelen, lijkt de door Van Kempen gehanteerde indeling geschikt te zijn. Zijn indeling sluit namelijk vrijwel naadloos aan bij gangbare terminologie in het strafrecht, namelijk plichten tot ‘strafbaarstelling’, ‘bescherming’, ‘onderzoek’ en ‘bestrafning’.¹²⁷ Waar het bij de verplichtingen tot strafbaarstellingen, strafrechtelijk onderzoek en bestrafning op het eerste gezicht al duidelijk is wat daaronder dient te worden verstaan, geldt dat niet voor de plicht tot bescherming. Hieronder blijkt Van Kempen plichten tot operationele bescherming door politie en justitie te scharen.¹²⁸ Het gaat (onder andere) om de bescherming van burgers tegen concrete dreigingen door andere particulieren.¹²⁹

3.6.3 Naar een eigen typologie voor het aansprakelijkheidsrecht

Om de typologie van Van Kempen breder toepasbaar te maken, is het – met uitzondering van de verplichting om te onderzoeken en te vervolgen – noodzakelijk om een abstractieniveau hoger te gaan. Dat geldt allereerst voor de verplichting om te voorzien in een (effectieve) strafbaarstelling. Door deze verplichting ruimer te formuleren als ‘de verplichting om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem’, hoeft het niet uitsluitend te gaan om strafwetgeving. Door te spreken van een systeem wordt bovendien in één oogopslag duidelijk dat niet alleen de wetgeving, maar bijvoorbeeld ook de rechtspraak in ogenschouw moet worden genomen. Deze overkoepelende benadering past beter bij het onderhavige onderzoek.

Daarnaast dient de door Van Kempen beschreven beschermingsverplichting breder te worden getrokken. Ook buiten de strafrechtelijke context worden dergelijke verplichtingen namelijk geformuleerd.¹³⁰ Het EHRM maakt hier gebruik van verschillende termen (‘practical’, ‘preventive’). Gemene deler is dat het hier om feitelijke maatregelen gaat, zoals operationele maatregelen, het verstrekken van informatie en het nemen van risicobeheersingsmaatregelen.

Kortom: in dit boek wordt een onderscheid gemaakt tussen de verplichting om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem, feitelijke maatregelen te nemen, onderzoek in te stellen, te vervolgen en te berechten en te bestraffen. Deze indeling zal hierna bij de (afzonderlijke) bespreking van de verschillende EVRM-artikelen steeds worden aangehouden.

4 Positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM

4.1 Introductie

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld de indeling van Starmer. Volgens hem zijn positieve verplichtingen aangenomen om te voorzien in een rechtskader dat effectieve verdragsbescherming mogelijk maakt, inbreuken te voorkomen, te voorzien in relevante informatie en advies ten aanzien van een inbreuk op een recht, na de inbreuk te reageren en een verplichting om particulieren te voorzien van hulpmiddelen om concrete inbreuken te voorkomen. Vgl. Starmer 2001, p. 146-158. Zie voor kritiek op deze typologie Lavrysen 2016, p. 46-47.

¹²⁷ Van Kempen 2011, p. 26-56

¹²⁸ Van Kempen 2011, p. 40-43.

¹²⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 115-116.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 133-134.

Artikel 2 lid 1 EVRM bepaalt dat het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet.¹³¹ Naast een verbod om iemand ongeoorloofd van het leven te beroven,¹³² brengt deze bepaling ook de (positieve) verplichting voor de Staat met zich ‘to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction’.¹³³ Het gaat hier om de verplichting om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem (§ 4.3) en om feitelijke maatregelen te treffen om het verlies van levens te voorkomen (§ 4.4). Daarnaast heeft de Staat de verplichting om gevallen van verdachte levensberoving te onderzoeken (§ 4.5) en (indien gepast en mogelijk) te vervolgen, te berechten en te bestraffen (§ 4.6 en § 4.7).¹³⁴ Wat de exacte inhoud is van de verplichting(en) is sterk contextueel bepaald. In sommige contexten stelt het EHRM minder (zware) eisen dan in andere. Zo zijn de eisen aan wetgeving in een context waarin de inzet van het strafrecht niet is vereist, minder zwaar dan in een context waarin het strafrecht wel moet worden ingezet. Bovendien verschilt de reikwijdte van de positieve verplichting(en) al naar gelang van betrokkenheid van de overheid bij de gewraakte activiteit. Zo kan de Staat bijvoorbeeld niet direct verantwoordelijk worden gehouden voor de gedragingen van particulieren. Wél moeten strafbaarstellingen voorhanden zijn om potentiële mensenrechtenschenders af te schrikken.¹³⁵ Alvorens afzonderlijk op de verschillende positieve verplichtingen wordt ingegaan, wordt eerst uiteengezet wat de status en reikwijdte van artikel 2 EVRM is (§ 4.2).

4.2 Status en reikwijdte van artikel 2 EVRM

Artikel 2 lid 1 EVRM biedt bescherming van het recht op leven. Dit recht wordt beschouwd als een van de meest fundamentele mensenrechten en als een basis voor het uitoefenen van andere rechten zoals opgenomen in het EVRM.¹³⁶ Zonder recht op leven zou het genot van andere verdragsrechten immers verloren gaan.¹³⁷ Samen met artikel 3 EVRM, ‘it (...) enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe’.¹³⁸ Alleen in de zeer specifiek in lid 2 omschreven uitzonderingssituaties is het mogelijk om een inbreuk op artikel 2 EVRM te maken. Voor het overige heeft het recht op leven een absoluut karakter. Daarnaast is van belang dat dit recht niet kan worden beperkt in tijden van oorlog, tenzij die beperking wordt veroorzaakt door een rechtmatige oorlogshandeling.¹³⁹

Artikel 2 EVRM is in principe alleen van toepassing in situaties waarin sprake is van verlies van één of meerdere levens.¹⁴⁰ Het artikel is onder omstandigheden eveneens van toepassing in bepaalde

¹³¹ Er bestaat (nog) geen duidelijkheid over de vraag of een ieder het ongeboren kind omvat. Zie hierover Harris e.a. 2018, p. 223.

¹³² EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 110.

¹³³ EHRM 9 juni 1998, 23413/94 (*L.C.B./VK*), r.o. 36. Zie over positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM ook De Jong 2017, p. 51-88.

¹³⁴ Helemaal sluitend is de indeling niet. Zo onderzoekt het EHRM bijvoorbeeld ook ‘the planning and control of a policing operation resulting in the death of one or more individuals in order to assess whether, in the particular circumstances of the case, the authorities took appropriate care to ensure that any risk to life was minimised and were not negligent in their choice of action’. Vgl. EHRM 24 maart 2011, 23458/02 (*Giuliani & Gaggio/Italië*), r.o. 249-250.

¹³⁵ Zie met betrekking tot artikel 3 EVRM: EHRM 25 juni 2009, 46423/06 (*Beganović/Kroatië*), r.o. 69-71.

¹³⁶ Harris e.a. 2018, p. 205.

¹³⁷ Vgl. EHRM 29 april 2002, 2346/02 (*Pretty/VK*), r.o. 37.

¹³⁸ EHRM 27 september 1995, 18984/91 (*McCann e.a./VK*), r.o. 147. Zie ook EHRM 27 juni 2000, 22277/93 (*Ilhan/Turkije*), r.o. 73.

¹³⁹ Artikel 15 lid 2 EVRM.

¹⁴⁰ Harris e.a. 2018, p. 205; Gerards 2018, p. 357.

situaties waarin (nog) niemand is overleden. Dat is allereerst het geval bij pogingen tot levensberoving (gevalstype 1).¹⁴¹ In uitzonderlijke situaties kunnen ook zaken over (extreem) geweld dat onbedoeld had kunnen leiden tot levensberoving onder het toepassingsbereik van artikel 2 EVRM vallen (gevalstype 2). Om te bepalen of sprake is van een schending van dit artikel, gaat het EHRM onder andere na wat de mate en de aard van het gebruikte geweld is en met welke ‘intention’ of ‘aim’ het is gebruikt.¹⁴² Een voorbeeld van een situatie waarin het gebruikte geweld ‘potentially lethal’ was en artikel 2 EVRM door het EHRM van toepassing werd geacht, is die waarbij tijdens een achtervolging door de politie zeer veel kogels werden afgevuurd op een automobilist. Hij verkeerde in de ‘gelukkige’ omstandigheid dat hij niet gedood werd, maar ‘enkel’ zwaargewond raakte.¹⁴³

Een derde gevalstype waarin artikel 2 EVRM van toepassing kan zijn ondanks dat er niemand is overleden, is de situatie waarin de overheid op de hoogte was of had moeten zijn van een reëel en onmiddellijk risico voor het leven. Ook hier gaat het echter weer om uitzonderlijke omstandigheden, zoals bij het onttrekken van personen aan een getuigenbeschermingsprogramma dat juist op poten is gezet omdat sprake is van serieuze levensbedreiging.¹⁴⁴ Artikel 2 EVRM was eveneens van toepassing ten aanzien van klagers die thuis waren op het moment dat hun straat en woningen overstromden door de vrijlating van water uit een stuwmeer. Ten aanzien van hen bestond, gelet op de hoge waterstand, ‘no doubt as to the existence of an imminent risk to lives’.¹⁴⁵

Het Hof heeft artikel 2 EVRM ook toegepast in situaties waarin sprake was van een dodelijke ziekte. In die gevallen ging het om medische nalatigheid en/of een gebrek aan medische zorg (gevalstype 4).¹⁴⁶

Ten slotte is er nog de enigszins afwijkende categorie van zaken over vermissingen.¹⁴⁷ In deze zaken is het waarschijnlijk dat de vermiste is overleden of zich in een levensbedreigende situatie bevindt (gevalstype 5).¹⁴⁸

4.3 Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem

4.3.1 Introductie

De verplichting om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem¹⁴⁹ kan allereerst betrekking hebben op het strafrecht (§ 4.3.2). Andere gevallen kunnen door het civiele aansprakelijkheidsrecht worden bestreken (§ 4.3.3). Ten slotte dient onder bepaalde omstandigheden een ‘regulatory framework’ voorhanden te zijn (§ 4.3.4). Wettelijke en administratieve kaders alleen

¹⁴¹ EHRM 26 juli 2007, 55523/00 (*Angelova & Iliev/Bulgarije*), r.o. 93-94 en 98.

¹⁴² EHRM 27 juni 2000, 22277/93 (*İlhan/Turkije*), r.o. 76.

¹⁴³ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 51-55. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 14 juni 2011, 30812/07 (*Trévalec/België*), r.o. 74. Zie voor een zaak waarin klager geen verwondingen heeft opgelopen en artikel 2 EVRM van toepassing was: EHRM 13 oktober 2015, 11327/14 en 11613/14 (*Haász & Szabó/Hongarije*), r.o. 47-48.

¹⁴⁴ EHRM 4 december 2012, 19400/11 (*R.R. e.a./Hongarije*), r.o. 29-30. Zie ook EHRM 2 juni 2020, 48442/16, 48831/16 (*A en B/Roemenië*), r.o. 119.

¹⁴⁵ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 152-155. Met betrekking tot de klagers die niet thuis waren ten tijde van de overstroming en dus niet hoefden te vluchten voor het water overweegt het EHRM dat hun leven niet bedreigd is.

¹⁴⁶ EHRM 5 maart 2009, 77144/01, 35493/05 (*Colak & Tsakiridis/Duitland*), r.o. 29.

¹⁴⁷ EHRM 10 mei 2001, 25781/94 (*Cyprus/Turkije*), r.o. 132.

¹⁴⁸ Gerards 2018, p. 358-359.

¹⁴⁹ Vgl. EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo/Italië*), r.o. 89-91.

zijn echter niet voldoende. Zij moeten in de praktijk ook geëffectueerd (kunnen) worden. In elke paragraaf zal worden ingegaan op hetgeen in dit verband op systeemniveau verwacht mag worden.

Voordat afzonderlijk op de verschillende rechtsgebieden wordt ingegaan, merk ik op dat bij de beoordeling van het wettelijk kader door het EHRM naast de wetgeving ook de interpretatie van de norm in ogenschouw worden genomen. Het EHRM hanteert hier als gezegd een breed ‘law’ begrip (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2).

4.3.2 Strafrechtelijk aansprakelijkheidssysteem

4.3.2.1 Introductie

In verschillende situaties is strafrechtelijke afdoening naar het oordeel van het EHRM op zijn plaats.¹⁵⁰ Soms volgt een verplichting tot inzet van het strafrecht expliciet uit de overwegingen van het Hof. In andere gevallen kan een verplichting worden afgeleid uit de verplichting van staten om een strafrechtelijk onderzoek te verrichten en/of plegers van een strafbaar feit te vervolgen.¹⁵¹ Bij de keuze tussen het strafrecht of (het kunnen volstaan met) een andere vorm van aansprakelijkheid, is het antwoord op de vraag of opzettelijk is gehandeld veelal bepalend. Wanneer sprake is van een opzettelijke inbreuk op het EVRM, dient het strafrecht te worden ingezet. Het komt er in dat geval op aan dat er strafbepalingen zijn die minimaal bescherming bieden tegen hetgeen strafbaar gesteld dient te zijn. Bij niet-opzettelijke inbreuken kunnen ook niet-strafrechtelijke wijzen van afdoen volstaan.¹⁵² Op genoemd uitgangspunt heeft het EHRM enkele (hierna in paragraaf 4.3.2.3 te bespreken) uitzonderingen gemaakt.

De nadruk op het onderscheid tussen opzettelijke en niet-opzettelijke inbreuken roept de vraag op wat het EHRM nu precies onder ‘intention’ verstaat. Door het EHRM wordt het begrip echter niet nader toegelicht.¹⁵³

4.3.2.2 Opzettelijke inbreuken

De verplichting tot strafbaarstelling geldt allereerst voor opzettelijke levensberoving door overheidsfunctionarissen.¹⁵⁴ Daarnaast dient op grond van artikel 2 EVRM ook opzettelijke levensberoving door private personen strafbaar te worden gesteld.¹⁵⁵ Niet alleen ‘voltooide’ opzettelijke levensberoving moet op grond van de rechtspraak van het EHRM strafbaar zijn gesteld. Uit de overwegingen van het EHRM kan worden afgeleid dat ook werkelijk levensbedreigende pogingen daartoe door een of meer strafbaarstellingen dienen te worden gedekt (gevalstype 1).¹⁵⁶

Naast (pogingen tot) opzettelijke levensberoving dient, zoals beschreven in paragraaf 4.2, onder omstandigheden ook (extreem) geweld door overheidsfunctionarissen dat onbedoeld heeft geleid of had

¹⁵⁰ Zie meer uitgebreid over de vereisten die het EHRM aan de strafbaarstelling van levensdelicten stelt hoofdstuk 4, § 3.4.2.

¹⁵¹ Vgl. Van Kempen 2008, p. 28.

¹⁵² Harris e.a. 2018, p. 206.

¹⁵³ Zie daarover uitvoeriger hoofdstuk 4, § 3.4.2.2.

¹⁵⁴ EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 110 en 113

¹⁵⁵ EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 115.

¹⁵⁶ EHRM 26 juli 2007, 55523/00 (*Angelova & Iliev/Bulgarije*), r.o. 93-94 en 98.

kunnen leiden tot levensberoving (gevalstype 2) strafbaar te zijn gesteld.¹⁵⁷ Het opzet is dan niet gericht op de levensberoving, maar op het toebrengen van lichamelijk letsel of pijn.

4.3.2.3 Niet-opzettelijke inbreuken

Onder omstandigheden verplicht het EHRM tot toepassing van het strafrecht bij niet-opzettelijke levensberoving door overheidsfunctionarissen en/of organen. Strafvervolgning moet mogelijk zijn in geval van een onachtzaamheid die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid.¹⁵⁸ Daarvan is sprake wanneer de autoriteiten niet adequaat hebben opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico – dat wil zeggen dat is voldaan aan het hierna in paragraaf 4.4.2 te bespreken *Osman*-criterium. Dit volgt uit de zaak *Öneryıldız/Turkije*. In deze zaak ging het om een door een methaangasexplosie veroorzaakte aardverschuiving, waardoor vele woningen van een op een vuilstortplaats gebouwde sloppenwijk in Ümraniye werden bedolven onder de aarde. Als gevolg daarvan kwamen 39 mensen om het leven. Klager heeft negen gezinsleden, zijn huis en al zijn bezittingen verloren. Na een strafrechtelijk en administratief onderzoek werd vastgesteld dat het ongeluk te wijten is aan nalatigheid en taakverwaarlozing door de burgemeesters. Er was onvoldoende toezicht en controle op de aanpak van milieuproblemen op de vuilstortplaats. Tegen de illegale bouw van huizen was niet opgetreden, terwijl de autoriteiten wisten of redelijkerwijs moesten weten van het explosiegevaar. In dat geval is sprake van onachtzaamheid die verder gaat dan ‘an error of judgment or carelessness’. Dergelijk handelen of nalaten dient strafbaar te zijn.¹⁵⁹

Ook in andere zaken over gevaarlijke (industriële) activiteiten zijn soortgelijke overwegingen terug te vinden. Het betreft (onder meer) het niet voorkomen van een overstroming als gevolg van het met spoed vrijlaten van water uit een stuwmeer,¹⁶⁰ een treinongeval¹⁶¹ en een explosie van munitie.¹⁶²

De regel die is geformuleerd in *Öneryıldız/Turkije* geldt ook in geval van natuurrampen als modderstromen en aardbevingen.¹⁶³ Ook is de strafrechtelijke weg aangewezen in bepaalde medische situaties waarin de dood niet opzettelijk is veroorzaakt, maar wel sprake is van grove nalatigheid. Dit volgt onder meer uit een zaak waarin een vrouw overleed, nadat artsen hadden geweigerd haar overleden ongeboren kind operatief te verwijderen omdat zij de kosten van deze operatie niet kon betalen. Het was voor de artsen duidelijk dat de situatie levensbedreigend was voor de vrouw en de operatie dus dringend noodzakelijk was. De nalatigheid ging daarom verder dan slechts een beoordelingsfout of ‘normale’ medische nalatigheid.¹⁶⁴

Evenals bij opzettelijke levensberoving is het niet relevant of het handelen of nalaten van de Staat daadwerkelijk tot de dood heeft geleid. Ernstige nalatigheid door de verantwoordelijke autoriteiten dient ook strafbaar te zijn indien sprake is van een daadwerkelijk levensbedreigend risico (gevalstype 3).¹⁶⁵

¹⁵⁷ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 51.

¹⁵⁸ Harris e.a. 2018, p. 220.

¹⁵⁹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 89, 90 en 93.

¹⁶⁰ EHRM 28 februari 2012, 17423/05, e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 151 en 190.

¹⁶¹ EHRM 15 december 2009, 4314/02 (*Kalender/Turkije*), r.o. 52.

¹⁶² EHRM 4 februari 2014, 33647/04 (*Oruk/Turkije*), r.o. 50.

¹⁶³ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 140; EHRM 17 november 2015, 14350/05, 15245/05, 16051/05 (*M. Özel e.a./Turkije*), r.o. 187-189.

¹⁶⁴ EHRM 9 april 2013, 13423/09 (*Şentürk/Turkije*), r.o. 104-105. Vgl. ook EHRM 27 januari 2015, 24109/07 (*Genç/Turkije*), r.o. 76-81; EHRM 19 december 2017, 56080/13 (*Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*), r.o. 190-196.

¹⁶⁵ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 151, 155 en 191.

Inmiddels is het toepassingsgebied van de verplichting tot strafbaarstelling ook uitgebreid naar gevallen waarin private partijen zich schuldig hebben gemaakt aan niet-opzettelijke doodsveroorzaking. In *Sinim/Turkije* heeft het EHRM overwogen dat roekeloos gedrag in de vorm van het niet in acht nemen van veiligheidsvoorschriften als gevolg waarvan de echtgenoot van klaagster is komen te overlijden, strafbaar gesteld dient te zijn.¹⁶⁶

4.3.2.4 ‘Law-enforcement machinery’

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het in deze gevallen om meer gaat dan alleen strafbaarstellingen. De wetgeving moet daadwerkelijk (kunnen) worden gehandhaafd. Van belang is dan ook dat er een ‘law-enforcement machinery’ in het leven wordt geroepen ‘for the prevention, suppression and punishment’ op grond van de strafbaarstellingen.¹⁶⁷ Dat betekent onder meer dat het strafprocesrecht van de verdragsstaten voldoende bevoegdheden moet bevatten om strafbare feiten te kunnen onderzoeken, vervolgen en bestraffen. Ook is het van belang dat er voldoende personele capaciteit en middelen voorhanden zijn.

4.3.3 Civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem

Civielrechtelijke aansprakelijkheid kan volstaan ‘where death occurs as a result of negligence’.¹⁶⁸ Dit geldt in het bijzonder voor gevaarlijke activiteiten in de medische sector.¹⁶⁹ Juist in deze sector is veelal niet aanstonds duidelijk dat de overheid (mede)verantwoordelijk is geweest voor de dodelijke ziekte¹⁷⁰ (gevalstype 4) en/of het overlijden. Het gaat veelal om de rechtsverhouding tussen hulpverlener en patiënt.¹⁷¹ Zo bestond in *Calvelli & Ciglio/Italië* geen verplichting om een ziekenhuisarts te vervolgen voor de dood van een pasgeboren baby.¹⁷² De arts had nagelaten de noodzakelijke maatregelen te treffen voor de bevalling, terwijl hij wist dat daaraan hoge risico’s waren verbonden. Ook de verdrinking van de zwaar fysiek gehandicapte Malcolm Rowley in een zorginstelling hoefde niet via het strafrecht te worden afgedaan. Het ging in deze zaak om een jongen die enige tijd alleen in bad werd gelaten en als gevolg daarvan overleed. Zowel verzorger als zorginstelling hadden nalatig gehandeld.¹⁷³ In deze gevallen was het voldoende dat het mogelijk was om een civielrechtelijke actie in te stellen. Ook kan in dergelijke gevallen tuchtrechtelijke aansprakelijkheid worden overwogen.¹⁷⁴

¹⁶⁶ EHRM 6 juni 2017, 9441/10 (*Sinim/Turkije*), r.o. 63.

¹⁶⁷ EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo/Italië*), r.o. 67.

¹⁶⁸ EHRM 17 januari 2002, 32967/96 (*Calvelli & Ciglio/Italië*), r.o. 51; EHRM 8 juli 2004, 53924/00 (*Vo/Frankrijk*), r.o. 90; EHRM 14 april 2015, 24014/05 (*Mustafa Tunç & Fecire Tunç/Turkije*), r.o. 170; EHRM 4 september 2018, 72781/12 (*Yirdem e.a./Turkije*), r.o. 40.

¹⁶⁹ Harris e.a. 2018, p. 220.

¹⁷⁰ EHRM 5 maart 2009, 77144/01, 35493/05 (*Colak & Tsakiridis/Duitland*), r.o. 30.

¹⁷¹ Mogelijk speelt ook een rol dat het medisch aansprakelijkheidsrecht in tal van landen bovenal door het civiele recht wordt beheerst. Zie Hendriks 2015, p. 6.

¹⁷² EHRM 17 januari 2002, 32967/96 (*Calvelli & Ciglio/Italië*), r.o. 49 en 51.

¹⁷³ EHRM 22 februari 2005, 31914/03 (*Rowley/VK*).

¹⁷⁴ EHRM 17 januari 2002, 32967/96 (*Calvelli & Ciglio/Italië*), r.o. 49 en 51.

Naast medische nalatigheid kan ook worden gedacht aan ongevallen met dodelijke slachtoffers veroorzaakt door pure nalatigheid,¹⁷⁵ zoals verkeersongevallen.¹⁷⁶ Verder kan het gaan om nalatigheid aan de zijde van overheid, bijvoorbeeld doordat onvoldoende feitelijke maatregelen zijn genomen om te beschermen tegen een vuurwapengevaarlijke ex-echtgenoot.¹⁷⁷

Wat betreft de effectuering van het EVRM door middel van het civiele recht, vloeit uit de rechtspraak van het EHRM enkel voort dat het stelsel dusdanig moet zijn ingericht dat sprake is van een (toegankelijk) effectief gerechtelijk systeem om de betrokkenen ter verantwoording te (kunnen) roepen. Hoe dit systeem is georganiseerd, is een kwestie van nationaal recht. De normering vloeit hier (hoofdzakelijk) voort uit artikel 6 en 13 EVRM. Zo dient een procedure binnen een redelijke termijn tot een rechterlijke beslissing te leiden.¹⁷⁸ Daarnaast mag de toegang tot de rechtspraak niet te veel worden beperkt door het opwerpen van (financiële) barrières.¹⁷⁹ Ten slotte is van belang dat een ‘appropriate civil redress, such as an order for damages’ beschikbaar is.¹⁸⁰

4.3.4 Wettelijk (en bestuurlijk) kader voor activiteiten die een bedreiging voor het leven vormen

Om te kunnen voorzien in een effectieve bescherming ‘by law’ dient in geval van risicovolle activiteiten en/of situaties een wettelijk en bestuurlijk kader in het leven te worden geroepen om die activiteit te reguleren.¹⁸¹ Een dergelijk kader¹⁸² dient te zijn toegesneden op de bijzondere kenmerken van de activiteiten in kwestie en de daaruit voortvloeiende risico’s. Het dient regelgeving te bevatten met betrekking tot onder meer de vergunningverlening voor, de start van, de werking van, de veiligheid van en het toezicht op de activiteiten. Ook moeten de relevante actoren worden verplicht om (feitelijke) maatregelen te nemen ter bescherming van burgers wier leven bedreigd wordt.¹⁸³ In de in paragraaf 4.3.2.3 beschreven zaak *Öneryıldız/Turkije* ontbrak het aan een (effectief) ‘regulatory framework’. Er was sprake van gebrekkige regelgeving met betrekking tot de vestiging en werking van de vuilnisbelt. Daarnaast was er geen coherent toezichtmechanisme en schoot het beleid op het gebied van stadsplanning en huisvesting te kort.¹⁸⁴

Ook op andere terreinen wordt inmiddels een ‘legislative and administrative framework’ verlangd, bijvoorbeeld om de openbare veiligheid te garanderen¹⁸⁵ of om dodelijke verkeersongevallen

¹⁷⁵ EHRM 3 november 2011, 28096/04 (*Antonov/Oekraïne*), r.o. 45. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 2 september 2010, 17185/02 (*Fedina/Oekraïne*), r.o. 62 en 66.

¹⁷⁶ EHRM 24 mei 2011, 23302/03 (*Anna Todorova/Bulgarije*), r.o. 73.

¹⁷⁷ EHRM 15 januari 2009, 46598/06 (*Branko Tomašić e.a./Kroatië*), r.o. 64. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo/Italië*), r.o. 90.

¹⁷⁸ EHRM 17 januari 2008, 59548/00 (*Dodov/Bulgarije*), r.o. 96.

¹⁷⁹ EHRM 10 april 2012, 19986/06 (*İlbeyi Kemaloğlu & Meriye Kemaloğlu/Turkije*), r.o. 44.

¹⁸⁰ EHRM 23 maart 2010, 4864/05 (*Oyal/Turkije*), r.o. 66. In sommige gevallen moeten direct getroffen en/of naasten en nabestaanden aanspraak kunnen maken op vergoeding van immateriële schade. Zie daarover hoofdstuk 3, § 5.2.3.

¹⁸¹ Er dient bijvoorbeeld ook een adequaat systeem van toezicht in het leven te worden geroepen om de naleving te verzekeren. Vgl. EHRM 4 oktober 2016, 69546/12 (*Cevrioğlu/Turkije*), r.o. 62. Zie daarover meer uitgebreid hoofdstuk 3, § 2.6.2. Zie over toezichtsverplichtingen ook Sanderink 2015, p. 216-244.

¹⁸² Zie hierover ook Sanderink 2015, p. 66-110.

¹⁸³ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 90; EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 11673/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 129-132. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10 (*Vilnes e.a./Noorwegen*), r.o. 220; EHRM 24 juli 2017, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 79-81; EHRM 7 mei 2020, 43881/10 (*Vardosanidze/Georgië*), r.o. 54.

¹⁸⁴ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 90 en 104.

¹⁸⁵ EHRM 14 juni 2011, 19776/04 (*Ciechońska/Polen*), r.o. 69.

te voorkomen.¹⁸⁶ Daarnaast kan gedacht worden aan ‘town planning policy’ in de buurt van een groot stuwmeer¹⁸⁷, de regulering van geweldgebruik door de politie en andere overheidsfunctionarissen,¹⁸⁸ regelgeving ter bescherming van patiëntenlevens¹⁸⁹ en regelgeving met het oog op vliegveiligheid.¹⁹⁰

Alle zaken hebben met elkaar gemeen dat het om duidelijk herkenbare gevaren gaat. Risico's zijn inherent aan de gegeven situatie of vloeien voort uit bepaalde activiteiten. Zo overweegt het Hof in *Öneryıldız/Turkije* dat het drijven van een afvalstoffeninrichting in een sloppenwijk naar zijn aard gevaarlijk is.¹⁹¹

4.4 Feitelijke maatregelen

4.4.1 Introductie

Naast een effectief bestuurlijk en juridisch systeem dient de Staat onder omstandigheden ook feitelijke maatregelen¹⁹² te nemen ter voorkoming van het verlies van levens.¹⁹³ Zowel bij dreigende inbreuken op het recht op leven door gedragingen van particulieren als door overheidsfunctionarissen en/of overheidsorganen dienen de autoriteiten in actie te komen. Soms ligt de verplichting om een wettelijk en bestuurlijk kader in het leven te roepen overigens dicht bij de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen. Zo dient het wettelijk kader onder omstandigheden bijvoorbeeld regelgeving te bevatten met betrekking tot toezicht op gevaarlijke activiteiten. Wanneer de autoriteiten kennis (behoren te) hebben van een risicovolle situatie, dient vervolgens ook daadwerkelijk handhavend te worden opgetreden. De verplichting om feitelijke maatregelen te treffen, kan alleen worden aangenomen als de autoriteiten ‘retained a certain degree of control over the situation’.¹⁹⁴ Anders zullen andersoortige – veelal wetgevende – maatregelen worden verlangd, zoals regulering van de industrie.¹⁹⁵

Om te beoordelen of een (verdrags)staat verplicht is om feitelijke maatregelen te nemen, wordt door het EHRM het *Osman*-criterium gehanteerd. Dit criterium zal ik hierna in paragraaf 4.4.2 uitwerken. Wanneer aan het *Osman*-criterium is voldaan, moet de Staat feitelijke maatregelen treffen (§ 4.4.3). Nadat de te nemen maatregelen zijn beschreven, wordt ingegaan op twee benaderingen van het EHRM die dusdanig afwijken van het ‘normale stramen’ dat zij in mijn ogen afzonderlijke behandeling behoeven: de bescherming van personen in kwetsbare situaties en personen onder controle

¹⁸⁶ EHRM 3 november 2011, 28096/04 (*Antonov/Oekraïne*), r.o. 44; EHRM 25 juni 2019, 41720/13 (*Nicolae Virgiliu Tănase/Roemenië*), r.o. 135.

¹⁸⁷ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 172.

¹⁸⁸ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 59; EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 99; EHRM 26 juli 2005, 35072/97, 37194/97 (*Şimşek e.a./Turkije*), r.o. 105; EHRM 5 september 2017, 37795/13 (*Tekin & Arslan/België*), r.o. 92-94.

¹⁸⁹ EHRM 30 juni 2015, 32086/07 (*Altuğ e.a./Turkije*), r.o. 64; EHRM 23 januari 2019, 78103/14 (*Fernandes de Oliveira/Portugal*), r.o. 105. In uitzonderlijke omstandigheden kan een schending van de ‘substantive limb’ van artikel 2 EVRM worden aangenomen ‘in respect of the acts and omissions of health-care providers’. Zie met betrekking tot de (cumulatieve) criteria waaraan moet worden voldaan: EHRM 19 juli 2018, 58240/08 (*Sarishvili-Bolkvadze/Georgië*), r.o. 67-69.

¹⁹⁰ EHRM 8 maart 2018, 44154/14 (*R.Š./Letland*), r.o. 85-90.

¹⁹¹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 65, 71 en 90.

¹⁹² Het EHRM gebruikt ook de term ‘preventive (operational) measures’ en ‘preventive measures’. Zie EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 115 en EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 90.

¹⁹³ Zie hierover ook Sanderink 2015, p. 123-195.

¹⁹⁴ EHRM 20 december 2011, 18299/03, 27311/03 (*Finogenov e.a./Rusland*), r.o. 209.

¹⁹⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10 (*Vilnes e.a./Noorwegen*), r.o. 244.

van de Staat (§ 4.4.4) en de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen ter bescherming van de samenleving als geheel (§ 4.4.5).

4.4.2 Het Osman-criterium

4.4.2.1 Introductie

De verplichting om feitelijke maatregelen te treffen, is voor het eerst uitgewerkt in *Osman/VK*. Het EHRM overweegt in deze zaak dat onder ‘certain well-defined circumstances’ van de Staat mag worden verwacht dat hij feitelijke maatregelen neemt om het leven van een burger te beschermen tegen de criminele handelingen van een andere burger. Van een schending van artikel 2 EVRM is sprake wanneer:

‘the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.’¹⁹⁶

In de hierop volgende paragrafen zal ik afzonderlijk op de diverse onderdelen van het *Osman*-criterium ingaan.

4.4.2.2 Kennis

Uit het *Osman*-criterium volgt allereerst dat concrete kennis over de dreigende inbreuk een bepalende rol speelt bij het vaststellen van de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen. Het gaat hier om concrete kennis (‘knew’) over het bestaan van een levensbedreigende situatie. Daarnaast kan het gaan om een geval waarin concrete kennis ontbreekt, maar waarin van de overheid redelijkerwijs wordt verwacht dat zij kennis heeft (‘ought to have known’).

Het EHRM wendt verschillende bronnen aan waaruit kan worden opgemaakt dat de (verdrags)staat kennis had of behoorde te hebben van de bedreiging voor het leven. Denk hierbij bijvoorbeeld aan meldingen, klachten, aangiftes¹⁹⁷ en rapportages door deskundigen.¹⁹⁸ Zo oordeelde het EHRM in *Öneryıldız/Turkije*, waarin het om de door een methaangasexplosie veroorzaakte aardverschuiving ging, dat het onmogelijk was dat de autoriteiten niet wisten dat de bewoners van een sloppenwijk ernstig werden bedreigd door de vrijkomende methaangassen onder de vuilnisbelt waarop zij woonden. Zij hadden namelijk de beschikking over een rapport dat eenduidig uitwees dat er voor deze specifieke groep bewoners een levensbedreigende situatie bestond.¹⁹⁹

Er kan alleen een schending worden aangenomen wanneer, gegeven de kennis op het moment van het bestaan van de risico’s, niet afgezien had kunnen worden van het nemen van feitelijke

¹⁹⁶ EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 116. Zie ook bijvoorbeeld EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 129; EHRM 17 september 2020, 62439/12 (*Kotilainen e.a./Finland*), r.o. 69. Zie voor toepassing in een kidnapping context: EHRM 5 september 2019, 20147/15 (*Olewnik-Cieplińska and Olewnik/Polen*), r.o. 121.

¹⁹⁷ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 147-148.

¹⁹⁸ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 97-101.

¹⁹⁹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 101.

maatregelen. Het handelen van de autoriteiten mag dan ook niet worden beoordeeld met de ‘benefit of hindsight’.

4.4.2.3 Reëel en onmiddellijk risico

Ten tweede dient de situatie een reëel en onmiddellijk risico te vormen voor het leven (van een of meer specifieke individuen).²⁰⁰ De term ‘reëel risico’ lijkt te slaan op de mate van waarschijnlijkheid dat de schade zich zal voordoen.²⁰¹ De zaak *Osman/VK* strandde onder meer op dit punt. In deze zaak ging het om een psychisch gestoorde Britse leraar, die geobsedeerd was van één van zijn leerlingen, Ahmet Osman. Na verschillende incidenten vond er een schietpartij plaats waarbij de vader van Ahmet werd gedood en Ahmet zelf zwaargewond raakte. Klagers, de moeder van Ahmet en Ahmet zelf, verwijten de autoriteiten onvoldoende bescherming te hebben verleend. Hoewel de politie was geattendeerd op ‘statements’ van de leraar dat hij van plan was een moord te plegen en er aanwijzingen waren voor een mogelijke geestesstoornis, oordeelde het EHRM dat onvoldoende vast is komen te staan dat sprake was van een reëel (en onmiddellijk) gevaar voor de leden van de familie Osman.²⁰²

De term ‘onmiddellijk’ lijkt betrekking te hebben op de mate van afwendbaarheid van het intreden van het risico.²⁰³ Een voorbeeld van een zaak waarin sprake was van een (reëel en) onmiddellijk risico is *Ilbeyi Kemaloğlu & Meriye Kemaloğlu/Turkije*. In deze zaak ging het om de dood van de zoon van klagers. Normaal gesproken maakte hij gebruik van een ‘municipality’s shuttle service’ om van en naar school te reizen. Op de bewuste dag werd de schooldag vervroegd afgesloten in verband met een sneeuwstorm. De shuttle service was hiervan echter niet op de hoogte. Daarop besloot de zoon van klagers naar huis te lopen. De slechte weersomstandigheden werden hem echter fataal. Hij werd doodgevroren teruggevonden. In dit geval overweegt het EHRM dat het gelet op de extreme omstandigheden niet onredelijk is ‘to expect the school authorities to take basic precautions to minimise any potential risk and to protect the pupils’. Het risico had geminimaliseerd kunnen worden door de shuttle service eenvoudigweg te informeren.²⁰⁴

4.4.2.4 Criminele (en niet criminele) gedragingen

Uit het *Osman*-criterium volgt dat het moet gaan om risico’s van ‘criminal acts of a third party’. Het criterium wordt echter inmiddels ook bij andere gedragingen toegepast. Het gaat onder meer om niet-opzettelijke doodsveroorzaking als gevolg van industriële gevaren²⁰⁵ en die waarin de natuur een bedreiging vormt voor het recht op leven.²⁰⁶ Ook kan worden gedacht aan levensbedreigende risico’s die worden veroorzaakt door een onveilige infrastructuur²⁰⁷ of doordat patiënten urgente medische zorg is onthouden.²⁰⁸

²⁰⁰ Vgl. ook EHRM 4 juli 2019, 62903/15 (*Kurt/Oostenrijk*), r.o. 76. Deze zaak is verwezen naar de Grote Kamer.

²⁰¹ Gijsselaar & De Jong 2016, p. 41; Bakker 2020, p. 695.

²⁰² EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 117-122.

²⁰³ Gijsselaar & De Jong 2016, p. 41; Bakker 2020, p. 695.

²⁰⁴ EHRM 10 april 2012, 19986/06 (*Ilbeyi Kemaloğlu & Meriye Kemaloğlu/Turkije*), r.o. 41.

²⁰⁵ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 93 en 98-108.

²⁰⁶ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 128-137 en 147-157.

²⁰⁷ EHRM 2 september 2010, 17185/02 (*Fedina/Oekraïne*), r.o. 53.

²⁰⁸ EHRM 19 december 2017, 56080/13 (*Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*), r.o. 184.

4.4.2.5 Identificeerbare mogelijke slachtoffers

Uit het *Osman*-criterium blijkt verder dat de mogelijke slachtoffers identificeerbaar moeten zijn alvorens een positieve verplichting om feitelijke maatregelen te treffen, aangenomen wordt. Er moet dus op de een of andere manier een verband kunnen worden gelegd tussen het levensbedreigende risico en een persoon (of groep personen) die mogelijk slachtoffer kan (of kunnen) worden. In zaken betreffende gewelddadigheden in Zuidoost-Turkije onderzocht het EHRM bijvoorbeeld in iedere zaak of het slachtoffer een bijzonder risico liep, bijvoorbeeld omdat hij ervan verdacht werd samen te zweren met de PKK.²⁰⁹ Zoals hierna in paragraaf 4.4.4 nog zal blijken, is dit vereiste in enkele latere zaken losgelaten en/of flexibeler toegepast.

4.4.2.6 Bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen

De maatregelen die door autoriteiten getroffen moeten worden, dienen binnen het bereik van hun mogelijkheden te liggen. Bovendien dienen zij naar (geobjectiveerde) redelijke verwachting tot afwending van het risico te leiden. Of dat het geval is, moet worden bepaald in het licht van alle omstandigheden van het geval. Het gaat hier om een beoordeling van de (te verwachten) effectiviteit van de maatregelen. Zo oordeelde het EHRM in *Öneryıldız/Turkije* dat het informeren van de bewoners over het risico dat zij liepen niet zou hebben volstaan.²¹⁰ Een dergelijke maatregel zou geen effect hebben gesorteerd. Er waren meer en andersoortige maatregelen nodig.²¹¹

In ieder geval mag geen onmogelijke of disproportionele last op de schouders van de Staat worden gelegd. Het EHRM houdt rekening met de onvoorspelbaarheid van menselijk gedrag en de ‘operational choices which must be made in terms of priorities and resources’.²¹² Of dat betekent dat de overheid maatregelen achterwege mag laten omdat zij over onvoldoende financiële middelen of capaciteit beschikt, kan niet uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid.²¹³

Ten slotte dienen ook de waarborgen van ‘due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice’ in acht te worden genomen.²¹⁴ Daarbij kan gedacht worden aan de waarborgen van artikel 5 en 8 EVRM. Deze dienen uiteraard in acht te worden genomen wanneer iemand van zijn vrijheid wordt beroofd. Genoemde waarborgen vallen buiten bestek van het onderzoek; zij zijn procedureel van aard.

4.4.3 Keuze van te nemen feitelijke maatregelen

Indien aan de hiervoor beschreven voorwaarden is voldaan, dient de (verdrags)staat maatregelen te nemen. Het EHRM kent de (verdrags)staat een ‘margin of appreciation’ toe bij de keuze van de te nemen maatregelen, zeker waar het om ‘difficult social and technical spheres’ gaat.²¹⁵ Deze overweging

²⁰⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 28 maart 2000, 22535/93 (*Mahmut Kaya/Turkije*), r.o. 89.

²¹⁰ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 108. Zie hierover ook Sanderink 2015, p. 294.

²¹¹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 107.

²¹² EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 116; EHRM 20 december 2011, 18299/03, 27311/03 (*Finogenov e.a./Rusland*), r.o. 209.

²¹³ Gijselaar 2016, p. 179. Vgl. Sanderink 2015, p. 137-138.

²¹⁴ EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 116; EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 92.

²¹⁵ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 107.

geldt naar het oordeel van het EHRM des te sterker in de sfeer van noodhulp in geval van een natuurramp. De mens heeft daarover namelijk, anders dan in het geval van door de mens verrichte (levens)gevaarlijke activiteiten, geen controle.²¹⁶ Niettemin toetst het Hof intensief en geeft het veelal duidelijk aan welke maatregelen de (verdrags)staat had kunnen en behoren te nemen.

De te nemen maatregelen variëren naar context en de aard van de activiteit in kwestie. Verschillende mogelijke maatregelen kunnen genoemd worden. Waar het om criminele contexten gaat, kan bijvoorbeeld worden gedacht aan allerlei operationele maatregelen, zoals het waarschuwen van burgers,²¹⁷ het bewaken en beveiligen van personen, objecten en diensten²¹⁸ en het toepassen van dwangmiddelen als aanhouding en inbeslagname.²¹⁹ In geval van risicovolle activiteiten – niet zijnde criminele activiteiten – spitst de aandacht zich vooral toe op andersoortige maatregelen die het intreden van het gevaar verkleinen, zoals het verstrekken van informatie²²⁰ en het nemen van risicobeheersingsmaatregelen. Voorbeelden van het laatste zijn het installeren van een gasonttrekkingssysteem,²²¹ het vrijhouden van een rivier van obstakels²²² en het op poten zetten van een waarschuwingssysteem.²²³

4.4.4 Bescherming van personen in kwetsbare situaties en personen onder controle van de Staat

Gedetineerden bevinden zich in een kwetsbare situatie. Dit brengt voor de Staat een bijzondere verantwoordelijkheid met zich om hun leven te beschermen. De Staat dient feitelijke maatregelen te nemen om te voorkomen dat personen tijdens detentie of opname door geweld,²²⁴ zelfmoord,²²⁵ gebrekkige zorg²²⁶ of anderszins komen te overlijden.²²⁷ Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM een verplichting aannam om gedetineerden tegen elkaar te beschermen, is *Paul & Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*. Klagers zoon, Christopher Edwards, was schizofreen. Desondanks werd hij niet op een psychiatrische afdeling geplaatst. Datzelfde geldt voor de rond dezelfde tijd gearresteerde Richard Linsford. Wegens ruimtegebrek delen beide heren een cel. Dit wordt Christopher fataal; hij wordt doodgeslagen door zijn celgenoot. Het EHRM komt tot de conclusie dat de positieve verplichting op grond van artikel 2 EVRM om het recht op leven te beschermen, onvoldoende is nagekomen. Het stelt vast dat de informatie die bij de bevoegde autoriteiten aanwezig was met betrekking tot het gewelddadige en psychiatrische verleden van Linsford, in combinatie met zijn gedrag bij zijn arrestatie, duidelijk had moeten maken dat het plaatsen van Linsford in één cel met Edwards een reëel en ernstig risico opleverde. De informatie met betrekking tot Linsford werd ten onrechte niet onder de aandacht

²¹⁶ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 135.

²¹⁷ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 489.

²¹⁸ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 489.

²¹⁹ EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 121. Zie meer uitgebreid over de operationele verplichting tot voorkoming of beëindiging van strafbare feiten hoofdstuk 4, § 5.2

²²⁰ EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 113. Zie over informatieverplichtingen Sanderink 2015, p. 287-297 en De Jong 2017, p. 166-170.

²²¹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 107.

²²² EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 174-180 en 216.

²²³ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 181 en 185.

²²⁴ EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 56 en 57-64.

²²⁵ EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 89-93. Zie ook EHRM 16 november 2000, 21422/93 (*Tanribilir/Turkije*), r.o. 70-72; EHRM 30 juni 2020, 23405/16 (*S.F./Zwitserland*).

²²⁶ EHRM 14 maart 2013, 28005/08 (*Salakhov & Islyamova/Oekraïne*), r.o. 164-183.

²²⁷ Naast feitelijke maatregelen, moeten medewerkers ook getraind worden in de omgang met gedetineerden (met een geestesstoornis). Zie bijvoorbeeld EHRM 5 september 2017, 37795/13 (*Tekin & Arslan/België*), r.o. 95.

gebracht van degenen die over zijn plaatsing op een psychiatrische afdeling beslisten; ook de gevangenisleiding werd hiervan niet op de hoogte gesteld.²²⁸

Ook ten aanzien van personen in militaire dienst heeft de Staat een bijzondere verantwoordelijkheid. Zo oordeelde het EHRM in *Perevedentsevy/Rusland*, dat gelet op de omstandigheden en het endemische karakter van de ‘dedovshchina’²²⁹ in Rusland en de grote ernst en risico’s daarvan voor dienstplichtigen, de autoriteiten zich bewust hadden moeten zijn van het risico voor levensbeneming door de zoon van klagers en daartegen maatregelen hadden moeten treffen. Nu dat niet is gebeurd, is de Staat zijn positieve verplichting niet nagekomen.²³⁰

4.4.5 Bescherming van de samenleving als geheel

De eis van identificeerbaarheid van de mogelijke slachtoffers (zie par. 4.4.2.5) speelt niet in alle gevallen een rol. Waar op grond van het *Osman*-criterium (nog) vereist is dat een reëel en onmiddellijk risico voor het leven van een of meer specifieke individuen wordt gevormd, wordt dit vereiste in sommige latere uitspraken van het EHRM losgelaten.²³¹ Het betreft hier situaties die binnen de invloedssfeer van de Staat worden geacht te liggen: de bescherming van de samenleving tegen handelingen van geestelijk gestoorden,²³² het toekennen van verlof aan gedetineerden²³³ en het nemen van beslissingen over de tenuitvoerlegging bij de strafoplegging en over detentiefasering.²³⁴ Zo oordeelde het EHRM in *Maiorano e.a./Italië* na een analyse van de omstandigheden van het geval dat de Italiaanse rechter een levenslang veroordeelde niet in ‘semi-liberté’ had mogen plaatsen. De veroordeelde maakte van zijn vrijheid gebruik door een dubbele moord te plegen.²³⁵ Een mogelijke verklaring voor het afwijken van de eis dat het om identificeerbare individuen moet gaan, is dat gedwongen opname en detentie juist in het leven zijn geroepen ter bescherming van de samenleving als geheel.²³⁶

Om maatwerk te bieden, wordt bij de beoordeling van de identificeerbaarheid van personen de nodige flexibiliteit in acht genomen in zaken waarin het om een levensbedreigende situatie als gevolg van een terroristische dreiging gaat. Daarmee lijkt het EHRM te willen inspelen op het feit dat (het moderne) terrorisme vaak dood en verderf veroorzaakt tegen willekeurige burgerslachtoffers.²³⁷

4.5 Onderzoek

²²⁸ EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 57-64.

²²⁹ Dit begrip duidt de mishandeling van jonge rekruten door ouderen in het Russische leger aan. In feite komt het neer op een zeer harde variant van ontgroening.

²³⁰ EHRM 24 april 2014, 39583/05 (*Perevedentsevy/Rusland*), r.o. 91-101.

²³¹ Harris e.a. 2018, p. 213-214. Vgl. ook EHRM 17 september 2020, 62439/12 (*Kotilainen e.a./Finland*), r.o. 71.

²³² EHRM 18 september 2014, 74448/12 (*Blijkaj e.a./Kroatië*), r.o. 121.

²³³ EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo/Italië*), r.o. 72-77. Zie ook EHRM 17 januari 2012, 46846/08 (*Choreftakis & Choreftaki/Griekenland*), r.o. 48.

²³⁴ EHRM 15 december 2009, 28634/06 (*Maiorano e.a./Italië*), r.o. 107.

²³⁵ EHRM 15 december 2009, 28634/06 (*Maiorano e.a./Italië*), r.o. 107.

²³⁶ Zie met betrekking tot gedetineerden Xenos 2012, p. 86-87. Vgl. ook EHRM 14 oktober 2010, 55164/08 (*A./Kroatië*), r.o. 78.

²³⁷ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 482. Zie met betrekking tot landmijnen: EHRM 23 juni 2015, 20620/10 (*Ercan Bozkurt/Turkije*), r.o. 54.

4.5.1 Introductie

Naast de hiervoor beschreven verplichtingen, dient ook onderzoek te (kunnen) worden verricht naar de oorzaak van het overlijden en/of het ontstaan van een levensbedreigende situatie en wie daarvoor verantwoordelijk is. Dat is nodig om de effectieve uitvoering van de wetgeving die artikel 2 EVRM beoogt te beschermen, te verzekeren en om de bescherming van deze bepaling ‘practical and effective’ te laten zijn.²³⁸ Waar het specifiek om gedragingen van overheidsfunctionarissen gaat, is het onderzoek naar het oordeel van het EHRM ‘essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts’.²³⁹ De onderzoeksverplichting betreft een ‘separate and autonomous duty’.²⁴⁰ Dat betekent dat de verplichting losstaat van de hiervoor beschreven verplichtingen en zelfstandig inroepbaar is.

De opzet van deze paragraaf is als volgt. In paragraaf 4.5.2 wordt allereerst beschreven dat er twee verschijningsvormen van de onderzoeksverplichting zijn te onderscheiden: ‘effectief officieel onderzoek’ en onderzoek als onderdeel van een ‘effectief juridisch systeem’. De vraag rijst of een officieel onderzoek strafrechtelijk van aard moet zijn. Daarop wordt in paragraaf 4.5.3 afzonderlijk ingegaan. Vervolgens komt in paragraaf 4.5.4 aan de orde wanneer de onderzoeksverplichting geactiveerd wordt. Ten slotte wordt besproken aan welke vereisten het onderzoek dient te voldoen (§ 4.5.5).

4.5.2 Twee verschijningsvormen

In de rechtspraak van het EHRM kunnen twee verschijningsvormen van onderzoek worden onderscheiden. Allereerst overweegt het EHRM in verschillende zaken dat een ‘effectief officieel onderzoek’ moet worden verricht. Deze formulering hanteert het EHRM in zaken waarin (er een indicatie is dat) alleen het strafrecht in aanmerking komt (zie hierover § 4.3.2).²⁴¹ Een ‘effectief officieel onderzoek’ moet eveneens worden ingesteld als er sprake is van de verdwijning van een persoon onder verdachte omstandigheden (gevalstype 5; vgl. § 4.2).²⁴²

Ook wanneer de omstandigheden waaronder de dood of de levensbedreigende situatie²⁴³ is ingetreden ‘are, or may be, largely confined within the knowledge of State officials or authorities’ dient een effectief officieel onderzoek verricht te worden.²⁴⁴ Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de Staat in het geval van risicovolle activiteiten (mogelijkerwijs) door het schenden van een verplichting betrokken is geweest bij het ontstaan van de inbreuk op het recht op leven.²⁴⁵ Ook gaat het om sterfgevallen die hebben plaatsgevonden terwijl de betrokkene zich ‘in de macht van de overheid’ bevond, zoals (zelf)doding in detentie.²⁴⁶

Bij de tweede verschijningsvorm ligt het accent op het onderzoek als onderdeel van een ‘effectief juridisch systeem’. Hierbij hoeft het niet om een strafrechtelijk onderzoek te gaan. Het EHRM gaat in

²³⁸ EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 111.

²³⁹ EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 118.

²⁴⁰ EHRM 9 april 2009, 71463/01 (*Šilih/Slovenië*), r.o. 158-159.

²⁴¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 7 juli 2011, 55721/07 (*Al-Skeini e.a./VK*), r.o. 163.

²⁴² EHRM 10 mei 2001, 25781/94 (*Cyprus/Turkije*), r.o. 132.

²⁴³ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 188-191.

²⁴⁴ EHRM 5 juli 2005, 49790/99 (*Trubnikov/Rusland*), r.o. 87-88.

²⁴⁵ EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 121-123.

²⁴⁶ EHRM 5 juli 2005, 49790/99 (*Trubnikov/Rusland*), r.o. 87-88.

dat geval ‘enkel’ na welke wegen zijn bewandeld teneinde de zaak tot klaarheid te brengen. Deze lijn hanteert het EHRM voor (alle andere) gevallen van (vermoedelijk) nalatig handelen.²⁴⁷ Zo gaat het EHRM in zaken over dodelijke verkeersongevallen als gevolg van ‘pure negligence’ bijvoorbeeld na of strafrechtelijk onderzoek is ingesteld en/of er een geding tussen particulieren is gevoerd.²⁴⁸

4.5.3 Officieel onderzoek: strafrechtelijk of niet?

In zaken waarin door het EHRM een effectief officieel onderzoek wordt verlangd, wordt zo nu en dan expliciet overwogen dat het om een strafrechtelijk onderzoek dient te gaan.²⁴⁹ In de rechtspraak van het Hof valt op dit punt echter (nog) geen duidelijk lijn te bespeuren. In gevallen waarin het EHRM niet (expliciet) overweegt dat het moet gaan om strafrechtelijk onderzoek, hebben staten een zekere ‘margin of appreciation’. In verschillende zaken wordt door het EHRM echter overwogen dat autoriteiten onderzoek moet verrichten ter identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken.²⁵⁰ Vanwege de eis van bestraffing zal dat voor veel verdragsstaten in de praktijk neerkomen op een strafrechtelijk onderzoek. Met andersoortig onderzoek dan strafrechtelijk onderzoek is dit doel immers moeilijker te bereiken, omdat het strafprocesrecht middelen en bevoegdheden biedt waarvan de toepassing buiten de strafrechtspleging doorgaans niet gebruikelijk is en veelal niet tot de mogelijkheden behoort.²⁵¹ De toepassing van deze middelen wordt, zoals hierna zal blijken, vereist wanneer dat noodzakelijk is om de ‘waarheid’ aan het licht te brengen.

Wanneer de strafrechtelijke route niet bewandeld hoeft te worden, volstaat ook andersoortig officieel onderzoek. Daarbij kan gedacht worden aan parlementaire commissies, ‘administrative inspection’, ‘disciplinary action’²⁵² en een ‘inquiry’.²⁵³

4.5.4 Activering van de onderzoeksverplichting

Autoriteiten kunnen op verschillende manieren op de hoogte geraken van de dood, verdwijning van een persoon (gevalstype 5), serieus levensbedreigende situaties (gevalstype 1 t/m 3) of dodelijke ziekte (gevalstype 4). Allereerst kan aangifte zijn gedaan en/of een (formele) klacht zijn ingediend. Daarnaast kan een zaak onder de aandacht van autoriteiten komen doordat zij (start)informatie van particulieren ontvangen. Daarbij kan gedacht worden aan een tip of melding.²⁵⁴ De autoriteiten kunnen ook bekend raken met een mogelijk strafbaar feit door informatie van overheidsinstanties. Zo scheidt de enkele wetenschap bij de overheid van een sterfgeval tijdens het optreden van veiligheids- en ordetroepen *ipso*

²⁴⁷ EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo/Italië*), r.o. 90; EHRM 11 februari 2020, 15613/10 (*Vovk en Bogdanov/Rusland*), r.o. 63.

²⁴⁸ EHRM 24 mei 2011, 23302/03 (*Anna Todorova/Bulgarije*), r.o. 72-83.

²⁴⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo/Italië*), r.o. 93; EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 140; EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 190.

²⁵⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 113; EHRM 27 juli 2006, 69481/01 (*Bazorkina/Rusland*), r.o. 117.

²⁵¹ Van Kempen 2008, p. 44. Het bestuursstrafrecht wordt niet ingezet bij gevallen die een artikel 2 EVRM schending inhouden. Het gaat om levensdelicten en die plegen ook strafrechtelijk te worden onderzocht en afgedaan.

²⁵² Zie bijvoorbeeld EHRM 24 maart 2011, 23458/02 (*Giuliani & Gaggio/Italië*), r.o. 310.

²⁵³ EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 99.

²⁵⁴ EHRM 2 september 1998, 22495/93 (*Yaşa/Turkije*), r.o. 100.

facto een verplichting tot effectief onderzoek naar de omstandigheden waaronder het sterfgeval zich heeft voorgedaan.²⁵⁵

Wanneer geen effectief officieel onderzoek is vereist, moeten de (relevante) procedures op initiatief van de slachtoffers en/of nabestaanden worden ingesteld.²⁵⁶ In de gevallen waarin van de autoriteiten wordt verlangd om een effectief officieel onderzoek op te starten, hoeft er geen verzoek tot onderzoek te zijn. Een onderzoek dient op eigen initiatief van de autoriteiten te worden verricht.²⁵⁷

4.5.5 Vereisten aan onderzoek

4.5.5.1 Introductie

Waar een effectief officieel onderzoek wordt verlangd, wordt door het EHRM uitgebreid aandacht besteed aan de inhoud van de verplichting. De verplichting om een effectief officieel onderzoek uit te voeren, betreft geen resultaats- maar een inspanningsverplichting.²⁵⁸ Om van een effectief onderzoek te kunnen spreken, moet het onderzoek aan verschillende eisen voldoen. Het onderzoek moet adequaat, zorgvuldig en grondig worden uitgevoerd. Bij de beoordeling van de effectiviteit van het onderzoek maakt het EHRM een totaalafweging.²⁵⁹ Het Hof houdt zich niet bezig met vermeende fouten of geïsoleerde hiaten die geen wezenlijke invloed op de uitkomst van het onderzoek hebben.²⁶⁰

Voordat ik in de hiernavolgende paragrafen afzonderlijk op deze vereisten inga, merk ik op dat naast genoemde eisen ook verschillende (in dit boek niet onderzochte) procedurele eisen gelden.²⁶¹ Zo benadrukt het EHRM dat het onderzoek onafhankelijk en onpartijdig onderzoek moet zijn.²⁶² Daarnaast dient ‘a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results’ aanwezig te zijn.²⁶³ Ook kan ‘legal aid’ aangewezen zijn waar het ‘the family’s effective participation’ betreft.²⁶⁴ Ten slotte moet het onderzoek ‘with reasonable promptness and expedition’ worden uitgevoerd,²⁶⁵ zeker als het gaat om levensbedreigende situaties.

In zaken waarin onderzoek als onderdeel van een ‘effectief juridisch systeem’ aan de orde komt, formuleert het EHRM geen uitputtende lijst van vereisten waaraan het onderzoek moet voldoen. ‘Whatever the mode of the investigation, the available legal remedies, taken together, must amount to legal means capable of establishing the facts, holding accountable those at fault and providing appropriate redress, zo overweegt het EHRM.²⁶⁶ Elke tekortkoming in het onderzoek die de mogelijkheid ‘to establish the cause of the death or those responsible for it’ kan tot de conclusie leiden

²⁵⁵ EHRM 28 juli 1998, 23818/94 (*Ergi/Turkije*), r.o. 82.

²⁵⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 19 december 2017, 56080/13 (*Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*), r.o. 220.

²⁵⁷ EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 111.

²⁵⁸ EHRM 6 oktober 2005, 28299/95 (*Nesibe Haran/Turkije*), r.o. 71; EHRM 9 april 2009, 71463/01 (*Šilih/Slovenië*), r.o. 193; EHRM 26 mei 2020, 999/19 (*Aftanache/Roemenië*), r.o. 64.

²⁵⁹ EHRM 14 april 2015, 24014/05 (*Mustafa Tunç & Fecire Tunç/Turkije*), r.o. 233.

²⁶⁰ Van Kempen 2008, p. 48 onder verwijzing naar EHRM 6 mei 2003, 47916/99 (*Menson/VK*).

²⁶¹ Vgl. De Jong 2017, p. 66-77.

²⁶² Zie bijvoorbeeld EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 112; EHRM 21 juni 2018, 36083/16 (*Semache/Frankrijk*), r.o. 105-106.

²⁶³ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 115.

²⁶⁴ EHRM 4 mei 2001, 24746/94 (*Hugh Jordan/VK*).

²⁶⁵ EHRM 23 september 2014, 62279/09 (*Atiman/Turkije*), r.o. 31.

²⁶⁶ EHRM 3 november 2011, 28096/04 (*Antonov/Oekraïne*), r.o. 46.

dat niet is voldaan aan de vereisten die het EVRM stelt.²⁶⁷ Dat betekent onder meer dat het onderzoek ‘prompt and free from unnecessary delays’ moet worden uitgevoerd.²⁶⁸

4.5.5.2 Adequaat onderzoek

Teneinde de effectiviteit te kunnen waarborgen, moeten de autoriteiten allereerst (voortvarend) een adequaat onderzoek uitvoeren. Dat wil zeggen dat zij (met gepaste spoed) de redelijke (tot hun beschikking staande) maatregelen moeten nemen om bewijs veilig te stellen en te vergaren.²⁶⁹ Elk gebrek in het onderzoek dat ertoe leidt dat het vermogen om de verantwoordelijken te identificeren en te bestraffen, wordt aangetast, kan betekenen dat het onderzoek niet als adequaat geldt en dat dus niet is voldaan aan de plicht om een effectief onderzoek te verrichten.²⁷⁰

Naar het oordeel van het EHRM moeten verschillende opsporingsmethoden en dwangmiddelen worden toegepast om de strafrechtelijke waarheid aan de dag te laten komen. Allereerst dient – waar nodig en mogelijk – forensisch bewijs te worden verzameld en veilig te worden gesteld en dienen (oog)getuigen te worden ondervraagd.²⁷¹ Ook moet onder omstandigheden een autopsie worden uitgevoerd en/of een reconstructie worden gemaakt.²⁷² Zo volgt uit de overwegingen in de zaak *Camekan/Turkije* dat het EHRM waarde hecht aan een reconstructie op de plaats delict. Het Hof acht een dergelijke onderzoekshandeling van ‘cruciaal belang’ om de geloofwaardigheid van de verklaringen van verdachten te kunnen beoordelen en verschillende scenario’s over de toedracht van een misdrijf te toetsen. In genoemde zaak was het echter niet nodig om een dergelijke onderzoekshandeling te verrichten. De autoriteiten bleken namelijk in staat om de belangrijkste feiten van de zaak vast te stellen zonder een reconstructie aangezien de versies over de toedracht niet enorm van elkaar verschilden.²⁷³

De beschreven zaak laat zien dat het Hof geen absolute maatstaven hanteert; er geldt bijvoorbeeld geen absolute plicht tot reconstructie of autopsie, dat hangt af van de omstandigheden van het geval.

4.5.5.3 Grondig & zorgvuldig onderzoek

Naast *wat* er in het kader van het onderzoek is gebeurd (de mate van adequaatheid) kijkt het EHRM ook naar *hoe* een en ander is uitgevoerd. Zowel de mate van grondigheid als zorgvuldigheid wordt in ogenschouw genomen.²⁷⁴ Dat geldt niet alleen voor de afzonderlijke onderzoeksactiviteiten. Ook de conclusies van het onderzoek dienen een grondige, objectieve en onafhankelijke analyse te bevatten van alle relevante elementen.²⁷⁵ Dit impliceert volgens Van Kempen dat, indien mogelijk, nader

²⁶⁷ EHRM 3 november 2011, 28096/04 (*Antonov/Oekraïne*), r.o. 46.

²⁶⁸ EHRM 24 mei 2011, 23302/03 (*Anna Todorova/Bulgarije*), r.o. 73.

²⁶⁹ EHRM 6 mei 2003, 47916/99 (*Menson/VK*); EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*), r.o. 324; EHRM 19 juli 2018, 18419/13 (*Hovhannisyán/Armenië*), r.o. 51.

²⁷⁰ EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Anguelova/Bulgarije*), r.o. 139; EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 113; EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*), r.o. 324.

²⁷¹ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 74.

²⁷² EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*), r.o. 326 e.v.

²⁷³ EHRM 28 januari 2014, 54241/08 (*Camekan/Turkije*), r.o. 53.

²⁷⁴ EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Anguelova/Bulgarije*), r.o. 139. Zie ook EHRM 27 augustus 2019, 32631/09, 53799/12 (*Magnitskiy e.a./Rusland*), r.o. 268; EHRM 4 augustus 2020, 48756/14 (*Tërshana/Albanië*), r.o. 157 e.v.

²⁷⁵ EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 113.

onderzoek moet plaatsvinden voor zover de analyse uitwijst dat nog onvoldoende zicht bestaat op de concrete zaak.²⁷⁶ Dat dit daadwerkelijk het geval is, is te zien in *Durmaz/Turkije*. Deze zaak gaat over een onderzoek naar de doodsoorzaak van de dochter van klagster. De dochter was door haar echtgenoot overgebracht naar het plaatselijke ziekenhuis. De echtgenoot had tegen de dienstdoende artsen verteld dat zijn vrouw een overdosis van een tweetal geneesmiddelen had ingenomen. De artsen konden haar leven niet redden. Uit een bij de politie afgelegde verklaring blijkt dat de echtgenoot zijn vrouw tijdens een ruzie heeft geslagen. De vader van de overleden vrouw dient daarop een officiële klacht in. Hij verklaart dat zijn dochter niet suïcidaal was. Zij zou verschillende malen in elkaar zijn geslagen door haar echtgenoot. Uit het daaropvolgende forensisch onderzoek blijkt niets van het gebruik van geneesmiddelen of drugs door de dochter. Wel is sprake van een vochtophoping en bloeding in de longblaasjes. Daarop besluit de openbaar aanklager het onderzoek te beëindigen.

Het Hof is zeer kritisch over (de conclusie van) het onderzoek dat is uitgevoerd. De autoriteiten wordt tunnelvisie verweten. Omdat er van meet af aan van wordt uitgegaan dat de dochter van klagster zelfmoord heeft gepleegd, blijft nader onderzoek achterwege. Het EHRM meent echter dat naar aanleiding van de hiervoor beschreven bevindingen onderzoek had moeten worden ingesteld naar mogelijke mishandeling.²⁷⁷

4.6 Vervolgen

Naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek moet, indien gepast, en (feitelijk en juridisch) mogelijk, een vervolging worden gestart tegen die verantwoordelijken die binnen het bereik van de strafwet vallen.²⁷⁸ In die gevallen dat een niet-strafrechtelijk onderzoek volstaat, bestaat een dergelijke verplichting uiteraard niet. De vervolging moet op initiatief van de verantwoordelijke autoriteiten wordt gestart ('ex officio'). Bij de verplichting om te vervolgen, gaat het erom de verdachte persoon voor de, tot vervolging bevoegde, autoriteiten te brengen. Dit hoeft niet noodzakelijk een rechterlijk orgaan te zijn, het kan ook om een openbare aanklager gaan.²⁷⁹

Niet alle vervolgingen moeten leiden tot bestraffing.²⁸⁰ Tegelijk meent het EHRM dat 'national courts should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished'.²⁸¹

4.7 Berechting en bestraffing

Evenals onderzoek, is berechting volgens het Hof essentieel voor het publieke vertrouwen, voor 'ensuring adherence' aan de rechtsstaat en voor het voorkomen van een schijn van tolerantie jegens onrechtmatige gedragingen.²⁸² Berechting en bestraffing zijn voor het EHRM een 'natuurlijk gevolg'

²⁷⁶ Van Kempen 2008, p. 50.

²⁷⁷ EHRM 13 november 2014, 3621/07 (*Durmaz/Turkije*), r.o. 56-64.

²⁷⁸ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyıldız/Turkije*), r.o. 93.

²⁷⁹ EHRM 4 mei 2001, 24746/94 (*Hugh Jordan/VK*), r.o. 122-124; EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 262.

²⁸⁰ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyıldız/Turkije*), r.o. 96.

²⁸¹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyıldız/Turkije*), r.o. 96.

²⁸² EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyıldız/Turkije*), r.o. 96. Het EHRM laat zich in enkele gevallen uit over barrières die in de weg (kunnen) staan aan vervolging. Zie daarover hoofdstuk 4, § 6.2.4.

van een strafrechtelijk onderzoek.²⁸³ De zaak *Öneryıldız/Turkije* markeert voor wat betreft deze fase een belangrijke stap in de ontwikkeling van de positieve verplichtingen. Het EHRM heeft zich in deze zaak namelijk voor het eerst over de ‘trial stage’ uitgelaten. Ook dit gedeelte van de strafrechtelijke procedure moet voldoen aan de vereisten van de positieve verplichting om levens te beschermen.²⁸⁴ Er bestaat uiteraard niet zoiets als een recht op bestraffing voor de nabestaanden.²⁸⁵ Vervolging hoeft dan ook niet in alle gevallen te resulteren in een veroordeling of de oplegging van een (specifieke) straf.²⁸⁶ Een dergelijke verplichting zou ook niet in overeenstemming zijn met het recht op een eerlijk proces en de onschuldpresumptie.²⁸⁷

Ondanks de scherpe bewoordingen van het EHRM over het onbestraft laten van mensenrechtenschendingen zal het niet of gering bestraffen alleen in uitzonderlijke gevallen een schending van het EVRM opleveren. Het Hof grijpt bijvoorbeeld in wanneer een manifest disproportionele straf is opgelegd, zoals in *Öneryıldız/Turkije*. In deze zaak kregen de verantwoordelijke burgemeesters elk een voorwaardelijke geldboete van circa € 9,70.²⁸⁸

4.8 Conclusie

Positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM hebben een tumultueuze ontwikkeling doorgemaakt. Steeds meer kwesties in de private en in de publieke sfeer worden binnen het bereik van het artikel gebracht. Een korte greep: strafrechtelijke kwesties, medische kwesties, verkeersongevallen, spoorwegongevallen, kwesties die de openbare orde raken, industriële activiteiten, bouwongevallen, ernstige ongevallen bij industriële activiteiten, natuurrampen en vliegveiligheid. Wel is het zo dat het geschonden belang centraal blijft staan: artikel 2 EVRM wordt in beginsel alleen toegepast in zaken waarin iemand is overleden en bij een dreigende schending van artikel 2 EVRM.

Kijkend naar de positieve verplichtingen die uit het (absolute) recht op leven voortvloeien, blijkt resumerend dat i) in principe het strafrecht moet worden ingezet, ii) alleen in situaties waarin sprake is van pure nalatigheid (combinaties van) andere aansprakelijkheidssystemen kunnen volstaan, iii) de Staat moet voorzien in specifieke reguleringskaders die burgers beschermen tegen levensbedreigende situaties iv) verstrekkende verplichtingen voor onderzoek, vervolging, berechting en bestraffing van mogelijke ‘human rights offences’ zijn gecreëerd en v) het EHRM een specifiek criterium hanteert om te beoordelen of is voldaan aan de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen: het *Osman*-criterium.

5 Positieve verplichtingen op grond van artikel 3 EVRM

5.1 Introductie

²⁸³ EHRM 23 februari 2016, 44883/09 (*Nasr & Ghali/Italië*), r.o. 272.

²⁸⁴ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 95.

²⁸⁵ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96.

²⁸⁶ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96.

²⁸⁷ Vgl. Seibert-Fohr 2009, p. 203.

²⁸⁸ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96 en 116-118. Zie ook EHRM 20 december 2002, 7888/03 (*Nikolova & Velichkova/Bulgarije*), r.o. 62. Zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 4, § 7.3.3.

In deze paragraaf worden de positieve verplichtingen op grond van het folterverbod (art. 3 EVRM) bezien. Allereerst wordt ingegaan op het desbetreffende artikel. Beschreven wordt wat de status en reikwijdte van het verbod op ‘ill-treatment’ is (§ 5.2). Vervolgens worden de positieve verplichtingen op grond van artikel 3 EVRM beschreven.²⁸⁹ Het gaat om de verplichting om in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem te voorzien (§ 5.3), feitelijke maatregelen te nemen (§ 5.4), een onderzoek in te stellen wanneer er voldoende aanwijzingen zijn dat ‘ill-treatment’ heeft plaatsgevonden (§ 5.5), te vervolgen (§ 5.6) en te berechten en te bestraffen (§ 5.7).²⁹⁰ Gelet op het absolute karakter van het folterverbod kan op voorhand worden verwacht dat de Staat, evenals op grond van artikel 2 EVRM, onderhevig is aan verstrekkende verplichtingen.

5.2 Status en reikwijdte van artikel 3 EVRM

Het folterverbod is een van de meest fundamentele mensenrechten²⁹¹ en een kernwaarde van democratische samenlevingen.²⁹² Artikel 3 EVRM heeft een absoluut karakter.²⁹³ Het laat geen enkele uitzondering toe. Ook in geval van een noodtoestand mag op grond van artikel 15 lid 2 EVRM niet van het verbod worden afgeweken.²⁹⁴ Ongeschreven beperkingsclausules worden door het EHRM niet aanvaard. Zelfs de bestrijding van terrorisme en (georganiseerde) misdaad kunnen onder geen beding foltering en wrede of onmenselijke behandeling rechtvaardigen. Het gedrag of de persoon van de betrokkene is irrelevant voor de toepassing van het verbod.²⁹⁵

Om een schending van het verbod op ‘ill-treatment’ aan te kunnen nemen, moet deze wel van enige betekenis zijn. Er wordt ‘a minimum level of severity’ geëist. Of daarvan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de duur van ‘ill-treatment’, de psychische en de mentale gevolgen daarvan voor het slachtoffer en (in sommige gevallen) diens geslacht, leeftijd en lichamelijke en geestelijke conditie.²⁹⁶ Deze opsomming is enuntiatief. Te constateren valt verder dat het EHRM in sommige gevallen de predispositie van het slachtoffer in zijn beoordeling meeneemt. Dit duidt op een speciale positie van kwetsbare personen.

Er kunnen verschillende vormen van ‘ill-treatment’ worden onderscheiden: foltering, onmenselijke behandeling en vernederende behandeling (en/of bestraffing²⁹⁷). Bij foltering gaat het om

²⁸⁹ Zie over positieve verplichtingen op grond van artikel 3 EVRM ook De Jong 2017, p. 89-143.

²⁹⁰ Uit de rechtspraak vallen ook nog andere verplichtingen te destilleren. Zo is er bijvoorbeeld een zorgplicht voor de gezondheid van gedetineerden. Vgl. EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 111; EHRM 14 november 2002, 67263/01 (*Mouisel/Frankrijk*), r.o. 40.

²⁹¹ EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*), r.o. 87.

²⁹² Zie bijvoorbeeld EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/VK*), r.o. 88; EHRM 27 september 1995, 18984/91 (*McCann e.a./VK*), r.o. 147; EHRM 28 mei 2002, 43290/98 (*McShane/VK*), r.o. 91; EHRM 10 oktober 2002, 38719/97 (*D.P. & J.C./VK*), r.o. 109.

²⁹³ Harris e.a. 2018, p. 237.

²⁹⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 18 januari 1978, 5310/71 (*Ierland/VK*), r.o. 163.

²⁹⁵ EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*), r.o. 87. Zie ook EHRM 27 augustus 1992, 12850/87 (*Tomasi/Frankrijk*), r.o. 115; EHRM 15 november 1996, 22414/93 (*Chahal/VK*), r.o. 79; EHRM 28 juli 1999, 25803/94 (*Selmouni/Frankrijk*), r.o. 95.

²⁹⁶ EHRM 28 februari 2008, 37201/06 (*Saadi/Italië*), r.o. 134. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 18 januari 1978, 5310/71 (*Ierland/VK*), r.o. 162; EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita/Italië*), r.o. 120; EHRM 11 april 2000, 32357/96 (*Veznedaroglu/Turkije*), r.o. 29.

²⁹⁷ Zie specifiek over bestraffing: Harris e.a. 2018, p. 258-260 en 272-273.

‘deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering’²⁹⁸ Uit deze definitie volgt dat het moet gaan om een ernstig fysiek of mentaal lijden dat opzettelijk wordt toegebracht. Bovendien is een ‘purposive element’ vereist.²⁹⁹ Het oogmerk kan onder meer gericht zijn op het verkrijgen van inlichtingen, bestraffing en intimidatie.³⁰⁰ Onder foltering worden verschillende ernstige vormen van ‘ill-treatment’ begaan door overheidsfunctionarissen geschaard, zoals ‘falaka’ (het toedienen van stok- of zweepslagen op de voetzolen),³⁰¹ ‘Palestinian hanging’³⁰² of verkrachting.³⁰³

‘Inhuman treatment’ kan, anders dan foltering, ook worden aangenomen wanneer geen sprake is van opzet³⁰⁴ en/of een ‘purposive element’.³⁰⁵ Daarnaast bestaat er een verschil in de intensiteit van het lijden.³⁰⁶ Van ‘inhuman treatment’ is sprake wanneer de behandeling ‘either actual bodily injury or intense physical or mental suffering’ veroorzaakt.³⁰⁷ Van ‘actual bodily injury’ is bijvoorbeeld sprake bij een schotwond in de knie, diverse kneuzingen in het gezicht en een dubbele kaakbreuk of aangezichtsletsel.³⁰⁸ ‘Physical or mental suffering’ is aangenomen bij de verbranding van huis en haard in aanwezigheid van klagers³⁰⁹ en in geval van de grote zorgen die gepaard gaan met een vijfjarige dochter in detentie.³¹⁰

Bij de beoordeling of een ‘treatment’ vernederend is, gaat het EHRM na of ‘it was such as to arouse in the victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them’.³¹¹ Bij de vaststelling of sprake is van ‘humiliation’ of ‘debasement’ baseert het EHRM zich (onder meer) op de subjectieve waarneming van de betrokkene. Deze waarneming hoeft niet geobjectiveerd te worden.³¹² Voorbeelden van ‘degrading treatment’ zijn: het verplicht dragen van handboeien in het openbaar,³¹³ en het uitdelen van klappen in het gezicht door agenten op het politiebureau.³¹⁴

Overigens is alleen het onderscheid tussen foltering en de overige vormen van ‘ill-treatment’ echt relevant.³¹⁵ Niet verwonderlijk is dan ook dat het EHRM niet in alle zaken vaststelt om welke categorie van ‘ill-treatment’ het gaat. Seksueel misbruik wordt bijvoorbeeld niet gecategoriseerd.³¹⁶ Wanneer foltering wordt vastgesteld, heeft dit consequenties voor de tegemoetkoming die op grond van artikel 41 EVRM kan worden toegekend. Omdat het om de ernstigste schending van artikel 3 EVRM gaat, zal

²⁹⁸ EHRM 18 januari 1978, 5310/71 (*Ierland/VK*), r.o. 167; EHRM 10 oktober 2000, 22947/93, 22948/93 (*Akkoç/Turkije*), r.o. 115.

²⁹⁹ EHRM 10 oktober 2000, 22947/93, 22948/93 (*Akkoç/Turkije*), r.o. 115.

³⁰⁰ EHRM 10 oktober 2000, 22947/93, 22948/93 (*Akkoç/Turkije*), r.o. 115.

³⁰¹ EHRM 4 april 2006, 18944/02 (*Corsacov/Moldavië*), r.o. 65-66.

³⁰² EHRM 18 december 1996, 21987/93 (*Aksoy/Turkije*), r.o. 64.

³⁰³ EHRM 25 september 1997, 23178/94 (*Aydin/Turkije*), r.o. 83.

³⁰⁴ EHRM 18 januari 1978, 5310/71 (*Ierland/VK*), r.o. 167.

³⁰⁵ EHRM 23 mei 2001, 25316/94 e.a. (*Denizci e.a./Cyprus*), r.o. 384.

³⁰⁶ EHRM 20 maart 2018, 5310/71 (*Ierland/VK*), r.o. 132-135.

³⁰⁷ EHRM 26 oktober 2000, 30210/96 (*Kudla/Polen*), r.o. 92.

³⁰⁸ Vgl. EHRM 8 november 2011, 18968/07 (*V.C./Slowakije*), r.o. 102.

³⁰⁹ EHRM 24 april 1998, 23184/94, 23185/94 (*Selçuk & Asker/Turkije*), r.o. 76-80.

³¹⁰ EHRM 12 oktober 2006, 13178/03 (*Mubilanzila Mayeka & Kaniki Mitunga/België*), r.o. 70.

³¹¹ EHRM 26 oktober 2000, 30210/96 (*Kudla/Polen*), r.o. 92.

³¹² EHRM 16 december 1997, 20972/92 (*Raninen/Finland*), r.o. 55; EHRM 19 april 2001, 28524/95 (*Peers/Griekenland*), r.o. 74; EHRM 21 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./België & Griekenland*), r.o. 220.

³¹³ EHRM 6 maart 2007, 27473/02 (*Erdoğan Yağız/Turkije*), r.o. 45-48

³¹⁴ EHRM 28 september 2015, 23380/09 (*Bowid/België*), r.o. 100-112.

³¹⁵ Harris, O'Boyle, Bates & Buckley 2009, p. 71.

³¹⁶ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 148.

een hogere vergoeding voor immateriële schade worden toegekend. Daarnaast heeft de vaststelling van foltering uiteraard ook gevolgen voor de reputatie van de Staat.

Ook de dreiging om tot foltering, onmenselijke behandeling en/of vernederende behandeling (en/of bestraffing) over te gaan, kan als onmenselijke behandeling worden aangemerkt. Vereist is daarvoor wel dat het om een dreiging gaat die ‘sufficiently real and immediate’ is.³¹⁷

5.3 Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem

5.3.1 Introductie

De Staat dient allereerst te voorzien in een wettelijk en bestuurlijk kader dat bescherming biedt tegen ‘ill-treatment’.³¹⁸ Deze verplichting kan betrekking hebben op het strafrecht, andere ‘remedies’ en een ‘regulatory framework’. In de hiernavolgende paragrafen wordt afzonderlijk op de verschillende relevante systemen ingegaan. Voor een bespreking van de wijze waarop de normen in de praktijk moeten (kunnen) worden geëffectueerd, wordt verwezen naar paragraaf 4.3.2.4 (‘law-enforcement machinery’) en 4.3.3 (civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem). Hier geldt onder artikel 3 EVRM namelijk hetzelfde als op grond van artikel 2 EVRM geldt.

5.3.2 Strafrechtelijk aansprakelijkheidssysteem

5.3.2.1 Introductie

Evenals in de rechtspraak op grond van artikel 2 EVRM, is bij de keuze tussen het strafrecht of (het kunnen volstaan met) een andere vorm van aansprakelijkheid, het antwoord op de vraag of opzettelijk is gehandeld, bepalend. In geval van een opzettelijk inbreuk op artikel 3 EVRM dient het strafrecht namelijk te worden ingezet (§ 5.3.2.2). Bij niet-opzettelijke inbreuken kunnen ook niet-strafrechtelijke wijzen van afdoen volstaan. De uitzonderingen die door het EHRM op deze hoofdregel zijn gemaakt, worden in paragraaf 5.3.2.3 besproken.

5.3.2.2 Opzettelijke inbreuken

Opzettelijke inbreuken op artikel 3 EVRM dienen, als gezegd, strafbaar gesteld te zijn.³¹⁹ De positieve verplichting tot strafbaarstelling strekt zich daarbij uit tot zowel overheidsfunctionarissen als privépersonen en hun gedrag. Bij de eerste categorie gaat het om ‘serious ill-treatment’ door overheidsfunctionarissen als politieambtenaren, bewaarders en militairen, bijvoorbeeld tijdens arrestaties, verhoren of detentie.³²⁰ De tweede categorie omvat ernstig geweld tegen individuen (al dan

³¹⁷ EHRM 25 februari 1982, 7511/76, 7743/76 (*Campbell & Cosans/VK*), r.o. 26.

³¹⁸ EHRM 28 maart 2000, 22535/93 (*Mahmut Kaya/Turkije*), r.o. 115.

³¹⁹ Vgl. EHRM 8 november 2011, 18968/07 (*V.C./Slowakije*), r.o. 125-128.

³²⁰ EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a./Bulgarije*), r.o. 102; EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita/Italië*), r.o. 131.

niet met een discriminatoir aspect³²¹) door niet overheidsfunctionarissen,³²² verkrachting,³²³ huiselijk geweld³²⁴ en seksueel misbruik van vooral kinderen en andere kwetsbare personen.³²⁵

Het Hof laat het daar niet bij. Het gaat ook in op de inhoud van de toepasselijke strafbepalingen. Zij mogen geen onnodig zware bestanddelen bevatten, zoals een aantoonbare ‘physical resistance’.³²⁶

5.3.2.3 Niet-opzettelijke inbreuken

Onder omstandigheden verplicht het EHRM tot toepassing van het strafrecht bij niet-opzettelijke levensberoving. Strafvervolgning moet mogelijk zijn in geval van een onachtzaamheid die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in bepaalde medische situaties waarin de dood niet opzettelijk is veroorzaakt, maar wel sprake is van grove nalatigheid. Van ‘gross medical negligence’ was sprake in *Denis Vasilyev/Rusland*. In deze zaak werd in het ziekenhuis niet adequaat gereageerd op ernstig hoofdletsel als gevolg van een ‘violent attack’. Zelfs de meest basale procedures die naar het oordeel van het EHRM moeten worden gevolgd bij een nieuwe patiënt, werden niet uitgevoerd. Een neurochirurg zag klager pas twee uur na zijn opname. Daarna werd hij gedurende lange tijd aan zijn lot overgelaten. Na de operatie werd bovendien niet de benodigde antibacteriële behandeling gestart. Ook was er geen goede controle. Als gevolg van de tekortschietende medische zorg is klager gehandicapt geraakt.³²⁷

5.3.3 Andere ‘remedies’

Niet in alle gevallen is de inzet van het strafrecht vereist. Civielrechtelijke of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid kan volstaan waar sprake is geweest van pure ‘negligence’. Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij het tijdens een keizersnede steriliseren van een Roma-vrouw zonder ‘informed consent’³²⁸ en het tekortschieten van de overheid in haar optreden tegen misbruik en verwaarlozing binnen het gezin.³²⁹

Ook is het mogelijk dat een zaak op politiek niveau wordt afgedaan. Dat laatste volgt uit *Van Melle e.a./Nederland*. Deze zaak betreft de Schipholbrand die in oktober 2005 het leven kostte aan diverse personen die in een detentiecentrum op de luchthaven in vreemdelingenbewaring zaten. De gebeurtenis leidde tot een diepgravend onderzoek dat werd uitgevoerd door de Onderzoeksraad voor Veiligheid. Uit het onderzoek kwam naar voren dat bepaalde overheidsinstellingen tekort zijn geschoten

³²¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 28 maart 2017, 25536/14 (*Škorjanec/Kroatië*).

³²² Van Kempen 2008, p. 33 onder verwijzing naar EHRM 31 mei 2007, 40116/02 (*Šečić/Kroatië*), r.o. 51, 55, 59 en 69.

³²³ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 148-153; 185-186.

³²⁴ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 160 e.v.; EHRM 9 juli 2019, 41261/17 (*Volodina/Rusland*), r.o. 78-85. Het EHRM heeft erkend dat cybergeweld een verschijningsvorm is van huiselijk geweld. Vgl. EHRM 11 februari 2020, 56867/15 (*Buturugă/Roemenië*). Onbekend is of in de afwezigheid van fysiek geweld, (ernstige vormen van) cybergeweld op zichzelf voldoende kunnen zijn om te spreken over een inbreuk op artikel 3 EVRM.

³²⁵ Van Kempen 2008, p. 33 onder verwijzing naar EHRM 23 september 1998, 25599/94 (*A./VK*), r.o. 22-24 en EHRM 4 januari 2007, 18727/06 (*Szula/VK*), r.o. 1.

³²⁶ EHRM 4 december 2003, (*M.C./Bulgarije*), r.o. 166. Zie over deze zaak meer uitgebreid hoofdstuk 4, § 3.3.1.1.

³²⁷ EHRM 17 december 2009, 32704/04 (*Denis Vasilyev/Rusland*), r.o. 100, 146-152 en 153.

³²⁸ EHRM 8 november 2011, 18968/07 (*V.C./Slowakije*), r.o. 119 en 125-126.

³²⁹ Zie onder de vlag van artikel 13 EVRM: EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 109.

in het nemen van brandveiligheidsmaatregelen en in het bieden van nazorg. Het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid heeft geleid tot het aftreden van de ministers die politiek verantwoordelijk waren voor het falen van de overheidsinstanties. Omdat de inbreuk op artikel 3 EVRM in deze zaak niet opzettelijk was, kon de zaak naar het oordeel van het EHRM via deze weg worden afgedaan. Vervolging van de verantwoordelijke ministers kon achterwege blijven.³³⁰

5.3.4 Kader voor activiteiten die een bedreiging voor artikel 3 EVRM vormen

Op verschillende terreinen wordt door het EHRM op grond van artikel 3 EVRM een specifiek en op de context toegesneden wettelijk en bestuurlijk kader verlangd. Daarbij kan het allereerst om een toezichtskader gaan, bijvoorbeeld om minderjarigen te beschermen tegen seksueel misbruik op school. Een dergelijk kader dient onder meer regelgeving te bevatten met betrekking tot onderwijsinspectie en/of (school)toezicht.³³¹

Ook kan worden gedacht aan regelgeving waarin verplichtingen zijn neergelegd om beschermingsmaatregelen te nemen. Een voorbeeld in de militaire context is de verplichting om regels in te voeren ‘geared to the level of risk to life or limb that may result not only from the nature of military activities and operations, but also from the human element that comes into play when a State decides to call up ordinary citizens to perform military service’. De relevante actoren moeten onder meer worden verplicht om (feitelijke) maatregelen te nemen die erop gericht zijn om bescherming te bieden tegen de gevaren die inherent zijn aan de militaire dienst.³³²

5.4 Feitelijke maatregelen

5.4.1 Introductie

Om de verplichting ‘to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to ill-treatment’ te kunnen nakomen, dienen staten onder omstandigheden feitelijke maatregelen te nemen. Deze verplichting geldt in het bijzonder wanneer het om kinderen en andere kwetsbare personen gaat.³³³ Bij artikel 3 EVRM geldt qua feitelijke maatregelen hetzelfde regime als bij artikel 2 EVRM. Ook hier is het *Osman*-criterium van toepassing.³³⁴ In paragraaf 5.4.2 wordt een overzicht gegeven van verschillende gevallen die ik in de rechtspraak van het EHRM ben tegengekomen. Ik pretendeer niet een volledig beeld van de rechtspraak te geven. Vervolgens worden de op grond van artikel 3 EVRM te nemen maatregelen beschreven (§ 5.4.3). Ten slotte wordt ingegaan op de specifieke benadering van het EHRM ten aanzien van personen in kwetsbare situaties en personen onder controle van de Staat (§ 5.4.4).

5.4.2 De invulling van het Osman-criterium in de rechtspraak

³³⁰ EHRM 29 september 2009, 19221/08 (*Van Melle e.a./Nederland*), r.o. II.B.

³³¹ EHRM 28 januari 2014, 35810/09 (*O’Keefe/Ierland*), r.o. 162-166.

³³² EHRM 21 januari 2014, 48754/11 (*Placi/Italië*), r.o. 51.

³³³ EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 73.

³³⁴ Zie meer uitgebreid over dit criterium paragraaf 4.4.2.

5.4.2.1 Bescherming van kinderen en andere kwetsbaren

In veel zaken waarin het *Osman*-criterium wordt toegepast, gaat het om de bescherming van kinderen en andere kwetsbare personen.³³⁵ Zo gaat het in *Z. e.a./VK* om kindermishandeling. Sinds 1987 wordt het gezin van *Z.* gevolgd door de ‘social services’. In de periode daarna worden regelmatig tekenen van verwaarlozing en mishandeling van de kinderen aan het daglicht gebracht. Pas in 1992 vindt echter uithuisplaatsing plaats, nadat moeder daar zelf dringend om heeft verzocht. Psychiatrisch onderzoek wijst uit dat de kinderen in de tussentijdse periode in gruwelijke omstandigheden hebben geleefd. Door te lang te wachten met ingrijpen, heeft de Staat zich schuldig gemaakt aan een onmenselijke behandeling. Al in een veel eerder stadium hadden de kinderen uit het schadelijke milieu kunnen en moeten worden verwijderd. Daarbij toont het EHRM wel begrip voor de gevoelige beslissingen die de sociale diensten moeten nemen, aangezien ook het gezinsleven een belangrijke waarde is. In sommige gevallen moet een moeilijke afweging worden gemaakt. In *Z. e.a./VK* neemt dat echter niet weg dat sprake is van een falen van het systeem om de kinderen te beschermen tegen langdurige verwaarlozing en mishandeling. Er is sprake van een schending van artikel 3 EVRM.³³⁶

Ook in *E. e.a./VK* en *Mubilanzila Mayeka & Kaniki Mitunga/België* gaat het om het treffen van feitelijke maatregelen ter bescherming van kinderen. In de eerste zaak ging het om ‘sexual and physical abuse’. Het EHRM overweegt in deze zaak dat de sociale diensten tekort zijn geschoten. De instanties waren namelijk op de hoogte van het feit dat de man strafrechtelijk was veroordeeld voor seksueel misbruik. Ook waren er verschillende andere factoren die maken dat ‘they should have been aware that the children remained at potential risk’. Desondanks ondernamen de sociale diensten geen stappen om de omvang van het probleem in het gezin in te schatten en noodzakelijke maatregelen te treffen.³³⁷ In *Mubilanzila Mayeka & Kaniki Mitunga/België* gaat het om een vijfjarig meisje dat in België twee maanden – op gelijke voet met volwassenen – in vreemdelingenbewaring is genomen en vervolgens is uitgezet. Onder verwijzing naar het *Osman*-criterium wordt een schending van artikel 3 EVRM aangenomen. De Staat had naar het oordeel van het EHRM middelen tot zijn beschikking die beter zijn toegesneden op de behoeften van kinderen dan de bewaring tezamen met volwassenen.³³⁸

5.4.2.2 Bescherming van (andere) burgers

Het *Osman*-criterium is niet alleen van toepassing wanneer het gaat om kinderen en andere kwetsbaren. Het toepassingsbereik is ruimer. Zo stelde het EHRM in *Mahmut Kaya/Turkije* een schending van artikel 3 EVRM vast omdat de autoriteiten wisten of behoorden te weten dat een dokter die vermoedelijk medische hulpverlening aan PKK-strijders verleende, gevaar liep. Desondanks werden geen feitelijke maatregelen genomen.³³⁹ Ook in een zaak waarin de politie niet ingreep terwijl ‘the authorities were or ought to have been aware’ dat een religieuze groepering zou worden aangevallen, werd een schending

³³⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 juli 2012, 41526/10 (*Đorđević/Kroatië*), r.o. 138-139; EHRM 1 februari 2018, 54227/14 (*V.C./Italië*), r.o. 89-90; EHRM 17 januari 2019, 22457/16 (*X e.a./Bulgarije*), r.o. 87. Deze zaak is verwezen naar de Grote Kamer.

³³⁶ EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 74-75.

³³⁷ EHRM 26 november 2002, 33218/96 (*E. e.a./VK*), r.o. 96-101.

³³⁸ EHRM 12 oktober 2006, 13178/03 (*Mubilanzila Mayeka & Kaniki Mitunga/België*), r.o. 53-59.

³³⁹ EHRM 28 maart 2000, 22535/93 (*Mahmut Kaya/Turkije*), r.o. 115-116.

van artikel 3 EVRM aangenomen.³⁴⁰ Ten slotte wordt gewezen op *Milanović/Servië* waarin de autoriteiten wordt verweten dat zij geen operationele maatregelen hebben genomen ondanks dat er een duidelijk patroon van mishandelingen was en het min of meer voorspelbaar was dat en wanneer iemand opnieuw zou kunnen worden aangevallen ('ought to have known').³⁴¹

5.4.2.3 Conclusie uit en naar aanleiding van deze rechtspraak

De invulling van het *Osman*-criterium wordt telkens toegesneden op specifieke vraagstellingen die in een bepaalde context spelen. Zo heeft het EHRM bijvoorbeeld oog voor het feit dat de autoriteiten die belast zijn met kinderbescherming zich in een lastige positie bevinden omdat zij enerzijds het gezinsleven van ouders en kinderen dienen te respecteren en anderzijds verplicht zijn om niet te lang te wachten met ingrijpen.³⁴²

Wel valt op dat in zaken over de bescherming van kinderen 'under social care supervision' niet op alle onderdelen afzonderlijk wordt ingegaan. De onderdelen 'reëel en onmiddellijk risico' en 'identificeerbare mogelijke slachtoffers' worden niet als zodanig aangeduid.³⁴³ Dat valt te verklaren uit het feit dat het gaat om situaties waarin het gaat om 'geïndiceerde preventie': het gaat om mensen die al eens te maken hebben gehad met 'ill-treatment', hetzij als pleger, hetzij als slachtoffer. Zij waren al in het vizier van de autoriteiten (of hadden dat moeten zijn).

5.4.3 Keuze van te nemen feitelijke maatregelen

De intensieve toetsing van de te nemen feitelijke maatregelen die in paragraaf 4.4.3 is beschreven, vindt ook plaats op grond van artikel 3 EVRM. Het EHRM bepaalt naar eigen inzicht welke maatregelen in een bepaalde situatie (binnen het wettelijk kader) genomen hadden kunnen (en moeten) worden. Waar het om criminele contexten gaat, dienen – evenals op grond van artikel 2 EVRM – operationele maatregelen te worden genomen, zoals videobewaking, politiebewaking, een 'special security detail',³⁴⁴ en handhaving van de openbare orde en veiligheid.³⁴⁵ In die gevallen waarin het om de bescherming van kinderen 'under social care supervision' gaat, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan interventie voor de veiligheid van kinderen, zoals uithuisplaatsing.³⁴⁶ Gelet op de casuïstische benadering van het EHRM en de 'margin of appreciation' die aan de verdragsstaten worden gelaten, kunnen geen algemene lijnen en richtsnoeren uit die rechtspraak worden afgeleid.

5.4.4 Bescherming van personen in kwetsbare situaties en personen onder controle van de Staat

³⁴⁰ EHRM 3 mei 2007, 71156/01 (*97 leden van de 'Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses' e.a./Georgië*), r.o. 96, 103, 111, 124-125. In deze zaak wordt overigens niet naar *Osman/VK*, maar naar *Mubilanzila Mayeka & Kaniki Mitunga/België*) verwezen.

³⁴¹ EHRM 14 december 2010, 44614/07 (*Milanović/Servië*), r.o. 89.

³⁴² EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 74.

³⁴³ EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 73.

³⁴⁴ EHRM 14 december 2010, 44614/07 (*Milanović/Servië*), r.o. 89.

³⁴⁵ EHRM 3 mei 2007, 71156/01 (*97 leden van de 'Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses' e.a./Georgië*), r.o. 124.

³⁴⁶ EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 74.

Evenals op grond van artikel 2 EVRM (vgl. § 4.4.4) heeft de Staat op grond van artikel 3 EVRM een bijzondere verantwoordelijkheid ten aanzien van personen die zich in een kwetsbare positie bevinden doordat zij onder de controle van de autoriteiten staan, zoals gedetineerden of dienstplichtigen.³⁴⁷ De Staat dient feitelijke maatregelen te nemen om hen te beschermen tegen ‘ill treatment’.³⁴⁸ Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM tot het oordeel komt dat sprake is van een schending, is *Preminyin/Rusland*. Deze zaak gaat over een gedetineerde die door zijn celgenoten wordt vernederd en mishandeld. Gezien zijn opvallende gedrag hadden de autoriteiten naar het oordeel van het EHRM kunnen voorzien dat klager een groter risico liep dan de gemiddelde gedetineerde om slachtoffer te worden van geweld. Gelet op de relatief jonge leeftijd van de gedetineerde, zijn achtergrond en zijn ontbrekende ervaring met het justitiële systeem hadden de autoriteiten (meer) onderzoek moeten doen naar zijn psychische gesteldheid. Ook had zijn persoonlijke situatie moeten worden meegewogen bij de keuze van celgenoten. Enkele van de verwondingen waren bovendien al na een paar dagen zichtbaar. Toch hebben de autoriteiten nagelaten om ‘security and surveillance measures’ te nemen om klager te beschermen.³⁴⁹

5.5 Onderzoek

5.5.1 Introductie

Uit het verbod van foltering en onmenselijke behandeling volgt, naast een verplichting om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem en de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, een onderzoeksplicht. Uit de rechtspraak volgt dat de verplichting op grond van artikel 2 en 3 EVRM *mutatis mutandis* dezelfde inhoud en reikwijdte heeft.³⁵⁰ De onderzoeksplicht werd voor het eerst aangenomen in *Assenov e.a./Bulgarije*. In deze zaak wordt expliciet aansluiting gezocht bij de onderzoeksplicht die op grond van artikel 2 EVRM in het leven is geroepen.³⁵¹ Met het onderzoek wordt onder meer beoogd de effectieve uitvoering van de wetgeving die artikel 3 EVRM beoogt te beschermen, te verzekeren.³⁵² Bij gedragingen door overheidsfunctionarissen wordt op die wijze eveneens bescherming geboden tegen ‘abuse’ door ‘agents of the State (...) with virtual impunity’.³⁵³ De onderzoeksverplichting betreft een ‘separate and autonomous duty’ (vgl. § 4.5.1).³⁵⁴

In de hiernavolgende paragrafen wordt verder ingegaan op de onderzoeksverplichting. Grofweg wordt dezelfde opzet als bij artikel 2 EVRM aangehouden. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de twee verschijningsvormen die onderscheiden kunnen worden (§ 5.5.2), de activering van de onderzoeksverplichting (§ 5.5.3) en de vereisten die aan onderzoek worden gesteld (§ 5.5.4). Hieraan

³⁴⁷ EHRM 17 december 2009, 32704/04 (*Denis Vasilyev/Rusland*), r.o. 115.

³⁴⁸ EHRM 10 februari 2011, 44973/04 (*Preminyin/Rusland*), r.o. 84; EHRM 29 oktober 2013, 11160/07 (*D.F./Letand*), r.o. 83-84.

³⁴⁹ EHRM 10 februari 2011, 44973/04 (*Preminyin/Rusland*), r.o. 86-90.

³⁵⁰ Harris e.a. 2018, p. 276. De restrictieve lijn van *Ilhan/Turkije* is niet gehandhaafd. Vgl. EHRM 27 juni 2000, 22277/93 (*Ilhan/Turkije*), r.o. 91-92.

³⁵¹ EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a./Bulgarije*), r.o. 102.

³⁵² EHRM 28 september 2015, 23380/09 (*Bouyid/België*), r.o. 114-115.

³⁵³ EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a./Bulgarije*), r.o. 102; EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita/Italië*), r.o. 131; EHRM 11 april 2000, 32357/96 (*Sevtap Veznedaroglu/Turkije*), r.o. 32.

³⁵⁴ EHRM 17 september 2014, 10865/09, 45886/07, 32431/08 (*Mocanu e.a./Roemenië*), r.o. 202.

is een paragraaf toegevoegd over de contextspecifieke benadering die in specifieke omstandigheden door het EHRM is voorgeschreven (§ 5.5.5).

Op de vraag of het bij een officieel onderzoek om een strafrechtelijk onderzoek dient te gaan, wordt niet (meer) afzonderlijk ingegaan. Ook wanneer door het EHRM niet expliciet wordt overwogen dat het om een strafrechtelijk onderzoek dient te gaan, ligt een dergelijk onderzoek (om dezelfde redenen als hierboven in paragraaf 4.5.3 zijn genoemd) voor de hand wanneer het ‘capable of leading to the identification and punishment of those responsible’³⁵⁵ dient te zijn. In andere gevallen volstaat andersoortig officieel onderzoek. Denkbaar is dat onderzoek door een onderzoeksraad wordt uitgevoerd of dat een ‘bestuursrechtelijk’ onderzoek plaatsvindt, zie het eerder in paragraaf 5.3.3 uitgewerkte voorbeeld van *Van/Melle/Nederland*.

5.5.2 Twee verschijningsvormen van onderzoek

In zaken waarin (er een indicatie is dat) alleen het strafrecht in aanmerking komt moet een ‘effectief officieel onderzoek’ worden verricht.³⁵⁶ Een dergelijk onderzoek moet eveneens worden ingesteld als de betrokkene zich ‘in de macht van de overheid’ bevond, zoals in gevallen waarin (er aanwijzingen zijn dat) de gedetineerde door medische nalatigheid het slachtoffer is geworden van ‘ill-treatment’.³⁵⁷

De tweede verschijningsvorm, waarin het accent op het onderzoek als onderdeel van een ‘effectief juridisch systeem’ ligt, is aan de orde bij (alle andere) gevallen van (vermoedelijk) nalatig handelen, zoals medische nalatigheid.³⁵⁸

5.5.3 Activering van de onderzoeksverplichting

Een officieel onderzoek dient te worden opgestart ‘where an individual raises an arguable claim’³⁵⁹ of ‘makes a credible assertion’³⁶⁰ dat in strijd met artikel 3 EVRM is gehandeld. Ook zonder expliciete klacht of verzoek dient een onderzoek te worden opgestart.³⁶¹ Vereist is daarvoor wel dat er voldoende aanwijzingen waren ‘that torture or ill-treatment might have occurred’.³⁶² Dat wijkt af van de indeling van gevallen bij artikel 2 EVRM (par. 4.5.4).

Voor de overige gevallen geldt dat het initiatief van de betrokken persoon moet uitgaan. Hij moet de mogelijkheid om een individuele procedure te starten, hebben benut.

5.5.4 Vereisten aan het onderzoek

³⁵⁵ EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a./Bulgarije*), r.o. 102; EHRM 11 april 2000, 32357/96 (*Sevtaş Veznedaroğlu/Turkije*), r.o. 32.

³⁵⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a./Bulgarije*), r.o. 102; EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita/Italië*), r.o. 131; EHRM 25 juni 2009, 46423/06 (*Beganović/Kroatië*), r.o. 75; EHRM 17 december 2009, 32704/04 (*Denis Vasilyev/Rusland*), r.o. 100 en 153.

³⁵⁷ EHRM 2 oktober 2012, 7259/03 (*Mitkus/Letland*), r.o. 76-77.

³⁵⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 8 november 2011, 18968/07 (*V.C./Slowakije*), r.o. 125.

³⁵⁹ EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a./Bulgarije*), r.o. 102.

³⁶⁰ EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita/Italië*), r.o. 131.

³⁶¹ EHRM 3 mei 2007, 71156/01 (*97 leden van de ‘Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses’ e.a./Georgië*), r.o. 97.

³⁶² EHRM 3 mei 2007, 71156/01 (*97 leden van de ‘Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses’ e.a./Georgië*), r.o. 97.

5.5.4.1 Introductie

In zaken waarin onderzoek als onderdeel van een ‘effectief juridisch systeem’ aan de orde komt, blijft het EHRM erg in algemeenheden steken zoals: “the obligation to carry out an effective investigation may (...) also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts (...)”.³⁶³ De nadruk ligt in dit verband vaak op het vereiste van ‘promptness and reasonable expedition’.³⁶⁴

Waar een effectief officieel onderzoek wordt verlangd, gaat het evenals op grond van artikel 2 EVRM om een inspanningsverplichting.³⁶⁵ Naast meer procedurele verplichtingen,³⁶⁶ moet het onderzoek adequaat, zorgvuldig en grondig worden uitgevoerd. Hierna zal afzonderlijk op deze vereisten worden ingegaan.

5.5.4.2 Adequaat onderzoek

In de eerste plaats moet een adequaat onderzoek dat gericht is op de identificatie en bestraffing van daders worden uitgevoerd. Dat wil zeggen dat ‘all reasonable steps available’ moeten worden genomen ‘to secure the evidence concerning the incident’.³⁶⁷ Verdachten³⁶⁸ en getuigen³⁶⁹ dienen te worden ondervraagd. Waar mogelijk dient eveneens forensische onderzoek³⁷⁰ te worden verricht. Het gaat dus om een volledig onderzoek; niet een onderzoek naar slechts één aspect. Daarbij moet het onderzoek met ‘reasonable expedition’ worden uitgevoerd.³⁷¹

Een voorbeeld van een zaak waarin het ging om een gebrek in het onderzoek dat ertoe heeft geleid dat het vermogen om de verantwoordelijken te identificeren, is aangetast, is *Hentschel & Stark/Duitsland*. Klagers in deze zaak bezochten in december 2007 een risicowedstrijd in München. Tijdens deze wedstrijd werden veel agenten ingezet om de orde te bewaren. Hun uniformen waren niet voorzien van individuele identificatie. Alleen op de helmen stond het nummer van de betrokken politie-eenheid. Na de wedstrijd zijn klagers enige tijd tegengehouden. Toen zij mochten vertrekken, is één van de klagers beweerdelijk door een agent met een knuppel op zijn hoofd geslagen. De tweede klager zou met pepperspray zijn bespoten en op zijn arm zijn geslagen met een wapenstok. Volgens de autoriteiten was het handelen van de politie een redelijke reactie op het geweld dat een aantal van de supporters gebruikte.

³⁶³ EHRM 13 november 2012, 15966/04 (*I.G. e.a./Slowakije*), r.o. 129.

³⁶⁴ EHRM 8 november 2011, 18968/07 (*V.C./Slowakije*), r.o. 127; EHRM 13 november 2012, 15966/04 (*I.G. e.a./Slowakije*), r.o. 133.

³⁶⁵ EHRM 26 januari 2006, 77617/01 (*Mikheyev/Rusland*), r.o. 107-108.

³⁶⁶ Zoals het vereiste dat het onderzoek onafhankelijk dient te zijn, dat wil zeggen ‘not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence’. Zie EHRM 11 juli 2006, 41088/05 (*Boicenco/Moldavië*), r.o. 121. Hierop zal niet verder worden ingegaan. Zie over de procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM De Jong 2017, p. 100 e.v.

³⁶⁷ EHRM 11 juli 2006, 41088/05 (*Boicenco/Moldavië*), r.o. 123.

³⁶⁸ EHRM 10 oktober 2000, 31866/96 (*Satik e.a./Turkije*), r.o. 59.

³⁶⁹ EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a./Bulgarije*), r.o. 103.

³⁷⁰ EHRM 11 juli 2006, 41088/05 (*Boicenco/Moldavië*), r.o. 123.

³⁷¹ EHRM 6 april 2000, 26772/95 (*Labita/Italië*), r.o. 132-136; EHRM 2 maart 2017, 41237/14 (*Talpis/Italië*), r.o. 106.

Naar aanleiding van het incident is een onderzoek ingesteld. Op basis van videobeelden en verklaringen kon niet worden vastgesteld door welke agenten klagers zijn aangevallen. De zaak werd gesloten vanwege gebrek aan bewijs.

Het EHRM oordeelt dat er tekortkomingen zijn waar het om de identificatie van de individuele agenten gaat die zich misdragen zouden hebben bij de ordehandhaving. Juist omdat zij geen zichtbare identificatie droegen, is het belangrijk dat er andere manieren zijn om de identiteit van mogelijke verantwoordelijken vast te stellen. In dit geval waren er weliswaar ‘video officers’ actief, maar in het onderzoek is maar een deel van het door hen geproduceerde filmmateriaal betrokken. Bovendien is een deel van het materiaal inmiddels vernietigd, zodat het niet mogelijk is om het alsnog goed te analyseren. Deze tekortkomingen zijn niet voldoende gecompenseerd door andere maatregelen; zo zijn bijvoorbeeld niet alle betrokken agenten verhoord. Verzoeken van klagers om nader onderzoek werden afgewezen. Genoemde gebreken leveren (onder meer) een schending van artikel 3 EVRM op.³⁷²

5.5.4.3 Grondig & zorgvuldig onderzoek

Het onderzoek moet ook grondig en zorgvuldigheid worden uitgevoerd. Puur ter illustratie behandel ik één zaak: *Zelilof/Griekenland*. Klagers stellen tijdens hun arrestatie tijdens zeer grootschalige rellen in de binnenstad van Tallinn in 2007 mishandeld te zijn. Het onderzoek dat naar aanleiding van de incidenten is uitgevoerd is naar het oordeel van het EHRM tekortgeschoten in zorgvuldigheid. Het Hof signaleert een proces van selectiviteit en een inconsistente benadering bij de beoordeling van bewijs.³⁷³ In het bijzonder merkt het EHRM op dat van de vele getuigenverklaringen slechts enkele passages in het dossier zijn opgenomen. Deze zijn enkel afkomstig van klager, twee van zijn kennissen en enkele andere personen die ervan werden beschuldigd de politieagenten aan te vallen. De voornaamste conclusies werden bovendien gebaseerd op verklaringen van de politieagenten die bij het incident waren betrokken. De betrouwbaarheid van hun verklaringen werd in het geheel niet in twijfel getrokken.

Naast de onderzoeksactiviteiten, moeten de conclusies van het onderzoek, evenals op grond van artikel 2 EVRM, een grondige, objectieve en onafhankelijke analyse van alle relevante elementen bevatten. ‘Hasty or ill-founded conclusions’ mogen geen aanleiding zijn om het onderzoek te sluiten.³⁷⁴

5.5.5 Contextspecifieke benadering

Bij de opsporing van seksueel misbruik van kinderen of anderszins kwetsbare personen wordt door het EHRM specifiek een ‘context-sensitive assessment’ verwacht.³⁷⁵ Dat wil zeggen dat rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van de (complexe) context waarin de delicten zich voordoen. In concreto betekent dit dat wanneer verklaringen over de toedracht diametraal tegenover elkaar staan, een grondig onderzoek moet worden gedaan naar de betrouwbaarheid van de verklaringen. Dat kan worden gedaan door degenen die dichtbij het slachtoffer en de verdachte staan, zoals vrienden, burens en leraren, te ondervragen. Ook dient, waar nodig, een psychologische rapportage te worden

³⁷² EHRM 9 november 2017, 47274/15 (*Hentschel & Stark/Duitsland*), r.o. 91-99.

³⁷³ EHRM 24 mei 2007, 17060/03 (*Zelilof/Griekenland*), r.o. 60.

³⁷⁴ EHRM 15 januari 2019, 1128/16 (*Gjini/Servië*), r.o. 95.

³⁷⁵ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 177; EHRM 24 mei 2016, 36934/08 (*I.C./Roemenië*), r.o. 54; EHRM 19 maart 2019, 49089/10 (*E.B./Roemenië*), r.o. 63.

bevolen.³⁷⁶ Ten slotte moet de betrouwbaarheid van verklaringen ook extra aandacht krijgen wanneer zij afkomstig zijn van medeverdachten of van getuigen die een band hebben met de (mede)verdachte(n).³⁷⁷

5.6 Vervolgen

Wat de vervolging betreft, geldt hetzelfde als op grond van artikel 2 EVRM (zie § 4.6): indien gepast, dient naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek tot vervolging ‘ex officio’ te worden overgegaan.³⁷⁸ Hoewel er geen absoluut recht op vervolging bestaat, dienen de nationale gerechten onder geen beding ‘grave attacks on physical and moral integrity’ onbestraft te laten.³⁷⁹

5.7 Berechting en bestraffing

Ook in de rechtspraak over artikel 3 EVRM kan de lijn van artikel 2 EVRM worden teruggevonden (zie § 4.7). Er bestaat een verplichting om dergelijke ‘human rights offences’ te bestraffen.³⁸⁰ Het gaat hier om een resultaatsverplichting. De soep wordt echter ook hier niet zo heet gegeten als hij wordt opgediend; het EHRM grijpt alleen in uitzonderlijke gevallen in, zoals wanneer een manifest disproportionele straf is opgelegd.³⁸¹

5.8 Conclusie

Bij artikel 3 EVRM gaat het vaak om (het niet voorkomen van) ernstige zedendelicten en (huiselijk) geweld. Daarnaast springen medische kwesties en de behandeling in detentie en/of vreemdelingenbewaring in het oog. De positieve verplichtingen die op grond van de bepaling zijn aangenomen, delen belangrijke kenmerken met artikel 2 EVRM. Net als het recht op leven is het verbod op ‘ill-treatment’ een kernwaarde van de democratische samenleving. Het verbod is absoluut van aard. De positieve verplichtingen op grond van artikel 3 EVRM komen dan ook sterk overeen met die op grond van artikel 2 EVRM zijn aangenomen: i) in principe moet het strafrecht worden ingezet, ii) alleen in sommige gevallen van niet-opzettelijk handelen is de mogelijkheid afdoende om een civielrechtelijke, bestuursrechtelijke, tuchtrechtelijke of politieke maatregel in te stellen, iii) onder omstandigheden wordt een verplichting aangenomen om te voorzien in een specifiek reguleringskader, iv) er gelden verstrekkende verplichtingen voor onderzoek, vervolging, berechting en bestraffing van mogelijke ‘human rights offences’, v) het *Osman*-wordt gehanteerd om te beoordelen of is voldaan aan de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen.

Als rode draad loopt verder door deze paragraaf dat artikel 3 EVRM een hoge mate van bescherming biedt aan bijzonder kwetsbare slachtoffers, zoals kinderen. Verschillende verplichtingen gelden ‘in particular’ voor hen, zoals verplichtingen tot strafbaarstelling en de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen. Ook komen kwetsbaren onder omstandigheden voor speciale bescherming in aanmerking. Zo dient specifieke regelgeving geïmplementeerd te worden om te beschermen tegen

³⁷⁶ EHRM 15 mei 2012, 15966/04 (*I.G./Moldavië*), r.o. 43

³⁷⁷ EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 71.

³⁷⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 153.

³⁷⁹ EHRM 25 juni 2009, 46423/06 (*Beganović/Kroatië*), r.o. 77

³⁸⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*).

³⁸¹ EHRM 7 april 2015, 6884/11 (*Cestaro/Italië*), r.o. 207.

misbruik op scholen. Bij de opsporing van seksueel misbruik van kinderen of anderszins kwetsbare personen, wordt van de autoriteiten zelfs verwacht dat zij een contextspecifieke benadering hanteren.

6 Positieve verplichtingen op grond van artikel 4 EVRM

6.1 Introductie

Niet alleen op grond van artikel 2 en 3 EVRM zijn positieve verplichtingen geformuleerd. Ook artikel 4 EVRM brengt positieve verplichtingen met zich. Het gaat hier om de verplichting om te voorzien in een wettelijk en bestuurlijk kader (§ 6.3), om feitelijke maatregelen te treffen (§ 6.4), te onderzoeken (§ 6.5) en (indien gepast en mogelijk) te vervolgen, te berechten en te bestraffen (§ 6.6 en § 6.7). Alvorens op deze verplichtingen wordt ingegaan, wordt, evenals in de vorige paragrafen, eerst uiteengezet wat de status en reikwijdte van artikel 4 EVRM is.

6.2 Status en reikwijdte van artikel 4 EVRM

Het in artikel 4 EVRM neergelegde verbod op slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid of verplichte arbeid is een kernwaarde van democratische samenlevingen.³⁸² Het verbod is, net zoals het recht op leven en het verbod op ‘ill-treatment’, absoluut van aard.³⁸³ Waar het verbod op slavernij en dienstbaarheid een ‘notstandfest’ recht³⁸⁴ betreft, gaat het bij het verbod op dwangarbeid of verplichte arbeid echter om een niet-notstandfest recht.³⁸⁵

Het verdrag definieert slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid of verplichte arbeid niet. Het EHRM gaat voor het invullen van het begrip slavernij te rade bij het Verdrag inzake de Slavernij.³⁸⁶ In dit verdrag wordt slavernij gedefinieerd als ‘the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised’.³⁸⁷ Deze uitleg verwijst naar de traditionele slavernij.³⁸⁸

Voor wat betreft de uitleg van dwangarbeid, volgt het EHRM de definitie van het Verdrag van de International Labour Organization (ILO-Verdrag) inzake gedwongen arbeid.³⁸⁹ In dit verdrag wordt onder gedwongen of verplichte arbeid of diensten verstaan ‘all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily’.³⁹⁰ De eerste component van de definitie is dat er (fysiek of mentaal)³⁹¹ werk moet zijn verricht onder bedreiging van een straf. Het hoeft daarbij niet om ‘strafsancties’ te gaan. Het kan gaan om het verliezen van privileges of rechten.³⁹² Daarvan was bijvoorbeeld sprake in *Siliadin/Frankrijk*. In deze zaak ging het om een vijftienjarig meisje dat vanuit Togo naar Frankrijk werd gebracht. Aldaar

³⁸² Zie EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 112.

³⁸³ Harris e.a. 2018, p. 281.

³⁸⁴ Dat betekent dat geen enkele afwijking toegelaten is, ook niet in tijden van oorlog of in geval van noodtoestand.

³⁸⁵ Vgl. artikel 15 lid 2 EVRM

³⁸⁶ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 122.

³⁸⁷ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 122.

³⁸⁸ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 122.

³⁸⁹ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 115.

³⁹⁰ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 116.

³⁹¹ EHRM 23 november 1983, 8919/80 (*Van der Musselle/België*), r.o. 33.

³⁹² EHRM 24 oktober 2017, 57818/10 e.a. (*Tibet Mentesh e.a./Turkije*), r.o. 67.

zou voor een verblijfsvergunning worden gezorgd. Ook zou Siliadin een opleiding kunnen volgen. In ruil daarvoor en om de kosten van de reis terug te kunnen betalen, zou ze huishoudelijk werk verrichten. In Frankrijk werd het paspoort van Siliadin echter afgenomen en werd zij uitbesteed aan een echtpaar. Dit echtpaar liet haar iedere dag gedurende vijftien uur per dag huishoudelijk werk verrichten. Daarvoor ontving zij geen salaris. Alhoewel Siliadin niet met een straf in de letterlijke zin van het woord werd bedreigd, verkeerde zij wel in een situatie die daaraan gelijkgesteld kan worden. Zij bevond zich op jonge leeftijd in een vreemd land, had geen verblijfsvergunning, haar paspoort was ingenomen en ze leefde voortdurend in de vrees door de politie te worden opgepakt. Het echtpaar dat haar exploiteerde ‘nurtured that fear and led her to believe that her status would be regularised’.³⁹³

Naast de bedreiging van een straf, is het van belang dat het werk niet uit vrije wil wordt uitgevoerd. In *Siliadin/Frankrijk* is daarvan naar het oordeel van het EHRM evident sprake. Siliadin had geen keuze.³⁹⁴

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat eventuele instemming van het slachtoffer niet bepalend is. Wanneer sprake is van een disproportionele last ten opzichte van de toekomstige voordelen van de uitoefening van het beroep, kan onvrijwilligheid worden aangenomen.³⁹⁵ In dit verband kan worden gewezen op *Chitos/Griekenland*. Chitos werd toegelaten tot de medische afdeling van de Militaire Academie. Gedurende meerdere jaren studeerde hij op kosten van de Staat medicijnen. Hij kon rekenen op meerdere privileges. Na de opleiding ging hij elders werken en kreeg hij een boete opgelegd. In deze zaak oordeelde het EHRM dat een verdragsstaat op zichzelf van legerofficieren mag verlangen dat zij na afronding van hun opleiding gedurende een bepaalde tijd voor de krijgsmacht blijven werken. Ook is niet zonder meer problematisch dat een boete in het leven wordt geroepen om te voorkomen dat militaire dienst vroegtijdig wordt verlaten. Niettemin is er naar het oordeel van het EHRM in strijd met artikel 4 EVRM gehandeld. De reden daarvoor is dat Chitos het gehele bedrag van circa € 112.000 ineens moest betalen en wel op een moment dat de administratieve procedure over de hoogte van het bedrag nog liep. Bovendien is Chitos niet de mogelijkheid geboden om in termijnen te betalen.³⁹⁶

Het begrip dienstbaarheid heeft betrekking op ‘an obligation to provide one's services that is imposed by the use of coercion’.³⁹⁷ Het veronderstelt een verdergaande beperking van de persoonlijke vrijheid dan dwangarbeid. Het staat wat betreft de ernst op één lijn met slavernij.³⁹⁸ Het begrip omvat, zo overweegt het EHRM, ‘in addition to the obligation to perform certain services for others (...) the obligation for the ‘serf’ to live on another person's property and the impossibility of altering his condition’.³⁹⁹ Om van dienstbaarheid te kunnen spreken, dient dus sprake te zijn van onderworpenheid. Daarbij gaat het om een toestand van dominantie over het slachtoffer op werk- en/of leefgebied en om een afhankelijkheid van het slachtoffer van de uitbater (bijvoorbeeld voor werk, huisvesting en/of reisdocumenten), waarin het wordt gedwongen om arbeid of diensten te verrichten en het (redelijkerwijs) gelooft dat het geen uitvoerbaar alternatief heeft voor het verrichten daarvan.⁴⁰⁰ Van

³⁹³ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 118.

³⁹⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 119.

³⁹⁵ EHRM 23 november 1983, 8919/80 (*Van der Musselle/België*), r.o. 37 en 40.

³⁹⁶ EHRM 4 juni 2015, 51637/12 (*Chitos/Griekenland*), r.o. 97-109.

³⁹⁷ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 124.

³⁹⁸ EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. & V./Frankrijk*), r.o. 89.

³⁹⁹ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 123 onder verwijzing naar EHRM 24 juni 1982, 7906/77 (*Van Droogenbroeck/België*).

⁴⁰⁰ Alink & Wiarda 2010, p. 222.

dienstbaarheid is ook sprake wanneer een kind of minderjarige door zijn ouders aan derden ter beschikking wordt gesteld teneinde te worden geëxploiteerd of om arbeid te verrichten.⁴⁰¹

Er is sprake van overlap tussen dienstbaarheid en dwangarbeid. Dwangarbeid kan echter alleen als dienstarbeid worden gekwalificeerd wanneer het slachtoffer ervaart dat de toestand waarin hij verkeert een permanent karakter heeft.⁴⁰²

In *Rantsev/Cyprus & Rusland* heeft het EHRM overwogen dat ook (trans)nationaal (georganiseerde)⁴⁰³ mensenhandel zoals gedefinieerd in het Palermo protocol en de ‘Anti-Trafficking Convention’ als zodanig onder het bereik van artikel 4 EVRM valt.⁴⁰⁴ Daarmee is de reikwijdte van deze bepaling aanzienlijk vergroot.⁴⁰⁵

Ook prostitutie kan ook onder toepassingsbereik van artikel 4 EVRM vallen. Dat is echter alleen het geval bij *gedwongen* prostitutie. Het kan hier om slavernij, dienstbaarheid en gedwongen arbeid gaan. Ook is het mogelijk dat de situatie zich in een context van mensenhandel voordoet. Ondergrens is dat er sprake is van ‘force’. Hierbij benadrukt het Hof dat de dwang niet per definitie fysiek hoeft te zijn, maar dat het ook kan gaan om subtielere vormen, zoals hiervoor beschreven.⁴⁰⁶

6.3 Wettelijk en bestuurlijk kader

6.3.1 Introductie

Het EHRM gaat uit van een specifieke verplichting ‘to penalise (...) any act aimed at maintaining a person in a situation of slavery, servitude or forced or compulsory labour’.⁴⁰⁷ Om aan die verplichting te voldoen, moeten staten een juridisch en administratief kader aannemen ‘to prohibit and punish’ slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid. Als kwaliteits eis geldt daarbij dat ‘the spectrum of safeguards set out in national legislation must be adequate to ensure the practical and effective protection of the rights of victims or potential victims of trafficking’.⁴⁰⁸ Het kader omvat strafbaarstellingen (§ 6.3.2) en specifieke regulering (§ 6.3.3).

6.3.2 Strafbaarstelling

Net als bij het recht op leven en het verbod op ‘ill-treatment’ geldt ook een positieve verplichting ‘to adopt criminal-law provisions which penalize the practices referred to in Article 4 and to apply them in

⁴⁰¹ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 125 onder verwijzing naar ‘the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery’.

⁴⁰² EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 99.

⁴⁰³ EHRM 25 juni 2020, 60561/14 (*S.M./Kroatië*), r.o. 296.

⁴⁰⁴ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 281. Zie meer uitgebreid over mensenhandel hoofdstuk 4, § 3.2.1.

⁴⁰⁵ Harris e.a. 2018, p. 287.

⁴⁰⁶ EHRM 25 juni 2020, 60561/14 (*S.M./Kroatië*), r.o. 301.

⁴⁰⁷ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 285.

⁴⁰⁸ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 284.

practice'.⁴⁰⁹ Deze verplichting werd voor het eerst aangenomen in de in paragraaf 6.2 beschreven zaak *Siliadin/Frankrijk*. Ook in latere zaken komt de verplichting tot strafbaarstelling aan de orde.⁴¹⁰

De blik van het EHRM is niet alleen beperkt tot de strafbaarstelling zelf. Het hof kijkt – in het belang van een effectieve strafrechtspleging – ook naar de interpretatie door rechters. Dat sluit aan bij het ‘law’ begrip dat door het EHRM wordt gehanteerd.⁴¹¹ In *Siliadin* ging het EHRM bijvoorbeeld na of de reikwijdte van de desbetreffende strafbaarstelling in de praktijk beperkter of juist ruimer was. Met de interpretatie werd door de verschillende rechterlijke instanties alle kanten uitgegaan. De artikelen van het Franse Wetboek van Strafrecht stonden open voor zeer uiteenlopende interpretaties.⁴¹²

Ten slotte is het van belang dat strafbepalingen ook daadwerkelijk worden toegepast. Ook daaraan schortte het in *Siliadin*. Daarbij wijst het EHRM op de bevindingen van de ‘French National Assembly's joint taskforce’ uit een onderzoek naar verschillende vormen van moderne slavernij. De onderhavige zaak wordt door deze taskforce zelfs als voorbeeld genoemd van een geval waarin een ‘court of appeal’ onverwacht niet tot toepassing van genoemde artikelen overgaat. Onder die omstandigheden is het EHRM van oordeel dat genoemde wetgeving geen praktische en effectieve bescherming biedt. Er is sprake van een schending van artikel 4 EVRM.⁴¹³

6.3.3 Specifieke regulering

Naast strafbaarstelling dienen ook andere wettelijke en administratieve maatregelen in het leven te worden geroepen. Wanneer specifiek naar de bestrijding van mensenhandel wordt gekeken, blijkt het EHRM – in navolging van het Palermo Protocol en ‘the Anti-Trafficking Convention’ – een alomvattende aanpak te hanteren. Verdragsstaten moeten allereerst passende maatregelen nemen om ondernemingen te reguleren die geregeld als dekmantel voor mensenhandel worden gebruikt. Zij dienen te voorzien in een wettelijk raamwerk dat onder andere voorziet in toezicht en richtsnoeren en procedures die de snelle en accurate identificatie van slachtoffers van mensenhandel tot doel hebben.⁴¹⁴

Voor regelgeving specifiek gericht op immigratie geldt dat het de ‘encouragement, facilitation or tolerance of trafficking’ dient aan te pakken.⁴¹⁵ Het heeft daarmee oog voor het feit dat mensenhandel een dynamisch fenomeen is met een grensoverschrijdend karakter.

6.4 Feitelijke maatregelen

Naast de verplichting om te voorzien in een effectief wettelijk en bestuurlijk kader wordt op grond van artikel 4 EVRM ook een verplichting aangenomen om feitelijke maatregelen⁴¹⁶ te treffen. Bij de te nemen maatregelen kan gedacht worden aan het onttrekken van slachtoffers aan de omstandigheden die

⁴⁰⁹ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 89.

⁴¹⁰ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 285; EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. & V./Frankrijk*), r.o. 104-105; EHRM 13 november 2012, 4239/08 (*C.N./VK*), r.o. 66; EHRM 17 januari 2017, 58216/12 (*J. e.a./Oostenrijk*), r.o. 106. Zie hierover meer uitgebreid: Stoyanova 2017; Stoyanova 2020.

⁴¹¹ Zie paragraaf 2.2.

⁴¹² EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 147-148.

⁴¹³ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 147-148.

⁴¹⁴ EHRM 21 januari 2016, 71545/12 (*L.E./Griekenland*), r.o. 71. Zie over deze zaak en de Europese wetgeving in dit verband Stoyanova 2016.

⁴¹⁵ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 284; EHRM 18 juli 2019, 40311/10 (*T.I. e.a./Griekenland*), r.o. 135.

⁴¹⁶ Zoals in paragraaf 3.6.4 is omschreven, vat ik onder deze noemer preventieve en operationele maatregelen.

niet met artikel 4 EVRM te verenigen zijn,⁴¹⁷ beschermingsmaatregelen,⁴¹⁸ het in veiligheid brengen van slachtoffers,⁴¹⁹ de coördinatie tussen de verschillende instanties,⁴²⁰ maatregelen ter ontmoediging (inclusief grenscontroles)⁴²¹, het vergemakkelijken van de identificatie van slachtoffers⁴²² en hulpverlening aan slachtoffers.⁴²³

Uit *Rantsev/Cyprus* blijkt dat wederom het *Osman*-criterium van toepassing is.⁴²⁴ Wanneer de autoriteiten ‘were aware, or ought to have been aware, of circumstances giving rise to a credible suspicion that an identified individual had been, or was at real and immediate risk of being, trafficked or exploited’ dienen (binnen het bereik van hun mogelijkheden) feitelijke maatregelen genomen te worden. Maar daarbij mag geen onmogelijke of disproportionele last op de schouders van de Staat worden gelegd.⁴²⁵

Uit de geciteerde overweging lijkt te volgen dat het EHRM een iets andere formulering dan gebruikelijk hanteert. Vereist is naar het oordeel van het hof dat de autoriteiten op de hoogte zijn of behoren te zijn van omstandigheden die aanleiding geven tot ‘a credible suspicion’ dat een of meer specifieke individuen aan (een reëel en onmiddellijk risico op) mensenhandel of uitbuiting zijn blootgesteld. Het vereiste wordt (nog) niet in alle zaken aangehaald.⁴²⁶ Het is onduidelijk wat deze eis van een ‘credible suspicion’ toevoegt aan het *Osman*-criterium. Het lijkt de lat lager te leggen.

Een voorbeeld van een zaak waarin onvoldoende feitelijke maatregelen zijn genomen, is *Chowdury e.a./Griekenland*. Klagers zijn geworven in Bangladesh en tewerkgesteld als aardbeienplukkers in de omgeving van Manaloda (Griekenland). Zij beschikten niet over een verblijfsvergunning en waren onder erbarmelijke omstandigheden gehuisvest. De werkgever betaalde hun loon niet. Toen zij daartegen protesteerden, zijn zij door hem met de dood bedreigd. Bij een volgende protestactie hebben de werkgever en zijn bewakers het vuur geopend op de aardbeienplukkers, waarbij er veel gewonden zijn gevallen. De Griekse overheid was via officiële rapporten en de media al voor het schietincident op de hoogte van de omstandigheden op de aardbeinvelden. Dat heeft weliswaar geleid tot kamervragen en inspecties door verschillende ministeries, maar een concreet resultaat bleef uit. Naar aanleiding van een rapport van de Ombudsman volgde slechts een ‘sporadic reaction’. Het EHRM merkt daarnaast op dat de politie zich bewust leek te zijn van de weigering van de werkgever om het loon te betalen en de omstandigheden op de aardbeienboerderij. Desondanks is niet opgetreden. Volgens het Hof is dan ook onvoldoende gedaan om klagers tegen dwangarbeid en mensenhandel te beschermen.⁴²⁷

6.5 Onderzoek

⁴¹⁷ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 298.

⁴¹⁸ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 298.

⁴¹⁹ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 298.

⁴²⁰ EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 110.

⁴²¹ EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 110.

⁴²² EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 110.

⁴²³ EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 110.

⁴²⁴ Harris e.a. 2018, p. 288.

⁴²⁵ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 286-287. Zie ook EHRM 21 januari 2016, 71545/12 (*L.E./Griekenland*), r.o. 66-67.

⁴²⁶ EHRM 13 november 2012, 4239/08 (*C.N./VK*), r.o. 67.

⁴²⁷ EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 111-115.

Uit *Rantsev/Cyprus & Rusland* volgt ook nog dat artikel 4 EVRM een onderzoeksplicht in het leven roept. Het gaat daarbij om een ‘effectief officieel onderzoek’. Een dergelijk onderzoek dient te worden opgestart ‘when there is a credible suspicion that an individual’s rights under that Article have been violated’.⁴²⁸ Zodra een zaak onder de aandacht van de autoriteiten komt, dienen zij ‘of their own motion’ te handelen.⁴²⁹ Het onderzoek moet ‘capable of leading to the identification and punishment of the individuals responsible’ zijn.⁴³⁰ Vanwege de eis van bestrafing zal dit in de praktijk neerkomen op een strafrechtelijk onderzoek (vgl. § 4.5.3).

De verplichting om een effectief officieel onderzoek uit te voeren, betreft een inspanningsverplichting.⁴³¹ De eisen waaraan een onderzoek moet voldoen, komen overeen met de eisen die op grond van artikel 2 en 3 EVRM worden gesteld.⁴³² Het onderzoek moet adequaat, zorgvuldig en grondig worden uitgevoerd. Een onderzoek is adequaat wanneer (met gepaste spoed) een onderzoek wordt verricht dat is gericht op het onttrekken van een slachtoffer aan de omstandigheden die niet met artikel 4 EVRM te verenigen zijn en/of de identificatie en bestrafing van de verantwoordelijken. Een voorbeeld van een zaak waarin onvoldoende is gedaan om de verantwoordelijken te identificeren en te bestraffen, is (opnieuw) *Rantsev/Cyprus & Rusland*. Door de Russische autoriteiten was geen onderzoek gedaan naar de rekrutering en het vertrek van het slachtoffer naar Cyprus. In het bijzonder is niet getracht om degenen die hierbij betrokken zijn geweest, te identificeren. Ook is niet onderzocht welke methoden van rekrutering zijn gebruikt.⁴³³

De mate van grondigheid en zorgvuldigheid van het onderzoek komt aan de orde in *S.M./Kroatië*. Klager stelt dat zij door een man is gedwongen tot prostitutie. In 2012 heeft ze een ‘criminal complaint’ ingediend bij de politie. Aan klager werd de status van slachtoffer van mensenhandel toegekend. Het EHRM overweegt dat onvoldoende onderzoek is gedaan. Naast verdachte en klager, is slechts één vriendin van klager als getuige gehoord, terwijl andere ogenschijnlijk belangwekkende getuigen buiten beeld zijn gebleven. Tezamen met de anderszins gebrekkige bewijsgeving leidt dat tot de conclusie dat geen sprake is geweest van een serieuze poging alle relevante omstandigheden boven tafel te krijgen. Als gevolg daarvan is mogelijk al te gemakkelijk de conclusie getrokken dat klager niet is gedwongen tot prostitutie.⁴³⁴

Omdat ‘trafficking’ een probleem is dat vaak niet beperkt blijft tot de eigen landsgrenzen, geldt met betrekking tot dit strafbare feit nog wel een extra verplichting. Staten zijn verplicht in grensoverschrijdende zaken effectief samen te werken met de autoriteiten van andere staten (zie daarover ook hoofdstuk 4, § 5.5.4).⁴³⁵

6.6 Vervolgen

⁴²⁸ EHRM 13 november 2012, 4239/08 (*C.N./VK*), r.o. 69; EHRM 19 juli 2018, 60561/14 (*S.M./Kroatië*), r.o. 59.

⁴²⁹ EHRM 19 juli 2018, 60561/14 (*S.M./Kroatië*), r.o. 60.

⁴³⁰ EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (*C.N. & V./Frankrijk*), r.o. 109.

⁴³¹ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 288.

⁴³² Op de procedurele eisen die aan het onderzoek worden gesteld, zal niet worden ingegaan. Vgl. § 4.5.5.1.

⁴³³ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 308-309.

⁴³⁴ EHRM 19 juli 2018, 60561/14 (*S.M./Kroatië*), r.o. 77-79.

⁴³⁵ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 289.

Op grond van artikel 4 EVRM geldt een verplichting ‘to (...) prosecute effectively’.⁴³⁶ Indien gepast moet met andere woorden een (‘ex officio’) vervolging worden gestart tegen die verantwoordelijken die binnen het bereik van de strafwet vallen. De officier van justitie moet (daadwerkelijk) onderzoeken of de klachten van slachtoffer gefundeerd zijn.

6.7 Berechting en bestraffing

Op grond van artikel 4 EVRM heeft het EHRM zich eveneens over de ‘trial stage’ uitgelaten, de berechting en bestraffing. Uit de rechtspraak volgt dat er geen resultaatsverplichting bestaat.⁴³⁷ Wel gaat het EHRM na of sprake is van ‘effective penalties’.⁴³⁸ Het ligt in de rede dat het Hof hier aansluiting zoekt bij hetgeen op grond van artikel 2 en 3 EVRM is overwogen. Uit de rechtspraak op grond van deze artikelen volgt dat het EHRM (onder meer) ingrijpt wanneer sprake is van een manifest disproportionele straf (zie § 4.7 en § 5.7).

6.8 Conclusie

Artikel 4 EVRM is uitgelegd aan de hand van verschillende internationale verdragen. Door deze uitlegmethode kan worden ingespeeld op het feit dat slavernij, dienstbaarheid, gedwongen arbeid en mensenhandel niet alleen worden gelokaliseerd in de seksindustrie, maar eveneens als uitbuiting in allerlei andere arbeidssectoren. Typerend is bijvoorbeeld de zaak over de aardbeienplukkers die werkten zonder loon te ontvangen en onder erbarmelijke omstandigheden waren gehuisvest. Ook kan worden gedacht aan het tegen kost en inwoning laten werken en het tegelijkertijd in sterke mate beknotten van de vrijheid.

Positieve verplichtingen op grond van artikel 4 EVRM hebben voor het overgrote deel betrekking op de inzet van het strafrecht, want enkel het civiel recht volstaat niet. Het strafrecht moet worden ingezet (i) en het EHRM heeft verstrekkende verplichtingen geformuleerd voor onderzoek, vervolging, berechting en bestraffing van slavernij, dienstbaarheid, dwangarbeid of verplichte arbeid en mensenhandel (ii). Ook moeten op grond van artikel 4 EVRM feitelijke maatregelen worden genomen (iii). Het *Osman*-criterium is hier wederom van toepassing. In sommige zaken wordt daarbij het vereiste gesteld dat sprake is van ‘a credible suspicion’ dat een of meer specifieke individuen aan (een reëel en onmiddellijk risico op) mensenhandel of uitbuiting zijn blootgesteld. Gelet op het feit dat het bij mensenhandel om een dynamisch fenomeen met een grensoverschrijdend karakter gaat, geldt ten slotte een verplichting om de voorzien in een specifiek reguleringskader om dit fenomeen tegen te gaan (iv). Het wettelijk raamwerk dient de ‘encouragement, facilitation or tolerance of trafficking’ aan te pakken en snelle en accurate identificatie van slachtoffers mogelijk te maken.

7 Positieve verplichtingen op grond van artikel 5 EVRM

7.1 Introductie

⁴³⁶ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 285.

⁴³⁷ EHRM 21 januari 2016, 71545/12 (*L.E./Griekenland*), r.o. 80.

⁴³⁸ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 142.

In deze paragraaf wordt een blik geworpen op de positieve verplichtingen die op grond van artikel 5 EVRM zijn geformuleerd. Alvorens daarop wordt ingegaan, zal eerst worden uiteengezet wat de status en reikwijdte van artikel 5 EVRM is (§ 7.2). Vervolgens worden de positieve verplichtingen op grond van artikel 5 EVRM beschreven. Het gaat om de verplichting om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem (§ 7.3), de verplichting om feitelijke maatregelen te treffen ‘to safeguard against the risk of disappearance’ (§ 7.4) en de onderzoeksverplichting (§ 7.5). Afgesloten wordt met enkele conclusies.

