



Universiteit
Leiden
The Netherlands

"Wie zijn zij, dat zij dit mogen doen?" Over de legitimatie van Straatsburgse rechtspraak

Boogaard, G.; Uzman, J.

Citation

Boogaard, G., & Uzman, J. (2012). "Wie zijn zij, dat zij dit mogen doen?" Over de legitimatie van Straatsburgse rechtspraak. In *Preadvies voor de Staatsrechtstag voor jonge juristen 2012*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19404>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19404>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

‘Wie zijn zij, dat zij dit mogen doen?’

Over de legitimatie van Straatsburgse rechtspraak

Geerten Boogaard & Jerfi Uzman*

Abstract

Sinds 2009 groeit de kritiek op het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dat zou te veel schendingen vaststellen die weinig te maken hebben met ‘echte mensenrechten’. Lawaai van vliegtuigen, thuis bevallen, kruisbeelden in klaslokalen en een belastingaanslag voor 1737 auto’s: het zouden allemaal niet de mensenrechten zijn waarmee het Hof zich bezig zou moeten houden. De oplossing wordt vaak gezocht in het beperken van de toegang tot het Hof, in een grotere aandacht voor subsidiariteit en de ‘margin of appreciation’ en in een meer procedurele toetsing. Zulke voorstellen beknotten de waardevolle rol die het EHRM te spelen heeft bij het signaleren en agenderen van problemen die in de lidstaten over het hoofd worden gezien. Door nationale autoriteiten kritisch te bevragen op allerlei terreinen draagt het bij aan ‘good governance’ en respect voor mensenrechten. De vrees voor een te grote rol van het EHRM kan misschien beter worden weggenomen door terughoudendheid bij het formuleren van de gevolgen van de uitspraak. Het, in de Verenigde Staten ontwikkelde, model van ‘public law litigation’ kan daarbij richting geven. Zijn kwesties verder verwijderd van de kern van mensenrechten, dan zou het Hof zich kunnen beperken tot het signaleren van aandachtspunten en het faciliteren van een dialoog tussen slachtoffers en nationale overheden. Zo blijft het primaat van de grondrechtenbescherming op nationaal niveau liggen, maar draagt het Hof wel een steentje bij.

1.	Inleiding	2
2.	Contouren van de kritiek	4
3.	De stenen des aanstoots	6
4.	Van observaties naar rubricering: een ‘derde moment’ in de rechtspraak	8
5.	Aangedragen oplossingsrichtingen	11
	<i>Institutionele oplossingen</i>	11
	<i>Inhoudelijke voorstellen</i>	13
	<i>Tussenconclusie</i>	14
6.	Naar een alternatieve benadering	17
6.1	‘Wie zijn zij...? Drie opvattingen over rechters en grondrechten	18
	<i>De rechter als grensbewaker: grondrechten als grenzen</i>	18
	<i>Laat die grondrechten maar zitten: grondrechten als argumenten in de politieke arena</i>	19
	<i>De rechter als Socrates: grondrechten als kader</i>	21
	<i>Synthese</i>	22
6.2	Ter inspiratie: ‘public law litigation’ en de invulling van het derde moment	23
6.3	Het derde moment in de rechtspraak van het EHRM	26
	<i>De verplichtingen die volgen uit een geconstateerde schending</i>	27
	<i>Billijke genoegdoening</i>	28
	<i>Zal ik even met je meedenken?</i>	29
	<i>De pilot-judgments</i>	31
	<i>Resumerend</i>	32
7.	Conclusies en aanbevelingen	34

* Geerten Boogaard en Jerfi Uzman zijn als promovendi verbonden aan de afdelingen staats- en bestuursrecht van, respectievelijk, de Universiteit van Amsterdam en de Universiteit Leiden. Dit is nog een ruwe, onbewerkte, tekst.

1. Inleiding

Als toeristische bestemming is Rusland dezer dagen hip. Toch kan het in dat land nog best vervelend toeven zijn. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan daarover meepraten. Voormalig Hofpresident Wildhaber klaagde ooit dat hij er opzettelijk vergiftigd was.¹ Later erkende hij de mogelijkheid dat hem geen andere behandeling ten deel was gevallen dan de doorsnee gast in een Russisch restaurant.² Slechtere reclame voor de Russische *cuisine* lijkt nauwelijks denkbaar. Met Wildhaber liep het dan tenminste nog goed af. Dat kan niet worden gezegd van Ramazan Umarov, Vidzha Umayev en Timur Mezhidov. Drie jongemannen die in 2006 en 2007 verdwenen na te zijn opgepakt. Het Hof verklaarde onlangs klachten van hun familie gegrond. De verdwijning en het gebrekkige onderzoek dat ernaar was gedaan leverden strijd op met een reeks verdragsartikelen.³

Op dezelfde dag dat het Hof uitspraak deed in de zaken van Umarov en Umayev, nam het ook een schending aan in een zaak tegen Noorwegen. Wie al een wandelvakantie naar de fjorden had geboekt hoeft echter niet geschrokken naar de annuleringsverzekering te grijpen. Het is zelfs aan te raden daar nog snel een vakantiehuis te leasen. De Noorse wetgeving is nogal voordelig voor de leasener. Zo voordelig dat het Hof er een schending van het eigendomsrecht van grondeigenaren in zag.⁴ Het feit dat leaseners tot in lengte van dagen recht hadden op dezelfde leaseprijs ontnam die eigenaren de mogelijkheid hun grond marktconform te verhuren. Ook de Noorse wetgever had onvoldoende onderzoek gedaan, in dit geval naar de gevolgen van de wetgeving voor grondeigenaren. Noorwegen, zo vond het Hof derhalve:

*‘should take appropriate legislative and/or other general measures to secure in its domestic legal order a mechanism which will ensure a fair balance between the interests of lessors on the one hand, and the general interests of the community on the other hand’.*⁵

De uitspraken in de zaken tegen Rusland en Noorwegen waren niet de enigen die dag. Het Hof sprak zich in nog eens 24 andere zaken uit. Zo verklaarde het onder meer dat Turkije ten onrechte geen stelsel van gewetensbezwaren voor de militaire dienstplicht had, sprak het zich uit over de vraag of het ophangen van vuile was voor het Hongaarse parlement te beschouwen was als *political expression*, en veroordeelde het Slowakije omdat dat land een zekere N.B. gedwongen had gesteriliseerd. Het Hof heeft het, kortom, druk. Druk met zaken waarin het gaat om dood, verdwijning of bedreiging, om detentieomstandigheden, om zaken waarin het gaat om leasecontracten, het recht op thuis te bevallen en om een vegetarisch dieet in de gevangenis. Het Hof gaat, kortom, over zo ongeveer alles.

Moeten we dat verkeerd vinden?

Over die vraag gaat het in dit preadvies. Sinds 2009 is er, eerst op de Britse eilanden, later ook in Nederland, een groeiend gevoel van onbehagen. Dat Hof doet ‘te veel’. Dat is niet goed voor dat Hof zelf, want men raakt daar ernstig overwerkt – kan ook best een schending zijn van artikel 3 EVRM, of van artikel 8, is maar hoe men het

¹ L. Harding, ‘I was poisoned by Russians, human rights judge says’, *The Guardian* 1 februari 2007.

² F. Jensma, ‘De stelling van Wildhaber en Costa: je mag geen wettelijk vacuüm scheppen zoals in Guantánamo’, *Website NRC Handelsblad*, 10 februari 2007.

³ EHRM 12 juni 2012, no. 47354/07 (*Umayevi t. Rusland*); EHRM 12 juni 2012, no. 2546/06 (*Umarovi t. Rusland*).

⁴ EHRM 12 juni 2012, no. 13221/08 en 2139/10 (*Lindheim e.a. t. Noorwegen*).

⁵ Vgl. par. 137 van het arrest.

bekijkt – en dat is ook niet goed voor ons omdat we niet willen dat ongekozen ‘Poolse rechters’ ons de wet voorschrijven, of omdat een Europees hof voor veel van zulke zaken niet bedoeld is. Dat vinden niet alleen diegenen die eigenlijk in het geheel niets van een Europese mensenrechter moeten hebben, maar ook sommige *court watchers* die de rechtspraak van het Hof al jaren serieus, met plezier en in veel zij het lang niet in alle gevallen met instemming begroeten.⁶ Moet het Hof zich daar iets van aantrekken? Moet het zich inderdaad niet meer inlaten met mensen die alleen maar klagen dat ze motorrijtuigenbelasting hebben moeten betalen voor 1737 auto’s en die menen, ondanks die 1737 bolides toch nog recht te hebben op sociale zekerheid?⁷ Of zou het zonde zijn als het Hof zich zulke kwesties niet meer zou aantrekken?

Dat zijn de vragen die in dit preadvies centraal staan. De invalshoek is hier niet zozeer de werklast van het Hof, hoewel dat een gevoelig pijnpunt is, maar de principiële kritiek die de afgelopen jaren is losgebarsten in de literatuur. Voor de ongeduldige lezer: in het preadvies wordt verdedigd dat het Hof een waardevolle rol speelt, ook in die zaken die door de meeste auteurs momenteel niet als ‘echte’ grondrechtelijke kwesties worden aangemerkt. Grondrechtelijke kwesties hoeven in onze ogen niet heel bijzonder te zijn om een Straatsburgse rol te rechtvaardigen. Wel wordt het Hof opgeroepen tot een gedifferentieerde benadering met betrekking tot het effect van zijn uitspraken. Een zaak over het recht om thuis te bevallen, over 1737 Lada’s, of over een leasecontract verdient een andere behandeling dan een zaak over de verdwijning van burgers of de foltering van een gedetineerde. In die laatste zaken is een ferm Hof onontbeerlijk. In de eerste gevallen is het juist zaak ruimte te laten voor discussie op nationaal niveau. Het Hof kan daar op inspelen. Anders dan reeds door anderen betoogd, is de strekking van dit preadvies echter niet dat het Hof die zaken niet zou mogen behandelen, of dat het daarin nog marginaler dan nu het geval is moet toetsen. De bedoeling is juist dat het Hof zegt wat het op zijn lever heeft. Zo lang dat maar niet het laatste woord is.

Om bij dat advies aan het EHRM te komen, wordt het volgende spoorboekje aangehouden. Eerst schetsen we de contouren van de recente kritiek op het Hof (par. 2) en op de zaken die in dat verband veelvuldig worden genoemd (par. 3 en 4). Vervolgens worden de voorgestelde oplossingsrichtingen besproken (par. 5). Het preadvies zwenkt vervolgens naar een korte beschouwing over de rol van de rechter bij de bescherming van grondrechten in het algemeen en de rol van het EHRM in het bijzonder (par. 6). Over de implicaties die dat heeft voor de wijze waarop het Hof invulling geeft aan zijn uitspraakbevoegdheden gaat het in paragraaf 8. Het kader dat daarvoor gebruikt wordt, een uit de Amerikaanse literatuur stammend verschijnsel genaamd *structural* of *public law litigation*, wordt besproken in paragraaf 7. We sluiten af met wat korte aanbevelingen voor het Hof.

⁶ Vgl. voor de eerste categorie o.a.: Leonard Hoffmann, *The universality of human rights* Judicial Studies Board Annual lecture van 19 maart 2009, en Thierry Baudet, ‘De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat’, in: S. Harchaoui en J. Jonkers (red.), *Leve de rechtsstaat*, Den Haag: Boom Lemma 2010, p. 65-80. Bij de tweede categorie denken wij aan Janneke Gerards, *Het prisma van de grondrechten*, Oratie Radboud Universiteit Nijmegen, 2011 (Gerards 2011B), en aan diverse ‘bezorgde vrienden’ van het Hof, in de o.a. door Gerards geredigeerde bundel *Amici Curiae – Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012. Zie voor een uitgebreider overzicht: J.H. Gerards, ‘Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?’, *NJB* 2011/518, p. 608 en T.P. Spijkerboer, ‘Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’, *NJB* 2012/242, p. 254-262.

⁷ EHRM 14 februari 2012, no. 7094/06 (*Romet t. Nederland*).

2. Contouren van de kritiek

Voor Nederland was politieke kritiek op het Europees Hof van de Rechten voor de Mens in Straatsburg lange tijd onweer in de verte. In Italië, daar waren ze kwaad. Wie Rome op de verplichte kruisbeelden in openbare klaslokalen durfde aan te spreken mocht niet anders verwachten dan dat zelfs de hoogste regeringskringen zich er mee zouden bemoeien.⁸ Ook van de Britten was al langer bekend dat warme gevoelens voor het EHRM daar bij tijd en wijle ver te zoeken zijn. Sceptis over Europa en mensenrechten hebben in het eilandenrijk een lange geschiedenis. Hoewel de Britse regering ooit mede aan de wieg stond van het EHRM was de gedachte – overigens net als in Nederland – lange tijd dat het verdrag voornamelijk een stok was waarmee het *Foreign Office* de Russen kon slaan. Enthousiasme voor het Hof was er vanaf het begin af aan ver te zoeken.⁹

In 2009 zette Lord Hoffmann de Britse bezwaren eloquent op een rij.¹⁰ Een Hof dat laag overvliegende vliegtuigen iets te maken vindt hebben met mensenrechtenbescherming is de weg kwijt.¹¹ Een Hof overigens, dat er beter helemaal niet had kunnen zijn. Mensenrechten, aldus de Britse voormalige opperrechter die ooit even in de problemen kwam vanwege te innige banden met Amnesty International, zijn een kwestie van internationale politiek en niet van een rechterlijke instantie.¹² Tegen een rol voor de rechter bij het beschermen van grondrechten had Hoffmann overigens niets, maar dan moest het een, diep in de nationale cultuur gewortelde rechter zijn, zoals het Amerikaanse *Supreme Court*, geen verre Straatsburgse vrienden.

De kritiek van Hoffmann culmineerde in een heus partijtje constitutioneel armpjedrukken tussen Westminster en Straatsburg toen de Britse regering door het Hof vermanend werd toegesproken over de kwestie van het kiesrecht voor gedetineerden.¹³ Die kwestie was actueel geworden nadat een zekere Hirst in Straatsburg gelijk had gekregen met zijn betoog dat het categorisch uitsluiten van alle gevangen van het kiesrecht in strijd is met het Eerste Protocol bij het EVRM.¹⁴ Op de vermaning door Straatsburg, daar na zes jaar eindelijk nu eindelijk eens wat aan te gaan doen, volgde van Britse zijde een verbale steniging van het Hof in het *House of Commons* en een premier die verklaarde dat de gedachte aan stemmende gevangen hem ‘*physically ill*’ maakte.¹⁵ Al snel ging het debat niet meer over de redelijkheid van een regel die gedetineerden in alle gevallen het stemrecht ontnemt, maar alleen nog over de vraag wie die Straatsburgse rechters wel waren, dat zij daarover iets meenden te moeten en kunnen zeggen.¹⁶ Een nieuwe regeling is er dan ook nog niet, een

⁸ EHRM 3 november 2009, nr. 30814/06 (Lautsi t. Italie). Die kwestie is nu van tafel, omdat de Grote Kamer verplichte kruisbeelden binnen de *margin of appreciation* oordeelde. Vgl. EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (Lautsi t. Italie).

⁹ Zie daarover uitvoeriger: J. Uzman, ‘Straatsburg en Westminster – Over de rol van het EVRM in de Britse rechtspraak’, in: J.P. Loof & R.A. Lawson (red.), *60 Jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: een lichtend voorbeeld?*, NTM-NJCM-Bulletin 2010, pp. 766-780, m.n. p. 770.

¹⁰ *The universality of human rights* Judicial Studies Board Annual lecture van 19 maart 2009.

¹¹ EHRM 2 oktober 2001, nr. 36022/97 (Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk). Later herzien door de Grote Kamer: EHRM (GK) 8 juli 2003, nr. 36022/97 (Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk).

¹² Vgl. HL 17 december 1998, [1999] UKHL 52 (*In re Pinochet*).

¹³ EHRM 23 november 2010, EHRC 2011/20 m.nt. De Lange, AB 2011/123 m.nt. Uzman (Greens & M.T. t. Verenigd Koninkrijk). De beeldspraak van het constitutioneel armpjedrukken treft men aan in de annotatie van De Lange onder EHRC 2011/20.

¹⁴ EHRM 30 maart 2004, nr. 74025/01, (Hirst t. Verenigd Koninkrijk (No. 2)). Later bevestigd in EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 74025/01, (Hirst t. Verenigd Koninkrijk (No. 2)).

¹⁵ Deze discussie is goed te volgen via www.ukhumanrightsblog.com.

¹⁶ E.e.a. wordt treffend geïllustreerd door de bijdrage van de Conservatieve *Attorney General* Dominic Grieve tijdens het debat in het Lagerhuis naar aanleiding van het arrest *Greens & MT t. Verenigd Koninkrijk* Zie daarvoor: *Hansard* HC 10 februari 2011, columns 514, 517.

zorgelijk gegeven gelet op het feit dat de termijn van zes maanden die het Hof de Britse autoriteiten gunde – in de tussentijd zou men in Straatsburg even geen Britse gedetineerden op de koffie ontvangen – weliswaar even was opgeschort maar intussen opnieuw is gaan lopen nadat het Hof in een zaak tegen Italië volhield dat een *blanket ban* ontoelaatbaar is.¹⁷ In plaats van hervormingen van het kiesrecht, lijken de plannen van het Britse kabinet dezer dagen vooral hervormingen van het EHRM te betreffen. Op een Top in Brighton stelde de Britse regering, blijkens gelekte stukken, onder meer voor de *margin of appreciation* in het Verdrag te zetten, werk te maken van een systeem van prejudiciële – niet bindende – advisering door het Hof, en de ontvankelijkheidsvoorwaarden van klachten in Straatsburg vergaand te verscherpen.¹⁸ Met name het voorstel om zaken waarover reeds bij de nationale rechter was geprocedeerd niet-ontvankelijk te verklaren trok de aandacht. De meeste, en in elk geval de vergaande, voorstellen haalden het niet.

