

Nieuwsbrief EHRC Updates 2020-15

Nummer 15, 2020

Redactie: J.H. Gerards, H. Morre, J. Krommendijk, S. Lambrecht, P. Ölçer, B. Aarrass, L.E. Burgers, P. Cannoot, L.R. Glas, C. Mak, D.A.G. van Toor en C. Van de Graaf.

INHOUDSOPGAVE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0710JUD000031015 10-07-2020

Mugemangango t. België, EHRM (GK) 10 juli 2020, nr. 310/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0709JUD004170116 09-07-2020

Y.T. t. Bulgarije, EHRM 9 juli 2020, nr. 41701/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0707JUD000529414 07-07-2020

Albert e.a. t. Hongarije, EHRM (GK) 7 juli 2020, nr. 5294/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0707003004410 07-07-2020

Dimo Dimov e.a. t. Bulgarije, EHRM 7 juli 2020, nr. 30044/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0707JUD006213015 07-07-2020

K.A. t. Zwitserland, EHRM 7 juli 2020, nr. 62130/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0702JUD002882013 02-07-2020

N.H. e.a. t. Frankrijk, EHRM 2 juli 2020, nrs. 28820/13, 75547/13 en 13114/15

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005851216 30-06-2020

Cimperšek t. Slovenië, EHRM 30 juni 2020, nr. 58512/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002340516 30-06-2020

Frick t. Zwitserland, EHRM 30 juni 2020, nr. 23405/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD007087911 30-06-2020

Ilya Lyapin t. Rusland, EHRM 30 juni 2020, nr. 70879/11

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD006885116 30-06-2020

Maria Mihalache t. Roemenië, EHRM 30 juni 2020, nr. 68851/16

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002352414 30-06-2020

Mîțu t. Moldavië, EHRM 30 juni 2020, nr. 23524/14

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005496218 30-06-2020

Muhammad Saqawat t. België, EHRM 30 juni 2020, nr. 54962/18

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002352412 30-06-2020

Petro Carbo Chem S.E. t. Roemenië, EHRM 30 juni 2020, nr. 21768/12

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002694413 30-06-2020

Popovic e.a. t. Servië, EHRM 30 juni 2020, nrs. 26944/13 e.a.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005051413 30-06-2020

Saqueti Iglesias t. Spanje, EHRM 30 juni 2020, nr. 50514/13

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:542 09-07-2020

Constantin Film Verleih, HvJ EU 9 juli 2020, zaak C-264/19

Uitspraken zonder ECLI

- onbekend -

EHRM (plenair) 6 juli 2020

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

**M.N. e.a. t. België (EHRM (GK, ontv.), nr. 3599/18) – België niet verplicht
humanitair visum af te leveren voor internationale bescherming**

H. De Vylder

Annotatie

**Association Innocence en Danger en Association Enfance et Partage t. Frankrijk
(EHRM, nrs. 15343/15 en 16806/15)**

M.R. Bruning

Annotatie

**EHRM (GK) 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over
het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM**

J. Cnossen en J.H. Gerards

RECHTSPRAAK

Y.T. t. Bulgarije, EHRM 9 juli 2020, nr. 41701/16

Klager is transseksueel en leeft al lang als man. In 2014 heeft hij een gedeeltelijke geslachtsverandering ondergaan. Toen hij in 2015 verzocht om zijn geslachtsverandering in het geboorteregister aan te passen, kreeg hij te horen dat dat niet mogelijk was. Het EHRM stelt vast dat hierdoor sprake is van een schending van art. 8 EVRM, en dat klager de nodige vernedering moet hebben ervaren omdat de nationale rechter in wezen opmerkte dat een geslachtsverandering nooit echt mogelijk is.

Toen klager geboren werd, werd hij als vrouw geregistreerd in het geboorteregister, maar gedurende zijn puberteit werd hij zich ervan bewust dat hij zich een man voelde; sindsdien heeft hij als man geleefd, met een mannelijke voor- en achternaam. Sinds 2008 woont klager samen met een vrouw, waarmee hij in 2010 via een donor een kind heeft gekregen. Het kind en klager erkennen elkaar als vader en zoon. In 2014 heeft klager vrijwillig een gedeeltelijke geslachtsveranderende operatie ondergaan. In 2015 heeft hij verzocht om formele erkenning van zijn geslacht in de elektronische registers, omdat de bestaande registratie niet correspondeerde met de realiteit. Dit is echter geweigerd, onder meer omdat de gedeeltelijke geslachtsveranderende operatie volgens de rechter niet iemands ware geslacht zou wijzigen, maar slechts de uiterlijke kenmerken daarvan.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat dit oordeel van de rechter in strijd is met art. 8 EVRM. Het Hof besluit de zaak onder de notie van positieve verplichtingen te beoordelen. Het Hof overweegt dat de nationale rechters hebben geoordeeld dat Y.T. inderdaad transseksueel was, maar ook dat een geslachtswijziging niet mogelijk is als iemand is geboren met de geslachtskenmerken van het andere geslacht; een sociaalpsychologische aspiratie zou niet voldoende zijn om een verzoek om wijziging te rechtvaardigen. Er werden echter ook geen situaties genoemd waarin het wel mogelijk zou zijn om een wijziging vast te stellen. De rechter heeft niet aangegeven wat het algemene belang is dat met deze weigering zou zijn gediend en dat er ook geen afweging van belangen is uitgevoerd. Het Hof constateert ook dat

een dergelijk algemeen belang in een geval als dit eigenlijk niet te bedenken valt. De beoordeling door de nationale rechter moet voor klager voor een langere periode gevoelens hebben opgewekt van kwetsbaarheid, vernedering en angst. Gelet op dit alles is sprake van een schending van art. 8 EVRM door de weigering tot aanpassing van het geboorteregister.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 09-07-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0709JUD004170116

Zaaknummer: 41701/16

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Saquetti Iglesias t. Spanje, EHRM 30 juni 2020, nr. 50514/13

In verband met een overtreding van douaneregels is klager een bestuurlijke boete van ruim 150.000 euro opgelegd. Hij heeft daartegen zonder succes geprocedeerd in eerste aanleg; vervolgens was in deze zaak hoger beroep uitgesloten en een ‘amparo’-beroep bij het constitutionele hof werd afgewezen vanwege het ontbreken van constitutionele relevantie. Het Hof oordeelt dat er sprake was van een punitieve sanctie en dat daarbij op grond van art. 2 van Protocol 7 EVRM hoger beroep mogelijk moet zijn. Nu ‘amparo’ niet als een dergelijk hoger beroep kan worden gezien, is sprake van een schending van deze bepaling.

Klager woont afwisselend in Spanje en in Argentinië. Als hij naar Argentinië reist, neemt hij soms grote geldbedragen (meer dan 100.000 euro) mee om daar betalingen te kunnen doen. Toen hij in 2011 naar Argentinië reisde, trof de Spaanse douane in zijn bezittingen een bedrag van ruim 150.000 euro aan, dat zij in beslag namen. Daarop werd hem een boete opgelegd ter hoogte van het geconfisqueerde bedrag in verband met het feit dat hij niet op de juiste manier had aangegeven dat hij een grote geldsom mee wilde nemen, zoals voorgeschreven is volgens de regelgeving tegen onder meer witwassen. Klager heeft tegen deze maatregel bestuursrechtelijk geprocedeerd, maar zijn beroep werd in eerste aanleg afgewezen. Een hoger beroep daartegen was volgens het hof van beroep niet mogelijk; ook een *amparo*-beroep bij het constitutionele hof werd afgewezen omdat dit hof niet overtuigd was van de constitutionele waarde van de kwestie.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat deze procedurele gang van zaken in strijd is met het recht op hoger beroep zoals dat wordt beschermd door art. 2 P7 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat een beroep op deze bepaling alleen kan worden gedaan als sprake is van een strafrechtelijke sanctie. Het Hof merkt op dat het naar nationaal recht ging om een bestuurlijke boete, maar ook dat de maatregel een ontmoedigend en op retributie gericht doel had. De boete die kon worden opgelegd kon bovendien weliswaar laag blijven, maar in dit

geval was die duidelijk van aanzienlijke omvang. Dat maakt dat sprake is van een punitieve sanctie in de zin van art. 2 P7 EVRM. De volgende vraag is of het daarbij ging om een beperkte inbreuk op een recht in de zin van art. 2 P7 EVRM; ook dan hoeft er namelijk geen mogelijkheid te bestaan van hoger beroep. Ook in dit verband wijst het Hof op de hoogte van de opgelegde boete en op de omstandigheid dat klager geen strafblad had en vooral geld wilde meenemen voor zijn periodieke verblijf in Argentinië, zonder dat er aanwijzingen waren dat hij betrokken was bij witwaspraktijken. Deze combinatie van omstandigheden maakt dat volgens het Hof niet van een 'mineure' inbreuk kan worden gesproken. Het Hof gaat tot slot dan nog in op de vraag of de constitutionele procedure in dit geval nog zou kunnen worden gezien als een mogelijkheid van hoger beroep, maar gelet op de bijzondere aard van die procedure en het doel daarvan is het van oordeel dat dat niet het geval is. Nu er verder in deze zaak geen hoger beroep mogelijk was, is art. 2 P7 EVRM geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005051413

Zaaknummer: 50514/13

Wetsartikelen: EVRM Zevende Protocol art. 2

RECHTSPRAAK

Popovic e.a. t. Servië, EHRM 30 juni 2020, nrs. 26944/13 e.a.

Klagers zijn als gevolg van door ongevallen opgelopen letsel zwaar gehandicapt geraakt en ze ontvangen daarom een invaliditeitsuitkering. Zij klagen erover dat deze uitkering lager is dan die van oorlogsveteranen die eenzelfde mate van handicap hebben als zij. De regering heeft het verschil verklaard doordat oorlogsletsel moeilijk verzekeraar is en er ook nauwelijks een vergoeding door verhaal kan worden gekregen, terwijl dat anders is bij letsel dat door ongevallen of handelen van derden is opgetreden. Daarmee is sprake van een gerechtvaardigde ongelijke behandeling en is art. 1 EP jo. art. 14 EVRM niet geschonden.

De verschillende klagers in deze zaak hebben als gevolg van ongevallen allemaal zeer ernstig lichamelijk letsel opgelopen en zijn daardoor zwaar gehandicapt geraakt. Zij krijgen in verband daarmee een invaliditeitspensioen, maar ze hebben op nationaal niveau geprocedeerd over de hoogte daarvan. Daarbij vergeleken zij zich met oorlogsveteranen die gehandicapt zijn geraakt en die een hogere uitkering ontvangen. Naar de mening van klagers is dat niet eerlijk, maar op nationaal niveau is geoordeeld dat het gaat om een ongelijke behandeling van onvergelykbare situaties en dat er dus geen sprake is van een verboden onderscheid.

Voor het EHRM hebben klagers zich beroepen op art. 14 jo. art. 1 EP en art. 1 P12 EVRM. Het Hof overweegt dat er sprake is van een duidelijk verschil in behandeling ten aanzien van de genoten uitkering en dat art. 1 EP jo. art. 14 EVRM dus van toepassing is. Daardoor kan het de zaak onder deze bepalingen alleen behandelen en hoeft het niet in te gaan op art. 1 P12 EVRM.

Om te kunnen beoordelen of sprake is van een verboden onderscheid moet het Hof normaal gesproken eerst nagaan of sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen. Het besluit nu echter om het antwoord op deze vraag in het midden te laten, omdat hoe dan ook kan worden vastgesteld dat er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het

onderscheid. Het Hof wijst erop dat volgens de nationale regering de oorlogsveteranen zich in een bijzondere situatie bevinden, omdat het bij hen gaat om letsel dat bij oorlogshandelingen is opgelopen. Dit soort letsel is nauwelijks verzekeraar en het is meestal ook niet mogelijk om een schadeloosstelling te vragen, omdat dit bijvoorbeeld zou betekenen dat een andere staat tijdens of na een militaire confrontatie moet worden aangesproken. Ook is er een soort morele schuld voor de staat die in dit soort situaties die maakt dat er een grotere verantwoordelijkheid is om iets voor de veteranen te betekenen. Dit alles is anders voor burgers die door ongevallen of handelen van derde partijen gewond zijn geraakt. Daarbij merkt het Hof ook op dat het EVRM geen recht omvat om eigendom te verwerven en dat de staat dit soort systemen alleen vrijwillig in het leven hoeft te roepen. Bij de inrichting ervan komt de staat een ruime beoordelingsmarge toe. Van het ontbreken van een redelijke grond voor ongelijke behandeling is in deze zaak daarbij niet gebleken, zodat moet worden aangenomen dat er een rechtvaardiging is. Verder is weliswaar gesteld dat het VN-Comité voor het VN-Gehandicaptenverdrag mogelijk een ander oordeel zou zijn toegedaan, en dat kan relevant zijn voor de beoordeling van het Hof, maar het Hof stelt ook vast dat problemen met dit soort regelingen alleen ten aanzien van Bosnië en Herzegovina en Kroatië zijn vastgesteld en niet ten aanzien van Servië. Daarom is er geen schending van art. 1 EP jo. art. 14 EVRM (5 stemmen tegen 2).

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002694413

Zaaknummer: 26944/13

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 1 en EVRM art. 14

RECHTSPRAAK

Petro Carbo Chem S.E. t. Roemenië, EHRM 30 juni 2020, nr. 21768/12

Een Duits chemiebedrijf is grootaandeelhouder geworden van een Roemeense onderneming. Op zeker moment ontspint zich een mediaoorlog tussen het Duitse bedrijf en de CEO van de Roemeense onderneming in verband met de bedrijfsvoering, financiële kwesties en staatssteun. In een smaadprocedure wordt de CEO in het gelijk gesteld en wordt klager tot een symbolische schadevergoeding veroordeeld. Het EHRM ziet hierin een schending van art. 10 EVRM, vooral omdat de rechter de belangen van de beide spelers niet goed tegen elkaar heeft afgewogen. De klacht van het bedrijf over reputatieschade onder art. 8 EVRM verklaart het kennelijk ongegrond.

Klager, Petro Carbo Chem S.E., is een Duits chemiebedrijf dat een aantal fabrieken heeft in verschillende EU-lidstaten. In 2007 werd klager grootaandeelhouder in het Roemeense bedrijf Oltchim, dat eigenaar is van de grootste chemische fabriek in Roemenië en waarvan de Roemeense staat meerderheidsaandeelhouder is (met 54% van de aandelen). In 2009 ontstond zich een mediastrijd tussen de beide bedrijven naar aanleiding van een conflict over de bedrijfsvoering en over een aantal financiële kwesties, waaronder verdenkingen van staatssteun, waarbij de bedrijven elkaar bestookten met persberichten en berichten in de media. Naar aanleiding daarvan spande klager een schadevergoedingsprocedure aan tegen C.R., de CEO van Oltchim, vanwege de uitlatingen die hij had gedaan over klager. C.R. spande een actie in reconventie aan tegen klager en werd daarbij in het gelijk gesteld, waarbij klager werd veroordeeld tot betaling van het symbolische bedrag van een Roemeense leu vanwege de aangerichte reputatieschade bij Oltchim en C.R. Intussen werden ook nog onderzoeken uitgevoerd door de Europese Commissie naar de beweerdde staatssteun, waarbij de Commissie concludeerde dat ten aanzien van één situatie niet, maar ten aanzien van een andere situatie wel sprake was geweest van onrechtmatige staatssteun.

Voor het EHRM stelt klager dat de veroordeling wegens reputatieschade in strijd is met art. 10 EVRM. Het Hof stelt voorop dat de mediastrijd niet zozeer persoonlijk betrekking had op C.R., maar vooral gericht was tegen het bedrijf dat hij vertegenwoordigde. Bij grote bedrijven geldt dat zij vergelijkbaar kunnen worden gevonden met publieke personen en dat zij dus een grotere tolerantie voor kritiek moeten tonen. Het Hof merkte verder op dat het debat over de bedrijfsvoering en de financiering een onderwerp van algemeen belang betrof waarover het publiek ook geïnformeerd moest kunnen worden. Dit betekent dat de staat maar een beperkte *margin of appreciation* had om beperkingen op de uitingstvrijheid te stellen. Het Hof merkt verder op dat het erop lijkt dat klagers bedoelingen met de media-aandacht daadwerkelijk waren gericht op het verbeteren van de bedrijfsvoering en het vragen van aandacht daarvoor. Daarnaast geldt ook ten aanzien van C.R. zelf dat hij CEO was van een vooraanstaand Roemeens bedrijf en dat ook hij dus een dikkere huid zou moeten hebben voor kritiek. De uitingen raakten ook niet hem of zijn eigen privéleven, maar betroffen primair het bedrijf dat hij vertegenwoordigde. De nationale rechters hebben volgens het Hof deze factoren onvoldoende in hun beoordeling van de kwestie betrokken. Ook zijn zij niet nagegaan of C.R. actief in het debat was betrokken, of zijn eigen uitingen feitelijk correct waren geweest en hoe de diverse stellingen vorm kregen. Hoewel de schadevergoeding uiteindelijk puur symbolisch was, is het Hof tot slot van oordeel dat hiervan wel degelijk een 'chilling effect' kan uitgaan. Dit betekent dat de nationale rechters de belangen in deze zaak niet goed tegen elkaar hebben afgewogen en dat art. 10 EVRM is geschonden.

Klager heeft voor het EHRM ook gesteld dat zijn reputatie en daarmee art. 8 EVRM in het geding is. Het Hof laat in het midden of een onderneming zich op art. 8 EVRM kan beroepen in verband met reputatieschade, omdat het de zaak hoe dan ook kennelijk ongegrond acht op inhoudelijke gronden. Ook hier merkt het daarbij op dat het ging om een discussie over een onderwerp van algemeen belang en dat klager een grote onderneming was die zich bloot moest stellen aan grotere controle van zijn handelen. C.R. had in zijn uitlatingen in de media weliswaar stevige bewoordingen gebruikt, maar het ging in zekere zin ook om waardeoordelen. Tot slot is het voor het Hof moeilijk om erop te speculeren hoeveel schade klager heeft gelopen als gevolg van de reputatieschade. Gelet daarop hebben de nationale autoriteiten in ieder geval niet buiten hun *margin of appreciation* gehandeld door te oordelen dat klagers reputatierechten niet onrechtmatig waren aangetast, zodat het deze klacht niet-ontvankelijk verklaart wegens kennelijke ongegrondheid.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002352412

Zaaknummer: 21768/12

Wetsartikelen: EVRM art. 8 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

N.H. e.a. t. Frankrijk, EHRM 2 juli 2020, nrs. 28820/13, 75547/13 en 13114/15

De klagers in deze zaak zijn vluchtelingen die in Frankrijk asiel hebben aangevraagd. In afwachting van registratie en behandeling van hun asielverzoeken hebben zij geen financiële of materiële ondersteuning kunnen krijgen, waardoor ze – in sommige gevallen maandenlang – op straat hebben moeten leven. Het Hof is van oordeel dat de Franse staat voor de geleden ontberingen verantwoordelijk kan worden gehouden en dat sprake is geweest van een vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM. Ten aanzien van alle klagers, op één na, is deze bepaling dan ook geschonden.

De verschillende klagers in deze gevoegde zaken zijn vluchtelingen die in Frankrijk asiel hebben aangevraagd. In afwachting van de behandeling van hun asielverzoeken mochten zij niet werken en door verschillende omstandigheden kregen zij ook geen materiële of financiële steun, waardoor zij zich genoodzaakt zagen om op straat te leven.

Het EHRM onderzoekt of door de leefomstandigheden van klagers sprake is van een schending van art. 3 EVRM. Daarbij stelt het voorop dat er geen recht op asiel is onder het EVRM en dat de staten zelf gerechtigd zijn om de toegang tot hun staat te bepalen, maar dat zij niettemin een verantwoordelijkheid hebben om ervoor te zorgen dat de minimale waarborgen van dat artikel worden gerespecteerd. Het Hof stelt vast dat alle klagers in een situatie van ernstige materiële deprivatie hebben moeten leven, gedurende de periode van 3 tot 5 maanden die de behandeling van hun asielverzoeken in beslag nam. Gedurende die periode konden zij als asielzoekers geen aanspraak maken op huisvesting of een tijdelijke uitkering, omdat ze illegaal in Frankrijk verbleven. Dit gold in het bijzonder voor de periode waarin hun asielverzoeken nog niet formeel waren geregistreerd. In die periode konden zij namelijk niet bewijzen dat zij asielzoekers waren en daardoor konden zij ook niet in aanmerking komen voor een aantal voordelen; bovendien liepen zij het risico te worden uitgezet naar het land van herkomst. Het Hof stelt vast dat klagers allemaal op straat hebben geleefd en onder bruggen

hadden geslapen, ondanks het feit dat zij wel een tijdelijke uitkering hadden aangevraagd, in sommige gevallen zelfs voor een periode van negen maanden. Het Hof toont zich ervan bewust dat er sinds 2007 steeds meer asielzoekers binnen zijn gekomen en dat het steeds moeilijker is geworden om alle asielverzoeken tijdig af te handelen; ook ziet het de Franse inspanningen om hiervoor oplossingen te vinden. Dit neemt echter niet weg dat ook dan nog sprake kan zijn van een schending van art. 3 EVRM. Frankrijk kan verantwoordelijk worden gehouden voor de ontberingen die klagers als dakloze asielzoekers hebben geleden; daardoor is sprake geweest van vernederende behandeling en disrespect voor hun waardigheid, zodanig dat dit uitstijgt boven het minimumniveau van ernst van art. 3 EVRM. Er is dan ook sprake van een schending van art. 3 EVRM; dit is alleen anders voor een van de klagers, S.G., die al na 28 dagen een erkenning van zijn asielverzoek heeft gekregen en die daarna ook relatief snel een tijdelijke uitkering toegewezen heeft gekregen.

Het Hof ziet geen reden om in deze zaak onder art. 46 EVRM individuele of algemene maatregelen te suggereren.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 02-07-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0702JUD002882013

Zaaknummer: 28820/13, 75547/13 en 13114/15

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Muhammad Saqawat t. België, EHRM 30 juni 2020, nr. 54962/18

Een asielzoeker is na aankomst in België in vreemdelingenbewaring geplaatst. In totaal zijn er vijf bewaringsbevelen gegeven, die steeds in een rechterlijke procedure zijn getoetst. Het EHRM is van oordeel dat een van deze bevelen geen wettelijke grondslag had zoals vereist door art. 5 lid 1 (f) EVRM, nu ook de nationale rechters al oordeelden dat sprake was van onrechtmatigheid. De andere bevelen waren wel in overeenstemming met art. 5 lid 1 (f) EVRM met uitzondering van het laatste bevel, waarvan de grondslag verviel 9 dagen voordat klager werd vrijgelaten. Het Hof oordeelt verder dat de procedures niet snel genoeg zijn afgehandeld, in strijd met art. 5 lid 4 EVRM.

Klager is vanuit Bangladesh in december 2017 aangekomen in België en heeft bij aankomst op de luchthaven van Zaventem voor het eerst asiel aangevraagd. Dezelfde dag heeft de Dienst Vreemdelingenzaken hem toegang tot België geweigerd en besloten klager vast te houden in vreemdelingenbewaring in een transitcentrum dichtbij het vliegveld. Enkele weken later werd zijn asielaanvraag afgewezen. Daarop heeft klager verschillende nieuwe asielverzoeken ingediend, die steeds werden afgewezen. Ook werden er uiteindelijk vijf bevelen afgegeven tot vreemdelingenbewaring, die hij heeft aangevochten bij de rechter. In mei 2018 werd klager uiteindelijk vrijgelaten na een rechterlijke uitspraak.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat er geen geldige rechtsbasis bestond voor de vreemdelingenbewaring. Het Hof maakt hierbij onderscheid tussen verschillende detentieperioden. Voor een korte periode van 20 tot 27 februari 2018 constateert het dat de nationale rechters al hebben geoordeeld dat er geen gedegen individuele beoordeling van de situatie van de klager aan de beslissing tot bewaring ten grondslag lag en dat het om die reden niet wettig was. Het Hof kan dan ook niet anders dan vaststellen dat ten aanzien van deze periode er geen wettelijke grondslag bestond als vereist door art. 5 lid 1 (f) EVRM. Voor de

daaropvolgende periode geldt dat de nationale rechters de beroepen van klager steeds zorgvuldig hebben beoordeeld en hebben vastgesteld dat er voldoende grondslag voor bewaring bestond. Het Hof ziet geen reden om daarvan af te wijken of om aan te nemen dat de nationale interpretatie van de EU-wetgeving niet aanvaardbaar was. Voor deze periode geldt dan ook dat art. 5 lid 1 (f) EVRM niet is geschonden. Die wettige grondslag verviel echter ten laatste op 6 mei 2018 en werd volgens de nationale rechters niet op geldige wijze verlengd. Bijgevolg stelt het EHRM vast dat van 6 mei tot aan zijn invrijheidstelling op 14 mei 2018 art. 5 lid 1 (f) EVRM eveneens is geschonden.