7.2 Status en reikwijdte van artikel 5 EVRM

Artikel 5 EVRM bepaalt dat een ieder het recht heeft op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Het is absoluut van aard.⁴³⁹ Artikel 5 EVRM bevat weliswaar uitzonderingsgronden, maar deze hebben een limitatief karakter en moeten zeer restrictief worden uitgelegd.⁴⁴⁰ Anders dan de artikelen 2 en 3 EVRM betreft het echter geen ‘notstandfeste’ bepaling.⁴⁴¹ In tijden van oorlog of wanneer zich een noodsituatie voordoet die een bedreiging vormt voor ‘the life of the nation’, kunnen staten op grond van artikel 15 EVRM maatregelen nemen die afwijken van de verplichtingen op grond van artikel 5 EVRM. Wanneer een Staat dergelijke maatregelen neemt, toetst het EHRM met inachtneming van een zekere ‘margin of appreciation’ of zij in overeenstemming met artikel 15 EVRM zijn genomen.⁴⁴²

Het fundamentele karakter van artikel 5 EVRM is door het EHRM herhaaldelijk benadrukt.⁴⁴³ Het recht wordt beschouwd als een kernwaarde van de democratische samenlevingen in verdragsstaten.⁴⁴⁴ Bovendien heeft het hof in *McKay/VK* overwogen dat artikel 5 EVRM samen met de artikelen 2, 3 en 4 EVRM onderdeel uitmaakt van ‘the first rank of the fundamental rights that protect the physical security of an individual’.⁴⁴⁵

Om vast te stellen of sprake is van vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM, onderscheidt het EHRM een objectief element (‘confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time’) en een additioneel subjectief element (‘not validly consented to the confinement in question’).⁴⁴⁶ Met betrekking tot het objectieve element blijkt dat artikel 5 EVRM geen betrekking heeft op situaties van ‘mere restrictions upon liberty of movement’.⁴⁴⁷ Deze situaties vallen onder het toepassingsbereik van artikel 2 Vierde Protocol bij het EVRM, dat het recht op vrijheid van verplaatsing regelt. Volgens het EHRM is het onderscheid tussen vrijheidsbeneming en beperking van de vrijheid van verplaatsing echter ‘merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance’.⁴⁴⁸ Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of een bepaalde situatie onder het bereik van artikel 5

⁴³⁹ Gerards 2019, p. 23-24.

⁴⁴⁰ EHRM 3 oktober 2006, 543/03 (*McKay/VK*), r.o. 30.

⁴⁴¹ Gerards 2019, p. 23-24.

⁴⁴² Zie bijvoorbeeld EHRM 19 februari 2009, 3455/05 (*A. e.a./VK*), r.o. 173-174.

⁴⁴³ Zie bijvoorbeeld EHRM 29 november 1988, 11209/84 e.a. (*Brogan e.a./VK*), r.o. 58; EHRM 27 juli 2006, 69481/01 (*Bazorkina/Rusland*), r.o. 146.

⁴⁴⁴ EHRM 24 oktober 1979, 6301/73 (*Winterwerp/Nederland*), r.o. 37; EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*), r.o. 102.

⁴⁴⁵ EHRM 3 oktober 2006, 543/03 (*McKay/VK*), r.o. 30.

⁴⁴⁶ EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*), r.o. 74. Zie ook EHRM 17 januari 2012, 36760/06 (*Stanev/Bulgarije*), r.o. 117.

⁴⁴⁷ EHRM 8 juni 1976, 5100/71 e.a. (*Engel e.a./Nederland*), r.o. 58.

⁴⁴⁸ EHRM 6 november 1980, 7367/76 (*Guzzardi/Italië*), r.o. 93; EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 314; EHRM 17 januari 2012, 36760/06 (*Stanev/Bulgarije*), r.o. 115.

EVRM valt. Het Hof acht zich daarbij niet gebonden aan het standpunt van de nationale autoriteiten.⁴⁴⁹ Om te bepalen of sprake is van vrijheidsbeneming, komt betekenis toe aan het type, de duur, de effecten en de wijze van tenuitvoerlegging van de maatregelen.⁴⁵⁰ Ook de context ‘in which the measure is imposed’, is van belang.⁴⁵¹

Een klassiek geval van vrijheidsbeneming is dat waarin een persoon naar een gesloten inrichting gaat. Van vrijheidsbeneming kan ook gesproken worden bij een gesloten plaatsing in een gesloten afdeling van een ziekenhuis.⁴⁵² Waar dergelijke grote fysieke beperkingen worden opgelegd, zal al snel sprake zijn van vrijheidsbeneming. Zo wordt in gevallen waarin het om ‘close arrest’ gaat, reeds bij een korte detentieduur aangenomen dat het om vrijheidsbeneming gaat.⁴⁵³ Een ‘element of coercion’ is daarbij indicatief.⁴⁵⁴

Uit de rechtspraak van het EHRM is op te maken dat ook gevallen van huisarrest onder artikel 5 EVRM kunnen worden geschaard. Er wordt dan beoordeeld in hoeverre betrokkene wordt beperkt in zijn bewegingsvrijheid. Bij voortdurend huisarrest, dat wil zeggen 24 uur per dag verplicht en controleerbaar thuis doorbrengen, gaat het zonder meer om vrijheidsbeneming.⁴⁵⁵ Wordt de betrokkene de mogelijkheid gegeven om op het werk te zijn tijdens doordeweekse dagen, dan gaat het om vrijheidsbeperking.⁴⁵⁶

Wanneer de fysieke beperkingen minder vergaand zijn, zullen andere criteria een rol spelen, zoals sociale isolatie. Dat volgt onder meer uit *Guzzardi/Italië*. Guzzardi werd in afwachting van zijn proces naar het eilandje Asinara gebracht. Zijn bewegingsvrijheid werd beperkt tot een klein deel van het eiland. Hij stond daarnaast vrijwel voortdurend onder toezicht, werd onderworpen aan een avondklok en werd beperkt in zijn contacten met derden. Gelet op de intensiteit van de beperkingen, was er volgens het EHRM sprake van vrijheidsbeperking.⁴⁵⁷

Het additionele subjectieve element heeft betrekking op de vraag of de betrokkene met de vrijheidsbeneming van zijn of haar vrijheid heeft ingestemd. Dit element speelt een rol bij detentie in de context van ‘social care’. In deze context is een persoon’s vrijheid ontnomen als hij daarmee niet heeft ingestemd. Uiteraard kan alleen sprake zijn van instemming als betrokkene de capaciteit heeft om bezwaar te maken.⁴⁵⁸ Een voorbeeld van een zaak waarin de eventuele instemming bepalend was, is *Storck/Duitsland*. Deze zaak gaat hoofdzakelijk over de periode 1977-1979. Gedurende deze periode was verzoekster tegen haar wil in een privékliniek opgenomen. Haar vader had om deze opname verzocht. Vanwege ernstige conflicten dacht hij dat zijn dochter psychotisch was. Verzoekster was op het moment van de opname meerderjarig. Zij was niet onder ‘guardianship’ geplaatst en had ook nooit een verklaring ondertekend waaruit bleek dat zij instemde met plaatsing in de privékliniek. Ook was

⁴⁴⁹ EHRM 5 oktober 2004, 45508/99 (*H.L./VK*), r.o. 90; EHRM 23 februari 2012, 29226/03 (*Creangă/Roemenië*), r.o. 92.

⁴⁵⁰ EHRM 6 november 1980, 7367/76 (*Guzzardi/Italië*), r.o. 92; EHRM 29 maart 2010, 3394/03 (*Medvedev e.a./Frankrijk*), r.o. 73; EHRM 23 februari 2012, 29226/03 (*Creangă/Roemenië*), r.o. 91.

⁴⁵¹ EHRM 15 maart 2012, 39692/09, 40713/09, 41008/09 (*Austin e.a./VK*), r.o. 59.

⁴⁵² EHRM 28 november 2002, 58442/00 (*Lavents/Letland*), r.o. 63

⁴⁵³ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 november 2003, 47244/99 (*Novotka/Slowakije*). In casu ging het om een tijdspanne van 55 minuten.

⁴⁵⁴ EHRM 12 januari 2010, 4158/05 (*Gillan & Quinton/VK*), r.o. 57;

⁴⁵⁵ EHRM 11 januari 2001, 24952/94 (*N.C./Italië*), r.o. 33.

⁴⁵⁶ EHRM 15 december 2005, 2333/02 (*Trijonis/Litouwen*).

⁴⁵⁷ EHRM 6 november 1980, 7367/76 (*Guzzardi/Italië*), r.o. 95. Zie voor een recent geval waarin geen sprake was van vrijheidsbeperking EHRM 23 februari 2017, 43395/09 (*De Tommaso/Italië*), r.o. 84-90.

⁴⁵⁸ EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*), r.o. 76.

geen rechterlijke machtiging afgegeven. Nadat verzoekster de kliniek probeerde te ontvluchten, werd zij op 4 maart 1979 onder dwang van de politie teruggebracht. Naar het oordeel van het EHRM kan uit dit feitencomplex worden afgeleid dat verzoekster gedurende deze periode tegen haar wil was opgenomen.⁴⁵⁹

Dat was anders in *H.M./Zwitserland*. In die zaak ging het om de plaatsing van een bejaarde en dementerende vrouw in een bejaardentehuis. Zij zelf leek ambivalent tegenover hulp te staan. Van verzet was geen sprake en na verloop van tijd heeft mevrouw ook ingestemd met het verblijf in het tehuis. In het licht hiervan, en gelet op het feit dat klaagster over voldoende bewegingsvrijheid leek te beschikken en de opname plaatsvond omwille van haar eigen bestwil (teneinde haar de noodzakelijke medische zorg, wenselijke leefomstandigheden en hygiëne te verlenen), oordeelt het EHRM dat de plaatsing niet is aan te merken als een vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM.⁴⁶⁰

7.3 Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem

7.3.1 Introductie

Zaken over inbreuken op artikel 5 EVRM kunnen op verschillende wijzen worden afgedaan. In deze paragraaf komen achtereenvolgens de inzet van het strafrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht aan de orde. Ook wordt ingegaan op het specifieke wettelijke kader dat is vereist om personen die in psychiatrische instelling verblijven, te beschermen.

7.3.2 Strafbaarstelling?

Tot op heden heeft het EHRM op grond van artikel 5 EVRM nog geen verplichting tot strafbaarstelling aangenomen. Wel volgt uit de rechtspraak dat het EHRM niet uitsluit ‘that effective protection of the right to liberty under the Convention may require criminal-law redress which may entail, if necessary, a positive obligation on the part of the State to guarantee effective criminal-law provisions’.⁴⁶¹ Dit is een duidelijk vingerwijzing dat er omstandigheden denkbaar zijn waarin het EHRM strafrechtelijke afdoening nodig acht. Steun daarvoor kan worden gevonden in het feit dat de ontvoering door autoriteiten of particulieren onder levensbedreigende omstandigheden al op grond van artikel 2 EVRM strafbaar dient te zijn gesteld.⁴⁶² Het zou hierbij passen dat staten ook verplicht zouden zijn tot strafbaarstelling van andere ontvoeringen of andere vormen van wederrechtelijke vrijheidsbeneming.

7.3.3 Civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem

Civielrechtelijke of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid kan volstaan waar sprake is van ‘negligence’.⁴⁶³ In een Oekraïense zaak oordeelde het Hof tot dat geen verplichting bestond om de zaak strafrechtelijk af te doen. Klaagster was drie jaar opgenomen geweest in een psychiatrisch ziekenhuis met de diagnose

⁴⁵⁹ EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*), r.o. 71 en 74-78.

⁴⁶⁰ EHRM 26 februari 2002, 39187/98 (*H.M./Switserland*), r.o. 48.

⁴⁶¹ EHRM 5 juni 2014, 12317/06 (*Akopyan/Oekraïne*), r.o. 89.

⁴⁶² Vgl. Van Kempen 2008, p. 35 onder verwijzing naar EHRM 24 januari 2008, 48804/99 (*Osmanoğlu/Turkije*), r.o. 72, 76 en 82-84 en EHRM 31 mei 2005, 27305/95 (*Koku/Turkije*), r.o. 125-126 en 135-136.

⁴⁶³ EHRM 5 juni 2014, 12317/06 (*Akopyan/Oekraïne*), r.o. 89-90.

paranoïde schizofrenie en aldaar behandeld. Ze had aanvankelijk toestemming gegeven voor behandeling van de aandoening, maar die toestemming vervolgens ingetrokken. Ze had ook meermaals verzocht om ontslag, maar die verzoeken werden genegeerd. Uiteindelijk slaagde ze erin te ontsnappen. Zij liet zich daarop opnieuw en vrijwillig psychiatrisch onderzoeken. Vervolgens bleek dat er bij haar geen sprake was van een psychische aandoening. Het EHRM sluit zich aan bij het oordeel van de nationale rechter dat de dokter nalatig heeft gehandeld door ‘for breaching a number of legal provisions governing psychiatric assistance’.⁴⁶⁴ De vrijheidsberoving is niet zorgvuldig beoordeeld. In dat geval was het voldoende dat het mogelijk was om een civielrechtelijke actie in te stellen.⁴⁶⁵

7.3.4 Wettelijk toezichtskader

Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat een wettelijk kader in het leven dient te worden geroepen om personen die in een psychiatrische instelling verblijven, te beschermen. De Staat is onder andere verplicht ‘to exercise supervision and control over private psychiatric institutions.’⁴⁶⁶ Een vergunningsvereiste alleen is daarbij niet voldoende. Vereist is ook dat door regulier deskundig toezicht wordt onderzocht ‘whether the confinement and medical treatment is justified’.⁴⁶⁷ Daaruit kan worden afgeleid dat privéklinieken regelmatig bezocht dienen te worden door personen of commissies om de rechtmatigheid van het gedwongen verblijf van personen zonder rechterlijk bevel te controleren.⁴⁶⁸

7.4 Verplichting om feitelijke maatregelen te treffen ‘to safeguard against the risk of disappearance’

Naast de verplichting om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem, is in de rechtspraak van het EHRM een specifieke verplichting aangenomen om feitelijke maatregelen te nemen ‘to safeguard against the risk of disappearance’.⁴⁶⁹ Het EHRM noemt in dit verband verschillende maatregelen. Autoriteiten zijn gehouden tot schriftelijke vastlegging van onder meer de datum, tijd, locatie en redenen van elke detentie. Ook de naam van de gedetineerde en van ‘the person effecting it’ dienen te worden geregistreerd.⁴⁷⁰ Daarmee wordt voorkomen dat iemand in detentie ‘verdwijnt’.

Een voorbeeld van een zaak waarin niet aan de hiervoor beschreven verplichting werd voldaan, is *Kurt/Turkije*. In deze zaak ging het om de verdwijning van de zoon van klagster, nadat hij was opgepakt door veiligheidstroepen. Verzoekster zag haar zoon voor het laatst bij het huis van een dorpsgenoot waar hij werd vastgehouden door ‘soldiers and village guards’. Daarna werd hij niet meer gezien. Verzoekster betoogt dat de Staat in strijd met artikel 5 EHRM heeft gehandeld, omdat ‘the official cover-up of his whereabouts and fate placed her son beyond the reach of the law and he was

⁴⁶⁴ EHRM 5 juni 2014, 12317/06 (*Akopyan/Oekraïne*), r.o. 37.

⁴⁶⁵ EHRM 5 juni 2014, 12317/06 (*Akopyan/Oekraïne*), r.o. 91-92.

⁴⁶⁶ EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*), r.o. 103.

⁴⁶⁷ EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*), r.o. 103.

⁴⁶⁸ Van der Velde 2005.

⁴⁶⁹ EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 124; EHRM 8 juli 1999, 23657/94 (*Çakıcı/Turkije*), r.o. 104.

⁴⁷⁰ EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 125. Zie ook EHRM 8 juli 1999, 23657/94 (*Çakıcı/Turkije*), r.o. 105.

accordingly denied the protection of the guarantees contained in Article 5 §§ 2, 3, 4 and 5'.⁴⁷¹ Het EHRM constateerde dat de detentie van de zoon inderdaad niet schriftelijk was vastgelegd. Dat kon naar het oordeel van het hof niet door de beugel 'since it enables those responsible for the act of deprivation of liberty to conceal their involvement in a crime, to cover their tracks and to escape accountability for the fate of the detainee'.⁴⁷²

7.5 Onderzoek

In de rechtspraak van het EHRM kunnen twee verschijningsvormen van onderzoek worden onderscheiden: het verrichten van een 'prompt effective investigation' en onderzoek als onderdeel van een effectief juridisch systeem. De eerste verschijningsvorm is aan de orde gekomen in zaken over vermeende verdwijningen van personen die aangehouden waren en gevangen werden gehouden. Wanneer er een 'an arguable claim' is 'that a person has been taken into custody and has not been seen since' dient naar het oordeel van het EHRM een 'prompt effective investigation' te worden verricht.⁴⁷³ Beoogd is daarmee om naasten te informeren waar de gedetineerde is, het leven van de gedetineerde te beschermen en te verzekeren dat 'state agents' zich niet aan hun 'accountability' kunnen onttrekken.⁴⁷⁴ Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat het telkens om onderzoekshandelingen gaat die de 'public prosecutor' op grond van het strafprocesrecht had moeten nemen.⁴⁷⁵ Het gaat dus om strafrechtelijk onderzoek.⁴⁷⁶

Bij de zaken over vermeende verdwijningen spelen veelal naast artikel 5 EVRM ook de artikelen 2 en 3 EVRM een rol van betekenis. In veel zaken wordt op grond van een van deze artikelen een schending van de onderzoeksverplichting vastgesteld. Dit leidt automatisch tot een schending van artikel 5 EVRM op dit vlak.⁴⁷⁷ In een enkel geval wijdt het EHRM verder uit over de vereisten waaraan onderzoek op grond van artikel 5 EVRM moet voldoen. Allereerst dienen de autoriteiten adequaat te handelen.⁴⁷⁸ Een onderzoek is adequaat wanneer (met gepaste spoed) redelijke maatregelen worden genomen om bewijs veilig te stellen en te vergaren. Aan dit vereiste was niet voldaan in *Çakici/Turkije*. Na de verdwijning van Çakici werden alleen de 'custody records' bekeken, terwijl er drie ooggetuigen waren. Bovendien werd het rapport waarin werd beschreven dat het lichaam van Çakici was gevonden, niet geverifieerd.⁴⁷⁹

Naast de mate van adequaatheid kijkt het EHRM ook naar de mate van grondigheid en zorgvuldigheid.⁴⁸⁰ In de zaak *Kurt/Turkije* stond dit vereiste centraal. Naar het oordeel van het EHRM

⁴⁷¹ EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 119.

⁴⁷² EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 125.

⁴⁷³ EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 124; EHRM 24 juli 2014, 7511/13 (*Husayn (Abu Zubaydah)/Polen*), r.o. 523.

⁴⁷⁴ Vgl. EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 122-128; EHRM 18 juli 1999, 23657/94 (*Çakici/Turkije*), r.o. 104; EHRM 13 juni 2000, 23531/94 (*Timurtaş/Turkije*), r.o. 105.

⁴⁷⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 126; EHRM 18 juli 1999, 23657/94 (*Çakici/Turkije*), r.o. 106; EHRM 27 februari 2001, 25704/94 (*Çiçek/Turkije*), r.o. 167.

⁴⁷⁶ Vgl. Kamber 2017, p. 330-332 en 359. Hij gaat ervan uit dat het hier een 'official effective investigation' betreft.

⁴⁷⁷ EHRM 18 september 2009, 16064/90 e.a. (*Varnava e.a./Turkije*), r.o. 208; EHRM 13 december 2012, 39630/09 (*El-Masri/voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), r.o. 233 en 242-243.

⁴⁷⁸ EHRM 18 juni 2002, 25656/94 (*Orhan/Turkije*), r.o. 373.

⁴⁷⁹ EHRM 18 juli 1999, 23657/94 (*Çakici/Turkije*), r.o. 106.

⁴⁸⁰ EHRM 27 februari 2001, 25704/94 (*Çiçek/Turkije*), r.o. 167.

hadden de Turkse autoriteiten geen onderzoek van betekenis uitgevoerd naar aanleiding van de zorgen die klaagster bij de openbare aanklager over de verdwijning van haar zoon had geuit. Verzoekster werd zelfs in het geheel niet verzocht om een verklaring af te leggen.⁴⁸¹ Aan de andere kant werd de verklaring die voor de verdwijning van de zoon van verzoekster was gegeven, te makkelijk voor waar aangenomen, terwijl ‘any firm and plausible evidentiary basis’ ontbrak voor het verhaal dat Kurt tijdens een militaire operatie ontvoerd zou zijn door de PKK.⁴⁸² Het EHRM constateerde ook de tendentieuze ondervraging van getuigen die ertoe waren gebracht de officiële versie van de gebeurtenissen door de autoriteiten te bevestigen.⁴⁸³

Bij de tweede verschijningsvorm ligt het accent op onderzoek als onderdeel van een effectief juridisch systeem. Dan hoeft het niet per se een strafrechtelijk onderzoek te zijn.⁴⁸⁴ Het EHRM gaat na welke wegen zijn bewandeld teneinde de zaak tot klaarheid te brengen. Deze lijn hanteert het EHRM in de in paragraaf 7.3.3 beschreven zaak *Akopyan/Oekraïne*. In deze zaak over medische nalatigheid gaat het EHRM na of strafrechtelijk onderzoek is ingesteld en/of er een civiele procedure is geweest. Uiteindelijk valt het Hof in deze zaak over een voor dit boek minder relevante procedurele eis: er was geen sprake van een ‘prompt examination of the applicant’s civil claim’.⁴⁸⁵

7.6 Conclusie

In zaken over positieve verplichtingen op grond van artikel 5 EVRM gaat het hoofdzakelijk om zaken over ‘unacknowledged detention’. Artikel 5 EVRM is echter niet alleen in deze strafrechtelijke context van toepassing. Het artikel is bijvoorbeeld ook van toepassing in de context van de opname in een psychiatrisch ziekenhuis of een privékliniek.

De positieve verplichtingen die op grond van artikel 5 EVRM zijn aangenomen, komen gedeeltelijk overeen met die op grond van artikel 2 en 3 EVRM zijn aangenomen. Tot op heden is nog geen verplichting tot inzet van het strafrecht geformuleerd. Er heeft zich kennelijk nog geen zaak voorgedaan waarin het EHRM zich geroepen voelde om een dergelijke verplichting te formuleren. Een verklaring daarvoor kan zijn dat het vereiste onderzoek voornamelijk plaatsvindt in een strafrechtelijke context, ook nu al. In gevallen van ‘negligence’ is de mogelijkheid afdoende om een civielrechtelijke of tuchtrechtelijke maatregel in te stellen. Onder omstandigheden wordt een verplichting aangenomen om te voorzien in een specifiek reguleringskader. Ten slotte gelden er verplichtingen voor onderzoek.

8 Positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM

8.1 Introductie

Artikel 8 lid 1 EVRM bepaalt dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Zoals beschreven in paragraaf 3.2 kregen positieve verplichtingen op grond van dit artikel voor het eerst gestalte in *Marckx/België*. In deze zaak heeft het EHRM overwogen dat artikel 8 EVRM ‘does not merely compel the State to abstain from (...)’

⁴⁸¹ EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 126.

⁴⁸² EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 127.

⁴⁸³ EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (*Kurt/Turkije*), r.o. 127.

⁴⁸⁴ EHRM 5 juni 2014, 12317/06 (*Akopyan/Oekraïne*), r.o. 89-92.

⁴⁸⁵ EHRM 5 juni 2014, 12317/06 (*Akopyan/Oekraïne*), r.o. 93-100.

interference: in addition (...) there may be positive obligations inherent in an effective "respect" for family life.⁴⁸⁶ Na *Marckx/België* volgt een stroom rechtspraak waarin op grond van artikel 8 EVRM op de meest uiteenlopende terreinen positieve verplichtingen zijn aangenomen. In deze paragraaf worden deze positieve verplichtingen bezien.⁴⁸⁷ Alvorens daarop wordt ingegaan, zal echter eerst worden uiteengezet wat de status en reikwijdte van artikel 8 EVRM is (§ 8.2). Achtereenvolgens komen de verplichtingen om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem (§ 8.3) en om feitelijke maatregelen te nemen (§ 8.4) aan de orde. In paragraaf 8.5 wordt op het verzorgingsbeginsel ingegaan. Daarna worden de verplichtingen om onderzoek te doen naar met artikel 8 EVRM strijdige gedragingen (§ 8.6) en (indien gepast en mogelijk) te vervolgen (§ 8.7) te berechten, bestraffen en compenseren (§ 8.8) beschreven.

8.2 Status en reikwijdte van artikel 8 EVRM

Privéleven, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie raken aan de individualiteit van de burger. Bescherming van deze rechten moet een ontplooiing van zijn persoonlijkheid en welzijn garanderen.⁴⁸⁸ Het betreft niet-absolute rechten, in die zin dat beperkingen op deze rechten mogelijk zijn.⁴⁸⁹ In het tweede lid van artikel 8 EVRM wordt in een algemene beperkingsclausule voorzien. De beperkingsclausule bevat weliswaar een aantal voorwaarden en vereisten voor beperking, maar is minder precies en strikt geformuleerd dan bijvoorbeeld de bijzondere beperkingen van artikel 2 EVRM.⁴⁹⁰ Een toelaatbare beperking van artikel 8 EVRM moet aan drie voorwaarden voldoen. Deze moet zijn voorzien bij wet, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en een legitiem doel nastreven. Een inbreuk is alleen dan legitiem wanneer deze in het belang is van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Verder is van belang dat artikel 8 EVRM geen ‘notstandfeste’ bepaling is. Dat betekent dat een Staat de bepaling in geval van oorlog of noodtoestand ter zijde kan schuiven. Het betekent ook dat artikel 8 EVRM in vergelijking met andere bepalingen uit het EVRM als een minder belangrijk recht wordt gezien. Anders dan de artikelen 2, 3 en 4 EVRM worden de rechten die op grond van artikel 8 EVRM worden beschermd, niet als de meest fundamentele mensenrechten beschouwd.

De vier hierna te bespreken deelrechten (‘private life’, ‘family life’, ‘home’ en ‘correspondence’) die door artikel 8 EVRM worden beschermd, worden in de rechtspraak van het EHRM ruim uitgelegd.⁴⁹¹ Zo vallen onder het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM onder meer reproductieve rechten, een recht op bescherming van eer en reputatie en rechten die verband houden met de bescherming van de leefomgeving. Ook abortus en hulp bij zelfdoding vallen binnen het bereik van artikel 8 EVRM.⁴⁹² Er kan sprake zijn van overlap tussen de deelrechten. Een voorbeeld van een zaak

⁴⁸⁶ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), r.o. 31.

⁴⁸⁷ Zie hierover ook De Jong 2017, p. 147-209.

⁴⁸⁸ EHRM 24 november 1986, 9063/80 (*Gillow/VK*), r.o. 55.

⁴⁸⁹ Gerards 2019, p. 19 en 25-26.

⁴⁹⁰ Gerards 2019, p. 25.

⁴⁹¹ Harris e.a. 2018, p. 501; Forder e.a., in: Sdu Commentaar EVRM, art.8 EVRM (online, laatst bijgewerkt op 4 juni 2019).

⁴⁹² Forder e.a., in: Sdu Commentaar EVRM, art.8 EVRM (online, laatst bijgewerkt op 4 juni 2019).

waarin daarvan sprake is, is *Klass e.a./Duitsland*. In deze zaak overwoog het EHRM dat ‘telephone conversations (...) are covered by the notions of "private life" and "correspondence"’.⁴⁹³

Privéleven is het breedste concept van artikel 8 EVRM. Tot op heden heeft het EHRM in zijn rechtspraak geen definitie van het begrip privéleven gegeven. Het hof acht dit zowel onmogelijk als onnodig.⁴⁹⁴ Privéleven omvat persoonlijke identiteit⁴⁹⁵ en autonomie,⁴⁹⁶ inclusief verschillende aspecten van persoonlijke ontwikkeling en zelfontplooiing.⁴⁹⁷ Ook kan worden gedacht aan het recht om relaties aan te gaan met andere personen en de buitenwereld.⁴⁹⁸ Onder het recht worden ook de gezondheid,⁴⁹⁹ levenskwaliteit of het algemene welzijn⁵⁰⁰ en meer in het algemeen de lichamelijke en geestelijke integriteit van een persoon gebracht.⁵⁰¹

Het eerste lid van artikel 8 EVRM beschermt daarnaast het recht op familie- en gezinsleven. Van ‘family life’ kan gesproken worden wanneer sprake is van ‘the real existence in practice of close personal ties’, ongeacht de formele erkenning van een dergelijk recht in de nationale rechtsorde.⁵⁰²

De woning is op zijn beurt elke plaats waarmee een individu ‘sufficient and continuous links’ heeft.⁵⁰³ Het is daarbij niet van belang of naar nationaal recht sprake is van legale bewoning. Onder omstandigheden kan ook een (illegale) feitelijke verblijfplaats onder ‘home’ zijn begrepen.⁵⁰⁴ Een permanente bewoning is niet vereist om ‘home’ aan te kunnen nemen.⁵⁰⁵

Het laatste door artikel 8 EVRM beschermde recht is het recht op respect voor correspondentie. Hierbij gaat het om het recht voor een individu om ongestoord en ongecensureerd met anderen te kunnen communiceren, ongeacht de vorm.⁵⁰⁶

Artikel 8 EVRM is van toepassing in situaties waarin sprake is van een direct effect op een van de door dit artikel beschermde belangen.⁵⁰⁷ Het artikel is ook van toepassing bij activiteiten waarbij personen waarschijnlijk worden blootgesteld aan zodanige gevaarlijke effecten dat een voldoende nauw verband bestaat met het privé- en familieleven in de zin van artikel 8.⁵⁰⁸ Bepalend is of sprake is van

⁴⁹³ EHRM 6 september 1978, 5029/71 (*Klass e.a./Duitsland*), r.o. 41.

⁴⁹⁴ EHRM 16 december 1992, 13710/88 (*Niemietz/Duitsland*), r.o. 29; EHRM 25 maart 1993, 13134/87 (*Costello-Roberts/VK*), r.o. 36.

⁴⁹⁵ EHRM 7 november 2012, 40660/08, 60641/08 (*Von Hannover/Duitsland (no. 2)*), r.o. 95.

⁴⁹⁶ EHRM 29 april 2002, 2346/02 (*Pretty/VK*), r.o. 61.

⁴⁹⁷ EHRM 27 maart 2008, 44009/05 (*Shtukurov/Rusland*), r.o. 83.

⁴⁹⁸ EHRM 16 december 1992, 13710/88 (*Niemietz/Duitsland*), r.o. 29; EHRM 13 december 2012, 39630/09 (*El-Masri/voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), r.o. 248.

⁴⁹⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a./Italië*).

⁵⁰⁰ EHRM 9 december 1994, 16798/90 (*López Ostra/Spanje*), r.o. 51.

⁵⁰¹ EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 22.

⁵⁰² EHRM 12 juli 2001, 25702/94 (*K. & T./Finland*), r.o. 150.

⁵⁰³ EHRM 29 mei 2012, 42150/09 (*Bjedov/Kroatië*), r.o. 57; EHRM 18 november 2004, 58255/00 (*Prokopovich/Rusland*), r.o. 37.

⁵⁰⁴ EHRM 13 mei 2008, 19009/04 (*McCann/VK*), r.o. 46.

⁵⁰⁵ EHRM 24 november 1986, 9063/80 (*Gillow/VK*), r.o. 46; EHRM 26 februari 2008, 37664/04 (*Fägerskiöld/Zweden*).

⁵⁰⁶ EHRM 6 december 2012, 12323/11 (*Michaud/Frankrijk*), r.o. 90.

⁵⁰⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 88. In omgevingsgerelateerde situaties wordt met enige regelmaat overwogen dat voor toepassing van artikel 8 EVRM is vereist dat sprake is van ‘a direct and immediate link’. In het verlengde hiervan komt dan vaak allereerst de vraag aan de orde of de (milieu)vervuiling en overlast ‘can be regarded as affecting adversely, to a sufficient extent, the enjoyment of the amenities of his home and the quality of his private and family life’. Zie EHRM 2 december 2010, 12853/03 (*Atanasov/Bulgarije*), r.o. 66. Vgl. ook EHRM 24 februari 1998, 21439/93 (*Botta/Italië*), r.o. 34.

⁵⁰⁸ EHRM 10 november 2004, 46117/99 (*Taşkın e.a./Turkije*), r.o. 113; EHRM 14 februari 2012, 31965/07 (*Hardy & Maile/VK*), r.o. 189.

een duidelijk risico (voor de gezondheid).⁵⁰⁹ Zo oordeelde het EHRM in de zaak *Hardy & Maile/VK* bijvoorbeeld dat de door partijen in die zaak gevreesde potentiële risico's van de bouw en exploitatie van twee terminals voor de overslag van vloeibaar aardgas zodanig waren, dat artikel 8 EVRM van toepassing was. In deze zaak was uit rapporten een voldoende nauwe band af te leiden tussen (concrete) risico's die de installaties bij intreden van ongevallen meebrachten en het privéleven en de woning van klagers.⁵¹⁰

Zodra het Hof heeft vastgesteld dat een individueel belang binnen het bereik van artikel 8 EVRM valt, neemt het veelal automatisch aan dat sprake is van een voldoende ernstige aantasting van dit belang. Op deze handelswijze zijn twee uitzonderingen gemaakt. Allereerst blijkt niet iedere aantasting van de lichamelijke of geestelijke integriteit een inbreuk op artikel 8 EVRM te zijn. Er lijkt conform de rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 3 EVRM 'a minimum level of severity' geëist te worden. Zo oordeelde het Hof in *Costello-Roberts/VK* dat bepaalde op een private school opgelegde lijfstraffen voor schoolkinderen niet dusdanig nadelige gevolgen hadden voor hun fysieke of mentale integriteit, dat zij een inbreuk maakten op het recht op respect voor privéleven.⁵¹¹ Deze maatstaf is tot op heden echter niet verder ontwikkeld in de rechtspraak.⁵¹²

Ook in omgevingsgerelateerde zaken gaat het EHRM na of de overlast een 'minimum level' heeft bereikt.⁵¹³ Dit niveau wordt onder andere⁵¹⁴ vastgesteld aan de hand van de intensiteit en duur van de overlast, en de fysieke en mentale effecten op de gezondheid en kwaliteit van leven van het individu. Ook de 'general context of the environment' moet daarbij worden betrokken.⁵¹⁵ Er is geen sprake van een 'arguable claim' wanneer schade verwaarloosbaar is in vergelijking met de milieurisico's die inherent zijn aan het leven in iedere moderne stad.⁵¹⁶

8.3 Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem

8.3.1 Introductie

De Staat dient te voorzien in een wettelijk en bestuur kader dat bescherming biedt tegen inbreuken op artikel 8 EVRM. De invulling van dat kader hangt sterk af van de ernst van de inbreuk en van het specifieke recht waarop inbreuk wordt gemaakt. De verplichting om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch kader kan allereerst betrekking hebben op het strafrecht (§ 8.4.2). Andere

⁵⁰⁹ In deze zin ook ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Gaswinning*), r.o. 40.3

⁵¹⁰ EHRM 14 februari 2012, 31965/07 (*Hardy & Maile/VK*), r.o. 191-192.

⁵¹¹ EHRM 25 maart 1993, 13134/87 (*Costello-Roberts/VK*), r.o. 36.

⁵¹² Harris e.a. 2018, p. 519.

⁵¹³ EHRM 10 februari 2011, 30499/03 (*Dubetska e.a./Ukraine*), r.o. 105. Vgl. ook EHRM 9 december 1994, 16798/90 (*López Ostra/Spanje*), r.o. 51; EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a./Italië*), r.o. 60; EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 88; EHRM 4 september 2014, 42488/02 (*Dzemyuk/Oekraïne*), r.o. 77-84. Het EHRM wijdt niet in elke omgevingsgerelateerde zaak overwegingen aan de vraag of is voldaan aan het 'minimum level'. Zie bijvoorbeeld EHRM 10 januari 2012, 30765/08 (*di Sarno e.a./Italië*), r.o. 108. Mogelijk komt de voorwaarde hier niet goed uit de verf omdat wel duidelijk is dat sprake is van een voldoende veelomvattende aantasting van een door artikel 8 EVRM beschermd belang.

⁵¹⁴ Het betreft een enuntiatieve opsomming van omstandigheden.

⁵¹⁵ EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 69; EHRM 10 februari 2011, 30499/03 (*Dubetska e.a./Ukraine*), r.o. 105; EHRM 14 februari 2012, 31965/07 (*Hardy & Maile/VK*), r.o. 188.

⁵¹⁶ EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 69.

gevallen kunnen middels het civiele aansprakelijkheidsrecht worden afgedaan (§ 8.4.3). Ten slotte dient onder bepaalde omstandigheden een ‘regulatory framework’ in het leven te worden geroepen (§ 8.4.4).

8.3.2 Strafbaarstelling

Uit artikel 8 EVRM wordt onder omstandigheden een positieve verplichting tot effectieve strafrechtelijke bescherming afgeleid. Het strafrecht wordt allereerst als panacee gezien in situaties waarin ‘fundamental values and essential aspects of private life’ op het spel staan.⁵¹⁷ Daarvan is zonder meer sprake bij verkrachting⁵¹⁸ en seksueel misbruik van kinderen en andere kwetsbare personen.⁵¹⁹ Een voorbeeld van een zaak waarin het om verkrachting gaat, is de zaak *M.C./Bulgarije*. In deze zaak overwoog het EHRM dat de artikelen 3 en 8 EVRM staten ertoe verplichten om elke niet-consensuele seksuele daad strafbaar te stellen, ook wanneer het slachtoffer geen fysieke tegenstand heeft geboden.⁵²⁰ Het gaat immers, net zoals bij seksueel misbruik van kinderen en andere kwetsbare personen, om de fysieke en morele integriteit van burgers en er staan ‘fundamental values and essential aspects of private life’ op het spel.⁵²¹

Ook zaken die weliswaar niet zo ernstig zijn als de hiervoor beschreven zaken, maar wel binnen de sfeer van artikel 8 EVRM vallen en een bedreiging voor ‘the physical and mental welfare’ van een minderjarige of andere kwetsbare persoon vormen, dienen via het strafrecht te worden afgedaan.⁵²² Een voorbeeld van een zaak waarin het ging om een bedreiging van het lichamelijk en geestelijk welzijn van een minderjarige, is *K.U./Finland*. Deze zaak betrof iemand die op een datingsite de identiteit had aangenomen van een twaalfjarige jongen en onder zijn naam een seksadvertentie had geplaatst. De advertentie vermeldde zijn leeftijd en geboortjaar, gaf een gedetailleerde beschrijving van zijn uiterlijke kenmerken, een link naar zijn webpagina waarop zijn foto stond, evenals zijn telefoonnummer, dat op één cijfer na correct bleek te zijn. In de advertentie werd beweerd dat hij op zoek was naar een intieme relatie met een jongen van zijn leeftijd of ouder ‘to show him the way’. De jongen in kwestie kwam daar achter toen een onbekende man via een e-mail op de advertentie reageerde.

Het EHRM oordeelt dat deze zaak niet als ‘trivial’ kan worden beschouwd, omdat het gaat om een strafbaar feit met betrekking tot een minderjarige, die daardoor een doelwit voor pedofielen werd.⁵²³ Vervolgens overweegt het EHRM dat staten op grond van artikel 8 EVRM een positieve verplichting hebben ‘to criminalise offences against the person’. Waar ‘the physical and mental welfare’ van een kind op het spel staat ‘such injunction assumes even greater importance’. Bij seksueel misbruik gaat het naar het oordeel van het EHRM om ‘unquestionably an abhorrent type of wrongdoing, with debilitating effects on its victims’. Kinderen en andere kwetsbare personen hebben het recht op ‘effective deterrence, from such grave types of interference with essential aspects of their private lives’.⁵²⁴ Strafbaarstelling is met andere woorden vereist indien het om een sterke inbreuk op het

⁵¹⁷ EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 27.

⁵¹⁸ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 153.

⁵¹⁹ EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 27; EHRM 22 oktober 1996, 22083/93, 22095/93 (*Stubbings e.a./VK*), r.o. 64; EHRM 27 september 2011, 29032/04 (*M. & C./Roemenië*), r.o. 111.

⁵²⁰ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 166 en 185.

⁵²¹ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 150.

⁵²² EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 84.

⁵²³ EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 45.

⁵²⁴ EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 46.

privéleven gaat. Wanneer het daarbij, net zoals in het onderhavige geval, om een kwetsbaar persoon gaat, wordt deze verplichting nog eerder aangenomen.

De hiervoor beschreven gedragingen waren destijds strafbaar in Finland. Zij konden naar nationaal recht als ‘malicious misrepresentation’ worden aangemerkt. Met deze strafbaarstelling neemt het EHRM genoegen.⁵²⁵ De beoordeling van het EHRM is streng op de strafbaarstelling, maar niet op de inhoud daarvan.

Geweld waardoor het slachtoffer lichamelijk letsel heeft bekomen, kan eveneens een inbreuk maken op de ‘fundamental values and essential aspects of private life’.⁵²⁶ In de zaak *Janković/Kroatië* gaat het om een vrouw die door een rechterlijke beslissing voor elkaar heeft gekregen dat ze een flat mag betrekken. De naleving van deze beslissing wordt afgedwongen met de hulp van gerechtsdienaren. De dag nadat klaagster de flat heeft betrokken, wachten drie individuen haar bij de flat op. Zij wordt onder meer geschopt en van de trap gegooid. Het drietal dreigt haar ook te vermoorden als ze terugkomt. Het EHRM overweegt dat ‘acts of violence such as those alleged by the applicant require the States to adopt adequate positive measures in the sphere of criminal-law protection’.⁵²⁷ Hier wordt een afwijkende formulering gehanteerd. Dat kan worden verklaard uit de ‘margin of appreciation’ die de Staat wordt gegund ten aanzien van de vervolging. De verdragsstaat heeft de vrijheid om een keuze te maken tussen de rechtsfiguur van de vervolging ‘ex officio’ of de private vervolging.⁵²⁸

Ook wanneer andere aspecten van het privéleven dan de lichamelijke en geestelijke integriteit van een persoon zijn geschonden, kan sprake zijn van ‘fundamental values and essential aspects of private life’. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in *Ageyevy/Rusland*. Het gaat hier om ‘aspects relating to personal identity, such as a person’s name, photo, or physical and moral integrity’. Klagers hebben twee kleine kinderen geadopteerd. Deskundigen zijn heel positief over hun verzorging en welzijn. Op een zeker moment valt het zoontje echter van de trap nadat hij kokend water heeft geknoeid. Als gevolg daarvan raakt hij gewond. In het ziekenhuis denkt men dat sprake is van mishandeling. Daarop wordt een heel proces in gang gezet, waarbij de kinderen eerst uit huis worden geplaatst, de adoptie (definitief) ongedaan wordt gemaakt en de ouders een omgangsverbod opgelegd wordt. Ziekenhuispersoneel bezorgt journalisten bovendien informatie over de zaak. Ook wordt hen de mogelijkheid verschaft om het jongetje te interviewen en te fotograferen terwijl hij in het ziekenhuis verblijft. Kort daarop verschijnen in verschillende nationale media sensatiebeluste stukken over de zaak en de familie, die hun grote schade berokkenen. Het zonder toestemming prijsgeven van informatie aan journalisten betreffende de adoptiestatus van het jongetje moet naar het oordeel van het EHRM strafbaar zijn gesteld.⁵²⁹ Hieruit volgt dat een inbreuk op de informationele privacy onder bepaalde omstandigheden strafrechtelijk moet worden afgedaan. Alleen dan kan sprake zijn van een effectieve rechtsbescherming.

8.3.3 Civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem

⁵²⁵ Er wordt een schending van artikel 8 EVRM aangenomen omdat er sprake was van een ongerechtvaardigd obstakel die aan de effectiviteit van het strafrechtelijke onderzoek afbreuk deed. Er werd te veel gewicht toegekend aan de vertrouwelijkheid van gegevens. Zie daarover meer uitgebreid hoofdstuk 4, § 5.4.2.

⁵²⁶ EHRM 5 maart 2009, 38478/05 (*Janković/Kroatië*), r.o. 47. Vgl. ook EHRM 11 december 2012, 29525/10 (*Remetin/Kroatië*), r.o. 91; EHRM 1 juli 2014, 41694/07 (*Isaković Vidović/Servië*), r.o. 61.

⁵²⁷ EHRM 5 maart 2009, 38478/05 (*Janković/Kroatië*), r.o. 47.

⁵²⁸ Zie daarover hoofdstuk 4, § 6.2.3.

⁵²⁹ EHRM 18 april 2013, 7075/10 (*Ageyevy/Rusland*), r.o. 196.

Waar geen ‘fundamental values and essential aspects of private life’ op het spel staan, kan civielrechtelijke aansprakelijkheid volstaan. Een civielrechtelijke actie is allereerst voldoende wanneer het om minder ernstige gedragingen gaat die wel nog in de sfeer van artikel 8 EVRM vallen en die mogelijk de geestelijke integriteit van het individu schenden.⁵³⁰ Daarvan is sprake in *Söderman/Zweden*. In deze zaak gaat het om een stiefvader die zijn minderjarige stiefdochter heimelijk in de badkamer zou hebben gefilmd, terwijl zij zich uitkleedde. Toen zij dit ontdekte, is de film meteen vernietigd. In eerste aanleg wordt de stiefvader veroordeeld ter zake van ‘sexual molestation’. In hoger beroep wordt hij hier echter van vrijgesproken. Voor ‘sexual molestation’ is vereist dat het slachtoffer kennis heeft van het filmen en daarvoor geen toestemming heeft gegeven. Het opzet van de dader dient bovendien op deze omstandigheden te zijn betrokken. De beroepsrechter is van oordeel dat het opzet van de stiefvader er niet op was gericht dat Söderman te weten zou komen van de opname. Daarnaast wordt door de beroepsrechter overwogen dat de gedraging van de verdachte mogelijk neer zou komen op (poging tot) het vervaardigen van kinderpornografie, maar dat dit feit niet tenlastegelegd is. De Zweedse Hoge Raad verklaart het cassatieberoep niet-ontvankelijk.

Söderman klaagt bij het EHRM over schending van de artikelen 8 en 13 EVRM. De Zweedse Staat heeft volgens haar verzuimd te voldoen aan de positieve verplichting om te voorzien in remedies tegen de schending van haar persoonlijke integriteit door haar stiefvader. Daarop overweegt het EHRM dat Zweden zorgt dient te dragen voor een ‘an acceptable level of protection’.⁵³¹ Een belangrijke volgende vraag is of daarbij in dit geval het strafrecht onmisbaar was. Het EHRM overweegt dat het heimelijk filmen inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke integriteit van klaagster. Daarbij vestigt het hof de aandacht op het feit dat zij minderjarig was, dat zij zich thuis bevond waar zij zich veilig kon wanen en dat de dader haar stiefvader was, iemand die zij zou moeten kunnen vertrouwen. Het heimelijk filmen ‘affected the applicant in highly intimate aspects of her private life’.⁵³² Aan de andere kant was geen sprake van ‘physical violence, abuse or contact’.⁵³³ In die zin is sprake van minder ernstige gedragingen. Het hof is van oordeel dat het strafrecht in dat geval ‘not necessarily the only way [is] that the respondent State could fulfil its obligations under Article 8 of the Convention’.⁵³⁴ Hier markeert het EHRM de verhouding tussen het strafrecht en het privaatrecht. In gevallen zoals de onderhavige kan worden teruggevallen op het privaatrecht.

In dit geval waren de mogelijkheden om schadevergoeding te krijgen voor klaagster echter beperkt.⁵³⁵ Het slachtoffer had een civiele vordering ingesteld die is gevoegd in het strafproces. Waar in eerste aanleg een schadevergoeding werd toegekend, werd de vordering in hoger beroep in verband met de vrijspraak afgewezen. Deze uitspraak was op grond van het Zweedse recht bovendien bindend voor de civiele rechter. Niettemin betoogde de Staat dat verzoekster zich in de strafprocedure op andere gronden had kunnen beroepen. Zij had kunnen betogen dat ‘he had caused her personal injury by acting negligently under Chapter 2, section 1, of the Tort Liability Act’. In dit verband moet echter worden bedacht dat de stiefvader van de aanvrager op geen enkel moment tijdens het onderzoek of de strafprocedure beweerde dat hij de camera per ongeluk in de opnamemodus in de wasmand in de badkamer had achtergelaten. Integendeel, hij erkende dat het een opzettelijke daad was geweest. Naar het oordeel van het Gerecht kon van verzoeker en haar raadsman derhalve niet worden verwacht dat zij

⁵³⁰ Vgl. EHRM 15 december 2015, 38435/13 (*B.V. e.a./Kroatië*), r.o. 154.

⁵³¹ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 91.

⁵³² EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 86.

⁵³³ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 86.

⁵³⁴ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 108.

⁵³⁵ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 108-114.

zich op nalatigheid zouden beroepen alleen om te waarborgen dat haar vordering zou worden behandeld. Het EHRM is er niet van overtuigd dat verzoekster in deze specifieke situatie waarin de betrokken handeling juridisch niet onder de bepaling inzake ‘sexual molestation’ viel en waar geheime opnames in het algemeen geen misdrijf vormden, een civiel rechtsmiddel beschikbaar was. Door niet te voorzien in effectieve rechtsbescherming heeft Zweden naar het oordeel van het EHRM in strijd met artikel 8 EVRM gehandeld.⁵³⁶

Civielrechtelijke aansprakelijkheid kan eveneens volstaan waar sprake is van pure ‘negligence’. Wat betreft medische nalatigheid heeft het EHRM aansluiting gezocht bij het regime dat op grond van artikel 2 EVRM in *Calvelli & Ciglio/Italië* is uiteengezet. Dat betekent dat ‘in the specific sphere of medical negligence, access to proceedings for “civil” liability are sufficient in principle’.⁵³⁷ Tuchtmaatregelen kunnen ook worden overwogen. In de zaak *Trocellier/Frankrijk*, waarin een vrouw na een baarmoederverwijdering ineens blijvend verlamd bleek te zijn aan haar linkerbeen, was geen sprake van een schending van artikel 8 EVRM. De reden daarvoor was dat voldoende civielrechtelijke mogelijkheden voorhanden waren om schade als gevolg van letsel vergoed te krijgen. Klaagster had toegang tot ‘proceedings to establish whether the medical team which performed the operation was liable and enabling her, if appropriate, to obtain compensation for personal injury’.⁵³⁸ Bovendien kon een procedure tegen de Staat worden gevoerd omdat het een ‘public hospital service’ betrof.

Uit de hiervoor beschreven zaken volgt dat wanneer het om minder sterke inbreuken op artikel 8 EVRM gaat, civielrechtelijke aansprakelijkheid kan volstaan. Van een minder sterke inbreuk was in de zaak *Söderman/Zweden* sprake omdat er, anders dan in de in paragraaf 8.3.2 beschreven zaken, geen sprake was van seksueel misbruik of fysiek geweld. Andere voorbeelden van minder ernstige inbreuken op artikel 8 EVRM zijn het binnenkomen in de kleedkamer van kinderen door een sportleraar⁵³⁹ en een voortdurend en langdurig conflict tussen burens (zonder fysiek letsel).⁵⁴⁰ In *Trocellier/Frankrijk* betrof het een niet-opzettelijk inbreuk op het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit. Ook dan behoeft het strafrecht niet te worden ingezet. Naast medische nalatigheid kan worden gedacht aan nalatigheid aan de zijde van de overheid, bijvoorbeeld omdat onvoldoende feitelijke maatregelen zijn genomen.⁵⁴¹

8.3.4 Specifieke wettelijke (en bestuurlijke) kaders

8.3.4.1 Introductie

In de hierna te bespreken contexten verlangt het EHRM dat er een specifiek wettelijk (en bestuurlijk) kader voorhanden is.⁵⁴² In andere situaties wordt de verplichting niet uitdrukkelijk geformuleerd, maar is het bestaan van regelgeving een factor waaraan een aanzienlijk gewicht toekomt in de ‘fair balance’-test. In het hiernavolgende zal op beide verschijningsvormen worden ingegaan. Eerst komt in paragraaf 8.3.4.2 het wettelijk (en bestuurlijk) kader aan de orde dat wordt verlangd voor activiteiten die een

⁵³⁶ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 117.

⁵³⁷ EHRM 5 oktober 2006, 75725/01 (*Trocellier/Frankrijk*). Zie bijvoorbeeld ook EHRM 2 juni 2009, 31675/04 (*Codarcea/Roemenië*), r.o. 102; EHRM 6 juni 2017 (*Erdinç Kurt e.a./Turkije*), r.o. 51.

⁵³⁸ EHRM 5 oktober 2006, 75725/01 (*Trocellier/Frankrijk*).

⁵³⁹ EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 155-158.

⁵⁴⁰ EHRM 15 december 2015, 38435/13 (*B.V. e.a./Kroatië*), r.o. 154-162; EHRM 13 september 2016, 25163/08, 2681/10 en 71872/13 (*Noveski e.a./Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), r.o. 64-69.

⁵⁴¹ EHRM 26 juli 2011, 9718/03 (*Georgel & Georgeta Stoicescu/Roemenië*), r.o. 52.

⁵⁴² Zie hierover ook Sanderink 2015, p. 66-110.

bedreiging voor de fysieke integriteit vormen. Vervolgens wordt ingegaan op de verplichting om een wettelijk kader ter bescherming tegen huiselijk geweld (§ 8.3.4.3) en een toezichtskader voor psychiatrische instelling (§ 8.3.4.4) in het leven te roepen. Daarna wordt beschreven in welke gevallen regelgeving als factor in de ‘fair balance’-test wordt meegenomen (§ 8.3.4.5). Ten slotte wordt in paragraaf 8.3.4.6 kort ingegaan op de verplichting om handhavend optreden. Wanneer niet handhavend zou worden opgetreden, heeft de regelgeving ter bescherming van de door artikel 8 EVRM beschermde belangen weinig nut.

8.3.4.2 Kader voor activiteiten die een bedreiging voor de fysieke integriteit vormen

Waar het om risicovolle activiteiten gaat die niet meteen de dood ten gevolg (kunnen) hebben, maar wel ernstige gezondheidseffecten met zich (kunnen) brengen, wordt door het EHRM aansluiting gezocht bij de eigen vaste rechtspraak op grond van artikel 2 EVRM. Uit deze rechtspraak volgt dat regelgeving met betrekking tot dergelijke activiteiten voldoende dient te zijn toegesneden op de bijzondere kenmerken van de activiteiten in kwestie, in het bijzonder voor wat betreft de risico's die daaruit kunnen voortvloeien. Een wettelijk en bestuurlijk kader dient regelgeving met betrekking tot de vergunningverlening voor, de start van, de werking van, de veiligheid van en het toezicht op de activiteiten te bevatten. Ook moeten de relevante actoren worden verplicht om (feitelijke) maatregelen te nemen ter bescherming van burgers wiens door artikel 8 EVRM beschermde rechten bedreigd worden.⁵⁴³ Dit zal veelal een verplichting met zich brengen om de industrie te reguleren. In *Vilnes e.a./Noorwegen* had de (verdrags)staat bijvoorbeeld stappen moeten ondernemen om te waarborgen dat de duikers van hun werkgever daadwerkelijk informatie kregen over de risico's die zij liepen tijdens hun werkzaamheden.⁵⁴⁴

Ook op andere terreinen wordt een wettelijk en bestuurlijk kader verlangd. Zo dient bijvoorbeeld een ‘legislative and administrative framework’ in het leven te worden geroepen ter bescherming van de fysieke integriteit van patiënten.⁵⁴⁵

8.3.4.3 Wettelijk kader ter bescherming tegen huiselijk geweld

Door het EHRM wordt eveneens een specifiek en op de context toegesneden wettelijk kader verlangd ter bescherming van individuen tegen huiselijk geweld. Het gaat hier om effectieve maatregelen ter bescherming van slachtoffers, bijvoorbeeld via een contactverbod.⁵⁴⁶ Daarvan was bijvoorbeeld geen sprake in *Kalucza/Hongarije*. Het EHRM achtte het onaanvaardbaar dat het feit dat beide partijen een aandeel hadden in de vechtpartijen voor de Rechtbank in Boedapest een reden was om geen contactverbod op te leggen. Het EHRM is van oordeel dat in het geval van ‘mutually violent parties’ een contactverbod aan beide partijen moet (kunnen) worden opgelegd.⁵⁴⁷

⁵⁴³ EHRM 27 januari 2009, 67021/01 (*Tătar/Roemenië*), r.o. 88 onder verwijzing naar EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 129-132 en EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkije*), r.o. 90. Vgl. ook EHRM 10 januari 2012, 30765/08 (*di Sarno e.a./Italië*), r.o. 106.

⁵⁴⁴ Gijsselaar & De Jong 2016, p. 41 onder verwijzing naar EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10 (*Vilnes e.a./Noorwegen*), r.o. 242-244.

⁵⁴⁵ EHRM 5 oktober 2006, 75725/01 (*Trocellier/Frankrijk*).

⁵⁴⁶ EHRM 24 april 2012, 57693/10 (*Kalucza/Hongarije*), r.o. 59.

⁵⁴⁷ EHRM 24 april 2012, 57693/10 (*Kalucza/Hongarije*), r.o. 65 en 66.

8.3.4.4 Toezichtskader voor psychiatrische instellingen

In de reeds in paragraaf 7.2 beschreven zaak *Storck/Duitsland* werd niet alleen op grond van artikel 5 EVRM, maar ook ex artikel 8 EVRM, een positieve verplichting geformuleerd om specifieke regulering in het leven te roepen om personen die in een psychiatrische instelling verblijven, te beschermen. In deze zaak gaat het om een gedwongen opname in een privékliniek. Klaagster had nooit een verklaring ondertekend waaruit bleek dat zij instemde met plaatsing en evenmin was een rechterlijke machtiging afgegeven. Het EHRM overweegt dat ‘on account of its obligation to secure to its citizens their right to physical and moral integrity, the State remained under a duty to exercise supervision and control over private psychiatric institutions’.⁵⁴⁸ Zoals in paragraaf 7.3.4 is beschreven, kan daarbij niet worden volstaan met een vergunningsvereiste. Er dient ook een controle- of toezichtsmechanisme in het leven te zijn geroepen.

8.3.4.5 Regelgeving als factor in de ‘fair balance’-test

In zaken waarin sprake is van minder ernstige inbreuken op het privéleven en/of andere specifieke rechten, zoals het recht op respect voor de woning, hanteert het EHRM de in paragraaf 3.5.2 beschreven ‘fair balance’-test. Het lijkt hier meer om feitelijke dan juridische vragen te gaan. Het betreft bovendien veelal netelige kwesties waarover internationaal geen consensus bestaat en die verweven zijn met allerlei overwegingen van politieke aard. Het EHRM houdt zich daar zo veel mogelijk buiten en zal alleen ingrijpen wanneer op nationaal niveau geen zorgvuldige afweging is gemaakt. De rechtspraak is dan ook erg casuïstisch.

Een ‘fair balance’-test wordt bijvoorbeeld in zaken onder artikel 8 EVRM over (milieu)vervuiling en/of overlast uitgevoerd. Het Hof maakt dan een belangenafweging tussen enerzijds het belang van klager(s) om zoveel mogelijk te worden behoed voor de gevolgen van hinderlijke/belastende activiteiten voor het milieu en de omgeving, en anderzijds het economische en maatschappelijke belang dat gediend wordt met de desbetreffende activiteit. Het bestaan van regelgeving is een factor waaraan een aanzienlijk gewicht toekomt in deze test. Aangezien het vaak moeilijk is de sociale en technische aspecten van milieukwesties vast te stellen, zijn de betrokken overheden naar het oordeel van het hof in een betere positie om te bepalen welke aanpak de beste is.⁵⁴⁹ De Staat heeft bij de afweging dan ook een ruime beoordelingsvrijheid.⁵⁵⁰ Het EHRM zal in het algemeen niet snel ingrijpen.

Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM de wet- en regelgeving beoordeelt, maar geen schending vaststelt, is *Zammit Maempel/Malta*. In deze zaak werd geklaagd over het tijdens dorpsfeesten afsteken van vuurwerk in de buurt van de woning van klagers. Het hof overwoog onder andere dat de Staat ‘was not oblivious to the dangers inherent in the fireworks tradition, and had provided for a certain degree of protection’.⁵⁵¹ Daarbij is in de ogen van het EHRM van belang dat voor

⁵⁴⁸ EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck/Duitsland*), r.o. 150.

⁵⁴⁹ Vgl. EHRM 21 februari 1990, 9310/81 (*Powell & Rayner/VK*), r.o. 44.

⁵⁵⁰ EHRM 8 juli 2003, 36022/97 (*Hatton e.a./VK*), r.o. 86. Vgl. ook Harris e.a. 2018, p. 562 en de annotatie van T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik bij EHRM 2 november 2006, 59909/00, AB 2008/23 (*Giacomelli/Italië*).

⁵⁵¹ EHRM 22 november 2011, 24202/10 (*Zammit Maempel/Malta*), r.o. 69.

het afsteken van vuurwerk een vergunning was vereist. Ook bevatte het wettelijk kader voorschriften voor het vervoer, het uitladen en het afsteken van vuurwerk.⁵⁵²

In *Jugheli e.a./Georgië* gaat het om bewoners van een wooncomplex dat pal naast een elektriciteitscentrale staat. De centrale is extreem vervuilend en levert veel overlast en gezondheidsschade op. De autoriteiten zijn zich al lange tijd bewust van de problemen, maar desalniettemin bestaat er geen enkel regulerend raamwerk.⁵⁵³ De situatie wordt verder verergerd door de passieve houding van de Staat ‘in the face of the resultant air pollution emanating from the plant, despite acknowledging the ecological discomfort suffered by the population affected on several occasions’. Gelet hierop is naar het oordeel van het EHRM onvoldoende gedaan om een ‘fair balance’ te vinden tussen de belangen van de klagers en die van de samenleving ‘in having an operational thermal power plant’. Ook kan in dit geval niet worden gesproken van ‘due diligence’.⁵⁵⁴ Het EHRM is dan ook genoodzaakt erop te wijzen dat er op nationaal niveau geen redelijke beslissing is genomen. Het hof stelt een schending vast.

8.3.4.6 Handhavend optreden

De regelgeving die is ingevoerd om de door artikel 8 EVRM beschermde belangen te waarborgen, is alleen effectief wanneer deze (in beginsel) ook wordt gehandhaafd.⁵⁵⁵ Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM een overweging wijdt aan (repressief) optreden tegen een geconstateerde overtreding is *Moreno Gómez/Spanje*. Klaagster in deze zaak ondervond ernstige geluidshinder gedurende de nacht. Deze werd veroorzaakt door het drukke nachtleven in en rondom discotheken en cafés. De lokale autoriteiten hadden weliswaar geluidsvoorschriften (onder andere maximale geluidswaarden en sancties bij overtreding daarvan) opgesteld, maar deze werden niet gehandhaafd. Het EHRM overweegt dat er een positieve verplichting bestaat ‘to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants’ rights under paragraph 1 of Article 8’.⁵⁵⁶ Het voorschrijven van regels ter bescherming van rechten van burgers heeft daarbij naar het oordeel van het hof weinig zin als de overheid deze regels niet handhaaft. Dan zou de bescherming slechts illusoir zijn:

“Regulations to protect guaranteed rights serve little purpose if they are not duly enforced and the Court must reiterate that the Convention is intended to protect effective rights, not illusory ones.”⁵⁵⁷

De bepalingen moeten praktische en effectieve bescherming bieden.⁵⁵⁸

⁵⁵² EHRM 22 november 2011, 24202/10 (*Zammit Maempel/Malta*), r.o. 69.

⁵⁵³ Het EHRM verwijst hier naar het wettelijk kader dat in het geval van ‘dangerous activities’ in het leven geroepen dient te worden. Zie EHRM 13 juli 2017, 38342/05 (*Jugheli e.a./Georgië*), r.o. 75.

⁵⁵⁴ EHRM 13 juli 2017, 38342/05 (*Jugheli e.a./Georgië*), r.o. 75-78. Zie ook EHRM 24 januari 2019, 54414/13, 54264/15 (*Cordella e.a./Italië*), r.o. 161 e.v. In deze zaak gaat het over luchtvervuiling en gezondheidsrisico’s door een staalfabriek. Het Hof merkt in deze zaak op dat de milieudecreten uit 2012 niet zijn geïmplementeerd en het milieuplan uit 2014 is uitgesteld naar 2023. Dit heeft ook tot inbreukprocedures wegens het niet naleven van de Richtlijn 2008/1/EG inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging geleid.

⁵⁵⁵ Zie over handhaving in de rechtspraak van het EHRM ook Sanderink 2015, p. 245-258.

⁵⁵⁶ EHRM 16 november 2004, 4143/02 (*Moreno Gómez/Spanje*), r.o. 55.

⁵⁵⁷ EHRM 16 november 2004, 4143/02 (*Moreno Gómez/Spanje*), r.o. 61. Zie voor dergelijke overwegingen ook EHRM 20 mei 2010, 61260/08 (*Oluić/Kroatië*), r.o. 63 e.v.

⁵⁵⁸ Zie hierover hoofdstuk 2, § 2.7.

Naast repressief optreden, laat het EHRM zich ook uit over preventief optreden (controleren op het naleven van de regels, met als doel ongewenste situaties op te sporen). In *Mileva e.a./Bulgarije* wordt bijvoorbeeld overwogen dat door de autoriteiten onvoldoende is gedaan ‘to exercise their powers (...) to check the nuisances’.⁵⁵⁹ Naar aanleiding van de klachten had dus ter plekke toezicht moeten worden gehouden. Het betreft hier preventief optreden (controleren op het naleven van de regels, met als doel ongewenste situaties op te sporen).

In de hiervoor beschreven zaken gaat het telkens om burgers die legaal op een bepaalde plek wonen. Waar het illegale bewoning betreft, zullen de kaarten in bepaalde gevallen anders geschud worden. Zo kwam het EHRM in *Martínez Martínez & Pino Manzano/Spanje* niet tot een schending van artikel 8 EVRM omdat klagers er zelf voor hadden gekozen om zich in strijd met het nationale recht nabij een steengroeve te vestigen. Er was dus sprake van risicoaanvaarding. De geluidsoverlast die de steengroeve met zich bracht, moesten klagers als gevolg hiervan naar het oordeel van het EHRM voor lief nemen.⁵⁶⁰ Bij dit oordeel speelt ongetwijfeld een rol dat de autoriteiten de bewoning van het industriegebied herhaaldelijk hadden afgekeurd. Bovendien beschikten de klagers in kwestie over een keuzemogelijkheid. Zij hoefden zich niet op de desbetreffende locatie te vestigen. Ook is van belang dat zij ten tijde van het vestigen op de hoogte waren van de situatie waarover geklaagd wordt. In die zin wijken de omstandigheden van het geval sterk af van de situatie in *Öneryıldız/Turkije*, waarin in geval van illegale bewoning (maar op grond van artikel 2 EVRM) wel een schending werd aangenomen.⁵⁶¹ In deze laatste (zeer ernstige) zaak was sprake van een gedoogsituatie en waren voor klagers in feite geen alternatieven voorhanden.⁵⁶²

Uit de beschreven uitspraken kan worden afgeleid dat de beleidsvrijheid ten aanzien van het niet handhaven van op nationaal niveau opgestelde regels in beginsel klein is. Slechts in uitzonderlijke gevallen (van risicoaanvaarding) wordt geen schending van artikel 8 EVRM aangenomen. Er is wel een keuzevrijheid van het soort handhaving dat kan plaatsvinden.

8.4 Feitelijke maatregelen

8.4.1 Introductie

Naast de verplichtingen tot het uitvoeren van wet- en regelgeving geldt op grond van artikel 8 EVRM een verplichting om in een concreet geval feitelijke maatregelen te nemen.⁵⁶³ In verschillende contexten geldt qua feitelijke⁵⁶⁴ maatregelen hetzelfde regime als bij artikel 2 en 3 EVRM, het eerste spoor. Hier is het *Osman*-criterium van toepassing.⁵⁶⁵ In paragraaf 8.4.2 wordt een overzicht gegeven van verschillende gevallen die in de rechtspraak van het EHRM zijn terug te vinden. In paragraaf 8.4.3 wordt ingegaan op een specifieke benadering van het EHRM: de verplichting om feitelijke maatregelen

⁵⁵⁹ EHRM 25 november 2010, 43449/02, 21475/04 (*Mileva e.a./Bulgarije*), r.o. 99.

⁵⁶⁰ EHRM 3 juli 2012, 61654/08, *EHRC* 2012, 206 (*Martínez Martínez & Pino Manzano/Spanje*) m.nt. A.E.M. Leijten, r.o. 46-50.

⁵⁶¹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*). Zie over deze zaak meer uitgebreid paragraaf 4.3.2.3.

⁵⁶² Vgl. de annotatie van A.E.M. Leijten bij EHRM 3 juli 2012, 61654/08, *EHRC* 2012, 206 (*Martínez Martínez & Pino Manzano/Spanje*), r.o. 46-50.

⁵⁶³ Zie hierover ook Sanderink 2015, p. 123-195.

⁵⁶⁴ Het EHRM maakt hier gebruik van verschillende termen (‘practical’, ‘preventive’, ‘operational’).

⁵⁶⁵ De reikwijdte van de positieve verplichtingen op grond van artikel 2 ‘largely overlaps’ met die op grond van artikel 8 EVRM. Zie EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 85.

te nemen ter bescherming van de samenleving als geheel. Omdat er een grote overlap is met de rechtspraak op grond van artikel 2 en 3 EVRM zal geen afzonderlijke beschrijving worden gegeven van de te nemen maatregelen (zie § 4.4.3 en 5.4.3).

Bij de invulling van de positieve verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, is evenals bij het wettelijk (en bestuurlijk) kader een tweede spoor te onderscheiden. Dit spoor is aan de orde bij gevallen van (milieu)vervuiling en/of overlast. De positieve verplichting tot het nemen van feitelijke maatregelen wordt hier via een ‘fair balance’-test vastgesteld. De Staat komt in dat geval een ruime beoordelings- en beleidsvrijheid (‘margin of appreciation’) toe. Het Hof concludeert dan ook minder snel dat de (verdrags)staat een positieve verplichting heeft geschonden. Dit tweede spoor wordt afzonderlijk in paragraaf 8.4.5 uitgewerkt.

8.4.2 De invulling van het Osman-criterium in de rechtspraak

8.4.2.1 Bescherming van kinderen en andere kwetsbaren tegen criminele gedragingen

In veel zaken waarin het *Osman*-criterium wordt toegepast, gaat het om de bescherming van kinderen en andere kwetsbare personen.⁵⁶⁶ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de bescherming tegen huiselijk geweld. Zo is het criterium bijvoorbeeld toegepast in de zaak *Hajduová/Slowakije*. Klaagster in deze zaak werd diverse malen zowel verbaal als fysiek aangevallen door haar (inmiddels voormalige) echtgenoot (A.). Zij liep daarbij lichte verwondingen op. Omdat klagster voor haar leven en veiligheid vreesde, besloot zij samen met haar kinderen het gezamenlijke huis te verlaten. Tegen A. werd vervolging ingesteld. In de aanklacht stond dat A. in het verleden vier keer eerder was veroordeeld, waaronder twee keer in de afgelopen tien jaar voor schending van rechterlijke bevelen. In de loop van de strafprocedure stelden deskundigen vast dat A. leed aan een ernstige persoonlijkheidsstoornis. Behandeling in een psychiatrisch ziekenhuis werd aanbevolen. In januari 2002 werd A. door de rechtbank veroordeeld. Hij kreeg geen gevangenisstraf opgelegd; in plaats daarvan oordeelde de rechtbank dat A. moest worden opgenomen voor een psychiatrische behandeling. A. werd vrijgelaten uit voorlopige hechtenis en vervoerd naar een ziekenhuis. In het ziekenhuis werd de vereiste behandeling echter niet uitgevoerd. Na zijn vrijlating bedreigde A. (wederom) Hajdová en haar advocaat. Zij deden daarvan aangifte. Ook informeerden zij de rechtbank hierover. Nadat A. Hajdová’s advocaat en een van haar medewerkers bedreigde, werd hij gearresteerd en aangeklaagd. Dit keer werd de psychiatrische behandeling wel gestart.

Het EHRM acht genoemde bedreigingen, mede gelet op de eerdere dreigementen en fysiek geweld, voldoende om een inbreuk op de psychologische integriteit en het welzijn van klagster aan te nemen.⁵⁶⁷ Het oordeelt dat staten op grond van artikel 8 EVRM de verplichting hebben ‘to take reasonable preventive measures where they knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk’.⁵⁶⁸ Gelet op een eerdere veroordeling van A., antecedenten en rechterlijke afwegingen omtrent de noodzaak van behandeling van psychische problemen, waren de autoriteiten op

⁵⁶⁶ Zie ook de eerder in paragraaf 5.4.2.2 beschreven uitspraken over de bescherming van kinderen en andere kwetsbaren tegen ‘sexual and physical abuse’. Het EHRM overweegt in deze zaken dat gelet op de schending van artikel 3 EVRM ‘no separate issue arises under Article 8 of the Convention’. Vgl. EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 77 en EHRM 26 november 2002, 33218/96 (*E. e.a./VK*), r.o. 105.

⁵⁶⁷ EHRM 30 november 2010, 2660/03 (*Hajduová/Slowakije*), r.o. 49.

⁵⁶⁸ EHRM 30 november 2010, 2660/03 (*Hajduová/Slowakije*), r.o. 50.

de hoogte ‘of the danger of future violence and threats against the applicant’.⁵⁶⁹ Desondanks lieten zij na om maatregelen te nemen.

8.4.2.2 Bescherming van (andere) burgers tegen criminele gedragingen

Het *Osman*-criterium wordt daarnaast toegepast waar het om bescherming van (andere) burgers tegen ‘criminal acts of a third party’ gaat. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in *Milićević/Montenegro*. In deze zaak heeft klager aangevoerd dat de betrokken autoriteiten hadden nagelaten de noodzakelijke maatregelen te nemen om een fysieke aanval met een ‘kitchen hammer’ (die resulteerde in hoofdletsel) op klager door een psychiatrische patiënt (X) te voorkomen. Klager werd voorafgaand aan het incident verschillende malen bedreigd door X en rapporteerde dit telefonisch aan de politie. Het EHRM stelt in deze zaak voorop dat de autoriteiten ‘reasonable preventive measures’ moeten nemen op het moment dat zij weten of hadden moeten weten van een reëel en onmiddellijk risico voor het leven of de lichamelijke integriteit van een concreet individu. Het EHRM is gelet op de volgende factoren van oordeel dat de autoriteiten op de hoogte hadden moeten zijn van het reële en dreigende risico van geweld tegen de aanvrager: a) de autoriteiten wisten dat X al langdurig psychiatrische patiënt was, eerder gewelddadig gedrag had vertoond door zijn burens aan te vallen, zijn eigen flat in brand te steken en een overstroming in het huis van een buurman te veroorzaken en altijd een mes of een soortgelijk wapen bij zich droeg, b) X had vier maanden voor de aanval op klager het psychiatrisch ziekenhuis tegen het advies van de arts verlaten, c) enkele dagen na het verlaten van het ziekenhuis heeft hij zonder enige aanleiding een ander persoon neergestoken, d) niet is gebleken dat X na deze laatste aanval medisch is onderzocht om te bekijken of hij zijn medicatie innam, wat volgens het EHRM duidt op een gebrek aan samenwerking tussen de politie en medisch hulpverleners, e) de ‘indictment’ voor de laatste aanval was opgemaakt, maar pas vier maanden later (na de aanval op klager) verwerkt, en f) de autoriteiten wisten van het dreigement richting klager aangezien klager dit bij de politie had gerapporteerd. Het EHRM concludeert – zonder te speculeren over welke maatregelen genomen hadden moeten worden – dat de autoriteiten te weinig hebben gedaan in reactie op het gedrag van X. Dat levert een schending van artikel 8 EVRM op.⁵⁷⁰

8.4.2.3 Bescherming tegen risicovolle activiteiten

Door het EHRM is ten aanzien van risicovolle activiteiten aangenomen dat de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen die het op grond van artikel 2 EVRM heeft geaccepteerd, ook geldt in de context van artikel 8 EVRM. Dat volgt onder meer uit de zaak *Kolyadenko e.a./Rusland*, waarin het om de overstroming van de nabij een stuwmeer gelegen bebouwing ging. Naast behoorlijke regelgeving met betrekking tot de bebouwing en bebouwing van het gebied hadden er naar het oordeel van het EHRM maatregelen getroffen moeten worden om te voorkomen dat bebouwing zou overstromen. Dergelijke maatregelen waren echter niet genomen. Het EHRM wijst er in dit verband op dat de autoriteiten voor de ramp konden weten dat bij het met spoed vrijlaten van water uit het stuwmeer het betreffende gebied zou (kunnen) overstromen. De autoriteiten waren daarvoor al in 1999 gewaarschuwd door het overheidsbedrijf dat het stuwmeer beheerde en door een andere overheidsinstantie. Zij hadden erop

⁵⁶⁹ EHRM 30 november 2010, 2660/03 (*Hajduová/Slowakije*), r.o. 50.

⁵⁷⁰ EHRM 6 november 2018, 27821/16 (*Milićević/Montenegro*), r.o. 59-63.

gewezen ‘that the channel of the Pionerskaya river was cluttered with debris and household waste and overgrown with small trees and bushes and that this could have grave consequences’. Het (met spoed) vrijlaten van water zou kunnen resulteren in een overstroming van bewoond gebied. Naast de waarschuwing was ook verzocht de rivier vrij te maken en te verdiepen.⁵⁷¹ Op deze verzoeken was door de autoriteiten echter niet of onvoldoende ingegaan. Door het niet voldoende vrijhouden van de rivier van obstakels en in het bijzonder het niet waarborgen van een voldoende afvoercapaciteit van de rivier zijn de levens van de bevolking langs de rivier in gevaar gebracht. Deze nalatigheid levert naar het oordeel van het EHRM niet alleen een schending op van artikel 2 EVRM, maar ook van artikel 8 EVRM. De overheid had ter bescherming van de woningen van de klagers dezelfde feitelijke maatregelen moeten treffen als die zij onder artikel 2 EVRM had moeten treffen ‘with a view to mitigating, if not preventing, the risk and consequences of flooding in the event of the urgent evacuation of water from the reservoir’.⁵⁷² Het EHRM bekritiseert niet alleen dat onvoldoende afvoercapaciteit beschikbaar was, maar ook het feit dat geen waarschuwingssysteem voorhanden was dat de bevolking waarschuwde bij het met spoed vrijlaten van grote hoeveelheden uit het stuwmeer.⁵⁷³ In dit geval spitst de aandacht zich dus vooral toe op het nemen van risicobeheersingsmaatregelen (het vrijhouden van een rivier van obstakels en het op poten zetten van een waarschuwingssysteem).⁵⁷⁴ Het hof heeft daarbij de ‘wide margin of appreciation in matters where the State is required to take positive action’ niet over het hoofd gezien.⁵⁷⁵ Beide maatregelen zouden geen onmogelijke of disproportionele last op de autoriteiten hebben gelegd.⁵⁷⁶

Uit de rechtspraak volgt dat in geval van een verregaande mate van nabijheid, zoals de situatie waarin de Staat in zijn hoedanigheid van werkgever door een werknemer wordt aangesproken, door het EHRM eerder verregaande(re) risico reducerende maatregelen worden verwacht.⁵⁷⁷ Daarbij kan gedacht worden aan het informeren van werknemers over de gevaren die met hun activiteiten gepaard gaan⁵⁷⁸ en/of het verstrekken van beschermende kleding.⁵⁷⁹

8.4.3 Bescherming van de samenleving als geheel

Onder omstandigheden geldt op grond van artikel 8 EVRM een verplichting om feitelijke maatregelen te treffen ter bescherming van de samenleving als geheel. Illustratief is de zaak *Stoicescu/Roemenië*. Klagerster in deze zaak is een 71-jarige vrouw. Zij werd voor haar woning in Boekarest aangevallen door ongeveer zeven zwerfhonden. Als gevolg van deze aanval liep klagerster een verwonding aan haar hoofd op. Ook brak zij haar linkerdijbeen. De medicatie die vervolgens werd voorgeschreven was voor klagerster onbetaalbaar. Haar gezondheid verslechterde snel. Ze begon te lijden aan geheugenverlies, kreeg last van haar schouder en dij en had moeite met lopen. Ook durfde klagerster haar woning niet meer te verlaten uit angst voor een nieuwe aanval. Uiteindelijk werd verklaard dat ze gehandicapt was

⁵⁷¹ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 15-16 en 176-177.

⁵⁷² EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 174-180 en 216.

⁵⁷³ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 181 en 185.

⁵⁷⁴ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 181 en 185.

⁵⁷⁵ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 183.

⁵⁷⁶ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 183.

⁵⁷⁷ Gijsselaar & De Jong 2016, p. 42.

⁵⁷⁸ EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 113-114.

⁵⁷⁹ EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 112.

en kreeg ze gratis toegang tot medische zorg en medicijnen.⁵⁸⁰ Klaagster wendt zich tot het EHRM. Zij stelt dat een inbreuk op artikel 8 EVRM is gemaakt. De Staat zou niet hebben voldaan aan de op hem rustende positieve verplichting om haar ‘physical and moral integrity’ te beschermen.⁵⁸¹

Het EHRM stelt klaagster in het gelijk. Het hof overweegt dat staten onder omstandigheden feitelijke maatregelen moeten nemen. Qua feitelijke maatregelen geldt hetzelfde regime als bij artikel 2 EVRM. Het zogenaamde *Osman*-criterium wordt in zijn geheel overgenomen.⁵⁸² Het EHRM komt vervolgens tot het oordeel dat in dit concrete geval de positieve verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, was veronachtzaamd. Daartoe overweegt het hof allereerst dat het zwerfhondenprobleem is uitgegroeid tot een algemeen probleem voor de volksgezondheid. Alleen al in Boekarest was sprake van ‘several thousands of persons being injured by stray dogs’.⁵⁸³ De Roemeense autoriteiten waren daarvan op de hoogte. Zij beschikten over uitgebreide informatie over de omvang van het probleem. Desondanks hebben de autoriteiten geen informatie aangeleverd over concrete maatregelen die zijn genomen om het zwerfhondenprobleem te bestrijden. Welke concrete maatregelen genomen hadden kunnen worden, volgt overigens niet uit de overwegingen van het EHRM.

Het EHRM toetst in dit concrete geval niet aan het criterium dat sprake dient te zijn van een ‘identified individual’. Dat is bijzonder omdat de samenleving niet ‘klaagt’, maar de 71-jarige vrouw. De zaak lijkt te worden ‘opgetild’ omdat het hier om een situatie gaat die binnen de invloedssfeer van de Staat wordt geacht te liggen. De zwerfhondenproblemen ‘became a public health and safety issue’, zo overweegt het Hof.⁵⁸⁴ Tegen de zwerfhonden moest de samenleving als geheel worden beschermd.

8.4.4 Feitelijke maatregelen als factor in de ‘fair balance’-test

Artikel 8 EVRM vereist dat staten ‘reasonable and appropriate measures’ nemen ter bescherming van individuen tegen ernstige milieuschade.⁵⁸⁵ Of feitelijke maatregelen zijn, genomen kan, naast het bestaan van regelgeving, een factor zijn waaraan gewicht toekomt in de tweede fase van de ‘fair balance’-test. Een voorbeeld van een dergelijk zaak is *Fadeyeva/Rusland*. Hierin ging het om gezondheidsklachten van omwonenden van een grote staalfabriek die industriële vervuiling veroorzaakte. Deze gewraakte situatie was ‘long-standing and well known’.⁵⁸⁶ Het hof stelt voorop dat op het terrein van het milieubeleid de nationale autoriteiten een ruime beslissingsvrijheid toekomt. De rol van het hof is ‘primarily a subsidiary one’.⁵⁸⁷ Het is dan ook niet de taak van het hof om vast te stellen welke maatregelen de autoriteiten hadden moeten nemen om de vervuiling terug te dringen. Wèl gaat het Hof na ‘whether the Government approached the problem with due diligence and gave consideration to all the competing interests’.⁵⁸⁸ Het Hof constateert dat de autoriteiten te weinig hebben gedaan om ernstige inbreuken op de rechten van klaagster te voorkomen. Zij hebben naar het oordeel

⁵⁸⁰ EHRM 26 juli 2011, 9718/03 (*Georgel & Georgeta Stoicescu/Roemenië*), r.o. 6-10.

⁵⁸¹ EHRM 26 juli 2011, 9718/03 (*Georgel & Georgeta Stoicescu/Roemenië*), r.o. 46.

⁵⁸² EHRM 26 juli 2011, 9718/03 (*Georgel & Georgeta Stoicescu/Roemenië*), r.o. 51.

⁵⁸³ EHRM 26 juli 2011, 9718/03 (*Georgel & Georgeta Stoicescu/Roemenië*), r.o. 58.

⁵⁸⁴ EHRM 26 juli 2011, 9718/03 (*Georgel & Georgeta Stoicescu/Roemenië*), r.o. 54. Dat niet wordt getoetst aan de eis van identificeerbaarheid is in lijn met de in paragraaf 4.4.5 aangehaalde situaties die eveneens binnen de invloedssfeer van de Staat worden geacht te liggen. Het gaat daarbij onder meer om het nemen van beslissingen over de tenuitvoerlegging bij de strafoplegging en detentiefasering.

⁵⁸⁵ EHRM 8 juli 2003, 36022/97 (*Hatton e.a./VK*), r.o. 98.

⁵⁸⁶ EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 90.

⁵⁸⁷ EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 105.

⁵⁸⁸ EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 128.

van het EHRM ten onrechte niet gezocht naar oplossingen in de vorm van het verlaten van de gevaarlijke zone. Ook hebben de autoriteiten geen effectieve maatregelen ontwikkeld en uitgevoerd om de vervuilende staalfabriek te beletten de vastgestelde milieunormen te overschrijden. Van een ‘fair balance’ tussen de economische voordelen voor de Staat en de door artikel 8 EVRM beschermde belangen van klaagster is dan ook geen sprake.⁵⁸⁹ De Staat heeft dus weliswaar een ‘extensive margin of appreciation in this sphere’⁵⁹⁰, maar dat weerhoudt het EHRM er echter niet van om ver te gaan in de toetsing van gemaakte keuzes, zo volgt (onder meer) uit de hiervoor beschreven zaak.

8.5 Het voorzorgsbeginsel in de rechtspraak van het EHRM

Er zijn omstandigheden denkbaar waarin (wetenschappelijk) onzekerheid bestaat over de precieze aard en omvang van risico’s die zich (kunnen) verwezenlijken. De vraag rijst dan of, en zo ja, onder welke omstandigheden in dat geval een positieve verplichting kan bestaan. Hier komt het voorzorgsbeginsel in beeld. In *Tătar/Roemenië* verwijst het EHRM naar dit beginsel (‘le principe de précaution’).⁵⁹¹ In deze zaak gaat het om een ernstig ongeluk in een goudmijn. Als gevolg daarvan komen er grote hoeveelheden natriumcyanide en andere gevaarlijke stoffen in de lucht, de bodem en het water. Na afloop van het ongeluk worden de activiteiten van de goudmijn voortgezet. Klagers stellen dat als gevolg van deze activiteiten een verergering van gezondheidsklachten, waaronder astma, is opgetreden en dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Voldoende onomstotelijk bewijs van gezondheidsrisico’s voor omwonenden is echter niet voorhanden. Het EHRM haalt in zijn overwegingen onder andere de verklaring van Rio, artikel 174 lid 2 EG-Verdrag (en daarop gebaseerde richtlijnen) en het gebruik van het voorzorgsbeginsel door het Hof van Justitie EU aan.⁵⁹² Een definitie van het voorzorgsbeginsel wordt echter niet gegeven.⁵⁹³ Uit de geciteerde internationale bronnen kan worden afgeleid dat op basis van dit beginsel de afwezigheid van zekerheid over het intreden van milieu- en gezondheidsschade, gelet op wetenschappelijke en technische kennis op een bepaald moment, niet kan rechtvaardigen dat een Staat nalaat effectieve en proportionele maatregelen te nemen die zijn gericht op het voorkomen van ernstige en onomkeerbare milieu- en gezondheidsschade. Door toepassing van het voorzorgsbeginsel bestaat er, ondanks het ontbreken van een direct en onmiddellijk verband tussen het continueren van de activiteiten van de goudmijn en de gezondheidsklachten van klagers, voor de overheid een verplichting om bij een reële kans dat de gezondheid en het milieu negatief worden beïnvloed, redelijkerwijs te vergen maatregelen te nemen ter bescherming van een gezond leefmilieu. Omdat er serieuze gezondheidsrisico’s aan de orde zijn, waren de autoriteiten in casu gehouden dergelijke maatregelen te nemen.⁵⁹⁴

Barkhuysen en Van Emmerik merken in hun noot onder dit arrest terecht op dat het Hof het voorzorgsbeginsel met name aanneemt om bewijsrechtelijke perikelen bij de vaststelling van een causaal verband tussen het continueren van de activiteiten van de goudmijn en de gezondheidsklachten

⁵⁸⁹ EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 133-134.

⁵⁹⁰ ECHR, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (versie 31 augustus 2019), punt 430.

⁵⁹¹ EHRM 27 januari 2009, 67021/01 (*Tătar/Roemenië*), r.o. 109.

⁵⁹² EHRM 27 januari 2009, 67021/01 (*Tătar/Roemenië*), r.o. 69-70.

⁵⁹³ EHRM 27 januari 2009, 67021/01 (*Tătar/Roemenië*), r.o. 120.

⁵⁹⁴ EHRM 27 januari 2009, 67021/01, AB 2009/285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2009, 40, m.nt. M. Peeters (*Tătar/Roemenië*). Zie ook Barkhuysen & Onrust 2010, p. 62-64.

van klagers te omzeilen.⁵⁹⁵ Het lijkt erop dat het Hof als gevolg van het ongeluk en de daaropvolgende rapportages al de overtuiging heeft dat het voortzetten van de activiteiten van de goudmijn in het algemeen serieuze milieu- en gezondheidsrisico's met zich brengt, maar dat het bewijs hiervan lastig ligt.⁵⁹⁶

8.6 Onderzoek

8.6.1 Introductie

Artikel 8 EVRM roept onder omstandigheden een onderzoeksplicht in het leven. Onderzoek is nodig om de bescherming van artikel 8 EVRM 'practical and effective' te laten zijn.⁵⁹⁷ Waar het specifiek om gedragingen van overheidsfunctionarissen gaat, is een (officieel) onderzoek in sommige gevallen de enige manier 'pour maintenir la confiance du public et prévenir toute apparence de tolérance d'actes abusifs des pouvoirs publics et prévenir toute apparence de tolérance d'actes abusifs des pouvoirs public (...) ou de collusion dans leur perpétration'.⁵⁹⁸ Het gaat hier om een afzonderlijke autonome verplichting.⁵⁹⁹

In deze paragraaf wordt beschreven welke verschijningsvormen van onderzoek kunnen worden onderscheiden (§ 8.6.2), of het bij een officieel onderzoek om een strafrechtelijk onderzoek dient te gaan (§ 8.6.3) en welke vereisten aan het onderzoek worden gesteld (§ 8.6.4). Ten slotte wordt in paragraaf 8.6.5 afzonderlijk ingegaan op de context specifieke benadering die in bepaalde situaties is voorgeschreven.

8.6.2 Verschijningsvormen

In de rechtspraak kunnen, evenals op grond van artikel 2 en 3 EVRM, twee verschijningsvormen van onderzoek worden onderscheiden: een effectief (officieel) onderzoek en onderzoek als onderdeel van een 'effectief juridisch systeem'. Een effectief (officieel) onderzoek moet worden verricht in zaken waarin (er een indicatie is dat) het strafrecht ingezet moet worden (zie hierover § 8.4.2).⁶⁰⁰ Een effectief (officieel) onderzoek moet eveneens worden ingesteld wanneer een officieel onderzoek de enige manier is om de juiste toedracht van de gang van zaken vast te stellen. Zo dient bijvoorbeeld onderzoek te worden gedaan naar de daadwerkelijke gang van zaken wanneer een melding wordt gedaan van een onrechtmatige doorzoeking van een woning.⁶⁰¹

Kenmerkend voor de tweede verschijningsvorm is dat het accent op het onderzoek als onderdeel van een 'effectief juridisch systeem' ligt. Deze lijn wordt gehanteerd wanneer de 'infringement (...) to

⁵⁹⁵ EHRM 27 januari 2009, 67021/01, AB 2009/285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Tătar/Roemenië*).

⁵⁹⁶ EHRM 27 januari 2009, 67021/01, AB 2009/285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Tătar/Roemenië*).

⁵⁹⁷ Vgl. EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 49.

⁵⁹⁸ EHRM 8 augustus 2006, 34494/97 (*H.M./Turkije*), r.o. 26.

⁵⁹⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 8 augustus 2006, 34494/97 (*H.M./Turkije*).

⁶⁰⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 46.

⁶⁰¹ EHRM 8 augustus 2006, 34494/97 (*H.M./Turkije*), r.o. 26; EHRM 13 juni 2013, 24402/07 (*Vasylchuk/Oekraïne*), r.o. 84.

physical integrity is not caused intentionally',⁶⁰² zoals in gevallen van medische nalatigheid.⁶⁰³ Het EHRM gaat in dergelijke gevallen na welke wegen open stonden en of zij zijn bewandeld.⁶⁰⁴ Het hoeft niet per se een strafrechtelijk onderzoek te zijn.

8.6.3 Officieel onderzoek: strafrechtelijk of niet?

In verschillende zaken overweegt het EHRM dat autoriteiten een effectief (officieel) onderzoek moeten verrichten 'to identify and prosecute the perpetrator'.⁶⁰⁵ Vanwege het feit dat een onderzoek 'met het oog op vervolging' geïndiceerd is, zal dat voor veel verdragsstaten neerkomen op een strafrechtelijk onderzoek (vgl. § 4.5.3).

In andere zaken is het op voorhand minder duidelijk dat het om een strafrechtelijk onderzoek gaat. Dat was bijvoorbeeld het geval in *Craxi (Nr. 2)/Italië*. Voormalig premier van Italië, Benedetto Craxi, had succes met de klacht dat zijn 'right to respect for his private life and correspondence' was geschonden. De Staat had telefoongesprekken van hem afgeluisterd, waarna in het strafdossier bevindende transcripties naar de pers waren gelekt. Het EHRM oordeelt dat de Staat ten onrechte geen onderzoek heeft ingesteld naar het uitlekken van deze informatie. Met een onderzoek kon inzicht worden verkregen in de omstandigheden waarin 'the journalists had access to the transcripts of the applicant's conversations and, if necessary, to sanction the persons responsible for the shortcomings which had occurred'.⁶⁰⁶ Gelet op de bevoegdheden die in een dergelijk zaak ingezet zouden moeten worden ('such as intercepting their communications or searching their homes or offices')⁶⁰⁷ en latere rechtspraak waarin het EHRM het heeft over 'investigation with a view to prosecuting those responsible for the leak'⁶⁰⁸ lijkt het hier om strafrechtelijk onderzoek te gaan. Het doel bepaalt het soort onderzoek en is ingegeven door de aard van de schending.

8.6.4 Vereisten aan onderzoek

8.6.4.1 Introductie

Wanneer door het EHRM een 'effectief onderzoek' wordt verlangd, wordt (meer) uitgebreid aandacht besteed aan de inhoud van de onderzoeksverplichting. Het betreft hier geen resultaats- maar een inspanningsverplichting.⁶⁰⁹ Uit de rechtspraak volgt dat voor artikel 8 EVRM dezelfde vereisten gelden als voor artikel 2 en/of 3 EVRM. Om van een effectief onderzoek te kunnen spreken, moet het onderzoek adequaat (§ 8.6.4.2), zorgvuldig en grondig (§ 8.6.4.3) worden uitgevoerd.

⁶⁰² EHRM 26 juli 2011, 9718/03 (*Georgel & Georgeta Stoicescu/Roemenië*), r.o. 52.

⁶⁰³ EHRM 15 januari 2013, 8759/05 (*Csoma/Roemenië*), r.o. 43; EHRM 23 september 2014, 24453/04 (*S.B./Roemenië*), r.o. 66.

⁶⁰⁴ EHRM 15 november 2007, 22750/02 (*Benderskiy/Oekraïne*), r.o. 61-62.

⁶⁰⁵ EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 49.

⁶⁰⁶ EHRM 17 juli 2003, 25337/94 (*Craxi (Nr. 2)/Italië*), r.o. 74-75.

⁶⁰⁷ Partly dissenting opinion of Judge V. Zagrebelsky bij EHRM 17 juli 2003, 25337/94 (*Craxi (Nr. 2)/Italië*).

⁶⁰⁸ EHRM 10 december 2007, 69698/01 (*Stoll/Zwitserland*), r.o. 143.

⁶⁰⁹ EHRM 17 januari 2017, 10851/13 (*Király & Dömötör/Hongarije*), r.o. 79.

In zaken waarin onderzoek als onderdeel van een effectief juridisch systeem aan de orde komt, gaat het EHRM enkel na welke ‘remedies’ beschikbaar waren. Ook op grond van artikel 8 EVRM ligt de nadruk in dit verband vaak op het vereiste van ‘promptness and reasonable expedition’.⁶¹⁰

8.6.4.2 Adequaat

Allereerst dient een adequaat onderzoek te worden uitgevoerd. Dat wil zeggen dat autoriteiten (met gepaste spoed)⁶¹¹ de redelijke (tot hun beschikking staande) maatregelen moeten nemen om bewijs veilig te stellen en te vergaren.⁶¹² Het onderzoek is daarbij gericht op de identificatie en vervolging van de (potentiële) daders. Het EHRM neemt in de beoordeling mee welke opsporingsmethoden en dwangmiddelen zijn toegepast om de strafrechtelijke waarheid aan de dag te laten komen en of daarbij voldoende voortvarend te werk is gegaan. Dat volgt bijvoorbeeld uit de in paragraaf 8.4.2 beschreven zaak *Ageyevy/Rusland*. In deze zaak ging het om een strafrechtelijk onderzoek naar de openbaarmaking van vertrouwelijke informatie over de adoptiestatus van een kind (vermoedens van kindermishandeling na een ongeluk). Het duurde meer dan een jaar voordat de autoriteiten op de ‘initial complaint’ van de adoptieouders reageerden. Nadat een ‘criminal proceeding’ was opgestart, werden bovendien niet alle meest in het oog springende getuigen ondervraagd. De betrokken journalisten, mediapersoneel en ‘the relevant officials’ werden met rust gelaten. Vervolgens werd de uitvoering van het onderzoek opgeschort. Alhoewel die beslissing later werd vernietigd, bleef verder onderzoek achterwege. Het EHRM concludeert dat ‘the investigation conducted by the domestic authorities so far has failed to comply with the requirements’ van artikel 8 EVRM.⁶¹³

8.6.4.3 Grondig & zorgvuldig

Naast wat er in het kader van het onderzoek is gebeurd, kijkt het EHRM er ook naar of een en ander wel grondig en zorgvuldig is uitgevoerd. Dat geldt zowel voor afzonderlijke onderzoeksactiviteiten als voor de conclusies van het onderzoek. Een voorbeeld van een zaak waarin geen sprake is van een voldoende grondig en zorgvuldige onderzoek is *Tyagunova/Rusland*. Er is in deze zaak onder andere geen ‘follow up’ gedaan van de resultaten van een leugendetectortest van een verdachte ‘which showed that the latter had “guilty knowledge” in connection with the applicant’s rape’.⁶¹⁴ Daarnaast werd het beschikbare DNA-materiaal niet geanalyseerd en werd een ‘identification parade’ achterwege gelaten, ondanks dat er potentiële verdachten in beeld waren. Dit alles is voor het EHRM aanleiding om een schending van artikel 3 en 8 EVRM aan te nemen.⁶¹⁵

8.6.5 Contextgevoelige benadering

⁶¹⁰ EHRM 23 september 2014, 24453/04 (*S.B./Roemenië*), r.o. 80. Daarnaast kan worden gedacht aan obstakels voor een effectief systeem. Wanneer bijvoorbeeld geen ‘medical expert report’ kan worden verkregen, kan naar het oordeel van het EHRM geen goede afweging worden gemaakt welk rechtsmiddel het beste kan worden aangewend. Zie (eveneens) EHRM 23 september 2014, 24453/04 (*S.B./Roemenië*), r.o. 73-75.

⁶¹¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 1 februari 2011, 19506/05 (*Ebcin/Turkije*), r.o. 52-56.

⁶¹² EHRM 24 juli 2012, 42418/10 (*D.J./Kroatië*), r.o. 103.

⁶¹³ EHRM 18 april 2013, 7075/10 (*Ageyevy/Rusland*), r.o. 197-200.

⁶¹⁴ EHRM 31 juli 2012, 19433/07 (*Tyagunova/Rusland*), r.o. 71.

⁶¹⁵ EHRM 31 juli 2012, 19433/07 (*Tyagunova/Rusland*), r.o. 71-74.

Bij de opsporing van seksueel misbruik van kinderen of anderszins kwetsbare verdachten wordt van de autoriteiten verwacht dat zij een ‘context-sensitive assessment’ hanteren (zie daarover ook § 5.5.5). Dat wil zeggen dat rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van de (complexe) context waarin de delicten zich voordoen. Een voorbeeld van een zaak waarin geen gebruik is gemaakt van een dergelijke benadering is *M. & C./Roemenië*. In deze zaak over vermeend seksueel misbruik tijdens een bezoek aan vader was onvoldoende onderzoek gedaan naar de betrouwbaarheid van de tegenstrijdige verklaringen.⁶¹⁶

8.7 Vervolgen

Wat de vervolging betreft, wordt door het EHRM gedifferentieerd tussen verschillende typen strafbare feiten. Waar het om ernstige delicten gaat, geldt hetzelfde als op grond van artikel 2 en 3 EVRM.⁶¹⁷ Naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek moet, indien gepast en (feitelijk en juridisch) mogelijk, een vervolging worden gestart tegen die verantwoordelijken die binnen het bereik van de strafwet vallen. De vervolging moet op initiatief van de verantwoordelijke autoriteiten worden opgestart (‘ex officio’). Het recht op vervolging vormt uiteraard geen absoluut recht.⁶¹⁸ Wanneer de autoriteiten concluderen dat er onvoldoende redenen zijn om aan te nemen dat de persoon de strafbare gedraging heeft gepleegd of dat onvoldoende bewijs aanwezig is voor een veroordeling, kan naar het oordeel van het EHRM van vervolging worden afgezien. Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM oordeelde dat het uitblijven van een strafvervolging aanvaardbaar was, is *Radionova/Rusland*. In deze zaak over een choreograaf die een kind zou hebben geslagen omdat hij een oefening verkeerd zou hebben uitgevoerd, kon de vervolgingsbeslissing door de beugel. Daarbij acht het Hof van belang dat deze beslissing de toets der kritiek van twee gerechtelijke instanties heeft doorstaan. Het gaat hier om met redenen omklede uitspraken die niet willekeurig of onredelijk lijken te zijn.⁶¹⁹

Wanneer het om minder ernstige vormen van ‘private violence’ gaat, heeft de verdragsstaat de vrijheid om een keuze te maken tussen de rechtsfiguur van de vervolging ‘ex officio’ of de private vervolging. Van keuzevrijheid is bijvoorbeeld sprake in *M.S./Kroatië*. De klaagster in deze zaak is geschopt en geslagen door een ander. Daardoor heeft zij blauwe plekken en bloeduitstortingen op een hand en een heup opgelopen en een blauwe plek op haar scheenbeen. Alhoewel het EHRM hier aanneemt dat dergelijke gewelddadige handelingen ‘require the States to adopt adequate positive measures in the sphere of criminal-law protection’, hoeft niet per se een vervolging ‘ex officio’ te worden gestart. Een private vervolging kan hier ook volstaan.⁶²⁰ Uiteraard moet deze dan wel effectief (kunnen) zijn.

8.8 Berechting, bestraffing en compensatie

⁶¹⁶ EHRM 27 september 2011, 29032/04 (*M. & C./Roemenië*), r.o. 116.

⁶¹⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 153; EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 46.

⁶¹⁸ EHRM 4 januari 2007, 18727/06 (*Szula/VK*); EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 83.

⁶¹⁹ EHRM 26 maart 2009, 36082/02 (*Radionova/Rusland*).

⁶²⁰ EHRM 25 april 2013, 36337/10 (*M.S./Kroatië*), r.o. 75. Zie ook EHRM 5 maart 2009, 38478/05 (*Janković/Kroatië*), r.o. 50. Zie hierover hoofdstuk 4, § 6.2.3.

Niet alle vervolgingen hoeven te resulteren in een strafrechtelijke veroordeling.⁶²¹ Het niet of gering bestraffen zal alleen in uitzonderlijke gevallen een schending van het EVRM opleveren. Het EHRM grijpt in wanneer de straf ‘manifestly inadequate with respect to the gravity of the offences in question’ is.⁶²² Het EHRM hanteert hier een sterk pragmatische en casuïstische benadering. Van geval tot geval wordt bezien of de desbetreffende reactie door de beugel kan. Van een ontoereikende reactie was in ieder geval geen sprake in *Kowal/Polen*. In deze zaak, waarin het om huiselijk geweld gaat, was een voorwaardelijke gevangenisstraf van één jaar en drie maanden opgelegd. Een ‘probation officer’ werd aangesteld ‘to supervise the defendant’s conduct’. Nadat de dader de voorwaarden had geschonden, werd de zaak heropend. De rechter nam een gedragsverandering waar. Gelet daarop was het niet noodzakelijk ‘to make him serve the prison sentence’. Een bevel tot verwijdering uit het ouderlijke huis werd opgelegd. Deze reactie kan de toets der kritiek doorstaan.⁶²³

Waar het strafrecht niet wordt ingezet, is compensatie het uitgangspunt. Zo moest klaagster in de zaak *Codarcea/Roemenië* bijvoorbeeld gecompenseerd worden voor de letselschade die zij heeft opgelopen door een medische kunstfout. Als gevolg van deze fout is haar ooglid beschadigd.⁶²⁴

8.9 Conclusie

Er is een stroom rechtspraak waarin op grond van artikel 8 EVRM voor de meest uiteenlopende terreinen positieve verplichtingen zijn geformuleerd. In veel zaken staat de ‘margin of appreciation’-doctrine toe dat staten zelf vaststellen wat nodig is. Waar ‘a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake’ of ‘the activities at stake involve a most intimate aspect of private life’ is de appreciatiemarge echter sterk verminderd.

Kijkend naar de positieve verplichtingen die uit artikel 8 EVRM voortvloeien, blijkt resumerend dat i) in situaties waarin een (opzettelijke) inbreuk op ‘fundamental values and essential aspects of private life’ wordt gemaakt en/of ‘the physical and mental welfare’ van een minderjarige of andere kwetsbare persoon op het spel staat, het strafrecht moet worden ingezet, ii) waar geen ‘fundamental values and essential aspects of private life’ op het spel staan en/of sprake is van pure ‘negligence’, kunnen andere aansprakelijkheidssystemen volstaan, iii) de Staat onder omstandigheden moet voorzien in specifieke reguleringskaders, iv) bij geconstateerde normschending handhavend moet worden opgetreden, v) de Staat onder omstandigheden feitelijke maatregelen moet treffen en vi) verplichtingen voor onderzoek, vervolging, berechting, bestraffing en compensatie moeten zijn gecreëerd.

Waar het om de meer gewichtige belangen gaat, is er een betrekkelijk grote mate van overlap tussen de verplichtingen die op grond van artikel 2, 3 en 8 EVRM zijn geformuleerd. Zowel in zaken die op grond van artikel 2 en 3 EVRM, als in zaken die op grond van artikel 8 EVRM zijn behandeld, worden verplichtingen tot strafbaarstelling geformuleerd. Ook komen de vereisten die aan onderzoek worden gesteld overeen. Daarnaast wordt het *Osman*-criterium (in soortgelijke contexten) toegepast. Een opvallend verschil met artikel 2 en 3 EVRM is dat in sommige gevallen private vervolging kan

⁶²¹ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 83.

⁶²² EHRM 18 september 2012, 2912/11 (*Kowal/Polen*), r.o. 54.

⁶²³ EHRM 18 september 2012, 2912/11 (*Kowal/Polen*), r.o. 49-55.

⁶²⁴ EHRM 2 juni 2009, 31675/04 (*Codarcea/Roemenië*), r.o. 106. In deze zaak wordt overigens een schending aangenomen omdat geen reële mogelijkheid bestond om de schade te verhalen en daadwerkelijk vergoed te krijgen. De arts kon het bedrag in verband met alimentatieverplichtingen niet (meer) betalen uit zijn vermogen en inkomen. Met deze uitspraak wordt het signaal afgegeven dat het hier zou moeten gaan om een verplichte aansprakelijkheidsverzekering. Zie hierover Hulst, *EHRC* 2009/96.

volstaan. Dat is het geval bij minder ernstige vormen van ‘private violence’. De vervolging kan dan uiteraard ook op initiatief van de verantwoordelijk autoriteiten worden opgestart (‘ex officio’).

In zaken over (milieu)vervuiling en overlast – waarin sprake is van minder ernstige inbreuken op het privéleven en/of andere specifieke rechten – hanteert het EHRM de ‘fair balance’-test. Zowel de regelgeving als de feitelijke maatregelen zijn hier onderdeel van de toets. De staten komt hier een ruime beleids- en beoordelingsmarge toe. Het toetsingsmechanisme lijkt echter dichter bij de andere mechanismen (zoals het *Osman*-criterium) te liggen dan verwacht. Ook bij de toepassing van het *Osman*-criterium hanteert het EHRM namelijk in de regel een ‘margin of appreciation’ door geen maatregelen te eisen die een ‘impossible or disproportionate burden’ opleveren. Bovendien gaat het EHRM in verschillende zaken waarin het de ‘fair balance’-test toepast, vrij ver in de toetsing van de gemaakte keuzes.

9 Positieve verplichtingen op grond van artikel 1 EP

9.1 Introductie

Bij de totstandkoming van het EVRM konden de verdragsluitende staten het niet eens worden over een eigendomsrechtelijke bepaling. Na moeizame onderhandelingen werd het eigendomsrecht in 1952 alsnog vastgelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol (hierna: EP). In eerste instantie speelde artikel 1 EP in de rechtspraak van het EHRM een ondergeschikte rol. In de loop der jaren is de rechtspraak over artikel 1 EP echter behoorlijk uitgedijd.⁶²⁵ Het hof heeft bovendien aanvaard dat de Staat zich op grond van artikel 1 EP niet alleen dient te onthouden van rechtstreekse inmenging, maar dat hij ook actieve maatregelen moet nemen die waarborgen dat ‘the right of property’ wordt gerespecteerd.⁶²⁶ Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat staten gehouden zijn om ‘positive measures of protection’ te nemen ‘particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions’.⁶²⁷

Voordat deze positieve verplichtingen worden geschetst, zal in paragraaf 9.2 eerst worden ingegaan op de status en reikwijdte van ‘the right of property’. Vervolgens worden de positieve verplichtingen op grond van artikel 1 EP beschreven. Het gaat om verplichtingen om te voorzien in een effectief bestuurlijk en juridisch systeem dat bescherming biedt tegen inbreuken op het recht op ongestoord genot van het eigendom (§ 9.3), feitelijke maatregelen te nemen (§ 9.4), een onderzoek in te stellen (§ 9.5), ‘if appropriate’ tot vervolging over te gaan (§ 9.6) en te berechten, te bestraffen en/of te compenseren (§ 9.7). Afgesloten wordt met een conclusie (§ 9.8).

9.2 Status en reikwijdte van artikel 1 EP EVRM

Artikel 1 lid 1 EP bepaalt dat alle natuurlijke of rechtspersonen recht hebben op het ongestoord genot van hun eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang

⁶²⁵ Vgl. met de tabel ‘Violations by Article and by State 2019’ te raadplegen op www.echr.coe.int.

⁶²⁶ De eerste aanzet daartoe heeft het hof gedaan in EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a./VK*), r.o. 35-36 en EHRM 25 april 1996, 1107043 (*Gustafsson/Zweden*), r.o. 60.

⁶²⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 134. Zie ook bijvoorbeeld EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 172. Zie eerder over positieve verplichtingen op grond van artikel 1 EP EVRM: Barkhuysen & Van Emmerik 2005a, p. 53-55; De Jong 2017, p. 223-254.

en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Dit alles tast, blijkens de tweede volzin van de bepaling, echter op geen enkele wijze het recht van de Staat aan om de eigendom te reguleren en belastingen te heffen. Met artikel 1 EP wordt in essentie ‘the right of property’ gegarandeerd. Dat volgt, zo overweegt het EHRM, uit de formulering van het artikel en de ‘travaux préparatoires’:

“By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 (...) is in substance guaranteeing the right of property. This is the clear impression left by the words "possessions" and "use of property" (in French: "biens", "propriété", "usage des biens"); the "travaux préparatoires", for their part, confirm this unequivocally: the drafters continually spoke of "right of property" or "right to property" to describe the subject-matter of the successive drafts which were the forerunners of the present Article 1 (...). Indeed, the right to dispose of one's property constitutes a traditional and fundamental aspect of the right of property (...).”⁶²⁸

De ratio van het artikel is het voorkomen van onaanvaardbare ingrepen op het eigendomsrecht van burgers en op hun beschikkingsmacht (‘the right to dispose’) over het eigendomsrecht.

Het eigendomsrecht is niet absoluut, het kan worden beperkt. Verder is van belang dat het recht op ongestoord genot van het eigendom geen *notstandfest* recht is. Dat betekent dat een Staat de bepaling in geval van oorlog of noodtoestand terzijde kan schuiven. Het betekent ook dat artikel 1 EP in vergelijking met andere bepalingen van het EVRM als een minder fundamenteel recht wordt gezien.

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het eigendomsbegrip in artikel 1 EP een autonome invulling heeft gekregen. Dat wil zeggen dat de classificatie naar nationaal recht van de verdragsstaten niet bepalend is.⁶²⁹ Het begrip ‘possessions’ omvat meer dan de eigendom van ‘physical goods’. Ook ‘certain other rights and interests constituting assets’ vallen hieronder.⁶³⁰ In *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/Nederland* oordeelde het EHRM bijvoorbeeld dat een zekerheidsovereenkomst met daarin een eigendomsvoorbehoud een ‘possession’ kan zijn.⁶³¹ De invulling van het begrip eigendom wijkt hiermee sterk af van de invulling die in Nederland aan het eigendomsbegrip wordt gegeven. Het is veel ruimer dan het begrip ‘eigendom’ in de zin van artikel 5:1 BW. Aldaar is eigendom het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak – een voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke object – kan hebben.⁶³² Er zou hier dan ook voor gekozen kunnen worden om een minder (nationaal) beladen term te gebruiken, zoals ‘bezittingen’. Om misverstanden met de EHRM-rechtspraak te voorkomen, maak ik echter gebruik van de begrippen ‘eigendom’ en ‘property’.

Als maatstaf hanteert het EHRM steeds de eis dat het moet gaan om een ‘substantive interest’ dat door artikel 1 EP wordt beschermd.⁶³³ Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM heeft aangenomen

⁶²⁸ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), r.o. 63.

⁶²⁹ EHRM 23 februari 1995, 15375/89 (*Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/Nederland*), r.o. 53; EHRM 25 maart 1999, 31107/96 (*Iatridis/Griekenland*), r.o. 54; EHRM 11 januari 2007, 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), r.o. 63.

⁶³⁰ EHRM 23 februari 1995, 15375/89 (*Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/Nederland*), r.o. 53; EHRM 25 maart 1999, 31107/96 (*Iatridis/Griekenland*), r.o. 54; EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler/Italië*), r.o. 100.

⁶³¹ EHRM 23 februari 1995, 15375/89 (*Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/Nederland*), r.o. 53.

⁶³² Zie hierover eveneens Ploeger 2005, p. 109 en Bartels 2014, p. 14.

⁶³³ EHRM 29 maart 2010, 34044/02 (*Depalle/Frankrijk*), r.o. 62. Zie ook bijvoorbeeld EHRM 19 juni 2001, 34049/96 (*Zwierzyński/Polen*), r.o. 63; EHRM 27 november 2007, 21861/03 (*Hamer/België*), r.o. 75.

dat sprake is van een ‘substantive interest’ is de zaak *Öneryildiz/Turkije*. In deze zaak werden de woning en verschillende roerende zaken van klager door een lawine van puin bedolven. Klager stelde onder meer dat de Staat verantwoordelijk is voor de door hem geleden schade vanwege zijn nalatigheid de eigendommen effectief te beschermen. Omdat de woning illegaal in een sloppenwijk op een vuilnisbelt was gebouwd, had hij naar Turks recht geen eigendomsrecht. Toch heeft het EHRM geoordeeld dat sprake is van een eigendomsbelang. Daartoe heeft het EHRM overwogen dat de Turkse overheid de acties van klager heeft getolereerd en daarom ook wist dat klager en zijn familie ‘a proprietary interest in their dwelling and movable goods’ hadden.⁶³⁴ Gedurende vijf jaar zijn de illegaal gebouwde sloppen gedoogd.⁶³⁵ Al met al gaat het, gelet op de aard en voldoende erkenning van de ‘proprietary interests’, om een ‘substantive interest’ en daarmee is sprake van een ‘possession’ die wordt beschermd door artikel 1 EP.⁶³⁶ Het EHRM hanteert een feitelijk begrip van eigendom.

Uit de rechtspraak van het EHRM valt op te maken dat alle op geld waardeerbare belangen in beginsel als ‘possession’ in de zin van artikel 1 EP kunnen worden aangemerkt.⁶³⁷ Zo vallen niet alleen zakelijke rechten, maar ook bijvoorbeeld een recht op een AOW-uitkering,⁶³⁸ aandelen in een onderneming⁶³⁹ en verschillende intellectuele eigendomsrechten⁶⁴⁰ binnen het beschermingsbereik van artikel 1 EP.

Uitgangspunt is wel dat alleen bestaande rechten als ‘possession’ kunnen gelden.⁶⁴¹ Toekomstige rechten vallen niet onder artikel 1 EP. Zo is de enkele hoop of verwachting van toekomstig inkomen niet voldoende voor de toepasselijkheid van artikel 1 EP.⁶⁴² Ook een eigendomsrecht dat wordt verkregen bij het vervullen van bepaalde condities die nog niet zijn vervuld, kan geen eigendom zijn. Datzelfde geldt voor de hoop dat een lang vervallen eigendomsrecht zal herleven.⁶⁴³

‘Assets, including claims’ waarop echter een ‘legitimate expectation’ bestaat, kunnen wél als een ‘possession’ worden aangemerkt.⁶⁴⁴ Zo valt de gerechtvaardigde verwachting dat men aanspraak kan maken op schadevergoeding onder het eigendomsbegrip.⁶⁴⁵ Om een claim als eigendom aan te kunnen merken, dient er naar nationaal recht echter wel een voldoende duidelijke basis te bestaan voor de claim.⁶⁴⁶

9.3 Een effectief bestuurlijk en juridisch systeem

⁶³⁴ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 127.

⁶³⁵ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 128.

⁶³⁶ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 129.

⁶³⁷ Harris e.a. 2018, p. 850.

⁶³⁸ EHRM 4 juni 2002, 34462/97 (*Wessels-Bergervoet/Nederland*), r.o. 43.

⁶³⁹ EHRM 12 oktober 1982, 8588/79, 8589/79 (*Bramelid & Malström/Zweden*).

⁶⁴⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 14 oktober 1990, 12633/87 (*Smith Kline en French Laboratories Ltd/Nederland*); EHRM 11 januari 2007, 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), r.o. 72.

⁶⁴¹ Harris e.a. 2018, p. 853.

⁶⁴² EHRM 19 april 2007, 63235/00 (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*), r.o. 94.

⁶⁴³ EHRM 10 juli 2002, 39794/98 (*Gratzinger & Gratzingerova/Tsjechië*), r.o. 69; EHRM 7 juni 2012, 38433/09 (*Centro Europa 7 S.r.l. & Di Stefano/Italië*), r.o. 172.

⁶⁴⁴ EHRM 12 juli 2001, 42527/98 (*Prince Hans-Adam II van Liechtenstein/Duitsland*), r.o. 83. Zie hierover ook Harris e.a. 2018, p. 851-852.

⁶⁴⁵ EHRM 6 oktober 2005, 11810/03 (*Maurice/Frankrijk*).

⁶⁴⁶ EHRM 28 september 2004, 44912/98 (*Kopecný/Slowakije*), r.o. 52; EHRM 11 januari 2007, 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), r.o. 65.

9.3.1 Introductie

De Staat dient te voorzien in een wettelijke kader dat bescherming biedt tegen inbreuken door een ‘private individual’ op het recht op ongestoord genot van eigendom.⁶⁴⁷ Daarnaast moet worden voorzien in passende ‘remedies’ waarmee het slachtoffer van een inbreuk op het eigendomsrecht ‘can seek to vindicate his rights, including, where appropriate, by claiming damages in respect of any loss sustained’.⁶⁴⁸ Dit kunnen zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke remedies zijn.⁶⁴⁹ Zij zullen hierna afzonderlijk worden beschreven.

9.3.2 Strafrechtelijk aansprakelijkheidssysteem

Uit de rechtspraak volgt dat het EHRM onder omstandigheden strafrechtelijke afdoening op zijn plaats acht. De verplichting tot strafbaarstelling geldt allereerst voor inbreuken door ‘private individuals’ die van een ‘criminal nature’ zijn. Dat wordt duidelijk uit de onderstaande overweging van het EHRM in *Blumberga/Letland*:

“Furthermore, where the interference is of a criminal nature, this obligation will in addition require that the authorities conduct an effective criminal investigation (...).”⁶⁵⁰

De overweging heeft iets van een cirkelredenering. Wanneer een inbreuk van een ‘criminal nature’ is, wordt een verplichting tot strafrechtelijk onderzoek aangenomen. Uit de verplichting van staten om een strafrechtelijk onderzoek te verrichten, kan op zijn beurt een verplichting tot de inzet van het strafrecht worden afgeleid. Wanneer is de inbreuk dan van een ‘criminal nature’? Daarop wordt geen algemeen antwoord gegeven. Wel volgt uit de toepassing van deze ‘regel’ in het concrete geval van de zaak *Blumberga* dat het bij ‘burglary’ in ieder geval om een dergelijke inbreuk ging. Diefstal (met braak) dient met andere woorden op grond van artikel 1 EP EVRM strafbaar te zijn gesteld.⁶⁵¹

Daarnaast geldt onder omstandigheden een verplichting tot strafbaarstelling voor vernietiging van eigendom door overheidsfunctionarissen. Deze verplichting kan worden afgeleid uit de verplichting van de Staat om een strafrechtelijk onderzoek te verrichten. Opgemerkt wordt dat het hier om extreme situaties (vernietiging van huizen en andere eigendommen door Russische troepen tijdens een ‘anti-terrorist operation’ in Tsjetsjenië) gaat.⁶⁵²

⁶⁴⁷ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67; EHRM 3 april 2012, 54522/00 (*Kotov/Rusland*), r.o. 113.

⁶⁴⁸ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67; EHRM 3 april 2012, 54522/00 (*Kotov/Rusland*), r.o. 113.

⁶⁴⁹ Op grond van de rechtspraak van het EHRM dient de Staat onder omstandigheden ook te voorzien in andere wijzen van geschillenbeslechting. Daarbij kan worden gedacht aan allerlei ondernemingsrechtelijke geschillen, zoals procedures waarin de aandeelhouder kan opkomen tegen inbreuken op rechten die verbonden zijn aan zijn aandelen, bijvoorbeeld in geval van verwatering van aandelen. Vgl. EHRM 25 juli 2002, 48553/99 (*Sovtransavto Holding/Oekraïne*), r.o. 96; EHRM 20 september 2011, 17854/04 (*Shesti Mai Engineering OOD e.a./Bulgarije*), r.o. 79. Zie hierover Schild 2012, p. 147 e.v.

⁶⁵⁰ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

⁶⁵¹ Vgl. ook EHRM 2 maart 2010, 38979/03 (*Keipenvardeca/Letland*) r.o. 61-64.

⁶⁵² EHRM 3 mei 2011, 1503/02 (*Khamzayev e.a./Rusland*), r.o. 154; EHRM 15 januari 2013, 8455/06 (*Miltayev & Miltayeva/Rusland*), r.o. 47.

9.3.3 Civielrechtelijk aansprakelijkheidssysteem

In situaties waarin het strafrecht niet behoeft te worden ingezet, kan civielrechtelijke aansprakelijkheid volstaan. Het EHRM gaat in die gevallen, evenals op grond van andere EVRM-bepalingen, na of het stelsel dusdanig is ingericht dat sprake is van effectief gerechtelijk systeem om de betrokkenen ter verantwoording te (kunnen) roepen.⁶⁵³ In de zaak *Kotov/Rusland* ging het bijvoorbeeld om een curator die onrechtmatig zou hebben gehandeld door de activa van een failliete bank te verdelen over een aantal schuldeisers. Als gevolg daarvan viste klager achter het net en kreeg hij veel minder uitgekeerd dan waar hij recht op had. Het EHRM oordeelt dat Staat de verplichting heeft om voldoende rechtsmiddelen beschikbaar te stellen opdat mogelijke gedupeerden hun eigendomsrechten effectief kunnen beschermen. In casu had klager voldoende rechtsmiddelen tot zijn beschikking. Hij kon schadevergoeding van de curator vorderen.⁶⁵⁴

Daarnaast kan een rol voor het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn weggelegd waar het gaat om inbreuken door ‘private individuals’ die van een ‘criminal nature’ zijn. Dat heeft alles te maken met het feit dat het EHRM hier oog heeft voor de schaarse capaciteit en beperkte middelen van opsporingsinstanties. Het EHRM ziet in dat keuzes gemaakt moeten worden en dat de prioriteit bij de handhaving van ‘the most serious crimes’ ligt (zie hierover paragraaf 9.5). Het civiele aansprakelijkheidsrecht fungeert hier als vangnet. Wanneer het gaat om overtredingen of misdrijven tegen de eigendom en een strafrechtelijk onderzoek niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, dient te allen tijde namelijk de mogelijkheid te bestaan om de verdachte civielrechtelijk aan te spreken. Aan de positieve verplichting wordt alleen voldaan als de civielrechtelijke remedie ‘has reasonable prospects of success’.⁶⁵⁵ Vooral nog is dit open criterium niet verder uitgewerkt. Wel volgt uit de rechtspraak dat het EHRM oog heeft voor het feit dat de afloop van een strafzaak ‘may have a significant or even decisive effect on the prospects of a civil claim’. Desondanks kan de Staat niet aansprakelijk worden gehouden ‘for the lack of prospects of such a claim’ omdat een strafrechtelijk onderzoek niet heeft geleid tot een veroordeling. De Staat kan in dat geval alleen aansprakelijk zijn als ‘the lack of prospects’ van een civiele procedure het directe gevolg is van flagrante en ernstige onvolkomenheden in het strafrechtelijke onderzoek.⁶⁵⁶ Op dat laatste zal in paragraaf 9.5 verder worden ingegaan.

9.4 Feitelijke maatregelen

9.4.1 Introductie

Naast de positieve verplichting om te voorzien in een wettelijk kader dat bescherming biedt tegen inbreuken op het recht op ongestoord genot van het eigendom, is door het EHRM op grond van artikel 1 EP ook een verplichting aangenomen om bij dreigende rampen feitelijke maatregelen te treffen.⁶⁵⁷ Het EHRM maakt in zijn rechtspraak een onderscheid tussen (1) rampen die zijn veroorzaakt door

⁶⁵³ Zie over de procedurele waarborgen in dit verband De Jong 2017, p. 237 e.v.

⁶⁵⁴ Wel speelde er een procedureel punt. Er was onduidelijkheid over de rechtsmacht waardoor de verschillende rechtbanken de claim afwezen wegens onbevoegdheid. Toch was er in casu geen schending. De reden daarvoor lijkt te zijn dat klager nog over een tijdspanne beschikte om de zaak bij een andere rechtbank aanhangig te maken. Vgl. EHRM 3 april 2012, 54522/00 (*Kotov/Rusland*), r.o. 120 e.v.

⁶⁵⁵ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 68.

⁶⁵⁶ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 68.

⁶⁵⁷ Zie hierover ook Sanderink 2015, p. 123-195.

gevaarlijke activiteiten die door de mens zijn verricht en (2) natuurrampen. Op beide categorieën rampen zal hierna afzonderlijk worden ingegaan.

9.4.2 Feitelijke maatregelen in geval van ‘dangerous activities of a man-made nature’

Indien bij risicovolle activiteiten ‘of a man-made nature’ het recht op eigendom in gevaar komt, kan van de Staat worden verwacht dat hij maatregelen treft om inbreuken op het eigendomsrecht te voorkomen. Dat volgt onder meer uit de zaak *Öneriyıldız/Turkije*. Het EHRM stelt in deze zaak niet alleen een schending van het recht op leven, maar ook van het recht op eigendom vast. Het EHRM heeft ‘no doubt that the causal link established between the gross negligence attributable to the State and the loss of human lives also applies to the engulfment of the applicant’s house’. Analoog aan de redenering inzake de positieve verplichting tot het nemen van feitelijke maatregelen op grond van artikel 2 EVRM, stelt het EHRM vervolgens vast dat de Turkse autoriteiten hebben nagelaten om gepaste maatregelen te nemen om het recht op eigendom van klager te verzekeren.⁶⁵⁸

In *Kolyadenko e.a./Rusland*, waarin sprake is van een overstroming van bebouwing veroorzaakt door een overheidsbedrijf dat water loosde in de rivier, oordeelde het EHRM eveneens dat maatregelen getroffen hadden moeten worden ter bescherming van de woning van klagers. De overheid had dezelfde risicobeheersingsmaatregelen (het vrijhouden van een rivier van obstakels en het op poten zetten van een waarschuwingssysteem) moeten treffen als die zij op grond van artikel 2 EVRM had moeten treffen. Omdat de autoriteiten hebben nagelaten dergelijke maatregelen te nemen, hebben ze niet al het mogelijke gedaan ‘to protect the applicants’ rights secured by (...) Article 1 of Protocol No. 1’.⁶⁵⁹

Het valt op dat het in beide zaken grootschalige rampen met ernstige consequenties (huizen zijn weggevaagd, dan wel ernstig beschadigd) betreft. In dit type zaken wordt door het EHRM aansluiting gezocht bij het beschermingsbereik dat op grond van artikel 2 EVRM wordt geboden. Dit kan erop duiden dat artikel 1 EP EVRM meelift met artikel 2 EVRM. Artikel 1 EP EVRM is ook eenvoudig erbij gehaald als er toch al een schending op grond van artikel 2 EVRM ligt. Onduidelijk is echter of artikel 1 EP EVRM op zichzelf sterk genoeg is als basis voor een positieve verplichting als beperktere inbreuken op het recht op eigendom worden gemaakt.

9.4.3 Feitelijke maatregelen in geval van natuurrampen

Ook in de context van natuurrampen is een verplichting aangenomen om feitelijke maatregelen te nemen tot bescherming van eigendom. Deze verplichting is echter minder verstrekkend dan in geval van door de mens verrichte gevaarlijke activiteiten. Zo heeft het EHRM in de zaak *Budayeva e.a./Rusland*, waarin klagers waren getroffen door een modderstroom, overwogen dat de positieve verplichtingen ‘as regards the protection of property from weather hazards do not necessarily extend as far as in the sphere of dangerous activities of a man-made nature’.⁶⁶⁰ ‘For the purpose of the present case’ wordt vervolgens een duidelijk verschil gemaakt tussen de positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM en artikel 1 EP. Waar de overheid op grond van artikel 2 EVRM al het mogelijke moet doen om een ramp te voorkomen, dan wel de gevolgen daarvan te beperken, is de verplichting van de overheid op grond van artikel 1 EP minder verstrekkend:

⁶⁵⁸ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyıldız/Turkije*), r.o. 136.

⁶⁵⁹ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 174-180 en 216.

⁶⁶⁰ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 174.

“While the fundamental importance of the right to life requires that the scope of the positive obligations under Article 2 includes a duty to do everything within the authorities' power in the sphere of disaster relief for the protection of that right, the obligation to protect the right to the peaceful enjoyment of possessions, which is not absolute, cannot extend further than what is reasonable in the circumstances. Accordingly, the authorities enjoy a wider margin of appreciation in deciding what measures to take in order to protect individuals' possessions from weather hazards than in deciding on the measures needed to protect lives.”⁶⁶¹

Er dient, met andere woorden, een redelijkheidstoets te worden uitgevoerd. Aan deze toets komt het EHRM in deze zaak niet toe omdat er geen causaal verband tussen het nalaten van de Staat om voorzorgsmaatregelen te nemen en de schade aan de eigendommen kan worden vastgesteld.⁶⁶² Het is niet zeker dat de overheid – anders dan ten aanzien van de bescherming van de personen die op zijn minst genomen geëvacueerd hadden kunnen worden – de vernieling van de huizen van klagers had kunnen voorkomen. In dit verband wijst het EHRM erop dat de betreffende modderstroom uitzonderlijk krachtig was en dat het onduidelijk was in hoeverre een adequaat onderhoud van de genoemde infrastructuur de aantastingen van de eigendommen had kunnen mitigeren (of voorkomen). Ook was er geen bewijs dat een functionerend waarschuwingssysteem de aantasting van de eigendommen van de klagers had kunnen voorkomen. Hier fungeert het causaal verband als rem op het aannemen van de schending van een positieve verplichting.

Soortgelijke overwegingen kunnen worden gevonden in *Hadzhiyska/Bulgarije*. In deze zaak gaat het om een rivier die als gevolg van zware regenval door zijn oeverwal is gebroken. Dat heeft geresulteerd in een overstroming van het huis van klaagster. Het verwijt aan het adres van de autoriteiten is dat zij onvoldoende hebben gedaan om de overstroming te voorkomen. In deze zaak komt het EHRM om procesrechtelijke redenen niet aan de redelijkheidstoets toe. Klaagster ‘has neither alleged that the authorities could have foreseen or prevented the consequences of the rain, nor provided any details of the scale of the flooding’.⁶⁶³ Naar het oordeel van het hof gaat artikel 1 EP niet zover ‘as requiring the Contracting States to take preventive measures to protect private possessions in all situations and all areas prone to flooding or other natural disasters’.⁶⁶⁴ Er mag geen onmogelijke of disproportionele last op de schouders van de Staat worden gelegd.

Uit het voorgaande volgt dat de omvang van de positieve verplichting om feitelijke maatregelen te treffen, afhankelijk is van de oorzaak van de ramp. Deze verplichting is minder sterk in geval van natuurrampen. In dat geval wordt niet van de Staat verlangd om al het mogelijke te doen om een ramp te voorkomen. Gekeken wordt wat redelijk is gelet op de omstandigheden van het geval. Ten slotte valt op dat de afwezigheid van causaal verband door het EHRM als instrument wordt gehanteerd om af te zien van het aannemen een positieve verplichting tot het treffen van feitelijke maatregelen. Dit kan wellicht verklaard worden uit de geringe beïnvloedbaarheid van de risico’s.

9.5 Onderzoek

⁶⁶¹ EHRM 20 maart 2008, 15339/02, e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 175.

⁶⁶² EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 176.

⁶⁶³ EHRM 15 mei 2012, 20701/09 (*Hadzhiyska/Bulgarije*), r.o. 16.

⁶⁶⁴ EHRM 15 mei 2012, 20701/09 (*Hadzhiyska/Bulgarije*), r.o. 16.

De eerder onderscheiden verschijningsvormen van onderzoek zijn ook in de rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 1 EP EVRM terug te zien. In sommige gevallen dient een ‘effective investigation’ te worden verricht. In andere gevallen ligt het accent op onderzoek als onderdeel van ‘een effectief juridisch systeem’. Anders dan bij de eerder beschreven artikelen kunnen binnen de eerste verschijningsvorm verschillende regimes worden onderscheiden. De onderzoeksverplichting wordt allereerst aangenomen waar het om de vernietiging van eigendom door overheidsfunctionarissen gaat. In dit (extreme) geval lijkt door het EHRM aansluiting te worden gezocht bij de vereisten die op grond van artikel 2 en 3 EVRM gelden.⁶⁶⁵ Het Hof toetst hier intensief en geeft duidelijk aan welke middelen de autoriteiten hadden kunnen en behoren in te zetten. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op *Altun/Turkije*. In deze zaak laat het Hof zich op grond van artikel 13 EVRM uit over de verschillende opsporingsmethoden en dwangmiddelen die de autoriteiten hadden kunnen toepassen om de waarheid aan de dag te laten komen. Zo had de officier van justitie een reconstructie kunnen laten uitvoeren en hadden getuigen en leden van de veiligheidstroepen die naar verluid bij het incident betrokken waren geweest, kunnen worden ondervraagd. Het achterwege laten van dit onderzoek maakt dat gesproken kan worden van ‘considerable defects in the reliability and thoroughness of this part of the investigation’. De autoriteiten die de zaak vervolgens overnamen, bleken ook nog eens niet onafhankelijk en onpartijdig te zijn. Dat maakt naar het oordeel van het EHRM dat van ‘a thorough and effective investigation’ niet gesproken kan worden.⁶⁶⁶

Waar het om een inbreuken door ‘private individuals’ die van een ‘criminal nature’ zijn, dient, zoals reeds opgemerkt, eveneens een ‘effective criminal investigation’ ingesteld te worden. Het gaat er daarbij niet om dat het onderzoek effectief is in die zin dat een daadwerkelijke bijdrage wordt geleverd aan een strafrechtelijke veroordeling. Van belang is dat het onderzoek ‘proper and adequate’ wordt uitgevoerd en ‘that the authorities involved act in a competent and efficient manner’.⁶⁶⁷ Daarmee is niet gezegd dat degene die voor de inbreuk op een eigendomsrecht verantwoordelijk is, ook wordt geïdentificeerd en/of bestraft. Het regime wijkt hier erg af van het regime op grond van artikel 2 en 3 EVRM. Op grond van artikel 1 EP is slechts sprake van een schending van een positieve verplichting wanneer ‘the failure to bring the criminal proceedings to a successful conclusion was the result of flagrant and serious deficiencies’ in het onderzoek. Het EHRM kiest voor een pragmatische behandeling door te stellen dat ‘the Court is sensitive to the practical difficulties which the authorities may face in investigating crime and to the need to make operational choices and prioritise the investigation of the most serious crimes’.⁶⁶⁸ Er zal dan ook minder snel een schending van artikel 1 EP EVRM worden aangenomen.

In de zaak *Blumberga/Letland* was naar het oordeel van het EHRM ondanks verschillende tekortkomingen – het onderzoek was niet conform de ‘Criminal Procedure Code’ uitgevoerd en er werd onvoldoende vooruitgang geboekt – in ieder geval geen sprake van een schending. Daarbij acht het EHRM van belang dat het strafrechtelijk onderzoek met betrekking tot de eerste inbraak is beëindigd wegens gebrek aan bewijs ‘to prove charges against specific individuals’. Ten aanzien van de tweede inbraak is het niet mogelijk gebleken om de ‘perpetrators’ te identificeren. Om die reden is

⁶⁶⁵ Kamber 2017, p. 356.

⁶⁶⁶ EHRM 1 juni 2004, 24561/94 (*Altun/Turkije*), r.o. 73-75. Vgl. ook EHRM 9 november 2004, 22494/93 (*Hasan İlhan/Turkije*), r.o. 124-126.

⁶⁶⁷ EHRM 14 januari 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

⁶⁶⁸ EHRM 14 januari 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

naar het oordeel van het Hof niet vast komen te staan dat ‘the failure to bring the criminal proceedings to a successful conclusion was the result of flagrant and serious deficiencies in their conduct’.⁶⁶⁹

Hoewel in dit type zaken een centrale rol voor het strafrechtelijk onderzoek is weggelegd, wordt nadat de effectiviteit van dit onderzoek voldoende is aangetoond, nagegaan of, en zo ja, welke civiele rechtsmiddelen hebben opengestaan. Omdat de drempel die wordt gehanteerd erg hoog is, kan de aandacht al snel naar het privaatrecht verschuiven. Zo oordeelde het EHRM in *Blumberga* bijvoorbeeld dat vast stond dat verzoekster te allen tijde de mogelijkheid heeft gehad om de verdachten van de inbraken civielrechtelijk aan te spreken. Het EHRM is van oordeel dat een dergelijke procedure verzoekster in beginsel een passende bescherming van haar belangen zou hebben geboden.⁶⁷⁰

Bij de tweede verschijningsvorm hoeft het niet per se om een strafrechtelijk onderzoek te gaan. Het accent ligt hier op onderzoek als onderdeel van een effectief juridisch systeem. Het EHRM gaat na welke wegen zijn bewandeld en of zij effectief waren of hadden kunnen zijn.⁶⁷¹ Duidelijke vereisten worden hier niet gesteld; het Hof blijft in mijn ogen in algemeenheden steken.

9.6 Vervolging

Evenals op grond van artikel 2 en 3 EVRM dient, indien gepast, naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek tot vervolging te worden overgegaan.⁶⁷² Wel volgt uit de rechtspraak dat in zaken waarin het om inbreuken door ‘private individuals’ die van een ‘criminal nature’ zijn, het Hof een andere, minder rigide, benadering hanteert. Zoals in paragraaf 9.5 is beschreven, heeft het EHRM hier namelijk oog voor de efficiëntie van het onderzoek. Daarmee lijkt het Hof er acht op te slaan dat opsporingsautoriteiten beschikken over een beperkte capaciteit, terwijl zij een overschot hebben aan te behandelen zaken. Dat brengt met zich dat (politieke) beleidskeuzes gemaakt moeten worden (zie daarover ook hoofdstuk 4, paragraaf 6.3.4).

9.7 Berechting, bestraffing en compensatie

Vooralsnog heeft het EHRM zich op grond van artikel 1 EP EVRM nog niet over berechting en bestraffing uitgelaten. Wel volgt uit de rechtspraak dat schade gecompenseerd moet worden. Zo gaat het EHRM in de zaak *Öneryıldız* bijvoorbeeld na of klager compensatie heeft gekregen voor de door hem geleden schade.⁶⁷³ Niet in alle gevallen verplicht artikel 1 EP EVRM tot een volledige vergoeding van ‘the full market value’.⁶⁷⁴ Volledige schadevergoeding is niet vereist waar het om natuurrampen gaat. In *Budayeva e.a./Rusland* heeft het EHRM overwogen dat ‘the damage in its entirety could not be unequivocally attributed to State negligence, and the alleged negligence was no more than an aggravating factor contributing to the damage caused by natural forces’. Onder deze omstandigheden

⁶⁶⁹ EHRM 14 januari 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 71. Ook in *Zagrebačka banka/Kroatië* werd de ‘threshold’ niet gehaald. De strafprocedure in deze zaak was beëindigd vanwege de dood van de verdachte. Zie EHRM 12 december 2013, 39544/05 (*Zagrebačka banka/Kroatië*), r.o. 277. Vgl. ook EHRM 30 oktober 2018, 22677/10 (*Kurşun/Turkije*), r.o. 121; EHRM 25 februari 2020, 72065/17 (*Abukauskai/Litouwen*), r.o. 70.

⁶⁷⁰ EHRM 14 januari 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 72.

⁶⁷¹ EHRM 3 april 2012, 54522/00 (*Kotov/Rusland*), r.o. 120.

⁶⁷² EHRM 14 januari 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67 onder verwijzing naar EHRM 14 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 151-153.

⁶⁷³ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 137.

⁶⁷⁴ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 180-181.

moeten ‘the terms of compensation (...) be assessed in the light of all the other measures implemented by the authorities, account being taken of the complexity of the situation, the number of affected owners, and the economic, social and humanitarian issues inherent in the provision of disaster relief’.⁶⁷⁵ Het hof gaat na of de compensatie ‘manifestly out of proportion’ was.⁶⁷⁶ Daarvan was geen sprake omdat klagers in deze zaak ‘free housing’ en (zonder tussenkomst van de rechter) een algemene uitkering was toegekend. Dit suggereert dat bij massaschade als gevolg van natuurrampen een algemene uitkering uit een rampenfonds volstaat.