Hoewel de Britten duidelijk voorop lopen in de, weinig stille, kruistocht tegen het Hof, staan zij daarin niet alleen. Bij de de zuiderburen bijvoorbeeld, nam de voorzitter van het Grondwettelijk Hof, Bossuyt, stelling tegen met name de opstelling van Straatsburg in vreemdelingenzaken en de sociale zekerheid.¹⁹ De kritiek van de Belgische rechter was echter in hoge mate juridisch-technisch van aard, en zijn kritiek lijkt de Belgische autoriteiten vooralsnog niet tot politieke actie te hebben aangezet. Ook de duidelijke streep in het zand die het Duitse *Bundesverfassungsgericht* al jaren geleden in de welbekende zaak van meneer *Görgülü* zette valt moeilijk als kritiek op de rechtspraak van het Hof te construeren.²⁰ Weliswaar behoudt het BVerfG zich het recht voor om er een andere dan de Straatsburgse opvatting op na te houden in zaken waarin sprake is van een botsing van grondrechten, maar het recente verleden laat zien dat de Duitse rechter vrijwel steeds bereid is om de eigen rechtspraak zonodig loyaal aan te passen.²¹ Over de Duitse koers wordt doorgaans dan ook niet gesproken in termen van kritiek, maar in termen van rechterlijke of transnationale dialoog.²²

Voor de echte aansluiting bij de Britse kritiek moet men tegenwoordig in Den Haag zijn. Dat is niet altijd zo geweest. Zoals gezegd, kon het EHRM in Nederland lange

¹⁷ EHRM (GK) 22 mei 2012, nr. 126/05 (Scoppola t. Italië (No. 3)). Zie ook het persbericht over de gevolgen voor het Verenigd Koninkrijk, dat het EHRM ter gelegenheid van die uitspraak uitbracht.

¹⁸ Zie voor een bespreking van de gelekte voorstellen: Noreen O'Meara, 'Reforming the European Court of Human Rights: The Draft Brighton Declaration', *UK Constitutional Law Group Blog*, 1 maart 2012 (te vinden op <http://ukconstitutionallaw.org>). Voor een bespreking van het eindresultaat van de Top in Brighton kan men ook bij Noreen terecht: 'Brighton Rocked! Next steps for reforming the European Court of Human Rights', *UK Constitutional Law Group Blog*, 20 april 2012.

¹⁹ Vgl. M. Bossuyt, 'Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations', *Human Rights Law*

Journal 2007, pp. 321-332; M. Bossuyt, 'Judges on Thin Ice: The European Court of Human Rights and the

Treatment of Asylum Seekers', *Inter-American and European Human Rights Journal* 2010, p. 47; M. Bossuyt, *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Brussel: Bruylant 2010. Tot slot: M. Bossuyt: "Mensenrechtenhof gaat boekje te buiten in asielzaken" *Gazet van Antwerpen* 11 mei 2010.

²⁰ BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü I*). Zie tevens: BVerfG 23 juni 1981, *BVerfGE* 58, 1 (*Eurocontrol I*).

²¹ Vgl. in dat verband de recente ontwikkelingen op het terrein van de Duitse TBS-maatregelen. Hoewel het BVerfG de Duitse wetgeving op dit punt eerder in overeenstemming achtte met het *Grundgesetz*, ging men, naar aanleiding van Straatsburgse rechtspraak, om. Zie BVerfG 4 mei 2011, 2 *BvR* 2365/09. Daarover uitvoeriger o.a. de annotaties van De Lange en Uzman onder, respectievelijk EHRM 9 juni 2011, *EHRC* 2011/119 m.nt. De Lange (*Schmitz t. Duitsland*), en EHRM 13 januari 2011, *EHRC* 2011/50 m.nt. Uzman (*Kallweit t. Duitsland*).

²² Zie de hiervoor genoemde annotaties. Tevens: E. Hey, R. de Lange & P.A.M. Mevis, 'De transnationale dialoog tussen rechters inzake afstemming van Europese en nationale grondrechten', *NJB* 2005/33, pp. 1734-1736.

tijd geen kwaad doen. In de discussie over de wenselijkheid van constitutionele toetsing kon Halsema bijvoorbeeld naar uitspraken van het Hof verwijzen ter illustratie van de gevallen waarin de Nederlandse rechter op basis van de eigen Grondwet iets had kunnen bijdragen. Andersom werd als tegenargument aangevoerd dat Halsema's wens overbodig was 'omdat we toch Straatsburg al hadden.'²³ Maar de wind is inmiddels uit een andere hoek gaan waaien. Het bal werd geopend door Baudet die de hoofdlijnen van Hoffmanns kritiek in het NRC publiceerde.²⁴ Enige verschil was dat de subtiële *Britishness* waarmee Lord Hoffmann de kwestie had benaderd, nu was vervangen door Hollandse directheid: het Hof was een veelkoppig monster dat als een natte deken de laatste resten van democratie en nationale soevereiniteit verstikte. Immers, alles wat het Hof aanraakte veranderde in grondrechten. De daarop volgende discussie is al door anderen verhelderend in kaart gebracht.²⁵ Van belang is hier vooral dat de kwestie al snel een politieke dimensie kreeg. Een paar dagen later lag er een motie van de CDA-kamerleden Çörüz en Omtzigt, waarin de opvatting werd geventileerd dat 'in recente zaken het EHRM vergaand heeft ingegrepen in nationale wetgeving' en dat er dus reden is om het Hof langs verschillende wegen tot meer terughoudendheid te manen.²⁶ De toon van het kabinet-Rutte veranderde ook snel ten opzichte van de *Four Freedoms Award* die premier Balkenende niet lang daarvoor aan het EHRM had uitgereikt. Minister Opstelten stelde de Staten-Generaal op de hoogte van een zuinig kabinetsstandpunt in de richting van het Hof.²⁷ Die nieuwe koers was zo zuinig, dat de Adviesraad internationale vraagstukken met een briefadvies het voor het Hof probeerde op te nemen.²⁸ Ondertussen meldde de top van de VVD-fractie zich in het debat door eerst in zijn algemeenheid te mopperen over het EHRM²⁹ en later voor te stellen dat het tijd werd de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde nog maar eens kritisch tegen het licht te houden.³⁰ Tenslotte bemoeide ook de *Teldersstichting*, het wetenschappelijk bureau van de VVD, zich in kritische zin met het Hof.³¹ De directeur van de *Teldersstichting* deed er nog een schepje bovenop en trok van leer tegen het idee van een verdrag in zijn algemeenheid. Dat is immers 'een beslissing van onze voorouders' die feitelijk 'de rechterlijke kaste' aan de macht helpt.³² Wanneer zo dicht bij de macht ook de voor reflectie ingehuurd figuren dit soort dingen beweren, dan kunnen we ons inmiddels wel in het rijtje met het Verenigd Koninkrijk en Italië plaatsen. De bui is – kortom – ook hier losgebarsten.

²³ Handelingen en Kammerstukken Eerste Kamer.

²⁴ Thierry Baudet, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie', *NRC Handelsblad* 13 november 2010. Later: Thierry Baudet, 'De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat', in: S. Harchaoui en J. Jonkers (red.), *Leve de rechtsstaat*, Den Haag: Boom Lemma 2010, p. 65-80.

²⁵ J.H. Gerards, 'Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?', *NJB* 2011/518, p. 608 en T.P. Spijkerboer, 'Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NJB* 2012/242, p. 254-262.

²⁶ *Kamerstukken II*, 32 500 VI, nr. 29. De motie werd na veel (interne) kritiek aangehouden en is nooit in stemming gekomen.

²⁷ *Kamerstukken II*, 32 735, nr. 32.

²⁸ Adviesraad internationale vraagstukken, november 2011, Briefadvies no. 18.

²⁹ Stef Blok & Klaas Dijkhoff, 'Leg het Europees Hof aan banden', *De Volkskrant* 7 april 2011.

³⁰ Stef Blok, Klaas Dijkhoff & Joost Taverne, 'asdf', *NRC-Handelsblad*, 23 februari 2012

³¹ J.K. Wiebenga e.a., *Onbetwistbaar recht?*, Den Haag: Teldersstichting 2012. T. Zwart, die curator is van de Teldersstichting en meeschreef aan de VVD-studie, had zich al eerder gemeld in het *NRC-Handelsblad* ('Bied dat mensenrechtenhof weerwerk', 17 januari 2011) en het *NJB* ('Een steviger opstelling tegenover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de rechtsstaat' 2011/343).

³² P.G.C. van Schie, 'Regeert de rechterlijke kaste' *Trouw* 19 oktober 2011.

3. De stenen des aanstoots

Wat nu van die kritiek op de rechtspraak van het Hof te vinden? Om daar iets zinnigs over op te kunnen merken, moeten we eerst wat zicht krijgen op de kern van die kritiek, en dat is nog niet zo eenvoudig vast te stellen. Er figureert nogal wat retoriek in de discussie over het EHRM, en een reeks doctrines zoals de *margin of appreciation*, de evolutieve interpretatie en de *common ground* benadering, passeert – volgens sommigen ten onrechte – de revue. Nu wordt de kritiek veelal gestaafd aan de hand van voorbeelden. Hoewel die – Gerards wees daarop eerder – in sommige gevallen nogal selectief worden uitgekozen en zelden representatief zijn voor het werk van het Hof, illustreren zij mogelijk wel waar de pijn volgens de critici zit.³³ Wat hier volgt zijn wat losse observaties met betrekking tot die voorbeelden, alvorens we doorgaan met een bespreking van de voorgestelde oplossingsrichtingen.

Allereerst hebben de meest gebruikte voorbeelden veelal weinig relevantie voor Nederland.

Neem het eerste *Lautsi*-arrest waartegen stevig partij gekozen is. Zwart meent dat het Hof in die zaak volledig de weg kwijt is omdat het beginsel van het secularisme in het hele verdrag niet voorkomt.³⁴ Ene Dimitrov haalt in *De Volkskrant* niet minder hard uit: de uitspraak gaat schaamteloos voorbij aan de belangen van een land en toont geen enkele gevoeligheid voor de Italiaanse geschiedenis.³⁵ Die kritiek lijkt vooral een kwestie van principe en van solidariteit met de Italianen. Nederland heeft geen verplichte kruisbeelden in de klaslokalen van openbare scholen en zelfs de katholieke achterban van het CDA heeft haar smaldeel in het kabinet nooit opgeroepen iets dergelijks voor de toekomst te overwegen. Iets soortgelijks geldt voor de sympathie uit de hoek van de critici aan de dag gelegd wordt voor het Britse verzet tegen het stemrecht voor gedetineerden.³⁶ Die sympathie lijkt hier te lande niet te gelden voor de Britse regel als zodanig. Vooralsnog bepleit niemand een algehele uitsluiting van gedetineerden. Geen van de critici is bovendien in staat geweest om een duidelijk nationaal *issue* te formuleren dat we gezamenlijk moeten verdedigen tegen een agressief Hof. Er is niemand ‘*physically ill*’ geworden van de Wet BOPZ die er is gekomen na het *Winterwerp*-arrest.³⁷ Op dit beeld bestaat eigenlijk maar een uitzondering: daags na de aftrap van Baudet meldde een zekere mr. H. Gerbrandij zich met de klacht dat het *Bentham*-arrest ons van ons Kroonberoep beroofd had.³⁸ Hij was – als enige – niet alleen *tegen* de rechtspraak van het Hof, maar ook *voor* iets concreets waar we trots op moesten zijn en voor hadden moeten vechten. Als we dus vinden dat die uitspraken van het Hof te ver gaan, dan is dat niet omdat wij het met de *uitkomst* noodzakelijkerwijs oneens zijn.

³³ J.H. Gerards, ‘Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?’, *NJB* 2011/518, p. 608. Zie ook J. Goldschmidt, ‘Houdt Grondwet in ere, heren politici’ *De Volkskrant* 11 april 2011; E. Dommering, W. Hins, R. Lawson en J. Peters, ‘Met Europese verdrag voor Mensenrechten is niets mis’, *De Volkskrant* 11 april 2011.

³⁴ T. Zwart ‘Bied dat mensenrechtenhof weerwerk’, *NRC-Handelsblad* 17 januari 2011

³⁵ S. Dimitrov ‘Straatsburgs hof ondermijnt de soevereiniteit van de lidstaten’ *De Volkskrant* 9 december 2010.

³⁶ Thierry Baudet, ‘Brits verzet tegen Europees Hof is terecht’, *NRC-Handelsblad* 14 februari 2011. Genuanceerder, maar eveneens kritisch is o.a. Broeksteeg: Hansko Broeksteeg, ‘Schoenmaker, blijf bij je leest – Over subsidiariteit en staatsinrichting’, in: J.H. Gerards & A. Terlouw (red.), *Amici Curiae – Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, pp. 35-44, op pp. 39-40.

³⁷ EHRM 24 oktober 1979 nr. 6301/73 (*Winterwerp t. Nederland*).

³⁸ Mr. H. Gerbrandij, ‘De invloedssfeer van het Europees Hof reikt inderdaad ver’ *NRC-Handelsblad* 20 november 2010.

Gaat dat ook nog op als we het hebben over die andere uitspraak die de pennen in beweging heeft gezet: *M.S.S. tegen Griekenland en België*?³⁹ In die uitspraak oordeelde het Hof dat in het voorliggende geval het terugsturen van een asielzoeker naar Griekenland in strijd komt met artikel 3 EVRM. De kritiek die op deze uitspraak werd geleverd lijkt juist vooral ingegeven door de immense gevolgen die het arrest kan hebben, niet alleen voor de Belgische asielprocedure maar ook voor de Nederlandse, en in bredere zin het asielrecht in de Europese Unie en het Unierechtelijke interstatelijke vertrouwensbeginsel. Maar hoewel de pijn hier wel zat in de *gevolgen* van de uitkomst, zat die er duidelijk minder in de inhoudelijke uitkomst zelf. Afgezien van wat procedurele kritiek, zoals van onder meer Zwart, ontkende niemand de abominabele omstandigheden in de Griekse asielcentra, en er lijken ook geen commentatoren te zijn die vinden dat asielzoekers wél zulke omstandigheden verdienen. Probleem zou vooral zijn dat Straatsburg met de uitspraak het beleid van de Unie doorkruiste.⁴⁰

De tweede observatie is dat de aangevoerde zaken en de kritiek daarop vaker *de kring van beschermden* lijken te betreffen dan het *niveau van bescherming*. De bescherming die het Hof biedt aan asielzoekers die dreigen te worden teruggestuurd naar Griekenland is in de kern niet anders dan de bescherming die het Hof ook biedt aan wie dreigt te worden uitgeleverd aan een land waar hij mogelijk op *death row* eindigt.⁴¹ Toch gaat de kritiek alleen over de bescherming die aan de asielzoeker geboden wordt. Iets vergelijkbaars geldt voor de fanatiek aangevallen uitspraak in de zaak van Koua Poirrez tegen Frankrijk.⁴² In die zaak veroordeelde het Hof Frankrijk voor discriminatie omdat een voorziening voor gehandicapten weigerde aan iemand die na zijn 18^e geadopteerd was door een Fransman, maar door de meerderjarigheid de Franse nationaliteit niet kon verwerven krachtens de adoptie. Hij verbleef wel legaal in Frankrijk. Toen het Hof Frankrijk veroordeelde had de Franse wetgever de nationaliteitseis inmiddels al laten vallen en genoot Poirrez dezelfde voorzieningen als aan gehandicapte Fransen beschikbaar worden gesteld. Toch schrijven Blok en Dijkhoff verontwaardigd dat iemand die nooit had bijgedragen aan de sociale zekerheid en ook de Franse nationaliteit niet had toch recht had op een uitkering. Die kritiek richt zich specifiek op de kring van beschermden en niet op het niveau van de bescherming. Hetzelfde kan gezegd worden van de kritiek op de rechterlijke uitspraken waarin rechten van krakers beschermd worden. Daar gaat het niet om het niveau van bescherming van het huisrecht, maar om de vraag of krakers dat wel verdienen. Met enige overdrijving kan misschien worden betoogd dat de gebruikte voorbeelden erop wijzen dat de mensenrechten in de ogen van de criticasters meer moeten ‘verburgerlijken.’ Waar het Hof van oudsher en krachtens artikel 1 EVRM de bescherming van ‘een ieder’ ter hand neemt, komt het in botsing met een beweging die een veel positievere invulling van beschermwaardig burgerschap nastreeft: premie afdragen, huur betalen en elkaar aankijken op straat.

4. Van observaties naar rubricering: een ‘derde moment’ in de rechtspraak

Kunnen we de pijnpunten, aan de hand van deze schetsmatige observaties nu rubriceren?

³⁹ EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011/42 m.nt. Woltjer (*M.S.S. t. Griekenland en België*).

⁴⁰ Die kritiek kan intussen overigens genuanceerd worden, nu ook het Hof van Justitie de zorgen van het EHRM heeft overgenomen en tot Unierechtelijk probleem heeft bevorderd. Vgl. HvJEU 21 december 2011, *Gev. Zaken C-411/10 en C-493/10 (N.S.)*.

⁴¹ EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*).

⁴² EHRM 30 september 2003, nr. 40892/98 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*).

Je zou kunnen zeggen dat de kritiek op de rechtspraak van het EHRM te analyseren is aan de hand van een aantal ‘beslismomenten’ in de rechtspraak van het Hof. Op het bestaan van zulke beslismomenten is in de Nederlandse context een aantal jaren terug al eens gewezen door Evert Alkema, waarbij hij het overigens geenszins uitsluitend had over de Straatsburgse rechtspraak.⁴³ Alkema maakte een onderscheid tussen het ‘institutionele moment’, het moment in de rechterlijke beslissing waarin de rechter zich afvraagt of de kwestie er een voor hem is, en het, wat wij dan maar noemen, juridisch-technische of ‘inhoudelijke’ moment, het moment dus waarin de rechter de rechtsvraag ook daadwerkelijk beslist. Uiteraard zijn deze momenten niet altijd uit elkaar te halen en werken ze op elkaar in. Toch blijft het een bruikbaar onderscheid. Maar de tweedeling blijft wat aan de botte kant. Het gaat immers niet alleen om de vraag óf de rechter een kwestie aan zich trekt, maar ook om de vraag hoe hij daarmee, gegeven zijn beslissing in het inhoudelijke moment, mee moet omgaan. Je zou daarom kunnen zeggen dat er nog een derde moment is, namelijk het moment waarin de rechter zich het hoofd breekt over de rechtsgevolgen van zijn uitspraak, of over de remedie die hij de gelijk hebbende maar gedupeerde partij te bieden heeft. Laat de rechter een wettelijke regeling buiten toepassing, of past hij die, in het hem voorgelegde geschil, wat gemodificeerd toe? Of ziet hij daarvan af omdat hij meent dat de rechtsvraag er weliswaar een voor hem is, maar niet de kwestie van het bieden van rechtsherstel? En als hij dan besluit tot het buiten toepassing laten van de regeling, formuleert hij dat dan zodanig dat ook derden daaraan in volgende procedures concrete aanspraken aan kunnen ontleen, of maakt hij duidelijk dat het enkel om dit ene geval gaat? Verplicht de rechter tot compensatie van de gedupeerde partij, of meent hij dat zijn signaal aan wetgever of bestuur voldoende is? En als hij dan besluit tot het toekennen van een schadevergoeding, gaat het hem dan alléén om de klager of nodigt hij anderen als het ware uit om hem ook voor een soortgelijke zak met geld te benaderen? Zulke kwesties vinden we in het zogenaamde ‘derde moment’.