Klager heeft verder gesteld dat de rechterlijke beoordeling niet voldoende is geweest om aan de eisen van art. 5 lid 4 EVRM te voldoen. Het EHRM oordeelt dat klager inderdaad geen voldoende snel besluit over de wettigheid van zijn detentie heeft kunnen verkrijgen, gelet op de lange duur van de procedures, waarbij klager niet verweten kan worden dat hij van de verschillende procedurele mogelijkheden gebruik heeft gemaakt. Het EHRM meent dat een nationale juridische orde die niet toelaat aan een vastgehouden vreemdeling om zijn vrijheid te verkrijgen, ondanks verschillende vaststellingen van onwettigheid van deze detentie volgens het nationale recht in samenhang gelezen met het EU-recht, louter omdat zijn detentie op een nieuwe bewaringsmaatregel wordt gebaseerd, en die vervolgens verhindert om voor de rechter aan te voeren dat de nieuwe bewaringsmaatregel wordt aangetast door de onwettigheid van de initiële beslissing, niet de waarborgen van effectiviteit en snelheid biedt die vereist zijn door art. 5 lid 4 EVRM. Schending art. 5 lid 4 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005496218

Zaaknummer: 54962/18

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 1 (f) en EVRM art. 5 lid 4

RECHTSPRAAK

Mugemangango t. België, EHRM (GK) 10 juli 2020, nr. 310/15

Als voorzitter van de Parti du travail de Belgique had klager zich verkiesbaar gesteld voor de Waalse parlementsverkiezingen in 2014, maar hij behaalde net niet voldoende stemmen. Zijn verzoek om een herbeoordeling van een groot aantal ongeldig uitgebrachte stemmen uit te voeren werd afgewezen, in hoogste instantie door het Waalse parlement. Bij de beoordeling van het verzoek door het parlement waren ook directe opposenten van klager betrokken. Het Hof is van oordeel dat daarmee niet is voorzien in een voldoende onpartijdige beoordeling in de zin van art. 3 EP EVRM en evenmin van een effectief rechtsmiddel (art. 13 EVRM).

Als voorzitter van de *Parti du travail de Belgique* (PTB) had klager zich verkiesbaar gesteld voor de verkiezingen van het Waalse parlement in 2014. Hij behaalde daarbij net niet voldoende stemmen om een zetel te verkrijgen; hij kwam er veertien tekort. Bij de verkiezingen bleek dat er 21.385 blanco, betwiste en ongeldige stemmen waren uitgebracht in het kiesdistrict van klager. Daarop verzocht klager om een herbeoordeling van deze stemmen, maar de kiesraad van Charleroi verklaarde zich onbevoegd. Daarop wendde klager zich tot het Waalse parlement op basis van een bijzondere wet uit 1980 en deed daarbij hetzelfde verzoek, waarbij hij ook aangaf dat er talrijke tekortkomingen en problemen bij diverse kiesbureaus waren geconstateerd. Daarop deed in eerste instantie een geloofsbrievencommissie onderzoek naar de stellingen van klager; aanvankelijk wees deze commissie het verzoek van klager van de hand, maar na een nieuwe ronde van deliberaties wees de commissie het verzoek toe en stelde voor om de geloofsbrieven van de kandidaten in het betreffende kiesdistrict niet goed te keuren. Deze bevindingen en het voorstel werden daarop voorgelegd aan het Waalse parlement, dat hierover delibereerde en met een meerderheid de voorstellen en bevindingen afwees. Daarbij namen alle parlementariërs, ook de nieuwe verkozen parlementsleden voor het district van klager, deel aan de beraadslagingen en de stemming.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de weigering van het Waalse parlement om over te gaan tot een herbeoordeling van de ongeldige, betwiste of blanco stemmen inbreuk had gemaakt op zijn rechten onder art. 3 EP EVRM. Een Kamer heeft voor de beoordeling afstand van rechtsmacht gedaan ten gunste van de Grote Kamer. De Grote Kamer stelt nu voorop dat er uit art. 3 EP EVRM positieve verplichtingen voortvloeien om de verkiezingsprocedure zo vorm te geven dat het mogelijk is om individuele klachten en beroepen met betrekking tot het kiesrecht op een goede en eerlijke manier te behandelen en willekeur te voorkomen. Daarbij is het van belang dat de procedure moet worden gevoerd voor een instantie die aan eisen van onpartijdigheid voldoet en die geen excessief ruime beleidsvrijheid heeft. Het is niet aan het Hof om te bepalen hoe zo'n procedure vorm moet krijgen, maar het kan wel vaststellen of een op nationaal niveau bestaande procedure aan de eisen van art. 3 EP voldoet. Daarbij komt staten wel een ruime beoordelingsvrijheid toe en een enkele fout of onregelmatigheid in een procedure is niet voldoende om een schending van deze bepaling te kunnen vaststellen; daarvoor is het nodig dat sprake is van bewijs van procedurele tekortkomingen die zodanig zijn dat zij de vrije meningsuiting van de burgers kunnen doorkruisen en die niet voldoende op nationaal niveau konden worden onderzocht. Daarbij moet het Hof ook rekening houden met de eisen van procedurele autonomie die het in eerdere rechtspraak uiteen heft gezet.

De Grote Kamer onderzoekt in het licht van deze algemene uitgangspunten allereerst of klagers klacht *a priori* redelijk was, in die zin dat er een reden kon zijn tot hertelling. Het Hof merkt daarbij op dat de geloofsbrievencommissie heeft vastgesteld dat het hertellen van de ongeldige, blanco of betwiste stemmen essentieel konden zijn voor de zetelverdeling in het parlement; dit werd ook bevestigd door het Waalse parlement zelf. Daardoor is het niet ondenkbaar dat klager een zetel had kunnen innemen in het parlement als de gevraagde hertelling zou zijn uitgevoerd. Er was in dit geval dus inderdaad een duidelijke aanleiding voor verder onderzoek.

Dit onderzoek moest vervolgens aan de nodige procedurele vereisten voldoen. Daarbij merkt het op dat in deze kwestie in laatste instantie is besloten door het Waalse parlement, waarin ook de nieuw verkozen leden zitting hadden. Parlementariërs kunnen volgens het Hof per definitie niet 'politiek neutraal' zijn en het is in een dergelijk systeem dan ook extra belangrijk dat er goede waarborgen zijn om een onpartijdige beoordeling toch te garanderen. Uit diverse internationale rapporten, onder meer van de Venetiëcommissie, het Human Rights Committee en de OVSE, is gebleken dat er in dit soort situaties altijd onafhankelijke controle moet bestaan en bij voorkeur toegang tot een rechterlijke of een daarmee vergelijkbare procedure. Die mogelijkheid bestond in België ten tijde van de relevante feiten niet, waardoor het kon gebeuren dat klagers directe politieke tegenstanders konden meebeslissen over zijn verzoek tot hertelling. Daardoor is het risico van politiek gemotiveerde besluitvorming niet

voldoende bestreden. Daar komt bij dat de procedure niet of nauwelijks in wetgeving was uitgewerkt, waardoor de discretie van het Waals parlement niet volgens de daaraan te stellen eisen was beperkt. Tot slot overweegt het Hof dat er onvoldoende procedurele waarborgen in de procedure waren, zoals het recht om te kunnen worden gehoord en het recht op een gemotiveerde beslissing. Weliswaar is dit soort waarborgen sinds 2017 beter aanwezig, maar die waarborgen golden in 2014 duidelijk nog niet. Gelet op deze overwegingen stelt de Grote Kamer unaniem een schending vast van art. 3 EP EVRM.

Klager heeft ook nog gesteld dat de beoordeling door het Waals parlement betekende dat geen sprake was voldoende toegang tot een effectief rechtsmiddel. In lijn met zijn overwegingen onder art. 3 EP EVRM stelt het Hof daarom ook een schending van art. 13 EVRM vast. Het overweegt daarbij ten overvloede dat het niet aan het Hof is om vast te stellen welk rechtsmiddel dan wel zou moeten voorzien, maar dat een rechterlijke of quasi-rechterlijke procedure in beginsel toereikend is om aan de eisen te kunnen voldoen.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 10-07-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0710JUD000031015

Zaaknummer: 310/15

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 3 en EVRM art. 13

RECHTSPRAAK

Mîtu t. Moldavië, EHRM 30 juni 2020, nr. 23524/14

Bij een huiszoeking is geweld gebruikt en heeft een politieman, nadat klaagster tegen de grond was gedrukt, zijn voet op haar rug gezet. Het EHRM is van oordeel dat het op zichzelf begrijpelijk was in de omstandigheden dat er enig geweld gebruikt werd, maar de mate van geweldgebruik was niet in overeenstemming met de situatie en de inval was bovendien onvoldoende voorbereid. Daarnaast is er ontoereikend onderzoek gedaan naar de omstandigheden van het geweldgebruik. Dit alles betekent dat art. 3 EVRM zowel in materieel als in procedureel opzicht is geschonden.

Omdat er een verdenking bestond dat er gestolen goederen in de woning van klaagster en haar echtgenoot lagen, werd een huiszoeking gepland. Omdat bekend was dat de echtgenoot mogelijk een vuurwapen had, werd daarbij gekozen voor de inzet van een vrij groot aantal politiemensen. Toen klaagster en haar echtgenoot niet meteen de deur openden en zich leken te verzetten, werd de woning met enig geweld binnengedrongen en werden klaagster en haar echtgenoot overmeesterd. Volgens klaagster heeft zij daarbij verwondingen opgelopen en was het ingezette geweld niet noodzakelijk; in het bijzonder klaagt zij over het feit dat ze op de grond werd gedrukt en dat iemand zijn laars op haar rug zette. Hoewel ze daarvan bewijs had in de vorm van een voetafdruk op haar t-shirt, leverde dit in de nationale procedure over dit onderwerp geen erkenning of schadevergoeding op.

Het EHRM onderzoekt of in de zaak sprake is van een schending van het recht op onmenselijke en vernederende behandeling (art. 3 EVRM). Het stelt voorop dat de autoriteiten op zichzelf reden hadden om aan te nemen dat er sprake was van gebrek aan medewerking en verzet, en ook dat zij konden denken dat er een risico was dat een wapen zou worden gebruikt. Dat er een wat grotere politiemacht werd ingezet en dat er enig geweld werd gebruikt bij de inval was daarom te billijken. Het geweld jegens klaagster werd echter pas gepleegd toen een direct gevaar voor de politiemensen al niet meer kon bestaan en was niet absoluut noodzakelijk. Ook had de operatie beter kunnen worden voorbereid, zodat art. 3 EVRM in

materieel opzicht is geschonden.

Het Hof stelt verder vast dat het onderzoek naar de omstandigheden de nodige tekortkomingen vertoonde, vooral omdat het door klaagster aangedragen bewijs (het t-shirt met de voetafdruk) onvoldoende is meegenomen in de overwegingen en ook niet is gekeken naar de organisatie van de inval of de mate van het gebruikte geweld. Ook in procedureel opzicht is er daarom een schending van art. 3 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002352414

Zaaknummer: 23524/14

Wetsartikelen: EVRM art. 3

RECHTSPRAAK

Maria Mihalache t. Roemenië, EHRM 30 juni 2020, nr. 68851/16

Klaagster is in december 2013 de verplichting opgelegd om een vergoeding te betalen voor misgelopen douanerechten in verband met sigarettensmokkel. Nu niet is aangetoond dat zij voor deze smokkel verantwoordelijk was, heeft een rechter in juni 2016 uitgesproken dat deze verplichting niet mag worden afgedwongen. Niettemin zijn ook na definitief worden van deze rechterlijke uitspraak nog tenuitvoerleggingsmaatregelen genomen, zoals beslaglegging op klaagsters eigendommen. Het EHRM stelt vast dat hierdoor het eigendomsrecht (art. 1 EP EVRM) is geschonden.

In een schuur bij het huis van klaagster werd in 2013 een groot aantal pakjes sigaretten aangetroffen van Oekraïense makelij, waarvoor geen importheffing was betaald. In relatie hiermee werd een strafrechtelijke procedure tegen klaagster ingesteld, maar die werd uiteindelijk beëindigd omdat er onvoldoende bewijs was dat klaagster zelf verantwoordelijk was voor de opslag van de sigaretten in de schuur. Wel werd in december 2013 een beslissing genomen waardoor klaagster verplicht werd om een bedrag van ruim 13.700 euro te betalen als compensatie voor de misgelopen douanerechten; in verband daarmee werd bovendien beslag gelegd op de sigaretten. Klaagster vocht deze beslissing aanvankelijk niet aan, omdat zij de uitkomsten van het strafrechtelijk onderzoek wilde afwachten, maar verzocht na beëindiging van dat onderzoek wel om het besluit tot betaling van compensatie niet ten uitvoer te leggen in verband met het besluit van de openbaar aanklager. Daaraan werd geen gevolg gegeven, in verband waarmee onder meer een hypotheek werd gelegd op stukken grond in eigendom van klaagster om haar geldschuld te kunnen voldoen. Daarover procedeerde klaagster, waarbij zij in juni 2016 in het gelijk werd gesteld en de rechter oordeelde dat het besluit van december 2013 niet ten uitvoer mocht worden gelegd. Desondanks werd in 2017 een nieuwe beslissing uitgevaardigd om – ter uitvoering van dat besluit uit 2013 – beslag te leggen op eigendommen van klaagster.

Voor het EHRM stelt klagster dat de niet-tenuitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak van juni 2016 inbreuk maakt op haar rechten. Het Hof besluit de zaak te behandelen onder art. 1 EP, omdat feitelijk sprake is van een beperking van het gebruik van eigendom door de op de stukken grond gelegde hypotheek. Nu in een bindende en definitieve rechterlijke uitspraak uit juni 2016 is geoordeeld dat het besluit van december 2013 niet ten uitvoer mocht worden gelegd, zijn de genomen maatregelen om dat besluit alsnog af te dwingen niet aanvaardbaar en resulteren zij in een excessieve last voor klagster. Schending art. 1 EP.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD006885116

Zaaknummer: 68851/16

Wetsartikelen: EVRM Eerste Protocol art. 1

RECHTSPRAAK

K.A. t. Zwitserland, EHRM 7 juli 2020, nr. 62130/15

De oorspronkelijk uit Kosovo afkomstige klager in deze zaak woonde al bijna negentien jaar in Zwitserland toen hij zijn verblijfsvergunning kwijtraakte vanwege een veroordeling wegens drugshandel. Hoewel hij getrouwd was en een kind had, en hij zorgverplichtingen had jegens zijn echtgenote en kind, is het Hof er niet van overtuigd dat deze omstandigheden in de weg zouden moeten staan aan de intrekking van de verblijfsvergunning, ook gelet op het zware delict waarvoor klager is veroordeeld. Al met al is op nationaal niveau geen onredelijke afweging gemaakt en is art. 8 EVRM niet geschonden.

Klager is oorspronkelijk uit Kosovo afkomstig; hij is in 1996 naar Zwitserland gekomen en is daar, na een periode van illegaal verblijf, meet een vrouw uit Bangladesh gehuwd die een verblijfsvergunning had. Op basis van haar verblijfsvergunning ontving ook klager een verblijfsvergunning op grond van gezinshereniging. In 2002 hebben zij samen hebben zij een kind gekregen, maar vanwege een autistische stoornis was de verzorging van dit kind erg moeilijk en is het uiteindelijk in 2010 in een pleeggezin geplaatst. Klager is in 2010 veroordeeld tot een gevangenisstraf vanwege de handel in 4,5 kilo harddrugs. Een verzoek tot verlenging van zijn verblijfsvergunning – die op dat moment al was verlopen – werd in verband daarmee in 2012 geweigerd; in 2015 is hem bovendien een inreisverbod opgelegd. Sinds dat jaar woont klager bij zijn broer in Kosovo.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat de uitzetting in strijd is met het recht op respect voor het gezinsleven van art. 8 EVRM. Het Hof overweegt dat dit recht door het huwelijk van klager en het gezamenlijke kind inderdaad van toepassing is. De *Üner*-criteria toepassend overweegt het Hof dat klager op zichzelf zwaarwegend belangen had om in Zwitserland te kunnen blijven, nu hij daar al lang woonde en zijn vrouw en kind beide bijzondere zorg nodig hadden. Tegelijkertijd wijst het Hof op de ernst van het delict waarvoor klager is veroordeeld. Ook merkt het op dat klager niet betrokken was bij de dagelijkse zorg voor vrouw en kind, hetgeen nog in het bijzonder heeft gegolden in de periode waarin hij in de gevangenis zijn straf uitzat.

Verder is van belang dat de nationale rechters zorgvuldig te werk zijn gegaan in deze procedure. Al met al is het Hof van oordeel dat op nationaal niveau geen onredelijke belangenafweging is gemaakt, zodat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-07-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0707JUD006213015

Zaaknummer: 62130/15

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Ilya Lyapin t. Rusland, EHRM 30 juni 2020, nr. 70879/11

Klager heeft sinds zijn echtscheiding geen contact meer gehouden met zijn zoontje. De moeder woont sinds zeven jaar samen met een andere man, die het kind als zijn vader beschouwt. Als de moeder deze situatie wil formaliseren en klager zijn juridisch vaderschap wil laten afnemen, verzet klager zich daar echter tegen, maar zonder succes. Het EHRM oordeelt dat, gelet op de lange passiviteit van de vader, in dit geval een redelijk besluit is genomen dat bovendien in het belang van het kind is. Er is dan ook geen schending van art. 8 EVRM (5 stemmen tegen 2).

Klager is begin 2001 vader geworden van V.; in 2003 is hij van de moeder van V. gescheiden. Zij woont sinds 2004 samen met M.K., is in 2005 met hem getrouwd en zij hebben een gezamenlijke zoon. In 2011 verzocht de moeder de rechter om klager van zijn ouderlijke macht te ontheffen. Klager uitte daartegen bezwaren en procedeerde hierover, maar zonder succes: de nationale rechters oordeelden op basis van feitenonderzoek dat hij in de afgelopen zeven jaar geen contact had gehad met zijn zoon en dat contact ook niet actief had gezocht, terwijl er wel een actief gezinsleven was met M.K. Gelet daarop was de ontheffing volgens de nationale rechters in het belang van het kind en werden de rechten en belangen van klager daardoor niet disproportioneel aangetast.

Voor het EHRM stelt klager dat de beslissing om hem zijn juridisch vaderschap af te nemen in strijd is met art. 8 EVRM. Het EHRM bevestigt dat de ontneming van ouderlijke rechten een zeer vergaande maatregel is die alleen in uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. Het Hof overweegt vervolgens dat voldoende is komen vast te staan dat klager gedurende de periode tussen de echtscheiding en de procedure over ontheffing uit de ouderlijke macht geen pogingen heeft gedaan om contact te hebben met zijn zoon. Daarbij moet hij zich hebben gerealiseerd dat dit consequenties zou kunnen hebben voor de band tussen vader en kind. Daartegenover staat het feit dat duidelijk is geworden dat er *de facto* gezinsleven was ontstaan tussen het kind en M.K., waarbij het kind ook heeft aangegeven dat hij graag wilde dat M.K.

officieel zijn vader werd. De nationale autoriteiten hebben in deze situatie een zorgvuldig onderzoek gedaan en hebben ook een redelijke belangenafweging uitgevoerd, waarbij zij de belangen van het kind centraal hebben gesteld. Gelet daarop stelt het Hof (met 5 stemmen tegen 2) vast dat art. 8 EVRM niet is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD007087911

Zaaknummer: 70879/11

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Frick t. Zwitserland, EHRM 30 juni 2020, nr. 23405/16

Na arrestatie werd D.F. meegenomen naar een politiebureau. Omdat D.F. uitspraken had gedaan waaruit een vermoeden kon ontstaan van suïcidaliteit, werd hem bij aankomst alles afgenomen waarmee hij zichzelf iets aan kon doen. Daarna werd hij in een cel gezet, maar zonder toezicht. Veertig minuten later bleek dat hij zich aan zijn jeans had opgehangen aan een ventilatierooster. Volgens het EHRM hadden de autoriteiten hier kunnen weten van het suïciderisico; hadden zij meer kunnen doen om dat te voorkomen door toezicht te houden. Daarnaast is de verantwoordelijkheid van de politiemensen bij het overlijden onvoldoende vastgesteld. Schending art. 2 EVRM.

Klaagsters zoon, D.F., werd aangehouden nadat hij, onder invloed van alcohol en medicijnen, een ongeluk had veroorzaakt. Hij raakte niet ernstig gewond en berokkende ook geen schade aan derden. Omdat D.F. zich agressief gedroeg, besloot de politie, om klaagster, die door haar zoon was gebeld en inmiddels ter plaatse was, bij de procedure te betrekken. Om het bewijsmateriaal zeker te stellen, werd D.F. door de politie, samen met zijn moeder, naar het ziekenhuis gebracht om daar bloed- en urinemonsters af te nemen. Omdat D.F. een auto-ongeluk had gehad, besloot de arts naast de monsters, ook nog een aantal andere onderzoeken te doen, om zeker te stellen dat D.F. niet gewond was. Hierdoor raakte de zoon steeds geagiteerder en dreigde hij dat hij zichzelf iets zou aandoen. Daarop werd ook het politiebureau waar D.F. naartoe werd gebracht geïnformeerd over een suïciderisico. Na aankomst op het bureau werd D.F. naar een cel gebracht, onder verzet, en werden hem onder meer zijn riem en andere zaken afgenomen waarmee hij zichzelf iets zou kunnen aandoen. Hij werd vervolgens in een cel gezet, maar zonder politietoezicht. Veertig minuten later bezocht een arts de cel van D.F., waar hij deze dood aantrof; D.F. had zichzelf aan zijn jeans opgehangen aan een ventilatierooster. Er werd een onderzoek ingesteld, maar dat leidde niet tot de conclusie dat de politie iets te verwijten viel.

Voor het Hof heeft klaagster gesteld dat onvoldoende is gedaan om de zelfmoord van haar

zoon te voorkomen en dat er daarna ontoereikend onderzoek is uitgevoerd. Het EHRM onderzoekt de zaak onder art. 2 EVRM en gaat daarbij eerst na of de politie redelijkerwijs had kunnen weten van het suïciderisico. Het stelt vast dat dat het geval kon zijn, gelet op de uitspraken van klager zelf en gelet op de notificatie van de politie door de arts. Bovendien was uit het gedrag van klager jegens zijn moeder duidelijk dat hij zich in een kwetsbare positie bevond. Daarmee had de politie dus rekening moeten houden. Vervolgens gaat het Hof na of de politie genoeg heeft gedaan om de zelfmoord te voorkomen. Daarbij is enerzijds duidelijk dat klager is gefouilleerd en dat hem zaken als zijn riem zijn afgenomen, en ook dat het hier om een zelfmoord met ongebruikelijke middelen ging. Tegelijkertijd is het Hof van oordeel dat, gelet op de kennis die er was over het risico van zelfmoord, de politie meer had kunnen doen door bijvoorbeeld frequenter of zelfs voortdurend toezicht te houden; daarvoor leek ook wel voldoende personeel beschikbaar te zijn geweest. Nu dat niet is gebeurd, is art. 2 EVRM in materieel opzicht geschonden.

Het Hof constateert daarnaast dat er tekortkomingen in het Zwitserse rechtssysteem zijn waar het gaat om het effectief kunnen vaststellen van verantwoordelijkheid van de betrokken politiemensen in een geval als dit. Meer had kunnen worden gedaan om die verantwoordelijkheid ook in strafrechtelijke zin vast te stellen, zodat ook art. 2 EVRM in procedureel opzicht is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002340516

Zaaknummer: 23405/16

Wetsartikelen: EVRM art. 2

RECHTSPRAAK

**Dimo Dimov e.a. t. Bulgarije, EHRM 7 juli 2020, nr.
30044/10**

Tijdens hun voorarrest hebben klagers verschillende verzoeken om vrijlating ingediend, maar deze zijn steeds afgewezen. Uiteindelijk is het strafrechtelijk onderzoek tegen klagers beëindigd. Het EHRM stelt een schending van art. 5 lid 4 EVRM vast, onder meer omdat op een bepaald moment het aantal mogelijkheden om een vrijlatingsverzoek in te dienen werd beperkt, zonder dat daar een goede reden voor was. Daarnaast is art. 5 lid 5 EVRM geschonden nu het niet goed mogelijk was voor klagers om compensatie te krijgen voor de door het voorarrest geleden schade.

In 2009 is een strafrechtelijk onderzoek tegen de vier klagers in deze zaak ingesteld, waarbij zij in voorarrest werden geplaatst. Daarbij hebben klagers verschillende verzoeken om vrijlating ingediend, maar die zijn steeds afgewezen. Na ongeveer een jaar zijn zij vrijgelaten. Het strafrechtelijk onderzoek tegen klagers is uiteindelijk beëindigd.

