

ANNOTATIE

# **Aygün t. België (EHRM, nr. 28336/12) – Eeuwigdurende grafrust na schietincident: godsdienstvrijheid en het recht op een eerlijk proces**

***P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt***

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ,  
ECLI:CE:ECHR:2022:1108JUD002833612 (EHRC-2022-0284)*

1. De vrijheid van godsdienst of overtuiging, zoals opgenomen in artikel 9 EVRM, strekt zich mede uit tot het begrafenisritueel van de eeuwigdurende grafrust (*concession illimitée en accord avec le « principe du repos éternel*). Het is voor het eerst dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich hierover uitsprekt. Het doet dat in een unaniem genomen beslissing op een klacht van de ouders Aygün, woonachtig in Meulebeke, die hun twee zoons verloren als gevolg van meerdere dodelijke schotwonden in 2010. Volgens de ouders hebben de Belgische autoriteiten hen ten onrechte niet toegestaan om gedurende het strafrechtelijk onderzoek – kort gezegd – de lichamen van hun zoons over te brengen naar Turkije als hun land van herkomst om hen te laten begraven in een familiegraf overeenkomstig hun ritén, (geloofs)overtuigingen en tradities. Deze claim van de ouders is gebaseerd op de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging (artikel 9 EVRM) in samenhang met het recht op privéleven (artikel 8 EVRM). Deze grondrechten wegens volgens het Europees Hof zwaarder dan het ermee concurrerende grondrecht van het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM). Het arrest heeft mede relevantie voor de aandacht voor (voldoende) accommodatie van de eeuwigdurende grafrust, zoals naar voren gebracht in de initiatiefnota 'Eeuwigdurende grafrust bereikbaar voor iedere Nederlander'.<sup>[1]</sup> Hierna ga ik kort in op de reikwijdte van de godsdienstvrijheid, de botsing van grondrechten en de accommodatie van de (eeuwigdurende) grafrust.

2. Wat betreft de toepasselijkheid van artikel 9 EVRM is het Hof tamelijk helder. Het verwijst daarvoor naar zijn eerdere jurisprudentie waarin het heeft bepaald dat de reikwijdte van artikel 9 EVRM zich uitstrekt tot de wijze van begraven voor zover die een essentieel element betreft van een religieuze praktijk.[2i] Daarna vervolgt het Europees Hof met de overweging dat het “geen enkele reden” ziet om “in dit geval tot een andere conclusie te komen”. [3] Waarover het precies gaat “in dit geval” blijkt onder andere uit het verweer van de Belgische regering en de reactie daarop van klagers. De Belgische regering voerde aan er geen moeite mee te hebben de klacht te laten beoordelen onder artikel 8 EVRM, maar wel bezwaar te hebben tegen kwalificatie van de klacht onder 9 EVRM, “in zoverre klagers gedurende het gehele strafrechtelijk onderzoek de mogelijkheid hebben gehad te verzoeken om hun kinderen volgens de islamitische rituelen te laten begraven in België”. [4] Daartegenover stellen verzoekers dat het voorgestelde alternatief niet volstaat, omdat de islamitische rituelen zoals geïmplementeerd op een Belgische begraafplaats niet dezelfde zijn als in Turkije, waar hun zoons conform hun geloofspraktijk in een familiegraf zouden worden begraven en dat het in die islamitische begraafpraktijk belangrijk is dat de overledenen worden begraven in een graf voor onbepaalde tijd (*tombe à concession illimitée en accord avec le « principe du repos éternel*), wat niet mogelijk is in België. [5] Tegen deze achtergrond en gelet op voormelde eerdere jurisprudentie van het Hof moet artikel 9 EVRM van toepassing worden geacht, naast artikel 8 EVRM, dat meer algemeen mede betrekking heeft op – kortweg – de zorg voor overleden naasten, zoals geschetst onder het kopje (i) inzake artikel 8 EVRM. [6] Opvallend is wel dat het Hof onder het kopje (ii) inzake artikel 9 EVRM toch nog concludeert dat de toepassing van dat artikel 9 EVRM moet worden gezien in samenhang met artikel 8 EVRM. [7] Die samenhang is er wel, maar die had mijn inziens beter separaat kunnen worden benoemd na de kopjes (i) en (ii) in plaats van onder het kopje (ii) inzake artikel 9 EVRM. Dan zou scherper zijn afgebakend dat artikel 9 EVRM betrekking heeft op het religieuze aspect en artikel 8 EVRM op de funeraire zorg algemeen, en zou tegelijkertijd duidelijker zijn dat daartussen – dus op een ander niveau – samenhang bestaat. Voor het resultaat maakt het niet veel uit. Nu klagers de mogelijkheid van een begrafenis voor hun zoons met inachtneming van hun voormelde wensen in België niet hebben gehad, gaat het Hof er terecht vanuit dat daarmee een inperking is gemaakt op zowel hun recht op privéleven als hun vrijheid van godsdienst. [8]