Hoe dan de zojuist besproken kritiek in te passen in die verschillende momenten?

Op het eerste gezicht lijkt veel van de kritiek zich te richten op de eerste twee momenten: de inhoudelijke vraag of het verdrag geschonden is en de vraag of de kwestie wel er wel een is voor de Europese rechter. Dat is bijvoorbeeld het geval met de zojuist genoemde zaak *Lautsi*. Zwart levert op dat arrest juridisch-inhoudelijke kritiek: het Hof zou te ver verwijderd zijn geraakt van de tekst van het Verdrag, dat immers geen eisen stelt aan het seculiere karakter van de lidstaten.⁴⁴ Baudet heeft zich minder in de finesses van de Straatsburgse rechtspraak verdiept. Het kan volgens hem gewoon niet zo zijn dat uitgerekend het *Europese* Hof zich met een zo politiek en cultureel gevoelige kwestie als crucifixen in klaslokalen bezig gaat houden. Waarom niet? Omdat dat behoort tot kwesties die onderwerp zijn ‘van heftig debat omdat mensen er verschillend over denken’. Waarom, aldus Baudet, ‘zou een stel anonieme “rechters” in Straatsburg hun opvattingen over die kwesties aan de rest van Europa mogen opleggen?’⁴⁵ Een soortgelijke redenering volgen twee Nijmeegse kameraden van het Hof, Schutgens en Sillen, wanneer zij het Hof een terughoudender opstelling adviseren. Waar een weldenkende persoon redelijkerwijs kan betwijfelen of een EVRM-recht is geschonden, zou het Hof ervan af moeten zien een schending te constateren, zeker waar het om politiek gevoelige kwesties gaat. Voorbeeld van zo’n ‘redelijk’ geval, waar het Hof in het verleden de mist in ging, is volgens het duo de eerder genoemde zaak *Hirst* over het kiesrecht voor gedetineerden. Artikel 3 EP zegt immers niets over de criteria op basis waarvan

⁴³ E.A. Alkema, ‘Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen’, *NJB* 2000/1053.

⁴⁴ Zwart 2011, *a.w.* (voetnoot 34).

⁴⁵ Baudet 2010, *a.w.* voetnoot 24.

kiesrecht kan worden toegekend of kan worden ontzegd, en bovendien kwam kiesrechtuitsluiting voor gedetineerden in het Europa van de vijftiger jaren regelmatig voor.⁴⁶

In dat eerste moment kan men ook het ongemak van Gerards scharen, wanneer zij de zaak *Ternovszky t. Hongarije* aanhaalt.⁴⁷ Het Hof overwoog in die zaak dat het recht om thuis te bevallen onder het bereik van artikel 8 EVRM te scharen is. Volgens Gerards rechtvaardigt een dergelijke kwestie niet de bemoeienis van het Straatsburgse Hof. De kwestie is te triviaal, staat in een te ver verwijderd verband met wat échte grondrechten zijn en kan daarom, aldus Gerards, beter worden opgelost door de nationale rechter. Wat men dus ook vindt van de inhoudelijke kant van de zaak van mevrouw Ternovszky en haar kraamwensen, het is geen kwestie voor Straatsburg. De kritiek van de Belgische rechter Bossuyt tenslotte, richt zich ook op de vraag of bepaalde kwesties wel voor het Hof zijn: moet dat zich, door middel van *interim measures* wel ontwikkelingen tot Europese voorzieningenrechter, en ‘gaat’ het Hof niet over te veel als het zich ook al met allerlei sociale zekerheidskwesties gaat bemoeien?

Dat betekent niet dat de kritiek beperkt blijft tot de eerste twee momenten. Zoals wij zagen ging het bij de zaak *M.S.S. t. Griekenland en België* minder om de inhoudelijke kwestie maar vooral om de gevolgen van dat arrest voor de Unie en haar lidstaten. In dezelfde zin is de kritiek van Britse rechters op te vatten wanneer zij vinden dat het EHRM niet zo streng moet zijn in het afwijzen van zogenaamd ‘*hearsay evidence*’, bewijs dat is verkregen dankzij verklaringen van getuigen die niet meer gehoord kunnen of willen worden.⁴⁸ Dat zou er toe leiden dat er ernstige problemen zouden ontstaan in de Britse rechtsorde en mogelijk tot gevolg hebben dat een reeks criminelen de straten van Londen onveilig zou maken.⁴⁹ Soortgelijke commentaren treft men in Nederland aan met betrekking tot de inmiddels beruchte *Salduz-jurisprudentie*.⁵⁰ Kennelijk zit de pijn hier niet bij het feit *dat* het Hof zich over de desbetreffende kwestie uitgesproken heeft, en evenmin bij *wat* het Hof daarover geoordeeld heeft, maar bij *wat er moet gebeuren nadat* de schending is geconstateerd.

Nadere lezing van de kritiek leert evenwel dat niet alleen zaken als *M.S.S.* en *Salduz* een kwestie zijn van de gevolgen van de uitspraak, maar ook zaken die op het eerste gezicht zuiver in de eerste twee momenten thuishoren. Men denke bijvoorbeeld aan de zaak *Hirst*. De kritiek lijkt zich in eerste instantie vooral te richten op het feit dat het EHRM artikel 3 EP te ruimhartig zou hebben uitgelegd. Maar wie het Britse debat daarover volgt, valt op dat vooral de *gevolgen* van die uitleg kennelijk misselijkmakend zijn. Toekennen van het kiesrecht aan bepaalde categorieën gevangenen zou de Britse overheid voor praktische problemen plaatsen.⁵¹ Bovendien werd de vrees uitgesproken dat de, uit de aard der zaak vaak op één of enkele plaatsen geconcentreerde, groep gedetineerden in het op districten gebaseerde Britse kiesstelsel, zelfs hun eigen *MP* zouden kunnen gaan kiezen.⁵² Niet zozeer de zaak *Hirst* zelf, riep aanvankelijk dan ook de Britse toorn op, als wel de uitspraak in de zaak *Greens & M.T.*, waarin het Hof het Verenigd Koninkrijk een termijn van zes

⁴⁶ R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, ‘Pick your battles’, in: Gerards & Terlouw 2012, *a.w.*, pp. 241-249, op p. 247.

⁴⁷ Gerards 2011, p. 20 (zie ook voetnoot 123). Vgl. EHRM 14 december 2010, *nr.* 67545/08 (*Ternovszky t. Hongarije*).

⁴⁸ Zie omtrent de Straatsburgse rechtspraak op dit punt recent: EHRM 15 december 2011, *nrs.* 26766/05 en 22228/06 (*Al Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*).

⁴⁹ Vgl. UKSC 9 december 2009, [2009] UKSC 14 (*R. v. Horncastle*).

⁵⁰ Vgl. o.a. Baudet 2010, *a.w.*, p. 77.

⁵¹ Zo bijv. Broeksteeg 2012, *a.w.* (voetnoot 36), p. [pm].

⁵² De aanduiding ‘Piratenpartij’ komt dan overigens in een heel nieuw daglicht te staan.

maanden gunde om het eigen kiesrecht op dit punt aan te passen.⁵³ Het probleem van mensen als Hoffmann en Baudet kan dus niet slechts zijn dat het Hof meent dat iets een grondrecht is, of een mensenrechtenschending inhoudt. Die moet vooral zijn ingegeven door de veronderstelling dat het Hof lidstaten *voorschrijft* hoe hun nationale beleid er uit moet zien. In de woorden van de laatste:

*‘In het Europese Hof voor de Rechten van de Mens schuilt levensgroot het gevaar van intolerantie en beknelling van vrijheden en zelfbeschikking’.*⁵⁴

Dat is ferme taal. De kritiek dat het Hof allerhande zaken in het Verdrag leest wordt, met andere woorden, pas echt acuut als men bedenkt dat dit ‘inlezen’ grote gevolgen kan hebben voor de lidstaten. Aan de vaststelling dat artikel 8 EVRM geschonden kan zijn als men in Hongarije niet de mogelijkheid heeft om thuis te bevallen, zit de gevolgtrekking dat Hongarije het eigen stelsel van kraamzorg zal moeten aanpassen. Aan de constatering de Britse regels inzake het kiesrecht voor gedetineerden te grof zijn, zit een herziening van dat kiesstelsel vast. En aan de vaststelling dat een Russische militair ten onrechte ouderschapsverlof, of een Ivoriaanse gehandicapte ten onrechte een uitkering is geweigerd, zitten gevoelige financiële consequenties vast.⁵⁵

5. Aangedragen oplossingsrichtingen

Zowel door critici, als door bezorgde omstanders zijn inmiddels oplossingen aangedragen om het EHRM uit de benarde positie te helpen. Die oplossingen zijn soms institutioneel van aard, in de zin dat de verdragssluitende staten wordt opgeroepen het Straatsburgse toezichtsmechanisme, al dan niet ingrijpend, aan te passen. Soms ook hebben de voorstellen een inhoudelijker inslag: zij roepen het Hof op een ander koers te varen, meer werk te maken van de *margin of appreciation*, van de ontvankelijkheidsvoorwaarden of een andere interpretatiewijze te kiezen.

De institutionele oplossingen

Die eerste – institutionele – categorie wordt aangevoerd door Lord Hoffmann. Met in zijn kielzog Baudet, vindt deze het tijd dat de lidstaten hun verantwoordelijkheid gaan nemen:

*‘At some time the Member States of the Council of Europe will have to sit down and decide upon its future. When they do, I hope they will give more serious thought than they did in 1950, to what exactly it is supposed to do.’*⁵⁶

Nadenken over de toekomst is altijd goed. Maar het moge, gelet op de kritiek van Hoffmann, duidelijk zijn in welke richting dat nadenken volgens *his Lordship* moet gebeuren. De kern van die kritiek komt er immers op neer dat een individueel klachtrecht bij een supranationale rechterlijke instantie niet past bij het concept van fundamentele rechten die, aldus Lord Hoffmann, in essentie cultureel bepaald worden.⁵⁷ Die gedachte leidt tot twee, alternatieve voorstellen, die we uitgewerkt

⁵³ EHRM 23 november 2010, *EHRC* 2011/20 m.nt. De Lange, *AB* 2011/123 m.nt. Uzman.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 78.

⁵⁵ Vgl. EHRM (GC) 22 maart 2012, no. 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*); EHRM 30 september 2003, nr. 40892/98 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*).

⁵⁶ Hoffmann 2009, *a.w.*, p. 28 (nr. 45).

⁵⁷ Zie ook Baudet 2010, *a.w.*, die het Hof oproept zelf terughoudender te zijn maar daar zó weinig heil van verwacht dat hij hervormingen, en terugtrekking van Nederland uit het EVRM, niet uitsluit.

terugvinden in een rapport van de Britse denktank *Policy Exchange*.⁵⁸ Die voorstellen komen er op neer dat het Verenigd Koninkrijk zich hard moet maken voor hervorming van het Hof – zowel institutioneel als inhoudelijk – en zonodig de rechtsmacht van het Hof, na uiterlijk twee jaar onderhandelen, zou moeten opzeggen.

Dat opzeggen is uiteraard het meest vergaande institutionele voorstel. Maar er zijn ook minder vergaande oplossingen geopperd. Die kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën. In sommige gevallen gaat het om, wat in de politicologie *input-legitimacy* wordt genoemd. Het zijn voorstellen die de samenstelling van het Hof betreffen. Zo stelt *Policy Exchange* onder meer voor dat er minder rechters uit ‘kleine landen’ en vooral meer uit de grote landen zitting in het EHRM moeten hebben. Dat maakt het geheel wat democratischer. Meer rechters uit Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk dus – ten koste van Liechtenstein en San Marino – maar óók en vooral van Rusland, Turkije, Oekraïne en Polen. Of de kritiek op het functioneren van het Hof op de korte termijn daarmee verstomd zal zijn valt intussen te betwijfelen. In Rusland misschien wel.⁵⁹

Eveneens in de personele sfeer zit het voorstel van Schutgens en Sillen om, zonodig – als het Hof niet meer werk maakt van het subsidiairteitsbeginsel – te sleutelen aan de stemverhoudingen in het Hof. Een schending zou dan alleen nog mogelijk zijn met gekwalificeerde meerderheid.⁶⁰ Ook van dat voorstel kan men zich afvragen of de kou ermee uit de lucht zou worden genomen. Een korte rondgang langs veelvuldig genoemde *sensible cases* leert dat in veel van die zaken sprake was van een relatief ruime meerderheid. Zou voortaan gewerkt worden met de, voor Grondwetswijziging in Nederland gebruikelijke, twee derden meerderheid, dan was in *Hirst*, in de eerste *Hatton*-uitspraak, in *Al-Khawaja & Tahery*, in *Salduz*, in de eerste *Lautsi*-uitspraak, in *M.S.S. t. Griekenland en België* en in *Ternovszky t. Hongarije* nog altijd een schending aangenomen.

Andere voorstellen gaan meer over het creëren van tegenwicht tegen een Hof dat zich te vergaande interpretaties veroorlooft. Tom Zwart bijvoorbeeld, vindt dat het Comité van Ministers een grotere rol verdient.⁶¹ Handvatten moet het Comité het Hof bieden als het gaat om gevoelige kwesties, en weerkwerk als het Hof het weer eens te gek heeft gemaakt. Niet door in te grijpen in individuele zaken, maar door met algemene richtsnoeren – *recommendations* – te komen die het Hof kan – of moet? – gebruiken bij de interpretatie van het Verdrag.⁶² Dat voorstel is interessant, maar zoals Gerards zich elders al afvroeg, is het de vraag welk probleem Zwart precies probeert op te

⁵⁸ M. Pinto-Duschinsky, *Bringing Rights Back Home – Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Londen: Policy Exchange 2011. Pinto-Duschinsky, de auteur van dit rapport, maakte enige tijd deel uit van de, door het kabinet-Cameron ingestelde, (staats)commissie die over de mogelijkheden van een Britse *Bill of rights* en de toekomstige verhouding tussen het Verenigd Koninkrijk, het EVRM en het Straatsburgse toezichtmechanisme moet adviseren. Deze commissie heeft inmiddels een tussenrapport uitgebracht (te vinden op ...). Pinto-Duschinsky verliet de commissie, naar eigen zeggen omdat de commissie in te weinig oog zou hebben voor de kritiek op het functioneren van het EHRM. Zie daaromtrent C. Urquhart, ‘Bill of Rights Commissioner resigns over bypass Commons’, *The Guardian* 11 maart 2012.

⁵⁹ Dat land zou, op basis van gegevens van Wikipedia, negen keer zo veel rechters moeten krijgen als Nederland (en 4000 keer zo veel als San Marino). Daarmee valt een Grote Kamer wel naar de hand te zetten.

⁶⁰ Schutgens & Sillen 2012, *a.w.*, p. 248.

⁶¹ Zwart 2011. Tevens: Tom Zwart, ‘Het Comité van Ministers kan het Hof handvatten bieden voor het oplossen van gevoelige kwesties’, in: J.H. Gerards & A. Terlouw, *Amici Curiae – Adviezen aan het Europees Hof voor de rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, pp. 293-297.

⁶² Zie ook zijn bijdrage aan een expert-meeting in de Eerste Kamer: *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 000 V, p. 14.

lossen.⁶³ Bovendien is het sterk de vraag welke status de ‘aanbevelingen’ van het Comité precies zouden hebben. Zou het gaan om vrij globale, algemene richtlijnen die geen betrekking hebben op individuele zaken, dan is het de vraag hoe sterk zij het Hof zouden beïnvloeden. Gaat het om meer specifieke, en in meer of mindere vorm bindende richtlijnen, dan is het effect duidelijk sterker maar dan dringt zich de geur van politieke bemoeienis met het Hof nadrukkelijk op.

Inhoudelijke voorstellen

De meeste auteurs zoeken de oplossing niet in een institutionele wijziging van het Straatsburgse toezichtsmechanisme, maar stellen inhoudelijke wijzigingen in de werkwijze van het Hof voor.

De meest voor de hand liggende oplossing, die intussen vrij *mainstream* lijkt in het Nederlandse staatsrecht, is dat het Hof wat meer werk maakt van het beginsel van subsidiariteit. Dat is een lastig beginsel. Spijkerboer vult het bijvoorbeeld zo in dat het Hof eerst maar eens strengere eisen moet gaan stellen aan de nationale rechtsbescherming. Gaat het niveau daar omhoog, dan kan het Hof zich gaan beperken tot de grote lijnen.⁶⁴ De meeste auteurs denken echter aan iets anders als zij over subsidiariteit beginnen. Baudet bijvoorbeeld, vindt dat het Hof wat vaker moet zeggen dat kwesties ‘variabel naar nationale voorkeur’ zijn, en het huidige kabinet volgde hem daarin door aan te dringen op een ruimhartiger toepassing van de *margin of appreciation*.⁶⁵ Nu worden discussies over de *margin of appreciation* al snel behoorlijk technisch en toegespitst op de materie – Spijkerboer stipt dat punt reeds aan in zijn verhelderende bespreking van de kritiek op en de verdediging van het Hof.⁶⁶ De stelling dat het Hof in zijn algemeenheid een grotere ‘margin’ moet hanteren is in wezen behoorlijk onbepaald. Hoe dan precies? Waar? In welke zaken en waarom dan exact daar? Met name vanuit de Nijmeegse hoek is geprobeerd wat houvast aan zulke claims te geven. Broeksteeg bijvoorbeeld, vindt dat het Hof, in elk geval in kiesrechtzaken, geen schending moet aannemen als er diverse mogelijkheden zijn om een kiesstelsel vorm te geven, staten daaruit kunnen kiezen en daarbij niet oneigenlijk te werk gaan door bepaalde politieke groeperingen of bevolkingsgroepen uit te sluiten of te benadelen.⁶⁷ Schutgens en Sillen vinden dat het Hof niet tot een schending zou moeten besluiten wanneer weldenkende mensen ‘redelijke discussie’ over de kwestie kunnen hebben.⁶⁸

Een methode die steeds grotere zalen trekt omdat zij richting zou kunnen geven bij het afbakenen van de rol van het EHRM is de zogenaamde ‘kernrechten-benadering’ die in verschillende varianten de ronde doet.⁶⁹ Daarbij gaat het niet, zoals in verschillende kringen weleens wordt gedacht, om een leer waarin bepaalde *rechten*, zoals het folterverbod, meer bescherming verdienen dan andere rechten (men denke dan aan het recht om te huwen). Het gaat er alleen om dat bepaalde aspecten van

⁶³ J.H. Gerards, ‘Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?’, *NJB* 2011, pp. 608-612, op p. 611 (Gerards 2011A).

