



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Uzman, J.

Citation

Uzman, J. (2013, December 5). *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/22740>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/22740>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/22740> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Uzman, Jerfi

Title: Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Issue Date: 2013-12-05

6 | Effectieve rechtsbescherming in het EVRM

6.1 INLEIDING

Hoe verhoudt zich de *terme de grâce* tot de eisen die het EVRM aan de nationale rechtsbescherming stelt? Dat is een relevante vraag, al was het maar omdat de Hoge Raad in het arrest *Arbeidskostenforfait* impliciet naar artikel 13 EVRM lijkt te verwijzen.¹ Ik ga daar in dit deel op in.

De Conventie eist niet alleen dat staten de daarin opgenomen rechten op papier respecteren, maar ook dat men een stelsel in het leven roept dat die rechten adequaat garandeert. Hoewel zij de staten in beginsel de vrijheid laat te kiezen hoe dat stelsel er uit ziet, veronderstelt de Conventie – wij zullen dat nog zien – in de praktijk een belangrijke rol van zowel wetgever als rechter.

De bemoeienis van het EVRM met het stelsel van rechtsbescherming van de lidstaten is over een aantal bepalingen verspreid. Het meest in het oog springend zijn de artikelen 6 en 13 EVRM, die burgers een subjectief recht toekennen op, respectievelijk, een eerlijk proces en effectieve rechtsbescherming op nationaal niveau. Voorts kan gedacht worden aan bepalingen waarin niet dat stelsel centraal staat, maar de *output*: artikel 1 EVRM, waarin de staten zich verplichten de EVRM-rechten binnen hun rechtsmacht te verzekeren, en artikel 46 EVRM, dat hen verplicht ‘zich te houden’ aan uitspraken van het Straatsburgse Hof.² Ook over de band van deze bepalingen valt iets te zeggen over de effectiviteit van de nationale manier om mensenrechten te effectueren. Het EHRM gaat er bovendien geregeld toe over bepaalde procedurele waarborgen

1 Zie HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB, r.o. 3.13-3.14. Tevens: Martens 2000a, §7-8. Een aardigheidje ten overvloede: Bloembergen suggereert in zijn noot onder NJ2000/170 dat de HR het oog heeft op art. 2 lid 3 IVBPR, nu de HR spreekt van ‘effectieve rechtsbescherming’ terwijl in artikel 13 EVRM sprake is van een ‘daadwerkelijk rechtsmiddel’. Dat is echter een kwestie van vertaling: art. 2 lid 3 IVBPR en art. 13 EVRM spreken in de Engelstalige tekst allebei van ‘*an effective remedy*’. Tussen beide bepalingen is tekstueel dus geen verschil (tenzij men de Franstalige tekst erbij betreft, maar dan is het juist art. 2 lid 3 IVBPR dat spreekt van *un recours utile*, terwijl art. 13 EVRM blijft bij het bekende *un recours effectif*). De Hoge Raad kan dus heel goed beide bepalingen op het oog hebben gehad.

2 Zie ook art. 41 EVRM, dat voor het Hof de mogelijkheid opent om de Staat te verplichten in een billijke genoegdoening te voorzien. Ook in het kader daarvan komt het Hof soms te spreken over de vraag of een rechter de kwestie mocht overlaten aan de wetgever: zie o.m. EHRM 30 november 2010, no. 23614/08 (*Urban & Urban t. Polen*).

in de materiële bepalingen in te lezen.³ Dat geeft het Hof de mogelijkheid om, in het kader van de toetsing aan zo'n materiële bepaling, iets te zeggen over de vraag of de nationale rechter een kwestie al dan niet terecht heeft overgelaten aan de wetgever, en een enkele keer doet het dat ook.⁴ Bij de bespreking wat in Straatsburgse ogen als 'effectieve rechtsbescherming' te gelden heeft, concentreer ik mij in de eerste plaats op artikel 13 EVRM. Dat artikel is als het ware de kapstok van mijn analyse in dit hoofdstuk. De rechtsbeschermingsaspecten die bij de uitleg van andere verdragsbepalingen tot uiting komen, behandel ik enkel als aanknopingspunten voor een inzichtelijker uitleg van artikel 13 EVRM.

Hoe komen we tot een dergelijke inzichtelijke uitleg? Ik bespreek eerst kort het volkenrechtelijk decor (§6.2) en de uitgangspunten van artikel 13 EVRM (§6.3). Vervolgens ga ik na welke gevolgen de bepaling heeft voor de toetsing van formele wetgeving (§6.4). Tot slot bezie ik in hoeverre de *terme de grâce* als effectieve rechtsbescherming te gelden heeft (§6.5).

