

Buitenlandse zaken, 15 april 2013.

Het Europese Hof voor de rechten van de mens Tussen autoriteit en soevereiniteit

Inleiding

Pastoor Schilder uit Tilburg wilde om 7.15 uur 's ochtends zijn kerkklokken een minuut op volle sterkte kunnen luiden om zijn parochianen tot de ochtendmis van 7.30 uur op te roepen. Maar volgens het nieuwe artikel 109a APV Tilburg mocht dat tussen 11 uur 's avonds en 7.30 uur 's ochtends slechts tot een beperkt volume. En dat was blijkbaar net te weinig om alle parochianen te bereiken. De APV-bepaling hield verband met het beschermen van de Tilburgse nachtrust. Nu had pastoor Schilder de vroegmis – ik gebruik maar even bewust die oude term - een kwartiertje later kunnen laten beginnen. Of hij had, gebruikmakend van de hedendaagse techniek, aan zijn trouwe parochianen een Iphone met een speciale *app* kunnen aanbieden waardoor elke morgen tijdig in die huishoudens een geluid van kerkklokken zou worden geïmiteerd. Het verstrekken van een parochiale wekker zou immers zinloos zijn omdat het de pastoor in redelijkheid nooit om het wekken van de parochianen kan zijn gegaan: een kwartier is voor opstaan, wassen, aankleden, ter kerke gaan echt te kort. Maar pastoor Schilder vond dat de nieuwe regels inbreuk maakten op zijn vrijheid van godsdienst. Ik zal hier niet alle details beschrijven van de rechtszaken die op nationaal niveau zijn gevoerd. Maar tot aan de Raad van State ving pastoor Schilder bot met dat verweer. En toen toog hij naar Straatsburg. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens besloot op 16 oktober 2012 dat zijn klacht niet ontvankelijk was. Het Hof was bereid aan te nemen dat het verbod op een in geluidsvolume onbegrensd klokkenluiden een beperking inhoudt van de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM) maar achtte dat verbod gerechtvaardigd. Er was sprake van een beperkt verbod, en er was een redelijke evenwicht gevonden tussen de twee strijdende belangen: de mogelijkheid van oproep tot kerkgang versus de bescherming van de nachtrust van minder gelovige omwonenden. Daarmee was de klacht kennelijk ongegrond.

Ik geef onmiddellijk toe dat dit nu niet bepaald de mensenrechtelijke zaak van de eeuw is. Maar ik vond het een leuk binnenkomertje als voorbeeld van het soort zaken waarin het Hof geen enkele moeite heeft met de op nationaal niveau gemaakte afweging. Je kunt maar beter wat licht beginnen. Wellicht had een oud minister van buitenlandse zaken de zaak zelfs 'perifeer' genoemd. Dan nu maar het zwaardere werk.

In dezelfde maand, op 30 oktober 2012, wees het Hof arrest in een zaak met echt ongelooflijke feiten: de zaak *P. en S. tegen Polen*. Ook in die zaak was een rooms katholiek priester bij de feiten betrokken, zij het dit maal met een wat mij betreft betreuenswaardige grondhouding.

P. en S. zijn dochter en moeder. Als P. in 2008 14 jaar oud is, wordt zij door een jongen van haar eigen leeftijd verkracht en raakt ze zwanger. Ze krijgt van de officier van justitie een verklaring dat haar zwangerschap het gevolg is van onrechtmatige seksuele gemeenschap. Zo'n verklaring heb je blijkbaar nodig om in Polen in zo'n situatie in aanmerking te kunnen komen voor abortus. Maar dan gebeurt iets wat ik alleen maar als een helse nachtmerrie kan omschrijven: als P. en haar moeder proberen afspraken te maken voor een abortus worden ze van het kastje naar de muur gestuurd. Op ambtelijk niveau ontvangen ze allerlei tegenstrijdige informatie. In het eerste ziekenhuis waartoe moeder zich wendt krijgt ze het advies eerst met een katholieke priester te gaan praten; in het tweede ziekenhuis wordt haar te verstaan gegeven dat haar dochter beter kan gaan trouwen. Uiteindelijk wenden ze zich toch tot het

eerste ziekenhuis in hun woonplaats. Moeder wordt door het hoofd van de afdeling gynaecologie van het ziekenhuis gevraagd een verklaring te tekenen dat ze instemt met de abortus en dat ze zich er van bewust is dat abortus tot de dood van de dochter kan leiden. Als het meisje zich een paar dagen later bij het ziekenhuis meldt laat dezelfde dokter het meisje eerst met een katholieke priester praten. Die is duidelijk door deze arts al volledig op de hoogte gesteld. De priester probeert het meisje over te halen het kind geboren te laten worden. Op zijn verzoek geeft zij hem haar mobiele telefoonnummer. Als de moeder later vanuit haar werk naar het ziekenhuis komt, laat de dokter de moeder een door haar dochter getekende verklaring zien dat de dochter de zwangerschap wel degelijk wil voltooien. Tijdens de daarop ontstane woordenwisseling begint de dochter te huilen. Later geeft zij aan alleen te hebben getekend omdat ze niet onbeleefd wilde zijn tegen de dokter en de priester. De dokter geeft aan dat zij bereid is zowel de dochter als haar kindje te adopteren. Als duidelijk is dat moeder en dochter toch een abortus willen, stelt de dokter dat ze daaraan geen medewerking zal verlenen. Later zal het ziekenhuis zelfs een officieel persbericht uitgeven dat het ziekenhuis niet bereid is in het geval van de dochter te aborteren. Journalisten die zich tot het ziekenhuis wenden krijgen daar allerlei specifieke informatie over deze zaak. Naar aanleiding van dat bericht en de commentaren in de pers ontstaat er een landelijke internetdiscussie over de toelaatbaarheid van abortus in een geval als van klaagster.