9.8 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat het EHRM een ruim eigendomsbegrip hanteert. Alles overziend ontstaat het beeld dat sprake is van eigendom wanneer de economisch waarde van (materiële en immateriële zaken) objectief kan worden vastgesteld. Uitgangspunt is dat het gaat om een reeds bestaand recht. Alleen bij ‘assets’ waarop een ‘legitimate expectation’ bestaat, kan het om eigendom gaan.

Het EHRM laat ten aanzien van de wijze van regulering aan de verdragsstaten een ruime beoordelingsvrijheid. Deze beoordelingsvrijheid is alleen ingeperkt waar het om (extreme gevallen van) vernietiging van eigendom door overheidsfunctionarissen en inbreuken door ‘private individuals’ die van een ‘criminal nature’ zijn, gaat. In die gevallen dienen strafbaarstellingen voorhanden te zijn. Bij de tweede categorie vormt het civielrechtelijke aansprakelijkheidssysteem duidelijk een vangnet. Het systeem voldoet alleen als de civiele remedie ‘reasonable prospects of success’ heeft.

De positieve verplichting om feitelijke maatregelen te nemen is (vooralsnog) op grond van artikel 1 EP alleen aangenomen in de context van rampen. Daarbij lijkt in zaken waarin sprake is van grootschalige rampen die zijn veroorzaakt door gevaarlijke activiteiten die door de mens zijn verricht, te worden meegelift met overwegingen op grond van artikel 2 EVRM. De verplichting in geval van natuurrampen is minder sterk dan artikel 2 EVRM. In dat geval wordt niet van de Staat verlangd om al het mogelijk te doen om een ramp te voorkomen, maar wordt gekeken naar wat gelet op de omstandigheden van het geval redelijk is.

Een opvallend verschil tussen de positieve verplichtingen op grond van artikel 2 (en 3) EVRM en artikel 1 EP EVRM is verder dat de strafrechtelijke onderzoeksverplichting slechts geschonden is wanneer sprake is van flagrante en ernstige onvolkomenheden in het onderzoek. Er zal op dit punt dus minder snel een schending van artikel 1 EP worden aangenomen. Het verschil in regime op grond van artikel 1 EP en artikel 2 EVRM laat zich eenvoudig verklaren uit de verschillen in de aard van de twee rechten. Het feit dat artikel 1 EP een relatief recht is en als een minder belangrijk recht wordt gezien, werkt door in de omvang van de positieve verplichtingen. De uitzondering hierop is er in extreme situaties van vernieling door overheidsfunctionarissen. In die gevallen wordt wel aansluiting gezocht bij de vereisten die op grond van artikel 2 en 3 EVRM gelden.

10 Afronding

Op diverse plaatsen in dit hoofdstuk is reeds een tussenbalans opgemaakt. De kern is dat het EHRM staten verplicht om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om de bescherming van EVRM-rechten te

⁶⁷⁵ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 182.

⁶⁷⁶ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 184.

verzekeren. Door hierna de bevindingen per EVRM-recht met elkaar te verbinden kom ik tot verschillende inzichten. Alvorens ik daarop inga, merk ik allereerst op dat de invulling van de positieve verplichtingen verschilt naar gelang de aard van het aangetaste mensenrecht, de aard en ernst van de inbreuk. Dat is op verschillende plaatsen terug te zien. De ‘nature’ en ‘extent’ van positieve verplichtingen is bovendien sterk contextueel bepaald. De reikwijdte van de positieve verplichtingen verschilt voorts al naar gelang van de betrokkenheid van de overheid bij de gewraakte activiteit.

Wanneer wordt ingezoomd op de positieve verplichtingen blijkt allereerst dat waar het om de opzettelijke schending van kernrechten (art. 2, 3, 4 en 5 EVRM) gaat, strafbaarstellingen voorhanden moeten zijn ter afschrikking van potentiële mensenrechtenschenders. Onder dit regime zijn ook bepaalde niet-opzettelijke schendingen van genoemde artikelen en opzettelijke schendingen van het door artikel 8 EVRM beschermde recht op fysieke en geestelijke integriteit geschaard. Bij andere niet-opzettelijke schendingen en schendingen van rechten die minder zwaarwegende belangen beschermen (art. 8 en 1 EP EVRM) heeft de Staat een grotere ‘margin of appreciation’. In dat geval is strafbaarstelling niet vereist. Als het strafrecht niet wordt ingezet, dan moet ten minste het civiele recht of het bestuursrecht worden ingezet.

Om EVRM-rechten effectief te beschermen, kan niet worden volstaan met louter strafbaarstellingen. De strafrechtelijke wetgeving dient daadwerkelijk te worden gehandhaafd. Dat betekent dat strafbare feiten voorkomen en (waar mogelijk) beëindigd dienen te worden, onder andere door de inzet van strafvorderlijke instrumenten. Daarnaast moeten overtredingen van (op het EVRM geënte) strafbaarstellingen ook adequaat worden opgespoord wanneer het kwaad is geschied. Zodra er bij de autoriteiten kennis is van (potentieel) strafwaardig gedrag moet een onderzoek worden gestart. Dat onderzoek moet aan bepaalde eisen voldoen, te weten een adequaat onderzoek, dat grondig en zorgvuldig is, en leidt tot directe actie en waarheidsvinding. Het regime op grond van artikel 2, 3, 4, 5 en 8 EVRM wijkt daarbij af van het regime dat op grond van artikel 1 EP EVRM geldt. Op grond van artikel 1 EP EVRM is slechts bij flagrante en ernstige onvolkomenheden in het onderzoek sprake van een schending van de onderzoeksverplichting. Naast de opsporing heeft het EHRM zich ook over de vervolging uitgelaten. Indien gepast en (feitelijk en juridisch) mogelijk moet een strafrechtelijke vervolging worden gestart tegen die verantwoordelijken die binnen het bereik van de strafwet vallen.

Het EHRM blijkt beperkt toezicht te houden op de sancties en remedies die door de staten op EVRM schendingen worden gesteld. Ten aanzien van het strafrecht heeft het EHRM bepaald dat het moet gaan om afschrikkende straffen. Waar het strafrecht niet wordt ingezet, moet compensatie het uitgangspunt zijn binnen de ‘range of possible remedies’. Bij schending van artikel 2 en/of 3 EVRM en in een enkel geval artikel 8 EVRM moeten direct getroffen en/of naasten en nabestaanden aanspraak kunnen maken op vergoeding van (immateriële) schade.

Uit het onderzoek is verder naar voren gekomen dat in de rechtspraak van het EHRM een onderscheid gemaakt kan worden tussen een tweetal compartimenten.⁶⁷⁷ Het eerste compartiment dekt zaken die onder het toepassingsbereik van artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (waar het gaat om lichamelijke en geestelijke integriteit) EVRM vallen.⁶⁷⁸ In dit compartiment zijn ook aantastingen van de door artikel 8 EVRM beschermde belangen als gevolg van risicovolle activiteiten geplaatst. In genoemde gevallen worden door het EHRM verdergaande eisen aan het wettelijk en bestuurlijk kader gesteld. Waar het om risicovolle activiteiten gaat, dient bijvoorbeeld te worden voorzien in regelgeving met betrekking tot de

⁶⁷⁷ Deze term is ontleend aan Gerards 2015, p. 302. Zij levert overigens scherpe kritiek op ‘compartimentalisering’.

⁶⁷⁸ In sommige gevallen lift artikel 1 EP EVRM mee. Zie daarover § 9.4.2.

vergunningverlening voor, de start van, de werking van, de veiligheid van en het toezicht op de activiteiten. Ook moeten de relevante actoren worden verplicht om (feitelijke) maatregelen te nemen ter bescherming van burgers. De verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, wordt door het EHRM binnen dit compartiment aangenomen indien de autoriteiten kennis hebben of hadden behoren te hebben van een reëel en onmiddellijk risico voor een identificeerbare persoon of groep personen (het zogenaamde *Osman*-criterium). Zij dienen dan maatregelen te nemen die binnen het bereik van hun macht liggen en die naar redelijke verwachting tot afwending van het risico zullen leiden.

In het tweede compartiment (artikel 8 en 1 EP EVRM) wordt een marginalere toets gehanteerd. Het komt daar aan op de vraag of de bevoegde autoriteit een *fair balance* heeft getroffen tussen de betrokken individuele belangen enerzijds en de maatschappelijke belangen anderzijds. Bij deze beoordeling wordt onder meer gekeken naar de aan- of afwezigheid van een wettelijk en bestuurlijk kader en of feitelijke maatregelen zijn genomen. Een dergelijke toets wordt bijvoorbeeld in zaken onder artikel 8 EVRM over luchtvervuiling en hinder uitgevoerd.

Bovenstaande inventarisatie is er een op hoofdlijnen. Waar nodig zal in de volgende hoofdstukken ook rechtspraak van het EHRM worden besproken, maar dan in de context van de specifieke positieve verplichting. Dat helpt om een meer zorgvuldig en gedetailleerd antwoord te geven op de vraag op welke punten (niet) wordt voldaan aan de eisen die op grond van de positieve verplichtingen zijn geformuleerd en de uitleg en beoordeling zo goed mogelijk te motiveren. Kortom: het zet aan tot grondig(er) onderzoek.

Als vermeld, vormen de positieve verplichtingen tezamen het toetsingskader. Dit kader dient om de verenigbaarheid van het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het strafrecht met het EVRM te beoordelen. Het biedt een instrument voor de toetsing van beide rechtsgebieden aan de eisen die uit de positieve verplichtingen voortvloeien. Doordat de rechtspraak van het EHRM in kaart is gebracht, is inzichtelijk geworden welke eisen voortvloeien uit de op grond van artikel 2, 3, 4, 5, 8 en 1 EP EVRM geformuleerde positieve verplichtingen. Door de veelheid aan positieve verplichtingen in te delen in categorieën is inzicht verkregen in de stand van zaken van de rechtspraak op grond van genoemde artikelen. Op deze wijze is helderheid geboden op dit relatief onbekende terrein. Door de overkoepelende aanpak is het bovendien mogelijk gebleken de hiervoor beschreven algemene lijnen en compartimenten in de rechtspraak in kaart te brengen. Classificatie kan daarnaast ook van belang zijn bij de doorwerking van positieve verplichtingen op het aansprakelijkheidsrecht. Het maakt voor de rechtspraak en wetenschap, bijvoorbeeld, duidelijk welke jurisprudentielijn in welk geval wordt ingezet. Het is dan een middel om snel door de bomen het bos te zien.

Hoofdstuk 3: EVRM en het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht

1 Inleiding

Tot voor kort speelden positieve verplichtingen een beperkte rol in Nederlandse civiele procedures. Zoals reeds in hoofdstuk 1 is uiteengezet, werd een beroep op positieve verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien, gemakkelijk terzijde geschoven. Daartoe werd een algemene en abstracte toets gehanteerd. Beoordeeld werd of uit het EVRM een strengere zorgvuldigheidsnorm valt af te leiden dan uit de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.⁶⁷⁹ Vertrekpunt leek te zijn dat met het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen worden geboden om fundamentele rechten te verzekeren. Ook in de literatuur was een soortgelijk beeld terug te vinden.⁶⁸⁰

Inmiddels is er een kentering gaande.⁶⁸¹ Dat met het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen worden geboden om fundamentele rechten te verzekeren, wordt minder vanzelfsprekend geacht. Sommige rechters toetsen zelfstandig aan het EVRM.⁶⁸² Andere rechters gebruiken positieve verplichtingen bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm uit artikel 6:162 BW. Door de Hoge Raad is bijvoorbeeld geoordeeld dat in het algemeen geldt dat de vraag of een handelen of nalaten van de Staat onrechtmatig is, moet worden beantwoord met inachtneming van de minimumeisen die de relevante bepalingen van het EVRM en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het EHRM stellen aan het handelen of het nalaten van de Staat.⁶⁸³ In een ander geval wordt getoetst of in strijd is gehandeld met de aan het EVRM ontleende en in de zorgvuldigheidsnorm besloten liggende normen.⁶⁸⁴

De hiervoor beschreven rechtspraak en literatuur, werpen de vraag op naar de verhouding tussen het EVRM en het materiële Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht. Hoe verhouden de zorgplichten die in het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht worden gehanteerd om vast te stellen of er sprake is van aansprakelijkheid, zich tot de positieve verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien? En de overige vereisten van de onrechtmatigheid? Zij kunnen onder omstandigheden (ook) een (hoge) drempel voor aansprakelijkheid van de overheid opwerpen. Hoe zit dat? Het zijn die vragen die ik hier wil beantwoorden.

Daartoe zal in dit hoofdstuk worden nagegaan hoe de vereisten van het civiel aansprakelijkheidsrecht zich verhouden tot de hiervoor in hoofdstuk 2 beschreven positieve verplichtingen die op grond van het EVRM zijn geformuleerd. Achtereenvolgens zal worden ingegaan

⁶⁷⁹ Vgl. Gijselaar 2016, p. 175 onder verwijzing naar Rb. Den Haag 9 november 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU5877 (*Vuurwerkcramp Enschede*), r.o. 3.6; Rb. Den Haag 13 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247 (*Vuurwerkcramp Enschede*), r.o. 27; Rb. 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593 (*Asbestziekte*), r.o. 4.35; Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*), r.o. 5.53.

⁶⁸⁰ Smits 2003, p. 58 en 161.

⁶⁸¹ Eerder pleitte Emaus al voor de introductie van een nieuwe rechtsfiguur in het Nederlandse recht: de fundamentele rechtsschending. Deze rechtsfiguur dient volgens haar te worden geïntroduceerd omdat artikel 6:162 BW bij een schending van een fundamenteel recht niet steeds soelaas zal bieden. Zie Emaus 2013, p. 307 e.v.

⁶⁸² Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*Legionellabesmetting*), r.o. 4.8-4.9; Hof Den Haag 5 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0132 (*Staat/Mustafic c.s.*); Hof Den Haag 5 juli 2011 ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0133 (*Staat/Nuhanovic*); Rb. Den Haag 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562 (*Moeders van Srebrenica*); HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

⁶⁸³ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.8-2.7.13.

⁶⁸⁴ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*), r.o. 4.2.2.

op de onrechtmatigheid (§ 2), relativiteit (§ 3), causaliteit (§ 4) en schade (§ 5). Omdat het toerekeningsvereiste van artikel 6:162 lid 3 BW in het overheidsaansprakelijkheidsrecht vrijwel geen rol speelt,⁶⁸⁵ wordt dit vereiste buiten beschouwing gelaten. In de afsluitende paragraaf kom ik tot een (voorlopige) conclusie.

2 Onrechtmatigheid

2.1 Introductie

Allereerst dient de betrokken gedraging (handelen of nalaten) van de overheid onrechtmatig te zijn. Overheidshandelen wordt aan de drie in artikel 6:162 lid 2 genoemde onrechtmatigheidscriteria getoetst. Deze criteria zijn: een inbreuk op een recht, schending van een wettelijke plicht en/of schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidnorm. De rechter mag dus ook een oordeel vellen over de vraag of het handelen van de overheid in strijd is met hetgeen haar in het maatschappelijke verkeer betaamt.⁶⁸⁶ Aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige daad wordt aangenomen over de volle breedte van overheidsoptreden en heeft betrekking op zowel rechtshandelingen (besluiten) als feitelijke handelingen.⁶⁸⁷ Voor een goed beeld van de verhouding van het nationale recht tot de positieve verplichtingen die op grond van het EVRM kunnen worden aangenomen, wordt hierna een onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën van overheidshandelen, te weten onrechtmatige besluiten (§ 2.2), onrechtmatige wetgeving (§ 2.3), beleidsfalen (§ 2.4), het ten onrechte nalaten om feitelijke maatregelen te nemen (§ 2.5) en toezichtsfalen (§ 2.6).⁶⁸⁸ Hoewel zij ook in andere categorieën van overheidshandelen een rol (kunnen) spelen, worden de Kelderluikfactoren in de paragraaf over feitelijke maatregelen uitgebreid onder de loep genomen. Door de factoren te bespreken waar zij hun oorsprong kennen, wordt gepoogd doublures te voorkomen. Nadat op de verschillende categorieën van overheidshandelen is ingegaan, passeert het voorzorgsbeginsel de revue. Omdat dit beginsel bij elke categorie een rol kan spelen, is ervoor gekozen hierop in een afzonderlijke paragraaf in te gaan (§ 2.7). Ten slotte wordt in paragraaf 2.8 beschreven wat de toepassingswijzen en valkuilen zijn van het EVRM als (geïntegreerd) toetsingskader.

2.2 Onrechtmatige besluiten

2.2.1 Aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten

Door de overheid worden zeer veel besluiten als bedoeld in artikel 1:3 Awb genomen. Daarbij kunnen fouten worden gemaakt die tot schade leiden.⁶⁸⁹ Het staat de burgerlijke rechter niet vrij om over de

⁶⁸⁵ Zie met betrekking tot onrechtmatige besluiten bijvoorbeeld Scheltema & Scheltema 2013, p. 360. Di Bella heeft de automatische toerekening van onrechtmatige overheidsbesluiten ter discussie gesteld. Zie Di Bella 2014, p. 159-184.

⁶⁸⁶ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/353 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁶⁸⁷ Zie met betrekking tot het onderscheid tussen rechtshandelingen en feitelijke handelingen Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 170 e.v.

⁶⁸⁸ In deze paragraaf wordt de onrechtmatige rechtspraak buiten beschouwing gelaten. Hier gaat het over redres. Dit valt buiten het bestek van mijn onderzoek. Zie hierover Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/121.

⁶⁸⁹ Zie met betrekking tot onrechtmatige besluiten bijvoorbeeld Kortmann 2006; Scheltema & Scheltema 2013, p. 354 e.v.

rechtmatigheid van een besluit te oordelen wanneer dit aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd en deze weg met voldoende waarborgen omkleed is.⁶⁹⁰ De burgerlijke rechter is restrechter en treedt alleen op indien er geen rechtsgang is of de openstaande rechtsgang onvoldoende bescherming biedt.⁶⁹¹ Uitgangspunt is dus dat eerst een openstaande bestuursrechtelijke weg bewandeld dient te worden. Eiser is dan ook niet ontvankelijk als hij bij de bestuursrechter nog bezwaar of beroep kan instellen en sprake is van een met voldoende waarborgen omringde rechtsgang.⁶⁹²

Een andere situatie doet zich voor wanneer een burger naar de burgerlijke rechter stapt nadat een administratieve rechtsgang heeft opengestaan en hij deze niet (ten volle) heeft benut, of de bestuursrechter in die procedure de rechtmatigheid of onrechtmatigheid heeft vastgesteld. Om met het laatste te beginnen, indien de bestuursrechter een besluit vernietigt, staat daarmee naar Nederlands recht de onrechtmatigheid van het besluit vast.⁶⁹³ Op deze manier wordt voorkomen dat twee rechters over eenzelfde besluit een rechtmatigheidsoordeel geven.⁶⁹⁴

Wanneer geen gebruik is gemaakt van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen of het rechtsmiddel niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid, krijgt dat besluit formele rechtskracht.⁶⁹⁵ Als gevolg daarvan zal de burgerlijke rechter niet meer in de rechtmatigheid van een besluit treden. Hij gaat er dan van uit dat zowel de inhoud als de wijze van totstandkoming van het besluit rechtmatig zijn.⁶⁹⁶ Daarmee zijn de rechtszekerheid (de burger en het bestuursorgaan moet op een bepaald moment uit kunnen gaan van de rechtmatigheid van eenmaal genomen besluiten), de goede rechtsbedeling (het oordeel over de vraag of de totstandkoming en inhoud van een besluit in overeenstemming is met het bestuursrecht, komt bij uitstek toe aan de bestuursrechter) en de rechtseenheid (goede afstemming tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter) gediend.⁶⁹⁷ In zijn rechtspraak heeft de Hoge Raad aanvaard dat de aan de leer van formele rechtskracht verbonden bezwaren door bijkomende omstandigheden zo klemmend kunnen zijn dat hierop, gelet op de bijzonderheden van het gegeven geval, een uitzondering moet worden gemaakt.⁶⁹⁸ Een dergelijke zeer uitzonderlijke situatie doet zich onder meer voor wanneer

⁶⁹⁰ De burgerlijke rechter ontleent zijn bevoegdheid aan artikel 112 Grondwet. Sinds het arrest *Guldemon/Noordwijkerhout* (HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407) wordt ervan uitgegaan dat hij bevoegd is van een geschil kennis te nemen zodra de eiser stelt een burgerlijk recht te bezitten dat hij aan zijn vordering ten grondslag legt.

⁶⁹¹ Van het laatste is sprake indien de bestuursrechtelijke rechtsgang in procedurele zin niet hetzelfde kan bieden als die bij de burgerlijke rechter. Zie hierover meer uitgebreid Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 706-710. Zie ook Meijer 2007, p. 8-9.

⁶⁹² HR 5 mei 1972, *NJ* 1973/17 (*Bijstandswet*).

⁶⁹³ HR 26 september 1986, *NJ* 1987/253 (*Staat/Hoffmann-La Roche*); HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/89 (*Blaricum/Roozen*); HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/90 (*Nibourg/Zuidwolde*); HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/112 (*Van Gog/Nederweert*); HR 12 juni 1992, *NJ* 1993/113 (*BVB/Boulogne*). Slechts in zeer bijzondere omstandigheden kan mogelijk anders worden geoordeeld. Zie de noot van C.J.H. Brunner onder HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/112.

⁶⁹⁴ Dat veronderstelt dat de burgerlijke rechter op grond van artikel 6:162 BW dezelfde beoordeling verricht als de bestuursrechter op een vernietigingsberoep. Het is de vraag of dat zo is. Zie hierover Kortmann 2006.

⁶⁹⁵ Zie met betrekking tot de formele rechtskracht: Scheltema 2009; Scheltema & Scheltema 2013, p. 361 e.v.; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 710 e.v.; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/374 e.v.

⁶⁹⁶ HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 (*Heesch/Van de Akker*); HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 164 (*Aharchi/Staat*).

⁶⁹⁷ Van Maanen 2007, p. 137; Albers & Heinen 2010, p. 507 onder verwijzing naar HR 31 mei 1991, *NJ* 1993/112 (*Van Gog/Nederweert*) en de conclusie van A-G Mok onder HR 7 april 1995, *AB* 1995/541 (*Smit/Staat*). Zie ook Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 712. In hun ogen is het naast genoemde overwegingen ongewenst dat verschillende rechterlijke colleges zich moeten gaan bezighouden met de (verdere) rechtsontwikkeling op gebieden voor de ontwikkeling waarvan een enkel college door de wetgever is aangewezen (de efficiëntere rechtsbedeling).

⁶⁹⁸ HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723 (*Heesch/Van de Akker*).

het de belanghebbende niet aangerekend kan worden dat hij geen beroep tegen het besluit heeft ingesteld of wanneer de overheid heeft erkend dat de beschikking rechtens onjuist is.⁶⁹⁹

2.2.2 Formele rechtskracht als mensenrechtelijk probleempunt

Door Barkhuysen & Van Emmerik is – onder meer naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkramp – betoogd dat de leer van de formele rechtskracht in het licht van de uitspraak in de zaak *Öneriyildiz/Turkije* een mogelijk mensenrechtelijk probleempunt vormt. Zij hebben erop gewezen dat in deze uitspraak van het EHRM is beslist dat als sprake is van dodelijke slachtoffers, voor de overheid op grond van artikel 2 EVRM de verplichting wordt aangenomen om ‘te voorzien in een effectief rechterlijk systeem om de oorzaken hiervan vast te stellen, de verantwoordelijken aan te wijzen en adequaat rechtsherstel te bieden, onder meer door schadevergoeding toe te kennen’.⁷⁰⁰ Aan deze verplichting kan in hun ogen niet worden voldaan wanneer een belangrijk aspect van een zaak vanwege de formele rechtskracht geheel buiten beschouwing moet blijven. Daarbij is van belang dat het EHRM, wanneer een dergelijke zaak naar Straatsburg zou worden gebracht, zich met het oog op de effectieve bescherming van verdragsrechten waarschijnlijk niets gelegen zou laten liggen aan de leer van de formele rechtskracht.⁷⁰¹

Van Maanen gaat nog een stap verder. Hij stelt dat het niet aannemen van een uitzondering op de formele rechtskracht in de casus van de vuurwerkramp in Enschede in strijd is met fundamentele rechten van de mens. Dat volgt volgens hem zonneklaar uit *Öneriyildiz/Turkije*. Hij verwijst daarbij naar de in deze zaak aangenomen rechtsplicht voor de overheid om effectieve maatregelen te nemen om leven en gezondheid van zijn burgers te beschermen.⁷⁰² In een latere publicatie richt hij zich op de eventuele strijdigheid van de ‘gedeeltelijke immuniteit’ van een (overheids)toezichthouder als gevolg van het Nederlandse systeem van formele rechtskracht met artikel 13 (en artikel 6) EVRM.⁷⁰³

Scheltema & Scheltema zijn echter de opvatting toegedaan dat artikel 2 EVRM niet tot een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht lijkt te nopen. Daartoe stellen zij dat het in een schadeprocedure veelal niet zal gaan om de rechtmatigheid van de vergunning of de daarin opgenomen voorschriften, maar om het feit dat de vergunning wordt overtreden en de vraag of daartegen voldoende is opgetreden. Aan de beoordeling van die vraag staat formele rechtskracht niet in de weg. Zij vragen zich bovendien af of het wel zinvol is dat de burgerlijke rechter vele jaren na het verlenen van de vergunning toetst of deze rechtmatig is verleend.⁷⁰⁴

In mijn ogen raken de argumenten van Scheltema & Scheltema niet de kern van de problematiek. Het lijkt vooral om machtsargumenten te gaan om ‘Straatsburg’ op veilige afstand te houden. Met Barkhuysen & Van Emmerik ben ik het eens dat de leer van de formele rechtskracht op gespannen voet

⁶⁹⁹ Zie HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723 (*Heesch/Van den Akker*); 11 november 1988, *NJ* 1990/563 (*Ekro/Staat*) en 18 juni 1993, *NJ* 1993/642 (*Sint-Oedenrode/Van Aarle*); HR 12 oktober 2001, *NJ* 2001/636 (*Staat/Siemons*); HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/504 (*Barneveld/Gasunie*). Zie met betrekking tot uitzonderingen op de formele rechtskracht bijvoorbeeld Scheltema 2009, p. 182 en Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 717-721 en Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, p. 437 e.v.

⁷⁰⁰ Barkhuysen & Van Emmerik 2004, p. 717. Deze verplichting is niet alleen op grond van artikel 2 EVRM aangenomen, maar ook op grond van verschillende andere bepalingen uit het EVRM.

⁷⁰¹ Barkhuysen & Van Emmerik 2004, p. 716-717; Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 87; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 139. Zie ook Barkhuysen & Diepenhorst 2005, p. 306 en 314-315.

⁷⁰² Van Maanen 2007, p. 138.

⁷⁰³ Van Maanen 2011, p. 51-52.

⁷⁰⁴ Scheltema & Scheltema 2013, p. 381.

staat met de positieve verplichting om te voorzien in een passend (civielrechtelijk) rechtsmiddel voor het vaststellen van aansprakelijkheid en het verkrijgen van schadevergoeding. Als gevolg van de leer van de formele rechtskracht kunnen bepaalde handelingen van een overheidsinstantie buiten het bereik van de toetsing door de civiele rechter blijven, en dat is niet conform de eisen die het EVRM stelt. Zo heeft de civiele rechter in de Enschedese vuurwerkramppzaak het feit dat de vergunning rammelde, niet in ogenschouw kunnen nemen.⁷⁰⁵ Dergelijk gedrag dient door de (civiele) rechter te kunnen worden getoetst, aldus het EHRM.⁷⁰⁶ Dat vooraf een met voldoende waarborgen omkleedde bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan tegen een (voorgenomen) besluit, doet hier niet aan af. Het gaat immers om een passend rechtsmiddel als mensenrechten eenmaal zijn geschonden, mede ten gevolge van een overheidsbesluit.

2.2.3 Ontwikkelingen naar aanleiding van de zaak over de aardbevingsschade in Groningen

In de prejudiciële beslissing over de aardbevingsschade in Groningen lijkt de Hoge Raad meer ruimte te creëren voor de civiele rechter om besluiten te toetsen. Eén van de prejudiciële vragen stelt aan de orde of de formele rechtskracht van de instemmings- en wijzigingsbesluiten die de minister op de voet van artikel 34 lid 3 Mijnbouwwet (Mbw) heeft genomen, in de weg staat aan het aannemen van aansprakelijkheid van de Staat door de burgerlijke rechter. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. Daartoe gaat de Hoge Raad allereerst op het wettelijk kader in. Uit dat kader volgt dat de minister het instemmingsbesluit dient te baseren op een afweging van de betrokken belangen (art. 36 Mijnbouwwet). Enerzijds gaat het daarbij om het belang van de veiligheid van de omwonenden en van het voorkomen van schade. Anderzijds is er het belang van de winning van gas. De Hoge Raad lijkt er hier, evenals de Afdeling bestuursrechtspraak,⁷⁰⁷ van uit te gaan dat de veiligheidsrisico's van de Groningers tot 2017 werden meegewogen onder 'risico van schade ten gevolge van beweging van de aardbodem' zoals destijds opgenomen in artikel 36 Mbw. Daarbij geldt dat artikel 3:4 lid 2 Awb van toepassing is. De nadelige gevolgen van het besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De minister komt bij zijn afweging ruimte toe.⁷⁰⁸ Vervolgens overweegt de Hoge Raad bij het afwijzen van formele rechtskracht als belemmering voor aansprakelijkheid, als volgt:

“Dit toetsingskader brengt mee dat de minister, zij het binnen de genoemde grenzen, de mogelijkheid heeft om rechtsgeldig in te stemmen met een winningsplan waarmee rechten van omwonenden worden aangetast, ook als het winningsbelang op zichzelf geen rechtvaardiging voor die aantasting oplevert. Dit kader sluit daarmee niet uit dat de Staat, ook als het instemmingsbesluit rechtsgeldig is, onrechtmatig jegens de omwonenden handelt. Uit de wettelijke regeling van dit kader volgt immers niet dat de genoemde aantasting in het geval van een rechtsgeldig besluit ook steeds als rechtmatig moet worden aangemerkt jegens de

⁷⁰⁵ Er zou bijvoorbeeld geen overleg zijn gevoerd met de brandweer en als gevolg daarvan zouden brandwerendheidseisen ontbreken. Zie Rapport Commissie-Oosting 2001, p. 39-52. Zie daarover ook Barkhuysen & Van Emmerik 2004, p. 717 onder meer onder verwijzing naar Michiels 2001, p. 909.

⁷⁰⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 3 november 2011, 28096/04 (*Antonov/Oekraïne*), r.o. 45.

⁷⁰⁷ Zie concl. A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2019:496, par. 4.4.12 bij HR 10 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*).

⁷⁰⁸ HR 10 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*), r.o. 2.8.5.

omwonenden, maar uitsluitend dat rechtsgeldig, en dus onaantastbaar, met het winningsplan kan worden ingestemd, hoewel daardoor aantasting van rechten van omwonenden plaatsvindt.⁷⁰⁹

Deze overweging blinkt bepaald niet uit in helderheid. Met Barkhuysen⁷¹⁰ ga ik ervan uit dat de Hoge Raad in het arrest een verschil introduceert tussen de rechtsgeldigheid van een besluit en de rechtmatigheid daarvan. Het gegeven dat het besluit conform het wettelijk kader is genomen en rechtsgeldig is betekent niet dat het daarmee dus ook rechtmatig is jegens de omwonenden. Met andere woorden: een rechtsgeldig besluit kan een onrechtmatige daad jegens omwonenden opleveren, ook al zijn in het wettelijk kader de belangen van omwonenden meegenomen. Op deze wijze wordt de slachtoffers toch perspectief geboden op schadevergoeding van de overheid, ondanks het feit dat zij de aardgaswinningsbesluiten niet (met succes) aanvochten.⁷¹¹ Als de Hoge Raad niet een dergelijke uitweg in het leven zou hebben geroepen, zou dat (terecht) tot onrust hebben geleid.

In de daaropvolgende overweging schept de Hoge Raad ruimte voor rechtsbescherming door aan te geven dat voor zover de aantasting van omwonenden de ingeroepen rechten van de artikelen 2, 3 en 8 EVRM betreft, een wettelijke bepaling die deze aantasting rechtmatig doet zijn, op grond van artikel 94 Grondwet onverbindend is.⁷¹² Artikel 2 en 3 EVRM fungeren hier als breekijzer. De Hoge Raad is kennelijk van oordeel dat het belang van een effectieve doorwerking in dergelijke gevallen zwaarder dient te wegen dan het belang van ‘terughoudende opstelling’ van de burgerlijke rechter. Door artikel 36 Mbw in deze specifieke situaties onverbindend te verklaren, komt de vraag naar de formele rechtskracht in het geheel niet meer aan de orde. Vanuit EVRM perspectief valt deze constructie toe te juichen.⁷¹³

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat ook in een *ander* opzicht de formele rechtskracht van de besluiten niet in de weg staat aan een oordeel van de burgerlijke rechter over de rechtmatigheid van die besluiten. In rechtsoverweging 2.8.6 wordt overwogen dat voor zover een vordering van een derde erop is gebaseerd dat bij het nemen van het betrokken instemmingsbesluit wezenlijke risico's op schade aan personen of zaken (blijken te) zijn genomen, deze derde niet kan worden tegengeworpen dat hij destijds geen beroep heeft ingesteld tegen dat besluit. Dat zou immers onaanvaardbaar tekortdoen aan

⁷⁰⁹ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*), r.o. 2.8.5.

⁷¹⁰ Barkhuysen 2019, p. 2931. Zie hierover ook Sanderink & Schlössels 2019, p. 3227. Kortmann vraagt zich af of de Hoge Raad een onderscheid wil maken tussen de (objectieve) rechtsgeldigheid en (subjectieve) rechtmatigheid van een besluit. Volgens hem zou dat revolutionair zijn ‘omdat dat een einde maakt aan de leer van de formele rechtskracht bij alle besluiten, en in elk geval die waarbij sprake is van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid’. Vgl. Kortmann *AB* 2019/519.

⁷¹¹ Barkhuysen 2019, p. 2931.

⁷¹² HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*), r.o. 2.8.5.

⁷¹³ Dogmatisch bezien komt de oplossing in mijn ogen vreemd over. De Hoge Raad lijkt er, als gezegd, namelijk net als de Afdeling bestuursrechtspraak van uit te gaan dat de veiligheidsrisico's van de Groningers tot 2017 werden meegewogen onder ‘risico van schade ten gevolge van beweging van de aardbodem’. Hier biedt de hierna te bespreken uitzonderingsgrond van r.o. 2.8.6 soelaas. Terecht roept A-G Wattel de vraag op of de Afdeling Bestuursrechtspraak de veiligheidsrisico's ook in het criterium begrepen zou hebben geacht ruim vóór de beving bij Huizinge, met name ten tijde van de instemmingsbesluiten met de winningsplannen 2003 en 2007, toen zowel de Staat als NAM uitdroegen dat hoogstens lichte schade aan gebouwen zou kunnen ontstaan. In dat geval is het niet-gebruikt zijn van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming aan de overheid te wijten en kan op deze grond een uitzondering op de formele rechtskracht worden aanvaard. Een dergelijke oplossing komt mij zuiverder voor. Zie conclusie A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2019:496, par. 4.4.12 bij HR 10 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*).

een behoorlijke rechtsbescherming van die derde, aldus de Hoge Raad. De betrokken derden mogen er, kort gezegd, in beginsel op vertrouwen dat het instemmende bestuursorgaan de risico's behoorlijk heeft onderzocht en dat de afweging eveneens naar behoren heeft plaatsgevonden.⁷¹⁴ Hier prevaleert het belang van een rechtvaardige uitkomst en rechtsbescherming boven dat van de rechtszekerheid.

Beide door de Hoge Raad aangereikte wegen lijken voor zaken waarin het om ernstige (verwezenlijkte) veiligheidsrisico's gaat een mogelijkheid te bieden om de gevolgen van de leer van de formele rechtskracht te omzeilen.⁷¹⁵ Op die wijze wordt bewerkstelligd dat sprake is van een effectieve doorwerking. Dat is in elk geval goed nieuws en winst.

Vooralsnog gaat het bij de aardbevingsschade in Groningen echter om een 'einzelfal'. Die ene zwaluw maakt nog geen zomer. Als gevolg daarvan is het moeilijk om te beoordelen of meer in het algemeen aan het EVRM wordt voldaan als het om formele rechtskracht gaat. Tegelijkertijd wordt wel meteen pijnlijk duidelijk hoe groot het contrast is met de hiervoor beschreven zaak over de Enschedese vuurwerkkramp. In die zaak werden geen uitwegen aangenomen, terwijl sprake was van dodelijke slachtoffers en een ondeugdelijke vergunning.

2.2.4 Toetsing van besluiten

Als gevolg van de leer van de formele rechtskracht is er weinig rechtspraak waarin de burgerlijke rechter overheidsbesluiten inhoudelijk beoordeelt.⁷¹⁶ Als het tot een inhoudelijke beoordeling komt, dient de rechter na te gaan *of* er plicht tot het uitoefenen van een bevoegdheid bestaat. Daarna komt aan de orde *hoe* de bevoegdheid tot het nemen van een besluit in een concreet geval had moeten worden uitgeoefend. Zo normeert het evenredigheidsbeginsel bijvoorbeeld de uitkomst van de afweging die aan het besluit ten grondslag ligt. Bij schending van een dergelijk beginsel is sprake van een handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

Een voorbeeld van een zaak waarin een concrete belangenafweging wordt gemaakt, is het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland van 1 maart 2017 over de aardbevingsschade door gaswinning in Groningen.⁷¹⁷ Naar het oordeel van de rechtbank had de minister na de beving in Huizinge op 16 januari 2012 en zeker na het rapport van 22 januari 2013 van het Staatstoezicht op de Mijnen (SodM) de gasproductie met het oog op de veiligheidsrisico's voor inwoners van het Groningerveld zoveel als gelet op de leveringszekerheid mogelijk was, moeten beperken. De rechtbank verwijst in dit verband naar een eerdere uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over het instemmingsbesluit van januari

⁷¹⁴ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*), r.o. 2.8.6. Deze uitzondering op de formele rechtskracht lijkt op de uitzondering die is aangenomen in HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2598 (*Barneveld/Sierkstra*), r.o. 3.6.3. In dat arrest kon de formele rechtskracht van een besluit niet tegengeworpen worden aan degene die dit begunstigende besluit had aangevraagd, aangezien hij erop mag vertrouwen dat juist is gehandeld en vanwege het begunstigende karakter van dat besluit van hem niet verwacht kon worden dat hij daartegen rechtsmiddelen zou aanwenden. Vgl. Heinrich e.a. 2019, p. 2577.

⁷¹⁵ De uitzonderingsgrond van r.o. 2.8.6 leent zich ook voor toepassing in zaken waarin wordt aangevoerd dat de minister het instemmingsbesluit had moeten intrekken, dan wel anderszins een besluit had moeten nemen tot een lager winningsplafond.

⁷¹⁶ Schutgens 2015, p. 82.

⁷¹⁷ In deze zaak wordt toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling omdat zowel de Staat als de rechtbank meegaan in de stellingname van eisers dat vanwege de bijzonderheden van de problematiek hun niet in redelijkheid kan worden tegengeworpen dat zij geen aanvraag hebben gedaan bij de minister om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om het instemmingsbesluit in te trekken dan wel anderszins een besluit had moeten nemen tot een lager winningsplafond. Vgl. Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (*Eisers/NAM & Staat*), r.o. 4.1.11.

2015 en het wijzigingsbesluit van juni 2015 betreffende de gaswinning in de periode 1 januari 2014 tot en met 30 september 2016. In deze uitspraak heeft de Afdeling overwogen dat niet deugdelijk is gemotiveerd waarom een verdere beperking van de gaswinning dan tot de in het wijzigingsbesluit genoemde 33 miljard m³ per jaar niet mogelijk is, terwijl een verdere beperking wel bijdraagt aan de veiligheid in het aardbevingsgebied.⁷¹⁸ In de uitspraak van de Afdeling leest de rechtbank dat de Afdeling van oordeel is dat de minister, gelet op de veiligheidsrisico's, in het aardbevingsgebied een onjuiste afweging heeft gemaakt. Dit betekent, aldus de rechtbank, dat de Staat sinds januari 2013 zijn zorgplicht 'onvoldoende heeft ingevuld'.⁷¹⁹

In de context van dit boek is het vooral interessant om na te gaan of dit nationale toetsingskader Straatsburg-proof is. In zaken waarin het gaat om (milieu)vervuiling en/of overlast, hanteert het EHRM een 'fair balance'-test.⁷²⁰ Dat is in lijn met de Nederlandse praktijk van de concrete belangenafweging. Als een zaak door het EHRM in de sleutel van risicovolle activiteiten wordt geplaatst, wordt de toetsing echter anders ingestoken. In dat geval gaat het Hof na of er een wettelijk en bestuurlijk kader in het leven is geroepen om de risicovolle activiteit te reguleren. Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat dit kader dient te zijn toegesneden op de bijzondere kenmerken van de activiteiten in kwestie en de daaruit voortvloeiende risico's. Het dient onder meer regelgeving te bevatten met betrekking tot de vergunningverlening en de start van risicovolle activiteiten.⁷²¹

In de hiervoor beschreven zaak is in het bedoelde kader voorzien door onder meer de Mijnbouwwet. Dit kader moet vervolgens ook dusdanig worden toegepast dat het effectief is. Het is heel goed mogelijk dat het EHRM in dit verband zou toekomen aan een beoordeling van de besluitvorming en dat het in dat verband een met de rechtbank te vergelijken belangenafweging maakt. Ook het EHRM zoekt bij de beoordeling immers aansluiting bij eerdere gebeurtenissen en rapportages door deskundigen.⁷²² Het toetsingskader zoals dat er nu ligt is toereikend en dat in deze zaak niet aan dat kader is voldaan is dan terecht.

2.3 Onrechtmatige wetgeving

2.3.1 Toetsing van wetgeving

Bij de bestuursrechter staat geen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften open (artikel 8:3 Awb). Als gevolg daarvan hebben burgers zich tot de burgerlijke rechter gewend om wettelijke voorschriften aan te vechten via een actie uit de onrechtmatige daad.⁷²³ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat het onrechtmatige daadsrecht in principe gewoon van toepassing is op de uitoefening

⁷¹⁸ ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Gaswinning*), r.o. 31.14.

⁷¹⁹ Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (*Eisers/NAM & Staat*), r.o. 4.1.12.2.

⁷²⁰ Zie hoofdstuk 2, § 3.5.2.

⁷²¹ Vgl. hoofdstuk 2, § 4.3.4.

⁷²² Vgl. Gijsselaar & De Jong 2016, p 39-40. Overigens is het ook mogelijk dat het EHRM in plaats van of in aanvulling op een inhoudelijke beoordeling kijkt naar de kwaliteit en zorgvuldigheid van de nationale besluitvormingsprocedures. Zie hierover Huijbers 2018.

⁷²³ Zie over onrechtmatige wetgeving onder meer: Polak 1987; Van Buuren 1987; Van Male 1988; Bok 1991; Schutgens 2009; Sillen 2010.

van de wetgevende functie door de overheid.⁷²⁴ Niet alle soorten wetgeving kunnen echter worden getoetst. Een onderscheid dient gemaakt te worden tussen wetten in formele zin⁷²⁵ en lagere regelingen.

Een lagere regeling kan worden getoetst aan hogere wettelijke voorschriften⁷²⁶ of ongeschreven rechtsbeginselen.⁷²⁷ Het gevolg van het uitvaardigen en handhaven van een lager wettelijk voorschrift dat in strijd is met een hogere regel of ongeschreven rechtsbeginselen, is dat deze norm als onverbindend dient te worden aangemerkt. Daarmee is de onrechtmatigheid van het voorschrift gegeven.⁷²⁸ Strijdigheid van de uitvaardiging en handhaving van een lagere regeling met een ieder verbindende verdragsbepaling kan eveneens een onrechtmatige daad opleveren. Zoals hierna zal blijken, kan een lager wettelijk voorschrift op grond van artikel 94 Grondwet aan een ieder verbindende bepalingen worden getoetst en bij strijdigheid onverbindend worden verklaard.⁷²⁹

Waar het om formele wetgeving gaat, werpt het nationale recht wél een belemmering op voor het vaststellen van onrechtmatigheid. Wetten in formele zin kunnen, gelet op het toetsingsverbod,⁷³⁰ namelijk niet worden getoetst aan de Grondwet of aan andere hogere regels.⁷³¹ In het verlengde hiervan heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter ook niet mag nagaan of formele wetten in overeenstemming zijn met ongeschreven rechtsbeginselen en regels van ongeschreven internationaal recht.⁷³² Dat roept tevens de vraag op of een formele wet die in strijd is met een ieder verbindende verdragsbepaling een onrechtmatige daad kan opleveren. Op grond van artikel 94 Grondwet vinden wetten geen toepassing, als deze in strijd zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Strikt genomen gaat het in dit artikel dus niet om toetsing door de rechter van wetten als zodanig, maar om toetsing van de toepassing van wetten.⁷³³ Zowel in de rechtspraak⁷³⁴ als literatuur⁷³⁵ is echter

⁷²⁴ HR 22 maart 1960, *NJ* 1969/316 (*Pocketbooks II*).

⁷²⁵ Wetten in formele zin zijn door de regering en de Staten Generaal gezamenlijk vastgesteld. Vgl. artikel 81 Grondwet.

⁷²⁶ HR 1 juli 1983, *NJ* 1984/360 (*LSV*).

⁷²⁷ HR 16 mei 1986, *NJ* 1987/251 (*Landbouwvliegers*). Indien de toetsing van lagere regelgeving de facto tot gevolg heeft dat de wet in formele zin waarop deze regelgeving is gebaseerd, wordt getoetst, kan deze toetsing niet plaatsvinden. Zie *Kamerstukken I* 1976/77, 13872 en 13873, 55b, p. 15-16.

⁷²⁸ Polak 1987, p. 139; Huijgen 1991, p. 145; Kistenkas 1994, p. 14; Bok 1991, p. 128; Wiarda/Koopmans 1999, p. 68-69; Kortmann 2003, p. 507; Meijer 2007, p. 16; Schutgens 2009, p. 36-38; Schutgens 2015, p. 82. Er zijn ook andere benaderingen bepleit die erop neerkomen dat de onrechtmatigheid nauwer wordt verbonden met de concrete schadetoebrenging of het concrete belang van de burger dat in de verdrukking komt. Zie hierover Schutgens 2009, p. 45-50.

⁷²⁹ Een andere mogelijke route is de lagere regeling onverbindend te verklaren op grond van een algemeen rechtsbeginsel dat lagere regelingen niet in strijd mogen zijn met verdragsbepalingen. Vgl. Schutgens 2009, p. 12 die zich heeft laten inspireren door Besselink 1995, p. 55.

⁷³⁰ Artikel 120 Grondwet bepaalt dat de rechter niet in de beoordeling van de grondwettigheid van formele wetten mag treden.

⁷³¹ Zie met betrekking tot formele toetsing (beoordeling of bij het tot stand brengen van de wet is voldaan aan de daarvoor gestelde procedurele vereisten) van wetten in formele zin HR 27 januari 1961, *NJ* 1963/248 (*Van den Bergh/Staat*) en HR 19 november 1999, *NJ* 2000/160 (*Tegelen/Limburg*), r.o. 3.4.

⁷³² HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469 (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.6; HR 14 april 2000, *NJ* 2000/713 (*Kooren-Maritiem/Staat*), r.o. 3.4.1; HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469 (*NVV/Staat*), r.o. 4.2. Uitzonderingen zijn denkbaar wanneer een verdragsbepaling zelf verwijst naar regels van ongeschreven internationaal recht: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/382.

⁷³³ Kortmann 2003, p. 506. Zie voor een beschrijving van de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 94 Grondwet Brouwer 1992, p. 142-145; Fleuren 2004, p. 184-188; Schutgens 2009, p. 11-13.

⁷³⁴ Zie bijvoorbeeld HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493 (*Wet herstructurering varkenshouderij*); HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:917 (*Hondenbelasting*), r.o. 4.2.1; HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723 (*Gemiste vakantie*), r.o. 3.4.2.

⁷³⁵ Fleuren 2004, p. 344-345; Meijer 2007, p. 16; Schutgens 2009, p. 13 en 39; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/381 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

aangenomen dat een wet aan een ieder verbindende verdragsbepaling kan worden getoetst. In geval van strijd tussen beide is het tot stand brengen (en handhaven en toepassen) van de (formele) wet onrechtmatig.⁷³⁶

Over de vraag of de rechter een wettelijk voorschrift dat volgens hem in strijd is met een verdragsbepaling vervolgens ook als onverbindend mag aanmerken, bestaat verdeeldheid in de literatuur. Er zijn auteurs die van mening zijn dat de redactie van artikel 94 Grondwet onverbindendverklaring verbiedt: het gaat enkel om het niet toepassen van de wet.⁷³⁷ Een groeiend aantal auteurs neemt daarentegen aan dat de rechter wetgeving wegens strijd met verdragsrecht wel degelijk onverbindend mag verklaren.⁷³⁸ Een aantal van hen stelt dat artikel 94 Grondwet in wezen niets zegt over de vraag of een wettelijk voorschrift onverbindend mag worden verklaard. Het is dan weinig consistent om bij de toetsing van lagere voorschriften aan de wet wel, en bij toetsing aan verdragen niet onverbindend te verklaren.⁷³⁹ Ook de Hoge Raad lijkt er in een zaak over het rookverbod in kleine cafés vanuit te gaan dat artikel 94 Grondwet onverbindendverklaring verlangt door te overwegen dat het hof terecht voor recht heeft verklaard dat de uitzondering op dit verbod onverbindend is wegens strijd met de verplichting van artikel 8 lid 2 WHO Kaderverdrag om effectieve bescherming te bieden tegen blootstelling aan tabaksrook in openbare gebouwen.⁷⁴⁰

Uit het voorgaande volgt dat het nationale recht weliswaar een belemmering opwerpt voor toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet, maar dat deze belemmering niet geldt voor de toetsing van diezelfde wetgeving in formele zin aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, zoals die besloten liggen in het EVRM. Geïnspireerd door de zaak over het rookverbod in kleine cafés, zou het – hypothetisch gezien – kunnen gaan om een verbod op het gebruik van een gevaarlijke stof, zoals Chroom VI, dat gedeeltelijk wordt opgeheven. In dat geval kan betoogd worden dat in strijd met een positieve verplichting op grond van artikel 2 en/of 8 EVRM wordt gehandeld. Onverenigbaarheid kan in dergelijke zaken eenvoudig worden vastgesteld. Hoewel het EHRM een dergelijke oplossing niet voorschrijft, heeft de rechter hier wel een middel in handen om een bijdrage te leveren aan het voorkomen van een schending van het EVRM. Al was het alleen maar om de wetgever een belangrijke boodschap (terug) te geven.⁷⁴¹

Een voorbeeld van een zaak waarin wordt getoetst of het van wetgeving uitgaande beschermingsniveau de toets van het EVRM kan doorstaan, is de *Luchtvervuiling*-zaak. In deze zaak is door Milieudefensie c.s. aangevoerd dat de Staat zich bij het terugdringen van luchtvervuiling niet alleen door de toepasselijke Europese richtlijn moet laten leiden, maar ook aan de grenswaarden uit de WHO-richtwaarden moet voldoen. Door dit na te laten zou de Staat in strijd met de op hem rustende positieve verplichtingen op grond van artikel 2 en/of artikel 8 EVRM handelen. Het hof gaat ervan uit

⁷³⁶ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/381 (online, bijgewerkt 2 november 2019) onder verwijzing naar Wiarda/Koopmans 1999, p. 69; Barkhuysen, Van Emmerik & Hielkema 2008, p. 298; Schutgens 2009, 13 en 39; Polak 2010, p. 45 e.v.

⁷³⁷ Zie bijvoorbeeld: Van Maanen 2000, p. 99-100 (betwist door Brouwer & Schilder 2000, p. 184-186); Bellekom e.a. 2007, p. 332; Fleuren 2004, p. 344-345.

⁷³⁸ Zie bijvoorbeeld Van Buuren 1987, p. 60; Polak 1987, p. 109; Schutgens 2009, p. 10-13; Sillen 2010, p. 85; Uzman 2013, p. 74 e.v. Uzman is van mening dat de rechter een voorschrift op basis van artikel 94 Grondwet onverbindend mag verklaren, maar dat de bepaling in dat geval wel opgevat dient te worden als een splitsingsgebod. Het voorschrift dient steeds gesplitst te worden in rechtmatige of onrechtmatige gedeelten.

⁷³⁹ Van Buuren 1987, p. 64-65; Schutgens 2009, p. 13; Sillen 2010, p. 85.

⁷⁴⁰ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Vrijstelling rookverbod kleine cafés*), r.o. 3.6.1-3.6.4. Zie ook HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1943 (*Fierensmarge*), r.o. 3.4.10-3.4.12.

⁷⁴¹ Vgl. Gerards 2008, p. 161.

dat het bij de beoordeling van dit verwijt aankomt op de vraag of door de Staat een ‘fair balance’⁷⁴² is getroffen tussen maatschappelijke en economische belangen enerzijds en de gezondheidsbelangen van de door Milieudefensie c.s. vertegenwoordigde individuen, anderzijds. Naar het oordeel van het hof kan niet worden vastgesteld dat de Staat niet binnen de hem toekomende ‘margin of appreciation’ (beter: beleidsmarge)⁷⁴³ is gebleven. Daarbij is voor het hof van belang dat de WHO-richtwaarden richtsnoeren zijn die de Staat op zichzelf niet binden. Zij zijn bovendien meegenomen bij de bepaling van de grenswaarden van de richtlijn, en met die richtlijn hebben het Europees Parlement en de Raad invulling gegeven aan de op de lidstaten rustende verplichtingen die voortvloeien uit onder meer artikel 2 en 8 EVRM. Nederland heeft de grenswaarden van de richtlijn in de Wet milieubeheer overgenomen. Aldus heeft de Staat naar het oordeel van het hof beoogd uitvoering te geven aan zijn verplichtingen op grond van het EVRM. Bij de beantwoording van de vraag of de Staat binnen de beleidsmarge is gebleven, is naar het oordeel van het hof relevant dat de Staat reeds maatregelen neemt ter verbetering van de luchtkwaliteit en dat die maatregelen ook al hebben geleid tot verbetering van de luchtkwaliteit. De Staat werkt dus toe naar de WHO-richtwaarden. Bovendien brengt het feit dat er een veelheid van concrete verontreinigingsbronnen is met zich dat er uiteenlopende economische en maatschappelijke consequenties zijn, en ook die moet de Staat in zijn afweging betrekken. Het betoog van Milieudefensie c.s. faalt dan ook.⁷⁴⁴

2.3.2 Niet wetgeven

Naast de uitvaardiging en handhaving van een regeling kan ook het niet wetgeven onrechtmatig zijn.⁷⁴⁵ Wordt een verwijt gericht tot de lagere wetgever, dan bestaat er geen belemmering om te toetsen of met het niet wetgeven een (publiekrechtelijke) plicht tot regelgeving wordt geschonden. In de literatuur is betoogd dat de rechter zich bij de toetsing dan wel terughoudend zal moeten opstellen.⁷⁴⁶ Dat laat zich gemakkelijk verklaren vanuit de leer van de trias politica. Het is onwenselijk dat de rechter beoordeeld of wetgevend optreden nodig is. Dat is bij uitstek een taak die aan de democratisch gekozen wetgever toekomt.⁷⁴⁷ Wanneer het echter gaat om een rechtsplicht (tot wetgeving) die voortvloeit uit het EVRM, is terughoudendheid naar mijn mening minder op zijn plaats. Wanneer geen wetten tot stand zouden worden gebracht, wordt gehandeld in strijd met een direct werkende verdragsbepaling die tot wetgeven verplicht. Dat levert een onrechtmatige daad op en dat zal tot aansprakelijkheid moeten leiden.⁷⁴⁸

⁷⁴² Een ‘fair balance’-test in een artikel 2 EVRM-situatie werkt bevreemdend. Zie daarover 2.8.3.2.

⁷⁴³ De ‘margin of appreciation’ doctrine is primair een instrument voor het EHRM zelf, dat bepaalt hoe terughoudend of hoe intensief het zich heeft op te stellen jegens de staten. Voor nationale rechters is het volgens Gerards & Fleuren in het algemeen een minder relevante doctrine, in die zin dat zij die niet één op één kunnen toepassen in hun eigen toetsing. Zie Gerards & Fleuren 2013, p. 46.

⁷⁴⁴ Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Luchtvervuiling*), r.o. 3.16-3.23.

⁷⁴⁵ Zie hierover Schutgens 2009, p. 44.

⁷⁴⁶ Van Boom & Giesen 2001, p. 1678; Meijer 2007, p. 126.

⁷⁴⁷ Ook de Raad van State wees er in 1974 op dat voor het beslechten van politieke strijdpunten de politieke organen het best gekwalificeerd zijn. Zij worden namelijk democratisch gecontroleerd in tegenstelling tot de rechterlijke macht. Vgl. Cliteur 1989, p. 1369 onder verwijzing naar de Regeringsnota juni 1974, advies van de Raad van State van de Koningin, nr. 3.

⁷⁴⁸ Vaste rechtspraak van de Hoge Raad verzet zich er wel tegen dat de rechter aan de Staat beveelt om wetgeving tot stand te brengen of in te trekken. Zie voor een overzicht van deze rechtspraak HR 13 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887 (conclusie PG Langemeijer & Wissink), r.o. 5.36 e.v., bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*). Het bepalen van een ondergrens van hetgeen *met alle maatregelen tezamen*

Door Van Boom en Giesen is indertijd betoogd dat naar (toen) geldend recht het toetsingsverbod ten aanzien van wetgeving in formele zin zo sterk is, dat het ook moet gelden ten aanzien van het nalaten om dergelijke wetgeving in het leven te roepen.⁷⁴⁹ Uitzondering daarop is de situatie dat een toezegging is gedaan om wetgeving tot stand te brengen.⁷⁵⁰ Zoals hiervoor is beschreven, speelt het toetsingsverbod in een internationale context echter geen rol.⁷⁵¹ Dat betekent dat kan worden getoetst of het niet wetgeven (in de zin van het creëren van een formele wet) in strijd is met direct werkende verdragsbepalingen. In dezelfde zin heeft ook het Hof Den Haag geoordeeld in zijn arrest van 25 oktober 2007. In deze zaak vorderde de Consumentenbond een verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is voor alle schade die is of zal worden geleden door alle personen die na een bezoek aan de Westfriese Flora besmet zijn geraakt met de legionellabacterie en bij wie als gevolg daarvan ziekteverschijnselen zijn ontstaan. In dit arrest heeft het hof overwogen dat het niet mogelijk is om de vraag of een wet in formele zin tot stand had moeten komen aan de Grondwet te toetsen, maar dat die mogelijkheid wel bestaat ten aanzien van verdragsbepalingen met directe werking.⁷⁵² Op dit punt is het Nederlandse recht dus EVRM-proof.

In zaken waarin het gaat om verplichtingen uit het EVRM, gaat het veelal om het verwijt dat een groot, veel burgers bedreigend gevaar niet of niet eerder door overheidsregulering is ingetoomd. Zoals hiervoor is weergegeven, kan de rechter het vermeende regelgevingsfalen toetsen aan een algemeen afwegingskader, al dan niet ontleend aan positieve verplichtingen. Daarnaast kan ook worden getoetst aan (een aangepaste toepassing van) de Kelderluikfactoren.⁷⁵³ In de *Q-koorts*-zaak is het nalaten om deze ziekte als besmettelijke dierziekte aan te wijzen en daarna bij ministeriële regeling maatregelen te treffen, getoetst aan genoemde factoren. Ik waag te betwijfelen of dat juist is.

In mijn ogen zou het verwijt dat de Staat te lang heeft gewacht met het treffen van adequate maatregelen om te beschermen tegen de bekende gevaren van *Q-koorts*, door het EHRM zijn opgesplitst naar regelgevingsfalen en een nalaten om 'preventive measures' te nemen. Voor zover het gaat om het verwijt dat is nagelaten om *Q-koorts* als besmettelijke dierziekte aan te wijzen, lijkt het om regelgevingsfalen te gaan. De categorie 'preventive measures' lijkt aan de orde te zijn waar het om het (al dan niet bij ministeriële regeling) treffen van maatregelen gaat. Het gaat om bronopsporing, de meldplicht, maatregelen met betrekking tot hygiëne, mest en vervoer, de tankmelktest, vaccinatie, het fokverbod en het ruimen. Het EHRM zal zich hier waarschijnlijk weinig gelegen laten liggen aan het feit dat voor verschillende van deze maatregelen besluiten zijn vereist. *De facto* gaat het hier immers om het nemen van 'preventive measures'. Het *Osman*-criterium is dan van toepassing. Zoals hierna in paragraaf 2.5.3 zal blijken, gaat het hier om een met de Kelderluikfactoren te vergelijken mechanisme. Ten aanzien van bepaalde specifieke wetgevingsmaatregelen zoals specifieke regulering van

zal moeten zijn bereikt in verband met de uit artikel 2 en 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen is wél toegestaan. Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 8.2.2-8.2.7.

⁷⁴⁹ Van Boom & Giesen 2001, p. 1678.

⁷⁵⁰ HR 19 februari 1993, AB 1993/305 (*Aruba/Lopez*). Schutgens (2009, p. 44) leest in dit arrest dat de overheid aansprakelijk is voor niet-wetgeven als ten onrechte geen formele wet tot stand is gebracht. Dat lijkt mij een onjuiste interpretatie omdat in deze specifieke zaak waarschijnlijk bijzondere omstandigheden, gelegen in het feit dat een onvoorwaardelijke toezegging was gedaan, de doorslag hebben gegeven. Zie ook Bloembergen in zijn noot onder HR 14 april 2000, NJ 2000/713 (*Kooren-Maritiem/Staat*).

⁷⁵¹ Ook Van Boom & Giesen (2001, p. 1678) zelf wijzen erop dat het toetsingsverbod wellicht nog via het EVRM omzeild kan worden.

⁷⁵² Hof Den Haag 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (*legionellabesmetting*), r.o. 4.8.4-4.8.9. Deze kwestie kwam bij de Hoge Raad niet aan de orde.

⁷⁵³ Zie Van Ettekoven e.a. 2018, p. 62.

dierentransport of een vervoersverbod dat al dan niet naar aanleiding van een reëel en onmiddellijk risico moet worden genomen, is een toetsing aan Kelderluikfactoren dan ook goed voorstelbaar.

In *Q-koorts* lijkt het echter om meer te gaan dan alleen het toetsen van specifieke wetgevingsmaatregelen. Bij die nuance wordt duidelijk waar de schoen wringt. Door telkenmale eerst te toetsen of er sprake is van een ten onrechte nalaten om een bepaalde maatregel te nemen en bij een negatief antwoord op die vraag vervolgens te overwegen dat het dus ook niet noodzakelijk was om ten behoeve van het invoeren van deze maatregel *Q-koorts* aan te wijzen als besmettelijke dierziekte⁷⁵⁴ miskent de rechtbank in mijn ogen (wellicht ingegeven door de wijze van procesvoering) dat er dan nog steeds sprake kan zijn van een regelgevingsfalen op een hoger abstractieniveau. De vraag of er, gelet op de aanwezige kennis, niet eerder had moeten worden overgegaan tot het toepasselijk maken van het wettelijk kader is daarmee namelijk nog niet beantwoord. Het gaat hier – anders dan bij *Osman* – om kennis over het bestaan van een levensbedreigende of gezondheidsbedreigende situatie in het algemeen. Het gaat er dan om of de Staat op grond van de totstandkomingsgeschiedenis, resultaten van wetenschappelijk onderzoek, voorlichting van deskundigen, klachten en/of meldingen en documenten van internationale organisaties in een eerder stadium had moeten besluiten om *Q-koorts* aan te duiden als besmettelijke dierziekte. Daarbij valt op dat *Q-koorts* bij of krachtens de Infectieziektenwet en de Wet publieke gezondheid (WPG) is aangewezen als infectieziekte. Ingevolge deze wet is de arts verplicht een dergelijke ziekte te melden aan de GGD. De reden voor een meldingsplicht in deze categorie is dat bij de wetgever bekend is dat de ziekte wordt verspreid via landbouwhuisdieren zoals schapen, geiten en koeien (melk!) en andere dieren. Brononderzoek en collectieve maatregelen zijn in dat geval nodig. Daarbovenop blijkt uit een advies van het Outbreak Management Team (OMT) van oktober 2007 dat met het begin van het lammerseizoen 2008 opnieuw verhoogde blootstelling is te verwachten. Naar het zich laat aanzien is *Q-koorts* een (nieuw) volksgezondheidsprobleem, zo wordt op dat moment overwogen.⁷⁵⁵ Het is dan ook de vraag of er niet reeds in 2007 aanleiding was om *Q-koorts* als besmettelijke ziekte aan te wijzen.

Uiteraard dienen bij de afweging om *Q-koorts* als besmettelijk ziekte aan te wijzen de belangen van de desbetreffende sector niet uit het oog te worden verloren. Wel is het zo dat die beoordelingsruimte wordt begrensd wanneer artikel 2 en 8 EVRM in het spel zijn. Het feit dat de *Q-koorts* in eerste instantie op de a-grond van artikel 15 lid 2 Gezondheids- en welzijnswet voor dieren (ziekte kan zich snel uitbreiden, ernstige schade berokkenen aan de betrokken diersoort en niet of niet volledig worden voorkomen of bestreden met normale bedrijfsmiddelen) als besmettelijk dierziekte is aangemerkt, lijkt erop te duiden dat er op dat moment vooral rekening is gehouden met de belangen van de melkgeiten- en melkschapenhouders. Pas later is de c-grond van artikel 15 lid 2 Gezondheids- en welzijnswet voor dieren (ernstig gevaar voor de volksgezondheid) toegepast.

Hiermee is uiteraard nog niet gezegd dat de belangenafweging anders had moeten uitvallen en er dus sprake is van een regelgevingsfalen. Wel valt op dat de rechtbank (opvallend) snel voorbijgaat aan het verwijt dat de Staat heeft nagelaten adequate maatregelen te treffen om te beschermen. De Kelderluikfactoren zijn niet geschikt (en ook niet bedoeld) voor een afweging op dit hoger abstractieniveau. Hier was en is een expliciete toetsing aan de positieve verplichting om te voorzien in een specifiek en op de context toegesneden wettelijk en bestuurlijk kader aangewezen. De enkele verwijzing naar de verplichting voor de Staat om ‘indien hij op de hoogte is of wordt geacht te zijn van

⁷⁵⁴ Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.59, 5.63, 5.80, 5.94 en 5.108.

⁷⁵⁵ Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 2.37 en 2.43.

een reële en onmiddellijke bedreiging van de gezondheid en/of het leven van (een bepaalde groep van) personen' (wettelijke) maatregelen te treffen,⁷⁵⁶ volstaat in mijn ogen niet. Telkens dient goed te worden bezien welke maatstaf zich voor toepassing leent. Dat toepassing van de Kelderluikfactoren niet tot de conclusie leidt dat sprake is van onrechtmatig handelen, wil nog niet zeggen dat de Staat rechtmatig handelt. Het kan ook betekenen dat de verkeerde maatstaf wordt gehanteerd. Hier had moeten worden getoetst aan de positieve verplichting om te voorzien in een wettelijk en bestuurlijk kader.

2.4 Beleidsfalen

Een derde categorie van overheidsfalen is beleidsfalen. Daarvan wordt gesproken wanneer de overheid nalaat om via beleidsinstrumenten de betrokken actoren aan te zetten tot het bieden van bescherming tegen bedreigingen voor bijvoorbeeld de fysieke veiligheid en/of de gezondheid.⁷⁵⁷ Evenals een vermeend regelgevingsfalen, kan ook een vermeend beleidsfalen worden getoetst aan het afwegingskader ontleend aan positieve verdragsverplichtingen. Wanneer beleid ter beoordeling voorligt dat erop is gericht om aan te zetten op een bepaalde manier te reageren op bedreigingen, komt het aan op het invullen van normen uit het EVRM die zeer algemeen zijn geformuleerd. Omdat de uitspraken van het EHRM bovendien sterk zijn toegesneden op de concrete omstandigheden van het geval, biedt ook de rechtspraak van het hof veelal weinig houvast. Om het beschermingsniveau dat behaald moet worden te bepalen, kan echter wel aansluiting worden gezocht bij de interpretatiemethoden die het EHRM zelf hanteert.⁷⁵⁸ Zo beoordeelt het hof in *Luchtvervuiling* of op de juiste wijze uitvoering is gegeven aan de EU-richtlijn. De niet-naleving van de WHO-normen valt – anders dan in de klimaatzaak – binnen de aan de Staat toekomende 'margin of appreciation'.

Naast toetsing aan een afwegingskader ontleend aan positieve verdragsverplichtingen kan ook worden getoetst aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Zoals in eerste aanleg in die zaak terecht is overwogen, zou dat in *Luchtvervuiling* niet tot een andere uitkomst hebben geleid. Die toets zou immers ook neerkomen op een afweging van gezondheidsbelangen tegen de maatschappelijke en economische belangen die door strengere maatregelen geraakt zouden worden, een en ander met een ruime beleidsmarge voor de Staat. In wezen verschilt die afweging dus niet van de 'fair balance'-test (zie daarover § 2.5.2).⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.16.

⁷⁵⁷ Gijselaar & De Jong 2016, p. 38. De rechter mag beoordelen of de Staat minder maatregelen neemt dan overeenkomt met hetgeen op grond van het EVRM evident de ondergrens van zijn aandeel is (Vgl. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 6.3). Dat is positief omdat op die wijze effectieve bescherming kan worden geboden tegen mogelijke schendingen van het EVRM. Vgl. ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.5.2. Anders dan de Hoge Raad lijkt te suggereren, kan er naar mijn mening echter geen *verplichting* uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid om bij 'ernstiger schendingen' te voorzien in rechtsmiddelen waarmee schendingen effectief kunnen worden voorkomen. De aangehaalde zaken hebben enkel betrekking op specifieke gevallen, namelijk de situatie waarin de duur van de rechterlijke procedure duidelijk van invloed is op iemands 'family life' (EHRM 15 januari 2015, 62198/11 (*Kuppinger/Duitsland*), r.o. 136 en 137) en de voortdurende schending van artikel 3 EVRM in de gevangenis (EHRM 27 januari 2015, 36925/10 (*Neshkov e.a./Bulgarije*), r.o. 181; EHRM 31 oktober 2019, 21613/16 (*Ulemek/Kroatië*), r.o. 71).

⁷⁵⁸ Zie over de interpretatie van het EVRM: hoofdstuk 2.

⁷⁵⁹ Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380 (*Luchtvervuiling*), r.o. 4.91. Zie over de toetsing van de rechtbank: De Jong 2018, p. 217-219; Schutgens 2018, p. 125-127.

2.5 Ten onrechte nalaten feitelijke maatregelen te nemen⁷⁶⁰

2.5.1 Introductie

Naast rechtshandelingen, zoals die in de paragrafen hiervoor aan de orde zijn gekomen, worden door de overheid ook feitelijke handelingen verricht. In sommige gevallen zal het feitelijk optreden van de overheid grote gelijkenis vertonen met het handelen door private rechtspersonen, bijvoorbeeld wanneer de overheid optreedt in de hoedanigheid van werkgever of als (mede-)exploitant van een fabriek. In andere situaties gaat het om feitelijk handelen dat meer karakteristiek is voor de overheid, zoals het verstrekken van informatie over de blootstelling aan allerlei gevaren en het houden van toezicht. Deze laatste vorm van feitelijk handelen zal, gelet op enkele karakteristieke kenmerken die van belang zijn voor de eventuele aansprakelijkheid, in paragraaf 2.6 apart aan de orde komen. In deze paragraaf staat het ten onrechte nalaten om feitelijke maatregelen te nemen centraal. Hierbij kan gedacht worden aan een falen om onderzoek te doen, het nalaten om informatie te verschaffen en/of te waarschuwen, beschermende materialen te verschaffen, of burgers te onttrekken aan gevaarlijke situaties.

In sommige situaties is een duidelijk wettelijk kader voorhanden met daarin gedragsnormen met betrekking tot feitelijke maatregelen. Zo dient de Staat zich in zijn hoedanigheid als werkgever aan de Arbeidsomstandighedenwet te houden. Wanneer hij normen uit deze wet overtreedt, kan dat als onrechtmatig worden beschouwd. Naast specifiek geformuleerde normen zijn in enkele wetten ook vrij algemeen geformuleerde zorgverplichtingen opgenomen. Een bekend voorbeeld is de algemene zorgplicht van artikel 1.1a van de Wet milieubeheer.⁷⁶¹ Op grond van deze bepaling is een ieder verplicht voldoende zorg voor het milieu in acht te nemen. Deze zorg houdt in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken. De Hoge Raad heeft evenwel bepaald dat de zorgplichtbepaling van artikel 1.1a Wm geen zelfstandige betekenis heeft naast de onrechtmatige daadactie van artikel 6:162 BW.⁷⁶² Datzelfde geldt naar alle waarschijnlijkheid voor ruim geformuleerde zorgverplichtingen die in andere wetten zijn opgenomen.⁷⁶³ Door het bestaan van de algemene zorgvuldigheidnorm die is vastgelegd in het tweede lid van artikel 6:162 BW zijn dergelijke vangnetten dus eigenlijk niet nodig.

Wanneer geen duidelijk wettelijk kader met daarin specifiek geformuleerde gedragsnormen voorhanden is, dan is de vaststelling of een nalaten al dan niet onrechtmatig is, minder overzichtelijk. In dat geval wordt beoordeeld of er sprake is van een nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven

⁷⁶⁰ Deze tekst is grotendeels letterlijk overgenomen uit een eerder publicatie van mijn hand: Gijsselaar 2016. De bronnen zijn geactualiseerd. Nieuw is paragraaf 2.5.4.

⁷⁶¹ Zie bijvoorbeeld ook artikel 1.7 van de nog in te voeren Omgevingswet. Volgens deze bepaling is eenieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, verplicht om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen of die gevolgen zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken. Artikel 1.8 beperkt de reikwijdte enigszins door te bepalen dat aan de verplichtingen wordt voldaan, voor zover bij wettelijk voorschrift of besluit specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de wet, en die regels worden nageleefd. De Omgevingswet van 23 maart 2016 is op 26 april 2016 gepubliceerd in het Staatsblad (*Stb.* 2016, 156).

⁷⁶² HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0341 (*Wateringen/GIK*), r.o. 3.3.3.

⁷⁶³ Vgl. Bauw, in: *GS Onrechtmatige Daad*, aant. VIII.6.3.4 (online, bijgewerkt 2 januari 2020).

recht in het maatschappelijk recht betaamt (6:162 lid 2 BW). De rechter zal dan tot maatstaf nemen of de overheid in de gegeven omstandigheden voldoende zorg heeft betracht om de schade te voorkomen. Het gaat om een toetsing *ex post*, als de schade eenmaal is ontstaan, door de rechter. De rechter past echter een zorgvuldigheidsnorm toe die vertelt hoe de (potentieel) aansprakelijke persoon (*ex ante*) had behoren te handelen.

Wanneer is nu precies sprake van dergelijk maatschappelijk onzorgvuldig handelen? Een eerste indicatie hiervoor kan worden gevonden in het arrest *Staat/Shell*. Daarop zal hierna in paragraaf 2.5.2 worden ingegaan. Vervolgens wordt in paragraaf 2.5.3 ingegaan op de wijze waarop de algemene zorgvuldigheidsnorm aan de hand van de Kelderluikfactoren wordt ingevuld. In de daaropvolgende paragraaf (§ 2.5.4) wordt besproken hoe deze factoren zijn aangevuld met eigen inbreng van verschillende rechters. Betoogd wordt dat de nationale rechter uiteindelijk vergelijkbare toetsen hanteert als het EHRM. Of het eindresultaat van een rechterlijke toetsing EVRM-proof is, wordt uiteindelijk bepaald door de rechterlijke interpretatie en toepassing van de Kelderluikfactoren in het betreffende geval. Uit paragraaf 2.5.5 volgt dat daarbij risicovolle interpretaties bestaan.

2.5.2 Belangenafweging in Staat/Shell

Niet ieder risico verplicht de overheid tot het nemen van feitelijke maatregelen. Dat roept de vraag op wanneer er dan wel sprake is van zo'n plicht en van strijd met de zorgvuldigheid en dus onrechtmatig handelen als die plicht niet wordt opgevolgd. Een belangrijke aanwijzing voor het antwoord op deze vraag kan gevonden worden in de zaak *Staat/Shell*.⁷⁶⁴ In deze zaak over het verhaalsrecht van de Staat bij bodemverontreiniging heeft de Hoge Raad overwogen dat het antwoord op de vraag of is gehandeld in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen in abstracto ervan afhangt:

“of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn.”⁷⁶⁵

Uit deze overweging volgt dat de vaststelling van de (inhoud van de) zorgvuldigheidsnorm feitelijk neerkomt op een afweging van concrete belangen. Heeft de dader anders gehandeld dan hij had moeten doen met het oog op de belangen van anderen?⁷⁶⁶ Wanneer het gaat om een procedure die tegen de overheid aanhangig is gemaakt, staan algemene belangen en individuele belangen tegenover elkaar. In dat geval wordt *de facto* beoordeeld of door de overheid een ‘fair balance’ is gevonden tussen die belangen. Minimumvereiste is wel dat het betrokken belang kenbaar was. Alleen wanneer de overheid wist of behoorde te weten van de (dreigende) inbreuk op een belang kan een ongeschreven zorgplicht worden aangenomen. Ook voor het aannemen van een positieve verplichting om feitelijke maatregelen te nemen is vereist dat de Staat wist of behoorde te weten van een (dreigende) inbreuk op de door het EVRM beschermde rechten.⁷⁶⁷ Het betreft hier al met al zeer vergelijkbare mechanismen.

⁷⁶⁴ Vgl. Hartlief 2002, p. 483.

⁷⁶⁵ HR 30 september 1994, *NJ* 1996/196 (*Staat/Shell*), r.o. 3.8.4.

⁷⁶⁶ Hartlief 2002, p. 483.

⁷⁶⁷ Vgl. Gijsselaar & De Jong 2016, par. 3.3. Zie over het ‘knowledge’ vereiste meer uitgebreid Xenos 2012, p. 73 e.v.

2.5.3 Kelderluikfactoren

De in *Staat/Shell* gegeven nadere uiteenzetting van waar het bij de zorgvuldigheidsnorm eigenlijk om gaat, biedt uiteindelijk echter weinig objectieve aanknopingspunten voor de beslissing van de rechter. Hij zal dan ook de behoefte voelen om aan te sluiten bij meer concrete maatstaven die hij in zijn beschouwing kan betrekken. Vaak komen dan ook de Kelderluikfactoren (mede) aan bod in de afweging of de aangesprokene al dan niet maatschappelijk onzorgvuldig heeft gehandeld.⁷⁶⁸ In het Kelderluikarrest stond de vraag centraal of het in het leven roepen of het laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie onrechtmatig is jegens een bezoeker van een café. In het licht van de omstandigheden van het gegeven geval werd getoetst of de ten aanzien van ‘eens anders persoon of goed te vergen zorgvuldigheid’ vereist dat bepaalde veiligheidsmaatregelen worden getroffen. Of maatregelen nodig zijn, en welke dit dan zijn, hangt er onder meer van af of er rekening mee moet worden gehouden dat de benadeelde zelf niet de nodige oplettendheid en voorzichtigheid betracht. Daarbij moet worden gelet op:

‘(...) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.’⁷⁶⁹

Bij het oordeel over de onzorgvuldigheid hanteert de Hoge Raad met andere woorden vier factoren: in hoeverre het waarschijnlijk is dat anderen, die mogelijk door het gevaar worden bedreigd, niet de noodzakelijke voorzichtigheid en oplettendheid in acht zullen nemen (1), de kans op ongevallen (2), de ernst van de mogelijke gevolgen (3) en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen (4). De eerste twee factoren hangen nauw met elkaar samen en worden vaak gezamenlijk behandeld onder de noemer ‘kans op ongevallen’ of ‘waarschijnlijkheid van de schade’.⁷⁷⁰ Zij worden in de jurisprudentie min of meer als minimumvereiste voor aansprakelijkheid gehanteerd.⁷⁷¹ Wanneer er een zeer geringe kans op ongevallen staat, zal de gevaarzettende partij in beginsel niet aansprakelijk zijn. Van haar wordt niet verlangd dat elk mogelijk risico op schade wordt vermeden. Vervolgens komt de

⁷⁶⁸ Hartlief 2002, p. 484 onder verwijzing naar Bolt & Spier 1996, p. 85 e.v.; Sieburgh 2000, p. 73 e.v. en Barendrecht e.a. 2002, p. 14 e.v.

⁷⁶⁹ HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136 (*Kelderluik*). De Hoge Raad heeft de Kelderluikfactoren in *Martina/Curaçao* van een geactualiseerde formulering voorzien. Deze formulering is herhaald in *Vennemans/Nijmegen*. Vgl. HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47 (*Martina/Curaçao*), r.o. 3.4 en HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283 (*Vennemans/Nijmegen*), r.o. 3.5.6. Zie hierover en over de (afwijkende) benadering die de Hoge Raad in HR 7 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU6934 (*Bildtpollen/Miedema*) en HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zürich*) heeft gekozen: Jansen 2018, p. 99-101. Zie voor een rechtshistorische beschouwing van het Kelderluik-arrest en de invloed die dat arrest op het gevaarzettingsleerstuk heeft uitgeoefend: Van Dongen & Giesen 2018, p. 67-78.

⁷⁷⁰ In de arresten *Bildtpollen/Miedema* en *JMV/Zürich* omschrijft de Hoge Raad de eerste twee Kelderluikfactoren gezamenlijk als ‘de kans op schade’. Zie HR 7 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU6934 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3; HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zürich*), r.o. 3.3.2.

⁷⁷¹ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.3.9.6 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019) met de daarin vermelde jurisprudentie. Kritisch hierover zijn onder meer: A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest HR 9 juni 2006, *JA* 2006/99 (*Tunneltracé*); Novakovski 2006, p. 106-107; Van der Wiel 2007, p. 178; Jansen 2012, p. 399-400.

ernst van de gevolgen in beeld. Naarmate de ernst van de mogelijke gevolgen voortvloeiend uit gevaarzettend gedrag groter is, zal sneller sprake zijn van onrechtmatigheid van dat gedrag. Bij de analyse van de ernst van de gevolgen kan zowel naar de omvang als naar de aard van de te verwachten gevolgen worden gekeken.⁷⁷² Zo zal in geval van personenschade sneller tot een vergoeding kunnen worden overgegaan.⁷⁷³ Ten slotte wordt door de rechter naar de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen gekeken. Steeds zal moeten worden bezien wat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht van degene die schade heeft toegebracht aan de laedens. Daarbij wordt onder meer gelet op de feitelijke mogelijkheden van het nemen van dergelijke maatregelen en de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid ervan.⁷⁷⁴ Niet is vereist dat vaststaat dat indien wel maatregelen waren genomen, deze ook afdoende en succesvol zouden zijn geweest.⁷⁷⁵

Door Van Dam zijn de Kelderluikfactoren verder gerangschikt.⁷⁷⁶ Volgens hem moet voor het vaststellen van onrechtmatigheid van een gedraging de omvang van de zorg worden afgewogen tegen de omvang van het risico. Risico wordt door hem verdeeld in de waarschijnlijkheid van een ongeval en de ernst van de te verwachten schade en zorg wordt opgedeeld in de aard en het nut van de gedraging en de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.⁷⁷⁷ De factoren zijn communicerende vaten die zo veel mogelijk in onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. In de regel zal bijvoorbeeld gelden dat hoe ernstiger de mogelijke gevolgen zijn, hoe minder bezwaarlijk vergaande maatregelen zullen worden geacht.⁷⁷⁸

Aan de hiervoor opgesomde factoren kan inmiddels een vijfde factor worden toegevoegd: de kennis van degene die schade zou hebben toegebracht aan de laedens.⁷⁷⁹ Voor het aannemen van aansprakelijkheid is namelijk niet alleen van belang wat de kans is op ongevallen, maar ook dat de laedens wist (of behoorde te weten) dat derden schade zouden kunnen leiden. De ratio van het gezichtspunt van kennis lijkt te zijn dat van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij hun gedrag afstemmen op onbekende gevaren.⁷⁸⁰ Uit het arrest

⁷⁷² Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.4.3.1 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019).

⁷⁷³ Van Rossum 2005, p. 66-67.

⁷⁷⁴ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.4.4 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019). In de arresten *Bildtpollen/Miedema* en *JMV/Zürich* verwijst de Hoge Raad expliciet naar de gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Zie HR 7 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU6934 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3; HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (*JMV/Zürich*), r.o. 3.3.2. Jansen leest in de overwegingen van de Hoge Raad dat de gebruikelijkheid van voorzorgsmaatregelen tot afzonderlijke Kelderluikfactor wordt verheven. Hij vindt dat onwenselijk omdat tamelijk veel gevallen van gevaarzetting hun oorzaak vinden in gedrag dat (tot dan toe) ‘gewoon’ werd gevonden. Zie Jansen 2018, p. 100-101.

⁷⁷⁵ Zie bijvoorbeeld HR 6 oktober 1995, *NJ* 1998/190 (*Ongeval bij training turnen*). Bij waarschuwingen is dat twijfelachtig, daar lijkt de HR immers te eisen dat de waarschuwing ook effectief is, zie HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (*Jetblast*), r.o. 3.4.3. Zie Giesen (oratie) 2005a.

⁷⁷⁶ Vgl. anders Van Maanen 2008. Volgens hem gaat het om de basale risicoafwegingen die ieder mens in het dagelijkse leven wordt geacht te maken. Aan de ene zijde van de balans staan de factoren 1 tot en met 3, die gezamenlijk de zwaarte van het risico bepalen. Aan de andere zijde staat factor 4, die de zwaarte van de te betrachten zorg bepaalt. Zie bijvoorbeeld ook Jansen, 2018, p. 99 en Asser/Sieburgh 6-IV 2019/75 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁷⁷⁷ Van Dam, 2000, p. 173 e.v.; Van Dam 2020, p. 207 e.v. In de arresten *Bildtpollen/Miedema* en *JMV/Zürich* verwijst de Hoge Raad mede naar de aard van de gedraging. Kritisch hierover: Jansen 2018, p. 100.

⁷⁷⁸ Van Dam 1989, p. 111; Bolt & Spier 1996, p. 176. Zie ook P-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest HR 28 mei 2004, *NJ* 2005/105 (*Jetblast*).

⁷⁷⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Hartlief 2002, p. 483 en Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.3.8.1 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019) met verdere verwijzingen. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *NJ* 2011/406 (*Melchemie/Delbanco c.s.*), onder 2.2 e.v.

⁷⁸⁰ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.3.8.3 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019).

Legionellabesmetting lijkt echter ook te volgen dat specifieke kennis omtrent het gecreëerde risico niet (steeds) vereist is om toch aansprakelijk te kunnen zijn.⁷⁸¹ Ook hier zijn de omstandigheden dus bepalend.

Alhoewel de Kelderluikfactoren op gevaarzetting zien, worden zij inmiddels in brede zin als factoren voor het vaststellen van de onrechtmatigheid op grond van ongeschreven recht gezien.⁷⁸² De factoren laten zich ook in een meer publiekrechtelijke setting inpassen.⁷⁸³ Daarmee zijn de gezichtspunten ook relevant voor het beoordelen van een vermeend overheidsfalen om feitelijke maatregelen te nemen.

Dat is eens te meer het geval nu in de rechtspraak van het EHRM bij gebruik van het *Osman*-criterium betekenis toekomt aan vergelijkbare factoren. Allereerst valt op dat niet alleen voor het vaststellen van een zorgplicht, maar ook voor het aannemen van een positieve verplichting van belang is dat de overheid wist (of behoorde te weten) dat derden schade zouden kunnen leiden. Opvallend is echter dat naar Nederlands recht algemene kennis aan de zijde van de laedens voldoende is om tot aansprakelijkheid te komen. In die zin wijkt het vereiste af van het (minder strenge) kennisvereiste zoals dat door het EHRM wordt gehanteerd. In het *Osman*-criterium gaat het immers over kennis van het bestaan van een dreigende inbreuk (voor een identificeerbare groep) in een concrete situatie.⁷⁸⁴ Doordat in de rechtspraak van Nederlandse rechterlijke instanties een ‘lagere’ standaard wordt gehanteerd dan de standaard die het EHRM hanteert en dus sneller wordt voldaan aan het kennisvereiste, lijkt Nederland te voldoen aan de minimumvereisten die het EVRM stelt.

Naast kennis zijn naar Nederlands recht de waarschijnlijkheid van de schade en de ernst van de gevolgen van belang om te bepalen of een zorgplicht kan worden aangenomen. Door deze factoren in de beoordeling te betrekken, wordt de omvang van het risico vastgesteld. Ook het EHRM neemt het risico in ogenschouw: vereist is een reëel en onmiddellijk risico. Anders dan de nationale rechter werpt het EHRM hier heel duidelijk een risicodrempel op. Zo gaat het EVRM in die zin verder dan het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Doordat een dergelijke drempel niet in Nederland opgeworpen wordt, kan het aannemen van een zorgplicht in de Nederlandse situatie eerder aan de orde zijn. Daarmee wordt ook hier voldaan aan de minimumvereisten die het EVRM stelt.

Ten slotte hanteert het EHRM een met de ‘bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen’ vergelijkbaar criterium door te overwegen dat de Staat, als aan de overige voorwaarden is voldaan, maatregelen dient te nemen die binnen het bereik van zijn macht liggen en die naar redelijke verwachting tot afwending van het risico leiden. Zowel op Europees als nationaal niveau wordt met andere woorden een redelijkheidstoets aangelegd.

Gelet op het voorgaande kan in algemene zin worden gesteld dat de inhoud en de aard van de Kelderluikfactoren (genoeg) ruimte laten om de Europese maatstaven toe te passen en aldus te

⁷⁸¹ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162, r.o. 3.6.4 (*Legionellabesmetting*). Zie bijvoorbeeld ook HR 25 juni 1993, NJ 1993/686 (*De Schelde I*); HR 2 oktober 1998, NJ 1999/683 (*De Schelde II*); Hof Arnhem 27 februari 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:AZ9763, r.o. 4.10 (*Eternit*). Vgl. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.3.8.7 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019) onder verwijzing naar Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2005, p. 367 en Van Maanen 2008, p. 43.

⁷⁸² Zie bijvoorbeeld Hartlief 2002, p. 484; Verheij 2015, p. 49.

⁷⁸³ Zie met betrekking tot toezicht bijvoorbeeld Van Rossum 2005, p. 74-76; Van Dijk 2003, p. 193; Giesen 2005b, p. 110-111.

⁷⁸⁴ Zie hoofdstuk 2, § 4.4.2.2.

concretiseren. Zij zijn flexibel genoeg.⁷⁸⁵ Dat betekent dat het Nederlandse recht op dit punt voldoet aan de rechtspraak van het EHRM.

2.5.4 De verdere ontwikkeling in de rechtspraak

Een nadere blik op de rechtspraak wijst uit dat de gezichtspunten die de Hoge Raad in het Kelderluik-arrest aanneemt in geval van overheidsaansprakelijkheid door verschillende rechterlijke instanties worden aangevuld en/of dat daarop wordt voortgebouwd.⁷⁸⁶ In de rechtspraak⁷⁸⁷ wordt met enige regelmaat (een met) de volgende overweging (te vergelijking toetsingskader) gebruikt:

“Bij beoordeling van de aansprakelijkheid van de Staat en/of de Gemeente (...), is bepalend of het risico dat de Staat en/of de Gemeente kende(n) of behoorde(n) te kennen, gelet op de ernst van de mogelijke effecten en de kans dat deze effecten zouden optreden, zodanig was, dat daaruit voor de Staat en/of de Gemeente de rechtsplicht voortvloeide om (andere of meer) maatregelen te nemen ter verkleining of uitsluiting van dat risico.”⁷⁸⁸

Allereerst valt op dat ‘de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht’, niet in de overweging is opgenomen. Dat kan worden verklaard uit het feit dat deze factor niet van belang is voor de vraag of overheden in de onderhevige casus aansprakelijk gesteld kunnen worden, omdat van ‘de ander’ (de burger) in deze gevallen helemaal niet kan worden verlangd dat zij zelf maatregelen treft ter inperking van de risico’s.⁷⁸⁹

Wel wordt de eis gesteld dat de publiekrechtelijke rechtspersoon het risico dat zich heeft verwezenlijkt, kende of behoorde te kennen. Anders dan bij de Kelderluikfactoren, is dit vereiste expliciet opgenomen. Daarmee sluit het goed aan bij het *Osman*-criterium, dat ook vereist dat de overheid wist (of behoorde te weten) van een dreigende inbreuk (voor een identificeerbare groep) in een concrete situatie. Een voorbeeld van een zaak waarin deze bekendheid de benadeelden parten speelt, is *Q-koorts*.

In deze zaak wordt de Staat onder andere het verwijt gemaakt dat hij te lang heeft gewacht hygiënemaatregelen verplicht te stellen om eisers tegen de bekende gevaren van Q-koorts te beschermen. De rechtbank oordeelt dat niet is gesteld of gebleken dat de Staat eind 2007/begin 2008 reden had om te veronderstellen dat de geiten- en schapenhouders de hygiëneadviezen niet zouden naleven. Voor het verplichtstellen van hygiënemaatregelen in de periode van medio 2007 tot medio 2008 bestond dan ook geen noodzaak.⁷⁹⁰

⁷⁸⁵ Van die flexibiliteit werd door de Haagse rechtbank gebruik gemaakt in de Urgenda-zaak. Hier wordt de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm buiten het kader van gevaarzetting naar analogie van de Kelderluikfactoren ingevuld. Vgl. Castermans 2016, p. 34-40 en Van Dijk 2016.

⁷⁸⁶ Vgl. De Ridder & De Hoogh 2017.

⁷⁸⁷ Hof Den Haag 30 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF1789 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 4.1; Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 9.1; Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.9.

⁷⁸⁸ Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 9.1. Zie met betrekking tot alleen de Staat in de procedure die de verzekeraars van de Grolschfabriek aanhangig hebben gemaakt Hof Den Haag 30 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF1789 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 4.1 en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 4.10-4.11.

⁷⁸⁹ Vgl. Van Rossum 2005, p. 73.

⁷⁹⁰ Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.93-5.94.

De volgende gezichtspunten zijn de ernst van de mogelijke effecten en de kans dat deze optreden. Zij vertonen grote overeenkomsten met de factor waarschijnlijkheid van de schade (de kans op ongevallen en de ernst van de mogelijke gevolgen). Hier wordt het risico in ogenschouw genomen, net zoals het EHRM dat doet.⁷⁹¹ Voor de beoordeling van het verwijt dat de Staat zich niet tijdig op het middel van vaccinatie heeft georiënteerd, overweegt de rechtbank in *Q-koorts* bijvoorbeeld dat gelet op de op dat moment bekende risico's geen verdergaande verplichting op de Staat rustte om verdergaande maatregelen te treffen.⁷⁹² Op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen wordt niet expliciet gewezen. In die zin wijkt het toetsingskader op het eerste gezicht af van het kader zoals dat in het Kelderluik-arrest uiteen is gezet. Bij een nadere bestudering valt echter op te merken dat de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen is ingeweven in de rechtsplicht om maatregelen te nemen. De formulering is hier dus indirecter. Tussen het dreigende risico en de vereiste mate van voorzorg moet telkens een balans worden getroffen, in die zin dat de te treffen maatregelen in een redelijke verhouding staan tot de in concreto dreigende belangenaantasting. Daarbij wordt door de rechter naar de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen gekeken.

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen over aansprakelijkheid voor aardbevingsschade door gaswinning in Groningen komt de Hoge Raad (wellicht geïnspireerd door de rechtspraak van het EHRM) tot een maatstaf die in mijn ogen (nog) beter aansluit bij de rechtspraak van het EHRM. In rechtsoverwegingen 2.73 en 2.7.13 overweegt de Hoge Raad in die zaak dat:

“de Staat onrechtmatig handelt als bedoeld in artikel 6:162 BW indien hij ermee bekend is of ermee bekend moet zijn (i) dat aan de gaswinning in Groningen gevaren verbonden zijn die met bodembeweging verband houden, (ii) dat de kans op verwezenlijking van deze gevaren reëel is en (iii) dat de verwezenlijking van deze gevaren tot ernstige of wijdverbreide schade kan leiden, maar desalniettemin nalaat tijdig de gezien de omstandigheden van het geval passende en redelijkerwijs te vergen maatregelen te treffen om het ontstaan van schade als gevolg van de gaswinning te voorkomen.”⁷⁹³

In deze overweging zijn wederom de Kelderluikfactoren te herkennen. Zowel de kans op ongevallen als de ernst van de mogelijke gevolgen worden in ogenschouw genomen (een ‘reëel en onmiddellijk risico’ in termen van het EHRM). Daarnaast wordt het kennisvereiste expliciet benoemd. Ten slotte valt op dat nauw wordt aangesloten bij het *Osman*-criterium door te overwegen dat passende en redelijkerwijs te vergen maatregelen getroffen moeten worden. Het EHRM spreekt namelijk van ‘measures (...) which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk’ (zie hierover hoofdstuk 2, § 4.4.2.1 en § 4.4.2.6).

Beide hiervoor geschetste benaderingen zijn aldus goed verenigbaar met zowel de Kelderluikfactoren als met het *Osman*-criterium. Zij staan in verband met het expliciet opgenomen kennisvereiste en, later in de formulering van de Hoge Raad, ook de formulering van het vereiste van de bezwaarlijkheid van de maatregelen zelfs dichter bij het *Osman*-criterium dan de oorspronkelijke Kelderluikfactoren. De Hoge Raad expliciteert dat de maatregelen passend en redelijkerwijs te vergen

⁷⁹¹ Het EHRM gaat hier – anders dan de Nederlandse rechters – uit van een risicodrempel. Zie daarover § 2.5.3.

⁷⁹² Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.114.

⁷⁹³ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*), r.o. 2.73 en 2.7.13. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat de Staat genoemde bekendheid in ieder geval vanaf 1 januari 2005 had moeten hebben. Het is niet duidelijk waarom de Hoge Raad tot dit ‘startmoment’ komt. Vgl. Sanderink 2019, p. 1078.

moeten zijn. Hier is sprake van een ontwikkeling in de rechtspraak. De Hoge Raad zoekt meer aansluiting bij de rechtspraak van het EHRM, zo lijkt het.

2.5.5 Rechterlijke interpretatie en toepassing: twee ‘risicovolle’ interpretaties

Met de constatering dat de nationale rechter inmiddels vergelijkbare toetsen hanteert als het EHRM, kan echter niet worden volstaan. Of het eindresultaat van een rechterlijke toetsing EVRM-*proof* is, wordt uiteindelijk immers bepaald door de rechterlijke interpretatie en toepassing van de factoren en/of gezichtspunten in het betreffende geval. Om overeenstemming tussen de toepassing van de factoren en/of gezichtspunten door de Nederlandse rechter en de toepassing van het *Osman*-criterium door het EHRM te garanderen, is het van groot belang dat de nationale rechter ook daadwerkelijk aansluiting zoekt bij hetgeen uit de Straatsburgse rechtspraak naar voren komt. Het is dan ook toe te juichen dat de Hoge Raad – zoals in paragraaf 2.5.4 is beschreven – meer aansluiting zoekt bij de rechtspraak van het EHRM. Een voorbeeld kan dit belang verduidelijken. Stel dat in een zaak waarin de overheid wordt verweten ten onrechte een bepaalde gevaarlijke situatie te hebben laten bestaan, wordt aangevoerd dat (de nuancering van) het arrest inzake de struikelende broodbezorger⁷⁹⁴ in acht moet worden genomen.⁷⁹⁵ Ingevolge dit arrest kan aansprakelijkheid in geval van louter stilzitten niet worden gebaseerd op de risico’s die de gedaagde kende of behoorde te kennen, maar uitsluitend op risico’s die tot zijn bewustzijn waren doorgedrongen. Wanneer de Nederlandse civiele rechter mee zou gaan in een dergelijke interpretatie van het kenniscriterium, verhoudt zich dat niet tot het EVRM, want het EHRM stelt deze eis niet. De rechter zal dan een andere maatstaf moeten hanteren, bijvoorbeeld door een bijzondere plicht tot zorg en oplettendheid aan te nemen.⁷⁹⁶ Deze kan onder meer voortvloeien uit een bijzondere relatie van de aangesproken partij met het slachtoffer of met de plaats van het gevaar.

Maar ook los van het concrete gebruik van de factoren en/of gezichtspunten door de rechter in een specifiek geval, kan het nog steeds ‘misgaan’. Zo wordt in verschillende zaken door de nationale rechter overwogen dat de financiële middelen waarmee de overheid moet opereren, relevant zijn voor het vaststellen van aansprakelijkheid. Een dergelijke overweging kan bijvoorbeeld worden gevonden in het arrest over de aansprakelijkheid van het hoogheemraadschap voor de verschuiving van de kade in Wilnis.⁷⁹⁷ Het betreft hier weliswaar de opstalaansprakelijkheid in de zin van artikel 6:174 BW, maar deze bepaling heeft, gelet op het feit dat voor beide bepalingen een vergelijkbare toetsingssysteem wordt gehanteerd, slechts beperkte meerwaarde ten opzichte van artikel 6:162 BW. Anders dan bij de Kelderluikfactor ‘bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen’, gaat het in de Wilnis-zaak niet om de min of meer objectief vast te stellen kosten, tijd en moeite van het nemen van voorzorgsmaatregelen, maar om de financiële middelen die de aansprakelijk gestelde persoon ten

⁷⁹⁴ HR 22 november 1974, NJ 1975/149 (*Struikelende broodbezorger*).

⁷⁹⁵ In de zaak over de vuurwerkramp in Enschede heeft de Staat in incidenteel cassatieberoep betoogd dat het Hof deze nuancering in acht had moeten nemen. Volgens de Hoge Raad behoeft de door de Staat aan de orde gestelde vraag echter geen behandeling. De reden daarvoor is dat de klachten, ook wanneer de nuancering van het arrest inzake de struikelende broodbezorger tot uitgangspunt zou worden genomen, geen doel treffen. Zie HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262 (*Vuurwerkramp Enschede*), r.o. 4.10.

⁷⁹⁶ Franssen & Van Tilborg 2014, p. 141.

⁷⁹⁷ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (*Wilnis*), r.o. 4.4.3. De financiële middelen spelen ook een rol in de eveneens op art. 6:174 BW berustende aansprakelijkheid van wegbeheerders. Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, r.o. 3.3 e.v. (*Reaal/Deventer*).

dienste staan voor het nakomen van verplichtingen.⁷⁹⁸ Daarmee lijkt te zijn bedoeld dat van een overheidslichaam niet meer dan het redelijke mag worden verwacht, zodat de rechter er niet vanuit mag gaan dat het over onbeperkte middelen beschikt.⁷⁹⁹ Wanneer het om een artikel 2 EVRM-situatie gaat, is het nog maar zeer de vraag of een dergelijke overweging door de beugel kan. Het EHRM neemt beleidsmatige keuzes weliswaar in ogenschouw, maar vooralsnog is het onduidelijk of financiële argumenten een rol kunnen spelen bij de vraag of er sprake is van een onmogelijke of disproportionele last in de zin van het *Osman*-criterium.⁸⁰⁰ Het ligt in ieder geval niet voor de hand dat de financiële middelen buiten ‘de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen’ door het EHRM in ogenschouw worden genomen.⁸⁰¹

Overigens volgt uit *Reaal/Deventer* dat een overheidslichaam dat zich verweert met een beroep op het ontbreken van voldoende financiële middelen, dat beroep met concrete feiten en omstandigheden dient te onderbouwen.⁸⁰² Dat maakt dat die factor minder snel meespeelt en daarmee dat het EVRM eerder gevolgd wordt.⁸⁰³

2.6 Toezichtsfalen

2.6.1 Introductie

Toezichthouders kunnen voor verschillende gedragingen aansprakelijk worden gesteld. In het verband van dit onderzoek is de vraag relevant of toezichthouders aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het niet of op ontoereikende wijze houden van toezicht. Het gaat dan niet om aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens degene op wie toezicht moet worden gehouden, maar jegens degene die door toezicht beschermd moet worden.⁸⁰⁴ Aansprakelijkheid kan alleen worden aangenomen wanneer er een plicht bestond om te handelen en die plicht is geschonden.⁸⁰⁵ In een aantal gevallen vloeit de verplichting om te handelen voort uit een wettelijk voorschrift. Wanneer dat niet geval is, kan zij worden gebaseerd op een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Bij het invullen van deze norm zijn de aard en het doel van het toezicht en de bevoegdheden die de toezichthouder heeft van belang.⁸⁰⁶ Daarnaast dienen onder meer de beleids- en beoordelingsvrijheid die de toezichthouder bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid toekomt, de mogelijkheid en slagingskans van alternatieve handelwijzen en de beginselen

⁷⁹⁸ Zie Bloembergen in zijn noot bij HR 19 november 1999, *NJ* 2000/234 (*De Haas/Waterschap De Dommel*) en Hartlief in zijn annotaties bij HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*) en HR 4 april 2014, *NJ* 2014/368 (*Reaal/Deventer*).

⁷⁹⁹ Zie Hartlief in zijn noot HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*).

⁸⁰⁰ Zie paragraaf 4.4.2 van hoofdstuk 2.

⁸⁰¹ Ook in andere zaken van het EHRM speelt het financiële argument geen rol. Zo heeft de Staat bijvoorbeeld – ongeacht de daarmee gepaard gaande kosten – een verplichting om het juridische systeem dusdanig in te richten dat procedures binnen een redelijke termijn worden afgewikkeld. Zie Harris e.a. 2009, p. 281-282. Vgl. ook Jacobse & Pieterse 2017, p. 203; Bakker 2020, p. 696-697.

⁸⁰² HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, r.o. 3.3 e.v. (*Reaal/Deventer*).

⁸⁰³ Na verwijzing oordeelt het hof dat de gemeente het draagkrachtverweer (inderdaad) onvoldoende heeft onderbouwd. Zie Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022, r.o. 2.5.

⁸⁰⁴ Scheltema & Scheltema 2013, p. 419.

⁸⁰⁵ Giesen 2005b, p. 49.

⁸⁰⁶ Van Rossum 2005, p. 26-29; Giesen 2005b, p. 114; Scheltema, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. V.1.13.6 (online, bijgewerkt 27 december 2018); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/72 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

van behoorlijk toezicht en behoorlijk bestuur (zoals doelmatigheid, evenredigheid, proportionaliteit en subsidiariteit) in ogenschouw te worden genomen.⁸⁰⁷

Naast de hiervoor genoemde gezichtspunten en vragen zijn in verband met de aansprakelijkheid voor het niet of op ontoereikende wijze houden van toezicht, ook de hiervoor in paragraaf 2.5.3 beschreven Kelderluikfactoren relevant.⁸⁰⁸ Toegepast op toezicht gaat het dan om de vraag of de toezichthouder zijn taken voldoende adequaat heeft uitgevoerd en of (eerder of op een andere wijze) had moeten worden ingegrepen.⁸⁰⁹

Bij het hiervoor geschetste juridisch kader speelt ook nog het door Van Boom en Giesen geïntroduceerde onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen een rol.⁸¹⁰ In geval van een algemeen toezichtsfalen houdt de overheid onvoldoende (preventief) toezicht op de naleving van de genomen maatregelen en afgegeven vergunningen. Bij een concreet toezichtsfalen treedt de overheid bij gebleken of dreigende overtredingen, niet of onvoldoende hard op. Het gaat dan om het nalaten toezicht te houden wanneer er concrete aanwijzingen van ‘onregelmatigheden’ zijn, bijvoorbeeld in de vorm van klachten, meldingen of waarschuwingen. Zoals hierna zal blijken, wordt aansprakelijkheid voor concreet toezichtsfalen sneller aangenomen dan voor algemeen toezichtsfalen. Nadat zowel algemeen (§ 2.6.2) als concreet toezichtsfalen (§ 2.6.3) zijn beschreven, wordt kort ingegaan op een vreemde eend in de bijt, namelijk de beginselplicht tot handhaving (§ 2.6.4).

2.6.2 Algemeen toezichtsfalen

Algemeen toezichtsfalen is in de rechtspraak niet vaak aan de orde gekomen.⁸¹¹ Een aansprekend voorbeeld waarin het om algemeen toezichtsfalen gaat, is de *Boeddha*-zaak. Deze zaak heeft betrekking op een ernstige brand in een Chinees restaurant in Hilversum in 1988. De brand is ontstaan doordat een groot droogboeket dat bijna tot het plafond reikte, vlam vatte. Bij de brand zijn doden en gewonden gevallen. Enkele slachtoffers hebben de gemeente Hilversum aansprakelijk gesteld voor de door hen geleden schade omdat de gemeente zou zijn tekort geschoten in haar publieke taak om burgers tegen brand te beveiligen. Na de laatste brandveiligheidscontrole in 1983 had de gemeente geen brandpreventiecontrole meer uitgevoerd. Ook had zij niet gecontroleerd of een voorgenomen verbouwing (op brandveilige wijze) had plaatsgevonden. Het Hof Amsterdam heeft overwogen dat in dit geval uit de Brandveiligheidsverordening en het door de gemeente gevoerde beleid geen verplichting voor de gemeente voortvloeide tot actief ingrijpen. De gemeente hoefde met andere woorden niet zelf op gezette tijden het restaurant te controleren en kon dan ook niet aansprakelijk worden gehouden voor

⁸⁰⁷ Vgl. Van Rossum 2005, p. 36-42; Giesen 2005b, p. 114; Scheltema, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. V.1.13.7 (online, bijgewerkt 27 december 2018); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/72 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁸⁰⁸ Giesen 2005b, p. 115; Van Rossum 2005, p. 64 e.v.; Scheltema, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. V.1.13.5 (online, bijgewerkt 27 december 2018); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/72 (online, bijgewerkt 2 november 2019). Buiten het terrein van de gevaarzetting wordt een meer algemene zorgvuldigheidsnorm gehanteerd. Het is dan de vraag of betrokkenen anders hadden moeten handelen dan zij hebben gedaan met het oog op de belangen van anderen, zoals de Hoge Raad in *Staat/Shell* heeft overwogen. Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag of de gemeente Enschede handhavend had moeten optreden tegen zonder bouwvergunning geplaatste MAVO-boxen en zeecontainers: Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316 (*Vuurwerkcramp Enschede*), r.o. 21.6.

⁸⁰⁹ Scheltema, in: *GS Onrechtmatige daad*, aant. V.1.13.5 (online, bijgewerkt 27 december 2018).

⁸¹⁰ Van Boom & Giesen 2001, p. 1676. Zie ook Giesen 2005b, p. 23; Van Dam 2006, p. 109-111; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.2.10.3 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019).

⁸¹¹ Vgl. Sanderink 2015, p. 223 e.v.

de schade als gevolg van de brand. Zij mocht ervan uitgaan dat de in 1983 gecontroleerde en in goede staat bevonden situatie sindsdien ongewijzigd was blijven voortbestaan.⁸¹² Een spontane controleplicht lijkt in civielrechtelijke zin dan ook niet te bestaan.⁸¹³

Niet alleen in de *Boeddha*-zaak, maar ook in de zaken over de *Vuurwerkkramp in Enschede* is de aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen aan de orde gekomen. De Rechtbank Den Haag heeft daarover als volgt overwogen:

“Bij de beoordeling van de stellingen van eisers en interveniënten inzake het toezicht maakt de rechtbank een onderscheid tussen algemeen en specifiek toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen kan worden gesproken, indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloost. Gelet op de aan het bestuur toekomende vrijheid bij de verdeling van de beschikbare financiële en personele middelen over verschillende beleidsterreinen, zal een dergelijke taakverwaarlozing slechts in uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn jegens een individuele burger. Zodanige omstandigheden zijn echter ten aanzien van het gemeentebestuur niet gesteld of gebleken.”⁸¹⁴

Uit deze overweging blijkt dat de rechtbank terughoudend staat tegenover het aannemen van aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen.

Eenzelfde terughoudende benadering valt te ontwaren in de procedure die een voormalige werknemer van Zalco B.V. tegen de Staat aanhangig heeft gemaakt. De werknemer claimde schadevergoeding voor negatieve gezondheidseffecten die hij zou ondervinden als gevolg van een vermeend falen aan de zijde van de Staat om toezicht te houden op de naleving van het asbestverbod. In deze zaak overweegt de Hoge Raad dat de Arbeidsinspectie bij de uitvoering van haar taak en het gebruik van de daarbij behorende bevoegdheden, gelet op de aard van die taak en bevoegdheden, in beginsel een grote mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. De Hoge Raad lijkt hier te doelen op het feit dat de Arbeidsinspectie niet in een directe hiërarchische relatie met een bedrijf als Zalco staat. Bovendien beschikt de inspectie slechts over een beperkte mankracht en heeft zij beperkte bevoegdheden om bedrijven tot medewerking te dwingen. Zoals AG Hartlief terecht opmerkt, zou het te ver gaan om onderzoek te doen naar alle (grote) ondernemingen waar voor het verbod (op grote schaal) asbesthoudende materialen werden verwerkt. Daarbij is van belang dat het gebruik van asbest in bijna alle sectoren van de maatschappij plaatsvond.⁸¹⁵ De beleid- en beoordelingsvrijheid brengt een terughoudende toetsing door de rechter met zich. In beginsel staat slechts ter beoordeling of de Arbeidsinspectie ‘in redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar

⁸¹² Hof Amsterdam 22 april 1999, te kennen uit HR 22 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2237 (*Restaurant Boeddha*). De Hoge Raad gaat niet op de aansprakelijkheidskwestie in.

⁸¹³ Giesen 2005b, p. 117. Vergelijk ook HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5302 (*Van den Berg/Waterschap De Oude Rijnstromen*) met betrekking tot preventief optreden. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat een waterschap niet steeds uit eigen beweging moet onderzoeken of een (van de) ingeland(en) last heeft van te hoge of te lage waterstanden en op basis daarvan reeds maatregelen moet nemen vooruitlopend op een aangekondigde weersomstandigheid.

⁸¹⁴ Rb. Den Haag 13 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247, r.o. 24.2. Zie ook Rb. Den Haag 24 december 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AO0997, r.o. 3.5.2; Rb. Den Haag 9 november 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU5877, r.o. 3.5.2. Vgl. ook Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.22.

⁸¹⁵ HR 24 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:169 (conclusie AG Hartlief), r.o. 3.14, bij HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*)

optreden in een concreet geval heeft kunnen komen, gegeven het aan de orde zijnde risico en de haar bekende omstandigheden'. Het niet plaatsvinden van algemeen toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen, kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden, zo overweegt de Hoge Raad. Niet is gebleken dat van dergelijke omstandigheden sprake was.⁸¹⁶

Ook in de literatuur wordt aangenomen dat aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen aan de orde is.⁸¹⁷ Aan welke uitzonderlijke gevallen en bijzondere omstandigheden gedacht kan worden, komt daarbij eigenlijk niet aan de orde, hetgeen onderstreept dat het hier om uitzonderingen zal gaan. Gedacht kan worden aan taakverwaarlozing.

Wanneer de rechtspraak van het EHRM in ogenschouw wordt genomen, dan blijkt dat uit het EVRM een verplichting tot het houden van algemeen toezicht kan worden afgeleid.⁸¹⁸ Dit vloeit voort uit de eis van het EHRM dat het wettelijk en bestuurlijk kader (naar verwachting) effectief dient te zijn.⁸¹⁹ Een gebrek aan algemene controle op de naleving van regels, kan immers van invloed zijn op de mate waarin de regels worden nageleefd. Er dienen door de Staat dus middelen ter beschikking te worden gesteld om te voorkomen dat wetgeving tot een lege huls verwordt. Een voorbeeld van een zaak waarin sprake is van een schending van het EVRM omdat onvoldoende algemeen toezicht is gehouden, is *Cevrioğlu/Turkije*. In deze zaak gaat het om twee jongens die om het leven zijn gekomen doordat zij in een diepe, met water gevulde put op een bouwplaats zijn gevallen. Naar het oordeel van het EHRM is sprake van falend toezicht op de naleving van de veiligheidsvoorschriften op de bouwplaats. Daarbij acht het hof van belang dat er onduidelijkheid bestond over het bestaan, de aard, reikwijdte en invulling van de toezichtsverplichting met betrekking tot bouwterreinen door de Turkse autoriteiten.⁸²⁰

In de literatuur is betoogd dat de Nederlandse rechtspraak te restrictief is waar het om algemeen toezichtsfalen gaat. In de *Boeddha*-zaak zou de Hoge Raad zich ten aanzien van de vraag naar de toereikendheid van het overheidstoezicht ten onrechte hebben beperkt tot de toets of de wettelijke brandveiligheidsvoorschriften waren nageleefd. Hij zou ten onrechte niet onder ogen hebben gezien of de toezichtsplicht kon worden gebaseerd op ongeschreven recht, dan wel op het EVRM.⁸²¹ Hoewel ik mij kan vinden in de overweging dat de verplichting tot het houden van toezicht mede op ongeschreven recht en het EVRM kan worden gebaseerd, ben ik er niet van overtuigd dat de lijn die in de *Boeddha*-zaak is gekozen zich zonder meer slecht tot het EVRM verhoudt. Daarvoor bestaat eigenlijk nog te veel onduidelijkheid over de vereisten die door het EHRM aan toezicht worden gesteld. Ik kan mij voorstellen dat daarbij van belang is of het een risicovolle activiteit betreft. Het gedurende enige jaren niet controleren van een vuurwerkfabriek ligt gevoeliger dan het achterwege laten van controle op een kledingwinkel. Betoogd kan worden dat naarmate de risico's groter zijn, overheden actiever dienen te zijn en met enige regelmaat moeten controleren. De beleidsvrijheid is in dat geval kleiner. Wanneer

⁸¹⁶ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*), r.o. 3.4.2-3.4.6.

⁸¹⁷ Van Rossum 2005, p. 56; Giesen 2005b, p. 117; Van Dam 2006, p. 110-111; Neerhof 2007, p.188; Albers & Heinen 2008, p. 675; Sanderink 2015, p. 223-226; Bolt & Ceulen 2016, p. 22.

⁸¹⁸ Zie bijvoorbeeld ook Neerhof 2007, p. 195; Xenos 2007, p. 241-242; Sanderink 2015, p. 218-222, Gijselaar & De Jong 2016, p. 44-45.

⁸¹⁹ EHRM 14 oktober 2016, 69546/12 (*Cevrioğlu/Turkije*), r.o. 62. Vgl ook EHRM 19 september 2017, 28678/10 (*Binnur Uzun e.a./Turkije*), r.o. 42.

⁸²⁰ EHRM 14 oktober 2016, 69546/12 (*Cevrioğlu/Turkije*), r.o. 63-67.

⁸²¹ Barkhuysen & Diepenhorst 2005, p. 314; Barkhuysen & Van Emmerik 2004, p. 719-720; Neerhof 2007, p. 195-196. Verschillende auteurs baseren zich hierbij in mijn ogen ten onrechte op de *Osman*-criteria. Deze criteria zijn naar hun aard slechts toepasbaar waar het om een concreet toezichtsfalen gaat.

routinematige controle op (zeer) risicovolle activiteiten achterwege blijft, is mijns inziens sprake van een bijzondere omstandigheid en kan aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen eerder worden aangenomen. Zo is aansprakelijkheid in geval van toezichtsfalen eerder aan de orde wanneer het gaat om relevante (voor de gezondheid van werknemers heel schadelijke) blootstelling aan asbeststof.⁸²² De ondergrens is de situatie waarin in het geheel geen sprake is van een functionerend toezichtstelsel, zoals in de zaak *Cevrioğlu*. Daarvan lijkt in de hier besproken gevallen uit de Nederlandse rechtspraak echter geen sprake te zijn. Zo was in de zaak over de asbestziekte onvoldoende aangevoerd ter weerlegging van de stelling van de Staat dat de Arbeidsinspectie van meet af aan het asbestverbod daadwerkelijk heeft gehandhaafd.⁸²³ Naar mijn mening is de verplichting om algemeen toezicht te houden op grond van het EVRM dan ook niet zonder meer veeleisender dan de vereisten die op grond van het Nederlandse recht worden gesteld.⁸²⁴ Mijns inziens kan enkel van geval tot geval worden nagegaan hoe het uitgangspunt van de Nederlandse rechter zich verhoudt tot de rechtspraak van het EHRM.⁸²⁵

2.6.3 Concreet toezichtsfalen in geval van niet door de overheid in het leven geroepen gevaarsituaties

Voor concreet toezichtsfalen wordt aansprakelijkheid sneller aangenomen dan voor algemeen toezichtsfalen.⁸²⁶ De beleids- en beoordelingsvrijheid speelt hier een minder sterke rol.⁸²⁷ In dit verband kan worden gewezen op de rechtspraak met betrekking tot de onderhoudsverplichting van waterschappen en nutsbedrijven. Een voorbeeld van een zaak waarin het gaat om de vraag wat het waterschap te doen staat wanneer klachten binnenkomen, is *Waterschap West-Friesland/Kaagman*. In deze zaak gaat het om een bollenteler die schadevergoeding vordert van het waterschap wegens wortelgebreken aan tulpenbollen. Hij stelt daartoe dat het grondwaterpeil te hoog is geweest en dat het waterschap het waterpeil niet snel genoeg heeft teruggebracht tot het normale peil toen er klachten over het hoge peil kwamen. De Hoge Raad overweegt dat het Hof een juiste maatstaf heeft aangelegd door van het waterschap te eisen dat het adequaat op deze klacht dient te reageren door naar aanleiding van die klacht een onderzoek in te stellen en zo nodig, afhankelijk van de uitkomst daarvan, de noodzakelijke en mogelijke maatregelen te treffen.⁸²⁸ Op de laatstgenoemde verplichting om

⁸²² Spier, *NJ* 2017/372.

⁸²³ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*), r.o. 3.4.6.

⁸²⁴ Sanderink is van mening dat dat wel het geval is. Vgl. Sanderink 2015, p. 225-226; Sanderink *JB* 2017/15 onder 8. Hij baseert zich daarbij op het feit dat art. 7.2 Besluit omgevingsrecht en art. 10.3 Regeling omgevingsrecht bestuursorganen zeer veel ruimte (lijken te) bieden bij de wijze waarop in de praktijk uitvoering wordt gegeven aan het algemene toezicht. Er zou hier in de ogen van het EHRM geen sprake zijn van een ‘precise and compelling supervisory obligation’. Ik ben hier (nog) niet van overtuigd. Het EHRM neemt namelijk niet alleen de wetgeving, maar ook de rechtspraktijk en het beleid in ogenschouw. Bovendien betreft *Cevrioğlu/Turkije* een zeer uitzonderlijke situatie waarin in het geheel geen sprake was van een functionerend systeem.

⁸²⁵ Vgl. Van der Sande & Van Tilborg *JOR* 2017/263 onder 14.

⁸²⁶ Van Rossum 2005, p. 62; Giesen 2005b, p. 135-136; Van Dam 2006, p. 109-111; Neerhof 2007, p. 190. Zie ook HR 24 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:169 (conclusie AG Hartlief), r.o. 3.12, bij HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*).

⁸²⁷ HR 24 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:169 (conclusie AG Hartlief), r.o. 3.11, bij HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*).

⁸²⁸ HR 8 januari 1999, *NJ* 1999/319 (*Waterschap West-Friesland/Kaagman*), r.o. 3.6. Herhaald in HR 30 januari 2004, *NJ* 2004/270 (*Poppelaars/Waterschap Mark en Weerijis*), r.o. 3.3.1.

afhankelijk van de uitkomst van het onderzoek de noodzakelijke en mogelijke maatregelen te treffen, gaat de Hoge Raad verder niet inhoudelijk in.

Eenzelfde verplichting om adequaat te reageren, is voor nutsbedrijven in het arrest *Interpolis/Obragas* aangenomen. In dit arrest ging het om de vraag wat Obragas te doen staat indien een klacht binnenkomt die duidt op een lekkage in een leiding waardoor explosief gas wordt vervoerd. Een adequate reactie betekent naar het oordeel van de Hoge Raad in dat geval, waarbij niet alleen gevaar van aanzienlijke materiële schade, maar ook gevaar voor mensenlevens is te duchten, in ieder geval dat snel gereageerd wordt. Bovendien dient voldoende deskundig personeel te worden gestuurd. Dit personeel moet worden voorzien van voldoende informatie omtrent de ter plaatse en eventueel in de onmiddellijke nabijheid gelegen dienstleidingen. Wanneer de situatie dat nodig maakt, moet hen ten minste in staat worden gesteld die informatie ter plaatse te ontvangen.⁸²⁹

Ondanks dat de aangehaalde rechtspraak met betrekking tot nutsbedrijven en waterschappen strikt genomen niet op toezichthouders ziet – toezichthouder en ‘dader’ zijn hier immers een en dezelfde – is de norm bruikbaar voor het vaststellen van de aansprakelijkheidsnorm van ‘echte’ toezichthouders. De in de genoemde zaken geaccepteerde plicht om naar aanleiding van een klacht een onderzoek in te stellen en afhankelijk van de uitkomst daarvan de noodzakelijke en nodige maatregelen te treffen, zal ook voor hen gelden. In beide gevallen gaat het om het voorkomen van ongevallen, ongeacht wie de primaire bron van het ongeval is, de primaire dader of de toezichthouder zelf.⁸³⁰ In de beschreven rechtspraak komt geen verplichting om ambtshalve toezicht uit te oefenen aan de orde.

Een zaak waarin het wèl om de aansprakelijkheid van een ‘echte’ toezichthouder ging, is *Astrid Sterkenburg*. De veertienjarige Astrid is tijdens een stoeipartij uit een zolderraam in een slaapkamer van een vakantieboerderij gevallen, als gevolg waarvan zij letsel heeft opgelopen. Voor de slaapkamers op de zolder was geen bouwvergunning verleend. Bovendien waren de zolderramen – in strijd met de bouwverordening – niet voorzien van een doorvalbeveiliging. Een met bouw- en woningtoezicht belaste ambtenaar had de illegale verbouwing een maand voor het ongeval geconstateerd, maar besteedde geen aandacht aan de ramen. In plaats daarvan vermeldde hij in zijn rapport dat de boerderij voldeed aan de eisen van de bouwverordening. Naar het oordeel van het Hof Amsterdam kan dit als een onrechtmatige daad aan de gemeente worden toegerekend. Het hof gaat niet mee in het verweer van de gemeente dat de controlerende ambtenaar in ieder geval moest letten op de naleving van een aantal ‘kernvoorschriften’ (bijvoorbeeld de stevigheid van de constructie en de fundering, de brandveiligheid en de luchttoevoer) waartoe de aanwezigheid van een doorvalbeveiliging niet behoort. Naar het oordeel van het hof behoeften de ramen dringend correctie. Zij vormden een kenbaar gevaarlijke situatie (een situatie waarvan de ambtenaar kennis had kunnen verkrijgen), ter voorkoming waarvan het betreffende veiligheidsvoorschrift is gegeven. Blijkens een rapport is de controlerend ambtenaar van de gemeente, kennelijk op grond van door de eigenaar van de boerderij gedane mededelingen, er bovendien van uitgegaan dat de boerderij als vakantiewoning zou worden verhuurd. De gemeente, respectievelijk haar ambtenaar, had aldus ernstig rekening te houden met de alleszins reële mogelijkheid dat kinderen zouden logeren of verblijven in de boerderij en daarmee met de aanmerkelijke kans dat zij zich bij het stoeien of spelen in vakantiestemming zodanig zouden gedragen dat een ongeval als dit zich zou kunnen

⁸²⁹ HR 14 juni 2002, *NJ* 2003/428 (*Interpolis/Obragas*), r.o. 3.4.

⁸³⁰ Giesen 2005b, p. 129. Zie ook de noot van A.R. Bloembergen onder HR 8 januari 1999, *NJ* 1999/319 (*Waterschap West-Friesland/Kaagman*).

voordoen.⁸³¹ Als ik het goed zie, worden de in paragraaf 2.5.3 beschreven Kelderluikfactoren hier toegepast om een onderzoeksverplichting te formuleren. De gezichtspunten ‘kans op ongevallen’,⁸³² en ‘ernst van de mogelijke gevolgen’ zijn immers terug te vinden in de overweging. De ‘kennis van de laedens’ is ook een aanwezig factor. Er wordt overwogen dat sprake is van een kenbare gevaarlijke situatie met betrekking tot de ramen in de boerderij die als vakantiewoning zou worden verhuurd. Daarmee staat vast dat de gemeente bekend was of had moeten zijn met het risico dat derden schade zouden kunnen leiden. Minder duidelijk aanwezig is de ‘mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen’. Dat kan worden verklaard uit het feit dat het hier om een minder ingrijpende maatregel gaat. Een doorvalbeveiliging was eenvoudig zichtbaar als de controlerend ambtenaar even naar de ramen had gekeken.

Naast de hiervoor beschreven rechtspraak springen nog andere zaken in het oog. Allereerst is de hiervoor in het kader van algemeen toezichtsfalen al kort aangestipte zaak over de vuurwerkcramp in Enschede van belang. Deze zaak heeft betrekking op de zeer zware ontploffingen die zich op 13 mei 2000 bij het vuurwerkbedrijf van S.E. Fireworks hebben voorgedaan. Daarbij zijn 22 doden gevallen. Meer dan 950 personen zijn gewond geraakt, van wie een aantal ernstig. Daarnaast heeft de vuurwerkcramp meer dan de helft van de omliggende Enschedese wijk Roombeek weggevaagd. Ruim 200 woningen zijn totaal verwoest en bijna 300 woningen zijn zwaar beschadigd en onbewoonbaar gemaakt. In totaal zijn ongeveer 1.250 personen hun onderkomen als gevolg van de ramp kwijtgeraakt. Een aantal van hen heeft al of bijna al zijn bezittingen verloren. Niet alleen woningen, maar ook bijna 50 bedrijfsgebouwen zijn getroffen, waaronder het bedrijvencomplex van bierbrouwerij Grolsch. Zij zijn zwaar of onherstelbaar beschadigd geraakt. Ten slotte heeft de ramp bij velen ook groot persoonlijk leed veroorzaakt.

De ramp heeft zich kunnen voordoen doordat op het terrein van S.E. Fireworks brand is uitgebroken en het aanwezige vuurwerk is ontploft, in een zogenaamde massa-explosie. Uit onderzoek is naar voren gekomen dat op het moment dat de brand uitbrak, vuurwerk aanwezig was dat zwaarder was dan de milieuvergunning toestond. Waarschijnlijk was 177.000 kg vuurwerk aanwezig waarvan meer dan 90% zwaarder geclassificeerd had moeten zijn dan gevarenklasse 1.4 waarmee het gelabeld was. Daarnaast was het vuurwerk voor een deel opgeslagen in de vorm van combinatie van gevarenklasse 1.1- en 1.3-vuurwerk. Het massa-explosieve vuurwerk (gevacaturesklasse 1.1) is door de combinatie 1.3- en 1.1-vuurwerk de oorzaak van de escalatie van de brand tot explosies (ook 1.3-vuurwerk ging reageren conform de gevarenklasse 1.1). Er zou geen massa-explosie zijn geweest als er bij S.E. Fireworks uitsluitend vuurwerk van de (juiste) classificatie in de transportverpakking aanwezig zou zijn geweest in de (maximale) hoeveelheid zoals in de milieuvergunning genoemd.⁸³³

Zowel de Staat als de gemeente Enschede is in de procedures die naar aanleiding van de ramp zijn gevoerd, falend toezicht verweten. De vraag rijst hoe ver de verplichting van de overheid gaat om toezicht te houden. De rechterlijke uitspraken in de zaken over de vuurwerkcramp in Enschede geven duidelijk weer welke criteria bij de toetsing van het toezichthoudend handelen van de overheid zijn toegepast. Hetgeen het Hof Den Haag daarover heeft overwogen is in paragraaf 2.5.4 al uitgebreid aan de orde gekomen. Aansluiting is gezocht bij de criteria die de Hoge Raad ten aanzien van een situatie van gevaarstelling in *Kelderluik* heeft gebruikt. Wanneer een parallel wordt getrokken met de

⁸³¹ Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308 (*Astrid Sterkenburg*), r.o. 5.19.

⁸³² Daaronder wordt veelal zowel de kans op ongevallen als de waarschijnlijkheid van de schade verstaan.

⁸³³ Hof Den Haag 24 augustus 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316*, r.o. 3.14 en 9.1.

rechtspraak van het EHRM dan blijkt dat deze Kelderluik-lijn goed aansluit bij de positieve verplichtingen die op grond van het EVRM zijn geformuleerd.⁸³⁴ Een concreet toezichtsfalen kan worden geconstrueerd via de band van een falen om feitelijke maatregelen te nemen in geval van risicovolle activiteiten.⁸³⁵ De overheid dient op te treden wanneer zij weet of behoort te weten dat als gevolg van niet-naleven van toepasselijke regelgeving een identificeerbare groep personen een reëel en onmiddellijk risico loopt. Het nalaten van optreden tegen deze gebleken gebreken kan een falen om feitelijke maatregelen te nemen zijn. Dit impliceert een adequaat systeem van toezicht en handhaving. Enerzijds dient de overheid, indien er concrete aanwijzingen bestaan dat bij een bepaalde activiteit of in een bepaalde situatie sprake is van een gevaar voor de door het EVRM beschermde belangen, door middel van onderzoek of controle vast te stellen of daarvan inderdaad sprake is. Anderzijds dient, als dat het geval is, te worden ingegrepen, al dan niet door handhavend op te treden. De overheid beschikt hierbij wel over een zekere beleidsvrijheid. Indien een aantasting kan worden voorkomen door een andere wijze van optreden, is dat ook toegestaan. Er mag geen onmogelijke of disproportionele last op de schouders van de Staat worden gelegd. De uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichting om concreet toezicht te houden lijkt voor de overheid dan ook niet veeleisender te zijn dan het Nederlandse recht.

Ook in *Asbestziekte* komt aan de orde wanneer sprake is van concreet toezichtsfalen. De Hoge Raad overweegt daarover als volgt:

“Van onrechtmatig handelen wegens onvoldoende toezicht door de Arbeidsinspectie kan met name sprake zijn indien de schade van de werknemer in een concreet geval voor de Arbeidsinspectie voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen. Aansprakelijkheid op deze grond kan in het bijzonder bestaan als er voldoende ernstige en concrete aanwijzingen voor de Arbeidsinspectie bestonden om (de mogelijkheid van) de overtreding van de betrokken regel en het daaruit voortvloeiende risico op schade aan te nemen, en dat risico en die schade ook naar aard en omvang voldoende ernstig waren.”⁸³⁶

De Hoge Raad hanteert hier wederom een Kelderluikachtige redenering. Hij spreekt hier over voorzienbaarheid van de schade en ‘voldoende ernstige en concrete aanwijzingen (...) om (de mogelijkheid van) de overtreding van de betrokken regel en het daaruit voortvloeiende risico op schade aan te nemen, en dat risico en die schade ook naar aard en omvang voldoende ernstig waren’. Dat laatste lijkt echter niet wezenlijk te verschillen van kennis hebben en/of behoren te hebben van een reëel en onmiddellijk risico.⁸³⁷ Ik ga er daarbij vanuit dat de tussen haakjes geplaatste ‘mogelijkheid van’ een overtreding ziet op een reële mogelijkheid.⁸³⁸ Bovendien hangt de voorzienbaarheid samen met de kennis of kenbaarheid van de relevante bijzonderheden van de situatie. In verband met de specifieke asbestproblematiek lijkt ‘de aard en de omvang’ van risico en schade te zijn toegevoegd. Hiermee wordt wellicht gedoeld op de mate en duur van de blootstelling aan asbeststof.⁸³⁹

⁸³⁴ Zie met betrekking tot de zaak over de vuurwerkramp in Enschede Lieber & Van Schadewijk 2015, p. 53. Zij stellen dat de door het Hof aangelegde maatstaf tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met die van Önerlydiz.

⁸³⁵ Gijsselaar & De Jong 2016, p. 45.

⁸³⁶ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*), r.o. 3.4.4.

⁸³⁷ De Jong 2018, p. 220.

⁸³⁸ Vgl. Spier, *NJ* 2017/372 onder 8.

⁸³⁹ Vgl. Spier, *NJ* 2017/372 onder 9.

Er zijn twee verschillen tussen de hiervoor geciteerde redenering en het *Osman*-criterium. Allereerst komt de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen niet expliciet aan de orde. Deze toets maakt naar verwachting echter onderdeel uit van de component ‘redelijkheid’. De rechter zal moeten nagaan of de maatregelen binnen het bereik liggen en of zij naar redelijke verwachting tot afwending van het risico leiden.

Dat met de maatregelen de overtreding die heeft geleid tot die schade zou zijn voorkomen, komt eveneens niet overeen met het toetsingskader van het EVRM. Het is de vraag of het hier om een ongelukkig geformuleerde zinsnede gaat of dat de Hoge Raad hier een aanvullend vereiste heeft willen stellen.⁸⁴⁰ Naar Europees recht is in ieder geval uitdrukkelijk niet vereist dat de maatregelen ook daadwerkelijk effect (kunnen) sorteren. Een dergelijk strikt vereiste, indien daadwerkelijk beoogd, zou dan ook onverenigbaar zijn met het EVRM.

Ik heb nu, één uitzondering daargelaten, vastgesteld dat dezelfde beoordelingsfactoren van belang zijn voor de nationale rechter als voor het EHRM. Daarmee is echter ook nu nog niet gezegd dat het EHRM in een concrete zaak op dezelfde wijze zou beoordelen. Zo kan bijvoorbeeld de vraag worden opgeworpen of het EHRM zich ook terughoudend zou hebben opgesteld waar het om het aannemen van een mensenrechtenschending gaat in de zaak over de Enschedese vuurwerkcramp.⁸⁴¹ Wanneer meer in detail naar het arrest van het Hof Den Haag wordt gekeken, valt op dat van doorslaggevend belang voor de vraag of de gemeente en de Staat aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de massa-explosie, is of zij het risico op deze explosie kenden of hadden moeten kennen (het kennisvereiste). Het Hof komt tot het oordeel dat niet kan worden aangenomen dat de gemeente en de Staat het risico van een massa-explosie bij S.E. Fireworks vóór 13 mei 2000 kenden of uit rapportages of anderszins hadden moeten kennen. Er mocht van worden uitgegaan dat conform de vergunning werd gehandeld en dat er geen massa-explosief vuurwerk aanwezig was.⁸⁴² Vanwege de ‘casuistic approach’ en de ‘margin of appreciation’ is het koffiedik kijken of het EHRM tot eenzelfde oordeel zou zijn gekomen. Het is in mijn ogen goed mogelijk dat het EHRM tot eenzelfde oordeel zou zijn gekomen. De gevolgen van brand waren door het verkeerde classificatiesysteem niet te voorzien. Aan het vereiste dat de overheid had moeten weten dat sprake was van een daadwerkelijk levensgevaar, lijkt dan ook niet te zijn voldaan.⁸⁴³

In de zaak over de asbestziekte kon geen aansprakelijkheid worden aangenomen vanwege het feit dat de concrete omstandigheden die konden leiden tot het aannemen van onrechtmatigheid vanwege toezichtsfalen niet voldoende waren gesteld of gebleken.⁸⁴⁴ Ook in Straatsburg zal geen

⁸⁴⁰ Deze eis toont gelijkenis met de eis van effectiviteit van een waarschuwing in *Jetblast*, zie HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (*Jetblast*), r.o. 3.4.3.

⁸⁴¹ Op de uitspraken is forse kritiek geuit in de literatuur. Zie met betrekking tot de overwegingen van zowel de Rechtbank als het Hof Van Maanen 2007, p. 127-140; Albers & Heinen 2008, p. 669-683; Albers & Heinen 2010, p. 501-510. Neerhof 2007 (p. 199) is van opvatting dat de criteria op niet-navolgbare wijze zijn toegepast.

⁸⁴² Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316, r.o. 13.5-14. In de procedure die de verzekeraars van de Grolschfabriek aanhangig hebben gemaakt, is in cassatie betoogd dat de Staat na kennismaking van de rapporten die naar aanleiding van de vuurwerkexplosie te Culemborg (zie volgende noot) zijn uitgebracht, beschikte over ruim voldoende informatie om met zekerheid te weten dat het praktisch onmogelijk is een massa-explosie in een vuurwerkbedrijf uit te sluiten. Gezien de aard en ernst van het gevaar was de Staat sindsdien gehouden maatregelen te nemen. De Hoge Raad heeft deze klacht verworpen. Zie HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, r.o. 4.8-4.12.

⁸⁴³ Aan een meer algemeen kennisvereiste lijkt wel te zijn voldaan. In 1991 vond namelijk reeds een vuurwerkcramp in Culemborg plaats. Daarbij vielen 2 doden, 20 à 30 gewonden en de explosies veroorzaakten grote materiële schade in de wijde omtrek. Op dat moment werd duidelijk dat een vuurwerkbedrijf middenin een woonwijk een enorm veiligheidsrisico met zich brengt.

⁸⁴⁴ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*), r.o. 3.8. Zie hierover ook De Jong 2018, p. 229.

mensenrechtenschending worden aangenomen wanneer concrete aanwijzingen die de bevoegde autoriteit tot ingrijpen hadden moeten aanzetten, ontbreken. Anders dan bij de zaak over de vuurwerkramp in Enschede is in de literatuur dan ook geen discussie gevoerd over de vraag of de Staat aansprakelijk had moet worden gehouden voor de hier geleden schade.

2.6.4 Toezicht & de beginselplicht tot handhaving

De bestuursrechter gaat uit van een beginselplicht tot handhaving. Deze plicht houdt in dat gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik zal moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren dit te doen; dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Verder kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.⁸⁴⁵

Onder omstandigheden kan deze beginselplicht doorwerken naar toezicht en in de sfeer van de aansprakelijkheid voor de schade van betekenis worden voor anderen dan het tot sanctieoplegging bevoegde gezag.⁸⁴⁶ Relevant in dit verband zijn eventuele verplichtingen van de toezichthouder in de fase waarin een overtreding is geconstateerd en ook een onderzoek is gestart, maar nog geen sanctie is opgelegd. Op welk moment moet de toezichthouder doorpakken naar een sanctie-advies aan 'zijn' bevoegd gezag? Deze vraag is in het bijzonder van belang wanneer de toezichthouder werkzaam is bij een andere organisatie dan die waaraan het bevoegd gezag leiding geeft. In de zaak over de brand op het terrein van CMI Container Masters B.V. speelde een dergelijke situatie. Dit bedrijf exploiteerde een op- en overslagbedrijf voor koopmansgoederen en chemicaliën, waaronder gevaarlijke stoffen. Eind februari 1996 is in één van de loodsen van CMI brand uitgebroken, als gevolg waarvan omliggende loodsen verloren zijn gegaan. Daardoor is vermogensschade ontstaan voor veel bedrijven die goederen in deze loodsen hadden opgeslagen. De verzekeraars van die bedrijven trachten de uitgekeerde schade in een gerechtelijke procedure te verhalen op de gemeente Rotterdam en de DCMR Milieudienst Rijnmond. Zij verwijten hen onvoldoende handhavend te hebben opgetreden. Het Hof wijst de vordering toe. Daarbij stelt het voorop dat aan de gemeente Rotterdam en de DCMR een aanmerkelijke beleidsvrijheid toekomt bij het bepalen of, hoe en wanneer zij handhavend wensen op te treden. Dat geldt ook wanneer zij eenmaal een overtreding van vergunningvoorschriften hebben geconstateerd. Dit betekent echter niet dat het doen en laten van de gemeente en de DCMR niet aan het oordeel van de rechter kan worden onderworpen.⁸⁴⁷ Tussen mei 1995 en februari 1996 heeft bij CMI een aantal controles plaatsgevonden door de DCMR. Tijdens deze controles zijn verschillende overtredingen van de vergunningsvoorschriften geconstateerd. De aangetroffen situaties brachten acute en ernstige gevaren met zich. Er worden vervolgens diverse waarschuwingen gegeven en er wordt gedreigd met sancties. Op 8 februari 1996 wordt door de DCMR een brandbrief naar CMI gestuurd waarin het bedrijf nog twee weken de tijd krijgt om concreet aan te geven hoe CMI denkt de opslag van gevaarlijke stoffen te gaan beperken en de risico's daarvan te minimaliseren; als het bedrijf aan deze oproep geen gehoor

⁸⁴⁵ ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683 (*café Friends*). Het CBb hanteert een vergelijkbaar uitgangspunt, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de uitspraak 15 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ8708 (*VVD-spam*). Zie Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 442-444 met verdere verwijzingen.