3. De samenloop van de artikelen 8 en 9 EVRM heeft tot gevolg dat het Hof de mogelijke rechtvaardiging van de inbreuk op beide rechten kan beoordelen op basis van de (vergelijkbare) beperkingsgrond van beide artikelen. Als legitiem doel aanvaardt het Hof het door de regering aangedragen belang van de openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde, en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, in het bijzonder het belang van de verdedigingsrechten van de twee verdachten. Het Hof aanvaardt eveneens de aangevoerde wettelijke grondslag voor deze inperking. De beslissing van de

onderzoeksrechter valt onder zijn wettelijke taak om toezicht te houden op het strafrechtelijk onderzoek. Volgens artikel 55 van het Wetboek van Strafvordering hield dit onder meer in dat de daders moesten worden geïdentificeerd, bewijzen moesten worden verzameld en maatregelen moesten worden genomen om de rechter in staat te stellen met kennis van zaken uitspraak te doen. Daartoe verleent artikel 56, lid 1, van het Belgische wetboek van strafvordering de onderzoeksrechter uitdrukkelijk de bevoegdheid om dwang uit te oefenen en individuele rechten en vrijheden te beperken.[9x]

4. Wat betreft de noodzakelijkheid van de beperking in een democratische samenleving is het Hof kritischer.[10] Het stelt daarbij voorop dat het hier gaat om conflicterende grondrechten van enerzijds artikel 6 EVRM en anderzijds de artikelen 8 en 9 EVRM. Daarbij speelt bovendien dat er op grond van artikel 2 EVRM een procedurele positieve verplichting bestaat voor de staat om effectief onderzoek te garanderen naar de afloop van een dodelijk schietincident. Dat effectieve onderzoek moet maximaal rekening houden met het recht op privéleven[11] en – zo bepaalt het Hof nu voor het eerst – met de godsdienstvrijheid van betrokkenen. Dat is niet goed genoeg gedaan door de Belgische staat. Waarom niet? Het Hof hanteert daarvoor als algemeen richtsnoer dat de noodzaak kan afnemen of zelfs verdwijnen naarmate de tijd verstrijkt.[12] Het Hof is weliswaar mild over de initiële en gemotiveerde (deels) afwijzende beslissing, maar acht het onaanvaardbaar dat het allemaal wel erg lang heeft geduurd met het gerechtelijk vooronderzoek, namelijk tweeënhalf jaar. Gedurende die gehele tijd hebben klagers de afwijzende beslissing niet kunnen laten herroepen. Aldus kon de voortdurende noodzaak van de vrijheidsbeperking niet worden beoordeeld in het licht van klagers rechten. Dat levert een schending op van de artikelen 8 en 9 EVRM.

5. Met dit arrest van het Europees Hof staat de teller van arresten inzake begrafenisrituelen op drie. In de hiervoor aangehaalde zaak *Johannische Kirche* ging het erom dat de Duitse kerkgemeenschap op eigen grond, gelegen in een beschermd natuurgebied, een kapel wenste te bouwen en een begraafplaats wenste in te richten om zo te kunnen voldoen aan de eigen godsdienstige voorschriften. Deze wens werd niet ingewilligd door de Duitse overheid. Het Hof oordeelde dat dit kan worden geïnterpreteerd als een beperking van de godsdienstvrijheid 'in so far as the manner of burying the deads and cemetery layout represents an essential aspect of the religious practise of the (...) applicant and its members.'[13] De klacht werd overigens uiteindelijk niet-ontvankelijk verklaard. In de zaak *Polat* constateerde het Hof een schending van zowel de artikelen 8 als 9 EVRM in een zaak waarin ziekenhuisartsen een autopsie hadden uitgevoerd op en organen hadden verwijderd van een te vroeg geboren en aan een zeldzame ziekte gestorven baby, ondanks de bezwaren van de moeder en haar uitdrukkelijke wens voor een rituele begrafenis in overeenstemming met het islamitische vereiste dat het lichaam intact moest blijven. Het Hof was van oordeel dat de autoriteiten geen juist evenwicht

