

EHRM (GK) 11 juli 2017, nr. 19867/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD001986712, Raimondi (President), Karakaş, Nußberger, López Guerra, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Keller, Mahoney, Wojtyczek, Vehabović, Kūris, Kjølbro, O'Leary, Bošnjak)

Noot: dr. L.R. Glas LL.M.

Recht op een eerlijk proces. Criminal charge. Ontvankelijkheid *ratione materiae*. Heropening. Vervolgzaak. Bijzonder rechtsmiddel. Comité van Ministers. Tenuitvoerlegging. Motivering. Individuele maatregel.

[EVRM art. 6, 35, 46]

Klaagster is in 2007 veroordeeld wegens bedreiging, ook al stelde zij dat zij zich door haar gebrekkige intellectuele en cognitieve capaciteiten niet bewust was van de onrechtmatigheid van haar handelen. In hoger beroep weigerde het beroepshof de feiten opnieuw te beoordelen en haar de mogelijkheid te geven om haar standpunt ter zitting toe te lichten. In 2008 diende klaagster hierover een klacht in bij het Hof, dat in 2011 een schending vond van artikel 6 EVRM. Daarbij adviseerde het Hof dat gelet op de veroordeling, de enige mogelijkheid om effectief rechtsherstel te bieden in feite gelegen zou zijn in de heropening van de nationale procedure. Verder was het Hof kritisch over het feit dat deze mogelijkheid niet bestond in Portugal. Naar aanleiding van deze EHRM-uitspraak is een schadevergoeding betaald aan klaagster en zijn voornemens geuit om de procedurele wetgeving aan te passen. Die voornemens zijn echter nog niet omgezet in regelgeving en het Comité van Ministers (CvM) houdt nog steeds toezicht op de tenuitvoerlegging van de uitspraak. Naar aanleiding van de Straatsburgse uitspraak heeft klaagster in 2011 verzocht om heropening van haar zaak bij de Portugese Hoge Raad. Dat rechtscollege constateerde echter dat daar geen reden voor was, nu hij uit de uitspraak van het Hof afleidde dat slechts sprake was van een procedurele onregelmatigheid die geen aanleiding kon vormen voor heropening. Bovendien had het Hof vastgesteld dat er geen reden was om aan te nemen dat een heropening tot een heel ander oordeel over de veroordeling zou leiden.

De Grote Kamer (ten gunste waarvan de Kamer afstand van rechtsmacht heeft gedaan) onderzoekt allereerst of het Hof wel bevoegd is om de zaak te beoordelen gelet op de eisen die artikel 46 EVRM stelt. Daarbij herhaalt het de eerdere rechtspraak waarin het heeft bepaald in welke omstandigheden het een 'nr. 2'-zaak mag beoordelen. Vervolgens overweegt het dat het geen rechtsmacht heeft om heropening van nationale procedures te bevelen, al kan het wel benadrukken dat dit de meest efficiënte, zo niet de enige mogelijke, optie is om restitutio in integrum te bewerkstelligen. Dit heeft het ook eerder benadrukt en een groot aantal Europese staten ondersteunt de wenselijkheid van heropening, al is er op het gebied van wetgeving geen uniforme aanpak zichtbaar. Het Hof overweegt dat de Portugese Hoge Raad een nieuw oordeel heeft gegeven over de heropening, met inachtneming van zijn uitspraak. Gelet daarop is sprake van een nieuwe kwestie, zodat het deze klacht kan beoordelen zonder het CvM voor de voeten te lopen. In eerdere rechtspraak heeft het Hof al vastgesteld dat het heropening van een strafrechtelijke procedure in principe niet ziet als vaststelling van een 'criminal charge', omdat het een bijzonder rechtsmiddel is. Niettemin overweegt het dat het daarop een uitzondering kan maken, nu de heropening rechtstreeks relevant kan zijn voor de eigenlijke veroordeling en de beoordeling van de feiten in een strafprocedure. In het onderhavige geval heeft de Hoge Raad weliswaar eerst en vooral beoordeeld of heropening mogelijk kon zijn, maar daarbij heeft het wel ook een nieuwe beoordeling van de feiten van de zaak uitgevoerd. Dat betekent dat de procedure kan worden gezien als een voortzetting van de eerdere procedure die in 2007 is