⁸⁴⁶ Michiels, *Goed verdedigbaar* 2011/1.7.3.

⁸⁴⁷ Hof Amsterdam 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578 (*brand CMI*), r.o. 6.2.

geeft, zal de DCMR het bevoegd gezag adviseren een last onder dwangsom op te leggen. Op de laatste dag van die termijn laat het bedrijf van zich horen: het doet, gelet op de voorgenomen bedrijfsverplaatsing, een verzoek te gedogen. Zes dagen later gaat het bedrijf in vlammen op.

In het licht van genoemde gevaren en ‘de aanmerkelijke kans op ernstige schade die, gelet op de aard en de hoeveelheid van de bij CMI opgeslagen gevaarlijke stoffen, zou ontstaan indien deze gevaren zich zouden verwezenlijken, mocht in beginsel een voortvarend en dwingend optreden van de gemeente en de DCMR verwacht worden’, zo overweegt het hof. Dat hebben zij echter nagelaten. Nadat het hof de Kelderluikfactoren in de beoordeling van het geschil heeft betrokken, toetst het ook nog aan het evenredigheidsbeginsel. Het hof is van oordeel dat de gemeente en de DCMR geen blijk hebben gegeven van een voldoende inzichtelijke belangenafweging. De belangen van degenen die door de vergunning worden beschermd, zijn door het onvoldoende voortvarend en niet dwingend optreden van de gemeente en de DCMR onevenredig geschaad ten opzichte van het belang van CMI bij voortzetting van haar onrechtmatig handelen. Geconcludeerd wordt dat de gemeente en de DCMR onrechtmatig nalatig zijn geweest.⁸⁴⁸

Het is de vraag hoe een dergelijke toetsing zich verhoudt tot de toetsing van het EHRM. In deze zaak worden zowel de Kelderluikfactoren als het evenredigheidsbeginsel toegepast. De civiele rechter heeft zich – wellicht ingegeven door de wijze van procesvoering – door de algemene lijn in de rechtspraak van de bestuursrechter laten leiden. Naar gangbare rechtspraak wordt, nadat de beginselplicht is vastgesteld, onderzocht of sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan van handhaving kan worden afgezien. Hoewel de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat nooit met zoveel woorden heeft gesteld, kan uit de toepassing van deze formule worden afgeleid dat daarbij een noodzakelijkheidstoets wordt toegepast.⁸⁴⁹ In mijn ogen zal in de voor dit boek relevante situaties al snel worden geoordeeld dat handhaving nodig is om het (veiligheids)belang te realiseren. Alhoewel de hier beschreven benadering van de civiele rechter dus een andere is dan bij de andere vormen van toezichtsfalen, betekent dit niet dat er sprake is van een met het EVRM-strijdige toetsing. De hier beschreven evenredigheidstoetsing zal naar verwachting niet in de weg staan aan het aannemen van aansprakelijkheid in de voor dit boek relevante situaties. Daarmee is tevens het minimum dat het EVRM eist, gehaald.

2.7 Voorzorgsbeginsel

Evenals in de rechtspraak van het EHRM (zie hierover paragraaf 2.8.3) heeft het voorzorgsbeginsel in de civiele rechtspraak zijn intrede gedaan.⁸⁵⁰ Schending van het voorzorgsbeginsel kan leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid.⁸⁵¹ De rechtspraak van het EHRM geeft – naast verschillende internationale verdragen en Europees recht⁸⁵² – enige aanknopingspunten om het voorzorgsbeginsel

⁸⁴⁸ Hof Amsterdam 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578 (*brand CMI*), r.o. 6.5.

⁸⁴⁹ Gerards 2007, p. 101.

⁸⁵⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.10, 5.108 en 5.149 en Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Luchtvervuiling*), r.o. 3.25-3.28. Zie over de rol die het voorzorgsprincipe mogelijkwijs in de zaak over bekkenbodematjes (transvaginaal mesh implantaat) kan spelen: Volker 2019. In deze zaak is betoogd dat het noodzakelijk is het gebruik van mesh op te schorten totdat meer bekend is over de werkzaamheid en veiligheid van het implantaat.

⁸⁵¹ Olaerts 2003; Franken 2010; De Jong 2016, p. 81; Timmer & Van Triet 2017, p. 146.

⁸⁵² Zie hierover bijvoorbeeld Bauw, in: *GS Onrechtmatige Daad*, aant. VIII.6.3.10 (online, bijgewerkt 2 januari 2020).

nader in te vullen. In een enkele zaak wordt dan ook verwezen naar de rechtspraak van het EHRM.⁸⁵³ Verder dan een enkele verwijzing komt het echter niet. Dat kan worden verklaard uit het feit dat *Tătar/Roemenië*⁸⁵⁴, de belangrijkste uitspraak, enkel relevant is voor de beslissing om al dan niet te handelen. Uit die uitspraak volgt – kort gezegd – dat de overheid bij twijfel niet stil mag blijven zitten. Voor het antwoord op de vraag welke maatregelen dan vervolgens minimaal aangewezen zijn, biedt *Tătar* echter alleen in de specifieke context van goudmijnen aanknopingspunten. In andere gevallen zal de rechter dus zelf moeten inschatten wat de ernst van de dreigende schade en de waarschijnlijkheid daarvan is. De waardering van de ernst van de dreigende schade is op zijn beurt weer afhankelijk van het gewenste beschermingsniveau.⁸⁵⁵ Voor de nationale rechter betekent dit dat hij af moet gaan op algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten waaruit volksgezondheidsrisico's blijken. Pas als voorop wordt gesteld welke schade aan milieu of volksgezondheid nog wèl en welke zeker niet meer wordt geaccepteerd, wordt het voorzorgsbeginsel een kompas voor rechterlijke besluitvorming.⁸⁵⁶ Uit de rechtspraak van het EHRM kan een en ander, buiten de context van goudmijnen, echter niet worden afgeleid.

Een uitzondering hierop vormt de in hoofdstuk 2, paragraaf 8.3.4.2 al besproken zaak *Vilnes e.a./Noorwegen*. In deze zaak overweegt het EHRM dat vanwege de wetenschappelijke onzekerheid over eventuele lange termijn effecten voor de gezondheid een 'very cautious approach' is vereist bij het toelaten van duikoperaties. Het zou redelijk ('reasonable') zijn geweest wanneer de Noorse autoriteiten er zorg voor hadden gedragen dat door bedrijven volledige transparantie in acht was genomen, omdat dan mogelijkerwijze ('conceivably') eerder het gebruik van de gewraakte tabellen met korte decompressietijden zou zijn beëindigd. De duikbedrijven hadden daartoe enerzijds verplicht kunnen worden tegenover de inspectie verantwoording af te leggen. Anderzijds maakte de Noorse autoriteiten de duikers ten onrechte geen deelgenoot van hun bezorgdheid over het hun bekende feit dat de door duikondernemingen gehanteerde decompressietabellen grote verschillen vertoonden.⁸⁵⁷ Daaruit kan worden afgeleid dat de verplichting om actief informatie te verstrekken ook geldt wanneer sprake is van een voorzorgsituatie.

Met name dit tweede aspect is relevant voor de Nederlandse rechter, bijvoorbeeld voor een zaak als *Q-koorts*. In deze zaak wordt weliswaar aansluiting gezocht bij rechtspraak van het EHRM waarin een verplichting tot het informeren over risico's wordt aangenomen (als onderdeel van het nemen van de verplichting tot feitelijke maatregelen), maar wordt vervolgens niet inzichtelijk gemaakt dat en

⁸⁵³ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.2, 5.6.2, 7.2.5, 7.2.10, 7.4.6.

⁸⁵⁴ EHRM 27 januari 2009, 67021/01 (*Tătar/Roemenië*). Zie hierover hoofdstuk 2, § 8.5.

⁸⁵⁵ Van der Velde 2015, p. 439. Emaus gaat ervan uit dat er een omslagpunt is dat het voorzorgsbeginsel doet activeren. De potentiële schade kan worden beoordeeld door inschatting van 'de ernst van schade bij enkelen of wijdverspreide, maar minder ernstige schade bij velen' (vrij vertaald naar Shelton 2018). Vgl. Emaus 2019, p. 61.

⁸⁵⁶ In *Q-koorts* blijkt in juni 2009 een kantelpunt te zijn bereikt. Op dat moment blijken vraagtekens te kunnen worden gezet bij de effectiviteit van (één van) de mestmaatregelen. Het aantal nieuwe Q-koorts besmettingen nam toe en was bijna het dubbele van het totaal van het jaar daarvoor. Toen waren ook vier doden gemeld. In deze omstandigheden heeft de Staat, naar het oordeel van de rechtbank terecht, beoordeeld of de aanpak van Q-koorts kon en moest worden bijgesteld. Het voorzorgsbeginsel vergde daarbij dat een grotere mate van onzekerheid over bronnen en transmissieroutes en over de effectiviteit van de maatregelen voor lief werd genomen. Zie Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.149. In *Urgenda* is vastgesteld dat een grote mate van internationale consensus bestaat over dringende noodzaak van een reductie in 2020 van minimaal 25-40%. Deze consensus is aan te merken als 'common ground'. Vgl. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 7.2.11 en 7.3.6.

⁸⁵⁷ EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10 (*Vilnes e.a./Noorwegen*), r.o. 242-244. Vgl. Alkema 2015.

waarom deze plicht ook geldt in een verzorgingsituatie.⁸⁵⁸ Aan de hand van *Vilnes*, waarin het verzorgingsbeginsel op impliciete wijze wordt toegepast, had inzichtelijk kunnen worden gemaakt dat ook in die situatie een informatieplicht geldt. Op basis van de verstrekte informatie kunnen burgers dan vervolgens *zelf* bepalen of zij al dan niet het risico durven aan te gaan. De ter discussie staande wijze van informeren in de Q-koorts-zaak kan aan de hand van de genoemde uitspraak overigens niet tegen het daglicht worden gehouden, simpelweg omdat aan de manier waarop betrokkenen geïnformeerd hadden moeten worden, door het EHRM geen concrete eisen worden gesteld. Dat valt binnen de ‘margin of appreciation’ van de Staat.⁸⁵⁹

2.8 EVRM als (geïntegreerd) toetsingskader: toepassingswijzen en valkuilen

2.8.1 Introductie

In de paragrafen hiervoor zijn zowel situaties aan de orde gekomen waarin het nationale recht wordt toegepast als situaties waarin expliciet aan het EVRM wordt getoetst. Nadeel van een expliciete toetsing is dat het nationale recht opzij wordt gezet en het EVRM er dan voor in de plaats treedt. Betoogd kan worden dat dat gelet op de soevereiniteitsgedachte een minder wenselijke benadering is. Zo’n expliciete toetsing strookt echter goed met het in artikel 93 en 94 Gw neergelegde stelsel van rechtstreekse werking in de Nederlandse rechtsorde van bepalingen van verdragen die naar inhoud een ieder kunnen verbinden. Voordeel is natuurlijk ook dat er op die manier minder kans is dat de EVRM-rechten buiten de belangenafweging worden gelaten. Dat is belangrijk, omdat EVRM-rechten bij een abstracte belangenafweging niet alleen persoonlijke belangen beschermen, maar ook maatschappelijke belangen. Die persoonlijke belangen mogen niet over het hoofd worden gezien, zeker niet wanneer aan de andere kant van de weegschaal algemene economische belangen worden gelegd, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de gaswinning in Groningen en de kwestie van luchtvervuiling (zie § 2.2.4 en § 2.4). Als een zaak in de sleutel van het nationale recht, via het Kelderluik-arrest, wordt gezet, bestaat het risico dat bij de rechterlijke toepassing van die Kelderluikfactoren of de rechterlijke interpretatie daarvan tot uitkomsten wordt gekomen die niet EVRM-proof zijn (zie daarover § 2.5.5). Wanneer expliciet aan het EVRM wordt getoetst, is de kans groter dat de rechter zich bewust is van deze risico’s en daarop anticipeert. In paragraaf 2.8.2 wordt daarom allereerst ingegaan op welke wijze het EVRM kan worden toegepast. Vervolgens wordt ingegaan op (potentiële) misinterpretaties die in de Nederlandse rechtspraak zijn terug te vinden (§ 2.8.3).

2.8.2 Toepassingswijzen

In de rechtspraak ben ik twee manieren tegengekomen waarop toetsing aan het EVRM wordt ingericht: i. toetsing of is voldaan aan de minimumvereisten van het EVRM nadat is getoetst aan de traditionele kaders, en ii. rechtstreekse toetsing aan uit het EVRM voortvloeiende zorgplichten. Niet is gezegd dat bewust een onderscheid wordt gemaakt; het is goed mogelijk dat de wijze van procesvoering van de betrokken partijen het verloop van de zaak heeft beïnvloed. Bovendien gaat het om een gradueel verschil. In de eerste situatie wordt de EVRM-context nog enigszins buiten de nationale context

⁸⁵⁸ Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.157-5.159

⁸⁵⁹ Vgl. ook Timmer & Van Triet 2017.

geplaatst door te spreken over minimumvereisten en factoren waar op grond van het EVRM aan moet worden voldaan. Bij de tweede vorm wordt het EVRM zelf als primaire norm toegepast. Het gevaarzettingsleerstuk blijft in dat geval buiten behandeling of de rechterlijke instantie spreekt zich hierover enkel uit in een ten overvloede overweging.⁸⁶⁰

Een voorbeeld van de eerste manier van toetsing kan worden gevonden in de zaak over de schade door de gasboringen in Groningen. In deze zaak overweegt de Hoge Raad dat de vraag of een handelen of nalaten van de Staat onrechtmatig is, moet worden beantwoord met inachtneming van de eisen die het EVRM stelt. Vervolgens wordt een overzicht gegeven van rechtspraak van het Hof. Uit deze rechtspraak kan naar het oordeel van de Hoge Raad worden afgeleid welke factoren de feitenrechter in ieder geval moet betrekken in de beoordeling van de door eisers naar voren gebrachte stellingen. In deze zaak komt dat hierop neer of de Staat wist of had moeten weten⁸⁶¹ dat een reëel risico bestond dat de door de artikelen 2, 3 of 8 EVRM beschermde rechten zouden worden geschonden en, zo ja, of de Staat heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs van hem konden worden verwacht om dat risico te vermijden.⁸⁶²

De eerste wijze van toetsing komt eveneens aan de orde in *Mothers of Srebrenica*.⁸⁶³ In deze zaak stond de vraag centraal of de Staat uit onrechtmatige daad aansprakelijk is voor het optreden van Dutchbat-militairen rondom de val van de enclave Srebrenica. Meer concreet wordt de Staat verweten dat Dutchbat heeft meegewerkt aan de evacuatie van ruim 300 mannelijke vluchtelingen, waarbij de meeste van deze vluchtelingen de dood vonden. De Hoge Raad oordeelt dat bepalend is of Dutchbat in strijd heeft gehandeld met de aan artikel 2 en 3 EVRM ontleende en in de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW besloten liggende normen die strekken tot bescherming van het recht op leven en de integriteit van het menselijk lichaam.⁸⁶⁴

In *Urgenda* wordt door de Hoge Raad rechtstreeks aansluiting gezocht bij de criteria die het EHRM formuleert; er moeten passende maatregelen worden genomen als er een ‘real and immediate risk’ voor personen is en de overheid van het gevaar op de hoogte is. Het begrip ‘immediate’ ziet daarbij naar het oordeel van de Hoge Raad op een gevaar dat de betrokken personen rechtstreeks bedreigt. Dat gevaar kan zich ook pas op langere termijn verwezenlijken.⁸⁶⁵ Ook overweegt de Hoge Raad dat geen onmogelijke of onevenredige last op de Staat mag worden gelegd.⁸⁶⁶ Op grond van deze en andere criteria (zie daarover hoofdstuk 2, § 4.4.2), en kijkend naar de feiten, is de Hoge Raad van oordeel dat op grond van het EVRM een verplichting dient te worden aangenomen om passende maatregelen te nemen.⁸⁶⁷

⁸⁶⁰ Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380 (*Luchtvervuiling*), r.o. 4.91.

⁸⁶¹ Vanaf 1 januari 2005 is dat naar het oordeel van de Hoge Raad zonder meer het geval. Vgl. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.4 e.v.

⁸⁶² HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.8-2.7.13.

⁸⁶³ Zie bijvoorbeeld ook Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909 (*IS-kinderen*), r.o. 4.7 e.v. In hoger beroep is geoordeeld dat de Staat geen rechtsmacht heeft. Vgl. Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 6.3-6.5 (*IS-kinderen*).

⁸⁶⁴ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*), r.o. 4.2.2. Door de rechtbank werd in deze kwestie nog overwogen dat dat de zorgvuldigheidsnorm wordt ingekleurd door volkenrechtelijke beginselen. Vgl. Rb. Den Haag 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562 (*Mothers of Srebrenica*), r.o. 4.329.

⁸⁶⁵ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.2.2.

⁸⁶⁶ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.4.

⁸⁶⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.6.2. De vraag of het wereldwijde karakter van de uitstoot en van de gevolgen daarvan meebrengt dat geen bescherming kan worden ontleend aan artikel 2 en 3 EVRM beantwoordt de Hoge Raad vervolgens ontkennend. Er is sprake van deelverantwoordelijkheid. Dat strookt zowel met hetgeen internationaal en nationaal wordt aangenomen als met het effectiviteitsbeginsel dat het EHRM hanteert. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.7.1 e.v.

Door beide hiervoor genoemde wijzen van toetsing aan het EVRM wordt gezien of in het voorliggende geval recht wordt gedaan aan het EVRM. Bij de eerste manier van toetsing verdient het wel sterk de voorkeur dat de behandelend feitenrechter telkens ook expliciet in zijn motivering betreft waarom wel of niet is voldaan aan de minimumvereisten die het EHRM stelt. Alleen dan kan worden bewerkstelligd dat de rechter zich voldoende rekenschap geeft van de bijdrage die van hem wordt verlangd bij de bescherming van EVRM-rechten. Voorkomen moet worden dat de rechter al te snel aanneemt dat wel voldaan zal zijn aan het EVRM. In dat geval zijn we weer terug bij af, dat wil zeggen bij de (te gehaaste) aanname dat met het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen worden geboden om fundamentele rechten te verzekeren (zie § 1). De directe toetsing heeft dan ook een belangrijk voordeel ten opzichte van de andere wijze van toetsing. Het is dan ook toe te juichen dat de Hoge Raad de beoordeling volgens het EVRM in zijn rechtspraak heeft ingebouwd.

2.8.3 Misinterpretaties in de rechtspraak

2.8.3.1 Introductie

Wanneer de rechter expliciet aan het EVRM toetst, dient hij uit te gaan van de uitleg die het EHRM aan de betreffende EVRM-artikelen heeft gegeven of dient hij zelf artikelen uit te leggen met toepassing van de uitlegmaatstaven die het EHRM hanteert (zoals de ‘common ground’-methode). Een voorbeeld van een zaak waarin de Hoge Raad de criteria die het EHRM hanteert, nauwgezet ter harte neemt, is *Mothers of Srebrenica*. Nagegaan wordt of de leiding van Dutchbat op het moment van handelen wist of redelijkerwijs had moeten weten dat er een reëel risico bestond dat de door artikel 2 en 3 EVRM beschermde rechten van de vluchtelingen zouden worden geschonden.⁸⁶⁸ Vervolgens gaat de Hoge Raad uitgebreid in op de vraag wat redelijkerwijs kon worden gevergd om dit risico te vermijden. Daarbij wordt de meest recente rechtspraak van het EHRM waaruit volgt dat bij die beoordeling moet worden verdisconteerd dat Dutchbat handelde in een oorlogssituatie, dat er operationele keuzes moesten worden gemaakt op basis van prioriteiten en beschikbare middelen, en dat menselijk handelen onvoorspelbaar is (zie daarover meer uitgebreid hoofdstuk 2, § 4.4.2.6), in ogenschouw genomen.⁸⁶⁹

Niet in alle gevallen komt het EVRM-kader echter even goed uit de verf. Dat kan leiden tot onjuiste toepassing van het EVRM, met alle mogelijke gevolgen van dien. Hierna komen verschillende categorieën van (potentiële) misinterpretaties in de rechtspraak aan de orde. Ook zal kort worden weergegeven wat de mogelijke gevolgen kunnen zijn van dergelijke misinterpretaties. Overigens kunnen genoemde problemen ‘eenvoudig’ worden ondervangen door de rechtspraak meer ‘to the point’ uiteen te zetten.

2.8.3.2 Geen onderscheid in compartimenten

Wanneer de Nederlandse rechtspraak in ogenschouw wordt genomen, valt op dat niet altijd een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de twee compartimenten (risicovolle activiteiten versus omgevingsgerelateerde zaken) die in de rechtspraak van het EHRM zijn terug te vinden. Dit is terug te zien in de Urgenda-zaak en in de zaken over luchtvervuiling en aardbevingsschade. Uit deze zaken kan

⁸⁶⁸ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*), r.o. 4.2.5.

⁸⁶⁹ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*), r.o. 4.2.3, onder andere onder verwijzing naar EHRM 20 december 2011, 18299/03 (*Finogenov e.a./Rusland*).

ook worden afgeleid tot welke onwenselijke situaties dit kan leiden. Allereerst kan het ontbreken van een onderscheid tussen deze compartimenten ertoe leiden dat er vereisten worden gesteld die niet van toepassing zijn. De zaak over de aardbevingsschade illustreert dit. In deze zaak wijst de Hoge Raad op de positieve verplichtingen om op grond van artikel 2 EVRM een wettelijk kader in het leven te roepen en feitelijke maatregelen te nemen.⁸⁷⁰ Dat op grond van artikel 8 EVRM bij risicovolle activiteiten dezelfde verplichtingen zijn aangenomen, wordt echter niet expliciet benoemd. In de context van artikel 8 EVRM worden door de Hoge Raad alleen omgevingsgerelateerde zaken aangehaald. Beschreven wordt wanneer overlast een ‘minimum level’ heeft bereikt.⁸⁷¹ Dit vereiste wordt echter in het geheel niet gesteld bij risicovolle activiteiten. In die gevallen neemt het EHRM, zodra is vastgesteld dat een individueel belang binnen het bereik van artikel 8 EVRM valt, automatisch aan dat sprake is van een voldoende ernstige aantasting van artikel 8 EVRM. De overwegingen over artikel 2 en 8 EVRM zijn dan ook moeilijk met elkaar te rijmen.⁸⁷²

Omgekeerd kan het door elkaar gebruiken van de compartimenten ertoe leiden dat criteria minder streng zijn dan gelet op de rechtspraak van het EHRM in de rede zou liggen. In dat verband wijs ik op *Urgenda*. In deze zaak wordt door de Hoge Raad aangenomen dat de bescherming van artikel 2 en 8 EVRM niet alleen op specifieke personen ziet, maar ook op de samenleving of bevolking als geheel. Daarbij wordt verwezen naar zaken waarin het vereiste dat de mogelijke slachtoffers identificeerbaar moeten zijn, is losgelaten. Vervolgens wordt onder verwijzing naar omgevingsgerelateerde zaken overwogen dat van bescherming van de samenleving of bevolking als geheel sprake is als het gaat om milieugevaren. Bij milieugevaren die een geheel gebied bedreigen, bieden artikel 2 en 8 EVRM in de ogen van de Hoge Raad bescherming aan de ingezetenen van dat gebied.⁸⁷³ Ook hier werkt het in mijn ogen verwarrend dat beide compartimenten door elkaar worden gebruikt. De regimes verschillen namelijk nog van elkaar. Wanneer de Hoge Raad van oordeel is dat het *Osman*-criterium voor risicovolle activiteiten van toepassing is in deze zaak, is het nog niet zonder meer gegeven dat de samenleving als geheel beschermd dient te worden. Zoals in hoofdstuk 2, § 4.4.5 en § 8.5.4 is beschreven, is een dergelijke verplichting slechts in enkele zaken aangenomen. Een nadere overweging daarover zou dan ook niet hebben misstaan. De Hoge Raad was nu dus te optimistisch over het beschermingsbereik.

Ten slotte kan het ontbreken van een helder onderscheid tussen de compartimenten tot verwarring over de beoordelingsruimte leiden. Zo wordt in de zaak over de aardbevingsschade een met het *Osman*-criterium te vergelijken maatstaf aangehaald, om vervolgens te wijzen op een ruime beoordelingsvrijheid die de Staat zou hebben en de ‘fair balance’ die getroffen moet worden tussen de belangen van de individuele burgers en die van de gemeenschap. In mijn ogen zijn genoemde jurisprudentielijnen moeilijk met elkaar te rijmen, want de ‘fair balance’ ziet op omgevingszaken. Zij zouden ook niet door elkaar moeten worden gebruikt.

Ook in de Luchtvervuiling-zaak leidt het ontbreken van een onderscheid tussen de beide compartimenten tot de hiervoor genoemde verwarring. Alhoewel artikel 2 en artikel 8 EVRM van toepassing worden geacht, wordt gerept over de aan de Staat toekomende ‘margin of appreciation’ en

⁸⁷⁰ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.9.

⁸⁷¹ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.10.

⁸⁷² Sanderink maakt in dit verband een onderscheid tussen concrete handelingen ter beëindiging van bestaande aantastingen en handelingen ter voorkoming van toekomstige aantastingen. Ook hij is van mening dat sprake is van een niet logische verwijzing. Sanderink 2019 onder 9.7.

⁸⁷³ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.1.

een afweging tussen het welzijn en de gezondheid van burgers enerzijds versus de maatschappelijke en economische belangen anderzijds.⁸⁷⁴ Dit heeft veel weg van een ‘fair balance’-test. Wanneer artikel 2 EVRM in het geding is, zullen maatschappelijke en economische belangen echter een minder grote rol spelen in de afweging die de Staat moet maken aangaande het tempo waarin de WHO-richtwaarden moeten worden ingevoerd. In dat geval kan moeilijk(er) worden geoordeeld dat de niet-naleving van internationale luchtkwaliteitsnormen (de zogenaamde WHO-normen) valt binnen de aan de Staat toekomende ‘margin of appreciation’.⁸⁷⁵

2.8.3.3 Geen onderscheid tussen verschillende typen van positieve verplichtingen

Een tweede categorie van ‘fouten’ is dat de door het EHRM onderscheiden typen van positieve verplichtingen en de daarbij behorende toetsingscriteria niet altijd goed worden onderscheiden (wettelijk en bestuurlijk systeem en feitelijke maatregelen). Dit kan leiden tot de toepassing van het verkeerde toetsingskader. Wat daarvan de gevolgen kunnen zijn, kan worden geïllustreerd aan de hand van twee zaken.

Allereerst de zaak over de gasboringen in Groningen. In deze zaak wordt door de Hoge Raad overwogen dat ‘indien wordt gesteld dat een Staat zijn positieve verplichting uit artikel 2, 3 of 8 EVRM niet is nagekomen, moet worden beoordeeld of de Staat wist of had moeten weten dat een reëel risico bestond dat de door artikel 2, 3 of 8 EVRM beschermde rechten zouden worden geschonden en, zo ja, of de Staat heeft nagelaten de maatregelen te treffen die – gelet op alle omstandigheden van het geval – redelijkerwijs van hem konden worden verwacht om dat risico te vermijden’.⁸⁷⁶ Deze maatstaf lijkt te zijn ontleend aan het *Osman*-criterium. Alhoewel de grondslag van de vordering ook op het ontbreken van wetgeving en beleid gericht lijkt te zijn,⁸⁷⁷ brengt de Hoge Raad het geheel uiteindelijk terug tot die genoemde maatstaf.⁸⁷⁸ Op die manier lijkt aansprakelijkheid minder snel te kunnen worden aangenomen.

Dezelfde opmerkingen kunnen worden gemaakt waar het om *Urgenda* gaat. Door de Hoge Raad wordt gewezen op de verplichting om op grond van het EVRM ‘preventief maatregelen’ te nemen zodra sprake is van een ‘real and immediate’ risk.⁸⁷⁹ Vervolgens wordt een sprong gemaakt naar de toetsing van het beleid dat de Staat bij het nemen van maatregelen voert. De Hoge Raad vergeet daarbij te vermelden dat daarvoor een ander toetsingskader geldt.⁸⁸⁰ Voorwaarde voor het aannemen van een positieve verplichting om een wettelijk kader aan te nemen, is (enkel) dat de (verdrags)staat wist of behoorde te weten van de (dreigende) inbreuk op de door artikel 2 en/of 8 EVRM beschermde rechten. Het gaat hier om het niveau van kennis over de desbetreffende (dreigende) inbreuk dat aan de zijde van de (verdrags)staat geacht wordt aanwezig te zijn. Kennis over de dreigende inbreuk in een concrete situatie hoeft hier, anders dan bij de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, niet te worden aangetoond. Ook geldt hier niet het vereiste dat sprake moet zijn van een identificeerbare groep

⁸⁷⁴ Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Luchtvervuiling*), r.o. 3.16 e.v.

⁸⁷⁵ Een dergelijke redenering heeft het Hof Den Haag in een door de Stichting Adem aangespannen procedure op 7 mei 2019 afgewezen (ECLI:NL:GHDHA:2019:915, met name r.o. 3.16 e.v.), dit in navolging van de Haagse rechtbank (Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380). Zie daarover Backes & Van der Veen 2020.

⁸⁷⁶ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.12.

⁸⁷⁷ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.8.4.

⁸⁷⁸ Zie hierover ook Sanderink 2019 onder 10.

⁸⁷⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.2.

⁸⁸⁰ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.3.

personen in een concrete situatie. Pas wanneer wordt afgedaald tot op het niveau van concrete feitelijke maatregelen gelden dergelijke vereisten. Wanneer de Hoge Raad de toetsing hetzelfde zou hebben ingericht als het EHRM zou als eerste zijn ingegaan op het wettelijke kader en beleidskader. Daarmee zouden ingewikkelde discussies over het vereiste van de identificeerbaarheid en de onmiddellijkheid van het gevaar zijn voorkomen.

2.9 Ambtshalve toepassing van EVRM-recht

Bij dit alles is één punt tot nu toe onderbelicht gebleven. Of de gezichtspunten die het EHRM in zijn rechtspraak heeft geformuleerd voor de rechter tot richtsnoer dienen, hangt in belangrijke mate af van de procespartijen. Procespartijen bepalen immers de omvang van het geschil dat zij aan de rechter voorleggen. Zij bepalen in beginsel dus ook in hoeverre zij een beroep op de bescherming van het EVRM doen. Tegelijkertijd rust ingevolge artikel 1 EVRM op de nationale staten, en dus ook op de nationale rechter, de verantwoordelijkheid om de EVRM-rechten te waarborgen. Om te voorkomen dat geen aandacht aan het EVRM wordt besteed, terwijl mogelijk positieve verplichtingen in het spel zijn die alleen vervuld kunnen worden als de rechter ‘ingrijpt’, lijkt ambtshalve toepassing⁸⁸¹ van het EVRM onder omstandigheden aangewezen. Dit houdt in dat de rechter het EVRM ook toepast en/of beoordeelt of het toepasselijke recht in overeenstemming is met de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen, als de procespartijen daar geen beroep op hebben gedaan.

Om te kunnen beoordelen of, en zo ja, wanneer, ambtshalve toepassing nodig is,⁸⁸² is van belang om vast te stellen wanneer het gaat om rechten die van openbare orde zijn. In dat geval geldt de hiervoor beschreven verantwoordelijkheid tot ambtshalve toepassing voor de rechter. Een norm van openbare orde is een norm die zo belangrijk moet worden geacht, dat die de individuele belangen van partijen als het ware overstijgt.⁸⁸³ In mijn ogen is daarvan sprake bij het in paragraaf 2.4.2 onderscheiden eerste compartiment, te weten de normen die zijn neergelegd in artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit; risicovolle activiteiten) EVRM.⁸⁸⁴ Niet alle bepalingen van het EVRM worden echter aangemerkt als normen die zo fundamenteel zijn dat de rechter daaraan steeds ambtshalve zou moeten toetsen.⁸⁸⁵ Daarbij kan gedacht worden aan artikel 8 en 1 EP EVRM (het tweede compartiment).

Steun voor dit standpunt kan worden teruggevonden in de rechtspraak. In een tweetal zaken werd aangenomen dat sprake is van een EVRM-norm van openbare orde. In de eerste zaak, *M/Staat*, vordert eiser schadevergoeding vanwege de onrechtmatigheid van de wijze waarop hem zijn vrijheid is ontnomen. Het Hof oordeelt dat de geconstateerde verzuimen geen onrechtmatige rechtspraak opleveren. De Hoge Raad casseert de uitspraak van het Hof, omdat het hier om een vraag gaat die de openbare orde raakt ‘– die immers betreft welke maatstaf de rechter, gezien de uit het EVRM

⁸⁸¹ Ik wil het debat over ambtshalve toepassing hier niet over doen. Ik probeer enkel in kort bestek de hoofdlijn te schetsen.

⁸⁸² Het EVRM verplicht niet tot ambtshalve toetsing aan de verdragsbepalingen. Zie hierover Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 14; Schild 2012, p. 39-41.

⁸⁸³ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/100 (online, bijgewerkt 6 april 2016). Zie over het begrip openbare orde meer uitgebreid Asser 2018, p. 85.

⁸⁸⁴ Van Maanen is dezelfde mening toegedaan. Vgl. Van der Zalm & Zoeteman 2012. Zie naar het lijkt in bredere zin: Asser/Hartkamp 3-I 2018/202 (online, bijgewerkt 1 november 2018). Vgl. ook Van Kempen 2003, p. 19. Schild is van mening dat men ten aanzien van de zogenaamde absolute grondrechten kan betogen dat deze van openbare orde zijn, nu in die grondrechten zodanige fundamentele waarden worden verankerd dat de rechter gehouden is eventueel ambtshalve te toetsen aan de (absolute) grondrechten. Zie Schild 2012, p. 44.

⁸⁸⁵ Zie met betrekking tot artikel 6 EVRM Asser Procesrecht/Giesen 2015/28 (online, bijgewerkt 15 juli 2015).

voortvloeiende verdragsverplichtingen, behoort aan te leggen ingeval een eiser, stellende het slachtoffer te zijn (geweest) van een met art. 5 EVRM strijdige vrijheidsberoving, ter zake het hem krachtens lid 5 van deze bepaling toekomende recht geldend maakt door schadeloosstelling te vorderen – had het hof (...) ambtshalve behoren te onderzoeken of de door eiser aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten deze vordering kunnen dragen'.⁸⁸⁶ Artikel 5 EVRM is dus van openbare orde. Dan ligt het voor de hand dat dat ook geldt voor artikel 2, 3 en 4 EVRM, want deze bepalingen wegen nog zwaarder (zie daarover hoofdstuk 2, § 4.2, § 5.2 en § 6.2).

In *Omgang met biologische vader* werd aangenomen dat artikel 8 EVRM onder omstandigheden van openbare orde is.⁸⁸⁷ Een beroep op dit artikel in verband met het in eerste aanleg gedane verzoek om een omgangsregeling werd voor het eerst in cassatie gedaan. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof een te beperkte maatstaf heeft aangelegd en ambtshalve een ruimere – op het EVRM gebaseerde – maatstaf had moeten aanleggen, namelijk dat voor de ontvankelijkheid van een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling tussen de verzoeker en een kind enkel is vereist dat aan dat verzoek een als 'gezinsleven' aan te merken betrekking met dat kind ten grondslag ligt.⁸⁸⁸ Ook uit deze zaak blijkt, dat bepaalde rechten onder omstandigheden van openbare orde zijn en dus ambtshalve moeten worden toegepast.

Een mogelijke grondslag voor het aanvaarden van deze EVRM-rechten als zijnde van openbare orde lijkt te zijn gelegen in het garanderen van effectieve rechtsbescherming. Een soortgelijke redenering kan worden gevolgd waar het om positieve verplichtingen op grond van artikel 2, 3 4, 5 en 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit; risicovolle activiteiten) EVRM gaat. Op grond van artikel 13 EVRM, en in een enkel geval op grond van artikel 3 en 8 EVRM of artikel 2 en 13 EVRM gezamenlijk, kan een (positieve) verplichting bestaan om te voorzien in een effectief rechtsmiddel (en om compensatie mogelijk te maken) wanneer is gehandeld in strijd met een uit het EVRM voortvloeiende (positieve) verplichting. Aan deze verplichting kan worden voldaan door het EVRM-recht als van openbare orde aan te merken.

3 Causaliteit

3.1 Introductie

Om een schadevergoedingsverplichting te kunnen aannemen, dient ook sprake te zijn van een causaal verband tussen de tot aansprakelijkheid aanleiding gevende gebeurtenis en de geleden schade. Causaal verband wordt in de regel in twee stappen vastgesteld.⁸⁸⁹ Allereerst wordt aan de hand van het 'condicio sine qua non'-vereiste beoordeeld of de gedraging feitelijk een noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van de schade. Vervolgens wordt een meer toegesneden normatieve toetsing uitgevoerd: de schade moet redelijkerwijs kunnen worden toegerekend aan de gedraging van de laedens. Ook in de rechtspraak van het EHRM spelen causale elementen een rol. Voor zover het om positieve verplichtingen gaat, spelen echter eerder met causaliteit verwante vragen dan echte causaliteitsvragen.

⁸⁸⁶ HR 12 februari 1993, *NJ* 1993/524 (*M/Staat*), r.o. 3.3.

⁸⁸⁷ Heemskerk, noot onder HR 10 mei 1985 *NJ* 1986/5. Zie ook Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/205 (online, bijgewerkt 1 februari 205).

⁸⁸⁸ HR 10 mei 1995, *NJ* 1986/5, r.o. 3.

⁸⁸⁹ Asser/Sieburgh 6-II 2017/50 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017); Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 23 maart 2020).

Het gaat veelal om een causale relatie tussen de feiten in de zaak en de inbreuk op het EVRM. Er dient naar het oordeel van het EHRM sprake te zijn van een ‘direct and immediate link’ tussen de bestreden situatie en de door het artikel beschermde belangen.⁸⁹⁰ In enkele zaken spreekt het Hof van een ‘causal link’ tussen het handelen of nalaten van de overheid en de aantasting van het EVRM-recht.⁸⁹¹ Omdat het hier om een andersoortige causaliteitsvragen gaat, wordt hier niet nader op ingegaan.

Een met Nederlands recht te vergelijken causaliteitsbegrip, komt slechts in twee contexten voor. De eerste context is die van de positieve verplichtingen. Daarnaast komt causaliteit in de context van artikel 41 EVRM aan de orde. Indien het Hof vaststelt dat er een schending van het EVRM heeft plaatsgevonden, kan het EHRM op grond van deze bepaling een billijke genoegdoening aan de benadeelde toekennen. Alhoewel uit het bepaalde in artikel 41 EVRM geen verplichtingen voor Staten kunnen worden afgeleid, kan die rechtspraak wel dienen als vergelijkingsmaatstaf. De rechtspraak van het EHRM op grond van deze bepaling kan inzicht verschaffen in de basisprincipes die het Hof zelf hanteert. Wanneer het nationale recht niet in overeenstemming met deze basisprincipes wordt uitgelegd, kan dat in potentie een schending opleveren. Zoals hierna in paragraaf 5 zal blijken, wordt bij de beoordeling van de effectiviteit van een remedie namelijk onder omstandigheden rekening gehouden met de rechtspraak op grond van artikel 41 EVRM. Vanuit deze optiek is het nodig om af te tasten op welke wijze het causaliteitsvereiste door het Hof zelf wordt ingevuld.

Hierna (§ 3.2 en § 3.3) zal ik de twee contexten waarbinnen causaliteit voorkomt verder toelichten. Vervolgens zal ik in paragraaf 3.4 ingaan op de twee stappen die door de Nederlandse rechter worden gebruikt om causaliteit vast te stellen. In paragraaf 3.5 wordt het Nederlandse recht met het EVRM vergeleken.

3.2 Context 1: positieve verplichtingen

Als uitgangspunt geldt dat het EHRM niet over individuele aansprakelijkheid oordeelt.⁸⁹² Het Hof zal dan ook niet snel de beoordeling van de causaliteitsvraag door de nationale rechter evalueren. Dat is begrijpelijk in het licht van de doctrine dat het Hof geen zogenaamde vierde instantie is.⁸⁹³ Het EHRM heeft de functie om als vangnet op te treden als er bij de bescherming van het EVRM iets misgaat. Het heeft een subsidiaire rol bij het waarborgen van het EVRM op nationaal niveau. Wel laat het Hof zich impliciet over het causaal verband uit door te toetsen of aan de positieve verplichting om te voorzien in een (civielrechtelijk) aansprakelijkheidssysteem, is voldaan. Zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 4.3.3 is uiteengezet, vloeit uit de rechtspraak van het EHRM voort dat het civielrechtelijke normenstelsel dusdanig moet zijn ingericht dat sprake is van een (toegankelijk) effectief gerechtelijk systeem om de betrokkenen ter verantwoording te (kunnen) roepen. Op welke wijze dit systeem is ingericht, wordt door het EHRM aan de verdragsstaten overgelaten. Het EHRM heeft daarbij oog voor moeilijkheden die gepaard kunnen gaan met het vaststellen van causaal verband. Zo overweegt het Hof in de in paragraaf 2.6.2 beschreven zaak *Cevrioğlu/Turkije* ten overvloede dat er mogelijk geen causaal verband

⁸⁹⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 februari 1998, 21439/93 (*Botta/Italië*), r.o. 34 en EHRM 2 december 2010, 12853/03 (*Atanasov/Bulgarije*), r.o. 66.

⁸⁹¹ Vgl. EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 135 en EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 158.

⁸⁹² EHRM 4 oktober 2016, 69546/12 (*Cevrioğlu/Turkije*), r.o. 69.

⁸⁹³ EHRM 23 juli 1968, 1474/62 (*Belgische taal-zaak*); EHRM 1 maart 2010, 46113/99 e.a. (*Demopoulos e.a./Turkije*), r.o. 69.

‘for the purposes of civil liability’ bestaat tussen falend toezicht op de naleving van veiligheidsvoorschriften op een bouwplaats en de ontstane schade.⁸⁹⁴ Dat impliceert dat causaliteit mag worden vereist.

Door het EHRM zelf wordt de individuele causaliteit in genoemde zaak omzeild en vervangen door een aangenomen verband tussen de dood van het slachtoffer en een falend toezichtsmechanisme. Het Hof overweegt daartoe dat het niet zijn taak is de individuele aansprakelijkheid te bepalen, maar om te beoordelen of de Staat zijn positieve verplichting is nagekomen om burgers te beschermen door het aannemen en effectief uitvoeren van een adequaat regelgevingskader, inclusief een toezichtsmechanisme. Vervolgens stelt het EHRM vast dat een fatsoenlijk toezichtsmechanisme ongetwijfeld had bijgedragen aan en de mogelijkheid had vergroot om het falen te identificeren en weg te nemen dat heeft geleid tot de dood van de zoon van klager.

Het hiervoor beschrevene neemt niet weg dat een nationaal causaliteitsvereiste alsnog het systeem kan doorkruisen door te veel te eisen. Naar mijn verwachting zal het EHRM alleen in uitzonderlijke situaties op die grond een schending vaststellen. Daarvan zal sprake kunnen zijn wanneer causaliteit (systematisch) als een barrière wordt opgeworpen. In dat geval kan de civielrechtelijke maatregel niet daadwerkelijk effect sorteren.

3.3 Context 2: artikel 41 EVRM

Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat een billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM alleen wordt toegekend als sprake is van een ‘causal link’⁸⁹⁵ tussen de schending van het EVRM-recht en de geleden schade.⁸⁹⁶ Het EHRM maakt hier gebruik van verschillende terminologie (‘clear causal connection’,⁸⁹⁷ ‘direct causal link’,⁸⁹⁸ ‘sufficient causal link’⁸⁹⁹), maar de genoemde aanvullende termen blijken geen ander juridisch criterium in te houden.⁹⁰⁰ Bij artikel 41 EVRM gaat het om genoegdoening en niet om compensatie. In dat geval kan soepeler met het causaal verband tussen schending en schade worden omgesprongen.

Een eerste blik op de rechtspraak van het EHRM levert een beeld op van goed te volgen uitkomsten. Zo volgt uit de rechtspraak dat geen billijke genoegdoening wordt toegekend voor schade die veroorzaakt is door een niet aangetoonde schending.⁹⁰¹ Daarnaast blijkt dat schade die niet voortvloeit uit de vastgestelde schending, niet wordt vergoed.⁹⁰² Ook is het mogelijk dat het niet

⁸⁹⁴ EHRM 4 oktober 2016, 69546/12 (*Cevrioğlu/Turkije*), r.o. 69.

⁸⁹⁵ Van Emmerik 1997, p. 175; Harris e.a. 2018, p. 167. Zie bijvoorbeeld EHRM 18 februari 2009, 55707/00 (*Andrejeva/Letland*), r.o. 111.

⁸⁹⁶ Dit geldt voor zowel materiële als immateriële schade. Vgl. EHRM 18 februari 2009, 55707/00 (*Andrejeva/Letland*), r.o. 111. Zie hierover Ichim 2015, p. 25.

⁸⁹⁷ EHRM 28 januari 2014, 35810/09 (*O’Keeffe/Ierland*), r.o. 201; EHRM 12 maart 2014, 26828/06 (*Kurić e.a./Slovenië*), r.o. 81; EHRM 12 december 2017, 40167/06 (*Sargsyan/Azerbaidjan*), r.o. 36.

⁸⁹⁸ EHRM 20 juli 2004, 47940/99 (*Balogh/Hongarije*), r.o. 84; EHRM 8 juli 1999, 23657/94 (*Çakıcı/Turkije*), r.o. 127.

⁸⁹⁹ EHRM 25 oktober 2005, 58453/00 (*Niedzwiecki/Duitsland*), r.o. 41; EHRM 17 juli 2008, 20511/03 (*I./Finland*), r.o. 55.

⁹⁰⁰ Bydlinski 2011, p. 81; Kellner & Durant 2011, p. 467-470.

⁹⁰¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 29 september 2005, 24919/03 (*Mathew/Nederland*), r.o. 223-224. Zie met betrekking tot immateriële schade bijvoorbeeld EHRM 25 juni 1997, 20605/92 (*Halford/VK*), r.o. 76.

⁹⁰² EHRM 2 juli 2002, 30668/96, 30671/96, 30678/96 (*Wilson, National Union of Journalists e.a./VK*), r.o. 54; EHRM 28 februari 2008, 37201/06 (*Saadi/Italië*) r.o. 186; EHRM 23 maart 2016, 43611/11 (*F.G./Zweden*), r.o. 160-164. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 25 juni 1997, 20605/92 (*Halford/VK*), r.o. 76.

vaststaat dat de schade daadwerkelijk is veroorzaakt door de schending van het EVRM omdat onduidelijk is wat precies de schade is als gevolg van de schending.⁹⁰³

Wanneer echter meer in detail wordt gekeken naar de rechtspraak, dan blijkt dat het EHRM vrijwel geen inzicht geeft in de wijze waarop de causaliteitsvraag wordt benaderd. De afwegingen in het kader van artikel 41 EVRM zijn vaak heel globaal of ontbreken zelfs helemaal.⁹⁰⁴ Als er al een motivering wordt gegeven, is deze summier en/of onduidelijk geformuleerd.⁹⁰⁵ Bovendien worden de relevante feiten niet altijd weergegeven.⁹⁰⁶ Dit maakt dat uitspraken lastig zijn te duiden. Ik bespreek twee zaken ter illustratie.

Allereerst de zaak *Akkoç/Turkije*. In deze zaak gaat het om een Koerdische man die lid is van een verboden vakbond. Hij en zijn vrouw krijgen verschillende doodsb bedreigingen. Daarover lichten zij de autoriteiten in. Enige tijd later wordt de man gedood. De weduwe acht de Turkse Staat verantwoordelijk voor zijn dood. Het EHRM gaat hierin mee door te overwegen dat door de autoriteiten onvoldoende bescherming is geboden.⁹⁰⁷ Op grond van artikel 41 EVRM claimt de weduwe het verlies van financiële steun door haar man. Het EHRM overweegt dat er een ‘causal link’ is tussen de schending van artikel 2 EVRM en het verlies van deze steun.⁹⁰⁸ Het EHRM gebruikt daartoe een tweetrapsraket: het stelt eerst vast dat de Turkse Staat de positieve verplichting van artikel 2 EVRM heeft geschonden. Vervolgens leidt het daaruit af dat er een ‘causal link’ is tussen de schade en de schending van artikel 2 EVRM. Omdat de meest zware test al is uitgevoerd bij het vaststellen van de schending, is de tweede stap makkelijker te zetten. Die ruimte heeft het Hof ook omdat het om een stelsel gaat waar ‘enkel’ een billijke genoegdoening wordt toegekend.

In de literatuur wordt aangenomen dat in dit geval impliciet een ‘condicio sine qua non’-test is uitgevoerd. De gedachte is dat het EHRM heeft aangenomen dat als beschermende maatregelen zouden zijn genomen, de man nog zou leven.⁹⁰⁹ De eerste stap houdt alleen de vaststelling van de verantwoordelijkheid van Turkije in. Als vaststaat dat sprake is van een schending, dient immers nog een causaal verband tussen de schending (i.c. een nalaten van de Turkse overheid) en de financiële schade van de vrouw te worden vastgesteld. Het EHRM is vervolgens expliciet en zegt dat er wel degelijk een causale relatie is tussen schending en schade. Uit de combinatie van schending en ‘causal link’ mag echter niet zonder meer worden geconcludeerd dat het EHRM de conditio sine qua non-test hanteert.⁹¹⁰ Het EHRM doet een aanname. Daarbij is van belang dat het Hof erop wijst dat de Turkse staat op geen enkele manier informatie heeft aangedragen om de claim van de klager te weerspreken.

In de tweede zaak, *Çakıcı/Turkije* gaat het Hof na of een ‘direct causal link’ tussen de mensenrechtenschending en de schade bestaat. Çakıcı overlijdt na te zijn aangehouden door veiligheidstroepen. Op grond van artikel 2 EVRM wordt de Turkse Staat hiervoor verantwoordelijk gehouden. Er bestaat naar het oordeel van het EHRM een direct causaal verband tussen de schending

⁹⁰³ Zie bijvoorbeeld EHRM 13 juli 2006, 38033/02 (*Stork/Duitsland*), r.o. 50.

⁹⁰⁴ Bydlinski 2011, p. 72; Kellner & Durant 2011, p. 461. Zie bijvoorbeeld EHRM 24 mei 2005, 61302/00 (*Buzescu/Roemenië*), r.o. 105; EHRM 28 november 2000, 29462/95 (*Rehbock/Slovenië*), r.o. 105.

⁹⁰⁵ Bydlinski 2011, p. 89-92; Kellner & Durant 2011, p. 453-454.

⁹⁰⁶ Kellner & Durant 2011, p. 452-453.

⁹⁰⁷ EHRM 10 oktober 2000, 22947/93, 22948/93 (*Akkoç/Turkije*), r.o. 93-94.

⁹⁰⁸ EHRM 10 oktober 2000, 22947/93, 22948/93 (*Akkoç/Turkije*), r.o. 133.

⁹⁰⁹ Vgl. Kellner & Durant 2011, p. 459-460.

⁹¹⁰ Ook uit verschillende andere uitspraken wordt op deze wijze afgeleid dat door het EHRM gebruik wordt gemaakt van een conditio sine qua non-test. Zie Bydlinski 2011, p. 76-78; Kellner & Durant 2011, p. 457-461; Somers 2016, p. 385 e.v.

en ‘the loss by his widow and children of the financial support which he provided for them’.⁹¹¹ Op grond van artikel 41 EVRM wordt dan ook een genoegdoening toegekend voor de gedeelde inkomsten van de weduwe en kinderen. Zoals Bydlinski naar aanleiding van de uitspraak terecht opmerkt, kan de notie van *direct* causaal verband hier niet in de letterlijke betekenis van het woord worden begrepen. Het gaat er niet om dat ‘no additional causation factors may intervene between the conduct of the tortfeasor and the damage incurred’.⁹¹² De werkelijke beweegredenen van het EHRM om een causaal verband aan te nemen, kunnen echter niet uit de uitspraak worden afgeleid. De kwestie die hier speelt, kan betrekking hebben op de vraag of het EVRM ook de ‘pecuniary interests’ van de verwanten van het slachtoffer beschermd (‘norm purpose’).⁹¹³ Het is echter ook mogelijk dat door het EHRM wordt teruggekeken vanuit de schade en de vraag wordt gesteld of deze nog in redelijkheid valt toe te rekenen aan de onrechtmatige gedraging (juridische causaliteit). Omdat een motivering ontbreekt, blijft het slechts gissen naar de redenen waarom een ‘causal link’ wordt aangenomen.

In sommige zaken is de redenering van het EHRM geheel onnavolgbaar.⁹¹⁴ Zo neemt het EHRM bijvoorbeeld ‘on an equitable basis’ aan dat dient te worden gecompenseerd voor de materiële schade, terwijl het eerder overweegt dat geen sprake is van een ‘direct causal link’.⁹¹⁵ Dat kan worden verklaard uit het feit dat artikel 41 EVRM alleen op genoegdoening ziet.

De casuïstische wijze waarop wordt getoetst en het gebrek aan een (heldere) redenering en motivering, brengt met zich dat op grond van de rechtspraak van het EHRM nauwelijks in algemene zin uitspraken kunnen worden gedaan over causale verbanden. Ik kan mij bovendien niet aan de indruk onttrekken dat er geen sprake is van een consistent toegepaste algemene norm zoals dat in nationale systemen gebeurt.⁹¹⁶ Dit is te verklaren uit de grondslag van het systeem van het EHRM, dat gericht is op het corrigeren van eventuele schendingen van het EVRM; pas wanneer de verdragsstaten daarin falen, komt de genoegdoening van artikel 41 EVRM in beeld. Het idee is nooit geweest om een doorwrocht schadevergoedingssysteem te ontwerpen. Op dit punt kan de rechtspraak van het EHRM dan echter niet worden gebruikt om de Nederlandse beoordeling van causaliteit te toetsen.

3.4 Nederlands recht: twee stappen

3.4.1 Introductie

Dat het EVRM van toepassing is en een schending daarvan wordt aangenomen omdat een positieve verplichting niet wordt vervuld, wil nog niet zeggen dat binnen de nationale rechtsorde ook een schadevergoeding moet worden toegekend. Zoals in paragraaf 3.2 is beschreven, sluit het EHRM de ogen niet voor de moeilijkheden die met causaliteit gepaard kunnen gaan. Er zijn echter wel grenzen. Wanneer causaliteit systematisch als een barrière wordt opgeworpen, kan dit ertoe leiden dat de civielrechtelijke regelsysteem niet daadwerkelijk effect kan sorteren. Dit roept de vraag op of de

⁹¹¹ EHRM 8 juli 1999, 23657/94 (*Çakıcı/Turkije*), r.o. 127.

⁹¹² Bydlinski 2011, p. 78-79.

⁹¹³ Kellner & Durant 2011, p. 468. Het Nederlandse relativiteitsvereiste is nauw verbonden met het vereiste van causaliteit. Zie Verheij 2014.

⁹¹⁴ Bydlinski 2011, p. 89-92. Ichim 2015, p. 27.

⁹¹⁵ EHRM 20 juli 2004, 47940/99 (*Balogh/Hongarije*), r.o. 84.

⁹¹⁶ Dat blijkt typerend te zijn voor artikel 41 EVRM. Vgl. Harris e.a. 2018, p. 162 e.v. Deze constatering zal nog verschillende malen terugkomen in dit hoofdstuk.

vereisten die in het Nederlandse recht worden gehanteerd, door de beugel kunnen. Voor de niet ingevoerde lezer zal hierna kort worden ingegaan op de twee stappen die worden gebruikt om causaliteit vast te stellen.

3.4.2 ‘Conditio sine qua non’

Beginpunt voor het vaststellen van causaal verband naar Nederlands privaatrecht is het ‘conditio sine qua non’-vereiste.⁹¹⁷ Volgens dit vereiste is gebeurtenis *a* alleen de oorzaak van gebeurtenis *b* als *b* zonder *a* niet zou zijn voorgevallen. Als bij het wegdenken van de omstandigheid waarvoor iemand aansprakelijk wordt gesteld, de schade niet zou zijn ontstaan, is deze omstandigheid *conditio sine qua non*. In dat geval is sprake van feitelijk causaal verband. Een voorbeeld: A veroorzaakt een bosbrand die het huis van B vernielt. De gedraging van A kan op grond van de *conditio sine qua non*-test als oorzaak van het gevolg worden gekwalificeerd. Immers, als de bosbrand niet zou zijn veroorzaakt zou het huis van B niet zijn vernield. De *conditio sine qua non*-toets strekt er toe de benadeelde alleen voor schade aansprakelijk te doen zijn die is veroorzaakt door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is en niet voor meer.⁹¹⁸ Relevante feiten of oorzaken worden door de toets van logisch irrelevante omstandigheden onderscheiden.

3.4.3 Leer van de redelijke toerekening (TNR)

Als de hobbelpunt van de *conditio sine qua non*-toets is genomen, wordt in de Nederlandse situatie op grond van artikel 6:98 BW een op het recht toegesneden normatieve toetsing uitgevoerd. Op grond van deze bepaling komt voor vergoeding slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. In de meeste gevallen wordt deze toets, wanneer de horde van de ‘*conditio sine qua non*’ eenmaal is genomen, gebruikt om de omvang van de schadevergoedingsplicht te beperken. Onder omstandigheden wordt de leer van de redelijke toerekening echter ook gebruikt om causaal verband aan te nemen wanneer niet is voldaan aan het ‘*conditio sine qua non*’-vereiste. Dat komt omdat in sommige gevallen de ‘*conditio sine qua non*’-toets tekortschiet.⁹¹⁹

Of de schade redelijkerwijs kan worden toegerekend aan het handelen van de schuldenaar, wordt aan de hand van verschillende factoren beoordeeld. In artikel 6:98 BW worden er twee genoemd: de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. In de parlementaire geschiedenis wordt daarnaast expliciet verwezen naar de voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid.⁹²⁰ Op zichzelf genomen bieden genoemde factoren de rechter echter weinig houvast bij de nadere invulling van de leer van de

⁹¹⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 340. Zie meer uitgebreid over de leer van de *conditio sine qua non*: Asser/Sieburgh 6-II 2017/50 e.v. (online, bijgewerkt 1 oktober 2017); Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 1.2.2 (online, bijgewerkt 23 maart 2020).

⁹¹⁸ Asser/Sieburgh 6-II 2017/50 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017).

⁹¹⁹ Asser/Sieburgh 6-II 2017/51 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017). Het standaardvoorbeeld hiervan is het geval waarin iemand bij een onrechtmatige executie is gedood door een aantal schoten van een peloton, terwijl die schoten elk voldoende waren om de dood te doen intreden. Met betrekking tot de daad van de individuele leden kan in dat geval niet worden gezegd dat die een noodzakelijke voorwaarde was voor het intreden van de dood. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 341.

⁹²⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 340-341.

redelijke toerekening van artikel 6:98 BW. Dat is voor Brunner dan ook aanleiding geweest om een aantal deelregels op te stellen. Aan de hand van de rechtspraak onderscheidt hij naast de factoren waarschijnlijkheid, aard van de aansprakelijkheid (met de onderverdeling strekking van de norm, schuldgraad en aard van de activiteit) en de aard van de schade ook de mate van verwijderdheid als factor. Hij merkt daarbij op dat het verband tussen de aansprakelijkheid vestigende omstandigheid en de schade ontleed moet worden in een waarschijnlijkheidsverband en een nabijheidsverband. Hij heeft in totaal zes deelregels geformuleerd die het mogelijk maken om in concrete gevallen uit te maken of schade al dan niet moet worden toegerekend.⁹²¹

3.5 Nederlands recht vergeleken

De rechtspraak van het EHRM biedt geen antwoord op de vraag of, en zo ja, welke basisprincipes het EHRM zelf hanteert. Bovendien is artikel 41 EVRM een compensatiestelsel. Als gevolg daarvan kan geen werkelijke vergelijking worden gemaakt tussen de Nederlandse rechtspraak en de rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 41 EVRM. De vergelijking hier heeft dan ook enkel betrekking op de verplichting om te voorzien in een (civielrechtelijke) aansprakelijkheidssysteem. Zoals in de introductie van deze paragraaf reeds is uiteengezet, kan de Staat – tot op zekere hoogte – zelf bepalen aan welke voorwaarden dient te moeten worden voldaan om een plicht tot schadevergoeding te laten ontstaan na de schending van het EVRM-recht. Dat een *condicio sine qua non*-vereiste wordt gesteld, ligt daarbij voor de hand. Het is immers niet redelijk om een Staat aansprakelijk te doen zijn voor schade die hij niet heeft veroorzaakt.⁹²² Dat is ongetwijfeld ook de reden waarom de *condicio sine qua non*-test in veel landen wordt gebruikt als vereiste om aansprakelijkheid te vestigen.⁹²³ Hier lijken zich dan ook geen problemen voor te doen. Ook wat betreft de leer van de redelijke toerekening is er vooralsnog geen reden om aan te nemen dat niet voldaan zou zijn aan de vereisten die het EVRM stelt. De TNR lijkt niet aan een praktische en effectieve bescherming van mensenrechten in de weg te staan.

Potentiële problemen kunnen wel worden geconstateerd op het gebied van de bewijslastverdeling. Een categorie van problematische gevallen is bijvoorbeeld die waarin de schade van de eiser het gevolg is van diens eigen keuze, waarbij de eiser stelt dat die keuze is ingegeven door onjuiste informatie of nalatigheid van de gedaagde. Daarnaast kan worden gedacht aan de situatie waarin de aangerichte schade het gevolg kan zijn van handelingen van verschillende personen. Ook kan gedacht worden aan onzekerheid over de normschending als oorzaak van de schade. In alle genoemde gevallen weet de Hoge Raad een uitweg te vinden. Zo bepaalde de Hoge Raad in *World Online* dat “tot uitgangspunt mag dienen” dat een *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending (hier: de misleiding van beleggers) en de schade (hier: de beleggingsbeslissing) aanwezig is.⁹²⁴ In de *Des-zaak*

⁹²¹ Brunner 1981, p. 210-216; Brunner 1981, p. 233-236. In de literatuur zijn de laatste jaren kritische geluiden te horen ten aanzien van genoemde deelregels. Het is de vraag of zij inmiddels niet aan een nadere doordinking en een eventuele herziening toe zijn. Vgl. Hartlief 2014, p. 2917.

⁹²² Somers 2015, p. 300 onder verwijzing naar EHRM 28 mei 2002, 35605/97 (*Kingsley/VK*), r.o. 40; EHRM 2 juli 2002, 30668/96, 30671/96, 30678/96 (*Wilson, National Union of Journalists e.a./VK*), r.o. 54 en EHRM 30 juli 2009, 67336/01 (*Danilenkov e.a./Rusland*), r.o. 142.

⁹²³ Zie over het vereiste van *condicio sine qua non* in diverse buitenlandse stelsels Nieuwenhuis 2002; Van Dam 2013, p. 312 e.v.; Asser/Sieburgh 6-II 2017/52 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017) met verdere verwijzingen. In de principles of European Tort law (PETL) wordt het causaal verband geregeld in Chapter 3. Art. 3:101 stelt *condicio sine qua non* verband als uitgangspunt.

⁹²⁴ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*World Online*), r.o. 4.11.

heeft de Hoge Raad het vereiste dat op grond van artikel 6:99 BW ten aanzien van *ieder* van de potentieel aansprakelijke personen aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, geëcarteerd. Als gevolg daarvan kon één fabrikant aansprakelijk worden gesteld voor alle mogelijke DES-gevallen.⁹²⁵ Ten slotte heeft de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus* een proportionele aansprakelijkheid naar rato van het kanspercentage aanvaard.⁹²⁶ In dit geding was onduidelijk of de longkanker van de werknemer het gevolg was van blootstelling aan asbest of het gevolg was van het rookgedrag van de werknemer.

Voornoemde oplossingen laten zien dat de Hoge Raad heel wel in staat is om het aansprakelijkheidsrecht waar nodig tot zijn recht te laten komen. Nederland heeft met de beschreven oplossingen en een regel als de omkeringsregel⁹²⁷ voldoende potentieel om de justitiabele rechtens een effectieve rechtsbescherming te laten afdwingen, waar dit op grond van het EVRM aangewezen is.

4 Relativiteit

4.1 Introductie

Om een kansrijke vordering uit onrechtmatige daad in te kunnen stellen, moet aan het relativiteitsvereiste worden voldaan. Niet voldoende is dat de schade veroorzaakt is door een aan de laedens toerekenbare onrechtmatige handeling. De handeling dient ook nog ‘relatief onrechtmatig’ te zijn. Dat is het geval wanneer de handeling onrechtmatig is jegens degene die schade lijdt. Daarvan is sprake wanneer de overtreden norm strekt tot bescherming van het geschonden belang. De gedachte is dat de aansprakelijkheid een relatief karakter heeft: bepaalde normen beschermen bepaalde belangen van bepaalde personen.⁹²⁸ Volgens de Hoge Raad komt het bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan het relativiteitsvereiste aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht (i) tot welke personen, (ii) tot welke schade en (iii) tot welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.⁹²⁹

Ook het EHRM maakt in zijn rechtspraak gebruik van relativiteit-achtige redeneringen. De invalshoek is daarbij echter een andere. Dat kan worden verklaard door de context waarbinnen de redeneringen worden toegepast. De ‘protective purpose’ van rechtsnormen speelt een rol bij het beoordelen of een bepaald mensenrecht is geschonden.⁹³⁰ Zo formuleert het EHRM in de in hoofdstuk 2, paragraaf 8.4.2 beschreven zaak *M.C./Bulgarije* bijvoorbeeld het belang dat op grond van artikel 8 EVRM moet worden beschermd (‘fundamental values and essential aspects of private life’). Vervolgens wordt met gebruikmaking van het effectiviteitsbeginsel een positieve verplichting tot strafbaarstelling geformuleerd.⁹³¹

Gelet op de bijzondere aard en/of geringe betekenis van relativiteit in de rechtspraak van het EHRM wordt hierop in het hiernavolgende niet verder ingegaan. Dan resteert de vraag hoe het nationale

⁹²⁵ HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535 (*Des-zaak*).

⁹²⁶ HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092 (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13

⁹²⁷ Zie hierover met verdere verwijzingen Asser Procesrecht/Asser 3 2017/302 (online, bijgewerkt 6 november 2017).

⁹²⁸ Lankhorst 1992, p. 7.

⁹²⁹ HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1.

⁹³⁰ Zie hierover meer uitgebreid Fedtke 2011.

⁹³¹ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 150, 166 en 185.

vereiste zich verhoudt tot de verplichting om een effectieve (civielrechtelijke) remedie in het leven te roepen. De toets die moet worden verricht is of door toepassing van het relativiteitsvereiste op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan de positieve verplichting om te voorzien in een passend (civielrechtelijk) rechtsmiddel als mensenrechten zijn geschonden. Wanneer rechtstreeks aan het EVRM wordt getoetst, is er geen vuiltje aan de lucht. Fundamentele rechten, inclusief de daaruit voortvloeiende positieve verplichtingen strekken namelijk per definitie tot bescherming van een burger, mits deze althans door de schending ervan op een of andere wijze wordt geraakt. Het relativiteitsvereiste hoeft dan ook niet aan de weg te staan aan de beoordeling daarvan.⁹³² Niet in alle gevallen wordt echter zelfstandig aan het EVRM getoetst (zie § 2.8.1). Dan speelt de hiervoor gestelde vraag alsnog op. Ter beantwoording van deze vraag zal allereerst op het relativiteitsvereiste worden ingegaan (§ 4.2). In de daaropvolgende paragraaf (§ 4.3) komt de benadering van de Hoge Raad aan de orde. In paragraaf 4.4 wordt ten slotte een vergelijking met het EVRM gemaakt.

4.2 Het relativiteitsvereiste

Zoals in de inleiding al gezegd, is het om naar Nederlands recht aansprakelijkheid te kunnen aannemen, niet voldoende dat de laedens een toerekenbare onrechtmatige daad heeft begaan met als gevolg dat bepaalde personen schade leiden. Er bestaat slechts aansprakelijkheid jegens de benadeelde wanneer ook is voldaan aan het relativiteitsvereiste.⁹³³ Dit vereiste houdt in dat de dader van een daad die in strijd is met een rechtsnorm en derhalve onrechtmatig is, slechts dan jegens de benadeelde aansprakelijk is voor de door die daad veroorzaakte schade, indien de in het concrete geval overtreden norm de strekking heeft de benadeelde te beschermen tegen de schade zoals geleden en op een wijze zoals ingetreden.⁹³⁴ In de literatuur wordt aangenomen dat met het relativiteitsvereiste een inperking van aansprakelijkheid wordt beoogd.⁹³⁵ Het gaat om een correctiemogelijkheid waarmee een te uitgebreide aansprakelijkheid voor aan derden toegebrachte schade kan worden vermeden. Op die wijze kan de aansprakelijkheid binnen redelijke grenzen wordt gehouden. Het relativiteitsvereiste komt tot uitdrukking in het in artikel 6:162 lid 1 BW opgenomen vereiste dat de daad *jegens een ander* onrechtmatig is en wordt verder uitgewerkt in artikel 6:163 BW. Op grond van laatstgenoemde bepaling bestaat geen verplichting tot schadevergoeding, ‘wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden’.⁹³⁶

Het vereiste geldt voor alle drie onrechtmatigheidscategorieën van artikel 6:162 lid 2 BW.⁹³⁷ Ter zake van ‘handelen in strijd met wet’ springt het relativiteitsvereiste echter het meest in het oog. Immers, wanneer het om ongeschreven zorgvuldigheidsnormen gaat, zal de relativiteit niet snel problemen

⁹³² Sanderink 2015, p. 241.

⁹³³ Zie meer uitgebreid over het relativiteitsvereiste Lankhorst 1992, Lindenberg 2007; Wiggers-Rust 2011; Den Hollander 2016; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW (online, bijgewerkt 25 oktober 2019); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129 e.v. (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁹³⁴ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁹³⁵ Lankhorst 1992, p. 47; Wiggers-Rust 2011, p. 125; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129 (online, bijgewerkt 2 november 2019); Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, 1.1.4 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019). Lindenberg 2007, p. 12 bepleit een ruimere doelstelling van het relativiteitsvereiste. Hij is van opvatting ‘dat de vraag naar het beschermingsbereik van een norm niet alleen moet worden gesteld om de aansprakelijkheid in te perken, maar evenzeer – of beter: eerst – van belang is om haar te funderen’.

⁹³⁶ Vergelijk in het Engelse recht de vraag of een ‘duty of care’ *jegens* een ander bestaat en in het Duitse recht onder meer de vraag of sprake is van een ‘Schutznorm’. Zie Van Dam 2000/705 en 830.

⁹³⁷ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/135 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

opleveren. De relativiteit vloeit dan voort uit de aard van ongeschreven normen, die immers van geval tot geval worden vastgesteld, met het oog op een bepaald type rechtsverhouding.⁹³⁸ Tegen deze achtergrond wordt wel gezegd dat de relativiteit hier in de toepasselijke zorgvuldigheidnorm zit ‘ingebakken’.⁹³⁹ In zaken als *Vuurwerkkramp Enschede*,⁹⁴⁰ *Urgenda/Staat*⁹⁴¹ en *Asbestziekte*⁹⁴² was de relativiteit dan ook geen struikelblok. Ten aanzien van gedragingen die rechtsinbreuk zijn, doet zich eveneens een bijzonderheid voor. Het persoonsgebonden element van het relativiteitsvereiste ligt immers besloten in het feit dat het recht waarop de inbreuk is gemaakt verbonden is aan de rechthebbende. Aan een afzonderlijke relativering van de door dit onrechtmatigheidscriterium beschermde personen wordt in het algemeen niet toegekomen.⁹⁴³

Anders dan de dubbele ontkenning in artikel 6:163 BW en de wetsgeschiedenis⁹⁴⁴ doen vermoeden, mag er bij handelen in strijd met de wet niet vanuit worden gegaan dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden, en wel tegen alle schade die aan de dader op de voet van artikel 6:98 als gevolg van de overtreding kan worden toegerekend. Deze opvatting is volgens de Hoge Raad te beperkt en dus onjuist.⁹⁴⁵ Het is nodig dat er positieve aanwijzingen zijn te vinden.

De in de introductie beschreven driedeling⁹⁴⁶ ((i) welke personen (ii) welke schade en (iii) welke wijze van ontstaan van schade)⁹⁴⁷ wordt in de literatuur vaak teruggebracht tot een onderscheid tussen een persoonsgebonden element (i) en een schadegebonden element (ii en iii).⁹⁴⁸ Het eerste element gaat ervan uit dat een bepaalde daad van A onrechtmatig kan zijn jegens B, zonder onrechtmatig te zijn jegens C. Wanneer C schade lijdt door de onrechtmatige daad, kan hij zijn schade niet op A verhalen, omdat de daad slechts onrechtmatig was jegens B.⁹⁴⁹ Een voorbeeld van een geval waarin het persoonsgebonden element aan de orde is, biedt het voorbeeld van een onbevoegde tandarts. Een vergunningsplicht is *niet* ingesteld om de belangen van andere tandartsen te beschermen, maar om de belangen van patiënten te borgen. Er bestaat dan ook geen verplichting tot schadevergoeding jegens andere tandartsen.

⁹³⁸ Zie bijvoorbeeld HR 2 december 1994, NJ 1995/288 (*Poot/ABP*), r.o. 3.4.3.

⁹³⁹ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, 4.3.1 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019). Vergelijk ook HR 26 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:450 (conclusie AG Langemeijer), sub 2.10.

⁹⁴⁰ Rb. Den Haag 09 november 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU5877 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 3.2.

⁹⁴¹ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda/Staat*), r.o. 4.54 en 4.63

⁹⁴² HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*), r.o. 3.4.3.

⁹⁴³ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/136 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁹⁴⁴ PG Boek 6, p. 638.

⁹⁴⁵ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*), r.o. 3.3.1-3.3.2.

⁹⁴⁶ In de literatuur wordt wel betoogd dat ter beantwoording van de relativiteitsvraag, voorafgaand aan het driedelige strekkingsonderzoek, eerst de prealabele vraag moet worden beantwoord of de geschonden norm überhaupt strekt tot bescherming van vermogensrechtelijke belangen. Zie hierover met verdere verwijzingen Den Hollander 2016, p. 129 e.v. en 151 e.v. De Hoge Raad volstaat vooralsnog met het driedelige strekkingsonderzoek.

⁹⁴⁷ HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1; HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095 (*Hangmat*), r.o. 4.3.1. Deze driedeling vindt steun in de parlementaire geschiedenis en literatuur. Zie PG Boek 6, p. 637; Lindenbergh 2007, p. 10; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/131 (online, bijgewerkt 2 november 2019); Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, 1.1.2 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019). Zie met betrekking tot de wijze van ontstaan van schade bijvoorbeeld Rb. Arnhem 21 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2559, r.o. 14. De rechtbank vindt de wijze van ontstaan van shockschade in het concrete geval niet passen onder het beschermingsbereik van de in casu geschonden norm.

⁹⁴⁸ Lankhorst 1992, p. 103-110; Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:163 BW, 1.1.2 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019); Spier 2015, p. 68-69; Asser/Sieburgh 6-IV 2019/131 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁹⁴⁹ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/131 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

Ten aanzien van het schadegebonden element wordt getoetst of de overtreden norm de strekking heeft het geschonden belang van de benadeelde en de wijze waarop de schade is ontstaan, te beschermen. Wanneer de overtreden norm een ander belang beschermt dan het geschonden belang of de norm geen bescherming biedt gelet op de wijze waarop de schade ontstaan, wordt niet voldaan aan het relativiteitsvereiste.⁹⁵⁰ Een voorbeeld van een geval waarin de geleden schade volgens de rechter niet onder het beschermingsbereik van de geschonden norm viel, is *Iraanse vluchtelingen*. In deze zaak gaat het over een uit Iran afkomstige vrouw die gedurende vijf jaar ten onrechte de toelating als vluchteling was onthouden. In een civielrechtelijke procedure vordert zij schadevergoeding wegens gederfde inkomsten. De gevorderde schade stelt de Iraanse vluchteling te hebben geleden omdat zij als gevolg van het onrechtmatig handelen gedurende die periode niet heeft mogen werken. De Hoge Raad oordeelt dat de toelating als vluchteling op de voet van de Vreemdelingenwet plaatsvindt om humanitaire redenen, teneinde haar te beschermen tegen vervolging in het land van herkomst. Zij strekt niet ter bescherming van ‘enig vermogensrechtelijk belang’ van de vluchteling.⁹⁵¹ Het relativiteitsvereiste stond dus aan aansprakelijkheid van de Staat voor de geleden schade in de weg.

Bij het toepassen van het relativiteitsvereiste zijn fundamentele keuzes aan de orde. Vergaande keuzes over aansprakelijkheid worden onder de noemer van relativiteit gepresenteerd.⁹⁵² Het is dan ook van groot belang dat het doel en de strekking van de geschonden norm grondig worden onderzocht. Nadat de geschonden norm is geformuleerd, dient het doel van de geschonden norm te worden bepaald.⁹⁵³ Daarbij wordt een belangrijke rol toegekend aan de bedoeling van de wetgever. Met welke bedoeling heeft de wetgever destijds deze regels uitgevaardigd? De wetsgeschiedenis brengt in dit verband echter niet altijd de gewenste duidelijkheid.⁹⁵⁴ Nadat het doel is onderzocht, dient de strekking van de geschonden norm in ogenschouw te worden genomen. Dit betreft een kwestie van interpretatie.⁹⁵⁵ Daarbij zijn onder meer van belang de inhoud van de betrokken wettelijke regeling, de wetsgeschiedenis (bedoeling van de wetgever) en het gehele systeem van de wet. Daarnaast kunnen argumenten worden ontleend aan de ‘actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzichten, redelijkheid en dergelijke meer’.⁹⁵⁶ Vaak wordt een combinatie van de verschillende gezichtspunten gebruikt.⁹⁵⁷

Het feit dat een geschreven norm is overtreden, waarvan is vastgesteld dat die niet strekt tot bescherming van het gelaedeerde belang, wil niet zeggen dat er daarnaast niet ook een ongeschreven norm kan zijn geschonden, die wel op de bescherming van dat belang is gericht. Als de rechter oordeelt dat de geschonden wet niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals die is geleden, kan de overtreden wettelijke norm volgens de Hoge Raad toch één van de factoren zijn die een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of er (alsnog) maatschappelijk onzorgvuldig is gehandeld.⁹⁵⁸ Dat wordt

⁹⁵⁰ Asser/Sieburgh 6-IV 2019/131 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁹⁵¹ HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751 (*Iraanse vluchtelingen*), r.o. 3.4.

⁹⁵² Asser/Sieburgh 6-IV 2019/129 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

⁹⁵³ Hijma, annotatie bij: HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*).

⁹⁵⁴ Di Bella 2014, p. 124-125.

⁹⁵⁵ Bloembergen 1965, p. 172; Lankhorst 1992, p. 117 e.v.; Hijma, annotatie bij: HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*).

⁹⁵⁶ A-G Spier onder 4.14 in zijn conclusie voor HR 10 november 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AY9317 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*). Daarmee in navolging van Hijma in zijn annotatie onder HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*) sub 4. Zie hierover ook Lankhorst 1992, p. 117 e.v.

⁹⁵⁷ Schild & Jongh, O&A 2007/84.

⁹⁵⁸ HR 17 januari 1958, NJ 1961/568 (*Beukers/Dorenbos*). Zie over de correctie Langemeijer meer uitgebreid Lankhorst 1992, p. 25-31.

de correctie-Langemeijer genoemd. Deze correctie wordt toegepast om het relativiteitsvereiste te corrigeren. Daardoor kunnen belangen die door de relativiteit van de norm eigenlijk zijn uitgesloten, alsnog mee worden gewogen.

4.3 De benadering van de Hoge Raad

De rechtspraak van de Hoge Raad gaf aanvankelijk blijk van een terughoudende benadering ten aanzien van relativiteit. In dit verband kan worden gewezen op de zaak *Duwbak Linda*. In deze zaak gaat het over een individuele scheepseigenaar die schade leed aan enkele van zijn vaartuigen (Annette, Johanna en Moonlight) door de zinkende duwbak Linda. ‘Linda’ was verroest. Gelet op deze slechte staat had door de Staat op grond van het Reglement onderzoek schepen op de Rijn (RosR) geen veiligheidscertificaat verstrekt mogen worden waaruit bleek dat de duwbak geschikt was om aan de binnenvaart deel te nemen. Toch kon de scheepseigenaar naar het oordeel van de Hoge Raad geen aanspraak maken op schadevergoeding van de Staat. Het relativiteitsvereiste staat daaraan in de weg. Het RosR en de daarin voorziene eis van een certificaat van onderzoek beogen ‘de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen, waaronder uiteraard mede is te verstaan het voorkomen van ongevallen als gevolg van ondeugdelijkheid van de aan het Rijnvaartverkeer deelnemende vaartuigen, waarvoor het certificaat van onderzoek is vereist.’⁹⁵⁹ Met het Hof is de Hoge Raad van oordeel dat een onderscheid gemaakt moet worden gemaakt tussen deze algemene norm en de gedragsnorm die volgens eiser is geschonden en die betrekking heeft op de zorgvuldigheid waarmee het aan de afgifte of het verlengen van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek moet worden verricht. Ook deze eis van zorgvuldigheid beoogt bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer.⁹⁶⁰ Dat wil echter nog niet zeggen dat de aan het onderzoek te stellen eisen van zorgvuldigheid strekken tot bescherming van individuele vermogensbelangen van scheepseigenaren.⁹⁶¹

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat aan de beschikbare gegevens omtrent het RosR niet kan worden ontleend dat deze mede strekken tot bescherming van het aan de orde zijnde individuele vermogensbelang. Daarbij is in aanmerking genomen dat de betrokkenheid van de Staat bij de afgifte van het certificaat niet wegneemt dat het de eigenaar van het schip is die voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip verantwoordelijk is. Het certificaat heeft vooral de functie om de naleving te bevorderen van de verplichting van de eigenaar het schip in een deugdelijke en veilige staat te houden, en daar controle op mogelijk maken. Het certificaat geeft geen garantie voor een blijvende deugdelijkheid van het schip. Tegen deze achtergrond wordt geconcludeerd dat ‘de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan’.⁹⁶²

⁹⁵⁹ HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2.

⁹⁶⁰ De Hoge Raad grijpt hier terug op de relativiteit van het RosR teneinde de relativiteit vast te stellen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dat ligt voor de hand omdat het om een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm gaat die op een wettelijke regeling is geënt. Vgl. Den Hollander 2016, p. 177.

⁹⁶¹ HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2.

⁹⁶² HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.3. Een vergelijkbare route wordt bewandeld in Rb. Arnhem 8 december 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS3383 (*Motel Tiel/Gemeente Tiel*), r.o. 4.7-4.9.

Achterliggende gedachte van het oordeel lijkt te zijn dat het overheidsfalen op een vooraf niet te voorziene wijze kan leiden tot uiteenlopende vormen van schade bij een in beginsel onbeperkte groep van derden. Het toekennen van een ruim bereik aan allerlei keuringsbepalingen zou het risico scheppen dat ‘de geest uit de fles raakt en daarna niet meer te bezweren valt’.⁹⁶³ De reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht zou hiermee een grens bereiken.

Uit *Vie d’Or* blijkt dat relativiteit niet altijd aan het aannemen van aansprakelijkheid in de weg hoeft te staan. Deze zaak heeft betrekking op het toezicht van de Verzekeringskamer op de bedrijfsvoering van een aan haar eigen succes ten onder gegane levensverzekeringsmaatschappij ‘Vie d’Or’. Voormalige polishouders hebben de Verzekeringskamer onder meer verweten dat zij niet, conform een door haar in 1991 opgesteld plan van aanpak, een stille bewindvoerder heeft benoemd. In cassatie draait het onder meer om de vraag of de door de Verzekeringskamer bij de uitoefening van haar toezicht geschonden norm strekt tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de verzekerden. De Hoge Raad overweegt dat het met het stelsel van de wet, het doel van het toezicht en met de bedoeling van de wetgever, zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis blijkt, strookt dat het wettelijk toezicht mede beoogt de individuele vermogensbelangen van polishouders zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen tegenover de betrokken polishouders kan voldoen en mede beoogt te bewerkstelligen dat het risico van een deconfiture van de verzekeraar zo gering mogelijk is. Daaruit volgt dat een tekortschieten van de Verzekeringskamer als gevolg waarvan de betrokken polishouders in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en deswege schade lijden, onrechtmatig is *jegens* die polishouders. Expliciet wordt vermeld dat het om een in beginsel bepaalbare groep van (potentiële) benadeelden gaat.⁹⁶⁴

De minder terughoudende benadering lijkt hier te kunnen worden verklaard uit (i) het (uit de wetsgeschiedenis blijkende) doel en de strekking van het toezicht zoals dat wordt uitgeoefend door de Verzekeringskamer; (ii) het feit dat hier sprake is van een in beginsel bepaalbare potentiële gelaedeerden (de polishouders)⁹⁶⁵; (iii) de voorzienbaarheid van de schade van de polishouders.⁹⁶⁶

De beschreven rechtspraak bevestigt het eerder geschetste beeld: van groot belang is de bedoeling van de wetgever. Heeft de wetgever bij de totstandkoming van een regeling een algemeen belang voor ogen of gaat het verder dan dat? Daarnaast speelt een rol of het om een (on)begrensde groep van claimanten gaat.⁹⁶⁷ Overigens heeft deze laatste factor tot debatten geleid, want deze factor is multi-interpretabel.⁹⁶⁸

Inmiddels blijkt dat het relativiteitsvereiste in de situatie waarin de wetgever enkel spreekt over een algemeen belang én het om een onbegrensde groep van claimanten gaat, minder stringent hoeft uit

⁹⁶³ Hijma (onder verwijzing naar de conclusie van Spier onder 4.42), annotatie bij: HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281 (*Duwbak Linda*).

⁹⁶⁴ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077 (*Vie d’Or*), r.o. 4.2.2.

⁹⁶⁵ Zie hierover bijvoorbeeld Vranken, *NJ* 2008/576.

⁹⁶⁶ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AW2077 (Conclusie AG Timmerman), sub 4.14.

⁹⁶⁷ AG Wissink betoogt dat de onbepaaldheid van de degenen wier belangen geraakt kunnen worden door schending van de norm meewegen bij het oordeel over de beschermingsomvang van de norm. Vgl. HR 15 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:690 (conclusie AG Wissink), sub 5.32.1.

⁹⁶⁸ Zo is van Dam bijvoorbeeld van mening dat ook in het arrest *Duwbak Linda* het aantal potentiële benadeelden beperkt was. Vgl. Van Dam, *NJ* 2008/529. Zie in gelijke zin Asser/Sieburgh 6-IV 2015/134 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

te pakken dan gedacht.⁹⁶⁹ In dat verband kan worden gewezen op de zaak over het schietincident in een winkelcentrum in Alphen aan den Rijn. In deze zaak staat de vraag centraal of de politieregio Hollands Midden aansprakelijk is voor de gevolgen van een schietincident in een winkelcentrum in Alphen aan den Rijn. De politieregio zou onzorgvuldig hebben gehandeld bij de verlening van een wapenverlof aan de schutter op grond van de Wet wapens en munitie (WWM). Na een weergave van het verlostelsel van de WWM, overweegt de Hoge Raad dat de desbetreffende regels onmiskenbaar strekken ter bescherming van de veiligheid van de samenleving. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de bestaansgrond van dit verlostelsel is gelegen in de risico's die zijn verbonden aan het voorhanden hebben van vuurwapens. Gelet op deze bestaansgrond moet naar het oordeel van de Hoge Raad worden aangenomen dat de regels niet alleen beogen de veiligheid van de samenleving in algemene zin te bevorderen, maar ook om te voorkomen dat individuele burgers het slachtoffer worden van vuurwapenbezit dat gelet op de veiligheid niet verantwoord is. Verlofverlening in een geval waarin duidelijk was of had moeten zijn dat het verlof niet verantwoord was, is daarom onrechtmatig jegens slachtoffers van het daardoor mogelijk gemaakte vuurwapengebruik.⁹⁷⁰

De Hoge Raad kijkt verder dan wetshistorische gronden. De overweging steunt mede op teleologische argumenten (doel/strekking van de rechtsregel) alsmede op argumenten ontleend aan het stelsel van de wet.⁹⁷¹ Wellicht dat bij de Hoge Raad op de achtergrond de gedachte heeft meegespeeld dat bij wetgeving die mede strekt tot bescherming van de fysieke integriteit de relativiteit al snel gegeven is.⁹⁷²

4.4 Nederlands recht vergeleken

Wanneer het om ongeschreven zorgvuldigheidnormen gaat, zal de relativiteit niet snel problemen opleveren. Voor wettelijke normen ligt het complexer. Waar in de literatuur is betoogd dat de rechtspraak terughoudend met het aannemen van relativiteit (en dus aansprakelijkheid) is, blijkt uit het voorgaande dat de soep niet zo heet te worden gegeten als hij wordt opgediend. Van een te hoge drempel dat het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht in strijd met het EVRM laat zijn, blijkt geen sprake te zijn. Door meer teleologische argumenten mee te laten wegen en het stelsel van de wet in ogenschouw te nemen, biedt de Hoge Raad ruimte om het relativiteitsvereiste minder streng uit te leggen bij (dodelijk) letsel en daarmee bij belangen die worden beschermd door artikel 2 en 3 EVRM.

Dat het vereiste in abstracto lijkt te voldoen, neemt niet weg dat in een concreet geval sprake kan zijn van een (te) beperkte uitleg van het relativiteitsvereiste. In die gevallen kan onder de toetsing van de zorgvuldigheidnorm de mogelijkheid worden geboden om een correctie (Langemeijer) aan te brengen op een erg streng uitvallende relativiteitstoets. Daarbij kunnen overwegingen met betrekking tot mensenrechten worden meegenomen ter inkleuring van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheid.⁹⁷³

⁹⁶⁹ AG Hartlief plaatst vraagtekens bij de precedentwaarde van het arrest Duwbak Linda. Vgl. HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231 (conclusie AG Hartlief), sub 3.21.

⁹⁷⁰ HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*), r.o. 3.1.5-3.1.6.

⁹⁷¹ Schutgens, *JB* 2019/187.

⁹⁷² Schutgens, *JB* 2019/187.

⁹⁷³ Zie hierover eerder E. Gijsselaar, 'Relativiteit en het EVRM: een overdenking naar aanleiding van de zaak over het schietincident in Alphen aan den Rijn', blog.ucall.nl 2 juni 2016. Ik heb betoogd dat onder de toetsing van de zorgvuldigheidnorm de mogelijkheid kan worden geboden om correcties aan te brengen op een erg streng

5 Schade

5.1 Introductie

Om de inhoud van positieve verplichtingen daadwerkelijk te kunnen afdwingen, dienen, zoals in hoofdstuk 2 is beschreven, effectieve remedies in het leven te worden geroepen. Het gaat hier om het sluitstuk van het EVRM.⁹⁷⁴ Burgers ‘hebben’ niet alleen fundamentele rechten, ze ‘hebben’ er ook recht op dat schendingen van die rechten effectief geremedieerd worden. Dit recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel wanneer mensenrechten zijn geschonden, is niet alleen neergelegd in artikel 13 EVRM, maar wordt, zoals hiervoor in hoofdstuk 2 is beschreven, ook in de materiële rechten ingelezen. Binnen de ‘range of possible remedies’ wanneer een mensenrechtenschending plaatsvindt, is compensatie het uitgangspunt. Gelet op de ‘casuistic approach’ van het EHRM en de grote ‘margin of appreciation’ die het op dit terrein aan de verdragsstaten laat, biedt de rechtspraak van het Hof echter weinig houvast bij het bepalen hoe die remedie van compensatie er dan verder uit zou moeten zien: de verdragsstaten hebben een zekere beoordelingsmarge waarbinnen zij op verschillende manieren vorm kunnen geven aan die remedie.⁹⁷⁵

Naar Nederlands recht kan alleen maar sprake zijn van een schadevergoedingsverplichting wanneer er daadwerkelijk schade is die in het wettelijk en jurisprudentieel systeem valt. Daarin schuilt een zekere beperking. De zojuist beschreven wijze van (terughoudende) beoordeling door het EHRM brengt echter met zich dat in algemene zin geen harde uitspraken kunnen worden gedaan over het wel of niet voldoen van dit Nederlandse (schadevergoedings)recht aan de vereisten die het EVRM stelt. Wél kan worden beoordeeld of het recht op compensatie door de wetgever of rechterlijke macht in bepaalde situaties wellicht te strak wordt omlijnd. In dat geval kan de effectiviteit van de remedie op de tocht (komen te) staan. En dat is iets waar het Hof in concrete zaken wel naar kijkt. Effectiviteit is de randvoorwaarde waaraan het nationale recht moet voldoen. Omdat het Hof bij de beoordeling van de effectiviteit van de remedie onder omstandigheden ook rekening houdt met de genoegdoeningen die het Hof zelf toekent en er nog veel onduidelijkheid bestaat over wat het EHRM op het gebied van de schadevergoeding nu precies van de Verdragsstaten verlangt, wordt tevens een blik geworpen op hetgeen het EHRM zelf op grond van artikel 41 EVRM overweegt.

De opzet van deze paragraaf is als volgt. Allereerst wordt in paragraaf 5.2 de beoordeling van het vaststellen van de schadevergoeding door de nationale rechter in de rechtspraak van het EHRM beschreven. Vervolgens wordt ingegaan op (het systeem van) billijke genoegdoening op grond van artikel 41 EVRM (§ 5.3). Ten slotte wordt (de toepassing van) het Nederlandse schadevergoedingssysteem vergeleken met de vereisten van het EVRM (§ 5.4). Om te kunnen vaststellen of (de toepassing van) het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht voldoende effectief is, wordt een vertaalslag gemaakt naar het schadebegrip van afdeling 6.1.10.

uitvallende relativiteitstoets. Aldaar kunnen overwegingen met betrekking tot mensenrechten worden meegenomen ter inkleuring van de maatschappelijke zorgvuldigheid.

⁹⁷⁴ Vgl. De Hert 2011, p. 42.

⁹⁷⁵ EHRM 8 juli 1999, 23763/94 (*Tanrikulu/Turkije*), r.o. 117; EHRM 10 mei 2001, 28945/95 (*T.P. & K.M./VK*), r.o. 107; EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Anguelova/Bulgarije*), r.o. 161.

5.2 Beoordeling door het EHRM van het vaststellen van schadevergoeding door de rechter

5.2.1 Introductie

De nationale autoriteiten zijn op grond van het EVRM verplicht te verzekeren dat slachtoffers de mogelijkheid hebben om afdoende schadevergoeding te verkrijgen. In ‘appropriate cases’ dient een vergoeding voor zowel de materiële als immateriële schade tot de mogelijkheden te behoren.⁹⁷⁶ Op welke wijze dit systeem is ingericht, wordt door het EHRM aan de verdragsstaten overgelaten. Vanuit de subsidiariteitsgedachte ligt dit voor de hand. Wanneer de nationale rechter de zaak heeft beoordeeld en een rechtsschending heeft vastgesteld, zal het EHRM alleen ingrijpen wanneer de nationale rechter wezenlijke rechtsbeginselen foutief heeft geïnterpreteerd of tot een oordeel is gekomen dat ‘manifestly unreasonable’ is.⁹⁷⁷ Hierop zal niet verder worden ingegaan.

Daarnaast ziet het hof zich genoodzaakt om in te grijpen in situaties waarin ‘the redress in question’ niet ‘appropriate and sufficient’ is.⁹⁷⁸ Het hof spreekt expliciet over ‘redress’ en kijkt dus breder dan alleen naar schadevergoeding. In de volgende paragrafen wordt meer uitgebreid ingegaan op de deze situaties in de rechtspraak van het EHRM.

5.2.2 Schadevergoedingsbeslissing

Volgens vaste rechtspraak beslist het EHRM niet over de toe te kennen schadevergoeding. De schadevergoedingsbeslissing komt exclusief aan de nationale rechter toe. Wel laat het EHRM zich impliciet over de schadevergoeding uit door te toetsen of aan de verplichting om een (civielrechtelijke) maatregel te treffen om de nalatigheid van de overheid aan de kaak te stellen, is voldaan. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden een schending van de eis dat sprake is van een ‘appropriate and sufficient redress’ wordt aangenomen. Daarbij kijkt het Hof allereerst of met de schadevergoeding voldoende recht is gedaan aan de vastgestelde schending van een mensenrecht. In *Oyal/Turkije* bijvoorbeeld was ‘the redress offered’ ‘far from satisfactory for the purposes of the positive obligation under Article 2 of the Convention’.⁹⁷⁹ In deze zaak werden geringe (immateriële) schadevergoedingen toegekend nadat onvoldoende was gedaan om een prematuur geboren baby (Yigit) te beschermen tegen het bij een bloedtransfusie toedienen van hiv-besmet bloed, met aids tot gevolg; de toegekende schadevergoedingen vergoedden slechts één jaar medische kosten. Het Hof meent dat ‘the most appropriate remedy in the circumstances would have been to have ordered the defendants, in addition to the payment of non-pecuniary damages, to pay for the treatment and medication expenses of the first applicant during his lifetime’.⁹⁸⁰ De mate van redres wordt in deze zaak gekoppeld aan de positieve verplichting ‘to protect the right to life’. Dat is vanuit nationaalrechtelijk perspectief bijzonder.⁹⁸¹

⁹⁷⁶ EHRM 10 mei 2001, 28945/95 (*T.P. & K.M./VK*), r.o. 107; EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Anguelova/Bulgarije*), r.o. 161.

⁹⁷⁷ EHRM 18 december 2012, 16761/09 (*G.B. & R.B./Moldavië*), r.o. 31.

⁹⁷⁸ EHRM 23 maart 2010, 4864/05 (*Oyal/Turkije*), r.o. 68 en 70.

⁹⁷⁹ EHRM 23 maart 2010, 4864/05 (*Oyal/Turkije*), r.o. 72.

⁹⁸⁰ EHRM 23 maart 2010, 4864/05 (*Oyal/Turkije*), r.o. 72.

⁹⁸¹ Het Hof lijkt hiermee een oplossing te willen bieden voor een bijzonder aspect dat in de zaak speelde. De ‘green card’ op basis waarvan Yigit als minvermogene gratis toegang had tot medische zorg, was kort na de toekenning van de schadevergoeding door de civiele rechter ingetrokken. Door voornoemde overwegingen en op

Daarnaast wordt de (motivering van de) hoogte van de schadevergoeding in ogenschouwen genomen. In dit verband kan worden gewezen op *G.B. & R.B./Moldavië*. In deze zaak wordt een geringe immateriële schadevergoeding (€ 607) toegekend voor het abusievelijk verwijderen van eierstokken en eileiders in een regionaal ziekenhuis. Als gevolg hiervan raakt G.B. vervroegd in de menopauze. Zij moet (ook in de toekomst) vele medische behandelingen ondergaan. Ook ondervindt G.B. geestelijke problemen als gevolg van het haar aangedane. Zij lijdt aan chronische psychische problemen en vertoont verschijnselen van een posttraumatische stressstoornis (PTSS). Het EHRM toetst of de motivering van de nationale rechter om het lage bedrag toe te kennen, begrijpelijk is. Van een begrijpelijke motivering is hier naar het oordeel van het Hof geen sprake. Door de nationale rechter is onvoldoende gemotiveerd waarom de nationale criteria zijn toegepast zoals ze zijn gedaan en waarom dit specifieke schadebedrag is toegekend. Alleen de rechter in eerste aanleg heeft beargumenteerd dat een hogere schadevergoeding het vermogen van het ziekenhuis om te blijven opereren als een openbare zorginstelling, zou hebben ondermijnd. Dat argument is in de ogen van het EHRM – mijns inziens terecht – onaanvaardbaar gelet op het feit dat het niet uit zou moeten maken of het hier een ziekenhuis of de Staat betreft.⁹⁸² Door de begrijpelijkheid van de motivering te toetsen laat het EHRM zich tevens in met de materieelrechtelijke kant van de zaak. Dus formeel is het een marginale toets, maar materieel niet.

Bij de beoordeling van de hoogte van de schadevergoeding heeft het EHRM eveneens oog voor het minimumniveau van de bedragen die het Hof zelf in zijn rechtspraak hanteert.⁹⁸³ Zo oordeelde het Hof in *G.B. & R.B./Moldavië* dat een schadebedrag van € 607 aanzienlijk onder het minimumniveau van de schadevergoeding ligt dat door het Hof in gevallen waarin het een schending van artikel 8 EVRM aanneemt, wordt toegekend.⁹⁸⁴

5.2.3 Vergoeding van ‘non-pecuniary damage’ wanneer de beschermingsverplichting niet is vervuld

Het EHRM heeft in zijn rechtspraak op grond van 13 EVRM, en in een enkel geval op grond van artikel 3 en 8 EVRM⁹⁸⁵ of artikel 2 en 13 EVRM gezamenlijk,⁹⁸⁶ aangenomen dat de direct getroffen bij schending van artikel 2 en/of 3 EVRM in beginsel aanspraak moet kunnen maken op vergoeding van immateriële schade.⁹⁸⁷ Gelet op de aard en het gewicht van de in het geding zijnde rechten, heeft het EHRM gemeend dat een minder grote keuzevrijheid voor de nationale rechter hier op zijn plaats is.⁹⁸⁸

grond van artikel 41 EVRM op te dragen dat gedurende de rest van het leven van het kind de medische kosten gedragen moeten worden, heeft het EHRM afgedwongen dat Yigit weer moet worden opgenomen in het systeem van gratis gezondheidszorg. Vgl. EHRM 23 maart 2010, 4864/05 (*Oyal/Turkije*), r.o. 98-102. Zie hierover ook Vonk, *EHRC* 2010/68.

⁹⁸² EHRM 18 december 2012, 16761/09 (*G.B. & R.B./Moldavië*), r.o. 32-33.

⁹⁸³ EHRM 20 februari 2014, 42119/04 (*Firstov/Rusland*), r.o. 35 en 38; EHRM 19 juli 2018, 58240/08 (*Sarishvili-Bolkvadze/Georgië*), r.o. 93.

⁹⁸⁴ EHRM 18 december 2012, 16761/09 (*G.B. & R.B./Moldavië*), r.o. 32. Het Hof verwijst in deze overweging naar *Codarcea/Roemenië* waarin het Hof klager een schadevergoeding van € 20.000 heeft toegekend. In deze zaak ging het om medische problemen als gevolg van diverse esthetisch-chirurgische behandelingen in een Roemeens gemeenteziekenhuis. Vgl. EHRM 2 juni 2009, 31675/04 (*Codarcea/Roemenië*), r.o. 114.

⁹⁸⁵ Zie ook EHRM 15 september 2009, 8227/04 (*E. S. e.a./Slovakije*), r.o. 34.

⁹⁸⁶ EHRM 13 maart 2012, 2694/08 (*Reynolds/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 65-67.

⁹⁸⁷ EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/VK*), r.o. 130; EHRM 31 mei 2007, 7510/04 (*Kontrová/Slovakije*), r.o. 62-65; EHRM 17 maart 2005, 50196/99 (*Bubbins/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 170-173.

⁹⁸⁸ EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/VK*), r.o. 130.

Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM een dergelijke verplichting heeft aangenomen, is *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk*. In deze zaak is door het EHRM een schending van artikel 3 EVRM vastgesteld omdat sprake is van een falen van het systeem om kinderen te beschermen tegen langdurige verwaarlozing en mishandeling. Het Hof overweegt dat in deze zaak ‘compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be part of the range of available remedies’.⁹⁸⁹ Omdat klagers geen effectief rechtsmiddel ter beschikking stond, is naar het oordeel van het EHRM sprake van een schending van artikel 13 EVRM.⁹⁹⁰

Vergelijkbare overwegingen geeft het EHRM in zaken over de bescherming tegen de gevolgen van risicovolle activiteiten,⁹⁹¹ natuurrampen,⁹⁹² seksueel misbruik⁹⁹³ en het onthouden van urgente medische zorg.⁹⁹⁴ Inmiddels is de verplichting om ‘compensation for non-pecuniary damage’ mogelijk te maken, ook aangenomen in gevallen waarin het ging om aantasting van de door artikel 8 EVRM beschermde belangen als gevolg van risicovolle activiteiten. In de zaak *Brincat e.a./Malta*, waarin het EHRM oordeelde dat Malta ten onrechte heeft nagelaten om de noodzakelijke informatie te verstrekken aan de werknemers van een scheepswerf die waren blootgesteld aan asbest, wijst het EHRM bijvoorbeeld op genoemde verplichting.⁹⁹⁵

Niet alleen direct getroffen, maar ook nabestaanden moeten bij schending van artikel 2 en/of 3 EVRM in beginsel een recht op vergoeding van immateriële schade hebben als onderdeel van de ‘range of redress’.⁹⁹⁶ Het EHRM heeft in een geval waarin het ging om suïcide in een psychiatrische afdeling van een ziekenhuis (voor in ieder geval de ouders) bijvoorbeeld een recht op compensatie van immateriële schade aangenomen.⁹⁹⁷

Opvallend is dat de hiervoor beschreven zaken betrekking hebben op overheidsaansprakelijkheid als effectieve remedie tegen de schending van een positieve verplichting om praktische maatregelen te nemen en/of regelgevingsfalen. Het betreft dus situaties waarbij de materiële schending zich reeds heeft voorgedaan. In dat geval moet worden voorzien in de mogelijkheid om geldelijke compensatie te verkrijgen, ook wanneer de schade slechts immaterieel is. Vooralsnog is er geen verplichting tot de vergoeding van immateriële schadevergoeding aangenomen wanneer er sprake is van een schending van een procedurele positieve verplichting, zoals de verplichting om een strafrechtelijk onderzoek in te stellen nadat een inbreuk op het recht op leven of het verbod op ‘ill-treatment’ is gemaakt. In dat geval is de schade niet gegeven.

⁹⁸⁹ EHRM 10 mei 2005, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 109.

⁹⁹⁰ EHRM 10 mei 2005, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 109.

⁹⁹¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 147. EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 191.

⁹⁹² EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 191.

⁹⁹³ EHRM 26 november 2002, 33218/96 (*E. e.a./VK*), r.o. 110. Zie ook EHRM 15 september 2009, 8227/04 (*E. S. e.a./Slovakije*), r.o. 34.

⁹⁹⁴ EHRM 19 juli 2018, 58240/08 (*Sarishvili-Bolkvadze/Georgië*), r.o. 96. In deze zaak is in de nationale procedure de aansprakelijkheid van (de medische staf van) het ziekenhuis vastgesteld. In die horizontale verhouding had kunnen (en moeten) worden voorzien in een mogelijkheid om compensatie voor de geleden immateriële schade te vorderen. Vgl. met betrekking tot affectieschade na een moord: EHRM 21 juli 2020, 31434/15 (*Vanyo Todorov/Bulgarije*), r.o. 56-67. In deze zaak lijkt de lijn in de zaak *Zavoloka* te worden losgelaten. Vgl. EHRM 7 juli 2009, 58447/00 (*Zavoloka/Letland*). Zie over deze lijn: Emaus & Rijnhout 2013, p. 112.

⁹⁹⁵ EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 59, 60 en 62.

⁹⁹⁶ EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/VK*), r.o. 130-133; EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/VK*), r.o. 97.

⁹⁹⁷ EHRM 13 maart 2012, 2694/08 (*Reynolds/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 65-67.

5.3 Billijke genoegdoening op grond van artikel 41 EVRM

5.3.1 Introductie

Zoals uit het hiervoor beschrevene blijkt, houdt het EHRM bij de beoordeling van (effectiviteit van de) remedie rekening met de genoegdoeningen die het Hof zelf toekent op grond van artikel 41 EVRM. Dat roept de vraag op vanuit welke basisprincipes in de praktijk van het EHRM wordt vertrokken. In de hiernavolgende paragrafen wordt deze vraag beantwoord. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de uitgangspunten van het Straatsburgse systeem, de benadeelden aan wie een billijke genoegdoening kan worden toegekend, en de (typen van) schade.

5.3.2 Uitgangspunten van het Straatsburgse systeem

Voor het EHRM staat voorop dat het slachtoffer van een verdragsschending zoveel mogelijk in de positie moet worden geplaatst waarin hij zou hebben verkeerd, wanneer de verdragsschending zich niet zou hebben voorgedaan.⁹⁹⁸ Dit is bij de mensenrechtenschendingen die in dit boek centraal staan, meestal echter onmogelijk. Zo is het bijvoorbeeld niet mogelijk om foltering ongedaan te maken. Het slachtoffer dient dan in financiële zin gecompenseerd te worden. Artikel 41 EVRM geeft het EHRM een dergelijke bevoegdheid. ‘Indien nodig’ kan op grond van deze bepaling een billijke genoegdoening aan de benadeelde(n) worden toegekend. Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid. Er bestaat dus niet zoiets als een recht op billijke genoegdoening.⁹⁹⁹

Met het systeem van artikel 41 EVRM beoogt het Hof niet om een schadevergoedingssysteem in de klassieke, nationaalrechtelijke zin te laten ontstaan.¹⁰⁰⁰ Het Hof laat zich leiden door billijkheid (‘equity’). Deze notie vergt flexibiliteit en een objectieve beoordeling van wat eerlijk, rechtvaardig en redelijk is.¹⁰⁰¹ Daarbij moeten zowel de positie van de klager, als alle andere omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen.¹⁰⁰²

Naast het toekennen van een billijke genoegdoening in de vorm van geld,¹⁰⁰³ kan het EHRM beslissen dat de constatering dat een verdragsschending heeft plaatsgevonden, op zichzelf voldoende billijke genoegdoening biedt in de zin van artikel 41 EVRM.¹⁰⁰⁴ Deze vorm van genoegdoening heeft het EHRM in een groot aantal uitspraken gehanteerd, met name in geval van immateriële schade.¹⁰⁰⁵ Door Van Emmerik zijn uit de rechtspraak van het EHRM verschillende factoren afgeleid die relevant zijn om *geen* genoegdoening toe te kennen, namelijk: dat klager zelf geen vergoeding heeft gevraagd (i), dat de schade of de inbreuk zeer gering is (ii), dat de schade reeds (gedeeltelijk) gecompenseerd is (iii), dat causaal verband tussen de geconstateerde schending en de gestelde schade niet is bewezen (iv),

⁹⁹⁸ EHRM 26 oktober 1984, 8692/79 (*Piersack/België*), r.o. 11-12; EHRM 28 mei 2002, 35605/97 (*Kingsley/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 40; EHRM 8 december 2009, 49151/07 (*Muñoz Díaz/Spanje*), r.o. 85.

⁹⁹⁹ EHRM 6 november 1980, 6538/74 (*Sunday Times/VK*), r.o. 15.

¹⁰⁰⁰ EHRM 10 januari 2008, 16064/90 e.a. (*Varnava e.a./Turkije*), r.o. 224.

¹⁰⁰¹ EHRM 10 januari 2008, 16064/90 e.a. (*Varnava e.a./Turkije*), r.o. 224.

¹⁰⁰² EHRM 10 januari 2008, 16064/90 e.a. (*Varnava e.a./Turkije*), r.o. 224.

¹⁰⁰³ Het EHRM kan een symbolische ‘schadevergoeding’ toekennen. Zie bijvoorbeeld EHRM 23 november 1976, 5100/71 e.a. (*Engel e.a./Nederland*), r.o. 10. Van Emmerik 1997, p. 151-152.

¹⁰⁰⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 21 februari 1975, 4451/70 (*Golder/VK*), r.o. 46; EHRM 24 februari 1983, 7525/76 (*Dudgeon/VK*), r.o. 14.

¹⁰⁰⁵ Van Emmerik 1997, p. 139.

dat niet is bewezen dat er sprake is van immateriële schade (v), bij een potentiële verdragsschending (vi), dat de schade (deels) is te wijten aan het gedrag van de klager (vii), dat klager niet degene is die schade heeft geleden (viii), en dat de klachten slechts gedeeltelijk gegrond zijn (ix).¹⁰⁰⁶ Genoemde factoren kunnen in de weg staan aan het toekennen van een billijke genoegdoening of kunnen leiden tot een vermindering van het toe te kennen bedrag.

5.3.3 De benadeelde

Het EHRM kan op grond van artikel 41 EVRM een billijke genoegdoening toekennen aan de ‘injured party’. Dit begrip komt overeen met het begrip ‘victim’ in artikel 34 EVRM.¹⁰⁰⁷ Elke persoon die een klacht bij het EHRM kan indienen, kan het EHRM ook verzoeken om een billijke genoegdoening toe te kennen. Om een antwoord te krijgen op de vraag wie op grond van artikel 41 EVRM voor een billijke genoegdoening in aanmerking komt, dient dan ook te worden onderzocht wie als slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM kan worden aangemerkt. Op grond van deze bepaling kunnen natuurlijk personen, niet-gouvernementele organisaties en groepen van personen die beweren slachtoffer te zijn van een schending door een verdragsstaat, zich tot het EHRM wenden. Om als slachtoffer aangemerkt te kunnen worden, moet een verzoeker kunnen aantonen dat hij voldoende direct en persoonlijk geraakt is door een verdragsschending.¹⁰⁰⁸ Een actio popularis, waarbij een algemeen belang wordt ingeroepen zonder dat de klager een eigen, individueel of collectief nadeel heeft ondervonden, behoort niet tot de mogelijkheden.¹⁰⁰⁹

Als gezegd, uit artikel 34 EVRM volgt dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen in de zin van niet-gouvernementele organisaties een verzoekschrift kunnen indienen bij het Hof. Zij kunnen zich echter enkel beroepen op mensenrechtenschendingen waarvan zij zelf het slachtoffer kunnen zijn.¹⁰¹⁰ Als een rechtspersoon zich tot het EHRM wendt, moet dan ook steeds worden nagegaan of de aard van het ingeroepen recht in overeenstemming is te brengen met de aard van de rechtspersoon die het desbetreffende recht inroept. Aangezien een rechtspersoon niet in zijn recht op leven en/of privéleven kan worden aangetast, zou een daartoe strekkend door hem ingediend verzoekschrift in Straatsburg niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.¹⁰¹¹ Hiervan mag slechts in uitzonderlijke gevallen worden afgeweken,¹⁰¹² bijvoorbeeld wanneer de ouders strafrechtelijk zijn veroordeeld voor hun gruweldaden jegens het overleden slachtoffer en er geen andere nabije naasten zijn die namens het slachtoffer een procedure (hadden) kunnen starten.¹⁰¹³

Wanneer het voor het directe slachtoffer van een schending niet mogelijk is om een klacht in te dienen bij het EHRM omdat hij als gevolg daarvan is overleden of verdwenen, merkt het Hof leden van

¹⁰⁰⁶ Van Emmerik 1997, p. 139-144.

¹⁰⁰⁷ EHRM 10 maart 1972, 2832/66, 2835/66, 2899/66 (*De Wilde, Ooms & Versyp/België*), r.o. 23. Zie over artikel 34 EVRM meer uitgebreid Haeck & Delbaere 2015.

¹⁰⁰⁸ EHRM 27 april 2004, 62543/00 (*Gorraiz Lizarraga e.a./Spanje*), r.o. 38-39; EHRM 7 oktober 2004, 47978/99 (*Vatan/Rusland*), r.o. 48-53.

¹⁰⁰⁹ EHRM 8 juli 2008, 10226/03 (*Yumak & Sadak/Turkije*), r.o. 73.

¹⁰¹⁰ EHRM 12 oktober 1988, 11921/86 (*Kontakt Information-Therapie & Siegfried Hagen/Oostenrijk*); EHRM 6 maart 1987, 11533/85 (*Ingrid Jordebo Foundation & Ingrid Jordebo/Zweden*).

¹⁰¹¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 11 juni 2013, 65542/12 (*Stichting Moeders van Srebrenica e.a./Nederland*), r.o. 115.

¹⁰¹² Vgl. EHRM 17 juli 2014, 47848/08 (*Centre for Legal Resources uit naam van Valentin Câmpeanu/Roemenië*), r.o. 104-114. Zie ook EHRM 24 maart 2015, 2959/11 (*Helsinki Committee on behalf of Ionel Garcea/Roemenië*).

¹⁰¹³ EHRM 4 juni 2020, 15343/15, 16806/15 (*Association Innocence and Danger/Frankrijk*).

de naaste familie (ouders,¹⁰¹⁴ echtgenoten,¹⁰¹⁵ (klein)kinderen,¹⁰¹⁶ broers en zussen,¹⁰¹⁷ neven en nichten¹⁰¹⁸) van het slachtoffer als indirecte slachtoffers aan. Dit maakt het voor hen mogelijk om, eventueel naast een verzoekschrift ingediend uit eigen naam, een klacht namens het directe slachtoffer in te dienen. Indien een klager na het indienen van zijn klacht overlijdt, kan de zaak in beginsel worden voortgezet door de erfgenamen. Zij worden dan aangemerkt als ‘slachtoffer’ in de zin van artikel 34 EVRM.¹⁰¹⁹ De erfgenamen kunnen in plaats van de overleden verzoeker aanspraak maken op vergoeding van zowel materiële¹⁰²⁰ als immateriële schade.¹⁰²¹

5.3.4 Schade

5.3.4.1 Introductie

Voor het (kunnen) toekennen van een billijke genoegdoening dient de schade vast te staan. In het EVRM komt de term ‘damage’ echter niet voor. Het EHRM hanteert dit begrip wel, maar geeft geen definitie. Wel is het duidelijk dat het schadebegrip autonoom wordt geïnterpreteerd.¹⁰²² Van tijd tot tijd worden door het EHRM ook termen als ‘loss’¹⁰²³ en ‘prejudice’¹⁰²⁴ als synoniem gebruikt. Het schadebegrip wordt door het EHRM enigszins verhelderd door het onder te verdelen in ‘pecuniary damages’ en ‘non-pecuniary damages’.¹⁰²⁵ Deze twee typen van schade komen in de regel afzonderlijk aan de orde bij het bepalen of op grond van artikel 41 EVRM een genoegdoening dient te worden toegekend.¹⁰²⁶ In het hiernavolgende zal nader worden ingegaan op beide typen van schade.

5.3.4.2 Materiële schade

Als gevolg van een verdragsschending kan ‘pecuniary damage’ worden geleden. Het EHRM omschrijft deze schade in zijn rechtspraak als ‘the loss actually suffered as a direct result of the alleged violation’.¹⁰²⁷ Deze definitie is niet afgebakend; ook immateriële schade zou eronder geschaard kunnen worden. Wel geeft de definitie aan dat er een (causaal) verband tussen de schending en schade dient te bestaan.¹⁰²⁸

¹⁰¹⁴ EHRM 1 augustus 2013, 11554/07 e.a. (*Kaykharova e.a./Rusland*), r.o. 191.

¹⁰¹⁵ EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/Turkije*).

¹⁰¹⁶ EHRM 21 oktober 2013, 55508/07, 29520/09 (*Janowiec e.a./Turkije*).

¹⁰¹⁷ EHRM 13 december 1976, 7467/76 (*X./België*).

¹⁰¹⁸ EHRM 2 september 1998, 22495/93 (*Yasa/Turkije*).

¹⁰¹⁹ EHRM 27 februari 1980, 6903/75 (*Deweer/België*), r.o. 37.

¹⁰²⁰ EHRM 27 februari 1980, 6903/75 (*Deweer/België*), r.o. 37; EHRM 18 oktober 1982, 7215/75 (*X./VK*), r.o. 12.

¹⁰²¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 mei 1991, 11891/85 (*Vocaturro/Italië*), r.o. 2 en 19. Van Emmerik 1997, p. 123.

¹⁰²² Oliphant & Ludwichowska 2011, p. 397.

¹⁰²³ EHRM 25 juli 2000, 33985/96, 33986/96 (*Smith & Grady/VK*), r.o. 18.

¹⁰²⁴ EHRM 26 maart 1982, 8269/78 (*Adolf/Oostenrijk*), r.o. 37.

¹⁰²⁵ De vergoeding van kosten en uitgaven die tijdens de nationale procedure en de Straatsburgse procedure zijn gemaakt, wordt in deze paragraaf buiten beschouwing gelaten. Zie hierover bijvoorbeeld Ichim 2015, p. 145-155.

¹⁰²⁶ Wanneer het onderscheid tussen materiële en immateriële schade moeilijk blijkt, kan het EHRM een ‘global assessment’ maken. Zie EHRM 6 april 2000, 35382/97 (*Comingersoll S.A./Portugal*), r.o. 29; EHRM 22 augustus 2006, 7352/03 (*Beshiri e.a./Albanië*), r.o. 112.

¹⁰²⁷ EHRM 6 april 2000, 35382/97 (*Comingersoll S.A./Portugal*), r.o. 29; EHRM 22 augustus 2006, 7352/03 (*Beshiri e.a./Albanië*), r.o. 111.

¹⁰²⁸ Zie hierover meer uitgebreid paragraaf 3.3.

Het is aan de klager om te stellen en aan te tonen dat er materiële schade is geleden en wat de hoogte daarvan is.¹⁰²⁹ Hij zal daartoe, voor zover mogelijk, alle relevante documenten bij het EHRM moeten indienen. Indien de schade niet voldoende is onderbouwd, wordt een verzoek om schadevergoeding afgewezen.¹⁰³⁰ Wanneer de werkelijke schade niet exact berekend kan worden, kan het Hof ‘on an equitable basis’ een schatting maken.¹⁰³¹

Materiële schade kan betrekking hebben op geleden verlies (*damnum emergens*) en gederfde winst (*lucrum cessans*).¹⁰³² Meestal worden deze twee schadesoorten door het EHRM gezamenlijk behandeld en wordt één schadebedrag vastgesteld.¹⁰³³ Geleden verlies kan het gevolg zijn van het waardeverlies van eigendom. Dit komt dan ook vaak aan de orde in zaken die betrekking hebben op artikel 1 EP EVRM. Waar het om positieve verplichtingen gaat, kan gedacht worden aan het verlies of de beschadiging van de woning en/of huisraad doordat door de overheid onvoldoende bescherming is geboden.¹⁰³⁴ Ook in zaken die betrekking hebben op andere EVRM-rechten, komt geleden verlies voor vergoeding in aanmerking. Zo kwamen in de zaak *Moreno Gómez/Spanje* – waarin het om een schending van artikel 8 EVRM ging – bijvoorbeeld de kosten die klaagster had gemaakt om dubbele beglazing te installeren om geluidsoverlast van cafés en discotheken tegen te gaan, voor vergoeding in aanmerking.¹⁰³⁵ *Damnum emergens* heeft niet alleen betrekking op de reeds geleden schade. Ook toekomstige schade, zoals de nog te maken kosten van een medische behandeling, komt voor vergoeding in aanmerking.¹⁰³⁶

Gederfde winst kan onder meer de vorm aannemen van inkomensverlies, verlies van rente of pensioenrechten.¹⁰³⁷ Gelet op haar intrinsiek speculatieve aard, is deze schadesoort moeilijker vast te stellen dan *damnum emergens*.¹⁰³⁸ Klagers moeten hun claim onderbouwen met bewijsmiddelen, bijvoorbeeld in de vorm van een rapport van een expert¹⁰³⁹ of een beslissing van een rechterlijke instantie.¹⁰⁴⁰ Wanneer experts het niet met elkaar eens zijn, beoordeelt het EHRM zelfstandig welk schadebedrag redelijk is.¹⁰⁴¹ Het EHRM kan zelfs, met behulp van een beroep op ‘equity’, een schatting van de omvang van de schade maken wanneer die naar zijn oordeel onvoldoende in rechte vast is komen

¹⁰²⁹ EHRM 6 november 1980, 6538/74 (*Sunday Times/VK*), r.o. 14; EHRM 23 oktober 1983, 8544/79 (*Öztürk/Duitsland*). Vgl. Ichim 2015, p. 99.

¹⁰³⁰ EHRM 29 mei 1986, 9384/81 (*Deumeland/Duitsland*), r.o. 96.

¹⁰³¹ Practice direction, just satisfaction claims, par. 12. Van Emmerik 1997, p. 182-184; Kempees 2013, p. 204. Zie bijvoorbeeld EHRM 8 juli 1999, 23657/94 (*Çakıcı/Turkije*), r.o. 127; EHRM 24 april 2004, 24351/94 (*Aktaş/Turkije*), r.o. 353.

¹⁰³² Ichim 2015, p. 99. Zie voor een zaak waarin het Hof zelf gebruikt maakt van deze terminologie: EHRM 20 januari 2009, 252/04 (*Hîrgău & Arsinte/Roemenië*), r.o. 43-44. Onder omstandigheden kent het EHRM ook een genoegdoening voor ‘loss of opportunities’ toe. Dat gebeurt voornamelijk bij de schending van procedurele rechten. Zie hierover Oliphant & Ludwichowska 2011, p. 412.

¹⁰³³ Haeck & Burbano Herrera 2020.

¹⁰³⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 245-249.

¹⁰³⁵ EHRM 16 november 2004, 4143/02 (*Moreno Gómez/Spanje*), r.o. 65-67. Zie over deze zaak meer uitgebreid hoofdstuk 2, paragraaf 8.4.4.6.

¹⁰³⁶ EHRM 26 januari 2001, 77617/01 (*Mikheyev/Rusland*), r.o. 158-162.

¹⁰³⁷ Ichim 2015, p. 107. Zie met betrekking tot inkomstenderving als gevolg van verlies aan arbeidsvermogen bijvoorbeeld EHRM 10 mei 2005, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 125-127.

¹⁰³⁸ Ichim 2015, p. 106.

¹⁰³⁹ EHRM 12 november 2002, 46129/99 (*Zvolský & Zvolská/Tsjechië*), r.o. 81.

¹⁰⁴⁰ EHRM 15 januari 2008, 11712/04 (*Ceachir/Moldavië*), r.o. 53-55.

¹⁰⁴¹ EHRM 10 januari 2008, 57785/00 (*Zlinsat, spol. s r.o./Bulgarije*), r.o. 42-45; EHRM 27 januari 2011, 1355/04 (*Dichev/Bulgarije*), r.o. 43.

te staan.¹⁰⁴² Wanneer de schade moeilijk is vast te stellen, kan een ‘lump sum’ voor de geleden materiële schade of zelfs voor zowel de geleden materiële als immateriële schade worden toegekend.¹⁰⁴³

Ook nabestaanden kunnen materiële schade lijden. Het EHRM heeft in overlijdensschadezaken, waarin is geoordeeld dat artikel 2 EVRM is geschonden, vergoedingen toegekend voor zowel de kosten van lijkbezorging (*damnum emergens*) als de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud (*lucrum cessans*). De eerstgenoemde kosten komen naar het oordeel van het EHRM voor vergoeding in aanmerking, mits zij een direct gevolg van de mensenrechtenschending zijn en het een redelijk bedrag betreft (redelijkheidvereiste).¹⁰⁴⁴ Wanneer aangenomen kan worden dat een persoon is overleden en de Staat daarvoor verantwoordelijk is krachtens artikel 2 EVRM en er een direct causaal verband tussen de verdragsschending en het verlies van inkomen voor de getroffen families bestaat, wordt een schadevergoeding voor de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud toegekend.¹⁰⁴⁵ Voor het toekennen van billijke genoegdoening is wel vereist dat de familieleden afhankelijk waren van de financiële inbreng van de overledene.¹⁰⁴⁶ Omdat het hier toekomstige verliezen betreft, aanvaardt het EHRM dat exacte berekeningen lastig of onmogelijk kunnen zijn. Een raming volstaat.¹⁰⁴⁷ Een voorbeeld van een zaak waarin een vergoeding voor het verlies van levensonderhoud werd toegekend, is *Aktaş/Turkije*. In deze zaak was de overledene eigenaar van een winkel in voedselproducten. Het EHRM zocht bij de vaststelling van de billijke genoegdoening aansluiting bij de berekening die door de klagers was gemaakt. Ervan uitgaande dat de zoon van klager van zijn 24^{ste} tot zijn 65^{ste} levensjaar zou hebben gewerkt, kent het hof een schadevergoeding van € 226.065 toe.¹⁰⁴⁸

5.3.4.3 Immateriële schade

Het EHRM kent ook een genoegdoening toe voor immateriële schade. Het Hof maakt hier gebruik van de termen ‘non-pecuniary damage’¹⁰⁴⁹ en ‘moral damage’¹⁰⁵⁰. ‘Non-pecuniary damage’ wordt door het EHRM omschreven als ‘reparation for the anxiety, inconvenience and uncertainty caused by the violation, and other non-pecuniary loss’.¹⁰⁵¹ Deze omschrijving bevat een aantal elementen. Allereerst blijkt het doel van een genoegdoening voor ‘non-pecuniary damage’ te zijn gelegen in ‘reparation’. Ten tweede komt het in paragraaf 3.3 beschreven causaliteitsvereiste terug. Een billijke genoegdoening wordt alleen toegekend als sprake is van een ‘causal link’ tussen de schending van het EVRM-recht en de geleden immateriële schade. Daarnaast worden verschillende mogelijke schadesoorten aangestipt (‘anxiety’, ‘inconvenience’ en ‘uncertainty’). Ten slotte kan het laatste gedeelte van de overweging als vangnet worden opgevat. Naast de hiervoor genoemde schadesoorten komen kennelijk ook andere schadesoorten voor tegemoetkoming in aanmerking. Voor zover te achterhalen, komen naast

¹⁰⁴² EHRM 24 mei 2005, 61302/00 (*Buzescu/Roemenië*), r.o. 88 en 107.

¹⁰⁴³ *Ichim* 2015, p. 107.

¹⁰⁴⁴ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 167.

¹⁰⁴⁵ EHRM 8 juli 1999, 23657/94 (*Çakıcı/Turkije*), r.o. 127; EHRM 31 mei 2001, 25165/94 (*Akdeniz/Turkije*), r.o. 149-150.

¹⁰⁴⁶ EHRM 28 maart 2000, 22492/93 (*Kılıç/Turkije*), r.o. 102.

¹⁰⁴⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 168.

¹⁰⁴⁸ EHRM 24 april 2003, 24351/94 (*Aktaş/Turkije*), r.o. 349-355. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 9 november 2006, 7615/02 (*Imakayeva/Rusland*), r.o. 213.

¹⁰⁴⁹ EHRM 6 november 1980, 6538/74 (*Sunday Times/VK*), r.o. 14.

¹⁰⁵⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 6 november 1980, 6538/74 (*Sunday Times/VK*), r.o. 14.

¹⁰⁵¹ EHRM 6 april 2000, 35382/97 (*Comingersoll S.A./Portugal*), r.o. 29; EHRM 22 augustus 2006, 7352/03 (*Beshiri e.a./Albanië*), r.o. 111.

‘anxiety’¹⁰⁵², ‘inconvenience’¹⁰⁵³ en ‘uncertainty’¹⁰⁵⁴ ook ‘distress’¹⁰⁵⁵, ‘frustration’¹⁰⁵⁶, ‘harassment and humiliation’¹⁰⁵⁷, ‘physical suffering’¹⁰⁵⁸, ‘pain and suffering’¹⁰⁵⁹, ‘feelings of powerlessness’¹⁰⁶⁰, ‘a sense of injustice’¹⁰⁶¹, ‘loss of reputation’¹⁰⁶² en ‘invasion of privacy’¹⁰⁶³ voor immateriële schadevergoeding in aanmerking.¹⁰⁶⁴ Al met al levert dit een breed palet van vergoedbare schade op.

De hiervoor beschreven materie is in de verdragsstaten op heel verschillende wijze ingeregeld.¹⁰⁶⁵ Zij delen geen ‘common ground’. Het lijkt dan ook te ver te gaan om uit een geheel eigen (niet klassiek) systeem basisprincipes af te leiden om vervolgens het Nederlandse recht langs deze meetlat te leggen. Een meer gedetailleerde analyse is dan ook alleen gemaakt ten aanzien van die schadeposten waarover het EHRM zich in het kader van de positieve verplichtingen en/of artikel 13 EVRM expliciet heeft uitgelaten.

Wanneer de voor dit boek relevante rechtspraak van het EHRM meer in detail wordt beschouwd, blijkt dat het Hof lang niet altijd (voldoende) inzicht verschaft in wat nu precies wordt vergoed.¹⁰⁶⁶ Uit zaken waarin het Hof meer duidelijkheid schept, kan echter een aantal stelregels worden afgeleid. Allereerst worden genoegdoeningen toegekend voor ‘pain and suffering damages for personal injuries’.¹⁰⁶⁷ Onder letsel vallen lichamelijke klachten en psychische klachten (overspannenheid, depressie, trauma, enzovoort). Zo kent het in de in de zaak *Z. e.a./VK* een billijke genoegdoening toe voor de geleden fysieke en psychische schade als gevolg van langdurige verwaarlozing en mishandeling van kinderen.¹⁰⁶⁸

Naast genoemde klachten wordt ook een genoegdoening toegekend voor (reële) stress, spanning, angst, en/of gevoelens van onzekerheid bij de betrokkene.¹⁰⁶⁹ Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM voor dergelijke schadeposten een billijke genoegdoening toekent, is *Brincat e.a./Malta*. Een van de klagers in deze zaak heeft (nog) geen asbestgerelateerde ziekte gekregen.¹⁰⁷⁰ Desalniettemin wordt een billijke genoegdoening van € 1.000 toegekend voor immateriële schade wegens schending

¹⁰⁵² EHRM 9 maart 2004, 61827/00 (*Glass/VK*), r.o. 87.

¹⁰⁵³ EHRM 9 december 1994, 16798/90 (*López Ostra/Spanje*), r.o. 65.

¹⁰⁵⁴ EHRM 6 april 2000, 35382/97 (*Comingersoll S.A./Portugal*), r.o. 29.

¹⁰⁵⁵ EHRM 9 maart 2004, 61827/00 (*Glass/VK*), r.o. 87.

¹⁰⁵⁶ EHRM 25 september 2001, 44787/98 (*P.G. & J.H./VK*), r.o. 92; EHRM 9 maart 2004, 61827/00 (*Glass/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 87.

¹⁰⁵⁷ EHRM 18 oktober 1982, 7601/76, 7806/77 (*Young, James & Webster/VK*), r.o. 12 e.v.

¹⁰⁵⁸ EHRM 26 januari 2001, 77617/01 (*Mikheyev/Rusland*), r.o. 163.

¹⁰⁵⁹ EHRM 10 mei 2005, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 130.

¹⁰⁶⁰ EHRM 9 maart 2004, 61827/00 (*Glass/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 87.

¹⁰⁶¹ EHRM 20 juli 2000, 15918/89 (*Antonetto/Italië*), r.o. 46.

¹⁰⁶² EHRM 26 november 1992, 13867/88 (*Brincat/Italië*), r.o. 26.

¹⁰⁶³ EHRM 25 september 2001, 44787/98 (*P.G. & J.H./VK*), r.o. 92.

¹⁰⁶⁴ Oliphant & Ludwichowska 2011, p. 414.

¹⁰⁶⁵ Van Dam 2013, p. 362-365. Dit is de ‘margin of appreciation’.

¹⁰⁶⁶ EHRM 28 maart 2000, 22535/93 (*Mahmut Kaya/Turkije*), r.o. 138-139; EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 171; EHRM 12 oktober 2006, 13178/03 (*Mubilanzila Mayeka & Kaniki Mitunga/België*), r.o. 118; EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 205; EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 151. Zie ook EHRM 28 maart 2000, 22535/93 (*Mahmut Kaya/Turkije*), r.o. 139; EHRM 31 mei 2007, 7510/04 (*Kontrová/Slovakije*), r.o. 72; EHRM 30 oktober 2012, 32520/09 (*Ghimp e.a./Moldavië*), r.o. 68.

¹⁰⁶⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 26 november 2002, 33218/96 (*E. e.a./VK*), r.o. 123-124.

¹⁰⁶⁸ EHRM 10 mei 2005, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 130.

¹⁰⁶⁹ EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/VK*), r.o. 138.

¹⁰⁷⁰ EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 13.

van de verplichting om praktische maatregelen te nemen om blootstelling aan asbest te beperken, voor angstschade dus.¹⁰⁷¹

Naast de hiervoor genoemde schadesoorten is het ook mogelijk dat naast en/of nabestaanden met immateriële schade kampen. Van letsel en/of het overlijden van het slachtoffer kunnen zij verdriet ondervinden (affectieschade in Nederlandse termen). Het gaat in de woorden van het EHRM om ‘anguish and distress’. In de in hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.4, beschreven zaak *Paul & Audrey Edwards/VK* kent het EHRM een schadevergoeding toe voor deze immateriële schade. Nadat het EHRM tot de conclusie is gekomen dat de positieve verplichting om het recht op leven te beschermen, onvoldoende is nagekomen, kent het een genoegdoening toe voor de ‘anguish and distress from the circumstances of his death’.¹⁰⁷²

Ten aanzien van het bewijs van het bestaan van immateriële schade neemt het EHRM een soepele houding in.¹⁰⁷³ Bewijsstukken worden niet verlangd.¹⁰⁷⁴ In de rechtspraak wordt vaak een redelijk vermoeden van het bestaan van dergelijke schade gehanteerd.¹⁰⁷⁵

Immateriële schade laat zich in het algemeen niet precies op geld waarderen. Het EHRM beoordeelt dan ook per geval afzonderlijk of de schade voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁰⁷⁶ Hij begroot op billijke wijze, doorgaans zonder verdere berekening en/of uitleg over de hoogte van de vergoeding of zonder veel meer dan een korte motivering.¹⁰⁷⁷

Uit de rechtspraak van het EHRM kunnen wel enkele gezichtspunten worden afgeleid die van belang zijn om de compensatie van immateriële schadevergoeding te kunnen vaststellen.¹⁰⁷⁸ Het gaat om de aard van het geschonden recht, de aard en de ernst van de schending, en de ‘victim’s personality’. Ook kan het van belang zijn dat er zich meerdere verdragsschendingen hebben voorgedaan. In dat geval zal de toegekende som hoger zijn, of zal zelfs het hele geclaimde schadebedrag worden toegekend.¹⁰⁷⁹ Ten slotte zal het schadebedrag mogelijk lager uitvallen wanneer de nationale rechter al heeft vastgesteld dat er sprake is van een schending en het slachtoffer reeds (gedeeltelijk) is gecompenseerd.¹⁰⁸⁰

In sommige zaken maakt het EHRM gebruik van specifieke (indicatieve) tabellen met verschillende tarieven ten aanzien van een aantal veel voorkomende overtredingen.¹⁰⁸¹ De verdragsstaten zijn daarbij in verschillende categorieën onderverdeeld. De onderverdeling is ingericht naar de algemene levensstandaard. Mensenrechtenschending in landen met een hoge algemene levensstandaard – waaronder Nederland – zouden als gevolg daarvan tot een hogere schadevergoeding moeten leiden dan dezelfde mensenrechtenschendingen in landen met een lagere algemene levensstandaard. Op deze wijze wordt geprobeerd ‘just satisfaction’ te bereiken. Genoemde tabellen worden onder meer gehanteerd waar het om de toekenning van een billijke genoegdoening gaat in zaken

¹⁰⁷¹ EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 151.

¹⁰⁷² EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 106. Zie ook EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/VK*), r.o. 138.

¹⁰⁷³ EHRM 28 mei 1985, 9214/80, 9473/81, 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales & Balkandali/VK*), r.o. 96.

¹⁰⁷⁴ *Ichim* 2015, p. 119.

¹⁰⁷⁵ EHRM 28 mei 1985, 9214/80, 9473/81, 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales & Balkandali/VK*), r.o. 96; EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 171.

¹⁰⁷⁶ *Oliphant & Ludwichowska* 2011, p. 414.

¹⁰⁷⁷ *Harris e.a.* 2018, p. 169.

¹⁰⁷⁸ *Ichim* 2015, p. 122.

¹⁰⁷⁹ EHRM 9 november 2006, 7615/02 (*Imakayeva/Rusland*), r.o. 214-216.

¹⁰⁸⁰ EHRM 29 maart 2006, 64897/01 (*Ernestina Zullo/Italië*), r.o. 141.

¹⁰⁸¹ *Meyjer & Kempees* 2009, p. 91; *Keller, Forowicz & Engi* 2010, p. 78; *Harris e.a.* 2018, p. 163.

waarin een schending van artikel 2 en/of 3 EVRM is vastgesteld.¹⁰⁸² Problematisch is dat genoemde tabellen niet openbaar worden gemaakt.¹⁰⁸³ Het blijft dan dus gissen naar de exacte werkwijze van het EHRM.

In de literatuur is veel kritiek gekomen op de wijze waarop het EHRM de hoogte van de schadebedragen vaststelt. De rechtspraak blijkt niet consistent te zijn.¹⁰⁸⁴ Doordat het EHRM veelal geen inzicht geeft in de wijze waarop het te werk gaat en het hof inconsistente principes lijkt te hanteren, is het niet goed mogelijk om het Nederlandse praktijk met betrekking tot de hoogte van de schadevergoeding te vergelijken met het EVRM. Dit aspect van de vergelijking zal hierna dan ook achterwege gelaten worden.

5.4 Compensatiemogelijkheden naar Nederlands recht vergeleken

5.4.1 Introductie

Nu de rechtspraak van het EHRM in kaart is gebracht, wordt in deze paragraaf gefocust op (de toepassing van) het Nederlandse systeem. De uitgangspunten, kring van gerechtigden en de te vergoeden schade komen aan bod.

5.4.2 Andere vergoedingsstelsels, vergelijkbare uitgangspunten

Voor de vaststelling van de schade dient naar Nederlands recht een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie die zou zijn ontstaan als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Doel van de schadevergoeding is immers het zoveel mogelijk brengen van de benadeelde in de positie waarin hij zou hebben verkeer, wanneer de schadetoebrengende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan (*restitutio in integrum*).¹⁰⁸⁵ Dit uitgangspunt komt overeen met dat van het EVRM.

Vaak is het gelet op haar aard niet mogelijk om de situatie, zoals die zonder de schadetoebrengende gebeurtenis zou zijn geweest, feitelijk te herstellen. Daarom moet de benadeelde doorgaans genoegen nemen met schadevergoeding. Sinds lange tijd geldt hierbij het beginsel van volledige schadevergoeding.¹⁰⁸⁶ Wanneer echter op een meer gedetailleerd niveau naar het Nederlandse recht wordt gekeken, dan blijkt dat ook de Nederlandse rechter het beginsel van volledige schadevergoeding lang niet altijd strikt kan doorvoeren. Zo valt er bij het bepalen van de hoogte van immateriële schade niet te ontkomen aan billijkheidsoverwegingen. Ook zijn omstandigheden denkbaar waaronder sommige soorten van schade niet (volledig) hersteld kunnen worden.

Op het eerste oog heeft de nationale rechter, anders dan het EHRM, geen discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de toewijzing van een schadevergoeding na de schending van een fundamenteel recht. Als uitgangspunt geldt dat de verplichting tot en het recht op een schadevergoeding

¹⁰⁸² Harris e.a. 2018, p. 163.

¹⁰⁸³ Ichim 2015, p. 121.

¹⁰⁸⁴ Bydlinski 2011, p. 113; Ichim 2015, p. 128 e.v.; Harris e.a. 2018, p. 163.

¹⁰⁸⁵ Zie bijvoorbeeld HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067 (*V./Branderhorst*), r.o. 4.4. Zie ook Bloembergen 1965, p. 13-14.