6.2 HET VOLKENRECHTELIJK KADER

Het EVRM is een overeenkomst tussen staten. Het effectueren ervan is dus onderdeel van het algemene volkenrecht. Dat kwalificeert de schending van een verdragsverplichting als *wrongful act*.⁵

Voor beantwoording van de vraag wat er in zo'n geval moet gebeuren, zijn de zogenaamde *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* tegenwoordig leidend.⁶ Volgens dit document zijn staten in de eerste plaats verplicht de eventuele voortzetting van een schending te beëindigen ('*cessation*').⁷ Daarnaast moeten zij ervoor zorgen dat de, uit de schending voortvloeiende, schade zoveel mogelijk ongedaan wordt gemaakt.⁸

Artikel 34 van de *Articles* wijst daarvoor drie methoden aan: restitutie, compensatie en voldoening ('*satisfaction*'). Die volgorde is, zo blijkt uit de daaropvolgende bepalingen, van belang. Het uitgangspunt is dat de 'reparatie'

3 Daarvoor is groeiende aandacht. Zie in dat verband de annotatie van Barkhuysen & De Jong bij EHRM 19 oktober 2010, EHRC 2011/5 (*Özpinar t. Turkije*) en de, nog te verschijnen, Leidse dissertatie van Tess de Jong.

4 Vgl. bijv. EHRM [ontv.] 16 maart 2000, no. 33916/96 (*Walden t. Liechtenstein*); EHRM 22 juli 2010, EHRC 2010/96 (*P.B. & J.S. t. Oostenrijk*), en EHRM 29 november 1991, no. 12849/87 (*Vermeire t. België*).

5 Vgl. art. 2 *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001).

6 Dit document werd in 2001 definitief vastgesteld door de *International Law Commission* (ILC). De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties verwees er in datzelfde jaar naar in resolutie 56/83.

7 Art. 30 van de *Articles*.

8 Art. 31.

van een schending eerst en vooral uit restitutie bestaat. Restitutie definiëren de *Articles* als de plicht '*to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed*'.⁹ Op deze algemene rechtsplicht tot restitutie bestaan twee uitzonderingen. Is restitutie feitelijk onmogelijk, of zou zij onevenredig zijn, dan mag de remedie bestaan in compensatie van de geleden materiële en immateriële schade.¹⁰ Pas als ook compensatie geen reële mogelijkheid meer is, komt 'genoegdoening' op andere wijze in beeld. Dat kan door de schending te erkennen, spijt te betuigen en excuses aan te bieden.¹¹

Wat opvalt aan dit stelsel, is in de eerste plaats dat het differentieert tussen de plichten om, respectievelijk, de schending te beëindigen of niet te herhalen, en om zorg te dragen voor restitutie of compensatie. De eerste plicht is in wezen absoluut. De staat moet de schending staken en garanderen dat deze zich niet weer voordoet. Proportionaliteit speelt in dat verband geen rol.¹² Dat is wél het geval bij de verplichting om vervolgens voor een remedie te zorgen: van restitutie mag worden afgezien wanneer dat onevenredig zou zijn. Ook dan blijft de plicht bestaan, voor rechtsherstel te zorgen. Dat rechtsherstel kan dan echter ook bestaan uit schadevergoeding of, als dat onmogelijk zou zijn, genoegdoening.

Staten kunnen hun eigen constitutionele recht niet inroepen om aan de verplichtingen tot beëindiging van de schending en rechtsherstel te ontkomen.¹³ De vraag is, hoe de reikwijdte van deze regel te begrijpen. Een ruime en een restrictieve opvatting zijn mogelijk.

De restrictieve opvatting zou ervan uit kunnen gaan dat constitutionele bezwaren niet kunnen worden opgeworpen om aan beëindiging van de schending en, in brede zin, rechtsherstel te ontkomen. De staat in kwestie die de schending niet beëindigt en nalaat op enigerlei voor rechtsherstel zorg te dragen, is daarvoor volkenrechtelijk aansprakelijk. Men kan het adagium echter ook ruimer opvatten. Het heeft dan niet alleen betrekking op de onmogelijkheid zich te onttrekken aan beëindiging en rechtsherstel, maar óók op de, in de artikelen 34-37 geregelde, vormen van rechtsherstel. Het eigen constitutionele recht mag bijvoorbeeld niet in stelling worden gebracht om voor genoegdoening te kiezen in plaats van in restitutie of compensatie van geleden schade te voorzien als dat wél feitelijk mogelijk zou zijn.

Zie ik het goed, dan moet de restrictieve opvatting op tekstuele gronden worden afgewezen. Artikel 32 heeft, getuigde de tekst van de bepaling, betrekking op het gehele deel II, waarin ook de, in de artikelen 34-37 geregelde vormen van rechtsherstel zijn opgenomen. Is restitutie mogelijk en zou dat

9 Art. 35.

10 Art. 35 lid 2.

11 Art. 37 lid 2.

12 Vgl. Shelton 2002, p. 840. Zie ook het commentaar van de ILC bij art. 30 (onder 7.). Wel speelt proportionaliteit in zeker zin een rol bij het bepalen van de te nemen maatregelen en te uiten garanties. Zie commentaar ILC bij art. 30 (onder 13).