afgerond, en daarmee binnen het bereik van artikel 6 EVRM komt. Ten aanzien van de mogelijke schending van die bepaling oordeelt het Hof vervolgens dat het in *Bochan t. Oekraïne* (EHRM 3 mei 2007, nr. 7577/02, ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108, «EHRC» 2015/84 m.nt. Glas) voor civiele zaken al heeft aangegeven dat het uiterste terughoudendheid moet betrachten als het gaat om de beoordeling van heropende procedures, in het bijzonder waar het gaat om de vraag of voldoende argumenten zijn gegeven voor het oordeel. In dit verband herhaalt het zijn rechtspraak over de motivering van nationale rechterlijke oordelen. Het Hof moet onderzoeken of de nationale uitspraak niet zodanig arbitrair en slecht gemotiveerd was dat de feitelijke beoordeling van de zaak erdoor werd bedreigd, en of de gegeven argumenten niet zijn gebaseerd op een kennelijke feitelijke of juridische fout die een 'denial of justice' tot gevolg heeft. Artikel 6 EVRM noch enige andere EVRM-bepaling dwingt bovendien tot het geven van een motivering voor het niet-ontvankelijk verklaren van buitengewone rechtsmiddelen. De argumentatie van de Portugese Hoge Raad was dan ook niet in strijd met het Verdrag, zeker nu het Verdrag zelf niet dwingt tot heropening en ook op andere manieren recht kon worden gedaan aan de belangen van klaagster. De Hoge Raad heeft bovendien ook gekeken naar de feiten in het licht van de EHRM-uitspraak uit 2011, waarvan hij een eigen interpretatie heeft gegeven; de redelijkheid van die interpretatie laat het Hof verder in het midden. Gelet daarop is geen sprake van een schending van artikel 6 lid 1 EVRM.

Moreira Ferreira
tegen
Portugal (nr. 2)

EHRM (GK) 15 juni 2017 (ontv.), nr. 71537/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0615DEC007153714 (Raimondi (President), Nußberger, Yudkivska, Jäderblom, Spano, Lazarova Trajkovska, López Guerra, Bianku, Karakaş, Pardalos, Laffranque, Potocki, Pejchal, Ranzoni, Koskelo, Eicke, Hüseyino)

Noot: dr. L.R. Glas LL.M.

Verbod op foltering. Recht op een eerlijk proces. Uitlevering. Levenslang. Flagrant oneerlijk proces. Ontvankelijkheid. Kennelijk ongegrond. Nieuwe feiten. Heropening.

[EVRM art. 3, 6, 35]

*Klager is in 2000 in de VS in staat van beschuldiging gesteld op verdenking van moord; daarop staat in Florida een levenslange gevangenisstraf zonder mogelijkheid van 'parole'. In 2003 is hij in het Verenigd Koninkrijk gearresteerd en gedetineerd met het oog op uitlevering. Klager heeft in de procedures daarover gesteld dat door de bedreiging met een onverkortbare levenslange gevangenisstraf, er sprake is van een risico van schending van artikel 3 en 6 EVRM. Het Hof heeft die klacht eerder afgewezen in zijn uitspraak in *Harkins en Edwards* (EHRM 17 januari 2012, nrs. 9146/07, 32650/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000914607, «EHRC» 2012/62 m.nt. van der Wilt, NJB 2012/715, RvdW 2012/1517). Waarin de parallel lopende zaak *Vinter e.a. t. het Verenigd Koninkrijk* een voorziening bij de Grote Kamer werd toegestaan (EHRM (GK) 9 juli 2013, nr. 66069/09 e.a., ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD006606909, «EHRC» 2013/254m m.nt. van Kalmhout), is die geweigerd in *Harkins en Edwards*. Na de uitspraak van de Grote Kamer in *Vinter* heeft klager gemeend dat de regels omtrent uitlevering bij bedreiging met levenslange gevangenisstraf significant gewijzigd zijn. Gelet daarop heeft hij om heropening van de procedure op nationaal niveau gevraagd, maar dat is daar geweigerd. Hij heeft daarom opnieuw geklaagd bij het Hof,*