¹⁰⁸⁶ Bloembergen 1965, p. 120-122; Asser/Sieburgh 6-II 2017/31 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017); Van Dam 2015, p. 85-86.

ontstaan op het moment dat aan alle door de wet gestelde vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. Vanaf dat moment komt op de aansprakelijke een verbintenis tot schadevergoeding te rusten en ontstaat in het vermogen van de gelaedeerde een vermogensrecht.¹⁰⁸⁷ Dat geldt voor zowel materiële als immateriële schade.¹⁰⁸⁸ Bij nadere bestudering blijkt dit stelsel echter *de facto* gelijk te zijn aan dat van het EHRM. De Hoge Raad heeft in een arrest van 27 april 2001 namelijk bepaald dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft bij het bepalen van de omvang van de immateriële schadevergoeding ex artikel 6:106 BW. De rechter mag bij de begroting van de schade met alle omstandigheden van het geval rekening houden en hij heeft de bevoegdheid om, indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt, geen schadevergoeding toe te kennen.¹⁰⁸⁹ Deze formulering biedt een opening voor het voeren van beleid, zowel met betrekking tot de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding bij immateriële schade als met betrekking tot de kwestie of een recht op vergoeding bestaat.¹⁰⁹⁰

5.4.3 Kring van gerechtigden

Op grond van artikel 6:162 BW is hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. Uitgangspunt is – net zoals op grond van het EVRM – dat alleen het ‘slachtoffer’ vergoeding van de door hem geleden schade kan worden toegekend.¹⁰⁹¹

Waar het om het toekennen van schadevergoeding aan nabestaanden gaat, wijkt het Nederlandse stelsel echter af van dat van het EVRM. Op grond van artikel 6:108 BW hebben de nabestaanden jegens degene die aansprakelijk is voor het overlijden van hun naaste, een recht op vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud. Ook de kosten van lijkbezorging dienen door de aansprakelijke te worden vergoed. Ten aanzien van die eerste schadepost somt artikel 6:108 lid 1 BW limitatief de personen op, aan wie in geval van aansprakelijkheid ter zake van overlijden een actie tot schadevergoeding toekomt, namelijk:

- a. aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner en de minderjarige kinderen van de overledene (...);
- b. aan andere bloed- of aanverwanten van de overledene, mits deze reeds ten tijde van het overlijden geheel of ten dele in hun levensonderhoud voorzorg of daartoe krachtens rechterlijke uitspraak verplicht was;
- c. aan degenen die reeds vóór de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, met de overledene in gezinsverband samenwoonden en in wier levensonderhoud hij geheel of voor een groot deel voorzorg, voor zover aannemelijk is dat een en ander zonder het overlijden zou zijn voortgezet en zij redelijkerwijze niet voldoende in hun levensonderhoud kunnen voorzien;
- d. aan degene die met de overledene in gezinsverband samenwoonde en in wiens levensonderhoud de overledene bijdroeg door het doen van de gemeenschappelijke huishouding, voor zover hij schade lijdt doordat na het overlijden op andere wijze in de gang van deze huishouding moet worden voorzien.”

¹⁰⁸⁷ Lindenbergh 2005, p. 319-320.

¹⁰⁸⁸ Lindenbergh 2005, p. 319-320.

¹⁰⁸⁹ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337 (B./C.), r.o. 3.6.

¹⁰⁹⁰ Brunner, *NJ* 2002/91.

¹⁰⁹¹ Vgl. Van Emmerik 1997, p. 276.

Hoewel de groepen van gerechtigden, anders dan in het EVRM-stelsel, limitatief worden opgesomd, lijkt het Nederlandse recht op het eerste gezicht niet minder mogelijkheden te bieden dan Straatsburg. Het EHRM heeft overwogen dat ‘the loss of earnings applies to close relatives (...), including spouses, elderly parents and minor children’.¹⁰⁹² Het beperkend criterium (afhankelijk van de financiële inbreng van de overledene) dat door het EHRM wordt gehanteerd, doet echter twijfels rijzen. Daarop zal afzonderlijk in paragraaf 5.4.4.3 worden ingegaan.

Voor schade die het gevolg is van andermans lichamelijk of geestelijk letsel is artikel 6:107 BW in het leven geroepen. Dit artikel biedt ‘derden’ recht op schadevergoeding voor zover het om schade gaat die eigenlijk het primaire slachtoffer betreft, maar die naar hen is ‘verplaatst’. De kring van gerechtigden is niet nader omschreven bij wet. Iedereen kan zich er dus in beginsel op beroepen. Het BW bevat op dit vlak geen obstakels die aan een praktische en effectieve bescherming van mensenrechten in de weg staan.

Naasten en/of nabestaanden hebben sinds 1 januari 2019 recht op vergoeding van immateriële schade die verband houdt met het letsel of het overlijden van een dierbare. Ten bate van de overzichtelijkheid zal hierop in paragraaf 5.4.4.5 afzonderlijk worden ingegaan. Andere eigen schade van de derde ten gevolge van letsel of overlijden komt in verband met het gesloten stelsel niet in aanmerking (tenzij sprake is van shockschade¹⁰⁹³).

Met betrekking tot de voortzetting van een procedure na het overlijden van de benadeelde kan worden opgemerkt dat de nabestaanden de vordering jegens de aansprakelijke persoon tot vergoeding van materiële schade erven. Op dit punt is het Nederlandse recht in overeenstemming met de Straatsburgse rechtspraak.¹⁰⁹⁴ Het recht op vergoeding van immateriële schade is in beginsel van hoogstpersoonlijke aard. Voor overgang onder algemene titel is op grond van artikel 6:95 lid 2 BW nodig en voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken. Een en ander is in lijn met de Straatsburgse rechtspraak. Die rechtspraak heeft namelijk betrekking op de situatie dat reeds een schadevergoedingsclaim is ingediend.¹⁰⁹⁵

5.4.4 De te vergoeden schade

5.4.4.1 Introductie

Naar Nederlands recht kan alleen maar sprake zijn van een schadevergoedingsverplichting wanneer er schade is. Noch de wet noch de wetsgeschiedenis bevatten een definitie van het begrip schade.¹⁰⁹⁶ Bloembergen citeert de omschrijving die Mommsen in 1855 van het begrip schade gaf. Volgens deze definitie is schade het verschil tussen de waarde van het vermogen op een gegeven moment en de waarde die dit vermogen zou hebben gehad zonder tussenkomst van een bepaalde schadetoebrengeende gebeurtenis op het desbetreffende tijdstip.¹⁰⁹⁷ In genoemde omschrijving komt duidelijk het element van vermindering in ‘iets’ naar voren. Schade wordt ook in latere definities omschreven als

¹⁰⁹² EHRM 1 augustus 2013, 11554/07, 7862/08, 56745/08 etc. (*Kaykharova e.a./Rusland*), r.o. 191. Zie ook EHRM 9 november 2006, 7615/02 (*Imakayeva/Rusland*), r.o. 213.

¹⁰⁹³ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240 (*Taxibus*), r.o. 4.3, 5.2 en 5.5.

¹⁰⁹⁴ Vgl. Van Emmerik 1997, p. 278.

¹⁰⁹⁵ Vgl. Van Emmerik 1997, p. 278.

¹⁰⁹⁶ Bloembergen 1965, p. 12.

¹⁰⁹⁷ Bloembergen 1965, p. 13.

vermindering in iets (vermogen, belang, behoeftebevrediging) of als nadeel in iets.¹⁰⁹⁸ Zo omschrijft Lindenbergh schade als ‘het nadeel in het vermogen of in iets anders, dat voor iemand uit een bepaalde gebeurtenis voortvloeit’.¹⁰⁹⁹ Sieburgh gaat uit van de taalkundige betekenis van het begrip schade en omschrijft het als het nadeel dat voor iemand uit een gebeurtenis voortvloeit.¹¹⁰⁰ Net zoals het EHRM wordt in Nederland een onderscheid gemaakt tussen materiële (‘pecuniary loss’) en immateriële schade (‘non-pecuniary loss’). Op deze beide typen van schade zal hierna worden ingegaan. Daarbij wordt een onderverdeling gemaakt in schade voor direct getroffen en schade voor naasten en/of nabestaanden.

5.4.4.2 Materiële schade voor direct getroffen

Op grond van artikel 6:95 BW bestaat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Onder vermogensschade valt op grond van artikel 6:96 lid 1 BW – net zoals in Straatsburg – zowel geleden verlies als gederfde winst. Het begrip schade kan worden onderscheiden in zaakschade (de beschadiging of vernietiging of het verloren gaan van een zaak), persoonsschade (de schade die het gevolg is van de aantasting van de menselijke persoon) en zuivere vermogensschade (de vermogensschade die niet zaakschade of persoonsschade is; bijvoorbeeld schade door oneerlijke mededinging of door het niet tijdig nakomen van een verbintenis).¹¹⁰¹

Ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade gelden in Nederland in beginsel de gewone bewijsregels, maar daarbij is de rechter op grond van artikel 6:97 BW bevoegd de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is of de schade te schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.¹¹⁰² De schade moet in beginsel worden vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.¹¹⁰³ Op praktische gronden en om redenen van billijkheid kan in bijzondere gevallen op dit uitgangspunt een uitzondering worden aanvaard door van bepaalde omstandigheden te abstraheren. Begroot de rechter de schade voordat deze is ingetreden, dan heeft hij de keuze tussen een veroordeling tot het betalen van een bedrag ineens of tot betaling van periodiek uit te keren bedragen (artikel 6:105 BW).

Bij een vergelijking van de hoofdlijnen van de Straatsburgse en Nederlandse praktijk van de vergoeding van materiële schade aan direct getroffen treden geen noemenswaardige verschillen aan het licht.¹¹⁰⁴ Het nationale schadevergoedingsrecht lijkt wat betreft de erkenning van soorten materiële schade niet af te wijken van de rechtspraak van het EHRM.¹¹⁰⁵ Het EVRM lijkt dan ook niet tot aanpassing van het Nederlandse recht te dwingen.

¹⁰⁹⁸ Bloembergen 1965, p. 14; Asser/Sieburgh 6-II 2017/13 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017).

¹⁰⁹⁹ Lindenbergh, in: GS Schadevergoeding, art. 6:95 BW, aant. 2.1 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

¹¹⁰⁰ Asser/Sieburgh 6-II 2017/13 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017).

¹¹⁰¹ Asser/Sieburgh 6-II 2017/27 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017).

¹¹⁰² HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*Tennet c.s./ABB c.s.*), r.o. 4.4.4.

¹¹⁰³ Asser/Sieburgh 6-II 2017/35 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017); Lindenbergh, in: GS Schadevergoeding, art. 6:97 BW, aant. 4.3 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

¹¹⁰⁴ De voordeelsverrekening, eigen schuld en de schadebepenkingsplicht lijken in de rechtspraak van het EHRM slechts een geringe rol te spelen. Zij zijn dan ook buiten beschouwing gelaten. Zie hierover Van Emmerik 1997, p. 179-182.

¹¹⁰⁵ Vgl. Van Emmerik 1997, p. 274.

5.4.4.3 Materiële schade voor nabestaanden

Voorwaarde voor het toekennen van een schadevergoeding is dat de ‘dader’ tegenover het directe slachtoffer onrechtmatig heeft gehandeld. Niet nodig is dat hij ook tegenover de nabestaanden zelf onrechtmatig heeft gehandeld. Op grond van artikel 6:108 lid 2 BW is de aansprakelijke verplicht aan degene te wiens laste de kosten van lijkbezorging zijn gekomen, deze kosten te vergoeden, voor zover zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene.¹¹⁰⁶ Het EHRM lijkt – met het hanteren van een redelijkheidsvereiste – op dit punt niet verder te gaan dan het nationale schadevergoedingsrecht.¹¹⁰⁷

Een tweede schadepost komt toe aan drie groepen nabestaanden in wier levensonderhoud de overledene voorzag. Zij kunnen bij de dader aanspraak maken op vergoeding van gedeerd levensonderhoud. Voor nabestaanden bevat artikel 6:108 BW een regeling. Net zoals het EHRM, kent de nationale rechter in geval van overlidensschade vaak een som ineens toe. Deze is bedoeld als een vergoeding voor het door de nabestaanden gedeerde en nog te derven levensonderhoud.¹¹⁰⁸ Voor zover het niet om bloed- of aanverwanten van de overledene gaat, is op grond van artikel 6:108 BW vereist dat met elkaar werd samengeleefd. Als gevolg daarvan vallen buiten de kring van gerechtigden gescheiden echtgenoten, gewezen geregistreerde partners en buitenechtelijke relaties, ook al werd er voor het overliden financiële ondersteuning geboden en was er sprake van afhankelijkheid. Het EHRM vereist enkel dat de familieleden afhankelijk waren van de financiële inbreng van de overledene. Alhoewel het Hof vooralsnog geen verplichting op grond van artikel 2 EVRM heeft aangenomen om in die gevallen schadevergoeding toe te kennen en het dus te vroeg is om met zekerheid te kunnen stellen dat het Nederlands recht op dit vlak niet voldoet, is het zeer wel mogelijk dat dat in de toekomst alsnog gaat gebeuren. Betoogd kan worden dat de beperking van de kring van gerechtigden aan de effectiviteit van de nationale remedie in de weg staat.

In het licht van de beschreven rechtspraak van het EHRM is heroverweging door de wetgever mijns inziens wenselijk. Het is zaak om artikel 6:108 BW zodanig te hervormen dat het mogelijk is om de niet met de overledene samenwonende (niet zijnde een bloed- en/of aanverwant) een vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud toe te kennen wanneer deze persoon ten tijde van de gebeurtenis dusdanig afhankelijk was van de financiële inbreng door de overledene dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij als naaste wordt aangemerkt.

5.4.4.4 Immateriële schade voor direct getroffen

Immateriële schade komt voor vergoeding in aanmerking voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.¹¹⁰⁹ Op grond van artikel 6:106 BW heeft een benadeelde onder andere recht op vergoeding van immateriële schade wanneer hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op ‘andere wijze’ in zijn persoon is aangetast. In geval van lichamelijk letsel behoort vergoeding van immateriële schade, met andere woorden, zonder meer tot de mogelijkheden. Zoals hiervoor is beschreven in paragraaf 4.3.4.3, kan het niet vervullen van positieve verplichtingen echter

¹¹⁰⁶ HR 16 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6089 (*Pruisken/Organice*), r.o. 3.3.3. Vergelijk Rijnhout 2012, p. 199-201.

¹¹⁰⁷ Emaus & Rijnhout 2013, p. 116.

¹¹⁰⁸ Bolt, in: GS Schadevergoeding, art. 6:105 BW, aant. 9.2.1 (online, bijgewerkt 19 oktober 2016).

¹¹⁰⁹ Art. 6:95 BW.

ook andere immateriële schade met zich brengen. Is in die gevallen ook een vergoeding mogelijk naar Nederlands recht?

De persoonsaantasting ‘op andere wijze’ in de zin van artikel 6:106 sub b BW biedt een mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade die geen verband houdt met lichamelijk letsel of aantasting van eer of goede naam. Van de bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze is in ieder geval sprake indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen.¹¹¹⁰ Er moet dan sprake zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.¹¹¹¹ Daartoe zal de benadeelde ‘voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen zijn vastgesteld’.¹¹¹² De Hoge Raad legt hier een hoge drempel aan; de eiser moet concrete gegevens aanvoeren, het gaat om een geobjectiveerd oordeel en er geldt een causaliteitseis.

Daarnaast¹¹¹³ kunnen – zo blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad – de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat van de in artikel 6:106 sub b BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is.¹¹¹⁴ Dat het hier om alternatieve criteria gaat, lijkt in de rede te liggen. Soms ligt de nadruk op de aard of op de ernst, doorgaans op beide criteria.¹¹¹⁵

In beginsel zal degene die zich op een persoonsaantasting op andere wijze beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen. In een voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Daarvan is echter niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.¹¹¹⁶ In *Oosterparkrellen* en *Wrongful life* lagen die nadelige gevolgen wél voor de hand. In de eerste zaak ging het om falend politieoptreden bij rellen. Aan de bewoners van een in de Oosterparkwijk gelegen woning moest een vergoeding voor immateriële schade worden betaald omdat deze nalatigheid leidde tot een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van de woning. De aantasting was gelegen in de gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot het lijf en goed van de benadeelden die een aantal uren in hun woning in een zeer bedreigende situatie verkeerden, terwijl een reactie op hun verzoek om hulp en bijstand van de politie uitbleef.¹¹¹⁷ In *Wrongful life* bestond de aantasting in de ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder

¹¹¹⁰ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519 (*Blauw oog*), r.o. 3.5. Zie ook HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366 (*Ontvanger/Bos*).

¹¹¹¹ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356 (*Taxibus*). Zie ook Asser/Sieburgh 6-II 2017/144 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017).

¹¹¹² HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606 (*Beliën/Provincie Noord-Brabant*), r.o. 5.2.3. Vgl. ook HR 23 januari 1998, *NJ* 1998/366 (*X/Stichting Algemene FIOM-Hulpverlening*), r.o. 3.4 en de annotatie van S.D. Lindenbergh bij HR 29 juni 2012, *JA* 2012/147. In Vzr. Rb. Utrecht 29 juni 1999, *KG* 1999/219 kwam de voorzieningenrechter tot het oordeel dat onvoldoende was aangetoond dat sprake was van enige medische aandoening. Het ging in deze zaak om een vordering tot vergoeding van immateriële schade als gevolg bodemverontreiniging. Eisers vreesden voor hun gezondheid.

¹¹¹³ Sinds HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (*EBI*) is het criterium van geestelijk letsel niet meer de hoofdregel, beide routes zijn nevensgeschikt. Zie hierover Engelhard 2019, p. 205.

¹¹¹⁴ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (*EBI*), r.o. 4.2.1; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingschade Groningen*), r.o. 2.13.2.

¹¹¹⁵ Engelhard 2019, p. 209.

¹¹¹⁶ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (*EBI*), r.o. 4.2.2.

¹¹¹⁷ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (*Oosterparkrellen*), r.o. 3.11.

en vader waardoor zij niet ervoor hebben kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen.¹¹¹⁸

De strafkamer van de Hoge Raad heeft overwogen dat niet alleen de aard en ernst van de normschending, maar ook de daadwerkelijke, concrete persoonlijke gevolgen die dit voor de benadeelde heeft, dienen te worden vastgesteld en gemotiveerd, aan de hand van de door de benadeelde aangedragen gegevens.¹¹¹⁹ Met andere woorden: de rechter moet volgens de strafkamer altijd iets vaststellen over de gevolgen. In die zin wijkt het oordeel van de strafkamer af van die van de civiele kamer van de Hoge Raad.

Het beschreven stelsel biedt (in potentie) voldoende soelaas voor de in paragraaf 5.2.3 beschreven gevallen waarin het EHRM heeft aangenomen dat de direct getroffene bij schending van artikel 2, 3 en/of 8 EVRM aanspraak moet kunnen maken op vergoeding van immateriële schade. Het is goed te onderbouwen dat een schending van een beschermingsverplichting op grond van de genoemde bepalingen de naar aard en ernst verlangde normschending oplevert.¹¹²⁰ De rechter kan daarbij aannemelijk achten dat door deze aantasting in de persoon schade is geleden. In een zaak over het verhaal van aardbevingschade in Groningen wordt deze mogelijkheid – weliswaar in de context van 6:177 BW – ook expliciet door de Hoge Raad benoemd. Voor bewoners in een bepaald gebied boven het Groningenveld kan de rechter genoemde weg bewandelen, zo overweegt de Hoge Raad.¹¹²¹ Het *EBI*-arrest biedt die ruimte ook. Aangenomen kan worden dat uit een ernstige schending van het EVRM angstschade, (ernstig) leed, verdriet of spanningen voortvloeit. Het verlangen van een nadere onderbouwing van de schade is dan ook niet op zijn plaats. Als onverhoopt toch een onderbouwing wordt verlangd, dan dient met weinig genoegen te worden genomen, zoals een persoonlijke verklaring van de benadeelde.

Van bijzonder belang hierbij is wel het op juiste wijze ‘framen’ van (de grondslag van de) schade. De relevantie hiervan kan worden duidelijk gemaakt aan de hand van de schade die wordt geleden als gevolg van blootstelling aan chroom-6. In een zaak die voormalige ambtenaren van het ministerie van Defensie aanhangig hebben gemaakt, is een schending vastgesteld van de op Defensie rustende informatieplicht. Als gevolg daarvan hebben de ambtenaren geen maatregelen kunnen nemen tegen het gevaar waaraan zij werden blootgesteld. Door appellanten is betoogd dat aansluiting moet worden gezocht bij de billijke genoegdoeningen die op grond van artikel 41 EVRM bij dergelijke schendingen worden toegekend. Het Hof oordeelt dat de Staat er terecht op wijst dat dit artikel aan burgers of benadeelden geen rechtstreekse aanspraak op betaling van schadevergoeding geeft.¹¹²² Dat is op zichzelf juist, maar het Hof vergeet daarbij te vermelden dat wanneer een beschermingsverplichting op grond van artikel 2 en/of 8 EVRM niet is vervuld, een vergoeding van immateriële schade tot de mogelijkheden moet behoren. Wanneer deze verplichting in ogenschouw wordt genomen, dan is het veel eenvoudiger om te overwegen dat de aard en de ernst van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis meebrengt dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan zo voor de hand

¹¹¹⁸ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (*Wrongful life*), r.o. 4.8.

¹¹¹⁹ HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465 (*Woninginbraak*), r.o. 2.4.2.

¹¹²⁰ Vgl. ook Engelhard 2019, p. 210.

¹¹²¹ HR 10 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingschade Groningen*), r.o. 2.13.6. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft gekozen voor een andere afbakening, en wel die tussen wel of geen fysieke schade. Zie hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10717, r.o. 7.35.

¹¹²² Hof ‘s-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871 (*Chroom 6*), r.o. 7.2.7.

liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Op zijn minst genomen is hier sprake van de naar aard en ernst verlangde normschending.

Voor de ambtenaren in de onderhavige zaak waarbij een ziekte en/of aandoening is vastgesteld, zal zich vanuit EVRM-bril bezien niet snel een probleem voordoen. Zij hebben inmiddels op grond van een uitkeringsregeling een vergoeding voor immateriële schade toegekend gekregen.¹¹²³ Dat is anders voor die ambtenaren waarbij nog geen ziekte en/of aandoening aan het licht is gekomen. Hun schade bestaat ‘enkel’ uit angstschade of schade als gevolg van verdriet of spanningen. Op grond van het EVRM moet echter ook die schade worden vergoed. Een afwijzing van de vordering met als reden dat niet valt ‘in te zien op welke wijze het niet-informereren over de blootstelling aan chroom-6 leidt tot angst’¹¹²⁴ is bij deze groep dan ook te kort door de bocht. Naast de door het Hof genoemde vergoeding van immateriële schade wegens blootstelling aan chroom-6 bestaat er ook zoiets als de vergoeding van immateriële schade ‘flowing from the breach’. De vordering geënt op het niet-informereren moet naar mijn mening niet te letterlijk worden opgevat. Het gaat niet om schade als gevolg van het zuiver niet informeren, maar om schade als gevolg van het niet vervullen van de (bredere) beschermingsverplichting op grond van het EVRM. En het nationale recht moet ruimte bieden om dergelijke schade als gevolg van leed, angst, verdriet en/of spanning te vergoeden. Als deze ruimte niet wordt geboden, dan wordt in strijd met het EVRM gehandeld. Daarvan lijkt in de Chroom-6 zaak sprake te zijn.

5.4.4.5 Immateriële schade voor naasten en/of nabestaanden

Sinds 1 januari 2019 hebben naasten en/of nabestaanden in Nederland recht op vergoeding van affectieschade. De vergoeding van affectieschade is zowel mogelijk in geval van overlijden (art. 6:108 lid 3 en 4 BW) als in geval van ernstig en blijvend letsel (art. 6:107 lid 1 onder b en lid 2 BW). De aansprakelijke persoon is verplicht tot vergoeding van een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Affectieschade kan worden omschreven als een vorm van smartengeld voor naasten: het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en dat men lijdt door het verdriet doordat een persoon waarmee men een affectieve band heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt.¹¹²⁵ De wet bevat in de artikelen 107 en 108 de volgende opsomming van personen die recht hebben op vergoeding van affectieschade:

- “a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste/overledene;
- b. de levensgezel van de gekwetste/overledene, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;
- c. degene die ten tijde van de gebeurtenis ouder van de gekwetste/overledene is;
- d. degene die ten tijde van de gebeurtenis het kind van de gekwetste/overledene is;
- e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste/overledene heeft;
- f. degene voor wie de gekwetste/overledene ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft;

¹¹²³ Hof ‘s-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871 (*Chroom 6*), r.o. 6.1.3 e.v.

¹¹²⁴ Hof ‘s-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871 (*Chroom 6*), r.o. 7.2.8.

¹¹²⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 1.

g. een andere persoon die ten tijde van de gebeurtenis in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste/overledene staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij (...) als naaste wordt aangemerkt.”

In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat om ingevolge onderdeel g recht te hebben op de vergoeding van affectieschade, daadwerkelijk een hechte affectieve relatie dient te worden aangetoond. Factoren die hierbij een rol spelen, zijn de intensiteit, de aard en de duur van de relatie.¹¹²⁶ In de ogen van de wetgever dient een beroep op onderdeel g telkens te worden gezien in het kader van het spanningsveld tussen de wenselijkheid van een eenvoudig uitvoerbare regeling en een regeling die toch ook ruimte biedt om in ‘sprekende gevallen’ naasten en/of nabestaanden, die zich lastig laten vatten in specifiek te benoemen categorieën, voor vergoeding van affectieschade in aanmerking te laten komen.¹¹²⁷ Een uitleg van onderdeel g waarin de categorieën van het EHRM worden meegenomen en die bepaling dus mensenrechtenconform wordt geïnterpreteerd, zou goed stroken met deze ratio: het betreft dan ‘sprekende gevallen’. Onderdeel g biedt dan ook voldoende ruimte voor rechtsbescherming van naasten en/of nabestaanden conform de eisen van het EVRM, mits zo (ruim) uitgelegd.

De beschreven regeling biedt naasten en/of nabestaanden een rechtsmiddel waarmee het onrecht dat is aangedaan, wordt erkend en waarmee genoegdoening wordt geboden voor het geschokte rechtsgevoel. In die zin dicht het een belangrijk gat in de rechtsbescherming van de nabestaande.¹¹²⁸ Het verdriet om het overlijden of de ernstige verwonding van een naaste kan worden vergoed waar dat voorheen niet tot de mogelijkheden behoorde. Daarmee is tegemoetgekomen aan kritiek die naar voren is gebracht in de discussies die gevoerd werden naar aanleiding van de vuurwerkcramp,¹¹²⁹ de strandrellen in Hoek van Holland¹¹³⁰ en het schietincident in Alphen aan de Rijn.¹¹³¹

Voor feiten die hebben plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de hiervoor beschreven regelgeving kan (en moet, om verdragsconform te handelen) de weg van de persoonsaantasting op andere wijze worden bewandeld.¹¹³² Dat dit in de praktijk niet altijd goed gaat, volgt uit een zaak over het doden van gedetineerde A door medegedetineerde X.¹¹³³ In deze zaak is door het gerechtshof Den Haag geoordeeld dat artikel 2 EVRM is geschonden omdat onvoldoende maatregelen zijn getroffen om de veiligheidsrisico’s voor medegedetineerden te voorkomen.¹¹³⁴ Zoals in paragraaf 5.2.3 is beschreven, dient compensatie voor immateriële schade in een dergelijk geval in principe beschikbaar te zijn. Door het Hof wordt echter een tweetal blokkades opgeworpen. Allereerst wordt een relativiteitsachtige redenering gebruikt om de vordering af te wijzen.¹¹³⁵ De dood van A zou in de eerste plaats het gevolg van de onrechtmatige daad van X zijn. De onrechtmatige daad van de Staat bestaat daarin dat hij geen passende maatregelen genomen heeft. Daarmee is artikel 2 EVRM jegens de overledene geschonden en niet jegens de nabestaanden, zo overweegt het Hof. Naar mijn mening is de schending van artikel 2

¹¹²⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 15.

¹¹²⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 5. Memorie van toelichting, p. 20-21.

¹¹²⁸ Van Dam 2015, p. 150.

¹¹²⁹ Beer 2006, p. 261 en 264; Van Essen 2011, p. 91.

¹¹³⁰ Wijnakker 2010, p. 313; Van Essen 2011, p. 91.

¹¹³¹ Wijnakker 2010, p. 313; Van Essen 2011, p. 91.

¹¹³² Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10058 (*Schietincident Irak*), r.o. 3.17-3.29.

¹¹³³ Vgl. ook Rijnhout 2020, p. 4.

¹¹³⁴ Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929 (*Steekincident*), r.o. 23.

¹¹³⁵ Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929 (*Steekincident*), r.o. 37.

EVRM echter reeds voldoende om een aantasting in de persoon in de zin van artikel 6:106 sub b BW aan te nemen, ook waar het om nabestaanden gaat.

Naast de relativiteitsachtige redenering wordt door het Hof overwogen dat appellanten onvoldoende hebben onderbouwd dat de plotselinge tragische dood van A bij hen behalve leed en verdriet ook een ernstig trauma, wanhoop of angst heeft veroorzaakt.¹¹³⁶ Het Hof legt de lat hiermee te hoog. Om te kunnen voldoen aan het EVRM, moet de poort verder worden opengezet. Hierbij dient het kader dat in paragraaf 5.4.4.4 is beschreven te worden toegepast, en niet het kader zoals dat vóór het *EBI*-arrest gold. Toen werd er steevast vanuit gegaan dat een enkel ‘onbehagen’ niet voldoende was. Uitgangspunt was geestelijk letsel. Inmiddels is er echter meer ruimte om een vergoeding voor immateriële schade toe te kennen. Deze ruimte kan en moet worden benut voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade in geval van schending van een beschermingsverplichting op grond van artikel 2, 3 en/of 8 EVRM, ook als het nabestaanden betreft waarop de Wet affectieschade nog niet van toepassing is. Als dat – zoals in deze zaak – niet wordt gedaan, is sprake van een schending van het EVRM.

6 Afronding

Met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht is van belang dat het EVRM daarin zelfstandig als rechtsgrond kan worden ingeroepen. Daarnaast leent het systeem van artikel 6:162 BW zich vanwege zijn open karakter uitstekend om EVRM-rechten in te bedden en te verzekeren. Datzelfde geldt ten aanzien van het schadevergoedingsrecht, zoals geregeld in artikel 6:95 BW e.v. Vermogensschade komt op grond van deze bepalingen voor vergoeding in aanmerking. Ook kan de rechter op grond van artikel 6:106 lid 1 BW een vergoeding toewijzen voor ander nadeel dan vermogensschade (immateriële schade). Waar dat voorheen nog niet mogelijk was, is het voor nabestaanden inmiddels mogelijk om een vergoeding voor affectieschade te verkrijgen (art. 6:107-108 BW). Daarmee is een belangrijk implementatieprobleem verholpen, nu uit de rechtspraak van het EHRM verplichtingen tot het betalen van affectieschade kunnen worden afgeleid. Heel veel gaat dus goed, als het om het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht gaat.

Er is één (potentieel) hiaat geconstateerd op wetgevingsvlak. Andere nabestaanden dan bloed- of aanverwanten kunnen op grond van artikel 6:108 BW alleen bij de dader aanspraak maken op vergoeding van gederfd levensonderhoud wanneer met elkaar werd samengeleefd. Als gevolg daarvan vallen buiten de kring van gerechtigden de gescheiden echtgenoten, gewezen geregistreerde partners en buitenechtelijke relaties, ook al werd er voor het overlijden financiële ondersteuning geboden en was er sprake van afhankelijkheid. Het EHRM vereist hier dat nabestaanden die afhankelijk waren van de financiële inbreng door de overledene schadevergoeding wegens gederfd levensonderhoud kunnen verkrijgen en stelt niet de eis dat zij met de overledene hebben samengeleefd. Betoogd kan worden dat de beperking van de kring van gerechtigden in art. 6:108 BW aan de effectiviteit van de nationale remedie in de weg staat. In het licht van de beschreven rechtspraak van het EHRM is betoogd dat een heroverweging door de wetgever wenselijk is. Daarbij heb ik voorgesteld om qua formulering dicht op de benadering van het EHRM te gaan zitten.

Om de mensenrechten te kunnen effectueren dient er een effectieve toegang te zijn tot de rechter. De leer van de formele rechtskracht kan hieraan in de weg staan. Als gevolg van deze leer kan de

¹¹³⁶ Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929 (*Steekincident*), r.o. 37.

burgerlijke rechter niet meer in de rechtmatigheid van een besluit treden wanneer geen gebruik is gemaakt van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen of het rechtsmiddel niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid. Dit kan erin resulteren dat bepaalde onderdelen van de bestuursrechtelijke besluitvorming buiten het bereik van de toetsing door de civiele rechter vallen, terwijl zij op grond van het EVRM wel moeten kunnen worden getoetst om vast te stellen of de Staat voldoende beschermingsmaatregelen heeft genomen. In dit hoofdstuk zijn mogelijkheden beschreven om de doorwerking van positieve verplichtingen (alsnog) mogelijk te maken. Dat kan onder omstandigheden allereerst door een met het EVRM strijdige wettelijke bepaling onverbindend te verklaren. Daarnaast is het mogelijk om gebruik te maken van de uitzondering die in *Aardbevingsschade Groningen* lijkt te zijn toegevoegd aan het bestaande pallet aan uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht. Die uitzondering houdt in dat, voor zover een vordering van een derde erop is gebaseerd dat bij het nemen van het betrokken (instemmings)besluit wezenlijke risico's op schade aan personen of zaken (voor lief) (blijken te) zijn genomen, hem niet kan worden tegengeworpen dat hij destijds geen beroep heeft ingesteld tegen dat besluit.

Wanneer de toegang tot de rechter is verzekerd, komt het bij alle genoemde (wettelijke) mogelijkheden (wel) aan op wat de rechter daar uiteindelijk mee doet. Een en ander mag via het nationale recht worden afgedaan. Wanneer de toegang tot de rechter is verzekerd, komt het bij alle genoemde (wettelijke) mogelijkheden (wel) aan op wat de rechter daar uiteindelijk mee doet. De rechter kan ervoor kiezen om bepalingen van nationaal recht toe te passen. Steeds vaker wordt door rechters expliciet aan het EVRM getoetst. Dat is toe te juichen omdat er op die manier minder kans is dat de EVRM-rechten buiten beschouwing worden gelaten. Het dwingt hen om bewust te zijn van risico's en daarop te anticiperen. Desalniettemin ligt voor rechters een scala aan (potentiële) valkuilen op de loer. Allereerst is het van groot belang dat rechters de juiste maatstaf hanteren. Daarbij kan het zowel om een nationaalrechtelijke maatstaf als om een aan het EVRM ontleende maatstaf gaan. Ook als de juiste maatstaf wordt gehanteerd, is het nog steeds niet uitgesloten dat er sprake is van een schending. De specifieke wijze waarop de toetsing in concreto wordt uitgevoerd is daarvoor cruciaal. Er dient bijvoorbeeld gewaakt te worden voor een (te) stringente uitleg van de voorwaarden voor aansprakelijkheid.

In het verlengde van een expliciete toetsing aan het EVRM heb ik betoogd dat ambtshalve toepassing van het EVRM onder omstandigheden aangewezen is. Dit ondersteunt de effectivering van materiële positieve verplichtingen. Ambtshalve toetsing houdt in dat de rechter het EVRM ook toepast en/of beoordeelt of het toepasselijke recht in overeenstemming is met de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen, als de procespartijen daar niet om hebben gevraagd. Ik heb betoogd dat de rechter deze verantwoordelijkheid moet nemen waar het om het eerste compartiment gaat, te weten artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit) EVRM.

Hoofdstuk 4: EVRM en het strafrecht

1 Inleiding

Binnen het strafrecht is al langer aandacht voor positieve verplichtingen. Zowel de oratie van Van Kempen als van Vellinga-Schootstra & Vellinga hebben hierop betrekking.¹¹³⁷ Ook zijn in verschillende studies specifieke onderdelen van het strafrecht getoetst aan de rechtspraak van het EHRM.¹¹³⁸ In dit hoofdstuk wordt hierop voortgebouwd. Twee vragen staan centraal: (1) Op welke punten wordt voldaan aan de eisen die op grond van de positieve verplichtingen zijn geformuleerd? en (2) Op welke punten wordt hier niet aan voldaan? Voor zover niet aan de eisen van Straatsburg wordt voldaan, wordt in kaart gebracht wat mogelijke oplossingen zijn.

Anders dan bij de onrechtmatige daad, is de strafbaarheid beperkt tot de schendingen van geboden of verboden die in een wettelijke strafbepaling zijn strafbaar gesteld. Omdat het EHRM krachtens uiteenlopende mensenrechten staten voor een heel scala aan gedragingen verplicht het strafrecht in te zetten, worden hierdoor veel strafbepalingen geraakt. Gelet op de omvang van dit ‘werkterrein’ is het niet mogelijk om al deze strafbepalingen te toetsen aan de eisen die uit het EVRM voortvloeien. Voor het strafrecht wordt dan ook een andere werkwijze dan voor het privaatrecht gebruikt. De verplichting tot strafbaarstelling is in eerste instantie op een hoog abstractieniveau beschreven (paragraaf 2). Vervolgens is een drietal specifieke strafbaarstellingen (cases) geselecteerd. De resultaten van de casestudies zijn allereerst ingezet om een verklaring voor het aangetroffen verschil in specificiteit van de eisen te kunnen vinden die het EHRM aan strafbepalingen stelt. Er is daarnaast voor gekozen om de casestudies te verdiepen en uit te breiden in die zin dat zij ook de implicaties van de positieve verplichting tot strafbaarstelling op de geselecteerde deelterreinen voor het Nederlandse strafrecht in kaart kunnen brengen. Op deze wijze wordt voor de rechtspraak op een meer microniveau inzichtelijk gemaakt wat de gevolgen kunnen zijn van de eisen die het EHRM aan de strafbaarstelling stelt. Welke cases zijn geselecteerd, en waarom, wordt in de desbetreffende paragraaf verder toegelicht (paragraaf 3). De volgende paragrafen zijn gewijd aan immuniteit (paragraaf 4), opsporing en onderzoek (paragraaf 5), vervolging (paragraaf 6) en berechting en bestraffing (paragraaf 7).

2 Strafbaarstelling

2.1 Introductie

Het EHRM verplicht verdragsstaten voor de redressering van (de gevolgen van) bepaalde gedragingen het strafrecht in te zetten. In sommige gevallen volgt expliciet uit de overwegingen van het EHRM dat ter bescherming van de door het EVRM beschermde rechten strafbaarstellingen in het leven dienen te worden geroepen.¹¹³⁹ In andere gevallen kan het bestaan van een verplichting tot strafbaarstelling worden afgeleid uit het feit dat strafrechtelijk onderzoek, vervolging en/of bestraffing wordt vereist.¹¹⁴⁰

¹¹³⁷ Van Kempen 2008; Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008.

¹¹³⁸ Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 3. Imet verdere verwijzingen.

¹¹³⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo/Italië*), r.o. 67; EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 150.

¹¹⁴⁰ Vgl. Van Kempen 2008, p. 28. Zie bijvoorbeeld EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (*Assenov e.a./Bulgarije*), r.o. 102.

Bij het gehoor geven aan deze positieve verplichtingen tot strafbaarstelling is voor zowel de wetgever als de rechter een rol weggelegd. De wetgever dient waar nodig nieuwe wetgeving te creëren of bestaande wetgeving aan te passen, en de rechter kan gedurende procedures voor de vraag komen te staan of positieve verplichtingen moeten leiden tot een andere interpretatie van delictsbestanddelen van strafbepalingen.¹¹⁴¹

Uit de beschrijving van de positieve verplichtingen die het EHRM de verdragsstaten oplegt zoals die in hoofdstuk 2 is gegeven, volgt dat de verplichting tot strafbaarstelling gedragingen van uiteenlopende aard betreft. Het gaat om onder meer om levensdelicten, zedendelicten, geweldsdelicten, moderne slavernij en wederrechtelijke vrijheidsbeneming. In het hiernavolgende wordt kort ingegaan op (i) de rode draad in de werkwijze van het EHRM om een positieve verplichting tot strafbaarstelling aan te nemen, (ii) de legitimatie van het strafrechtelijk overheidsingrijpen die daarbij door het Hof wordt gehanteerd en (iii) de inhoudelijke eisen die met betrekking tot de strafwetgeving worden aangelegd.

2.2 De werkwijze van het EHRM

De verplichting tot strafbaarstelling wordt door het EHRM op een tweetal manieren vastgesteld: (a) door zelf vast te stellen dat het in wezen strafwaardige gedragingen betreft of (b) door aansluiting te zoeken bij internationale verplichtingen. Of er sprake is van een ‘in wezen strafwaardige gedraging’ wordt door het Hof afgeleid uit de aard van het betrokken belang en de ernst van de inbreuk daarop. Waar het om (ernstige) vergrijpen tegen het leven, de fysieke integriteit en de seksuele integriteit gaat of (andere) ‘fundamental values and essential aspects of private life’ op het spel staan, wordt het strafrecht door het EHRM als de remedie gezien: ‘effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated’.¹¹⁴² Gelet op de aard van de in het geding zijnde fundamentele normen en waarden kunnen zij niet anders dan door het strafrecht worden beschermd. Het EHRM zoekt daarbij aansluiting bij wat als ‘normaal’ wordt beschouwd in de praktijk van de verdragsstaten.¹¹⁴³ Strafbearstellingen van gedragingen als moord, zware mishandeling en seksueel misbruik maken in beginsel van elk fatsoenlijk strafrechtelijk systeem deel uit. Omdat deze problematiek ‘normaal gesproken’ via het strafrecht wordt aangepakt, vereist het Hof dat ook van de verdragsstaat in kwestie.¹¹⁴⁴

In enkele uitspraken gaat het EHRM echter niet zelf na of het ‘in wezen strafwaardige gedragingen’ betreft, maar steunt het Hof op de aanwezigheid van op internationaal niveau aanvaarde standaarden. Een voorbeeld van een zaak waarin het Hof op internationale standaarden leunt, is *Siliadin/Frankrijk*. In deze zaak neemt het EHRM onder verwijzing naar het Verdrag van de Internationale Arbeidsorganisatie inzake gedwongen of verplichte arbeid en het aanvullend slavernijverdrag van 1956 een verplichting aan om het strafrecht in te zetten bij de bestrijding van moderne slavernij.¹¹⁴⁵

¹¹⁴¹ Zie ook Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 33-34.

¹¹⁴² EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 27.

¹¹⁴³ EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 27. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 93.

¹¹⁴⁴ De Hert & Gutwirth houden deze werkwijze kritisch tegen het licht. Zij zijn van opvatting dat het onderscheid tussen fundamentele waarden die door het strafrecht moeten worden beschermd en andere waarden verre van duidelijk is. Wat ‘normaal’ is, lijkt niet eenvoudig uit te maken omdat er van een consensus zelden sprake is en er verschillen in tijd en ruimte, en dus context, spelen. Zie De Hert & Gutwirth 2005, p. 750.

¹¹⁴⁵ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 89.

2.3 Legitimatie van het strafrechtelijk overheidsingrijpen

Zoals in de vorige paragraaf al werd aangestipt, rechtvaardigt het EHRM de verplichting tot strafbaarstelling door te wijzen op de afschrikkende werking die in zijn visie uitgaat van een strafsanctie. Door de gedraging strafbaar te stellen zullen potentiële mensenrechtenschenders voortaan meer geneigd zijn tot normconform gedrag, zo luidt de veronderstelling. Op die wijze kunnen mensenrechtenschendingen worden voorkomen, bestreden en bestraft teneinde een (effectieve) bescherming aan mogelijke slachtoffers te bieden.¹¹⁴⁶ Het gaat hier om algemene afschrikking van het type schending in kwestie.¹¹⁴⁷ De vraag of de inzet van het strafrecht ook *daadwerkelijk* meerwaarde heeft in vergelijking met andere maatregelen, wordt door het EHRM niet beantwoord; het EHRM geeft zich hiervan geen rekenschap.¹¹⁴⁸

2.4 Inhoudelijke eisen

Opvallend is dat het EHRM in sommige zaken vrij specifieke eisen aan een strafbaarstelling stelt. Zo komt uit de hiervoor reeds aangehaalde zaak *Siliadin/Frankrijk* vrij duidelijk naar voren wat op grond van artikel 4 EVRM strafbaar dient te worden gesteld. Slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid worden hier nadrukkelijk door het EHRM gedefinieerd.¹¹⁴⁹ In andere zaken gaat het EHRM minder ver en worden geen of weinig specifieke eisen gesteld. Zo worden de verdragsstaten bijvoorbeeld vrijgelaten in de wijze waarop de strafbaarstelling van mishandeling wordt ingevuld.¹¹⁵⁰ Het lijkt er het EHRM vooral om te gaan dat personen aan de hand van de bewoordingen van de strafbaarstelling, en voor zover noodzakelijk, met behulp van de interpretatie van de norm in de rechtspraak van nationale gerechten, kunnen vaststellen voor welke gedragingen zij strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Het EHRM laat dus ook algemene en zelfs vage formuleringen toe, mits de interpretatie in overeenstemming is met de essentie van de strafbepaling.¹¹⁵¹

Zowel in gevallen waarin het EHRM specifieke eisen stelt aan strafbaarstellingen als in situaties waarin dat niet wordt gedaan, verlangt het in elk geval wel dat de strafbepalingen praktisch en handhaafbaar zijn en dat de positieve verplichting moet kunnen worden nagekomen.¹¹⁵² Dat betekent in de praktijk dat de toepasselijke strafbepalingen geen onnodig zware bestanddelen mogen bevatten die daaraan in de weg staan. In die zin zet het EHRM aan tot het zorgvuldig formuleren van strafbepalingen. Er dient een weloverwogen keuze te worden gemaakt ten aanzien van de bestanddelen die deel uitmaken van de delictomschrijving. Zo oordeelde het EHRM in een zaak die draaide om de grens tussen ‘ill-treatment’ en ‘ouderlijke bestraffing’, dat een strafbepaling onvoldoende

¹¹⁴⁶ EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/VK*), r.o. 54.

¹¹⁴⁷ Rogers 2003, p. 694-695.

¹¹⁴⁸ Dat wil niet zeggen dat de vraag in het geheel niet in Straatsburg speelt. De Belgische rechter Françoise Tulkens merkt in de ‘concurring opinion’ bij EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*) bijvoorbeeld op dat een beroep op het strafrecht niet noodzakelijkerwijs de enige oplossing is.

¹¹⁴⁹ Zie hierover paragraaf 4.3.2.

¹¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 23 september 1998, 25599/94 (*A./VK*), r.o. 22.

¹¹⁵¹ Dit sluit aan bij hetgeen het EHRM op grond van artikel 7 EVRM heeft overwogen. Er bestaan weinig aanknopingspunten in de rechtspraak van het EHRM om staten op grond van dit artikel tot een precieze formulering te dwingen. Zie hierover Van Kempen 2008, p. 38. Zie over het ‘Bestimmtheitsgebot’ meer uitgebreid Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 340-343.

¹¹⁵² Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 33.

afschrikwekkende werking heeft wanneer de kans op vrijspraak te groot is omdat een bestanddeel nauwelijks bewijsbaar is.¹¹⁵³ Het gaat dan in feite om een dode letter.

Ook in de hierna in paragraaf 3.3.1.1 te bespreken zaak *M.C./Bulgarije* stelt het EHRM eisen op het niveau van de bestanddelen van strafbaarstellingen. Het EHRM overweegt in deze zaak dat deze strafbaarstellingen geen bestanddelen mogen bevatten die in de weg staan aan een effectieve strafrechtelijke bescherming. Dat betekent in concreto dat om verkrachting aan te kunnen nemen, niet mag wordt vereist dat het slachtoffer zich fysiek heeft verzet.

Op systeemniveau acht het EHRM daarnaast nog van belang dat de wijze waarop delictsbestanddelen zowel in de wet als in de praktijk worden uitgelegd, eenduidig is. Wanneer dat niet gebeurt kan er namelijk ‘a general climate of ambiguity and legal uncertainty’ worden gecreëerd.¹¹⁵⁴ In dit plaatje past ook dat er een helder onderscheid tussen strafbepalingen moet kunnen worden gemaakt. Zo achtte het EHRM in de zaak *M.G.C./Roemenië* voor het aannemen van een schending van artikel 3 en 8 EVRM bijvoorbeeld van belang dat de Roemeense rechters niet in staat waren gebleken om een helder onderscheid te maken tussen verkrachting en ‘sexual intercourse with a minor’.¹¹⁵⁵

3 Op zoek naar verklaringen en illustraties: drie casestudies

3.1 Introductie

Zoals hiervoor is beschreven, blijkt dat het EHRM in sommige zaken vrij specifieke eisen aan een strafbaarstelling stelt. In andere zaken gaat het EHRM minder ver en worden geen of slechts geringe eisen gesteld. De verklaring voor dit verschil in intensiteit van optreden van het EHRM steunt, zo veronderstel ik, op de aan- of afwezigheid van op internationaal niveau aanvaarde standaarden. Om te kunnen beoordelen of deze mogelijke verklaring voor het verschil in specificiteit van de eisen die het EHRM aan strafbepalingen stelt, hout snijdt, is er in het navolgende voor gekozen om een drietal cases voor nader onderzoek te selecteren. Die drie cases zijn toegespitst op het onderscheid tussen de mate van specificiteit van eisen die door het EHRM worden gesteld.

De belangrijkste overweging om voor casestudies te kiezen, is dat op die wijze gedetailleerde kennis kan worden verkregen over de betreffende strafbaarstellingen. Door de positieve verplichtingen tot strafbaarstelling te beschrijven, kan op het spoor worden gekomen van een verklaring voor het verschil in specificiteit van de eisen die het EHRM aan de strafbaarstellingen stelt.

Bijvangst van de beschreven aanpak is dat de casestudies wellicht ook enig inzicht geven in de verwijzingspraktijk van het EHRM. Treedt het EHRM hier op als ‘zaakwaarnemer’ van de internationale rechtsorde? Of worden de internationale normen hier slechts strategisch ingezet om een bepaalde gewenste uitkomst te rechtvaardigen?¹¹⁵⁶

Daarnaast geven de casestudies inzicht in de implicaties die een positieve verplichting tot strafbaarstelling voor de Nederlandse rechtsorde (kan) hebben. Door een aantal cases te selecteren, kan de diepte in worden ingegaan, waar een studie over de breedte van het strafrechtelijke terrein die diepgang niet zou kunnen benaderen. Voor drie verschillende deelreinen wordt hierna zicht gegeven op de implementatie van de positieve verplichting tot strafbaarstelling die uit het EVRM voortvloeit.

¹¹⁵³ EHRM 23 september 1998, 25599/94 (*A./VK*), r.o. 23.

¹¹⁵⁴ EHRM 1 december 2005, 63252/00 (*Păduraru/Roemenië*), r.o. 94-99.

¹¹⁵⁵ EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 65.

¹¹⁵⁶ Zie over ‘cherry picking’ door het EHRM bijvoorbeeld Gerards 2006, p. 117-120.

Op welke punten voldoet Nederland aan de eisen die uit de positieve verplichting tot strafbaarstelling voortvloeien? En op welke punten niet? In de beschrijving van de casestudies wordt op deze vragen antwoord gegeven. Waar nodig worden concrete oplossingen voor implementatieproblemen aangereikt. Op die wijze kan een bijdrage worden geleverd aan de rechtsontwikkeling en wordt voorkomen dat de analyse van de positieve verplichting tot strafbaarstelling blijft steken op een te hoog abstractieniveau.

De keuze voor de drie cases is door een aantal overwegingen bepaald. Allereerst is gezocht naar contrast tussen de mate van specificiteit van eisen die door het EHRM aan de betreffende strafbaarstellingen zijn gesteld. Uitzonderlijk specifiek zijn de eisen die door het Hof op het gebied van moderne slavernij zijn geformuleerd. Aan de andere kant van het spectrum staan de algemene eisen die aan de strafbaarstelling van levensdelicten zijn gesteld. Tussen deze uitersten bevinden zich grijswaarden. In dit grijze gebied springen de zedendelicten direct in het oog. Deze delictgroep is een dankbaar onderzoeksobject omdat er binnen die groep strafbaarstellingen zijn te onderscheiden waaraan specifieke eisen worden gesteld en strafbaarstellingen waarbij dat (vrijwel) niet het geval is.

De genoemde drie delictgroepen springen echter niet alleen in het oog vanwege hun positie op het spectrum van specificiteit, maar ook omdat zij – anders dan bijvoorbeeld geweldsdelicten – goed kunnen worden afgebakend. Daarnaast is zo voldoende variatie in de van toepassing zijnde EVRM-normen gevonden. Er worden via deze drie cases verplichtingen op grond van artikel 2, 3, 4 en 8 EVRM onder de loep genomen. Bestudering van artikel 5 EVRM ligt minder voor de hand omdat het EHRM op grond van deze bepaling nog geen expliciete verplichting tot strafbaarstelling heeft geformuleerd. Artikel 1 EP EVRM is achterwege gelaten omdat de overwegingen van het EHRM op grond van deze bepaling (vooralsnog) weinig duidelijkheid verschaffen over de wijze waarop vorm kan worden gegeven aan de beschermingsverplichting: niet duidelijk is onder welke omstandigheden het strafrecht dient te worden ingezet ter bescherming van het recht op eigendom. Of de positieve verplichting tot het invoeren van een (strafrechtelijk) wettelijk kader op grond van artikel 1 EP EVRM in de Nederlandse praktijk voldoende is geïmplementeerd, kan dan ook niet worden beoordeeld.

3.2 Casus 1: (Moderne) vormen van slavernij

3.2.1 Verplichting tot strafbaarstelling

Het EHRM verplicht de verdragspartijen tot de inzet van het strafrecht ter bestrijding van de in artikel 4 EVRM omschreven verboden gedragingen (slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid). In paragraaf 6.2 van hoofdstuk twee is beschreven wat onder de begrippen slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid moet worden verstaan. Ik herhaal hier de bevindingen.¹¹⁵⁷ Voor het eerste begrip is het hof te rade gegaan bij het Verdrag inzake de Slavernij. In deze conventie wordt slavernij gedefinieerd als ‘the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised’.¹¹⁵⁸

Voor wat betreft de uitleg van dwangarbeid, volgt het EHRM de definitie van het Verdrag van de International Labour Organization (ILO-Verdrag) inzake gedwongen arbeid.¹¹⁵⁹ In dit verdrag wordt

¹¹⁵⁷ Zie voor een meer uitgebreide beschrijving van de rechtspraak van het EHRM: Stoyanova 2017, p. 330-331; Lestrade 2018, p. 211-237; Stoyanova 2020, p. 208-220.

¹¹⁵⁸ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 122.

¹¹⁵⁹ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 116.

onder gedwongen of verplichte arbeid of diensten verstaan ‘all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily’.¹¹⁶⁰ De eerste component van de definitie is dat er werk moet zijn verricht onder bedreiging van een straf. Het hoeft daarbij niet om ‘strafsancties’ te gaan. Het kan gaan om het verliezen van privileges of rechten.¹¹⁶¹ Naast de bedreiging van een straf, is het van belang dat het werk niet uit vrije wil wordt uitgevoerd.¹¹⁶² Eventuele instemming van het slachtoffer is niet bepalend. Wanneer sprake is van een disproportionele last ten opzichte van de toekomstige voordelen van de uitoefening van het beroep, kan onvrijwilligheid worden aangenomen.¹¹⁶³

Dienstbaarheid omvat, zo overweegt het EHRM, ‘in addition to the obligation to perform certain services for others ... the obligation for the ‘serf’ to live on another person's property and the impossibility of altering his condition’.¹¹⁶⁴ Om van dienstbaarheid te kunnen spreken, dient dus sprake te zijn van onderworpenheid. Daarbij gaat het om een toestand van dominantie over het slachtoffer op werk- en leefgebied en om een afhankelijkheid van het slachtoffer van de uitbater (bijvoorbeeld voor werk, huisvesting en/of reisdocumenten), waarin het wordt gedwongen om arbeid of diensten te verrichten en het (redelijkerwijs) gelooft dat het geen uitvoerbaar alternatief heeft voor het verrichten daarvan.¹¹⁶⁵ Van dienstbaarheid is ook sprake wanneer een kind of minderjarige door zijn ouders aan derden ter beschikking wordt gesteld teneinde te worden geëxploiteerd of om arbeid te verrichten.¹¹⁶⁶

In *Rantsev/Cyprus & Rusland* heeft het EHRM overwogen dat ook mensenhandel als zodanig onder de reikwijdte van artikel 4 EVRM valt.¹¹⁶⁷ Het bijzondere karakter van de aan de orde zijnde problematiek lijkt een belangrijke reden te zijn voor het EHRM om te oordelen dat mensenhandel binnen de werkingssfeer van de bepaling valt. Het EHRM overweegt daarover immers als volgt:

“[T]rafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership. It treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour, often for little or no payment, usually in the sex industry but also elsewhere (...). It implies close surveillance of the activities of victims, whose movements are often circumscribed (...). It involves the use of violence and threats against victims, who live and work under poor conditions (...).”¹¹⁶⁸

Voor de definitie van mensenhandel zoekt het EHRM aansluiting bij het Palermo Protocol en de ‘Anti-Trafficking Convention’ van de Raad van Europa.¹¹⁶⁹ Artikel 3(a) van het Protocol omschrijft mensenhandel als:

¹¹⁶⁰ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 116.

¹¹⁶¹ EHRM 24 oktober 2017, 57818/10 e.a. (*Tibet Mentesh e.a./Turkije*), r.o. 67.

¹¹⁶² Vgl. ook EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (*Chowdury e.a./Griekenland*), r.o. 96.

¹¹⁶³ EHRM 23 november 1983, 8919/80 (*Van der Musselle/België*), r.o. 37 en 40.

¹¹⁶⁴ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 123 onder verwijzing naar EHRM 24 juni 1982, 7906/77 (*Van Droogenbroeck/België*).

¹¹⁶⁵ Alink & Wiarda 2010, p. 222.

¹¹⁶⁶ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 125 onder verwijzing naar ‘the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery’.

¹¹⁶⁷ V. Stoyanova, ‘The Grand Chamber Judgment in S.M. v Croatia: Human Trafficking, Prostitution and the Definitional Scope of Article 4 ECHR’, strasbourgobservers.com.

¹¹⁶⁸ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 281.

¹¹⁶⁹ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 282 met verwijzing naar het Protocol van de VN inzake de preventie, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en

“the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.”

Deze definitie is overgenomen in artikel 4(a) van het Verdrag van Europa inzake de bestrijding van mensenhandel. Zij omvat vier elementen: (i) gedragingen, namelijk het werven, vervoeren, overbrengen van en het bieden van onderdak aan of het opnemen van personen, (ii) middelen, namelijk dreiging met of gebruik van geweld of andere vormen van dwang, ontvoering, fraude, misleiding/bedrog, machtsmisbruik of misbruik van een kwetsbare positie of het verstrekken of in ontvangst nemen van betalingen of voordelen teneinde de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap heeft over een andere persoon, (iii) een oogmerk van (‘for the purpose of’) en (iv) uitbuiting.

Opvallend is dat in de eerst geciteerde overweging van het EHRM geweld en bedreiging als kenmerken van mensenhandel worden genoemd. In de definitie van het Palermo Protocol en de ‘Anti-Trafficking Convention’ worden echter ook andere middelen genoemd. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat het Hof een beperktere opvatting hanteert. Het EVRM gaat minder ver dan het Protocol.

Verder roept het element ‘for the purpose of’ de vraag op of het hier om de finaliteit van een handeling gaat of om oogmerk als bijzondere vorm van opzet. Dat onderscheid is van belang omdat de finaliteit van een handeling ook objectief kan worden benaderd en oogmerk niet.¹¹⁷⁰

Ten slotte valt op dat het begrip ‘exploitation’ niet nader wordt gedefinieerd.¹¹⁷¹ Wel wordt in het Protocol een indicatie gegeven van praktijken waar bij uitbuiting aan gedacht kan worden. Het omvat *ten minste* de uitbuiting van prostitutie van anderen of andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen arbeid of diensten, slavernij of praktijken die vergelijkbaar zijn met slavernij, dienstbaarheid of de verwijdering van organen. Het betreft hier een niet-limitatieve opsomming.

3.2.2 De strafbaarstelling in Nederland vergeleken

3.2.2.1 Introductie: 273f Sr

kinderhandel dat een aanvulling op het VN-Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad was (het Palermo Protocol) en het Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel.

¹¹⁷⁰ Zie hierover De Jong 2004, p. 705.

¹¹⁷¹ Zie hierover ook Timmer, *EHRC* 2010/29, par. 5.

Moderne slavernij is strafbaar gesteld in artikel 273f Sr.¹¹⁷² De reikwijdte van deze bepaling is groot.¹¹⁷³ Hierna zal afzonderlijk op de verschillende ‘deelbepalingen’ worden ingegaan. Achtereenvolgens komen het eerste onderdeel van lid 1 (mensenhandel in Straatsburgse zin), onderdeel 4 van lid 1 (gedwongen arbeid of dienstverlening), een combinatie van de beide onderdelen (slavernij en dienstbaarheid) en onderdeel 6 (vangnet) aan bod.

3.2.2.2 Artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 1 Sr: mensenhandel in Straatsburgse zin

Op grond van artikel 273f lid 1 onderdeel 1 Sr wordt als schuldig aan mensenhandel bevonden degene ‘die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen’. Het gaat hier om mensenhandel in Straatsburgse zin. De verboden gedragingen (werven, vervoeren, overbrengen, huisvesten en opnemen met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over een ander) zijn namelijk ontleend aan het Protocol inzake mensenhandel.¹¹⁷⁴

Naast gedragingen worden in lid 1 onderdeel 1 verschillende middelen genoemd die verboden zijn.¹¹⁷⁵ Deze middelen komen (vrijwel) letterlijk overeen met de in het Protocol omschreven middelen. Daarbij wordt opgemerkt dat ‘deception’ kan worden vertaald als misleiding of als bedrog. ‘Misleiding’ is in algemene zin te verstaan als het door woord of gedrag voorspiegelen van een onware stand van

¹¹⁷² Het Wetboek van Strafrecht bevat ook een bepaling waarin het bedrijven van of het deelnemen aan slavenhandel strafbaar is gesteld (art. 274 Sr). Hoewel ook nu nog in mensen wordt gehandeld, wordt artikel 274 Sr tegenwoordig zelden of nooit toegepast. Een zoektocht op rechtspraak.nl levert geen resultaten op. Zie ook Van Sasse van Ysselt, *NJB* 2013/1542, par. 4 en Lestrade & Rijken 2014, *DD* 2014/64, par. 2. Laatstgenoemde auteurs vermelden dat bij het Bureau Nationaal Rapporteur Mensenhandel slechts één geval bekend is waarin slavenhandel als alternatief voor mensenhandel ten laste is gelegd; zie Korvinus (Nationaal Rapporteur) e.a. 2004, p. 26. Gelet op het ruime toepassingsbereik van artikel 273f Sr en de geringe praktische betekenis van artikel 274 Sr zal een verdere beschouwing van deze bepaling achterwege worden gelaten.

¹¹⁷³ De voor dit boek relevante onderdelen van deze bepaling luiden als volgt:

“1. Als schuldig aan mensenhandel wordt met gevangenisstraf (...) gestraft: 1°. degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen; (...) 4°. degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt of beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar te stellen dan wel onder de onder 1° genoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar stelt; (...)

2. Uitbuiting omvat ten minste uitbuiting van een ander in de prostitutie, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, met inbegrip van bedelarij, slavernij en met slavernij te vergelijken praktijken, dienstbaarheid en uitbuiting van strafbare activiteiten. (...)”

¹¹⁷⁴ Schaap 2017, p. 14.

¹¹⁷⁵ Zie voor een uitgebreide beschrijving van genoemde ‘ongeoorloofde’ middelen Schaap 2017, p. 14-32.

zaken, waardoor de ander over de streep wordt getrokken.¹¹⁷⁶ Onder ‘bedrog’ wordt het op arglistige wijze bij anderen opwekken van onjuiste voorstellingen, waarbij de dader doorgaans het oogmerk heeft om zich aldus een hem niet toekomend voordeel (en daarmee de bedrogene meestal een dienovereenkomstig nadeel) te verschaffen, verstaan.¹¹⁷⁷ Het op arglistige wijze bij anderen opwekken van onjuiste voorstellingen, lijkt op het eerste gezicht misleiding op te leveren. Bedrog onderscheidt zich echter van misleiding doordat dolus (opzet) is vereist. Bij bedrog is sprake van een bevoordelingsoogmerk.¹¹⁷⁸ Omdat hogere eisen worden gesteld aan het aannemen van bedrog, lijkt het niet nodig te zijn om dit middel ook afzonderlijk in lid 1 onderdeel 1 op te nemen om de delictomschrijving Protocol-*proof* te maken.

Opvallend is dat de middelen machtsmisbruik en ontvoering niet als zodanig in lid 1 onderdeel 1 zijn overgenomen. Het laatste middel lijkt te worden gedekt door de gedragingen overbrengen en vervoeren in combinatie met het middel dwang. Ontvoering kenmerkt zich namelijk door het onder dwang meenemen van iemand. Met betrekking tot machtsmisbruik kan worden opgemerkt dat in de Nederlandse strafbaarstelling wel het middel ‘misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht’ is opgenomen. Daaronder worden onder andere een aanzienlijk leeftijdsverschil en/of verschil in positie begrepen.¹¹⁷⁹ Als gevolg van deze feitelijke verhoudingen is er een mogelijkheid om dingen te laten gebeuren ‘zoals men wil’. Het middel ‘misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht’ omvat dus ook machtsmisbruik. Geconcludeerd wordt dat de in lid 1 onderdeel 1 beschreven middelen overeenkomen met de in het Protocol beschreven middelen. Daarmee wordt ook voldaan aan de (geringere) eisen die het EVRM stelt.

Verder is van belang dat er zowel naar Nederlands recht als naar internationaal recht een *oogmerk* op uitbuiting moet zijn. De wetsgeschiedenis vermeldt niets over de precieze betekenis van dit subjectieve bestanddeel.¹¹⁸⁰ Wel heeft de Hoge Raad gesteld dat oogmerk van uitbuiting ‘een ander, zwaarder opzetvereiste’ is dan voorwaardelijk opzet.¹¹⁸¹ Omdat (nog) onduidelijk is wat in het Palermo Protocol onder ‘for the purpose’ dient te worden verstaan, kan niet worden beoordeeld of deze interpretatie van de Hoge Raad EVRM-conform is. Vooralsnog zijn er geen aanwijzingen dat dat niet het geval is.

Het begrip uitbuiting staat omschreven in artikel 273f lid 2 Sr:

“uitbuiting omvat ten minste uitbuiting van een ander in de prostitutie, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, met inbegrip van bedelarij, slavernij en met slavernij te vergelijken praktijken, dienstbaarheid en uitbuiting van strafbare activiteiten.”

¹¹⁷⁶ Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 248a Sr, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2019).

¹¹⁷⁷ Fokkens, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht, titel XXV Bedrog (art. 326-339 Sr), aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2006).

¹¹⁷⁸ Van den Hout 1993, p. 46.

¹¹⁷⁹ Kool/Lestrade, in: T&C Strafrecht, art. 248a Sr, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2020).

¹¹⁸⁰ Alink & Wiarda 2010, p. 218.

¹¹⁸¹ HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), r.o. 2.5.1.

De omschrijving die wordt gegeven in het Palermo Protocol komt hier vrijwel woordelijk terug.¹¹⁸² Op sommige onderdelen is de Nederlandse omschrijving zelfs meeromvattender dan het Protocol. In lid 2 worden immers ook ‘met slavernij en dienstbaarheid te vergelijken praktijken’ genoemd. Het lijkt hier praktijken te betreffen die niet als slavernij of dienstbaarheid kunnen worden aangemerkt, maar die daarmee wel bepaalde kenmerken gemeen hebben.¹¹⁸³ Bovendien stelt het artikellid dat uitbuiting *ten minste* de daarin genoemde vormen van exploitatie omvat. Het artikellid somt de praktijken op die in ieder geval onder uitbuiting geschaard kunnen worden. De wetgever heeft het artikellid daartoe echter niet willen beperken.¹¹⁸⁴ Het is dus niet zo dat van mensenhandel slechts sprake kan zijn als de bewezenverklaarde gedragingen een schending van artikel 4 EVRM opleveren.¹¹⁸⁵ De Hoge Raad heeft dit bevestigd.¹¹⁸⁶ Al met al kan worden geconcludeerd dat de omschrijving van mensenhandel, zowel wat betreft de gedragingen, de middelen als het oogmerk van uitbuiting, overeenkomt met die van het Protocol.¹¹⁸⁷ Daarmee lijkt te zijn voldaan aan de minimumvereisten die het EVRM aan de strafbaarstelling van mensenhandel stelt. Op het punt van de uitbuiting wordt zelfs verder gegaan dan Straatsburg verlangt.

3.2.2.3 Artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 4 Sr: gedwongen arbeid of dienstverlening

Naast de activiteiten van mensenhandel is het dwingen of bewegen van een persoon met één van de onder 1° genoemde middelen om zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten (of zijn organen beschikbaar te stellen) strafbaar (eerste deel van lid 1 onderdeel 4 van art. 273f Sr). Daarnaast is het strafbaar om onder de onder 1° genoemde omstandigheden enige handeling te ondernemen waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar stelt (tweede deel van lid 1 onderdeel 4 van art. 273f Sr). Wat onder ‘dwingen’ kan worden verstaan, volgt niet uit de wet of wetsgeschiedenis. Aansluiting kan worden gezocht bij het middel dwang. Bij dit middel gaat het erom dat de dader bewerkstelligt ‘dat het slachtoffer zich beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten tegen zijn wil terwijl het slachtoffer dit als zodanig ervaart en het (relatief gezien) niet kan worden vermeden’.¹¹⁸⁸ Ook is op het eerste gezicht onduidelijk wat onder ‘bewegen’ dient te worden verstaan. De betekenis die in artikel 248a Sr aan dit begrip wordt gegeven, kan soelaas bieden.¹¹⁸⁹ In de context van deze bepaling wordt onder bewegen het ‘brengen van iemand tot iets door het aanwenden van de in het artikel opgenoemde middelen; het beïnvloeden, niet het beheersen of dwingen van iemand’ verstaan.¹¹⁹⁰ Deze vorm van wilsbeïnvloeding gaat minder ver dan dwang, maar heeft wel een zekere mate van onvrijwilligheid tot gevolg.

¹¹⁸² Alleen de ‘verwijdering van organen’ ontbreekt. Deze vorm van uitbuiting is in Nederland afzonderlijk strafbaar gesteld in artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 4.

¹¹⁸³ A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7099, par. 39.

¹¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, nr. 3, p. 18; A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7099, par. 39.

¹¹⁸⁵ A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7099, par. 43. Anders: Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeest 2006, p. 286-290.

¹¹⁸⁶ HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:529, r.o. 2.5.

¹¹⁸⁷ Lestrade & Ten Kate 2009, p. 859-860; Beijer 2010, p. 891.

¹¹⁸⁸ Schaap 2017, p. 36.

¹¹⁸⁹ Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 273f Sr, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 1 mei 2016).

¹¹⁹⁰ Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, artikel 248a Sr, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2019).

Het tweede gedeelte van onderdeel 4 (het ondernemen van enige handeling onder de in onderdeel 1 genoemde omstandigheden waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten voorzien de wet en wetsgeschiedenis) lijkt te zien op elke handeling (van welke aard dan ook) die een dader onderneemt waardoor iemand in een situatie belandt waarin hij zich beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten.¹¹⁹¹ De term ‘omstandigheden’ slaat daarbij terug op alle situaties die in onderdeel 1 worden genoemd.¹¹⁹²

Net zoals het ILO-Verdrag wordt in de Nederlandse strafbepaling uitgegaan van een zekere mate van onvrijwilligheid bij het verrichten van arbeid en/of diensten. Dwang of een andersoortige wilsbeïnvloeding staat centraal. Opvallend is dat de Nederlandse strafwet – anders dan het ILO-Verdrag – expliciet het gebruik van een middel vereist. Toch lijkt dit vanuit Straatsburgs perspectief bezien in de praktijk geen (te) grote barrière op te werpen.¹¹⁹³ Niemand verricht gedwongen of verplichte arbeid zonder daartoe gedwongen of bewogen te worden. Impliciet vereist het ILO-Verdrag daarom ook het gebruik van ongeoorloofde middelen. De middelen zijn in de Nederlandse strafwetgeving zo ruim omschreven dat er mijns inziens geen situatie denkbaar is die niet onder het toepassingsbereik van de bepaling zou vallen. Er wordt op dit punt dan ook voldaan aan de verplichting tot strafbaarstelling.

3.2.2.4 Artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 1 en 4: slavernij en dienstbaarheid

Slavernij en dienstbaarheid kunnen onder artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 1 en/of onderdeel 4 Sr worden geschaard.¹¹⁹⁴ Het verschil tussen de beide bepalingen is dat voor een bewezenverklaring op grond van artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 1 bewezen moet kunnen worden dat er sprake was van werven, vervoeren, overbrengen, huisvesten en opnemen met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over een ander. Lid 1 onderdeel 4 Sr vereist op zijn beurt dat het slachtoffer zich wel beschikbaar zou hebben gesteld tot het verrichten van arbeid en/of diensten die een uitbuitingssituatie op zouden leveren. Het EHRM heeft – zoals hiervoor reeds is beschreven – overwogen dat er bij slavernij sprake is van een eigendomsclaim. Bij dienstbaarheid is er naar zijn oordeel sprake van onderworpenheid (op werk- en leefgebied). Anders dan de Nederlandse strafbepaling omvatten deze omschrijvingen van het Hof geen opsommingen van gedragingen en middelen. De opsommingen in het Nederlandse recht lijken echter geen ‘obstakel’ te zijn.¹¹⁹⁵ Allereerst zal er, wanneer bij slavernij en dienstbaarheid sprake is van een slachtoffer dat zich beschikbaar heeft gesteld tot het verrichten van arbeid en/of diensten, zonder meer sprake zijn van ‘dwingen of bewegen’.¹¹⁹⁶ Aangenomen mag worden dat de middelen ‘misbruik uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht’ of ‘misbruik van een kwetsbare positie’ worden gebruikt. Bovendien gaan slavernij en dienstbaarheid gepaard met ‘coercion’.¹¹⁹⁷

¹¹⁹¹ Alink & Wiarda 2010, p. 225 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, nr. 3, p. 4.

¹¹⁹² *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, nr. 3, p. 18.

¹¹⁹³ Vgl. Schaap 2017, p. 123 die in het kader van een rechtsvergelijking met Engeland tot eenzelfde conclusie komt. Zie ook Lestrade 2018, p. 305-306.

¹¹⁹⁴ Schaap 2017, p. 122. Anders: Lestrade & Rijken, *DD* 2014/64, par. 4. Omdat het aanwenden van dwangmiddelen voor het laten verrichten van *arbeid of diensten* de kern is van onderdeel 4 vallen slavernij en dienstbaarheid naar hun mening buiten het bereik van artikel 273f Sr. Zij zien daarbij mijns inziens over het hoofd dat onderdeel 1 waar nodig als vangnet kan fungeren.

¹¹⁹⁵ Vgl. ook Lestrade 2018, p. 305-306.

¹¹⁹⁶ Voor kinderen is dit in Nederland conform mensenrechtelijke eisen niet vereist (op grond van artikel 273f lid 1 onderdeel 2 Sr).

¹¹⁹⁷ EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 124.

Wanneer het slachtoffer zich niet beschikbaar heeft gesteld voor het verrichten van arbeid of diensten, biedt onderdeel 1 uitkomst. Naast het gebruik van een ongeoorloofd middel is in dat geval een gedraging vereist. Zoals betoogd, zal er bij slavernij en dienstbaarheid zonder meer sprake zijn van dwang of een andersoortige beïnvloeding. Daarnaast zal er vanwege de aard van het delict sprake zijn van bijvoorbeeld huisvesten, vervoeren of opnemen van een ander. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een gedwongen huwelijk.¹¹⁹⁸ Hoewel het EHRM dus niet expliciet gedragingen en middelen vereist, blijkt uit de door het Hof gehanteerde omschrijving van slavernij en dienstbaarheid dat deze wel impliciet aanwezig zullen zijn. Ook op dit punt lijkt de Nederlandse strafwetgeving dus te voldoen.

3.2.2.5 Artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 6: vangnetfunctie

In onderdeel 6 van artikel 273f lid 1 Sr is het opzettelijk voordeel trekken uit uitbuiting strafbaar gesteld. Deze strafbaarstelling is in het leven geroepen omdat het ‘niet volstrekt zeker is of met behulp van deelnemingsconstructies in voldoende mate effectief kan worden opgetreden tegen achtergrondaders’.¹¹⁹⁹ Door het opzettelijk voordeel trekken uit uitbuiting strafbaar te stellen, zijn daders die wel profiteren van de uitbuiting, maar niet via deelnemingsgedragingen onder artikel 1 lid 1 onderdelen 1-5 kunnen worden gebracht, strafbaar. De bepaling heeft daarmee een vangnetfunctie.

De gedraging die bij onderdeel 6 centraal staat, is voordeel trekken. Wat daaronder precies dient te worden verstaan, volgt niet duidelijk uit de wetsgeschiedenis.¹²⁰⁰ Wanneer een blik op de rechtspraak wordt geworpen, lijkt voordeel trekken ruim uitgelegd te kunnen worden. Zodra er sprake is van enig daadwerkelijk profijt, kan al van voordeel trekken gesproken worden.¹²⁰¹

Met het creëren van een vangnetbepaling in artikel 273f lid 1 onderdeel 6 Sr, is de bescherming die op grond van artikel 273f Sr geboden kan worden, in belangrijke mate verruimd. Op grond van het EVRM en het Palermo Protocol behoeft het opzettelijk voordeel trekken uit uitbuiting niet strafbaar te zijn. Het Nederlandse recht kent dus meer mogelijkheden om moderne slavernij aan te pakken dan strikt genomen vereist is.

3.2.3 Rechterlijke interpretatie

3.2.3.1 Gedragingen en middelen

Met de constatering dat de strafbaarstelling als zodanig EVRM-*proof* is, zijn we er nog niet. Om een daadwerkelijke en effectieve bescherming te kunnen bieden, dienen de verschillende bestanddelen in artikel 273f Sr lid 1 onderdeel 1 Sr EVRM-conform te worden geïnterpreteerd. Wat betreft de gedragingen zal aansluiting moeten worden gezocht bij de betekenis die zij in het gewone spraakgebruik hebben.¹²⁰² Anderzijds zullen zij een inhoud moeten krijgen die in overeenstemming is met de wens om

¹¹⁹⁸ Anders Smit & Boot 2007, p. 16-17. Volgens hen ontbreekt in beginsel (het oogmerk van) uitbuiting in relatie tot arbeid of diensten. Een dergelijke relatie is op grond van onderdeel 1 echter niet vereist.

¹¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25437, nr. 3, p. 9.

¹²⁰⁰ Lindenberg 2014, p. 41.

¹²⁰¹ Schaap 2017, p. 43.

¹²⁰² Alink & Wiarda 2010, p. 215; Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 273f Sr, aant. 3.2 (online, laatst bijgewerkt op 1 mei 2016). Zie ook A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), par. 19.

mensenhandel breed aan te kunnen aanpakken. Met die strekking is onverenigbaar om de genoemde woorden beperkt en enkel letterlijk uit te leggen.¹²⁰³ Ook met betrekking tot de verschillende middelen dient de internationale achtergrond niet uit het oog wordt verloren. Over het algemeen geldt dat de middelen in de rechtspraak ruim worden uitgelegd.¹²⁰⁴ Hier lijken zich dus geen problemen voor te doen.

Ook als de gedragingen en middelen ruim worden uitgelegd kan het echter nog steeds ‘misgaan’. Vermeldenswaard in dit verband is de zaak *Chinese horeca* waarin door het Hof Den Bosch ‘aanvullende vereisten’ werden gesteld. In deze zaak ging het om een Chinees restaurant waarin illegale Chinezen waren aangetroffen. Zij maakten lange werkdagen van elf tot dertien uur, terwijl zij niet meer dan vijf vrije dagen per maand hadden en met verschillende personen in een ruimte in het pand sliepen waarin het restaurant was gevestigd. Het maandinkomen bedroeg tussen de € 450 en € 800. Tegen die achtergrond heeft het Hof Den Bosch de verdachten bij arrest van 30 januari 2008 vrijgesproken. Daarbij werd door het Hof overwogen dat de Chinezen weliswaar door hun illegale verblijf in Nederland in een kwetsbare of zwakke positie verkeerden, maar dat het ging om mensen die zelf de beslissing hadden genomen naar Nederland te gaan om geld te verdienen, die zichzelf hadden gewend tot het restaurant met het verzoek om werk dan wel eten en onderdak, geen geldschuld of andere verplichtingen aan iemand in het restaurant hadden en wie het vrij stond op ieder moment te vertrekken, terwijl sommigen van hen tevoren reeds op één of meerdere andere plaatsen hadden gewerkt. Onder die omstandigheden kon naar het oordeel van het hof niet worden gezegd dat verdachte bij het huisvesten of opnemen van de Chinezen doelbewust misbruik had gemaakt van het uit feitelijke verhoudingen voortvloeiende overwicht of van hun zwakkere/kwetsbare positie, temeer nu van verdachte geen initiatief of actief handelen was uitgegaan, bijvoorbeeld door hen te benaderen of te overreden in het restaurant te komen werken.¹²⁰⁵

Vanuit EVRM-perspectief bezien zijn de overwegingen van het Hof problematisch. Door te eisen dat *doelbewust* misbruik moet zijn gemaakt van de kwetsbare positie en voor het bewijs van het misbruik een verdergaand initiatief en actief handelen van de verdachte te vereisen dan tot uitdrukking komt in de zowel in de wet als het Palermo Protocol gebezigde termen als ‘werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt’, heeft het Hof te strenge eisen gesteld. De Hoge Raad heeft dan ook het arrest niet in stand gelaten.¹²⁰⁶ Alhoewel de door het Hof uiteengezette lijn inmiddels dus achterhaald is, laat dit voorbeeld wel zien dat het belangrijk is dat de delictsomschrijving ook daadwerkelijk *Straatsburg-proof* wordt uitgelegd.

Vanuit Straatsburgse bril bezien, is ook opvallend dat in *Chinese horeca* door het Hof de omstandigheid dat het slachtoffer zelf aangeeft dat het werken zijn ‘eigen initiatief’ is een rol speelt bij de beoordeling of misbruik van een kwetsbare positie kan worden bewezen.¹²⁰⁷ Daarbij kan worden gewezen op artikel 3, onderdeel b, van het Protocol waarin is bepaald dat de instemming van het slachtoffer van mensenhandel met de beoogde of bestaande uitbuiting niet relevant is, indien één van de dwangmiddelen is gebruikt. Met annotator Buruma ben ik van mening dat het op grond van deze bepaling echter niet is verboden om – in een eerdere fase – een beroep op toestemming te doen ten

¹²⁰³ Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 273f Sr, aant. 3.2 (online, laatst bijgewerkt op 1 mei 2016).

¹²⁰⁴ Lestrade & Rijken 2014, *DD* 2014/64, par. 4; Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2015, p. 263.

¹²⁰⁵ Hof Den Bosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3000 (*Chinese horeca*).

¹²⁰⁶ HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), r.o. 2.5.2.

¹²⁰⁷ Hof Den Bosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3000 (*Chinese horeca*).

aanzien van het bewijs van de gebruikte middelen. Het is alleen niet toegestaan om een beroep op toestemming ten aanzien van de uitbuiting te doen.¹²⁰⁸ Van strijdigheid met het Protocol (en het EVRM) is dus geen sprake.¹²⁰⁹

3.2.3.2 Uitbuiting

Ook voor het vierde element – uitbuiting – is *Chinese horeca* relevant. De Hoge Raad heeft in deze zaak ten aanzien van uitbuiting in artikel 273f Sr als volgt overwogen:

“De vraag of - en zo ja, wanneer - sprake is van 'uitbuiting' in de zin van de onderhavige bepaling, is niet in algemene termen te beantwoorden, maar is sterk verweven met de omstandigheden van het geval. Bij de beantwoording van die vraag komt in een geval als het onderhavige onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt, en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald. Bij de weging van deze en andere relevante factoren dienen de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader te worden gehanteerd.”¹²¹⁰

Relevante factoren die gewogen moeten worden, zijn in ieder geval de aard van de werkzaamheden, de duur van de tewerkstelling, de beperkingen die de tewerkstelling met zich brengt en het economisch voordeel voor de tewerksteller. Wat minimaal bewezen dient te worden, zijn de omstandigheden waardoor kan worden verondersteld dat uitbuiting heeft plaatsgevonden.¹²¹¹ In een later arrest overweegt de Hoge Raad dat hierbij in geval van minderjarige slachtoffers geldt dat de beoordeling van dergelijke factoren tot een andere uitkomst kan leiden dan in het geval het slachtoffer meerderjarig is.¹²¹² Naast de eerdergenoemde factoren speelt dus ook nog de leeftijd van het slachtoffer een rol.

Door de vergelijking die de Hoge Raad aanlegt met de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven wordt uitbuiting een relatief begrip. Deze benadering wijkt af van de invulling die het EHRM heeft gegeven aan de begrippen gedwongen arbeid, slavernij en dienstbaarheid. Deze begrippen worden door het EHRM namelijk absoluut ingevuld. Termen als macht, dwang en onvrijheid staan daarbij centraal. Deze benadering van het Hof sluit goed aan bij het absolute karakter van artikel 4 EVRM. Door uitbuiting als een ‘relatief’ begrip op te vatten en te definiëren in termen die een vergelijking van arbeidsvoorwaarden meebrengen, wordt daarentegen de mogelijkheid geboden om uitbuiting dusdanig te interpreteren dat het meer omvat dan schendingen van artikel 4 EVRM alleen.¹²¹³ De Nederlandse rechter heeft dus de mogelijkheid om verder te gaan. Problematisch wordt dit echter

¹²⁰⁸ Buruma, *NJ* 2010/598, par. 3.

¹²⁰⁹ A-G Knigge is van opvatting dat door misbruik van een kwetsbare positie te ontkennen op grond van het feit dat de slachtoffers zich vrijwillig meldden, de strafbaarstelling nog in verdere mate wordt ontkracht dan het geval is bij de uitholling waartegen artikel 3 sub b van het Palermo Protocol beoogt te waken. Hij vraagt zich af of wel van vrije wil gesproken kon worden. A-G Knigge, conclusie bij HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), par. 25.

¹²¹⁰ HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), r.o. 2.6.1. Vgl. ook HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:492, r.o. 2.4.

¹²¹¹ Van Kempen, *NJ* 2016/315, par. 4.

¹²¹² HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309 (*Laten invoeren hasj*), r.o. 4.4.2.

¹²¹³ Vgl. A-G Knigge, conclusie bij HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), par. 48.

wanneer de Nederlandse rechter minder ver zou gaan. In dat geval wordt niet EVRM-conform gehandeld.

In de Nederlandse rechtspraak lijkt daadwerkelijk verder gegaan te worden dan strikt genomen vereist is op grond van artikel 4 EVRM. Buruma spreekt in dit verband over de eigen ‘vrome’ uitleg van het begrip uitbuiting.¹²¹⁴ Hij signaleert dat het EHRM bij de interpretatie van mensenhandel dicht tegen de min of meer fysieke context van wat traditioneel onder slavernij wordt verstaan, blijft zitten. Buruma wijst daarbij op de hiervoor in paragraaf 3.2.1 geciteerde overweging in de zaak *Rantsev/Cyprus & Rusland* waarin geweld en bedreiging als kenmerken van mensenhandel worden genoemd. Te betwijfelen valt of het feitencomplex in *Chinese horeca* als een uitbuitingssituatie in de zin van artikel 4 EVRM kan worden aangemerkt. Het betreft hier een zaak van een andere orde dan de zaken die tot nu toe in Straatsburg zijn beland. In *Chinese horeca* ging het – in de woorden van Buruma – om ondernemende mensen ‘die welbewust een kans willen grijpen in een land dat ervoor heeft gekozen illegalen elke mogelijkheid tot normaal werk te ontzeggen’. In China werd op dat moment driemaal zo weinig verdiend als de ‘slachtoffers’ in Nederland bij hun ‘uitbuiters’ verdienden. Alhoewel ze een zwaar leven hebben, zijn de Chinezen volgens hem in elk geval geen ‘handelswaar’.¹²¹⁵ Er lijkt binnen Nederland met andere woorden een ruimere uitleg te worden gegeven aan het begrip uitbuiting dan op grond van het EVRM wordt gedaan. Ook op dit punt wordt dus voldaan aan de minimumvereisten die het EVRM stelt.

3.2.3.3 Restrictieve benadering van gedwongen arbeid of dienstverlening

In de literatuur is gewaarschuwd voor de potentieel ruime reikwijdte van artikel 273f lid 1 onderdeel 4 in het geval arbeid of diensten zijn verricht buiten de seksindustrie. Zo merkt Machielse bijvoorbeeld op dat ook iemand die door fraude en misleiding ertoe aanzet asperges te gaan steken of huishoudelijk werk te verrichten, strafbaar aan mensenhandel is. Volgens hem gaat dat wel heel ver.¹²¹⁶ Ook Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet voorzagen een al te brede inzet van het artikel. Volgens hen moest worden voorkomen dat ‘mensenhandel’ uitsluitend grammaticaal zou worden uitgelegd. Zij zijn voorstander van een teleologische uitleg waardoor de strafrechtelijke aansprakelijkheid zich zou beperken tot excessieve (arbeids)situaties.¹²¹⁷ Ten slotte wijzen ook Lestrade & Rijken op de extreme reikwijdte van sub 4.¹²¹⁸

Daarmee samenhangend bestond in de rechtspraak lange tijd geen eenduidigheid over de wijze waarop artikel 273 lid 1 onder 4 Sr moet worden uitgelegd.¹²¹⁹ Discussiepunt was de vraag of genoemde bepaling restrictief of extensief zou moeten worden geïnterpreteerd. Bij een extensieve benadering volstaat dat de bestanddelen van de delictomschrijving zijn vervuld. Bij een restrictieve interpretatie is meer vereist voor een bewezenverklaring. Naast de vervulling van de bestanddelen dient nog apart

¹²¹⁴ Buruma, *NJ* 2010/598, par. 5. Dat is niet altijd zo geweest. Zie hierover: Lestrade & Ten Kate 2009, p. 860 e.v.; Alink & Wiarda 2010, p. 231.

¹²¹⁵ Buruma, *NJ* 2010/598, par. 5.

¹²¹⁶ Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 273f Sr, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 1 mei 2016).

¹²¹⁷ Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet 2006, p. 286-290.

¹²¹⁸ Lestrade & Rijken 2014, *DD* 2014/64, par. 4.

¹²¹⁹ Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48, par. 2; Lestrade & Rijken 2014, *DD* 2014/64, par. 1; Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2015, p. 262-267; Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 273f Sr, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 1 mei 2016).

vastgesteld te worden dat sprake is van uitbuiting. In dat geval wordt dus een (impliciet) bestanddeel in de delictsomschrijving ingelezen.

Inmiddels heeft de Hoge Raad zich hierover uitgelaten. Hij hanteert een restrictieve benadering. Daarbij komt, gelet op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in *Chinese horeca*, onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald. Hierbij geldt in geval van minderjarige slachtoffers dat de beoordeling van dergelijke factoren tot een andere uitkomst kan leiden dan in het geval het slachtoffer meerderjarig is.¹²²⁰ Deze benadering heeft erin geresulteerd dat de reikwijdte van onderdeel 4 is ingeperkt.¹²²¹ Omdat het begrip uitbuiting, zoals hiervoor is gebleken, op een ruime wijze wordt uitgelegd door de Nederlandse rechter, lijkt deze restrictieve benadering vanuit EVRM-perspectief bezien echter (nog steeds) door de beugel te kunnen.

3.3 Casus 2: Zedendelicten

3.3.1 Verplichting tot strafbaarstelling

3.3.1.1 Verkrachting

Strafbaarstelling is op grond van het EHRM vereist wanneer het om verkrachting gaat. Uit *M.C./Bulgarije* volgt dat staten een positieve verplichting hebben ‘to enact criminal-law provisions effectively punishing rape’.¹²²² Hoewel het in deze zaak om een minderjarige klagster ging, brengt het EHRM naar voren dat op grond van zowel artikel 3 als 8 EVRM een (algemene) verplichting tot strafbaarstelling van verkrachting bestaat. Het gaat immers, in het bijzonder bij seksueel misbruik van kinderen en andere kwetsbare personen, om de fysieke en morele integriteit van burgers. Er staan ‘fundamental values and essential aspects of private life’ op het spel.¹²²³

Het EHRM laat het niet bij een algemene verplichting tot strafbaarstelling van verkrachting. Het gaat ook in op de concrete invulling die door de verdragsstaten aan het verkrachtingsbegrip moet worden gegeven. Het kader is hier minder strak omljnd dan bij mensenhandel. Bij de uitwerking van het begrip wordt rekening gehouden met verschillende internationale instrumenten en ontwikkelingen in de verdragsstaten. Daaruit komt een tweetal aspecten naar voren. Allereerst stelt het EHRM de non-consensualiteit van het slachtoffer voorop. Daarbij sluit het Hof aan bij de rechtspraak van het Joegoslavië Tribunaal. Verkrachting kan naar het oordeel van dit tribunaal worden gedefinieerd als ‘any sexual penetration without the victim’s consent’. Die instemming ‘must be given voluntarily, as a result of the person’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances’.¹²²⁴ Ook het Comité

¹²²⁰ HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554 (*Afsluiten van telefoonabonnementen*), r.o. 2.4.1-2.4.4. De Hoge Raad volgt niet de door Esser & Dettmeijer-Vermeulen voorgestelde benadering van de kwalificatieuitsluitingsgrond. Zij stelden deze benadering voor omdat zij ‘de kunstgreep’ van het inlezen van een extra bestanddeel door de rechter bezwaarlijk achtten. Vgl. Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48, par. 4.

¹²²¹ Zo is het laten afsluiten van telefoonabonnementen dan ook niet zonder meer aan te merken als arbeid of dienst tot het verrichten waarvan iemand wordt gedwongen of bewogen zich beschikbaar te stellen. HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554 (*Afsluiten van telefoonabonnementen*), r.o. 2.5.2.

¹²²² EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 153. Zie ook EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 57 en 59; EHRM 24 mei 2016, 36934/08 (*I.C./Roemenië*), r.o. 52.

¹²²³ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 150. Zie ook EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 148.

¹²²⁴ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 163.

van Ministers van de Raad van Europe beveelt aan om ‘non-consensual sexual acts’ strafbaar te stellen.¹²²⁵ Hoe het begrip ‘non-consensual’ daarbij afgebakend moet worden, is niet duidelijk. Gaat het om besefte onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer, of is een dergelijk bewustzijn van de gedwongene niet vereist? Uit de rechtspraak van het Hof volgt alleen dat de toestemming uit vrije wil moet zijn gegeven. Of daarvan sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.

In de rechtspraak van het EHRM komen daarnaast (potentieel) beperkende bestanddelen aan de orde die een risico inhouden dat bepaalde vormen van verkrachting onbestraft blijven zodat de seksuele autonomie van het individu niet effectief wordt beschermd.¹²²⁶ Het EHRM signaleert een trend in Europa ‘towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations of the law in this area’.¹²²⁷ Meer specifiek komt een tweetal bestanddelen aan de orde: fysieke weerstand en fysieke kracht. Het vereiste dat het slachtoffer fysieke weerstand heeft geboden om verkrachting aan te kunnen nemen, kan naar het oordeel van het Hof niet door de beugel.¹²²⁸ Daarbij baseert het EHRM zich in de zaak *M.C./Bulgarije* op verschillende bronnen. Allereerst volgt uit rechtsvergelijkend onderzoek dat dit vereiste in diverse landen uit strafbaarstellingen van verkrachting is verdwenen.¹²²⁹ Het EHRM wijst daarnaast op de reeds eerder aangehaalde aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europe waarin de lidstaten werden opgeroepen om ‘non-consensual sexual acts’ strafbaar te stellen ‘[including] in cases where the victim does not show signs of resistance’.¹²³⁰ Ten slotte verwijst het Hof ook naar hetgeen door Interights is aangevoerd. Genoemde interveniënt heeft erop gewezen dat uit deskundigenrapportages naar voren is gekomen dat slachtoffers zich door verschillende psychologische factoren en/of uit angst voor geweld vaak niet tegen seksueel misbruik verzetten. Bovendien weerspiegelt de ontwikkeling van wetgeving en praktijk op het gebied van verkrachting de evolutie van de samenleving in de richting van daadwerkelijke gelijkheid en respect voor seksuele autonomie van elk individu, zo overweegt het EHRM.¹²³¹

Met betrekking tot het vereiste van fysieke kracht overweegt het EHRM dat sommige strafbaarstellingen – anders dan bij fysieke weerstand – nog wel melding maken van geweld of bedreiging met geweld door de dader. Uit de rechtspraak of doctrine in de desbetreffende staten volgt echter dat alleen de afwezigheid van instemming – en dus niet (bedreiging met) geweld – een constitutief vereiste is. Ongeacht de specifieke formulering die door de wetgever is gekozen, wordt de vervolging van niet-vrijwillige seksuele handelingen in een aantal landen in de praktijk gezocht door middel van interpretatie van de delictsbestanddelen (‘coercion’, ‘violence’, ‘duress’, ‘threat’, ‘ruse’, ‘surprise’ etc.) en door middel van een ‘context-sensitive assessment of the evidence’.¹²³² Beslissend lijkt dus te zijn welke betekenis wordt gegeven aan wettelijke termen als ‘force’ of ‘threats’. Het gaat er naar het oordeel van het EHRM omdat deze termen op een dusdanige wijze worden geïnterpreteerd dat zij ruimte laten voor de bescherming tegen verkrachting. In sommige rechtsstelsels wordt ‘force’ bijvoorbeeld aangenomen ‘by the very fact that the perpetrator proceeded with a sexual act without the

¹²²⁵ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 162.

¹²²⁶ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 166.

¹²²⁷ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 156.

¹²²⁸ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 157, 162, 164-165, 170; EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 59-63.

¹²²⁹ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 157.

¹²³⁰ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 162.

¹²³¹ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 164-165.

¹²³² EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 161.

victim's consent or because he held her body and manipulated it in order to perform a sexual act without consent'.¹²³³

Omdat het Hof onvoldoende zicht heeft kunnen krijgen op de rechtspraak in Bulgarije, kan het in *M.C./Bulgarije* geen 'conclusive answers' geven op de vraag of de Bulgaarse wetgeving voldoet aan de eisen die het EVRM stelt. Het EHRM volstaat met de overweging dat de bewering van verzoekster dat sprake zou zijn van een 'restrictive practice' is gebaseerd op redelijke argumenten en niet is weerlegd door de regering.¹²³⁴ Het ligt voor de hand dat deze overweging heeft bijgedragen aan het eindoordeel dat sprake is van een schending van artikel 3 en 8 EVRM.

In de latere zaak *M.G.C./Roemenië*, waarin het wederom om het seksueel misbruik van een minderjarige ging, kon het EHRM wel beoordelen of de wetgeving aan de vereisten voldeed. Het betreft hier een voorbeeld van een situatie waarin (de nationale rechterlijke interpretatie van) een delictsbestanddeel in de weg staat aan de effectieve bescherming van slachtoffers van verkrachting. Uit de overwegingen van het Hof volgt dat verkrachting strafbaar is gesteld in artikel 197 van het Roemeense Wetboek van Strafrecht. Onder verkrachting wordt het volgende verstaan:

"Sexual intercourse of any kind, with a person of a different sex or of the same sex, by constraint or by taking advantage of the victim's lack of capacity to express [his/her] will"¹²³⁵

Het Hof overweegt met betrekking tot de strafbaarstelling allereerst dat deze niet significant verschilt van hetgeen in de andere verdragsstaten is bepaald.¹²³⁶ Van doorslaggevend belang is dus de betekenis die onder andere aan het bestanddeel 'constraint' wordt gegeven.¹²³⁷ Het EHRM leidt uit de door partijen ingestuurde voorbeelden van 'case-law' af dat de rechterlijke instanties in Roemenië de vraag of het slachtoffer instemde met de geslachtsgemeenschap beantwoorden 'on a case-by-case basis'. Het EHRM acht het van belang dat het in de meerderheid van de gevallen om geweld ging.¹²³⁸ Kennelijk vindt het Hof het 'verdacht' dat veel zaken betrekking hebben op geweld. Dat kan worden gezien als een aanwijzing dat het merendeel van de gevallen waarin weinig of geen fysieke kracht en weerstand werd vastgesteld, niet werd vervolgd.¹²³⁹ De gangbare uitleg en toepassing van het bestanddeel 'constraint' zou wel eens bepalend kunnen zijn geweest voor wat er onderzocht (en bewezen) werd in het geheel van de onderzoekshandelingen, vaststellingen en beslissingen. Dat is naar het oordeel van het EHRM problematisch.

¹²³³ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 171.

¹²³⁴ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 170-174. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 24 juli 2012, 42418/10 (*D.J./Kroatië*), r.o. 46, 71 en 87. In deze zaak gaat het EHRM alleen kort in op het verweer van klagster dat sprake zou zijn van een gebrekkige strafbaarstelling van verkrachting. Het overweegt dat 'rape is a criminal offence under the Criminal Code and includes not only forced sexual intercourse but other sexual acts as well'. Of de uitleg van de bestanddelen van de strafbepaling is onderzocht, volgt niet uit de uitspraak.

¹²³⁵ EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 30.

¹²³⁶ EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 63.

¹²³⁷ Ook van belang is de betekenis die aan het bestanddeel 'the victim's lack of capacity to express [his/her] will' wordt gegeven in zaken waarin het slachtoffer jonger dan vijftien is, 'the legal age of consent to sexual intercourse'. Zie hierover de paragraaf over de 'kind-specifieke benadering'.

¹²³⁸ EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 65.

¹²³⁹ Dat lijkt ook aan de orde te zijn in *M.C./Bulgarije*. Zie EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 173.

3.3.1.2 Andere ‘non-consensual sexual acts’

Naast verkrachting lijken ook andere non-consensuele¹²⁴⁰ seksuele gedragingen strafbaar te moeten worden gesteld.¹²⁴¹ Dat kan worden afgeleid uit de volgende overwegingen van het EHRM in de zaak *M.C./Bulgarije*:

“In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.”¹²⁴²

Om welke gedragingen het hierbij gaat, volgt niet uit de rechtspraak van het Hof. Wel is het mijns inziens van belang om hierbij voor ogen te houden dat alleen ernstige feiten binnen het toepassingsbereik van artikel 3 en/of artikel 8 EVRM vallen. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt immers dat om een schending van artikel 3 EVRM te kunnen aannemen, deze van enige betekenis moet zijn. Er wordt een ‘minimum level of severity’ geëist. Deze drempel wordt volgens het EHRM zonder meer behaald waar het gaat om (meervoudige) verkrachting. In welke situaties ongewenste seksuele gedragingen anders dan verkrachting nog meer onder het toepassingsbereik van artikel 3 EVRM vallen, is niet bekend.

Om op grond van artikel 8 EVRM een positieve verplichting tot strafbaarstelling aan te kunnen nemen, dient sprake te zijn van ‘fundamental values and essential aspects of private life’. Daarbij gaat het om ‘grave acts’¹²⁴³, ‘serious acts’¹²⁴⁴ en/of ‘grave types of interference’.¹²⁴⁵ Het lijkt dus aannemelijk dat alleen non-consensuele seksuele handelingen die een zware/ernstige inbreuk maken op artikel 8 EVRM strafbaar gesteld dienen te worden. Of bijvoorbeeld het enkel onvrijwillig seksueel betasten van volwassenen ook onder het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM valt, is nog maar de vraag. Dergelijke zaken hebben nog niet voorgelegen bij het EHRM.

3.3.1.3 (Risico op) seksueel misbruik van kinderen en andere kwetsbare personen

Zoals hiervoor al kort aangestipt, genieten kinderen en andere kwetsbare groepen¹²⁴⁶ op grond van het EVRM in het bijzonder bescherming.¹²⁴⁷ Wanneer het om kwetsbare personen gaat, dienen ‘all forms

¹²⁴⁰ Zie over dit begrip § 3.3.1.1.

¹²⁴¹ Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 225.

¹²⁴² EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 166. Zie ook EHRM 15 maart 2016, 61495/11, r.o. 59 (*M.G.C./Roemenië*); EHRM 24 mei 2016, 36934/08 (*I.C./Roemenië*), r.o. 52.

¹²⁴³ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 150; EHRM 27 september 2011, 29032/04 (*M. & C./Roemenië*), r.o. 108.

¹²⁴⁴ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 82.

¹²⁴⁵ EHRM 22 oktober 1996, 22083/93, 22095/93 (*Stubbings e.a./VK*), r.o. 64; EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 46.

¹²⁴⁶ Welke personen het EHRM hier voor ogen heeft, volgt niet uit de rechtspraak. Waarschijnlijk gaat het onder meer om personen met een gebrekkige geestelijke ontwikkeling.

¹²⁴⁷ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 150; EHRM 20 maart 2012, 26692/05 (*C.A.S. & C.S./Roemenië*), r.o. 71; EHRM 3 oktober 2017, 23022/13 (*D.M.D./Roemenië*), r.o. 41.

of sexual abuse' strafbaar te zijn.¹²⁴⁸ In de zaak *Söderman/Zweden* verwijst het EHRM specifiek naar internationale instrumenten waaruit met betrekking tot kinderen een dergelijke verplichting tot strafbaarstelling voortvloeit. Het betreft de artikelen 19 en 34 van 'the United Nations Convention on the Rights of the Child' en hoofdstuk 6 over 'substantive criminal law' van de 'Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse'.¹²⁴⁹ Anders dan bij mensenhandel (§ 3.2), gaat het EHRM niet in diepte in op genoemde bepalingen. Wat het EHRM precies onder seksueel misbruik verstaat, volgt niet uit de rechtspraak. Vallen alle zedendelicten hieronder? Of is het begrip seksueel misbruik beperkter dan dat?

Het blijkt in ieder geval te gaan om ongewenst fysiek contact. Een voorbeeld van een zaak waarin het argument van de regering dat de slachtoffers een civiele procedure hadden kunnen starten, van tafel werd geveegd, is *A, B & C/Letland*.¹²⁵⁰ In dat geval ging het om coach O.B. die zijn pupillen onder meer vroeg om na het sporten naakt naar de sauna te gaan en hen aldaar masseerde 'involving the lifting up of one or both legs'. Een van de klaagsters gaf aan dat hij haar daarbij tussen haar benen betastte.¹²⁵¹ Het betreft hier naar het oordeel van het Hof 'intimate aspects' van het privéleven van klaagsters. Het EHRM hecht waarde aan het feit dat 'the incidents took place in the context of a relationship of trust and authority resulting from O.B.'s position as an educator with respect to the applicants, who were vulnerable persons due to their young age'.¹²⁵²

Ook zaken waarin weliswaar geen sprake is van seksueel misbruik, maar die wel binnen de sfeer van artikel 8 EVRM vallen en een bedreiging voor 'the physical and mental welfare' van een minderjarige vormen, dienen naar het oordeel van het EHRM via het strafrecht te worden afgedaan.¹²⁵³ Een voorbeeld van een zaak waarin het hierom ging om een bedreiging van het lichamelijk en geestelijk welzijn van een minderjarige, is de eerder in hoofdstuk 2, paragraaf 8.3.2 beschreven zaak *K.U./Finland*. Deze zaak betrof iemand die op een datingsite de identiteit had aangenomen van een twaalfjarige jongen en onder zijn naam een seksadvertentie had geplaatst. Hierdoor werd de jongen doelwit voor pedofielen. Daarmee staat naar het oordeel van het Hof het recht op bescherming van het privéleven (in de zin van fysieke en mentale integriteit) op het spel.¹²⁵⁴ Strafbaarstelling is in dat geval vereist. Een strafbaarstelling was ten tijde van de laakbare gedragingen ook voorhanden: 'malicious misrepresentation' was strafbaar gesteld in Finland.¹²⁵⁵ Met deze strafbepaling neemt het EHRM genoegen.

K.U./Finland gaat verder dan de eerdere uitspraken. In deze zaak ging het niet om een seksueel misdrijf als dusdanig, maar om het misdrijf 'malicious misrepresentation' dat een risico creëerde op het aantasten van de fysieke en morele integriteit door derden.¹²⁵⁶ De ratio van de strafbaarstelling lijkt in dat geval te zijn gelegen in de bescherming tegen gedrag dat kinderen aanmoedigt of verleidt om deel te nemen aan seksuele gedragingen en gedragingen die deel kunnen gaan uitmaken van een subcultuur van seksueel misbruik van kinderen.

¹²⁴⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 22 oktober 1996, 22083/93; 22095/93 (*Stubbings e.a./VK*), r.o. 64 en EHRM 4 januari 2007, 18727/06 (*Szula/VK*), r.o. 1.

¹²⁴⁹ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 82.

¹²⁵⁰ EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 163.

¹²⁵¹ EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 159-162.

¹²⁵² EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 161.

¹²⁵³ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 84.

¹²⁵⁴ EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 41.

¹²⁵⁵ EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 16 en 46.

¹²⁵⁶ Brems, *EHRC* 2009/24.

3.3.1.4 Kind-specifieke benadering

Naast bepaalde (interpretaties van) strafbaarstellingen wordt door het EHRM ook een ‘context-sensitive assessment’ van de verdragsstaten verlangd. Bij minderjarige slachtoffers betekent dit dat rechters voldoende oog dienen te hebben voor hun kwetsbaarheid en de bijzondere psychologische factoren die een rol spelen bij seksueel misbruik.¹²⁵⁷ Deze kind-specifieke benadering komt nadrukkelijk aan de orde in de hiervoor reeds beschreven zaak *M.G.C./Roemenië*. In deze zaak ging het om het seksueel misbruik van een elfjarig meisje. Naast verkrachting was ook ‘sexual intercourse of any kind, with a person of a different sex or of the same sex, who is under 15’ in het Roemeense Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld. Daarbij is het van belang om te vermelden dat in de Roemeense wetgeving is bepaald dat minderjarigen jonger dan 14 jaar oud geen ‘capacity of exercise’ hebben. Dat wil zeggen dat zij niet in staat zijn ‘to exercise his/her rights and to undertake obligations’.¹²⁵⁸

De rechterlijke instanties in Roemenië hebben naar het oordeel van het EHRM moeite om een ‘child-sensitive approach in the assessment of the facts of the cases before them’ aan te nemen. Naast het feit dat er slechts in 50% van de gevallen een deskundige werd ingeschakeld om te beoordelen of het slachtoffer überhaupt in staat was ‘to give valid consent’,¹²⁵⁹ acht het Hof van belang dat in een groot aantal van de door partijen voorgelegde uitspraken de ‘consent’ van het slachtoffer is afgeleid uit feiten ‘more akin to child-specific reactions to trauma’ zoals het feit dat de slachtoffers hun ouders niet over de gebeurtenissen vertelden of niet om hulp schreeuwden. In zeer weinig van de voorgelegde gevallen – 4 op een totaal van 32 – heeft de rechter geoordeeld dat de slachtoffers ‘could not have expressed a valid consent’ vanwege de zeer jonge leeftijd variërend van zes tot twaalf jaar oud. Het EHRM oordeelt ten slotte dat ‘it cannot be concluded that a settled and consistent practice had been developed by the national courts in order to clearly differentiate between cases of rape and those of sexual intercourse with a minor’.¹²⁶⁰

De ervaringsregels die de Roemeense rechters gebruiken bij het bewijs van verkrachting blijken niet te zijn gestoeld op enig (wetenschappelijk) onderzoek. Dat kan naar het oordeel van het EHRM niet door de beugel. Genoemde ervaringsregels leiden (ten onrechte) tot een voor de slachtoffers negatieve uitkomst. Daarnaast lijkt het EHRM te impliceren dat bij zeer jonge kinderen de onvrijwilligheid in de context van verkrachting al snel moet worden aangenomen. Dat werd ‘slechts’ in vier gevallen gedaan door een rechtsvermoeden te hanteren dat ‘de beslissing’ om geslachtsgemeenschap te hebben, onvrijwillig tot stand is gekomen.

3.3.1.5 Opzettelijk of niet?

Uit de hiervoor beschreven uitspraken volgt niet duidelijk of de verplichting tot strafbaarstelling enkel geldt wanneer de dader opzettelijk tegen de wil van het slachtoffer heeft gehandeld of dat deze ook aan de orde is indien sprake is van culpoos handelen. Dienen onvrijwillig ondergane seksuele handelingen zonder dat de dader opzettelijk tegen de wil van de ander handelt, ook strafbaar te worden gesteld? Uit

¹²⁵⁷ Bij de opsporing en vervolging wordt ook een ‘context-sensitive assessment’ verlangd. Zie hierover § 5.3.6.

¹²⁵⁸ EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 31.

¹²⁵⁹ Het betreft een onderzoekshandeling.

¹²⁶⁰ EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 65.

de rechtspraak die in hoofdstuk 2 is beschreven, volgt dat het EHRM in het kader van artikel 2 en 3 EVRM heeft overwogen dat schendingen van deze bepalingen die opzettelijk zijn gepleegd in de regel strafrechtelijk gesanctioneerd moeten worden. Als niet-opzettelijk is gehandeld, behoeft het strafrecht niet in alle gevallen te worden ingezet.¹²⁶¹ Slechts bij uitzondering is de inzet van het strafrechtelijk instrumentarium in dat geval vereist.¹²⁶² Het is dus de vraag of het hier om zo'n uitzonderlijk geval gaat waarin strafbaarstelling van culpoze gedragingen wél vereist is.

In dit verband kan worden gewezen op de uitspraak in *A, B & C/Letland*. In deze zaak liep het strafrechtelijke onderzoek naar ontucht stuk op het ontbreken van bewijs van een 'sexual purpose' van de dader. Het EHRM valt hier niet over.¹²⁶³ Daarnaast valt op dat het EHRM de 'Explanatory Report to the Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse' citeert. Daaruit volgt dat seksueel misbruik van kinderen 'has to be committed intentionally'.¹²⁶⁴ Hieruit lijkt te volgen dat de plicht om het strafrecht in stelling te brengen alleen bestaat in geval van opzettelijk handelen.¹²⁶⁵

3.3.1.6 De grens: minder ernstige gedragingen die mogelijk de geestelijke integriteit schenden

Niet in alle gevallen is op grond van het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit de inzet van het strafrecht vereist. In de in hoofdstuk 2, paragraaf 8.3.3 beschreven zaak *Söderman/Zweden* volstaat een civielrechtelijke actie. In deze zaak ging het om een stiefvader die zijn minderjarige stiefdochter heimelijk in de badkamer zou hebben gefilmd. Het EHRM overweegt dat het heimelijk filmen inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke integriteit van klaagster. Daarbij vestigt het hof de aandacht op het feit dat zij minderjarig was, dat zij zich thuis bevond waar zij zich veilig kon wanen en dat de dader haar stiefvader was, iemand die zij zou moeten kunnen vertrouwen. Het heimelijk filmen 'affected the applicant in highly intimate aspects of her private life'. Aan de andere kant was geen sprake van 'physical violence, abuse or contact'.¹²⁶⁶ In die zin is sprake van minder ernstige gedragingen. Hier staan weliswaar 'highly intimate aspects of (...) private life' op het spel, maar kan niet worden gesproken van 'fundamental values en essential aspects of private life'.¹²⁶⁷ Het hof is van oordeel dat het strafrecht in dat geval 'not necessarily the only way [is] that the respondent State could fulfil its obligations under Article 8 of the Convention'.¹²⁶⁸ Een civielrechtelijke actie kan voldoende bescherming bieden.¹²⁶⁹

Ook in *A, B & C/Letland* komen, naast de hiervoor beschreven incidenten in de sauna, 'minder ernstige gedragingen' aan de orde. Het gaat daarbij onder meer om een coach die regelmatig de kleedkamer binnen zou zijn gekomen terwijl klaagsters ontkleed waren. Hij masseerde hen en zou daarbij hun intieme lichaamsdelen hebben aangeraakt.¹²⁷⁰

¹²⁶¹ Vgl. ook Tulkens 2011, p. 589 die stelt dat het strafrecht is vereist bij 'intentional offences against the right to life, physical integrity or sexual integrity'.

¹²⁶² Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 93.

¹²⁶³ EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 167.

¹²⁶⁴ EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 113.

¹²⁶⁵ Lindenberg, *EHRC* 2016/175. Vgl. ook Lindenberg 2013, p. 515-524.

¹²⁶⁶ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 86.

¹²⁶⁷ Lindenberg, *EHRC* 2014/36.

¹²⁶⁸ EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 108.

¹²⁶⁹ Het aansprakelijkheidsrecht fungeert hier als 'vangnet'. In dit geval waren de mogelijkheden om schadevergoeding te krijgen voor klaagster echter beperkt.

¹²⁷⁰ EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 156-158.

Uit de beide zaken volgt dat wanneer het om minder sterke inbreuken op het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit gaat, civielrechtelijke aansprakelijkheid kan volstaan. Van een minder sterke inbreuk was in *Söderman* sprake omdat er, anders dan in de in hiervoor beschreven zaken, geen sprake was van (het creëren van een risico op) seksueel misbruik.

3.3.2 Strafbaarstelling in Nederland vergeleken

3.3.2.1 Introductie

Nu in kaart is gebracht wat de verplichtingen tot strafbaarstelling op grond van het EVRM zijn, kan worden getoetst of het wettelijke kader in Nederland met betrekking tot zedendelicten voldoende bescherming biedt. In de hiernavolgende paragrafen zullen allereerst de seksuele delicten door middel van dwang (verkrachting en aanranding) worden getoetst. Daarna wordt licht geworpen op het strafrechtelijk instrumentarium met het oog op minderjarigen. Aan de hand van een tweetal casusposities zal worden betoogd dat de Nederlandse rechter niet altijd de benodigde kind-specifieke benadering lijkt te hanteren. In de daaropvolgende alinea's komt het strafrechtelijk instrumentarium met het oog op andere kwetsbaren aan de orde. Deze paragraaf zal worden afgesloten met enkele oplossingsrichtingen die de wetgever of nationale rechter kunnen oppakken om gehoor te geven aan de vanuit Straatsburgs perspectief geconstateerde (potentiële) knelpunten.

3.3.2.2 Seksuele delicten door middel van dwang getoetst

Verkrachting is in Nederland in artikel 242 Sr strafbaar gesteld. Om verkrachting aan te kunnen nemen, moet het gaan om het 'ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam'. Seksueel binnendringen van het lichaam omvat volgens de wetgever zowel vleselijke (geslachts)gemeenschap als andere vormen van binnendringen.¹²⁷¹ Het gaat naar het oordeel van de Hoge Raad om ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking.¹²⁷² Dat het begrip seksueel binnendringen daarmee een grote reikwijdte heeft, volgt uit het *Tongzoen I*-arrest. In dit arrest werd door de Hoge Raad aangenomen dat een tongzoen in beginsel als 'seksueel binnendringen' kan worden aangemerkt.¹²⁷³ In 2013 is de Hoge Raad teruggekomen op het *Tongzoen I*-arrest, en heeft hij geoordeeld dat hoewel een tongzoen op zichzelf het binnendringen van het lichaam van seksuele strekking oplevert, de kwalificatie als verkrachting te zwaar is. De reden daarvoor is dat deze handeling niet in redelijkheid op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging.¹²⁷⁴ Naast geslachtsgemeenschap (1) zijn er dus nog twee categorieën handelingen die onder de reikwijdte van artikel 242 Sr vallen: een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging (2), en een handeling die in redelijkheid op één lijn kan worden gesteld met de onder 1 en 2 genoemde handelingen (3).¹²⁷⁵

¹²⁷¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 20930, nr. 3, p. 7.

¹²⁷² HR 22 februari 1994, *NJ* 1994/379 (*Penetratie met één of enkele vingers*), r.o. 5.8.

¹²⁷³ HR 21 april 1998, *NJ* 1998/781 (*Tongzoen I*), r.o. 5.1-5.2.

¹²⁷⁴ HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653 (*Tongzoen II*), r.o. 2.7.

¹²⁷⁵ Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 208.

Het bereik van het begrip seksueel binnendringen wordt verder verbreed doordat artikel 242 Sr onder verkrachting ook een handeling verstaat die mede bestaat uit een seksueel binnendringen. Daaronder vallen gedragingen die op zichzelf geen binnendringen opleveren, maar die aan het eigenlijke binnendringen vooraf zijn gegaan, daarop zijn gevolgd of daarmee gepaard zijn gegaan.¹²⁷⁶

Voor non-consensuele seksuele gedragingen die niet als verkrachting kunnen worden aangemerkt, biedt artikel 246 Sr soelaas. Deze bepaling ziet op aanranding. Bij aanranding gaat het weliswaar om afgedwongen seks, maar penetratie is geen vereiste. Kern van het delict is dat iemand wordt gedwongen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen.¹²⁷⁷ Om naar Nederlands recht te bepalen of sprake is van ontuchtige handelingen dient te worden gezien of de gedragingen van de verdachte in hun samenhang en naar hun uiterlijke verschijningsvorm gezien onmiskenbaar als seksuele handelingen en in de gegeven omstandigheden als strijdig met de sociaal-ethische norm zijn aan te merken.¹²⁷⁸ Artikel 246 Sr heeft daarmee een breed toepassingsbereik.

Wat betreft de overige bestanddelen van de artikelen 242 en 246 Sr valt op dat Nederland evenals andere verdragsstaten de wettelijke termen geweld en bedreiging met geweld hanteert.¹²⁷⁹ Daarnaast is in de bepalingen als middel een andere feitelijkheid of bedreiging met een andere feitelijkheid opgenomen. Daarbij kan worden gedacht aan het uitoefenen van druk en het opwerpen van belemmeringen die zowel van fysieke als psychische aard zijn.¹²⁸⁰ Als voorbeelden worden in de wetsgeschiedenis genoemd: iemand die onder invloed van alcohol en/of drugs bedreigend kan overkomen, iemand in een bedreigende situatie brengen, bijvoorbeeld door de deur van een vertrek in een verlaten woning af te sluiten en ongewenste intimiteiten op de werkvloer.¹²⁸¹ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de strekking van ‘een andere feitelijkheid’ ruim is.¹²⁸²

Uit de artikelen 242 en 246 Sr volgt dat de hiervoor beschreven ‘ongeoorloofde’ middelen ertoe dienen iemand te dwingen tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam of het plegen of dulden van ontuchtige handelingen. Verkrachting en aanranding zijn dwangdelicten, waarbij dwingen als gedraging centraal staat. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van dwingen, is beslissend of sprake is van onvrijwilligheid en onvermijdbaarheid. Daarnaast dient de dader opzettelijk te hebben gehandeld. Het opzet richt zich daarbij zowel op het tegen de wil van het slachtoffer handelen¹²⁸³ als op de omstandigheid dat het slachtoffer zich niet of moeilijk aan het handelen kon onttrekken.¹²⁸⁴ Hierna zal afzonderlijk meer uitgebreid op de componenten onvrijwilligheid en onvermijdbaarheid worden ingegaan.

¹²⁷⁶ HR 18 mei 1999, *NJ* 1999/541, r.o. 4.3.

¹²⁷⁷ Zie hierover meer uitgebreid Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink *Strafrecht*, art. 246 Sr, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 15 augustus 2018). Zie over ‘ontucht’ Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 37-90.

¹²⁷⁸ Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 246 Sr, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 15 augustus 2018).

¹²⁷⁹ Zie hierover Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink *Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 15 augustus 2018).

¹²⁸⁰ Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink *Strafrecht*, art. 242 Sr, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 15 augustus 2018).

¹²⁸¹ *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, nr. 5, p. 11 en 17.

¹²⁸² Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 228-229.

¹²⁸³ Zie bijvoorbeeld HR 29 november 1994, *NJ* 1995/201 (*Centrale deurvergrendeling*), r.o. 6.4; HR 24 maart 1998, *NJ* 1998/534 (*Misleiding tijdens halfslaap*), r.o. 5.2.

¹²⁸⁴ Zie bijvoorbeeld HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767 (*Ambulancechef*), r.o. 3.4; HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3627 (*Vader en dochter*), r.o. 3.2.

Met betrekking tot de onvrijwilligheid kan worden opgemerkt dat het gebruik van de middelen naar Nederlands recht dient te resulteren in een wilsbeïnvloeding met een zekere mate van onvrijwilligheid tot gevolg. In dat geval is er strafrechtelijk gezien een gebrek aan geldige ‘toestemming’.¹²⁸⁵ Non-consensualiteit in de zin van het EHRM, veronderstelt op zijn beurt de afwezigheid van vrije wil, met andere woorden onvrijwilligheid. De twee begrippen liggen dus dicht tegen elkaar aan.

Een blik op de rechtspraak leert dat het naar Nederlands recht gaat om *besepte* onvrijwilligheid. Het gaat erom dat de onvrijwilligheid op het moment van de aanranding of verkrachting ook daadwerkelijk door het slachtoffer is ervaren.¹²⁸⁶ Een zekere ‘capitulatie’ is vereist. Dat betekent dat een slachtoffer dat zuiver door misleiding is gedwongen op grond van artikel 242 en 246 Sr geen strafrechtelijke bescherming geniet.¹²⁸⁷ Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie waarin een slaapdronken slachtoffer door misleiding van de kant van de verdachte omtrent diens identiteit diens handelingen heeft toegelaten.

Lindenberg acht het ‘geen boude stelling’ dat ‘de straffeloosheid (of uiterst beperkte strafbaarheid) van opzettelijke seksuele misleiding’ in concrete gevallen een schending van artikel 8 EVRM kan opleveren.¹²⁸⁸ Hij wijst daarbij op de rechtspraak van het EHRM over medisch handelen en geïnformeerde instemming. Aldaar heeft het Hof bepaald dat de aard en de strekking van het handelen bekend dienen te zijn. Daarnaast valt volgens Lindenberg op dat seksuele misleiding in *M.C./Bulgarije* uitdrukkelijk aan bod komt in de weergave van de Europese verkrachtingsdelicten en dat de in deze zaak aangehaalde aanbeveling van de Raad van Europa oproept tot het strafbaar stellen van ‘deceit’ in het zedenrecht.

Mijns inziens betreft het hier weinig overtuigende argumenten. Uiteraard is het zo dat toestemming slechts geldig is wanneer zij met kennis van zaken is gegeven. Uit de door Lindenberg aangehaalde rechtspraak van het EHRM volgt echter niet welke praktijken een gebrekkige geïnformeerde impliceren. En dat is nu juist de vraag. Dat seksuele misleiding aan bod komt in de weergave van de Europese verkrachtingsdelicten zegt mijns inziens ook weinig. Het gaat hier slechts om een overzicht van de (interpretatie van de) verkrachtingsdelicten.¹²⁸⁹ Het EHRM laat zich over misleiding niet verder uit. De desbetreffende overweging van de Raad van Europa met betrekking tot ‘deceit’ wordt bovendien niet expliciet aangehaald door het Hof. Of met de toevoeging ‘besepte’ vanuit EVRM-perspectief een te grote beperking wordt aangebracht voor gevallen van misleiding, kan in mijn ogen dan ook niet uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid. Om een dergelijke conclusie te kunnen trekken, bestaat simpelweg nog te veel onduidelijkheid over de invulling van het begrip ‘non-consensual’.

Bij de onvermijdbaarheid aan de zijde van het slachtoffer gaat het in de woorden van de Hoge Raad om handelingen waaraan het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet heeft kunnen onttrekken.¹²⁹⁰ Dat betekent dat wanneer het slachtoffer duidelijk aangeeft niet te willen, en de ander

¹²⁸⁵ Dierickx 2006, p. 248.

¹²⁸⁶ Vgl. HR 13 juni 1995, *DD* 95.387 en *De Hullu NJ* 1998/534, par. 1.

¹²⁸⁷ Seksuele misleiding is ook niet in een andere bepaling algemeen strafbaar gesteld. Wel kan het in veel gevallen onder het ‘lichte misdrijf’ schennis van de eerbaarheid worden gebracht (art. 239 Sr). Zie hierover Lindenberg 2016, p. 222.

¹²⁸⁸ Lindenberg 2013, p. 519-520.

¹²⁸⁹ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 90-95.

¹²⁹⁰ HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5725 (*Naakte massage door stiefvader*), r.o. 2.6.

desondanks handelt, dit op zichzelf nog niet voldoende is om dwingen aan te kunnen nemen. Uit de bewijsmiddelen zal moeten blijken dat het slachtoffer naar redelijke verwachting niets anders kon doen dan meewerken. Daarbij kan worden gedacht aan het bieden van verzet of een bij het slachtoffer bestaande handelingsonvrijheid die de afwezigheid van verzet verklaart, bijvoorbeeld door de aanwezigheid van angst als gevolg van geweld of een bedreigende sfeer.¹²⁹¹ Ook kan worden gedacht aan een onverhoeds handelen door de dader waardoor verzet wordt voorkomen.¹²⁹²

Het vereiste van (opzet op de) onvermijdbaarheid bij het slachtoffer kan vanuit EVRM-oogpunt problematisch zijn.¹²⁹³ Door de aanwezigheid van dit vereiste bestaat het risico dat bepaalde vormen van verkrachting of andere niet-consensuele seksuele gedragingen onbestraft blijven. Er is dan geen sprake van een rechtsbescherming, waar het EHRM die wel lijkt te verlangen. Daarvoor zijn twee redenen. De eerste reden is dat de afwezigheid van verzet in de Nederlandse situatie *de facto* een barrière tegen het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zal opwerpen.¹²⁹⁴ Wanneer een slachtoffer in staat van ‘tonic immobility’ (ook wel: ‘frozen fright’) is gebleven, zal in geval van moeilijk voorstelbare gevoelens van angst, al snel de vraag op de voorgrond treden waarom het slachtoffer zich niet heeft verzet. Verzet is ook een belangrijke factor waar het gaat om niet angstige slachtoffers. Ook zij zullen zich, buiten het geval van onverhoeds handelen, moeten hebben verzet. Anders kan de onvermijdbaarheid niet worden aangenomen. In beide gevallen wordt dus een grote nadruk gelegd op verzet, terwijl dat nu juist een vereiste is dat het EHRM uit het strafrecht heeft willen verbannen.

Daarnaast kunnen zich bewijsproblemen voordoen. In het geval van ‘frozen fright’ kan het moeilijk zijn om te bewijzen dat sprake is geweest van ‘dwingen’. Er kan dan namelijk twijfel rijzen over de mate waarin het slachtoffer het gevolg kon vermijden. Daarnaast kan het lastig zijn om verdachtes opzet daarop te bewijzen.¹²⁹⁵ Wanneer de component onvermijdbaarheid geen vereiste is, kan beter worden beschermd tegen ongewenste seks in dergelijke situaties. Dat neemt overigens niet weg dat de uiterlijke verschijningsvorm van ‘frozen fright’ zelfs zo kan zijn dat de het bewijs van (opzet op de) onvrijwilligheid een struikelblok is. Zoals Lindenberg terecht beschrijft, is de kenbaarheid van de onvrijwilligheid bij ‘frozen fright’ immers zwakker dan bij slachtoffers die hun onvrijwilligheid uitdrukkelijk uiten.¹²⁹⁶

De Wet seksuele misdrijven biedt uitkomst voor de geschetste implementatieproblemen. Daarop zal in paragraaf 3.3.2.6 afzonderlijk worden ingegaan.

3.3.2.3 Strafrechtelijk instrumentarium minderjarigen

Het Wetboek van Strafrecht kent verschillende instrumenten om jeugdigen te beschermen tegen inbreuken op artikel 3 en/of 8 EVRM. Allereerst kunnen de hiervoor beschreven bepalingen inzake

¹²⁹¹ Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 222.

¹²⁹² Lindenberg, *EHRC* 2016/175, par. 13.

¹²⁹³ Zie met betrekking tot het vereiste opzet Kool 2008, p. 227-228; Lindenberg & Van Dijk noemen het vereiste van onvermijdbaarheid ‘kwestieus’, maar durven gelet op de in hun ogen weinig consistente rechtspraak van het EHRM geen harde uitspraken te doen over de huidige bewoordingen en interpretatie van de artikelen 242 en 246 Sr. Zie Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 225. Inmiddels zijn de bewoordingen van het EHRM in *M.C./Bulgarije* echter herhaald in EHRM 15 maart 2016, 61495/11, r.o. 59 (*M.G.C./Roemenië*) en EHRM 24 mei 2016, 36934/08, r.o. 52 (*I.C./Roemenië*). Met deze uitspraken in het achterhoofd kunnen in mijn ogen wel degelijk harde conclusies worden getrokken.

¹²⁹⁴ Lindenberg, *EHRC* 2016/175, par. 13.

¹²⁹⁵ Kool 2008, p. 227-228; Lindenberg 2013, p. 520-521.

¹²⁹⁶ Lindenberg 2019, par. 1.2.2.

verkrachting en aanranding soelaas bieden. Uiteraard gelden hier dezelfde theoretische bezwaren als bij volwassenen. Het vereiste van (opzet op de) onvermijdbaarheid brengt – ook bij kinderen – het risico met zich dat in situaties waarin het slachtoffer in staat van ‘frozen fright’ is gebleven, in verband met bewijsproblemen bepaalde vormen van verkrachting of andere niet-consensuele seksuele gedragingen onbestraft blijven. Ook bestaat het gevaar dat er in de praktijk een te grote nadruk wordt gelegd op de aan- of afwezigheid van fysiek verzet aan de kant van het slachtoffer.

Aan deze (potentiële) probleempunten kan nog een derde pijnpunt worden toegevoegd. Het vereiste dat sprake dient te zijn van *besepte* onvrijwilligheid doet bij kinderen de vraag rijzen in hoeverre zij zich daadwerkelijk bewust (kunnen) zijn van dwang bij seksueel binnendringen of andere ontuchtige handelingen. Kan een dergelijk vereiste bij (zeer) jonge kinderen vanuit EVRM perspectief – met daarbij in het achterhoofd dat het EHRM lijkt te impliceren dat bij deze groep de onvrijwilligheid in de context van verkrachting al snel moet worden aangenomen – wel door de beugel? Genoemde bezwaren zouden door de Nederlandse rechter ondervangen kunnen worden door het bestanddeel dwingen (in samenhang met de aanwezigheid van een van de vereiste middelen) op een kind-specifieke wijze te benaderen. Of dat in de praktijk wordt gedaan, zal hieronder in een aparte paragraaf worden beschreven (zie paragraaf 3.3.2.4).

Naast verkrachting en aanranding staan er ook verschillende seksuele delicten tegen jeugdigen verspreid in de zedentitel van het Wetboek van Strafrecht. In deze titel wordt een uitgebreid juridisch instrumentarium geboden om jeugdigen te beschermen tegen aantasting van de seksuele integriteit. Het gaat onder meer om het seksueel binnendringen van een 12-minner (art. 244 Sr), ontuchtige handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van iemand in de leeftijdscategorie 12-16 jaar (art. 245 Sr), ontuchtige handelingen met een 16-minner en verleiding van een 16-minner tot ontucht met een derde (art. 247 Sr) en ontucht met een aan de zorg toevertrouwde minderjarige (art. 249 lid 1 Sr). Genoemde zedendelicten worden, voor zover het niet om seksueel binnendringen gaat, gekenmerkt doordat een bestanddeel als ontucht, ontuchtig of ontuchtige handelingen in de delictsomschrijving is opgenomen. Anders dan bij meerderjarigen, verlangt het EHRM bij minderjarigen wel dat ook minder ernstige gedragingen strafbaar zijn gesteld. Daarbij kan gedacht worden aan de coach die zijn pupillen vroeg om na het sporten naakt naar de sauna te gaan en hen aldaar masseerde. Vanuit het EVRM-perspectief bezien, is het dus van belang om na te gaan of dergelijke gedragingen ook onder het toepassingsbereik van ‘ontucht’ kunnen vallen. Dat blijkt het geval te zijn. Ook gedragingen als de naakte massages in de sauna lijken als ontucht betiteld te kunnen worden.¹²⁹⁷ Hier lijken zich dus geen hiaten voor te doen.

Ten slotte kunnen ook gedragingen die niet in de zedenmisdrijven zijn opgenomen, bescherming bieden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan bepalingen als smaad (art. 261 Sr), laster (art. 262 Sr) en heimelijk filmen (art. 139f Sr). Het belang van de eerste twee bepalingen volgt uit *K.U./Finland*, waarin het om iemand ging die op een datingsite de identiteit had aangenomen van een minderjarige en onder zijn naam een seksadvertentie had geplaatst. Omdat het hier om een bedreiging van het lichamelijk en geestelijk welzijn van een minderjarige ging, was strafbaarstelling aangewezen. Anders dan in Finland is in Nederland ‘malicious misrepresentation’ niet zonder meer strafbaar. Wel strafbaar zijn smaad en laster. Naar alle waarschijnlijkheid wordt met de strafbaarstelling van dergelijke delicten ook voldaan aan de positieve verplichting tot strafbaarstelling.¹²⁹⁸ Op deze wijze kan immers ook

¹²⁹⁷ Zie bijvoorbeeld HR 2 juni 2009, *NJ* 2009/307 (*Naakte massage door stiefvader*).

¹²⁹⁸ Alkema, *NJ* 2009/470. Dan rijst vervolgens nog wel de vraag of het OM en/of rechters gegevens over internetgebruikers bij de providers kunnen opvragen.

strafrechtelijke bescherming worden geboden tegen identiteitsdiefstal op het internet als gevolg waarvan een minderjarige wordt blootgesteld aan de interesse van pedofielen. Heimelijk filmen kwam aan de orde in *Söderman/Zweden*. In Nederland is deze gedraging strafbaar gesteld in artikel 139f Sr. Er kan dus zowel civielrechtelijk (art. 6:162 BW) als strafrechtelijk worden opgetreden. In die zin gaat Nederland verder dan door het EHRM is vereist.

Geconcludeerd kan worden dat de strafbaarstellingen die het EVRM verlangt, ook in het Nederlandse strafwetboek zijn opgenomen. Voor de meeste bestanddelen van de verschillende delicten is er geen enkele aanleiding te denken dat er vanuit EVRM-oogpunt een te restrictieve interpretatie wordt gehanteerd. Dat ligt anders bij het vereiste van dwang bij verkrachting en aanranding. Ten aanzien van deze strafbaarstellingen is gewezen op een aantal potentiële probleempunten.

3.3.2.4 Kind-specifieke benadering?

Om te kunnen voldoen aan de vereisten die het EVRM stelt, dienen rechters het bestanddeel ‘dwingen’ (in combinatie met een van de vereiste middelen) op een dusdanige wijze te interpreteren dat er sprake is van een ‘child-sensitive approach’. Het gaat erom dat de Nederlandse rechters voldoende rekening houden met de bijzonder kwetsbaarheid van minderjarigen en de specifieke psychologische factoren die spelen bij de verkrachting van een minderjarige. In de rechtspraak zijn uitspraken te vinden waarin de rechter bij de interpretatie van ‘dwingen’ in het kader van verkrachting of aanranding van jeugdigen een kind-specifieke benadering hanteert.¹²⁹⁹ In sommige gevallen gaat het minder goed. Ik noem een tweetal in het oog springende voorbeelden.¹³⁰⁰

Allereerst de zaak over de Bossche zwemschoolhouder, Benno L. Hij werd op 26 mei 2011 door het Hof Den Bosch veroordeeld ter zake van grootschalig misbruik van jonge kinderen. Van de zeventwintig feiten die als aanranding ten laste waren gelegd, werden er twee als zodanig bewezenverklaard. Het Hof oordeelde dat in de overige zaken geen sprake was van dwang. Van dwang is naar zijn oordeel pas sprake ‘als een slachtoffer iets moet dulden omdat zij geen keuzevrijheid heeft, waarbij zij het ontbreken van keuzevrijheid als onvrijwillig moet hebben ervaren en zich daarvan bewust moet zijn geweest’. Geen van de beschrijvingen van de filmbeelden bevatten een ondubbelzinnig blijk van bewustzijn bij de kinderen van het plegen van de ontuchtige handelingen, van bezwaren daartegen en van de onmogelijkheid daaraan te ontkomen, zo vervolgt het Hof.¹³⁰¹ Deze overweging roept de vraag op in hoeverre de veelal jonge kinderen, bewust *kunnen* zijn van hetgeen is voorgevallen en/of zij in staat waren om bezwaren te uiten. Ook de nadruk die het Hof legt op de onmogelijkheid om aan de situatie te ontkomen, roept vragen op. Zijn kwetsbare jonge kinderen überhaupt in staat om zich aan een situatie te onttrekken? Daarbij wordt opgemerkt dat het hier een

¹²⁹⁹ Zie hierover Lindenberg, *EHRC* 2016/175, par. 11 onder meer onder verwijzing naar Rb. Zutphen 1 december 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ3509 (*Misbruik minderjarige nichtjes*). De rechtbank overwoog dat er tussen de betrokkenen een groot leeftijdsverschil bestond, dat de familieverhoudingen tot dan toe hecht waren en het contact tussen de ouders van het slachtoffer en de verdachte en zijn vrouw intensief was. In dat licht is het naar het oordeel van de rechtbank ‘aannemelijk dat ongewenst seksueel contact door een oom met zijn minderjarig nichtje, terwijl dit plaatsvindt in een relatief kleine ruimte – met name de studentenkamer in Arnhem – waarbij geen andere personen aanwezig zijn, voor deze laatste reeds snel plaatsvindt in een situatie waarin de pleger mede door die omstandigheden een zodanig psychisch overwicht heeft dat de wil tot verzet bij het slachtoffer bij voorbaat wordt gebroken en daarmee dus wordt belet dat het slachtoffer haar vrije wil kan uiten’.

¹³⁰⁰ Deze voorbeelden zijn ontleend aan Lindenberg, *EHRC* 2016/175, par. 10.

¹³⁰¹ Hof Den Bosch 26 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ6181 (*Benno L.*).

zwemleraar betref die juist gespecialiseerd was in het geven van les aan kinderen met watervrees (en kinderen met een beperking).

Het is de vraag of de genoemde overwegingen in Straatsburg overeind zouden blijven. Gelet op de nadruk die het EHRM in *M.G.C./Roemenië* op de ‘capacity to give valid consent’ heeft gelegd, kunnen grote vraagtekens bij deze overwegingen worden geplaatst. Zou het Hof in een zaak als deze niet juist van de verdragsstaten verlangen dat er een rechtsvermoeden wordt gehanteerd dat ‘ontuchtige handelingen’ onvrijwillig tot stand zijn gekomen? Die onvrijwilligheid levert dus een probleem op. Waar het EHRM juist de non-consensualiteit vooropstelt, dient naar Nederlands recht bovendien te worden ingegaan op de vraag of het jonge slachtoffer zich aan de situatie had kunnen onttrekken. Dit vereiste werkt onnodig beperkend.

Soortgelijke kanttekeningen kunnen worden gemaakt ten aanzien van een uitspraak van de rechtbank Roermond van 26 januari 2010 in een zaak over ontucht door een oppas. In deze zaak werd de verdachte vrijgesproken van verkrachting van een meisje jonger dan 12 jaar. De rechtbank stelde vast dat de oppas, terwijl hij knuffelde met het jonge meisje en haar vasthield, met zijn vinger bij haar binnendrong. Hij wist dat zij dit niet leuk vond. In de ogen van de rechtbank was echter niet gebleken dat het meisje niet de mogelijkheid had zich te onttrekken aan het knuffelen en vasthouden. Bovendien kon ook niet worden aangenomen dat sprake was van een ‘andere feitelijkheid’. Dat de seksuele handelingen hadden plaatsgevonden in een afhankelijkheidsrelatie was daartoe onvoldoende. Het vasthouden was in de ogen van de rechtbank van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te komen.¹³⁰² Deze zaak geeft blijk van een strikte interpretatie van de delictsbestanddelen dwingen en ‘andere feitelijkheid’. Een afhankelijkheidsrelatie blijkt alleen onvoldoende te zijn om aan te nemen dat sprake is van een ‘andere feitelijkheid’. Bovendien lijkt het accent in deze zaak niet te liggen op (de afwezigheid van) toestemming, maar veeleer op de (on)vermijdbaarheid. Wederom is het de vraag of dat bij zo’n jong slachtoffer wel terecht is en of een dergelijke interpretatie de Straatsburgse test kan doorstaan.