Voor het EHRM hebben klagers gesteld dat er niet voldoende snel is besloten op hun verzoeken tot vrijlating, in strijd met art. 5 lid 4 EVRM. Het Hof oordeelt dat in een van de gevallen niet voldoende inhoudelijk en zorgvuldig naar het vrijlatingsverzoek is gekeken; ook is over een van de verzoeken niet snel genoeg besloten. In het bijzonder ziet het Hof een schending van art. 5 lid 4 EVRM omdat op zeker moment een beperking is opgelegd aan het aantal keren dat een van de klagers een vrijlatingsverzoek zou mogen indienen. Het Hof acht dat niet aanvaardbaar. In Bulgarije is geen sprake van reguliere, automatische herbeoordeling van een opgelegd voorarrest, maar kan alleen door een vrijlatingsverzoek naar de redelijkheid van het voorarrest worden gekeken. Het kan dan redelijk zijn om het aantal verzoekmogelijkheden te beperken als iemand daadwerkelijk misbruik maakt van de mogelijkheid en daardoor een goede rechtsbedeling belemmert, maar daarvan was in dit geval geen sprake. Het Hof stelt daarnaast een schending vast van art. 5 lid 5 EVRM omdat het niet mogelijk was om een effectieve genoegdoening te krijgen voor de schade geleden door het

voorarrest, terwijl uiteindelijk geen veroordeling heeft plaatsgevonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-07-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0707003004410

Zaaknummer: 30044/10

Wetsartikelen: EVRM art. 5 lid 4 en EVRM art. 5 lid 5

RECHTSPRAAK

Constantin Film Verleih, HvJ EU 9 juli 2020, zaak C-264/19

Constantin Film Verleih beschikt over exclusieve gebruiksrechten op een aantal films die zijn geüpload op YouTube. In verband daarmee verlangt Constantin Film Verleih van YouTube en Google dat zij haar een reeks gegevens verschaffen over de gebruikers die voor deze uploads verantwoordelijk zijn. Het HvJ concludeert dat inderdaad een aantal gegevens moeten worden overgelegd, maar niet het e-mailadres en telefoonnummer, noch het IP-adres dat is gebruikt om de bestanden te uploaden.

Constantin Film Verleih beschikt in Duitsland over exclusieve gebruiksrechten op onder meer de cinematografische werken 'Parker' en 'Scary Movie 5'; deze films zijn in 2013-2014 geüpload op YouTube. Constantin Film Verleih verlangt nu van YouTube en Google, de moedermaatschappij van YouTube, dat zij haar een reeks gegevens verschaffen over elk van de gebruikers die deze werken heeft geüpload.

Het HvJ beantwoordt deze zaak op grond van art. 8 van richtlijn 2004/48, waarin een verplichting aan de lidstaten wordt opgelegd om er bij inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten voor te zorgen, op redelijk verzoek, dat informatie over de herkomst en distributiekkanalen van de inbreukmaker wordt verstrekt. Daarmee beoogt de richtlijn een juist evenwicht te bewerkstelligen tussen het belang van houders van intellectuele-eigendomsrechten, zoals ook beschermd door art. 17 lid 2 Hv, en de belangen en grondrechten van de gebruikers van beschermd materiaal en het algemeen belang. In deze bepaling is een beperking opgelegd van de te verschaffen gegevens, waarbij het niet noodzakelijk is om het e-mailadres en telefoonnummer te delen, noch het IP-adres dat is gebruikt om deze bestanden te uploaden of het IP-adres dat is gebruikt bij de laatste toegang van deze gebruiker tot zijn gebruikersaccount.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 09-07-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:542

Zaaknummer: C-264/19

Wetsartikelen: Hv art. 17 lid 2 en Rl 2004/48/EG art. 8 lid 2 onder a

RECHTSPRAAK

Cimperšek t. Slovenië, EHRM 30 juni 2020, nr. 58512/16

Klager zou beëdigd worden als rechtbankexpert, maar omdat de procedure daarvoor hem te lang duurde, stuurde hij een klachtmail naar de bevoegde minister en een aantal andere mensen. Ook zette hij zijn boosheid uiteen in een blogpost. Daarop oordeelde de minister dat klager toch niet helemaal geschikt was als rechtbankexpert en besloot hij hem niet te benoemen. Het Hof stelt een schending vast van art. 6 EVRM omdat er ten onrechte geen hoorzittingen in de zaak hebben plaatsgevonden. Daarnaast ziet het in de weigering van de benoeming een ongerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM).

Klager wilde in 2014 in aanmerking komen voor benoeming tot rechtbankexpert. Hij legde het examen daarvoor met succes af en zou beëdigd worden, maar klager vond dat de procedures daarvoor allemaal lang duurden. Daarom stuurde hij een stevig aangezette klachtmail naar het voor de benoeming bevoegde ministerie en naar andere kandidaten die hoopten rechtbankexperts te worden, en hij publiceerde hierover ook een blogpost. Gelet op die klachten berichtte de minister hem dat hij door deze klachten en de publiciteit die klager daaraan gaf was gaan twifelen over diens geschiktheid om rechtbankexpert te worden, reden waarom hij het verzoek van klager om te worden benoemd alsnog afwees. Klager procedeerde hierover, maar zonder succes.

Voor het EHRM heeft klager allereerst gesteld dat in strijd met art. 6 EVRM voor de nationale rechter geen hoorzitting in zijn zaak heeft plaatsgevonden. Het Hof overweegt dat het hier gaat om een zaak met voldoende belang om die bij het Hof te behandelen en wijst het verweer over het ontbreken van een kennelijk nadeel af. Het oordeelt verder dat het hier gaat om een kwestie met voldoende juridisch belang om die als 'geschil' aan te merken in de zin van art. 6 EVRM. Nu op geen van de nationale rechterlijke niveaus een zitting heeft plaatsgevonden, terwijl de behandeling van de zaak wel echt vroeg om een inschatting van de feiten waarvoor zo'n zitting nuttig zou zijn, stelt het Hof een schending vast van art. 6 EVRM.

In de tweede plaats heeft klager aangevoerd dat art. 10 EVRM is geschonden doordat hij feitelijk vanwege zijn uitingen is geweigerd voor een functie die hij graag wilde krijgen. Het Hof overweegt dat op zichzelf de weigering om iemand in een publieke functie te benoemen geen klacht onder het EVRM kan rechtvaardigen, maar dat het in dit geval toch vooral ging om een maatregel die volgde op de klachten en de blogpost van klager. Ook zijn er parallellen te trekken met eerdere zaken over art. 8 EVRM waarin een werkgerelateerde kwestie aan de orde was. Het daarbij ondervonden nadeel was volgens het Hof direct gerelateerd aan klagers uitoefening van de kern van de vrijheid van meningsuiting, zodat art. 10 EVRM hier van toepassing is. Ten aanzien van de rechtvaardiging overweegt het Hof dat ambtenaren die bij een rechtbank werken zich op zichzelf enigszins terughoudend moeten opstellen als het gaat om de uitingen die zij doen. In dit geval heeft de minister zich echter vooral in algemene termen uitgelaten over de klachten, en is niet gewezen op specifiek beledigende of problematische uitingen. Bovendien heeft geen van de rechters die de zaak heeft beoordeeld een daadwerkelijke afweging gemaakt tussen het beweerde nagestreefde doel van de weigering om klager te benoemen, en diens recht op vrijheid van meningsuiting. Dat betekent dat niet voldoende rechtsbescherming is geboden. Evenmin is het Hof van oordeel dat het gedrag van klager redelijke twijfel kon oproepen aan zijn geschiktheid om de functie van rechtbankexpert onpartijdig en zorgvuldig uit te oefenen. Niet duidelijk is geworden, waarom de afwijzing van de benoeming van klager onmisbaar was om de reputatie van rechtbankexperts en het gezag van de rechterlijke macht te beschermen. Schending art. 10 EVRM.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-06-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005851216

Zaaknummer: 58512/16

Wetsartikelen: EVRM art. 6 en EVRM art. 10

RECHTSPRAAK

EHRM (plenair) 6 juli 2020

Het EHRM heeft in zijn plenaire samenstelling het verzoek vanuit Oekraïne gekregen om de immuniteit op te heffen van de echtgenoot van een van de EHRM-rechters. Het wijst dit verzoek af omdat het bewijs heeft verkregen dat op nationaal niveau getuigen onder druk zijn gezet en omdat er onvoldoende garanties zijn dat geen sprake zal zijn van misbruik van bewijsmateriaal als de immuniteit van deze echtgenoot wordt opgeheven.

Op 3 maart 2020 heeft de permanente vertegenwoordiger van Oekraïne bij de Raad van Europa een verzoek ingediend van de Openbare Aanklager van Oekraïne om na te gaan of Georgii Volodymyrovych Logvynskyi, die op nationaal niveau wordt verdacht van betrokkenheid bij corruptie, immuniteit van strafvervolging kan ontnemen aan het feit dat zijn echtgenote, Ganna Yudkivska, bij het EHRM is benoemd als rechter voor Oekraïne. Het Plenaire Hof stelt vast dat het verplicht is om de immuniteit op te heffen van een rechter als dat nodig is om het recht zijn loop te laten hebben en als dat mogelijk is zonder het doel in gevaar te brengen dat gediend wordt door die immuniteit. De immuniteit van echtgenoten van EHRM-rechters geldt daarbij ongeacht de vraag of hun handelingen verband houden met de uitoefening van de functie van de EHRM-rechter. De immuniteit betreft zowel het openen van een strafrechtelijke procedure tegen de rechter of de echtgenoot daarvan, het nemen van eventuele dwangmaatregelen, en de ondervraging als getuige. Het Plenaire Hof overweegt dat er bewijs is, dat er sprake is geweest van het onder druk zetten van getuigen in de procedure tegen Logvynskyi. Deze handelingen en het daarmee samenhangende verzoek om de immuniteit op te heffen zijn zodanig dat zij onverenigbaar zijn met doel en strekking van het toekennen van immuniteit en ervoor kunnen zorgen dat de procedure tot het opheffen van immuniteit van zijn functie wordt ontbloot. Evenmin zijn er voldoende garanties tegen het misbruiken van het bewijs dat kan worden verkregen door het opheffen van deze immuniteit. Gelet daarop besluit het Plenaire Hof om het verzoek tot ontheffing van de immuniteit af te wijzen.

EHRM (plenair) 6 juli 2020 - Over immuniteit, de echtgenoten van Straatsburgse rechters en corruptieverdenkingen

NOOT:

1. De rechters van het EHRM genieten op basis van art. 51 EVRM gedurende de uitoefening van hun functie de privileges en immuniteiten zoals die zijn opgenomen in art. 40 van het Statuut van de Raad van Europa.[1] Die laatste bepaling vereist immuniteiten die 'redelijkerwijs nodig zijn voor de uitoefening' van de functie van bepaalde Raad van Europa-ambtsdragers. Protocol 6 bij de Algemene overeenkomst over de privileges en immuniteiten van de Raad van Europa ('Algemene overeenkomst') bevat meer gedetailleerde regels over de privileges en immuniteiten die op de EHRM-rechters van toepassing zijn. Art. 1 van dit Protocol schrijft voor dat de immuniteiten en privileges uit art. 18 van de Algemene overeenkomst ook van toepassing zijn op onder andere echtgenoten van de rechters overeenkomstig de regels die van toepassing zijn op diplomatieke gezanten in het internationaal recht. De immuniteiten omvatten onder meer immuniteit 'from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity and within the limit of their authority'. De immuniteiten en privileges dienen niet het individu, maar dragen eraan bij dat de rechters hun functie in onafhankelijkheid kunnen uitoefenen en hun mening vrij kunnen uiten.[2] Enkel de in totaal 47 rechters tezamen (het plenaire Hof) kunnen de immuniteit van een rechter opheffen. Zij zijn verplicht dit te doen wanneer dit nodig is om het recht zijn loop te laten nemen, op voorwaarde dat het opheffen van de immuniteit het doel dat de immuniteit beschermt niet in gevaar brengt.[3]

2. Tot 2011 had het Hof zich nooit over de toepassing van art. 51 EVRM hoeven buigen. Dit veranderde toen nationale opsporingsautoriteiten de woning van de toenmalige Roemeense rechter Birsan in Roemenië doorzochten vanwege een anti-corruptieonderzoek naar zijn vrouw – zonder dat een verzoek was ingediend tot het opheffen van immuniteit van de rechter of zijn echtgenoot. In reactie daarop nam de EHRM-president een verklaring aan waarin hij vermeldde dat het Hof verontrust was dat de regels omtrent immuniteit mogelijk niet waren gerespecteerd. In die verklaring maakte het Hof ook melding van het feit dat het Roemenië had gevraagd of de regering gronden had om een verzoek in te dienen tot het opheffen van de immuniteit van de rechter in kwestie.[4] Niet lang daarna ontving het EHRM zo'n verzoek. In de overwegingen die vooraf gingen aan zijn beslissing op dit verzoek gaf het Hof aan dat de doorzoeking die al had plaats gevonden de immuniteit van de rechter en zijn vrouw had geschonden. Het Hof besloot de immuniteit van de echtgenoot van de rechter op te heffen voor zover dat strikt noodzakelijk was voor het al lopende anti-corruptieonderzoek. De immuniteit van de rechter zelf bleef overeind omdat volgens het Hof onvoldoende was vast komen te staan dat de immuniteit eraan in de weg zou staan dat het recht zijn loop zou nemen

of dat de immuniteit zou kunnen worden opgeheven zonder dat het doel van de immuniteit in gevaar kwam.[5] In 2016 bracht het echtpaar Bîrsan overigens nog een zaak voor het EHRM over feiten die plaats hadden gevonden toen Bîrsan nog rechter in Straatsburg was. Het EHRM verklaarde die klacht om verschillende redenen niet-ontvankelijk.[6]

3. Anders dan in de Roemeense zaak, heeft Oekraïne in de voorliggende zaak wel een verzoek ingediend tot opheffing van immuniteit nog voordat het EHRM de regering hiertoe kon oproepen. Ook hier gaat het om een echtgenoot en een anti-corruptieonderzoek, ditmaal om onderzoek naar de man van de Oekraïense rechter Yudkivska. Het EHRM stelt vast dat er strafrechtelijk onderzoek was gedaan naar de echtgenoot omdat bepaalde onderdelen van het anti-corruptieonderzoek, waaronder geheime surveillance, erop gericht waren om bewijs te vergaren dat op hem betrekking had. Daarnaast stelt het EHRM vast dat er bewijs voorhanden is dat suggereert dat de nationale autoriteiten druk hebben uitgeoefend op getuigen. Het EHRM bepaalt vervolgens dat het onderzoek de immuniteit van de echtgenoot heeft geschonden en dat er onvoldoende waarborgen zijn omtrent het gebruik van bewijs dat is vergaard door de immuniteit van de echtgenoot te schenden. Met deze vaststellingen wijst het EHRM Oekraïne erop (weliswaar niet met zo veel woorden) dat het in strijd heeft gehandeld met twee verdragsverplichtingen: die in art. 51 EVRM en in art. 6 EVRM. Het komt dan ook niet als een verrassing dat het EHRM het verzoek afwijst.[7] Dit betekent dat het EHRM vreest dat, wanneer het onderzoek naar de echtgenoot doorgang zou blijven vinden, de onafhankelijkheid van de Oekraïense rechter onder druk kan komen te staan. Anders dan de uitspraken van het Hof (en sommige beslissingen) is de voorliggende beslissing van het Hof beknopt. Terwijl het duidelijk is *dat* het opheffen van immuniteit niet nodig was om het recht zijn beloop te laten en dit niet mogelijk was zonder het doel van immuniteit in gevaar te brengen, beredeneert het Hof niet heel precies *waarom* dit het geval was, iets wat het ook niet deed in de Roemeense zaak. De beslissing is ook beknopt doordat het Hof noch de argumenten van de betrokken rechter noch die van de nationale autoriteiten weergeeft en daar dus ook niet op reageert. Aangezien immuniteit bijdraagt aan een groot goed (onafhankelijkheid van de Straatsburgse rechters) zou het voor de nationale autoriteiten in de verdragsstaten nuttig zijn geweest wanneer het EHRM de beslissing had aangegrepen om meer duidelijkheid te scheppen over de interpretatie van art. 51 EVRM.[8]

4. Oekraïne had het EHRM gevraagd om te verhelderen hoe het nu zat met de immuniteit van de echtgenoot. Volgens de voorliggende beslissing heeft het EHRM duidelijkheid verschaft in twee brieven die niet openbaar zijn en waarvan de inhoud niet wordt besproken in de beslissing. Toch geeft het EHRM wel enige uitleg over dit punt in de beslissing. Het EHRM verheldert namelijk dat echtgenoten van zittende rechters immuniteit genieten ongeacht of hun handelingen verband houden met de uitoefening van de functie van rechter. De

echtgenoten genieten dus persoonlijke immuniteit. Dit type immuniteit beperkt zich anders dan functionele immuniteit niet tot officiële handelingen en is enkel van toepassing tijdens de periode dat een ambt (van een echtgenoot) wordt uitgeoefend.[9] Dat echtgenoten dit type immuniteit genieten is niet zo verassend, omdat – zoals hierboven omschreven – de immuniteiten van toepassing zijn op echtgenoten overeenkomstig de regels voor diplomatieke gezanten in het internationaal recht. Art. 37 lid 1 van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer bepaalt dat de inwonende gezinsleden van een diplomatiek ambtenaar de in artt. 29 en 31 omschreven voorrechten en immuniteiten genieten. Uit de laatste twee bepalingen kan worden afgeleid dat de gezinsleden persoonlijk immuniteit genieten aangezien de immuniteit niet beperkt is tot zaken die te maken hebben met officiële handelingen.[10] Nog afgezien van deze juridische uitleg zou het onlogisch zijn om de immuniteit van de echtgenoot afhankelijk te maken van de vraag of zijn handeling verband houdt met het uitoefenen van de functie van rechter aangezien het niet de echtgenoot, maar de rechter is die de relevante functie uitoefent. Overigens is het aannemelijk dat de echtgenoten bredere immuniteit genieten dan de rechters gedurende de uitoefening van hun functie omdat de rechters alleen functionele immuniteit lijken te genieten. Art. 51 EVRM rept over immuniteiten die de rechters genieten ‘gedurende de uitoefening van hun functie’.[11] Daarnaast heeft art. 18 van de Algemene overeenkomst het over ‘all acts performed by them in their *official capacity and within the limit of their authority*’ en art. 3 van Protocol 6 bij de Algemene overeenkomst over ‘complete independence *in the discharge of their duties*’.[12] Bovendien benadrukken belangrijke *soft law* documenten dat de immuniteit van rechters zich enkel uitstrekt tot gedragingen die met hun functie verworven zijn.[13]

5. Overigens hield in de Oekraïense kwestie het onderzoek naar de echtgenoot van de Oekraïense rechter wél verband met de door de rechter uitgeoefende functie. Het anti-corruptie onderzoek richtte zich namelijk op het feit dat het Oekraïense ministerie van justitie een minnelijke schikking had geaccepteerd in een procedure voor het Hof. Het anti-corruptie bureau probeerde de echtgenoot van de rechter bij dit onderzoek te betrekken.[14]

L.R. Glas, universiteit docent Europees recht, Radboud Universiteit

[1] En na uitoefening van hun functie zo bepaalt Protocol 6 bij de Algemene overeenkomst over de privileges en immuniteiten van de Raad van Europa, art. 3.

[2] Protocol 6 bij de Algemene overeenkomst over de privileges en immuniteiten van de Raad van Europa, arts. 3, 4.

[3] Protocol 6 bij de Algemene overeenkomst over de privileges en immuniteiten van de Raad

van Europa, art. 4.

[4] EHRM, 'Statement by the President of the European Court of Human Rights', ECHR 200 (2011), 19 oktober 2011.

[5] EHRM, 'Decision of the European Court of Human Right', #3758079, 29 november 2011.

[6] *Bîrsan t. Roemenië*, EHRM 2 februari 2016, nr. 79917/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0202DECO07991713.

[7] EHRM, 'Decision of the European Court of Human Rights', 6 juli 2020.

[8] Zie ook K. Dzehtsiarou, 'Strasbourg v Kafka: Diplomatic Immunity of the Judges of the European Court of Human Rights', Strasbourg Observers, 21 juli 2020.

[9] R. van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford: OUP 2008, p. 3.

[10] Dit stemt ook overeen met het internationaal gewoonte recht. Zie ook D. Akande en S. Shah, 'Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts', *EJIL* 2010, afl. 4, p. 815-852, p. 818.

[11] Zie ook Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford: OUP 2015 die op p. 892 schrijft 'this is a functional immunity'.

[12] Nadruk LRG.

[13] Seventh United National Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (26 augustus – 6 september 1985), *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, para 16; Advies No. 3 van de Consultative Council of European Judges van de Raad van Europa (19 november 2002), *On the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behavior and impartiality*, para 75; Aanbeveling CM/Rec(2010)12 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (17 november 2010), *Judges: independence, efficiency and responsibilities*, para. 71.

[14] Dzehtsiarou, reeds aangehaald. Zie ook K. Dzehtsiarou, 'The New Trial: Kafkaesque Punishment for Cooperation with the ECtHR', Strasbourg Observers 31 januari 2020.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Albert e.a. t. Hongarije, EHRM (GK) 7 juli 2020, nr. 5294/14

Een groep individuele aandeelhouders van twee Hongaarse banken, die gemiddeld per persoon zo'n 0,015% van de aandelen houden, wil opkomen tegen wetgeving waardoor de banken gedwongen zijn geweest om te integreren in een coöperatie en waardoor er een nieuw systeem van toezicht is ontstaan. Het Hof overweegt echter dat deze wetgeving niet zozeer de individuele aandeelhouders raakte, maar de banken als zodanig. Ook ziet het Hof geen overtuigende reden waarom niet de banken zelf een klacht bij het EHRM konden indienen. Gelet daarop verklaart het de klacht niet-ontvankelijk omdat de aandeelhouders zich geen slachtoffers van een vermeende EVRM-schending kunnen noemen.

Klagers zijn individuele aandeelhouders van de Kinizsi Bank en de Mohácsi Bank. In totaal bezitten zij resp. 98,28% en 87,65% van de aandelen in deze banken, maar gemiddeld houden zij maar 0,015% resp. 0,016% van de aandelen. Vanaf 2013 zijn de twee banken op basis van nieuwe wetgeving verplicht om te integreren in een coöperatie met nog een groot aantal andere spaarbanken, vooral met het oog op het instellen van een nieuw systeem van toezicht. Volgens klagers is daardoor sprake van een schending van art. 1 EP EVRM doordat hun mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de koers van de banken is beperkt. Een Kamer van het Hof heeft op 29 januari 2019 vastgesteld dat klagers zich geen slachtoffer mochten noemen, omdat niet zijzelf, maar in feite de banken als rechtspersonen het belang hadden gehad om de procedure te voeren.

De Grote Kamer zet allereerst zijn eerdere rechtspraak uiteen over de vraag of het voor aandeelhouders mogelijk is om een procedure bij het EHRM in te stellen, wanneer ook de rechtspersoon zelf dat zou kunnen doen. Het heeft daarbij een onderscheid gemaakt tussen twee hoofdsituaties, namelijk de situatie waarbij een kwestie primair de aandeelhouders en hun rechten betreft en niet zozeer die van de onderneming als geheel, en de situatie waarin

een maatregel of besluit vooral de onderneming raakt. In het laatste geval kunnen de individuele aandeelhouders niet worden aangemerkt als slachtoffers in de zin van art. 34 EVRM. Het Hof definieert vervolgens nader twee situaties waarbij het redelijk is dat de individuele aandeelhouders een klacht kunnen indienen bij het Hof. Dat is allereerst het geval wanneer een onderneming en haar aandeelhouders zo nauw met elkaar zijn verbonden dat het kunstmatig zou zijn om de twee van elkaar te onderscheiden. In dat geval is het ook geen probleem om de aandeelhouders toe te staan om een klacht in te dienen, omdat er door de nauwe verwevenheid toch geen risico is van een verschil van opvatting tussen aandeelhouders of tussen aandeelhouders en een raad van bestuur van de onderneming. In de tweede plaats kan sprake zijn van buitengewone omstandigheden waardoor de rechtspersoon zelf niet in de gelegenheid is om in eigen naam een klacht bij het Hof in te stellen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als degene die belast is met het verdedigen van de belangen van de onderneming niet in de gelegenheid of niet bereid is om een procedure in te stellen, of waarin er sprake is van een bestuurdersconflict met ernstige consequenties voor de aandeelhouders, direct of indirect. De aandeelhouders moeten dan zwaarwegende en overtuigende redenen aanvoeren waaruit blijkt dat het feitelijk of daadwerkelijk onmogelijk is voor de onderneming zelf om een klacht in te dienen bij het Hof.