hadden gevonden tussen de tegenstrijdige rechten en belangen, te weten de eisen van volksgezondheid en de wens van de moeder om haar kind te begraven overeenkomstig de voorschriften van haar godsdienst.[14] De onderhavige zaak *Aygün* voegt hieraan nu een nieuwe casus en dimensie toe.

6. Het voorgaande betekent niet dat er ook sprake moet zijn van accommodatie: realisering van recht staat niet altijd gelijk aan honorering van de op een dergelijk recht gebaseerde claim op een voorziening. Met andere woorden, de vraag of en zo ja, in welke mate de overheid de eeuwige grafrust moet accommoderen, hangt weliswaar nauw samen met de vrijheid van het recht op godsdienstuitoefening, maar valt er niet mee samen. Wel kan uit het vrijheidsrecht de positieve verplichting voor de staat voortvloeien om de uitoefening van de godsdienstvrijheid op een bepaalde manier mogelijk te maken, waarbij wel een afweging kan worden gemaakt tegen andere belangen. Daarnaast is in dit kader relevant het model van kerk-en-staatverhouding dat een land kent. In deze zaak had België niet per se ruimte moeten bieden voor eeuwigdurende grafrust in België zelf, maar vooral de repatriëring naar Turkije niet moeten belemmeren. Hoe zou dit echter zijn geweest indien repatriëring niet mogelijk was geweest en klagers zouden hebben gewenst de specifieke modaliteit van grafrust voor hun zoons in België te verkrijgen? Had de Belgische overheid daarin dan moeten voorzien? Ook hiervoor geldt: mogelijk maken waarbij belangenafweging kan plaatsvinden. De vraag behoefde in deze zaak niet te worden beantwoord, maar in het noodzakelijk haakje voor het antwoord is aldus wel voorzien: de betreffende begrafenismodaliteit valt onder de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst.

7. Met een initiatiefnota en de indiening van twee moties heeft de fractie DENK de groeiende behoefte aan eeuwigdurende grafrust onder de aandacht van de Tweede Kamer en het kabinet gebracht.[15] De initiatiefnota stelt dat de groep mensen die behoefte heeft aan eeuwigdurende grafrust momenteel enorm groeit, terwijl het aanbod tekortschiet. De groeiende vraag is volgens het lid Van Baarle ontstaan doordat de Islamitische gemeenschap groeit en Nederlandse moslims met een migratieachtergrond steeds vaker kiezen voor een begrafenis in Nederland in plaats van het land van hun voorouders. Bovendien is volgens de indiener de behoefte aan eeuwigdurende grafrust tijdens de covid-19 crisis toegenomen doordat repatriëring van overledenen naar bepaalde landen, waaronder Marokko, maandenlang onmogelijk was. Tegelijkertijd signaleert de initiatiefnota een tekort aan aanbod van graven met eeuwigdurende grafrust, dat het voor private initiatieven lastig is om hiervoor geschikte grond te vinden en dat de aanvragers en nabestaanden worden geconfronteerd met hoge kosten. De Wet op de lijkbezorging voorziet volgens het lid Van Baarle niet in voldoende realisatie van begraafplaatsen met eeuwigdurende grafrust, terwijl van belang is dat de overheid erin voorziet dat Nederlanders het ingrijpende moment van afscheid van een