3.3.2.5 Strafrechtelijk instrumentarium andere kwetsbaren

Veel van de hiervoor omschreven strafrechtelijke instrumenten om minderjarigen te beschermen, kunnen ook worden ingezet om andere kwetsbaren te beschermen. Net zoals voor minderjarigen zijn daarnaast ook specifieke zedendelicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen in het Wetboek van Strafrecht te vinden. Het gaat om artikel 243 Sr en artikel 247 Sr. De eerste strafbaarstelling ziet op het seksueel binnendringen van iemand die in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden. Het tweede artikel betreft ontucht met genoemde onmachtigen. Om op grond van genoemde bepalingen strafrechtelijke aansprakelijkheid aan te kunnen nemen, dient te worden vastgesteld dat sprake is van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens van het slachtoffer. Vervolgens dient te worden vastgesteld dat het slachtoffer als gevolg van deze gebrekkige ontwikkeling en/of stoornis niet of onvolkomen in staat is zijn of haar wil op seksueel gebied te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te

¹³⁰² Rb. Roermond 26 januari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL0661 (*Ontucht door oppas*).

bieden. Vooral het tweede vereiste, de causaliteit tussen de beperking en de seksuele zelfbeschikking is lastig te bewijzen.¹³⁰³

Wanneer deze hobbels zijn genomen, moet om tot een veroordeling te kunnen komen ook nog eens komen vast te staan dat de dader opzet had op het plegen van het feit en dat hij wist dat het slachtoffer bijvoorbeeld geestelijk gehandicapt was of dat die ander verkeerde in een toestand van verminderd bewustzijn. Laatstbedoelde (voorwaardelijke) opzeteis wordt verzwaard doordat de dader moet hebben geweten dat het slachtoffer als gevolg van de handicap of toestand niet of onvolkomen in staat was zijn wil te bepalen omtrent hetgeen de dader van zins was. Het opzet betreft dus mede de (psychische) causaliteitsband tussen de geestesstoornis en het onvermogen om op seksueel terrein in vrijheid de wil te kunnen bepalen of kenbaar te maken of weerstand te bieden tegen de voorgenomen handelingen.¹³⁰⁴ Dit maakt de artikelen 243 en 247 Sr bewijstechnisch tot de lastigste zedendelicten.¹³⁰⁵

Waar het om ontucht gaat en de ontuchtpleger de verzorger/begeleider is van het kwetsbare slachtoffer, kan artikel 249 Sr een vangnet bieden voor situaties waarin niet aan de hoge bewijseisen wordt voldaan. Op grond van lid 2 sub 3 van deze bepaling is degene strafbaar die werkzaam is in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg en ontucht pleegt met iemand die als patiënt of cliënt hulp krijgt. Voor dit artikel is het dubbele opzet geen vereiste. Er zijn dus minder barrières om tot een bewezenverklaring te kunnen komen.

Voor alle andere gevallen dient te worden teruggevallen op de artikelen 242 en 246 Sr. Ook hier dreigt echter weer dat bestanddelen als dwingen te restrictief worden uitgelegd.¹³⁰⁶ Hier dient een op kwetsbaren toegesneden benadering te worden gehanteerd. Wanneer dat niet gebeurt, bestaat, zoals reeds eerder door Lindenberg is betoogd, het gevaar dat verstandelijk beperkten tussen ‘wal en schip geraken’.¹³⁰⁷ Er is dan in het geheel geen strafrechtelijke bescherming. Alhoewel een dergelijke situatie nog niet in Straatsburg heeft voorgelegen, is het niet ondenkbaar dat Nederland hier in de gevarezone komt.

3.3.2.6 Oplossingsrichtingen

In het hiervoor beschrevene is een aantal probleempunten getraceerd. Het gaat om de restrictieve interpretatie van het delictsbestanddeel ‘dwingen’ (al dan niet in combinatie met een van de ongeoorloofde middelen), de afwezigheid van een kind/kwetsbare-specifieke benadering en het beperkte strafrechtelijke instrumentarium dat voorhanden is in geval van kwetsbaren. De eerste situatie kan worden aangepakt door een wetwijzing door te voeren. Door middel van zo’n wetwijziging kan het gewraakte bestanddeel dwingen worden vervangen door een bestanddeel dat de onvrijwilligheid tot uitdrukking brengt.¹³⁰⁸ Inmiddels is een voorontwerp wetsvoorstel gepubliceerd waarin wordt voorzien in een strafbaarstelling van ongewilde seks die tevens non-consensuele verkrachting omvat.¹³⁰⁹ Een

¹³⁰³ Een deskundigenrapport kan hier uitkomst bieden. Dergelijke rapportages maken veelal in de praktijk echter geen onderdeel uit van het strafdossier. Vgl. Kooij 2012, *DD* 2012/72, par. 3 en 7.

¹³⁰⁴ Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink, art. 243 Sr, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 14 juli 2012).

¹³⁰⁵ Kooij 2012, *DD* 2012/72, par. 4.

¹³⁰⁶ Lindenberg spreekt in dit verband van een ‘klassieke interpretatie’. Vgl. Lindenberg *EHRC* 2016/175, par. 9

¹³⁰⁷ Lindenberg, *EHRC* 2016/175, par. 12.

¹³⁰⁸ Kool 2008, p. 229 e.v.; Lindenberg, *EHRC* 2016/175, par. 13.

¹³⁰⁹ Voorontwerp wetsvoorstel seksuele misdrijven. Zie internetconsultatie.nl & Beantwoording schriftelijk overleg zeden van 5 november 2020, p. 3-4. Kritisch over het oorspronkelijk wetsvoorstel waarin verkrachting en seks tegen de wil nog afzonderlijk strafbaar waren gesteld: Kool & Jongenotter 2021.

dergelijke wetsbepaling sluit goed aan bij de door het EHRM voorgestane werkwijze waarbij de non-consensualiteit voorop wordt gesteld.

Wanneer de bovengenoemde wijziging wordt doorgevoerd, valt ook een gedeelte van de problemen weg die zich voordoen bij kinderen en andere kwetsbaren. Wel blijft staan dat het van groot belang is dat de bestanddelen op een dusdanige wijze worden ingevuld dat sprake is van een kind-specifieke en misschien wel een kwetsbare-specifieke benadering. Dat betekent dat de rechter niet dezelfde meetlat kan gebruiken om te bepalen of sprake is van dwingen en onder omstandigheden eerder zal moeten aannemen dat aan de wettelijke vereisten is voldaan.

3.4 Casus 3: Levensdelicten

3.4.1 Introductie

Waar het EHRM op het gebied van moderne vormen van slavernij zeer specifieke eisen aan een strafbaarstelling stelt, gaat het Hof – zoals in de vorige paragraaf is beschreven – minder ver waar het de delictgroep van de zedendelicten betreft. We zijn nu aangekomen bij de derde en tevens laatste case, waarbij het EHRM het minst ver lijkt te gaan: de levensdelicten. Het betreft daarbij allereerst misdrijven die andermans dood tot gevolg hebben, zoals moord, doodslag en dood door schuld. Het Hof gaat nog een stap verder en schaart onder omstandigheden ook situaties waarbij geen dodelijke slachtoffers zijn gevallen onder het toepassingsbereik van artikel 2 EVRM. Daarbij kan het gaan om een poging tot levensbeneming, (zware) mishandeling die (onbedoeld) had kunnen resulteren in de dood, en ernstige nalatigheid van de verantwoordelijke autoriteiten als gevolg waarvan een daadwerkelijk levensbedreigend risico werd gecreëerd. Deze situaties zullen worden meegenomen in de beschouwing.

3.4.2 Verplichting tot strafbaarstelling

3.4.2.1 Introductie

Op grond van artikel 2 EVRM heeft het EHRM een verplichting afgeleid ‘to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions’.¹³¹⁰ Er dient, met andere woorden, effectieve strafwetgeving te worden aangenomen die het recht op leven beschermt. Daarnaast dient onder andere te worden voorzien in reële opsporingscapaciteit, daadwerkelijke opsporing, vervolging, berechting en bestraffing.¹³¹¹ Het gaat hier op het eerste gezicht om een hele brede verplichting tot het strafbaar stellen van allerlei misdrijven gericht tegen het leven. Om te bepalen om welke strafbare gedragingen het hier precies gaat, dient de rechtspraak van het EHRM in detail te worden bestudeerd, ook (en misschien wel juist) de overwegingen met betrekking tot de verplichtingen om te onderzoeken, vervolgen, berechten en

¹³¹⁰ EHRM 28 oktober 1998, 23452/94, r.o. 115 (*Osman/VK*). Zie bijvoorbeeld ook EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/VK*), r.o. 54; EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (*Mastromatteo/Italië*), r.o. 67.

¹³¹¹ Zie daarover § 5 e.v.

bestrafen. Alleen dan kan in kaart worden gebracht voor welke situaties strafbaarstelling is vereist, of de reikwijdte daarvan door het Hof (nader) wordt begrensd, en zo ja, hoe.

Ten slotte is van belang om te vermelden dat uit de rechtspraak in elk geval valt af te leiden dat strafbaarstellingen in beginsel expliciet tot uitdrukking dienen te brengen dat deze betrekking heeft op de bescherming van het leven.¹³¹²

3.4.2.2 Opzettelijke inbreuken

Wanneer de rechtspraak van het EHRM in ogenschouw wordt genomen, dan blijkt dat de zojuist genoemde ‘brede’ positieve verplichting tot strafbaarstelling allereerst de verplichting behelst om opzettelijke levensberoving als zodanig strafbaar te stellen. In dat geval is de dood van een ander een beoogd gevolg. Bij opzettelijke levensberoving kan onder meer gedacht worden aan ongeoorloofd en/of excessief dodelijk geweld door overheidsfunctionarissen.¹³¹³ Daarnaast dient op grond van artikel 2 EVRM ook opzettelijke (gewelddadige) levensberoving door private personen strafbaar te worden gesteld.¹³¹⁴ Niet alleen ‘voltooide’ opzettelijke levensberoving dient op grond van de rechtspraak van het EHRM strafbaar te zijn gesteld. Uit de overwegingen van het Hof kan worden afgeleid dat ook levensbedreigende pogingen daartoe door een strafbaarstelling dienen te worden gedekt.¹³¹⁵

Naast (pogingen tot) opzettelijke levensberoving dient onder omstandigheden ook (extreem) geweld door overheidsfunctionarissen dat onbedoeld heeft geleid of had kunnen leiden tot levensberoving strafbaar te zijn gesteld. Het opzet is dan dus niet gericht op de levensberoving. Met andere woorden, er is ‘no intention to kill’. Wel wordt opzettelijk lichamelijk letsel of pijn toegebracht aan een ander. Daarmee wordt de lichamelijke integriteit aangetast. Uiteraard dient het geweld – wanneer het niet dodelijk is geweest – wel dusdanig potentieel dodelijk te zijn geweest dat het binnen het toepassingsbereik van artikel 2 EVRM komt. Uit de rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat alleen in uitzonderlijke situaties een ‘physical ill-treatment’ door overheidsfunctionarissen een schending van artikel 2 EVRM zal opleveren. Om te bepalen of daarvan sprake is gaat het EHRM onder andere na wat de mate en de aard van het gebruikte geweld is en met welke bedoeling het is gebruikt.¹³¹⁶

Een voorbeeld van een zaak waarin het gebruik van geweld door overheidsdienaren onbedoeld tot levensberoving had kunnen leiden en waarin het EHRM oordeelde dat artikel 2 EVRM van toepassing is, is *Makaratzis/Griekenland*. In deze zaak ging het om de Atheense politie die klager, die als automobilist een rood verkeerslicht en een stopteken had genegeerd, tijdens een achtervolging door

¹³¹² Van Kempen 2008, p. 30 onder verwijzing naar EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 116-118.

¹³¹³ Zie met betrekking tot het onder artikel 2 lid 2 sub b EVRM niet geoorloofd en excessief aanwenden van (vuurwapen)geweld met een dodelijke afloop door (militaire) politie bij een (poging tot) arrestatie bijvoorbeeld EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 110 en 113.

¹³¹⁴ EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 115 en de daaropvolgende rechtspraak. Vgl. Van Kempen 2008, p. 29.

¹³¹⁵ EHRM 6 mei 2003, 47916/99 (*Menson e.a./VK*); EHRM 26 juli 2007, 55523/00 (*Angelova & Iliev/Bulgarije*), r.o. 93-94 en 98. Zie ook Van Kempen 2008, p. 29. De eerst door hem (in voetnoot 53) aangehaalde uitspraak van het Hof gaat – anders dan Van Kempen in de hoofdtekst lijkt te suggereren – niet over een levensbedreigende poging tot moord of doodslag. Het betreft immers een situatie waarbij ‘the police did not intend to kill’. Vgl. EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 49-55 en 73-79.

¹³¹⁶ EHRM 27 juni 2000, 22277/93 (*İlhan/Turkije*), r.o. 76; EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 51. De eerste zaak is een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM vaststelt dat artikel 2 EVRM niet in het geding is.

de stad herhaaldelijk onder vuur had genomen. Er waren kogels via de achterraut tegen de binnenkant van de voorruit terechtgekomen. Klager had als gevolg van het incident letsel aan zijn rechterarm, rechtervoet, linkerbil en borst opgelopen. Het Hof aanvaardt weliswaar de stelling van de Staat, dat de politie ‘did not intend to kill’, maar dat klager niet werd gedood, is naar zijn oordeel ‘fortuitous’. De aard en mate van het gebruikte geweld, de verwondingen die klager heeft opgelopen en de omstandigheden van het geval maken dat artikel 2 EVRM hier naar het oordeel van het EHRM van toepassing is.¹³¹⁷

Vervolgens stelt het Hof een (positieve) verplichting tot het doen van onderzoek vast. Dat onderzoek moet kunnen leiden tot de identificatie en bestraffing van verantwoordelijken.¹³¹⁸ Hieruit volgt mijns inziens dat ook wanneer er geen intentie is om te doden, maar er opzettelijk potentieel dodelijk geweld is gebruikt met (zwaar) lichamelijk letsel als gevolg, een strafbaarstelling voorhanden dient te zijn. Anders is er geen basis voor het onderzoek. Een dergelijke strafbepaling was in Griekenland overigens ook daadwerkelijk voorhanden: ‘intentional infliction of bodily harm on another person’ was strafbaar gesteld. Zwaar lichamelijk letsel of potentieel dodelijk gevolg vormden daarbij verzwarende omstandigheden.¹³¹⁹ Hier werd voldaan aan de verplichting tot strafbaarstelling.

Om een vertaalslag naar de Nederlandse situatie te kunnen maken, roept de hiervoor beschreven uitspraak de vraag op wat het EHRM nu precies onder ‘intention’ verstaat. Door het EHRM wordt het begrip echter niet nader toegelicht. Dat zal geen verbazing wekken. Er bestaan namelijk grote verschillen tussen de verschillende verdragsstaten op dit vlak, bovendien is de nationale invulling van het begrip binnen de eigen nationale en culturele context voortdurend in ontwikkeling.¹³²⁰

3.4.2.3 Niet-opzettelijke inbreuken

In beginsel is toepassing van het strafrecht niet vereist bij niet-opzettelijke levensberoving. In geval van ‘medical negligence’ kunnen civielrechtelijke of disciplinaire remedies bijvoorbeeld volstaan.¹³²¹ Hetzelfde geldt wanneer de mogelijkheid bestaat dat overheidsdienaren verantwoordelijk zijn ‘for the deaths occurring as a result of their negligence’.¹³²² Op genoemd uitgangspunt heeft het EHRM echter enkele uitzonderingen gemaakt. Onder omstandigheden schrijft het Hof toepassing van het strafrecht voor bij niet-opzettelijke levensberoving die is toe te schrijven aan overheidsdienaren. Dat is allereerst het geval bij niet-opzettelijke doodsoorzaking als gevolg van gevaarlijke (industriële) activiteiten. Het gaat hier om grote calamiteiten waarbij veel doden vallen. Genoemde verplichting volgt uit de zaak *Öneryıldız/Turkije*. In deze zaak haalt het EHRM allereerst de in de introductie beschreven brede verplichting tot het strafbaar stellen van allerhande misdrijven gericht tegen het leven aan. Vervolgens overweegt het Hof expliciet dat deze verplichting ook geldt in de context van gevaarlijke activiteiten.¹³²³

¹³¹⁷ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 52-55.

¹³¹⁸ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 73-74.

¹³¹⁹ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 15, 19, 23 en 77.

¹³²⁰ Vgl. met betrekking tot de lidstaten van de Europese Unie: Groenhuijsen & Ouwerkerk 2013, p. 264.

¹³²¹ EHRM 17 januari 2002, 32967/96, r.o. 51 (*Calvelli & Ciglio/Italië*); EHRM 8 juli 2004, 53924/00, r.o. 90 (*Vo/Frankrijk*).

¹³²² EHRM 15 januari 2009, 46598/06, r.o. 64 (*Branko Tomašić e.a./Kroatië*). In deze zaak ging het overigens om ‘deficiencies of the national system for the protection of the lives of others from acts of dangerous criminals who have been identified as such by the relevant authorities and the treatment of such individuals, including the legal framework within which the competent authorities are to operate and the mechanisms provided for’. Het betreft dus geen zaak waarin het gaat om de individuele verantwoordelijkheid van een staatsdienaar.

¹³²³ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 89-90.

Welke gedragingen strafbaar dienen te zijn, kan worden afgeleid uit hetgeen door het EHRM onder de ‘procedural aspect of Article 2 of the Convention’ is overwogen. Het Hof overweegt aldaar dat er een strafrechtelijk onderzoek moet plaatsvinden naar de toedracht van de feiten indien de autoriteiten tekortschieten in het voorkomen van het verlies van mensenlevens. Het aannemen van deze verplichting is naar zijn oordeel gerechtvaardigd doordat bij gevaarlijke activiteiten waarbij iemand komt te overlijden als gevolg van gebeurtenissen onder de verantwoordelijkheid van ‘public authorities’, het vaak juist de autoriteiten zijn die de relevante kennis hebben over de oorzaken van dergelijke incidenten.¹³²⁴ De procedurele component brengt met zich dat strafvervolging steeds mogelijk moet zijn in geval van onachtzaamheid die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid:

“Where it is established that the negligence attributable to State officials or bodies on that account goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity (...), the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative (...).”¹³²⁵

Van onachtzaamheid die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid is sprake wanneer de autoriteiten niet adequaat hebben opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico. Naar Nederlands recht lijkt het hier om bewuste culpa te gaan.¹³²⁶ Het gaat erom dat verwijtbaar ‘aanmerkelijk’ onvoorzichtig is gehandeld, terwijl de wetenschap omtrent de onvoorzichtigheid bij de dader aanwezig is.

Bij de vaststelling dat strafvervolging mogelijk moet zijn in geval van onachtzaamheid die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid, heeft het EHRM aansluiting gezocht bij de relevante Europese standaarden, waaronder de ‘Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law’ van de Raad van Europa.¹³²⁷ Het gaat hier om een soft law instrument.¹³²⁸ Op grond van deze conventie heeft het Hof gemeend dat het in casu om strafwaardige gedragingen gaat. Daarnaast wordt door het Hof gewezen op een internationale trend die zichtbaar is in de richting van zwaardere straffen voor schade aan het milieu, een kwestie die onlosmakelijk is verbonden met het in gevaar brengen van het menselijk leven.

De regel die is geformuleerd in *Öneryıldız/Turkije*, geldt niet alleen bij gevaarlijke (industriële) activiteiten, maar ook in geval van natuurrampen.¹³²⁹ Ook voor het door autoriteiten (ten onrechte) niet voorkomen van gevolgen van natuurrampen moet de mogelijkheid tot toepassing van de strafwet bestaan.

¹³²⁴ EHRM 30 november 2004, 48939/99, r.o. 93 (*Öneryıldız/Turkije*).

¹³²⁵ EHRM 30 november 2004, 48939/99, r.o. 93 (*Öneryıldız/Turkije*).

¹³²⁶ Van Kempen 2008, p. 29; Roef 2012, p. 188; Van Sliedregt 2013, p. 165; Rijnhout, Sikkema & De Zanger 2014, p. 18; De Wilde 2016, p. 162.

¹³²⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99, r.o. 61 en 93 (*Öneryıldız/Turkije*).

¹³²⁸ De conventie is nog niet in werking getreden. Zij is door één staat geratificeerd, in plaats van de vereiste drie staten.

¹³²⁹ EHRM 20 maart 2008, 15339/02, r.o. 140-142 (*Budayeva e.a./Rusland*).

Ten slotte is van belang om te vermelden dat het EHRM hier – net zoals bij opzettelijke levensberoving – heeft overwogen dat het niet relevant is of het handelen of nalaten van de Staat daadwerkelijk tot de dood heeft geleid. Ook indien er sprake is van een daadwerkelijk levensbedreigend risico dient ernstige nalatigheid door de verantwoordelijke autoriteiten strafbaar te zijn.¹³³⁰ Dit dwingt de verdragsstaten om de enkele gevaarzetting strafbaar te stellen.

3.4.2.4 Uitbreiding van het toepassingsgebied

Inmiddels heeft het EHRM overwogen dat strafvervolging onder omstandigheden ook mogelijk moet zijn in gevallen waarin private partijen zich schuldig hebben gemaakt aan niet-opzettelijke doodsoorzaking. In *Sinim/Turkije* deed zich zo'n geval voor. Sinim kwam om het leven als gevolg van een aanrijding tijdens het vervoer van zijn persoonlijke eigendommen en meubels en 'raw materials' van een andere klant. Daarbij vloog de vrachtwagen in brand. De 'raw materials' bleken uit licht ontvlambare vloeistoffen te bestaan, die alleen met toestemming van de autoriteiten en met inachtneming van diverse veiligheidsmaatregelen hadden mogen worden vervoerd. Deze maatregelen zijn echter niet genomen: de vrachtwagen in kwestie was niet uitgerust met een systeem om kortsluiting en brand te voorkomen, er waren geen waarschuwingborden op de vrachtwagen aangebracht en de chauffeur was niet opgeleid voor het vervoer van gevaarlijke stoffen. Daarnaast was de benodigde vergunning niet voorhanden en was de zending niet op de juiste manier gemerkt. Het Hof overweegt dan ook dat:

'the omission that led to the applicant's husband's death in the instant case went beyond a mere traffic accident caused by negligence or carelessness, as it also seems to have involved a deliberate disregard of the relevant rules on the transportation of dangerous goods (...), despite the obvious risks involved.'¹³³¹

Evenals in *Öneryıldız/Turkije* gaat het hier om onachtzaamheid die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid. Het EHRM spreekt hier zelfs van 'reckless conduct'.¹³³² Daarnaast valt op dat het ook hier om een risicovolle context gaat. De veiligheidsvoorschriften waarmee is gesjoemeld zijn nu juist in het leven geroepen om te voorkomen dat personen gewond zouden raken of zouden overlijden.¹³³³ Ook hier gaat het dus om een kwestie die onlosmakelijk is verbonden met het in gevaar brengen van het menselijk leven.

Niet uitgesloten is dat het EHRM in de toekomst nieuwe categorieën van gevallen zal aanwijzen waarin strafvervolging mogelijk moet zijn. Het is denkbaar dat deze verplichting zich ook uitstrekt tot de situatie dat private partijen zich schuldig hebben gemaakt aan niet-opzettelijke doodsoorzaking als gevolg van andere gevaarlijke (industriële) activiteiten of natuurrampen. Vooralsnog kan uit de rechtspraak van het EHRM niet worden afgeleid dat strafbaarstelling daarvan vereist is. Mogelijk komt daar in de toekomst verandering in.¹³³⁴

¹³³⁰ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a., r.o. 151 en 191 (*Kolyadenko e.a./Rusland*).

¹³³¹ EHRM 6 juni 2017, 9441/10 (*Sinim/Turkije*), r.o. 63.

¹³³² EHRM 6 juni 2017, 9441/10 (*Sinim/Turkije*), r.o. 63.

¹³³³ EHRM 6 juni 2017, 9441/10 (*Sinim/Turkije*), r.o. 63-64.

¹³³⁴ Zie over culpoze levensberoving door particulieren ook Van Kempen 2008, p. 32-33.

Het is zeer wel mogelijk dat, gelet op de door artikel 2 EVRM beschermde belangen, geen onderscheid mag worden gemaakt tussen overheidsdienaren en gewone burgers. Dat zou betekenen dat de algemene staatsverplichtingen tot bescherming van het leven – die voor zowel publieke als private activiteiten geldt¹³³⁵ – ook met zich brengt dat strafvervolging mogelijk moet zijn in geval van onachtzaamheid door een particulier die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid. Ondersteuning voor dit standpunt kan worden gevonden in de overwegingen van het EHRM in *Calvelli & Ciglio/Italië*. Bij de beoordeling of de nalatige arts strafrechtelijk had dienen te worden vervolgd, speelde geen enkele rol dat het hier om een particulier ging.¹³³⁶

3.4.3 De strafbaarstelling in Nederland vergeleken

3.4.3.1 Opzettelijke (levens)delicten getoetst

Het recht op leven wordt in Nederland allereerst beschermd door de strafbare feiten moord (art. 289 Sr) en doodslag (art. 287 Sr). Beide strafbepalingen omvatten delictsbestanddelen met een open karakter. Strafbaar is hij die opzettelijk – in het geval van moord met voorbedachten rade – een ander van het leven berooft. Deze formulering laat in het midden hoe de dood van de ander is veroorzaakt. De levensberoving kan in de praktijk dan ook op zeer veel verschillende manieren worden veroorzaakt. Bovendien lenen de strafbepalingen zich zowel voor toepassing in de publieke sfeer als in de privésfeer. Hiermee is het potentiële toepassingsgebied van de delicten moord en doodslag erg ruim.

Naast de misdrijven moord en doodslag waarbij de dood een beoogd gevolg is van de gedragingen zijn in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht en in het bijzonder strafrecht¹³³⁷ ook verschillende door het gevolg gekwalificeerde delicten opgenomen. Wanneer mishandeling (met voorbedachten rade) onbedoeld zwaar lichamelijk letsel (art. 300 lid 2 Sr en 301 lid 2 Sr) of de dood ten gevolge heeft (art. 300 lid 3 Sr en 301 lid 3 Sr) dan geldt een verhoogde strafbedreiging. Datzelfde geldt bijvoorbeeld voor de situatie waarin het slachtoffer als gevolg van een zware mishandeling (met voorbedachten rade) overlijdt (art. 302 lid 2 Sr en 303 lid 2 Sr).

Zowel moord, doodslag als (zware) mishandeling behoren tot de misdrijven die worden gekenmerkt door het intreden van het gevolg. Ook niet voltooide delicten zijn naar Nederlands recht strafbaar. Op grond van artikel 45 Sr is een poging tot een misdrijf strafbaar, wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard.¹³³⁸ Het geldend criterium om te bepalen of er sprake is van een begin van uitvoering is of een gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf.¹³³⁹ In bepaalde gevallen bestaat er al strafbaarheid in een fase die nog voorafgaat aan de poging. Dat is het geval wanneer de gedragingen op zijn te bestempelen als voorbereidingshandelingen (art. 46 Sr). Dit systeem lijkt voldoende

¹³³⁵ EHRM 30 november 2004, 48939/99, r.o. 71 (*Öneryıldız/Turkije*).

¹³³⁶ Van Kempen 2008, p. 33 onder verwijzing naar EHRM 17 januari 2002, 32967/96, r.o. 9, 13, 51-57 (*Calvelli & Ciglio/Italië*).

¹³³⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 6 WVV.

¹³³⁸ Met uitzondering van de poging tot eenvoudige mishandeling (vgl. art. 300 lid 5 Sr). Zie ook HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1749, r.o. 2.4. Het 'enkele' opheffen van een hand om een ander te treffen is bijvoorbeeld niet strafbaar.

¹³³⁹ HR 24 oktober 1978, NJ 1979/52 (*Cito-arrest*).

mogelijkheden te bieden om een stadium dat voorafgaat aan de voltooiing van een delict te kunnen vervolgen en bestraffen.

Met de hiervoor beschreven waaiers aan strafbaarstellingen en de mogelijkheden die artikel 45 Sr biedt, lijkt te zijn voldaan aan de (betrekkelijk geringe) vereisten die het EHRM op het gebied van de opzettelijke inbreuken stelt. Een uitbreiding of wijziging van de strafbaarstellingen in Nederland is dan ook niet noodzakelijk.¹³⁴⁰

3.4.3.2 Niet opzettelijke (levens)delicten getoetst

Naast de hiervoor beschreven strafbare feiten beschermen ook verschillende andere strafbepalingen het recht op leven. Waar het om niet opzettelijk doden gaat, springt het delict dood door schuld (art. 307 Sr) het meest in het oog. Net zoals bij moord en doodslag heeft de wetgever bij de vormgeving van deze strafbepaling onder ogen gezien dat de dood van een ander in het dagelijks leven op een oneindig aantal verschillende manieren kan worden veroorzaakt. Het resultaat is een zeer open geformuleerde delictomschrijving: “hij aan wiens schuld de dood van een ander te wijten is”. Onder de delictomschrijving valt zonder meer het door autoriteiten (met veronachtzaming van hun taken en bevoegdheden) achterwege laten van de noodzakelijk (preventieve) maatregelen tegen bekende levensbedreigende risico’s te scharen. Daarmee lijkt de strafbepaling te voldoen aan de EVRM-vereisten.¹³⁴¹

Met betrekking tot de (potentiële) nieuwe categorieën van gevallen waarin strafvervolgning mogelijk moet zijn, kan worden opgemerkt dat het Nederlands recht deze voldoende lijkt ‘af te dekken’. De hiervoor beschreven niet-opzettelijke delicten zijn contextneutraal. Zij lenen zich met andere woorden zowel voor toepassing in de publieke sfeer als in de privésfeer. Een verplichting tot strafbaarstelling van niet-opzettelijke doodsveroorzaking als gevolg van gevaarlijke (industriële) activiteiten of natuurrampen zal dan ook geen problemen opleveren voor de Nederlandse praktijk.

3.5 Tussenbeschouwing

De werkwijze van het Hof heeft consequenties voor de ruimte die het heeft om inhoudelijke eisen te stellen aan de strafbaar te stellen gedragingen. In de eerste situatie (modern slavernij) – waarin de verplichting tot strafbaarstelling wordt aangenomen onder verwijzing naar internationale verplichtingen – kan het EHRM op grond van de van toepassing zijnde verdragen vrij specifiek aangeven welke gedragingen verboden dienen te zijn. Het Hof neemt hier – door een (gedetailleerd) overzicht te geven van de strafbaar te stellen gedraging – de leiding over de uitvoering van internationale verdragen. Het vult in wat de (minimale) reikwijdte van de strafbaarstelling zou moeten zijn. Op welke wijze vervolgens gehoor moet worden gegeven aan de verplichting tot strafbaarstelling (via een algemene of specifieke strafbaarstelling) volgt niet uit de overwegingen van het Hof. Ook bevatten zij geen dwingende bepalingen ter zake van de kwalificatie van strafbare feiten op nationaal niveau. Dat ligt eigenlijk ook wel voor de hand. Uiteindelijk gaat het om het te bereiken resultaat (bijvoorbeeld: effectieve bestrijding van mensenhandel). De keuze van vorm en middelen wordt aan de verdragsstaten

¹³⁴⁰ Vgl. De Hullu 2015, p. 43.

¹³⁴¹ Van Kempen 2008, p. 30; Rijnhout, Sikkema & De Zanger 2014, p. 18

gelaten. Voor een optimale strafrechtelijke bescherming behoeven niet alle bijzondere bestanddelen letterlijk gelijkkluidend te zijn.

In de zaken waarin het EHRM zelf nagaat of het in wezen strafwaardige gedragingen betreft, zoals bij zedendelicten, wordt niet in zijn algemeenheid vastgesteld voor welke situaties strafbaarstellingen zijn vereist en wat de reikwijdte ervan zou moeten zijn. Wel kan aan de hand van de concrete beoordeling van alle omstandigheden van het geval worden vastgesteld wat de plicht in deze specifieke zaak wel en niet inhoudt. In een enkel geval zet het EHRM aan tot een weloverwogen keus van de bestanddelen die deel uitmaken van de delictomschrijving. Dat doet het EHRM alleen waar sprake is van consensus in het nationale recht van de verschillende staten. Voor het vaststellen van die convergentie van rechtsopvattingen verwijst het EHRM zowel naar regelgeving als rechtspraak. Zo blijkt er Europese consensus te bestaan over het feit dat het alleen de afwezigheid van instemming – en dus niet ook (bedreiging met) geweld – een constitutief vereiste voor het kunnen aannemen van verkrachting is.

De keuze voor een specifieke of een algemene ‘all round’ strafbepaling wordt ook hier weer overgelaten aan de verdragstaten. Als er maar strafrechtelijk kan worden opgetreden. Het komt erop neer dat er toepasbare strafbepalingen dienen te zijn die adequaat (kunnen) beschermen. De gekozen aanpak van het EHRM is mijns inziens gepast. Het EHRM verlangt de inzet van het strafrecht waar het gaat om ‘extreme’ aangelegenheden en/of situaties waarin sprake is van een algemene statenpraktijk van strafbaarstelling. Er is in die zin dus voldoende overeenstemming over de kern van de laakbare gedragingen. Daarbij beperkt het zich tot het formuleren van een algemene verplichting tot strafbaarstelling. Verder dan dat kan het EHRM mijns inziens ook niet gaan. Een gedetailleerde omschrijving van de strafbare gedragingen, is – wanneer geen aansluiting gezocht kan worden bij internationale verdragen – moeilijk te verzoenen met het subsidiariteitsbeginsel.

Wat de delictgroep levensdelicten betreft, is het erg lastig is om uit de rechtspraak van het EHRM minimumvereisten af te leiden die relevant zijn voor de inhoud en de vormgeving van de strafbaarstelling. Anders dan bij de verplichting tot strafbaarstelling van moderne slavernij en zedendelicten, zet het EHRM hier niet aan tot een weloverwogen keus van de bestanddelen die deel uitmaken van de delictomschrijving. Dat viel ook te verwachten omdat het Hof op dit terrein – een enkele uitzondering daargelaten – veelal niet kan aansluiten bij in internationaal verband vastgestelde juridisch bindende normen of internationale soft law instrumenten.

4 Immunititeit

4.1 Introductie

In 2015 is het wetsvoorstel ter afschaffing van de strafrechtelijke immunititeit van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers met één stem verschil verworpen.¹³⁴² Dat betekent dat de Staat en (in bepaalde gevallen) decentrale overheden door middel van een door de rechter in het leven geroepen vervolgingsuitsluitingsgrond nog steeds bescherming genieten tegen strafrechtelijke procedures. Wanneer een geslaagd beroep op deze vervolgingsuitsluitingsgrond kan worden gedaan, komt de rechter niet toe aan de vraag naar de strafbaarheid van de gedraging. De officier van justitie wordt niet-

¹³⁴² *Handelingen I* 2015/16, 7, item 5. Zie hierover onder andere Peters 2016 en Kummeling & Vetzo 2016.

ontvankelijk verklaard. In de literatuur is betoogd dat met een Straatsburgse bril een dergelijke uitkomst onder omstandigheden niet aanvaardbaar is.¹³⁴³ In deze paragraaf wordt onderzocht of dat daadwerkelijk het geval is. Moet de EHRM-rechtspraak inzake de positieve verplichtingen gevolgen hebben voor de strafrechtelijke immuniteiten die de Staat, de decentrale overheden en hun feitelijke leiding- en opdrachtgevers genieten? Daartoe zal allereerst in worden gegaan op de EHRM-rechtspraak waarin een verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure jegens overheidsfunctionarissen en -organen is geformuleerd. Vervolgens wordt het strafrechtelijke instrumentarium besproken dat in Nederland voorhanden is.¹³⁴⁴ In paragraaf 4.4 wordt dit instrumentarium langs de lat van het EVRM gelegd. Ten slotte komt in de laatste deelparagraaf een mogelijke oplossingsrichting aan de orde.

4.2 Positieve verplichtingen

4.2.1 De verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure

Zoals hiervoor in paragraaf hoofdstuk 2, paragraaf 4.3.2 is beschreven, eist het EHRM bij opzettelijke en – onder bepaalde omstandigheden – ook bij niet-opzettelijke levensberoving de inzet van het strafrecht ter bescherming van het recht op leven. De Staat is in die gevallen verplicht een strafrechtelijk systeem op te zetten. Dat systeem moet effectief zijn; verantwoordelijken moeten voor hun gedragingen strafrechtelijk aansprakelijk (kunnen) worden gesteld. Op Staten rust bovendien de verplichting om in een concreet geval een (effectief) strafrechtelijk onderzoek te doen. Dat geldt niet alleen in geval van levensberoving tussen burgers, maar ook in het geval waarin individuen om het leven zijn gekomen als gevolg van het handelen (of nalaten) van verantwoordelijke overheidsorganen of functionarissen. Veelal is dan sprake van de eerste categorie van zaken (opzettelijke inbreuk op het recht op leven). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een schietpartij.¹³⁴⁵ Het EHRM heeft in deze zaken de zogenoemde procedurele verplichting uitgebreid in die zin dat op de nationale autoriteiten zelfs de plicht rust om de verantwoordelijken te identificeren en te straffen. Dit is een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting.¹³⁴⁶ Wanneer overheidsfunctionarissen of -organen een ernstiger verwijt valt te maken dan een simpele inschattingsfout of onvoorzichtigheid door niet adequaat op te treden ten aanzien van een (bekend) serieus risico dat leidt tot de dood van een of meer personen, kan het niet initiëren van een strafrechtelijke procedure tegen de verantwoordelijken ook een schending van artikel 2 EVRM opleveren. Van een ernstiger verwijt dan een simpele inschattingsfout of onvoorzichtigheid is sprake wanneer onvoldoende preventieve maatregelen zijn genomen ten aanzien van een (bekend) serieus risico op een dodelijk ongeval. Vanuit de optiek van het EVRM, dient er in die gevallen eveneens een mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging te bestaan.¹³⁴⁷

¹³⁴³ Alkema NJ 2005/210, Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 88; Van den Munckhoff 2008, p. 577; Rijnhout, Sikkema & De Zanger 2014, p. 20.

¹³⁴⁴ Niet zal worden ingegaan op de meer op de ‘functie’ geënte staatsrechtelijke vervolgingsuitsluitingsgronden, zoals de immuniteit van de koning (art. 42 lid 2 Gw), volksvertegenwoordigers (art. 71 Gw), leden van de gedeputeerde staten (art. 22 en 57 Gemeentewet) en Staatsraden (art. 122 Wet op de Raad van State). Deze zeggen weinig over de voor dit boek relevante strafwaardigheid van een gedraging.

¹³⁴⁵ Zie met betrekking tot Nederlandse militairen bijvoorbeeld EHRM 20 november 2014, 47708/08 (*Jaloud/Nederland*).

¹³⁴⁶ EHRM 4 mei 2001, 24746/94 (*Hugh Jordan/VK*), r.o. 107.

¹³⁴⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 93.

In *Öneryıldız/Turkije* verlangt het EHRM geen vervolging van ‘state bodies’. Desalniettemin lijkt de vervolging van ‘state bodies’ wel geïmpliceerd te worden wanneer die ‘bodies’ normadressaat van de positieve verplichting tot het nemen van preventieve maatregelen zijn. ‘Those responsible for endangering life’ lijkt namelijk niet alleen terug te slaan op overheidsfunctionarissen, maar ook op overheidsorganen.¹³⁴⁸ De hierna te beschrijven zaak *Kalender* biedt een aanknopingspunt.

4.2.2 Toepassing in de rechtspraak van het EHRM: de zaken *Kalender* en *Oruk*

Ook in latere zaken komt de verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure aan de orde. Ik bespreek ter illustratie een tweetal zaken, te weten (1) *Kalender/Turkije* en (2) *Oruk/Turkije*. Deze bespreking biedt meer inzicht in de wijze waarop het EHRM omgaat met de strafrechtelijke aanpak van overheden. In de zaak *Kalender/Turkije* gaat het om een man die samen met zijn moeder de trein van Istanbul naar Pamukova neemt. Bij aankomst stappen ze aan de verkeerde kant van de trein uit. Wanneer ze vervolgens het spoor proberen over te steken, worden ze dodelijk getroffen door een goederentrein. Naar aanleiding van dit incident wordt de machinist vervolgd wegens dood door schuld. In drie deskundigenrapporten wordt echter geconcludeerd dat de machinist van de goederentrein geen blaam treft. Zowel de twee slachtoffers als de TCDD, de Turkse spoorwegmaatschappij, worden verantwoordelijk geacht voor het ongeluk. De TCDD, een Staatsbedrijf, wordt verweten dat het onvoldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen. Er was geen perron aanwezig en adequate verlichting ontbrak. Ook was er geen personeel aanwezig om reizigers te informeren. De rechtbank van Pamukova spreekt de machinist op basis van genoemde rapporten vrij. Zij draagt het parket van Pamukova op om de TCDD te vervolgen. Dat bevel wordt echter niet opgevolgd.

Het EHRM merkt het treinverkeer als een (potentieel) gevaarlijke activiteit aan. Het oordeelt dat er inderdaad onvoldoende preventieve maatregelen zijn genomen tot afwendings van de daarmee gepaard gaande risico’s. Zelfs de meest basale veiligheidsmaatregelen ontbraken.¹³⁴⁹ Er is sprake van een verwijtbare fout die ernstiger is dan een simpele inschattingfout of onvoorzichtigheid, zo oordeelt het Hof. In dat geval is een strafrechtelijke reactie vereist.¹³⁵⁰ Een dergelijke reactie was in theorie mogelijk nu – net zoals in *Öneryıldız/Turkije* – de gedragingen in de artikelen 230 en 455 van het Turkse Wetboek van Strafrecht strafbaar waren gesteld (nalatigheid in de uitoefening van publiekrechtelijke taken dan wel doodslag door nalatigheid).¹³⁵¹ Vervolgens gaat het EHRM in op de gerechtelijke procedures die zijn gevoerd. De autoriteiten hebben de zaak naar het oordeel van het EHRM niet de vereiste aandacht (‘l’attention voulue’) gegeven die, gelet op de ernst van de gevolgen van het ongeluk (twee doden) vereist was. Anders dan in *Öneryıldız* werd Staatsbedrijf TCDD in het geheel niet vervolgd. Dit levert een schending van artikel 2 EVRM op.¹³⁵²

Ten tweede kan worden gewezen op *Oruk/Turkije* waarin een strafrechtelijk onderzoek vereist was nadat een – na een militaire oefening achtergebleven – niet-ontplofte mortier was geëxplodeerd in de handen van kinderen die de mortier hadden gevonden. Zes kinderen zijn als gevolg daarvan overleden. De militaire autoriteiten hadden het oefengebied niet afgezet en geen borden geplaatst en hadden evenmin op andere wijze gewaarschuwd voor het gevaar. Na onderzoek constateert de militaire

¹³⁴⁸ E. Gijselaar, ‘Strafvervolging gemeente Stichtse Vecht: laatste woord hierover nog niet gezegd’, blog.ucall.nl 29 januari 2018.

¹³⁴⁹ EHRM 15 december 2009, 4314/02 (*Kalender/Turkije*), r.o. 45-50.

¹³⁵⁰ EHRM 15 december 2009, 4314/02 (*Kalender/Turkije*), r.o. 52.

¹³⁵¹ EHRM 15 december 2009, 4314/02 (*Kalender/Turkije*), r.o. 55.

¹³⁵² EHRM 15 december 2009, 4314/02 (*Kalender/Turkije*), r.o. 56-58.

aanklager dat niet kan worden vastgesteld op welke datum en door welke eenheid de explosieven zijn achtergelaten, of de dorpsbevolking op de hoogte is gesteld van de oefeningen, en dat eventueel verantwoordelijken niet kunnen worden geïdentificeerd. Nu de precieze toedracht niet duidelijk is geworden, wordt besloten niet tot vervolging over te gaan. Oruk, de moeder van een van de kinderen, gaat in beroep tegen dat besluit. Dat beroep wordt door een militair tribunaal verworpen.

Het EHRM stelt vast dat het om een gevaarlijke activiteit gaat. Het oordeelt dat de verantwoordelijke autoriteiten hebben nagelaten om preventieve maatregelen te nemen. Dit nalaten overstijgt ‘la simple négligence’.¹³⁵³ Ook nu weer overweegt het Hof dat het niet initiëren van een strafrechtelijke procedure tegen de verantwoordelijken bij een dusdanig ernstig verwijt een schending van artikel 2 EVRM kan opleveren. In deze zaak had de doodsoorzaak van het zoontje van klager achterhaald moet worden en had (strafrechtelijk) vastgesteld moeten worden wie hiervoor verantwoordelijk is.¹³⁵⁴

Hoewel het vanwege de casuïstische benadering van het EHRM soms onduidelijk is welke algemene conclusies aan uitspraken verbonden kunnen worden, komt er in mijn ogen een duidelijke algemene lijn uit de beschreven zaken naar voren. In geval van gevaarlijke activiteiten lijkt een inspanningsverplichting te bestaan om een strafprocedure tegen overheidsfunctionarissen of –organen te initiëren wanneer zij niet adequaat hebben opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico op een dodelijk slachtoffer. Daarbij is de ernst van het nalaten van cruciaal belang. Alleen wanneer de drempel van ‘negligence that goes beyond an error of judgment or carelessness’ wordt overschreden, bestaat voor de Staat op grond van het EVRM een inspanningsverplichting om een strafprocedure te initiëren.

4.2.3 Toepassingsgebied van de verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure

De hiervoor beschreven zaken zien stuk voor stuk op gevaarlijke activiteiten. Dat roept de vraag op of de verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure jegens overheidsfunctionarissen of –organen ook in andere contexten ‘opduikt’. Dat zou het geval kunnen zijn bij natuurrampen en terrorisme. Wat betreft natuurrampen kan worden gewezen op de zaak *Budayeva e.a./Rusland*. In deze zaak blijkt de nadruk bij de beoordeling van de procedurele verplichting op grond van artikel 2 EVRM minder te liggen op de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het EHRM neemt ook andere vormen van aansprakelijkheid (bestuursrechtelijk en civielrechtelijk) in ogenschouw.¹³⁵⁵ Omdat de Staat in geval van natuurrampen over de oorzaak van het gevaar minder controle heeft en het gevaar daardoor minder goed kan worden afgewend, lijkt het EHRM Staten niet te willen verplichten een strafrechtelijke aansprakelijkheid in te voeren.

Ook in zaken waarin het om terrorisme gaat, is tot op heden de verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure nog niet aan de orde geweest. In de zaak *Tagayeva e.a./Rusland* had het EHRM de gelegenheid om de ‘*Öneryıldız*-verplichting’ toe te passen op terrorisme. Dat heeft het hof echter nagelaten. Deze zaak betreft het gijzelingsdrama in Beslan in 2004. Tsjetsjeense terroristen hadden daar ruim 1.000 mensen – waaronder 800 kinderen – gegijzeld in een schoolgebouw. Na twee dagen besloten de autoriteiten in te grijpen en de gegijzelden te ontzetten; zij deden dat met zwaar geweld, waaronder raketten en vlammenwerpers. Bij deze operatie vielen vele doden, onder meer

¹³⁵³ EHRM 4 februari 2014, 33647/04 (*Oruk/Turkije*), r.o. 65.

¹³⁵⁴ EHRM 4 februari 2014, 33647/04 (*Oruk/Turkije*), r.o. 65-68.

¹³⁵⁵ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 161-165.

doordat het gebouw in brand vloog en daardoor het dak instortte. In totaal lieten ongeveer 330 gegijzelden het leven. Nog veel meer mensen raakten gewond.

Voor het EHRM is onder meer de vraag aan de orde of de gijzeling voorkomen had kunnen worden. Het Hof stelt kort gezegd vast dat de Russische autoriteiten beschikten over voldoende informatie om te kunnen verwachten dat er op die dag bij een schoolgebouw een terroristische aanval zou kunnen plaatsvinden. Uit eerdere ervaring wisten zij dat daarbij veel geweld gebruikt kon worden. Tegelijkertijd stelt het Hof vast dat er maar weinig maatregelen zijn getroffen om schoollocaties te beveiligen; tijdens de festiviteiten op de school in Beslan was maar één enkele agente aanwezig. Dat maakt dat de Staat naar het oordeel van het EHRM te weinig preventieve maatregelen heeft genomen.¹³⁵⁶

Het Hof stelt weliswaar verschillende procedurele tekortkomingen vast, maar gaat daarbij niet in op de vraag of er voldoende is gedaan om een strafrechtelijke procedure te initiëren tegen de overheidsfunctionarissen of -autoriteiten die onvoldoende veiligheidsmaatregelen hebben genomen om de levens van burgers te beschermen. Van ‘full accountability of State officials or authorities’ kan in ieder geval niet worden gesproken. Zij zijn vrijgesproken of jegens hen is ‘amnesty’ verleend.¹³⁵⁷ Onduidelijk is waarom het EHRM een bespreking hiervan achterwege laat. Verlangt het Hof minder dan in de context van gevaarlijke activiteiten? Wil het EHRM ook hier de Staten niet verplichten om strafrechtelijk aansprakelijkheid in te voeren? Daar lijkt het wel op.

Ten slotte valt op dat het in de hiervoor besproken gevallen waarin een verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure is aangenomen, gaat om extreme gevallen, waarin doden zijn te betreuren. De scope van deze uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting beperkt zich echter niet alleen tot gevallen waarin daadwerkelijk doden te betreuren zijn, zo blijkt uit *Kolyadenko e.a./Rusland*.¹³⁵⁸ Het EHRM heeft in deze uitspraak artikel 2 EVRM van toepassing geacht op de klagers die thuis waren op het moment dat hun straat en woningen overstromden door de vrijlating van het water uit een stuwmeer.¹³⁵⁹ Ten aanzien van het nalaten om preventieve maatregelen te nemen, acht het EHRM strafrechtelijke afdoening op zijn plaats.¹³⁶⁰

4.3 Nederlands recht

4.3.1 (On)mogelijkheden om de centrale overheid en decentrale overheden te vervolgen

Bij de beantwoording van de vraag of strafrechtelijke overheden immuniteit genieten, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de centrale overheid en decentrale overheden. Wat betreft de Staat (de centrale overheid) heeft de Hoge Raad in het *Volkel*-arrest bepaald dat per definitie sprake is van immuniteit als het delict door hem wordt begaan. De Hoge Raad aanvaardde in dit arrest een algemene vervolgingsuitsluitingsgrond:

¹³⁵⁶ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 491-493.

¹³⁵⁷ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 354 e.v.

¹³⁵⁸ Zie hierover ook hoofdstuk 2, 4.2.

¹³⁵⁹ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 153-155. Met betrekking tot de klagers die op dat moment niet thuis waren en dus niet hadden hoeven vluchten voor het water overweegt het EHRM dat hun leven niet door de overstroming bedreigd is, zodat artikel 2 EVRM op hen niet van toepassing is.

¹³⁶⁰ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (*Kolyadenko e.a./Rusland*), r.o. 190 en 194-203.

“Als uitgangspunt heeft te gelden dat de handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken. Voor de handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen in het algemeen verantwoordelijk schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdrijven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht op de voet van de artikelen 483 en volgende Sv. Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.”¹³⁶¹

De Staat kan dus niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. In de praktijk heeft dit bijvoorbeeld geresulteerd in de afwijzing van het beklag van milieuorganisatie Greenpeace tegen de beslissing van de officier van justitie om de Staat niet te vervolgen ter zake van de overbrenging van het ‘asbestschip’ Otapan naar Turkije.¹³⁶²

De immuniteit van decentrale overheden is echter beperkt tot exclusieve bestuurstaken. Daarvan is sprake:

‘als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen’.¹³⁶³

Voor de beantwoording van de vraag of de verdachte immuniteit geniet, is slechts van belang of de tenlastegelegde gedraging voldoet aan deze eisen.¹³⁶⁴ Beslissend is of de tenlastegelegde gedraging zelf ‘exclusief’ is.¹³⁶⁵ Van exclusiviteit is bijvoorbeeld geen sprake bij het feitelijk inzamelen en transporteren van afvalwater.¹³⁶⁶ In dat geval behoort de vervolging van decentrale overheden tot de mogelijkheden. Wanneer dan wel sprake is van exclusieve bestuurstaken, is moeilijk te zeggen. Immuniteit lijkt in ieder geval te kunnen worden aangenomen als het gaat om vergunningverlening en toezicht op en handhaving van (de naleving van) vergunningen.¹³⁶⁷

Uit de discussie in de literatuur blijkt dat het ‘taakcriterium’ ruimte laat voor uiteenlopende interpretaties. Volgens de ene groep auteurs laat dit criterium slechts een minimale immuniteit voor

¹³⁶¹ HR 25 januari 1994, NJ 1994/598 (*Volkel*), r.o. 6.1-6.3.

¹³⁶² Hof Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448 (*Otapan*), r.o. 7.1.2.

¹³⁶³ HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342 (*Pikmeer II*), r.o. 5.7.

¹³⁶⁴ HR 30 juni 1998, NJ 1998/819 (*Gouden Bodem*), r.o. 5.4.2.

¹³⁶⁵ Conclusie A-G Knigge voor HR 18 september 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA6575 (*Gemeente Zederik*).

¹³⁶⁶ HR 18 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6575 (*Gemeente Zederik*), r.o. 4.3-4.6. Ook in de volgende gevallen was naar het oordeel van de verschillende rechterlijke instanties geen sprake van een exclusieve overheidstaak: Rb. Utrecht 9 juli 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AH9535 (*Verdronken brandweerman*); Rb. Assen 2 november 2005, ECLI:NL:RBASS:2005:AU5334 (*Lozing Waterschap Velt en Vecht*); Hof Arnhem-Leeuwarden 2 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10631 (*Lozing Gemeente Beuningen*).

¹³⁶⁷ Hof Arnhem 23 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7956 (*Vuurwerkkramp Enschede*), r.o. 16-18. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Overijssel 15 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1297 (*Monstertruck Haaksbergen*). In de zaak over de Probo Koala wordt het gedogen van een mogelijke overtreding van artikel 10.37 Wm door de Hoge Raad ook als een gedraging in het kader van een exclusieve bestuurstak aangemerkt. Zie HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765 (*Probo Koala*), r.o. 3.4.

decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen in stand; de andere groep auteurs meent daarentegen dat het nog steeds een flink deel van overheidsactiviteiten van strafrechtelijke aansprakelijkheid uitzondert.¹³⁶⁸

4.3.2 (On)mogelijkheden om ambtenaren te vervolgen

Naast publiekrechtelijke rechtspersonen, kunnen ook ambtenaren worden vervolgd. Naar Nederlands recht bestaan verschillende mogelijkheden om hen te vervolgen. Allereerst kunnen ambtenaren ‘uit eigen hoofde’ strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Zij kunnen, net als iedere andere burger, de in de verschillende strafwetten opgenomen strafbare feiten plegen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan (een gekwalificeerde vorm van) dood door schuld (art. 307/309 Sr). Opgemerkt wordt dat artikel 44 Sr voorziet in een algemene strafverhoging voor ambtenaren die door het begaan van een strafbaar feit een bijzondere ambtsplicht schenden of bij het begaan van een strafbaar feit gebruik maken van macht, gelegenheid of middel hen door hun ambt geschonken.¹³⁶⁹

Het Wetboek van Strafrecht bevat ook een categorie strafbare feiten die alleen door personen die de ambtelijke hoedanigheid bezitten kunnen worden gepleegd, de zogenaamde ambtsdelicten. De reikwijdte van deze delicten is echter beperkt.¹³⁷⁰

Ten slotte kan worden gewezen op de mogelijkheid om ambtenaren als functioneel dader of als opdrachtgever of feitelijk leidinggever te vervolgen. Met betrekking tot de laatste twee genoemden zijn de mogelijkheden echter beperkt. Deze constructie mag niet worden gebruikt wanneer de Staat en/of decentrale overheden immuun zijn. De Hoge Raad heeft in *Pikmeer I* namelijk geoordeeld dat de vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden ‘zo nauw met elkaar verbonden [zijn] dat de omstandigheid dat de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf niet vervolgd kan worden (...), meebrengt dat een strafvervolgning evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam indien dezen in die hoedanigheid ter uitvoering van die bestuurstaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging.’¹³⁷¹ Hier is ook sprake van immuniteit.

4.4 Het Nederlandse strafrechtelijke instrumentarium langs de lat van het EVRM

Om te beoordelen of de verplichting tot het initiëren van een strafrechtelijke procedure, die het EHRM in extreme gevallen heeft aangenomen, in Nederland wordt waargemaakt, dient het gehele strafrechtelijke instrumentarium in de vergelijking te worden betrokken. Wanneer dit in ogenschouw wordt genomen, dan blijken er op het eerste gezicht voldoende mogelijkheden tot vervolging te bestaan. Zo is het in een met *Öneryıldız* vergelijkbare situatie onder het huidige Nederlandse recht mogelijk om

¹³⁶⁸ Zie over de discussie Rapport commissie Roelvink 2002, p. 32.

¹³⁶⁹ Deze bepaling is niet van toepassing ‘bovenop’ het hiervoor genoemde artikel 309 Sr. Zij geldt namelijk niet voor kwaliteitsdelicten. Vgl. Cleiren in: T&C Strafrecht, art. 309 Sr, aant. 7 (online, bijgewerkt 1 juli 2020) onder verwijzing naar HSR 1996 par. 4.8.7; Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht, art. 44 Sr, aant. 1 (online, bijgewerkt 1 juli 2006); HR 6 april 1948, *NJ* 1948/347; Bijzondere Raad van Cassatie 6 december 1948, *NJ* 1949/85.

¹³⁷⁰ Zie hierover Sikkema 2005, p. 589.

¹³⁷¹ HR 23 april 1996, *NJ* 1996/513 (*Pikmeer I*), r.o. 6.4. In *Pikmeer II* voegt de Hoge Raad hieraan toe dat de immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen niet van belang is bij mogelijk ‘eigen daderschap’. Zie HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342 (*Pikmeer II*), r.o. 4.4.2.

burgemeesters (en andere ambtenaren) als privépersoon voor hun gedragingen (of nalaten) te vervolgen.¹³⁷² Vooralsnog is er dus geen vuiltje aan de lucht.

Bij nadere bestudering van de Nederlandse rechtspraak blijken er echter wel degelijk problemen te bestaan. Niet in alle (extreme) gevallen die onder het toepassingsbereik van artikel 2 EVRM vallen, lijken voldoende mogelijkheden te bestaan om de ‘verantwoordelijken’ strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen stellen. Dat is het geval in de situatie waarin er geen individuele ambtenaar strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden. Sterk in het oog springend, is de zaak over de vuurwerkramp in Enschede.¹³⁷³ Op 24 september 2002 heeft het Hof Arnhem het beklag op grond van artikel 12 Sv tegen het niet vervolgen van de Staat, de gemeente Enschede en individuele ambtenaren afgewezen. Met betrekking tot de Staat is door het Hof daarbij uiteraard op het *Volkel*-arrest gewezen.¹³⁷⁴ Vervolgens heeft het Hof getoetst of het bij de vergunningsverlening, handhaving en toezicht om exclusieve bestuurstaken gaat. Dat is naar zijn oordeel het geval. Voor de vervolging van (ambtenaren als opdrachtgever of leidinggever aan het gedrag van) de gemeente is in het onderhavige geval dan ook geen ruimte. Ook bestond naar het oordeel van het Hof geen aanleiding om de ambtenaren van de Staat of van de gemeente als (fysieke) dader of medeplichtige te vervolgen. Het optreden van deze natuurlijke personen heeft in de woorden van het Hof ‘geheel plaatsgevonden in de publieke sfeer en enig eigenmachtig optreden is door klagers niet gesteld en overigens ook niet gebleken’.¹³⁷⁵

Wanneer ervan uit zou worden gegaan dat is voldaan aan het *Osman*-criterium,¹³⁷⁶ kan de vraag opkomen of de rechtspraak van de Hoge Raad inzake niet-vervolgbaarheid van overheden in dit type gevallen wel door de EVRM-beugel kan. Opvallend aan deze concrete casus is dat de brand en de fatale gevolgen daarvan in ieder geval niet (duidelijk) aan individuele ambtenaren te wijten waren. Ook lijkt van een rechtstreeks verband tussen het niet ingrijpen van individuele ambtenaren en de uiteindelijke brand en explosie niet te kunnen worden gesproken. Meer systematisch en organisatorisch falen aan de zijde van gemeente kan op grond van het huidige recht echter niet strafrechtelijk worden vervolgd.¹³⁷⁷ Als gevolg daarvan is het in de huidige situatie niet mogelijk om ‘those responsible for endangering life’ strafrechtelijk aan te pakken en dat is iets wat het EHRM nu juist wel lijkt te verlangen.

In dit verband kan ook worden gewezen op de zaak *Stichtse Vecht*.¹³⁷⁸ In deze zaak kon de ‘fout’ evenmin worden teruggebracht tot een individuele functionaris. Het ging om een nalaten van de gemeente om een bepaalde weg te onderhouden en de nodige verkeersmaatregelen te nemen. Als gevolg

¹³⁷² Vgl. Davids 2005, p. 303; Peters 2003, p. 333. In de denkbeeldige situatie waarin strafrechtelijke vervolging van overheden naar Nederlands recht wel mogelijk zou zijn, is het in mijn ogen zelfs nog maar de vraag of de verplichting tot vervolging zou worden vervuld wanneer in een situatie als deze alleen de publiekrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk zouden worden vervolgd en de verantwoordelijke ambtenaren buiten schot zouden blijven.

¹³⁷³ Zie over deze zaak meer uitgebreid hoofdstuk 3, § 2.6.3. De strafzaak tegen de beide eigenaren van SE Fireworks heeft geresulteerd in veroordelingen wegens het overtreden van milieuvoorschriften, illegale handel in vuurwerk en brand en ontploffing door schuld met de dood tot gevolg. Hof Arnhem 12 mei 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF8393 en Hof Arnhem 12 mei 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF8394. De Hoge Raad verwierp een beroep tot cassatie: HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP8469. Twee herzieningsverzoeken haalden niets uit: HR 1 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5013 en HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9301. De strafprocedure tegen een vermeende brandstichter eindigde in een vrijspraak. Zie Hof Arnhem 12 mei 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF8395.

¹³⁷⁴ Hof Arnhem 23 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7956 (*Vuurwerkramp Enschede*), r.o. 13.

¹³⁷⁵ Hof Arnhem 23 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7956 (*Vuurwerkramp Enschede*), r.o. 16-18.

¹³⁷⁶ Zie hierover hoofdstuk 2, § 4.4.2.

¹³⁷⁷ Rijnhout, Sikkema & De Zanger 2014, p. 19.

¹³⁷⁸ Rb. Utrecht 10 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5595 (*Stichtse Vecht*).

daarvan waren een motorrijdster en haar duopassagier overleden. De Hoge Raad herhaalt in zijn arrest de overwegingen uit het *Pikmeer II*-arrest (het exclusieve bestuurstaak-criterium) en voegt daaraan toe dat het in dit soort gevallen aankomt op de beoordeling van de aard van de tenlastegelegde gedraging(en) in het licht van het desbetreffende wettelijk systeem.¹³⁷⁹ Uit de overwegingen van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat het bij verkeersmaatregelen om een exclusieve bestuurstaak gaat. De Hoge Raad gaat ervan uit dat hier in de kern neerkomt op het achterwege laten van het nemen van de voor de verkeersmaatregelen vereiste besluiten.¹³⁸⁰ Hier lijkt niet te kunnen worden voldaan aan de inspanningsverplichting om een strafprocedure te initiëren. Dat kan problematisch zijn, vooral wanneer het nalaten beperkt is tot dit type maatregelen.

4.5 Een oplossingsrichting: ‘waar nodig’ uitzondering op immuniteit

Zoals ik hiervoor heb betoogd, is de uitsluiting van de vervolgbaarheid van de overheid niet in alle gevallen houdbaar. Nieuwe wetgeving zou in deze situatie soelaas kunnen bieden. Gelet op de nog vrij recente afwijzing van het wetsvoorstel inzake de strafrechtelijke immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevendenden, kan op dit terrein echter voorlopig weinig van de wetgever worden verwacht.¹³⁸¹ Om te voorkomen dat er in concrete gevallen sprake is van een schending van de positieve verplichting om een strafrechtelijke procedure te initiëren, zou wel in de rechtspraak waar nodig een uitzondering op de immuniteitsregel gemaakt kunnen worden voor die situaties waarin artikel 2 EVRM strafrechtelijke vervolging en bestraffing verlangt en het normadressaat alleen een overheidsfunctionaris of overheidsorgaan kan zijn. In dat geval dient de huidige jurisprudentiële regel (die van immuniteit uitgaat) buiten toepassing te blijven. Ik denk hierbij aan de volgende toevoeging aan de bestaande de rechtspraak:

Van toepassing van deze vervolgingsuitsluitingsgrond dient te worden afgezien als op die wijze op onaanvaardbare wijze afbreuk zou worden gedaan aan de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot het initiëren van een strafprocedure wanneer niet adequaat is opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico op een dodelijk slachtoffer.¹³⁸²

Een dergelijke clausule biedt de mogelijkheid om waar nodig in concrete gevallen alsnog tot vervolging over te gaan. Op die wijze kan maatwerk worden geboden.

5 Opsporing en onderzoek

5.1 Introductie

¹³⁷⁹ HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236 (*Stichtse Vecht*), r.o. 3.5.

¹³⁸⁰ Volgens Sikkema & Gijsselaar vragen zich af of dit terecht is waar het om de plaatsing van een waarschuwingsbord gaat. Zie E. Sikkema & E. Gijsselaar, ‘Het Stichtse Vecht-arrest: duidelijkheid over immuniteit?’, blog.ucall.nl 3 april 2018.

¹³⁸¹ Zie hierover ook Kummeling & Vetzo 2016.

¹³⁸² Letterlijk overgenomen uit E. Gijsselaar, ‘Strafvervolging gemeente Stichtse Vecht: laatste woord hierover nog niet gezegd’, blog.ucall.nl 29 januari 2018.

Om EVRM-rechten effectief te beschermen, kan niet worden volstaan met louter strafbaarstellingen. De strafrechtelijke wetgeving dient daadwerkelijk te worden gehandhaafd. Dat betekent dat onder omstandigheden preventieve maatregelen genomen moeten worden en strafbare feiten (waar mogelijk) beëindigd dienen te worden, onder andere door de inzet van strafvorderlijke instrumenten. Daarnaast moeten overtredingen van (op het EVRM geënte) strafbaarstellingen ook adequaat worden opgespoord wanneer het kwaad al is geschied.¹³⁸³

Om tot opsporing over te kunnen gaan, moet de (door de wet) voorgeschreven procedure worden gevolgd. Het strafprocesrecht en de inrichting van de strafrechtspleging is daarmee cruciaal voor de effectiviteit van het EVRM-systeem. Ook het EHRM zelf gaat daarvan uit. De verplichting tot het verrichten van (strafrechtelijk) onderzoek strekt naar zijn oordeel tot het verzekeren van de effectieve uitvoering van nationale wetgeving die het EVRM-recht beoogt te beschermen.¹³⁸⁴ Uiteraard dient het strafprocesrecht van verdragsstaten dan allereerst voldoende bevoegdheden te bevatten om tot opsporing over te kunnen gaan. Naar het zich laat aanzien beschikt Nederland daarover.¹³⁸⁵

De vraag rijst vervolgens in hoeverre de manier waarop de bestaande bevoegdheden worden toegepast, EVRM-*proof* is. Ook komt de vraag op of er in Nederland wel voldoende randvoorwaarden zijn geschapen om de wetten in de praktijk te kunnen gebruiken. Is er de garantie dat, vanuit EVRM-perspectief bezien, door de inzet van het strafvorderlijk instrumentarium al het redelijke wordt gedaan om strafbare feiten te voorkomen en te beëindigen en de waarheid te achterhalen nadat een strafbaar feit is gepleegd?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, zal allereerst worden beschreven wat het EHRM verlangt ten aanzien van het nemen van preventieve maatregelen en het beëindigen van strafbare feiten. Daarna zal in paragraaf 5.3 in kaart worden gebracht wanneer (strafrechtelijk) onderzoek is aangewezen, wanneer het onderzoek moet worden opgestart en wat de omvang en inhoud van de onderzoeksverplichting is. Om de effectiviteit van het onderzoek te kunnen garanderen, mogen er naar het oordeel van het EHRM geen (structurele) obstakels en hiaten zijn die aan de effectiviteit afbreuk doen. Op een aantal van deze obstakels en hiaten zal in paragraaf 5.4 worden ingegaan. In paragraaf 5.5 komen de voorwaarden aan de orde die het EHRM stelt om tot een effectieve strafrechtspleging te kunnen komen. Daarna volgt een korte samenvatting van de bevindingen (§ 5.6). In de slotparagraaf worden de vereisten die het EHRM stelt, vergeleken met de Nederlandse strafvordering (§ 5.7).

5.2 De verplichting tot het nemen van preventieve maatregelen en beëindiging van strafbare feiten

Het EHRM ziet een beschermende rol voor de Staat weggelegd in de vorm van een verplichting tot het treffen van preventieve maatregelen. Deze verplichting is onder meer aangenomen in geval van levensbedreigend optreden van particulieren¹³⁸⁶ of overheid¹³⁸⁷ terrorisme,¹³⁸⁸ mishandeling¹³⁸⁹ en

¹³⁸³ Overtredingen van (op het EVRM geënte) strafbaarstellingen moeten ook worden vervolgd, berecht en bestraft. Zie daarover paragraaf 6 en 7.

¹³⁸⁴ Zie met betrekking tot artikel 2 EVRM: EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 111; EHRM 6 juli 2005, 43577/98 (*Nachova/Bulgarije*), r.o. 110; EHRM 26 juli 2007, 55523/00 (*Angelova & Iliev/Bulgarije*), r.o. 94.

¹³⁸⁵ De Wilde 2016, p. 164.

¹³⁸⁶ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 147-148.

¹³⁸⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 93.

¹³⁸⁸ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 482.

¹³⁸⁹ EHRM 28 maart 2000, 22535/93 (*Mahmut Kaya/Turkije*), r.o. 115-116.

moderne slavernij.¹³⁹⁰ Om te bepalen of de autoriteiten al dan niet hebben voldaan aan de verplichting om preventieve maatregelen te nemen, hanteert het Hof het in hoofdstuk 2 beschreven *Osman*-criterium. Het niet optreden kan een schending van het EVRM opleveren, indien de betrokken autoriteiten (i) wisten of behoorden te weten van (ii) een reëel en onmiddellijk gevaar voor het leven, op aantasting van de fysieke integriteit of blootstelling aan een moderne vorm van slavernij van (een groep¹³⁹¹) burgers en (iii) hebben nagelaten om maatregelen te treffen die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hen verwacht mochten worden. De autoriteiten kunnen op de hoogte komen van een reëel en onmiddellijk risico door een melding, klacht of aangifte.¹³⁹² Daarnaast kunnen de autoriteiten ook bekend raken met een concrete dreiging door informatie van overheidsinstanties. Dit was bijvoorbeeld het geval in *Tagayeva e.a./Rusland*, waarin het ging om een gijzelingsdrama in Beslan in 2004. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat de Russische autoriteiten over voldoende informatie van overheidsinstanties beschikten om te kunnen verwachten dat er op die dag bij een schoolgebouw een terroristische aanval zou kunnen plaatsvinden. Uit eerdere ervaringen wisten zij dat daarbij veel geweld zou kunnen worden gebruikt. Concreet bestond de informatie uit ‘internal directives’ die in juli en augustus 2004 waren uitgegeven door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en de ‘Federal Security Service’, waarin werd gewaarschuwd voor een verhoogde terroristische dreiging in de Noord-Kaukasus. Het zou gaan om een ‘hostage-taking of a civilian object’. Verschillende documenten die na 25 augustus 2004 werden uitgegeven, verbonden de op handen zijnde terroristische aanval met de opening van het academisch jaar en de dag van kennis. Op deze dag organiseert elke school een feestelijke bijeenkomst die veel bezoekers trekt.¹³⁹³

Indien daartoe aanleiding bestaat, dienen de autoriteiten preventieve maatregelen te nemen die naar redelijke verwachting tot afwending van het risico leiden. Dit lijkt te wijzen op een plicht tot het nemen van die maatregelen die een redelijke kans hebben om het onheil te voorkomen. Het gaat met andere woorden niet om een resultaatsverbintenis, maar om een inspanningsverplichting. Er zijn zeer veel verschillende soorten preventieve maatregelen denkbaar. Allereerst kan gedacht worden aan maatregelen *voorafgaand* aan een strafbaar feit. Zo kan een dreiging van een terroristische aanslag naar het oordeel van het EHRM bijvoorbeeld noodzaken tot het nemen van adequate maatregelen in de vorm van het bewaken en beveiligen van personen, objecten en diensten¹³⁹⁴ en security-checks¹³⁹⁵. Daarnaast dienen burgers onder omstandigheden gewaarschuwd te worden voor een terroristische dreiging om onnodige slachtoffers te voorkomen.¹³⁹⁶ Ook moeten burgers goed geïnformeerd worden welke risico’s zijn verbonden aan bepaald gedrag of een bepaalde situatie.¹³⁹⁷

Nadat strafbare feiten zijn gepleegd, zijn ook verschillende maatregelen denkbaar waarvan een preventieve werking zou kunnen uitgaan. Allereerst verlangt het EHRM dat een strafbaar feit – waar mogelijk – beëindigd wordt. Een dergelijke verplichting komt aan de orde in een zaak over de gewelddadige verstoring van een religieuze bijeenkomst van Jehova’s getuigen. Zodra de autoriteiten

¹³⁹⁰ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 286.

¹³⁹¹ EHRM 28 maart 2000, 22492/93 (*Kılıç/Turkije*), r.o. 64; EHRM 10 oktober 2000, 22947/93, 22948/93 (*Akkoç/Turkije*), r.o. 78.

¹³⁹² Zie bijvoorbeeld EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 147-148.

¹³⁹³ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 484.

¹³⁹⁴ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 489. Zie over deze zaak meer uitgebreid § 4.2.3.

¹³⁹⁵ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 488.

¹³⁹⁶ EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (*Tagayeva e.a./Rusland*), r.o. 489.

¹³⁹⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 108.

kennis kregen van hun mishandelingen, hadden de autoriteiten naar het oordeel van het Hof zo snel en zorgvuldig mogelijk tot interventie moeten overgaan.¹³⁹⁸

Naast de beëindiging van een strafbaar feit, dienen waar nodig ook dwangmiddelen te worden ingezet om een verdachte te weerhouden van het (later) plegen van een ‘human rights offence’. Zo wordt het de autoriteiten in de zaak *Opuz* verweten niet met de vereiste zorgvuldigheid te hebben gehandeld door de man telkens te verhoren over de bij hen ingediende klachten over huiselijk geweld en bedreiging en vervolgens te laten gaan. Zij hadden hem, nadat hen duidelijk was geworden dat de man met wapens rondliep, moeten vastzetten en zijn wapens moeten ontnemen.¹³⁹⁹

Ten slotte neemt het EHRM in bepaalde zaken ook wel een verplichting aan om slachtoffers te beschermen tegen omstandigheden die niet met het EVRM te verenigen zijn. In de context van mensenhandel betekent dit dat slachtoffers onttrokken dienen te worden aan een uitbuitingssituatie.¹⁴⁰⁰

5.3 De verplichting tot het doen van (strafrechtelijk) onderzoek

5.3.1 Introductie

Als gezegd, strafbare feiten moeten op grond van het EVRM niet alleen worden voorkomen en beëindigd. Er geldt op grond van dit verdrag ook een verplichting tot het verrichten van onderzoek. De vraag rijst of het onderzoek dat moet worden uitgevoerd strafrechtelijk van aard moet zijn. Op het antwoord op deze vraag zal in 5.3.2 worden ingegaan. In de paragrafen 5.3.3 en 5.3.4 worden de voorwaarden omschreven die bepalend zijn voor het bestaan van positieve verplichting tot het verrichten van (strafrechtelijk) onderzoek. Twee voorwaarden worden onderscheiden: (1) de (potentiële) inbreuk op het EVRM dient zodanig ernstig te zijn dat strafrechtelijke bescherming vereist is en (2) de autoriteiten zijn op de hoogte van een (potentieel) strafwaardige gedraging. Vervolgens komt aan de orde (§ 5.3.5) waaraan een onderzoek op grond van het EVRM moet voldoen. Als minimumvoorwaarde blijkt het Hof een effectiviteitsvereiste te hanteren. Ten slotte komt de speciale contextgevoelige benadering aan de orde die het EHRM hanteert waar het gaat om seksueel misbruik van kwetsbare personen (§ 5.3.6).

5.3.2 Soort onderzoek: strafrechtelijk of niet?

Zo nu en dan wordt door het EHRM expliciet overwogen dat het om een strafrechtelijk onderzoek dient te gaan.¹⁴⁰¹ In andere gevallen vereist het EHRM ‘enige vorm van’ ‘effectief officieel onderzoek’.¹⁴⁰² In de praktijk zal dat voor veel verdragstaten neerkomen op een strafrechtelijk onderzoek omdat het onderzoek naar het oordeel van het EHRM moet kunnen leiden tot de vervolging, identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken.¹⁴⁰³ Met andersoortig onderzoek dan strafrechtelijk onderzoek is

¹³⁹⁸ EHRM 3 mei 2007, 71156/01 (*97 leden van de ‘Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses’ e.a./Georgië*), r.o. 111.

¹³⁹⁹ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 147-148.

¹⁴⁰⁰ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 297-298

¹⁴⁰¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 140.

¹⁴⁰² Zie bijvoorbeeld EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 111.

¹⁴⁰³ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (*McKerr/VK*), r.o. 113; EHRM 27 juli 2006, 69481/01 (*Bazorkina/Rusland*), r.o. 117. In *Öneryıldız/Turkije* overweegt het EHRM dat het onderzoek, voor zover de

dit doel moeilijk(er) te bereiken, omdat het strafprocesrecht middelen kent waarvan de toepassing buiten de strafrechtspleging doorgaans niet gebruikelijk is en veelal niet tot de mogelijkheden behoort.¹⁴⁰⁴ De toepassing van deze middelen is, zoals hierna zal blijken, vereist wanneer dat noodzakelijk is om de ‘waarheid’ aan het licht te brengen.

5.3.3 Eerste voorwaarde: belang dient strafrechtelijke te worden beschermd

Waar het gaat om gedragingen waarvoor strafbaarstellingen zijn vereist, gelden ook (strafrechtelijke) onderzoeksverplichtingen. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak bepaald dat (potentiële) inbreuken op het leven en de fysieke en geestelijke integriteit strafrechtelijk beschermd dienen te worden. Onder omstandigheden dient ook het eigendomsbelang onder de hoede van het strafrecht te worden geplaatst.¹⁴⁰⁵ Strafrechtelijke onderzoeksverplichtingen zijn aangenomen in zaken waar het gaat om levensdelicten,¹⁴⁰⁶ mishandeling¹⁴⁰⁷, verkrachting,¹⁴⁰⁸ en bedreiging van het lichamelijk en geestelijk welzijn van een minderjarige.¹⁴⁰⁹ Daarnaast dienen (moderne vormen van) slavernij,¹⁴¹⁰ ‘unacknowledged’ detentie¹⁴¹¹ en inbreuken op artikel 1 EP die van een ‘criminal nature’ zijn, zoals een inbraak¹⁴¹² onderzocht te worden. Ook wanneer niet valt vast te stellen of sprake is van een materiële schending van een EVRM-recht en/of niet helemaal zeker is dat een dode valt te betreuren, dient de Staat aan zijn onderzoeksverplichting te voldoen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij langdurige vermissing.¹⁴¹³ Ten slotte dient de Staat ook een onderzoek uit te voeren wanneer een door gewelddadig optreden van de autoriteiten veroorzaakt overlijden of levensgevaar géén schending van artikel 2 EVRM inhoudt, bijvoorbeeld omdat van gerechtvaardigd noodweer sprake is.¹⁴¹⁴

5.3.4 Tweede voorwaarde: wist of behoorde te weten

Een tweede voorwaarde voor het aannemen van een positieve verplichting is dat de staat kennis heeft of had behoren te hebben van een (potentieel) strafwaardige gedraging. De autoriteiten dienen naar het oordeel van het EHRM naar aanleiding van verschillende soorten informatie een onderzoek te starten. Zoals in paragraaf 4.4.2 reeds is beschreven, kan de aanleiding een aangifte en/of (formele) klacht zijn.¹⁴¹⁵ Maar ook wanneer geen aangifte is gedaan of geen (formele) klacht is ingediend, dienen de autoriteiten in actie te komen. Zij dienen uit eigen beweging te handelen zodra een zaak onder hun

uitkomsten daarvan dat rechtvaardigen, moet kunnen leiden tot de oplegging van ‘strafrechtelijke sancties’. Zie EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkije*), r.o. 94.

¹⁴⁰⁴ Van Kempen 2008, p. 44.

¹⁴⁰⁵ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

¹⁴⁰⁶ EHRM 24 maart 2011, 23458/02 (*Giuliani & Gaggio/VK*), r.o. 298.

¹⁴⁰⁷ EHRM 13 december 2012, 39630/09 (*El-Masri/Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), r.o. 182.

¹⁴⁰⁸ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 152 en 153.

¹⁴⁰⁹ EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 46.

¹⁴¹⁰ EHRM 13 november 2012, 4239/08 (*C.N./VK*), r.o. 69.

¹⁴¹¹ EHRM 13 december 2012, 39630/09 (*El-Masri/Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), r.o. 233.

¹⁴¹² EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

¹⁴¹³ EHRM 10 mei 2001, 25781/94 (*Cyprus/Turkije*), r.o. 132.

¹⁴¹⁴ EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai/Nederland*), r.o. 322.

¹⁴¹⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 28 januari 2014, 35810/09 (*O’Keefe/Ierland*), r.o. 148.

aandacht komt.¹⁴¹⁶ Startinformatie kan in die gevallen ook direct afkomstig zijn van een particulier. Daarbij kan gedacht worden aan een tip of melding.¹⁴¹⁷ Zo schept de enkele wetenschap van de overheid van een (al dan niet verdacht) sterfgeval *ipso facto* een verplichting tot effectief onderzoek naar de omstandigheden waaronder het sterfgeval zich heeft voorgedaan.¹⁴¹⁸

5.3.5 Adequaat, grondig & zorgvuldig onderzoek

Met het onderzoek wordt, zoals in de inleiding reeds beschreven, beoogd om de effectieve implementatie te verzekeren van de strafrechtelijke wetgeving die de EVRM-rechten beschermt. Om dit doel te kunnen bereiken, moet het onderzoek allereerst in staat zijn om te kunnen achterhalen wat de toedracht van de feiten is.¹⁴¹⁹ Ten tweede dient het onderzoek – als gezegd – ter identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken.¹⁴²⁰ Het betreft hier geen resultaatsverplichting, maar een inspanningsverplichting.¹⁴²¹ Net zoals bij de beoordeling van de nakoming van andere positieve verplichtingen, maakt het EHRM bij de beoordeling van de effectiviteit van het onderzoek een totaalafweging. Zoals reeds verwoord door Van Kempen zal het onderzoek in zijn algemeenheid ‘zodanig breed, diepgaand en grondig moeten zijn dat het adequaat is om de feiten en omstandigheden aangaande de schending van het fundamentele recht vast te stellen’.¹⁴²² Het Hof houdt zich niet bezig met vermeende fouten of geïsoleerde hiaten die geen wezenlijke invloed op de uitkomst van het onderzoek hebben.¹⁴²³

Teneinde de effectiviteit te kunnen waarborgen moeten de autoriteiten (voortvarend) een adequaat onderzoek uitvoeren. Dat wil zeggen dat zij (met gepaste spoed) de redelijke (tot hun beschikking staande) maatregelen moeten nemen om bewijs veilig te stellen en te vergaren.¹⁴²⁴ Elk gebrek in het onderzoek dat ertoe leidt dat het vermogen om de verantwoordelijken te identificeren, wordt aangetast, kan betekenen dat het onderzoek niet als adequaat geldt en dat dus niet is voldaan aan de plicht om een effectief onderzoek te verrichten.¹⁴²⁵

Naar het oordeel van het EHRM moeten verschillende opsporingsmethoden en dwangmiddelen worden toegepast om de waarheid aan de dag te laten komen. Allereerst dient – waar nodig en mogelijk – forensisch bewijs te worden verzameld en veilig te worden gesteld en (oog)getuigen te worden ondervraagd.¹⁴²⁶ Ook moet onder omstandigheden een autopsie worden uitgevoerd en/of een reconstructie worden gemaakt.¹⁴²⁷ Zo volgt uit de overwegingen in de zaak *Camekan/Turkije* dat het

¹⁴¹⁶ EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/VK*), r.o. 69; EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 111; EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 288; EHRM 7 juli 2011, 55721/07 (*Al-Skeini e.a./VK*), r.o. 165.

¹⁴¹⁷ EHRM 2 september 1998, 22495/93 (*Yaşa/Turkije*), r.o. 100.

¹⁴¹⁸ EHRM 28 juli 1998, 23818/94 (*Ergi/Turkije*), r.o. 82.

¹⁴¹⁹ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 74.

¹⁴²⁰ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 74.

¹⁴²¹ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 74.

¹⁴²² Van Kempen 2008, p. 48.

¹⁴²³ Van Kempen 2008, p. 48 onder verwijzing naar EHRM 6 mei 2003, 47916/99 (*Menson/VK*); EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 168; EHRM 14 maart 2006, 11079/02 (*B.Č./Slowakije*).

¹⁴²⁴ EHRM 6 mei 2003, 47916/99 (*Menson/VK*); EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*), r.o. 324.

¹⁴²⁵ EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Anguelova/Bulgarije*), r.o. 139; EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 113; EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*), r.o. 324.

¹⁴²⁶ EHRM 20 december 2004, 50385/99 (*Makaratzis/Griekenland*), r.o. 74.

¹⁴²⁷ EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*), r.o. 326 e.v.

EHRM waarde hecht aan een reconstructie op de plaats delict. Het Hof acht een dergelijke onderzoekshandeling van ‘cruciaal belang’ om de geloofwaardigheid van de verklaringen van verdachten te kunnen beoordelen en verschillende scenario’s over de toedracht van een misdrijf te toetsen. In genoemde zaak was het niet nodig om een dergelijke onderzoekshandeling te verrichten. De autoriteiten bleken namelijk in staat om de belangrijkste feiten van de zaak vast te stellen zonder een reconstructie aangezien de versies over de toedracht niet enorm van elkaar verschilden.¹⁴²⁸ Al met al illustreren de overwegingen van het Hof dat het er niet voor terugdeinst zich in incidentele concrete gevallen uit te laten over wat er in zijn ogen had moeten gebeuren.

Naast *wat* er in het kader van het onderzoek is gebeurd (de mate van adequaatheid) kijkt het EHRM ook naar *hoe* een en ander is uitgevoerd. Zowel de mate van grondigheid als zorgvuldigheid wordt in ogenschouw genomen.¹⁴²⁹ Dat geldt niet alleen voor de afzonderlijke onderzoeksactiviteiten. Ook de conclusies van het onderzoek dienen een grondige, objectieve en onafhankelijke analyse te bevatten van alle relevante elementen.¹⁴³⁰ Dit impliceert volgens Van Kempen dat, indien mogelijk, nader onderzoek moet plaatsvinden voor zover de analyse uitwijst dat nog onvoldoende zicht bestaat op de concrete zaak.¹⁴³¹ Dat dit daadwerkelijk het geval is, is te zien in *Durmaz/Turkije*. Deze zaak gaat over een onderzoek naar de doodsoorzaak van de dochter van klagster. De dochter was door haar echtgenoot overgebracht naar het plaatselijke ziekenhuis. De echtgenoot had tegen de dienstdoende artsen verteld dat zijn vrouw een overdosis van een tweetal geneesmiddelen had ingenomen. De artsen konden haar leven niet redden. Uit een bij de politie afgelegde verklaring blijkt dat de echtgenoot zijn vrouw tijdens een ruzie heeft geslagen. De vader van de overleden vrouw dient daarop een officiële klacht in. Hij verklaart dat zijn dochter niet suïcidaal was. Zij zou verschillende malen in elkaar zijn geslagen door haar echtgenoot. Uit het daaropvolgende forensisch onderzoek blijkt niets van geneesmiddelen of drugs in de maag of andere lichaamsdelen van de dochter. Wel is sprake van een vochtophoping en bloeding in de longblaasjes. Daarop besluit de openbaar aanklager het onderzoek te beëindigen.

Het Hof is zeer kritisch over (de conclusie van) het onderzoek dat is uitgevoerd. De autoriteiten wordt een tunnelvisie verweten. Omdat er van meet af aan van wordt uitgegaan dat de dochter van klagster zelfmoord heeft gepleegd, blijft nader onderzoek achterwege. Het EHRM meent echter dat de echtgenoot ondervraagd had moeten worden over de misleidende en mogelijk zelfs levensbedreigende informatie die hij aan de artsen heeft verstrekt en de ruzie die hij zou hebben gehad. Daarnaast had het in de rede gelegen om de flat waar de ruzie zou hebben plaatsgevonden, te doorzoeken.¹⁴³² Het betreft hier stuk voor stuk onderzoekshandelingen waarmee meer relevante informatie boven water gekregen had kunnen worden.

Het EHRM lijkt in te zien dat de altijd beperkte financiële middelen en capaciteit van de overheid noodzaken tot het maken van keuzes en het stellen van prioriteiten. De meest serieuze (gewelddadige) misdrijven genieten de hoogste prioriteit. Dat resulteert erin dat het regime op grond van artikel 1 EP EVRM afwijkt van het regime op grond van artikel 2 en 3 EVRM. Op grond van de eerstgenoemde

¹⁴²⁸ EHRM 28 januari 2014, 54241/08 (*Camekan/Turkije*), r.o. 53. Zie hierover ook De Wilde & Kuijer 2015, p. 339.

¹⁴²⁹ EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (*Angelova/Bulgarije*), r.o. 139; EHRM 6 december 2007, 75520/01 (*Kozinets/Oekraïne*), r.o. 60.

¹⁴³⁰ EHRM 6 juli 2005, 43577/98, 43579/98 (*Nachova e.a./Bulgarije*), r.o. 113.

¹⁴³¹ Van Kempen 2008, p. 50.

¹⁴³² EHRM 13 november 2014, 3621/07 (*Durmaz/Turkije*), r.o. 56-64.

bepaling is slechts bij flagrante en ernstige onvolkomenheden in het onderzoek sprake van een schending van de onderzoeksverplichting.¹⁴³³ Een voorbeeld van een zaak waarin daarvan geen sprake was, is *Blumberga/Letland*. In deze zaak ging het om een onderzoek naar inbraken in twee huizen van (de op dat moment in hechtenis genomen) klaagster. Ondanks dat de onderzoeken naar de gebeurtenissen erg lang hadden geduurd,¹⁴³⁴ werd geen schending van artikel 1 EP vastgesteld.¹⁴³⁵ Wanneer naar het oordeel van het EHRM dan wél sprake is van een flagrante en ernstige onvolkomenheid in het onderzoek, is onduidelijk.

5.3.6 Contextgevoelige benadering

Bij de opsporing van zedendelicten waarvan kinderen of anderszins kwetsbare personen het slachtoffer zijn geworden, moeten de autoriteiten naar het oordeel van het EHRM alle feiten doorlichten en beslissen tegen de achtergrond van alle omstandigheden van het geval.¹⁴³⁶ Daarbij wordt door het Hof specifiek een ‘context-sensitive assessment’ verwacht.¹⁴³⁷ Dat wil zeggen dat rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van de (complexe) context waarin de delicten zich voordoen. In concreto betekent dit dat wanneer verklaringen over de toedracht diametraal tegenover elkaar staan, een grondig onderzoek moet worden gedaan naar de betrouwbaarheid van de verklaringen. Dat kan worden gedaan door degenen die dichtbij het slachtoffer en de verdachte staan, zoals vrienden, burens, leraren te ondervragen. Ook dient, waar nodig, een psychologische rapportage te worden bevolen.¹⁴³⁸ Ten slotte moet de betrouwbaarheid van verklaringen ook extra aandacht krijgen wanneer zij afkomstig zijn van medeverdachten of van getuigen die een band hebben met de (mede)verdachte(n).¹⁴³⁹

In de zaak *A, B & C/Letland*, lijkt het EHRM een minder harde lijn te hanteren.¹⁴⁴⁰ Deze zaak gaat om coach O.B. die zijn minderjarige pupillen onder meer vroeg om na het sporten naakt naar de sauna te gaan en hen aldaar masseerde. Eén van de klaagsters in deze zaak geeft aan dat hij haar daarbij tussen haar benen betastte. Het EHRM valt in deze zaak – in tegenstelling tot de hiervoor weergegeven lijn – niet over het feit dat er verschillende mogelijkheden tot nader onderzoek onbenut zijn gelaten. Zo is niet onderzocht i) wat de reden was om naakt naar de sauna te gaan, met daarbij in het achterhoofd de vertrouwensrelatie tussen de pupillen en hun coach; ii) de tegenstrijdigheden in de verklaringen door O.B. betreffende het naakt naar de sauna gaan; iii) of inderdaad, en zo ja, waarom, jongens niet naakt naar de sauna gingen en iv) de context, dat wil zeggen, andere gebeurtenissen die potentieel wijzen op een seksuele interesse getoond door O.B.¹⁴⁴¹ Alhoewel de autoriteiten in deze zaak lang niet het onderste uit de kan hebben gehaald, is naar het oordeel van het EHRM desalniettemin voldaan aan het effectiviteitsvereiste.¹⁴⁴² Dit kan wellicht worden verklaard uit het feit dat het hier in de ogen van het Hof niet om een resultaatsverbintenis maar om een inspanningsverplichting gaat.

¹⁴³³ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

¹⁴³⁴ Eén onderzoek was na 13 jaar nog steeds in gang. Het tweede onderzoek was na meer dan 10 jaar – zonder resultaat – beëindigd.

¹⁴³⁵ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 71-72.

¹⁴³⁶ EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 165.

¹⁴³⁷ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 177; EHRM 24 mei 2016, 36934/08 (*I.C./Roemenië*), r.o. 54.

¹⁴³⁸ EHRM 15 mei 2012, 15966/04 (*I.G./Moldavië*), r.o. 43

¹⁴³⁹ EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 71.

¹⁴⁴⁰ Vgl. Lindenberg 2016.

¹⁴⁴¹ Ontleend aan de dissenting opinion van Mits (par. 12) bij deze uitspraak.

¹⁴⁴² Zie over de onderzoeksverplichting EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (*A, B & C/Letland*), r.o. 162-175.

5.4 Ongerechtvaardigde obstakels en hiaten

5.4.1 Introductie

Om de effectiviteit van het onderzoek te kunnen garanderen, mogen er naar het oordeel van het EHRM geen (structurele) obstakels en hiaten zijn die aan de effectiviteit afbreuk doen. In het hieronderstaande zullen de vertrouwelijkheid van gegevens, journalistieke bronbescherming, (formele) vervolgingsbeletsel en het ontbreken van dwangmiddelen om bewijs te verzamelen, de revue passeren. Dit zijn voorbeelden van procedurele verplichtingen. Hoewel niet het onderwerp van deze studie, zijn de verplichtingen dusdanig nauw verweven met de effectiviteit van het onderzoek dat ik er niet omheen kan of wil.

5.4.2 Vertrouwelijkheid van gegevens

Een eerste obstakel dat in de weg kan staan aan de effectiviteit van het onderzoek is het toekennen van te veel gewicht aan de vertrouwelijkheid van gegevens. In dit verband kan worden verwezen naar de zaak *K.U./Finland*.¹⁴⁴³ Deze zaak betrof iemand die op een datingsite de identiteit had aangenomen van een twaalfjarige jongen en onder zijn naam een seksadvertentie had geplaatst. De jongen kwam daarachter toen een onbekende man via een e-mail op de advertentie reageerde. De vader van de jongen verzocht de politie om de persoon die de advertentie had geplaatst te identificeren en te vervolgen. Pogingen om te achterhalen wie de oproep had geplaatst, mislukten echter. De provider was weliswaar in staat om na te gaan wie de advertentie had geplaatst, maar achtte zich gebonden aan de verplichtingen met betrekking tot de vertrouwelijkheid van telecommunicatie. Op zijn beurt was de nationale rechter niet bereid de provider te veroordelen tot het verstrekken van de gevraagde gegevens aangezien de Finse wet op het ogenblik van de feiten wat betreft dit specifieke delict geen uitzondering voorzag op de regel van vertrouwelijkheid van internetcommunicatie. De belangen van de vrijheid van meningsuiting en vertrouwelijkheid van de communicatie blokkeerden in dit concrete geval dan ook de opsporing van de identiteit van de dader.

Het EHRM overweegt met betrekking tot de belangen van de vrijheid van meningsuiting en vertrouwelijkheid van communicatie dat deze niet absoluut zijn. In sommige gevallen dienen zij te wijken voor ‘other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others’. Het Hof oordeelt dat de Finse wetgever tekort is geschoten door niet in een ‘framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context’ te voorzien.¹⁴⁴⁴ Er had een procedure gecreëerd moeten worden waarin een belangenafweging gemaakt had kunnen worden.

Uit de uitspraak in de zaak *K.U./Finland* volgt dat in zaken waar het gaat om de bescherming van minderjarige – en dus kwetsbare – slachtoffers het recht op bescherming van het fysieke en mentale welzijn onder omstandigheden dient te prevaleren boven het recht op bescherming van het privéleven van een verdachte. Wanneer er in dit soort gevallen een te grote waarde wordt gehecht aan de bescherming van het privéleven van de verdachte kan dit worden opgevat als een blokkade die in de

¹⁴⁴³ Zie over deze zaak ook § 3.3.1.3.

¹⁴⁴⁴ EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 49.

weg staat aan een effectief onderzoek. Om te voorkomen dat dat het geval is, dient de wetgever te voorzien in een procedure waarin in bepaalde gevallen aan het belang van de strafrechtspleging voorrang kan worden gegeven boven het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Uiteraard betreft het hier een concrete zaak met een dringend onderzoeksbelang. Bovendien betreft het een minderjarig – en dus kwetsbaar – slachtoffer. In die zin moet worden opgepast met het veralgemeniseren van deze specifieke uitspraak. Naar verwachting zal de belangenafweging echter ook op deze wijze uitpakken waar het om een volwassene zou gaan. Wel zal een belangenafweging naar alle waarschijnlijkheid alleen op deze wijze uitvallen bij een dringend onderzoeksbelang.

5.4.3 Journalistieke bronbescherming

Ook journalistieke bronbescherming kan een barrière vormen voor het uitvoeren van een effectief onderzoek. Onder omstandigheden is dat problematisch. Een voorbeeld van een zaak waarin de journalistieke bronbescherming botst met het onderzoeksbelang is *Šečić/Kroatië*. Deze zaak gaat over een strafrechtelijk onderzoek dat is opgestart naar aanleiding van de zware mishandeling van een man van Roma-afkomst. Tijdens de mishandeling werden door de daders racistische opmerkingen jegens hem gemaakt. De advocaat van het slachtoffer wijst de autoriteiten op een interview met een skinhead. Tijdens dit interview zou hij impliciet het incident hebben genoemd waarbij het slachtoffer was betrokken. De journalist beroept zich tegenover de politie echter op de wettelijk vastgelegde bronbescherming. Er wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om door de nationale rechter een bevel tot onthulling van de bron te verkrijgen.

Het EHRM stelt allereerst vast dat sprake is van ‘ill-treatment’ in de zin van artikel 3 EVRM. Naar zijn oordeel heeft de Staat niet voldaan aan zijn onderzoeksverplichting. Een van de drie wegingsfactoren hierbij is dat de autoriteiten geen verzoek bij de rechter hebben ingediend om een bevel tot onthulling van de bron te verkrijgen. De autoriteiten hebben ook geen uitleg gegeven waarom dat niet is gebeurd. Het indienen van een verzoek bij de rechter om een bevel tot onthulling te verkrijgen, is naar het oordeel van het EHRM niet *a priori* in strijd met artikel 10 EVRM. Het is namelijk aan de nationale rechter om alle betrokken belangen te wegen en te beslissen of het in de specifieke omstandigheden van het geval al dan niet noodzakelijk was om de identiteit van de geïnterviewde te onthullen.¹⁴⁴⁵

Alhoewel het EHRM in deze zaak niet aangeeft of het in de omstandigheden van het geval verantwoord zou zijn om een inbreuk te maken op het geheimhoudingsrecht van de journalist, stelt het Hof wel duidelijk dat het verplichten van een journalist om zijn bronnen prijs te geven, niet op voorhand incompatibel is met artikel 10 EVRM. Dit lijkt te impliceren dat de zwaarte van het belang van het onderzoek in bepaalde concrete omstandigheden de overhand kan hebben. Concrete richtlijnen worden in deze zaak echter niet gegeven.

5.4.4 Ontbreken van dwangmiddelen om bewijs te verzamelen

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat ook het ontbreken van dwangmiddelen om bewijs te verzamelen, de effectiviteit van het onderzoek in de weg kan staan. Zo dienen er bijvoorbeeld mogelijkheden te bestaan om een weigerachtige getuige tot spreken te dwingen. Een dergelijke

¹⁴⁴⁵ EHRM 31 mei 2007, 40116/02 (*Šečić/Kroatië*), r.o. 57.

mogelijkheid ontbrak in *Paul & Audrey Edwards/VK*.¹⁴⁴⁶ Als gevolg daarvan ontbraken enkele belangrijke verklaringen over het doodslaan en schoppen van een gedetineerde. Mede daarom werd er een schending van artikel 2 EVRM aangenomen.¹⁴⁴⁷

5.5 Voorwaarden voor een effectieve strafrechtspleging

5.5.1 Introductie

Om, gegeven de doelen die het EHRM stelt, tot een effectief strafrechtspleging te kunnen komen, hebben de verdragsstaten de nodige keuzevrijheid. Wel is er een aantal (minimum)voorwaarden te onderscheiden waaraan de strafrechtspleging naar het oordeel van het EHRM moet voldoen, zoals een goed functionerend detectie- en aangifte/rapportagemechanisme, voldoende capaciteit en middelen.¹⁴⁴⁸ Ook dient waar nodig internationaal te worden samengewerkt. In de volgende paragrafen wordt hierop kort nader ingegaan. De genoemde institutionele en organisatorische aspecten zijn ten nauwste verbonden met het materieel strafrecht. De inrichting van de strafrechtspleging en het strafproces is de noodzakelijke schakel tussen het strafbare feit en de uiteindelijk door de rechter op te leggen sanctie.

5.5.2 Detectie- en aangifte/rapportagemechanisme

Een (potentieel) slachtoffer kan pas worden geholpen als het in beeld is bij de relevante instanties. Het is dan ook van cruciaal belang dat de autoriteiten kennis en inzicht in mogelijke strafbare feiten verkrijgen. Daartoe zijn naar het oordeel van het EHRM effectieve mechanismen voor detectie en aangifte/rapportage vereist. Over welke mechanismen het hier precies gaat en hoe uitgebreid zij dienen te zijn, is niet duidelijk. Het Hof is hier bijzonder vaag en casuïstisch.

De verplichting om mechanismen voor detectie en aangifte/rapportage te creëren, is door het Hof expliciet aangenomen in de context van seksueel misbruik van (bijzonder kwetsbare) kinderen.¹⁴⁴⁹ Een voorbeeld van een zaak waarin die verplichting aan de orde komt, is *O'Keeffe/Ierland*. In deze zaak oordeelde het EHRM dat de autoriteiten er niet in zijn geslaagd om de gevallen van seksueel misbruik in de context van het primair onderwijs dat feitelijk in handen was van de katholieke kerk te detecteren doordat er geen publiek orgaan was ingesteld waar slachtoffers melding konden doen van seksueel misbruik.¹⁴⁵⁰ Het gaat hier om geïnstitutionaliseerde mensenrechtenschendingen. Met andere woorden, zaken die met enige regelmaat voorkomen.

Ook het kennisvereiste dat onderdeel uitmaakt van het *Osman*-criterium (zoals besproken in paragraaf 4.4.2) lijkt te impliceren dat de Staat kennis en inzichten over (mogelijke) bedreigingen in kaart dient te brengen. Daartoe zijn detectie- en aangifte/rapportagemechanismen eveneens van cruciaal belang.

¹⁴⁴⁶ EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/VK*), r.o. 78, 79 en 87.

¹⁴⁴⁷ EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/VK*), r.o. 87.

¹⁴⁴⁸ Er zijn uiteraard ook andere voorwaarden denkbaar, zoals kennisontwikkeling. Er moeten trainingen worden gegeven aan opsporingsambtenaren. Vgl. EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 287.

¹⁴⁴⁹ EHRM 28 januari 2014, 35810/09 (*O'Keeffe/Ierland*), r.o. 148; EHRM 24 mei 2016, 36934/08 (*I.C./Roemenië*), r.o. 55.

¹⁴⁵⁰ EHRM 28 januari 2014, 35810/09 (*O'Keeffe/Ierland*), r.o. 163.

5.5.3 Capaciteit en middelen

Zoals hiervoor in paragraaf 4.4.3.4 uiteengezet, verwacht het EHRM dat staten in bepaalde gevallen een effectief onderzoek verrichten. Dat impliceert dat voldoende personele capaciteit en middelen voorhanden moeten zijn. Alleen in geval van schending van artikel 1 EP EVRM lijkt het Hof oog te hebben voor de schaarse capaciteit en beperkte middelen van opsporingsinstanties. Het EHRM heeft hier – in tegenstelling tot bijvoorbeeld artikel 2 en 3 EVRM – namelijk oog voor de *efficiëntie* van het onderzoek.¹⁴⁵¹ Daarmee lijkt het Hof er acht op te slaan dat opsporingsautoriteiten beschikken over een beperkte capaciteit, terwijl zij meestal een overschot hebben aan te behandelen zaken.

5.5.4 Internationale samenwerking

Wanneer het gaat om strafbare feiten met een grensoverschrijdend karakter rust op staten een verplichting om effectief met de autoriteiten van andere staten samen te werken.¹⁴⁵² Dat is bijvoorbeeld het geval bij mensenhandel. Effectieve samenwerking met andere landen is zeer relevant. Het kan daarbij gaan om het verzenden of uitvoeren van een rechtshulpverzoek.¹⁴⁵³ Zo dient onder omstandigheden bijvoorbeeld contact te worden gezocht met de autoriteiten van een ander land om een verdachte te vinden en te arresteren¹⁴⁵⁴ of om getuigen te horen.¹⁴⁵⁵

4.6 Samenvatting

De minimumvereisten die het EHRM in zijn rechtspraak aan strafrechtelijk onderzoek stelt, komen over als ‘open deuren’: het onderzoek dient adequaat te zijn, het dient grondig en zorgvuldig te worden uitgevoerd en waar nodig dient een contextgevoelige benadering te worden gehanteerd. Onder omstandigheden hebben opsporing en onderzoek preventieve werking. Verder leert de rechtspraak van het Hof dat (structurele) obstakels en hiaten geen afbreuk mogen doen aan de effectiviteit van het onderzoek. Ten slotte worden in de rechtspraak enkele minimumvoorwaarden ten aanzien van het strafrechtelijke apparaat geformuleerd. Verder dan algemeenheden komt het EHRM hier niet. Zo bestaat er bijvoorbeeld weinig duidelijkheid over wat er nu precies ten aanzien van detectie- en aangifte/rapportage mechanismen wordt verwacht. De rechtspraak wordt gekenmerkt door een casuïstische benadering (zie hoofdstuk 2, § 2.3). De waarde van de rechtspraak op het gebied van de verplichting tot het doen van onderzoek, lijkt dan ook niet zozeer in de normstelling te liggen, maar veeleer in het feit dat deze rechtspraak het EHRM een instrument biedt om in concrete schrijnende situaties in te grijpen. Uiteraard kan uit het oordeel in bepaalde schrijnende situaties wel lering worden getrokken voor het strafvorderlijke stelsel in Nederland. In de hieropvolgende paragraaf zal – ondanks de vage vereisten die uit de rechtspraak kunnen worden afgeleid – worden beschreven of er op het terrein van opsporing en onderzoek implementatieproblemen bestaan.

¹⁴⁵¹ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

¹⁴⁵² EHRM 29 januari 2019, 36925/07 (*Güzelyurtlu e.a./Cyprus & Turkey*), r.o. 222 e.v.

¹⁴⁵³ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 245 en 289.

¹⁴⁵⁴ EHRM 21 januari 2016, 71545/12 (*L.E./Griekenland*), r.o. 85.

¹⁴⁵⁵ EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 241-242.

5.7 Nederlands recht vergeleken

Uiteraard kunnen opsporingsambtenaren op verschillende obstakels stuiten bij de uitoefening van hun bevoegdheden. Uit de hiervoor beschreven rechtspraak van het EHRM volgt dat ervoor gewaakt dient te worden dat er geen structurele obstakels en hiaten zijn die op een ongerechtvaardigde wijze afbreuk doen aan de effectiviteit van het op grond van het EVRM verlangde onderzoek. Vooralsnog zijn er geen aanwijzingen dat daarvan sprake is. De in paragraaf 5.4 beschreven obstakels lijken zich in ieder geval niet voor te doen: vertrouwelijke gegevens over internetgebruikers kunnen op grond van artikel 126na lid 1 Sv van providers worden opgevraagd¹⁴⁵⁶ en de rechter-commissaris kan getuigen dwingen te verschijnen en verklaringen af te leggen. Daarnaast is voorzien in een procedure waarin in bepaalde gevallen aan het belang van de strafrechtspleging voorrang kan worden gegeven boven het belang van journalisten bij bronbescherming.¹⁴⁵⁷ Een dergelijke procedure is overigens eveneens voorhanden waar het om verschoningsgerechtigden gaat.¹⁴⁵⁸

Ook aan de algemene maatstaven die het EHRM stelt ten aanzien van detectie en aangifte/rapportage mechanismen en capaciteit en middelen lijkt te worden voldaan. Extra oplettendheid is geboden bij geïnstitutionaliseerde mensenrechtenschendingen. Daarbij kan gedacht worden aan seksueel kindermisbruik binnen een gesloten gemeenschap als de Jehova's getuigen. Dergelijke misstanden zouden wegens een vorm van strikt doorgevoerde sociale controle binnen de eigen kring blijven en daarom nauwelijks onder de aandacht van politie en justitie worden gebracht. Worden slachtoffers voldoende beschermd?¹⁴⁵⁹

Met betrekking tot het strafrechtelijk apparaat kan worden opgemerkt dat de opsporingsautoriteiten voor de feiten die op grond van het EVRM strafbaar dienen te zijn over goede opsporingsystemen beschikken. Bovendien wordt bij opzettelijk levensdelicten, zeer ernstig zedendelicten, brandstichting met ernstige gevolgen, gijzeling, ontvoering en andere misdrijven tegen de lichamelijke integriteit waarop een strafbedreiging van twaalf jaar gevangenisstraf of meer staat met een (te verwachten) grote maatschappelijke impact en waarbij geen ondubbelzinnig daderschap kan worden vastgesteld, een Team Grootschalige Opsporing (TGO) samengesteld. Ook andere zwaarwegende omstandigheden kunnen worden aangegrepen om een dergelijk team in het leven te roepen. Daarbij kan gedacht worden aan een ernstig verkeersongeval of een zaak waarin er weliswaar een evidente verdachte is, maar waarvan de impact enorm is en/of waarbij sprake is van grote mediabelangstelling.¹⁴⁶⁰ In de praktijk betekent de vorming van een TGO dat de politie vaak meer mankracht, tijd en geld investeert dan in andere zaken. Ook geldt in dat geval het Raamwerk TGO als leidraad. Dit raamwerk bevat werkwijzen en kwaliteitseisen.

Dat is uiteraard anders ten aanzien van inbreuken op artikel 1 EP die van een 'criminal nature' zijn, zoals woninginbraak. Bij een dergelijk strafbaar feit wordt geen TGO samengesteld. Schaarste aan capaciteit en middelen dwingen de opsporingsinstanties om hier keuzes te maken. Uit paragraaf 5.3.5 volgt dat de rechtspraak van het EHRM hiervoor ook de ruimte biedt.

¹⁴⁵⁶ Vgl. Alkema, *NJ* 2009/470.

¹⁴⁵⁷ Zie over het toetsingskader voor de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten: Aanwijzing toepassing dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden bij journalisten, *Staatscourant* 2018, 52664.

¹⁴⁵⁸ Vgl. HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, r.o. 4.3.4 (*Doorbreking verschoningsrecht bij niet natuurlijke dood verpleegd persoon*). Zie hierover Vellinga-Schootstra 2017, p. 106 met verdere verwijzingen.

¹⁴⁵⁹ Zie hierover Groenhuijsen 2019; Bos e.a. 2020.

¹⁴⁶⁰ Kuijer 2015 onder verwijzing naar de Raamregeling TGO 2014.

Slechts op één onderdeel lijkt – ondanks de vage normen die het EHRM formuleert – zorg te kunnen worden uitgesproken: de internationale strafrechtelijke samenwerking. Dit lijkt een voortdurend punt van aandacht. Internationale samenwerking kan en moet verbeterd worden om (georganiseerde) criminaliteit aan te pakken en slachtoffers beter te beschermen.¹⁴⁶¹ Stappen hiervoor zijn inmiddels in EU verband gezet. De EU heeft een heel stelsel voor politieke en justitiële samenwerking opgebouwd, ook voor de aanpak van grensoverschrijdende misdaad, zoals mensenhandel.

6 Vervolging

6.1 Introductie

De resultaten van het opsporingsonderzoek kunnen voor de officier van justitie aanleiding zijn om tot vervolging over te gaan. Bij zijn beslissing om al dan niet te vervolgen, zal hij zowel de haalbaarheid van een veroordeling als de opportuniteit van de vervolging betrekken. In de literatuur is echter geconstateerd dat het EHRM grenzen stelt aan de vrijheid van nationale autoriteiten om te bepalen wanneer er tot vervolging wordt overgegaan.¹⁴⁶² Voor afwegingen conform het Nederlandse opportuniteitsbeginsel zou nauwelijks of geen plaats meer zijn.¹⁴⁶³ Levert dit in de praktijk inderdaad een onoverkomelijke situatie op? En zijn er nog andere (potentiële) knelpunten denkbaar? Ter beantwoording van deze vragen zal in paragraaf 6.2 allereerst worden beschreven wat de omvang en inhoud van de verplichting om te vervolgen is. In paragraaf 6.3 komen de vereisten die het EHRM aan de vervolgingsbeslissing stelt, aan de orde. Vervolgens worden de belangrijkste bevindingen weergegeven (§ 6.4). Ten slotte zal in de laatste paragraaf worden getoetst hoe het er vanuit EVRM-perspectief voor staat met het Nederlandse vervolgingssysteem (§ 6.5).

6.2 De verplichting om te vervolgen

6.2.1 Introductie

Bij de verplichting om te vervolgen gaat het erom de verdachte persoon voor de, tot vervolging bevoegde, autoriteiten te brengen. Dit hoeft niet noodzakelijk een rechterlijk orgaan te zijn, het kan ook om een openbare aanklager gaan.¹⁴⁶⁴ Het recht op vervolging vormt uiteraard geen absoluut recht.¹⁴⁶⁵ Veel misdrijven blijven onopgelost en/of ongestraft ondanks redelijke inspanningen van de autoriteiten.¹⁴⁶⁶ Tegelijk meent het EHRM dat verdragsstaten ‘should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished’.¹⁴⁶⁷ Vervolging en bestraffing zijn volgens het Hof essentieel voor het publieke vertrouwen, voor ‘adherence’ aan de rechtsstaat en voor

¹⁴⁶¹ Zie met betrekking tot moderne slavernij bijvoorbeeld OCSE 2012, p. 8.

¹⁴⁶² Simonis & De Wijkerslooth 2004, p. 29; Van Kempen 2008, p. 50; Gonzales 2009; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 627.

¹⁴⁶³ Van Kempen 2008, p. 50.

¹⁴⁶⁴ EHRM 4 mei 2001, 24746/94 (*Hugh Jordan/VK*), r.o. 122-124; EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 262. Hierbij kan gedacht worden aan een strafbeschikking.

¹⁴⁶⁵ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96; EHRM 12 november 2013, 5786/08 (*Söderman/Zweden*), r.o. 83.

¹⁴⁶⁶ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

¹⁴⁶⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96.

het voorkomen van een schijn van tolerantie jegens onrechtmatige gedragingen.¹⁴⁶⁸ Door strafrechtelijk te reageren laat de Staat zien dat de betreffende handelingen niet door de beugel kunnen en dat de rechtsstaat wordt gehandhaafd. In de hiernavolgende paragrafen wordt beschreven wat het toepassingsgebied is van de verplichting om te vervolgen (§ 6.2.2) en welke rechtsfiguur het EHRM verlangt (vervolging *ex officio* of private vervolging; § 6.2.3). Ook komen vervolgingsbeletselen aan de orde die door het EHRM als ontoelaatbaar worden beschouwd (§ 6.2.4).

6.2.2 Toepassingsgebied: het mensenrecht is bepalend

In die gevallen waarvoor het EHRM strafrechtelijke bescherming vereist, moet naar aanleiding van het strafrechtelijk onderzoek, indien gepast, dat wil zeggen opportuun, en (feitelijk en juridisch) mogelijk, een strafrechtelijke vervolging worden gestart tegen die verantwoordelijken die binnen het bereik van de strafwet vallen. Zoals eerder is beschreven, zijn (potentiële) inbreuken op het leven, de fysieke en geestelijke integriteit onder de hoede van het strafrecht geplaatst. Onder omstandigheden dient ook het eigendomsbelang strafrechtelijk beschermd te worden.¹⁴⁶⁹ Voor een overzicht van gedragingen waarvoor strafrechtelijke bescherming vereist is – en ‘if appropriate’ dus tot strafrechtelijke vervolging dient te worden overgegaan – wordt verwezen naar paragraaf 5.3.3.

6.2.3 Vervolging *ex officio* of private vervolging?

In veruit de meeste gevallen vereist het EHRM dat de vervolging op initiatief van de verantwoordelijke autoriteiten wordt gestart (‘*ex officio*’). Alleen wanneer het om minder ernstige inbreuken van artikel 8 EVRM gaat, heeft de verdragsstaat de vrijheid om een keuze te maken tussen de rechtsfiguur van de vervolging ‘*ex officio*’ of de private vervolging. Van keuzevrijheid was bijvoorbeeld sprake in *M.S./Kroatië*. De klagster in deze zaak was geschopt en geslagen door een ander. Daardoor had zij blauwe plekken en bloeduitstortingen op een hand en een heup opgelopen en een blauwe plek op haar scheenbeen. Alhoewel het EHRM hier aanneemt dat dergelijke gewelddadige handelingen ‘require the States to adopt adequate positive measures in the sphere of criminal-law protection’, hoeft niet per se een vervolging ‘*ex officio*’ te worden gestart. Een private vervolging kan hier ook volstaan.¹⁴⁷⁰ Uiteraard moet deze dan wel effectief zijn. Omdat wij in Nederland geen private vervolging kennen, zal hier niet verder in detail worden ingegaan op de vereisten die het EHRM hieraan stelt. Genoemde keuzevrijheid bestaat dan ook niet. De autoriteiten moeten ‘*ex officio*’ vervolgen.

6.2.4 Ontoelaatbare vervolgingsbeletselen

Met vervolgingsdaden wordt, net zoals met opsporingsdaden, de effectieve uitvoering van nationale wetgeving die EVRM belangen beschermt, nagestreefd.¹⁴⁷¹ Zij kunnen worden geblokkeerd door vervolgingsbeletselen. Het EHRM heeft er oog voor dat dergelijke beletselen soms nodig zijn om

¹⁴⁶⁸ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96.

¹⁴⁶⁹ EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

¹⁴⁷⁰ EHRM 25 april 2013, 36337/10 (*M.S./Kroatië*), r.o. 75. Zie ook EHRM 5 maart 2009, 38478/05 (*Janković/Kroatië*), r.o. 50-51.

¹⁴⁷¹ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 150-153; EHRM 27 september 2011, 29032/04 (*M. & C./Roemenië*), r.o. 108-111.

burgers te beschermen tegen onredelijk, onnodig belastend handelen van de strafvorderlijke overheid.¹⁴⁷² Het Hof staat dan ook niet principieel afwijzend tegenover vervolgingsbeletselen. Onder bepaalde omstandigheden kunnen zij echter niet door de EVRM-rechterlijke beugel. Dat is het geval wanneer het vervolgingsbeletsel tot gevolg heeft dat de afweging die in abstracto is gemaakt om het belang om wel te vervolgen te laten wijken voor het private belang bij niet-vervolging, tot gevolg heeft dat bepaalde EVRM-rechten niet praktisch en effectief zijn.

Inmiddels heeft het EHRM in verschillende situaties geoordeeld dat de toepassing van algemene vervolgingsuitsluitingsgronden het EVRM op een onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarvan is allereerst sprake in een geval waarin verjaring¹⁴⁷³ of amnestie¹⁴⁷⁴ in de weg staat aan het recht tot strafvervolging van ‘killing’ en ‘torture or ill-treatment inflicted by State agents’. De ernst van de feiten speelt hierbij een rol.

Daarnaast kan worden gewezen op de zaak *Marguš/Kroatië* waarin de ne ‘bis in idem’-regel¹⁴⁷⁵ aan de orde komt. Het ging in deze zaak om een legercommandant die in 2007 werd veroordeeld wegens oorlogsmisdaden nadat hem in 1997 amnestie was verleend voor gedeeltelijk dezelfde feiten. Volgens hem is op die grond sprake van schending van artikel 4 van het Zevende Protocol (‘ne bis in idem’). Het EHRM beslist dat dit artikel niet van toepassing is. Het Hof wijst erop dat de feiten die aan de verzoeker ten laste werden gelegd, feitelijk een schending inhouden van de in artikel 2 en 3 EVRM neergelegde rechten. Op grond van deze bepalingen is amnestie onverenigbaar met de verplichting om te vervolgen. Wanneer het beroep van de legercommandant op het ‘ne bis in idem’-beginsel gevolgd zou worden, betekent dit dat hij vrijuit gaat.¹⁴⁷⁶ In dat geval wordt het EVRM naar het oordeel van het EHRM op een ontoelaatbare wijze doorkruist.

Naast algemene vervolgingsbeletselen, komen in de rechtspraak van het EHRM beletselen aan de orde die bij slechts één soort strafbepaling behoren. De meest in het oog springende zaak is *X & Y/Nederland*. In deze zaak gaat het om de verstandelijk gehandicapte Y. Een dag na haar zestiende verjaardag werd Y door de schoonzoon van de directrice van de instelling waarin zij verbleef, seksueel misbruikt. De vader van Y doet aangifte van verleiding van zijn minderjarige dochter tot ontucht. De officier van justitie beslist echter dat geen vervolging wordt ingesteld, onder voorwaarde dat de schoonzoon van de directrice gedurende de eerstkomende twee jaar niet een soortgelijk strafbaar feit zou begaan. Naar aanleiding daarvan wordt door de vader bij het gerechtshof beklag over niet-vervolging gedaan. Hij wordt in deze procedure echter niet-ontvankelijk verklaard omdat niet is voldaan aan het klachtvereiste. Het toenmalige artikel 248ter Sr, waarin het aanzetten van een minderjarige tot seksueel misbruik strafbaar was gesteld, was een klachtdelict. Alleen het slachtoffer zelf – en dus niet de vader – was gerechtigd om een klacht in te dienen.¹⁴⁷⁷ Het EHRM overweegt hierover dat sprake is van een hiaat in de wetgeving. Omdat niet effectief kon worden vervolgd wegens het seksuele misbruik en dus geen praktische en effectieve bescherming van het recht op privéleven van Y werd geboden, neemt het EHRM een schending van artikel 8 EVRM aan.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷² EHRM 17 september 2014, 10865/09, 45886/07 en 32431/08 (*Mocanu e.a./Roemenië*), r.o. 326 onder verwijzing naar EHRM 29 januari 2013, 13072/05 (*Roman/Finland*), r.o. 50.

¹⁴⁷³ EHRM 17 september 2014, 10865/09, 45886/07 en 32431/08 (*Mocanu e.a./Roemenië*), r.o. 326 en 346; EHRM 7 april 2015, 6884/11 (*Cestaro/Italië*), r.o. 208.

¹⁴⁷⁴ EHRM 27 mei 2015, 4455/10 (*Marguš/Kroatië*), r.o. 126-127.

¹⁴⁷⁵ Deze regel houdt kort gezegd in dat niemand tweemaal lastiggevallen mag worden ter zake van hetzelfde feit.

¹⁴⁷⁶ EHRM 27 mei 2015, 4455/10 (*Marguš/Kroatië*), r.o. 126-128 en 139-141.

¹⁴⁷⁷ Zie met betrekking tot klachtdelicten EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 7-12.

¹⁴⁷⁸ Zie met betrekking tot klachtdelicten EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*), r.o. 28-30.

Ook het intrekken (en het herzien) van verklaringen door slachtoffers kan een verdachte de dans doen ontspringen wanneer in wetgeving is vastgelegd dat een aangifte een voorwaarde is voor vervolging. De toepassing van een dergelijk vereiste acht het EHRM in de zaak *Opuz/Turkije* onacceptabel. Het voldoet niet aan de positieve verplichtingen voor de Staat om een effectief systeem vast te stellen en toe te passen om huiselijk geweld te bestraffen en aldus de slachtoffers afdoende te beschermen.¹⁴⁷⁹

6.3 De vervolgingsbeslissing

6.3.1 Introductie

Staten hebben een zekere beoordelingsruimte bij de normering van de vervolgingsbeslissing.¹⁴⁸⁰ Het Hof is bovendien terughoudend om een oordeel te vellen over een vervolgingsbeslissing die genomen is op basis van ‘good faith’ en waaraan een effectief onderzoek voorafgegaan is.¹⁴⁸¹ Dat is slechts anders wanneer sprake is van institutionele gebreken in de strafrechtspleging in het algemeen en de vervolgende instantie in het bijzonder.¹⁴⁸² Zij kunnen zich voordoen bij de wijze waarop wordt beoordeeld of vervolging mogelijk en gepast is.¹⁴⁸³ Hier kan een onderscheid worden gemaakt tussen een haalbaarheidscomponent en een component die betrekking heeft op de vraag of het algemeen belang vervolging vordert. Ook laat het EHRM zich in enkele specifieke gevallen uit over vervolgingsindicaties en de keuze ten aanzien van welke strafbare feiten wordt vervolgd. Voordat afzonderlijk op de genoemde componenten (§ 6.3.3-3.4), vervolgingsindicaties (§ 6.3.5) en selectie van strafbare feiten (§ 6.3.6) wordt ingegaan, worden eerst kort enkele algemene vereisten aangestipt die het EHRM aan de vervolgingsbeslissing stelt (§ 6.3.2).¹⁴⁸⁴

6.3.2 Zorgvuldige voorbereiding, motivering en communicatie met de nabestaanden

Uiteraard dient een vervolgingsbeslissing met de vereiste zorgvuldigheid te worden genomen.¹⁴⁸⁵ De zorgvuldigheid heeft betrekking op de afweging van eventuele redenen om niet te vervolgen tegen belangen bij vervolging.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁷⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 137-148 en 168.

¹⁴⁸⁰ EHRM 5 november 2009, 1108/02 (*Kolevi/Bulgarije*), r.o. 208; EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 259.

¹⁴⁸¹ EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 260.

¹⁴⁸² EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 261.

¹⁴⁸³ Van een institutioneel gebrek kan ook sprake zijn wanneer de onafhankelijkheid en objectiviteit van de vervolgende instantie onvoldoende is gewaarborgd. Dergelijke processuele kwaliteitseisen vallen echter buiten het bestek van dit boek.

¹⁴⁸⁴ Op de controle op vervolgingsbeslissingen wordt hier – vanwege zijn processuele aard – niet ingegaan. In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat het EHRM niet verplicht tot een *rechterlijke* procedure. Bij de beoordeling van de toetsing van de vervolgingsbeslissing stelt het EHRM zich bovendien terughoudend op. Vgl. EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 278-279.

¹⁴⁸⁵ Dat dient uiteraard wel te gebeuren binnen een redelijke termijn. Vgl. EHRM 26 oktober 2004, 44093/08 (*Çelik & İmret/Turkije*), r.o. 58-59.

¹⁴⁸⁶ EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 272-274.

Wanneer wordt besloten niet te vervolgen, zullen de autoriteiten met een overtuigende motivering moeten komen. Daarbij is het publiek vertrouwen gebaat.¹⁴⁸⁷ Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM de Staat het ontbreken van een uitleg aanreket, is *Hugh Jordan/VK*. De zoon van klager in deze zaak was door politiekogels om het leven gekomen, terwijl hij ongewapend was. Het EHRM oordeelt dat dit een situatie betreft die om uitleg schreeuwt. Klager kreeg echter geen toelichting waarom het vuurwapengebruik door de politie niet onrechtmatig werd gevonden of waarom vervolging niet opportuun werd geacht. Dat werd door het Hof in strijd met artikel 2 EVRM geacht.¹⁴⁸⁸

De beslissing om niet te vervolgen moet bovendien ook aan de nabestaanden worden toegelicht. Dat is van cruciaal belang om het recht om de beslissing tot niet (verdere) vervolging te kunnen aanvechten.¹⁴⁸⁹

6.3.3 Ruimte voor technische of haalbaarheidsoverwegingen

Wanneer de autoriteiten concluderen dat er onvoldoende redenen zijn om aan te nemen dat de persoon de strafbare gedraging heeft gepleegd of dat onvoldoende bewijs aanwezig is voor een veroordeling, kan naar het oordeel van het EHRM van vervolging worden afgezien. Aan dit oordeel legt het EHRM ter wille van de bescherming van de burger ten grondslag dat pas vervolgd mag worden als er een aanknopingspunt is met een strafbaar feit. Verdachten moeten beschermd worden tegen onterechte en lichtvaardige strafklachten. Zij kunnen immers grote reputatieschade en vele andere ongemakken opleveren.¹⁴⁹⁰

Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM oordeelde dat het uitblijven van een strafvervolging aanvaardbaar was, is *Brecknell/VK*. In deze zaak waren er onvoldoende aanwijzingen dat een strafvervolging tot een veroordeling zou kunnen leiden. Zo waren de getuigen niet bereid een verklaring af te leggen en betrof het een feit dat al jaren geleden gepleegd was. Onder deze omstandigheden hoeft naar het oordeel van het EHRM niet strafrechtelijk vervolgd te worden.¹⁴⁹¹

Hoe de toets er precies uit dient te zien, volgt niet uit de rechtspraak van het EHRM. De verdragsstaten hebben op dit punt een grote ‘margin of appreciation’ Dat verbaast niet. De verdragsstaten hanteren namelijk tamelijk verschillende toetsen.¹⁴⁹² Er zijn staten die kijken naar de haalbaarheid van een veroordeling, terwijl andere staten meer de focus hebben op de vraag of er voldoende bewijsmateriaal in het dossier voorhanden is. Bij de beoordeling van de toets die wordt aangelegd, wordt door het EHRM de context van het juridische systeem in ogenschouw genomen. Zo oordeelde het EHRM in *Armani Da Silva/VK* dat de desbetreffende verdragsstaat in verband met het jurysysteem gerechtigd was om een ‘strengere’ toets van ‘realistic prospect of conviction’ te hanteren. De reden daarvoor is dat wanneer eenmaal een vervolging is ingesteld, de rechter de zaak in het

¹⁴⁸⁷ EHRM 4 mei 2001, 24746/94 (*Hugh Jordan/VK*), r.o. 123-124; EHRM 4 mei 2001, 37715/97 (*Shanaghan/VK*), r.o. 108.

¹⁴⁸⁸ EHRM 4 mei 2001, 24746/94 (*Hugh Jordan/VK*), r.o. 123-124. Zie ook EHRM 4 mei 2001, 37715/97 (*Shanaghan/VK*), r.o. 108.

¹⁴⁸⁹ EHRM 4 mei 2001, 24746/94 (*Hugh Jordan/VK*), r.o. 123-124.

¹⁴⁹⁰ EHRM 11 maart 2014, 60441/13, 68206/13, 68667/13 (*Gürtekin e.a./Turkije*), r.o. 27; EHRM 2 september 2014, 7175/06, 8710/06 (*Zuban & Hamidović/Bosnië en Herzegovina*), r.o. 32; EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 266 en 273.

¹⁴⁹¹ EHRM 27 november 2007, 32457/04 (*Brecknell/VK*), r.o. 66, 71, 79-81. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 5 oktober 1999, 33677/96 (*Grams/Duitsland*) en EHRM 11 maart 2014, 60441/13, 68206/13, 68667/13 (*Gürtekin e.a./Turkije*), r.o. 2 en 27.

¹⁴⁹² EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 269.

Verenigd Koninkrijk aan de jury moet overlaten zodra er enig bewijs is op grond waarvan tot een veroordeling kan worden gekomen, zelfs als het om onbetrouwbaar bewijs gaat. Zwakke of onrechtvaardige zaken kunnen niet worden ‘weggefilterd’ door een rechter en dus mag men in de voorfase strenger zijn.¹⁴⁹³

6.3.4 Wenselijkheidsoverwegingen

Hoewel zeer relevant voor Nederland, is weinig te zeggen over de component die betrekking heeft op de vraag of het algemeen belang vervolging vordert. Als het gaat om vervolging naar aanleiding van schending van de absolute rechten (artikel 2, 3 en 4 EVRM) lijkt weinig ruimte te bestaan voor verdragsstaten om op grond van wenselijkheidsoverwegingen van vervolging af te zien.¹⁴⁹⁴ Het uitoefenen van vervolgingsvrijheid op basis van nationale belangen is niet te rijmen met het doel van de vervolgingsverplichting: het tegengaan van straffeloosheid.

Ten aanzien van artikel 1 EP EVRM hanteert het EHRM een andere, minder rigide, benadering. Zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 9.6 beschreven, heeft het EHRM hier namelijk oog voor de efficiëntie van het onderzoek.¹⁴⁹⁵ Daarmee lijkt het Hof er acht op te slaan dat opsporingsautoriteiten beschikken over een beperkte capaciteit, terwijl zij een overschot hebben aan te behandelen zaken. Dat brengt met zich mee dat (politieke) beleidskeuzes gemaakt moeten worden. Deze keuzes hebben uiteraard ook implicaties voor de vervolgingsbeslissing.

6.3.5 Vervolgingsindicaties bij specifieke delicten

In specifieke gevallen laat het EHRM zich meer in detail uit over de factoren die autoriteiten in aanmerking moeten nemen bij de beslissing om iemand wel of niet te vervolgen. Dat heeft het Hof bijvoorbeeld gedaan in de context van huiselijk geweld. In de zaak *Opuz/Turkije* somt het Hof de volgende factoren op die een rol spelen bij de beslissing om (ondanks de intrekking van een klacht) te vervolgen: de ernst van het geweld, de aard van het letsel (fysiek of psychisch), of de verdachte de aanval heeft gepland en/of een wapen heeft gebruikt, of de verdachte sindsdien bedreigingen heeft geuit, de geschiedenis van het geweld in de relatie, (relevante) criminele geschiedenis, de kans op recidive, het effect op kinderen, de continue bedreiging voor de gezondheid en het welzijn van het slachtoffer en van anderen, de huidige relatie met het slachtoffer en de effecten van een eventuele vervolging op deze relatie wanneer tegen de wil van het slachtoffer vervolgd zou worden.¹⁴⁹⁶ In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat hoe ernstiger het geweld en hoe groter de kans op herhaling is, des te meer (voortzetting van de) strafvervolging voor de hand ligt.¹⁴⁹⁷

Ook in de context van seksueel geweld laat het EHRM zich uit over factoren die autoriteiten in aanmerking moeten nemen bij de beslissing om iemand wel of niet te vervolgen. Het EHRM geeft in zijn rechtspraak duidelijk te kennen dat ongeacht de specifieke formulering die door de wetgever is

¹⁴⁹³ EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (*Armani Da Silva/VK*), r.o. 270.

¹⁴⁹⁴ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 166; EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 112; EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 285. Zie hierover ook Kamber 2017, p. 417.

¹⁴⁹⁵ Vgl. EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (*Blumberga/Letland*), r.o. 67.

¹⁴⁹⁶ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o.138.

¹⁴⁹⁷ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 139.

gekozen, de vervolging van niet-vrijwillige seksuele handelingen in de praktijk mogelijk gemaakt dient te worden door middel van interpretatie van de delictsbestanddelen en door middel van een ‘context-sensitive assessment of the evidence’. Het gaat er naar het oordeel van het EHRM om dat de delictsbestanddelen op dusdanige wijze worden geïnterpreteerd dat zij ruimte laten voor de bescherming tegen verkrachting. Ook zaken waarin weinig of geen fysieke kracht en weerstand werd vastgesteld, dienen vervolgd te worden.¹⁴⁹⁸ Dit mag geen doorslaggevende beslissingsfactor zijn om van vervolging af te zien. Het materiële recht moet wel vervolging mogelijk maken (zie casestudy 2: § 3.3).

6.3.6 Selectie van de strafbare feiten

Naast de keuze *of* vervolging plaatsvindt, dienen de autoriteiten ook te beslissen *waarvoor* vervolgd wordt. De vervolgingsbeslissing dient naar het oordeel van het EHRM op dit punt dusdanig te worden ingevuld dat de effectiviteit van de strafrechtelijke handhaving gewaarborgd is. Dit impliceert dat de strafbare feiten dusdanig geselecteerd worden dat zij kunnen resulteren in een veroordeling. Zo dient de openbaar aanklager bij zedendelicten bijvoorbeeld voor meerdere ankers te gaan liggen.

De feiten ten aanzien waarvan vervolgd wordt, moeten echter wel verband houden met de ernst van de mensenrechtenschending. Zo rekent het EHRM het Turkije in de zaak *Öneryıldız* aan dat de twee burgemeesters niet zijn vervolgd voor strafbare feiten die dezelfde rechtsgoederen beschermen als artikel 2 EVRM. De openbaar aanklager had in deze zaak enkel nalatigheid in de uitoefening van hun publiekrechtelijke taken tenlastegelegd, zonder daarbij een koppeling met de dood te maken.¹⁴⁹⁹

6.4 Samenvatting

Uit de analyse van de rechtspraak van het EHRM komt hetzelfde beeld naar voren als bij opsporing en onderzoek: de minimumvereisten die het EHRM stelt, kunnen als betrekkelijk open deuren worden gezien. Belangrijke leidende criteria zijn: (1) vervolgingsbeletselen mogen niet tot gevolg hebben dat bepaalde EVRM-rechten niet praktisch en effectief zijn; (2) bij schending van absolute rechten bestaat weinig ruimte om op grond van wenselijkheidsoverwegingen van vervolging af te zien; (3) de vervolgingsbeslissing dient dusdanig te worden ingevuld dat de effectiviteit van de strafrechtelijke handhaving gewaarborgd is. Hieruit volgt (wederom) dat het EHRM daadwerkelijk verwacht dat de verdragsstaten gebruik maken van het instrument van het strafrecht ter handhaving van bepaalde EVRM-rechten.

6.5 Nederlands recht vergeleken

6.5.1 Introductie

In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat in Nederland een systeem bestaat dat de effectieve uitvoering van nationale wetgeving die EVRM-belangen beschermt, kan bewerkstelligen. Er zijn weliswaar verschillende vervolgingsuitsluitingsgronden, maar daarop zijn uitzonderingen mogelijk.

¹⁴⁹⁸ EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 166. Zie ook EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (*M.G.C./Roemenië*), r.o. 59; EHRM 24 mei 2016, 36934/08 (*I.C./Roemenië*), r.o. 52.

¹⁴⁹⁹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 116-118.

Een misdrijf zal op grond van artikel 70 lid 2 Sr bijvoorbeeld niet verjaren waar het gaat om misdrijven waarop een maximum gevangenisstraf van twaalf jaar of meer is gesteld en voor ernstige zedenmisdrijven, gepleegd tegen kinderen. Daarnaast kan worden opgemerkt dat delicten als verleiding van een minderjarige tot ontucht geen klachtdelict (meer) zijn.¹⁵⁰⁰ Bovendien wordt, waar het om huiselijk geweld, kindermishandeling en zedenzaken gaat, *ambtshalve* vervolging overwogen in zaken waarin de geestelijke en/of lichamelijke integriteit van het slachtoffer ernstig is/wordt bedreigd dan wel het slachtoffer zich evident in een afhankelijkheidspositie bevindt.¹⁵⁰¹ Ook met betrekking tot de vervolgingsindicaties waarover het EHRM zich expliciet heeft uitgelaten, lijken zich geen problemen voor te doen. Waar het om huiselijk geweld gaat, biedt het vervolgingsbeleid, als het om ernstig geweld gaat, voldoende ruimte om, ondanks de intrekking van een ‘klacht’, het algemeen belang boven dat van het slachtoffer te laten prevaleren.¹⁵⁰² Ook is het niet zo dat in zedenzaken van vervolging wordt afgezien enkel en alleen omdat weinig of geen fysieke kracht en weerstand is vastgesteld. Er wordt ook naar andere aspecten gekeken. Tot nu toe is er dus geen vuiltje aan de lucht.

Twee aspecten van vervolging verdienen echter nadere aandacht: het opportuniteitsbeginsel en de selectie van de feiten die ten laste worden gelegd. Met betrekking tot het eerste aspect zal worden beschreven in hoeverre het problematisch is dat de rechtspraak van het EHRM geen ruimte lijkt te bieden voor afwegingen conform het Nederlandse opportuniteitsbeginsel (§ 6.4.2). In de daaropvolgende paragraaf wordt aan de hand van een voorbeeldcasus betoogd dat ook de officier van justitie in Nederland opmerzaam dient te zijn waar het om de selectie van de feiten gaat die ten laste worden gelegd (§ 6.4.3).

6.5.2 Opportuniteit als probleempunt?

De officier van justitie moet aandacht besteden aan zowel een haalbaarheids- als een wenselijkheidscomponent.¹⁵⁰³ De tweede component komt tot uiting in artikel 167 lid 2 Sv. Op grond van deze bepaling kan van vervolging worden afgezien ‘op gronden aan het algemeen belang ontleend’. Op het eerste gezicht lijkt deze bepaling zich slecht te verhouden tot de verplichting om te vervolgen die het EHRM heeft geformuleerd. In de praktijk zijn echter, waar het gaat om gedragingen waarvoor op grond van het EVRM strafbaarstellingen zijn vereist, moeilijk gevallen te bedenken waarin de officier van justitie afziet van vervolging in verband met redenen van algemeen belang. Zedendelicten, geweldsdelicten met meer dan licht lichamelijk letsel en/of met (forse) impact op het slachtoffer, levensdelicten, ontvoering, (gewelddadige) vermogenscriminaliteit, zoals overvallen, straatroof en woninginbraken zijn gekwalificeerd als *High Impact Crime (HIC)*.¹⁵⁰⁴ Dat betekent dat het om misdrijven gaat die een aantoonbaar grote en directe impact hebben op het slachtoffer in het bijzonder

¹⁵⁰⁰ Vgl. artikel 248a Sr.

¹⁵⁰¹ Aanwijzing voor huiselijk geweld en kindermishandeling (2016A003), *Staatscourant* 2016, 19416 en Aanwijzing zeden (2016A004), *Staatscourant* 2016, 19414.

¹⁵⁰² Aanwijzing voor huiselijk geweld en kindermishandeling (2016A003), *Staatscourant* 2016, 19416.

¹⁵⁰³ Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 625.

¹⁵⁰⁴ Aanwijzing voor de opsporing (2013A020), *Staatscourant* 2013, 35757. Ik ga er hierbij vanuit dat ook prioriteit wordt toegekend aan zaken waarin de geestelijke en/of lichamelijke integriteit van een minderjarig slachtoffer (ernstig) is/wordt bedreigd door gedragingen die niet in de zedenwetgeving zijn opgenomen. Daarbij kan gedacht worden aan identiteitsdiefstal op het internet als gevolg waarvan een minderjarige wordt blootgesteld aan de interesse van pedofielen. In dat geval verlangt het EHRM strafrechtelijke bescherming. Vgl. EHRM 2 december 2008, 2872/02 (*K.U./Finland*), r.o. 46.

en op de veiligheidsbeleving van burgers in het algemeen. In *HIC* zaken wordt in principe altijd een opsporingsonderzoek ingesteld. Omdat het hier om landelijke prioriteiten gaat, ligt het in de rede dat indien het opsporingsonderzoek daarvoor voldoende basis biedt, ook vervolgd wordt.

Mensenhandel/smokkel wordt niet als *HIC*, maar als ondermijnende criminaliteit aangeduid.¹⁵⁰⁵ Deze vorm van criminaliteit is meestal minder zichtbaar, maar is ontwrichtend voor de samenleving. Dit komt doordat de maatschappelijke structuren worden aangetast door de verwevenheid van onderwereld met de bovenwereld of doordat de strafbare feiten worden gepleegd door de (top van) de bovenwereld. Kenmerk van deze zaken is, dat ze vaak in georganiseerd verband worden gepleegd en er grote financiële belangen mee zijn gemoeid. Ook voor de aanpak van deze criminaliteit zijn landelijke prioriteiten gesteld. In de Aanwijzing mensenhandel is zelfs expliciet vastgesteld dat vervolging uitgangspunt is.¹⁵⁰⁶ *De facto* bestaat er hier – evenals bij *HIC* zaken – dan ook geen manoeuvreerruimte op basis van het opportuniteitsbeginsel.¹⁵⁰⁷ Van een probleempunt lijkt dus toch geen sprake te zijn.

6.5.3 Geweld(saanwending) tenlastegelegd: een voorbeeldcasus

De officier van justitie beslist niet alleen of wel of niet wordt vervolgd, maar selecteert eveneens de feiten die ten laste worden gelegd. Ook op dit vlak dient ervoor gewaakt te worden dat de effectieve uitvoering van nationale wetgeving die EVRM belangen beschermt, in het geding komt. Dat betekent onder meer dat de feiten ten aanzien waarvan wordt vervolgd, verband houden met de (ernst van de) mensenrechtenschending. Voor de officier van justitie is dit opletten geblazen.