⁶⁴ T. Spijkerboer, ‘Subsidiariteit 2.0’, in: Gerards & Terlouw 2012, pp. 251-260.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 735, nr. 1, p. 24.

⁶⁶ T. Spijkerboer, ‘Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’, *NJB* 2012, pp. 242-262, op p. 258.

⁶⁷ Broeksteeg 2012, *a.w.*, pp. 41-42.

⁶⁸ Schutgens & Sillen 2012, *a.w.*, pp. 241-249.

⁶⁹ Voor een diepzinniger bespreking van de bruikbaarheid van het concept ‘kernrechten’ voor de afbakening van de Straatsburgse mensenrechtenjurisprudentie leze men de nog te verschijnen dissertatie van Ingrid Leijten.

dezelfde verdragsbepaling essentiële zijn dan andere aspecten ervan.⁷⁰ Het gaat, met andere woorden, niet om *core rights*, maar om *the core of a certain right*.

Kernrechtenbenaderingen zijn er in verschillende soorten en maten, en er is ook geen eenduidigheid in de manier waarop zij kunnen worden ingezet om de legitimatie van Straatsburgse uitspraken te verbeteren. Met de kernrechtenleer lijkt te worden aangesloten bij de Duitse *Wesensgehaltlehre*, die er op neer komt dat de kern van een grondrecht onaantastbaar is.⁷¹ Wat precies onder ‘onaantastbaar’ moet worden verstaan, en wát er dan onaantastbaar is, levert aanzienlijke discussie op. Verschillende benaderingen zijn denkbaar. Het meest voor de hand liggend is de absolute benadering waarin wordt aangenomen dat elk recht een kern heeft die op geen enkele wijze beperkt mag worden.⁷² Wat er buiten die kern gebeurt, daarover zegt deze theorie niets. Maar er zijn ook genuanceerder benaderingen denkbaar. De relatieve benadering bijvoorbeeld, gaat ervan uit dat de kern van een grondrecht méér, maar niet noodzakelijkerwijs onbeperkte, bescherming geniet.⁷³ Een schillen- of cirkelbenadering wordt dan mogelijk: er is sprake van een grotere bescherming – en dus van een indringender toetsing door de rechter – naarmate de kwestie dichter in de buurt komt van de kern van het ingeroepen recht. Zulke benaderingen hebben gemeen dat zij voornamelijk zien op de vraag of *in het concrete voorliggende* geval sprake is van de kern van het recht in kwestie. Men kan het kernrechtenleerstuk echter ook op het niveau van de samenleving als zodanig toepassen. Een bepaalde beperking van een grondrecht in een concreet geval is dan niet toelaatbaar als daarmee de handhaving van het grondrecht *als zodanig* op de tocht komt te staan.⁷⁴

De toepassing van het Duitse leerstuk inzake de *Wesensgehaltgarantie* op de discussie over de rol van het EHRM levert een aantal observaties op. In de eerste plaats valt op dat dat leerstuk in de Duitse theorievorming vooral een positieve boodschap heeft voor de klager. Slaagt hij in zijn betoog dat hij geraakt is in de kern van zijn grondrecht, dan heeft de overheid een probleem. In de discussie over de rol van het EHRM is de boodschap, spiegelbeeldig, vooral een negatieve voor het Hof: het mag zich niet – of minder intensief – bezighouden met klachten die niet de kern van het grondrecht in kwestie betreffen. Slaagt de verwerende staat in het betoog dat de kern van het grondrecht níet geraakt is, dan heeft de klager een probleem. Daarmee samenhangend, valt in de tweede plaats op dat diegenen die toepassing van de kernrechtenbenadering in de rechtspraak van het EHRM bepleiten, dat vooral doen om de wilgroei van grondrechten tegen te gaan.⁷⁵ In de derde plaats valt op dat de kernrechtenbenadering vooral lijkt te worden ingezet in de toetsingsfase, in de momentologie van Alkema: het tweede, inhoudelijke, moment. Het fungeert ofwel als

⁷⁰ Zie t.z.t. nader: A.E.M. Leijten, ‘Proliferatie van EVRM-rechten – Tijd voor een op een “kernrechtenperspectief” gebaseerde argumentatie?’ (Bijdrage Zesde Symposium *Juridische argumentatie*, 2011), *nog niet gepubliceerd*.

⁷¹ Daarover uitgebreid: P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg: Müller 1962; G. Herbert, ‘Der Wesensgehalt der Grundrechte’, *EuGrZ* 1985, pp. 321-335; C. Drews, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, Kiel: Nomos 2005; A. Leisner-Egensperger, ‘Wesensgehaltgarantie’, in: Mertens & Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg: Müller 2009, pp. [pm]. Voorts: A.J. Nieuwenhuis, ‘De kernrechtenbenadering bij grondrechten’, *TvCR* 2012, pp. 138-159.

⁷² Vgl. H. Krüger, ‘Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG’, *DÖV* 1955, pp. 579-602; Leisner-Egensperger 2009, *a.w.*, p. 604.

⁷³ Daarover: Nieuwenhuis 2012, *a.w.*, p. 143.

⁷⁴ Men denke aan de wijze waarop de Hoge Raad het verspreidingsrecht tracht te beschermen: beperkingen daarop zijn toegestaan *mits er gebruik van het recht van enige betekenis* overblijft. Gemeenten mogen plakverboden uitvaardigen mits zij er voor zorgen dat er af en toe nog wel geplakt kan worden.

⁷⁵ Zo bijv. J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten*, Oratie Radboud Universiteit Nijmegen, 2011 (Gerards 2011B).

brightline rule in de zin dat beperkingen niet zijn toegestaan wanneer de kern is bereikt, ofwel als middel om de intensiteit van de rechterlijke toetsing te bepalen.⁷⁶

Op dat laatste moet een uitzondering worden gemaakt voor de voorstellen van Gerards.⁷⁷ Die gaf in haar Nijmeegse oratie de aftrap voor een geheel nieuwe Straatsburgse werkwijze. Voorop staat, ook bij Gerards, dat de wildgroei van Straatsburgse mensenrechten zorgwekkend is. Maar anders dan bijvoorbeeld Hoffmann meent Gerards niet dat het Hof daarom zijn biezen maar moet pakken. Integendeel. Een ferm Hof blijft nodig, aldus Gerards, maar wel waar het échte (belangrijke) grondrechtenkwesaties betreft. De kernrechtenmethode ziet Gerards graag ingezet om te bepalen of een kwestie voor het EHRM is, danwel moet worden overgelaten aan het nationale stelsel van grondrechtenbescherming. Dat is dus een inzet van de kernrechtendoctrine in het eerste, institutionele, moment. Het moment waarop de Europese rechter zich afvraagt of de kwestie er één voor hem is om te beantwoorden.⁷⁸ Gerards koppelt deze inzet van de kernrechtendoctrine vervolgens aan een voorkeur voor procedurele toetsing. Komt een klacht voldoende in de buurt van de kern van het grondrecht, dan beziet het Hof vooral of er op nationaal niveau adequate (wetgevende, administratieve én rechterlijke) procedures voorhanden zijn en of die voldoende zorgvuldig zijn doorlopen. Is dat het geval, dan neemt het Hof geen schending aan. Is dat niet het geval, dan constateert het Hof wel een schending en stelt het nauwkeurig vast wat de verdragsstaat moet doen om de kwestie op te lossen – tenminste, als het gebrek van voldoende gewicht is.⁷⁹ Hoe terughoudend de rol van het Hof in de voorstellen van Gerards wordt, hangt overigens af van de vraag wat het onder ‘zorgvuldige afweging’ en ‘kwaliteit van de besluitvorming’ verstaat.

Tussenconclusie:

Kort samengevat lijkt de kritiek op het functioneren van het Hof tweeledig van aard. In de eerste plaats richt zij zich tegen de wildgroei aan mensenrechten. Die zou het gevolg zijn van een overspannen gebruik van de methode van evolutieve interpretatie.⁸⁰ In de tweede plaats lijkt die kritiek voornamelijk ingegeven door de gegroeide rol van het EHRM in de rechtsstelsels van de lidstaten. Dertig jaar geleden was er heel weinig kritiek op de evolutieve interpretatie door het Hof. Dat leidde geregeld tot de constatering, soms de verzuchting, dat de situatie in Europa nogal anders lag dan in de Verenigde Staten.⁸¹ Inmiddels wordt *originalism* ook in het Straatsburgse werkgebied gepropageerd. Het verschil lijkt te zijn dat het EHRM lange tijd werd beschouwd als een relatief verre en ongevaarlijke achteroom. Dat is tegenwoordig wel anders. Een cruciale constitutionele speler krijgt ook stevige constitutionele kritiek.

⁷⁶ Gerards bepleit in haar Nijmeegse oratie de toepassing van de kernrechtendoctrine in het eerste, institutionele, moment waarop de Europese rechter besluit of de kwestie er ook één hem is. Die benadering wordt hierna besproken.

⁷⁷ Gerards 2011B.

⁷⁸ Dat suggereert overigens dat dit moment in de ontvankelijkheidsfase ligt. Dat kan, maar hoeft niet het geval te zijn. Dergelijke institutionele overwegingen kunnen ook een rol spelen bij de toetsing ten gronde.

⁷⁹ Gerards 2011B, p. 22. De *margin of appreciation* wordt dan ook overbodig, aldus Gerards. De vraag is of dat zo is. Juist bij het definiëren van de relevante belangen en de beoordeling of daaraan op nationaal niveau voldoende gewicht is toegekend zullen de lidstaten op discretie rekenen. Zo zal de nationale rechter ten opzichte van Straatsburg ruimte claimen om te beoordelen of de eigen wetgever bepaalde belangen al dan niet impliciet heeft betrokken in de afweging. De vraag hoeveel ruimte de nationale rechter, of enige andere autoriteit, op zo'n punt krijgt, blijft een gevoelige kwestie van meer of minder.

⁸⁰ De kritiek op *Lautsi*, *Hirst* en *Hatton* is in dat verband illustratief.

⁸¹ Diss. Hanneke Senden. [\[pm\]](#)

Het is opvallend dat die kritiek zich voornamelijk richt op de ontvankelijkheidsfase en de toetsingsfase. Zelden gaat het om, wat wij hiervoor noemden, het ‘derde moment’ in de beslismodel van het Hof: de beslissing wat te doen met de gegeven uitkomst. Ook de meeste aangedragen oplossingen hebben, afgezien van de voorgestelde personele veranderingen van het Hof, voornamelijk betrekking op de toetsingsfase. Voorstellen om te sleutelen aan het meerderheidsvereiste, tot een ruimhartiger gebruik van de *margin of appreciation*, tot een kernrechtenbenadering en tot procedurele toetsing: ze lijken allemaal te moeten leiden tot minder geconstateerde schendingen. Met name de, breed gedeelde, belangstelling voor kernrechten is in dat verband interessant. Die lijkt vooral ingegeven door de wens de wildgroei van mensenrechten te stoppen. Mensenrechten zijn iets bijzonders en dat moeten zij volgens de meeste auteurs blijven. Iets soortgelijks geldt voor het Hof. Dat moet *ultimum remedium* blijven, of het opnieuw worden.

Dat roept de vraag op of die wildgroei wel zo onwenselijk is. ‘*Should it really make a difference?*’ vroeg Gerards zich enkele jaren geleden terecht af.⁸² Zij leek toen te vinden van niet. Ze sprak een voorkeur uit voor de benadering van het Hof van Justitie van de Unie, dat minder belang hechtte aan het label ‘fundamentele rechten’ en in plaats daarvan vooral oog had voor aard en de omvang van de betrokken belangen. Ook iets dat niet kwalificeert als mensenrecht, kan een bijzonder belang van de burger inhouden, dat bescherming verdient. Extreem zware geluids- of stankoverlast, een belastingaanslag voor 1737 privé-auto’s, de wens om de eigen vader te kennen: het zijn allemaal belangen die momenteel in termen van mensenrechten worden *geframed* om rechterlijke bemoeienis te rechtvaardigen. In haar Nijmeegse oratie verduidelijkt Gerards nu dat zij meent dat dit verschil voor de *nationale* rechter geen rol moet spelen. Voor Straatsburg blijft, zoals hiervoor bleek, de grens tussen ‘echte’ grondrechtelijke kwesties en de grensgevallen onverminderd van belang. Nationale rechters kunnen dan zorg dragen voor de rechtsbescherming in al die andere belangrijke gevallen.

Het plaatje wordt nu duidelijk. Zowel de critici als de bezorgde vrienden van het Hof, menen dat het zich moet beperken tot ‘echte’ mensenrechten. Al wat niet tot die categorie behoort is een zaak voor de nationale autoriteiten. Gaat het wel om echte mensenrechten dan is het eveneens zaak de hete aardappel zo spoedig mogelijk weer op het bord te leggen van die nationale autoriteiten, bijvoorbeeld door een maximale *margin of appreciation* te gunnen, door slechts een schending aan te nemen als ‘onder weldenkende mensen redelijkerwijs geen discussie mogelijk’ is, of door overwegend procedureel te toetsen. Bij dat plaatje past een aantal kanttekeningen.

De eerste kanttekening is dat het plaatje uitgaat van een bijzonder rooskleurig beeld van de nationale constitutionele verhoudingen. Gerards bijvoorbeeld, vindt dat zwaarwegende belangen niet-zijnde mensenrechten, adequaat door de nationale rechter (moeten) worden beschermd, maar haar eigen analyse leert dat nationale rechters in veel gevallen dat verschil wel maken, lees: zulke belangen alleen daadwerkelijk beschermen als dat ‘moet’ van Straatsburg of Luxemburg. Zij bepleit in haar Nijmeegse oratie dan ook de gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod. Dat voorstel is, Gerards weet dat ook, tot dusver weinig kansrijk. En zelfs als het werkelijkheid zou worden zou het jaren duren voordat de Nederlandse rechter de grondrechtenjurisprudentie van de grond zou hebben gekregen die hij nodig heeft om het vacuüm te vullen dat door het wegvallen van Straatsburg zou worden veroorzaakt. Verschillende critici leggen bovendien een nogal opmerkelijk vertrouwen aan de dag voor democratische procedures in West-Europa. Waar de politiek, de weg gewezen

⁸² J.H. Gerards, ‘Fundamental rights and other interests – Should it really make a difference?’, in: E. Brems (ed.), *Conflicts between fundamental rights*, Antwerpen: Intersentia 2008, pp. 655-690.

door politicologen, de hand vaak in eigen boezem steekt met slogans als ‘de kloof tussen burger en politiek’ en technocratisering van het overheidsbestuur, lijkt de juristerij als het er op aan komt, plotseling weer uit te gaan van de fictie dat de wetgever in staat is om alle belangen zorgvuldig te overzien en te wegen. Wie het niet eens is met overheidsbeslissingen moet, zo is de gangbare gedachte, toch eerst en vooral terecht bij de politieke staatsinstellingen. Dat het toegangskaartje tot die instituties vaak moeilijk te bemachtigen, moeilijker in elk geval dan een plaats in de rechtszaal, speelt geen rol. Alvorens het zwaartepunt weer in de handen van wetgevers te leggen lijkt daarom de, reeds lang bepleitte, revitalisering van de nationale democratie broodnodig. Spijkerboer legt de vinger dus op de zere plek als hij voorstelt voor ‘subsidiariteit 2.0’ te kiezen: éérst de nationale rechtsbescherming op orde en dan een loslaten door het Hof, dat is de juiste volgorde. Enige probleem van die benadering is dat een former rol van het EHRM ten opzichte van de nationale stelsels van rechtsbescherming en democratie een gevoelige kwestie is in een tijd dat het Hof nu juist maar weinig krediet lijkt te hebben.

De tweede kanttekening ligt in het verlengde van de eerste. Zoals wij zagen wordt van verschillende kanten bepleit dat het Hof wat meer waarde hecht aan nationale procedures en instituties. Gerards bepleit vooral een onderzoek naar de vraag of die procedures correct functioneren. Broeksteeg meent dat slechts in het kiesrecht ingegrepen moet worden als sprake is van evidente benadeling van een minderheden. Schutgens en Sillen menen dat alleen sprake kan zijn van een schending als daarover redelijkerwijs geen discussie mogelijk kan zijn. Dat is allemaal in wezen een vrij autoritaire benadering die de Straatsburgse ratio vervangt door de – weerlegbare – fictie dat het op nationaal niveau allemaal goed geregeld is. Dat roept twee vragen op. In de eerste plaats of daarmee, in termen van uitkomsten, het kind niet met het badwater wordt weggegooid. In een reeks zaken zal de overheid zich niet, of niet meer zo goed als voorheen, hoeven te verantwoorden voor de Straatsburgse rechter. Vraag is wie daar precies mee gediend is. In de tweede plaats valt te betwijfelen of procedurele toetsing of een redelijkheidscriterium wel echt leiden tot een objectievere oordeelsvorming. Procedurele toetsing is op het eerste gezicht neutraler dan de nu gangbare toetsing, maar die neutraliteit hangt sterk af van de wijze waarop het Hof die toetsing invult. Bezie het Hof of aan een bepaald belang in de nationale gremia wel voldoende aandacht is geschonken, dan krijgt die toetsing al meteen weer materiële trekjes. Nationale parlementen horen niet graag dat zij hun agenda in het verleden verkeerd hebben ingericht. Dat nasleep van de uitspraken in *Hirst* en *Greens & M.T.* illustreert dat. Kiest het Hof daarentegen voor een extremer variant van procedurele toetsing – *due deference all the way* – dan ligt het gevaar op de loer dat van substantiële grondrechtenbescherming op Straatsburgs niveau weinig overblijft. Iets soortgelijks geldt voor het criterium, dat een schending alleen mogelijk moet zijn als daar redelijkerwijs geen debat over mogelijk is. Dat verschuift de technische vraag of sprake is van een schending, naar de vraag of *redelijkerwijs* sprake is van een schending. Dat criterium verplaatst het debat, maar het dooft het niet. Wat is dan precies een redelijke persoon en wie bepaalt dat? Het suggereert bovendien dat redelijkheid iets digitaals is. Iets is redelijk, of het is het niet. Terwijl het doorgaans natuurlijk gaat om de vraag *hoe* redelijk iets is. En waar dan de grens te leggen?