Moeder en dochter reizen dan naar een openbaar ziekenhuis op 300 kilometer van hun woonplaats. Kort daarna blijkt dat het nieuwe ziekenhuis door het eerste ziekenhuis gewaarschuwd dat de dochter geen abortus zou willen. In de drie dagen wachttijd krijgt de dochter sms'jes van de priester en van haar onbekende personen. De priester vertelt dat hij met haar zaak bezig is en dat in het hele land voor haar gebeden werd. Op de tweede dag komt de priester haar in het nieuwe ziekenhuis opzoeken samen met een antiabortusactiviste. Ze krijgen toegang tot de dochter, spreken met haar buiten aanwezigheid van de moeder en proberen haar weer over te halen haar zwangerschap te voltooien. Die avond wordt de dochter ook nog bezocht door een haar onbekende vrouw die dezelfde boodschap probeert te verkopen. De dochter is behoorlijk aangedaan dat het ziekenhuis blijkbaar niet kan verhinderen dat onbekende mensen haar komen bezoeken. Als ook de dokter die de dochter in dit nieuwe ziekenhuis heeft toegelaten komt vertellen dat er veel druk op het ziekenhuis wordt uitgeoefend om geen abortus uit te voeren, besluiten de moeder en dochter dat ze maar beter weg kunnen gaan. Bij de uitgang van het ziekenhuis worden ze lastig gevallen door twee antiabortusactivisten, onder wie de vrouw die haar eerder onaangekondigd heeft opgezocht. Moeder probeert dan een taxi te nemen maar de activisten vertellen de taxichauffeur dat de moeder uit de ouderlijke macht is ontzet en dat ze haar dochter probeert te ontvoeren. Als de taxichauffeur daarop weigert hen mee te nemen belt moeder de politie. Op het politiebureau worden moeder en dochter ongeveer 6 uur gehoord. Dan wordt hun een gerechtelijk bevel getoond waarbij door de rechtbank van hun woonplaats is bevolen dat de ouderlijke macht van moeder wordt beperkt en dat de dochter tijdelijk naar een instelling van jeugdzorg wordt geplaatst. Bestudeerd moet worden of het nodig is moeder uit de ouderlijke macht te ontzetten omdat ze haar dochter onder druk zou zetten de abortus te ondergaan. Moeder en dochter worden van elkaar gescheiden. Wanneer voor de dochter een instelling is gevonden, wordt ze ook daar bezocht door de priester. Deze vertelt haar dat hij de rechtbank zal vragen haar over te brengen naar een door de katholieke kerk geleide instelling voor alleenstaande moeders. In eerste instantie beslist de rechter van de woonplaats dat een interim maatregel van plaatsing noodzakelijk is. Als daartegen beroep wordt aangetekend volgt een nader onderzoek. De dochter wordt drie uur gehoord door een rechter, in het bijzijn van een officier van justitie en een psycholoog, en buiten aanwezigheid van haar ouders. Er is ook geen rechtshulp o.i.d. voor haar aanwezig. De dochter stelt uitdrukkelijk dat haar moeder haar niet heeft gedwongen de abortus te ondergaan. Daarna staat de rechtbank haar toe weer naar huis te gaan. Vier dagen

later ondergaat ze in Gdansk, op 500 kilometer van haar woonplaats, de gevraagde abortus. Moeder en dochter worden er heengereden met een auto ter beschikking gesteld door het ministerie van gezondheid. Er zijn dan 3 maanden verlopen sinds de verkrachting. Als ze terugkomen in hun woonplaats horen ze dat die morgen informatie over hun reis naar Gdansk op Internet is geplaatst door het Katholieke Informatie Agentschap. Die dag wordt ook de interim maatregel officieel vernietigd. Een half jaar later wordt ook officieel door de rechtbank vastgesteld dat er geen termen zijn de ouders uit de ouderlijke macht te ontzetten. Ik bespaar U de verdere feiten, zoals de omstandigheid dat er zelfs nog even sprake is geweest van een strafrechtelijk onderzoek tegen de dochter omdat zij verboden seksuele omgang zou hebben gehad met een minderjarige. Alleen dit: U mag er in redelijkheid van uitgaan dat sprake is geweest van verkrachting. Ze heeft zich de ochtend na het gebeuren met een vriendin bij een ziekenhuis gemeld; haar lichaam vertoonde tekenen van geweldpleging; ze was in een emotionele shock.

Een welwillende toehoorder zou ter verdediging van de autoriteiten kunnen aanvoeren dat het toch maar goed is dat ze serieus hebben onderzocht of de dochter ook zelf de abortus wenste en of haar aanvankelijke beslissing voor een abortus niet te veel was ingegeven door de beslissing van de moeder. Best, is dan mijn uiterst korte antwoord, maar niet op de schandelijke manier waarop het hier is gegaan. Je stuurt als geconsulteerd arts geen priester op een 14-jarig zwanger meisje af. Hoe katholiek die arts ook is.

Het Europese Hof maakt met een uitvoerige motivering uiterst korte metten met de manier waarop de autoriteiten hebben opgetreden tegen de klaagsters (en voeg ik daar aan toe: de manier waarop de nationale rechters in deze zaak hebben geoordeeld): in een 6-1 stemverhouding: voor dochter en moeder: schending van artikel 8 met betrekking tot de toegang tot een wettelijk toegestane abortus:

‘(..) The Court is of the view that effective access to reliable information on the conditions for the availability of lawful abortion, and the relevant procedures to be followed, is directly relevant for the exercise of personal autonomy. It reiterates that the notion of private life within the meaning of Article 8 applies both to decisions to become and not to become a parent (..). The nature of the issues involved in a woman’s decision to terminate a pregnancy or not is such that the time factor is of critical importance. The procedures in place should therefore ensure that such decisions are taken in good time. The uncertainty which arose in the present case despite a background of circumstances in which under Article 4 (a) 1.5 of the 1993 Family Planning Act there was a right to lawful abortion resulted in a striking discordance between the theoretical right to such an abortion on the grounds referred to in that provision and the reality of its practical implementation (..);

unaniem schending van artikel 8 met betrekking tot de manier waarop hun privacy is geschonden:

‘(..) the fact that the issue of the availability of legal abortion in Poland is a subject of heated debate does not confer on the State a margin of appreciation so wide as to absolve the medical staff from their uncontested professional obligations regarding medical secrecy (..);

met betrekking tot de dochter: unaniem schending van artikel 5 lid 1 (recht op vrijheid) vanwege de opname in de instelling voor jeugdzorg:

‘(..) The Court is of the view that by no stretch of the imagination can the detention be considered to have been ordered for educational supervision within the meaning of Article 5 § 1 (d) of the Convention if its essential purpose was to prevent a minor from having recourse to abortion (..);

met betrekking tot de dochter: unaniem schending van artikel 3 (verbod onmenselijke behandeling)

‘(..) The Court concludes, having regard to the circumstances of the case seen as a whole, that the first applicant was treated by the authorities in a deplorable manner and that her suffering reached the minimum threshold of severity under Article 3 of the Convention (..).’

Polen wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 30.000 Euro aan de dochter en 15.000 Euro aan de moeder, plus tot betaling van de gemaakte kosten (16.000 Euro) .