waarbij de rechtsmacht is overgedragen aan de Grote Kamer. De Grote Kamer stelt nu voorop dat het op grond van art. 35 lid 2 sub b EVRM niet aanvaardbaar is dat het Hof uitspraak doet over een zaak die in feite op dezelfde materie betrekking heeft als waarover het eerder al uitspraak heeft gedaan. Dat roept de vraag op wanneer sprake is van een kwestie die in feite hetzelfde is en of daarvan ook sprake kan zijn als niet de feiten gewijzigd zijn, maar alleen sprake is van nieuwe EHRM-rechtspraak. Het Hof hecht daarbij waarde aan de Franse tekst van het Verdrag, die in dit verband spreekt van 'faits nouveaux', waarmee duidelijk wordt geduid op nieuwe feitelijke informatie. Die betekenis is ook consistent met de uitgangspunten van finaliteit en rechtszekerheid die aan de bepaling ten grondslag liggen, net als met het belang van zorgvuldige bevoegdheidsafbakening door het Hof. Alhoewel het Hof sommige regels van ontvankelijkheid vrij soepel uitlegt, heeft het in zijn rechtspraak een wat striktere benadering gekozen als het gaat om ontvankelijkheidscriteria die vooral op de rechtszekerheid en bevoegdheidsafbakening betrekking hebben. Diezelfde overwegingen liggen ten grondslag aan de strikte uitleg van Regel 80 van het Reglement van het Hof over de mogelijkheid van heropening van een definitieve EHRM-uitspraak. Het is niet aan het Hof om de taalkundige betekenis van artikel 35 lid 2 sub b EVRM verder op te rekken. Daarbij speelt ook een rol dat de rechtspraak van het Hof zich voortdurend ontwikkelt. Een ruimere uitleg van de relevante bepaling heeft dan het risico dat steeds opnieuw zaken kunnen worden heropend om nieuwe rechtspraak daarin te kunnen betrekken. Dat zou afbreuk doen aan de striktheid van de interpretatie van Regel 80, maar ook aan de geloofwaardigheid en het gezag van de uitspraken. De klacht over artikel 3 EVRM is dan ook niet-ontvankelijk vanwege het niet voldoen aan deze eis. De vraag is vervolgens of artikel 6 EVRM nog in de weg kan staan aan uitlevering omdat er een risico zou bestaan op een flagrant oneerlijk proces volgens klager. De Grote Kamer vat de rechtspraak hierover kort samen om duidelijk te maken wanneer daarvan sprake is. Die omstandigheden doen zich hier niet voor, ook al omdat klager niet duidelijk heeft gemaakt of eigenlijk wel sprake zou zijn van een oneerlijk proces, of dat de klacht vooral de mogelijkheid betreft van het opleggen van een niet verkortbare straf. Deze klacht is dan ook kennelijk ongegrond en daarom niet-ontvankelijk.

Harkins
tegen
het Verenigd Koninkrijk

1. Deze combinatie-noot bij *Harkins t. het Verenigd Koninkrijk* en *Moreira Ferreira t. Portugal* (nr. 2) bespreekt twee aan verwante thema's: de ontvankelijkheid van nr. 2-zaken en de heropening van nationale procedures op grond van een vaststelling van een Verdragsschending door het Hof. Alhoewel de Grote Kamer beide zaken heeft behandeld, is het in het bijzonder moeilijk om te voorspellen of de Britse zaak een precedent zal scheppen. De Grote Kamer was namelijk zeer verdeeld. Dit blijkt niet alleen uit het feit dat het merendeel van de uitspraak uit *dissenting opinions* bestaat (51 pagina's van de 79 pagina's tellende uitspraak), maar ook uit het feit dat 14 van de 17 rechters een *dissenting opinion* hebben geschreven of zich daarbij hebben aangesloten en enkel negen rechters voor een schending van artikel 6 EVRM stemden.

2. De Britse en Portugese zaak zijn beide nr. 2- of vervolgzaken, alhoewel dat bij de Britse zaak niet uit de naam blijkt. Beide klagers brachten al eerder een klacht naar Straatsburg en beide klagers brachten, nadat zij op nationaal niveau opnieuw hadden geprocedeerd, een tweede klacht naar Straatsburg. De ontvankelijkheid van zo'n nr. 2-zaak is precair, omdat het Hof zich in beginsel niet buigt over een klacht waarover het zich al eerder heeft uitgesproken. De achterliggende reden hiervoor verschilt, zoals de bespreking van de twee zaken zal illustreren.

3. In de Portugese nr.1-zaak had het Hof een schending van artikel 6 EVRM gevonden omdat klaagster niet was gehoord. Klaagster diende vervolgens een verzoek tot heropening in op grond van de EHRM-uitspraak. Omdat de nationale rechter dat verzoek afwees, stapte zij wederom naar Straatsburg. Het Hof ziet zich in de nr. 2-zaak geconfronteerd met de vraag of artikel 46 lid 2 EVRM een beletsel vormt voor de behandeling van de klacht. Op grond van die bepaling is het Comité van Ministers (CvM) verantwoordelijk voor het toezicht op de tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken. Het Hof verklaart daarom vervolklachten gewoonlijk niet-ontvankelijk *ratione materiae*; deze klachten hebben namelijk vaak betrekking op de tenuitvoerlegging van de nr. 1-zaak. Als uitzondering op die regel kan het Hof een vervolklacht behandelen wanneer zij een nieuwe kwestie betreft die het Hof niet had behandeld in de nr. 1-zaak. Om die reden verklaart het Hof de Portugese vervolklacht ontvankelijk: het had zich nog niet eerder uitgesproken over ‘the alleged lack of fairness of the procedure followed in examining the application for review, and more specifically the errors which the applicant claimed had vitiated the reasoning of the Supreme Court’ (par. 56).