13 Vgl. art. 32 *Articles*; art. 27 WVV.

niet tot onevenredige bezwaren leiden, dan moet daarvoor worden gekozen. Constitutionele bezwaren kunnen daartegen niet worden ingebracht.

De *Articles on the Responsibility of States* zijn, tot slot, een weergave, op zijn best een codificatie, van ongeschreven volkenrecht en zij hebben in beginsel slechts betrekking op relaties tussen staten.¹⁴ Zij scheppen geen subjectieve rechten voor individuen, hoewel het moederland van de, in een recht geraakte, burger zich wel op de *Articles* kan beroepen.¹⁵ Van belang is echter dat een geconstateerde schending van een verdrag, zoals het EVRM, automatisch de plicht doet ontstaan om het voortduren van de schending te beëindigen. Het volkenrecht beschouwt de beëindiging van een schending als een kwestie van de internationale gemeenschap als zodanig en een basisvoorwaarde van de *rule of law*, waaraan moet worden voldaan, ook als daar niet om gevraagd wordt.¹⁶ Daarnaast wordt in de *Articles* erkend dat individuen soms, op basis van specifieke verdragen, rechten geldend kunnen maken op staten die hun subjectieve rechten hebben geschonden.¹⁷ Het EVRM is daarvan een voorbeeld. Het, in dit hoofdstuk verder te bespreken, artikel 13 EVRM kan worden gezien als een bijzondere 'vertaling' van de zojuist besproken volkenrechtelijke beginselen in een subjectief recht. De *Articles* spelen bij de invulling van dat recht weliswaar geen rechtstreekse rol, maar bieden wel steun bij de interpretatie ervan.¹⁸

6.3 ARTIKEL 13 EVRM IN VOGELVLUCHT

Zoals gezegd wordt de aandacht van het EVRM voor het nationale stelsel van rechtsbescherming samengebond in twee bepalingen: de artikelen 6 en 13 EVRM. Artikel 6 EVRM ziet met name op de procedurele 'tak' van de rechtsbescherming: de toegang tot, en de inrichting van, het rechterlijk proces. Ook artikel 13 EVRM heeft daarop deels betrekking, maar het voorschrift is algemener van aard en omvat ook het materiële aspect van rechtsbescherming: de maatregel ter ongedaanmaking van een onrechtmatige situatie.¹⁹ De bepaling luidt als volgt:

'Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity'.

¹⁴ Vgl. art. 33 *Articles*.

¹⁵ Vgl. commentaar bij art. 33 lid 2 (nr. 3).

¹⁶ Vgl. commentaar bij art. 30 (r. 5); Shelton 2002, p. 839-840; McGregor 2010, p. 495.

¹⁷ Zie art. 33 lid 2 *Articles*.

¹⁸ Soms verwijst het EHRM er dan ook naar. Dat deed recent bijvoorbeeld rechter Pinto de Albuquerque in zijn *dissent* bij EHRM (Grote Kamer) 28 juni 2013, no. 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*).

¹⁹ Het onderscheid tussen beide aspecten treft men aan bij Shelton 2005, p. 1.

Voordat ik inga op de verplichtingen die uit deze tekst voortvloeien voor de Staat, eerst iets over de toepasselijkheid ervan. Artikel 13 EVRM garandeert het brede publiek (een ieder) een subjectief recht op effectieve rechtsbescherming.²⁰ Dat recht op rechtsbescherming beperkt zich echter tot beslechting van geschillen die onder de reikwijdte van het EVRM vallen. De gegarandeerde remedie heeft betrekking op een schending van één van de materiële EVRM-rechten.²¹ Artikel 13 EVRM is daarmee een zogenaamd afhankelijk recht.²² Het kan alleen in samenhang met zo'n materieel recht worden ingeroepen. Klaagt men in Straatsburg dat in Nederland geen rechtsmiddel heeft opengestaan tegen een inbreuk op het merkenrecht wegens gebruik van het logo van Aardappel Anders, om maar een zijstraat te noemen, dan is zo'n klacht niet-ontvankelijk.²³

Voor de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM is niet nodig dat het materiële verdragsartikel ook daadwerkelijk geschonden is. Hoewel de tekst van de bepaling dat wel suggereert, neemt het EHRM sinds eind zeventiger jaren aan dat artikel 13 EVRM, ondanks het afhankelijke karakter van de bepaling, autonoom moet worden uitgelegd. In *Klass t. Duitsland* vond het Hof het voldoende dat:

‘an individual considers himself to have been prejudiced by a measure allegedly in breach of the Convention’. (...) Thus Article 13 must be interpreted as guaranteeing an “effective remedy before a national authority” to everyone who claims that his rights and freedoms under the Convention have been violated’.²⁴

Artikel 13 EVRM heeft dus een zelfstandige functie. Ook wanneer het EHRM niet tot schending van een materieel verdragsrecht concludeert, kan het tot de slotsom komen dat artikel 13 geschonden is. De ratio achter deze relatief soepele benadering is dat de bepaling zo bijdraagt aan de decentralisatie van de Europese mensenrechtenbescherming. Zij maakt het mogelijk het zwaartepunt van die bescherming naar het nationale niveau te duwen.²⁵ Niet elke claim dat men in een mensenrecht is geraakt leidt evenwel tot de toepasselijk-

20 Voor de betekenis van de term ‘everyone’, zie Barkhuysen 1998, p. 71.

21 Althans: op de verdedigbare claim dat schending van zo'n recht heeft plaatsgevonden. Zie hierna.

22 Zie Barkhuysen 1998, p. 39. Vaak wordt ook gesproken van een accessoir of een complementair recht.

23 De kwestie ligt overigens anders als in zo'n zaak een verband kan worden geconstrueerd met een positieve verplichting van de Staat onder een materieel verdragsartikel. Zie Barkhuysen 1998, p. 40-42.

24 EHRM 6 september 1978, no. 5029/71, Series A-28.

25 Aldus bijv. ECRM (rapport) 12 maart 1987, no. 10126/82, Series A-139 (*Ärzte für das Leben t. Oostenrijk*), §97.

heid van artikel 13. Het standpunt van de klager moet, zo eist het EHRM inmiddels, wel verdedigbaar zijn.²⁶

Wat als verdedigbaar te gelden heeft valt niet in abstracto te zeggen. Het Hof kiest dan ook voor een casuïstische benadering.²⁷ Er zijn wel aanknopingspunten. Zo is in beginsel sprake van een verdedigbare claim wanneer de toetsing aan het materiële verdragsrecht in elk geval een inbreuk op dat materiële recht oplevert.²⁸ Is op nationaal niveau onderzoek gedaan naar de gegrondheid van de klacht, dan wordt eveneens relatief snel aangenomen dat sprake is van een verdedigbare claim.²⁹ Tot slot is een gezichtspunt, of de klacht over schending van het materiële verdragsrecht in de procedure voor het EHRM kennelijk ongegrond is verklaard.³⁰ Hoewel dat laatste gezichtspunt als zodanig voor de hand ligt, is daarop in het verleden wel kritiek uitgeoefend.³¹ Het is namelijk niet zo dat een klacht die kennelijk ongegrond verklaard is, *prima facie* niet in aanmerking komt voor een inhoudelijke behandeling. Ook een klacht die niet volstrekt onverdedigbaar is wordt in Straatsburg nog weleens met een relatief uitgebreide motivering kennelijk ongegrond verklaard. De verdedigbaarheid en de kennelijke ongegrondheid van een klacht vallen dan niet samen.³² Voor het soort zaken waarover het mij hier gaat, is deze kwestie echter van beperkt belang. Onder de huidige Nederlandse rechtspraak stelt de rechter in het kader van een *terme de grâce*, reeds vast dat een wettelijk voorschrift onverenigbaar is met een EVRM-bepaling.³³ In dat geval is doorgaans evident sprake van een *arguable claim*.

Artikel 13 EVRM geeft recht op *an effective remedy before a national authority*. Wat betekent dat? De gekozen bewoordingen suggereren in elk geval dat het daarbij niet hoeft te gaan om een procedure bij een rechter. Het rechtsmiddelbegrip

26 Vgl. EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72, *Series A-61 (Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk)*. Bevestigd in o.a.: EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81, *Series A-116 (Leander t. Zweden)*; EHRM 16 december 1997, no. 21353/93 (*Camenzind t. Zwitserland*); EHRM (Grote Kamer) 19 april 2007, no. 63235/00 (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*).

27 Zie o.a. EHRM (plenair) 27 april 1988, no. 9659/82, *Series A-131 (Boyle & Rice t. Verenigd Koninkrijk)*, §55.

28 EHRM 16 december 1997, no. 21353/93 (*Camenzind t. Zwitserland*), §53. Nadere analyse bij: Barkhuysen 1998, p. 60-61.

29 Zie o.a. EHRM 28 september 2000, no. 25498/94 (*Messina t. Italië*, no. 2), §90. Voorts: Cromheecke & Staelens 2004, p. 94.