In het onderhavige geval staat vast dat de wetgeving waardoor de banken werden geïntegreerd een dwingend en onvrijwillig karakter had, en dat de klagers door de werking van de wetgeving de mogelijkheid zijn kwijtgeraakt om de statutaire bepalingen te wijzigen. De wetgeving raakt echter niet de bijzondere rechten die de klagers als aandeelhouders hebben, maar raakt vooral de bestuurlijke vrijheid van de banken als zodanig. De invloed van de individuele aandeelhouders was, gelet op de kleine aandeelhoudersbelangen, hoe dan ook niet heel groot, zodat zij weinig mogelijkheden hadden om de richting van het beleid van de banken te sturen. Het Hof concludeert dan ook dat de wetgeving primair de twee banken raakte, en geen directe impact had op de rechten van klagers. Het Hof is verder van oordeel dat in dit geval niet kan worden aangenomen dat de aandeelhouders en de banken zo nauw met elkaar waren verbonden dat het kunstmatig zou zijn om de twee van elkaar te onderscheiden. Tot slot is het Hof niet gebleken van buitengewone omstandigheden waardoor het onmogelijk zou zijn voor de banken om zelf een klacht in te dienen bij het Hof, zodat dit onvermijdelijk aan de aandeelhouders zou moeten worden overgelaten. Het Hof is dan ook van oordeel dat klagers zich geen slachtoffer in de zin van art. 34 EVRM kunnen noemen van een schending van art. 1 EP EVRM. Het Hof verklaart de zaak dan ook (unaniem) *ratione personae* niet-ontvankelijk.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 07-07-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0707JUD000529414

Zaaknummer: 5294/14

Wetsartikelen: EVRM art. 34

ANNOTATIE

M.N. e.a. t. België (EHRM (GK, ontv.), nr. 3599/18) – België niet verplicht humanitair visum af te leveren voor internationale bescherming***H. De Vylder***

1. De zogenaamde humanitaire visum-zaak beroert in België al sinds 2016 de gemoederen. Aan de orde is de weigering van de Dienst Vreemdelingenzaken (DVZ) om humanitaire visa kort verblijf af te leveren aan een gezin uit Syrië. Volgens art. 25 van de EU-Visumcode kan een lidstaat een dergelijk visum afleveren wanneer de betrokken lidstaat het op humanitaire gronden, vanwege het nationale belang of gelet op internationale verplichtingen noodzakelijk acht. Het gezin vroeg de humanitaire visa aan met het oog op het indienen van een verzoek om internationale bescherming in België. Tot in 2017 werden dergelijke visa nochtans regelmatig toegekend aan derdelanders met als doel bij aankomst in België een verzoek om internationale bescherming te doen. Hoofdzakelijk personen geselecteerd in het kader van hervestigingsprogramma's, konden van die visa genieten. Maar ook personen die naar België kwamen in het kader van de omstreden reddingsoperatie van de toenmalige staatssecretaris voor asiel en migratie, kregen dergelijke visa.[1] In beide gevallen was het doel in België een verzoek om internationale bescherming te doen.

De procedureslag die op de initiële weigeringsbeslissingen volgt, leidde tot drie maal toe tot een schorsing van de tenuitvoerlegging van de visumweigering door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, de bevoegde rechtbank, gepaard gaande met het bevel om binnen de 48 uur nieuwe beslissingen te nemen rekening houdend met de uitzonderlijk gevaarlijke situatie in Aleppo en het risico op een schending van art. 3 EVRM[2]. Bij de derde opschorting gaf de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het bevel om binnen de 48 uur laissez-passers of visa geldig voor drie maanden af te geven.

De flagrante weigeringen van DVZ om de visa of laissez passers af te leveren, leiden de verzoekers ertoe om een dwangsom te vorderen bij de Kort Geding-rechter.[3] Ondanks het toekennen van de dwangsom, kon ook dit de DVZ er niet toe brengen effectief humanitaire visa af te leveren.

2. Hierop dienden de verzoekers klacht in bij het EHRM. Zij klaagden dat de weigering om hen de visa af te leveren leidt tot een schending van hun rechten onder art. 3, 6 en 13 EVRM. Het EHRM oordeelt dat de klacht met betrekking tot art. 3 EVRM niet-ontvankelijk is omdat de verzoekers zich niet binnen de rechtsmacht van de Belgische autoriteiten bevonden. De rechtsmacht is essentieel territoriaal en maar uitzonderlijk extraterritoriaal. Het feit dat de visumaanvraag gedaan werd in de Belgische ambassade in Libanon, volstond niet om de Belgische rechtsmacht te *triggeren*. Ook de klacht met betrekking tot art. 6 en 13 EVRM is volgens het Hof niet-ontvankelijk. Het Hof oordeelt dat het niet bevoegd is zich uit te spreken omdat de klacht geen burgerlijke, maar politieke rechten betreft.

In wat volgt, zal allereerst gefocust worden op de extraterritoriale reikwijdte van het EVRM. Vervolgens komt de vraag aan bod welke rol het EHRM kan spelen wanneer het recht op een eerlijk proces in het gedrang komt doordat nationale autoriteiten nalaten de rechten onder het EVRM te respecteren. Ter conclusie zal de uitspraak in haar ruimere context van de moeilijke toegang tot internationale bescherming geplaatst worden.

Extraterritoriale rechtsmacht van Verdragsstaten

3. Het Hof herhaalt zijn vaste rechtspraak dat de rechtsmacht van de verdragsstaten in hoofdzaak territoriaal is en uitgeoefend wordt op het grondgebied van de staten. Door te beslissen over de visa-aanvragen heeft de Belgische overheid beslissingen genomen over de toegangsvoorwaarden tot het Belgisch grondgebied maar dit volstaat niet om de verzoekers onder de territoriale rechtsmacht van België te brengen. Het loutere feit dat beslissingen die op nationaal niveau genomen worden een impact hebben op de situatie van in het buitenland verblijvende personen doet op zich geen rechtsmacht van de betrokken staat ontstaan over die personen.[4]

Slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen ook handelingen die een verdragsstaat buiten zijn grondgebied stelt of die er gevolgen hebben, een uitoefening van rechtsmacht uitmaken in de zin van art. 1 EVRM.[5] Dit is het geval wanneer een staat effectieve autoriteit en controle over een individu uitoefent. Een staat oefent bijvoorbeeld rechtsmacht uit wanneer gewapende troepen effectieve controle uitoefenen over een gebied buiten hun nationale grondgebied, of wanneer zij die controle uitbesteden aan een ondergeschikte lokale administratie.[6] Ook de acties of nalatigheden van diplomatiek of consulaire personeel van een verdragsstaat kunnen rechtsmacht uitlokken wanneer zij in hun officiële hoedanigheid in het buitenland gezag uitoefenen over burgers van die staat en hun eigendommen of wanneer zij fysieke macht of controle uitoefenen over bepaalde personen.[7]

Het Hof oordeelt echter dat de vaste rechtspraak met betrekking tot de extraterritoriale

uitoefening van rechtsmacht niet van toepassing is op de huidige situatie. Consulaire functies aangaande visa kunnen niet als een vorm van autoriteit of controle beschouwd worden. De verzoekers begaven zich vrij in en uit de ambassade eerder dan daar bescherming te zoeken. Administratieve controle van de Belgische staat over de ambassade is op zich niet voldoende om de persoon die de Belgische ambassade betreedt onder de rechtsmacht van België te brengen.[8]

Ook het voeren van administratieve procedures op nationaal niveau doet in dit geval geen extraterritoriale rechtsmacht ontstaan. Bepalend daarvoor is het feit dat het (a) administratieve en geen strafrechtelijke procedures betreft, (b) deze werden geïnitieerd door personen die geen verdere band met de betrokken staat hebben dan de procedures die zij op eigen initiatief hebben ingesteld en (c) zonder dat de keuze voor die staat voortvloeit uit een verdragsverplichting.[9] Het Hof roept in dat het tegendeel ertoe zou leiden dat eenzijdige keuzes, zoals het indienen van een visumaanvraag, van personen waar ook ter wereld de quasi-universele toepassing van het EVRM tot stand zouden brengen en de verdragsstaten ertoe zouden verplichten om elke persoon voor wie een schending van art. 3 EVRM dreigt toe te laten tot zijn grondgebied.[10]

4. De rechtspraak over extraterritorialiteit in het kader van migratiecontrole, wint aan belang. De controle van de Europese buitengrenzen en migratiestromen wordt in toenemende mate geëxternaliseerd. Het verleggen van grenzen en uitbesteden van grenscontrole, mag echter geen vrijgeleide zijn voor mensenrechtenschendingen. In het Grote Kamer arrest *Hirsi Jamaa* stelde het EHRM dat de push back-operaties van migranten op volle zee door de Italiaanse marine, onder de verantwoordelijkheid van Italië vielen.[11] In het Grote Kamer arrest *N.D. en D.T.* oordeelde het EHRM dat de verzoekers die slachtoffer werden van push back-operaties aan de hekken om de Spaanse enclaves in Marokko te betreden, onder de Spaanse rechtsmacht vielen.[12] Dit was het geval ook al bereikten zij nooit effectief het Spaanse grondgebied. Gemeenschappelijk aan beide zaken lijkt echter het feit dat er sprake was van 'fysieke controle' over de migranten, en niet louter administratieve controle.

Het EHRM wacht echter de taak de grenzen van de extraterritoriale rechtsmacht van staten duidelijker af te lijnen zeker in de zaken waar de autoriteit en de controle louter functioneel is en geen fysiek element kent.[13] Die gelegenheid heeft het EHRM in de hangende zaak *S.S.*[14] In die zaak is de vraag aan de orde of Italië verantwoordelijkheid draagt voor de pull-back operaties van migranten die de Libische kustwacht uitvoerde met ondersteuning van de Italiaanse autoriteiten. Een interessante benadering is die van Violeta Moreno-Lax. Zij pleit voor een functioneel concept van jurisdictie dat los staat van fysieke controle of territorialiteit, maar dat een specifieke staat verantwoordelijk houdt in verhouding tot een specifiek individu in een specifieke situatie. Bepalend daarbij is de uitoefening van soevereiniteit en autoriteit. Ze

betoogt dat de determinerende factor voor de effectiviteit van controle de capaciteit is om het verloop van bepaalde gebeurtenissen en situaties waarin individuen zich bevinden die bij die gebeurtenissen betrokken zijn, te bepalen.[15]

De rol van het EHRM wanneer geconfronteerd met nationale onwil

5. De verzoekende partij klaagde in tweede instantie over een schending van art. 6 EVRM in combinatie met art. 13 EVRM omwille van de onmogelijkheid de beslissing van de nationale rechtbanken uit te voeren. De bevoegde rechtbank had immers de DVZ verschillende malen veroordeeld tot het afleveren van de visa, zelfs op straffe van een dwangsom, maar die arresten werden nooit uitgevoerd.

Het Hof onderzoekt enkel of die klachten onder het toepassingsgebied van art. 6 EVRM vallen. De striktere vereisten die art. 6 stelt, absorberen art. 13 EVRM, volgens het Hof. Het EVRM beschermt het recht op een eerlijk proces enkel in geschillen met betrekking tot burgerlijke rechten en verplichtingen. De verzoekers voerden aan dat het recht op uitvoering van een rechterlijke beslissing en het verkrijgen van compensatie, subjectieve rechten betreffen. Maar volgens het Hof is het bepalend of het voorwerp van de beslissing een burgerlijk recht betreft. Het uiteindelijke doel van de verzoekers is de toegang tot het Belgisch grondgebied. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM betreft de toegang, het verblijf en de verwijdering van het grondgebied van een staat geen burgerlijke rechten. Procedures met betrekking tot een politiek recht worden niet burgerlijk van aard omdat hun uitvoering wordt verzocht en het dispuut resulteert in een rechterlijke beslissing.[16]

In een tussenkomst voor het EHRM had de Orde van Franstalige en Duitstalige Balies van België gewezen op de subsidiaire rol van het EHRM. Wanneer de nationale instanties in gebreke blijven de Conventie-rechten te waarborgen, is het EHRM geroepen die schendingen te remediëren. Door zichzelf onbevoegd te verklaren omwille van het feit dat het uiteindelijke voorwerp van het geschil een politiek recht betreft, oefent het EHRM haar subsidiaire rol niet uit. Zo laat het EHRM echter een schending van één van de basisbeginselen van de democratie ongemoeid. De scheiding der machten is één van de grondregels in een democratisch bestel. Kenmerkend voor de scheiding der machten is niet enkel de onafhankelijkheid van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht, maar evenzeer de wederzijdse controlemechanismen. De rechterlijke macht is ervoor verantwoordelijk de daden van de uitvoerende macht te toetsen aan de geldende rechtsnormen, zoals het EVRM. De uitvoerende macht dient de rechterlijke uitspraken te respecteren en dus uit te voeren of – indien juridisch nog mogelijk – er tegen in beroep te gaan.

Zowel de burgerlijke rechtbank als de administratieve rechtbank (Raad voor

Vreemdelingenbetwistingen) hadden een schending vastgesteld van de rechten van de verzoekers onder art. 3 EVRM. Maar de uitvoerende macht bleef in gebreke de rechterlijke beslissingen uit te voeren. De partij waartoe de bevoegde staatssecretaris behoorde, startte integendeel een campagne op die de rechters portretteerde als 'wereldvreemd' en 'activistisch'.^[17] Met een meer krachtadige uitspraak van het EHRM had een duidelijk signaal kunnen worden gegeven, dat dergelijke flagrante schendingen van de democratische basisbeginselen niet toelaatbaar zijn. Het gevaar bestaat erin dat de huidige onbevoegdverklaring van het EHRM *geframed* wordt als een overwinning. Dat de rechtsstaat daarbij niet welvaart, is duidelijk.

Veilige en legale toegangswegen naar internationale bescherming?

6. De huidige uitspraak legt de paradox van het asielrecht bloot. De VN-Vluchtelingenconventie garandeert éénieder de mogelijkheid om een staat om internationale bescherming te verzoeken. Die mogelijkheid ontstaat echter pas wanneer de betrokken persoon het grondgebied van die staat betreedt. Maar zelden kan dat grondgebied op wettelijke wijze bereikt worden. Bovendien leidt de tendens tot externaliseren van grenzen ertoe dat het in vele gevallen onhaalbaar of bijzonder gevaarlijk is om een land praktisch te bereiken. Ook 'aan de grens' asiel aanvragen, zonder eerst het grondgebied te betreden, is daardoor vaak uitgesloten.

Het EHRM herhaalt stelselmatig dat de verdragsstaten soeverein oordelen over de toegang, het verblijf en de verwijdering van vreemdelingen op hun grondgebied.^[18] Maar het feit dat de verzoekers niet onder de rechtsmacht vallen, doet volgens het Hof in *M.N.* geen afbreuk aan het de inspanningen van de verdragsstaten om toegang tot asielprocedures via de diplomatieke posten te creëren.^[19] Het Hof lijkt daarbij te erkennen dat veilige en legale toegangswegen ontbreken, en staten aan te bevelen wettelijke toegangswegen te voorzien, maar deze aanbeveling geniet geen enkele bindende kracht.

De toegang tot een land is steeds aan voorwaarden verbonden. Voor de Europese Unie-staten bepaalt de EU Visumcode welke voorwaarden gelden voor een kort verblijf. Die voorwaarden worden meestal getoetst via het aanvragen van een visum bij de diplomatieke post. Ook wanneer de onderdanen van een bepaald land een visumvrijstelling genieten, dienen zij aan bepaalde voorwaarden te voldoen om een grondgebied van een ander land te betreden, bijvoorbeeld aantonen dat zij voldoende bestaansmiddelen hebben, ze het land weer gaan verlaten, ... Bij wijze van uitzondering bepaalt de Visumcode dat staten kunnen afwijken van de inreisvoorwaarden en een humanitair visum kunnen afleveren wanneer zij dat nodig achten op humanitaire gronden, vanwege het nationale belang of gelet op internationale verplichtingen.^[20]

Het Hof van Justitie oordeelde in de zaak *X. en X.* echter dat humanitaire visa met het oog op het aanvragen van asiel niet onder de Visumcode vallen.[21] Onder de Visumcode en het Handvest zijn de lidstaten van de Europese Unie dan ook niet verplicht een dergelijk humanitair visum af te geven. Reden daarvoor is dat dergelijke aanvragen een verblijf van meer dan 90 dagen beogen en die vallen volgens het Hof onder het nationale recht. Ook op een humanitair visum voor een lang verblijf hebben de aanvragers geen recht. De Belgische vreemdelingenwet staat de autoriteiten toe dit visum op discretionaire basis toe te kennen.[22] Maar bij gebrek aan wettelijke voorwaarden en een procedure met bindende termijnen, is de uitkomst en behandelingsduur van een dergelijke visumaanvraag hoogst onzeker. Het verkrijgen van een humanitair visum moet dus als een gunst beschouwd worden, niet als een recht. Dit verklaart waarom zovelen hun leven blijven riskeren op gammele bootjes op de Middellandse Zee of gigantische sommen betalen aan smokkelaars.

De laatste jaren circuleerden binnen de Europese Unie voorstellen om de Visumcode te hervormen en een humanitair visum met het oog op het aanvragen van asiel te creëren. Onenigheid tussen de instituties zorgde er echter voor dat de hervorming uitbleef. Ook de oproep van het Europees Parlement aan de Commissie eind 2018 om wetgevend initiatief te nemen met betrekking tot een humanitair visum om asiel aan te vragen, leidde nog niet tot een antwoord van de Commissie.[23] Ter compensatie verwijst de Commissie naar haar voorstel van een verordening tot het invoeren van een EU-kader voor hervestiging.[24] Dit voorstel dateert uit 2016 en leidde intussen niet tot resultaat. In de praktijk zijn de verbintenissen tot hervestiging van de verschillende lidstaten bijzonder beperkt. België bijvoorbeeld verbindt zich er sinds 2013 jaarlijks toe een bepaald aantal vluchtelingen te hervestigen.[25] In de praktijk wordt het vooropgesteld aantal personen echter niet bereikt. Sinds juli 2019 is het hervestigingsprogramma bovendien volledig opgeschort wegens overbezetting van het opvangnetwerk voor asielzoekers.[26]

Uit het EU-recht en het intern Belgisch recht kan dus geen recht op een humanitair visum met het oog op een verzoek om internationale bescherming worden afgeleid. Maar ook het EHRM blaast warm en koud tegelijk over de toegang tot asielprocedures en lijkt de onwil van de verdragsstaten te negeren. In *N.D. en D.T.* oordeelde het Hof dat de migranten die in een groep over de hekken aan de Spaanse grens klommen geen slachtoffer van collectieve uitwijzing werden. Volgens het EHRM is er geen sprake van collectieve uitwijzing wanneer verzoekers op illegale en gewelddadige manier de grens oversteken in plaats van gebruik te maken van de mogelijkheid tot een verzoek om internationale bescherming aan de grens of via de diplomatieke posten toegang verkrijgen tot Spaans grondgebied. In *M.N.* daarentegen oordeelt het EHRM dat verzoekers die een visumaanvraag indienen bij de diplomatieke post, niet onder rechtsmacht van de betrokken staat vallen waardoor het Hof onbevoegd is om zich uit

te spreken over schendingen van het EVRM in geval van een visumweigering. Deze uitspraak maakt duidelijk dat ook het EVRM geen veilige en wettelijke toegang tot asiel waarborgt.

Helena De Vylder

Jurist Vreemdelingenrecht Agentschap Integratie en Inburgering

[1] Federaal Migratiecentrum Myria, *Nota voor de Kamercommissie Binnenlandse Zaken, Algemene Zaken en Openbaar Ambt: Humanitaire visa: naar een omkaderd en transparant beleid, hoorzitting 29 januari 2019*, <https://www.myria.be/files/Myria-Nota-voor-de-Kamercommissie-290119.pdf>, p. 5.

[2] Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 176.588 van 20 oktober 2016, https://www.agii.be/sites/default/files/rvv_176577.pdf.

[3] Rechtbank van eerste aanleg Brussel nr. 16/3438/B van 25 oktober 2016, https://www.agii.be/sites/default/files/20161025_rb_brussel.pdf.

[4] *M.N. e.a. t. België*, par. 112-115.

[5] *Ibid*, par. 101.

[6] *Ibid*, par. 104-105.

[7] *Ibid*, par. 106.

[8] *Ibid*, par. 112-115.

[9] *Ibid*, par. 121.

[10] *Ibid*, par. 124.

[11] *Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*, EHRM (GK) 23 februari 2012, nr. 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509, JV 2012/171 m.nt. Zieck, «EHRC» 2012/91 m.nt. Terlouw en Pankratz.

[12] *N.D. en N.T. t. Spanje*, EHRM (GK) 13 februari 2020, nrs. 8675/15 en 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515, «EHRC Updates» 2020/88 m.nt. Den Heijer.

[13] V. Stoyanova, 'M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by

issuing visas', *EJIL Talk* 12 mei 2020, <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/>.

[14] *S.S. e.a. t. Italië*, EHRM nr. 21660/18, gecommuniceerd op 26 juni 2019.

[15] V. Moreno-Lax, 'The Architecture of Functional Jurisdiction : Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the 'Operational Model'', *German Law Journal*, 2020, p.385-416.

[16] *M.N. e.a. t. België*, par. 127-142.

[17] 'Magistraten begrijpen dat Theo Francken alle rechtsmiddelen uitput, maar de N-VA-campagne over 'wereldvreemde rechters' stuit tegen de borst.', *De Standaard* 9 december 2016, https://www.standaard.be/cnt/dmf20161209_02616518.

[18] Zie o.m. *N. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 27 mei 2008, nr. 26565/05,

ECLI:CE:ECHR:2008:0527JUD002656505, par. 30, «EHRC» 2008/91 m.nt. Woltjer; *Ilias en Ahmed t. Hongarije*, EHRM (GK) 21 november 2019, nr. 47287/15,

ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 125, «EHRC Updates» 2020/6 m.nt. Terlouw.

[19] *M.N. e.a. t. België*, par. 126.

[20] Art. 25, Visumcode.

[21] *X. en X.*, HvJ EU (GK) 7 maart 2017, zaak C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, «EHRC» 2017/81 m.nt. Krommendijk, *JV* 2017/95 m.nt. Kok.

[22] Art. 9 Wet van 5 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/1980/12/15/1980121550/justel>.

[23] Europees Parlement, Resolutie van 11 december 2018 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende humanitaire visa (2018/2271(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0494_NL.html.

[24] Europees Parlement en Raad, Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een Uniekader voor hervestiging en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 516/2014 COM/2016/0468 final - 2016/0225 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=COM:2016:468:FIN>.

[25] Federaal Migratiecentrum Myria, 'Myriadoc 9: Een nieuw paradigma voor het Europese

asielmodel: toegang tot bescherming onder druk', juli 2019, p. 73,
<https://www.myria.be/files/Myriadoc-9-NL.pdf>.

[26] Fedasil, 'Hervestiging van vluchtelingen on hold',
<https://www.fedasil.be/nl/nieuws/hervestiging/hervestiging-van-vluchtelingen-hold>.