dierbare zo goed mogelijk volgens eigen wensen en gebruiken kunnen inrichten. De initiatiefnota doet diverse verzoeken aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, waaronder het in kaart brengen van knelpunten in wet- en regelgeving bij het realiseren van begraafplaatsen met eeuwigdurende grafcrust. Ten behoeve van een kabinetsreactie heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een onderzoek laten uitvoeren.[16] Het resultaat is op 23 september 2022 aangeboden aan de Tweede Kamer en geeft inzicht in de vraag, het aanbod, de knelpunten, het juridisch kader en een internationale vergelijking omtrent eeuwigdurende grafcrust.[17] Een reactie op dat onderzoek volgt nog. Alvast kan het als opvallend worden genoemd dat stichting Maqbara inmiddels - op 11 januari 2023 - de grootste islamitische begraafplaats in Nederland en naar verluidt zelfs in West-Europa in gebruik heeft genomen in Arnhem, (mede) om de eeuwig durende grafcrust te kunnen garanderen.[18] Verder zal onderhavige uitspraak niet beslissend zijn voor een antwoord op alle vragen uit de initiatiefnota, maar speelt daarin wel een rol en lijkt van enige steun te kunnen zijn voor de initiatiefnemers. Daar komt bij, gelet op hetgeen hierover is overwogen onder punt 6, dat het Nederlandse stelsel van kerk en staat verhoudingen zich nog steeds laat kwalificeren als een coöperatief samenwerkingsmodel tussen overheid en religieuze organisaties waarin voor accommodatie, waaronder overheidsfinanciering, in beginsel ruimte bestaat.[19]

Prof. mr. P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt, bijzonder hoogleraar recht en religie, Rijksuniversiteit Groningen; onderzoeker staats- en bestuursrecht, VU Amsterdam; hoofd cluster grondrechten, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Geschreven op academische titel.

[1] Kamerstukken II 2021/22, 35952, nr. 2.

[2] *Johannische Kirche t. Duitsland* EHRM 10 juli 2001, nr. 41754/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0710DEC004175498; *Polat t. Oostenrijk* EHRM 20 juli 2021, nr. 12886/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001288616.

[3] *Aygün*, par. 51.

[4] *Aygün*, par. 44.

[5] *Aygün*, par. 45.

[6] *Aygün*, par. 46-48.

[7] *Aygün*, par. 51.

[8] *Aygün*, par. 60.

[9] *Aygün*, par. 62.

[10] *Aygün*, par. 68-92.

[11] *Solska et Rybicka t. Polen*, EHRM 20 september 2018, nrs. 30491/17 en 31083/17, ECLI:CE:ECHR:2018:0920JUD003049117, par. 121, en *Polat t. Oostenrijk* EHRM 20 juli 2021, nr. 12886/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001288616, par.79.

[12] *Aygün*, par. 84. Vgl., mutatis mutandis, *Éditions Plon t. Frankrijk*, EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0518JUD005814800, par. 45.

[13] *Johannische Kirche t. Duitsland* (o.c.), onder "Law" (ongenummerd). Vgl. ABRvS 6 april 2005, Stichting Vaders huis is moeders toevlucht/Valkenswaard, ECLI:NL:RVS:2005:AT3263, AB 2005, 225 m.nt. Ortlep, en NTM/NJCM-Bulletin 2005, p. 951, m.nt. Mendelts. In deze zaak oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak dat artikel 9 EVRM niet zover reikt dat planvoorschriften uit het bestemmingsplan buiten toepassing zouden moeten worden gelaten en dat zonder vereiste bouwvergunning bouwwerken voor een bedevaartsplaats mogen worden opgericht.

[14] *Polat t. Oostenrijk*, EHRM 20 juli 2021, nr. 12886/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0720JUD001288616, par. 89-91.

[15] Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 193 en Kamerstukken II 2019/20, 25295, nr. 211.

[16] Kamerstukken II 2021/22, 35952, nr. 3.

[17] Kamerstukken II 2021/22, 35952, nr. 5.

[8] Zie o.a. <https://www.trouw.nl/binnenland/eerste-afscheid-op-grootste-islamitische-begraafplaats-in-arnhem~b9c667e7/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>; <https://nos.nl/artikel/2459244-grootste-islamitische-begraafplaats-van-nederland-gaat-open>.

[19x] Vgl. *Tweeluik religie en publiek domein. Handvatten voor gemeenten over de scheiding van kerk en staat*, BZK/VNG, 2019.