4. Het vereiste voor de ontvankelijkheid van een nr. 2-zaak – dat zij een nieuwe kwestie betreft – is duidelijk in theorie, want wanneer het Hof zich niet over een kwestie heeft uitgelaten in een eerdere uitspraak, kan het CvM daarop niet toezien, en komt het Hof niet in het vaarwater van het CvM wanneer het de kwestie onder de loep neemt (zie hierover ook de noot van L.R. Glas bij *Bochan t. Oekraïne (nr. 2)*, EHRM 5 februari 2015, nr. 22251/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108, «EHRC» 2015/84). In de praktijk is het echter moeilijker om een duidelijk onderscheid te maken tussen de nieuwe kwestie en de tenuitvoerlegging van een eerdere kwestie, omdat beide kwesties ‘incontrovertibly’ met elkaar verbonden zijn, aldus het Hof in *Moreira Ferreira (nr. 2)* (par. 54). Het is bijvoorbeeld vaste rechtspraak van het Hof dat in geval van een veroordeling van een klager na een proces dat in strijd komt met artikel 6 EVRM, heropening in beginsel een geschikte vorm van rechtsherstel biedt (*Öcalan t. Turkije*, EHRM (GK) 2 mei 2005, nr. 46221/99, ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199, par. 210). Wanneer het Hof zich vervolgens over de heropeningsprocedure uitsprekt, buigt het zich in feite over een tenuitvoerleggingsmaatregel, zelfs al levert die maatregel potentieel een nieuwe schending op. Het Hof geeft toe dat zijn rechtspraak op dit punt niet altijd ‘clear-cut’ is (*Egmez t. Cyprus*, EHRM 18 september 2012, nr. 12214/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0918DEC001221407, par. 54, zie deze beslissing en de noot bij *Bochan (nr. 2)* voor voorbeelden) en dat of er een nieuwe kwestie is ‘very much depends on the specific circumstances of a given case’ (*Moreira Ferreira (nr. 2)*, par. 47). Desondanks houdt het Hof vast aan zijn rechtspraak voor de ontvankelijkheid van vervolgzaken in de Portugese vervolgzaak. Hoe het Hof hiervan af zou kunnen komen, wordt in de volgende alinea aangestipt.

5. Nog afgezien van de vraag of het onderscheid houdbaar is, betwijfelden zeven *dissenting* rechters of klaagster over een nieuwe kwestie klaagde omdat volgens hen de feiten in beide klachten gelijk waren (*joint dissenting opinion* van rechters Raimondi, Nußberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølbros en O’Leary, par. 7). In de *Bochan (nr. 2)* verduidelijkte het Hof wat een nieuwe kwestie precies is: niet de uitkomst van heropening, maar enkel potentieel het verloop van de heropeningsprocedure. De zeven *dissenters* in de Portugese zaak beamen ook dat de weigering tot heropening en dus de uitkomst geen nieuwe kwestie kan zijn. Het Hof toetst dus enkel of de heropeningsprocedure met voldoende waarborgen is omgeven; het toetst procedureel. Procedurele toetsing kent verschillende voordelen: de nationale rechter krijgt ruimte om tot zijn eigen inhoudelijke afweging te komen (en bijvoorbeeld de belangen van derden of veranderde omstandigheden mee te nemen) en het Hof hoeft geen moreel standpunt in te nemen over gevoelige en controversiële kwesties. Daarbij is het moeilijk toepasbare criterium van ‘nieuwe kwestie’ voor vervolgzaken niet nodig, want wanneer het Hof enkel

procedureel toetst, buigt het zich min of meer automatisch niet over de uitkomst van een tenuitvoerleggingsmaatregel en is het onderscheid niet langer nodig om te voorkomen dat het Hof op het terrein van het CvM treedt (zie uitgebreider en met verwijzingen de noot bij *Bochan* (nr. 2)). De vraag die nu overblijft is of het Hof in *Moreira Ferreira* (nr. 2) ook enkel procedureel toetst. Alhoewel het Hof dit minder expliciet maakt dan in *Bochan* (nr. 2), waar het benadrukte dat het zich niet zou uitspreken over de uitkomst van de heropeningsprocedure, is dit wel degelijk zo aangezien het Hof aangeeft dat de klacht gaat om de *fairness* van de procedure. Anders dan dat de zeven *dissenters* beargumenteren, buigt het Hof zich in de vervolgszaak daarmee wel degelijk over een andere kwestie dan in de eerste zaak.