ANNOTATIE

Association Innocence en Danger en Association Enfance et Partage t. Frankrijk (EHRM, nrs. 15343/15 en 16806/15)***M.R. Bruning***

1. In deze gruwelijke kindermishandelingszaak met dodelijke afloop voor een achtjarig meisje M., waarvoor haar beide ouders strafrechtelijk zijn veroordeeld tot een gevangenisstraf van dertig jaar, gaat het om de rol van de overheid. Twee Franse kinderbeschermingsorganisaties hebben een procedure tot staatsaansprakelijkheid ingesteld omdat er onvoldoende was gedaan om de belangen van M. te beschermen, maar zij zijn daarbij in het ongelijk gesteld. Voor het EHRM hebben deze beide klagende organisaties gesteld dat de autoriteiten door hun tekortkomingen om M. te beschermen tegen kindermishandeling met fatale afloop zowel art. 2 als 3 EVRM hebben aangetast en dat zij bovendien onvoldoende toegang hebben gehad tot een effectief rechtsmiddel doordat hun staatsaansprakelijkheidseisen zijn afgewezen. De vraag die voorligt bij het Hof, is of de verantwoordelijke autoriteiten in Frankrijk voldoende inspanning hebben verricht om het meisje te behoeden en te beschermen tegen deze gruwelijkheden. Hoewel het de ouders zijn die M. hebben blootgesteld aan langdurige en ernstige mishandeling en haar uiteindelijk om het leven hebben gebracht, heeft het Hof in eerdere zaken benadrukt dat de verdragsstaat verantwoordelijk kan worden gehouden voor schendingen van het EVRM die in de privé-sfeer plaatsvinden, ook als die in het geheim plaatsvinden.[1] Het Hof behandelt de zaak onder art. 3 EVRM en stelt een schending vast: signalen van kindermishandeling zijn onvoldoende serieus genomen door de politie, tussen de betrokken beroepskrachten rondom het gezin is te weinig informatie over M. uitgewisseld en er is te weinig toezicht gehouden op de veiligheid van M. thuis. Het Hof heeft met deze uitspraak opnieuw benadrukt dat kinderen recht hebben op effectieve bescherming tegen geweld binnen het gezin en dat verdragsstaten in dit opzicht een positieve verplichting hebben. Daarmee heeft het Hof weer stappen gezet waarmee aan het recht van kinderen op bescherming tegen geweld concrete invulling wordt gegeven via interpretatie van art. 3 EVRM.[2]

2. M. gaat als ze zes jaar oud is, voor het eerst naar school en vanaf dat moment noteren de leerkrachten regelmatig in haar schooldossier dat sprake is van blauwe plekken in haar gezicht

en op haar lichaam. Dit leidt tot een eerste onderzoek door de schoolarts in oktober 2007. M.'s vader is daarbij aanwezig en ontkent de zorgen, en hoewel er ook ouder letsel wordt geconstateerd, is de schoolarts niet gealarmeerd en blijkbaar gerustgesteld door de verklaring van de vader. Wel vraagt de schoolarts de twee juffen van M. om bij nieuwe zorgen of vermoedens van kindermishandeling direct aan de bel te trekken en een aantekening in het schooldossier te maken. Als de schoolarts M. en haar vader opnieuw ontmoet in februari 2008, onder meer vanwege veelvuldig schoolverzuim, leidt dat ertoe dat de schoolarts de huisarts van M. informeert over de zorgen en de vermoedens van kindermishandeling. De huisarts geeft echter aan het gezin nauwelijks te kennen omdat ze pas een jaar geleden in de omgeving zijn komen wonen. In mei 2008 verhuist het gezin opnieuw en op 16 juni 2008 starten het oudere halfbroertje en de drie jongere broertjes en zusjes van M. op een nieuwe basisschool, terwijl M. een paar dagen na deze start nog niet aanwezig is op school. Er zijn bij de nieuwe school zorgen over deze afwezigheid aangezien de leerkracht van de vorige school de nieuwe school had geïnformeerd over hun vermoedens van kindermishandeling van M., die waren opgetekend in het schooldossier dat was toegestuurd. Gedurende het gehele afgelopen jaar blijken blauwe plekken en kwetsuren op het lichaam van M. geconstateerd te zijn door de juffen van de vorige school. In het schooldossier van M. is twaalf keer een aantekening van blauwe plekken en kwetsuren in een tijdsperiode van acht maanden.

3. Dit alles leidt ertoe dat de schooldirecteur van de nieuwe school op 19 juni 2008 een melding doet van de vermoedens van kindermishandeling. Drie weken na de melding en de doorgeleiding van de melding naar de politie start deze een onderzoek. De ouders worden geïnformeerd dat ze M. vijf dagen later naar de arts moeten brengen die door de politie als deskundige is benaderd om M. te onderzoeken. Op 15 juli wordt M. onderzocht door de arts in aanwezigheid van de vader. In het rapport wordt vastgesteld dat M. weinig expressie vertoont en erg afwezig lijkt. Er wordt veel oud letsel geconstateerd. Het hoge aantal kwetsuren maakt dat er vermoedens van kindermishandeling zijn, te veel om uit te leggen met 'ongelukjes', zoals de vader dat probeert. Hoewel de vader de zorgen wegwuift, maakt de arts duidelijk dat kindermishandeling niet kan worden uitgesloten. Vervolgens wordt een speciaal interview van M. zonder aanwezigheid van vader afgenomen bij de jeugdpolitie. M. is dan rustig en komt niet bijzonder gespannen over. Ze geeft geen signalen van mishandeling af. Ze ontkent elke vorm van slaan of mishandeling door ouders en geeft voor elke blauwe plek een uitleg. Op de vraag 'word je door iemand geslagen?' antwoordt M. eerst: 'alleen door mijn vader en moeder', maar dan herstelt ze zich snel door uit te spreken 'papa en mama slaan me niet'.

4. Een maand later verhuist het gezin weer, vlak voor de start van het nieuwe schooljaar. De ouders schrijven al hun kinderen, behalve M., in op een nieuwe school. M. komt op de eerste schooldag toch naar school. De schoolarts, dezelfde arts die M. had onderzocht op een vorige

school, waarschuwt de directeur om M. goed in de gaten te houden vanwege eerdere zorgen over haar. Op 17 september komt de politie in het kader van het opsporingsonderzoek bij de moeder van M. langs, die ontkent dat de blauwe plekken van M. bewust zijn aangebracht en aangeeft dat er geen enkele vorm van geweld in het gezin plaatsvindt. Het huisbezoek leidt ertoe dat de politieagent het huisbezoek afsluit zonder zorgen over geweld in het gezin richting M. Op 26 september verhuist het gezin opnieuw. In dezelfde periode besluit de politie dat het onderzoek naar fysieke mishandeling van M. in het gezin wordt gesloten.

5. Een aantal maanden verstrijkt en op 27 april 2009 schakelt de schooldirecteur van de nieuwe school de schoolarts in; dit is weer de schoolarts die M. al kent van haar vorige scholen. De reden hiervoor is nieuw schoolverzuim en de verklaring van de ouders dat dit door de likdoorns op de voeten van M. komt. De schoolarts onderzoekt M. opnieuw en is geschokt door de zweren op haar voeten. De arts geeft aan dat de verklaring van de vader over de oorzaak van deze wonden geen enkel hout snijdt. Vervolgens wordt nog dezelfde dag een nieuwe melding van kindermishandeling door de schooldirecteur gedaan. Hierbij wordt aangegeven dat sprake is van veelvuldig schoolverzuim - in 1 jaar maar liefst 33 dagen zonder medische verklaring. Ook is sprake van het veelvuldig constateren door de leerkrachten van blauwe plekken zonder duidelijke verklaring. Daarbij zijn de ouders van M., zo blijkt uit de melding, niet met M. naar een arts geweest ondanks verzoek daartoe van de schoolarts (vanwege hoofdpijn, buikpijn, eetklachten). Ten slotte wordt in de melding aangegeven dat M. in het voorjaar twee keer aan de juf heeft verklaard dat haar moeder haar had geslagen. Nog dezelfde dag wordt M. opgenomen vanwege de slechte staat van haar voeten en alle zorgen en vermoedens. M. blijft een maand in een ziekenhuis op de kinderafdeling. Ondertussen heeft een sociaal werker telefonisch contact met een meldpunt kindermishandeling en uit zij haar zorgen. Als het meldpunt vraagt of ze officieel een melding kindermishandeling wil laten registreren, doet ze dat niet. M. gaat na een maand weer naar huis en het gezin blijkt inmiddels voor de vierde keer te zijn verhuisd.

6. Op 17 juni 2009 vindt een - vijf dagen daarvoor aangekondigd - huisbezoek plaats door twee maatschappelijk werkers. Een van hen geeft in haar rapportage aan dat ze M., als ze haar een dag later toevallig op straat ziet spelen, er veel minder verzorgd uit vindt zien dan tijdens het huisbezoek. In de andere rapportage wordt aangegeven dat M. tijdens het huisbezoek vrolijk was en geen signalen afgaf. Tijdens een tweede huisbezoek kort daarna is niemand thuis en de dag erna ook niet. Vervolgens wordt aangegeven dat na de zomervakantie een nieuw huisbezoek zal volgen.

7. Als de sociaal werkers in augustus en begin september opnieuw langskomen bij het gezin en M. niet aantreffen, geven de ouders telkens een verklaring voor de afwezigheid van M. Op 9 september informeert de vader de politie dat M. op de parkeerplaats van een

fastfoodrestaurant is verdwenen. Er zijn bij de politie al snel verdenkingen richting de ouders en uiteindelijk leidt de vader de politie naar het lichaam van M. Zij blijkt al in de nacht van 6-7 augustus te zijn overleden aan handelingen van marteling en barbaarsheid. Uit verklaringen van haar vier broers en zussen blijkt dat de kwellingen en mishandelingen al begonnen toen M. 2,5 jaar oud was. De ouders worden veroordeeld tot dertig jaar gevangenisstraf plus een symbolisch bedrag aan schadevergoeding aan twee kinderschermingsorganisaties die zich in de procedure hebben gevoegd. In oktober 2012 klagen deze organisaties de Staat aan, omdat het opsporingsonderzoek naar aanleiding van de melding van kindermishandeling in 2008 volgens hen heeft gefaald. Als dit onderzoek op juiste wijze was uitgevoerd, had M. volgens de organisaties gered kunnen worden. De rechtbank concludeert dat geen sprake is van een onrechtmatige overheidsdaad en deze beslissing wordt in cassatie in stand gehouden.

8. Deze zaak is te vergelijken met enkele kindermishandelingszaken met dodelijke afloop die in Nederland hebben gespeeld (o.m. de Sharleyne-zaak uit 2015 en de Savanna-zaak uit 2004) en die tot veel media-aandacht hebben geleid.[3] Daarin speelden soortgelijke risicofactoren die speelden, zoals dat de ouders 'zorgmijders' waren en de schone schijn ophielden. Telkens wanneer zorgen over hun dochter M. werden geuit, weerlegden zij die overtuigend en leidden zij daarmee hulpverleners en andere beroepskrachten om de tuin. Niet alleen de ouders ontkenden van meet af aan dat M. thuis slachtoffer was van geweld, het meisje zelf blijkt ook keer op keer te hebben ontkend dat zij thuis geweld ervaarde en bijvoorbeeld door haar ouders werd geslagen. Behalve het veelvuldig schoolverzuim en de blauwe plekken, waarvoor zij steeds andere verklaringen gaf dan dat zij was geslagen, gaf zij geen signalen af. Zij vertelde niemand over wat er, zo blijkt achteraf, thuis aan gruwelijkheden plaatsvond.

9. Verder laat het hiervoor geschetste feitencomplex zien dat er verschillende signalen van onveiligheid van M. thuis bij verschillende beroepskrachten zijn binnengekomen zonder dat deze informatie met alle betrokken beroepskrachten werd gedeeld, bleek er een gat te bestaan tussen het opsporings- en vervolgingsdomein en het sociale domein (vrijwillige hulpverlening, onderwijs) waardoor niet iedereen van alle zorgen op de hoogte was en evenmin regie werd opgepakt en gevoerd. Die signalen en zorgen, vooral vanuit de basisscholen, waren ernstig: het ging om veelvuldig schoolverzuim en om een meisje dat veelvuldig op school kwam met blauwe plekken en andere verwondingen waarvoor telkens door M. en haar ouders een verklaring werd gegeven, terwijl de verklaringen lang niet altijd plausibel waren. Dergelijke signalen blijken grote risicofactoren te zijn, zoals ook blijkt uit bijvoorbeeld Inspectieonderzoeken naar kindermishandelingszaken met fatale of bijna-fatale afloop in Nederland.[4]

10. De reden dat de feiten uit deze zaak hierboven zo uitvoering zijn besproken, is dat deze gang van zaken zo helder doet inzien hoe ingewikkeld het is om goed zicht te krijgen op dat

wat er in een gezin afspeelt en dat geweld in het gezin dat geheim wordt gehouden, heel lastig te identificeren blijkt. Enerzijds maakt het bovenstaande duidelijk dat, ondanks het ontbreken van verbale signalen van het jonge meisje M., er wel degelijk andere, belangrijke signalen zijn afgegeven die ook, ondanks de vele verhuizingen van het gezin, zijn opgemerkt, aangetekend en bij de verhuizingen zijn doorgegeven. Het veelvuldig schoolverzuim zonder medische verklaring en het regelmatig op school komen met blauwe plekken leidden bij de leerkrachten van de basisscholen wel degelijk tot grote zorgen. Anderzijds slaagden de ouders van M. er kennelijk steeds weer in om de vele beroepskrachten te misleiden waardoor de bestaande zorgen weer verdwenen, ook omdat M. zelf evenzeer alle zorgen van tafel veegde. Dat geeft ook aan hoezeer kinderen door ouders die hen geweld aandoen kunnen worden aangezet om niet de waarheid te vertellen en geweld binnen het gezin geheim kunnen houden. Ook laat het feitencomplex zien dat de verantwoordelijke autoriteiten uit enerzijds het sociale domein en anderzijds het veiligheidsdomein in hun gegevensuitwisseling niet goed op elkaar aansloten en verschillende trajecten konden bewandelen ten aanzien van hetzelfde gezin, waardoor onvoldoende inzicht bestond in de situatie van M. thuis en waardoor ook onvoldoende regie werd gevoerd.

11. Ten aanzien van de ontvankelijkheid had de Franse Staat voor het EHRM betoogd dat de twee kinderbeschermingsorganisaties niet-ontvankelijk zouden zijn in hun klacht, omdat niet zij, maar alleen M. slachtoffer was van de vermeende schendingen van het EVRM. De organisaties hadden volgens de regering ook geen enkel motief om als indirecte slachtoffers aangemerkt te kunnen worden en er was geen sprake van 'uitzonderlijke omstandigheden' die tot hun ontvankelijkheid zouden moeten leiden. De organisaties zouden geen enkele band met M. of met haar nabestaanden hebben. Verder hadden de broers en zus van M. of de tante van vaderszijde van M. namens haar een klacht kunnen indienen. Het Hof beoordeelt dit verweer op basis van zijn uitspraak in *Campeanu t. Roemenië*,^[5] waarin het een uitzondering heeft aanvaard op de eis dat alleen directe en indirecte slachtoffers een klacht kunnen indienen bij het EHRM op basis van art. 34 EVRM. In deze zaak was enkel M. direct slachtoffer en kunnen de organisaties niet als indirect slachtoffer worden gezien, aangezien inderdaad elke persoonlijke band met M. ontbreekt. In lijn met zijn beoordeling in *Campeanu* gaat het Hof vervolgens in op de vraag of sprake is van 'uitzonderlijke omstandigheden' die maken dat de beide organisaties toch ontvankelijk zijn. Het gaat volgens het Hof in het onderhavige geval om een kwetsbaar jong slachtoffer en om serieuze aantijgingen van schendingen van het EVRM, te weten om vermeende schendingen van art. 2 en 3 EVRM. Daarbij is volgens het Hof temeer sprake van een zeer ernstige situatie aangezien de verantwoordelijke autoriteiten die M. hadden moeten beschermen tegen het geweld erop worden aangesproken gefaald te hebben. Tevens gaat het Hof in op de vraag of sprake is van afwezigheid van andere (juridische) vertegenwoordigers van M. Aangezien M. niet in een

residentiële instelling verbleef maar thuis woonde en haar ouders strafrechtelijk zijn veroordeeld voor haar dood, kunnen zij M. niet vertegenwoordigen. M. heeft verder weliswaar drie broers en een zusje, maar zij waren minderjarig ten tijde van de procedure en hebben de zware mishandelingen en barbaarse praktijken van heel dichtbij meegemaakt. Zij zijn volgens het Hof daarom niet de aangewezen personen om M. te vertegenwoordigen. Ten aanzien van de tante oordeelt het Hof dat zij geen persoonlijke band met M. had en zij daarom niet als iemand die M. goed kent en als nabij familielid kan worden beschouwd. Ten slotte oordeelt het Hof dat de beide organisaties vanaf de start van de strafrechtelijke procedure tegen de ouders van M. hebben laten zien betrokken te willen zijn om de waarheid boven tafel te krijgen en daarvoor eerst de nationale rechtsgang hebben uitgeput.

12. Er is volgens het EHRM in deze zaak dan ook sprake van ‘uitzonderlijke omstandigheden’ die maken dat de twee organisaties namens M. een klacht mochten indienen bij het EHRM en *locus standi* hebben oftewel ontvankelijk moeten worden verklaard in hun klachten. Deze redenering is goed te volgen. Het valt toe te juichen dat de twee organisaties zich zo strijdlustig hebben getoond ten aanzien van het inzichtelijk maken van de gruwelijke feiten die zich rondom de dood van de achtjarige M. hebben afgespeeld en de rol van overheidsinstanties daarbij. Om de onderste steen boven te krijgen, hebben deze organisaties in verschillende procedures bepleit dat de Franse Staat niet aan haar verplichtingen om M. te beschermen tegen geweld heeft voldaan. Aangezien de ouders strafrechtelijk zijn veroordeeld voor hun gruweldaden jegens hun dochter M. en er geen andere nabije naasten waren die namens M. een procedure hadden kunnen starten, is het vanuit het uitgangspunt van het recht op een effectief rechtsmiddel van slachtoffers van groot belang dat derden dit voor minderjarige slachtoffers die door hun ouders om het leven zijn gebracht op zich nemen waar anderen dat niet kunnen of niet willen.

13. Het EHRM buigt zich vervolgens over de kernvraag in deze zaak: hadden de verantwoordelijke autoriteiten op de hoogte moeten zijn van de onmenselijke en vernederende behandeling waar M. slachtoffer van was als gevolg van ernstige vormen van kindermishandeling en hadden zij haar overlijden aan de gevolgen daarvan redelijkerwijs kunnen voorkomen? Het Hof besluit de zaak te behandelen onder art. 3 EVRM. Op grond van art. 3 EVRM is de vaste lijn van het Hof dat verdragsstaten verplicht zijn om kinderen effectief te beschermen tegen ernstige vormen van geweld binnen het gezin en redelijke maatregelen moeten treffen om kindermishandeling te voorkomen in gevallen waarin de verantwoordelijke autoriteiten op de hoogte waren of hadden moeten zijn van het geweld tegen kinderen.[6] Het Hof moet met andere woorden vaststellen of de verantwoordelijke autoriteiten op de hoogte hadden kunnen zijn van het risico dat M. slachtoffer van kindermishandeling was en voldoende bescherming hebben geboden.

14. Het Hof stelt vast dat vanaf de melding van de schooldirectrice op 19 juni 2008 de verantwoordelijke autoriteiten op de hoogte waren van het risico dat M. slachtoffer was van geweld door haar ouders gepleegd. Vervolgens is een strafrechtelijk onderzoek gestart en daarmee is invulling gegeven aan de positieve verplichting die voortvloeit uit art. 3 EVRM. Daarbij onderkent het Hof dat het voor staten erg moeilijk kan zijn om de juiste besluiten te nemen in situaties waarin enerzijds het gezinsleven van ouders en kinderen moet worden gerespecteerd en behouden moet blijven, maar anderzijds kinderen beschermd moeten worden tegen geweld binnen het gezin (par. 162). Het Hof heeft een soortgelijke overweging eerder ook opgenomen in zaken waar kinderen op basis van vermoedens van kindermishandeling uit huis geplaatst werden en die onder art. 8 EVRM werden beoordeeld, zoals in *M.A.K. en R.K. t. Verenigd Koninkrijk*[7]:

‘mistaken judgments or assessments by professionals do not per se render childcare measures incompatible with the requirements of Article 8. The authorities, both medical and social, have duties to protect children and cannot be held liable every time genuine and reasonably held concerns about the safety of children vis-à-vis members of their family are proved, retrospectively, to have been misguided’ (*M.A.K en R.K.*, par. 69).

Verkeerde inschattingen van veiligheidsrisico’s voor het kind thuis mogen volgens het Hof achteraf niet worden afgestraft. Het Hof heeft bijvoorbeeld benadrukt dat ingrijpen in het gezinsleven door bijvoorbeeld een kind uit huis te plaatsen vanwege vermoedens van kindermishandeling die achteraf niet gegrond waren, toegestaan is. Was dat namelijk niet het geval, dan zouden verantwoordelijke autoriteiten onvoldoende effectief kunnen handelen om kinderen tegen ernstige vormen van geweld in het gezin te beschermen. Maar in de onderhavige zaak werd juist niet ingegrepen door M. uit huis te plaatsen, en de vraag is of dat de autoriteiten dan wel kan worden aangerekend.

15. Het Hof erkent dat zinnige en noodzakelijke vervolgacties zijn genomen door de verantwoordelijke autoriteiten vanaf de melding op 19 juni over de zorgen omtrent M., zoals het strafrechtelijk onderzoek dat is gestart en het kinderverhoor van M. in een kindvriendelijke verhoorstudio. Toch constateert het Hof tekortkomingen bij de verantwoordelijke autoriteiten. Pas dertien dagen na de melding is het politieonderzoek gestart terwijl een spoedprocedure ook mogelijk was geweest. Verder heeft de politie belangrijke informatie onvoldoende meegenomen en meegewogen in het strafrechtelijk onderzoek, zoals de gedetailleerde informatie van de leerkrachten van de basisscholen over M. en de constatering van de arts dat kindermishandeling bij M. niet uit te sluiten viel. Vooral de informatie van de leerkrachten weegt het Hof zwaar: ‘les enseignants peuvent jouer un rôle primordial dans le système de prévention de la violence, comme les antécédents de la présente affaire le démontrent d’ailleurs. En effet, les enseignants, qui sont parfois les seules

personnes de confiance de l'enfant, et qui ont la responsabilité d'observer celui-ci de près quotidiennement, sont ainsi bien placés pour avoir une vue globale sur son développement' (par. 167). De cruciale rol van leerkrachten die doorgaans als enige beroepskracht kinderen dagelijks zien en meemaken om signalen van kindermishandeling op te vangen en door te geven, moet dan ook altijd serieus worden genomen en optimaal ingezet worden bij onderzoeken over vermeende kindermishandeling binnen het gezin. De opsporingsautoriteiten hadden bij de leerkrachten actiever op zoek moeten gaan naar informatie over de veiligheid van M. en mogelijke vermoedens van kindermishandeling.

16. Het Hof benoemt verder dat er tijdens het strafrechtelijke onderzoek meer zicht had moeten komen op de thuissituatie van M., temeer nu er binnen enkele jaren sprake was van een aantal verhuizingen van het gezin van M. en het daardoor lastiger was om de veiligheid van de kinderen binnen het gezin te beoordelen. Het herhaaldelijk verhuizen kon daarbij een signaal zijn van er wat aan de hand was met het gezin en dat het ging om 'zorgmijders', die zodra zij te veel in beeld kwamen bij de verantwoordelijke autoriteiten, hun boeltje pakten en zich verplaatsten. Ten aanzien van het politieonderzoek betreurt het Hof het dat M. medisch is onderzocht in aanwezigheid van haar vader, terwijl de van toepassing zijnde protocollen anders voorschrijven (nl. dat het kind buiten aanwezigheid van ouders of anderen uit het sociale netwerk moet worden onderzocht). Het kindverhoor is door de politie uitgevoerd zonder aanwezigheid van de ouders van M., maar ook zonder dat een deskundige (psycholoog) aanwezig was om de verklaringen van M. te kunnen duiden. Hoewel ten aanzien van de aanpak van vermoedens van kindermishandeling verschillende 'good practices' zijn vastgelegd in regelingen en beleid, constateert het Hof verder dat deze in de onderhavige zaak niet zijn opgevolgd of uitgevoerd. Daarbij hebben de opsporingsautoriteiten na sluiting van het strafrechtelijk onderzoek evenmin gezorgd voor monitoring oftewel voldoende toezicht op de situatie van M. aangezien er toch grote zorgen waren om haar. Ten slotte wijst het Hof op tekortkomingen in het centrale informatiesysteem, waardoor informatie verkregen uit verschillende bronnen ten aanzien van zorgen over de veiligheid van M. niet voldoende op elkaar afgestemd is geweest. Als alle betrokken beroepskrachten rondom M. waren geïnformeerd over de melding van 19 juni 2008 en de getroffen vervolgacties, had het verloop van de zaak volgens het Hof anders kunnen zijn geweest en had M. wellicht beschermd kunnen worden tegen de gruwelijkheden die haar zijn aangedaan en die tot haar dood hebben geleid. De te lichte inschatting en categorisering van de zaak door de politie en het gebrek aan efficiënte gegevensuitwisseling tussen de betrokken beroepskrachten uit het sociale domein en het opsporingsdomein hebben volgens het Hof bovendien geleid tot onvoldoende toezicht op de situatie van M. Ook ten aanzien van de maatschappelijk werkers geeft het Hof aan dat sprake was van onvoldoende gegevensuitwisseling en samenwerking met de andere betrokken professionals. Als de maatschappelijk werkers beter op de hoogte waren geweest

van de vele signalen en de opname van M. gedurende een maand in het ziekenhuis, hadden ze veel scherper toezicht gehouden op de situatie van M. thuis. Het Hof concludeert dat het stelsel gefaald heeft om M. te beschermen tegen ernstige vormen van mishandeling door haar ouders die tot haar dood hebben geleid en dat daarmee sprake is van een schending van art. 3 EVRM.