6. Naar een alternatieve benadering

In de vorige paragraaf deden we twee observaties die we nog maar eens herhalen. In de eerste plaats valt op dat veel kritiek op het Hof, en de daaruit voortvloeiende oplossingsrichtingen, vooral aangrijpen op de eerste twee momenten van de rechterlijke beslissing. Het Hof moet zaken minder snel behandelen en als het dat

doet minder snel een schending aannemen. ‘Minder EHRM’ volgens de critcasters, ‘minder maar krachtiger EHRM’ volgens bezorgde vrienden. In de tweede plaats vroegen we ons af of dat niet gaat leiden tot een vermindering van rechtsbescherming en, dat voegen we er nu aan toe, een verlies van de waardevolle bijdrage die het Hof nu levert aan *good governance*, grondrechtelijk of niet. Minder en marginalere toetsing betekent immers ook: minder agendering van kwesties die op nationaal niveau niet helemaal goed zijn gegaan. Misschien is dat Hof *not such a bad thing after all*?⁸³ Maar hoe dan om te gaan met het democratisch en cultureel vacuüm dat met de rol van het EHRM in onze samenleving gepaard gaat? Hoe die rol te legitimeren, en hoe haar binnen de perken te houden? We gaan eerst in op die eerste kwestie: wie is het Hof, dat het zulke uitspraken mag doen? Vervolgens bezien we welke rol het Hof bij het antwoord op die vraag hoort.

6.1 Wie zijn zij, dat zij dit mogen doen? Drie opvattingen over rechters en grondrechten

Wie over het Straatsburgse Hof spreekt, spreekt over een rechter. Alvorens over het Hof in het bijzonder te spreken, eerst iets over de rol van rechters en grondrechten in de samenleving. Kort en bondig samengevat is die rol in drie sjablonen uit te drukken. Deze sjablonen vinden we terug bij drie, enigszins willekeurig gekozen, auteurs. In de eerste plaats de traditionele benadering die we terugvinden bij de Amerikaanse rechter Learned Hand. In de tweede plaats de benadering waarin grondrechten vooral verbonden zijn met publiek debat, en tot slot de dialogische benadering waarin de rechter met Socrates wordt vergeleken. We diepen ze wat verder uit.

De rechter als grensbewaker: grondrechten als grenzen

De traditionele benadering vinden we vooral bij de klassieke pleitbezorgers van constitutionele toetsing. Zij heeft school gemaakt in de negentiende en vroege twintigste eeuw.⁸⁴ In de woorden van de Amerikaanse rechter Learned Hand gaat het verhaal ongeveer zo.⁸⁵ Grondrechten zijn meestal vastgelegd in een gezaghebbend document, een grondwet, een organieke wet, een verdrag. Dat document normeert het optreden van beleidsmakers, het stelt *grenzen* vast, of die grenzen nu procedureel of materieel van aard zijn. Binnen deze grenzen zijn wetgever en bestuur vrij naar eigen inzicht te handelen, treden zij er buiten dan is het aan de rechter om die grenzen te handhaven. Grondrechten zijn in deze optiek dus grenzen en de rol van de rechter is die van grensbewaker.

Overtreedt een andere staatsmacht, de wetgever of het bestuur, die grenzen dan stelt de rechter vast dat het overheidshandelen onrechtmatig is. Aan die vaststelling zijn bepaalde rechtsgevolgen verbonden die van jurisdictie tot jurisdictie kunnen verschillen.⁸⁶ In de meeste gevallen weigert de rechter vervolgens het onrechtmatig vastgestelde besluit of de onrechtmatig vastgestelde wetgeving te effectueren.⁸⁷ De rechter houdt wetgever of bestuur als het ware tegen wanneer zij dreigen de hun

⁸³ Vrij naar: Hogg & Bushell, ‘The Charter Dialogue between Courts and Legislature (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)’, *Osgoode Hall Law Journal* 1997, p. 75.

⁸⁴ Vgl. de bekende verhandeling van Chief Justice John Marshall in de Amerikaanse casus belli van *Marbury v. Madison* USSC 24 februari 1803, 5 U.S. 137 [1803].

⁸⁵ Learned Hand, *The Bill of Rights (Oliver Wendell Holmes Lectures 1958)*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1962, pp. 31-32. Zie ook: B. Thayer, ‘The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law’, *Harvard Law Review* 1893, pp. 129-xx, op 135.

⁸⁶ Zie voor een overzicht voor het Nederlandse, het Amerikaanse en het Duitse recht: J.J.J. Sillen, *De rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

⁸⁷ Dat was bijvoorbeeld het geval in de hiervoor geciteerde zaak van *Marbury v. Madison*.

opgelegde grenzen te overschrijden. Zijn zij er al overheen gegaan en heeft dat gevolgen gehad voor particulieren of andere overheden, dan ‘stuurt’ de rechter ‘hen terug’ in de zin dat hij zo veel mogelijk zorgt voor *restitutio in integrum*: de gevolgen van de grensoverschrijding zo veel mogelijk weer ongedaan gemaakt.⁸⁸ Dat kan door de overheid te bevelen voor herstelmaatregelen te zorgen, door wetgeving met terugwerkende kracht nietig te verklaren of – wanneer sprake is van financiële schade of de voorgaande maatregelen onmogelijk blijken – het toekennen van schadevergoeding.⁸⁹

De aanzienlijke rechterlijke invloed die met gebruikmaking van dit instrumentarium gepaard gaat wordt – Sillen heeft dat recent in zijn dissertatie nog eens vakkundig blootgelegd – traditioneel ‘verkocht’ met een beroep op de declaratoire theorie van rechtsvinding, wat zo veel wil zeggen dat de rechterlijke remedie niet het gevolg wordt geacht van de creativiteit van de rechter, maar rechtstreeks verband houdt met de schending, de ‘grensoverschrijding’ zo men wil, zelf. Een rechter die de wet buiten toepassing laat of beveelt dat de gevolgen van een onrechtmatigheid rechtgezet moeten worden, voegt zelf niets toe aan het recht. Hij spreekt slechts uit, wat het constitutionele recht of het procesrecht zelf bepaalt. Op het rechtsgevolg van zijn oordeel heeft de rechter dus, volgens de traditionele zienswijze, geen invloed. Wie zich stoort aan een te grote rechterlijke rol, zal dus het oordeel zelf – het resultaat van de toetsing – moeten aangrijpen. De traditionele benadering, die met name onder het positiefrechtelijk geïnspireerde deel van de juridische natie school heeft gemaakt, kenmerkt zich dan ook door een zorgvuldige waterscheiding tussen twee momenten in de rechterlijke beslissing: het inhoudelijke (tweede) toetsingsmoment en het moment waarin de rechter aan de vaststelling van een eventuele schending rechtsgevolgen toekent, met andere woorden, een remedie voor die schending bedenkt.⁹⁰ Bij de rol van de rechter als douanier of politieagent past een uiterst terughoudende houding in de toetsingsfase en een relatief autoritaire rol in de remediërende fase. De politieagent moet per slot van rekening wel zeker weten dat het optreden ook daadwerkelijk strafbaar is voordat hij het bonnenboekje uit zijn zak haalt. Doet hij dat niet, dan knaagt hij aan zijn eigen legitimatie.⁹¹

Laat die rechter maar zitten: grondrechten als argumenten in de politieke arena

Mensenrechten zijn te definiëren als juridische grenzen van de politiek. Ze zijn ook, in positieve termen, te beschouwen als de benzine van dat politieke debat. Neem bijvoorbeeld de Britse hoogleraar mensenrechten Conor Gearty, die mensenrechten

⁸⁸ Zie over *restitutio in integrum* nader: [pm]

⁸⁹ Nietigheid is de gebruikelijke remedie van veel, zij het niet alle, constitutionele hoven in Europa. Bekend is het Duitse voorbeeld. Zie daarover Sillen 2010, pp. 142-147. Tevens: Benda/Klein, *Verfassungsprozessrecht* (derde druk), Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2012, p. 546.

⁹⁰ Een vrij typische exponent van deze school in het hedendaagse debat, hoewel niet expliciet, lijkt Schutgens, wanneer deze, in het kader van een pleidooi voor het rechterlijk wetgevingsbevel, opmerkt dat terughoudendheid van de rechter meer op zijn plaats is in de toetsingsfase dan in de fase van de remedie. Zie R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 263.

⁹¹ Die conclusie is overigens niet logisch-dwingend, zoals het gedachtegoed van Ronald Dworkin illustreert. Ook Dworkin beschouwt de rechter als grensbewaker en grondrechten als ‘trumps’. Toch bepleit hij niet een, per definitie, terughoudende opstelling van de rechter in de toetsingsfase. Volgens Dworkin volgt uit de taak van de rechter om grondrechten te beschermen een mandaat om de, in hun ogen, beste uitleg van het recht in kwestie te handhaven. Vgl. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass): Harvard University Press 1978, pp. x. Deze opvatting is, terecht wat ons betreft, bestreden door o.m. Kent Roach, die opmerkt dat de kracht van de argumentatie van Dworkin nogal eenzijdig afhangt van het – gebrekkige – morele track record van het Amerikaanse Hooggerechtshof. Vgl. K. Roach, *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto: Irwin Law 2001, pp. 102-103.

ziet als *emancipatory political concept*.⁹² Niet in de juridische afdwingbaarheid van, in documenten vastgelegde, rechten is de kracht van het verschijnsel gelegen, maar in de overtuigingskracht van, in wezen, een prachtig ideaal:

'The term "human rights" stands for progressive ideas like equality of esteem, respect for individual dignity, a commitment to human flourishing and a reduction in cruelty. It is a dynamic player in a political fray, arguing for a certain kind of mankind, not afraid to take on and seek to defeat other, harsher versions of right and wrong'.⁹³

Mensenrechten zijn in deze optiek te beschouwen als argumenten in het politieke debat. Niet meer en niet minder. Een opvatting van grondrechten als constitutionele grenzen en de rechter als bijbehorende grenswacht staat haaks op die gedachte. Wederom Gearty:

'This is done without rancour, without the feeling that the human rights point-of-view ought not to have to compete in the political marketplace. In this discourse the claim to definitive authority implicit in the term "human rights" is left to one side, the statement "these are our human rights" being best understood to be part of an argument rather than a revelation about our moral obligations that should – through the force of its Truth – bring all discussion to an end (...) It sees human rights a lively and progressive feature of our democratic polity rather than as something outside it, bringing in non-negotiable versions of right and wrong to close the discussion down'.⁹⁴

Wie de opvatting van Gearty onderschrijft heeft weinig behoefte aan rechterlijke toetsing aan gecodificeerde mensenrechten. Politieke argumenten zijn op hun best in de politieke arena. Rechterlijke bemoeienis met grondrechten leidt slechts tot 'verstarring' van het concept, een argument dat geregeld wordt aangehaald wanneer het gaat om de wenselijkheid van constitutionele toetsing.⁹⁵ Wanneer de reikwijdte en de invulling van mensenrechten een kwestie van rechterlijke interpretatie wordt, dan wordt het concept afhankelijk van juridische techniek en kan het niet langer profiteren van de rijke schakering van argumenten en belangen die het politieke debat, volgens sommige optimisten tenminste, kenmerkt. In de woorden van Gearty:

'Defenders of human rights (...) have a great story, what they need to do is sell it to the general public, not rely on judges to impose silence in the name of a truth that falsely claims to be above politics'.⁹⁶

Voor wie fundamentele rechten beschouwt als, door de rechter te handhaven, grenzen van het politieke debat, is – wij zagen dat eerder – terughoudendheid essentieel bij het bepalen van de reikwijdte van die rechten. Ziet men zulke rechten alleen als argumenten in de politieke arena, dan is terughoudendheid bij het definiëren van die rechten volstrekt onnodig, ja zelfs ongewenst. Grondrechten moeten in elke discussie een rol kunnen spelen.

⁹² C. Gearty, *Can Human Rights Survive?* (The Hamlyn Lectures 2005), Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 72.

⁹³ *Ibid.*, p. 67.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 67-68.

⁹⁵ Vgl. J. Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review', *Yale Law Journal* 2006, pp. 1346-1404, op pp. 1383-1384. In de Nederlandse context treft men het argument bij Sillen: J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht' (preadvies Jonge NJV 2010), *NJB* 2010, pp. 2742-2748.

⁹⁶ Gearty 2006, p. 98.

De rechter als Socrates: grondrechten als kader

De derde benadering komt van de Duitse New Yorker Matthias Kumm. Die beschrijft het proces van rechterlijke toetsing aan grondrechten in termen van een Socratische dialoog.⁹⁷ Kumm beschouwt grondrechten als bijzondere belangen van particulieren die vereisen dat overheidshandelen voldoet aan een aantal minimumvoorwaarden, waarvan de belangrijkste proportionaliteit is. De rechter fungeert in deze optiek als instantie die wetgever en bestuur dwingt stelselmatig te motiveren waarom de belangen van particulieren in een bepaald geval het onderspit moeten delven. De rechter is in deze optiek niet zozeer bezig met het bewaken van *grenzen*, maar vooral van de *kwaliteit* van het overheidsbestuur. Hij heeft een rol te spelen in het bevorderen van *good governance*.

Deze benadering past goed in een trend, overgewaaid uit de Angelsaksische rechtstraditie, om de verhouding tussen rechter en wetgever in termen van een constitutionele dialoog te zien.⁹⁸ De dialoogtheorie heeft veel gezichten. Alle varianten hebben echter met elkaar gemeen dat de claim van de traditionele benadering, van de rechter als grensbewaker en dús finale arbiter op het terrein van de grondrechten, wordt doorbroken.⁹⁹ De meeste dialoogtheoretici beschouwen de bescherming van grondrechten als een gezamenlijke onderneming van rechter én wetgever. Zij beschouwen de bijdrage van de rechter als een bijdrage aan het deliberatieve proces.

Hoe moet de rechter dat doen dan? Zoals gezegd beschouwt Kumm de rechter als een moderne Socrates, een vragensteller niet meer en niet minder, die om uitleg vraagt:

'Socrates, a craftsman by trade, denies that he has any special knowledge about justice or anything else (...) Similarly a constitutional or human rights court, staffed by trained lawyers, is not generally credited with having special knowledge about what justice requires. (...) The only thing judges might plausibly claim to know is the law. Ironically, this is much the same as saying they know nothing, because within the rationalist human rights paradigm, the law (...) typically provides very little guidance for the resolution of concrete rights claims. Just as there is no reason to believe that a man of humble background and position such as Socrates is the wisest man alive, there seems to be no reason to believe that courts staffed by lawyers are the appropriate final arbiters of contentious questions of right (...) But perhaps the specific wisdom of Socrates and constitutional judges lies not in what they know about theories of justice or policy, but in the questions they know to ask others who have, at least prima facie, a better claim of wisdom on their side (...) Socratic questioning reveals a great deal of thoughtlessness, platitudes, conventions or brute power-mongering that dresses up as wisdom, but falls together like a house of cards when pressed for justifications'.¹⁰⁰

Deze rol van de rechter als Socratisch vragensteller heeft twee voordelen, aldus Kumm:

⁹⁷ M. Kumm, 'Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review', *European Journal of Legal Studies* 2007/2.

⁹⁸ Vgl. o.m. Hogg & Bushell; Hickman; Roach; Hiebert; Bateup; Gerards preadv

⁹⁹ Dát de rechter in de traditionele theorie eindverantwoordelijke is voor het vaststellen van de grenzen, ligt voor de hand: ook in het echte leven is het niet de bedoeling dat de burger met de marechaussee in discussie gaat over de vraag waar de landsgrenzen precies liggen.

¹⁰⁰ Kumm 2007, pp. 14-15

'First, the very fact that courts are granted jurisdiction to assess whether acts by public authorities are supported by plausible reasons serves as an institutionalised reminder that any coercive act in a liberal democracy has to be conceivable as a collective judgment of reason about what justice and good policy requires. It reminds everyone that the legitimate authority of a legal act depends on the possibility of providing a justification for it (...) Second, it is not at all implausible that in practice the judicial process functions reasonably well to produce improved outcomes'.¹⁰¹

Toegespitst op de situatie van het EHRM zou men misschien kunnen stellen dat dit Hof als katalysator werkt op nationale beleidsmakers om hun beslissingen steeds te motiveren en hun afwegingen uit te leggen. Een katalysator voor een uitlegcultuur dus Tot op zekere hoogte heeft de toetsing van het Hof inderdaad die rol vervuld.¹⁰² Daarnaast heeft het Hof, Gerards heeft dat in haar oratie al aangestipt, een belangrijke agenderende functie: het legt de vinger op stereotiepe denkbbeelden en op kwesties die, als gevolg van tradities, allicht snel veronachtzaamd worden. De kwestie van de omgang met homosexualiteit, destijds in het Verenigd Koninkrijk en nu in een lidstaat als Polen, illustreert dat. Juist bij een Europees, en niet een nationaal, hof is op dat punt wat voor te stellen.

Tegen zoiets moois als de ratio en motivering valt bezwaarlijk iets in te brengen. Anders dan bij de theorie die de rechter beschouwt als grenswacht, is het dus niet per definitie noodzakelijk dat een rechter-als-Socrates zich terughoudend opstelt bij het definiëren van zijn werkteerrein. Dan is het echter wel van groot belang dat hij zich ertoe beperkt een socratische figuur te zijn. De benadering van Kumm wordt zwak als men haar legt naast de uitspraakbevoegdheden van het *Bundesverfassungsgericht*. Socrates kon geen wetten nietig verklaren, buiten toepassing laten of bevelen geven tot het totstandbrengen of niet toepassen van wetgeving. Juist daarin lag zijn kracht. Een rechter die zijn legitimatie baseert op de dialoogtheorie, althans de variant van Kumm, zal dus op zijn minst bijzonder terughoudend moeten zijn in het derde moment van zijn beslissing: op het punt van de remedie dus.

Synthese

Hoe nu het Hof in deze drie opvattingen te plaatsen?