6. In de Britse nr. 1-zaak nam het Hof geen Verdragsschending aan vanwege de mogelijke uitlevering van klager naar de VS, waar hij tot levenslang zou kunnen worden veroordeeld. Klager vroeg vervolgens om heropening van de nationale procedure, niet op grond van de EHRM-uitspraak in zijn zaak, maar omdat het Hof zijn artikel 3 EVRM-jurisprudentie over levenslange gevangenisstraffen had aangepast in *Vinter e.a. t. het Verenigd Koninkrijk* (EHRM (GK) 9 juli 2013, nr. 66069/09 e.a., ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD006606909, «EHRC» 2013/254 m.nt. Van Kalmhout) en specifiek met betrekking tot uitzetting in *Trabelsi t. België* (EHRM 4 september 2014, nr. 140/10, ECLI:CE:ECHR:2014:0904JUD000014010, «EHRC» 2015/05 m.nt. Glerum, *NJB* 2014/2270, *JV* 2014/342). De nationale rechter weigerde heropening en daarom bracht de klager een nr. 2-zaak naar Straatsburg. Het Hof ziet zich in deze zaak geconfronteerd met de vraag of de bepaling in artikel 35 lid 2 sub b EVRM vereist dat het de klacht niet-ontvankelijk verklaart, want een klacht die ‘in wezen gelijk is aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht ... en geen nieuwe feiten bevat’ is niet-ontvankelijk. Het Hof brengt in herinnering dat het in de nr. 2-zaken die mogelijk over tenuitvoerlegging gaan, zoals de Portugese nr. 2-zaak, herbeoordeling van een zaak door de nationale rechter als een nieuwe kwestie of feit kan zien. Vervolgens bepaalt het Hof dat herbeoordeling ook geldt als een nieuw feit in overeenstemming met artikel 35 lid 2 sub b EVRM. Daarmee is de Britse zaak nog niet ontvankelijk, want de herbeoordeling door de nationale rechter draaide om de vraag of de uitspraken in *Vinter e.a.* en *Trabelsi* een grond voor heropening waren. Volgens het Hof hangt de vraag of de nieuwe beoordeling een nieuw feit is daarom samen met de vraag of de rechtspraakontwikkelingen in *Vinter e.a.* en *Trabelsi* een nieuw feit opleveren. Daarom zal het deze vraag beantwoorden. Volgens mij maakt het Hof zijn beredenering met het uitstapje naar de andere nr. 2-zaken onnodig complex, omdat de Britse klacht niet gaat over de herbeoordeling. De klacht gaat over de vraag of de ophanden zijnde uitzetting naar de VS een schending van artikel 3 EVRM zou opleveren. Deze klacht is hetzelfde als de klacht in de nr. 1-zaak, met als enige verschil dat er nu nieuwe EHRM-uitspraken zijn. De vraag is dus inderdaad of dit verschil een nieuw feit oplevert, maar om tot deze vraag te komen is het niet nodig om het uitstapje naar de andere nr. 2-zaken te maken en daarmee naar de herbeoordeling door de nationale rechter te verwijzen. Het Hof heeft niet eerder uitgelegd wat ‘relevante nieuwe informatie’ is in de zin van artikel 35 lid 2 sub b EVRM. Om dit te bepalen kijkt het Hof naar Engelstalige (‘relevant new information’) en de Franstalige (‘faits nouveaux’) versie van het Verdrag in samenhang met het onderwerp en doel van de bepaling. De Nederlandstalige versie (‘nieuwe feiten’) komt overigens het meest overeen met de Franstalige versie, maar dit is voor het Hof niet relevant aangezien enkel de Engelse en Franse versie officiële versies van het Verdrag zijn. Het verschil tussen de twee authentieke versies kan alleen worden verklaard wanneer de gewone betekenis van de Engelse versie wordt geïnterpreteerd als relevante nieuwe *feitelijke* informatie. Omdat het onderwerp en doel van de bepaling rechtszekerheid en het begrenzen van de rechtsmacht van het Hof zijn, kan het Hof de bepaling niet buiten haar gewone betekenis interpreteren. Tot slot concludeert het Hof dat zijn jurisprudentie niet geldt als nieuwe feitelijke informatie en dat de klacht dus niet-ontvankelijk

is. Wanneer het anders zou oordelen, zouden klagers elke keer wanneer het Hof zijn rechtspraak aanpast een vervolklacht kunnen indienen, wat het beginsel van rechtszekerheid zou ondergraven. Met het oog op het belang van dat beginsel en de zich altijd ontwikkelende rechtspraak van het Hof, is deze interpretatie van artikel 35 lid 2 sub b EVRM dan ook de enige redelijke uitleg volgens mij.