Ik zou alleen al over de zaken waarin het Hof de afgelopen maanden uitspraak heeft gedaan uren kunnen vertellen. Over het arrest van 13 december 2012 in de zaak *El Masri* tegen Macedonië, waarin het ging om ‘*secret rendition*’ door de Macedonische autoriteiten van een (achteraf ten onrechte) van terrorisme verdachte Duitser van Libanese oorsprong aan de CIA. De man werd van Macedonië weggevoerd naar een onbekend land (waarschijnlijk Afghanistan) en werd daar aan de meest vreselijke ondervragingsmethoden blootgesteld (schending); over het arrest van 15 januari 2013 in de zaken *Eweida en anderen* tegen het Verenigd Koninkrijk waarin het ging om religieuze uitingen in de werksfeer (dragen van een kruisje, gewetensbezwaarde trouwambtenaar); en om er ook nog wat Nederlandse zaken bij te halen: over het arrest van 22 november 2012 in de zaak *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media BV* tegen Nederland, waarin tot schending werd geconcludeerd in een situatie dat tegen journalisten die in de Telegraaf geheime BVD-documenten hadden gepubliceerd, dwangmiddelen waren gehanteerd, zonder dat – gelet op de speciale positie van de pers - tevoren een voldoende onafhankelijke belangenafweging had plaatsgevonden; of over de niet-ontvankelijkheidsbeslissing van 10 juli 2012 in de zaak van *De Staatkundig Gereformeerde Partij* tegen Nederland.

Voor iedere zinnige toehoorder zou elk verhaal weer een bevestiging zijn van de stelling dat het EVRM en de daarover door het Hof gewezen jurisprudentie nog onverkort van belang zijn. Maar ook: dat het Hof zich bewust is hoe ver het mag gaan en waar dat nodig is wel degelijk alle ruimte laat aan de beleidsmarge van de lidstaten. En voor alle zekerheid: ik zou van alle voorgaande jaren net zo’n selectie kunnen maken. Maar ik ga me nu aan mijn onderwerp houden.

Kritiek

De laatste jaren is er zo her en der wat kritiek te horen op het Hof. Als we in het bijzonder de Nederlandse situatie wat nader proberen te analyseren, valt op dat de meeste kritische geluiden wel erg vers zijn. Nog niet zo lang geleden – op 29 mei 2010 - kreeg het Hof uit handen van de Nederlandse minister-president Balkenende de prestigieuze internationale *Four Freedoms Award* uitgereikt, ‘*not only to express our deep appreciation for the Court’s service to democracy and freedom in the past, but also on behalf of future generations*’. Vrij snel daarna – en een verkiezing verder - werd het ook in Nederland in bepaalde kringen bijna *salonfähig* zich kritisch over het Hof uit te laten. In het bijzonder de vorige VVD-minister van buitenlandse zaken Uri Rosenthal, maar ook de toenmalige fractieleider van de VVD Stef Blok en wat van zijn fractiegenoten deden daaraan ijverig mee. Naast – op een enkele uitzondering na (de Utrechtse hoogleraar Tom Zwart) - de wetenschap heeft in het bijzonder de Eerste Kamer het keer op keer principieel voor het Hof opgenomen (motie CDA-senator Marie Louise Bemelmans-Vidéc 2011: alleen VVD tegen; motie CDA-senator Hans Franken

2012: alleen PVV tegen). De eerlijkheid gebiedt mij te zeggen dat VVD-minister van veiligheid en justitie Ivo Opstelten en zijn staatsecretaris Fred Teeven wel degelijk altijd achter het Hof zijn gaan staan. Met het aantreden van het kabinet Rutte II en het aantreden van een minister van buitenlandse zaken die weet waar hij het bij mensenrechten over heeft (Frans Timmermans) zijn de kritische stemmen in Nederland weer wat gesmoord. Dat geldt overigens niet voor het Verenigd Koninkrijk, waar de regering Cameron een welhaast ongezonde constante afkeer tentoonspreidt tegen het Hof. Onnodig te zeggen dat mag worden aangenomen dat andere lidstaten waar, anders dan het Verenigd Koninkrijk, nog vrij veel schendingen van het EVRM zijn geconstateerd, die Britse kritiek niet onnuttig vinden.

Sommige van die geluiden geven aan dat het Hof minder kritisch zou moeten zijn over oordelen van nationale rechters en meer rekening moeten houden met de (nota bene door het Hof zelf ‘uitgevonden’) *margin of appreciation*. Dat de soep uiteindelijk – tenminste voor even – minder heet wordt gegeten dan ze is opgediend bleek uit de toch wel genuanceerd geformuleerde uitkomst van de Brighton Conferentie (*High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 19-20 April 2012*). In de Brighton Verklaring staat nu opgenomen:

‘B. Interaction between the Court and national authorities

10. The State Parties to the Convention are obliged to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, and to provide an effective remedy before a national authority for everyone whose rights and freedoms are violated. The Court authoritatively interprets the Convention. It also acts as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level.

11. The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State’s margin of appreciation.’

Deze Verklaring leidde zelfs tot het thans voorliggende voorstel een aanvullend Protocol (15) op te nemen bij het EVRM, waarin alsnog in de preambule van het EVRM wordt toegevoegd:

Article 1

At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows:

“Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and in doing so enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention,”. (..)

Explanatory report

(...) 7. A new recital has been added at the end of the Preamble of the Convention containing a reference to the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation. It is intended to enhance the transparency and accessibility of these characteristics of the Convention system and to be consistent with the doctrine of the margin of appreciation as developed by the Court in its case law. In making this proposal, the Brighton Declaration also recalled the High Contracting Parties’ commitment to give full effect to their obligation to secure the rights and freedoms defined in the Convention.

8. The States Parties to the Convention are obliged to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, and to provide an effective remedy before a national authority for everyone whose rights and freedoms are violated. The Court authoritatively interprets the Convention. It also acts as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level.

9. The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation.

De taak en rol van het EHRM

Maar maakt het Hof er nu werkelijk een juridisch potje van? Mijn antwoord is een ferm: nee. Het Hof pleegt te doen waarvoor het is ingesteld: kijken of de Staten zich hebben gehouden aan de Europese minimumnormen, zoals neergelegd in de Conventie. Voor de aanwezigen vandaag zijn het open deuren, maar laat ik ze toch maar even benoemen voordat ik ga zoeken naar een mogelijke reden voor die plotse kritiek.

In het EVRM gaat het niet langer om hoogstaande voornemens die een Staat naar believen opzij kan zetten; het gaat nu om officieel gemaakte afspraken waaraan een lidstaat kan worden gehouden. Vier bepalingen laten dat duidelijk zien. Ik citeer met de thans gehanteerde artikelnummering:

Artikel 1 - Verplichting tot eerbiediging van de rechten van de mens

De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder, die ressorteert onder hun rechtsmacht, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.