Het lijkt er sterk op dat de traditionele opvatting impliciet ten grondslag ligt aan veel van de kritische commentaren op de huidige koers van het Hof. Dat wordt vaak opgeroepen om zich terughoudender te gaan gedragen in de toetsingsfase en meer over te laten aan de nationale autoriteiten. Dat kan gerechtvaardigd zijn vanuit de gedachte dat rechters – Straatsburgs of anderszins – niet te snel grenzen moeten aannemen aan, in beginsel, legitiem – want democratisch vastgesteld – overheidsbeleid. Dat gaat evenwel uit van de veronderstelling dat het EVRM te beschouwen als een set begrenzungen, waarop het EHRM effectief toeziet. Kan het EVRM ook worden gezien in termen van één van beide andere benaderingen?

Een benadering waarin grondrechten vooral gezien worden als politieke argumenten zou goed passen bij wat Lord Hoffmann zich voorstelt bij het Straatsburgse mechanisme, maar past niet bij het bestaan van het Hof. Wij kunnen die theorie hier terzijde laten. De benadering die de rechter als quasi Socrates beschouwt heeft in sommige gevallen echter goede papieren. Veel van de zaken in Straatsburg gaan over de vraag of een bepaald beleidsdoel met de juiste middelen en proportioneel is

¹⁰¹ Kumm 2007, p. 17.

¹⁰² [pm]

nagestreefd. In zulke gevallen is ook goed denkbaar dat de rol van Straatsburg niet die is van politieagent maar vooral die van kritische gesprekspartner. Zoals wij hierna nog zullen zien, past het stelsel van uitspraakbevoegdheden van het Hof ook beter bij die rol. Daar staat tegenover dat het Hof méér taken heeft dan uitsluitend agendering van nationale heilige huisjes. Het heeft, op zijn minst vanuit historisch perspectief, toch ook een belangrijke rechtsbeschermende functie.¹⁰³ Dat betekent dat het definiëren van de Straatsburgse rol in het stelsel van mensenrechtenbescherming om een gedifferentieerde benadering vraagt. Gaat het om, wat Gerards beschouwt als, de ‘echte’ grondrechten – foltering, evidente rassendiscriminatie, vervolging van religieuze minderheden en ga zo maar door – dan is het Hof te beschouwen als politieagent, zij het een die op het bureau zit en de agenten op straat – die de echte bevoegdheden hebben – aanstuurt. Gaat het echter om claims die niet rechtstreeks in de buurt van de kern van grondrechten komen, dan is de rol van het Hof eerder te zien in termen van katalysator van nationale discussie en dialoog. Het gaat in die gevallen in discussie met nationale regeringen over de vraag of alle belangen adequaat zijn afgewogen. De afwegingen van Hof zijn dan van belang voor de nationale discussie.

Een gedifferentieerde benadering van een Hof dat politieagent is als het gaat om foltering en dat Socrates is als de 1737 auto's van meneer Romet aan de orde zijn, is toe aan een genuanceerde invulling van de eigen uitspraakbevoegdheden. Een Hof dat over veel gaat, kan ook een te grote stempel drukken op het recht van de lidstaten. Het is dus zaak de lidstaten niet voor de voeten te lopen wanneer op nationaal niveau hardnekkig een andere afweging wordt gemaakt op een terrein dat volgens de gangbare theorie misschien niet behoort tot het kernbereik van het EHRM. Dat wegblijven van de voeten van de lidstaten kan niet plaatsvinden in het eerste of het tweede moment. Zou het Hof De vraag dringt zich dus op hoe die uitspraakbevoegdheden ‘dialogisch’ kunnen worden ingezet. Hoe kan, gegeven de legitimatie van het Hof, dus verantwoordelijk met die invloed worden omgegaan? Wij gaan op die kwestie nu in en we doen dat aan de hand van een, in de Verenigde Staten ontwikkeld concept genaamd *public law* of *structural litigation*.

6.2 Ter inspiratie: ‘public law litigation’ en de invulling van het derde moment

Een Hof dat de taak toebedeeld heeft gekregen er op toe te zien dat de landen van de Raad van Europa de minimumbescherming van het EVRM respecteren, moet zijn gehele – zij het beperkte – arsenaal aan uitspraakbevoegdheden in te zetten om te bereiken dat die lidstaten dat ook doen. Waar het dus gaat om ernstige en evidente mensenrechtenschendingen is het zaak dat het Hof heel precies aangeeft wat de verplichtingen van staten onder het Verdrag zijn, en hen zonodig veroordeelt tot het betalen van billijke genoegdoening. Een voorbeeld van een dergelijke kwestie is de zaak *Assanidze* waarin het Hof Georgië niet alleen veroordeelde tot het betalen van een billijke genoegdoening aan de klager wegens onterechte detentie, maar ook vaststelde dat de staat verplicht was tot het vrijlaten van die klager.¹⁰⁴ In zo'n geval schrijft het Hof min of meer voor wat de staat te doen heeft om de gevolgen van de eigen grensoverschrijfing weer ongedaan te maken. Houdt de staat zich niet aan dat voorschrift, dan is dat normaal gesproken een kwestie voor het Comité van Ministers. Toch kan ook het Hof dan druk uitoefenen, bijvoorbeeld door de staat tot het betalen van nog hogere sommen aan compensatie te verplichten.¹⁰⁵ Een dergelijke opstelling

¹⁰³ Oratie Gerards.

¹⁰⁴ EHRM (GC) 8 april 2004, no. 71503/01 (*Assanidze t. Georgië*).

¹⁰⁵ Vgl. bijv. EHRM 27 maart 2012, no. 9961/10 (*Mannai t. Italië*).

is, gelet op de rol die het Hof speelt als handhaver van de Conventie bij ernstige mensenrechtenschendingen, ook alleszins aanvaardbaar.

Anders ligt het bij de zaken waarin het Hof niet geconfronteerd wordt met ernstige en evidente mensenrechtenschendingen, maar met kwesties die meer de randen van het Verdrag raken. In zulke gevallen is, zoals we reeds betoogden, een rol van het Hof waardevol, maar eerder als katalysator van debat. In zulke gevallen ligt het voor de hand dat het Hof zoekt naar remedies die ruimte laten voor een dialoog en waarmee het niet als een olifant in de porceleinkast opereert.

Hoe daar dan vorm aan te geven?

Een Hof dat op zoek is naar dialoog zou zich kunnen laten inspireren door een, in de Verenigde Staten naar aanleiding van de zaak *Brown v. Board of Education of Topeka* ontwikkeld, model genaamd *public law*- of *structural litigation*.¹⁰⁶ Dat model houdt een voorkeur in voor remedies die inzetten op het internaliseren van fundamentele waarden in de processen van wetgever en bestuur.¹⁰⁷ Internaliseren is iets anders dan opleggen. De geestelijk vader van het model, Abram Chayes, lanceerde het model in 1976 om aan te geven dat de rol van de rechter in complexe geschillen met de handhaving van grondrechten als inzet een andere is dan die in klassieke civielrechtelijke geschillen over de revindicatie van een koe of de aansprakelijkheid van een bank voor een gebrekkige voorlichtingsfolder.¹⁰⁸ Zulke geschillen bestaan doorgaans uit twee partijen die twisten over iets dat zich heeft voorgedaan. De rechter hoort partijen, past het recht toe en beveelt de veroordeelde partij de schending ongedaan te maken of de schade te vergoeden. Daarmee is de betrokkenheid van de rechter beëindigd. Bij *public law litigation* zijn de strijdende partijen minder scherp omlijnd. De eiser is niet noodzakelijkerwijs ook degene die de schade lijdt, en de gedaagde niet per se degene die de schade veroorzaakt. De *inzet* van het geding is namelijk anders. Niet het repareren van iets dat in het verleden ligt staat centraal, maar het realiseren van constitutionele waarden in het overheidsbeleid. *Public law litigation* gaat over segregatie in het onderwijs, over de omstandigheden in gevangenissen, over de kwaliteit van geestelijke gezondheidszorg en over discriminatie van vrouwen door een politieke partij. De kring van betrokkenen is abstracter, de inzet gericht op de toekomst en de betrokkenheid van de rechter langduriger.

Voor de rol van de rechter in het derde, remediële, moment betekent dit dat de logische samenhang tussen schending en remedie vervalt. In klassieke civielrechtelijke kwesties is vaak duidelijk wat de remedie moet zijn na de constatering dat de buurman een te hoge schutting heeft gebouwd: afbreken, desnoods onder dreiging van een dwangsom. De remedie kan min of meer afgeleid worden uit de schending, en is daarom ook niet zo vreselijk interessant meer. Het *tailoring principle* wordt dat ook wel genoemd.¹⁰⁹ Gaat het om complexe grondrechtelijke geschillen dan ligt dat anders. Uit de onrechtmatigheid van de rassenscheiding op scholen volgt niet veel meer dan dat die discriminatie moet worden opgeheven. Maar bij de vraag hoe dat door wie moet worden gedaan, hoe snel dat moet gebeuren en wat het mag kosten worden vergen veelal politieke keuzes. Het bieden van een remedie in een complex mensenrechtelijk geschil is dan ook niet een kwestie van één bevel, maar vergt een langduriger betrokkenheid van de rechter die

¹⁰⁶ USSC 17 mei 1954, 347 U.S. 483 (*Brown I*); USSC 31 mei 1955, 349 U.S. 294 (*Brown II*).

¹⁰⁷ Vgl. K. Roach, 'Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience', *Texas Int. Law Journal* 2005, pp. 537-576, op p. 548.

¹⁰⁸ A. Chayes, 'The Role of the Judge in Public Law Litigation', *Harvard Law Review* 1976, p. 1281. Zie ook: O. Fiss, 'The Forms of Justice', *Harvard Law Review* 1979, p. 1.

¹⁰⁹ Fiss 1979, p. [pm].

zich kenmerkt door twee fasen: de zogenaamde *issuance phase*, waarin de rechter de koers in algemene termen uiteen zet, en de *enforcement phase* waarin hij vervolgens eventueel overgaat tot het opleggen van bevelen of dwangsommen.¹¹⁰

Met name op dat laatste punt is het de vraag hoe breed de rechter zich moet maken. Sommige auteurs schrijven een dwingende rol voor – het (formele) wetgevingsbevel past in dat voorschrift – anderen menen dat de rechter rekening moet houden met zijn institutionele positie.¹¹¹ Hij moet niet het roer overnemen maar ruimte laten voor democratische besluitvorming en zich er toe beperken een dialoog te faciliteren tussen klagers en oplosers. Grondrechten functioneren dan als *destabilization rights* om vastzittende situaties los te wrikken. Rechtsbescherming in complexe grondrechtelijke kwesties is dan ook eerder te beschouwen als ‘*a discursive process of explanation, justification and persuasion*’.¹¹² Daarbij passen vooral declaratoire remedies, remedies dus die niet zozeer zien op het goedmaken van wat eerder verkeerd ging, maar vooral op het streven naar een betere toekomst.¹¹³ Een declaratoir biedt staten de informatie om te handelen, maar ook de ruimte om goed na te denken over de wijze waarop zij dat het best kunnen doen, op welke termijn zij dat doen en zonodig ook de ruimte om een antwoord op de rechtspraak van de rechter te formuleren.

Dat betekent overigens niet dat aan het declaratoir geen nadelen zijn verbonden. Die liggen bijvoorbeeld in het feit dat een declaratoir, zeker wanneer de toetsing casuïstisch van aard is, de overheid soms weinig houvast geeft bij het bepalen van wat nodig is om de schending te repareren. Een declaratoir biedt in sommige gevallen ook geen kader voor de rechter om toezicht te houden op die reparatie. Hij moet wachten om volgende zaken om te reageren. Dat betekent dat het declaratoir sterk uitgaat van de goede wil van de Staat en haar organen. In de Canadese zaak van *Little Sisters Book & Art Emporium*, formuleert de Canadese opperrechter Iacobucci daarom twee situaties waarin de rechter beter *niet* voor een declaratoir kan kiezen: wanneer sprake is van systematische schendingen en wanneer de rechter inschat dat hij te maken heeft met een evident onwillige wetgever.¹¹⁴ Dat laatste punt is evenwel vooral van belang voor een nationale rechter die de mogelijkheden heeft om zo’n onwillige wetgever ook te lijf te gaan, bijvoorbeeld door wetgeving onverbindend te verklaren en niet meer toe te passen. Zo’n werkwijze past het EHRM minder.

Wat volgt er nu uit deze, vrij abstracte, bespreking van het concept *public law litigation*? In de eerste plaats een rechterlijke voorkeur voor het declaratoir zolang geen sprake is van grove en systematische grondrechtenschendingen. Zulke uitspraken krijgen de voorkeur boven rechtsbescherming die uitgaat van een strikte link tussen de schending en de schade: financiële compensatie dus. Daar zou de rechter in complexe grondrechtengeschillen voorzichtig mee moeten zijn. Dat is in de meeste gevallen niet waar het de klager om te doen is, of om te doen zou moeten zijn (men denke aan het kiesrecht voor gedetineerden), en het kan de verhouding tussen rechter en wetgever ernstig vertroebelen. Ten tweede de noodzaak van het scheppen van een bestendig forum waar klager, overheid en rechter met elkaar in discussie kunnen over de oplossing van de kwestie. Dat betekent een langere betrokkenheid van de rechter en dus, zonodig, het vasthouden van jurisdictie. In de laatste

¹¹⁰ Fiss 1979, p. [pm]

¹¹¹ Tot de eerste groep behoort de hiervoor genoemde Owen Fiss. De tweede benadering treft men aan bij Sabel en Simon [pm]

¹¹² A. Chayes & A. Handler Chayes, *The New Sovereignty – Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1995, p. 127.

¹¹³ Zo bijv. Roach 2005, pp. 548-550.

¹¹⁴ SCC 15 december 2000, 2 S.C.R. 1120 (*Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada*), Iacobucci J dissenting.

paragraaf bezien we hoe dit eisenpakket ingepast kan worden in de Straatsburgse rechtspraak.

6.3 Het ‘derde moment’ in de Straatsburgse rechtspraak

Komt het Hof tot de conclusie dat sprake is van een schending, dan breekt het derde moment aan: wat moet er nu gebeuren en welke rol speelt het Hof daarin? Het belangrijkste antwoord wordt door het EVRM zelf gegeven: de Staat die partij was bij de procedure is verplicht zich ‘aan de uitspraak te houden.’¹¹⁵ De rol van het EHRM is daarbij in beginsel – na het constateren van de schending – zeer beperkt. Het Hof heeft niet de mogelijkheid de lidstaat te *bevelen* algemene of specifieke maatregelen te nemen. Hoewel daartoe blijkens de *travaux préparatoires* wel voorstellen zijn gedaan, is het EHRM niet uitgerust met een ‘injunctiestelsel’.¹¹⁶ Evenmin is het Hof in staat om de *geldigheid* van regelingen, besluiten of rechterlijke uitspraken in de rechtsorde van een lidstaat rechtstreeks te raken. Er wordt dus niets vernietigd of heropend door het Hof zelf. Het Hof is van oudsher ook niet uitgerust met een sanctiestelsel. Een staat die zich niet aan een einduitspraak houdt, is slechts voorwerp van aanhoudende zorg van het Comité van Ministers.

Het arsenaal van het EHRM is dus primair het vaststellen van een verdragsschending. Het ‘uitvoeren’ van de uitspraak is verder een zaak van de lidstaten. Wel kan het Hof de klager een zogenaamde ‘billijke genoegdoening’ toekennen.¹¹⁷ Daarvoor is niet alleen een schending vereist, maar ook de omstandigheid dat het nationale recht van de betrokken Staat zelf slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat. Uit deze omstandigheid en uit de aanduiding ‘billijke genoegdoening’ blijkt dat deze bevoegdheid niet bedoeld is van het individuele klacht recht een internationale actie voor schadevergoeding te maken. Het is eerder *geframed* als een doekje voor het bloeden in gevallen waarin het wel erg schrijnend is om een mensenrechtenschending enkel met een constatering ervan te beantwoorden. Daarnaast is het Hof schuchter deze bevoegdheid in te zetten als strafsancie voor de lidstaten.¹¹⁸ De toekenning van billijke genoegdoening steunt op de verdragsverplichting voor de lidstaten. Het vormt – in ieder geval naar Nederlands recht – geen executoriale titel waarmee beslag kan worden gelegd op de gouden koets. Het toezicht op het uitbetalen een billijke genoegdoening ligt eveneens bij het Comité van Ministers.

Het Hof houdt zich dus bezig met het beoordelen van concrete klachten en moet zich bij de gegrondheid daarvan beperken tot een constatering van een schending en eventueel de toekenning van een billijke genoegdoening. Schadeloos stellen, reparatie bevelen, strafzaak heropen, in vrijheidstelling bevelen, eerherstel, boetes voor de overtreder of de vernietiging van een besluit – niets van dat alles is in beginsel in Straatsburg te halen. Het derde moment heeft in Straatsburg van oudsher het typisch ‘vrijwillig verplichte’ karakter dat niet ongebruikelijk is bij internationale samenwerking en de daarop toezichthoudende instanties. Een Hof dat met enige regelmaat, en verdeeld over de Raad van Europa, een lidstaat in een individueel geval aan de schandpaal nagelt past daar prima bij. Er is evenwel sprake van een aantal ontwikkelingen die het Hof een veel verder gaande positie hebben gegeven, met name in het derde moment.

¹¹⁵ Artikel 46 lid 1 EVRM.

¹¹⁶ Heack & Vande Lanotte, Deel I (2005), p. 701.

¹¹⁷ Artikel 41 EVRM.

¹¹⁸ [pm]

De verplichtingen die volgen uit een geconstateerde schending

Hoewel het Hof, zoals gezegd, zelf geen bevelen kan geven, is het wel in staat om de verplichting voor de staten om zich aan de einduitspraak te houden uit te werken. In algemene zin is dat een drieledige verplichting. Allereerst moet, zo mogelijk, de schending zelf ongedaan gemaakt worden door de betrokken Staat. In de tweede plaats moeten de gevolgen van verdragsschending worden weggenomen op een zodanige wijze dat de situatie voor de verdragsschending zoveel mogelijk hersteld wordt. Er geldt dus een zogenaamde verplichting tot *restitutio in integrum*. In de derde plaats rust op de betrokken Staat de plicht om middels het treffen van specifieke of algemene maatregelen herhaling van de verdragsschending te voorkomen. Wat het Hof zelf niet kan bevelen is de veroordeelde Staat wel verplicht: strafzaak openen, schadevergoeding betalen en het Kroonberoep afschaffen.