7. De Britse en de Portugese zaak laten zien dat de twee verschillende type nr. 2-zaken in de kern gaan om dezelfde vraag: hebben er zich na de nr. 1-uitspraak nieuwe feiten voorgedaan? De achterliggende reden voor het stellen van deze vraag verschilt echter. Wanneer het Hof eerder een schending aannam, zoals in de Portugese zaak, en het CvM dus toeziet op de tenuitvoerlegging van de eerdere uitspraak, is deze vraag relevant om te voorkomen dat het Hof in het vaarwater van het CvM raakt. Wanneer het Hof niet eerder een schending aannam, zoals in de Britse zaak, stelt het deze vraag om de rechtszekerheid te waarborgen die de eerdere uitspraak geacht wordt te bieden.

8. Het is ook interessant om te lezen dat dezelfde zeven *dissenters* in *Moreira Ferreira (nr. 2)* schrijven dat het CvM ‘would not appear to have exploited the full potential of Article 46 § 3 as amended by Protocol no. 14’ (reeds aangehaald, par. 28). Deze bepaling in artikel 46 EVRM geeft het CvM de mogelijkheid om een zaak naar het Hof te verwijzen voor vragen over de interpretatie van een uitspraak. Het CvM kan een zaak verwijzen wanneer een interpretatieprobleem zijn toezichtstaak belemmert en een tweede derde meerderheid hiertoe beslist. Alhoewel Protocol 14 al meer dan zeven jaar geleden in werking is getreden (op 1 juni 2010), heeft het CvM nog geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Zeven rechters, waaronder de President van het Hof, vinden dus blijkbaar dat het CvM dit wel had moeten doen aangezien het potentieel van deze mogelijkheid nog niet ten volle is benut – of eigenlijk helemaal niet. Een reden hiervoor kan zijn dat de twee derde meerderheid te hoog gegrepen is of dat het Hof bepaalde interpretatievraagstukken al in nieuwe uitspraken heeft beantwoord (zie, ook voor verwijzingen, L.R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 413-414). Overigens heeft het CvM ook nog geen gebruik gemaakt van de andere bevoegdheid die Protocol 14 in artikel 46 lid 4 en 5 EVRM aan het CvM heeft gegeven, namelijk een inbreukprocedure te starten voor het Hof tegen een staat die weigert een uitspraak ten uitvoer te leggen.

9. De uitspraak en lange *separate opinions* in *Moreira Ferreira (nr. 2)* gaan niet enkel over de rechtsmacht van het Hof in nr. 2-zaken maar ook vooral over een daaraan verwant thema: heropening van nationale procedures naar aanleiding van een uitspraak van het EHRM. In het hierop volgende deel van deze noot zal ik ingaan op dit thema en meer specifiek op het belang van heropening, of het Hof tot heropening kan aansporen of zelfs bevelen en de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op een heropeningsprocedure.

10. Tijdens de tenuitvoerlegging van een EHRM-uitspraak kan het nodig zijn om een afgesloten nationale rechtszaak te heropenen ten einde een schending te beëindigen en rechtsherstel te verschaffen. Dit kan nodig zijn wanneer een rechtelijke procedure een schending heeft veroorzaakt. Heropening is vooral van belang wanneer een klager is veroordeeld na een strafproces dat in strijd bleek te zijn met artikel 6 EVRM, maar kan ook nuttig zijn in civiele of bestuursrechtelijke zaken (H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 375, 397, 435; *Öcalan t. Turkije*, reeds aangehaald, par. 210; L.R. Glas, ‘Ruimte voor de nationale rechter bij de tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken’, in: L.R. Glas, J. Ouwerkerk, H. Scholtens,