Artikel 13 - Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel

Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.

Artikel 19 - Instelling van het Hof

Teneinde de nakoming te verzekeren van de verplichtingen die de Hoge Verdragsluitende Partijen in het Verdrag en de Protocollen daarbij op zich hebben genomen, wordt een Europees Hof voor de Rechten van de Mens ingesteld, hierna te noemen "het Hof". Het functioneert op een permanente basis.

Artikel 46 - Bindende kracht en tenuitvoerlegging van uitspraken

1. De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich ertoe zich te houden aan de einduitspraak van het Hof in de zaken waarbij zij partij zijn.
2. De einduitspraak van het Hof wordt toegezonden aan het Comité van Ministers, dat toeziet op de tenuitvoerlegging ervan.

De in de Conventie opgenomen rechten uit de Universele Verklaring werden daarmee van *soft law* tot *hard law* omgezet. Maar de lidstaten deden meer: er werd ook een tot dan toe internationaal ongekend systeem opgezet, waarbij in feite door de lidstaten een stukje eigen (rechts)soevereiniteit werd ingeleverd. Niet alleen Staten onderling, maar ook ieder natuurlijk persoon – sterker nog: ook 'iedere (andere dan een regerings-)organisatie of iedere groep van

particulieren' – welke beweert het slachtoffer te zijn van schending door een lidstaat van een recht dat wordt beschermd in het EVRM konden zich onder bepaalde voorwaarden wenden tot een internationaal orgaan dat in laatste instantie zou oordelen of de betreffende staat zich wel aan zijn verdragsverplichtingen had gehouden.

Over de rechtsmacht van het Hof bepaalden de lidstaten het volgende:

Artikel 32 - Rechtsmacht van het Hof

1. De rechtsmacht van het Hof strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het Verdrag en de Protocollen daarbij die aan het Hof worden voorgelegd zoals bepaald in de Artikelen 33, 34 en 47. (...)

Van belang is voor ogen te blijven houden: artikel 32 EVRM stelt uitdrukkelijk dat de rechtsmacht van het Hof zich uitstrekt tot *alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing* van het Verdrag. Dus het gaat niet alleen om toepassing maar ook om interpretatie. Dat is ook keer op keer bevestigd door de Verdragssluitende Partijen, in additionele protocollen, resoluties en aanbevelingen, en via de activiteiten van het Comité van Ministers van de Raad van Europa dat op grond van artikel 46 lid 2 EVRM toeziet op de tenuitvoerlegging van de arresten van het Hof. Bovendien spreekt de preambule van de Conventie uitdrukkelijk over de handhaving en *verdere verwezenlijking* van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Het betekent echter niet dat het Hof een blanco volmacht heeft gekregen om het EVRM naar believen te interpreteren. Bij het interpreteren van het EVRM is het Hof bij voorbeeld gebonden aan de algemene interpretatieregels zoals die zijn neergelegd in het Weens Verdragenverdrag (1969). Ik citeer uit de relevante bepalingen uit sectie 3 (*Interpretation of Treaties*) van dat Verdrag:

Article 31 (General Rule of Interpretation)

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all parties in connection with the conclusion of the treaty;
 - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
 - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provision;
 - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
 - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32 (Supplementary means of interpretation)

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

In het systeem werd bovendien uitdrukkelijk ingebouwd dat het Hof slechts als laatste toevluchtsoord zou moeten gelden. Iemand die vond dat zijn rechten uit het EVRM waren geschonden moest eerst proberen het op nationaal niveau op te lossen. Om als klager ontvankelijk te zijn zouden daarom eerst nationale rechtsmiddelen tevergeefs moeten zijn uitgeput (artikel 35 lid 1 EVRM).

Niet onbelangrijk is dat het Hof van meet aan heeft aangegeven geen ‘vierde instantie’ (*fourth instance*) te willen zijn. Wat door de nationale rechter is beslist is het uitgangspunt. Alleen als (de motivering van) die beslissing strijdig is met het EVRM of duidelijk arbitrair ligt dat anders.

Ondanks het in de Verklaring van Brighton nog eens benadrukte beginsel van subsidiariteit blijft de taak van het Hof onverkort: kijken of de Staten zich uiteindelijk aan hun verplichtingen hebben gehouden. Dat betekent ook dat als het Hof van oordeel is dat de nationale rechters hebben gefaald, het Hof zich daarover zal dienen uit te spreken. Dat werd onlangs nog eens fraai geformuleerd door de oud-president van het Hof, Jean-Paul Costa, in zijn op 10 december 2011 in Leiden gehouden *Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture in Human Rights*:

‘ (...) (T)here is a deep misunderstanding about this notion. For the Strasbourg Court, playing a subsidiary role – which is correct – obviously does not mean playing no role at all, and for instance confirming all the rulings made by the national judiciary. Otherwise, the supervisory part granted to the Court by Article 19 of the Convention would be illusory. Exhaustion of domestic remedies, which is a prerequisite for the applications being declared admissible, most of the time implies judgments made by the high national tribunals. If the Court were bound to systematically confirm them, practically all applications to Strasbourg would be either inadmissible on grounds of non-exhaustion, or ill-founded for having been rejected at domestic level. This is simply nonsense.’

Het kan toch niet zo zijn dat het Hof bijvoorbeeld in de Poolse abortuszaak zou hebben aangegeven: ‘s lands wijs, ‘s lands eer. Als in dat land de rechters het billijken dat op die manier met de mensenrechten kan worden omgaan moeten ze dat vooral zo doen.

En als het Hof uiteindelijk uitspreekt dat een lidstaat de in het EVRM gegarandeerde ondergrens heeft overschreden en daardoor een of meer bepalingen uit het EVRM heeft geschonden, zal die lidstaat zich aan de einduitspraak moeten houden. Dat kan betekenen dat schadevergoeding moet worden betaald; het kan ook betekenen dat op nationaal niveau wetswijzigingen of beleidswijzigingen moeten worden doorgevoerd.

Toepassing van de *margin of appreciation* door het EHRM en het *erga omnes* effect van EHRM-uitspraken

Over de *margin of appreciation* vallen hele proefschriften te schrijven. Dat is dan ook gebeurd. In de jurisprudentie van het Hof zijn daarover her en der veel belangwekkende volzinnen te vinden. In het arrest van de Grote Kamer van 10 april 2007 in de zaak *Evans tegen het Verenigd Koninkrijk*, stelt het Hof bijvoorbeeld:

‘77. A number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State in any case under Article 8. Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (...). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (...). There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (...).’