De verplichting om herhaling van vergelijkbare verdragsschendingen te voorkomen, leidt als vanzelf tot een verbreding van het perspectief van het Hof op de mensenrechtensituatie in een lidstaat. Waar een klager terecht klaagt over een herhaling van een reeds eerder geconstateerde schending, ligt als vanzelf de vraag voor of destijds wel voldoende is gedaan aan het voorkomen van een herhaling van de schending. Het Hof zou zich daarvoor kunnen afsluiten en zich enkel beperken tot het – makkelijk – gegrond verklaren van de individuele klacht. Dat doet het EHRM echter lang niet altijd. Tegen Italië mopperde het Hof bijvoorbeeld expliciet over de frequentie waarmee het dat land langs de bekende weg moest leiden.¹¹⁹ Via de verplichting om herhaling van de schending te voorkomen is dus een nieuwe dimensie toegevoegd aan de relatie tussen het EHRM en de lidstaten. Een terugkomende gelijksoortige schending schept een langer lopende betrokkenheid van het Hof bij een specifieke kwestie en legt naast de vraag of in het nieuwe geval eveneens een grondrecht is geschonden, ook de vraag op tafel of de betrokken lidstaat wel heeft voldaan aan zijn verplichtingen om zich aan de uitspraak te houden. Technisch nog altijd gaat via de (impliciete) vraag ‘of artikel 46 EVRM geschonden’ is, en daarmee lijkt het sterk op wat in het ‘tweede moment’ aan de orde is. Maar het is een andere vraag dan of een telefoontap door de beugel van artikel 6 EVRM kan. Als het gaat om de vraag of er voldoende naar het Hof geluisterd is, gaat het toch meer over het ‘derde moment.’

De binding aan een einduitspraak geldt in beginsel voor het *operative part*, inclusief de dragende gronden ervan in de motivering. Overwegingen die overbodig zijn voor de conclusie, de zogenaamde *obiter dicta*, binden de betrokken Staat in beginsel niet, althans niet via artikel 46 EVRM.¹²⁰ Daarnaast is de binding via artikel 46 EVRM beperkt tot die *staten die partij zijn* bij de betreffende einduitspraak. Ook hieruit vloeit op het eerste gezicht een beperking van de actieradius van het Hof uit voort, maar ook hier is die minder groot dan het lijkt. Dit keer niet over de band van artikel 46 of artikel 34 maar via artikel 1 EVRM.

Dat wordt veroorzaakt door het essentieel declaratoire karakter dat het Hof toekent aan zijn eigen uitspraken.¹²¹ Een schending is nooit het resultaat van rechtersrecht, maar volgt ten diepste altijd uit het verdrag. Om die reden hebben uitspraken van het Hof in beginsel ook altijd terugwerkende kracht: zo bindend als het verdrag was, zo bindend is wat er geacht moet worden altijd al in te hebben gestaan. In dit perspectief is het niet zonder betekenis dat het Hof in de *operative part* schendingen *constateert* (“The Court finds a violation”). Het Hof houdt deze declaratorie benadering ook vol op

¹¹⁹ Zaak tegen Italië. Redelijke termijn

¹²⁰ Haack & Vande Lanotte Deel I (2005) p. 700.

¹²¹ Vaak geciteerde *locus classicus* hiervoor: EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (*Marckx t. België*).

de momenten waarop het zelf spreekt van het EVRM als een *living instrument*. Dat zijn doorgaans momenten waarop het Hof het beschermingsniveau expliciet optrekt, met het oog op de *evolving standards*.¹²² Ook dan blijft onverkort gelden dat de schending uiteindelijk *geconstateerd* wordt en dus terugwerkende kracht heeft. Wel is het Hof doorgaans bereid om de terugwerkende kracht te beperken in de tijd. Dat is niet, omdat het zijn standpunt over het declaratoire karakter van zijn jurisprudentie opgeeft, maar vanwege eisen van rechtszekerheid.¹²³

Het declaratoire karakter van de door het Hof geconstateerde schendingen betekent dat de betrokken lidstaat uiteindelijk het verdrag zelf schendt. Anders gezegd: de uitspraken van het Hof *incorporeren* in (de betekenis van) de verdragstekst. Zo beschouwd, raakt een uitspraak van het Hof niet alleen de Staat die partij is bij de procedure, maar alle Staten die gebonden zijn aan het verdrag. Dat laatste staat in artikel 1 EVRM. Krachtens dat artikel zijn alle lidstaten verplicht om de rechten en vrijheden uit het EVRM te verzekeren voor iedereen die onder hun rechtsmacht ressorteertekent. Zoals een bij een procedure betrokken lidstaat in beginsel krachtens artikel 46 EVRM verplicht is te voorkomen dat een *herhaling* van de schending zich voordoet, zo zijn alle andere lidstaten krachtens artikel 1 EVRM verplicht om te voorkomen dat in hun land een identieke schending voorkomt. Via het declaratoire karakter van de uitspraken richt het EHRM zich dus per definitie tot alle lidstaten tegelijk. Deze ultieme consequentie wordt natuurlijk gematigd door de mate waarin de geconstateerde schending afhankelijk is van de feiten van het geval en de context van het betreffende land. Hoe gedetailleerder de relevante omstandigheden door het EHRM worden betrokken bij de concrete schending, hoe minder snel van andere Staten verwacht kan worden dat zij een 'identieke situatie herkennen' en maatregelen nemen. De mate waarin een veroordeling casus-specifiek is, heeft het Hof in hoge mate zelf in de hand.

Uit de jurisprudentie blijkt een enkele keer dat het Hof verwacht dat lidstaten niet tegen hen gewezen uitspraken toch serieus moeten nemen. Het Cypriotische Hooggerechtshof, bijvoorbeeld, werd door het EHRM kwalijk genomen dat het de strafbaarheid van homoseksualiteit had laten passeren, ondanks dat het Hof al eerder in een zaak tegen Ierland duidelijk dat gemaakt dat de enkele strafbaarstelling al een schending van artikel 8 EVRM oplevert.¹²⁴ Dit is echter ook vaak het enige voorbeeld dat genoemd wordt. Niet gezegd kan derhalve worden dat het Hof heel agressief de ultieme consequentie van het declaratoire karakter van de uitspraken in het licht van artikel 1 EVRM trekt en de lidstaten daaraan houdt. Desondanks liggen theorie en precedent klaar.

Billijke genoegdoening

Uit artikel 41 EVRM zelf volgt al, zo bleek in de introductie, dat de billijke genoegdoening niet bedoeld is als een internationale mogelijkheid om schade vergoed te krijgen. Het compenseren van de schade is niet de taak van het Hof zelf, maar van de betrokken lidstaat. Het Hof is er uitsluitend voor een ultiem schrijnend geval. In lijn daarmee neemt het EHRM in talloze gevallen aan dat het enkel gelijk krijgen moet tellen als voldoende 'just satisfaction'. En als er al een billijke genoegdoening wordt toegekend, dan doet het Hof dat in de regel op *equity* basis: naar wat wijs is en niet in relatie tot de geleden schade. Mede hierdoor is het Hof in hoge mate

¹²² Zie de arresten tegen het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk over de bescherming van post-operatieve transseksuelen.

¹²³ EHRM 29 november 1991, nr. 12849/87 (*Vermeire t. België*).

¹²⁴ EHRM 25 maart 1993, nr. 15070/89 (*Modinos t. Cyprus*)

onvoorspelbaar gebleven bij het toekennen van billijke genoegdoeningen, al zijn wel factoren aan te wijzen die een rol spelen.¹²⁵

Dit kan niet wegnemen dat billijke genoegdoeningen een belangrijk instrument is in de relatie met de lidstaten. Hij moet namelijk betaald worden door de betrokken Staat. In dat perspectief is de forse genoegdoening voor een ernstige schending (een van de factoren die het Hof wel eens in stelling brengt om een relatief hoog bedrag vast te stellen) ook een extra straf voor de schendende Staat. Het Hof wijst een billijke genoegdoening als puntative sanctie echter af.¹²⁶ Haeck en Vande Lanotte wijzen er wel op dat toen het Hof deze afwijzing in 1999 herhaalde, daarbij expliciet gewezen werd op de ‘omstandigheden van de voorliggende zaak’.¹²⁷ Zij spreken dan ook over het ‘vooralsnog’ niet toekennen van billijke genoegdoeningen die tegelijk een punitatieve sanctie zijn.¹²⁸ Inmiddels zijn er zaken waarin de billijke genoegdoening opvallend hoog is, terwijl het tegelijk zeer voorstelbaar is dat het Hof niet alleen de klager een doekje voor het bloeden wilde geven maar ook zijn ongenoegen aan de betrokken staat duidelijk wil maken. Italië, bijvoorbeeld, moest onlangs een forse billijke genoegdoening betalen aan Mannai. Italië had deze man uitgezet naar Tunesië, ondanks dat het EHRM in zijn geval een *interim measure* had ‘geïndiceerd’. Italië was toch overgegaan tot uitzetting, overigens met medeweten en instemming van enkele Italiaanse rechterlijke instanties. Hoewel zeker niet komt vast te staan dat Mannai onmiddellijk na aankomst naar een schavot is gereden (de regering beweert zelfs dat hij inmiddels een vrij man is in Tunesië) neemt het Hof toch een schending van artikel 3, en van artikel 34 EVRM aan. Het leverde Mannai de ongewoon hoge billijke genoegdoening van 15.000 euro op, toegekend wegens immateriële schade. Een redelijk vermoeden van punitatieve sanctie voor het openlijke verzet van de Italiaanse regering en de Italiaanse rechter lijkt ons in dit geval gerechtvaardigd. In ieder geval zou een doorontwikkeling van de billijke genoegdoening als een punitatieve sanctie een aanmerkelijke versterking van het EHRM in het derde moment opleveren.

‘Zal ik even met je meedenken?’

Dat het Hof geen maatregelen kan bevelen, is nu reeds een paar keer geconstateerd. Deze keer gebeurt dat als aanloop naar de omstandigheid dat het Hof zich in toenemende mate een vorm van meedenken onder artikel 46 EVRM veroorlooft, die minstgenomen dicht in de buurt van het daadwerkelijk bevelen van specifieke maatregelen komt.¹²⁹ Zeker, wanneer in gedachten wordt gehouden hoe een *interim measure* tegelijkertijd een advies als - in het geval het advies niet wordt overgenomen - een aangekondigde schending van artikel 34 EVRM is.

Een van de eerste vormen van meedenken in het derde moment, is de keuze die het Hof (in het *operative part*) aan Griekenland bood om òf de onterecht onteigende grond terug te geven òf de billijke genoegdoening te betalen die voor de gelegenheid was vastgesteld ter hoogte van de waarde van de grond.¹³⁰ Daarbij moet het gebruik van het woord ‘keuze’ niet overschat worden: er was een verplichting om de grond terug te geven (*‘the respondent state must’* enz) terwijl het betalen van geld op de

¹²⁵ Zie daarover uitvoeriger: M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Leiden: NJCM-Boekerij 1997.

¹²⁶ EHRM 25 februari 1983, nrs. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 en 7136/75 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

¹²⁷ EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, nr. 27267/95 (*Hood t. Verenigd Koninkrijk*).

¹²⁸ Haeck & Vande Lanotte, *Handboek EVRM Deel I* (2005) p. 679.

¹²⁹ Haeck & Vande Lanotte *Handboek EVRM Deel I* (2005), p. 673, spreken zelfs van het ‘opleggen van maatregelen’. Als beginpunt van de ontwikkeling wordt wel gewezen naar ‘begin jaren 90’.

¹³⁰ EHRM 31 oktober 1995, nr. 14556/89 (*Papamichalopoulos e.a. t. Griekenland. Artikel 50*).

tweede plaats kwam ('failing such restitution' enz). De billijke genoegdoening transformeert zo terloops naar een soort dwangsom. Het meedenken van het Hof gebeurde in dit geval overigens onder een gelijktijdige belijdenis van de systematiek waarin het Comité van Ministers de eerst aangewezen is om toezicht te houden op het opvolgen van de jurisprudentie van het Hof. Lidstaten blijven vrij, zo verzekerde het Hof, om vorm en middelen te kiezen waarmee ze een uitspraak willen implementeren. 'Provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment' voegt het Hof daar sinds 2000 wel aan toe.¹³¹

Na dit eerste voorbeeld heeft het Hof verschillende gradaties van meedenken vertoond. In een zaak tegen Duitsland liet het EHRM, na de vertrouwde uiteenzetting van wat een Staat in het algemeen verplicht is als er een schending wordt geconstateerd, volgen: 'in the case at hand this means making it possible for the applicant to at least have access to his child.'¹³² Nadat duidelijk was dat een Italiaanse rechter ten onrechte nadeel had ondervonden van zijn lidmaatschap van de Vrijmetselarij, was het Hof ook duidelijk over wat er in dit concrete geval moest gebeuren: 'in the instant case, it is for the respondent State to take appropriate measures to redress the effects of any past or future damage to the applicant's career as a result of the disciplinary sanction against him which the Court has found to be in breach of the Convention.'¹³³ Soms is het Hof evenwel minder stellig. Turkije kreeg bijvoorbeeld enkel gesuggereerd dat de meest geëigende manier om de schending van artikel 6 EVRM te adresseren, het opnieuw voeren van de procedure was.¹³⁴ Later maakte de Grote Kamer duidelijk dat dit soort meedenken niet als een bedreiging moet worden gezien, maar vanuit 'a view to helping the respondent State to fulfil its obligations under Article 46'.¹³⁵ Die frase is ook een van de klassiekers geworden in dit verband.

Meedenken doet het Hof niet alleen in de motiveringen van de uitspraak. In 2004 pakte het Hof ongemeen fel uit in de richting van Georgië. Daar was reden toe, want dat land hield een politieke tegenstander, Assanidze, gevangen zonder geldige grondslag en ondanks een vrijspraak. Het Hof was fel in de motivering (een 'breach of the founding principles of the rule of law'), royaal bij het bepalen van de hoogte van de billijke genoegdoening (150.000 euro) en het nam een extra *holding* op in het *operative part*: 'that the respondent State must secure the applicant's release at the earliest possible date.'¹³⁶ Overigens opereerde het Hof ook hier niet zonder in de motivering nog omstandig te betogen dat het in beginsel enkel declaratoir kan uitspreken of sprake is van een schending, waarna het aan de lidstaten is om zich - met behoud van keuze in vorm en middelen, onder toezicht van het Comité - te houden aan een einduitspraak. Deze specifieke schending was echter zo ernstig en liet 'by its very nature' geen andere 'real choice' dan vrijlating. De Grote Kamer heeft later deze handelwijze ook gekwalificeerd als een *indication*.¹³⁷ Een paar maanden later kregen Rusland en Moldavië eenzelfde behandeling als Georgië. Er werden billijke genoegdoeningen toegekend die opliepen tot 180.000 euro en ook hier oordeelde het Hof unaniem en in het *operative part* dat de verantwoordelijke staten 'are to take all

¹³¹ EHRM (Grote Kamer) 13 juli 2000, nr. 39221/98 en 41963/98 (*Scozzari en Giunta t. Italie*), r.o. 249.

¹³² EHRM 26 februari 2004, nr. 74969/01 (*Görgülü t. Duitsland*).

¹³³ EHRM 17 februari 2004, nr. 39748/98 (*Maestri t. Italie*).

¹³⁴ EHRM 23 oktober 2003, nr. 53431/99 (*Gençel t. Turkije*),

¹³⁵ EHRM (Grote Kamer) 12 mei 2005, nr. 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*).

¹³⁶ EHRM 8 april 2004, nr. 71503/01, (*Assanidze t. Georgië*)

¹³⁷ 'In other exceptional cases, the nature of the violation found may be such as to leave no real choice as to the measures required to remedy it and the Court may decide to indicate only one such measure.'

EHRM (Grote Kamer) 12 mei 2005 nr. 46221/99 (*Öcalan t. Turkije*).

necessary measures to put an end to the arbitrary detention of the applicants still imprisoned and secure their immediate release'.¹³⁸

Het meedenken van het Hof ontwikkelde zich niet alleen in concretiserende zin, in de richting van wat in een concreet geval nodig zou zijn om de individuele klager het rechtsherstel te bieden waar hij krachtens artikel 46 recht op heeft, maar ook in de richting van wat nodig is om herhaalde klachten te voorkomen. Een zaak tegen Nederland illustreert dat. Inzet was de praktijk in de Extra Beveiligde Inrichting te Vught om wekelijks cel en gevangene binnenstebuiten te keren. Het EHRM constateerde in twee zaken dat dit optelde tot een schending van artikel 3 EVRM. Ongeveer een maand later stopte die praktijk. Maar degenen die er slachtoffer van zijn geweest, hebben dan nog altijd toegang tot Straatsburg, omdat de schending daar pas voldoende afgedaan is als aan alle betrokkenen rechtsherstel is geboden. Het Hof zag een groep gelijke gevallen (kloonzaken) aankomen en veroorloofde zich –naar eigen zegen ‘niet gebruikelijk’ – in de derde zaak enig meedenken onder artikel 46 EVRM. Het zou goed zijn, zo ‘zou het Hof willen observeren’, als er een nationaal systeem opgetuigd werd waarmee alle slachtoffers genoeg gedaan zou kunnen worden, zodat het EHRM zich weer met andere zaken kon gaan bezig houden.¹³⁹

De pilot-judgments

Kroonjuweel van het meedenkende EHRM is de zogenaamde *pilot-judgment* procedure. In zijn ‘officiële’ vorm heeft een aantal eigenschappen.¹⁴⁰ Allereerst selecteert het Hof een klacht die symbool staat voor een serie klachten. Die hoeven niet al allemaal ingediend te zijn, voldoende is dat duidelijk is dat een groot aantal gevallen op een gegronde klacht kan rekenen en het Hof dus voor jaren werk kan bezorgen. Zo’n klacht wordt dan omstandig gegrond verklaard door het Hof. Eerst was dat uitsluitende de Grote Kamer, later kopieerde de gewone kamer die praktijk. Na de geconstateerde schending signaleert het Hof expliciet in het *operative part* dat de schending niet op zichzelf staat, maar het product is van wijder verbreid en systematisch falen. Vervolgens wordt er dan royaal meegedacht met de mogelijke oplossingsrichting, zowel voor de zaken die nog niet op de plank in Straatsburg liggen, als de zaken die dat al wel doen. In afwachting van de inspanning van de betrokken Staat stelt het Hof vervolgens de verdere behandeling van alle kloonzaken uit. Na verloop van tijd wordt een van die zaken dan weer opgepakt, om – als het allemaal goed verloopt – te kunnen constateren dat de kwestie inmiddels uit de lucht is en de zaken met tientallen of honderden tegelijk van de rol kunnen worden geschrapt.