17. Het Hof benadrukt zoals gezegd dat verdragsstaten een eigen beoordelingsruimte hebben ten aanzien van de vraag wanneer zij moeten ingrijpen in het gezinsleven om een kind te beschermen tegen geweld en dat het onmogelijk is om voor dergelijke ingrijpende beslissingen een blauwdruk te bieden. Tegelijk constateert het Hof dat in deze zaak te weinig acties zijn ondernomen om M. te beschermen tegen de mishandeling thuis door haar ouders, terwijl daar voldoende reden toe was. Er is niet doorgepakt; verschillende beroepskrachten uit het sociale domein en het veiligheidsdomein zijn acties gestart, maar ondanks de toch vele signalen werd het gezin steeds weer losgelaten zonder dat toezicht op de situatie van M. werd gehouden. De vrijblijvendheid van de interventies zijn opvallend en leiden tot de conclusie van het Hof dat de verantwoordelijke autoriteiten hun positieve verplichting voorvloeiend uit art. 3 EVRM onvoldoende hebben uitgevoerd, waardoor M. is komen te overlijden als gevolg van het geweld door haar ouders. Wellicht is hierbij de ernst van deze zaak en de gruwelijkheden die hebben plaatsgevonden rondom M. van invloed geweest op de beoordeling van het Hof; ik kan me voorstellen dat daarom de toetsing door het Hof wellicht wat dichter op de feiten zat, met andere woorden, dat het de beoordelingsvrijheid van de staat ten aanzien van de inschattingen bij meldingen van kindermishandeling wat minder ruim heeft gehanteerd. Hierbij is het tevens relevant op te merken dat op geen enkel moment de situatie van M. en haar gezin is voorgelegd aan een kinderrechter met als inzet om gedwongen hulpverlening via een maatregel van kinderscherming op te leggen; ook dat typeert de vrijblijvendheid van de interventies en versterkt de conclusie dat de verantwoordelijke autoriteiten onvoldoende maatregelen hebben getroffen om de situatie van geweld waarvan zij wisten of in elk geval naar aanleiding van de signalen en meldingen hadden moeten weten, een halt toe te roepen.

18. In dit licht is het verder belangrijk te constateren dat het niet ging om seksueel geweld binnen het gezin dat zich in het geheim afspeelde,[8] maar om fysiek geweld jegens een jong meisje dat regelmatig blauwe plekken en kwetsuren vertoonde. In situaties van seksueel geweld binnen het gezin zonder dat door de kinderen die slachtoffer zijn enige signalen zijn afgegeven en evenmin sprake is van fysieke signalen, kunnen de verantwoordelijke autoriteiten minder gemakkelijk op de hoogte zijn. Maar in gevallen van fysieke signalen van mishandeling kan minder snel worden aangenomen dat de autoriteiten er 'niet van hebben geweten of niet van konden weten'. Bij uiterlijke kenmerken die door beroepskrachten

worden geconstateerd, kun je immers niet om vermoedens van kindermishandeling heen. Het is dan ook niet verrassend dat het Hof vanwege de toch vele signalen rondom het gezin aanleiding heeft gevonden om te concluderen dat sprake is van een schending van art. 3 EVRM aangezien de positieve verplichting die daaruit voortvloeit om kinderen tegen ernstige vormen van geweld te beschermen, niet is vervuld, vooral omdat het in het opsporingsonderzoek aan effectief handelen ontbrak (er was onvoldoende informatie opgevraagd bij de leerkrachten die wil voorhanden was, terwijl leerkrachten een cruciale rol vervullen in het signaleren van kindermishandeling, en er was geen deskundigheid ingezet tijdens het politieverhoor van M.) en evenmin toezicht werd gehouden op de situatie rond om M. op het moment dat het opsporingsonderzoek werd gesloten.

19. In deze zaak wordt tevens duidelijk dat positieve verplichtingen van verdragsstaten om kinderen te beschermen tegen kindermishandeling, verder gaan dan het vastleggen in de wet of het vaststellen van beleid. In dat opzicht had Frankrijk zijn zaakjes namelijk goed op orde. De wet- en regelgeving gaven voldoende aanleiding om strafrechtelijk op te treden tegen fysieke mishandeling van een kind thuis, er was beleid vastgelegd over de inzet van deskundigen bij politieverhoor van minderjarige slachtoffers en er was tevens beleid vastgelegd over de samenwerking tussen betrokken organisatie bij het signaleren van en het reageren op geweld. Dit is in Nederland niet anders.[9] Waar het echter uiteindelijk op aankomt, is dat de uitgangspunten die in wet- en regelgeving en beleid worden vastgelegd, in de praktijk ook daadwerkelijk tot hun recht kunnen komen door beroepskrachten die deze uitgangspunten onderschrijven en afspraken ook uitvoeren. Daar schort het in deze zaken veelal aan, niet omdat beroepskrachten niet van goede wil zijn, integendeel, maar omdat dit soms uitermate ingewikkeld en lastig uitvoerbaar blijkt, vooral waar ouders hen ook nog voortdurend om de tuin proberen te leiden. Een effectief kinderbeschermingssysteem waarmee op passende wijze gereageerd kan worden naar aanleiding van meldingen van kindermishandeling, valt of staat met de bereidheid van beroepskrachten om hun nek uit te steken, de regie te pakken, samen te werken en informatie uit te delen. Op dat punt valt nog altijd veel winst te behalen.

20. In de *concurring opinion* van rechters Yudkivska en Hüseyinov stellen zij dat zij het betreuren dat het Hof geen enkele verklaring geeft waarom de zaak zonder verdere onderbouwing onder art. 3 EVRM is behandeld, en niet onder art. 2 EVRM. Aangezien M. is overleden aan ernstige vormen van geweld, had volgens hen art. 2 EVRM centraal moeten staan. Het Hof heeft hiermee in hun ogen de specifieke kenmerken van huiselijk geweld ontkend, net als de bijzondere kwetsbaarheid van kinderen die te maken krijgen met geweld binnen het gezin. Elk slachtoffer van huiselijk geweld is kwetsbaar, maar kinderen nog meer, omdat zij nog niet voor zichzelf kunnen opkomen. Zij verwijzen in dit verband naar General

Comment nr. 13 van het VN-Kinderrechtencomité,[10] waaruit ook voortvloeit dat kinderen extra kwetsbaar zijn als het gaat om geweld.

Art. 2 EVRM heeft inmiddels een rol gespeeld in verschillende kindermishandelingszaken die de dood van een kind tot gevolg hadden en waarover het EHRM oordeelde. Uit art. 2 EVRM vloeit een positieve inspanningsverplichting tot bescherming van het leven voort. Het Hof werkte deze verplichting uit in de zaak *Osman t. Verenigd Koninkrijk*,[11] waarin een leraar die geobsedeerd was door een van zijn leerlingen en uiteindelijk met een wapen de vader van de leerling vermoordde en de leerling zelf zwaar verwondde. In de zaak die voor het Hof speelde stond de vraag centraal of de politie de leerling de nodige bescherming had moeten bieden om zijn leven te beschermen. Het Hof onderstreepte dat de positieve verplichting geen onmogelijke of disproportionele last op de schouders van overheidsinstanties moest leggen en formuleerde dit als volgt: 'it must be established to its satisfaction that 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 individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonable, might have been expected to avoid that risk (...) it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge' (*Osman*, par. 116). Volgens de rechters die deze opinie schreven is aan dit *Osman*-criterium voldaan: er was immers een reële kans dat het kind aan de gevolgen van het ernstige geweld zou komen te overlijden. Zij benadrukken dat in het jaar voorafgaand aan de belangrijke melding van kindermishandeling door de schooldirecteur door de leerkrachten maar liefst twaalf keer een aantekening van blauwe plekken en onverklaarbare verwondingen was gemaakt in acht maanden tijd. Ook wisten de opsporingsautoriteiten van de inmiddels derde verhuizing, wat in deze omstandigheden extra verdacht was volgens rechters Yudkivska en Hüseyinov, en toch is besloten het opsporingsonderzoek te sluiten. Dat had volgens deze rechters tot gevolg dat de lange periode van ernstig geweld heeft geleid tot de dood van M. Zodra de verantwoordelijke autoriteiten op de hoogte hadden moeten zijn van het feit dat M. slachtoffer was van kindermishandeling binnen het gezin, was sprake van een 'reëel risico voor het leven' (vgl. het *Osman*-criterium) en daarmee was volgens hen art. 2 EVRM van toepassing. Zodra het gezin een bron van onveiligheid wordt voor een kind, moet het kind gered worden en gaan de positieve verplichtingen van art. 2 EVRM op. De rechters sluiten af met de constatering dat het hen spijt dat deze uitspraak zodoende niet uitdraagt dat zonder snelle en passende maatregelen door de overheid ernstig geweld tegen een kind binnen het gezin het reële risico zal hebben op een fatale afloop voor het kind.

21. Hoewel het Hof in zaken waar zowel art. 2 als 3 EVRM door klagers worden ingeroepen, wellicht doorgaans deze zaken onder art. 3 EVRM behandelt als het gaat om de gangbare

praktijk ten aanzien van immigratiezaken waar zowel art. 2 als 3 EVRM worden ingeroepen,[12] kan ik de vraag die in de *concurring opinion* wordt opgeroepen, goed begrijpen. In deze zaak lijkt inderdaad aan het hierboven genoemde vereiste uit *Osman t. Verenigd Koninkrijk* voldaan te zijn, en in eerdere kindermishandelingszaken met fatale afloop waarover het Hof oordeelde, heeft het Hof art. 2 EVRM wel getoetst en vervolgens niet alleen tot een schending van art. 3 EVRM, maar ook ten aanzien van de positieve verplichting die uit art. 2 EVRM voortvloeit, geoordeeld.[13] Het had dan ook voor de hand gelegen om de feiten in de onderhavige zaak ook te toetsen aan art. 2 EVRM nu het ging om zeer ernstige vormen van geweld gedurende vele jaren, die geleid hebben tot de dood van een jong kind, terwijl de opsporings- en vervolgingsautoriteiten verschillende signalen hadden dat M. thuis risico liep op kindermishandeling dat de dood tot gevolg had kunnen hebben. Zonder enige uitleg hierover is het onduidelijk waarom het Hof ervoor heeft gekozen om zich niet op art. 2 EVRM, maar enkel op art. 3 EVRM te richten.

22. Ten aanzien van de klacht over art. 13 EVRM, te weten dat er geen effectief rechtsmiddel was om staatsaansprakelijkheid aan te tonen, oordeelt het Hof dat de twee kinderbeschermingsorganisaties hun klachten over het handelen van de opsporingsautoriteiten hadden kunnen voorleggen aan de nationale rechter. Het Hof wijst erop dat de Franse wetgever een welbewuste keuze heeft gemaakt om een bepaalde drempel in te bouwen voor staatsaansprakelijkheid en dat in de nationale rechtsgang in de onderhavige zaak is beslist dat aan deze drempel niet was voldaan. Deze drempel is volgens het Hof ingebouwd om rekening te kunnen houden met de complexiteit van het justitiële systeem. Aangezien de vermeende staatsaansprakelijkheid door de rechter is onderzocht en de eisen van de organisaties door de rechter zijn afgewezen omdat niet aan de minimale vereisten voor staatsaansprakelijkheid was voldaan, is volgens het Hof niet voldoende vast komen te staan dat er geen effectief rechtsmiddel is geweest in de zin van art. 13 EVRM. Deze klacht wordt dan ook verworpen.

23. Afsluitend kan worden vastgesteld dat deze zaak opnieuw duidelijk maakt hoe ingewikkeld het is om kinderen tegen geweld thuis te beschermen als dit geweld geheim wordt gehouden, zorgen worden gebagatelliseerd en kinderen verbaal geen of nauwelijks zorgelijke signalen afgeven. Geconcludeerd is immers dat M. dan wel geen verbale signalen had afgegeven, maar dat er voldoende andere signalen waren die op de basisscholen waar M. naar school ging tot grote zorgen leidden. Het Hof geeft een krachtige boodschap af dat de positieve verplichting die voortvloeit uit art. 3 EVRM om kinderen tegen ernstige vormen van geweld te beschermen, niet ophoudt bij wet- en regelgeving en beleid, maar dat deze verplichting ook vorm moeten krijgen in de dagelijkse uitvoeringspraktijk. Dat het op dat niveau het vaakst misgaat, waardoor niet voldaan wordt aan de door het EHRM vastgelegde positieve verplichtingen ten

aanzien van kindermishandeling, betekent dat er nog steeds werk aan de winkel is. Nu door verdragsstaten in Europa ten aanzien van de preventie en aanpak van kindermishandeling op wetgevings- en beleidsniveau inmiddels vele belangrijke stappen zijn gezet,[14] vraagt juist de uitvoeringspraktijk om voortdurende aandacht en ondersteuning.

M.R. Bruning

Hoogleraar Jeugdrecht Universiteit Leiden

[1] Zie o.m. A. t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 23 september 1998, nr. 100/1997/884/1096, ECLI:NL:XX:1998:AD4557, NJ 1999/532; Z. e.a. t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 10 mei 2001, nr. 29392/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002939295, «EHRC» 2001/46 m.nt. Brems.

[2] Zie o.m. M.C. t. *Bulgarije*, EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298, «EHRC» 2004/6 m.nt. G. Mols ; D.M.D. t. *Roemenië*, EHRM 3 oktober 2017, nr. 23022/13, ECLI:NL:ECHR:2017:1003JUD002302213, «EHRC» 2018/5 m.nt. Bruning & Ölçer . Zie ook *Handbook on European law relating to the rights of the child*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2015, hfst. 7 (Child protection against violence and exploitation), p. 111-136 en de rechtspraak samengevat in EHRM, *Factsheet – protection of minors* (June 2020), te vinden via https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Minors_ENG.pdf.

[3] Zie o.a. Zembla 17 februari 2016, De zaak Sharleyne, https://www.npostart.nl/zembla/17-02-2016/VARA_101377877; J. van den Berg & A. Stoffelen, *Hoe belandde Sharleyne onderaan haar flat?* Volkskrant 13 juni 2018; *Zaak-Savanna, zware kritiek op jeugdzorg*, NRC 10 maart 2005. In de zaak van de driejarige Savanna die na ernstige kindermishandeling door haar moeder en stiefvader om het leven is gebracht, leidde haar dood tot strafrechtelijke vervolging van de gezinsvoogd van Savanna, die verantwoordelijk was voor het toezicht op haar op basis van een maatregel van kinderscherming (OTS); zij werd uiteindelijk vrijgesproken vanwege het ontbreken van een causaal verband tussen de nalatigheid van de gezinsvoogd en het zwaar lichamelijk letsel dat tot de dood van Savanna leidde.

[4] Zie o.m. Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Over de fysieke veiligheid van het jonge kind, themastudie: voorvallen van kindermishandeling met fatale of bijna fatale afloop*, Den Haag 2011; Samenwerkend Toezicht Jeugd/ Toezicht Sociaal Domein, *Leren van calamiteiten*, 2013 en *Leren van calamiteiten 2 – veiligheid van kinderen in kwetsbare gezinnen*, 2016; Inspectie

Jeugdzorg, Inspectie voor de Gezondheidszorg en Inspectie Veiligheid en Justitie, *Casusonderzoek Drenthe, onderzoek naar aanleiding van het overlijden van een kind in Drenthe*, Utrecht, mei 2016.

[5] *Center for Legal Resources on Behalf of Valentin Campeanu t. Roemenië*, EHRM (GK) 17 juli 2014, nr. 47848/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0717JUD004784808, «EHRC» 2014/212 m.nt. De Vylder.

[6] Zie o.a. *Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 10 mei 2001, nr. 29392/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0510JUD002939295, «EHRC» 2001/46 m.nt. Brems; *E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 november 2002, nr. 33218/96, ECLI:CE:ECHR:2002:1126JUD003321896, *NTM/NJCM-Bulletin* 2003, nr. 5, p. 625-640 m.nt. Bruning, «EHRC» 2003/14 m.nt. Janssen; *D.M.D. t. Roemenië*, EHRM 3 oktober 2017, nr. 23022/13, ECLI:NL:ECHR:2017:1003JUD002302213, «EHRC» 2018/5 m.nt. Bruning & Ölçer.

[7] *M.A.K. en R.K. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 23 maart 2010, nrs. 45901/05 en 40146/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0323JUD004590105, «EHRC» 2010/78 m.nt. Forder, «JIN» 2010/424 m.nt. Vonk, «GJ» 2010/73 m.nt. Hendriks, *NTM/NJCM-Bulletin* jrg. 35 (2010), nr. 8, p. 1017-1031 m.nt. Bruning.

[8] Vgl. *D.P. en J.C. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 10 oktober 2002, nr. 38719/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1010JUD003871997, «EHRC» 2002/98; *X. e.a. t. Bulgarije*, EHRM (GK) 17 januari 2019, nr. 22457/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0117JUD002245716, «EHRC» 2019/78.

[9] Zie o.m. de verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling, https://vng.nl/files/vng/publicaties/2015/201509_model_voor_de_samenwerkingsafspraken.pdf;

Handreiking Samenwerken bij strafbare kindermishandeling (samenwerking tussen politie, Veilig Thuis, reclassering, Raad voor de Kinderbescherming en openbaar ministerie, november 2017 en VNG-model voor samenwerkingsafspraken tussen Veilig Thuis, politie en OM, https://vng.nl/files/vng/publicaties/2015/201509_model_voor_de_samenwerkingsafspraken.pdfme; de verwijzindex risicojongeren (zie art. 7.1.1.1 e.v. Jeugdwet); A. van Wijk e.a., *Minderjarige slachtoffers van zedenmisdriven gehoord – een kwalitatief onderzoek naar de verhoorpraktijk*, Bureau Beke 2018.

[10] CRC General Comment No. 13, *The right of the child to freedom from all forms of violence*, CRC/C/GC/13.

[11] *Osman t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 28 oktober 1998, nr. 23452/94, ECLI:NL:XX:AD4558, *NJ* 2000/134, m.nt. Alkema, «JB» 1999/25 m.nt. AWH.

[12] Zie ook S. Mirgaux, 'Artikel 2 EVRM. Recht op leven', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu 2020 (ook digitaal, via OpMaat), onder C.7.4.2 (over de gangbare praktijk t.a.v. immigratiezaken waar zowel art. 2 als 3 EVRM worden ingeroepen met verwijzing naar o.a. *Said t. Nederland*, EHRM 5 juli 2005, nr. 2345/02, «EHRC» 2005/93 m.nt. A. Woltjer, *JV* 2005/304 m.nt. T.P. Spijkerboer, *AB* 2005/369 m.nt. H. Battjes & B.P. Vermeulen, par. 37).

[13] Zie o.m. *Talpis t. Italië*, EHRM 2 maart 2017, nr. 41237/14, ECLI:NL:CE:ECHR:2017:0302JUD004123714, «EHRC» 2017/94; *Kontrovà t. Slowakije*, EHRM 31 mei 2007, nr. 7510/04, «EHRC» 2007/85; het ging in beide gevallen om zaken waarin huiselijk geweld door vader leidde tot de dood van zijn kind.

[14] Zie o.m. Council of Europe, *A Life Free from Violence for all Children – Report on action taken by the Council of Europe and member States*, October 2019; European Union Fundamental Rights Agency, *Mapping child protection systems in the EU*, a research conducted by the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) at the request of the European Commission in the 28 European Member States, <https://fra.europa.eu/en/publication/2016/mapping-child-protection-systems-eu>.

ANNOTATIE

EHRM (GK) 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM***J. Cnossen en J.H. Gerards*****Inleiding**

1. Op 29 mei 2020 gaf de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op verzoek van het constitutionele hof van Armenië advies over de uitleg van het in art. 7 EVRM neergelegde strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.[1] Dit advies is vanuit verschillende perspectieven interessant. Allereerst bevat het verschillende aspecten die inzicht geven in de ontwikkeling van de adviesbevoegdheid van het Hof onder Protocol 16 EVRM. Daarop gaat Janneke Gerards in het eerste gedeelte van deze annotatie in (onder randnummers 2-15). Daarnaast is de eigenlijke inhoud van het advies van groot belang, zeker ook voor het Nederlandse recht. Kort samengevat is het advies aan het Armeense constitutionele hof tweeledig. Allereerst concludeert het Hof dat strafbaarstelling door middel van verwijzing naar overtreding van een (andere, al dan niet hogere of constitutionele) norm verenigbaar is met art. 7 EVRM, mits het samenstel van bepalingen voldoende voorzienbaar is. In de tweede plaats adviseert het Hof over de situatie waarin een strafbepaling na de feiten is gewijzigd voor het concreet voorliggende geval. In dat geval moet volgens het Hof worden nagegaan of de nieuwe bepaling strenger is; is dat het geval, dan mag zij niet worden toegepast. Op het eerste inhoudelijke onderdeel van het advies, en dan in het bijzonder op de consequenties ervan voor strafbaarstelling via gelede normstelling in Nederland, gaat Jelle Cnossen hierna in onder randnummers 16-31.

Protocol 16 EVRM

2. De bevoegdheid van het EHRM om op verzoek van een nationale rechter te adviseren over de interpretatie en toepassing van het EVRM bestaat nog niet zo lang. Het EVRM-Protocol dat dit mogelijk maakt, Protocol 16 (hierna ook P16), is op 1 augustus 2018 in werking getreden.[2] Tot nu toe wordt er maar spaarzaam gebruik gemaakt van de mogelijkheid die dit Protocol

biedt om – in een lopende procedure – duidelijkheid te krijgen over de betekenis van het EVRM. Pas één keer eerder, namelijk in 2019, heeft het EHRM een advies gegeven op basis van Protocol 16.[3] Toen ging het om een Franse kwestie over de juridische erkenning van een kind dat in het buitenland is geboren uit draagmoederschap. De thematiek van het adviesverzoek van het Armeense constitutionele hof is duidelijk een volstrekt andere en de adviesvragen zijn ook in een heel andere context gesteld.

Achtergrond en politieke betekenis

3. De aanleiding van het adviesverzoek is gelegen in de ‘Fluwelen Revolutie’ in Armenië in 2018, in samenhang met grootschalige protesten die eerder, in februari 2008, tegen de regering plaatsvonden.[4] De protesten in 2008 kwamen voort uit de Armeense presidentsverkiezingen, die nipt waren gewonnen door minister-president Sersz Sargsyan,[5] een partijgenoot van de toenmalige president Robert Kocharyan. Volgens de demonstranten waren de verkiezingen niet vrij en eerlijk verlopen en had eigenlijk een oppositiekandidaat moeten winnen. Duizenden mensen protesteerden en de protesten hielden dagenlang aan. Op 1 maart 2008 hadden de autoriteiten er genoeg van en werd een politiemacht van 800 mensen gemobiliseerd om de protesten te beëindigen.[6] Dit leidde tot gewelddadige aanvaringen met de demonstranten, waarbij uiteindelijk zelfs het leger werd ingeschakeld om de orde te herstellen. Bij deze gebeurtenissen vielen er acht burgerslachtoffers en kwamen twee ordehandhavers om het leven. President Kocharyan riep vervolgens de noodtoestand uit en verbood alle verdere protesten.[7] Toen de rust was weergekeerd werd Sargsyan alsnog geïnaugureerd als president; hij bleef dat tot 2018, toen zijn derde termijn afliep. Na nieuwe presidentsverkiezingen zou een andere president worden benoemd, maar het was de bedoeling dat Sargsyan opnieuw minister-president zou worden. Dat laatste gegeven vormde de aanleiding tot een reeks nieuwe, grootschalige protesten. Die maakten dat Sargsyan uiteindelijk besloot om terug te treden ten faveure van een oppositiekandidaat, Nikol Pashinyan, die in 2008 mede de protesten had geleid.[8]

4. Deze Fluwelen Revolutie leidde tot een nieuwe politieke ordening in Armenië, waarbij ook geprobeerd werd schoon schip te maken met het verleden. Op grond van een in 2009 aangenomen strafwet werd de voormalige president Kocharyan aangeklaagd vanwege handelen in strijd met de constitutionele orde in 2008. Volgens de aanklacht had hij in de post-verkiezingenfase onrechtmatig het leger ingeschakeld en had hij door zijn bevelen op onrechtmatige wijze een nieuwe commandostructuur gecreëerd.[9] Ook was hij volgens de aanklacht verantwoordelijk voor de gewelddadige beëindiging van de (verder vreedzame) protesten in 2008 en had hij, in strijd met de Armeense grondwet, de noodtoestand uitgeroepen om een heel aantal democratische rechten te kunnen beperken.[10] Kocharyan verzette zich tegen deze aanklachten, onder meer door te stellen dat de ingeroepen

strafbepalingen niet met terugwerkende kracht zouden mogen worden toegepast.[11] In verband hiermee heeft het constitutionele hof van Armenië advies gevraagd aan het Hof, omdat het wilde weten hoe de inrichting van het Armeense systeem van strafbaarstelling zich verhiel tot het in art. 7 EVRM neergelegde strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.