Europa: Bedreiging of Kans?, Amsterdam: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 9). Alhoewel een artikel 6 EVMR-schending niet automatisch heropening vereist of recht daarop geeft, is deze maatregel volgens het Hof wel in beginsel een geschikte en vaak de meest geschikte maatregel om een schending te beëindigen en compenseren (*Moreira Ferreira* (nr. 2), par. 52). Daarbij is heropening soms de enige relevante maatregel omdat de schending niet enkel met een geldbedrag kan worden gecompenseerd. In bijvoorbeeld *Nechiporuk en Yonkalo t. Oekraïne* (EHRM 21 april 2004, nr. 42310/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0421JUD004231004, par. 260-261) vond het Hof een schending van het recht op een eerlijk proces omdat de veroordeling van klager was gebaseerd op bekentenissen die verkregen waren door marteling. Heropening is dan nodig om te achterhalen of de veroordeling ook tot stand was gekomen wanneer het bewijs op een manier was verkregen die wel verenigbaar is met het Verdrag. Compensatie voldoet dan niet, zeker niet wanneer klager vervolgens zijn gevangenisstraf moet blijven uitzitten (zie voor een bespreking van dit en een ander voorbeeld, Glas 2013, reeds aangehaald, p. 11). Ook het CvM onderstreept het belang van een heropeningsmogelijkheid in zijn aanbeveling ‘on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights’ (nr. (2000)2; zie voor een zeer kritische bespreking van deze aanbeveling de *dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque onderschreven door rechter Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović en Kūris in *Moreira Ferreira* (nr. 2), pars. 19-26). Voor zijn uitspraak in de Portugese zaak heeft het Hof onderzoek gedaan naar de wetgeving en praktijk van 43 Verdragsstaten op dit punt (zie pars. 34-39). Dit onderzoek laat zien dat de staten heropening op grond van een EHRM-uitspraak ook van belang achten: velen van hen hebben voorzien in deze mogelijkheid (de zojuist aangehaalde *dissenters* zijn overigens van mening dat de meerderheid een ‘methodologically incorrect comparative method’ heeft toegepast, par. 34).

11. In de nr. 1-uitspraak in de Portugese zaak adviseerde het Hof al dat, gelet op de veroordeling, de mogelijkheid om effectief rechtsherstel te beiden in feite gelegen zou zijn in heropening van de procedure. Dat dit enkel een aanbeveling was, bleek uit het feit dat het Hof dit advies niet herhaalde in het dictum van de uitspraak. Ook in de nr. 2-uitspraak herhaalt het Hof dat het geen heropening kan bevelen, maar dat het dit wel kan aanbevelen en geeft het een overzicht van zijn rechtspraak hierover tot nu toe (pars. 48-50). Toch heeft het Hof wel eens tot heropening bevolen: in *Lungoci t. Roemenië* verplichtte het tot heropening in het dictum van zijn uitspraak (EHRM 26 januari 2006, nr. 62710/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0126JUD006271000, par. 3(a) dictum; zie ook *Maksimov t. Azerbaidjan*, EHRM 9 oktober 2009, nr. 38228/05, ECLI:CE:ECHR:2009:1008JUD003822805, par. 3 dictum) en in *Scoppola t. Italië* (nr. 2) verplichtte het zelfs tot aanpassing van de strafmaat (EHRM (GK) 17 september 2009, nr. 10249/03, ECLI:NL:XX:2009:BK6009, AB 2010/102 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, «EHRC» 2009/123 m.nt. Spronken, *FED* 2009/104 *NJB* 2009/2080, par. 6(a) dictum). Bovendien beveelt het Hof soms dat de staat een andere maatregel gericht op de individuele klager neemt, zoals het ten uitvoer leggen van een nationale uitspraak (*Ilić t. Servië*, EHRM 9 oktober 2007, nr. 30132/04, ECLI:CE:ECHR:2007:1009JUD003013204, par. 6(a) dictum) of het vrijlaten van klager (*Assanidze t. Georgië*, EHRM (GK) 8 april 2004, nr. 71503/01, ECLI:NL:XX:2004:AP1455, «EHRC» 2004/52 m.nt. Van der Velde, par. 14(a) dictum). Deze zeven *dissenters* komen op basis van deze en andere rechtspraak tot de conclusie dat artikel 46 EVRM het Hof *wel* de mogelijkheid geeft om heropening te bevelen (*dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque onderschreven door rechter Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović en Kūris, pars. 17-18). Eerder heb ik voorgesteld dat het Hof wel heropening zou moeten kunnen bevelen in het dictum wanneer de klager dat wil en wanneer vanwege de aard van de schending heropening duidelijk wenselijk of noodzakelijk is voor rechtsherstel. Op deze manier draagt het Hof eraan bij dat de klager daadwerkelijk rechtsherstel krijgt. Wel zou het

Hof vervolgens de nationale rechter onbeperkte beslissingsruimte moeten geven. Het Hof kan dus niet bepalen welke conclusie de nationale rechter trekt in de heropende zaak, voor dezelfde redenen als waarom procedurele toetsing gewenst is als uitgelegd in randnummer 5 (Glas 2013, reeds aangehaald, p. 10-13). Wanneer het Hof overtuigender had willen maken dat het geen bevel tot heropening mag geven, dan had het explicieter afstand moeten doen van uitspraken waarin het dat wel deed en vervolgens moeten aangeven of het dan wel individuele maatregelen van een andere aard kan bevelen. En wanneer dat laatste zo is, dan zou het ook goed zijn geweest wanneer het Hof had verduidelijkt waarom het heropening niet kan bevelen en andere maatregelen wel (zie ook A. Donald, 'Judges at odds over Court's authority to order remedies', *Strasbourg observers blog*, 28 juli 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/07/28/judges-at-odds-over-courts-authority-to-order-remedies/>).