De eerste keer dat het Hof deze procedure toepaste was tegen Polen. Dat land kampte nog met de afhandeling van de zogenaamde Westelijke Boeg-slachtoffers. De Westelijke Boeg (‘Bug’ in het Pools) is een rivier die na de Tweede Wereld de oostgrens van Polen werd. In ruil daarvoor kreeg Polen een stuk Duitsland erbij. De Polen die als gevolg daarvan moesten vertrekken waren eigenlijk nog nooit fatsoenlijk gecompenseerd, hoewel hun aanspraken op zich wel erkend waren in wetgeving en door het Constitutioneel Hof. Toen het EHRM zich realiseerde dat de gegronde klacht

¹³⁸ EHRM 8 juli 2004, nr. 48787/99 (*Ilaşcu e.a. t. Moldavië en Rusland*). Zie ook: EHRM 22 december 2008, nr. 46467/06 (*Aleksanyan t. Rusland*) waarin een *holding* de verplichting bevat om een voorlopige hechtenis te beëindigen.

¹³⁹ EHRM 6 juli 2006, nr. 8196/02 (*Salah t. Nederland*).

¹⁴⁰ Voor een algemene introductie van de karakteristieken zie: Leach, Hardman Stephenson en Blitz, ‘*Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of ‘Pilot Judgments’ of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*’ Brussel: Intersentia 2010, hfdst. 1 en Antoine Buyse, ‘The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights. Possibilities and Challenges.’ *Nomiko Vima (Greek Law Journal)* November 2009.

van een zekere meneer Broniowski de eerste van 80.000 lotgenoten paste het voor het eerst de hierboven beschreven *pilot-judgment* procedure toe.¹⁴¹ En met succes. De Poolse autoriteiten reageerden adequaat en het Hof kon de kwestie afsluiten en 176 zaken van de rol schrappen.¹⁴² Ondertussen had het Hof in 18 andere zaken een probleem herkend dat ook zou kunnen leiden tot gegronde klachten van 100.000 verhuurders en maximaal 900.000 huurders, en was Polen voorwerp van de volgende *pilot judgment*.¹⁴³ In 2009 volgde Rusland, toen het Hof zich realiseerde meneer Burdov in 2002 al eerder terecht geklaagd had over het door de overheid niet uitbetalen van door de rechter toegekende schadevergoedingen. In de tussenliggende periode had het EHRM bovendien deze schending van artikel 6 EVRM door Rusland al in 200 andere zaken geconstateerd. Dus volgde een *pilot judgment* tegen Rusland.¹⁴⁴ Anders dan in de eerder zaken tegen Polen, waarin het Hof geen concrete tijdslimiet opnam, kreeg Rusland zes maanden de tijd om een algemene voorziening te treffen en een jaar de tijd om alle klachten die bij het Hof aanhangig waren op dit punt af te handelen. Daarmee nam het Hof een risico dat zich ook verwezenlijkt heeft: Rusland haalde termijn niet. Bovendien zette het EHRM in de zaak tegen Rusland een andere stap. In de eerdere twee zaken tegen Polen was sprake geweest van een grote, maar omlijnde groep en een relatief specifieke en goed identificeerbare oorzaak. In de zaak tegen Rusland ging het om een open groep en een meeromvattend probleem. Datzelfde geldt overigens voor de redelijke termijn problemen later in Italië en Slovenië geadresseerd werden.

Broniowski, Hutten-Czapska en *Burdov No. 2* vormden de aftrap voor de *pilot judgments*. Daarna zijn ze een vast onderdeel van het Straatsburgse repertoire geworden. Van Polen en Rusland was bij het Hof bekend dat beide landen niet onwelwillend tegenover de interventie van het Hof stonden, zodat het meedenken in politiek vruchtbare aarde viel. Daar staat overigens tegenover dat de aanwezigheid van honderden kloonzaken niet wijst op voorbeeldig gedrag onder artikel 46 EVRM. In ieder geval was in de eerste drie zaken duidelijk dat het relevante Constitutionele Hof eveneens een schending had aangenomen.¹⁴⁵ In latere zaken lijkt het Hof ook politiek gevaarlijker terrein te betreden, namelijk pilootprocedures instellen tegen landen waar terwijl hun vertegenwoordiger daar expliciet tegen protesteert. De procedure tegen het Verenigd Koninkrijk met als inzet het stemrecht van gevangenen is ook een *pilot judgment*. De politieke gevoeligheid daarvan is reeds uiteengezet. De termijn van zes maanden om een wetsvoorstel in te dienen om iets aan de *blanket ban* te doen loopt sinds kort.

Resumerend

Wie de oorspronkelijke declaratoire en concrete schandpaal-procedure, eventueel in combinatie met een billijke genoegdoening voor de klager, vergelijkt met de frontale confrontaties die het EHRM inmiddels aangaat met *pilot judgments* in politiek gevoelige zaken, valt het wellicht het punt op dat we hier willen maken: ook het derde moment is er de afgelopen zestig jaar anders bij komen te liggen in Straatsburg. Het Hof is zich breder, gedetailleerder en directiever gaan mengen in de vraag wat er moet gebeuren *nadat* er een individuele klacht gegrond blijkt.

¹⁴¹ EHRM (GK) 22 juni 2004, nr. 31443/96 (*Broniowski t. Polen*).

¹⁴² EHRM 23 september 2008, nr. 50425/99 (*E.G. t. Polen en 175 anderen*).

¹⁴³ EHRM (GK) 19 juni 2006, nr. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*).

¹⁴⁴ EHRM (GK) 15 januari 2009, nr. 33509/04 (*Burdov t. Rusland (No.2)*).

¹⁴⁵ Leach, Hardman Stephenson en Blitz, 'Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level' Brussel: Intersentia 2010, p. 32-33.

Via de interpretatie van de plicht voor betrokken Staten om herhaalde schendingen te voorkomen is het Hof als vanzelf betrokken bij repeterende verdragsbreuken. Via het declatoire karakter van de uitspraken, raakt een geconstateerde schending in één Staat in potentie alle identieke situaties in alle lidstaten. Toen het Hof vervolgens onder artikel 46 EVRM is gaan meedenken met de lidstaten over wat een gepaste implementatie van de uitspraak zou zijn, ging de oorspronkelijke afwezigheid van een injunctiestelsel op helling.¹⁴⁶ Dat geldt zeker, als het voorbeeld van de *interim measures* aantoonde dat de stap tussen meedenken en verstandige dingen suggereren en het aankondigen van een schending bij onvoldoende opvolging van de adviezen klein is. Het meedenken heeft zich in twee richtingen ontwikkeld. In de eerste plaats heeft het Hof laten zien dat het in concrete zaken specifiek kan worden over wat in een concrete zaak moet gebeuren. In de tweede plaats kan in een uitspraak duidelijk worden gemaakt wat er in de ogen van het EHRM moet gebeuren om herhaling van de schending of ter genoegdoening van reeds begane schendingen moet gebeuren. De *pilot judgment* procedure is het voorlopige hoogtepunt van deze ontwikkeling. In plaats van zich te beperken tot het afdoen van de individuele klachten probeert het Hof aan de betrokken lidstaat duidelijk te maken dat het verplicht is om na afdoening van één klacht de behandeling van alle identieke, al dan niet reeds ingediende, klachten overbodig te maken. Dat doet het Hof dan niet langer meer enkel bij wege van een meedenkende motivering, maar met een expliciet, inclusief termijnstelling en opschorting van de behandeling van de klachten.

Daarbij komt de ontwikkelig die de billijke genoegdoening heeft doorgemaakt tot een incidentele dwangsom en mogelijk tot een punitieve sanctie. En tenslotte is uitbreiding van wat onder het *operative part* past opvallend. Strikt juridisch kan daar slechts met moeite de relevantie van gezien worden, hoewel het niet geheel onmogelijk is om te betogen dat de verplichtingen voor de betrokken Staat uitbreiden wanneer in de *holdings* niet alleen de schending wordt geconstateerd maar ook de juiste (want enige) weg om te voldoen aan artikel 46 EVRM. Maar mogelijk meer nog dan strikt juridisch is een verschuiving van de motivering naar het dictum politiek gevoelig. ‘In the case of states, it’s the operative part that works the magic.’¹⁴⁷

Het is overigens niet toevallig dat de data van de in deze paragraaf besproken jurisprudentie sterk in of rond het jaar 2004 liggen. Dat is jaar waarin het Hof het meedenken gedetailleerder maakte en uitbreide naar het *operative part*. Het is eveneens het jaar waarin de eerste *pilot judgment* procedure werd gestart. En het is tenslotte het jaar waarvan president Wildhaber later zei: ‘I should like to begin by making some brief comments about a few of the key judgments delivered in 2004. You will realise immediately that they all concern the issue of effective execution of the Court’s judgments. Indeed, this is one of the themes that dominated the Court’s case-law last year. But it has also to be seen in a wider context, that of the need to restore the balance between national and international jurisdiction in implementing the Convention.’ Dat zei hij ter gelegenheid van de opening van het jaar 2005, het jaar waarin de *interim measures* aangekondigde schendingen van artikel 34 EVRM werden, de Grote Kamer zich in de Öcalan-uitspraak de nieuwe meedenkende koers akkoordeerde en waarin dezelfde Grote Kamer vasthield aan het oordeel dat het Verenigd Koninkrijk zijn *blanket ban* ten aanzien van het kiesrecht voor gevangenen niet kon handhaven.

¹⁴⁶ Lanotte 702.

¹⁴⁷ Citaat van ene verder anonieme rechter uit het EHRM. Leach, Hardman Stephenson en Blitz, ‘Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of ‘Pilot Judgments’ of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level’ Brussel: Intersentia 2010, p. 23.

7. Samenvatting en aanbevelingen

Het is tijd, dat wij de draden, die wij spinnen, samenbinden. Op de willekeurige dag in juni 2012, de dag van de in de inleiding aangestipte uitspraken, bemoeide het Hof zich, onder andere, met verdwijningen van personen in Rusland en met starre leasecontracten in Noorwegen. In het huidige debat trekt vooral de Noorse uitspraak vuur. Zelfs als er van alles mis is met de winstmarges bij de verhuur van vakantiehuisen, zo luidt een deel van de kritiek, dan is dat niet het soort wantoestand waarvoor Straatsburg is opgetuigd. Het Hof wordt geacht zich daar daar niet over uit te laten, en als het dat toch moet doen, in ieder geval geen schending van het EVRM te constateren. De Russische uitspraak is in deze benadering wellicht een voorbeeld tot het soort kernrechtenbescherming waar het EHRM zich toe zou moeten beperken. Dat wil niet zeggen dat het Hof voor de Russische uitspraak geen kritiek zou kunnen krijgen. Sommige critici richten zich vooral tegen het internationale karakter van de rechtsbescherming. Anderen gaan verder en keren zich tegen grondrechtenbescherming door de rechter in het algemeen. Ook als het Hof bescherming wil bieden tegen een enkeltje martelkelder (vaak in de context van een uitzetting van een asielzoeker) kan het rekenen op kritiek. Wie denken ze wel niet dat ze zijn, zo luidt de kritiek dan, om door de Tweede Kamer geaccordeerd uitzetbeleid te doorkruisen? Dat soort kritiek heeft met het internationale karakter van de rechtsbescherming weinig meer te maken. Pleidooien voor meer subsidiariteit sluiten hier dan ook niet op aan.

Tegen deze achtergrond hebben wij in dit preadvies een pleidooi gehouden voor alle uitspraken die het Hof op 12 juni 2012 deed: de Noorse, de Russische en alles ertussen in. Dat is niet, omdat alles wat het Hof doet per definitie welgedaan is. We betogen ook niet dat hier zestig jaar geleden 'nu eenmaal voor gekozen is', of dat de Tweede Wereldoorlog anders voor niets geweest is. Ook wij zien verschil tussen de verdwijning van mensen en de verliezen van huisjesmelkers en willen best toegeven dat het eerste meer met zoiets als 'de kern' van doen heeft dan het tweede. Ons punt is, dat het Hof in beide kwesties een waardevolle bijdrage kan leveren aan de grondrechtenbescherming in een land. In het eerste geval door het stellen en zo adequaat mogelijk handhaven van de ondergrens, in het tweede geval door een vastzittend politiek proces een spiegel voor te houden. Zoals het Hof dat ook deed bij de Nederlandse zaak over het gestolen rijbewijs en de daarop volgende identiteitsfraude. Hoewel de aangifte van diefstal van een rijbewijs geen kernrecht activeert, laten de 1737 auto's op naam een bijstandstrekker, gevolgd door boetes, gijzeling, aansprakelijkheid en intrekken van de uitkering een stevige vorm van kafkaësk falen aan de zijde van de overheid zien. De kwestie is langs nogal wat nationale autoriteiten gegaan. Toch zag niemand kennelijk de absurditeit in het dossier. Tenminste, niet in een mate die verschil maakte voor de betrokkene. Dat valt als een falen van de rechtsstaat te beschouwen, en dus als bedreiging voor de grondrechtenbescherming.

Wij pleiten voor een combinatie van beide soorten bijdragen. Toezien op het handhaven van de minimumbescherming *en* een spiegel voorhouden bij haperende onderdelen van de democratische rechtsstaat. De theoretische grondslag voor dit betoog wordt gevormd door de verschillende manieren om tegen de rol van de rechter in het algemeen aan te kijken. Het meest vertrouwd is de opvatting dat grondrechten grenzen stellen aan het politieke debat, en het de taak van de rechter is die grenzen te bewaken met wat nodig is om de politiek op het eigen domein te houden. Het bewaken van de minimumbescherming past daar goed bij. Een alternatieve benadering van de rol van de rechter beschouwt de rechter niet als een grensbewaker, maar als een Socrates die de lastige vragen stelt en tot reflectie dwingt. In de waarde daarvan voor de grondrechtenbescherming ligt wat ons betreft de legitimatie voor

Straatsburg om zich *ook* met rijbewijzen en leascontracten bezig te houden. De afwezigheid van een onmiddellijk herkenbaar kernrecht is voor ons dus geen reden om het Hof de gifbeker aan te reiken.

Dit is geen *carte blanche* voor Straatsburg. De rol van de rechter als een soort Socrates legitimeert weliswaar bemoeienis in perifere kwesties, dat wil niet zeggen dat die bemoeienis identiek is. Zoals grenswachters meer doen dan een spiegel voorhouden, zo zijn kritische buitenstaanders geen handhavingsambtenaren. Dat punt hebben we in dit preadvies zichtbaar willen maken door, in het verlengde van Alkema's gedifferentieerde rechtsvinding, een 'derde moment' in het proces van rechtsvinding te munten. In het eerste, institutionele moment vraagt de rechter zich af of het *aan hem* is om zich over de kwestie uit te spreken. In het tweede, inhoudelijke, moment beantwoordt de rechter de voorgelegde rechtsvraag. Daarna valt, indien relevant, het derde moment open: wat moet er nu gebeuren? Een grensbewakende rechter is terughoudend op het eerste en tweede moment, maar als de grens is overschreden dan moet de schending ongedaan worden gemaakt. Een rechter die niet zozeer een grens wil bewaken maar een spiegel wil voorhouden, hoeft minder terughoudend te zijn in het eerste en tweede moment. Hij mag zich over meer dingen uitspreken en vrijer een schending constateren. Terughoudend moet zo'n rechter zijn in het derde moment. Het gaat er immers niet om dat de kwestie aan het politieke debat wordt onttrokken en finaal door de rechter beslecht. De kwestie moet juist terug naar het politieke debat. In het derde moment gaat het er bij een Socratische rechter dus om te doen wat nodig is *om lastig te zijn*.

Inspiratie voor wat nodig is om lastig te zijn hebben we vervolgens gezocht in het in de Amerikaanse literatuur ontwikkelde model van *public law litigation*. Anders dan de tegenovergestelde *civil law litigation* staan daar niet concrete partijen te twisten over compensatie of reparatie van geleden schade maar is vindt de strijd plaats tussen twee veel vager omlijnder groepen en is de inzet het realiseren van constitutionele waarden door de verbetering van overheidsbeleid. Dat betekent onder meer dat afstand wordt gedaan van de gedachte dat de rechter de remedie rechtstreeks afleidt uit de geconstateerde schending. In plaats daarvan stelt de rechter zich op als procesbegeleider: hij brengt een dialoog aan de gang, en handhaaft die zonodig, tussen klager en overheid. Partijen zelf bepalen dan, binnen bepaalde grenzen, wat de gevolgen van de uitspraak moeten zijn. Dat betekent een langduriger rol voor de rechter. Hij neemt de zaak niet over ten koste van wetgever en bestuur, maar hij richt zich op het destabiliseren van vastzittende besluitvormingsprocessen. Een rol die past bij een Socrates, meer dan bij een politieagent.

Wat heeft dat nu te betekenen voor het EHRM?

Zoals gezegd komt ons pleidooi neer op acceptatie van het EHRM buiten de kernrechten, mits het Hof differentieert in het derde moment conform de verschillende rollen die het speelt. Dat betekent een doorontwikkelen van een steviger derde moment voor het bewaken van de minimumgrenzen. In dat licht is 120.000 euro billijke genoegdoening voor de nabestaanden van de verdwenen Russen een goede zaak. Andersom is het de vraag of het verstandig was om de procederende Noren ook compensatie te bieden. Die vraag moet worden beantwoord door wat nodig is om de Noorse politiek er nog eens naar te laten kijken. Daarbij kan het Hof rekening houden met de verschillen de lidstaten, en naar de institutionele context van de geconstateerde schending. Betreft het de mogelijke blinde vlek van een constitutioneel hof met een uitmuntend *track record* op het gebied van de grondrechten, of is het een verder ongetoetste politiepraktijk?

De vraag, tenslotte, is wat het EHRM moet doen als het weliswaar lastig is, maar de discussie zich niet of niet in de gewenste richting beweegt. Zoals in het Verenigd Koninkrijk het geval lijkt, waar niemand het meer over de gevangenen heeft maar over de vraag wie het Hof wel niet denkt dat het is. In dat soort gevallen moet het Hof er beducht voor zijn 'op te schalen' tot het niveau van de grenswachter. Zijn rol als internationale rechter past bescheidenheid. Concreet betekent dat, wat ons betreft, dat het Hof geduldig alle klachten gegrond verklaart in de hoop op betere tijden. Het Hof zelf moet dan genoegen nemen met wat het heeft. Dat kan ze daar in Straatsburg niet onbekend voorkomen – heel wat klagers hebben het daar in de loop der jaren ook mee moeten doen.