Een voorbeeld van een situatie waarin zich op dit vlak problemen (kunnen) voordoen is de op handen zijnde strafbaarstelling van overtreding van de geweldsinstructie.¹⁵⁰⁸ Deze strafbaarstelling dient naar de mening van de minister in het leven te worden geroepen omdat op dit moment de bijzondere rechtspositie van de opsporingsambtenaar onvoldoende tot zijn recht komt wanneer hij als gevolg van een geweldsaanwending wordt vervolgd voor commune delicten als mishandeling en doodslag.¹⁵⁰⁹ De invoering van een nieuwe strafbaarstelling van overtreding van de geweldsinstructie betekent, zo beschrijft hij, echter niet dat een opsporingsambtenaar niet meer kan worden vervolgd voor een algemeen delict. Wanneer het openbaar ministerie hier aanleiding toe ziet, kan volgens de minister (op grond van het opportuniteitsbeginsel) nog steeds de keuze worden gemaakt te vervolgen voor algemene geweldsdelicten.¹⁵¹⁰

Het is hiermee onduidelijk of er in de praktijk veel zal veranderen. De minister lijkt op twee gedachten te hinken. Enerzijds benadrukt hij dat vervolging voor de nieuwe strafbaarstelling voorop zal staan en vervolging voor een algemeen geweldsdelict dus een uitzondering zal zijn.¹⁵¹¹ Anderzijds benadrukt hij dat de voorgestelde strafbaarstelling met name een rol zal spelen in gevallen waarin het openbaar ministerie vervolging op zijn plaats vindt, maar men het gezien de situatie waarin het feit is

¹⁵⁰⁵ Aanwijzing voor de opsporing (2013A020), *Staatscourant* 2013, 35757.

¹⁵⁰⁶ Aanwijzing mensenhandel (2013A012), *Staatscourant* 2013, 16816.

¹⁵⁰⁷ Ook waar het om de vervolging van overheden gaat, is evident onrecht, bijvoorbeeld bij een ernstige vorm van een algemeen misdrijf een indicatie voor vervolging. Vgl. Aanwijzing voor de opsporing en vervolging van overheden (1998A004), *Staatscourant*, 1998, 82. Deze aanwijzing is met ingang van 1 december 2019 ingetrokken.

¹⁵⁰⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34641, 2.

¹⁵⁰⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34641, 3, p. 13.

¹⁵¹⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34641, 3, p. 14.

¹⁵¹¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34641, 3, p. 6.

begaan minder gepast vindt om dit te doen voor een algemeen geweldsdelict als mishandeling of doodslag.¹⁵¹²

Een verandering in het vervolgingsbeleid ten aanzien van geweldsaanwending door opsporingsambtenaren, kan in mijn ogen problematisch zijn vanuit EVRM-perspectief. Als gezegd, de vervolgingsbeslissing dient op grond van het EVRM dusdanig te worden ingevuld dat de effectiviteit van strafrechtelijke handhaving van ‘human right offences’ gewaarborgd is. Wanneer in geval van schendingen van artikel 2 en 3 EVRM wordt vervolgd voor overtreding van de Ambtsinstructie is daarvan géén sprake.¹⁵¹³ In dat geval ontbreekt een link met het in het geding zijnde mensenrecht, het recht op leven of het folterverbod. Hier moet vervolgd worden voor het levensdelict.

Gelet op de ernst van de hiervoor beschreven feiten ligt het niet voor de hand dat het beleid zal veranderen. Bij minder ernstige strafbare gedragingen, is mijns inziens het risico groter dat de ‘gemakkelijke weg’ wordt gekozen. Dit blijkt ook de realiteit te zijn. Zo wordt in de praktijk veelal enkel witwassen in plaats van het onderliggende vermogensdelict ten laste gelegd. Als gevolg daarvan komt de link met het in het geding zijnde mensenrecht te ontbreken. Met het arrest *Enveloppen in kluis*¹⁵¹⁴ heeft de Hoge Raad deze praktijk tegen willen gaan. Dit is vanuit het EVRM-perspectief toe te juichen. De praktijk is echter niet echt veranderd en de wetgever heeft de Hoge Raad overruled met de invoering van de strafbaarstelling van eenvoudig witwassen.¹⁵¹⁵

7 Berechting en bestraffing

7.1 Introductie

Wanneer een verdachte door de rechter kan worden veroordeeld, moet de rechter een beslissing nemen over de eventueel op te leggen straf. Voor het EHRM is de straf in zekere zin een ‘issue naturelle’ van een strafrechtelijk onderzoek.¹⁵¹⁶ Straffeloosheid kan tot de conclusie leiden dat het EVRM is geschonden omdat de bescherming van EVRM-rechten in de praktijk ineffectief is gebleken. Dit roept de vraag op of, en zo ja, welke, implicaties genoemde rechtspraak van het Hof voor het Nederlandse strafrecht heeft. Daartoe zal allereerst op berechting en bestraffing in de rechtspraak van het EHRM worden ingaan (§ 7.2). Vervolgens komen in paragraaf 7.3 de vereisten die het EHRM stelt aan de beraadslaging door de rechter aan de orde. Dit wordt gevolgd door een korte samenvatting (§ 7.4). In de laatste paragraaf worden de implicaties voor Nederland geschetst (§ 7.5).

7.2 Berechting en bestraffing in de rechtspraak van het EHRM

¹⁵¹² *Kamerstukken II* 2016/17, 34641, 3, p. 19.

¹⁵¹³ De minister heeft de voorgestelde wettelijke regeling zo vormgegeven dat niet het geweld, maar het al dan niet schenden van de Ambtsinstructie centraal is komen te staan. Bij een strafrechtelijk onderzoek komt de nadruk in dat geval op het al dan niet naleven van regels te liggen. Dit lijkt mij niet in lijn met de gedachte van het EHRM. Vgl. (naar aanleiding van de voorgenomen herziening van het stelsel geweldsaanwending ambtenaren) Ten Voorde 2016, p. 46-48.

¹⁵¹⁴ HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910 (*Enveloppen in kluis*). Bevestigd in HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842.

¹⁵¹⁵ Vgl. Hooydonk 2017.

¹⁵¹⁶ EHRM 23 februari 2016, 44883/09 (*Nasr & Ghali/Italië*), r.o. 272.

7.2.1 Introductie

De zaak *Öneryıldız/Turkije* markeert voor wat betreft de berechting en bestraffing een belangrijke stap in de ontwikkeling van de positieve verplichtingen. Het EHRM laat zich in deze zaak namelijk voor het eerst over de ‘trial stage’ uit. Ook dit gedeelte van de strafrechtelijke procedure moet voldoen aan de vereisten van de positieve verplichting om levens te beschermen.¹⁵¹⁷ Er bestaat uiteraard niet zoiets als een recht op bestraffing.¹⁵¹⁸ Vervolging hoeft bovendien niet in alle gevallen te resulteren in een veroordeling of de oplegging van een (specifieke) straf.¹⁵¹⁹ Een dergelijke verplichting zou ook niet in overeenstemming zijn met het recht op een eerlijk proces en de onschuldpresumptie.¹⁵²⁰

Tegelijk meent het EHRM echter dat verdragsstaten ‘should not under any circumstances be prepared to allow’ mensenrechtenschendingen ‘to go unpunished’.¹⁵²¹ Dit is essentieel ‘for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts’, zo overweegt het Hof in *Öneryıldız/Turkije*.¹⁵²² Ondanks de scherpe bewoordingen van het EHRM zal, zoals hierna in paragraaf 7.3.3 zal blijken, het niet of gering bestraffen alleen in uitzonderlijke gevallen een schending van het EVRM opleveren. Het Hof grijpt alleen in wanneer de afschrikkende werking die van een strafbaarstelling en/of sanctie uitgaat *de facto* teniet wordt gedaan doordat geen of een onvoldoende strenge reactie van de Staat op een strafbaar feit volgt. In de volgende drie paragrafen wordt meer uitgebreid ingegaan op de (straf)doelen die het EHRM voor ogen heeft. Daarna wordt beschreven dat sommige ‘measures’ onacceptabel zijn omdat zij ervoor zorgen dat een veroordeling in de praktijk ineffectief is.

7.2.2 Algemene afschrikking als hoofddoel

Zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 2.3 is beschreven, rechtvaardigt het EHRM de verplichting tot strafbaarstelling door te wijzen op de afschrikkende werking die uitgaat van het strafrecht. Door bepaalde gedragingen strafbaar te stellen, kunnen bepaalde ernstige mensenrechtenschendingen worden voorkomen, zo lijkt de veronderstelling van het Hof te zijn. Mensenrechtenbescherming kan echter alleen effectief zijn wanneer van autoriteiten daadwerkelijk optreden kan worden verwacht.¹⁵²³ Door daadwerkelijk te straffen wordt het belang van de geschonden norm onderstreept en wordt de wettelijke strafdreiging reëel gemaakt. Personen die in de verleiding zijn een misdrijf te begaan, kunnen daarvan worden weerhouden uit angst voor de straf. Dit is algemene of generale afschrikking.¹⁵²⁴ Algemene afschrikking is een middel ter algemene preventie van mensenrechtenschendingen.¹⁵²⁵

De hiervoor beschreven gedachtegang is bijvoorbeeld te ontwaren in *Öneryıldız/Turkije*. De verantwoordelijke burgemeesters kregen elk een voorwaardelijke geldboete van circa € 9,70. Het gaat

¹⁵¹⁷ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 95.

¹⁵¹⁸ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96.

¹⁵¹⁹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96.

¹⁵²⁰ Vgl. Seibert-Fohr 2009, p. 203.

¹⁵²¹ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96; EHRM 24 maart 2011, 23458/02 (*Giuliani & Gaggio/Italië*), r.o. 306.

¹⁵²² EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96; EHRM 20 december 2007, 7888/03 (*Nikolova & Velichkova/Bulgarije*), r.o. 57.

¹⁵²³ Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 89, 91 en 95.

¹⁵²⁴ Lemmens & Courtoy 2020, p. 59.

¹⁵²⁵ Lemmens & Courtoy 2020, p. 57.

hier naar het oordeel van het EHRM om ‘derisory fines’. Door in deze concrete zaak dergelijke lage geldboetes op te leggen, wordt de afschrikkende werking die uitgaat van bestraffingen ondermijnd.¹⁵²⁶ Onder deze bijzondere omstandigheden ziet het EHRM zich dan ook genoodzaakt om in te grijpen.

7.2.3 Individuele afschrikking in de rechtspraak van het EHRM

Naast algemene afschrikking richt het EHRM zich ook op individuele of speciale afschrikking.¹⁵²⁷ In dat geval wordt een individuele pleger van een misdrijf afgeschrikt om nogmaals hetzelfde feit te plegen doordat de onplezierige ervaring van de straf nog vers in het geheugen ligt en de strafbedreiging onverminderd geldt. Een voorbeeld van een zaak waarin individuele afschrikking aan de orde komt, is *Opuz/Turkije*. In deze zaak wordt ingegaan op de straf die is opgelegd naar aanleiding van het van de sokken rijden van klagster en haar moeder, als gevolg waarvan zij – in het geval van moeder zelfs levensbedreigende – verwondingen opliepen. Het Hof overweegt dat de dader slechts vijfentwintig dagen in de gevangenis doorbracht en dat hem enkel een boete voor het toebrengen van ernstige verwondingen aan de moeder van klagster werd opgelegd. Voor het meermalen met een mes steken van klagster werd eveneens een lage boete opgelegd. Deze boete kon in termijnen worden voldaan. Het EHRM overweegt dat de rechterlijke instanties niet doeltreffend hebben opgetreden. De gerechtelijke uitspraken wekken zelfs de indruk dat het gedrag van de dader wordt getolereerd. Er is in ieder geval geen sprake van een afschrikkende werking om herhaling van het huiselijk geweld door de dader te voorkomen.¹⁵²⁸

Het EHRM laat zich in de aangehaalde zaak niet uit over de wijze waarop gestraft had kunnen en moeten worden. Wel volgt uit de uitspraak dat de grenzen van het redelijke hier in ieder geval zijn overschreden. Door de beschreven wijze van reageren door de Staat ziet de gestrafte zich niet genoodzaakt zijn leven te beteren. Dat lijkt enerzijds te komen doordat marginale straffen zijn opgelegd en anderzijds omdat er geen enkele ‘stok achter de deur’ was, bijvoorbeeld door het opleggen van een voorwaardelijk strafdeel.

7.2.4 Andere strafdoelen

Door het EHRM wordt opvallend veel nadruk op de afschrikkende werking van straffen gelegd. Van tijd tot tijd heeft het EHRM ook – al dan niet in samenhang met algemene of individuele afschrikking – andere strafdoelen voor ogen. Dat is bijvoorbeeld het geval in *Beganović/Kroatië*. In deze zaak wordt overwogen ‘that the main purpose of imposing criminal sanctions is to restrain and deter the offender from causing further harm’.¹⁵²⁹ Door een geweldsdelict te bestraffen moeten de verdachte niet alleen afgeschrikt worden om nogmaals hetzelfde feit te plegen. Ook dient de samenleving beveiligd te worden door insluiting. Het lijkt hier om incapacitatie te gaan. Gelet op de specifieke omstandigheden van het geval – het betrof een zware mishandeling – is de aandacht hiervoor niet verbazingwekkend. Het is

¹⁵²⁶ EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), r.o. 96 en 116-118.

¹⁵²⁷ In sommige zaken komen beide strafdoelen aan de orde. Zie bijvoorbeeld EHRM 25 juni 2009, 46423/06 (*Beganović/Kroatië*), r.o. 79 en 86.

¹⁵²⁸ EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (*Opuz/Turkije*), r.o. 169-170.

¹⁵²⁹ EHRM 25 juni 2009, 46423/06 (*Beganović/Kroatië*), r.o. 85. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 26 maart 2013, 33234/07 (*Valiulienė/Litouwen*), r.o. 85.

onwenselijk dat de gewraakte situaties zich nogmaals voor zou doen, helemaal omdat er reeds eerder een confrontatie tussen klager en enkele verdachten had plaatsgevonden.

Naast incapacitatie komt ook vergelding als strafdoel aan bod. Het EHRM heeft bijvoorbeeld in de zaak *Jelić/Kroatië* oog voor ‘retribution’.¹⁵³⁰ Klaagsters echtgenoot die van Servische afkomst was, is tijdens de oorlog in 1991 weggevoerd en later doodgeschoten. Vanuit het slachtoffer bezien wordt, door het delict te vergelden, tegemoetgekomen aan de door het onrecht ontstane wraakgevoelens.

Kennelijk achtte het EHRM het in beide zaken gelet op de concrete omstandigheden van het geval aangewezen om een meer individuele maatwerkbenadering te hanteren. Daarbij blijft het bij een enkele korte verwijzing naar de strafdoelen.

7.2.5 ‘Unacceptable measures’: gratie en amnestie

In de rechtspraak van het EHRM komen twee gronden voor het verval van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een straf naar voren die onverenigbaar (kunnen) zijn met het EVRM. Het Hof spreekt van ‘unacceptable measures’.¹⁵³¹ Deze ‘measures’ zorgen er immers voor dat een veroordeling in de praktijk ineffectief is. Van een ‘unacceptable measures’ kan allereerst sprake zijn waar het gaat om een snel verleende gratie van opsporingsambtenaren die zijn veroordeeld wegens foltering.¹⁵³² Kanttekening daarbij is dat gratie in de rechtspraak van het Hof slechts zijdelings ter discussie wordt gesteld. Het EHRM gunt de verdragsstaten hier een ‘margin of appreciation’ en hanteert een casuïstische benadering.¹⁵³³ Wanneer gratie precies is toegestaan, volgt dus niet uit de rechtspraak. Het gaat in ieder geval niet om een absoluut verbod. Dat blijkt uit de rechtspraak van het EHRM over de levenslange gevangenisstraf. Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat op grond van artikel 3 EVRM een mogelijkheid tot herbeoordeling van de levenslange gevangenisstraf dient te bestaan. De mogelijkheid van gratieverlening wordt hierbij door het EHRM in ogenschouw genomen.¹⁵³⁴ Het gaat hier echter, anders dan de hiervoor beschreven zaak, niet om ‘snelle’ gratie, maar om gratie die (wellicht) na verloop van tientallen jaren wordt verleend.

Naast gratie kan worden gewezen op amnestie. Dit is bij schendingen van artikel 2 en 3 EVRM uit den boze.¹⁵³⁵ Overigens laat het Hof bij dit amnestieverbod ruimte om in geval van bijzondere omstandigheden een uitzondering te maken, zoals een reconciliatieproces en/of een vorm van slachtoffercompensatie.¹⁵³⁶

¹⁵³⁰ EHRM 12 juni 2014, 57856/11 (*Jelić/Kroatië*), r.o. 90.

¹⁵³¹ EHRM 31 mei 2011, 21789/02 (*Derman/Turkije*), r.o. 28. Dezelfde terminologie wordt ook wel gebruikt waar het om een innerlijk tegenstrijdige uitspraak gaat. Vgl. EHRM 17 oktober 2006, 52067/99 (*Okkali/Turkije*), r.o. 76.

¹⁵³² EHRM 2 november 2004, 32446/96 (*Yaman/Turkije*), r.o. 55; EHRM 17 oktober 2006, 52067/99 (*Okkali/Turkije*), r.o. 76.

¹⁵³³ Zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 2, § 2.3 en 2.6.

¹⁵³⁴ Vgl. EHRM 26 april 2016, 10511/10 (*Murray/Nederland*), r.o. 100. De ten tijde van dit arrest geldende tenuitvoerleggingspraktijk was onverenigbaar met de eisen die artikel 3 EVRM stelt.

¹⁵³⁵ EHRM 2 november 2004, 32446/96 (*Yaman/Turkije*), r.o. 55; EHRM 17 oktober 2006, 52067/99 (*Okkali/Turkije*), r.o. 76; EHRM 27 mei 2014, 4455/10 (*Marguš/Kroatië*), r.o. 126.

¹⁵³⁶ Zie voor een zaak waarin de verlening van amnestie toelaatbaar was: EHRM 2 september 1991, 16734/90 (*Dujardin/Frankrijk*). In deze zaak oordeelde de Commissie dat een Franse amnestie ter voorbereiding van de onafhankelijkheid van Nieuw-Caledonië toelaatbaar was, omdat die een redelijk evenwicht tot stand bracht tussen het belang van de Staat en dat van individuen bij de bescherming van het recht op leven. Zie eveneens EHRM 27 mei 2014, 4455/10 (*Marguš/Kroatië*), r.o. 139.

7.3 Beraadslaging door de rechter

7.3.1 Introductie

Volgens vaste rechtspraak beslist het EHRM niet over de schuldvraag in een concrete zaak.¹⁵³⁷ Ook beslist het Hof niet over de op te leggen sanctie(s).¹⁵³⁸ Het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid en de aan een dader van een strafbaar feit op te leggen straf, komt exclusief aan de nationale strafrechter toe. Het EHRM houdt zich enkel bezig met het vaststellen van de internationale verantwoordelijkheid van de Staat op grond van het EVRM.¹⁵³⁹ Wel laat het Hof zich impliciet over de strafrechtelijke aansprakelijkheid en straftoemeting uit door te toetsen of aan de positieve verplichting om te bestraffen is voldaan. In het navolgende zal in kaart worden gebracht wanneer het EHRM zich genoodzaakt ziet om in te grijpen.

7.3.2 Vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid

Het EHRM heeft er oog voor dat de nationale rechter bij het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid gebonden is aan de onschuldpresumptie en de termen waarin het nationale strafrecht is gevat.¹⁵⁴⁰ Binnen deze uitgangspunten dienen de strafbaarstellingen zo te worden geïnterpreteerd dat een effectieve strafrechtelijke bescherming wordt geboden. Daarnaast wordt de nationale rechter bij de beoordeling van de strafbaarheid van een verdachte geacht de principes ‘which lie at the heart of the Court's analysis of complaints’ te respecteren.¹⁵⁴¹ Een voorbeeld van een zaak waarin de nationale rechter zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van deze principes is *Ivan Vasilev/Bulgarije*. In deze zaak gaat het om geweldsaanwending door de politie. Zonder nu te veel in details te willen treden, merk ik op dat het EHRM zich niet kan vinden in de vrijspraken. Waar de hoogste nationale rechter zich – anders dan de lagere rechters – in het geheel niet heeft uitgelaten over de proportionaliteit van het politieoptreden, oordeelt het Hof onder verwijzing naar eigen vaste rechtspraak dat sprake is van excessief geweld, zowel qua intensiteit als duur.¹⁵⁴²

7.3.3 Straftoemetingsbeslissing

Het EHRM laat de verdragsstaten een aanzienlijke keuzevrijheid bij de straftoemeting.¹⁵⁴³ Om te voorkomen dat het EVRM niet louter illusoir en theoretisch is, laat het Hof zich desalniettemin onder omstandigheden uit over de straftoemetingsbeslissing. In de rechtspraak werden twee toetsen onderscheiden die het EHRM hanteerde om te bezien of er aanleiding was om op dit vlak een schending vast te stellen.

¹⁵³⁷ EHRM 10 juli 2001, 25657/94 (*Avşar/Turkije*), r.o. 284; EHRM 26 november 2002, 33218/96 (*E. e.a./VK*), r.o. 91.

¹⁵³⁸ EHRM 7 april 2015, 6884/11 (*Cestaro/Italië*), r.o. 207.

¹⁵³⁹ EHRM 10 april 2001, 26129/95 (*Tanli/Turkije*), r.o. 111.

¹⁵⁴⁰ EHRM 12 april 2007, 48130/99 (*Ivan Vasilev/Bulgarije*), r.o. 75. Uiteraard kan het opschorten van een vonnis *de facto* tot straffeloosheid leiden. Dat is in strijd met het EVRM. Vgl. EHRM 14 januari 2014, 8656/10 (*Kasap e.a./Turkije*), r.o. 59-60.

¹⁵⁴¹ EHRM 12 april 2007, 48130/99 (*Ivan Vasilev/Bulgarije*), r.o. 75.

¹⁵⁴² EHRM 12 april 2007, 48130/99 (*Ivan Vasilev/Bulgarije*), r.o. 63 en 79.

¹⁵⁴³ EHRM 20 december 2007, 7888/03 (*Nikolova & Velichkova/Bulgarije*), r.o. 62.

De eerste toets was of de nationale rechters hun discretionaire bevoegdheid hebben gebruikt ‘to minimise the consequences’ van een ernstig delict.¹⁵⁴⁴ De tweede toets was de vraag of sprake is van ‘manifest disproportion between the gravity of the act and the punishment imposed’.¹⁵⁴⁵ De eerste toets wordt niet meer afzonderlijk gebruikt door het EHRM. Hij maakt inmiddels onderdeel uit van de tweede toets.¹⁵⁴⁶ Bij beide toetsen lijken dezelfde aspecten door het EHRM in ogenschouw te zijn genomen. Zij zullen dan ook niet afzonderlijk worden beschreven. Wel kan op voorhand worden gesteld dat de toetsen een marginaal karakter hebben. Het EHRM intervenueert alleen wanneer een kennelijk disproportioneel lage straf is opgelegd.

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat een schending van het EVRM slechts in uitzonderlijke omstandigheden wordt aangenomen. Een eerste aspect dat het Hof daarbij in ogenschouw neemt, is of sprake is van een innerlijke tegenstrijdigheid in de uitspraak. Typerend in dit verband is de uitspraak in *Okkali/Turkije*. In deze zaak oordeelde het EHRM dat het ontoelaatbaar is dat de houding ter zitting van politieagenten en hun ‘qualified confessions’ als strafverminderende omstandigheden worden gekwalificeerd, terwijl in het dossier geen enkel bewijs voorhanden is dat zij hun schuld erkennen. Integendeel: het dossier bevat een verklaring waaruit volgt dat in ieder geval één van de verdachten ontkent. De Staat heeft bovendien tijdens de procedure bij het EHRM niet kunnen toelichten waarom ‘the notion of qualified confession’ – naar het zich laat aanzien niet conform de definitie van dit begrip in ‘Turkish legal theory’ – is toegepast. Ook laat het Hof zich kritisch uit over het berouw van de verdachten als aanleiding om een *voorwaardelijke* straf op te leggen. Uit het strafdossier blijkt namelijk in het geheel niet dat dergelijke uitingen zijn gedaan. Het EHRM komt tot het eindoordeel dat ‘the judges exercised their discretion (...) in order to minimise the consequences of an extremely serious unlawful act’.¹⁵⁴⁷ Ook in verschillende andere zaken waarin een schending is vastgesteld, blijkt sprake te zijn van een innerlijk tegenstrijdige uitspraak.¹⁵⁴⁸

Daarnaast kijkt het EHRM ook of voldoende recht is gedaan aan de aard en effecten van het delict. Manifest disproportioneel is in de ogen van het EHRM bijvoorbeeld de in *Nikolova & Velichkova/Bulgarije* opgelegde voorwaardelijke (minimum) straf van drie jaren waar het gaat om ‘willful infliction of grievous bodily harm negligently resulting in death’.¹⁵⁴⁹ Verbalisanten hadden de man in kwestie tijdens een arrestatie voor een klein vergrijp meermalen tegen het hoofd geslagen en hem tegen de grond gedrukt. Op het politiebureau raakt hij in coma. Uiteindelijk komt de man te overlijden.

In dit verband kan eveneens worden gewezen op de zaak *Gäfgen/Duitsland*. In deze zaak waren zeer gematigde voorwaardelijke geldboetes (van 60 x € 60 en 90 x € 120) opgelegd voor bedreiging met foltering om een van ontvoering verdacht persoon te dwingen de verblijfplaats van zijn slachtoffer bekend te maken. Betrokkenen waren niet geschorst tijdens het strafonderzoek. Eén van hen werd zelfs bevorderd tot politiechef. Alhoewel door het EHRM wordt opgemerkt dat deze zaak niet overeenkomt met eerdere zaken (waaronder *Nikolova & Velichkova/Bulgarije*) waarin werd overwogen dat de

¹⁵⁴⁴ EHRM 17 oktober 2006, 52067/99 (*Okkali/Turkije*), r.o. 75.

¹⁵⁴⁵ EHRM 20 december 2007, 7888/03 (*Nikolova & Velichkova/Bulgarije*), r.o. 62; EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*), r.o. 123. Vgl. ook EHRM 18 december 2018, 15014/11 (*Hasan Köse/Turkije*), r.o. 36.

¹⁵⁴⁶ Lavrysen 2020, p. 47-48. Zie EHRM 14 januari 2014, 8656/10 (*Kasap e.a./Turkije*), r.o. 59-60.

¹⁵⁴⁷ EHRM 17 oktober 2006, 52067/99 (*Okkali/Turkije*), r.o. 72, 74-75.

¹⁵⁴⁸ Zie ten aanzien van de zogenaamde meewerkende houding van de verdachte bijvoorbeeld EHRM 8 april 2008, 42942/02 (*Ali & Ayşe Duran/Turkije*), r.o. 68; EHRM 31 mei 2011, 21789/02 (*Derman/Turkije*), r.o. 14 en 28.

¹⁵⁴⁹ EHRM 20 december 2007, 7888/03 (*Nikolova & Velichkova/Bulgarije*), r.o. 63-64. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 8 april 2008, 42942/02 (*Ali & Ayşe Duran/Turkije*), r.o. 67-72.

oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf meer op zijn plaats was, oordeelt het ook hier dat genoemde straffen manifest disproportioneel zijn.¹⁵⁵⁰ Anders dan in genoemde zaken gaat het in *Gäfgen* niet om wreedheden door overheidsfunctionarissen die zij probeerden te verbloemen, maar om een naar buiten kenbare ‘enkele’ bedreiging met foltering.

Een voorbeeld van een straf die door het EHRM niet manifest disproportioneel werd bevonden, is de voorwaardelijke ‘medium term of imprisonment’ van twee jaar en zes maanden die in *Leparskiene/Litouwen* wegens ambtsmisbruik en doodslag werd opgelegd. Deze zaak gaat over een politieagent die in strijd met zijn zorgplicht heeft gehandeld door op grote afstand gericht op de banden van een auto te schieten om de bestuurder tot stoppen te dwingen. Als gevolg daarvan is de minderjarige bestuurder van de auto overleden. Hier is naar het oordeel van het EHRM voldoende rekenschap gegeven van de buitengewoon ernstige gevolgen van het delict. Daarbij wordt van belang geacht dat de agent in kwestie is ontslagen. Bovendien heeft de rechter specifieke redenen opgegeven om de genoemde (voorwaardelijke) straf op te leggen. De persoonlijkheid van de verdachte was hierbij belangrijk.¹⁵⁵¹

Ook in *Irene Wilson/VK* werd geen schending aangenomen. In deze zaak gaat het om een veroordeling tot een voorwaardelijke straf van anderhalf jaar met een proeftijd van drie jaar ter zake van huiselijk geweld. De nationale rechter gaat ervan uit dat het gedrag van de verdachte het gevolg is van overmatig alcoholgebruik. De straf is opgelegd met het oog op speciale preventie. Het EHRM kan zich hierin vinden. Het overweegt dat genoemde voorwaardelijke straf een langere bescherming biedt dan het onmiddellijk opleggen van een gevangenisstraf van achttien maanden. Van een ‘manifestly inadequate response to the gravity of Mr Wilson’s offence’ is dan ook geen sprake.¹⁵⁵²

7.4 Samenvatting

Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat de Staten over een grote mate van vrijheid beschikken waar het gaat om het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid en de straftoemetsingsbeslissing. Er worden al met al weinig duidelijk sturende regels verschaft. Alleen in uitzonderlijke situaties stelt het EHRM een schending vast, bijvoorbeeld wanneer bij het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid basisprincipes van het EVRM niet in ogenschouw zijn genomen of bewijsregels aan een veroordeling ter zake van schending van mensenrechten in de weg staan. Ook grijpt het EHRM in bij innerlijke tegenstrijdigheden in uitspraken, een opvallend lage ongemotiveerde strafoplegging of indien amnestie/gratie wordt ingezet om verdachten van moord en foltering vrijuit te laten gaan.

Ten aanzien van de strafoplegging kan voorzichtig een stelregel worden afgeleid: voorwaardelijke straffen bestaande uit enkel een (gematigde) geldboete of korte vrijheidsstraf kunnen over het algemeen niet door de EVRM-beugel indien de strafbare feiten schendingen van artikel 2 en 3 EVRM door overheidsfunctionarissen behelzen. De bijzondere omstandigheden van de zaak (zoals de ernst van de gedraging) kunnen echter aanleiding zijn om een uitzondering op deze regel te maken. Bij dit alles lijkt het EHRM mede betekenis te hechten aan de (overtuigingskracht van de) motivering van de nationale rechter.

¹⁵⁵⁰ EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*), r.o. 124.

¹⁵⁵¹ EHRM 7 juli 2009, 4860/02 (*Leparskiene/Litouwen*), r.o. 20, 23 en 53.

¹⁵⁵² EHRM 23 oktober 2012, 10601/09 (*Irene Wilson/VK*), r.o. 50.

7.5 Met het Nederlandse recht vergeleken

7.5.1 Introductie

Zoals hiervoor is beschreven, gaat het EHRM ervan uit dat verdragsstaten – en dus ook Nederland – beter gepositioneerd zijn om te oordelen over de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de straftoemeting. Voor dit onderzoek is van belang of er situaties denkbaar zijn waarin in strijd met de principes en/of stelregels die het EHRM hanteert, wordt gehandeld. Op het eerste gezicht lijkt Nederland het voorbeeldig te doen. Er zijn bijvoorbeeld geen indicaties dat de Nederlandse rechter gebruik maakt van schijnredeneringen of dat amnestie en/of gratie binnen Nederland worden ingezet om een veroordeling in de praktijk ineffectief te maken. Beide figuren worden nauwelijks toegepast.¹⁵⁵³ Wanneer wordt ingezoomd op de Nederlandse strafrechtspraktijk dan valt een tweetal aspecten op die een nadere bestudering verdienen: de sanctionering van onherstelbare vormverzuimen en de bestraffing van ongeoorloofd vuurwapengebruik. Zij zullen hierna achtereenvolgens aan bod komen.

7.5.2 Sanctionering van onherstelbare vormverzuimen

In de literatuur is wel betoogd dat artikel 359a Sv op gespannen voet kan staan met de plicht tot effectieve strafbaarstelling.¹⁵⁵⁴ Op grond van genoemd artikel heeft de strafrechter een bevoegdheid tot sanctionering van onherstelbare vormverzuimen ten aanzien van overheidsactiviteiten die zijn verricht in het voorbereidend onderzoek. Hij kan onder meer overgaan tot bewijsuitsluiting of strafvermindering.¹⁵⁵⁵ Toepassing van deze ‘sancties’ zou met zich kunnen brengen dat de Staat niet voldoet aan zijn verdragsverplichting tot verzekering van fundamentele rechten.¹⁵⁵⁶

De genoemde redenering gaat in mijn ogen niet (meer) op. Met betrekking tot strafvermindering merk ik daartoe op dat een rechter die overgaat tot strafvermindering wegens een vormverzuim dat nadrukkelijk moet motiveren. Aangegeven dient te worden waarom dit rechtsgevolg aan het verzuim wordt verbonden en in hoeverre de straf in verband met het begane vormverzuim wordt verminderd.¹⁵⁵⁷ Op deze wijze wordt inzicht gegeven in de mate waarin het vormverzuim via strafvermindering wordt gecompenseerd. Door de aanwezigheid van de motiveringsplicht wordt waarschijnlijk al snel aan de Straatsburgse normen voldaan. Het EHRM lijkt namelijk mede betekenis te hechten aan de (overtuigendheid van de) motivering van de nationale rechter. Daarnaast valt op dat het slechts om geringe reducties gaat.¹⁵⁵⁸ Het EHRM grijpt alleen in gevallen van uitzonderlijk lage straffen in. Daarvan lijkt hier geen sprake te zijn.

¹⁵⁵³ ‘Kwartaalcijfers 2020 – Gratie’, www.justis.nl.

¹⁵⁵⁴ Corstens & Kuiper 2013, p. 65; Kuiper 2014, p. 349. Omgekeerd wordt ook wel betoogd dat er een (potentieel) risico is op ‘coercive overreach’. Vgl. Pitcher 2020.

¹⁵⁵⁵ Zie over de toepassing van artikel 359a Sv HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 (*Afvoerpijp*); HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 (*Onbevoegde hulpofficier*); HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.4.1.

¹⁵⁵⁶ Vellinga-Schootstra & Vellinga & 2008, p. 41-42.

¹⁵⁵⁷ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 (*Afvoerpijp*), r.o. 3.6.3.

¹⁵⁵⁸ Zie in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld Rb. Haarlem 6 mei 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3542 en Rb. Rotterdam 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1570. Zie bijvoorbeeld ook HR 26 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2218. Zie met betrekking tot de overschrijding van de redelijke termijn HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7309 (*Redelijke termijn I*). Hier gaat het om kortingen van 5%, 8%, 10% en ‘een naar bevind van zaken vast te stellen percentage’ in de zeldzame gevallen waarin de inzendingstermijn met meer dan

Bewijsuitsluiting is in Nederland niet snel aan de orde. De Hoge Raad onderscheidt enkele categorieën waarin op grond van artikel 359a Sv tot bewijsuitsluiting kan worden overgegaan.¹⁵⁵⁹ Toepassing van bewijsuitsluiting kan allereerst noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁵⁶⁰ Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de schending van het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor.¹⁵⁶¹ Daarnaast kan worden gedacht aan situaties waarin (1) een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden en (2) sprake is van een structureel vormverzuim.¹⁵⁶²

Wat betreft de eerste categorie waarin tot bewijsuitsluiting kan worden overgegaan, valt op dat het in die rechtspraak feitelijk gaat om een beoordelingskader dat in belangrijke mate door jurisprudentie van het EHRM bepaald wordt.¹⁵⁶³ In deze zaken gaat het om situaties waarin het rechtsstatelijke minimum dat aan juridische procedures moet worden gesteld, is overschreden. De kern van artikel 6 EVRM is geschonden.¹⁵⁶⁴ Voor een afweging tegen andere belangen is dan ook geen plaats, ook niet wanneer een vrijspraak dient te volgen.¹⁵⁶⁵

Voor wat betreft de overige gevallen kan (in theorie) een botsing ontstaan tussen enerzijds de verdragsrechten van de verdachte en anderzijds de positieve verplichting om artikel 2 en 3 EVRM te beschermen. Elke situatie van botsende EVRM-rechten dient uiteraard afzonderlijk te worden beoordeeld,¹⁵⁶⁶ en alhoewel het EHRM dat niet met zoveel woorden heeft gezegd, is het aannemelijk dat de verdragsstaten in ieder geval dienen te voorzien in een procedure waarin een belangenafweging gemaakt kan worden.¹⁵⁶⁷ In Nederland is daarin voorzien. Bij de beantwoording van de vraag of een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte tot toepassing van bewijsuitsluiting noopt, kan de rechter betrekken of dit in de gegeven omstandigheden opweegt ‘tegen de daarvan te verwachten negatieve effecten en of aldus niet op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing’.¹⁵⁶⁸ Er is nu dan ook geen aanleiding om te veronderstellen dat het Nederlandse recht op dit vlak niet voldoet.

12 maanden is overschreden en ook in de gevallen waarin een gevangenisstraf van meer dan 12 jaar is opgelegd. Alhoewel de Hoge Raad schendingen van de redelijke termijn niet (expliciet) als vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv aanmerkt, lijken deze in de wetsgeschiedenis wel onder het toepassingsbereik van dit artikel te worden geschaard. Vgl. *Kamerstukken II* 1994/95, 23705, 3, p. 25.

¹⁵⁵⁹ HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.4.1.

¹⁵⁶⁰ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 (*Onbevoegde hulpofficier*), r.o. 2.4.4; HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.4.1.

¹⁵⁶¹ HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079.

¹⁵⁶² HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.4.2-2.4.4.

¹⁵⁶³ Keulen, *NJ* 2013/308.

¹⁵⁶⁴ Van een eerlijk proces is dan geen sprake. Vgl. EHRM 12 mei 2000, 35394/97 (*Khan/VK*), r.o. 34. Duidelijk is bijvoorbeeld dat materieel bewijs als direct resultaat van foltering niet mag bijdragen aan het bewijs van schuld van het slachtoffer van de schending, ook niet als het berechte strafbare feit een ernstige inbreuk op een verdragsrecht oplevert. Vgl. EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäffgen/Duitsland*), r.o. 167.

¹⁵⁶⁵ Vgl. ook Nan 2015, p. 54.

¹⁵⁶⁶ Van de Westelaken 2010, p. 151; Corstens & Kuiper 2013, p. 65.

¹⁵⁶⁷ Soortgelijke overwegingen gelden bij botsing van de vrijheid van meningsuiting en de vertrouwelijkheid van communicatie met de positieve verplichting tot het doen van een onderzoek. Zie hierover § 4.4.4.1.

¹⁵⁶⁸ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5. In latere overzichtsarresten is de overweging niet meer opgenomen. Vgl. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889 en HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890.

Bovendien volgt tot op heden niet uit de rechtspraak van het EHRM of, en zo ja, in welke gevallen, aan het belang van het bestraffen voorrang dient te worden gegeven boven het belang van bescherming van de verdragsrechten van de verdachte. Het Hof zal zich hierover ook niet gauw uitlaten omdat zowel het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid als bewijskwesaties in principe nationale aangelegenheden zijn.

7.5.3 Straftoemeting bij schieten op rijdende auto: moeilijk te toetsen

Wanneer wordt ingezoomd op de straftoemetingspraktijk in Nederland, dan lijkt het alleen bij ongeoorloofd vuurwapengebruik door de politie om enigszins met Straatsburgse uitspraken vergelijkbare zaken te gaan. In een flink aantal zaken in Nederland gaat het om de met de zaak *Leparskiene/Litouwen* vergelijkbare situatie dat ter aanhouding of verdediging is geschoten op een rijdende auto (of een ander vervoermiddel), waarin zich één of meer personen bevonden.¹⁵⁶⁹ In twee Nederlandse zaken zijn daarbij forse onvoorwaardelijke gevangenisstraffen opgelegd.¹⁵⁷⁰ Opvallend is dat in één zaak (*Duiven*) slechts een voorwaardelijke werkstraf werd opgelegd. In *Duiven* gaat het om een schietincident dat plaatsvond nadat een auto met drie mensen erin zich onttrekt aan een controle. De bestuurder wordt uiteindelijk op een bedrijventerrein door het aantikken met een dienstvoertuig tot stoppen gedwongen. Een verbalisant ziet het silhouet van een man bij de bijrijderszijde van het voertuig staan. In werkelijkheid is dit een collega agent. Hij lost een waarschuwingsschot omdat het silhouet niet voldoet aan zijn sommatie om te gaan liggen. Daarop rijdt de auto weg. Een derde agent hoort het schot en schiet tweemaal op de banden van de wegrijdende auto. Verdachte schiet vervolgens ook meermalen op de vluchtauto. Door de kogel raakt een inzittende gewond aan zijn rug.¹⁵⁷¹ Wanneer een zaak als deze in ogenschouw wordt genomen, dan blijkt allereerst dat het nog maar de vraag is of het om een zaak gaat waarin aan het hiervoor beschreven toetsingskader wordt toegekomen. Een artikel 2 EVRM schending lijkt niet aan de orde te zijn. Gaat het hier dan om een artikel 3 EVRM schending?

Wanneer ervan wordt uitgegaan dat er wel sprake is van een EVRM schending blijkt hoe moeilijk het is om te toetsen of de straf die is opgelegd naar verwachting door de EVRM-beugel kan. Hier wringt de casuïstische benadering: in *Leparskiene/Litouwen* ging het immers om een ander feitencomplex en was de minderjarige bestuurder overleden. Bovendien is in genoemde zaak geen minimumvereiste geformuleerd. Of bij poging tot doodslag kan worden volstaan met een voorwaardelijke werkstraf, is dus nog de vraag. Wel valt op dat de genoemde straf door de rechtbank is gemotiveerd.¹⁵⁷² Dat is vanuit Straatsburgs perspectief toe te juichen.

8 Afronding

Conform de verwachting verschilt de doorwerking van het EVRM op het materiële strafrecht erg per deelonderwerp. Het betreft hier dan ook geen homogeen thema dat zich goed leent voor een algemene

¹⁵⁶⁹ Zie hierover Van der Steeg 2016.

¹⁵⁷⁰ Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6059 (*Heerlen*); Rb. Rotterdam 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6970 (*Schiedam*).

¹⁵⁷¹ Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6736 (*Duiven*), bekrachtigd in Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:441.

¹⁵⁷² De rechtbank heeft onder andere oog voor de ernst van het feit en de verantwoordelijkheid van de dader daarvoor. Ook wordt meegenomen dat de strafvervolgning op zich en de onzekerheid over de uitkomst al negatieve gevolgen voor verdachte hebben gehad.

bespreking. Mede om die reden is gekozen om op het vlak van de strafwetgeving een drietal casestudies te verrichten. Zij zien op de strafbaarstellingen inzake moderne slavernij, zedendelicten en levensdelicten. Deze strafbaarstellingen lijken te voldoen aan de eisen die het EHRM stelt. Zij zijn (potentieel) voldoende toegerust om de gevraagde strafrechtelijke bescherming te bieden. Dat viel ook te verwachten omdat de wezenlijke noodzaak tot de inzet van het strafrecht evident is in de onderzochte cases. Dit volgt uit de statenpraktijk en uit hetgeen op grond van internationale verdragen wordt verlangd. Alleen wanneer sprake is van een ‘common ground’, laat het EHRM zich uit over de specifieke inhoud van de normen. Als geen sprake is van ‘common ground’, kiest het EHRM ervoor om ruimte te bieden aan de tradities en praktijken van de verschillende Staten. Uitspraken van het EHRM moeten dus niet als sluitstuk worden beschouwd.

Met strafbaarstellingen kan alleen voldoende rechtsbescherming worden geboden wanneer de rechter er in de praktijk voor zorgt dat de uitkomst van de rechterlijke toetsing ook EVRM-conform is. Dat betekent allereerst dat er daadwerkelijk toegang tot een rechter moet zijn om het EVRM-recht geldend te maken. Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat het op dit vlak mis kan gaan. De strafrechtelijke immuniteit van (de)centrale overheden kan tot een vanuit EVRM-oogpunt gezien onaanvaardbaar resultaat leiden. Deze immuniteit kan ertoe leiden dat slachtoffers geen effectief rechtsmiddel ter beschikking staat. Dat is in mijn ogen problematisch waar het om ernstige mensenrechtenschendingen gaat. Dit implementatieprobleem kan worden ondervangen door in de rechtspraak waar nodig een uitzondering op de immuniteitsregel te maken. In dat geval dient de huidige jurisprudentiële regel (die van immuniteit uitgaat) buiten toepassing te blijven. Ik heb daartoe voorgesteld om een clausule aan het leerstuk van immuniteit van de overheid toe te voegen voor die situaties waarin op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot het initiëren van een strafprocedure wanneer niet adequaat is opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico op een dodelijk slachtoffer.

Een tweede implementatieprobleem doet zich voor bij de interpretatie van het in de term ‘dwingt’ ingeblikte vereiste van de onvermijdbaarheid in de strafbaarstelling van verkrachting. Bij de onvermijdbaarheid gaat het erom of sprake is van handelingen waaraan het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet heeft kunnen onttrekken. Zoals in paragraaf 3.3.2.2 is beschreven, kan in de situatie waarin het slachtoffer in staat van ‘frozen fright’ is gebleven, de afwezigheid van verzet *de facto* een barrière tegen het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid opwerpen. Dat is problematisch omdat op grond van de rechtspraak van het EHRM juist de non-consensualiteit centraal dient te staan. Aan dit implementatieprobleem lijkt overigens een einde aan te gaan komen, nu de regering met het wetsvoorstel seksuele misdrijven wil voorzien in een strafbaarstelling van ongewilde seks die tevens non-consensuele verkrachting omvat (art. 239 Sr (nieuw)).

Het beschreven implementatieprobleem wordt pijnlijk duidelijk waar het om kinderen en andere kwetsbare personen gaat. In die gevallen verlangt het EHRM namelijk ook nog eens dat een ‘child-sensitive approach’ wordt gehanteerd. Het vereiste van (opzet op de) onvermijdbaarheid brengt – ook bij kinderen en andere kwetsbaren – het risico met zich dat in situaties waarin het slachtoffer in staat van ‘frozen fright’ is gebleven, in verband met bewijsproblemen bepaalde vormen van verkrachting of andere niet-consensuele seksuele gedragingen onbestraft blijven. Het gevaar bestaat dat er in de praktijk een te grote nadruk wordt gelegd op de aan- of afwezigheid van fysiek verzet aan de kant van het slachtoffer. Aan deze (potentiële) probleempunten kan nog een derde pijnpunt worden toegevoegd. Het vereiste dat sprake dient te zijn van *beseft*e onvrijwilligheid doet bij kinderen en andere kwetsbaren de vraag rijzen in hoeverre zij zich daadwerkelijk bewust (kunnen) zijn van dwang bij seksueel

binnendringen of andere ontuchtige handelingen. Ik vind dat Nederland hier in de gevarezone komt. Er is een aantal nationale uitspraken beschreven waarin het nog maar de vraag is of de redenering van de rechter door de EVRM-rechterlijke beugel kan.

Strafbaarstellingen (en interpretaties daarvan) moeten in de praktijk ook geëffectueerd (kunnen) worden. De minimumvereisten die het EHRM in zijn rechtspraak aan strafrechtelijk onderzoek en vervolging stelt, komen over als ‘open deuren’. Die eisen zijn kort gezegd dat het onderzoek adequaat, grondig en zorgvuldig en waar nodig context gevoelig moet zijn, en dat de vervolging effectief moet zijn. Door het abstracte karakter van de toetsing van het EHRM levert de vergelijking met het Nederlandse recht dan ook niet veel op. Zodra het gaat om ernstige strafbare feiten wordt een Team Grootschalige Opsporing (TGO) samengesteld. In dat geval gaan alle registers open. De officier van justitie zal op zijn beurt indien mogelijk tot vervolging overgaan omdat voor de aanpak van de gedragingen waarvoor op grond van het EVRM strafbaarstellingen zijn vereist landelijke prioriteiten zijn gesteld. Gedragingen die op grond van het EVRM strafbaar dienen te zijn, worden aangemerkt als High Impact Crime (HIC) of ondermijnende criminaliteit. Hoewel het beleid er niet op is gericht om te voldoen aan het EVRM, is dat wel de ‘bijvangst’.

Naast de verankering van EVRM-rechten op beleidsniveau, moet uiteraard ook in de praktijk worden voldaan aan de eisen die het EHRM stelt. In het onderzoek zijn geen indicaties naar voren gekomen dat in de praktijk onvoldoende strafrechtelijke bescherming wordt geboden doordat opsporingsinstanties steken laten vallen. Of dit een terechte conclusie is, kan alleen door middel van nader empirisch onderzoek worden vastgesteld. Wel is gebleken dat het voor de effectuering van EVRM-rechten van cruciaal belang is dat het Openbaar Ministerie zijn sleutelrol niet veronachtzaamt. De officier van justitie dient zaken dusdanig ‘aan te kleden’ dat de rechter in de praktijk vanuit het EVRM bezien effectieve bescherming kan bieden.

Het EHRM houdt (zeer) beperkt ‘toezicht’ op de straffen die worden opgelegd voor EVRM-schendingen. Het EHRM bepaalt ten aanzien van het strafrecht, zoals in paragraaf 2.3 is beschreven dat het moet gaan om afschrikkende straffen. Meer op detailniveau blijkt dat er weinig sturende aanwijzingen worden gegeven om te bepalen wanneer daarvan sprake is. En als ze er al zijn, is het gelet op de casuïstische benadering van het EHRM erg moeilijk om een vergelijking te maken.

Hoofdstuk 5: Slotbeschouwing: conclusies en aanbevelingen

1 Inleiding

Bij toetreding tot het EVRM begin jaren vijftig van de vorige eeuw en ook recent nog, gingen de regering en het parlement ervan uit dat de Nederlandse rechtspraak geheel in overeenstemming was met het EVRM. Het verdrag zou in het Nederlandse recht geen verandering brengen.¹⁵⁷³ En hoewel Nederland zeker geen modderfiguur slaat, is in de vorige hoofdstukken gebleken dat het beschreven beeld deels achterhaald is voor wat betreft de verplichtingen die op de verdragsstaten rusten om actief op te treden om fundamentele rechten te beschermen. Voor Nederland hebben deze zogenoemde positieve verplichtingen voor een aantal verrassingen gezorgd; verbeteringen zijn nodig. Om EVRM-rechten te kunnen waarborgen, is bovendien een verschuiving binnen de *trias politica* opgetreden. Waar de wetgever steken heeft laten vallen, moet de rechter onder invloed van de Straatsburgse rechtspraak immers alsnog de benodigde rechtsbescherming bieden. Dat doet deze ook. Hierna zal betoogd worden dat de wetgever op één punt zijn taak moet oppakken om het wettelijk kader EVRM-*proof* te maken. In andere gevallen is er onmiskenbaar een rol voor de rechter weggelegd.

Vooropgesteld moeten worden dat positieve verplichtingen een stevige impact hebben op het materiële aansprakelijkheidsrecht. Op grond van het EVRM zijn verdragsstaten verplicht om te voorzien in een basisniveau van bescherming door middel van het aansprakelijkheidsrecht, zowel civielrechtelijk als strafrechtelijk. Er zijn mensenrechtelijke minimumstandaarden qua rechtsbescherming, en voor zover deze niet worden bereikt, moet het aansprakelijkheidsrecht worden aangepast: de wet moet worden gewijzigd, beleid moet worden aangepast en/of de rechter moet het recht anders interpreteren. Deze invloed heb ik in de voorgaande hoofdstukken nader in kaart gebracht en geanalyseerd. Daartoe heb ik in hoofdstuk 1 de volgende onderzoeksvragen geformuleerd:

Voldoet het Nederlandse materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht aan de eisen die voortvloeien uit de op grond van de artikelen 2, 3, 4, 5, 8 en 1 EP EVRM geformuleerde positieve verplichtingen? Zo nee, hoe kunnen implementatieproblemen binnen het materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht worden opgelost?

In dit hoofdstuk beantwoord ik deze twee te onderscheiden onderzoeksvragen. Daarvoor is in de eerste plaats van belang welke eisen uit de EVRM-rechten voortvloeien. Op de hoofdlijnen van dit EVRM-toetsingskader zal in paragraaf 2 worden ingegaan. De vraag of het strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht voldoet aan de eisen die het EHRM zodoende stelt, zal ik in de daaropvolgende paragraaf (§ 3) aan de orde stellen. Wat betreft het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht beperk ik mij tot het overheidsaansprakelijkheidsrecht.¹⁵⁷⁴ Zowel in paragraaf 3 als 4 wordt overgegaan tot beantwoording van de vraag hoe het strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht EVRM-*proof* kan worden gemaakt: hoe kunnen de implementatieproblemen worden opgelost? Ik geef in de laatstgenoemde paragraaf een overzicht van de belangrijkste aanbevelingen.

¹⁵⁷³ Zie hoofdstuk 1, § 1.

¹⁵⁷⁴ Zie over de reden voor deze keuze hoofdstuk 1, § 4.1.

2 Toetsingskader EVRM

2.1 Introductie

Het toetsingskader voor de vraag of het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht voldoet aan de eisen van het EVRM bestaat – logischerwijs – uit de eisen die zijn afgeleid uit de positieve verplichtingen die het EHRM op grond van de artikelen 2, 3, 4, 5, 8 en 1 EP EVRM heeft geformuleerd. Deze eisen zijn vastgesteld door de rechtspraak van het Hof in kaart te brengen.¹⁵⁷⁵ De *bottom line* is dat het EHRM Staten verplicht om alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de bescherming van EVRM-rechten te verzekeren.

De positieve verplichtingen kunnen vervolgens op basis van de actor waartoe de verplichting zich richt, nader worden gecategoriseerd: wetgever, uitvoerende macht en rechter.¹⁵⁷⁶ Hieronder zal afzonderlijk op de aangenomen positieve verplichtingen voor deze verschillende actoren worden ingegaan teneinde per actor een specifiek toetsingskader te scheppen. Door een indeling per actor te kiezen kan zichtbaar worden gemaakt op welk niveau er binnen een Staat positieve verplichtingen liggen en ook waar eventueel compensatie door een andere actor mogelijk of nodig is in geval van een tekortschieten op een bepaald niveau.

2.2 De wetgever

2.2.1 Introductie

Het EHRM gaat uit van de notie van ‘rule of law’. Onderdeel van deze notie is het legaliteitsbeginsel als vervat in artikel 7 EVRM. Dit beginsel is leidend bij de interpretatie van het EVRM.¹⁵⁷⁷ Het is dan ook niet verwonderlijk dat het EHRM zich bij het formuleren van positieve verplichtingen allereerst tot de wetgever richt. Deze is ten eerste aan zet om in een wettelijk kader te voorzien om mensenrechten te (kunnen) verzekeren. Voor de uitvoerende macht en de rechter is dat zo vastgestelde kader vervolgens leidend. Het wettelijk kader moet een effectieve bescherming bieden. Voor bepaalde zaken heeft het EHRM bovendien heeft aangegeven wat dat wettelijk kader moet inhouden, zoals vergunningsvoorschriften.¹⁵⁷⁸

2.2.2 Rechtsgebieden

Hoe het wettelijk kader vervolgens precies ingevuld moet worden, verschilt naargelang de aard van het aangetaste mensenrecht en de aard en ernst van de inbreuk. Waar het om de opzettelijke schending van kernrechten (art. 2, 3, 4 en 5 EVRM) gaat, moeten strafbaarstellingen voorhanden zijn ter afschrikking van potentiële mensenrechtenschenders.¹⁵⁷⁹ Aan deze strafbaarstellingen worden verschillende eisen

¹⁵⁷⁵ Zie hoofdstuk 2, § 4 e.v.

¹⁵⁷⁶ De terminologie ‘uitvoerende macht’ wordt onder meer gebruikt ter aanduiding van politie en OM bij hun strafvorderlijk optreden. De term rechterlijke macht is voorbehouden voor de zittende magistratuur. Dit is niet helemaal zuiver, maar wel werkbaar. Zie hierover Crijns 2010, p. 315-316.

¹⁵⁷⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 17 december 2009, 19359/04 (*M./Duitsland*), r.o. 117.

¹⁵⁷⁸ Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 2, § 4.3.4.

¹⁵⁷⁹ In aanvulling daarop kunnen civielrechtelijke bepalingen worden ingezet.

gesteld die hierna afzonderlijk worden besproken. Onder dit ‘regime’ (strafbaarstelling nodig) zijn ook bepaalde niet-opzettelijke schendingen van genoemde artikelen¹⁵⁸⁰ en opzettelijke schendingen van het door artikel 8 EVRM beschermde recht op fysieke en geestelijke integriteit geschaard.¹⁵⁸¹ Het EHRM heeft hier aansluiting gezocht en gevonden bij wat als ‘normaal’ wordt beschouwd in de praktijk van de verdragsstaten. Daarnaast kan deze verplichting tot strafbaarstelling worden verklaard uit het feit dat het hier om een instrument gaat dat het mogelijk maakt voor de Staat om op striktere wijze invulling te geven aan de bescherming van EVRM-rechten. Anders dan bij de inzet van het civiele recht is de Staat hier niet afhankelijk van de inzet van private partijen.

Bij andere niet-opzettelijke schendingen en schendingen van rechten die minder zwaarwegende belangen beschermen (art. 8 en 1 EP EVRM) heeft de Staat een grotere ‘margin of appreciation’. Zo is strafbaarstelling bijvoorbeeld niet vereist voor lichte feiten die mogelijk inbreuk maken op de psychologische integriteit van een ander, zoals het heimelijk filmen van naakte personen.¹⁵⁸² Uit de rechtspraak van het EHRM lijkt overigens wel een voorkeur voor de inzet van het strafrecht door te schemeren.¹⁵⁸³ Dat kan wederom worden verklaard uit de eigen aard van het instrument. Het is een vorm van handhaving van recht die in handen van de overheid ligt en voldoet aan de eis van afschrikkende sancties.

Als het strafrecht eventueel niet wordt ingezet, dan moet wel ten minste het civiele recht worden ingezet. Hiermee zegt het EHRM iets over de verhouding tussen de rechtsgebieden. Als de civielrechtelijke bepalingen dan onvoldoende bescherming (kunnen) bieden, is sprake van een schending van het EVRM.

2.2.3 Vorm van de normen

Het wettelijk kader door middel waarvan mensenrechtenbescherming wordt geboden, dient te voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel. Binnen het strafrecht vervult het legaliteitsbeginsel een speciale rol. Dat is terug te vinden in de rechtspraak van het EHRM.¹⁵⁸⁴ Hoewel het Hof vanuit dat legaliteitsbeginsel vaak de voorkeur zal hebben voor een strafbaarstelling in een wet in formele zin, kan ook gebruik worden gemaakt van wetgeving in materiële zin, zoals een AMvB in Nederland. Naast de wetgeving wordt ook de interpretatie van de norm in de rechtspraak door het EHRM in ogenschouw genomen.¹⁵⁸⁵ Daar kan het dus alsnog misgaan, bijvoorbeeld omdat er vanuit EVRM-oogpunt een te restrictieve interpretatie wordt gehanteerd. Als de wetgever voor een waarborg wil zorgen, moet hij dat naar mijn mening zelf doen en niet aan de rechter overlaten.

¹⁵⁸⁰ Waar het om gevaarlijke industriële activiteiten en natuurrampen gaat, dient niet-opzettelijke levensberoving bijvoorbeeld strafbaar te zijn gesteld. Het gaat dan om onachtzaamheid die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid. Zie hoofdstuk 2, § 4.3.2.3.

¹⁵⁸¹ Kinderen en andere kwetsbare groepen genieten in het bijzonder bescherming. Ook feiten die een potentiële bedreiging voor het fysieke en morele welzijn van een minderjarige vormen, dienen strafbaar gesteld te zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval als een minderjarige doelwit wordt voor toenaderingen door pedofielen. Zie hoofdstuk 4, § 3.3.1.3.

¹⁵⁸² Zie hoofdstuk 4, § 3.3.1.6.

¹⁵⁸³ Dit volgt onder andere uit het feit dat het EHRM bij de beoordeling van klachten het strafrecht als eerste mogelijkheid tot afdoening in ogenschouw neemt.

¹⁵⁸⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 12 februari 2008, 21906/04 (*Kafkaris/Cyprus*), r.o. 116.

¹⁵⁸⁵ Het EHRM hanteert hier evenals onder artikel 7 EVRM een breed ‘law’ begrip. Vgl. EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis/Griekenland*), r.o. 52; EHRM 22 juni 2000, 32492/96 e.a. (*Coëme e.a./België*), r.o. 145; EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië*), r.o. 94.

Omgekeerd brengt dit, zoals hierna aan de orde komt (zie par. 2.4.3), met zich dat de rechter corrigerend te werk kan gaan om strafbaarstellingen ‘alsnog’ in lijn met Straatsburg te brengen en aldus kan voorkomen dat een verdragsschending wordt aangenomen.

Voor wat betreft het privaatrecht lijkt het EHRM een materiële¹⁵⁸⁶ en functionele opvatting van legaliteit te huldigen. Het gaat er voor het Hof om dat de rechter een instrumentarium voorhanden heeft om EVRM-rechten te beschermen. De vorm van de ‘wettelijke’ regeling speelt dan – evenals bij het strafrecht – geen grote rol.¹⁵⁸⁷

2.2.4 Inhoud van de normen

Voor de Staten volgt uit de rechtspraak in welke gevallen strafrechtelijke aansprakelijkheid aan de orde dient te zijn. Zij moeten ervoor zorgen dat er bepalingen zijn die minimaal bescherming bieden door het strafbaar stellen van het gedrag dat een inbreuk op een mensenrecht behelst. Het EHRM gaat evenwel een stapje verder, want de normen moeten dusdanig worden ingericht dat zij praktisch en handhaafbaar zijn. Zij mogen geen onnodig zware vereisten bevatten. Een voorbeeld van een te zware eis is het vereiste dat het slachtoffer fysieke weerstand heeft geboden alvorens verkrachting aan te kunnen nemen.¹⁵⁸⁸ Door het Hof wordt verder van belang geacht dat de burger uit bestaande en nauwkeurig omschreven normen kan afleiden welke gedragingen wel en welke niet strafwaardig zullen worden bevonden.¹⁵⁸⁹

Waar het om civiel recht gaat, mag daarentegen worden volstaan met open normen. Het is dan vervolgens aan de rechter om bij toepassing van de norm ‘maatwerk’ te leveren, zodat ook daadwerkelijk bescherming wordt geboden.

Over de specifieke inhoud van normen laat het EHRM zich alleen uit waar sprake is van een ‘common ground’. Dat is met name het geval waar internationaal aanvaarde standaarden aanwezig zijn, zoals het geval is bij moderne slavernij.¹⁵⁹⁰ Naarmate het EHRM zich specifiek uitlaat over de strafbaar te stellen gedragingen, is er uiteraard minder vrijheid voor de verdragsstaten. Als geen sprake is van een ‘common ground’, kiest het EHRM ervoor om door middel van de ‘margin of appreciation’ ruimte te bieden aan de tradities en praktijken van de verschillende Staten. Dat is bijvoorbeeld het geval waar het gaat om de strafbaarstelling van levensdelicten. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de vraag of het bij civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht om regels van schuld- of risicoaansprakelijkheid dient te gaan. Het Hof spreekt zich hierover niet uit.

2.2.5 Voorschriften met betrekking tot sanctionering en remediëring?

De naleving en effectuering van het EVRM behoort primair tot de verantwoordelijkheid van de Staat zelf. Dit vertaalt zich in een (zeer) beperkt ‘toezicht’ op de sancties en remedies die gesteld worden op EVRM-schendingen. Wél bepaalt het EHRM ten aanzien van het strafrecht, zoals in paragraaf 2.4.4 verder zal worden uitgewerkt, dat het moet gaan om *afschrikkende* straffen.

¹⁵⁸⁶ Dat wil zeggen dat aansprakelijkheid niet alleen op grond van (formele) wetgeving kan worden vastgesteld, maar ook op grond van rechtspraak waarin die wetgeving is uitgelegd (al dan niet in het licht van veranderende omstandigheden).

¹⁵⁸⁷ Vgl. hoofdstuk 2, § 4.3.3.

¹⁵⁸⁸ Zie hierover hoofdstuk 4, § 3.3.1.1.

¹⁵⁸⁹ Hoofdstuk 4, § 2.4.

¹⁵⁹⁰ Hoofdstuk 4, § 3.2.1.

Waar het strafrecht niet wordt ingezet, moet compensatie het uitgangspunt zijn binnen de ‘range of possible remedies’. Dat verbaast niet omdat dit naar nationaal recht van de verdragsstaten ook het geval is. Bij schending van artikel 2 en/of 3 EVRM en in een enkel geval artikel 8 EVRM moeten direct getroffen en/of de naasten en nabestaanden aanspraak kunnen maken op vergoeding van (immateriële) schade. Gelet op de aard en het gewicht van de in het geding zijnde rechten heeft het EHRM gemeend dat hier een inperking van de keuzeruimte op nationaal niveau nodig is. Genoemde verplichtingen impliceren dat de wetgever een stelsel dient te creëren waarin vergoeding van materiële én immateriële schade tot de mogelijkheden behoort. De verdere invulling van dit wettelijk stelsel is dan wel een puur nationale aangelegenheid. Daarbij wordt door het EHRM aan verdragsstaten een ruime ‘margin of appreciation’ toegedicht.

Omdat het Hof bij de beoordeling van de effectiviteit van de remedie onder omstandigheden ook rekening houdt met de genoegdoeningen die het Hof zelf toekent en er nog veel onduidelijkheid bestaat over wat het EHRM op het gebied van de schadevergoeding nu precies van de Verdragsstaten verlangt, is tevens een blik geworpen op hetgeen het EHRM in zaken over de hiervoor beschreven verplichtingen zelf op grond van artikel 41 EVRM overweegt. Hieruit volgt dat het EHRM verschillende vormen van schade erkent. Het meest in het oog springend is daarbij dat een genoegdoening wordt toegekend voor (reële) stress, spanning, angst en/of gevoelens van onzekerheid bij de betrokkene. Daarnaast wordt een genoegdoening toegekend aan naasten en/of nabestaanden die ‘anguish and distress’ ondervinden als gevolg van letsel en/of overlijden van het slachtoffer. Genoemde vormen van schade lijken te moeten worden gedekt door het wettelijke kader.¹⁵⁹¹ Daarnaast valt de kring van gerechtigden op die aanspraak kunnen maken op vergoeding van schade wegens het derven van levensonderhoud. Voor het toekennen van een billijke genoegdoening is vereist dat de familieleden afhankelijk waren van de financiële inbreng van de overledene.¹⁵⁹²

2.3 De uitvoerende macht

2.3.1 Introductie

In zijn rechtspraak kijkt het EHRM verder dan alleen naar de wettelijke kaders. Voor wat betreft het strafrecht moet de wetgeving ook daadwerkelijk worden gehandhaafd. De verklaring hiervoor is dat het EHRM het van belang acht dat het verdrag niet op een theoretische, maar op een praktische en effectieve manier wordt geïnterpreteerd en toegepast. Alleen dan kan het verdragssysteem effectief zijn.¹⁵⁹³

Wat betreft de effectuering van het EVRM door middel van het civiele recht, vloeit uit de rechtspraak van het EHRM enkel voort dat het stelsel dusdanig moet zijn ingericht dat sprake is van een (toegankelijk) effectief gerechtelijk systeem om de betrokkenen ter verantwoording te (kunnen) roepen. Hoe dit systeem is georganiseerd, is een kwestie van nationaal recht, zolang EVRM-schendingen maar op een of andere wijze in rechte op effectieve wijze aan de orde kunnen worden gesteld. De verdere normering vloeit hier (hoofdzakelijk) voort uit artikel 6 en 13 EVRM.¹⁵⁹⁴ Deze

¹⁵⁹¹ Hoofdstuk 3, § 5.3.4.3.

¹⁵⁹² Hoofdstuk 3, § 5.3.4.2.

¹⁵⁹³ Hoofdstuk 2, § 2.7.

¹⁵⁹⁴ Zo dient een procedure binnen een redelijke termijn tot een rechterlijke beslissing te leiden. Zie bijvoorbeeld EHRM 17 januari 2008, 59548/00 (*Dodov/Bulgarije*), r.o. 96. Daarnaast mag de toegang tot de rechtspraak niet te veel worden beperkt door het opwerpen van financiële barrières. Vgl. EHRM 10 april 2012, 19986/06 (*İlbeyi Kemaloğlu & Meriye Kemaloğlu/Turkije*), r.o. 44.

artikelen heb ik uitgesloten van het onderzoek. Om die reden beperkt deze paragraaf zich verder tot het strafrecht. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de implicaties van de verplichting tot het verrichten van onderzoek (§ 2.3.2), het vereiste om te voorzien in voldoende capaciteit en middelen (§ 2.3.3) en de verplichting om te vervolgen (§ 2.3.4). Zoals hierna zal blijken, zijn deze eisen niet altijd goed van elkaar te onderscheiden.

2.3.2 Onderzoek

Allereerst bestaat er een verplichting tot het verrichten van onderzoek.¹⁵⁹⁵ Zodra er kennis is van een (potentieel) strafwaardige gedraging moet een onderzoek worden opgestart. Over de vraag hoe potentiële mensenrechtenschendingen opgespoord kunnen worden en welke bevoegdheden daarvoor geschikt of noodzakelijk zijn, laat het EHRM zich in zijn algemeenheid niet uit. Dit volgt uit de ‘casuistic approach’. Het EHRM geeft geen richtsnoeren; de ‘margin of appreciation’ is hier groot. Dit sluit goed aan bij het subsidiariteitsbeginsel, in het bijzonder bij het ‘better placed’-argument: omdat nationale autoriteiten in nauw contact staan met de samenleving zijn zij beter in staat om op dit vlak afwegingen te maken dan de internationale rechter. Zoals hierna zal blijken, laat het EHRM zich in specifieke gevallen wel uit over de factoren die autoriteiten in aanmerking moeten nemen bij de beslissing om iemand wel of niet te vervolgen. Die factoren geven uiteraard (daaraan voorafgaand) ook richting aan de opsporing. Als vastgesteld is dat er indicaties voor een verdragsschending aanwezig zijn, ligt het in de rede dat (nader) onderzoek wordt gedaan.

Het EHRM grijpt in als EVRM-rechten niet strafrechtelijk (kunnen) worden beschermd waar dat op grond van zijn rechtspraak wel zou moeten. Om in te kunnen grijpen, heeft het hof eisen gesteld aan het onderzoek. Allereerst moeten de autoriteiten (voortvarend) een adequaat onderzoek uitvoeren. Dat behelst bijvoorbeeld dat getuigen moeten worden gehoord en de plaats delict moet worden onderzocht.¹⁵⁹⁶ Daarnaast kijkt het EHRM naar de mate van grondigheid en zorgvuldigheid. Overhaaste en overtrokken conclusies zijn uit den boze.¹⁵⁹⁷ Op deze wijze kan het EHRM zich alsnog uitlaten over onvolkomenheden die een wezenlijke invloed hebben op de uitkomst van het onderzoek. De EHRM-rechtspraak is zeer casuïstisch: aan de hand van de feiten en de specifieke omstandigheden komt het Hof tot een oordeel over de eventuele mankementen van het opsporingsonderzoek. Zo oordeelde het EHRM in de zaak *Rantsev/Cyprus & Rusland* dat artikel 2 EVRM is geschonden doordat fouten zijn gemaakt tijdens het onderzoek. Zo werd er geen nader onderzoek gedaan naar de conflicterende getuigenverklaringen en de merkwaardige omstandigheden rondom Rantseva’s dood.¹⁵⁹⁸

Het regime op grond van artikel 2, 3, 4, 5 en 8 EVRM wijkt af van het regime dat op grond van artikel 1 EP EVRM geldt. Dat een onderzoek minder voortvarend ter hand wordt genomen, wordt door het EHRM bijvoorbeeld minder hoog opgenomen waar het gaat om een inbraak.¹⁵⁹⁹

De genoemde eisen zullen vertaald moeten worden in een actief en adequaat beleid. Daarnaast werken zij door in de feitelijke uitvoeringspraktijk. Van de opsporingsambtenaren in kwestie wordt verwacht dat zij waar het om de meest ernstige mensenrechtenschending gaat *direct* in actie komen (onder leiding van een openbaar aanklager). Er moet actief naar de ‘waarheid’ worden gezocht,

¹⁵⁹⁵ In de praktijk zal het daarbij gaan om een strafrechtelijk onderzoek. Zie daarover hoofdstuk 4, § 5.3.2.

¹⁵⁹⁶ Zie voor een sprekend voorbeeld hoofdstuk 4, § 5.3.5.

¹⁵⁹⁷ Hoofdstuk 4, § 5.3.5.

¹⁵⁹⁸ Zie over deze zaak hoofdstuk 2, § 6.5.

¹⁵⁹⁹ Hoofdstuk 2, § 9.5.

uiteraard binnen de mogelijkheden van het wettelijke instrumentarium.¹⁶⁰⁰ Alleen dan kunnen verantwoordelijken worden geïdentificeerd en bestraft, aldus het EHRM.

2.3.3 Capaciteit en middelen

Handhaving kan alleen voortvarend ter hand worden genomen als voldoende personele capaciteit en middelen in de vorm van geld voorhanden zijn. Uit de rechtspraak van het EHRM valt af te leiden dat de meest ernstige mensenrechtenschendingen die op grond van het EVRM strafbaar gesteld moeten worden, ook daadwerkelijk moeten worden opgespoord en vervolgd. Dat heeft implicaties voor het opsporings- en vervolgingsbeleid: er moet absolute prioriteit bij de handhaving van deze rechten liggen. Onvoldoende (financiële) middelen mogen niet als excuus opgeworpen worden om niet strafrechtelijk op te treden. Net als op het wetgevende niveau, is het regime hier strikt. Het EHRM toetst immers of de bescherming effectief is. Als dat niet het geval zou zijn, zou het bij de bescherming van de meest zwaarwegende EVRM-belangen om een lege huls gaan.

Waar het om minder zwaarwegende belangen, zoals artikel 1 EP EVRM gaat, heeft het EHRM wel oog voor de beperkte capaciteit waarover opsporingsinstanties beschikken, terwijl zij meestal een overschot hebben aan te behandelen zaken. Hier moeten en mogen (politieke) beleidskeuzes gemaakt worden. Dat heeft zijn weerslag op de invulling van het opsporings- en vervolgingsbeleid, maar ook op de eisen die aan het onderzoek worden gesteld en de ruimte om op grond van wenselijkheidsoverwegingen van vervolging af te zien, zoals we hierna zullen zien.

2.3.4 Vervolging

Op uitvoerend niveau is voor een effectieve strafrechtelijke bescherming ook de verplichting tot vervolging van belang. Evenals bij de onderzoeksverplichting dienen de eisen die het EHRM aan vervolging stelt, doorvertaald te worden naar beleid. Daarnaast is het van belang dat in de praktijk ook *feitelijk* vervolging worden ingesteld. Daarbij moeten de strafbare feiten en delicten dusdanig door het Openbaar Ministerie worden geselecteerd dat zij dezelfde rechtsgoederen beschermen als het EVRM. In wat volgt zal ik twee zaken bespreken: het nemen van de vervolgingsbeslissing als zodanig, en de sturing van het EHRM op de factoren die mee moeten worden genomen bij de vervolgingsbeslissing.

Wat betreft de vervolgingsbeslissing kan van de autoriteiten niet het onmogelijke worden verwacht. De realiteit is dat veel misdrijven onopgelost en/of ongestraft blijven ondanks redelijke inspanningen van de autoriteiten. Wanneer de autoriteiten op basis van een gedegen onderzoek concluderen dat er onvoldoende redenen zijn om aan te nemen dat de onderzochte persoon de strafbare gedraging heeft gepleegd of dat onvoldoende bewijs aanwezig is voor een veroordeling, kan naar het oordeel van het EHRM van vervolging worden afgezien. De concrete invulling van deze technische- of haalbaarheidstoets is aan de verdragsstaten zelf. Dat kan worden verklaard uit het feit dat op dit onderdeel geen sprake is van een ‘common ground’. Bovendien gaat Straatsburg niet uit van een resultaatsverplichting, maar van een inspanningsverplichting.¹⁶⁰¹

¹⁶⁰⁰ De bevoegdheden gaan steeds gepaard met daaraan gekoppelde voorwaarden, die moeten verzekeren dat de aantasting van de rechten niet grenzeloos en willekeurig kan zijn. Langs deze weg worden ook de rechten en vrijheden van verdachte personen gewaarborgd.

¹⁶⁰¹ Zie hoofdstuk 4, § 6.3.3.

Waar het niet om technische en/of haalbaarheids- maar om wenselijkheidsoverwegingen om al dan niet te vervolgen gaat, komt het verschil tussen de twee eerder beschreven ‘regimes’ wederom om de hoek kijken. Van belang is om welk te beschermen belang het gaat. Waar het om artikel 2, 3, 4, 5 en 8 EVRM-schendingen gaat, bestaat weinig ruimte voor verdragsstaten om op grond van wenselijkheidsoverwegingen van vervolging af te zien. Wanneer het om minder ernstige vormen van ‘private violence’ gaat, heeft de verdragsstaat wel de vrijheid om een keuze te maken tussen de rechtsfiguur van de vervolging ‘ex officio’ of de private vervolging.¹⁶⁰²

Minder rigide is het EHRM ten aanzien van artikel 1 EP EVRM-schendingen.¹⁶⁰³ Hier kunnen verdragsstaten door de invulling van het algemeen belang een vervolgingsbeleid voeren, waarbij de schaarse capaciteit van het strafrechtelijk systeem ‘rationeel’ wordt ingezet en derhalve niet tot vervolging van artikel 1 EP EVRM-schendingen wordt overgegaan.

Slechts in enkele specifieke gevallen houdt het EHRM zich bezig met de vraag welke factoren de autoriteiten in aanmerking moeten nemen bij de beslissing om iemand wel of niet te vervolgen. Dat doet het EHRM alleen wanneer de factoren algemeen aanvaard zijn door de verdragsstaten. In de context van huiselijk geweld heeft het EHRM bijvoorbeeld verschillende factoren opgesomd die een rol spelen bij de beslissing om te vervolgen, zoals de ernst van het geweld, de aard van het letsel (fysiek of psychisch) en of de verdachte de aanval heeft gepland en/of een wapen heeft gebruikt.¹⁶⁰⁴

Ook in de context van seksueel geweld laat het EHRM zich uit over factoren die autoriteiten in aanmerking moeten nemen bij de beslissing om iemand wel of niet te vervolgen. Het EHRM geeft in zijn rechtspraak duidelijk te kennen dat ongeacht de specifieke formulering die door de wetgever is gekozen, de vervolging van niet-vrijwillige seksuele handelingen in de praktijk mogelijk gemaakt dient te worden door middel van interpretatie van de delictsbestanddelen en door middel van een contextgevoelige benadering.¹⁶⁰⁵

2.4 De rechter

2.4.1 Introductie

Niet alleen de wetgever en de uitvoerende macht, maar ook de rechter moet ervoor zorgen dat EVRM-rechten worden beschermd. Hij moet het nationale recht zodanig interpreteren en toepassen dat het in overeenstemming met het EVRM is. Hieronder wordt uitgelegd wat het EHRM in dit verband van de nationale rechter verwacht.

2.4.2 Normerende betekenis van de verplichting om te voorzien in effectief aansprakelijkheidskader

Het EHRM verplicht de rechter eerst en vooral een minimum aan rechtsbescherming te verzekeren. Het is echter niet altijd gemakkelijk om het minimumniveau van bescherming te bepalen. Sommige vragen hebben het EHRM simpelweg nog niet bereikt. Zo heeft het EHRM zich bijvoorbeeld nog niet

¹⁶⁰² Wanneer het om minder ernstige inbreuken van artikel 8 EVRM gaat, heeft de verdragsstaat de vrijheid om een keuze te maken tussen de rechtsfiguur van de vervolging ex officio of de private vervolging. Omdat in Nederland geen mogelijkheid tot private vervolging bestaat, is hierop niet verder ingegaan. Zie Hoofdstuk 4, § 6.2.3.

¹⁶⁰³ Hoofdstuk 4, § 6.3.4.

¹⁶⁰⁴ Hoofdstuk 4, § 6.3.5.

¹⁶⁰⁵ Hoofdstuk 4, § 6.3.5.

uitgelaten over de vraag of strafvervolgning van ‘senior officers’ die verantwoordelijk zijn voor veiligheidsoperaties mogelijk moet zijn wanneer sprake is van onachtzaamheid die verder gaat dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid. Andere vragen zijn wel door het EHRM beantwoord, maar daar laat de formulering van het EHRM door de casuïstische aanpak aan duidelijkheid te wensen over. Dat is bijvoorbeeld het geval waar het om de strafbaarstelling van ongewenste seksuele gedragingen anders dan verkrachting gaat. Om welke gedragingen het hierbij exact gaat, volgt niet uit de rechtspraak van het EHRM.

Naarmate het Hof zich gedetailleerder over de specifieke inhoud van de normen uitlaat, heeft de rechter meer handvatten bij het bepalen van het minimum. Zoals in paragraaf 2.2.4 is beschreven, doet het EHRM dat alleen waar sprake is van consensus in het nationale recht van de verschillende Staten. Voor het vaststellen van die convergentie van rechtsopvattingen verwijst het EHRM zowel naar regelgeving als rechtspraak. Het feit dat over een bepaalde uitleg van een (strafrechtelijke) norm in verschillende Staten consensus bestaat, kan voor het EHRM reden zijn om die uitleg over te nemen. Om een voorbeeld op het terrein van zedendelicten te geven: er bestaat Europese consensus over het feit dat alleen de afwezigheid van instemming – en dus niet ook (bedreiging met) geweld – een constitutief vereiste voor het aannemen van verkrachting is. De voorhanden zijnde wettelijke strafbepaling moet naar het oordeel van het EHRM dan ook dusdanig worden geïnterpreteerd dat ook zaken die geen betrekking hebben op fysiek geweld, tot een veroordeling (kunnen) leiden.¹⁶⁰⁶

Waar consensus ontbreekt, bestaat een aanzienlijke vrijheid om een eigen invulling aan de bescherming van EVRM-rechten te geven. Voor de strafrechter gaat het erom dat hij de strafbepaling dusdanig uitlegt en toepast dat adequate bescherming wordt geboden tegen hetgeen op grond van het EVRM strafbaar gesteld dient te zijn, zoals de situatie waarin door overheidsfunctionarissen opzettelijk (‘intentional’) potentieel dodelijk geweld is gebruikt met zwaar lichamelijk letsel als gevolg. Op welke wijze het begrip ‘intention’ daarbij specifiek wordt ingevuld, is – bij gebrek aan Europese consensus – aan de nationale rechter. Dat zal geen verbazing wekken. Er bestaan namelijk grote verschillen tussen de verschillende verdragsstaten op dit vlak, bovendien is de nationale invulling van het begrip binnen de eigen nationale en culturele context voortdurend in ontwikkeling.¹⁶⁰⁷

Wat betreft het privaatrecht is het aan de rechter om te bepalen op welke wijze invulling wordt gegeven aan de positieve verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien. Zowel rechtstreekse werking van het EVRM als een verdragsconforme uitleg¹⁶⁰⁸ bij de toepassing van nationaal recht behoren tot de mogelijkheden. Deze keuzevrijheid kan worden verklaard uit het verschil in rechtstradities tussen de verschillende verdragsstaten.¹⁶⁰⁹ Het gaat bovendien om het resultaat, te weten dat bescherming tegen de verdragsschending wordt geboden. De rechtspraak van het EHRM werkt binnen het privaatrecht – anders dan in het strafrecht¹⁶¹⁰ – met name ‘indirect’ sturend. De rechter is gebonden aan de wijze waarop wetgever uitvoering geven aan positieve verplichtingen. Daarbinnen moet hij zijn eigen weg zoeken.

Zowel de civiele als de strafrechter moet rekening houden met de uitgangspunten en criteria die het Hof zelf hanteert. Zij dienen als piketpaaltjes voor de nationale rechter. Uit het onderzoek is naar

¹⁶⁰⁶ Hoofdstuk 4, § 3.3.1.1.

¹⁶⁰⁷ Hoofdstuk 4, § 3.4.2.2.

¹⁶⁰⁸ Gelet op het legaliteitsbeginsel is rechtstreekse werking niet mogelijk in het strafrecht.

¹⁶⁰⁹ Zie hierover bijvoorbeeld Van Dam 2013.

¹⁶¹⁰ In een enkel geval is de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen ook relevant voor de strafrechter. Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 4, § 3.4.2.4.

voren gekomen dat in de rechtspraak van het EHRM een onderscheid gemaakt kan worden tussen een tweetal compartimenten.¹⁶¹¹ In het eerste compartiment gaat het om ernstigere schendingen dan in het tweede compartiment. Dat vertaalt zich in de toetsingsintensiteit en de mate waarin door het Hof wordt aangegeven welke maatregelen de (verdrags)staat had kunnen en behoren te nemen.

Het eerste compartiment dekt zaken die onder het toepassingsbereik van artikel 2, 3, 4, 5, 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit), al dan niet in combinatie met 1 EP EVRM, vallen.¹⁶¹² In dit compartiment zijn ook aantastingen van de door artikel 8 EVRM beschermde belangen als gevolg van risicovolle activiteiten geplaatst. In genoemde gevallen worden door het EHRM verdergaande eisen aan het wettelijk en bestuurlijk kader gesteld. Waar het om risicovolle activiteiten gaat, dient bijvoorbeeld te worden voorzien in regelgeving met betrekking tot de vergunningverlening voor, de start van, de werking van, de veiligheid van en het toezicht op de activiteiten. Ook moeten de relevante actoren worden verplicht om (praktische) maatregelen te nemen ter bescherming van burgers.¹⁶¹³ De verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, wordt door het EHRM binnen dit compartiment aangenomen indien de autoriteiten kennis hebben of hadden behoren te hebben van een reëel en onmiddellijk risico voor een identificeerbare persoon of groep personen (het zogenaamde *Osman*-criterium). Zij dienen dan maatregelen te nemen die binnen het bereik van hun macht liggen en die naar redelijke verwachting tot afwending van het risico zullen leiden.¹⁶¹⁴

In het tweede compartiment (artikel 8 EVRM) wordt een marginalere toets gehanteerd. Het komt daar aan op de vraag of de bevoegde autoriteit een *fair balance* heeft getroffen tussen de betrokken individuele belangen enerzijds en de maatschappelijke belangen anderzijds. Bij deze beoordeling wordt onder meer gekeken naar de aan- of afwezigheid van een wettelijk en bestuurlijk kader en of feitelijke maatregelen zijn genomen. Het lijkt hier meer om feitelijke dan juridische vragen te gaan. Het betreft bovendien veelal netelige kwesties waarover internationaal geen consensus bestaat en die verweven zijn met allerlei overwegingen van politieke aard. Het EHRM houdt zich daar zo veel mogelijk buiten en zal alleen ingrijpen wanneer op nationaal niveau geen zorgvuldige afweging is gemaakt. De rechtspraak is dan ook erg casuïstisch. Een dergelijke toets wordt bijvoorbeeld in zaken onder artikel 8 EVRM over luchtvervuiling en hinder uitgevoerd.¹⁶¹⁵

2.4.3 Grenzen aan rechterlijke interpretatievrijheid?

Voor zover de nationale rechter interpretatievrijheid heeft, wordt die begrensd door het legaliteitsbeginsel. Het meest prominent geldt dat voor het strafrecht. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt echter dat het legaliteitsbeginsel niet snel als een beletsel voor een ruime of extensieve uitleg van een strafbepaling moet worden opgevat. Gelet op de aard en de ernst van de in het geding zijnde mensenrechtenschendingen heeft het EHRM zich hier genoodzaakt gezien om het belang van de effectieve mensenrechtenbescherming voorop te stellen in verhouding tot dat legaliteitsbeginsel. De strafrechter wordt dan ook een grote vrijheid gegund om uitleg te geven aan de tekst van een wettelijke

¹⁶¹¹ Deze term is ontleend aan Gerards 2015, p. 302. Zij levert overigens scherpe kritiek op ‘compartimentalisering’.

overigens negatief over dit concept.

¹⁶¹² In sommige gevallen lift artikel 1 EP EVRM mee. Zie daarover hoofdstuk 2, § 9.4.2.

¹⁶¹³ Zie hoofdstuk 2, § 4.3.4.

¹⁶¹⁴ Zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 2, § 4.4.2.

¹⁶¹⁵ Hoofdstuk 2, § 8.3.4.5 en 8.4.4.

verbodsbepaling. Hij kan (en moet) zelfs – voor zover dat bijdraagt aan het realiseren van de minimumstandaarden van het EVRM – gebreken in de wetgeving herstellen. Zo kunnen strafbepalingen die een beperkte vorm van uitbuiting strafbaar stellen zodanig worden geïnterpreteerd dat wel wordt voorzien in een effectieve bescherming tegen dienstbaarheid.¹⁶¹⁶

Een correctie van een strafbaarstelling is echter niet mogelijk als de spankracht van een wettelijk bestanddeel daarmee op (grove) wijze wordt overschreden. Zo kan in een verkrachtingszaak het vereiste dat het slachtoffer fysieke weerstand heeft geboden, niet door rechterlijke interpretatie worden omzeild. Wanneer het EHRM hier een noodsprong van de rechter zou toelaten, wordt het aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende rechtszekerheidsbeginsel betekenisloos.

Gelet op de voor het privaatrecht gehanteerde materiële en functionele opvatting van legaliteit reeds te verwachten viel, is de interpretatievrijheid van de civiele rechter veel minder beperkt. Het EHRM kijkt, *in the end*, alleen of de einduitkomst door de EVRM-beugel kan. Het voordeel van deze ‘vrije’ benadering van het EHRM is flexibiliteit. De rechter wordt de mogelijkheid geboden om in elke individuele zaak te beoordelen of door de overheid een juiste balans is gevonden tussen individuele en algemene belangen. Zo is hij in staat om de rechterlijke interpretatie van een materiële wettelijke bepaling aan te passen aan nieuwe omstandigheden en uitdagingen. Door de rechter deze vrijheid te verlenen, is het minder noodzakelijk om voortdurend wetgeving aan te passen aan de nieuwste maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Daarmee kan sneller worden ingespeeld op de door het EHRM gehanteerde ‘evolutieve’ uitleg van het EVRM.¹⁶¹⁷ Het past ook binnen het legaliteitsbeginsel, want volgens vaste rechtspraak van het EHRM mag de wetgever open begrippen gebruiken om de wetgeving te kunnen laten anticiperen op technologische ontwikkelingen.¹⁶¹⁸

2.4.4 Het opleggen van sancties en het toekennen van schadevergoeding

Het beperkte toezicht door het EHRM op de sancties en remedies die door de Staten op EVRM-schendingen worden gesteld (zie hierover paragraaf 2.2.5), werpt ook zijn schaduw vooruit over de mate waarin het EHRM bereid is om zich over de hoogte van de straffen uit te laten. In zijn algemeenheid volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat het moet om gaan om afschrikwekkende straffen.¹⁶¹⁹ Het is vervolgens aan de nationale rechter om te beoordelen wat een passende straf is. De nationale rechter is daartoe beter toegerust (‘better placed’) dan het EHRM; hij heeft de concrete strafzaak behandeld, de verdachte daarin kunnen bevragen en is op de hoogte van zijn of haar persoonlijke omstandigheden. Het EHRM grijpt alleen in wanneer de sanctie die is opgelegd, kennelijk disproportioneel is.¹⁶²⁰

Eenzelfde terughoudende benadering is te zien bij de beoordeling van de toegekende schadevergoeding. Alleen in uitzonderlijke gevallen – wanneer de effectiviteit in het geding komt – laat het EHRM zich over de hoogte van de schadevergoeding uit. Dat deed het Hof bijvoorbeeld in de in hoofdstuk 3, paragraaf 5.2.2 besproken zaak over baby *Oyal* die na zijn geboorte met Hiv besmet raakte doordat een bloeddonatie ongetest werd getransfuseerd. De familie ontving een uitzonderlijk lage

¹⁶¹⁶ Hoofdstuk 4, § 3.2.1.

¹⁶¹⁷ Hoofdstuk 2, § 2.4.

¹⁶¹⁸ Hoofdstuk 2, § 2.2.

¹⁶¹⁹ Hoofdstuk 4, § 7.2.2.

¹⁶²⁰ Zie hoofdstuk 4, § 7.3.3.

vergoeding van de nationale rechter. In het licht van het effectiviteitsbeginsel moest het EHRM wel concluderen dat sprake was van een schending.

3 Toetsing van het civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht

3.1 Introductie

In deze paragraaf wordt getoetst of het aansprakelijkheidsrecht aan de EVRM-eisen voldoet. Ook deze toetsing is gesplitst in drie niveaus: wetgever, uitvoerende macht en rechter.

3.2 Wetgever

3.2.1 Wettelijk kader voldoet

Gelet op de vereisten die het EHRM aan wetgeving stelt, en mede gelet op de oorsprong van die vereisten, is het niet verbazingwekkend dat de onderzochte strafwetgeving voldoet. De ‘evidentheid’ van de (inhoud van de) verlangde strafbaarstellingen volgt immers uit de statenpraktijk, waaronder die in Nederland, en uit hetgeen op grond van internationale verdragen wordt verlangd. Dit is dus niet onder invloed van het EHRM. Ook Nederland heeft zijn verantwoordelijkheid hierin genomen. Uit de casestudies¹⁶²¹ is gebleken dat de strafbaarstellingen op het gebied van levensdelicten, moderne slavernij en zedendelicten een kader bieden dat voldoende is toegerust om de gevraagde strafrechtelijke bescherming te bieden. Ook voor het overige zijn uit het onderzoek geen signalen naar voren gekomen dat de Nederlandse strafbaarstellingen niet zouden voldoen. Van bestanddelen die het voor de uitvoerende macht en rechter, althans volgens het EHRM, onmogelijk maken om daadwerkelijk bescherming te bieden, is in het onderzoek ook niet gebleken.

Met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht is van belang dat het EVRM daarin zelfstandig als rechtsgrond kan worden ingeroepen. Daarnaast leent het systeem van artikel 6:162 BW zich vanwege zijn open karakter uitstekend om EVRM-rechten in te bedden en te verzekeren. Datzelfde geldt ten aanzien van het schadevergoedingsrecht, zoals geregeld in 6:95 BW e.v. Vermogensschade komt op grond van deze bepalingen voor vergoeding in aanmerking. Ook kan de rechter op grond van artikel 6:106 lid 1 BW een vergoeding toewijzen voor ander nadeel dan vermogensschade (immateriële schade). Waar dat voorheen nog niet mogelijk was, is het voor nabestaanden inmiddels mogelijk om een vergoeding voor affectieschade te verkrijgen (art. 6:107-108 BW). Daarmee is een belangrijk mensenrechtelijk probleempunt verholpen.¹⁶²²

Bij alle genoemde (wettelijke) mogelijkheden komt het wel aan op wat de rechter en de strafvorderlijke overheid daar uiteindelijk mee doet. Zij hebben een cruciale rol in het bieden van individuele bescherming, zie daartoe nader paragraaf 3.3 en 3.4.¹⁶²³

¹⁶²¹ De casestudies zijn geselecteerd om de hypothese te toetsen dat de verklaring voor het verschil in specificiteit van eisen die door het EHRM aan strafbaarstellingen stelt, steunt op de aanwezigheid van op internationaal niveau aanvaarde standaarden. Dat blijkt inderdaad het geval te zijn. De casestudies geven eveneens inzicht in de implicaties die een positieve verplichting tot strafbaarstelling voor de Nederlandse rechtsorde (kan) hebben. Zie hoofdstuk 4, § 3.

¹⁶²² Zie hierover hoofdstuk 3, § 5.4.4.5. Genoemde bepalingen hebben geen terugwerkende kracht. Voor oude gevallen kan art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW soelaas bieden.

¹⁶²³ Als er geen gang naar de rechter openstaat, is het bestuursorgaan aan zet.

3.2.2 Wat de wet niet regelt: vergoeding voor gedeerd levensonderhoud bij niet-samenwonenden

Op één onderdeel gaat het EHRM in zijn rechtspraak verder dan op grond van de Nederlandse wet kan worden gerealiseerd: de kring van gerechtigden die aanspraak kunnen maken op vergoeding van schade wegens het derven van levensonderhoud. Het EHRM hanteert op dit vlak een ruimere maatstaf dan in artikel 6:108 BW is neergelegd. Voor het toekennen van een billijke genoegdoening op grond van artikel 41 EVRM is vereist dat de familieleden afhankelijk waren van de financiële inbreng van de overledene. De toetsing vindt vervolgens plaats aan de hand van de feitelijke situatie. Naar Nederlands recht hebben enkel de in artikel 6:108 BW lid 1 genoemde personen aanspraak op vergoeding wegens het derven van levensonderhoud. Voor zover het niet om bloed- of aanverwanten van de overledene gaat, is vereist dat met elkaar werd samengeleefd. Als gevolg daarvan vallen buiten de kring van gerechtigden gescheiden echtgenoten, gewezen geregistreerde partners en buitenechtelijke relaties, ook al werd er voor het overlijden financiële ondersteuning geboden en was er sprake van afhankelijkheid.

Het EHRM hanteert hier een andere lijn, zoals gezegd: feitelijke afhankelijkheid is het criterium. Alhoewel het Hof voornog geen verplichting op grond van artikel 2 EVRM heeft aangenomen om in die gevallen schadevergoeding toe te kennen en het dus te vroeg is om met zekerheid te kunnen stellen dat het Nederlands recht op dit vlak niet voldoet, is het zeer wel mogelijk dat dat in de toekomst alsnog gaat gebeuren. Ik betoog dat de beperking van de kring van gerechtigden aan de effectiviteit van de nationale remedie in de weg staat. In het licht van de beschreven rechtspraak van het EHRM is heroverweging van de wetgeving mijns inziens wenselijk.

3.3 Uitvoerende macht

Om EVRM-rechten effectief te beschermen kan niet worden volstaan met louter strafbaarstellingen. Het zal onder meer aankomen op de vraag of de uitvoerende macht gebruikmaakt van haar bevoegdheid, en zo ja, op welke wijze. Het opsporings- en vervolgingsbeleid is in ieder geval door mij positief beoordeeld in het licht van het EVRM. Bij vrijwel alle feiten die op grond van het EVRM strafbaar gesteld dienen te zijn, wordt een Team Grootschalige Opsporing (TGO) samengesteld. In de praktijk betekent dit meer mankracht, tijd en geld dan in andere zaken. Ook geldt in dat geval het Raamwerk TGO als leidraad. Dit raamwerk bevat werkwijzen en kwaliteitseisen. Hoewel geen specifiek beleid voorhanden is om te voldoen aan de verplichtingen die het EHRM stelt, worden in de praktijk dusdanig hoge maatstaven gehanteerd, dat aan die verplichtingen wordt voldaan.

Alleen bij (woning)inbraken gaan niet altijd alle registers open. Schaarste aan capaciteit en middelen dwingen de opsporingsinstanties om hier keuzes te maken. Uit de rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 1 EP EVRM is echter naar voren gekomen dat het Hof hier ook de ruimte voor biedt.

Waar het om High Impact Crime (HIC) of om ondermijnende criminaliteit gaat, zal, op haar beurt, de vervolging worden ingesteld. Ook ernstige vermogenscriminaliteit, zoals overvallen, straatroof en woninginbraken zijn als zodanig gekwalificeerd. Indien het opsporingsonderzoek daarvoor voldoende basis biedt, zal dus ook vervolgd worden. En daarmee wordt voldaan aan de eisen die het EHRM stelt.

Naast de verankering van EVRM-rechten op beleidsniveau moet uiteraard ook in de praktijk worden voldaan aan de eisen die het EHRM stelt. Waar nodig, moet *feitelijk* in actie worden gekomen.

In het onderzoek zijn geen indicaties naar voren gekomen dat in de praktijk onvoldoende strafrechtelijke bescherming wordt geboden doordat opsporingsinstanties steken laten vallen. Of dit een terechte conclusie is, kan alleen door middel van empirisch onderzoek worden vastgesteld. Dat viel echter buiten het bestek van dit onderzoek.

Wel is gebleken dat het mis kan gaan bij de selectie van strafbare feiten waarvoor wordt vervolgd. Voorkomen dient te worden dat enkel voor de ‘gemakkelijke weg’ wordt gekozen (bijvoorbeeld het ten laste leggen van witwassen in plaats van het onderliggende gronddelict) als gevolg waarvan de link met het in het geding zijnde mensenrecht komt te ontbreken. Met *Enveloppen in kluis*¹⁶²⁴ heeft de Hoge Raad de praktijk om enkel witwassen in plaats van het gronddelict ten laste te leggen, tegen willen gaan. Dit is vanuit het EVRM-perspectief toe te juichen. De praktijk is echter niet echt veranderd en de wetgever heeft de Hoge Raad ‘overruled’ met de invoering van de strafbaarstelling van eenvoudig witwassen.¹⁶²⁵ Wanneer voor een dergelijke ‘gemakkelijke weg’ wordt gekozen, veronachtzaamt het Openbaar Ministerie zijn sleutelrol bij de bescherming van EVRM-rechten. De officier van justitie dient zaken dusdanig ‘aan te kleden’ dat de rechter in de praktijk vanuit het EVRM bezien effectieve bescherming kan bieden. Concreet: hij moet het grondfeit ten laste leggen dat kan worden gekwalificeerd als mensenrechtenschending. Van belang daarbij is dat het voor de strafrechter niet mogelijk is om de keuze van de officier van justitie te ‘compenseren’ als de tenlastelegging daar geen ruimte voor biedt.

Het corrigeren van zwakke plekken in de wetgeving is slechts mogelijk als de feiten die op grond van het EVRM strafbaar gesteld moeten worden, waar nodig en mogelijk ook daadwerkelijk ten laste worden gelegd. Zoals hierna zal blijken, is dat bijvoorbeeld van belang bij zedendelicten. Voorkomen dient te worden dat – zolang het wetsvoorstel inzake ongewilde seks niet is ingevoerd – de in de term ‘dwingt’ ingeblikte vereisten van de (beseft) vrijwilligheid en onvermijdbaarheid voor de officier van justitie aanleiding zijn om niet verkrachting maar een ander delict ten laste te leggen. Ook voor de opsporingsambtenaar kan een dergelijke keuze consequenties hebben omdat hij bij de opsporing naar verwachting zal toewerken naar een rechterlijk oordeel over de juridische duiding van bepaalde feiten.

3.4 De rechter

3.4.1 Introductie

Uit hetgeen hiervoor in paragraaf 3.2.1 is uiteengezet, volgt dat, met uitzondering van één onderdeel, (strikt genomen) geen aanleiding bestaat voor een heroverweging van bestaande wettelijke normen of beleid. Daarvoor is echter wel nog vereist dat de rechter ervoor waakt en blijft waken dat wordt voldaan aan de eisen die uit de rechtspraak van het EHRM voortvloeien. De rechter heeft er zo een rol bijgekregen: die van EVRM-rechter met de uit artikel 1 EVRM voortvloeiende opdracht om de EVRM-rechten te verzekeren. Deze veranderde positie schept verplichtingen. Zodra de feiten van een zaak aanleiding geven om te veronderstellen dat (potentieel) sprake is van een inbreuk op één van de door het EVRM beschermde grondrechten, rijst de vraag of een positieve verplichting in het geding is. Wanneer sprake is van een positieve verplichting is het zaak dat de rechter het nationale recht dusdanig interpreteert dat alsnog aan deze plicht tegemoet kan worden gekomen. Uiteraard zijn er grenzen aan de mogelijkheden van de rechter. Deze grenzen kunnen zijn gelegen in het nationale systeem, de

¹⁶²⁴ HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910 (*Enveloppen in kluis*).

¹⁶²⁵ Vgl. Hooydonk 2017.

strekking van de regels, de nationaalrechtelijke opvatting over machtenscheiding, de interpretatieruimte van de rechter, mede bepaald door het legaliteitsbeginsel, de rechtsverhouding tussen partijen en de bescherming van andere EVRM-rechten. Zo is het in het huidige bestel bijvoorbeeld ondenkbaar dat de strafrechter de grondslag leer overboord zal zetten om een ander dan het tenlastegelegde feit bewezen te verklaren en/of te kwalificeren.

Alvorens op de (ingevulde) toetsingskaders, (potentiële) fouten in de rechtspraak, de relevantie van het procedeedgedrag en anticipatie op het rechterlijk oordeel van het EHRM wordt ingegaan, wordt allereerst besproken of er in die gevallen waar dat zo zou moeten zijn, *effectieve* toegang is tot de rechter. Dat blijkt niet steeds het geval te zijn.

3.4.2 Effectuering EVRM-recht onmogelijk gemaakt: aansprakelijkheidsimmunititeiten

Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat in sommige (concrete) gevallen de toegang om het EVRM-recht geldend te maken, onmogelijk wordt gemaakt. In het bijzonder zijn twee aansprakelijkheidsimmunititeiten¹⁶²⁶ te ontwaren die vanuit EVRM-oogpunt gezien tot een onaanvaardbaar resultaat kunnen leiden: strafrechtelijke immuniteit van (de)centrale overheden en formele rechtskracht. Zij kunnen ertoe leiden dat slachtoffers geen effectief rechtsmiddel ter beschikking staat. Dat is problematisch waar het om mensenrechtenschendingen gaat.

De strafrechtelijke immuniteit van (de)centrale overheden heeft tot gevolg dat niet in alle (extreme) situaties die onder het toepassingsbereik van artikel 2 EVRM vallen en waar de inzet van het strafrecht is vereist, voldoende mogelijkheden bestaan om de verantwoordelijken strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer er geen individuele ambtenaar strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden en het decentrale overheidsorgaan op grond van het arrest *Pikmeer II* immuun is omdat het een exclusieve bestuurstaak betreft. Zo kon de gemeente *Stichtse Vecht* niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor het nalaten om verkeersmaatregelen te treffen. Dat kan problematisch zijn, vooral wanneer het een ernstig nalaten betreft. In dat geval heeft de immuniteit tot gevolg dat het slachtoffer niet via het strafrecht een effectief rechtsmiddel tot zijn beschikking heeft, terwijl dat op grond van het EVRM wel zou moeten.¹⁶²⁷

Als gevolg van de leer van de formele rechtskracht kan de burgerlijke rechter niet meer in de rechtmatigheid van een besluit treden wanneer geen gebruik is gemaakt van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen of het rechtsmiddel niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid. Dit kan erin resulteren dat bepaalde onderdelen van de bestuursrechtelijke besluitvorming buiten het bereik van de toetsing door de civiele rechter vallen, terwijl zij op grond van het EVRM wel moeten kunnen worden getoetst om vast te stellen of de Staat voldoende beschermingsmaatregelen heeft genomen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan fouten die bij de vergunningverlening zijn gemaakt, zoals het geval was in de zaak *Vuurwerkkramp Enschede*. Als gevolg van de leer van de formele rechtskracht kon de (rechtmatigheid van de) vergunning of de daarin opgenomen voorschriften niet meer worden getoetst door de civiele rechter. Dat is problematisch, omdat er hier slechts sprake was van *theoretische* toegang tot het bestuursrechtelijk rechtsmiddel. De verantwoordelijkheidsvraag speelde immers pas na de vuurwerkkramp, ver na de fase van de vergunningverlening. Op dat moment kon de overheid echter niet meer via het bestuursrecht ter verantwoording worden geroepen voor besluiten genomen voorafgaand aan die ramp en kon vervolgens de civiele rechter als gevolg van de leer van de formele

¹⁶²⁶ Het gaat hier om afwijking van normale regels van aansprakelijkheidsrecht. Vgl. Verheij 2013, p. 66.

¹⁶²⁷ Zie hoofdstuk 4, § 4.4.

rechtskracht niet treden in de beoordeling van de vergunning. De overheid is evenmin strafrechtelijk vervolgd. De desbetreffende slachtoffers zijn dan ook niet daadwerkelijk in de gelegenheid geweest om hun EVRM-rechten uit te oefenen.

Pregnant is dat in een zaak waarin het om een *rechtsgeldig* besluit ging, er inmiddels wel ruimte voor rechtsbescherming is geschapen. In de zaak over de aardbevingsschade in Groningen is door de Hoge Raad¹⁶²⁸ overwogen dat een rechtsgeldig besluit een onrechtmatige daad jegens omwonenden kan opleveren, ook al zijn de belangen van omwonenden meegenomen. Artikel 2 en/of 3 EVRM kunnen daarbij als breekijzer fungeren. Een schending van genoemde bepalingen kan ertoe leiden dat een wettelijke bepaling onverbindend wordt verklaard. Op die manier wordt de doorwerking van positieve verplichtingen gegarandeerd.

De doorwerking van positieve verplichtingen is ook mogelijk door gebruik te maken van de uitzondering die lijkt te zijn toegevoegd aan het bestaande pallet aan uitzonderingen op de formele rechtskracht.¹⁶²⁹ Voor zover een vordering van een derde erop is gebaseerd dat bij het nemen van het betrokken instemmingsbesluit wezenlijke risico's op schade aan personen of zaken (voor lief) (blijken te) zijn genomen, kan hem niet worden tegengeworpen dat hij destijds geen beroep heeft ingesteld tegen dat besluit. Dat zou immers onaanvaardbaar tekortdoen aan een behoorlijke rechtsbescherming van die derde, aldus de Hoge Raad in *Aardbevingsschade Groningen*.¹⁶³⁰

3.4.3 (Ingevulde) toetsingskaders voldoen op hoofdlijnen

Zoals gezegd, met strafbaarstellingen en privaatrechtelijke normen kan alleen voldoende rechtsbescherming worden geboden wanneer de rechter er in de praktijk voor zorgt dat de uitkomst van de rechterlijke toetsing EVRM-conform is. Voor de strafrechter betekent dit dat de bestanddelen van een strafbaarstelling op juiste wijze moeten worden geïnterpreteerd. Dat blijkt in de meerderheid van de gevallen goed te verlopen. Zo worden de 'gedragingen en middelen' (art. 273f lid 1 onderdeel 1 Sr), 'uitbuiting' (art. 273f Sr) en 'dwang' (art. 242 en 246 Sr) in het algemeen door de strafrechter dusdanig ruim uitgelegd dat een daadwerkelijke en effectieve bescherming wordt geboden.¹⁶³¹ De resultaten zijn dus conform verwachting: Nederland heeft gedragingen strafbaar gesteld die in de praktijk van de verdragsstaten normaal gesproken als strafwaardig worden beschouwd en de strafbepalingen worden ook op de juiste manier toegepast.

De civiele rechter heeft een keuzemogelijkheid: rechtstreekse toetsing aan het EVRM of EVRM-conforme interpretatie van het nationale recht. In de praktijk blijken beide wegen bewandeld te worden. Het voordeel van de eerstgenoemde aanpak is dat er op die manier minder kans is dat de EVRM-rechten buiten de belangenafweging worden gelaten. Voor de situatie waarin de rechter ervoor kiest om bepalingen van nationaal recht toe te passen, is relevant dat de criteria die hij gebruikt om vast te stellen of onrechtmatig is gehandeld, naar hun aard en inhoud (genoeg) ruimte laten om de door het EHRM gehanteerde criteria toe te passen. Zo laten de in het *Kelderluik*-arrest geformuleerde criteria naar hun aard en inhoud bijvoorbeeld (genoeg) ruimte om de door het EHRM gehanteerde *Osman*-criteria toe te passen.¹⁶³²

¹⁶²⁸ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*), r.o. 2.8.5.

¹⁶²⁹ Zie hierover hoofdstuk 3, § 2.2.3.

¹⁶³⁰ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*), r.o. 2.8.6.

¹⁶³¹ Hoofdstuk 4, § 3.2.3.

¹⁶³² Hoofdstuk 3, § 2.5.3.

3.4.4 (Potentiële) fouten in de rechtspraak bij interpretatie nationaal recht

3.4.4.1 Introductie

Ondanks de veelal positieve resultaten is uit het onderzoek ook naar voren gekomen dat de strafrechtelijke en privaatrechtelijke bescherming van het EVRM niet in alle concrete gevallen waterdicht is. Niet alle rechters lijken bekend te zijn met de eisen die uit de positieve verplichtingen voortvloeien. Zo volgt uit de rechtspraak dat civiele rechters er soms vanuit lijken te gaan dat het feit dat het aansprakelijkheidssysteem voldoet, automatisch met zich brengt dat een toetsing in concreto niet meer nodig is.¹⁶³³ Deze minimale koers kan er echter toe leiden dat in concrete zaken beslissingen worden genomen die niet in overeenstemming zijn met de EHRM-rechtspraak. Dat valt te verklaren uit het feit dat het EHRM op een geheel andere wijze toetst dan de nationale rechter en uit de onbekendheid met het EVRM.

Ook in het strafrecht zien we incidenten waarin de nationale rechter zich niet bewust lijkt te zijn van het toepasselijke EVRM-recht en/of de implicaties daarvan.

Uit het onderzoek zijn drie categorieën van gevallen naar voren gekomen waarin sprake is van een ‘gat’ tussen EVRM-recht en de toepassing ervan door het EHRM en de toepassing van nationaal recht door Nederlandse rechters: verouderde concepten, een (te) stringente uitleg, en de (te) strikte inperking van de aansprakelijkheid.

3.4.4.2 Verouderde concepten

Problemen ontstaan allereerst omdat in de rechtspraak nog te veel wordt uitgegaan van ‘verouderde’ concepten. Een voorbeeld van een verouderd concept is de (traditionele) uitleg van de persoonsaantasting ‘op andere wijze’ in de zin van artikel 6:106 lid 1 onder b (slot) BW. Om een persoonsaantasting op andere wijze aan te kunnen nemen, was lange tijd vereist dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Inmiddels blijken de aard en de ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor de benadeelde ook met zich te kunnen brengen dat van een aantasting in persoon op andere wijze sprake is. Wanneer de traditionele uitleg wordt gehanteerd, is het (in sommige gevallen) onmogelijk om immateriële schadevergoeding toe te kennen bij schending van artikel 2 en/of 3 het EVRM. Zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 5.4.4.5 is beschreven, kan dat ertoe leiden dat ten onrechte geen schadevergoeding wordt toegekend. Zo kregen nabestaanden van een gedode gedetineerde bijvoorbeeld geen schadevergoeding voor de door hen geleden schade.¹⁶³⁴ Zij hadden onvoldoende onderbouwd dat de plotselinge tragische dood van hun zoon bij hen behalve leed en verdriet ook ernstig trauma, wanhoop of angst (geestelijk letsel) heeft veroorzaakt. Hier was sprake van schending van het EVRM.

Ten aanzien van het strafrecht doet zich een specifiek probleem voor bij de interpretatie van het in de term ‘dwingt’ ingeblikte vereiste van de onvermijdbaarheid in de strafbaarstelling van verkrachting. Bij de onvermijdbaarheid gaat het erom of sprake is van handelingen waaraan het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet heeft kunnen onttrekken. Zoals in paragraaf hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.2.2 is beschreven, heeft Kool terecht aangestipt dat in de situatie waarin het slachtoffer in staat van ‘frozen fright’ is gebleven, de afwezigheid van verzet *de facto* een barrière tegen het

¹⁶³³ Hoofdstuk 3, § 1.

¹⁶³⁴ Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929 (*Steekincident*).

aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid opwerpt. Dat is problematisch omdat op grond van de rechtspraak van het EHRM juist de non-consensualiteit centraal dient te staan. Alhoewel het ‘toegestaan’ is om andere criteria voor de strafbaarstelling van verkrachting te hanteren en het probleem dus ook via een andere interpretatie van de term ‘dwingt’ kan worden opgelost, vertroebelt een dergelijk casuïstisch gepuzzel waar het in de kern om gaat: het binnen Nederland gehanteerde concept van verkrachting is anders dan het concept dat het EHRM hanteert.¹⁶³⁵ Hier lijkt overigens een einde aan te gaan komen, nu de regering met het wetsvoorstel seksuele misdrijven wil voorzien in een strafbaarstelling van ongewilde seks die tevens non-consensuele verkrachting omvat (art. 239 Sr (nieuw)).¹⁶³⁶

3.4.4.3 Stringente uitleg

Met de in de inleiding gedane constatering dat de nationale rechter vergelijkbare toetsen hanteert als het EHRM, kan niet worden volstaan. Of het eindresultaat van een rechterlijke toetsing EVRM-*proof* is, wordt uiteindelijk bepaald door de rechterlijke interpretatie en toepassing in het concrete geval. Het kan misgaan wanneer de toets dusdanig wordt ingevuld dat stringente(re) voorwaarden voor aansprakelijkheid worden gesteld. Mogelijk wordt dan geen rechtsbescherming geboden die beantwoordt aan de vereisten die het EHRM heeft gesteld. Het zal niet verrassen dat de punten waar het misgaat of mis kan gaan, juist die onderwerpen betreft waarover strenge rechtspraak van het EHRM bestaat en waarover dus een duidelijke ‘set’ van Straatsburgse normen voorhanden is. Ter illustratie wordt gewezen op het arrest *Struikelende broodbezorger*. In dit arrest kunnen de zogenoemde Kelderluik-criteria worden herkend. Er wordt echter een stringente voorwaarde aan toegevoegd in die gevallen waarin het om zuiver nalaten gaat. De Hoge Raad oordeelt dat van onrechtmatig handelen in dat geval slechts sprake kan zijn, indien de ernst van het betrokken gevaar ‘tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen’, tenzij bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid bestaan die voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet.¹⁶³⁷ Wanneer de rechter van deze maatstaf uitgaat, kan dit tot een andere uitkomst leiden dan het oordeel waartoe het EHRM zelf op grond van het *Osman*-criterium zou komen. Voor het Hof is immers bepalend of de Staat van het gevaar wist of had moeten weten.

Een voorbeeld van een te stringente uitleg kan eveneens gevonden worden in de zaak *Chinese Horeca*. In deze zaak gaat het over mensenhandel (artikel 273f Sr). Door het Hof Den Bosch werd vereist dat *doelbewust* misbruik moet zijn gemaakt van de kwetsbare positie van het slachtoffer. Daarmee werd een verdergaand initiatief en actief handelen van de verdachte vereist dan tot uitdrukking komt in zowel de door de wet als het Palermo Protocol gebezigde termen ‘werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt’. De Hoge Raad heeft het arrest vernietigd.¹⁶³⁸

3.4.4.4 Strikte inperking van aansprakelijkheid

¹⁶³⁵ Dit wordt pijnlijk duidelijk waar het om kinderen en andere kwetsbare personen gaat. In die gevallen verlangt het EHRM namelijk ook nog eens dat een ‘child-sensitive approach’ wordt gehanteerd. Zie daarover hoofdstuk 4, § 3.3.2.4 en 3.3.2.5.

¹⁶³⁶ Hoofdstuk 4, § 3.3.2.6.

¹⁶³⁷ HR 22 november 1974, *NJ* 1975/149 (*Struikelende broodbezorger*).

¹⁶³⁸ Zie hoofdstuk 4, § 3.2.3.1.

Wanneer vereisten als causaliteit en relativiteit als barrière worden opgeworpen, kan dit ertoe leiden dat de civielrechtelijke ‘remedy’ niet daadwerkelijk effect sorteert.¹⁶³⁹ Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat de relativiteitstoets in sommige gevallen strikt wordt uitgevoerd om aansprakelijkheid buiten de deur te houden. Van een te hoge drempel waardoor het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht in strijd met het EVRM komt, blijkt echter geen sprake te zijn. Door meer teleologische argumenten mee te laten wegen en het stelsel van de wet in ogenschouw te nemen, biedt de Hoge Raad ruimte om het relativiteitsvereiste minder streng uit te leggen bij (dodelijk) letsel en daarmee bij belangen die worden beschermd door artikel 2 en 3 EVRM. Waar nodig, kan bovendien via de toetsing van de zorgvuldigheidsnorm de mogelijkheid worden geboden om correcties aan te brengen op een erg streng uitvallende relativiteitstoets. Aldaar kunnen overwegingen met betrekking tot mensenrechten worden meegenomen ter inkleuring van de maatschappelijke zorgvuldigheid.¹⁶⁴⁰

3.4.5 (Potentiële) fouten in de rechtspraak bij toetsing aan het EVRM

3.4.5.1 Introductie

In verschillende zaken neemt de rechter bij toetsing aan het EVRM de criteria die het EHRM hanteert, nauwgezet ter harte. De toetsing door de civiele rechter verloopt echter niet in alle gevallen vlekkeloos. Hierna passeren verschillende categorieën van fouten de revue: geen onderscheid in compartimenten, geen onderscheid tussen verschillende typen van positieve verplichtingen, te weinig oog voor het EVRM-systeem, en aanvullende eisen vanuit het nationale recht.

3.4.5.2 Geen onderscheid in compartimenten

Allereerst wordt door de rechter niet altijd een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de twee compartimenten die in paragraaf 2.4.2 zijn beschreven. Dat kan ertoe leiden dat er vereisten worden gesteld die niet van toepassing zijn. De al genoemde zaak over de aardbevingsschade illustreert dit. In deze zaak wijst de Hoge Raad op de positieve verplichtingen om op grond van artikel 2 EVRM een wettelijk kader in het leven te roepen en feitelijke maatregelen te nemen. In de context van artikel 8 EVRM wordt beschreven wanneer overlast een ‘minimum level’ heeft bereikt. Dit vereiste wordt door het EHRM echter in het geheel niet gesteld bij risicovolle activiteiten.¹⁶⁴¹

Ook kan het door elkaar gebruiken van compartimenten ertoe leiden dat criteria minder streng zijn dan gelet op de rechtspraak van het EHRM in de rede zou liggen. Vervlechting tussen de compartimenten kan er bijvoorbeeld al snel toe leiden dat een beschermingsverplichting wordt aangenomen ten aanzien van een grote groep van ingezetenen.¹⁶⁴² In dat verband wijs ik op Urgenda. In deze zaak wordt door de Hoge Raad aangenomen dat de bescherming van artikel 2 en 8 EVRM niet alleen op specifieke personen ziet, maar ook op de samenleving of bevolking als geheel. Daarbij wordt verwezen naar zaken waarin het vereiste dat de mogelijke slachtoffers identificeerbaar moeten zijn, is losgelaten. Vervolgens wordt onder verwijzing naar omgevingsgerelateerde zaken overwogen dat van bescherming van de samenleving of bevolking als geheel sprake is als het gaat om milieugevaren. Bij

¹⁶³⁹ Hoofdstuk 3, § 3 en 4.

¹⁶⁴⁰ Zie hoofdstuk 3, § 4.4.

¹⁶⁴¹ Hoofdstuk 3, § 2.8.3.2.

¹⁶⁴² Hoofdstuk 3, § 2.8.3.2.

milieugevaren die een geheel gebied bedreigen, bieden artikel 2 en 8 EVRM in de ogen van de Hoge Raad bescherming aan de ingezetenen van dat gebied. Hier werkt het in mijn ogen verwarrend dat beide compartimenten door elkaar worden gebruikt. De regimes verschillen namelijk van elkaar. Wanneer de Hoge Raad van oordeel is dat het Osman-criterium voor risicovolle activiteiten van toepassing is in deze zaak, is het nog niet zonder meer gegeven dat de samenleving als geheel beschermd dient te worden. Zoals in hoofdstuk 2, § 4.4.5 en § 8.5.4 is beschreven, is een dergelijke verplichting slechts in enkele zaken aangenomen. Een nadere overweging daarover zou dan ook niet hebben misstaan. De Hoge Raad was nu te optimistisch over het beschermingsbereik.

Ten slotte kan het ontbreken van een helder onderscheid tussen de compartimenten tot verwarring over de beoordelingsruimte leiden. Wanneer artikel 2 EVRM in het geding is, zal bijvoorbeeld minder snel kunnen worden meegegaan in een ‘ontbreken van financiële middelen’-verweer. Doordat geen onderscheid wordt gemaakt tussen compartimenten kan dit over het hoofd worden gezien.¹⁶⁴³

3.4.5.3 Geen onderscheid tussen typen van positieve verplichtingen

Wanneer de typen van positieve verplichtingen niet goed worden onderscheiden kan dat leiden tot fouten. Ik verwijs wederom naar *Urgenda*. Door de Hoge Raad wordt gewezen op de verplichting om op grond van het EVRM ‘preventief maatregelen’ te nemen zodra sprake is van een ‘real and immediate’ risk. Vervolgens wordt een sprong gemaakt naar de toetsing van het beleid dat de Staat bij het nemen van maatregelen voert. De Hoge Raad vergeet daarbij te vermelden dat daarvoor een ander toetsingskader geldt.¹⁶⁴⁴ Voorwaarde voor het aannemen van een positieve verplichting om een wettelijk kader aan te nemen, is (enkel) dat de (verdrags)staat wist of behoorde te weten van de (dreigende) inbreuk op de door artikel 2 en/of 8 EVRM beschermde rechten. Het gaat hier om het niveau van kennis over de desbetreffende (dreigende) inbreuk dat aan de zijde van de (verdrags)staat geacht wordt aanwezig te zijn. Kennis over de dreigende inbreuk in een concrete situatie hoeft hier, anders dan bij de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, niet te worden aangetoond. Ook geldt hier niet het vereiste dat sprake moet zijn van een identificeerbare groep personen in een concrete situatie. Pas wanneer wordt afgedaald tot op het niveau van concrete feitelijke maatregelen gelden dergelijke vereisten. Wanneer de Hoge Raad de toetsing hetzelfde zou hebben ingericht als het EHRM zou als eerste zijn ingegaan op het wettelijke kader en beleidskader. Daarmee zouden ingewikkelde discussies over het vereiste van de identificeerbaarheid en de onmiddellijkheid van het gevaar zijn voorkomen.

3.4.5.4 Te weinig oog voor het EVRM-systeem

In enkele zaken hebben rechters te weinig oog voor het systeem van het EVRM. De rechtspraak van het EHRM wordt in dat geval niet op de juiste wijze aangehaald. Zo oordeelt het hof 's Hertogenbosch in *Chroom 6* bijvoorbeeld dat het door de voormalig ambtenaren van Defensie ingeroepen artikel 41 EVRM geen rechtstreekse aanspraak op betaling van schadevergoeding geeft.¹⁶⁴⁵ Hoewel dat op zichzelf juist is, ziet het Hof daarbij echter over het hoofd dat wanneer een beschermingsverplichting op grond van artikel 2 en/of 3 EVRM niet is vervuld, op die grond een vergoeding van immateriële schade tot de mogelijkheden moet behoren. Genoemde redenering is dus te kort door de bocht.

¹⁶⁴³ Hoofdstuk 3, § 2.8.3.2.

¹⁶⁴⁴ Zie hierover hoofdstuk 3, § 2.8.3.3.

¹⁶⁴⁵ Zie hierover hoofdstuk 3, § 5.4.4.4.

3.4.5.5 Aanvullende eisen vanuit het nationale recht

In een enkel geval wordt weliswaar het EVRM toegepast, maar worden via de achterdeur alsnog aanvullende vereisten gesteld. Zo resulteert een relativiteitsachtige redenering in een zaak over het doden van een gedetineerde door een medegedetineerde erin dat een vordering alsnog wordt afgewezen.¹⁶⁴⁶ Dergelijke ‘blurring’ kan tot einduitkomsten leiden die niet EVRM-proof zijn.

3.4.6 Ambtshalve toepassing van EVRM-recht

Voor zowel de strafrechter als het Openbaar Ministerie is het vanzelfsprekend dat zij het publieke belang behartigen. Deze verantwoordelijkheid impliceert tevens dat zij de naleving en waarborging van mensenrechten aan zich dienen te trekken. Dit is anders in het civiele geding. In dat geding zijn de procesdeelnemers in beginsel gelijkwaardig en stelt de rechter zich van oudsher meer lijdelijk op. Of de gezichtspunten die het EHRM in zijn rechtspraak heeft geformuleerd, voor hem tot richtsnoer dienen, hangt in de praktijk dan ook (onder meer) af van het procedeedrag van partijen. Tegelijkertijd is het beschermen van EVRM-rechten een autonome verantwoordelijkheid van de nationale rechter. Om te voorkomen dat in zaken van overheidsaansprakelijkheid geen aandacht aan het EVRM wordt besteed, terwijl mogelijk positieve verplichtingen in het spel zijn die alleen vervuld kunnen worden als de rechter ‘ingrijpt’, lijkt ambtshalve toepassing van het EVRM onder omstandigheden aangewezen. Dit houdt in dat de rechter het EVRM ook toepast en/of beoordeelt of het toepasselijke recht in overeenstemming is met de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen, als de procespartijen daar niet om hebben gevraagd. In hoofdstuk 3, § 2.9 heb ik betoogd dat de rechter deze verantwoordelijkheid moet nemen waar het om het eerste compartiment gaat. De artikelen in het tweede compartiment zijn niet zo fundamenteel dat de rechter daaraan steeds ambtshalve zou moeten toetsen.

3.5 Slot

Wanneer wordt teruggegrepen op de hoofdvraag (Voldoet het Nederlandse materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht aan de eisen die voortvloeien uit de op grond van de artikelen 2, 3, 4, 5, 8 en 1 EP EVRM geformuleerde positieve verplichtingen?) blijkt het beeld overwegend positief te zijn. Op hoofdlijnen voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. In het kader van *fine tuning* zijn echter detailwijzigingen nodig. Een kritische houding jegens de in de inleiding geschetste rooskleurige voorstelling van zaken (‘de mensenrechtelijke standaarden zijn reeds voldoende gewaarborgd’) is niet verkeerd, en meteen ook de beste garantie voor een EVRM-proof aansprakelijkheidsrecht.

4 Implementatieproblemen en aanbevelingen

4.1 Introductie

¹⁶⁴⁶ Zie hierover hoofdstuk 3, § 5.4.4.5.

Ter beantwoording van de tweede onderzoeksvraag (“Hoe kunnen implementatieproblemen binnen het materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht worden opgelost?”) zijn in dit boek op diverse plaatsen aanbevelingen gedaan. In deze paragraaf geef ik hiervan een overzicht. Ook zijn enkele aanvullende aanbevelingen opgenomen om (potentiële) implementatieproblemen te verhelpen. Voor de onderbouwing van de aanbevelingen verwijs ik telkens naar de relevante passages in dit boek. Het overzicht maakt opnieuw een onderscheid tussen de drie niveaus waarop actie kan worden ondernomen: wetgever, uitvoerende macht en rechter.

4.2 Wetgever

Zoals hiervoor is beschreven, voldoet de wetgeving slechts op één onderdeel (potentieel) niet: de vergoeding voor gederfd levensonderhoud bij niet-samenwonenden (zie paragraaf 3.2.2). Het is in mijn ogen wenselijk dat de wetgever op dit vlak in actie komt. Mijn eerste aanbeveling is dan ook de volgende:

- Hervorm artikel 6:108 BW zodanig dat het mogelijk is om de niet met de overledene samenwonende (niet zijnde een bloed- en/of aanverwant) een vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud toe te kennen wanneer deze persoon ten tijde van de gebeurtenis dusdanig afhankelijk was van de financiële inbreng door de overledene dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij als naaste wordt aangemerkt.¹⁶⁴⁷

4.3 Uitvoerende macht

In de slotbeschouwing is beschreven dat het Nederlandse systeem alleen werkt wanneer de feiten die op grond van het EVRM strafbaar gesteld moeten worden, ook worden opgespoord en onderzocht. Vervolgens moeten de strafbare feiten waar nodig en mogelijk ook daadwerkelijk ten laste worden gelegd. Het kan dus misgaan bij de selectie van strafbare feiten waarvoor wordt vervolgd. Een tamelijk vanzelfsprekende oplossing is gelegen in de selectie van de feiten die ten laste worden gelegd door het Openbaar Ministerie. Uiteindelijk resulteert dit in de volgende aanbeveling voor het Openbaar Ministerie:

- Wees opmerkzaam bij de selectie van de feiten en delicten die ten laste worden gelegd; leg in elk geval het grondfeit ten laste waar dat kan worden gekwalificeerd als mensenrechtenschending.¹⁶⁴⁸

4.4 Rechter

4.4.1 Introductie

De rechter fungeert als ‘sluittuk’ van het stelsel van rechtsbescherming: hij moet ervoor zorgen dat er in de praktijk ook daadwerkelijk effectieve (‘practical and effective’) rechtsbescherming wordt

¹⁶⁴⁷ Hoofdstuk 3, § 5.4.4.3.

¹⁶⁴⁸ Hoofdstuk 4, § 6.5.3.

geboden. Waar de (uitleg van) wetgeving niet op orde is, moet de rechter ingrijpen, zelfs ten koste van politieke discretie. In paragraaf 3.4.4 en 3.4.5 is een overzicht gegeven van (potentiële) gaten in de rechtsbescherming die aan de effectuering van EVRM-rechten in de weg kunnen staan. Om deze gaten te kunnen dichten, worden hierna in paragraaf 4.4.6 verschillende concrete aanbevelingen gedaan.

Genoemde oplossingsrichtingen kunnen echter alleen worden benut wanneer de zaak naar de rechter wordt gebracht; dat hangt af van partijen (in civiele recht) of het OM (strafrecht).¹⁶⁴⁹ Vervolgens moeten de problemen in concrete zaken ook daadwerkelijk aan de oppervlakte komen. Hier is zowel voor procespartijen als voor de rechter een rol weggelegd. Zoals hiervoor is beschreven, heeft de rechter talloze mogelijkheden om wetgeving EVRM-proof uit te leggen. Om te (kunnen) waarborgen dat de rechter daarvan gebruik maakt, wordt hier nog een verdere verdiepingsslag gemaakt. Nadat op het belang van opleiding is ingegaan, zal een aantal aanwijzingen voor rechters worden gegeven.

4.4.2 Opleiding

Het is uiteraard van groot belang dat de rechter voldoende is toegerust om zijn rol bij de bescherming van EVRM-rechten te kunnen vervullen. Rechters in opleiding worden onderwezen in het EVRM-recht. Daarnaast hebben rechters de mogelijkheid om EVRM-cursussen te volgen. Bovendien blijkt elk gerecht een gerechtscoördinator Europees recht te hebben tot wie rechters zich met vragen over het EVRM kunnen wenden en die verantwoordelijk is voor het op de hoogte houden van zijn collega's over ontwikkelingen in het Europese recht.¹⁶⁵⁰ Naast deze algemene opleiding is het echter aanbevelenswaardig dat rechters van wie het waarschijnlijk is dat zij betrokken zijn of raken bij een zaak waarin positieve verplichtingen een rol spelen, daarvoor een specifieke opleiding krijgen. De Staat moet zorgen voor een dergelijke opleiding en bijscholing.¹⁶⁵¹

4.4.3 Rechterlijke toetsing

Wanneer het erop aankomt de gevolgen van positieve verplichtingen in de nationale rechtspleging nauwkeurig onder ogen te zien, is het noodzakelijk om casuïstisch te toetsen. Alleen op het concrete niveau kan namelijk worden vastgesteld of een bepaalde interpretatie of toepassing van het recht vanuit het EVRM bezien omstreden is. Het is bijvoorbeeld goed mogelijk dat een wettelijke of jurisprudentiële regel die op zichzelf verenigbaar is met het EVRM, in een individuele situatie dusdanig onredelijk uitwerkt dat hij in het concrete geval geen toepassing dient te vinden. Ook kan gedacht worden aan de situatie waarin geen toepassing wordt gegeven aan zo'n regel, terwijl dat wel noodzakelijk is. Voor dergelijke correcties is de rechter bij uitstek geschikt en bevoegd. De rechter kan een op de concrete omstandigheden van het geval toegesneden beslissing nemen die *EVRM-proof* is.

Gaandeweg kunnen rechters van elkaar leren. Iedere concrete zaak kan weer voortborduren op eerdere criteria, wat nog meer concrete criteria oplevert. Daarmee ontstaat steeds meer inzicht in de wijze waarop positieve verplichtingen in een concrete zaak kunnen worden gewaarborgd. Op die wijze kan iets los worden gekomen van de casuïstische benadering van rechtspreken en kan worden getracht

¹⁶⁴⁹ Burgers kunnen via een art. 12 Sv procedure alsnog trachten een vervolging te bewerkstelligen nadat het OM heeft besloten een zaak niet te vervolgen.

¹⁶⁵⁰ Vgl. Glas 2016.

¹⁶⁵¹ Een dergelijk verplichting is bijvoorbeeld ook opgenomen in artikel 25 van de Richtlijn 2012/29/EU tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten. De opleiding moet tevens worden aangemoedigd voor advocaten en officieren van justitie.

wat meer houvast in vervolgzaken te bieden met het oog op het voldoen aan de eisen die het EVRM stelt.

4.4.4 Aanbevelingen voor de rechter

Het voorgaande leidt, in combinatie met de hoofdstukken 3 en 4, tot de navolgende aanbevelingen voor de rechter:

- Maak een scherper onderscheid in de hiervoor omschreven compartimenten.
- Voeg aan het leerstuk van immuniteit van de overheid (ten minste) een clause toe voor die situaties waarin op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot het initiëren van een strafprocedure wanneer niet adequaat is opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico op een dodelijk slachtoffer om zo de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van overheden niet uit te sluiten.¹⁶⁵²
- Hanteer een contextgevoelige interpretatie van zedendelicten die op grond van het EVRM strafbaar moeten zijn gesteld waar het om kinderen en/of andere kwetsbare personen gaat.¹⁶⁵³
- Maak gebruik van de in *Aardbevingsschade Groningen* geïntroduceerde wegen om de leer van de formele rechtskracht te omzeilen voor die gevallen waarin de effectuering van EVRM-rechten door het invoeren van deze leer (potentieel) wordt verhinderd.¹⁶⁵⁴
- Maak – conform de ruimte die het *EBI*-arrest biedt – gebruik van de ‘route’ van de persoonsaantasting ‘op andere wijze’ in de zin van artikel 6:106 sub b BW om een vergoeding toe te kennen voor angstschade, (ernstig) leed, verdriet of spanningen voor direct getroffen en die voortvloeit uit schending van artikel 2, 3, 4, 5 en/of 8 EVRM (lichamelijke en geestelijke integriteit).¹⁶⁵⁵
- Merk het eerste compartiment, te weten artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit) EVRM, aan als bepalingen van het EVRM die zo fundamenteel zijn dat daaraan steeds ambtshalve moet worden getoetst.¹⁶⁵⁶

¹⁶⁵² Hoofdstuk 3, § 4.5.

¹⁶⁵³ Hoofdstuk 3, § 3.3.2.6.

¹⁶⁵⁴ Hoofdstuk 2, § 2.2.2.

¹⁶⁵⁵ Hoofdstuk 2, § 5.4.4.4.

¹⁶⁵⁶ Hoofdstuk 3, § 2.9.

Samenvatting

Bij de toetreding tot het EVRM begin jaren vijftig van de vorige eeuw gingen de regering en het parlement ervan uit dat de Nederlandse rechtspraak geheel in overeenstemming was met het EVRM. Het verdrag zou in het Nederlandse recht geen verandering brengen. De mensenrechtelijke standaarden zouden reeds voldoende zijn gewaarborgd. Ook in 2011 werd dit positieve beeld door de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie uitgedragen. Inmiddels is gebleken dat dit beeld, in elk geval voor wat betreft de positieve verplichtingen, achterhaald is. Positieve verplichtingen hebben een impact op het nationale materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, waar het gaat om zowel wetgeving, als beleid en rechtspraak. Uit zaken als *X & Y/Nederland* en *M.C./Bulgarije* blijkt dat het Nederlandse strafrecht niet zonder meer Straatsburg-*proof* is (hoofdstuk 1, § 1). Dat roept uiteraard de vraag op of er nog meer (potentiële) strafrechtelijke implementatieproblemen zijn. Ook in het privaatrecht lijkt het EVRM steeds vaker en steeds dieper ‘binnen te dringen’. In civielrechtelijke uitspraken wordt bijvoorbeeld steeds vaker het EVRM als argument gebruikt bij het nemen van de beslissing.

Dit onderzoek heeft als doel om het Nederlandse materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht te toetsen aan de eisen die voortvloeien uit die positieve verplichtingen die op grond van de artikelen 2, 3, 4, 5, 8 en 1 Eerste Protocol (EP) EVRM zijn geformuleerd. De nationale bescherming mag niet zakken onder het minimumniveau van bescherming van de EVRM-rechten dat het EHRM in zijn rechtspraak aangeeft. Wanneer het minimumbeschermingsniveau van het EVRM niet wordt bereikt, is sprake van een implementatieprobleem. In dit onderzoek wordt beoordeeld of sprake is van dergelijke implementatieproblemen, alsook hoe die vervolgens binnen het materiële strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht kunnen worden opgelost.

Omdat de rechtspraak van het EHRM waarin positieve verplichtingen zijn geformuleerd vooral relevant is voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht is ervoor gekozen om het onderzoek daartoe te beperken. Daarbuiten zijn slechts eisen op systeemniveau vastgesteld.

In hoofdstuk 2 zijn de positieve verplichtingen op basis van de artikelen 2, 3, 4, 5, 8 en 1 Eerste Protocol (EP) EVRM beschreven. Zij vormen tezamen het toetsingskader waaraan het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht worden getoetst. De kern daarvan is dat het EHRM staten verplicht om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om de bescherming van EVRM-rechten te verzekeren. De invulling van de positieve verplichtingen verschilt naar gelang de aard van het aangetaste mensenrecht en de aard en ernst van de inbreuk. Dat is op verschillende plaatsen terug te zien. De ‘nature’ en ‘extent’ van positieve verplichtingen is bovendien sterk contextueel bepaald. De reikwijdte van de positieve verplichtingen verschilt voorts al naar gelang van de betrokkenheid van de overheid bij de gewraakte activiteit.

Wanneer iets nader wordt ingezoomd op de positieve verplichtingen blijkt allereerst dat waar het om de opzettelijke schending van kernrechten (art. 2, 3, 4 en 5 EVRM) gaat, strafbaarstellingen voorhanden moeten zijn ter afschrikking van potentiële mensenrechtenschenders. Onder dit regime zijn ook bepaalde niet-opzettelijke schendingen van genoemde artikelen en opzettelijke schendingen van het door artikel 8 EVRM beschermde recht op fysieke en geestelijke integriteit geschaard. Bij andere niet-opzettelijke schendingen en schendingen van rechten die minder zwaarwegende belangen beschermen (art. 8 en 1 EP EVRM) heeft de Staat een grotere ‘margin of appreciation’. In dat geval is

strafbaarstelling niet vereist. Als het strafrecht niet wordt ingezet, dan moet echter wel ten minste het civiele recht of het bestuursrecht worden ingezet.

Om EVRM-rechten effectief te beschermen, kan niet worden volstaan met louter strafbaarstellingen. De strafrechtelijke wetgeving dient daadwerkelijk te worden gehandhaafd. Dat betekent dat strafbare feiten voorkomen en (waar mogelijk) beëindigd dienen te worden, onder andere door de inzet van strafvorderlijke instrumenten. Daarnaast moeten overtredingen van (op het EVRM geënte) strafbaarstellingen ook adequaat worden opgespoord wanneer het kwaad is geschied. Zodra er bij de autoriteiten kennis is van (potentieel) strafwaardig gedrag moet een onderzoek worden gestart. Dat onderzoek moet aan bepaalde eisen voldoen, te weten een adequaat onderzoek, dat grondig en zorgvuldig is, en leidt tot directe actie en waarheidsvinding (hoofdstuk 2, § 5.5.4). Het regime op grond van artikel 2, 3, 4, 5 en 8 EVRM wijkt daarbij af van het regime dat op grond van artikel 1 EP EVRM geldt. Op grond van artikel 1 EP EVRM is slechts bij flagrante en ernstige onvolkomenheden in het onderzoek sprake van een schending van de onderzoeksverplichting (hoofdstuk 2, § 9.5). Naast de opsporing heeft het EHRM zich ook over de vervolging uitgelaten. Indien gepast en (feitelijk en juridisch) mogelijk, moet een strafrechtelijke vervolging worden gestart tegen die verantwoordelijken die binnen het bereik van de strafwet vallen.