Maar het Hof heeft ook aangegeven in zeer ethisch gevoelige zaken zelfs bij een grote Europese consensus, toch sprake kan zijn van een grote nationale beleidsmarge. Dat kwam

bijvoorbeeld tot uiting in het arrest van de Grote Kamer van 16 december 2010 in de zaak *A., B. and C. tegen Ierland*.

Wanneer het Hof in een bepaalde zaak een interpretatieve uitleg heeft gegeven kan deze ook van belang zijn voor andere Verdragsstaten. Weliswaar staat in artikel 46 EVRM dat de Verdragspartijen zich er toe verbinden 'zich te houden aan de einduitspraak van het Hof in de zaken waarbij zij partij zijn' maar een interpretatieve uitleg zal ook zijn invloed hebben op zaken tegen andere landen.

Het systeem van het Verdrag is gericht op consistentie en coherentie van de manier waarop het Verdrag wordt geduid. Dat valt bijvoorbeeld ook af te leiden uit artikel 30 EVRM waarin wordt geregeld dat een Kamer afstand kan doen van rechtsmacht als de bij die Kamer aanhangige zaak 'aanleiding geeft tot een ernstige vraag betreffende de interpretatie van het Verdrag of de Protocolen daarbij of wanneer de oplossing van een vraag aanhangig voor een kamer een resultaat kan hebben dat strijdig is met een eerdere uitspraak van het Hof'.

In recente zaken heeft het Hof *expressis verbis* benadrukt dat de beginselen die uit een arrest kunnen voortvloeien ook zullen gelden voor andere Verdragsstaten. Ik noem het arrest van 9 juni 2009 in de zaak *Opuz tegen Turkije*, waar het Hof stelde:

'163 (...) the Court provides final authoritative interpretation of the rights and freedoms defined in Section 1 of the Convention, (and the Court (...)) will consider whether the national authorities have sufficiently taken into account the principles flowing from its judgments on similar issues, even when they concern other States.'

Ik wijs ook op het arrest van 7 januari 2010 in de zaak *Rantsev tegen Cyprus en Rusland*:

'197 (...) the Court reiterates that its judgments serve not only to decide those cases brought before it but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties. Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of the Convention.'

De recente kritiek – ook in Nederland – op het functioneren van het EHRM

- Constaceert het EHRM vaker een schending dan in het verleden?

Is het Hof ineens gekomen met een *hausse* aan arresten waarin tot schending wordt geconstateerd?

Het antwoord is, zeker wat betreft lidstaten als het Verenigd Koninkrijk en Nederland, een driewerf neen. In zijn al eerder aangehaalde voordracht voor de *Scottish Public Law Group* merkte Kamerpresident Nicolas Bratza daarover het volgende op:

'[T]he impression is sometimes created that the Strasbourg Court is bent on using its power in individual cases to interfere with domestic decision making by finding violations of the Convention where national courts have found none. I would only say that this is not borne out by the evidence. It continues to be the case that by far the greatest proportion of cases lodged with the Court are summarily rejected as inadmissible. Taking the United Kingdom as an example, last year (2010) some 1.200 applications were considered by the Strasbourg Court. Of these, some 1177 were declared inadmissible or struck out; only 23 – less than 3 per cent of the total – resulted in a judgment of the Court, several of which ended in findings of no violation.'

Wie de cijfers met betrekking tot Nederland ziet, komt tot exact dezelfde slotsom. In 97% van de in 2011 met betrekking tot Nederland behandelde zaken is de zaak niet ontvankelijk verklaard of van de rol geschrapt. En waar een arrest is gewezen, is slechts in 57% tot een

schending geconcludeerd. En dat beeld klopt met dat van vroegere jaren. Cijfermatig gezien zou je kritiek verwachten van klagers en NGO's maar juist niet vanuit de lidstaten.

- De kwaliteit van de rechters en de consistentie van de rechtspraak

De volgende vraag is voor iemand die er net acht jaar op heeft zitten als Straatsburgs rechter wat delicaat. Hebben de rechters van het Hof wel voldoende kwaliteit om te doen waarvoor ze zijn ingehuurd? Laat ik bescheidenheidshalve ook hier wijzen op wat open deuren. Artikel 21 EVRM – voorwaarden voor uitoefening van de functie – stelt:

1. Rechters moeten het hoogst mogelijk zedelijk aanzien genieten en in zich verenigen de voorwaarden die worden vereist voor het uitoefenen van een hoge functie bij de rechterlijke macht of rechtsgeleerden zijn van erkende bekwaamheid. (...)

Artikel 22 bepaalt dan met betrekking tot de verkiezing van rechters:

Voor elke Hoge Verdragssluitende Partij worden de rechters gekozen door de Parlementaire Vergadering (van de Raad van Europa, EM), met een meerderheid van de uitgebrachte stemmen, uit een lijst van drie kandidaten, voorgedragen door de Hoge Verdragssluitende Partij.

Kortom, het zijn de Staten zelf die de lijsten met kandidaat-rechters opstellen; het is de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa die de lijsten beoordeelt, soms terugstuurt, en die uiteindelijk kiest. En hoe langer hoe meer Staten hebben inmiddels de aanbevelingen van de Parlementaire Vergadering over een transparante en onafhankelijke benoemingsprocedure op nationaal niveau, overgenomen. Overigens was het ook hier het Hof zelf dat nog niet zo lang geleden voorstellen heeft gedaan om de kwaliteit van de verkiezingsprocedure te verbeteren. De vroegere Franse president Jean-Paul Costa bevestigde bij die gelegenheid (brief 9 juni 2010) nog eens uitdrukkelijk het belang van het zenden van de beste kandidaten:

‘The quality of the Judges is important not only to guarantee the high standard of the decisions delivered and the jurisprudence developed. It is also essential because, in a subsidiary system where human rights protection falls primarily to the national courts, the European Court as the ultimate arbiter of human rights issues must be composed of persons of sufficient standing and authority to command the respect of national judges, including senior national judges. If this is not the case, the Court itself will suffer from a deficit of authority and the system will lose credibility and effectiveness.’

Ook de eerder genoemde *Brighton Declaration* sprak zich hierover uit:

‘22. The high calibre of judges elected to the Court depends on the quality of the candidates that are proposed to the Parliamentary Assembly for election. The States’ Parties role in proposing the highest possible quality is therefore of fundamental importance to the continued success of the Court, as it is a high-quality Registry, with lawyers chosen for their legal capability and their knowledge of the law and practice of States Parties, which provides invaluable support to the judges of the Court.’