30 Zo bijv. EHRM (plenair) 27 april 1988, no. 9659/82, *Series A-131 (Boyle & Rice t. Verenigd Koninkrijk)*, §54, en EHRM 21 februari 1990, no. 9310/81, *Series A-172 (Powell & Rayner t. Verenigd Koninkrijk)*, §33. Voorts: Frowein 1996, p. 428.

31 Vgl. o.a. Frowein 1996, p. 428; Barkhuysen 1998, p. 65.

32 Zie Grabenwarter 2008, p. 74-75.

33 Zie §2.3.2.3. De kwestie lag anders in het tijdperk voor HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*). Tegenwoordig wordt het bestaan van een schending door sommige rechters nog altijd in het midden gelaten (vgl. HR 14 juni 2000, JB 2000/197 m.nt. HLJ; Hof Arnhem 2 augustus 2004, NbStraf 2004/328; Vz. ABRvS 29 maart 2007, LJN BA2212). Sinds *Arbeidskostenforfait* lijkt dat echter niet meer de regel.

van artikel 13 wordt door het Hof inderdaad ruim uitgelegd. Het gaat om het gehele scala aan procedures waarmee mogelijke grondrechtenschendingen kunnen worden voorgelegd aan een instantie zodat de handeling die aan zo'n schending ten grondslag ligt kan worden vernietigd, aangepast, gesanctioneerd of gecompenseerd.³⁴ Dat hoeft, ook in de ogen van het Hof, dus geen rechter te zijn.³⁵ Het kan ook gaan om bestuurlijke of parlementaire instanties. Wel moet zo'n instantie in staat zijn om te voorzien in effectieve rechtsbescherming. Beslissend daarvoor is het pakket bevoegdheden en procedurele waarborgen waarover de instantie beschikt. Rechterlijke instanties voldoen, gelet op hun bevoegdheden en hun institutionele inbedding, in de regel aan deze maatstaf.³⁶ In de regel, want ook een rechterlijk college kan – om welke reden dan ook – uiteindelijk een gemankeerd rechtsmiddel blijken te zijn.³⁷

Waaraan moet zo'n 'effectief rechtsmiddel' dan voldoen?

Barkhuysen vatte de invulling die het EHRM aan het effectiviteitsbegrip gaf, in 1998 samen tot een aantal deelaspecten: een effectief rechtsmiddel bestaat *daadwerkelijk* (en niet alleen in theorie), het is *toegankelijk*, en het is *doeltreffend* en *doelmatig*.³⁸ In dat verband moet de klacht in de eerste plaats voldoende grondig worden onderzocht door een instantie die in staat is daarover een onafhankelijk en onpartijdig oordeel te geven.³⁹ Het is niet nodig dat de klager na zo'n onderzoek in het gelijk wordt gesteld.⁴⁰ Wel dient hem redres te worden verschaft als hij gelijk krijgt. Enkel de vaststelling van een schending is onvoldoende om van een effectief rechtsmiddel te kunnen spreken, aldus de voormalige Oostenrijkse rechter in Straatsburg, Franz

34 Barkhuysen 1998, p. 114.

35 EHRM 6 september 1978, no. 5029/71, *Series A-28 (Klass e.a. t. Duitsland)*, §67; EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72, *Series A-61 (Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk)*. Op dat uitgangspunt zijn echter uitzonderingen mogelijk, die kunnen voortvloeien uit de aard en de ernst van de vermeende inbreuk op het verdragsrecht in kwestie. Zie o.a. EHRM 4 juli 2006, no. 59450/00 (*Ramirez Sanchez t. Frankrijk*), §165, waarin het Hof rechterlijke toetsing essentieel acht voor detentie in een isoleercel, gelet op de ernstige gevolgen voor de klager.

36 Zie de rechtspraak in de vorige voetnoot.

37 Niet iedereen is het daarmee eens. Van weerlegbaarheid gaan uit: Holoubek 1992, p. 143; Barkhuysen 1998, p. 116-117; Grabenwarter 2008, p. 394. Anders: Boeles 1995, p. 221-225, die meent dat rechterlijke instanties per definitie als voldoende effectief moeten worden aangemerkt. Zo ook: Cromheecke & Staelens 2004, p. 119; Arai 2006, p. 1006.

38 Barkhuysen 1998, p. 117-118.

39 Holoubek 1992, p. 142-144; Kneucker 1968, p. 598.

40 EHRM 30 oktober 1991, no. 13163/87 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §12; EHRM 25 maart 1993, no. 13134/87 (*Costello Roberts t. Verenigd Koninkrijk*), §40. Zie ook reeds: EHRM 6 februari 1976, no. 5614/72, *Series A-20 (Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden)*, §50. Recent: EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*); EHRM 20 juli 2004, no. 47940/99 (*Balogh t. Hongarije*), §63; EHRM (Grote Kamer) 23 februari 2012, no. 27765/09 (*Hirsi Jamaa t. Italië*), §197. Zie echter ook: EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, no. 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*), §394: 'while the effectiveness of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant, the lack of any prospect of obtaining adequate redress raises an issue under Article 13'.