Het EHRM blijkt beperkt toezicht te houden op de sancties en remedies die door de staten op EVRM schendingen worden gesteld. Ten aanzien van het strafrecht heeft het EHRM bepaald dat het moet gaan om afschrikkende straffen. Waar het strafrecht niet wordt ingezet, moet compensatie het uitgangspunt zijn binnen de ‘range of possible remedies’. Bij schending van artikel 2 en/of 3 EVRM en in een enkel geval artikel 8 EVRM moeten direct getroffen en/of naasten en nabestaanden aanspraak kunnen maken op vergoeding van (immateriële) schade.

Uit het onderzoek is verder naar voren gekomen dat in de rechtspraak van het EHRM een onderscheid gemaakt kan worden tussen een tweetal compartimenten. Het eerste compartiment dekt zaken die onder het toepassingsbereik van artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (waar het gaat om lichamelijke en geestelijke integriteit) EVRM vallen. In dit compartiment zijn ook aantastingen van de door artikel 8 EVRM beschermde belangen als gevolg van risicovolle activiteiten geplaagd. In genoemde gevallen worden door het EHRM verdergaande eisen aan het wettelijk en bestuurlijk kader gesteld. Waar het om risicovolle activiteiten gaat, dient bijvoorbeeld te worden voorzien in regelgeving met betrekking tot de vergunningverlening voor, de start van, de werking van, de veiligheid van en het toezicht op de activiteiten. Ook moeten de relevante actoren worden verplicht om (feitelijke) maatregelen te nemen ter bescherming van burgers. De verplichting om feitelijke maatregelen te nemen, wordt door het EHRM binnen dit compartiment aangenomen indien de autoriteiten kennis hebben of hadden behoren te hebben van een reëel en onmiddellijk risico voor een identificeerbare persoon of groep personen (het zogenaamde Osman-criterium). Zij dienen dan maatregelen te nemen die binnen het bereik van hun macht liggen en die naar redelijke verwachting tot afwending van het risico zullen leiden

In het tweede compartiment (artikel 8 en 1 EP EVRM) wordt een marginalere toets gehanteerd. Het komt daar aan op de vraag of de bevoegde autoriteit een ‘fair balance’ heeft getroffen tussen de betrokken individuele belangen enerzijds en de maatschappelijke belangen anderzijds. Bij deze beoordeling wordt onder meer gekeken naar de aan- of afwezigheid van een wettelijk en bestuurlijk kader en of feitelijke maatregelen zijn genomen. Een dergelijke toets wordt bijvoorbeeld in zaken onder artikel 8 EVRM over luchtvervuiling en hinder uitgevoerd.

In hoofdstuk 3 is vervolgens beschreven hoe de rechtspraak van het EHRM waarin positieve verplichtingen zijn aangenomen, doorwerkt in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Allereerst valt op dat dat het EVRM zelfstandig als rechtsgrond kan worden ingeroepen. Daarnaast leent het systeem van artikel 6:162 BW zich vanwege zijn open karakter uitstekend om EVRM-rechten in te bedden en te verzekeren. Datzelfde geldt ten aanzien van het schadevergoedingsrecht, zoals geregeld in artikel 6:95 BW e.v. Vermogensschade komt op grond van deze bepalingen voor vergoeding in aanmerking. Ook kan de rechter op grond van artikel 6:106 lid 1 BW een vergoeding toewijzen voor ander nadeel dan vermogensschade (immateriële schade). Waar dat voorheen nog niet mogelijk was, is het voor nabestaanden vanaf 1 januari 2019 mogelijk om een vergoeding voor affectieschade te verkrijgen (art. 6:107-108 BW). Daarmee is een belangrijk implementatieprobleem verholpen, nu uit de rechtspraak van het EHRM verplichtingen tot het betalen van affectieschade kunnen worden afgeleid. Heel veel gaat dus goed, als het om het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht gaat.

Er is één (potentieel) hiaat geconstateerd op wetgevingsvlak. Andere nabestaanden dan bloed- of aanverwanten kunnen op grond van artikel 6:108 BW alleen aanspraak maken op vergoeding van gedeerd levensonderhoud wanneer met elkaar werd samengeleefd. Als gevolg daarvan vallen buiten de kring van gerechtigden de gescheiden echtgenoten, gewezen geregistreerde partners en buitenechtelijke relaties, ook al werd er voor het overlijden financiële ondersteuning geboden en was er sprake van afhankelijkheid. Het EHRM vereist hier dat nabestaanden die afhankelijk waren van de financiële inbreng door de overledene schadevergoeding wegens gedeerd levensonderhoud kunnen verkrijgen en stelt niet de eis dat zij met de overledene hebben samengeleefd. Betoogd kan worden dat de beperking van de kring van gerechtigden in artikel 6:108 BW aan de effectiviteit van de nationale remedie in de weg staat. In het licht van de beschreven rechtspraak van het EHRM is betoogd dat een heroverweging door de wetgever wenselijk is. Daarbij heb ik voorgesteld om qua formulering dicht op de benadering van het EHRM te gaan zitten.

Om de mensenrechten te kunnen effectueren, dient er een effectieve toegang te zijn tot de rechter. De leer van de formele rechtskracht kan hieraan in de weg staan. Als gevolg van deze leer kan de burgerlijke rechter niet meer in de rechtmatigheid van een besluit treden wanneer geen gebruik is gemaakt van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen of het rechtsmiddel niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid. Dit kan erin resulteren dat bepaalde onderdelen van de bestuursrechtelijke besluitvorming buiten het bereik van de toetsing door de civiele rechter vallen, terwijl zij op grond van het EVRM wel moeten kunnen worden getoetst om vast te stellen of de Staat voldoende beschermingsmaatregelen heeft genomen. In hoofdstuk 3, paragraaf 2.2, zijn mogelijkheden beschreven om de doorwerking van positieve verplichtingen (alsnog) mogelijk te maken. Dat kan allereerst door een met het EVRM strijdige wettelijke bepaling onverbindend te verklaren. Daarnaast is het mogelijk om gebruik te maken van de uitzondering die in *Aardbevingsschade Groningen* lijkt te zijn toegevoegd aan het bestaande pallet aan uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht. Die uitzondering houdt in dat, voor zover een vordering van een derde erop is gebaseerd dat bij het nemen van het betrokken (instemmings)besluit wezenlijke risico's op schade aan personen of zaken (voor lief) (blijken te) zijn genomen, hem niet kan worden tegengeworpen dat hij destijds geen beroep heeft ingesteld tegen dat besluit.

Wanneer de toegang tot de rechter is verzekerd, komt het bij alle genoemde (wettelijke) mogelijkheden (wel) aan op wat de rechter daar uiteindelijk mee doet. De rechter kan ervoor kiezen om bepalingen van nationaal recht toe te passen. Steeds vaker wordt door rechters expliciet aan het EVRM getoetst. Dat is toe te juichen omdat er op die manier minder kans is dat de EVRM-rechten buiten beschouwing worden gelaten. Het dwingt hen om bewust te zijn van risico's en daarop te anticiperen.

Desalniettemin ligt voor rechters een scala aan (potentiële) valkuilen op de loer. Allereerst is het van groot belang dat rechters de juiste maatstaf hanteren. Daarbij kan het zowel om een nationaalrechtelijke maatstaf als om een aan het EVRM ontleende maatstaf gaan. Ook als de juiste maatstaf wordt gehanteerd, is het nog steeds niet uitgesloten dat er sprake is van een schending. De specifieke wijze waarop in concreto de toetsing wordt uitgevoerd is daarvoor cruciaal. Er dient bijvoorbeeld gewaakt te worden voor een (te) stringente uitleg van de voorwaarden voor aansprakelijkheid.

In het verlengde van een expliciete toetsing aan het EVRM heb ik betoogd dat ambtshalve toepassing van het EVRM onder omstandigheden aangewezen is. Dit ondersteunt de effectivering van materiële positieve verplichtingen. Ambtshalve toetsing houdt in dat de rechter het EVRM ook toepast en/of beoordeelt of het toepasselijke recht in overeenstemming is met de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen, als de procespartijen daar niet om hebben gevraagd. Ik heb betoogd dat de rechter deze verantwoordelijkheid moet nemen waar het om het hiervoor genoemde eerste compartiment gaat, te weten artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit) EVRM.

Of het Nederlandse materiële strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht voldoet aan de eisen die voortvloeien uit de positieve verplichtingen, komt in hoofdstuk 4 aan de orde. Conform de verwachting verschilt de doorwerking van het EVRM op het materiële strafrecht erg per deelonderwerp. Het betreft hier dan ook geen homogeen thema dat zich leent voor een algemene bespreking. Mede om die reden is gekozen om op het vlak van de strafwetgeving een drietal casestudies te verrichten. Zij zien op de strafbaarstellingen inzake moderne slavernij, zedendelicten en levensdelicten. Deze strafbaarstellingen lijken te voldoen aan de eisen die het EHRM stelt. Zij zijn (potentieel) voldoende toegerust om de gevraagde strafrechtelijke bescherming te bieden. Dat viel ook te verwachten omdat de wezenlijke noodzaak tot de inzet van het strafrecht evident is in de onderzochte cases. Dit volgt uit de statenpraktijk en uit hetgeen op grond van internationale verdragen wordt verlangd. Alleen wanneer sprake is van een ‘common ground’, laat het EHRM zich uit over de specifieke inhoud van de normen. Als geen sprake is van ‘common ground’, kiest het EHRM ervoor om ruimte te bieden aan de tradities en praktijken van de verschillende Staten. Uitspraken van het EHRM moeten dus niet als sluitstuk worden beschouwd.

Met strafbaarstellingen kan alleen voldoende rechtsbescherming worden geboden wanneer de rechter er in de praktijk voor zorgt dat de uitkomst van de rechterlijke toetsing ook EVRM-conform is. Dat betekent allereerst dat er daadwerkelijk toegang tot een rechter moet zijn om het EVRM-recht geldend te maken. Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat het op dit vlak mis kan gaan. De strafrechtelijke immuniteit van (de)centrale overheden kan tot een vanuit EVRM-oogpunt bezien onaanvaardbaar resultaat leiden. Deze immuniteit kan ertoe leiden dat slachtoffers geen effectief rechtsmiddel ter beschikking staat. Dat is in mijn ogen problematisch waar het om ernstige mensenrechtenschendingen gaat. Dit implementatieprobleem kan worden ondervangen door in de rechtspraak waar nodig een uitzondering op de immuniteitsregel te maken. In dat geval dient de huidige jurisprudentiële regel (die van immuniteit uitgaat) buiten toepassing te blijven. Ik heb daartoe voorgesteld om een clausule aan het leerstuk van immuniteit van de overheid toe te voegen voor die situaties waarin op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot het initiëren van een strafprocedure wanneer niet adequaat is opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico op een dodelijk slachtoffer.

Een tweede implementatieprobleem doet zich voor bij de interpretatie van het in de term ‘dwingt’ ingeblikte vereiste van de onvermijdbaarheid in de strafbaarstelling van verkrachting. Bij de onvermijdbaarheid gaat het erom of sprake is van handelingen waaraan het slachtoffer zich naar

redelijke verwachting niet heeft kunnen onttrekken. In de situatie waarin het slachtoffer in staat van ‘frozen fright’ is gebleven, kan de afwezigheid van verzet *de facto* een barrière tegen het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid opwerpen. Dat is problematisch omdat op grond van de rechtspraak van het EHRM juist de non-consensualiteit centraal dient te staan. Aan dit implementatieprobleem lijkt overigens een einde aan te gaan komen, nu de regering met het wetsvoorstel seksuele misdrijven wil voorzien in een strafbaarstelling van ongewilde seks die tevens non-consensuele verkrachting omvat (art. 239 Sr (nieuw)).

Het beschreven implementatieprobleem wordt pijnlijk duidelijk waar het om kinderen en andere kwetsbare personen gaat. In die gevallen verlangt het EHRM namelijk ook nog eens dat een ‘child-sensitive approach’ wordt gehanteerd. Het vereiste van (opzet op de) onvermijdbaarheid brengt – ook bij kinderen en andere kwetsbaren – het risico met zich dat in situaties waarin het slachtoffer in staat van ‘frozen fright’ is gebleven, in verband met bewijsproblemen bepaalde vormen van verkrachting of andere niet-consensuele seksuele gedragingen onbestraft blijven. Het gevaar bestaat dat er in de praktijk een te grote nadruk wordt gelegd op de aan- of afwezigheid van fysiek verzet aan de kant van het slachtoffer. Aan deze (potentiële) probleempunten kan nog een derde pijnpunt worden toegevoegd. Het vereiste dat sprake dient te zijn van *beseft*e onvrijwilligheid doet bij kinderen en andere kwetsbaren de vraag rijzen in hoeverre zij zich daadwerkelijk bewust (kunnen) zijn van dwang bij seksueel binnendringen of andere ontuchtige handelingen. Ik vind dat Nederland hier in de gevarezone komt. Er is een aantal nationale uitspraken beschreven waarin het nog maar de vraag is of de redenering van de rechter door de EVRM-rechterlijke beugel kan.

Strafbaarstellingen (en interpretaties daarvan) moeten in de praktijk ook geëffectueerd (kunnen) worden. De minimumvereisten die het EHRM in zijn rechtspraak aan strafrechtelijk onderzoek en vervolging stelt, komen over als ‘open deuren’. Die eisen zijn kort gezegd dat het onderzoek adequaat, grondig en zorgvuldig en waar nodig context gevoelig moet zijn, en dat de vervolging effectief moet zijn. Door het abstracte karakter van de toetsing van het EHRM levert de vergelijking met het Nederlandse recht dan ook niet veel op. Zodra het gaat om ernstige strafbare feiten wordt een Team Grootschalige Opsporing (TGO) samengesteld. In dat geval gaan alle registers open. De officier van justitie zal op zijn beurt indien mogelijk tot vervolging overgaan omdat voor de aanpak van de gedragingen waarvoor op grond van het EVRM strafbaarstellingen zijn vereist, landelijke prioriteiten zijn gesteld. Gedragingen die op grond van het EVRM strafbaar dienen te zijn, worden aangemerkt als High Impact Crime (HIC) of ondermijnende criminaliteit. Hoewel het beleid er niet op is gericht om te voldoen aan het EVRM, is dat wel de ‘bijvangst’.

Naast de verankering van EVRM-rechten op beleidsniveau, moet uiteraard ook in de praktijk worden voldaan aan de eisen die het EHRM stelt. In het onderzoek zijn geen indicaties naar voren gekomen dat in de praktijk onvoldoende strafrechtelijke bescherming wordt geboden doordat opsporingsinstanties steken laten vallen. Of dit een terechte conclusie is, kan alleen door middel van nader empirisch onderzoek worden vastgesteld. Wel is gebleken dat het voor de effectuering van EVRM-rechten van cruciaal belang is dat het Openbaar Ministerie zijn sleutelrol niet veronachtzaamt. De officier van justitie dient zaken dusdanig ‘aan te kleden’ dat de rechter in de praktijk vanuit het EVRM bezien effectieve bescherming kan bieden.

Het EHRM houdt (zeer) beperkt ‘toezicht’ op de straffen die worden opgelegd voor EVRM-schendingen. Het EHRM bepaalt ten aanzien van het strafrecht dat het moet gaan om afschrikkende straffen. Meer op detailniveau blijkt dat er weinig sturende aanwijzingen worden gegeven om te bepalen

wanneer daarvan sprake is. En als ze er al zijn, is het gelet op de casuïstische benadering van het EHRM erg moeilijk om een vergelijking te maken.

Op basis van deze analyses heb ik in hoofdstuk 5 enkele aanbevelingen gedaan. De belangrijkste worden hieronder weergegeven.

I Wetgever

- Hervorm artikel 6:108 BW zodanig dat het mogelijk is om de niet met de overledene samenwonende (niet zijnde een bloed- en/of aanverwant) een vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud toe te kennen wanneer deze persoon ten tijde van de gebeurtenis dusdanig afhankelijk was van de financiële inbreng door de overledene dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij als naaste wordt aangemerkt.

II Uitvoerende macht (Openbaar Ministerie)

- Wees opmerkzaam bij de selectie van de feiten en delicten die ten laste worden gelegd; leg in elk geval het grondfeit ten laste waar dat kan worden gekwalificeerd als mensenrechtenschending.

III Rechter

- Maak een scherper onderscheid in de hiervoor omschreven compartimenten.
- Voeg aan het leerstuk van immuniteit van de overheid (ten minste) een clause toe voor die situaties waarin op onaanvaardbare wijze afbreuk wordt gedaan aan de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting tot het initiëren van een strafprocedure wanneer niet adequaat is opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico op een dodelijk slachtoffer om zo de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van overheden niet uit te sluiten.
- Hanteer een contextgevoelige interpretatie van zedendelicten die op grond van het EVRM strafbaar moeten zijn gesteld waar het om kinderen en/of andere kwetsbare personen gaat.
- Maak gebruik van de in *Aardbevingsschade Groningen* geïntroduceerde wegen om de leer van de formele rechtskracht te omzeilen voor die gevallen waarin de effectuering van EVRM-rechten door het invoeren van deze leer (potentieel) wordt verhinderd.
- Maak – conform de ruimte die het *EBI*-arrest biedt – gebruik van de ‘route’ van de persoonsaantasting ‘op andere wijze’ in de zin van artikel 6:106 sub b BW om een vergoeding toe te kennen voor angstschade, (ernstig) leed, verdriet of spanningen voor direct getroffen personen die voortvloeit uit schending van artikel 2, 3, 4, 5 en/of 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit) EVRM.
- Merk het eerste compartiment, te weten artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit) EVRM, aan als bepalingen van het EVRM die zo fundamenteel zijn dat daaraan steeds ambtshalve moet worden getoetst.

Summary

When acceding to the European Convention on Human Rights (ECHR) in the early 1950s, the Dutch government and parliament assumed Dutch legal practice to be entirely in accordance with the ECHR. It was consequently believed that the Convention would not result in any change in Dutch law, with standards of human rights already being sufficiently safeguarded. In 2011, too, the then Minister of Security and Justice continued in this positive portrayal of the situation. Since then, however, it has become clear that this portrayal is no longer accurate, at least not as far as the positive obligations are concerned. Positive obligations have an impact on national substantive criminal law and private liability law from a perspective of legislation, policy and the administration of justice. As cases such as *X & Y v. Netherlands* and *M.C. v. Bulgaria* show, Dutch criminal law can no longer automatically be regarded as Strasbourg-proof (chapter 1, § 1). This obviously raises the question of whether other criminal law implementation problems (or potential problems) exist. The ECHR seems increasingly often, and to an increasing degree, to have implications for private law, too. This can be seen, for example, in the increasing numbers of judgments in private law that invoke the ECHR as grounds for a decision.

The aim of this research is to assess Dutch substantive criminal law and private liability law against the requirements arising from the positive obligations set down in Articles 2, 3, 4, 5, 8 and 1 Protocol No. 1 ECHR. The protection provided in national law must not fall below the minimum level of protection that the European Court of Human Rights (ECtHR) provides for ECHR rights in its case law. Failure to ensure this minimum level of protection signifies an implementation problem. This research assesses whether such an implementation problem exists and how any such problem can then be resolved in substantive criminal law and private liability law.

As the ECtHR case law in which positive obligations are set out is primarily relevant for government liability law, it was decided to limit the research to this sphere. The only requirements established outside that sphere are at a system level.

Chapter 2 describes the positive obligations pursuant to Articles 2, 3, 4, 5, 8 and 1 Protocol No. 1 ECHR. Together these provisions form the framework for assessing government liability in private law and substantive criminal law. At the heart of this framework is the requirement that the ECtHR imposes on states to take all measures necessary to ensure the protection of ECHR rights. How these positive obligations are translated into practice varies, depending on the nature of the human right affected and the extent of the infringement. This is reflected in various places, while the ‘nature’ and ‘extent’ of positive obligations are also very much contextually determined. The scope of the positive obligations also varies, depending on the government’s involvement in the contested activity.

Zooming in on the positive obligations in more detail highlights that in cases involving intentional violations of fundamental human rights (Articles 2, 3, 4 and 5 ECHR), criminalisation must be available to deter potential violators of human rights. This regime also encompasses certain non-intentional violations of the said Articles and intentional violations of the right to respect for physical and psychological integrity as provided for in Article 8 ECHR. In the case of other non-intentional violations and violations of rights protecting interests of a less serious nature (Articles 8 and 1 Protocol No. 1 ECHR), the state has a greater margin of appreciation. In these cases, criminalisation is not required. If, however, no recourse is sought to criminal law, recourse must at least be sought to private or administrative law.

Simply declaring an act to be criminalised is not sufficient to ensure effective protection of ECHR rights. The criminal law legislation also has to be enforced. This means that offences in criminal law should be prevented and, where possible, ended by, for example, the deploying of instruments provided for in this field of law. In addition, sufficient efforts must be undertaken to detect offences in criminal law (grafted on by the ECHR) after they have been committed. In other words, an investigation has to be started as soon as authorities become aware of actual (or potential) criminal behaviour. That investigation has to meet certain requirements, and specifically the requirement to investigate sufficiently thoroughly and carefully, and has to result in direct action and fact-finding to establish the truth (chapter 2, § 5.5.4). The regime provided for in Articles 2, 3, 4, 5 and 8 ECHR differs from that provided for under Article 1 Protocol No. 1 ECHR. Under the latter Article, the duty to investigate is regarded as being violated only in the event of flagrant and serious deficiencies (chapter 2, § 9.5) In addition to ruling on investigations, the ECtHR has made known its views on prosecution. If appropriate and possible (*de facto* and *de jure*), criminal prosecution must be instigated against those alleged to be responsible and falling within the scope of criminal law.

The ECtHR has been found to perform limited supervision of sanctions and remedies imposed by states following violations of the ECHR. With regard to criminal law, the ECtHR has ruled that punishments should have a deterrent effect. If recourse is not sought to criminal law, the aim should be to achieve compensation within the ‘range of possible remedies’. In the event of violations of Articles 2 or 3 ECHR, and occasionally in the event of violations of Article 8 ECHR, those directly affected and/or their immediate relatives, next-of-kin and surviving dependants must be entitled to claim compensation for damage (including for immaterial damage).

The research also found that a distinction can be made in ECtHR case law between two types of cases. The first type of cases are those falling within the scope of Articles 2, 3, 4, 5 and 8 ECHR (and entailing respect for physical and psychological integrity). This group also covers interference with interests protected by Article 8 ECHR as a result of being high-risk activities. In such cases the ECtHR imposes extensive requirements on the statutory and administrative framework. In the case of high-risk activities, regulations must, for example, be in place for granting licences for the activities, as well as regulations governing the start, functioning, safety and supervision of the activities. The relevant actors must also be obliged to take factual measures to protect citizens. This obligation to take factual measures is assumed by the ECtHR in respect of these types of cases if the authorities are or should have been aware of a real and immediate risk to an identifiable person or group of persons (the ‘Osman criteria’). The authorities should then take measures within the scope of their powers and that can reasonably be expected to avert the risk.

In the second type of cases (Articles 8 and 1 Protocol No. 1 ECHR), a more marginal test is applied. What then matters is whether the competent authority has achieved a ‘fair balance’ between the individual interests at stake, on the one hand, and the societal interests at stake, on the other hand. The factors taken into account when assessing this question include the presence or absence of a statutory and administrative framework and whether factual measures have been taken. An assessment such as this is performed in, for example, cases concerning air pollution and nuisance under Article 8 ECHR.

Chapter 3 discusses the implications that ECtHR case law in which positive obligations are assumed has for private liability cases. A first noteworthy point is that the ECHR can be independently invoked as a legal basis. In addition, the open nature of the system provided for in Article 162, Book 6, of the

Dutch Civil Code (DCC) means that this system is excellently suited for embedding and safeguarding ECHR rights. The same applies in respect of the right to compensation as provided for in Article 95 *et seq.*, Book 6, DCC. Under these provisions, damage to property is eligible for compensation, while, under Article 106(1), Book 6, DCC, courts can also award compensation for damage other than to property (i.e. immaterial damage). And whereas it was not previously possible to claim damage for emotional loss or damage, since 1 January 2019 it has been possible for surviving dependants to claim such compensation under Articles 107-108, Book 6, DCC. In this way, another important implementation problem has been resolved, given that the right to claim compensation for emotional loss or damage can now be derived from ECtHR case law. In many ways, therefore, things are going well regarding government liability in private law.

However, one shortcoming (or potential shortcoming) has been identified in the legislation. Surviving dependants other than those related by blood or marriage are entitled, under Article 108, Book 6, DCC, to claim compensation for loss of financial support, but only if they were cohabiting with the deceased. Consequently, those entitled to claim such compensation exclude divorced spouses, former registered partners and individuals in extra-marital relationships, even if financial support was provided before the person's death and the relationship entailed dependency. The ECtHR, by contrast, requires surviving dependants who relied on financial support provided by the deceased to be able to claim compensation for loss of financial support and does not require those surviving dependants to have been cohabiting with the deceased. It can be argued that restricting those entitled to claim such compensation under Article 108, Book 6, DCC impedes the effectiveness of the remedy in national law. In view of the ECtHR case law discussed, it is argued that the legislator would be advised to review this aspect of national law. I have therefore proposed wording that approximates that used by the ECtHR.

Effective access to the courts is vital if human rights are to be exercised. However, the doctrine of formal legal effect can obstruct such access. As a result of this doctrine, Dutch civil courts can no longer assess the legitimacy of a decision if no administrative legal remedies were used or the legal remedy did not result in the decision being overturned. This can lead to certain aspects of decision-making in administrative law falling outside the scope of testing by the civil court, even though the ECHR requires these aspects to be able to be assessed in order to establish whether the state has put sufficient protective measures in place. Chapter 3, § 2.2, describes various possible ways in which the positive obligations can (still) be given effect. This can firstly be done by declaring a statutory provision in conflict with the ECHR to have no binding effect. Use can also be made of the exception that seems to have been added to the doctrine of formal legal effect in the case involving earthquake damage in the Dutch province of Groningen (*Aardbevingsschade Groningen*). The effect of this exception is that insofar as a claim by a third party is based on material risks of damage to persons and property being taken for granted (or apparently taken for granted) when the relevant approval decision was taken, that third party cannot be reproached for not having appealed against that decision at the time.

Once access to the court is assured, what matters in respect of all the above statutory possibilities is how the court ultimately deals with them. The court can simply opt to apply the provisions in national law. These days, however, courts are increasingly often explicitly assessing provisions against the ECHR. This is certainly a welcome development, given that it reduces the likelihood of ECHR rights being disregarded. It also forces courts to be aware of and to anticipate the risks of this. Nevertheless, courts can still face quite some pitfalls (or potential pitfalls) along the way. Firstly, it is very important for courts to apply the correct standards, irrespective of whether these standards are set in national law or derived from the ECHR. But even if the correct standards are applied, the possibility of a violation

still cannot be excluded. The specific way in which the assessment is performed in practice is crucial in this respect. Due care needs to be taken, for example, to avoid interpreting the conditions for liability too stringently.

Following on from explicit assessment against the ECHR I argue that assessment of the ECHR *ex officio* is appropriate in certain circumstances. This will provide support for putting substantive positive obligations into effect. Assessment *ex officio* means that the court applies and/or assesses the applicable law in accordance with the obligations arising from the ECHR, even if the parties in the case have not requested this. I argue that the court has to accept this responsibility in respect of the first type of cases, being those covered by Articles 2, 3, 4, 5 and 8 ECHR (respect for physical and psychological integrity).

Chapter 4 examines the question of whether Dutch substantive criminal liability law complies with the requirements arising from the positive obligations in the ECHR. The ECHR's effect on substantive criminal law varies substantially from one area to another. This is hardly surprising, given that this is not a homogenous field easily lending itself to a general discussion. This was one of the reasons why, in the case of criminal law legislation, I opted to examine three case studies involving modern slavery, sex crimes and homicide, respectively. The ways in which these activities are criminalised would seem to meet the requirements set by the ECtHR in that they are sufficiently equipped (at least potentially) to provide the protection required in criminal law. This is also to be expected, given that the need to invoke criminal law is evident in the cases examined. This follows from state practice and the requirements arising under international treaties. It is only in the event of common ground that the ECtHR expresses itself on the specific contents of the norms. If no common ground exists, the ECtHR has chosen to allow scope for the traditions and practices of the various states. In other words, ECtHR judgments should not be regarded as the final link in the chain.

Criminalisation offers sufficient legal protection only if, in practice, the court ensures that the outcome of the judicial assessment is in accordance with the ECHR. This means, firstly, that access to a court must be possible in order to allow rights under the ECHR to be exercised. The research found, however, that this cannot always be assumed. Immunity from criminal prosecution for central and decentralised government authorities can produce unacceptable outcomes from an ECHR perspective and result in victims having no access to any effective legal remedies. I regard this as problematic in cases involving serious violations of human rights. This particular implementation problem can be resolved by allowing an exception, where necessary, to the immunity rule. In that case, the current rule from case law (which assumes immunity) would have to be declared inapplicable. To this effect, I have proposed adding a stipulation to the doctrine of government immunity for those situations in which the positive obligation, arising under Article 2 ECHR, to initiate criminal proceedings is unacceptably compromised because of inadequate action being taken in the face of a (known) serious risk of a fatality.

A second implementation problem arises in the interpreting of the requirement, embedded in the term '*dwingt*' [compels], for unavailability in the manner in which rape has been criminalised. The crucial element in this unavailability is that it requires actions to have been committed that the victim could not reasonably have been expected to be able to avoid. Where, therefore, a victim remains in a state of 'frozen fright', the absence of resistance can *de facto* constitute an obstacle preventing criminal liability from being assumed. This is problematic, given that ECtHR case law specifically requires the focus to be on non-consensuality. This implementation problem would seem, however, to be nearing

resolution, given that the government wants the sexual offences bill to include criminalisation of unwanted sex, also extending to non-consensual rape (Article 239, Dutch Penal Code (new)).

The implementation problem as described becomes painfully clear in cases involving children and other vulnerable people, given that the ECtHR requires these cases also to adopt a ‘child-sensitive approach’. The requirement for unavailability (or intended unavailability) entails the risk – also for children and other vulnerable people – that, owing to the difficulty of providing evidence, certain forms of rape or other non-consensual sexual acts will go unpunished in situations involving victims in a state of ‘frozen fright’. There is a danger, in practice, of too much emphasis being placed on whether or not the victim physically resisted. These problematic (or potentially problematic) issues also give rise to a third aspect of concern. The requirement for an *awareness* of involuntariness in cases involving children or other vulnerable people prompts the question as to what extent such individuals are or can really be aware of compulsion in the event of sexual penetration or other indecent acts. I find the Netherlands to be in the danger zone in this respect. The research discusses various rulings in national law in which the issue of whether the reasoning applied by the court was compliant with the ECHR is very much open to question.

Criminalisation (and how this is interpreted) also has to be (and be able to be) put into practice. The minimum requirements for criminal law investigations and prosecution that have been set in ECtHR case law would simply seem to state the obvious. Put briefly, these require investigations to be adequate, thorough and careful and, where necessary, context-sensitive, and prosecution to be effective. The abstract nature of the assessment performed by the ECtHR means comparison with Dutch law is not particularly productive. As soon as a criminal offence is considered sufficiently serious, a large-scale investigation team (*Team Grootschalige Opsporing*, or *TGO*) is set up. That gets all guns blazing. Wherever possible, the public prosecutor, in turn, will proceed to initiate a prosecution because national priorities have been set for dealing with behaviour required by the ECHR to be criminalised. Behaviour required by the ECHR to be criminalised is labelled as ‘High Impact Crime’ (HIC) or criminality with an undermining impact. Although Dutch government policy is not focused on complying with the ECHR, this latter labelling can be regarded as ‘by-catch’.

As well as embedding ECHR rights at a policy level, it is obviously also vital to comply in practice with the requirements set by the ECtHR. The research found no indications to suggest that shortcomings on the part of investigating authorities result in criminal law providing insufficient protection in practice. Further empirical research will be needed to establish whether this conclusion is correct. It was found, however, that if ECHR rights are to be given effect, it is crucially important for the Public Prosecution Service not to neglect the key role that it plays in this process. The public prosecutor must therefore present cases in such a manner that, in practice, the court can offer effective protection from an ECHR perspective.

The ECtHR performs very limited ‘supervision’ of sentences imposed for violations of the ECHR. With regard to criminal law, the ECtHR has ruled that punishments should have a deterrent effect. At a more detailed level, however, little guidance was found to be given on determining when punishments are regarded as having a deterrent effect. And even if any such guidance is available, the casuistic approach adopted by the ECtHR makes comparison very difficult.

Based on these analyses I have made a series of recommendations in chapter 5, the most important of which are as follows:

I. Legislator

- Revise Article 108, Book 6, DCC to the effect that it becomes possible for surviving dependants not cohabiting with (and not related by blood or marriage to) the deceased to claim compensation for loss of financial support if, at the time of the event, the person was financially dependent on the deceased to such an extent that it is fair and reasonable for that person to be regarded as an immediate relative or next-of-kin.

II. Executive (Public Prosecution Service)

- Be aware of the facts and offences selected when charging a person; make sure in any event that anything qualifying as a human rights violation is included in the principal charge.

III. Judiciary

- Make a clearer distinction between the two types of offences referred to above.
- To avoid governments being excluded from responsibility in criminal law, add (at least) a stipulation to the doctrine of government immunity to cover those situations in which the positive obligation to initiate criminal proceedings, arising under Article 2 ECHR, is unacceptably compromised because of inadequate action being taken in the face of a (known) serious risk of a fatality.
- Apply a context-sensitive interpretation of vice that the ECHR requires to be criminalised in cases involving children and other vulnerable people.
- Use the routes introduced in the *Aardbevingsschade Groningen* case to circumvent the doctrine of formal legal effect in cases where invoking this doctrine can (or may potentially) obstruct the implementing of ECHR rights in practice.
- In accordance with the scope created by the judgment in *EBI*, use the route of ‘being harmed otherwise in person’, within the meaning of Article 106(1)(b), Book 6, DCC, to award compensation for emotional harm caused by fear, distress, suffering, grief or tension experienced by those directly affected and arising from violations of Articles 2, 3, 4, 5 or 8 ECHR (respect for physical and psychological integrity).
- Designate the first type of cases – being those covered by Articles 2, 3, 4, 5 and 8 ECHR (respect for physical and psychological integrity) – as provisions in the ECHR that are so fundamental that they must always be assessed *ex officio*.

Literatuur

Albers & Heinen 2008

C.L.G.F.H. Albers & P.C.M. Heinen, 'Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht. Over politiek wenselijke rechtspraak en een wetgever die verantwoordelijkheden op de burger afschuift', *Gst.* 2008/138, p. 669-683.

Albers & Heinen 2010

C.L.G.F.H. Albers & P.C.M. Heinen, 'Een (verkapte) civielrechtelijke immuniteit voor toezichts- en handhavingsfalen van overheidsorganen?', *Gst.* 2010/101, p. 501-510.

Alink & Wiarda 2010

M. Alink & J. Wiarda, 'Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel in het Nederlands strafrecht', in: *Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel* (Preadviezen 2010. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: BJu 2010, p. 175-256.

Alkema, NJ 2005/210

E.A. Alkema, annotatie bij EHRM 30 november 2004, 48939/99, NJ 2005/210 (*Öneryıldız/Turkije*).

Alkema, NJ 2009/470

E.A. Alkema, annotatie bij EHRM 2 december 2008, 2872/02, NJ 2009/470 (*K.U./Finland*).

Alkema 2015, NJ 2015/129

E.A. Alkema, annotatie bij EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10, NJ 2015/129 (*Vilnes e.a./Noorwegen*).

Asser 2018

W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018.

Asser/Hartkamp 3-I 2018

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2019.

Asser Procesrecht/Asser 3 2017

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2017.

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015

I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015

E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2017.

Asser/Sieburgh 6-IV 2019

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Backes & Van der Veen, AB 2020/24

Ch.W. Backes & G.A. van der Veen annotatie bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, AB 2020/24 (*Urgenda*).

Bakker 2020

P.S. Bakker, 'Tbs en Curaçao. Zon, zee en zorgplichten', *NJB* 2020/643, p. 691-698.

Barendrecht e.a. 2002

J.M. Barendrecht e.a., *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking. Nederlands recht, rechtsvergelijking en de aansprakelijkheid van particuliere informatieverstrekkers*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht* (Preadvies VAR), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Barkhuysen 2019

T. Barkhuysen, 'Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht', *NJB* 2019/2415, p. 2415.

Barkhuysen & Diepenhorst 2005

T. Barkhuysen & M. Diepenhorst, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 281-321.

Barkhuysen & Van Emmerik 2004

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor de Enschedese

Vuurwerkkramp', NTM/NJCM-bull. 2004, p. 698-722.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005a

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 1-102.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005b

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Öneriyildiz tegen Turkije?', *O&A* 2005, 47, p. 76-88.

Barkhuysen & Van Emmerik 2006

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *TMA* 2006, afl. 4, p. 130-142.

Barkhuysen & Van Emmerik 2010

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Ongebonden binding. Verwijzing naar soft law-standaarden in uitspraken van het EHRM', *NJCM-Bulletin* 2010, afl. 7, p. 827-835.

Barkhuysen & Onrust 2010

T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraktijk', in: M.N. Boeve e.a., *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010.

Barkhuysen e.a. 2018

T. Barkhuysen e.a., 'Right to a fair trial', in: P. van Dijk, e a. (red.) *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Intersentia. 497-654.

Bartels 2014

S.E. Bartels, 'De betekenis van art. 1 EP bij het EVRM voor het Nederlandse goederenrecht. Een nog-iets-te-ver-van-mijn-bedshow', in R. de Groot & T. Hartlief (red.), *Kritiek op recht. Liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit Maastricht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 13-21.

Bauw, in: GS Onrechtmatige daad VIII.6

E. Bauw, 'VIII.6 Milieuaansprakelijkheid', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer.

Beer 2006

J.M. Beer, 'Vergoeding van personenschade en het EVRM', *AA* 2006, afl. 4, p. 259-264.

Beijer 2010

A. Beijer, 'Mensenhandel met het oog op seksuele uitbuiting. De interpretatie van artikel 273f Sr', *DD* 2010, p. 986-1012.

Beijer 2017

M. Beijer, *Limits of Fundamental Rights Protection by the EU. The Scope for the Development of Positive Obligations*, Antwerpen: Intersentia 2017.

Bellekom e.a. 2007

Th. L. Bellekom e.a., *Compendium van het Staatsrecht*, Kluwer: Deventer 2007.

Besselink 1995

L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

Bloembergen 2000, NJ 2000/234

A.R. Bloembergen, annotatie bij HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1058, *NJ* 2000/234 (*De Haas/Waterschap De Dommel*).

Bok 1991

A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving. Een onderzoek naar de beoordeling door de rechter van verenigbaarheid van algemene regelingen met overige regels van het recht, in het kader van een exceptie van onverbindendheid, een actie ex artikel 140I BW wegens onrechtmatige wetgeving en een vernietigingsberoep bij de administratieve rechter* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

Bolt, in: GS Schadevergoeding

A.T. Bolt, 'art. 6:105 BW', in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer.

Bolt & Ceulen 2016

A.T. Bolt & E.P. Ceulen, 'Aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder', *Gst.* 2016/4.

Bolt & Spier 1996

A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1996-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Boom & Giesen 2001

W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1675-1685.

Boonekamp, in: GS Schadevergoeding

Boonekamp, 'art. 98', in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Bos e.a. 2020

K. van den Bos e.a., *Seksueel misbruik en aangiftebereidheid binnen de gemeenschap van Jehova's getuigen*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

Brems, EHRC 2009/24

E. Brems, annotatie bij EHRM 2 december 2008, 2872/02, EHRC 2009/24 (*K.U./Finland*).

Brouwer 1992

J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland. Een studie naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht in een historisch perspectief* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1992.

Brouwer & Schilder 2000

J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'De mythe van het ongewassen varken. Over onverbindend verklaren, buiten toepassing laten en buiten werking stellen', *NTB* 2000, afl. 6, p. 184-186.

Brunner 1981

C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *VR* 1981, p. 210-217 en 233-236.

Brunner, NJ 2002/91

C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337, *NJ* 2002/91 (*B/C.*).

Buruma, NJ 2010/598

Y. Buruma, annotatie bij: HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, *NJ* 2010/598 (*Chinese horeca*)

Van Buuren 1987

P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1987-I), p. 1-99.

Bydlinski 2011

F. Bydlinski, 'Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR', in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter 2011, p. 29-128.

Castermans 2016

A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik', *Ars Aequi* 2016, p. 34-40.

Cliteur 1989

P.B. Cliteur, 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing', *NJB* 1989, afl. 38, p. 1369-1375.

Cleiren, in: T&C Strafrecht

C.P.M. Cleiren, commentaar op artikel 309 Sr, in: *T&C Strafrecht*.

Collignon – Smit Sibinga 2010

A.F. Collignon-Smit Sibinga, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk. Een verslag van het jaarcongres van PEOPIL', *TVP* 2010, afl. 4, p. 103-106.

Corstens/Borgers & Kooijmans 2018

G.J.M. Corstens, M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2018.

Corstens & Kuiper 2013

G.J.M. Corstens & R. Kuiper, 'Positieve verplichten tot effectieve strafbaarstelling en de ernst van het feit als wegingsfactor bij de toepassing van art. 359a Sv', in: A. Dijkstra, B.F. Keulen & G. Knigge (red.), *Het roer recht* (Vellinga en Vellinga-Schootstra-bundel), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 57-66.

Crijns 2010

J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidnorm bij aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Van Dam, NJ 2008/529

C.C. van Dam, annotatie bij HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008/529 (*DNB/Vie d'Or*).

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Van Dam 2006

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid. Deel I: Algemeen Rapport*, Londen: 2006.

Van Dam 2013

C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Van Dam 2015

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht deel 1. Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Van Dam 2020

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Dauids 2005

W.J.M. Davids, De Europeanisering van het strafrecht (invloed van het EVRM). In het bijzonder ten aanzien van enkele algemene vraagstukken van materieel strafrecht, in: G.J.M. Corstens, M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *De Europeanisering van het Nederlands recht; opstellen aangeboden aan mr. W.E. Haak*, Deventer, Kluwer, 2004, p. 426-441.

Di Bella 2014

L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

Dierickx 2006

A. Dierickx, *Toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen: Intersentia 2016.

Van Dijk 2003

Chr. H. van Dijk, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars', *NTBR* 2003, p. 193.

Van Dijk 2016

C.H. van Dijk, 'Opwarming van de Aarde en de Kelderluikcriteria', *M en R* 2016/43.

Van Dongen & Giesen 2018

E.G.D. van Dongen & I. Giesen, 'Het Kelderluik-arrest: van niet zo revolutionair naar niet meer weg te denken', *RMThemis* 2018, 2, p. 67-78.

Dröge 2003

C. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin/Heidelberg: Springer 2003.

Emaus 2011

J.M. Emaus, 'Geen actie, reactie? Over de handhaving van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM', *Letsel & Schade* 2011, afl. 1, p. 28-40.

Emaus 2013

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Emaus 2019

J.M. Emaus, 'Subsidiariteit, preventie en voorzorg. Een verklaring van het arrest in de Klimaatzaak aan de hand van drie fundamentele beginselen in het recht onder het EVRM', *AV&S* 2019/11, p. 56-64.

Emaus & Rijnhout 2013

J.M. Emaus & R. Rijnhout, 'Naasten, fundamentele rechten en het Nederlandse limitatief en exclusief werkende artikel 6:108 BW: één probleem, twee perspectieven', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2013, afl. 4, p. 108-119.

Van Emmerik 1997

M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder het EVRM, vergeleken met die in Nederland* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.

Engelhard 2019

E.F.D. Engelhard, 'Ruimer baan voor smartengeld bij 'persoonsaantastingen op andere wijze' zonder dat sprake is van geestelijk letsel', *AV&S* 2019/37, p. 205-212.

Van Essen 2011

M.M. van Essen, *De vergoeding van immateriële schade die gelegen is in het letsel of verlies van een dierbare naaste vanuit nationaal, rechtsvergelijkend en Europees perspectief* (scriptie Amsterdam VU), 2011.

Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2014

C.E. Dettmeijer & L.B. Esser, 'Mensenhandel op een tweesprong. De omgang van rechters met de ruim geformuleerde mensenhandelgedraging in de delictomschrijving van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr,' *DD* 2014/48.

Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2015

L.E. Esser & C.E. Dettmeijer-Vermeulen, 'Van aardbeien en telefoonabonnementen', *Trema* 2015, p. 262-267.

Van Ettekoven e.a. 2018

B.J. van Ettekoven e.a., *Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling*, *O&A* 2018/23, p. 43-98.

Fedtke 2011

J. Fedtke, 'Protective purpose of the Rule', in: Fenyves e.a. (red), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter 2011, p. 539-566.

Fleuren 2004

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Fokkens, in: Wetboek van Strafrecht - Noyon, Langemeijer, Rammelink

J.W. Fokkens, commentaar op artikel 326-339 Sr, in: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht - Noyon, Langemeijer, Rammelink*, Deventer: Wolters Kluwer.

Forder 1992

C.J. Forder, 'Positieve verplichtingen in het kader van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden', *NJCM-Bulletin* 1992, afl. 6, p. 611-637.

Forder e.a., in: Sdu Commentaar EVRM

C.J. Forder e.a., Art. 8 - Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019.

Franken 2010

A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht - een verkenning', *AV&S* 2010, 25.

Franssen & Van Tilborg 2014

T.W. Franssen & D. van Tilborg, 'Wat niet weet, wat niet deert?', *O&A* 2014, afl. 4, p. 132-142.

Gerards 2006

J.H. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europees Hof van de Rechten van de Mens', *NJCM-Bulletin* 2006, afl.1, p. 93-122.

Gerards 2007

J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?' (Preadvis Staatsrechtconferentie 2007), in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 161-199.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerards 2015

J.H. Gerards, De EHRM-rechtspraak als richtsnoer. Een reality check aan de hand van de wetsvoorstellen over gedwongen zorg, *NTM* 2015, afl. 3, p. 296-315.

Gerards 2019

J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

Gerards & Fleuren 2013

J.H. Gerards & W.A. Fleuren, Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek (WODC-rapport), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2013.

Gerards & Senden 2009

J.H. Gerards & H. Senden, 'The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights', *International Journal of Constitutional Law* 2016, afl. 3, p. 619-653.

Giesen 2005a

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2005.

Giesen 2005b

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005.

Gijselaar 2016

E.C. Gijselaar, 'Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?', *NTM* 2016, afl. 2, p. 174-187.

Gijselaar & De Jong 2016

E.C. Gijselaar & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR* 2016/6, p. 36-45.

Glas 2016

L. Glas, 'Aanbevelingen aan de Verdragsstaten voor een toekomstbestendig EVRM-systeem. Wat Nederland heeft gedaan en nog zou kunnen doen', *NTM* 2016, afl. 3, p. 282-303.

Gonzales 2009

I. Gonzales, 'Het niet vervolgen door het Openbaar Ministerie van (dodelijk) politiegeweld', *NJB* 2009, 1570; afl. 31, p. 2010-2015.

Greer, Gerards & Slowe 2018

S. Greer, J.H. Gerards & R. Slowe, *Human rights in the Council of Europe and the European Union: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Groenhuijsen 2019

M.S. Groenhuijsen, 'Verruiming van de aangifteplicht voor zedendelicten. Is dat echt een goed idee?', *DD* 2019, p. 347-355.

Groenhuijsen & Kristen 2001

M.S. Groenhuijsen, F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *DD* 2001, afl. 3, p. 330-346.

Groenhuijsen & Ouwerkerk 2013

M.S. Groenhuijsen & J.W. Ouwerkerk, 'Ultima ratio en criteria voor strafbaarstelling in Europees perspectief', in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J.W. Ouwerkerk, *Roosachtig strafrecht: Liber amicorum Theo de Roos*, Deventer: Kluwer 2013, p. 249-279.

Haec & Burbano Herrera, in: Sdu Commentaar EVRM. Deel II – Procedurele bepalingen

Y. Haec & C. Burbano Herrera, 'Art. 41 - Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel II – Procedurele bepalingen*, Den Haag: Sdu 2019, p. 317 – 357.

Harris e.a. 2009

D.J. Harris e.a., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Harris e.a. 2018

D.J. Harris e.a., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Hartlief 2002

T. Hartlief, 'Zorgplichten in het onrechtmatigedaadsrecht. Uitdijing en begrenzing', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 483.

Hartlief 2010, NJ 2012/155

T. Hartlief, annotatie bij HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*)

Hartlief 2014

T. Hartlief, 'Een vak apart', *NJB* 2014/2108, afl. 41, p. 2917-2917.

Hartlief 2014, NJ 2014/368

T. Hartlief, annotatie bij HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, *NJ* 2014/368 (*Reaal/Deventer*).

Heemskerk 1976, NJ 1986/5

W.H. Heemskerk, annotatie bij HR 10 mei 1985, *NJ* 1986/5.

De Hert 2011

P. de Hert, 'Systeemverantwoordelijkheid voor de informatiemaatschappij als positieve mensenrechtenverplichting', in: D. Broeders, M.K.C. Cuijpers & J.E.J. Prins (red.), *De staat van informatie* (WRRverkenning nr. 25), Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

De Hert & Gutwirth 2005

P. de Hert & S. Gutwirth, 'Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen! De strafbaarstelling

als positieve staatsverplichting’, in: F. Verbruggen e.a. (red.), *Strafrecht als Roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, Leuven: Universitaire Pers 2005, p. 729-755.

Hendriks 2015

A.C. Hendriks, ‘Medisch aansprakelijkheidsrecht: recente uitspraken Europees Hof voor de Rechten van de Mens’, *Letsel & Schade 2014*, afl. 4, p. 6-13.

Heinrich e.a. 2019

J.P. Heinrich e.a., ‘Kroniek van het algemeen bestuursrecht’, *NJB 2019/2161*.

Den Hollander 2016

P.W. Den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Hooydonk 2017

D.E. Hooydonk, ‘Eenvoudig witwassen: was het maar zo eenvoudig’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving 2017*, afl. 1.

Van den Hout 1993

P.J. van den Hout, *Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Huijbers 2018

L.M. Huijbers, Procedurele toetsing, Het EHRM en rechtseenheid en diversiteit, *AA 2018*, p 77-85.

Huijgen 1991

W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid: graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991.

De Hullu, NJ 1998/534

J. de Hullu, annotatie bij HR 24 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0980, *NJ 1998/534*

De Hullu 2015

J. de Hullu, Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht, Deventer: Kluwer 2015.

Hulst, EHRC 2009/96

E.H. Hulst, annotatie bij EHRM 2 juni 2009, EHRM 2 juni 2009, 31675/04, *EHRC 2009/96*.

Hijma, NJ 2006/281

J. Hijma, annotatie bij HR 7 mei 2004, *NJ 2006/281 (Duwbak Linda)*.

Ichim 2015

O. Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Jacobse & Pieterse 2017

J.J. Jacobse & R.M. Pieterse, 'Zorgen en plichten; een analyse van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast', *O&A* 2017/91, p. 197-205.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Jansen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 en 6:163 BW

K.J.O. Jansen, commentaren op art. 6:162 en 6:163 BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.

Jansen 2018

K.J.O. Jansen, 'Hoe luiden de kelderluikfactoren?', *NTBR* 2018/14, p. 99-101.

De Jong 2004

F. de Jong, 'Opzetvaststelling finaal of intersubjectief?', *DD* 2004, p. 697-713.

De Jong 2016

E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2016.

De Jong 2017

T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017.

De Jong 2018

E. de Jong, Rechterlijke risicoregulering en het EVRM: over drempels om de civiele rechter als risicoreguleerder te laten optreden, *NTM* 2018/16, p. 207-230.

Kamber 2017

K. Kamber, *Prosecuting Human Rights Offences: Rethinking the Sword Function of Human Rights Law*, Leiden: Brill 2017.

Keller, Forowicz & Engi 2010

H. Keller, M. Forowicz & L. Engi, *Friendly settlements before the European Court of Human Rights: Theory and Practice*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Kellner & Durant 2011

M. Kellner & I.C. Durant, 'Causation', in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter 2011, p. 449-492.

Kempees 2013

P. Kempees, 'Statuer en équité, in: L. Berg e.a. (red.), *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Liber Amicorum Vincent Berger*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 201-209.

Van Kempen 2003

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Van Kempen, NJ 2016/315

P.H.P.H.M.C. van Kempen, annotatie bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315 (*Afsluiten van telefoonabonnementen*).

Keulen, NJ 2013/308

B.F. Keulen, annotatie bij HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013/308 (Onbevoegde hulpofficier)

Kistenkas 1994

F.H. Kistenkas, *Problemen van regelgeving*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.

Kooij 2012

M.M. Kooij, 'Bewijstechnische hobbels in zedenwetgeving: artt. 243 en 247 onder de loep', *DD* 2012/72, p. 752-770.

Kool 2008

R.S.B. Kool, 'Verantwoorde seks. Een oriëntatie op de strafbaarstelling van verkrachting', in A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden, liber amicorum Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 223-233.

Kool 2016

R.S.B. Kool, 'Aansprakelijkheid voor seksueel misbruik in het licht van positieve verplichtingen', *AA* 2016, afl. 2, p. 132-141.

Kool/Lestrade, in: T&C Strafrecht

R.S.B. Kool & S.M.A Lestrade, commentaar op artikel 248a Sr, in: *T&C Strafrecht*.

Kool & Jongenotter 2021

Renée Kool & Anne Jongenotter, 'Verkrachting: what's in a name? De voorgenomen strafbaarstellingen van verkrachting en seks tegen de wil in het licht van artikel 36 Istanbul', *NJB* 2021/100, p. 90-97.

Koopmans/Koopmans 1999

J. Wiarda/F.A.J. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding. Vierde druk, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door Mr. T. Koopmans*, Deventer: Kluwer 1999.

Kortmann 2003

C.A.J.M. Kortmann, 'Overheidsaansprakelijkheid voor de wet in formele zin', in C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 503- 514.

Kortmann 2006

C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

Kortmann, AB 2019/519

C.N.J. Kortmann, annotatie bij HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *AB* 2019/519 (*Aardbevingsschade Groningen*).

Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet 2006

D. Korvinus, D. Koster & H. de Jonge van Ellemeet, 'Mensenhandel: het begrip uitbuiting in art. 273a', *Trema* 2006, p. 286-290.

Kristen 2010

F.G.H. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', *AA* 2010, p. 641-645.

Kuiper 2014

R. Kuijper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2014.

Kummeling & Vetzo 2016

H. Kummeling & M. Vetzo, 'Opheffing strafrechtelijke immuniteiten verworpen door de Eerste Kamer', *O&A* 2016/30.

Lankhorst 1992

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1992.

Lavrysen 2016

L. Lavrysen, *Human rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Intersentia 2016.

Lawson 1995

R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test – deel II', *NJCM-Bulletin* 1995, afl. 6. p. 727-750.

Lawson 2009

R.A. Lawson, 'Boven het maaiveld – Over de 'ruimhartige' toepassing van het EVRM door nationale rechters', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies naar Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 307-323.

Lemmens & Courtoy 2020

P. Lemmens & M. Courtoy, 'Positive Obligations and Coercion: Deterrence as a Key Factor in the European Court of Human Rights' Case Law, in: L. Lavrysen & N. Mavronicola (red.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, p. 55-67.

Lestrade 2018

S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland. Een toetsing op basis van internationale en Europese mensenrechten, anti-mensenhandelregelgeving en de grondslagen van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018.

Lestrade & Ten Kate 2009

S. Lestrade & W. ten Kate, 'De strafbaarstelling van 'overige uitbuiting' binnen mensenhandel', *NJCM-bull.* 2009, afl. 8, p. 852-870.

Lestrade & Rijken 2014

S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, 'Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald', *DD* 2014/64.

Lieber & Van Schadewijk 2015

M. Lieber & M.A.N. van Schadewijk, 'Toetsingskader Artikel 2 en 8 EVRM. Een nieuwe standaard?', in: Jansen, C.J.H.; Sillen, J.J.J. (ed.), *Mogen wij u even aanspreken?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri pp. 47-62.

Lindenberg 2013

K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J. Gerards & C. Sieburgh, *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 501-529.

Lindenberg 2014

K. Lindenberg, *Prostituant en strafrecht. Quickscan van de strafrechtelijke verantwoordelijkheden van de prostituant bij mensenhandel en minderjarigheid*, Zutphen: Paris 2014.

Lindenberg, EHRC 2016/175

K. Lindenberg, annotatie bij EHRM 24 mei 2016, 36934/08, EHRC 2016/175 (*I.C./Roemenië*).

Lindenberg 2019

K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een "Nein heißt Nein"?', in: E. Gritter (red.), *Modern strafrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 1-31.

Lindenberg & Van Dijk 2016

K. Lindenberg & A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten*, Zutphen: Paris 2014.

Lindenberg 2005

S.D. Lindenberg, 'Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in: *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BW-krant Jaarboek) 2005, p. 305-327.

Lindenberg 2007

S.D. Lindenberg, *Alles is betrekkelijk. Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2007.

Lindenberg 2011, JA 2012/147

S.D. Lindenberg, annotatie bij HR 29 juni 2012, NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147.

Lindenberg, in: GS Schadevergoeding, art. 6:95 en 6:97 BW

S.D. Lindenberg, art. 6:95 en 6:97 BW, in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer.

Loven 2020a

C.M.S. Loven, 'Horizontale positieve verplichtingen in de rechtspraak van het EHRM', *NTM* 2020, p. 479-497.

Loven 2020b

C. M. S. Loven, "Verticalised" cases before the European Court of Human Rights unravelled: An analysis of their characteristics and the Court's approach to them, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2020, p. 246-263.

Van Maanen 2000

G.E. van Maanen, 'De mythe van het onverbindend verklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken', *NTB* 2000, afl. 4, p. 99-101.

Van Maanen 2007

G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, Weging van argumenten en juridische technieken naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkcramp', *RM Themis* 2007/4, p. 127-140.

Van Maanen 2008

G.E. van Maanen, 'De Nederlandse kelderluikarresten. Al meer dan honderd jaar – rechtseconomisch (!) – op de goede weg in Europa!', *NTBR* 2008/5, afl. 5, p. 42-49.

Van Maanen 2011

G.E. van Maanen, 'Deel 1 De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-

bedshow?’ in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en Privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 9-70.

Machielse in: *Wetboek van Strafrecht - Noyon, Langemeijer, Rummelink*

A.J.M. Machielse, commentaren op artikel 242, 243, 246, 248a en 273f Sr, in: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht - Noyon, Langemeijer, Rummelink*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Male 1988

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving. Beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Meijer 2007

R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht. De invloed van het Europese recht op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007.

Meuwissen 1968

D. H. M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse recht*, Leiden: A.W. Sijthoff, Leiden 1968.

Meyjer & Kempees 2009

E. Meyjer & P. Kempees, ‘Notes on Reparations under the European Human Rights’, *Inter-American and European Human Rights Journal* 2009, afl. 1-2, p. 81-98.

Michiels 2011

F.C.M.A. Michiels, ‘In beginsel verplicht. Een beschouwing over grondslag en inhoud van de beginselplicht tot handhaving’, in: T. de Gier & G. Jurgens, *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Mowbray 2004

A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2004.

Van den Munckhoff 2008

R. van den Munckhof, ‘Strafbare overheden volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens’, *Strafblad* 2008, p. 572 e.v.

Nan 2015

J.S. Nan, *Vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek*, Den Haag: Boom 2015.

Neerhof 2007

A.R. Neerhof, 'Over onrechtmatigheid van toezichts- of handhavingsfalen, mensenrechten en aansprakelijkheid', *O&A* 2007/106, p. 184-200.

Nieuwenhuis 2002

J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocausaliteit, agenda voor het Europese debat over toerekening van schade', *TPR* 2002, p. 1712-1717.

Novakovski 2006

T. Novakovski, 'De invloed van de Kelderluik-criteria op de aansprakelijkheid van de wegbeheerder ex art. 6:162 BW en 6:174 BW', *O&A* 2006/49.

OSCE 2012

OSCE, *Combating Trafficking as Modern-Day Slavery: A Matter of Non-Discrimination and Empowerment. Annual Report of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings*, Wenen 2012.

Olaerts 2003

M. Olaerts, 'Van aansprakelijkheid tot voorzorg. Enige beschouwingen omtrent de toenemende betekenis van het voorzorgsbeginsel in verhouding tot het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2003, p. 114.

Oliphant & Ludwichowska 2011

K. Oliphant & K. Ludwichowska, 'Damage', in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter 2011, p. 397-448.

Peters 2003

J.A.F. Peters, 'Öneryldiz en de verdronken brandweerman', *NTB* 2003, p. 332-333.

Peters 2016

H. Peters, 'Wordt niet vervolgd...', *NTB* 2016/1.

Pitcher 2020

K.M. Pitcher, 'Coercive Human Rights and Unlawfully Obtained Evidence in Domestic Criminal Proceedings'. in: L. Lavrysen N. Mavronicola (red.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 267-291.

Polak 1987

J.E.M. Polak, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving* (Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 101-194.

Ploeger 2005

H.D. Ploeger, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het nationale civielrechtelijke perspectief', in: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij*

het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 103-120.

Rainey, Wicks & Ovey 2017

B. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2017.

Rapport Commissie-Oosting 2001

De vuurwerkramp. Eindrapport (opgesteld door de Commissie onderzoek vuurwerkramp), Enschede/Den Haag: 2001.

Rapport Commissie Roelvink 2002

Commissie Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag: 2002.

De Ridder & De Hoogh 2017, GJ 2017/97

M.J.J. de Ridder & A.N.L. de Hoogh, annotatie bij Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, *GJ 2017/97 (Q-koorts)*.

Rijnhout 2012

R. Rijnhout, Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en het schadevergoedingsrecht (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2012.

Rijnhout 2020

R. Rijnhout, 'Het EBI-arrest, historisch onrecht, effectieve remedie en de AVG', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2020, afl. 1, p. 1-6.

Rijnhout, Sikkema & De Zanger 2014

R. Rijnhout, E. Sikkema & W.S. de Zanger, 'Strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder bij dodelijke ongevallen; de zaak Stichtse Vecht', *RM Themis* 2014, afl. 1, p. 10-25.

Roef 2012

D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, p. 185-194.

Rogers 2003

J Rogers, 'Applying the doctrine of positive obligations in the European Convention of Human Rights to domestic substantive criminal law in domestic proceedings', *Criminal law review* 2003, p. 690-708.

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-I), Deventer: Kluwer 2005.

Van der Sande & Van Tilborg 2017, JOR 2017/263

S.A.L. van de Sande en mr. D. van Tilborg, annotatie bij HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, *JOR 2017/263 (Asbestziekte)*.

Sanderink 2015

D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015.

Sanderink 2017, JB 2017/15

D.G.J. Sanderink, annotatie bij EHRM 14 oktober 2016, 69546/12, *JB 2017/15 (Cevrioğlu/Turkije)*.

Sanderink 2019, JB 2019/158

D.G.J. Sanderink, annotatie bij HR 10 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *JB 2019/158 (Aardbevingsschade Groningen)*.

Sanderink & Schlössels 2019

D. Sanderink & R. Schlössels, 'Slaat de Hoge Raad nieuwe bressen in het bastion van de formele rechtskracht?', *NJB 2019/2694*, p. 2694-3230.

Van Sasse van Ysselt 2013

P. van Sasse van Ysselt, 'Slavernij en slavenhandel: afgeschaft, verboden, maar niet voorbij', *NJB 2013/1542*.

Schaap 2017

A.L.M. Schaap, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen voor moderne slavernij. Een onderzoek naar de mogelijkheden en onmogelijkheden om (internationaal opererende) ondernemingen op basis van artikel 273f Sr strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor moderne slavernij*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017.

Scheltema 2009

M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', *NTBR 2009*, 23, p. 182-190.

Scheltema & Scheltema 2013

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Scheltema, in: GS Onrechtmatige daad

Scheltema, aant. V.1.13, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer.

Schild 2012

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 2012.

Schildt & de Jongh 2007

A.J.P. Schild & J.M. de Jongh, 'Relativiteit bij overheidsaansprakelijkheid. Hoe (het) een gezonken duwbak verder verging', *O&A* 2007, afl. 84, p. 144-154

Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019

R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat band 2*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Schutgens 2015

R.J.B. Schutgens, 'Overheid en maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm', in: M.W.C. Feteris e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 79-99.

Schutgens 2018, O&A 2018/27

R.J.B. Schutgens, annotatie bij Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, *O&A* 2018/27 (*Luchtvervuiling*), p. 124-130.

Schutgens, JB 2019/187

R.J.B. Schutgens, annotatie bij HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

Seibert-Fohr 2009

A. Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

Sikkema 2005

E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht. Een studie over omkoping en andere ambtsmisdrijven*, Den Haag: Bju 2005.

Sillen 2010

J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving. Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

Simonis & De Wijkerslooth 2004

J. Simonis & J.L. de Wijkerslooth, 'Het EVRM en het recht op strafrechtelijke handhaving', in: P.D.J. van Zeven (red.), *Via Straatsburg – Liber amicorum Egbert Myjer*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 15-44.

Van Sliedregt 2013

E. van Sliedregt, 'Immunitet van de Staat: de houdbaarheid voorbij?', in: *Immuniteten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2013-I), Deventer: Kluwer 2013, p. 143-209.

Smit & Boot 2007

M. Smit & M. Boot, 'Het begrip mensenhandel in de Nederlandse context. Achtergronden en Reikwijdte', *Justitiële Verkenningen*, afl. 7, p. 10-22.

Smits 2003

J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-164.

Somers 2015

S. Somers, 'Protecting human rights in horizontal relationships by tort law or elaborating tort law from a human rights perspective', *European Human Rights Law Review* 2015, afl. 2, p. 149-162.

Somers 2016

S. Somers, *Aansprakelijkheid en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, Antwerpen: Intersentia 2016.

Spier 2017, NJ 2017/372

J. Spier, annotatie bij HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372 (*Asbestziekte*).

Starmer 2001

K. Starmer, 'Positive obligations under the Convention', in: J. Jowell & J. Cooper, *Understanding Human Rights Principles*, Oregon: Hart Publishing 2001, p. 139-160.

Van der Steeg 2016

M. van der Steeg, 'Politieschutter voor de rechter. De rechterlijke beoordeling van vuurwapengebruik door de politie 2000-2015', *TPWS* 2016/43.

Stoyanova 2017

V. Stoyanova, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Stoyanova 2020

V. Stoyanova, 'Separating Protection from the Exigencies of the Criminal Law: Achievements and Challenges under article 4 ECHR', in: L. Lavrysen & N. Mavronicola, *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, p. 203-222.

Teitgen 1993

P.H. Teitgen, 'Introduction to the European Convention on Human Rights', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (red.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht: Nijhoff 1993, p. 3-14.

Timmer, EHRC 2010/29

A.S.H. Timmer, annotatie bij EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), *EHRC* 2010/29.

Timmer & Van Triet 2017

M.J.W Timmer & N. van Triet, 'Beheersen en bestrijden – het voorzorgsbeginsel en informatieplichten bij de onzekere risico's van Q-koorts', *TO* 2017/3.

Tjong Tjin Tai 2005

T.F.E. TjongTjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005/6620, p. 364-374.

Tulkens 2011

F. Tulkens, 'The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights', *Journal of International Criminal Justice*, Volume 9, Issue 3, 2011, p. 577–595.

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Van der Velde 2015

R. van der Velde, 'Voorzorg in het bestuursrecht. Over zeehonden, zoönosen en wat als Groningen op Antarctica zou liggen', *NJB* 2015/351, p. 435-441.

Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008

F. Vellinga-Schootstra & W. H. Vellinga, '*Positive obligations*' en het Nederlandse straf(proces)recht (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 2008.

Vellinga-Schootstra 2017

F. Vellinga-Schootstra, Verschoningsrecht onder vuur. Vertrouwen op eer en geweten? Over beslag en doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2017, afl. 3, p. 96-115.

Verheij 2013

A.J. Verheij, 'Immunititeiten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?', in: *Immunititeiten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2013-I), Deventer: Kluwer 2013, p. 63-142.

Verheij 2014

A.J. Verheij, 'De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets', *NTBR* 2014/12.

Verheij 2015

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (monografieën Privaatrecht deel 4), Deventer: Kluwer 2015.

Villinger 2007

M.E. Villinger, 'The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights', in: M.G. Kohen & L.C. Caflisch (eds.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution*

through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch, Leiden: Martinus Nijhoff 2007, p. 623-37.

Vlemminx 2013

F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Volker 2019, JA 2019/68

K. Volker, annotatie bij Rb. Midden-Nederland 23 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:237, JA 2019/68 (*Mesh implantaat*).

Vonk, EHRC 2010/68

G.J. Vonk, annotatie bij EHRM 23 maart 2010, 4864/05, EHRC 2010/68 (*Oyal/Turkije*).

Vranken, NJ 2008/576

J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008, 576 (*Iraanse asielzoekster*)

Haeck & Delbaere, in: Sdu Commentaar EVRM. Deel II – Procedurele bepalingen

Y. Haeck & R. Delbaere, 'Artikel 34 Individuele Verzoekschriften', in J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel II – Procedurele bepalingen*, Den Haag: Sdu 2019, p. 148–194.

Van de Westelaken 2010

R. van de Westelaken, 'Het EVRM als wapen tegen straffeloosheid. Over het recht van slachtoffers van ernstige mensenrechtenschendingen op een effectieve strafrechtelijke aanpak van de dader', *NTM/NJCM-bull.* 2010, p. 135-152.

Van der Wiel 2007

B.T.M. van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2007, afl. 29, p. 175-191.

Wiggers-Rust 2011

L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht. Eenheid en verschil, in het bijzonder bij milieubelangen* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Wijnakker 2010

C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *VR* 2010, afl. 11, p. 313-315.

De Wilde 2016

B. de Wilde, 'De rol van positieve verplichtingen bij de totstandkoming van Nederlandse strafwetgeving', *NTM* 2016, afl. 2, p. 160-173.

De Wilde & Kuijer 2015

M. Kuijer & B. de Wilde, 'Kroniek straf(proces)recht en mensenrechten: 2014', *NTM* 2015, afl. 3, p. 335-355.

Xenos 2007

D. Xenos, 'Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry', *German Law Journal* 2007, afl. 3, p. 231-253.

Xenos 2012

D. Xenos, *The positive obligations of the state under the European Convention of Human Rights*, London: Routledge 2012.

Van der Zalm & Zoeteman 2012

I. van der Zalm & S.S. Zoeteman, 'EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos? Een verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht d.d. 7 december 2011', *NTBR* 2012/9, p. 256-36.

Rechtspraakregister

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 23 juli 1968, 1474/62 (<i>Belgische taal-zaak</i>)	H 2 § 3.2, 3.4; H 3 § 3.2
EHRM 10 maart 1972, 2832/66, 2835/66, 2899/66 (<i>De Wilde, Ooms & Versyp/België</i>)	H 3 § 5.3.2
EHRM 21 februari 1975, 4451/70 (<i>Golder/VK</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 8 juni 1976, 5100/71 e.a. (<i>Engel e.a./Nederland</i>)	H 2 § 2.2, 7.2
EHRM 23 november 1976, 5100/71 e.a. (<i>Engel e.a./Nederland</i>)	H 3 § 5.3.2
EHRM 13 december 1976, 7467/76 (<i>X./België</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 18 januari 1978, 5310/71 (<i>Ierland/VK</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 6 september 1978, 5029/71 (<i>Klass e.a./Duitsland</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 26 april 1979, 6538/74 (<i>Sunday Times/VK</i>)	H 2 § 2.3; H 3 § 5.3.2, 5.3.4.2
EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (<i>Marckx/België</i>)	H 1 § 1, H 2 § 3.2, 3.3, 8.1, 9.2
EHRM 9 oktober 1979, 6289/73 (<i>Airey/Ierland</i>)	H 2 § 3.2, 3.4
EHRM 24 oktober 1979, 6301/73 (<i>Winterwerp/Nederland</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 27 februari 1980, 6903/75 (<i>Deweert/België</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 6 november 1980, 7367/76 (<i>Guzzardi/Italië</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 25 februari 1982, 7511/76, 7743/76 (<i>Campbell & Cosans/VK</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 26 maart 1982, 8269/78 (<i>Adolf/Oostenrijk</i>)	H 3 § 5.3.4.1
EHRM 24 juni 1982, 7906/77 (<i>Van Droogenbroeck/België</i>)	H 2 § 6.2; H 4 § 3.2.1
EHRM 12 oktober 1982, 8588/79, 8589/79 (<i>Bramelid & Malström/Zweden</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 18 oktober 1982, 7215/75 (<i>X./VK</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 18 oktober 1982, 7601/76, 7806/77 (<i>Young, James & Webster/VK</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 23 november 1983, 8919/80 (<i>Van der Mussele/België</i>)	H 2 § 6.2; H 4 § 3.2.1
EHRM 24 februari 1983, 7525/76 (<i>Dudgeon/VK</i>)	H 3 § 5.3.2
EHRM 23 oktober 1983, 8544/79 (<i>Öztürk/Duitsland</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 26 oktober 1984, 8692/79 (<i>Piersack/België</i>)	H 3 § 5.3.2
EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (<i>X & Y/Nederland</i>)	H 1 § 1, H 2 § 8.2, 8.3.2; H 4 § 2.2, 6.2.4
EHRM 28 mei 1985, 9214/80, 9473/81, 9474/81 (<i>Abdulaziz, Cabales & Balkandali/VK</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (<i>James e.a./VK</i>)	H 2 § 9.1
EHRM 29 mei 1986, 9384/81 (<i>Deumeland/Duitsland</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 17 oktober 1986, 9532/81 (<i>Rees/VK</i>)	H 2 § 3.5.2
EHRM 24 november 1986, 9063/80 (<i>Gillow/VK</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 18 december 1986, 9697/82 (<i>Johnston e.a./Ierland</i>)	H § 2.4
EHRM 6 maart 1987, 11533/85 (<i>Ingrid Jordebo Foundation & Ingrid Jordeb/Zweden</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 21 juni 1988, 10126/82 (<i>Plattform Ärzte für das Leben/Oostenrijk</i>)	H 2 § 3.2
EHRM 12 oktober 1988, 11921/86 (<i>Kontakt Information-Therapie & Siegfried Hagen/Oostenrijk</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 29 november 1988, 11209/84 e.a. (<i>Brogan e.a./VK</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 7 juli 1989, 10454/83 (<i>Gaskin/VK</i>)	H 2 § 3.5.2
EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (<i>Soering/VK</i>)	H 2 § 3.5.4, 5.2

EHRM 21 februari 1990, 9310/81 (<i>Powell & Rayner/VK</i>)	H 2 § 3.3, 8.3.4.5
EHRM 14 oktober 1990, 12633/87 (<i>Smith Kline en French Laboratories Ltd/Nederland</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 24 mei 1991, 11891/85 (<i>Vocaturò/Italië</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 27 augustus 1992, 12850/87 (<i>Tomasi/Frankrijk</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 2 september 1991, 16734/90 (<i>Dujardin/Frankrijk</i>)	H 4 § 7.2.5
EHRM 26 november 1992, 13867/88 (<i>Brincat/Italië</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 16 december 1992, 13710/88 (<i>Niemietz/Duitsland</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 25 maart 1993, 13134/87 (<i>Costello-Roberts/VK</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (<i>Kokkinakis/Griekenland</i>)	H 5 § 2.2.3
EHRM 26 mei 1994, 16969/90 (<i>Keegan/Ierland</i>)	H 2 § 3.3
EHRM 25 november 1994, 18131/91 (<i>Stjerna/Finland</i>)	H 2 § 3.3
EHRM 9 december 1994, 16798/90 (<i>López Ostra/Spanje</i>)	H 2 § 8.2; H 3 § 5.3.4.2
EHRM 23 februari 1995, 15375/89 (<i>Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Nederland</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 27 september 1995, 18984/91 (<i>McCann e.a./VK</i>)	H 1 § 1, H 2 § 1, 3.4, 4.2, 5.2
EHRM 22 november 1995, 20190/92 (<i>C.R./VK</i>)	H 2 § 2.2
EHRM 19 februari 1996, 23218/94 (<i>Gül/Zwitserland</i>)	H 2 § 3.2, 3.3
EHRM 25 april 1996, 1107043 (<i>Gustafsson/Zweden</i>)	H 2 § 9.1
EHRM 22 oktober 1996, 22083/93, 22095/93 (<i>Stubbings e.a./VK</i>)	H 2 § 8.3.2; H 4 § 3.3.1.2; 3.3.1.3
EHRM 15 november 1996, 22414/93 (<i>Chahal/VK</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 18 december 1996, 21987/93 (<i>Aksoy/Turkije</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 25 juni 1997, 20605/92 (<i>Halford/VK</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 25 september 1997, 23178/94 (<i>Aydin/Turkije</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 16 december 1997, 20972/92 (<i>Raninen/Finland</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (<i>Guerra e.a./Italië</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 24 februari 1998, 21439/93 (<i>Botta/Italië</i>)	H 2 § 8.2; H 3 § 3.1
EHRM 24 april 1998, 23184/94, 23185/94 (<i>Selçuk & Asker/Turkije</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 25 mei 1998, 24276/94 (<i>Kurt/Turkije</i>)	H 2 § 7.4, 7.5
EHRM 9 juni 1998, 23413/94 (<i>L.C.B./VK</i>)	H 2 § 3.4, 4.1
EHRM 28 juli 1998, 23818/94 (<i>Ergi/Turkije</i>)	H 2 § 4.5.4; H 4 § 5.3.4
EHRM 2 september 1998, 22495/93 (<i>Yasa/Turkije</i>)	H 2 § 4.5.4; H 3 § 5.3.3; H 4 § 5.3.4
EHRM 23 september 1998, 25599/94 (<i>A./VK</i>)	H 2 § 5.3.2.2; H 4 § 2.4
EHRM 28 oktober 1998, 24760/94 (<i>Assenov e.a./Bulgarije</i>)	H 2 § 5.3.2.2, 5.4.3, 5.5.1, 5.5.2, 5.5.3, 5.5.4.2; H 4 § 2.1
EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (<i>Osman/VK</i>)	H 2 § 3.2, 3.6.2, 4.3.2.2, 4.4.2.3, 4.4.2.6, 4.4.3; H 3 § 5.3.3; H 4 § 3.4.2.1, 3.4.2.2
EHRM 25 maart 1999, 31107/96 (<i>Iatridis/Griekenland</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 8 juli 1999, 23763/94 (<i>Tanrikulu/Turkije</i>)	H 2 § 4.4.4; H 3 § 5.1
EHRM 8 juli 1999, 23657/94 (<i>Çakıcı/Turkije</i>)	H 2 § 7.4, 7.5; H 3 § 3.3, 5.3.4.2
EHRM 28 juli 1999, 25803/94 (<i>Selmouni/Frankrijk</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 27 september 1999, 33985/96, 33986/96 (<i>Smith & Grady/VK</i>)	H 3 § 5.3.4.1
EHRM 5 oktober 1999, 33677/96 (<i>Grams/Duitsland</i>)	H 4 § 6.3.3

EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (<i>Beyeler/Italië</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 16 maart 2000, 23144/93 (<i>Özgür Gündem/Turkije</i>)	H 2 § 3.5.2
EHRM 28 maart 2000, 22492/93 (<i>Kılıç/Turkije</i>)	H 3 § 5.3.4.2; H 4 § 5.2
EHRM 28 maart 2000, 22535/93 (<i>Mahmut Kaya/Turkije</i>)	H 2 § 4.4.2.5, 5.3.1, 5.4.2.2; H 3 § 5.3.4.2; H 4 § 5.2
EHRM 6 april 2000, 26772/95 (<i>Labita/Italië</i>)	H 2 § 5.2, 5.3.2.2, 5.5.1, 5.5.2, 5.5.3, 5.5.4.2
EHRM 6 april 2000, 35382/97 (<i>Comingersoll S.A./Portugal</i>)	H 3 § 5.3.4.1, 5.3.4.2
EHRM 11 april 2000, 32357/96 (<i>Veznedaroğlu/Turkije</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 11 april 2000, 32357/96 (<i>Sevtap Veznedaroğlu/Turkije</i>)	H 2 § 5.5.1
EHRM 12 mei 2000, 35394/97 (<i>Khan/VK</i>)	H 4 § 7.5.2
EHRM 13 juni 2000, 23531/94 (<i>Timurtaş/Turkije</i>)	H 2 § 7.5
EHRM 22 juni 2000, 32492/96 e.a. (<i>Coëme e.a./België</i>)	H 5 § 2.2.3
EHRM 27 juni 2000, 22277/93 (<i>İlhan/Turkije</i>)	H 2 § 4.2, 5.4.3; H 4 § 3.4.2.2
EHRM 20 juli 2000, 15918/89 (<i>Antonetto/Italië</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 25 juli 2000, 33985/96, 33986/96 (<i>Smith & Grady/VK</i>)	H 3 § 5.3.4.1
EHRM 10 oktober 2000, 22947/93, 22948/93 (<i>Akkoç/Turkije</i>)	H 2 § 5.2; H 3 § 3.3; H 4 § 5.2
EHRM 10 oktober 2000, 31866/96 (<i>Satuk e.a./Turkije</i>)	H 2 § 5.5.4.2
EHRM 26 oktober 2000, 30210/96 (<i>Kudla/Polen</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 16 november 2000, 21422/93 (<i>Tanribilir/Turkije</i>)	H 2 § 4.4.4
EHRM 28 november 2000, 29462/95 (<i>Rehbock/Slovenië</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 11 januari 2001, 24952/94 (<i>N.C./Italië</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 26 januari 2001, 77617/01 (<i>Mikheyev/Rusland</i>)	H 2 § 5.5.4.1; H 3 § 5.3.4.2
EHRM 27 februari 2001, 25704/94 (<i>Çiçek/Turkije</i>)	H 2 § 7.5
EHRM 3 april 2001, 27229/95 (<i>Keenan/VK</i>)	H 2 § 4.4.2.6, 4.4.4, 5.1; H 3 § 5.2.3, 5.3.4.2
EHRM 10 april 2001, 26129/95 (<i>Tanlı/Turkije</i>)	H 4 § 7.3.1
EHRM 19 april 2001, 28524/95 (<i>Peers/Griekenland</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 4 mei 2001, 24746/94 (<i>Hugh Jordan/VK</i>)	H 2 § 4.5.5.1, 4.6; H 4 § 4.2.1, 6.2.1, 6.3.2
EHRM 4 mei 2001, 28883/95 (<i>McKerr/VK</i>)	H 2 § 2.6, 4.1, 4.5.1, 4.5.3, 4.5.5.1; H 4 § 5.1, 5.3.2
EHRM 4 mei 2001, 37715/97 (<i>Shanaghan/VK</i>)	H 4 § 6.3.2
EHRM 10 mei 2001, 25781/94 (<i>Cyprus/Turkije</i>)	H 2 § 4.2, 4.5.2; H 4 § 5.3.3
EHRM 10 mei 2001, 28945/95 (<i>T.P. & K.M./VK</i>)	H 3 § 5.1, 5.2.1
EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (<i>Z. e.a./VK</i>)	H 2 § 5.3.3, 5.4.1, 5.4.2.1, 5.4.2.3, 5.4.3; H 3 § 5.3.4.2
EHRM 23 mei 2001, 25316/94 e.a. (<i>Denizci e.a./Cyprus</i>)	H 2 § 5.2, 5.4.3
EHRM 31 mei 2001, 25165/94 (<i>Akdeniz/Turkije</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 19 juni 2001, 34049/96 (<i>Zwierzyński/Polen</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 10 juli 2001, 25657/94 (<i>Avşar/Turkije</i>)	H 4 § 7.3.1
EHRM 12 juli 2001, 25702/94 (<i>K. & T./Finland</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 12 juli 2001, 42527/98 (<i>Prince Hans-Adam II van Liechtenstein/Duitsland</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 25 september 2001, 44787/98 (<i>P.G. & J.H./VK</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 17 januari 2002, 32967/96 (<i>Calvelli & Ciglio/Italië</i>)	H 2 § 4.3.3; H 4 § 3.4.2.3, 3.4.2.4
EHRM 26 februari 2002, 39187/98 (<i>H.M./Switzerland</i>)	H 2 § 7.2

EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (<i>Paul & Audrey Edwards/VK</i>)	H 2 § 4.4.4, 4.5.3; H 3 § 5.2.3, 5.3.4.2; H 4 § 2.3, 3.4.2.1, 5.3.4, 5.4.4
EHRM 29 april 2002, 2346/02 (<i>Pretty/VK</i>)	H 2 § 4.2, 8.2
EHRM 28 mei 2002, 35605/97 (<i>Kingsley/VK</i>)	H 3 § 3.5; 5.3.2
EHRM 28 mei 2002, 43290/98 (<i>McShane/VK</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 4 juni 2002, 34462/97 (<i>Wessels-Bergervoet/Nederland</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 13 juni 2002, 38361/97 (<i>Anguelova/Bulgarije</i>)	H 2 § 4.2, 4.5.5.3; H 4 § 5.1, 5.2.1, 5.3.5.
EHRM 18 juni 2002, 25656/94 (<i>Orhan/Turkije</i>)	H 2 § 7.5
EHRM 2 juli 2002, 30668/96, 30671/96, 30678/96 (<i>Wilson, National Union of Journalists e.a./VK</i>)	H 3 § 3.3, 3.5
EHRM 10 juli 2002, 39794/98 (<i>Gratzinger & Gratzingerova/Tsjechië</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 25 juli 2002, 48553/99 (<i>Sovtransavto Holding/Oekraïne</i>)	H 2 § 9.3.2
EHRM 10 oktober 2002, 38719/97 (<i>D.P. & J.C./VK</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 24 oktober 2002, 37703/97 (<i>Mastromatteo/Italië</i>)	H 2 § 4.3.1, 4.3.2.4, 4.3.3, 4.4.5, 4.5.2, 4.5.3; H 4 § 2.1, 3.4.2.1
EHRM 12 november 2002, 46129/99 (<i>Zvolský & Zvolská/Tsjechië</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 14 november 2002, 67263/01 (<i>Mouisel/Frankrijk</i>)	H 2 § 5.1
EHRM 26 november 2002, 33218/96 (<i>E. e.a./VK</i>)	H 2 § 5.4.2.1, 8.4.2.1; H 3 § 5.2.3, 5.3.4.2; H 4 § 7.3.1
EHRM 28 november 2002, 58442/00 (<i>Lavents/Letland</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 20 december 2002, 7888/03 (<i>Nikolova & Velichkova/Bulgarije</i>)	H 2 § 4.7; H 4 § 7.2.1, 7.3.3
EHRM 24 april 2003, 24351/94 (<i>Aktaş/Turkije</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 6 mei 2003, 47916/99 (<i>Menson/VK</i>)	H 2 § 4.5.5.1, 4.5.5.2; H 4 § 3.4.2.2, 5.3.5
EHRM 8 juli 2003, 36022/97 (<i>Hatton e.a./VK</i>)	H 2 § 3.5.2, 8.3.4.5, 8.4.4
EHRM 17 juli 2003, 25337/94 (<i>Craxi (Nr. 2)/Italië</i>)	H 2 § 8.6.3
EHRM 4 november 2003, 47244/99 (<i>Novotka/Slowakije</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 4 december 2003, 39272/98 (<i>M.C./Bulgarije</i>)	H 1 § 1, H 2 § 5.2, 5.3.2.2, 5.5.5, 5.6, 5.7, 8.3.2, 8.7, 9.6; H 3 § 4.1; H 4 § 2.3, 3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.1.3, 3.3.2.2, 5.3.3, 5.3.5, 5.3.6, 6.2.4, 6.3.4, 6.3.5
EHRM 9 maart 2004, 61827/00 (<i>Glass/VK</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 24 april 2004, 24351/94 (<i>Aktaş/Turkije</i>)	
EHRM 27 april 2004, 62543/00, (<i>Gorraiz Lizarraga e.a./Spanje</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 1 juni 2004, 24561/94 (<i>Altun/Turkije</i>)	H 2 § 9.5
EHRM 24 juni 2004, 59320/00 (<i>Von Hannover/Duitsland</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 8 juli 2004, 53924/00 (<i>Vo/Frankrijk</i>)	H 2 § 4.3.3; H 4 § 3.4.2.3
EHRM 20 juli 2004, 47940/99 (<i>Balogh/Hongarije</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 28 september 2004, 44912/98 (<i>Kopecký/Slowakije</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 5 oktober 2004, 45508/99 (<i>H.L./VK</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 7 oktober 2004, 47978/99 (<i>Vatan/Rusland</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 26 oktober 2004, 44093/98 (<i>Çelik & İmret/Turkije</i>)	H 4 § 6.3.2
EHRM 2 november 2004, 32446/96 (<i>Yaman/Turkije</i>)	H 4 § 7.2.5
EHRM 9 november 2004, 22494/93 (<i>Hasan İlhan/Turkije</i>)	H 2 § 9.5
EHRM 10 november 2004, 46117/99 (<i>Taşkın e.a./Turkije</i>)	H 2 § 8.2

EHRM 16 november 2004, 4143/02 (<i>Moreno Gómez/Spanje</i>)	H 2 § 3.5.2, 8.3.4.5; H 3 § 5.3.4.2
EHRM 18 november 2004, 58255/00 (<i>Prokopovich/Rusland</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 30 november 2004, 48939/99 (<i>Öneryıldız/Turkije</i>)	H 1 § 1, H § 1, 3.4, 4.3.2.3, 4.3.4, 4.4.2.4, 4.4.2.6, 4.4.3, 4.6, 4.7, 8.3.4.2, 8.3.4.5, 9.1, 9.2, 9.4.2, 9.7; H 3 § 3.1, 5.2.3, 5.3.4.2; H 4 § 2.2, 3.3.1.5, 3.4.2.1, 3.4.2.3, 3.4.2.4, 4.2.1, 5.2, 5.3.2, 6.2.1, 6.3.6, 7.2.1, 7.2.2
EHRM 20 december 2004, 50385/99 (<i>Makaratzis/Griekenland</i>)	H 2 § 4.2, 4.3.2.2, 4.3.4, 4.5.5.2 ; H 4 § 3.4.2.2, 5.3.5
EHRM 4 februari 2005, 46827/99 en 46951/99 (<i>Mamatkulov & Askarov/Turkije</i>)	H 2 § 2.6
EHRM 22 februari 2005, 31914/03 (<i>Rowley/VK</i>)	H 2 § 4.3.3
EHRM 17 maart 2005, 50196/99 (<i>Bubbins/VK</i>)	H 3 § 5.2.3
EHRM 10 mei 2005, 29392/95 (<i>Z. e.a./VK</i>)	H 2 § 8.4.2.1; H 3 § 5.2.3, 5.3.4.2
EHRM 24 mei 2005, 61302/00 (<i>Buzescu/Roemenië</i>)	H 3 § 3.3, 5.3.4.2
EHRM 31 mei 2005, 27305/95 (<i>Koku/Turkije</i>)	H 2 § 7.3.2
EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (<i>Fadeyeva/Rusland</i>)	H 1 § 1, H 2 § 1, 3.6.3, 8.2, 8.4.4
EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (<i>Storck/Duitsland</i>)	H 2 § 7.2, 7.3.4, 8.3.4.4
EHRM 5 juli 2005, 49790/99 (<i>Trubnikov/Rusland</i>)	H 2 § 4.5.2
EHRM 6 juli 2005, 43577/98 (<i>Nachova e.a./Bulgarije</i>)	H 2 § 4.3.2.2, 4.3.4, 4.5.1, 4.5.4, 4.5.5.2, 4.5.5.3; H 4 § 3.4.2.2, 5.1, 5.3.4, 5.3.5
EHRM 26 juli 2005, 35072/97, 37194/97 (<i>Şimşek e.a./Turkije</i>)	H 2 § 4.3.4
EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (<i>Siliadin/Frankrijk</i>)	H 2 § 6.2, 6.3.2, 6.7; H 4 § 2.2; 3.2.1, 3.2.2.4, 6.3.4
EHRM 29 september 2005, 24919/03 (<i>Mathew/Nederland</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 6 oktober 2005, 28299/05 (<i>Nesibe Haran/Turkije</i>)	H 2 § 4.5.5.1
EHRM 6 oktober 2005, 11810/03 (<i>Maurice/Frankrijk</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 25 oktober 2005, 58453/00 (<i>Niedzwiecki/Duitsland</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 1 december 2005, 63252/00 (<i>Păduraru/Roemenië</i>)	H 4 § 2.4
EHRM 15 december 2005, 2333/02 (<i>Trijonis/Litouwen</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 26 januari 2006, 77617/01 (<i>Mikheyev/Rusland</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 14 maart 2006, 11079/02 (<i>B.Č./Slowakije</i>)	H 4 § 5.3.5
EHRM 29 maart 2006, 64897/01 (<i>Ernestina Zullo/Italië</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 4 april 2006, 18944/02 (<i>Corsacov/Moldavië</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 11 juli 2006, 41088/05 (<i>Boicenco/Moldavië</i>)	H 2 § 5.5.4.1, 5.5.4.2
EHRM 13 juli 2006, 38033/02 (<i>Stork/Duitsland</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 27 juli 2006, 69481/01 (<i>Bazorkina/Rusland</i>)	H 2 § 4.5.3, 7.2; H 4 § 5.3.2
EHRM 8 augustus 2006, 34494/97 (<i>H.M./Turkije</i>)	H 2 § 8.6.1, 8.6.2
EHRM 22 augustus 2006, 7352/03 (<i>Beshiri e.a./Albanië</i>)	H 3 § 5.3.4.1, 5.3.4.2
EHRM 3 oktober 2006, 543/03 (<i>McKay/VK</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 5 oktober 2006, 75725/01 (<i>Trocellier/Frankrijk</i>)	H 2 § 8.3.3, 8.3.4.2
EHRM 12 oktober 2006, 13178/03 (<i>Mubilanzila Mayeka & Kaniki Mitunga/België</i>)	H 2 § 5.2, 5.4.2.1, 5.4.2.2; H 3 § 5.3.4.2
EHRM 17 oktober 2006, 52067/99 (<i>Okkali/Turkije</i>)	H 4 § 7.2.5, 7.3.3
EHRM 2 november 2006, 59909/00, AB 2008, 23 (<i>Giacomelli/Italië</i>), m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik	H 2 § 8.3.4.5

EHRM 9 november 2006, 7615/02 (<i>Imakayeva/Rusland</i>)	H 3 § 5.3.4.2, 5.4.3
EHRM 4 januari 2007, 18727/06 (<i>Szula/VK</i>)	H 2 § 5.3.2.2, H 2 § 8.7; H 4 § 3.3.1.3
EHRM 11 januari 2007, 73049/01 (<i>Anheuser-Busch Inc./Portugal</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 6 maart 2007, 27473/02 (<i>Erdoğan Yağız/Turkije</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 12 april 2007, 48130/99 (<i>Ivan Vasilev/Bulgarije</i>)	H 4 § 7.3.2
EHRM 19 april 2007, 63235/00 (<i>Vilho Eskelinen e.a./Finland</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 3 mei 2007, 71156/01 (<i>97 leden van de 'Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses' e.a./Georgië</i>)	H 2 § 5.4.2.2, 5.4.3, 5.5.3; H 4 § 5.2
EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (<i>Ramsahai e.a./Nederland</i>)	H 2 § 4.5.5.2, 4.5.5.2, 4.5.5.2; H 4 § 5.3.3, 5.3.5
EHRM 24 mei 2007, 17060/03 (<i>Zelilof/Griekenland</i>)	H 2 § 5.5.4.3
EHRM 31 mei 2007, 40116/02 (<i>Šečić/Kroatië</i>)	H 2 § 5.3.2.2; H 4 § 5.4.3
EHRM 31 mei 2007, 7510/04 (<i>Kontrová/Slovakije</i>)	H 2 § 3.4; H 3 § 5.2.3, 5.3.4.2
EHRM 26 juli 2007, 55523/00 (<i>Angelova & Iliev/Bulgarije</i>)	H 2 § 4.2, 4.3.2.2, 4.5.5.2; H 4 § 3.4.2.2, 5.1
EHRM 17 september 2009, 10249/03 (<i>Scoppola/Italië</i>)	H 5 § 2.2.3
EHRM 15 november 2007, 22750/02 (<i>Benderskiy/Oekraïne</i>)	H 2 § 8.6.2
EHRM 27 november 2007, 21861/03 (<i>Hamer/België</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 27 november 2007, 32457/04 (<i>Brecknell/VK</i>)	H 4 § 6.3.3
EHRM 6 december 2007, 75520/01 (<i>Kozinets/Oekraïne</i>)	H 4 § 5.3.5
EHRM 10 december 2007, 69698/01 (<i>Stoll/Zwitserland</i>)	H 2 § 8.6.3
EHRM 10 januari 2008, 16064/90, 16065/90, 16066/90 (<i>Varnava e.a./Turkije</i>)	H 2 § 7.5; H 3 § 5.3.2
EHRM 10 januari 2008, 57785/00 (<i>Zlinsat, spol. s r.o./Bulgarije</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 15 januari 2008, 11712/04 (<i>Ceachir/Moldavië</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 17 januari 2008, 59548/00 (<i>Dodov/Bulgarije</i>)	H 2 § 4.3.3; H 5 § 2.3.1
EHRM 24 januari 2008, 48804/99 (<i>Osmanoglu/Turkije</i>)	H 2 § 7.3.2
EHRM 12 februari 2008, 21906/04 (<i>Kafkaris/Cyprus</i>)	H 5 § 2.2.3
EHRM 26 februari 2008, 37664/04 (<i>Fägerskiöld/Zweden</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 28 februari 2008, 37201/06 (<i>Saadi/Italië</i>)	H 2 § 5.2; H 3 § 3.3
EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (<i>Budayeva e.a./Rusland</i>)	H 1 § 1, H 2 § 1, 4.3.2.3, 4.3.4, 4.4.2.4, 4.4.3, 4.5.3, 8.3.4.2, 9.1, 9.4.3, 9.7; H 3 § 3.1, 5.2.3, 5.3.4.2; H 4 § 3.4.2.3, 4.2.3; 5.3.2
EHRM 27 maart 2008, 44009/05 (<i>Shtukaturrov/Rusland</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 13 mei 2008, 19009/04 (<i>McCann/VK</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 27 mei 2008, 26565/05 (<i>N./VK</i>)	H 2 § 3.5.4
EHRM 8 juli 2008, 10226/03 (<i>Yumak & Sadak/Turkije</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 17 juli 2008, 20511/03 (<i>I./Finland</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 14 oktober 2008, 70930/01 (<i>Blumberga/Letland</i>)	H 2 § 2.6, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.5, 9.6; H 4 § 5.3.3, 5.3.5, 5.5.3, 6.2.1, 6.2.2, 6.3.4
EHRM 12 november 2008, 34503/97 (<i>Demir & Baykara/Turkije</i>)	H 2 § 3.3

EHRM 2 december 2008, 2872/02 (<i>K.U./Finland</i>)	H 2 § 8.3.2, 8.6.1, 8.6.2, 8.6.3, 8.7; H 4 § 3.3.1.2, 3.3.1.3, 5.3.3, 5.4.2, 6.5.2
EHRM 15 januari 2009, 46598/06 (<i>Branko Tomašić e.a./Kroatië</i>)	H 2 § 4.3.3; H 4 § 3.4.2.3
EHRM 20 januari 2009, 252/04 (<i>Hîrgău & Arsinte/Roemenië</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 27 januari 2009, 67021/01, <i>AB</i> 2009, 285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, <i>EHRC</i> 2009, 40, m.nt. M. Peeters (<i>Tătar/Roemenië</i>)	H 2 § 8.3.4.2, 8.5, H 3 § 2.7
EHRM 10 februari 2009, 14939/03 (<i>Zolotukhin/Rusland</i>)	H 2 § 2.5
EHRM 18 februari 2009, 55707/00 (<i>Andrejeva/Letland</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 19 februari 2009, 3455/05 (<i>A. e.a./VK</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 5 maart 2009, 77144/01, 35493/05 (<i>Colak & Tsakiridis/Duitland</i>)	H 2 § 4.2, 4.3.3
EHRM 5 maart 2009, 38478/05 (<i>Janković/Kroatië</i>)	H 2 § 8.3.2, 8.7; H 4 § 6.2.3
EHRM 26 maart 2009, 36082/02 (<i>Radionova/Rusland</i>)	H 2 § 8.7
EHRM 9 april 2009, 71463/01 (<i>Šilih/Slovenië</i>)	H 2 § 4.5.1, 4.5.5.1
EHRM 2 juni 2009, 31675/04 (<i>Codarcea/Roemenië</i>)	H 2 § 8.3.3, 8.8; H 3 § 5.2.2
EHRM 9 juni 2009, 33401/02 (<i>Opuz/Turkije</i>)	H 2 § 2.3, 2.5, 5.3.2.2; H 4 § 5.2, 6.2.4, 6.3.5, 7.2.3
EHRM 25 juni 2009, 46423/06 (<i>Beganović/Kroatië</i>)	H 2 § 4.1, 5.5.2, 5.6; H 4 § 7.2.3, 7.2.4
EHRM 7 juli 2009, 58447/00 (<i>Zavoloka/Letland</i>)	H 3 § 5.2.3
EHRM 7 juli 2009, 4860/02 (<i>Leparskiene/Litouwen</i>)	H 4 § 7.3.3
EHRM 8 april 2008, 42942/02 (<i>Ali & Ayşe Duran/Turkije</i>)	H 4 § 7.3.3
EHRM 30 juli 2009, 67336/01 (<i>Danilenkov e.a./Rusland</i>)	H 3 § 3.5
EHRM 15 september 2009, 8227/04 (<i>E. S. e.a./Slovakije</i>)	H 3 § 5.2.3
EHRM 18 september 2009, 16064/90 e.a. (<i>Varnava e.a./Turkije</i>)	H 4 § 7.5
EHRM 29 september 2009, 19221/08 (<i>Van Melle e.a./Nederland</i>)	H 2 § 5.3.3
EHRM 5 november 2009, 1108/02 (<i>Kolevi/Bulgarije</i>)	H 4 § 6.3.1
EHRM 8 december 2009, 49151/07 (<i>Muñoz Díaz/Spanje</i>)	H 3 § 5.3.2
EHRM 15 december 2009, 4314/02 (<i>Kalender/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.2.3; H 4 § 4.2.2
EHRM 15 december 2009, 28634/06 (<i>Maiorano e.a./Italië</i>)	H 2 § 4.4.5
EHRM 17 december 2009, 32704/04 (<i>Denis Vasilyev/Rusland</i>)	H 2 § 5.3.2.3, 5.5.2
EHRM 17 december 2009, 19359/04 (<i>M./Duitsland</i>)	H 4 § 2.2.1, H 5 § 2.2.1
EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (<i>Rantsev/Cuprus & Rusland</i>)	H 2 § 2.4, 2.5, 6.3.1, 6.3.2, 6.4, 6.5, 6.6, 7.2; H 4 § 3.2.1, 5.2, 5.3.4, 5.5.1, 5.5.4, 6.3.4
EHRM 12 januari 2010, 4158/05 (<i>Gillan & Quinton/VK</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 1 maart 2010, 46113/99 e.a. (<i>Demopoulos e.a./Turkije</i>)	H 3 § 3.2
EHRM 2 maart 2010, 38979/03 (<i>Keipenvardeca/Letland</i>)	H 2 § 9.3.2
EHRM 23 maart 2010, 4864/05 (<i>Oyal/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.3; H 3 § 5.2.1, 5.2.2
EHRM 29 maart 2010, 3394/03 (<i>Medvedyev e.a./Frankrijk</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 29 maart 2010, 34044/02 (<i>Depalle/Frankrijk</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 20 mei 2010, 61260/08 (<i>Oluić/Kroatië</i>)	H 2 § 8.3.4.5

EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (<i>Gäfgen/Duitsland</i>)	H 2 § 5.1, 5.2; H 4 § 7.3.3, 7.5.2
EHRM 2 september 2010, 17185/02 (<i>Fedina/Oekraïne</i>)	H 2 § 4.3.3, 4.4.2.4
EHRM 14 oktober 2010, 55164/08 (<i>A./Kroatië</i>)	H 2 § 4.4.5
EHRM 25 november 2010, 43449/02, 21475/04 (<i>Mileva e.a./Bulgarije</i>)	H 2 § 8.3.4.5
EHRM 30 november 2010, 2660/03 (<i>Hajduová/Slowakije</i>)	H 2 § 8.4.2.1
EHRM 2 december 2010, 12853/03 (<i>Atanasov/Bulgarije</i>)	H 2 § 8.2; H 3 § 3.1
EHRM 14 december 2010, 44614/07 (<i>Milanović/Servië</i>)	H 2 § 5.4.2.2, 5.4.3
EHRM 21 januari 2011, 30696/09 (<i>M.S.S./België & Griekenland</i>)	H 2 § 5.2
EHRM 27 januari 2011, 1355/04 (<i>Dichev/Bulgarije</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 1 februari 2011, 19506/05 (<i>Ebcin/Turkije</i>)	H 2 § 8.6.4.2
EHRM 10 februari 2011, 44973/04 (<i>Premiininy/Rusland</i>)	H 2 § 5.4.3
EHRM 10 februari 2011, 30499/03 (<i>Dubetska e.a./Ukraiïne</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 24 maart 2011, 23458/02 (<i>Giuliani & Gaggio/Italië</i>)	H 2 § 4.1, 4.5.3; H 4 § 5.3.3, 7.2.1
EHRM 3 mei 2011, 1503/02 (<i>Khamzayev e.a./Rusland</i>)	H 2 § 9.3.2
EHRM 24 mei 2011 23302/03 (<i>Anna Todorova/Bulgarije</i>)	H 2 § 4.3.3, 4.5.2, 4.5.5.1
EHRM 31 mei 2011, 21789/02 (<i>Derman/Turkije</i>)	H 4 § 7.2.5, 7.3.3
EHRM 14 juni 2011, 19776/04 (<i>Ciechońska/Polen</i>)	H 2 § 4.3.4
EHRM 14 juni 2011, 30812/07 (<i>Trévalec/België</i>)	H 2 § 4.2
EHRM 7 juli 2011, 55721/07 (<i>Al-Skeini e.a./VK</i>)	H 2 § 4.5.2; H 4 § 5.3.4
EHRM 26 juli 2011, 9718/03 (<i>Georgel & Georgeta Stoicescu/Roemenië</i>)	H 2 § 8.3.3, H 2 § 8.4.3, 8.6.2
EHRM 20 september 2011, 17854/04 (<i>Shesti Mai Engineering OOD e.a./Bulgarije</i>)	H 2 § 9.3.2
EHRM 27 september 2011, 29032/04 (<i>M. & C./Roemenië</i>)	H 2 § 8.3.2, H 2 § 8.6.5; H 4 § 3.3.1.2, 6.2.4
EHRM 3 november 2011, 28096/04 (<i>Antonov/Oekraïne</i>)	H 2 § 4.3.3, 4.3.4, 4.5.5.1; H 3 § 2.2.2
EHRM 3 november 2011, 57813/00 (<i>S.H. e.a./Oostenrijk</i>)	H 2 § 3.3
EHRM 8 november 2011, 18968/07 (<i>V.C./Slowakije</i>)	H 2 § 5.2, 5.3.2.2, 5.3.3, 5.5.2, 5.5.4.1
EHRM 22 november 2011, 24202/10 (<i>Zammit Maempel/Malta</i>)	H 1 § 1, H 2 § 1, 8.3.4.5
EHRM 20 december 2011, 18299/03, 27311/03 (<i>Finogenov e.a./Rusland</i>)	H 2 § 4.4.2.6, H 3 § 2.8.3.1
EHRM 10 januari 2012, 30765/08 (<i>di Sarno e.a./Italië</i>)	H 2 § 8.2, 8.3.4.2
EHRM 17 januari 2012, 46846/08 (<i>Choreftakis & Choreftaki/Griekenland</i>)	H 2 § 4.4.5
EHRM 17 januari 2012, 36760/06 (<i>Stanev/Bulgarije</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 14 februari 2012, 31965/07 (<i>Hardy & Maile/VK</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 23 februari 2012, 29226/03 (<i>Creangă/Roemenië</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 28 februari 2012, 17423/05 e.a. (<i>Kolyadenko e.a./Rusland</i>)	H 1 § 1, H 2 § 1, 4.2, 4.3.2.3, 4.3.4, 4.4.3, 4.5.2, 4.5.3, 8.4.2.3, 9.4.2; H 3 § 5.3.4.2; H 4 § 3.4.2.3; 4.2.3
EHRM 13 maart 2012, 2694/08 (<i>Reynolds/VK</i>)	H 3 § 5.2.3

EHRM 15 maart 2012, 39692/09, 40713/09, 41008/09 (<i>Austin e.a./VK</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 20 maart 2012, 26692/05 (<i>C.A.S. & C.S./Roemenië</i>)	H 4 § 3.3.1.3
EHRM 3 april 2012, 54522/00 (<i>Kotov/Rusland</i>)	H 2 § 9.3.1, 9.3.3, 9.5
EHRM 10 april 2012, 19986/06 (<i>Ilbeyi Kemaloğlu & Meriye Kemaloğlu/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.3, 4.4.2.3; H 5 § 2.3.1
EHRM 24 april 2012, 57693/10 (<i>Kaluczsa/Hongarije</i>)	H 2 § 8.3.4.3
EHRM 15 mei 2012, 15966/04 (<i>I.G./Moldavië</i>)	H 2 § 5.5.5; H 4 § 5.3.6
EHRM 15 mei 2012, 20701/09 (<i>Hadzhiyska/Bulgarije</i>)	H 2 § 9.4.3
EHRM 29 mei 2012, 42150/09 (<i>Bjedov/Kroatië</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 7 juni 2012, 38433/09 (<i>Centro Europa 7 S.r.l. & Di Stefano/Italië</i>)	H 2 § 9.2
EHRM 3 juli 2012, 61654/08, EHRC 2012, 206 (<i>Martinez Martinez & Pino Manzano/Spanje</i>), m.nt. A.E.M. Leijten	H 2 § 8.3.4.5
EHRM 24 juli 2012, 41526/10 (<i>Dorđević/Kroatië</i>)	H 2 § 5.4.2.1
EHRM 24 juli 2012, 42418/10 (<i>D.J./Kroatië</i>)	H 2 § 8.6.4.2; H 4 § 3.3.1.1
EHRM 31 juli 2012, 19433/07 (<i>Tyagunova/Rusland</i>)	H 2 § 8.6.4.3
EHRM 18 september 2012, 2912/11 (<i>Kowal/Polen</i>)	H 2 § 8.8
EHRM 2 oktober 2012, 7259/03 (<i>Mitkus/Letland</i>)	H 2 § 5.5.2
EHRM 11 oktober 2012, 67724/09 (<i>C.N. & V./Frankrijk</i>)	H 2 § 6.2, 6.3.2, 6.4, 6.5; H 4 § 5.3.3
EHRM 23 oktober 2012, 10601/09 (<i>Irene Wilson/VK</i>)	H 4 § 7.3.3
EHRM 30 oktober 2012, 32520/09 (<i>Ghimp e.a./Moldavië</i>)	H 3 § 5.3.4.2
EHRM 13 november 2012, 15966/04 (<i>I.G. e.a./Slowakije</i>)	H 2 § 5.5.4.1
EHRM 13 november 2012, 4239/08 (<i>C.N./VK</i>)	H 2 § 6.3.2, 6.5
EHRM 4 december 2012, 19400/11 (<i>R.R. e.a./Hongarije</i>)	H 2 § 4.2
EHRM 6 december 2012, 12323/11 (<i>Michaud/Frankrijk</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 11 december 2012, 29525/10 (<i>Remetin/Kroatië</i>)	H 2 § 8.3.2
EHRM 13 december 2012, 39630/09 (<i>El-Masri/voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië</i>)	H 2 § 7.5, 8.2; H 4 § 5.3.3
EHRM 18 december 2012, 16761/09 (<i>G.B. & R.B./Moldavië</i>)	H 3 § 5.2.1, 5.2.2
EHRM 15 januari 2013, 8759/05 (<i>Csoma/Roemenië</i>)	H 2 § 8.6.2
EHRM 15 januari 2013, 8455/06 (<i>Miltayev & Meltayeva/Rusland</i>)	H 2 § 9.3.2
EHRM 29 januari 2013, 13072/05 (<i>Roman/Finland</i>)	H 4 § 6.2.4
EHRM 14 maart 2013, 28005/08 (<i>Salakhov & Islyamova/Oekraïne</i>)	H 2 § 4.4.4
EHRM 26 maart 2013, 33234/07 (<i>Valiulienė/Litouwen</i>)	H 4 § 7.2.4
EHRM 9 april 2013, 13423/09 (<i>Şentürk/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.2.3
EHRM 18 april 2013, 7075/10 (<i>Ageyevy/Rusland</i>)	H 2 § 8.3.2, 8.6.4.2
EHRM 25 april 2013, 36337/10 (<i>M.S./Kroatië</i>)	H 2 § 8.7; H 4 § 6.2.3
EHRM 11 juni 2013, 65542/12 (<i>Stichting Moeders van Srebrenica e.a./Nederland</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 13 juni 2013, 24402/07 (<i>Vasylchuk/Oekraïne</i>)	H 2 § 8.6.2
EHRM 1 augustus 2013, 11554/07 e.a. (<i>Kaykharova e.a./Rusland</i>)	H 3 § 5.3.3, 5.4.3

EHRM 21 oktober 2013, 55508/07, 29520/09 (<i>Janowiec e.a./Turkije</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 29 oktober 2013, 11160/07 (<i>D.F./Letand</i>)	H 2 § 5.4.3
EHRM 12 november 2013, 5786/08 (<i>Söderman/Zweden</i>)	H 2 § 8.3.2, 8.3.3, 8.7, 8.8; H 4 § 3.3.1.2, 3.3.1.3, 3.3.1.6, 6.2.1
EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10 (<i>Vilnes e.a./Noorwegen</i>)	H 2 § 4.3.4, 8.3.4.2, H 3 § 2.7
EHRM 12 december 2013, 39544/05 (<i>Zagrebačka banka/Kroatië</i>)	H 2 § 9.5
EHRM 14 januari 2014, 8656/10 (<i>Kasap e.a./Turkije</i>)	H 4 § 7.3.2; H 4 § 7.3.3
EHRM 21 januari 2014, 48754/11 (<i>Placi/Italië</i>)	H 2 § 5.3.4
EHRM 28 januari 2014, 35810/09 (<i>O'Keeffe/Ierland</i>)	H 2 § 5.3.4; H 3 § 3.3; H 4 § 5.3.4, 5.5.2
EHRM 28 januari 2014, 54241/08 (<i>Camekan/Turkije</i>)	H 2 § 4.5.5.2; H 4 § 5.3.5
EHRM 4 februari 2014, 33647/04 (<i>Oruk/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.2.3; H 4 § 4.2.2
EHRM 20 februari 2014, 42119/04 (<i>Firstov/Rusland</i>)	H 2 § 5.2.2
EHRM 11 maart 2014, 60441/13, 68206/13, 68667/13 (<i>Gürtekin e.a./Turkije</i>)	H 4 § 6.3.3
EHRM 12 maart 2014, 26828/06 (<i>Kurić e.a./Slovenië</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 24 april 2014, 39583/05 (<i>Perevedentsevy/Rusland</i>)	H 2 § 4.4.4
EHRM 5 juni 2014, 12317/06 (<i>Akopyan/Oekraïne</i>)	H 2 § 7.3.2, 7.3.3, 7.5
EHRM 12 juni 2014, 57856/11 (<i>Jelić/Kroatie</i>)	H 4 § 7.2.4
EHRM 1 juli 2014, 41694/07 (<i>Isaković Vidović/Servië</i>)	H 2 § 8.3.2
EHRM 17 juli 2014, 47848/08 (<i>Centre for Legal Resources uit naam van Valentin Câmpeanu/Roemenië</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 21 juli 2020, 31434/15 (<i>Vanyo Todorov/Bulgarije</i>)	H 3 § 5.2.3
EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (<i>Brincat e.a./Malta</i>)	H 2 § 4.3.4, 4.4.3, 4.5.2, 8.4.1, 8.4.2.3; H 3 § 5.2.3, 5.3.4.2
EHRM 24 juli 2014, 7511/13 (<i>Husayn (Abu Zubaydah)/Polen</i>)	H 2 § 7.5
EHRM 2 september 2014, 7175/06, 8710/06 (<i>Zuban & Hamidović/Bosnië en Herzegovina</i>)	H 4 § 6.3.3
EHRM 4 september 2014, 42488/02 (<i>Dzemyuk/Oekraïne</i>)	H 2 § 8.2
EHRM 17 september 2014, 10865/09, 45886/07, 32431/08 (<i>Mocanu e.a./Roemenië</i>)	H 2 § 5.5.1; H 4 § 6.2.4
EHRM 18 september 2014, 74448/12 (<i>Bljakaj e.a./Kroatië</i>)	H 2 § 4.4.4
EHRM 23 september 2014, 24453/04 (<i>S.B./Roemenië</i>)	H 2 § 8.6.2, 8.6.4.1
EHRM 23 september 2014, 62279/09 (<i>Atiman/Turkije</i>)	H 2 § 4.5.5.1
EHRM 13 november 2014, 3621/07 (<i>Durmaz/Turkije</i>)	H 2 § 4.5.5.3; H 4 § 5.3.5
EHRM 20 november 2014, 47708/08 (<i>Jaloud/Nederland</i>)	H 4 § 4.2.1
EHRM 15 januari 2015, 62198/11 (<i>Kuppinger/Duitsland</i>)	H 3 § 2.4
EHRM 27 januari 2015, 36925/10 (<i>Neshkov e.a./Bulgarije</i>)	H 3 § 2.4
EHRM 27 januari 2015, 24109/07 (<i>Genç/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.2.3
EHRM 24 maart 2015, 2959/11 (<i>Helsinki Committee on behalf of Ionel Garcea/Roemenië</i>)	H 3 § 5.3.3

EHRM 7 april 2015, 6884/11 (<i>Cestaro/Italië</i>)	H 2 § 5.7; H 4 § 6.2.4
EHRM 14 april 2015, 24014/05 (<i>Mustafa Tunç & Fecire Tunç/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.3, 4.5.5.1
EHRM 27 mei 2015, 4455/10 (<i>Marguš/Kroatië</i>)	H 4 § 6.2.4, 7.2.5
EHRM 4 juni 2015, 51637/12 (<i>Chitos/Griekenland</i>)	H 2 § 6.2
EHRM 23 juni 2015, 20620/10 (<i>Ercan/Bozkurt/Turkije</i>)	H 2 § 4.4.5
EHRM 30 juni 2015, 32086/07 (<i>Altuğ e.a./Turkije</i>)	H 2 § 4.3.4
EHRM 28 september 2015, 23380/09 (<i>Bouyid/België</i>)	H 2 § 5.2, 5.5.1
EHRM 13 oktober 2015, 11327/14 & 11613/14 (<i>Haász & Szabó/Hongarije</i>)	H 2 § 4.2
EHRM 17 november 2015, 14350/05, 15245/05, 16051/05 (<i>M. Özel e.a./Turkije</i>)	H 2 § 4.3.2.3
EHRM 15 december 2015, 38435/13 (<i>B.V. e.a./Kroatië</i>)	H 2 § 8.3.3
EHRM 21 januari 2016, 71545/12 (<i>L.E./Griekenland</i>)	H 2 § 6.3.2, 6.4, 6.7; H 4 § 5.5.4
EHRM 23 februari 2016, 44883/09 (<i>Nasr & Ghali/Italië</i>)	H 2 § 4.7; H 4 § 7.1
EHRM 15 maart 2016, 61495/11 (<i>M.G.C./Roemenië</i>)	H 2 § 5.5.5; H 4 § 2.4, 3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.1.4, 3.3.2.2, 5.3.6, 6.3.5
EHRM 23 maart 2016, 43611/11 (<i>F.G./Zweden</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 30 maart 2016, 5878/08 (<i>Armani Da Silva/VK</i>)	H 2 § 4.6; H 4 § 6.2.1, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3
EHRM 31 maart 2016, 30808/11 (<i>A, B & C/Letland</i>)	H 2 § 8.3.3; H 4 § 3.3.1.1, 3.3.1.3, 3.3.1.5, 3.3.1.6, 5.3.6
EHRM 12 april 2016, 64602/12 (<i>R.B./Hongarije</i>)	
EHRM 26 april 2016, 10511/10 (<i>Murray/Nederland</i>)	H 4 § 7.2.5
EHRM 24 mei 2016, 36934/08 (<i>I.C./Roemenië</i>)	H 2 § 5.5.5; H 4 § 3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.2.2, 5.3.6, 5.5.2, 6.3.5
EHRM 13 september 2016, 25163/08, 2681/10 en 71872/13 (<i>Noveski e.a./Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië</i>)	H 2 § 8.3.3
EHRM 14 oktober 2016, 69546/12 (<i>Cevrioğlu/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.4; H 3 § 2.6.2, 3.1
EHRM 17 januari 2017, 10851/13 (<i>Király & Dömötör/Hongarije</i>)	H 2 § 8.6.4.1
EHRM 17 januari 2017, 58216/12 (<i>J. e.a./Oostenrijk</i>)	H 2 § 6.3.2
EHRM 23 februari 2017, 43395/09 (<i>De Tommaso/Italië</i>)	H 2 § 7.2
EHRM 2 maart 2017, 41237/14 (<i>Talpis/Italië</i>)	H 2 § 5.5.4.2
EHRM 28 maart 2017, 25536/14 (<i>Škorjanec/Kroatië</i>)	H 2 § 5.3.2.2
EHRM 30 maart 2017, 21884/15 (<i>Chowdury e.a./Griekenland</i>)	H 2 § 6.2, 6.4; H 4 § 3.2.1
EHRM 13 april 2017, 26562/07 e.a. (<i>Tagayeva e.a./Rusland</i>)	H 2 § 4.4.3, 4.4.5; H 4 § 4.2.3, 5.2
EHRM 6 juni 2017 (<i>Erdinç Kurt e.a./Turkije</i>)	H 2 § 8.3.3
EHRM 6 juni 2017, 9441/10 (<i>Sinim/Turkije</i>)	H 2 § 4.3.2.3; H 4 § 3.4.2.4
EHRM 13 juli 2017, 38342/05 (<i>Jugheli e.a./Georgië</i>)	H 2 § 8.3.4.5
EHRM 5 september 2017, 37795/13 (<i>Tekin & Arslan/België</i>)	H 2 § 4.3.4, 4.4.4
EHRM 19 september 2017, 28678/10 (<i>Binnur Uzun e.a./Turkije</i>)	H 3 § 2.6.2
EHRM 3 oktober 2017, 23022/13 (<i>D.M.D./Roemenië</i>),	H2 § 3.3.1.3
EHRM 24 oktober 2017, 57818/10 e.a. (<i>Tibet Mentesh e.a./Turkije</i>)	H 2 § 6.2; H 4 § 3.2.1

EHRM 9 november 2017, 47274/15 (<i>Hentschel & Stark/Duitsland</i>)	H 2 § 5.5.4.2
EHRM 12 december 2017, 40167/06 (<i>Sargsyan/Azerbaidjan</i>)	H 3 § 3.3
EHRM 19 december 2017, 56080/13 (<i>Lopes de Sousa Fernandes/Portugal</i>)	H 2 § 4.3.2.3, 4.4.2.4, 4.5.4
EHRM 1 februari 2018, 54227/14 (<i>V.C./Italië</i>)	H 2 § 5.4.2.1
EHRM 8 maart 2018, 44154/14 (<i>R.Š./Letland</i>)	H 2 § 4.3.4
EHRM 21 juni 2018, 36083/16 (<i>Semache/Frankrijk</i>)	H 2 § 4.5.5.1
EHRM 19 juli 2018, 18419/13 (<i>Hovhannisyan/Armenië</i>)	H 2 § 4.5.5.2
EHRM 19 juli 2018, 58240/08 (<i>Sarishvili-Bolkvadze/Georgië</i>)	H 2 § 4.3.3; H 3 § 5.2.2, 5.2.3
EHRM 4 september 2018, 72781/12 (<i>Yirdem e.a./Turkije</i>)	H 2 § 4.3.3
EHRM 30 oktober 2018, 22677/10 (<i>Kurşun/Turkije</i>)	H 2 § 9.5
EHRM 6 november 2018, 27821/16 (<i>Milićević/Montenegro</i>)	H 2 § 8.4.2.2
EHRM 18 december 2018, 15014/11 (<i>Hasan Köse/Turkije</i>)	H 4 § 7.3.3
EHRM 15 januari 2019, 1128/16 (<i>Gjini/Servië</i>)	H 2 § 5.5.4.3
EHRM 17 januari 2019, 22457/16 (<i>X e.a./Bulgarije</i>)	H 2 § 5.4.2.1
EHRM 23 januari 2019, 78103/14 (<i>Fernandes de Oliveira/Portugal</i>)	H 2 § 4.3.4
EHRM 24 januari 2019, 54414/13, 54264/15 (<i>Cordella e.a./Italië</i>)	H 2 § 8.3.4.5
EHRM 29 januari 2019, 36925/07 (<i>Güzelyurtlu e.a./Cyprus & Turkey</i>)	H 4 § 5.5.4
EHRM 19 maart 2019, 49089/10 (<i>E.B./Roemenië</i>)	H 2 § 5.5.5
EHRM 25 juni 2019, 41720/13 (<i>Nicolae Virgiliu Tănase/Roemenië</i>)	H 2 § 4.3.4
EHRM 4 juli 2019, 62903/15 (<i>Kurt/Oostenrijk</i>)	H 2 § 4.4.2.3
EHRM 9 juli 2019, 41261/17 (<i>Volodina/Rusland</i>)	H 2 § 5.3.2.2
EHRM 18 juli 2019, 40311/10 (<i>T.I. e.a./Griekenland</i>)	H 2 § 6.3.3
EHRM 27 augustus 2019, 32631/09, 53799/12 (<i>Magnitskiy e.a./Rusland</i>)	H 2 § 4.5.5.3
EHRM 5 september 2019, 20147/15 (<i>Olewnik-Cieplińska and Olewnik/Polen</i>)	H 2 § 4.4.2.1
EHRM 31 oktober 2019, 21613/16 (<i>Ulemek/Kroatië</i>)	H 3 § 2.4
EHRM 11 februari 2020, 15613/10 (<i>Vovk en Bogdanov/Rusland</i>)	H 2 § 4.5.2
EHRM 11 februari 2020, 56867/15 (<i>Buturugă/Roemenië</i>)	H 2 § 5.3.2.2
EHRM 25 februari 2020, 72065/17 (<i>Abukauskai/Litouwen</i>)	H 2 § 9.5
EHRM 7 mei 2020, 43881/10 (<i>Vardosanidze/Georgië</i>)	H 2 § 4.3.4
EHRM 26 mei 2020, 999/19 (<i>Aftanache/Roemenië</i>)	H 2 § 4.5.5.1
EHRM 4 juni 2020, 15343/15, 16806/15 (<i>Association Innocence and Danger/Frankrijk</i>)	H 3 § 5.3.3
EHRM 25 juni 2020, 60561/14 (<i>S.M./Kroatië</i>)	H 2 § 6.2, 6.5
EHRM 30 juni 2020, 23405/16 (<i>S.F./Zwitserland</i>)	H 2 § 4.4.4
EHRM 4 augustus 2020, 48756/14 (<i>Tërshana/Albanië</i>)	H 2 § 4.5.5.3
EHRM 17 september 2020, 62439/12 (<i>Kotilainen e.a./Finland</i>)	H 2 § 4.4.2.1, 4.4.5

HR 31 december 1915, <i>NJ</i> 1916, p. 407 (<i>Guldemon/Noordwijkerhout</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 17 januari 1958, <i>NJ</i> 1961/568 (<i>Beukers/Dorenbos</i>)	H 3 § 4.2
HR 22 maart 1960, <i>NJ</i> 1969/316 (<i>Pocketbooks II</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 27 januari 1961, <i>NJ</i> 1963/248 (<i>Van den Bergh/Staat</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 5 november 1965, <i>NJ</i> 1966/136 (<i>Kelderluik</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 5 mei 1972, <i>NJ</i> 1973/17 (<i>Bijstandswet</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 22 november 1974, <i>NJ</i> 1975/149 (<i>Struikelende broodbezorger</i>)	H 3 § 2.5.5; H 5 § 3.4.4.3
HR 24 oktober 1978, <i>NJ</i> 1979/52 (<i>Cito-arrest</i>)	H 4 § 3.4.3.1
HR 1 juli 1983, <i>NJ</i> 1984/360 (<i>LSV</i>)	
HR 16 mei 1986, <i>NJ</i> 1986/723 (<i>Heesch/Van de Akker</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 16 mei 1986, <i>NJ</i> 1987/251 (<i>Landbouwwliegers</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 26 september 1986, <i>NJ</i> 1987/253 (<i>Staat/Hoffmann-La Roche</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 30 januari 1987, <i>NJ</i> 1988/89 (<i>Blaricum/Roozen</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 30 januari 1987, <i>NJ</i> 1988/90 (<i>Nibourg/Zuidwolde</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 11 november 1988, <i>NJ</i> 1990/563 (<i>Ekro/Staat</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 14 april 1989, <i>NJ</i> 1989/469 (<i>Harmonisatiewet</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 21 april 1998, <i>NJ</i> 1998/781 (<i>Tongzoen I</i>)	H 4 § 3.3.2.2
HR 31 mei 1991, <i>NJ</i> 1993/112 (<i>Van Gog/Nederweert</i>), m.nt. C.J.H. Brunner	H 3 § 2.2.1
HR 12 juni 1992, <i>NJ</i> 1993/113 (<i>BVB/Boulogne</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 9 oktober 1992, <i>NJ</i> 1994/535 (<i>Des-zaak</i>)	H 3 § 3.5
HR 12 februari 1993, <i>NJ</i> 1993/524 (<i>M/Staat</i>)	H 3 § 2.8.3.3
HR 19 februari 1993, <i>AB</i> 1993/305 (<i>Aruba/Lopez</i>)	H 3 § 2.3.2
HR 18 juni 1993, <i>NJ</i> 1993/642 (<i>Sint Oedenrode/Van Aarle</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 25 juni 1993, <i>NJ</i> 1993/686 (<i>De Schelde I</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 25 januari 1994, <i>NJ</i> 1994/598 (<i>Volkel</i>)	H 4 § 4.3.1
HR 22 februari 1994, <i>NJ</i> 1994/379 (<i>Penetratie met één of enkele vingers</i>)	H 4 § 3.3.2.2
HR 30 september 1994, <i>NJ</i> 1996/196 (<i>Staat/Shell</i>)	H 3 § 2.5.2
HR 29 november 1994, <i>NJ</i> 1995/201 (<i>Centrale deurvergrendeling</i>)	H 4 § 3.3.2.2
HR 2 december 1994, <i>NJ</i> 1995/288 (<i>Poot/ABP</i>)	H 3 § 4.2
HR 13 januari 1995, <i>NJ</i> 1997/366 (<i>Ontvanger/Bos</i>)	H 3 § 5.4.4.4
HR 7 april 1995, <i>AB</i> 1995/541 (<i>Smit/Staat</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 10 mei 1995, <i>NJ</i> 1986/5	H 3 § 2.8.3.3
HR 2 juni 1995, <i>NJ</i> 1997/164 (<i>Aharchi/Staat</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 13 juni 1995, DD 95.387	H 4 § 3.3.2.2
HR 6 oktober 1995, <i>NJ</i> 1998/190 (<i>Ongeval bij training turnen</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 23 april 1996, <i>NJ</i> 1996/513 (<i>Pikmeer I</i>)	H 4 § 4.3.2
HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342 (<i>Pikmeer II</i>)	H 4 § 4.3.1, 4.3.2
HR 23 januari 1998, <i>NJ</i> 1998/366 (<i>X/Stichting Algemene FIOM-Hulpverlening</i>)	H 3 § 5.4.4.4
HR 24 maart 1998, <i>NJ</i> 1998/534 (<i>Misleiding tijdens halfslaap</i>)	H 4 § 3.3.2.2
HR 30 juni 1998, <i>NJ</i> 1998/819 (<i>Gouden Bodem</i>)	H 4 § 4.3.1
HR 2 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999/683 (<i>De Schelde II</i>)	H 3 § 2.5.3

HR 8 januari 1999, NJ 1999/319 (<i>Waterschap West-Friesland/Kaagman</i>)	H 3 § 2.6.3
HR 18 mei 1999, NJ 1999/541	H 4 § 3.3.2.2
HR 19 november 1999, NJ 2000, 160 (<i>Tegelen/Limburg</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 14 april 2000, NJ 2000/713 (<i>Kooren-Maritiem/Staat</i>), m.nt. A.R. van Bloembergen	H 3 § 2.3.1, 2.3.2
HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337 (<i>B./C.</i>)	H 3 § 5.4.2
HR 22 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2237 (<i>Restaurant Boeddha</i>)	H 3 § 2.6.2
HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7309 (<i>Redelijke termijn I</i>)	H 4 § 7.5.2
HR 12 oktober 2001, NJ 2001/636 (<i>Staat/Siemons</i>)	H 3 § 2.2.1
HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5302 (<i>Van den Berg/Waterschap De Oude Rijnstromen</i>)	H 3 § 2.6.2
HR 16 november 2001, NJ 2002/469 (<i>NVV/Staat</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493 (<i>Wet herstructurering varkenshouderij</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356 (<i>Taxibus</i>)	H 3 § 5.4.3, 5.4.4.4
HR 14 juni 2002, NJ 2003/428 (<i>Interpolis/Obragas</i>)	H 3 § 2.6.3
HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5162 (<i>Legionellabesmetting</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067 (<i>V./Branderhorst</i>)	H 3 § 5.4.2
HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606 (<i>Beliën/Provincie Noord-Brabant</i>)	H 3 § 5.4.4.4
HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0341 (<i>Wateringen/GIK</i>)	H 3 § 2.5.1
HR 30 januari 2004, NJ 2004/270 (<i>Poppelaars/Waterschap Mark en Weerij</i>)	H 3 § 2.6.3
HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 (<i>Afvoerpijp</i>)	H 4 § 7.5.2
HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (<i>Duwbak Linda</i>)	H 3 § 4.1, 4.2, 4.3
HR 28 mei 2004, NJ 2005/105 (<i>Jetblast</i>)	H 3 § 2.5.3, 2.6.3
HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (<i>Oosterparkrellen</i>)	H 3 § 5.4.4.4
HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP8469	H 4 § 4.4
HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (<i>Wrongful life</i>)	H 3 § 5.4.4.4
HR 16 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6089 (<i>Pruisken/Organice</i>)	H 3 § 5.4.4.3
HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092 (<i>Nefalit/Karamus</i>)	H 3 § 3.5
HR 7 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU6934 (<i>Bildtpollen/Miedema</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 9 juni 2006, JA 2006/99 (<i>Tunneltracé</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077 (<i>DNB/Vie d'Or</i>)	H 3 § 4.3
HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (<i>Chinese horeca</i>)	H 4 § 3.2.2.2, 3.2.3.1, 3.2.3.2
HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317 (<i>Astrazeneca e.a./Menzis e.a.</i>)	H 3 § 4.2
HR 12 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7767 (<i>Ambulancechef</i>)	H 4 § 3.3.2.2
HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751 (<i>Iraanse vluchtelingen</i>)	H 3 § 4.2
HR 13 juli 2007, NJ 2007/504 (<i>Barneveld/Gasunie</i>)	H 3 § 2.2.1, 2.2.3

HR 18 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6575 (<i>Gemeente Zederik</i>)	H 4 § 4.3.1
HR 1 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5013	H 4 § 4.4
HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2598 (<i>Barneveld/Sierkstra</i>)	H 3 § 2.2.3
HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5725 (<i>Naakte massage door stiefvader</i>)	H 4 § 3.3.2.2, 3.3.2.3
HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079	H 4 § 7.5.2
HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (<i>World Online</i>)	H 3 § 3.5
HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262 (<i>Vuurwerkkramp Enschede</i>)	H 3 § 2.5.5, 2.6.3
HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095 (<i>Hangmat</i>)	H 3 § 4.2
HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1943 (<i>Fierensmarge</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (<i>Wilnis</i>)	H 3 § 2.5.5
HR 29 april 2011, NJ 2011/406 (<i>Melchemie/Delbanco c.s.</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141 (<i>Doorbreking verschoningsrecht bij niet natuurlijke dood verpleegd persoon</i>)	H 4 § 5.7
HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9301	H 4 § 4.4
HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519 (<i>Blauw oog</i>)	H 3 § 5.4.4.4
HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910 (<i>Enveloppen in kluis</i>)	H 4 § 6.5.3; H 5 § 3.3
HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 (<i>Onbevoegde hulpofficier</i>)	H 4 § 7.5.2
HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653 (<i>Tongzoen II</i>)	H 4 § 3.3.2.2
HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3627 (<i>Vader en dochter</i>)	H 4 § 3.3.2.2
HR 26 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2218	H 4 § 7.5.2
HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47 (<i>Martina/Curaçao</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765 (<i>Probo Koala</i>)	H 4 § 4.3.1
HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:917 (<i>Hondenbelasting</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1749	H 4 § 3.4.3.1
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (<i>Reaal/Deventer</i>)	H 3 § 2.5.5
HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (<i>Vrijstelling rookverbod kleine cafés</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723 (<i>Gemiste vakantie</i>)	H 3 § 2.3.1
HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309 (<i>Laten invoeren hasj</i>)	H 4 § 3.2.3.2
HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:529	H 4 § 3.2.2.2
HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554 (<i>Afsluiten van telefoonabonnementen</i>)	H 4 § 3.2.3.3
HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (<i>Tennet c.s./ABB c.s.</i>)	H 3 § 5.4.4.2
HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2283 (<i>Vennemans/Nijmegen</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842	H 4 § 6.5.3

HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (<i>Asbestziekte</i>)	H 3 § 2.6.2, 2.6.3, 4.2
HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (<i>JMV/Zürich</i>)	H 3 § 2.5.3
HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236 (<i>Stichtse Vecht</i>)	H 4 § 4.4
HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (<i>EBI</i>)	H 3 § 5.4.4.4
HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (<i>Aardbevingsschade Groningen</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1, 2.2.3, 2.5.4, 2.8.2, 2.8.3.2, 2.8.3.3, 5.4.4.4; H 5 § 3.4.2
HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (<i>Mothers of Srebrenica</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1, 2.8.2, 2.8.3.1
HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (<i>Schietincident Alphen aan den Rijn</i>)	H 3 § 4.3
HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (<i>Urgenda</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1, 2.3.2, 2.4, 2.7, 2.8.2, 2.8.3.2, 2.8.3.3
HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465 (<i>Woninginbraak</i>)	H 3 § 5.4.4.4
HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:492	H 4 § 3.2.3.2
EHRM 2 juni 2020, 48442/16, 48831/16 (<i>A en B/Roemenië</i>)	H 2 § 119
HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889	H 4 § 7.5.2
HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890	H 4 § 7.5.2

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 9 augustus 1990, <i>BR</i> 1991, p. 308 (<i>Astrid Sterkenburg</i>)	H 3 § 2.6.3
Hof Arnhem 12 mei 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF8393	H 4 § 4.4
Hof Arnhem 12 mei 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF8394	H 4 § 4.4
Hof Arnhem 12 mei 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF8395	H 4 § 4.4
Hof Arnhem 23 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7956 (<i>Vuurwerkkramp Enschede</i>)	H 4 § 4.3.1, 4.4
ECLI:NL:GHARN:2007:AZ9763 (<i>Eternit</i>)	H 3 § 2.5.3
Hof Amsterdam 25 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504 (<i>Legionellabesmetting</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1, 2.3.2
Hof Den Bosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3000 (<i>Chinese horeca</i>)	H 4 § 3.2.3.1
Hof Den Haag 30 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF1789 (<i>Vuurwerkkramp Enschede</i>)	H 3 § 2.5.4
Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316 (<i>Vuurwerkkramp Enschede</i>)	H 3 § 2.5.4, H 3 § 2.6.1, 2.6.3
Hof Amsterdam 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578 (<i>Brand CMI</i>)	H 3 § 2.6.4
Hof Den Bosch 26 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ6181 (<i>Benno L.</i>)	H 4 § 3.3.2.4
Hof Den Haag 5 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0132 (<i>Staat/Mustafic c.s.</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1
Hof Den Haag 5 juli 2011 ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0133 (<i>Staat/Nuhanovic</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1

Hof Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448 (<i>Otapan</i>)	H 4 § 4.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022	H 3 § 2.5.5
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:441 (<i>Duiven</i>)	H 4 § 7.5.3
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10631 (<i>Lozing Gemeente Beuningen</i>)	H 4 § 4.3.1
Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (<i>Luchtvervuiling</i>)	H 3 § 2.3.1, 2.4, 2.7, 2.8.3.2
Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929 (<i>Steekincident</i>)	H 3 § 5.4.4.5; H 5 § 3.4.4.2
Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208 (<i>IS-kinderen</i>)	H 3 § 2.8.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10717	H 3 § 5.4.4.4
Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871 (<i>Chroom 6</i>)	H 3 § 5.4.4.4

Rechtbanken

Rb. Utrecht 9 juli 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AH9535 (<i>Verdronken brandweerman</i>)	H 4 § 4.3.1
Rb. Den Haag 24 december 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AO0997	H 3 § 2.6.2
Rb. Arnhem 21 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR2559	H 3 § 4.2
Rb. Arnhem 8 december 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS3383 (<i>Motel Tiel/Gemeente Tiel</i>)	H 3 § 4.3
Rb. Assen 2 november 2005, ECLI:NL:RBASS:2005:AU5334 (<i>Lozing Waterschap Velt en Vecht</i>)	H 4 § 4.3.1
Rb. Den Haag 9 november 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU5877 (<i>Vuurwerkcramp Enschede</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1, 2.6.2, H 3 § 4.2
Rb. Zutphen 1 december 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ3509 (<i>Misbruik minderjarige nichtjes</i>)	H 4 § 3.3.2.4
Rb. Den Haag 13 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247 (<i>Vuurwerkcramp Enschede</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1, 2.6.2
Rb. Haarlem 6 mei 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ3542	H 4 § 7.5.2
Rb. Rotterdam 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1570	H 4 § 7.5.2
Rb. Roermond 26 januari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL0661 (<i>Ontucht door oppas</i>)	H 4 § 3.3.2.4
Rb. Utrecht 10 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5595 (<i>Stichtse Vecht</i>)	H 4 § 4.4
Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6736 (<i>Duiven</i>)	H 4 § 7.5.3
Rb. Den Haag 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562 (<i>Moeders van Srebrenica</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1, 2.8.2

Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593 (<i>Asbestziekte</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1
Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 (<i>Schietincident Alphen aan den Rijn</i>)	H 1 § 1; H 3 § 1
Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (<i>Urgenda/Staat</i>)	H 3 § 4.2
Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6059 (<i>Heerlen</i>)	H 4 § 7.5.3
Rb. Rotterdam 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6970 (<i>Schiedam</i>)	H 4 § 7.5.3
Rb. Overijssel 15 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1297 (<i>Monstertruck Haaksbergen</i>)	H 4 § 4.3.1
Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (<i>Q-koorts</i>)	H 3 § 2.3.2, 2.5.4, 2.6.2, 2.7
Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (<i>Eisers/NAM & Staat</i>)	H 3 § 2.2.4
Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380 (<i>Luchtvervuiling</i>)	H 3 § 2.8.2, 2.8.3.2
Rb. Den Haag 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10058 (<i>Schietincident Irak</i>)	H 3 § 5.4.4.5

Anders

Vzr. Rb. Utrecht 29 juni 1999, <i>KG</i> 1999/219	H 3 § 5.4.4.4
ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683 (<i>Café Friends</i>)	H 3 § 2.6.4
CBb 15 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ8708 (<i>VVD-spam</i>)	H 3 § 2.6.4
ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (<i>Gaswinning</i>)	H 2 § 8.2; H 3 § 2.2.4
Vzr. Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909 (<i>IS-kinderen</i>)	H 3 § 2.8.2

Curriculum vitae

Ellen Gijselaar rondde in 2004 haar studie Bestuurskunde (vrij doctoraal maatschappelijke veiligheid) aan de Universiteit Twente af. In 2007 behaalde zij de master Strafrecht (*cum laude*) aan de Universiteit Leiden. Na haar afstuderen was Ellen werkzaam als advocaat bij het kantoor van de landsadvocaat (Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag) en bij Spong advocaten te Haarlem. Daarna was zij als docent verbonden aan de Vrije Universiteit. Onderhavig boek is het resultaat van het onderzoek dat Ellen vervolgens als promovenda verrichtte bij Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall). Sinds 1 januari 2020 is Ellen werkzaam bij Bliss. Bliss is een bedrijf dat is gespecialiseerd in het vormgeven en realiseren van verandertrajecten.