12. Een andere vraag die het Hof behandelt in de Portugese zaak is of het buitengewoon rechtsmiddel tot heropening waarvan klager gebruik heeft gemaakt onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt. Het Hof herhaalt hiertoe zijn vast rechtspraak zoals het die in *Bochan* (nr. 2) heeft samengevat (reeds aangehaald). Een heropeningsprocedure valt normaliter niet onder artikel 6 EVRM, omdat de toepasselijkheid van die bepaling vereist dat er een daadwerkelijk geschil is waarin burgerlijke rechten en verplichtingen kunnen worden vastgesteld, iets wat gewoonlijk niet het geval is bij zo'n procedure. Vervolgens maakt het Hof een onderscheid tussen de behandeling van het heropeningsverzoek en de heropeningsprocedure die daarop mogelijk volgt. De behandeling van de vraag of heropening moet worden toegestaan wordt niet door artikel 6 EVRM beschermd; de daadwerkelijke heropening van een zaak wel. Daarnaast legt het Hof uit dat de strafrechtelijke poot van artikel 6 EVRM van toepassing is op strafrechtelijke procedures die betrekking hebben op een buitengewoon rechtsmiddel wanneer de nationale rechter de *criminal charge* bepaalt. Het Hof concludeert vervolgens dat de Portugese Hoge Raad vanwege de 'scope' van zijn uitspraak de *criminal charge* bepaalde en dat artikel 6 EVRM daarom van toepassing was. Het lijkt mij dat het Hof op dit punt zijn eigen rechtspraak te breed interpreteert. Het heropeningsverzoek dat de Hoge Raad behandelde zou ertoe kunnen leiden dat diezelfde instantie beveelt dat de zaak van klager wordt herzien 'with a view to securing a fresh determination of the criminal charge against the injured party' (par. 69). De Hoge Raad beslist dus, ongeacht de 'scope' van zijn uitspraak, enkel over het heropeningsverzoek en niet over de daadwerkelijk herziening van een zaak waarin de *criminal charge* opnieuw wordt bepaald. Dat laatste gebeurt in een afzonderlijke procedure. De zeven *dissenters* die de klacht liever niet-ontvankelijk hadden verklaard zijn het ook op dit punt oneens met de meerderheid. Zij zijn zelfs van mening dat het Hof met zijn uitspraak tegen de rechtspraak zoals het die in *Bochan* (nr. 2) heeft samengevat ingaat. Zij benadrukken onder andere dat de Hoge Raad de *criminal charge* niet her-beoordeelde, maar enkel de geldigheid van de oorspronkelijke veroordeling en dat dit niet gelijk staat aan een *criminal charge* (*joint dissenting opinion* van rechters Raimondi, Nußberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølbro en O'Leary, pars. 14, 21). De andere zeven *dissenting* rechters zijn het wel eens met de meerderheid op dit punt en concluderen zelfs: 'Article 6 of the Convention is applicable to extraordinary remedies for the reopening of a criminal case' (*dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque onderschreven door rechter Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović en Kūris, par. 59). Deze conclusie valt echter moeilijk te rijmen met wat het Hof uitlegt wanneer het de toepasselijke algemene beginselen uiteenzet: 'Article 6 § 1 is not normally applicable to extraordinary remedies by which the reopening of terminated judicial proceedings may be sought' (par. 60). Het is verder opvallend dat rechter Wojtyczek geen *dissent* onder deze uitspraak (onder)schreef. In een *concurring opinion* bij *Bochan* (nr. 2) pleitte hij er nog voor om artikel 6 EVRM van toepassing te verklaren op alle buitengewone rechtsmiddelen in gerechtelijke procedures, ongeacht of burgerlijke rechten en verplichtingen rechtstreeks worden vastgesteld. De bepaling is namelijk bedoeld om eenieder die betrokken is

in civiele of strafrechtelijke procedures effectief te beschermen tegen *procedural injustice* (reeds aangehaald, *concurring opinion* van rechter Wojtyczek, par. 5). Misschien omdat het hier om een strafrechtelijke zaak ging, anders dan in *Bochan (nr. 2)*, herhaalde rechter Wojtyczek zijn pleidooi niet, maar dat is niet heel logische omdat de achterliggende reden van zijn pleidooi ook van toepassing is op strafrechtelijke zaken.