Daarnaast mag best wel eens worden vermeld dat de rechters in het Hof worden bijgestaan door een hooggekwalificeerde griffie. Welk nationaal-rechterlijk college zal onder zijn leden van de griffie de (co-)auteurs hebben van de meest prestigieuze handboeken op het eigen werkterrein? In Straatsburg zijn het er tenminste vier: Michael O’Boyle, Vincent Berger, Karin Reid en Clare Ovey.

Niet onbelangrijk is te vermelden dat het Hof een groot aantal interne *quality checks* heeft ingebouwd om de uitspraken zo consistent mogelijk te laten zijn. Iedere

conceptbeslissing wordt, voordat de rechter-rapporteur zijn of haar uiteindelijke *fiat* geeft om het concept aan de collega's voor te leggen, op consistentie met de bestaande jurisprudentie doorgespit door de (adjunct-)Kamergriffier. Daarnaast is er het instituut van de 'Jurisconsult' en zijn staf. Onder leiding van dit senior lid van de griffie – om even een indruk te geven van het niveau: het is een promotiefunctie voor een Kamergriffier – wordt wekelijks iedere, reeds door de rechter-rapporteur goedgekeurde, concept-beslissing nog eens voor de tweede keer op interne consistentie doorgenomen en zo nodig van commentaar voorzien. Dat commentaar wordt dan tijdig gezonden naar alle rechters, die daarmee in raadkamer hun voordeel kunnen doen. Daarnaast kent het Hof een speciale *Research Division*, waar in principiële zaken een rechter-rapporteur met specifieke jurisprudentie- of rechtsvergelijkende vragen terecht kan.

- Waarom dan toch kritiek?

Waarom is die kritiek dan nu ineens te wijten? Voor de goede orde: kritiek op het Hof is er altijd wel geweest. Opvallend daarbij is wel dat over uitspraken die ooit aan heftige kritiek onderhevig waren nu door vriend en vijand wordt toegegeven dat die uitspraken tot het *acquis* behoren van de Straatburgse jurisprudentie.

In zijn eerder genoemde *Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture on Human Rights at Leiden Law School* filosofeert oud-Hofpresident Jean-Paul Costa over de redenen van de plotse kritiek:

'The answer is complex. Many factors converge and sometimes interact between themselves:

- Since 2001, the fight (very legitimate) against terrorism is an incentive, in many countries, for more security and less liberty;
- The economic, social, financial, currencies crisis, which is widespread in Europe, and is clearly the most serious one since 1929, gives a priority to economic policies rather than to reforms in favour of freedom;
- At the same time, "populist" movements become more influential in politics and among the voters, provoking a political overbid: human rights are becoming less popular, especially seen from the point of view of a Court which treats equally all human beings, including "unpopular" categories of the population: the prisoners, the criminals, the aliens, the asylum seekers, the immigrants, the vagrants, people belonging to minorities ...

I may add that the crisis represents equally a very difficult moment in the process of European construction. Euroscepticism is growing everywhere. An aspect of it is a claim for getting back national sovereignty. The clear consequence is that the Court's activity, which is manifestly European and supranational, becomes fragile and makes it easy to attack it. In some countries, unfriendly human rights feelings and anti-European reactions clearly converge; the Court is becoming a symbolic, and at the same time convenient, target.'

Mij dunkt dat die analyse ook voor Nederland opgaat. Al voor de aanslagen van 11 september 2001 bestond er ongetwijfeld her en der bij autochtone lieden onvrede over de instroom van migranten en de veranderingen die dat teweegbracht in de samenleving. Maar de nationalistische 'Tegenpartij'-geluiden werden slechts door een relatief kleine minderheid geuit en eigenlijk was het *not done* zich al te veel zorgen te maken over de nieuwe multiculturele samenleving. Daarin kwam verandering na die aanslagen. Veel mensen zijn toen bang geworden: bang voor terroristen, bang voor de gewelddadige Islam en gemakshalve ook maar bang voor alles wat met Islam te maken heeft. Dat heeft zich bij een aantal politieke partijen vertaald in een nieuwe nadruk op traditionele waarden en in de wens ingrijpend te reguleren wat daaraan vreemd is. Dat op zich was ook al voldoende voor veel scepsis tegen alles wat in Europa wordt vastgesteld. Als we er financieel echt beter van worden: best; als ineens de grenzen open moeten voor werkers uit andere delen van Europa, laat staan voor vreemdelingen: nee. Vormen van Europese harmonisatie gingen botsen met gevoelens van nationale eigenheid. Tel daarbij op de financiële crisis. Men wil houden wat men heeft – en

liefst meer – maar vindt het moeilijk om dat te delen met vreemde mensen die het wellicht nog meer nodig hebben. Het resultaat: veel stemmen op politieke partijen die bezweren heel veel te zullen doen aan het behoud van traditionele waarden voor het eigen volk; aan het beperken van de invloed van Europa; aan het tegengaan van de instroom van vreemdelingen en het beperken van de rechten van vreemdelingen die zich al in het land bevinden; aan het optimaliseren van veiligheid; aan het strenger optreden tegen criminelen. En dan is er dat Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens plus dat Hof dat soms aan de uitvoering van die plannen grenzen stelt. Dat vinden sommige politici dan niet altijd leuk. En ook wat niet leuk is mag (meestal) door een politicus worden gezegd. Dat is nu net de kern van de jurisprudentie van het Hof over vrijheid van meningsuiting.

The Court can do no wrong?

Maakt het Hof dan nooit eens een fout? Interpreteert het Hof wel eens verder dan verantwoord?

Het antwoord op de eerste vraag is eenvoudig: natuurlijk wel. Het is per slot een werelds Hof. Hoe zorgvuldig er ook wordt gewerkt en hoeveel kwaliteitstoetsen in de dagelijkse praktijk van de Straatsburgse procedure zijn ingebouwd om de consistentie en de coherentie van de uitspraken te verzekeren, het kan voorkomen dat in een specifieke zaak toch te activistisch of te terughoudend is opgetreden of dat er iets is fout gegaan.

Juist daarom is er nog de mogelijkheid van verwijzing naar de Grote Kamer (artikel 43 EVRM). Als een arrest van een Kamer ‘aanleiding geeft tot een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag of de Protocollen daarbij, dan wel een ernstige kwestie van algemeen belang’ kan de zaak – desgevraagd door een van de partijen – naar de Grote Kamer worden verwezen. Die behandelt de zaak opnieuw, in een verse samenstelling. Die vorm van ‘hoger beroep’ is heel bewust in het systeem van het EVRM ingebracht. Soms leidt dat tot een *de facto* bevestiging van de bestreden uitspraak; soms is de uitkomst totaal anders.