5. Deze korte achtergrondschets maakt duidelijk dat de rechtsvragen in deze zaak sterk verweven zijn met complexe maatschappelijke, constitutionele en politieke discussies op nationaal niveau. Het vermoeden zou kunnen rijzen dat het Armeense constitutionele hof de vragen juist had voorgelegd aan het EHRM *omdat* het gaat om zo'n gevoelige kwestie. Het kan voor een nationale rechter inderdaad strategisch handig zijn om in een dergelijk geval de kwestie uit te besteden aan een volstrekt niet betrokken derde partij, die zodanige aanwijzingen kan geven dat de nationale rechter die alleen nog maar hoeft op te volgen, en hij bovendien duidelijk kan maken dat hij dat in het licht van het EVRM *moest* doen. Daardoor kan het oordeel van het Hof helpen om extra legitimatie te verlenen aan een eventuele veroordeling op nationaal niveau. Voor de nationale rechters is deze strategische werkwijze dus slim, maar het risico ervan is, dat op deze manier de hete aardappel bij het EHRM komt te liggen. Als dat niet voorzichtig omgaat met een heikel onderwerp als dit, kan het al snel te maken krijgen met het verwijt dat het politiek oordeelt.[12] De procedure van Protocol 16 is er bovendien zeker niet voor bedoeld om te dienen als externe legitimatie voor moeilijke, politiek gevoelige oordelen op nationaal niveau. Doel is veeleer om het EHRM de gelegenheid te geven om relatief vroegtijdig mee te denken over de juiste toepassing van het EVRM. Daardoor kunnen EVRM-schendingen al op nationaal niveau op een bevredigende manier worden voorkomen of opgelost, en kan bovendien worden tegengegaan dat individuele klachten door gebrek aan duidelijkheid op nationaal niveau bij het EHRM terechtkomen.[13]

Beoordeling door het Panel; risico van politiek gebruik van de adviesmogelijkheid

6. Het Panel van de Grote Kamer van het EHRM, dat op grond van art. 2 lid 1 P16 over de ontvankelijkheid van het verzoek oordeelde, had op zichzelf kunnen weigeren om het verzoek in behandeling te nemen als het het idee zou hebben dat het adviesverzoek al te zeer strategisch gemotiveerd was. Het is namelijk aan het Panel zelf om te bepalen welke verzoeken het in behandeling wil nemen, en behalve een paar formele vereisten zijn er in Protocol 16 geen nadere criteria opgenomen over de vraag wanneer dit wel of niet hoort te gebeuren.[14] Dat betekent dat het Panel de ruimte heeft om politiek en/of oneigenlijk gebruik af te straffen door te besluiten een adviesverzoek niet te behandelen. Lastig is wel dat het EHRM volgens Protocol 16 verplicht is om te motiveren waarom het een verzoek niet in behandeling neemt. Dat zal gemakkelijker zijn wanneer er formele en concrete redenen zijn om dat niet te doen (bijvoorbeeld omdat een adviesverzoek hypothetisch van aard is of niet alle relevante feiten van de nationale procedure uiteen zijn gezet), dan wanneer moet worden

beredeneerd waarom een zaak te gevoelig is om er de vingers aan te willen branden.

7. Interessant is daarbij dat de (*ad hoc*-) rechter voor Armenië een apart oordeel aan het advies heeft toegevoegd waarin hij nog wat nader op deze motiveringsplicht ingaat.[15] Volgens rechter Sarvarian zou het wenselijk zijn als het Panel niet alleen zou motiveren waarom het een adviesverzoek *niet* wil behandelen, zoals het Protocol voorschrijft in art. 2 lid 1, maar dat ook zou doen als het ervoor kiest om een adviesverzoek *wel* in behandeling te nemen. In het bijzonder zou het Panel volgens Sarvarian in een interne notitie moeten ingaan op de vraag of het verzoek door een bevoegde rechter is ingediend, of het voldoende op concrete rechtsvragen en feiten is gebaseerd, of de vragen voldoende duidelijk en stevig genoeg zijn onderbouwd om een beoordeling door de Grote Kamer mogelijk te maken, en of het verzoek echt een nieuwe EVRM-vraag oproept. Zo'n interne notitie zou het gemakkelijker maken voor de Grote Kamer om het adviesverzoek te beoordelen en te weten hoe het met bepaalde vragen zou kunnen omgaan. Inderdaad moeten de rechters van de Grote Kamer nu maar gewoon aannemen dat de vier geformuleerde vragen volgens het Panel allemaal met 'ja' moeten worden beantwoord, en moeten ze gissen naar de redenen achter dat antwoord. In het bijzonder kunnen ze daardoor ook geen inzicht krijgen in de vraag of het Panel overwegingen van politieke aard in zijn beoordeling heeft betrokken en zo ja, hoe het die heeft beoordeeld. Tegelijkertijd is dit bepaald geen halszaak. De leden van het Panel zullen namelijk vrijwel allemaal onderdeel uitmaken van de Grote Kamer,[16] dus zij kunnen tijdens de beraadslagingen ook mondeling toelichten waarom ze bepaalde beslissingen hebben genomen. Het motiveren van een positieve beslissing als de onderhavige lijkt daardoor toch niet echt nodig.

8. In ieder geval kan uit deze positieve beslissing impliciet blijken dat het Panel in de complexe achtergrond van de zaak geen bezwaar heeft gezien tegen het behandelen ervan door de Grote Kamer.[17] Een teken van de gevoeligheid van de zaak is vervolgens overigens wel te zien in het feit dat de Grote Kamer bij zijn beoordeling van het onderhavige verzoek alle context weglaat en uitsluitend ingaat op de puur juridische vragen die uit het verzoek naar voren komen. Het advies zelf laat zich daardoor lezen als een uiterst juridisch, objectief en zakelijk geheel, dat recht doet aan de wens van het Hof 'not to transfer the dispute to the Court, but rather to give the requesting court guidance on Convention issues when determining the case before it'.[18] Daarmee gaat het Hof het risico van politiek gebruik uiteindelijk toch op een slimme manier tegen: het geeft inhoudelijke advies, maar het doet dat op een zodanig abstractieniveau dat het de hete aardappel in feite gewoon weer terugspeelt naar het constitutionele hof. Dit laat wel zien dat het voor het goed omgaan met (mogelijk) strategisch gemotiveerde adviesverzoeken niet nodig is dat zo'n verzoek door het Panel wordt afgewezen.

Interpretatie- en afbakeningsvrijheid; abstractieniveau van de advisering

9. Voor de procedure van Protocol 16 is verder interessant dat naar aanleiding van de vragen van het Armeense constitutionele hof de vraag opkwam of de Grote Kamer het adviesverzoek precies zo zou moeten behandelen als het Panel het had aanvaard, of dat het daarbij nog keuzes mag maken, bijvoorbeeld als het gaat om het al of niet behandelen van alle vragen.[19] De Grote Kamer stelt voorop dat het Hof niet alsnog kan besluiten om een adviesverzoek af te wijzen: die beoordeling is echt aan het Panel. Dat uitgangspunt ligt logisch in lijn met de benadering die het Hof volgt als het gaat om de herbeoordeling van zaken na intern ingesteld hoger beroep op grond van art. 43 EVRM.[20] Daarover heeft het in de zaak *Pisano* geoordeeld dat ‘neither the Convention nor the Rules of Court empower it to review a decision by the panel to accept a request for a rehearing. What is more, the terms of Article 43 § 3 of the Convention ... make clear that once the panel has accepted a request for a rehearing, the Grand Chamber has no option but to examine the case.’[21] Wel ziet het Hof, net als bij art. 43 EVRM, bij Protocol 16 de nodige vrijheid om de omvang van het adviesverzoek verder af te bakenen en de vragen van de nationale rechter zelf te interpreteren.

10. Deze interpretatie- en afbakeningsvrijheid betekent allereerst dat de Grote Kamer de nodige ruimte ziet waar het gaat om de keuze voor het abstractieniveau van de advisering. Zoals bij randnr. 8 al even aan de orde kwam, maakt een algemene beoordeling het mogelijk dat het Hof kan abstraheren van de politieke context van de voorliggende zaak. Een tweede verklaring voor de gekozen abstracte beoordeling is erin gelegen dat de kwestie in Armenië niet bij het constitutionele hof terecht was gekomen na uitputting van alle andere nationale rechtsmiddelen, maar na een interne prejudiciële procedure. Het gevolg daarvan was dat de zaak op nationaal niveau nog nauwelijks was uitgeprocedeerd voor hij aan het EHRM werd voorgelegd, waardoor veel feitelijke en rechtsvragen nog helemaal openlagen. Normaal gesproken is juist een van de voordelen van de keuze om alleen hoogste rechters bevoegd te maken (of, bij gewone klachtprocedures, van de eis van uitputting van rechtsmiddelen) dat de zaak op nationaal niveau al uitvoerig feitelijk en juridisch is beoordeeld. Daardoor, en door de eis dat in het adviesverzoek de nodige concrete informatie wordt gegeven over de nationale procedure en de daarin spelende feitelijke en juridische vragen,[22] hoeft het Hof zich niet met feitenvaststelling en met inschattingen van het nationale recht bezig te houden. Het Hof merkt terecht op dat het in de onderhavige zaak juist moeilijk is om een concrete EVRM-uitleg te geven, nu er door het premature stadium waarin de zaak op nationaal niveau verkeert nog maar zo weinig duidelijk is over de feiten en de nationale rechtstoepassing.[23] Ook daarom benadrukt het Hof dat zijn oordeel weinig gericht kan zijn op de feiten en dat het echt aan de nationale rechter is om een juridische beoordeling te geven in het licht van het algemene advies van het Hof.

Buiten behandeling laten van een van de adviesvragen

11. Opmerkelijk is vervolgens dat de Grote Kamer besluit om zijn vrijheid tot interpretatie en afbakening van het adviesverzoek ook in te zetten waar het gaat om de keuze voor de te beantwoorden adviesvragen. Als onderdeel van zijn adviesverzoek had het Armeense constitutionele hof als eerste de vraag aan het Hof voorgelegd of het concept 'recht' ('law'), zoals het is opgenomen in art. 7 EVRM, dezelfde betekenis zou moeten hebben als het heeft voor andere EVRM-bepalingen, zoals art. 8-11, tweede lid (waarbij overigens interessant is dat in de Nederlandse vertaling van die bepalingen niet het in art. 7 EVRM genoemde begrip 'recht', maar het begrip 'wet' wordt gebruikt).[24] Ook vroeg het constitutionele hof of bij art. 7 EVRM dan dezelfde kwalitatieve eisen van rechtszekerheid, toegankelijkheid, voorzienbaarheid en stabiliteit zouden moeten worden geformuleerd, en, als dat niet zo zou zijn, welke eisen dan wel zouden moeten worden gesteld.[25] Hoewel ruim verwoord, zijn dit op zichzelf geen gekke vragen om in een adviesverzoek te stellen. Ze geven het Hof immers de gelegenheid om te komen tot verduidelijking van het begrip 'recht' in art. 7 lid 1 EVRM, zowel op zichzelf gezien als in relatie tot het wetsbegrip in andere bepalingen.[26] Daardoor zou het Hof ook de samenhang en de verschillen tussen de betekenis van hetzelfde begrip in verschillende EVRM-bepalingen kunnen verduidelijken, wat vanuit een goed begrip van het EVRM en een goede toepassing daarvan op nationaal niveau zeker nuttig is. Bovendien zouden ze een opmaat kunnen vormen naar de beantwoording van de meer specifieke interpretatievragen die het constitutionele hof had voorgelegd, en waarin die kwalitatieve eisen ook een belangrijke rol spelen.[27] Al met al bood deze vraag het Hof dus een goede gelegenheid om invulling te geven aan zijn interpretatietask zoals die onder art. 32 EVRM en in Protocol 16 is geformuleerd, en om in de dialoog met de nationale rechter duidelijkheid te bieden over de betekenis van kernbegrippen in het EVRM.

12. Het Hof blijkt de vraag van de nationale rechter echter heel anders te interpreteren, namelijk als een vraag om iets te zeggen over het wetsbegrip in art. 8-11 EVRM als zodanig. Dat lijkt het Hof niet zo nuttig, want: '[a]s far as can be seen from the charges brought against Mr Kocharyan ..., there is nothing in the factual context of the case that could be perceived as the exercise of his rights under Articles 8-11 of the Convention.'[28] Gelet daarop is er volgens het Hof te weinig aanleiding in de nationale kwestie om op deze vragen in te gaan en zou een antwoord op deze vragen ook te zeer losgezongen raken van de feiten.[29] Die redenering van het Hof is niet zo overtuigend, want de vragen van de nationale rechter richtten zich juist *niet* op art. 8-11 EVRM als zodanig, maar zagen primair op de uitleg van het rechtsbegrip in art. 7 EVRM in het licht van de rechtspraak over die bepalingen. Het lijkt er bijna op dat het Hof de vragen van het constitutionele hof doelbewust wat anders interpreteerde om niet op deze vraag te hoeven ingaan. De redenen daarvoor zijn niet duidelijk, maar mogelijk zag het Hof er

weinig heil in om een heel brede EVRM-uitleg te moeten geven die ook voor andere staten relevant zou kunnen zijn, en dat in een adviesprocedure onder een Protocol dat lang niet alle staten wordt ondersteund.[30] Toch is dit jammer, want door deze keuze biedt Protocol 16 minder mogelijkheden tot algemene rechtsontwikkeling en interpretatie van het EVRM dan velen hadden gehoopt.[31] Dit betekent ook dat het voor nationale rechters zaak zal zijn om adviesverzoeken zo precies en zo concreet mogelijk te formuleren als ze een antwoord op hun vragen willen krijgen.

Snelheid

13. Procedureel gezien ligt de aanpak van het Hof verder in lijn met de benadering die het in zijn eerste advies al koos.[32] Opnieuw is de Grote Kamer in relatief korte tijd tot een advies gekomen, namelijk binnen tien maanden. Dat is niet zo snel als in de eerste zaak, waar het maar een half jaar nodig had,[33] maar toch nog aanzienlijk sneller dan in veruit de meeste reguliere uitspraken naar aanleiding van individuele klachten. In de korte tijd die het Hof uittrok om de zaak te beoordelen heeft het bovendien een vrij uitgebreid rechtsvergelijkend overzicht laten samenstellen, waaruit het in zijn beoordeling van de zaak ook stevig blijkt te putten.[34] Op de mogelijke risico's die deze snelheid oplevert in het licht van de zorgvuldigheid van zo'n rechtsvergelijkend overzicht, gaan we hierna bij randnr. 18 verder in.

Interventies

14. De Grote Kamer heeft verder enige steun bij zijn advies kunnen krijgen van interveniënten die toestemming hadden gekregen om observaties in te dienen. Daarbij valt op dat dit er duidelijk minder waren dan bij het eerste adviesverzoek over erkenning van buitenlands draagmoederschap in Frankrijk. In die kwestie intervenueerden niet alleen zes non-gouvernementele organisaties en de Franse ombudsman, maar ook drie regeringen van andere staten (het Verenigd Koninkrijk, Tsjechië en Ierland).[35] In het onderhavige geval heeft kennelijk geen van de andere regeringen zich geroepen gevoeld om iets over de kwestie in te brengen, en ook vanuit 'civil society' werden alleen interventies ontvangen van de *Helsinki Association for Human Rights* en een organisatie die *ad hoc* opkwam voor de nabestaanden van de mensen die bij de beëindiging van de protesten in 2008 waren overleden.[36] Mogelijk heeft dit gebrek aan belangstelling iets te maken met het bijzondere karakter van de onderliggende zaak, waarbij de problematiek die het Armeense constitutionele hof aan het EHRM voorlegde ogenschijnlijk sterk gerelateerd is aan de fluwelen revolutie zoals die zich in Armenië voordeed. Daardoor kan het goed zijn dat de kwestie voor andere staten minder relevant leek en dat zij geen aanleiding zagen om menskracht en tijd te investeren in het indienen van hun observaties. Toch is het jammer dat dit niet is gebeurd, want het inhoudelijke advies van het EHRM was voor veel staten vermoedelijk wel degelijk van belang

(in ieder geval voor Nederland, zoals hierna nog zal blijken), juist doordat het wat abstract en daardoor rechtssysteemoverstijgend is geformuleerd. Het verschaffen van feitelijke en inhoudelijke informatie door andere regeringen en ‘civil society’ had mogelijk kunnen leiden tot een steviger basis voor het advies.^[37]

15. Al met al kan worden geconcludeerd dat dit tweede advies op procedureel terrein wel wat verduidelijking en vernieuwing biedt, maar ook weer geen vuurwerk.^[38] De inhoudelijke beoordeling is in vergelijking hiermee des te interessanter. Daarop zal dan ook in het vervolg van deze annotatie het accent liggen.

‘Legislation by reference’ en gelede normstelling

16. Vanuit inhoudelijk perspectief is het advies vooral uiterst relevant omdat het EHRM voor het eerst specifiek de vraag beantwoordt onder welke voorwaarden het gebruik van ‘legislation by reference’ in het strafrecht verenigbaar is met hiervoor al even genoemde art. 7 EVRM, waarin het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is vastgelegd.^[39] Het constitutionele hof van Armenië heeft deze vraag aan het Hof voorgelegd naar aanleiding van een strafbaarstelling waarin wordt verwezen naar bepalingen in de Armeense grondwet (par. 26). Die bepalingen in de Armeense grondwet bepalen hierdoor mede de inhoud van de strafbaarstelling. In het Nederlandse strafrecht wordt een dergelijke legislatieve constructie doorgaans een ‘gelede normstelling’ genoemd. Van een gelede normstelling is sprake in het strafrecht als de materiële (verbods- of gebods)norm verspreid is over meerdere geledingen van wetgeving, waardoor de strafbaarstelling gevormd wordt in een samenstel van bepalingen.^[40] Niet zelden bestaat een gelede normstelling uit bepalingen afkomstig uit verschillende rechtsgebieden (zoals het administratieve recht en het strafrecht). Het EHRM lijkt op deze domeinoverschrijdende gelede normstellingen specifiek het oog te hebben; in par. 31 overweegt het Hof namelijk het volgende: ‘the Court will use the terminology “blanket reference” or “legislation by reference” technique to denote the legislative technique where substantive provisions of criminal law, when setting out the constituent elements of criminal offences, refer to legal provisions outside criminal law’.

17. Dergelijke normstellingen die bestaan uit geledingen in verschillende (rechts)domeinen komen ook in Nederland veelvuldig voor in het bijzonder strafrecht. Zo is de systematiek achter de Wet op de Economische Delicten (WED) – het grootste deelterrein in het bijzonder strafrecht – feitelijk gebouwd op gelede normstellingen; de WED wordt dan ook wel het strafrechtelijk sluitstuk genoemd van achterliggende administratieve wetten.^[41] Via art. 1 en 1a WED (jo. art. 2 WED) wordt een groot aantal bepalingen uit administratieve wetten voorzien van de mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving en sanctionering. Ook de centrale bepaling in het fiscale strafrecht, art. 69 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR),

laat een gelede normstelling zien doordat deze bepaling strafrechtelijke sanctionering mogelijk maakt indien het achterliggende belastingrecht (bestuursrecht) opzettelijk is overtreden. Dit betekent dat dit advies potentieel ook van grote betekenis is voor het Nederlandse strafrecht.

Rechtsvergelijkend overzicht in het advies

18. Hoogst opmerkelijk is daarom de passage in par. 32 van het advies, waarin het Hof het volgende overweegt: ‘The survey shows that a large majority of the forty-one member States covered by the survey, namely all except two (Malta and the Netherlands), make use of the “blanket reference” or “legislation by reference technique” in *their criminal law in general*’ (cursivering JC). Deze vaststelling aangaande het Nederlands recht doet sterk vermoeden dat een misverstand is ontstaan bij de uitvoering van het bedoelde rechtsvergelijkende onderzoek. In elk geval kan de conclusie van het Hof met betrekking tot de situatie in Nederland lastig anders verklaard worden. Mogelijk heeft ook de vraagstelling van het Armeense constitutioneel hof de resultaten van het onderzoek beïnvloed. De derde vraag van dit hof is namelijk gesteld naar aanleiding van een bepaling in het Armeense wetboek van strafrecht (art. 300.1 CC), waarin verwezen wordt naar bepalingen in de Armeense *grondwet* (namelijk de art. 1-5 en 6, lid 1 daarvan). Wellicht is de vraag in het rechtsvergelijkend onderzoek dus zo opgevat dat enkel gedacht is aan strafbepalingen met een verwijzing naar grondwettelijke bepalingen. Dit is echter niet heel aannemelijk, omdat de vraag van het Armeense constitutionele hof, zoals die hierboven is weergegeven, onbetwistbaar luidt of het strafrecht in de lidstaten *in het algemeen* gelede normstellingen bevat. Dit wordt onderstreept door de gestelde vervolgvragen, zoals weergegeven in par. 32 en 33 van het advies van het Hof, waarin aan de landen waar gebruik wordt gemaakt van gelede normstellingen, wordt gevraagd of die gelede normstellingen zich *ook* uitstrekken tot normen in de grondwet. Daar komt nog bij dat het Nederlandse strafrecht wel degelijk bepalingen bevat waarin verwezen wordt naar de Grondwet. Te denken valt vooral aan art. 355 Sr over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ministers en staatssecretarissen voor schendingen van de Grondwet.[42] Dus ook als het rechtsvergelijkend onderzoek beperkt is uitgevoerd naar strafbaarstellingen met verwijzingen naar de grondwet, had het antwoord over het Nederlandse strafrecht beslist bevestigend moeten zijn.

19. Een andere mogelijke verklaring voor de vaststelling ten aanzien van het Nederlands recht is – maar dan betreden we het riskante terrein der speculatie – dat het rechtsvergelijkende onderzoek onder (te) hoge tijdsdruk is uitgevoerd, waardoor een vergissing is geslopen in de resultaten. Hiervoor werd er al even melding van gemaakt dat het Hof binnen een krappe tien maanden zijn advies heeft gepubliceerd. Op 2 augustus 2019 heeft het Armeense constitutioneel hof immers om een advies van het EHRM verzocht, en het advies is op 29 mei

2020 reeds gepubliceerd. Dat is een korte periode voor een rechtsvergelijkend onderzoek van maar liefst 41 lidstaten.

In elk geval mag rustig geconcludeerd worden dat het een vergissing is dat het Nederlandse strafrecht geen gelede normstellingen (of, in de woorden van het Hof, 'legislation by reference') kent.

Verenigbaarheid van gelede normstelling met art. 7 EVRM

20. Zodoende wordt het de hoogste tijd om terug te keren naar de voor het Nederlandse strafrecht relevante vraag onder welke omstandigheden gelede normstellingen toelaatbaar zijn in het licht van het in art. 7 EVRM vervatte legaliteitsbeginsel. Hierbij gaan we bewust voorbij aan de vraag óf een gelede normstelling als strafbaarstellingstechniek voldoende tegemoetkomt aan de eisen van art. 7 EVRM. Het Hof had in *Khodorkovskiy en Lebedev* immers al geoordeeld dat het gebruik van een (impliciete) gelede normstelling niet automatisch tot een schending van art. 7 EVRM leidt.^[43] In die zaak waren de klagers veroordeeld voor overtreding van art. 198 en 199 van het Russische wetboek van strafrecht, waarin belastingontduiking strafbaar is gesteld. In zijn interpretatie van deze bepalingen had de Russische rechter aangeknoopt bij de uitleg van vergelijkbare termen in het civiele recht en het belastingrecht.^[44] De klagers stelden dat deze (*de facto*) gelede normstelling tot een onvoorzienbare interpretatie van het recht leidde, waarmee art. 7 EVRM geschonden was. Het EHRM volgde de klagers echter niet in deze klacht. Het overwoog dat de art. 198 en 199 van het Russische wetboek van strafrecht onvermijdelijk vaag zijn, omdat zij een breed palet aan mogelijke gedragingen (ter ontduiking van belastingen) omvatten,^[45] en dat een extensieve interpretatie van deze bepalingen daarom geen strijd oplevert met art. 7 EVRM, ook niet als die interpretatie mede gevoed wordt door de uitleg van bepalingen in andere rechtsdomeinen. Hierbij achtte het Hof relevant dat de bepalingen zich op een bijzonder terrein bevinden (fiscaal strafrecht, een 'highly technical sphere' volgens het Hof), waardoor meer zorg verwacht mag worden bij het verrichten van professionele, bedrijfsmatige, activiteiten op dit terrein – ook indien hiervoor juridische ondersteuning benodigd is.^[46] Dit betekent ook dat een vergelijkbare redenering niet zomaar kan worden toegepast op commune delicten als diefstal en verduistering, zo bleek uit een latere zaak van dezelfde klagers,^[47] in commune zaken zal namelijk geen sprake zijn van een 'highly technical sphere'.