Matscher.⁴¹ Effectieve rechtsbescherming is per slot van rekening ‘*not simply a process but also an outcome*’.⁴² In 2000 merkt het Hof, in *Kudla t. Polen*, in dat kader op dat de rechtsbescherming effectief moet zijn...

‘(...) in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred’.⁴³

Daarmee is niet gezegd dat het redres direct gekoppeld moet zijn aan de vaststelling van de schending. Artikel 13 noch het EVRM als zodanig schrijft een specifieke vorm van rechtsbescherming voor.⁴⁴ Of de lidstaat schendingen remedieert door middel van de rechterlijke vernietiging van verdragsschendingen, het compenseren van slachtoffers van zulke schendingen of door een combinatie van verschillende remedies, dat is allemaal aan de lidstaat zelf. De geboden rechtsbescherming kan, in de ogen van het EHRM, daarom voldoende effectief zijn als zij verzorgd wordt door een samenspel van rechtsmiddelen die op eigen kracht onvoldoende zijn.⁴⁵ Dat betekent dus dat het mogelijk is, dat de vaststelling van de onrechtmatigheid van het handelen, onder voorwaarden, afkomstig is van de ene instantie – bijvoorbeeld een rechter of een onafhankelijke commissie – terwijl in het redres wordt voorzien door een andere instantie – bijvoorbeeld een bestuursorgaan of de wetgever. Op de voorwaarden waaronder dat eventueel zou kunnen, ga ik in de volgende paragraaf nader in.

Artikel 13 EVRM komt er dus, bondig samengevat, op neer dat het, behoudens uitzonderingen, een gedegen onderzoek eist door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, van ‘verdedigbare’ klachten omtrent de schending van materiële EVRM-rechten. De instantie moet bovendien in staat zijn om zelf, dan wel in samenwerking met een ander orgaan, te voorzien in redres of in een maatregel die voorkomt dat de verdragsschending plaatsvindt of zich herhaalt.

41 Matscher 1986, p. 265-267. Instemmend: Barkhuysen 1998, p. 139. Beiden leiden dat af uit ECRM (ontv.besl.) 9 juni 1958, no. 214/56 (*De Becker t. België*). In §6.5.2 bespreek ik de uitzonderingen die het EHRM aanneemt als het er om gaat zélf in compensatie te voorzien. Dat laat onverlet dat het zwaartepunt van de rechtsbescherming op nationaal niveau behoort te liggen, en dat het EHRM dus meer vrijheid heeft van een remedie af te zien dan de nationale rechter.

42 White 2000, p. 203.

43 EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*), §159.

44 EHRM 6 februari 1976, no. 5614/72, *Series A-20* (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*), §50.

45 Zie o.m. EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72, *Series A-61* (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §113; EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81, *Series A-116* (*Leander t. Zweden*), §77; EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*) EHRM (ontv.) 31 augustus 2004, no. 55164/00 (*Toimi t. Zweden*). Onder art. 5 EVRM ook reeds: EHRM 24 oktober 1979, no. 6301/73 (*Winterwerp t. Nederland*), §62; EHRM 5 november 1981, no. 7215/75 (*X. t. Verenigd Koninkrijk*), §60, en EHRM (plenair) 24 juni 1982, no. 7906/77 (*Van Droogenbroeck t. België*), §56.

6.4 ARTIKEL 13 EVRM EN DE TOETSING VAN FORMELE WETGEVING

In de vorige paragraaf ben ik globaal ingegaan op de werkingssfeer van artikel 13 EVRM. Ik sprak van een ‘verdedigbare klacht’ omtrent de schending van een EVRM-recht. Ik ging nog niet in op de vraag op welk handelen van de Staat zo’n verdedigbare klacht betrekking kan hebben.⁴⁶ Met andere woorden: waartegen kan de ‘verdedigbare klacht’ gericht zijn? Tegen feitelijk handelen door overheidsorganen? Tegen de (onjuiste) toepassing van wetgeving door het bestuur? Tegen wetgeving als zodanig?

Artikel 13 EVRM doet over zulke kwesties, getuige de tekst van het voor-schrift, niet moeilijk. De bepaling kwalificeert haar toepassingsbereik niet, of in elk geval niet letterlijk. Tekstueel omvat ze alle vormen van mensenrechten-schendingen. De zinsnede ‘*notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*’ suggereert dat in beginsel geen immuni-teiten van bepaalde overheidsinstanties zijn toegestaan.⁴⁷ Toch zag het EHRM in het arrest *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk* een uitzondering voor schendingen die gelegen zijn in wetgeving:

‘The Court, however, concurs with the Commission that Article 13 does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State’s laws as such to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention or to equivalent domestic legal norms’.⁴⁸

Deze overweging roept een paar vragen op.