Het antwoord op de tweede vraag – interpreteert het Hof wel eens verder dan verantwoord? – is eigenlijk even eenvoudig: dat zal vast wel eens voorkomen. Zoals hierboven al aangegeven zijn er zaken waarin (een meerderheid van) het Hof van oordeel is dat een dynamische interpretatie passend is. Dat kan meebrengen dat een nieuwe deur wordt open gezet. En soms zelfs dat de nieuw geopende deur wat onverantwoorde tocht veroorzaakt. Wie zich de moeite neemt om arresten van het Hof van A tot Z door te lezen, zal zien dat er ook zaken zijn waarin het Hof diep verdeeld is. Soms zijn de rechters dan net mensen. Dat blijkt dan niet alleen uit de stemverhouding maar vaak nog meer uit de zogenaamde *separate opinions*. De rechters uit de minderheid die er niet in zijn geslaagd hun collega's te overtuigen schrijven dan vaak in nauwelijks omfloerste bewoordingen op waarom de ander het echt bij het verkeerde end had: soms omdat de meerderheid de deur gesloten hield, soms omdat de meerderheid in de ogen van de minderheid te ver ging. Voor de fijnproever geeft ieder verdeeld gewezen arrest wel een sprekend voorbeeld.

Het Hof is echt niet altijd unaniem in zijn uitspraken. Dat heeft alles te maken met de omstandigheid dat – hoezeer er ook door de leden van het Hof wordt gestreefd naar het verschaffen van unanieme helderheid – rechters nu eenmaal geen robots zijn die slechts eenheidsworsten kunnen draaien. Dat gebeurt niet op nationaal niveau, dat gebeurt ook niet op het niveau van het Hof zelf.

Ik heb zelf de indruk gekregen dat in het Hof de rechters die ook in het eigen land al rechter waren en die daarmee gewend zijn in al hun uitspraken automatisch te denken in

termen van ‘wat betekent dit voor toekomstige zaken’, in het algemeen iets terughoudender plegen te opereren dan rechters die afkomstig zijn uit de advocatuur of wetenschap.

En ik herhaal nog maar eens: het zijn de lidstaten – niet ‘partijdige’ NGO’s - die de kandidaten voor de rechters in het Hof hebben voorgesteld; het is de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa die uiteindelijk beziet of de voorgestelde kandidaten aan de in artikel 21 EVRM genoemde ‘kwaliteitseisen’ voldoen en die in een dergelijk geval tot verkiezing overgaat.

Ik kan inmiddels uit eigen observaties in 8 jaar raadkameren met de hand op mijn hart verzekeren dat over ieder conceptarrest waarin een nieuwe jurisprudentiële stap wordt overwogen, diepgaand pleegt te worden gediscussieerd. Het Hof is dan net als de rayonhoofden van de Elfstedentocht: men gaat echt niet over een nacht ijs. Als een voorgestelde redenering te dun is wordt er niet gereden.

Zijn de interpretatiegrenzen bereikt?

Zijn de grenzen van aanvaardbare interpretatie inmiddels bereikt? Het antwoord daarop is onomwonden nee.

Onder de tienduizenden zaken die jaarlijks bij het Hof binnenkomen zitten – naast alle repetitieve of kloonzaken – altijd weer zaken met nieuwe rechtsvragen die wel degelijk lijken te vallen onder het prisma van de grondrechten. De door mij aan het begin van mijn verhaal genoemde voorbeelden zijn daarvan voorbeelden.

Verdragsstatelijke (politieke) bemoeienis met de interpretatie van het EVRM

Maar vind ik het dan onzin dat de politiek het ook in zaken betreffende de interpretatie van het EVRM het laatste woord moet hebben? Een ongenueanceerd bevestigend antwoord daarop zou te kort door de bocht zijn. Daarom het volgende.

In een ingezonden stuk in de *Volkskrant* van 7 april 2011 ‘Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tast democratisch tot stand gekomen wetgeving te zeer aan’ stellen de (toenmalige) VVD-Kamerleden Stef Blok en Klaas Dijkhoff:

‘Op deze terreinen [migranten en sociale zekerheden, EM] worden Nederland en andere Europese landen regelmatig geconfronteerd met vergaande uitspraken van het Europese Hof voor de rechten van de Mens, terwijl onze voorgangers in de Tweede Kamer dat in redelijkheid niet konden voorzien toen zij instemden met het verdrag.

Dat het Hof zoveel ruimte voor zichzelf heeft gezocht is misschien logisch vanuit het eigen perspectief, maar het valt Europese politici te verwijten dat ze te lang werkeloos hebben toegezien hoe op deze manier de klassieke scheiding der machten, de trias politica, geweld werd aangedaan. Cruciaal is immers dat niet benoemde rechters, maar democratisch gekozen politici inhoud en reikwijdte van wetten en verdragen bepalen.

Bijna zestig jaar later is het resultaat dat de rechters in Straatsburg al te vaak “politici in toga” zijn geworden.’

Hoe verleidelijk dat ook is: ik ga hier niet commentaar geven op de onderdelen uit het citaat waarover nog wel wat meer kan worden gezegd. De goede verstaander heeft dat in het hier voorafgaande al kunnen horen. Maar kern van het betoog is dat in de feitelijke verhouding tussen het Hof en de democratisch gekozen politici de klassieke scheiding der machten geweld wordt aangedaan.

Niet onbelangrijk in dit verband is dat in elk geval de landen van de EU met betrekking tot het EU Grondrechtenhandvest nog eens heel uitdrukkelijk bevestigden dat het EVRM *en de daarover door het Hof gewezen jurisprudentie* de mensenrechtelijke minimumnorm is voor de interpretatie van het Grondrechtenhandvest van de EU. Ik citeer uit de preambule van het handvest:

‘Onder eerbiediging van de bevoegdheden en taken van de Gemeenschap en de Unie en van het subsidiariteitsbeginsel, bevestigt dit handvest de rechten die met name voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities en internationale verplichtingen van de lidstaten, uit het Verdrag betreffende de Europese Unie en de communautaire verdragen, uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, uit de door de Gemeenschap en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, alsook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.’

Daarmee is zijn suggesties over inflatie van mensenrechten op losse schroeven komen te staan: het waren de politici die het Verdrag van Lissabon hebben goedgekeurd. Maar los daarvan zou alleen over de vraag aan wie het laatste woord toekomt over de interpretatie van het EVRM: aan politici of aan het Hof, een proefschrift kunnen worden volgeschreven.