21. Hoewel het Hof zich in zijn rechtspraak niet eerder expliciet over gelede normstelling heeft uitgesproken, wisten we, kortom, al dat dergelijke normstellingen verenigbaar kunnen zijn met art. 7 EVRM. Het Hof had bovendien al de eerste piketpaaltjes geslagen inzake de toelaatbaarheid van gelede normstellingen. Tussen de piketpaaltjes bevond zich echter nog onontgonnen terrein. Bovendien werd in geen van de zaken expliciet geklaagd over het

gebruik van gelede normstellingen; de klacht was telkens dat de (interpretatie van de) strafbaarstelling als geheel (inclusief de gelede normstelling) niet verenigbaar was met art. 7 EVRM, omdat het niet voldeed aan de vereisten van ‘helderheid’ (van de strafbaarstelling) en ‘voorzienbaarheid’ (van de toepassing van de strafbaarstelling) die door de EHRM in zijn rechtspraak zijn ontwikkeld.^[48] De meerwaarde van het advies van 29 mei 2020 aan het Armeens constitutioneel hof is dan ook dat de expliciete vraag naar de verenigbaarheid van gelede normstellingen met art. 7 EVRM het Hof de gelegenheid bood het terrein van gelede normstellingen verder te ontginnen. In onderhavig advies verschaft het Hof op dit punt vooral meer helderheid door te benadrukken (in par. 70), en onder verwijzing naar de eerdere rechtspraak, dat deze wetgevingstechniek in zichzelf niet onverenigbaar is met art. 7 EVRM.

Duidelijkheid en voorzienbaarheid

22. De derde, in verband met gelede normstellingen uiterst relevante vraag die het Armeens constitutioneel hof aan het EHRM voorlegt is of gelede normstellingen waarbij verwezen wordt naar een bepaling met ‘supreme legal force’ (zoals de Armeense grondwet in het onderhavige geval) in het strafrecht verenigbaar is met de vereisten van ‘certainty, accessibility, foreseeability and stability’. Het Hof veralgemeniseert die vraag tot de vraag of het gebruik van gelede normstellingen in het strafrecht verenigbaar is met art. 7 EVRM, mede omdat uit het hierboven gesproken rechtsvergelijkend onderzoek bleek dat vrijwel alle verdragsstaten gebruik maken van gelede normstellingen in het strafrecht.^[49] In de beantwoording van deze vraag knoopt het Hof aan bij zijn jurisprudentie over de kwaliteitseisen die in het algemeen aan strafbaarstellingen worden gesteld in het licht van art. 7 EVRM: de eisen van voldoende precisie, toegankelijkheid en voorspelbaarheid (in de toepassing) van de bepaling. Hieruit vloeit voort dat de gelede normstelling als geheel (het Hof spreekt van de ‘referencing provision’ en de ‘referenced provision’) voldoende zekerheid moet verschaffen over de vraag welk gedrag (of nalaten) tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt.

23. De meest effectieve manier om aan de kwaliteitseisen van duidelijkheid en voorzienbaarheid te voldoen is door in de strafbepaling waarin de gelede normstelling zijn oorsprong vindt expliciet te verwijzen naar de achterliggende bepaling(en). Daarnaast moet de strafbepaling de (strafbepalende) bestanddelen van de strafbaarstelling bevatten, zodat in de achterliggende bepaling(en) de strafbaarstelling enkel verder kan worden uitgewerkt (door bijvoorbeeld meer gedetailleerd een van de bestanddelen uit te werken), maar die achterliggende bepalingen de reikwijdte van de strafbaarstelling niet zullen uitbreiden.^[50] Zodoende moet iedere burger van tevoren kunnen voorzien welk gedrag strafbaar is, desnoods met behulp van juridisch advies.

Het is niet verrassend dat het Hof deze voorwaarden, die het in het algemeen stelt aan de kwaliteit van strafbaarstellingen, ook toepast op strafbaarstellingen waarbij gebruik gemaakt wordt van een gelede normstelling. Interessanter is de manier die volgens het Hof het ‘meest effectief’ is om dit te bereiken. Hoewel dit niet de enige manier is waarop het gebruik van gelede normstellingen verenigbaar is met art. 7 EVRM, staan beide, hieronder afzonderlijk besproken, onderdelen van dit advies haaks op de Nederlandse legislatieve praktijk in bijzondere strafwetgeving.

Verwijzing naar achterliggende bepalingen in Nederland

24. In beginsel wordt in de gelede normstellingen in het Nederlandse strafrecht in de strafbepaling expliciet verwezen naar de achterliggende (administratiefrechtelijke) bepalingen. De WED is bijvoorbeeld zo ontworpen dat alle bepalingen die onder die wet vallen genoemd staan in art. 1 en 1a. Deze omvangrijke bepalingen, waarin de genoemde regelingen alfabetisch zijn gesorteerd, verwijzen telkens expliciet naar de honderden bepalingen in bijzondere wetten waarin de strafbaarstellingen nader worden uitgewerkt.^[51] Anders dan de constellatie die ten grondslag ligt aan het onderhavig advies (en waaraan het EHRM (mogelijk daarom) lijkt te denken in zijn rechtsvergelijkend overzicht), bestaat een gelede normstelling in het Nederlandse strafrecht vaak uit meer dan twee geledingen.^[52] In die bijzondere (administratiefrechtelijke) wetten waarnaar de WED verwijst, worden de verwijzingen naar volgende geledingen minder expliciet, terwijl die volgende geledingen ook niet genoemd worden in de WED zelf.

25. Zo stelt – ter illustratie – art. 1a WED (jo. art. 2 WED) de opzettelijke overtreding van de art. 6-13 van de Wet Bodembescherming strafbaar als misdrijf. In deze bestuursrechtelijke bepalingen wordt vervolgens weer verwezen naar (onderliggende) regels die ‘bij of krachtens algemene maatregel van bestuur’ kunnen worden gesteld. Via de woorden ‘bij algemene maatregel van bestuur’ (AMvB) wordt de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels gedelegeerd aan een bestuursorgaan. Via de woorden ‘krachtens algemene maatregel van bestuur’ wordt het gedelegeerde bestuursorgaan toegestaan die bevoegdheid zelf weer te delegeren (subdelegatie).^[53] Zo gaan alleen al achter art. 6 van de Wet bodembescherming diverse besluiten (AMvB’s) schuil, die op hun beurt de mogelijkheid bieden de bevoegdheid tot het stellen van regels nogmaals te delegeren. De achterliggende besluiten worden in art. 6 Wet bodembescherming noch art. 1a WED expliciet vermeld. Zodoende heeft de wetgever rondom art. 6 Wet bodembescherming een legislatieve situatie gecreëerd die doet denken aan een speurtocht op een kinderfeestje, waarbij de organiserende ouders onderweg een pijl vergeten zijn te zetten. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij tal van andere bepalingen in bijzondere wetten.

26. Zodoende kan gesteld worden dat terwijl het EHRM graag expliciete verwijzingen ziet binnen gelede normstellingen, die expliciete verwijzingen in de Nederlandse bijzondere wetten veelal ontbreken, terwijl de gelede normstellingen vaak meer dan twee geledingen bestrijken. Het is veilig om te stellen dat juist bij complexe gelede normstellingen de verwijzingen expliciet zouden moeten zijn, gelet op het achterliggende belang van de rechtszekerheid dat door het EHRM nog beklemtoond wordt in par. 74. Hoe omvangrijker de speurtocht, hoe belangrijker de pijlen die de weg wijzen.^[54]

Verwerken van delictsbestanddelen in de strafbepaling

27. Het tweede onderdeel van de – volgens het Hof – meest effectieve manier om met het gebruik van gelede normstellingen te voldoen aan de kwaliteitseisen die het EHRM stelt aan (straf)wetgeving, is door de (strafbepalende) delictsbestanddelen van de strafbaarstelling te verwerken in de strafbepaling (waarin de gelede normstelling zijn oorsprong vindt). In de achterliggende bepalingen kunnen die bestanddelen dan in meer detail worden uitgewerkt, zonder dat die achterliggende bepalingen de reikwijdte van de strafbaarstelling uitbreiden.

28. In het Nederlandse strafrecht lijken veel gelede normstellingen (ook) niet aan deze voorkeur van het EHRM te voldoen. Sterker nog, – laten we voor het gemak maar even in art. 1a WED blijven – de delictsbestanddelen van de gelede normstelling bevinden zich doorgaans juist in de lagere regelgeving, en niet in de strafbepaling waarin de gelede normstelling zijn oorsprong vindt.

In het hierboven al besproken voorbeeld van de gelede normstelling rondom de art. 6-13 Wet Bodembescherming, waarvan de oorsprong ligt in art. 1a WED, zijn de bestanddelen als volgt verdeeld. In art. 1a WED zelf is geen (strafbepalend) bestanddeel opgenomen, hier is enkel gesteld dat overtreding van onder meer de art. 6-13 Wet Bodembescherming strafbaar is als economisch delict. In art. 2 WED is bepaald dat de *opzettelijke* overtreding van onder meer de art. 6-13 Wet Bodembescherming als misdrijf te gelden heeft. In deze misdrijfvariant is een van de bestanddelen, namelijk het opzet, dus opgenomen in art. 2 WED.^[55] Voor de rest van de bestanddelen van deze strafbaarstelling moet te rade gegaan worden bij de art. 6-13 Wet Bodembescherming en de tientallen AMvB's die via de delegatiebevoegdheid in de art. 6-11 Wet Bodembescherming tot stand zijn gebracht. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij de vele andere bepalingen die genoemd staan in de art. 1 en 1a WED.

Gelet op de aangebrachte systematiek in de WED is bovenstaande legislatieve situatie niet vreemd; de bedoeling van de WED is, onder meer, te functioneren als strafrechtelijk sluitstuk op administratiefrechtelijke regels. Niet vreemd is daarom dat de uitwerking van de normen, in de bestanddelen, juist op dat administratiefrechtelijke niveau plaatsvindt. Deze praktijk

lijkt echter slecht te passen bij de wijze waarop het EHRM gelede normstellingen graag vormgegeven ziet.

Tot slot

29. In het onderhavige advies heeft het EHRM voor het eerst expliciet de vraag beantwoord onder welke omstandigheden het gebruik van gelede normstellingen verenigbaar is met art. 7 EVRM. In dit advies wordt zichtbaar dat het EHRM deze vraag feitelijk hetzelfde beantwoordt als het al deed in eerdere kwesties die, meer in het algemeen, gingen over de kwaliteitseisen voor strafbaarstellingen. Ook voor strafbaarstellingen die een gelede normstelling bevatten blijven de eisen gelden van voldoende precisie, toegankelijkheid en voorspelbaarheid (in de toepassing) van de bepaling. Het EHRM beschrijft vervolgens de ‘meest effectieve wijze’ waarop strafbaarstellingen waarin een gelede normstelling is vervat aan deze kwaliteitseisen tegemoet kunnen komen.

30. De Nederlandse situatie in bijzondere (straf)wetten staat ver af van deze ‘meest effectieve wijze’. Deze constatering betekent echter niet dat de Nederlandse wetgevingspraktijk rondom gelede normstellingen ogenblikkelijk op de schop moet om aan de eisen van het EHRM te voldoen. Het EHRM beschrijft immers ‘slechts’ de meest effectieve manier om gelede normstellingen aan de kwaliteitseisen van strafbaarstellingen te laten voldoen; dat betekent niet dat er geen andere manieren zijn om aan die eisen te voldoen. Bovendien is de strafbaarstelling naar aanleiding waarvan het Armeens constitutioneel hof advies vroeg aan het EHRM een gelede normstelling waarin verwezen wordt naar een eenvoudig vindbare bepaling in de Grondwet. De terreinen waarin in Nederland gebruik wordt gemaakt van gelede normstellingen zijn vrijwel allemaal ‘highly technical spheres’ – een voor het EHRM relevante factor in de weging van de verenigbaarheid van een bepaalde regeling met art. 7 EVRM. Op deze specialistische terreinen mag immers meer zorg verwacht worden ten aanzien van de bestudering van de relevante wet- en regelgeving door de normadressaten, zo nodig met behulp van juridisch advies. Hierdoor roept het onderhavige advies van het EHRM, vertaald naar de Nederlandse legislatieve situatie, vooral een aantal nieuwe vragen op, bijvoorbeeld naar de precieze betekenis van het advies voor dit soort varianten van gelede normstelling.

31. Wel is het onderhavige advies relevant voor de discussie (in praktijk en wetenschap) over de normerende kracht van het legaliteitsbeginsel in het Nederlandse materiële strafrecht. In de literatuur wordt namelijk al langer gesignaleerd dat het legaliteitsbeginsel nog slechts ‘beperkte normerende kracht’ heeft in het Nederlands bijzonder strafrecht.^[56] Hierbij wordt erop gewezen dat verweren die zien op de onverbindendheid van te onduidelijke strafbaarstellingen vrijwel nooit gehonoreerd worden door de Nederlandse rechter.^[57]

Datzelfde geldt voor verweren ten aanzien van de rechtmatigheid van het gebruik van de delegatiebevoegdheden binnen een gelede normstelling.^[58] Dit Straatsburgse advies kan een nieuwe impuls geven aan de discussie, en wie weet leidt het zelfs wel tot een adviesverzoek aan het Hof vanuit de Nederlandse Hoge Raad.

Janneke Gerards

Hoogleraar fundamentele rechten, Universiteit Utrecht

Jelle Cnossen

PhD-fellow bij de afdeling Straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden

[1] EHRM (GK) 29 mei 2020, nr. P16-2019-001, Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, requested by the Armenian constitutional Court [Advies met betrekking tot het gebruik van de 'blanket reference' - of 'wetgeving door verwijzing' -techniek bij de definitie van een misdrijf en de criteria voor vergelijking tussen het strafrecht dat van toepassing is ten tijde van het plegen van een misdrijf en de aanpassing van het strafrecht, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof].

[2] Zie voor de tekst van het Protocol <https://conventions.coe.int>, CETS-no 214.

[3] EHRM (GK) 10 april 2019, nr. P16-2018-001, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother [Advies met betrekking tot de erkenning in nationaal recht van een juridische ouder-kindrelatie tussen een kind dat door middel van draagmoederschap in het buitenland is geboren en de wensmoeder], «EHRC» 2019/121 m.nt. J.H. Gerards en C. Mak.

[4] Zie bijv. 'Armeens parlement kiest nieuwe premier – massale demonstraties houden aan', *NRC Handelsblad* 30 april 2018, <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/04/30/armenie-kiest-nieuwe-premier-massale-demonstraties-houden-aan-a1601305>. Zie ook D. Baazil, 'Stap voor stap', *De Groene Amsterdammer* 29 januari 2020, <https://www.groene.nl/artikel/stap-voor-stap-2020-01-29>, en de documentaire waarnaar in dit stuk wordt verwezen.

[5] In deze noot wordt de Engelse spelling van de namen van de hoofdrolspelers gegeven zoals het EHRM die ook gebruikt; in Nederland worden verschillende andere spellingen

gehanteerd, zoals Sargsjan en Sarkisian.

[6] Advies P16-2019-001, par. 14.

[7] Advies P16-2019-001, par. 14. Zie over de rellen en de nasleep daarvan ook nader een rapport van toenmalig Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa Thomas Hammarberg, 'Special Mission to Armenia', Yerevan, 15-18 maart 2008, CommDH(2008)1, <https://rm.coe.int/16806db879>.

[8] Zie bijv. "Fluwelen revolutie" levert Nikol Pashinyan Armeens premierschap op', *De Tijd* 8 mei 2018, <https://www.tijd.be/politiek-economie/internationaal/verkiezingen/fluwelen-revolutie-levert-nikol-pashinyan-armeens-premierschap-op/10009921.html>. Zie over de rol van Pashinyan ook https://en.wikipedia.org/wiki/Nikol_Pashinyan#Post-election_protests_and_violence.

[9] Advies P16-2019-001, par. 16.

[10] Idem.

[11] Advies P16-2019-001, par. 18.

[12] Zie o.m. K. Dzehtsariou, 'Interaction between the European Court of Human Rights and member States: European consensus, advisory opinions and the question of legitimacy', in: S. Flogaitis, T. Zwart & J. Fraser (red.), *The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 116–146, p. 130; J.H. Gerards, 'Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights—A Comparative and Critical Appraisal', 21 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, p. 630-651.

[13] Hierover is inmiddels veel geschreven. Zie recent J.H. Gerards, 'Protocol 16. Advisering door het EHRM', in J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu 2020. Zie ook de noot van Gerards en Mak bij het eerste advies van het EHRM in «EHRC» 2019/121.

[14] Zie voor die formele criteria Regel 3 (3) van Hoofdstuk X van het Reglement van het Hof en zie de *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure* die het Plenaire Hof in 2018 heeft vastgesteld, https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf, par. 7. Zie verder Gerards 2020 (noot 13), onderdeel C.3.

[15] Dat is toegestaan op basis van art. 4 lid 2 P16.

[16] Het Panel bestaat volgens Regel 3 lid 1 (1) van hoofdstuk X van het Reglement van het Hof uit (1) de President van het Hof (of eventueel de Vicepresident), (2 en 3) twee

Sectievoorzitters (of vicevoorzitters) die worden aangewezen via een rotatiesysteem, (4) de nationale rechter voor de staat waar het verzoek vandaan is gekomen, en (5) een rechter die via een rotatiesysteem is aangewezen uit die rechters van het Hof die bevoegd zijn om in een Panel zitting te nemen. Van de Grote Kamer maken de volgende rechters volgens artikel 26 lid 5 EVRM jo. Regel 24 lid 2 (a) en (b) altijd onderdeel uit: de President van het Hof; de twee Vice-Presidenten van het Hof; de vijf Sectievoorzitters; de rechter die is verkozen voor de staat waartegen de zaak is gericht; de resterende plaatsen worden via loting toegekend (zie voor Protocol 16 Regel 94 lid 1 van het Reglement van het Hof). Dat betekent dat er in ieder geval altijd een overlap van vier van de vijf rechters zal bestaan.

[17] Hoogstens valt iets van de complexiteit te proeven uit het feit dat de EHRM-rechter voor Armenië, Armen Harutyunyan, zich voor de beoordeling van het verzoek heeft moeten verschonen. Hij was ten tijde van de relevante feiten Ombudsman in Armenië en sprak zich eerder in een rapport en in de media al kritisch uit over de manier waarop de protesten in 2008 waren beëindigd en hoe daarop vanuit de politiek werd gereageerd. Zie bijv. A. Harutyunyan, 'How can the human rights situation in Armenia be improved?', *RadioFreeEurope-RadioLiberty* 3 augustus 2008, https://www.rferl.org/a/How_Can_the_Human_Rights_Situation_In_Armenia_Be_Improved/1188181.html. Hij werd vervangen door de al genoemde adhoc-rechter Arman Sarvarian, die ten tijde van de protesten in Londen studeerde en daarna in het Verenigd Koninkrijk een academische carrière heeft opgebouwd; zie <https://www.surrey.ac.uk/people/arman-sarvarian>.

[18] Advies P16-2019-001, par. 43.

[19] Zie Advies P16-2019-001, par. 46.

[20] De Grote Kamer merkt dit zelf ook op; zie Advies P16-2019-001, par. 47.

[21] *Pisano t. Italië*, EHRM (GK) 24 oktober 2002, nr. 36732/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1023JUD0003673297, par. 26, «EHRC» 2002/106 m.nt. Schokkenbroek.

[22] Zie daarvoor art. 1 lid 2 en 3 P16 en zie nader Gerards 2020 (noot 13), onderdeel C.2.

[23] Advies P16-2019-001, par. 49.

[24] Letterlijk vroeg het Constitutionele Hof: '1) Does the concept of 'law' under Article 7 of the Convention and referred to in other Articles of the Convention, for instance, in Articles 8-11, have the same degree of qualitative requirements (certainty, accessibility, foreseeability and stability)? 2) If not, what are the standards of delineation?'; zie Advies P16-2019-001, par.

52.

[25] Idem.

[26] Zie daarover overigens wel H.F. Morre, 'Artikel 7. Geen straf zonder wet', in J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu 2020, onderdeel C.2.1.2. Uit haar analyse blijkt dat de uitleg van de begrippen 'recht' in art. 7 en 'wet' in art. 8-11 EVRM toch wel in hoge mate parallel loopt.

[27] Zie hierna, randnrs. 21-22.

[28] Advies P16-2019-001, par. 54.

[29] Advies P16-2019-001, par. 55.

[30] Protocol 16 is maar door een beperkt aantal staten geratificeerd; zie o.m. Gerards 2020 (noot 13).

[31] Zie kritisch hierover ook L. Lavrysen, 'Advisory Opinion No. 2: a Slightly Bigger Rodent', *Strasbourg Observers* 5 juni 2020, <https://strasbourgobservers.com/?s=advisory+opinion>.

[32] Zie voor een nadere analyse, met bronverwijzingen, de noot van J.H. Gerards en C. Mak bij advies P16-2018-001, «EHRC» 2019/121

[33] Zie nader de noot van J.H. Gerards en C. Mak bij advies P16-2018-001 (noot 3), «EHRC» 2019/121, randnr. 8.

[34] Advies P16-2019-001, par. 20-40.

[35] Zie het advies P16-2018-001 (noot 3), par. 6.

[36] Advies P16-2019-001, par. 8.

[37] Zie ook het pleidooi van Lize Glas voor het vaker (kwalitatief goed) interveniëren door staten in 'high profile'-zaken bij de Grote Kamer; L.R. Glas, 'The Draft Copenhagen Declaration: 'New Ways' to ensure a 'Strengthened Dialogue'?' *Strasbourg Observers* 26 februari 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/02/26/the-draft-copenhagen-declaration-new-ways-to-ensure-a-strengthened-dialogue/>.

[38] Niet voor niets heeft Laurens Lavrysen het in zijn blogpost over de zaak op *Strasbourg Observers* het over een 'slightly bigger rodent' dan in vergelijking met het eerste advies; zie <https://strasbourgobservers.com/?s=advisory+opinion>.

[39] Daarnaast bevat het advies een belangwekkend deel betreffende het *lex mitior*-beginsel (par. 75-92), naar aanleiding van de vierde vraag van het Armeens constitutioneel hof; dit deel blijft buiten beschouwing in deze annotatie.

[40] In de literatuur wordt dit begrip vaak meer als volgt omschreven: 'De norm is gebaseerd op een hogere regeling en op grond van een delegatiebevoegdheid krijgt die norm gestalte in een lagere regeling of een combinatie van samenhangende regelingen'; zie F.G.H. Kristen, 'Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht', in: F.G.H. Kristen e.a. (red), *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 430.

[41] D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 20.

[42] Art. 355 Sr luidt als volgt: Met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, worden gestraft de ministers of staatssecretarissen: 1°. die hun medeondertekening verlenen aan koninklijke besluiten, wetende dat daardoor de Grondwet of andere wetten of algemene maatregelen van bestuur worden geschonden; 2°. die uitvoering geven aan koninklijke besluiten, wetende dat deze niet van de vereiste medeondertekening van een minister of staatssecretaris zijn voorzien; 3°. die beschikkingen nemen of bevelen geven of bestaande beschikkingen of bevelen handhaven, wetende dat daardoor de Grondwet of andere wetten of algemene maatregelen van bestuur worden geschonden; 4°. die opzettelijk nalaten uitvoering te geven aan de bepalingen van de Grondwet of andere wetten of algemene maatregelen van bestuur, voor zover die uitvoering wegens de aard van het onderwerp tot hun taak behoort of uitdrukkelijk hun is opgedragen.

[43] *Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland*, EHRM 25 juli 2013, nrs. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206.

[44] *Khodorkovskiy en Lebedev*, par. 795.

[45] *Khodorkovskiy en Lebedev*, par. 791.

[46] *Khodorkovskiy en Lebedev*, par. 784.

[47] *Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland (nr. 2)*, EHRM 14 januari 2020, nrs. 51111/07 en 42757/07, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD005111107, *EHRC Updates* 2020-0061, par. 574-585.

[48] Advies P16-2019-001, par. 66.

[49] Advies P16-2019-001, par. 71.

[50] Advies P16-2019-001, par. 73.

[51] Er zijn ook voorbeelden te bedenken van minder expliciete verwijzingen. Zo verwijst art. 69 AWR naar ‘de belastingwet’ in het algemeen. Een explicietere verwijzing is hier echter nauwelijks mogelijk; het benoemen van alle achterliggende regelingen in het belastingrecht zou de bepaling immers zeer omvangrijk maken. En anders dan in de art. 1 en 1a WED verwijst art. 69 AWR naar één specifiek terrein

[52] In het onderhavige advies spreekt het EHRM immers steevast over twee bepalingen: de ‘referencing provision’ en de ‘referenced provision’.

[53] Deze rij aan delegatiemogelijkheden start overigens al in art. 1 en 1a WED; in de aanhef spreken die bepalingen immers al van ‘voorschriften, gesteld *bij of krachtens*’.

[54] Veel bijzondere wetten zullen een (in de woorden van het EHRM) ‘highly technical sphere’ zijn, waardoor verwacht mag worden dat de normadressaten meer dan gemiddelde inspanning verrichten om de voor hen relevante wet- en regelgeving te begrijpen – zo nodig met behulp van juridisch advies.

[55] Vgl. M. Kessler, *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 132-140.

[56] Zie bijvoorbeeld Kristen 2019 (noot 39), p. 444-445.

[57] Kristen 2019 (noot 39), p. 421-422.

[58] Kristen 2019 (noot 39), p. 434-435.