In de eerste plaats laat ze open dat tegen uitvoeringshandelingen die zijn gebaseerd op de, met het EVRM strijdige, wetgeving op basis van artikel 13 EVRM wel een rechtsmiddel moet openstaan. In de tweede plaats is het de vraag wat moet worden verstaan onder ‘*a Contracting State’s laws*’: heeft het Hof hier

46 Het is bovendien mogelijk de vraag te stellen of klachten ook betrekking kunnen hebben op het handelen van derden, dus van niet-statelijke actoren. Daarover bestaat discussie. Ik laat die kwestie hier rusten. Mij gaat het immers uitsluitend om de toetsing van wet-geving.

47 Aldus bijv. Arai 2006, p. 1024. Men kan daar ook anders over denken: de zinsnede zou er juist op kunnen duiden dat de verdragspartijen primair het oog hadden op de executieve: zie de *concurring opinion* van rechters Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann bij EHRM (plenair) 21 februari 1986, no. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

48 EHRM (plenair) 21 februari 1986, no. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §85. De overweging is vaste rechtspraak geworden en veelvuldig herhaald: zie o.a. EHRM (plenair) 8 juli 1986, no. 9006/80 (*Lithgow t. VK*), §206; EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81, *Series A-116* (*Leander t. Zweden*); EHRM 25 maart 1993, no. 13134/87 (*Costello Roberts t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*); EHRM 11 juni 2002, no. 36042/97 (*Willis t. VK*); EHRM (ontv.) 8 juli 2003, no. 74205/01 (*Hirst t. VK no. 1*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, no. 36022/97 (*Hatton t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, no. 32555/96 (*Roche t. VK*); EHRM (ontv.) 5 juli 2007, no. 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*); EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, no. 3455/05 (*A. e.a. t. VK*); EHRM 23 november 2010, no. 60041/08, *AB 2011/123 m.nt. Uzman*, *EHRC 2011/20 m.nt. De Lange* (*Greens & M.T. t. VK*).

het oog op alle materiële wetgeving, of gaat het zuiver om wetgeving in formele zin? De derde kwestie is, wat de achtergrond is van 's Hof's restrictieve benadering. Ik ga op alle drie de kwesties kort in.

6.4.1 De uitvoering van wetgeving

De zojuist aangehaalde overweging van het arrest *James & Others* spreekt van de toetsing van wetgeving '*as such*'. Dat roept de vraag op of de uitzondering beperkt blijft tot een *direct* beroep tegen wetgeving. Het argument luidt dan als volgt: weliswaar vereist artikel 13 EVRM niet dat de Staat toetsing *in abstracto* van wetgeving mogelijk maakt, maar toetsing in concreto van een, op het wettelijk voorschrift gebaseerde, uitvoeringshandeling is andere koek.

Het maken van zo'n verschil zou aansluiten bij de rechtspraak van het Hof zelf, die – afgezien van een aantal, overigens belangrijke, uitzonderingen – over het algemeen inhoudt dat in Straatsburg niet tegen wettelijke voorschriften kan worden geklaagd totdat die voorschriften op de klager zijn (of vrijwel zeker zullen worden) toegepast. Het Hof meent dat het klachtrecht onder het EVRM:

'does not institute for individuals a kind of *actio popularis* for the interpretation of the Convention; it does not permit individuals to complain against a law in abstracto simply because they feel that it contravenes the Convention. In principle, it does not suffice for an individual applicant to claim that the mere existence of a law violates his rights under the Convention; it is necessary that the law should have been applied to his detriment'.⁴⁹

Dat het Straatsburgse toezichtmechanisme geen *actio popularis* is ten aanzien van mogelijk EVRM-inconsistente regelgeving, betekent niet dat klagers in Straatsburg niet tegen wetgeving kunnen klagen. Zij doen dat in de regel echter over de band van de (dreigende) uitvoering van die regelingen. Het zou verklaarbaar zijn aan te nemen, dat het EHRM dan ook vindt dat artikel 13 EVRM niet zover gaat een rechtsmiddel open te stellen tegen wetgeving als zodanig. In een restrictieve lezing van het arrest *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk* zou de uitzondering daar dan toe beperkt worden. Toch is dat niet zo.

Het is waar dat de toetsing van uitvoeringshandelingen in principe onder het bereik van artikel 13 EVRM valt.⁵⁰ Het maakt dan echter verschil of het wettelijk voorschrift waarop een dergelijke beschikking rust, in strijd is met een EVRM-recht. Is dat *niet* het geval, dan is artikel 13 EVRM van toepassing,

49 Zie o.a. EHRM (plenair) 6 september 1978, no. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), §33. Op deze rechtspraak bestaan, zoals gezegd, belangrijke uitzonderingen. Zie bijv. EHRM (plenair) 26 oktober 1988, no. 10581/83 (*Norris t. Ierland*), §31. Recenter: EHRM 24 juli 2003, no. 40016/98 (*Karner t. Oostenrijk*), §24-27.