Ik ga in dat kader niet in op de vraag wat kan gebeuren als een nationale rechter met rechtstreekse toepassing van het EVRM tot de uitspraak komt dat in een bepaalde zaak van overheidswege strijdig is gehandeld met het EVRM. Dat kan in de regel enkel op nationaal rechterlijk niveau worden afgedaan. De Staat heeft (vooralsnog) niet de mogelijkheid een haar onwelgevallige uitspraak zelf aan het Hof voor te leggen. Ik zeg ‘vooralsnog’, nu in the *Brighton Declaration* in elk geval al is voorgesteld om hoogste rechtscolleges toe te staan het Hof om een *advisory opinion* te vragen.

Wat kan de Staat wel? Ik onderscheid daarover een aantal theoretische situaties.

- (a) De Staat heeft de ultieme mogelijkheid op te stappen. Dat gebeurde ooit met Griekenland. Het is het spiegelbeeld van de situatie bedoeld in artikel 8 van het Statuut van de Raad van Europa waarin is bepaald dat het Comité van Ministers een land dat niet aan zijn verplichtingen voldoet uit de Raad van Europa kan zetten. Het resultaat: het betreffende land wordt een soort paria binnen Europa.
- (b) De Staat kan proberen het er toe te leiden dat via een aanvullend protocol bestaande bepalingen van het Verdrag worden geamendeerd of ingetrokken. Tot nu toe kwamen aanvullende protocollen met aanvullende rechten of nieuwe procedurele bepalingen, maar niets verhindert de 47 Verdragssluitende Partijen om via een aanvullend protocol bestaande bepalingen aan te passen of zelfs in te trekken. Als de Verdragsstaten bij voorbeeld van oordeel zouden zijn dat de werkingssfeer van artikel 1 EVRM zou moeten worden ingeperkt, of dat het Hof niet langer de in artikel 41 EVRM genoemde billijke genoegdoening zou moeten kunnen geven, of dat het in het huidige tijdsgewricht niet langer wenselijk is artikel 1 Protocol 1 (bescherming van eigendom) als te beschermen recht te handhaven, zouden de 47 Staten dat via een aanvullend protocol bij het Verdrag kunnen regelen. Het Hof zou daaraan gebonden zijn vanaf het moment dat het aanvullend protocol in werking is getreden.
- (c) De Staat kan proberen het er toe te leiden dat het Comité van Ministers een soort interpretatieve resolutie aanneemt waarin wordt aangegeven dat de 47 landen van oordeel zijn dat het Hof in een bepaalde uitspraak een interpretatie heeft gegeven aan een bepaling uit het Verdrag die verder gaat dan de 47 Verdragssluitende Partijen voor wenselijk houden. Die resolutie zou op dat moment dezelfde status

hebben als andere resoluties of aanbevelingen van het Comité van Ministers (vgl. het hierboven aangehaalde artikel 31 van het Weens Verdragenverdrag). De resolutie zou door het Hof in toekomstige zaken kunnen worden gebruikt als een interpretatief referentiepunt.

- (d) Hetzelfde als onder (c), waarbij een Staat die het niet eens is met de uitkomst van een Kamerzaak, de resolutie gebruikt als ondersteuning voor een verzoek verwijzing naar de Grote Kamer (artikel 43 EVRM). Ook al is dit in verband met de tijdslimiet van 3 maanden meer een theoretische mogelijkheid, de resolutie zou dan zelfs een interpretatief referentiepunt kunnen zijn voor het geval de zaak inderdaad naar de Grote Kamer wordt verwezen.
- (e) De Staten kunnen via Verklaringen zoals de *Interlaken Declaration* (19 februari 2010), de *Izmir Declaration* (27 april 2011) of de *Brighton Declaration* het Hof uitnodigen om bepaalde werkmethoden aan te passen. Zo paste het Hof in de loop van 2011 de interne procedures op het gebied van *interim measures* ingrijpend aan.

Uitleiding

Het Hof is geen verzameling activistische en autoritaire maatschappijverbeteraars die met overschrijding van hun mandaat eenzijdig en ondemocratisch proberen hun private maatschappijvisie op te leggen aan machteloze lidstaten en die dusdoende keer op keer de soevereiniteit van de lidstaten geweld aandoen.

De rechten uit het EVRM zijn keiharde minimumrechten met betrekking waartoe de lidstaten plechtig hebben beloofd die te zullen garanderen aan een ieder die ressorteert onder hun rechtsmacht. Alleen al het feit dat het gaat om ‘rechten van de mens en fundamentele vrijheden’ geeft aan dat om heel wat meer gaat dan andere wettelijke bepalingen waardoor de nationale politiek met een simpele meerderheidsstem een streep kan zetten. Het staat een lidstaat ook niet vrij aan te geven dat men alleen op basis van ‘*pick and choose*’ mee wil doen. In het systeem van het EVRM horen de landen elkaar daarop aan te spreken binnen het Comité van Ministers.

De rechtsmacht van het Hof is interpretatie en toepassing van het EVRM.

Het Hof is in zijn interpretatiemogelijkheden weer gebonden aan de grenzen van het Weens Verdragenverdrag.

En tenzij het tegendeel echt algemeen zou worden aannemelijk gemaakt stel ik dat de rechters van het Hof slechts doen waarvoor zij zijn ingehuurd. Sterker nog, ik durf te stellen dat een heleboel lidstaten zich juist niet houden aan hun uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen. Alleen al de omstandigheid dat het Hof veel tijd moet besteden aan repetitieve schendingen – de zogenaamde ‘*manifestly well-founded*’ zaken – geeft dat aan.

Een enkele keer kan een uitspraak van het Hof wellicht even als een koude douche overkomen. Dat zal in het bijzonder het geval zijn als iets wat al jarenlang als een ingeslepen nationale traditie is geaccepteerd toch internationaal als onvoldoende is aangemerkt.

Als alle 47 lidstaten zo’n uitspraak als onterecht zouden ervaren, zal er iets mis zijn. In dat geval mag bijna worden aangenomen dat de Straatsburgse rechters te ‘*soft*’ zijn geweest. Maar ik moet de eerste uitspraak nog zien waarbij dat het geval is.

Het is nuttig om in dat verband nog eens te bedenken dat veel uitspraken die ooit bij het veroordeelde land aanleiding waren tot enige initiële opwindning, inmiddels behoren tot het ‘*acquis*’ van het Hof; tot die standaardjurisprudentie die nog maar onlangs door de EU-lidstaten plechtig is herbevestigd.

Mensenrechten zijn niet ‘*soft*’, welke harde woorden sommige politici daarover menen te moeten hanteren. En het Hof zoals ik dat ken is ook niet *soft*.