50 Zo bijv. Barkhuysen 1998, p. 80-81 en 87-88; Cromheecke & Staelens 2004, p. 86-87.

maar is het voldoende als het nationale recht '*provides for remedies which enable to a sufficient degree, to secure compliance with the relevant legislation*'.⁵¹ Een rechtsmiddel dat wetsconforme toepassing mogelijk maakt is dus voldoende. Is de onderliggende wettelijke regeling daarentegen zélf in strijd met het EVRM, en ging het om een gebonden beschikking, dan is de klacht tegen de uitvoeringshandeling *de facto* een klacht tegen het wettelijk voorschrift. Een beroep op artikel 13 EVRM slaagt dan niet: ook zulke klachten vallen niet onder de reikwijdte van artikel 13.⁵²

6.4.2 Materiële of formele wetgeving?

De tweede vraag is bondig te beantwoorden.

Blijft de uitzondering op het toepassingsbereik van artikel 13 EVRM beperkt tot wetgeving in formele zin, of gaat zij op voor alle vormen van wetgeving? De arresten *James & Others* en *Lithgow t. Verenigd Koninkrijk* suggereren het laatste, waar de meerderheid spreekt van '*a remedy allowing a Contracting State's laws as such to be challenged*'. Tegelijkertijd lag er, voordat deze arresten gewezen werden, relatief duidelijke rechtspraak die inhield dat lagere regelgeving wél onder de reikwijdte van artikel 13 EVRM viel.⁵³ Werd deze rechtspraak met het arrest *James & Others* verlaten? Een aantal rechters in dat arrest gaat daarvan in hun *concurring opinions* wel uit.⁵⁴ Andere '*concurrers*' spreken daarentegen van een uitzondering met betrekking tot '*statute law*'.⁵⁵ Diverse auteurs betoogden in het verleden dan ook dat de uitzondering voor wetgeving restrictief moest worden opgevat: zij gold uitsluitend voor wetgeving in formele zin.⁵⁶ Het Hof heeft inmiddels verduidelijkt dat dit standpunt juist is. Tegenwoordig spreekt het expliciet van *primary legislation*, waartegen op nationaal niveau – op basis van artikel 13 EVRM – niet een rechtsmiddel hoeft open te staan.⁵⁷

51 EHRM (ontv.) 7 december 2000, no. 39187/98 (*H.M. t. Zwitserland*). Eerder (impliciet): EHRM (plenair) 8 juli 1986, no. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. VK*), §207.

52 Zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, no. 32555/96 (*Roche t. VK*), §137.

53 EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72 (*Silver e.a. t. VK*); EHRM 28 juni 1984, no. 7878/77 (*Campbell & Fell t. VK*); EHRM (plenair) 28 mei 1985, no. 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. VK*). Nader: Barkhuysen 1998, p. 77-79.

54 Pinheiro Farinha, Pettiti en Russo *concurring* onder EHRM (plenair) 21 februari 1986, no. 8793/79 (*James e.a. t. VK*).

55 Bindschedler-Robert Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann *concurring*.

56 Vgl. Heringa 1990, p. 317-320, en Barkhuysen 1998, p. 78-79.

57 EHRM 11 juni 2002, no. 36042/97 (*Willis t. VK*), §62. Zie ik het goed, dan spreekt het Hof in deze zaak voor het eerst expliciet van *primary legislation*. Zie voorts o.a. EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, no. 32555/96 (*Roche t. VK*), §137. Tevens: EHRM (ontv.) 27 november 2003, no. 62902/00 (*Zollmann t. VK*); EHRM (ontv.) 5 juli 2007, no. 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*); EHRM 30 november 2004, no. 46082/99 (*Klyakhin t. Rusland*), §114.

6.4.3 De ratio voor de uitzondering

Waarom deze uitzondering voor formele wetgeving op de werkingssfeer van artikel 13 EVRM? Het Hof zelf zegt daarover doorgaans niet zoveel.⁵⁸ Het stelt vaak dát artikel 13 geen remedie tegen legislatieve schendingen van het EVRM eist, maar een verklaring daarvoor geeft het dan niet. Het dichtst in de buurt bij een dergelijke verklaring, komt de *concurring opinion* van een viertal rechters bij het arrest *James & Others*.⁵⁹ Daarin worden twee redenen genoemd voor de restrictieve houding van het Hof. De eerste is een verdragshistorische:

‘it seems fairly improbable that those drafting the Convention intended the scope of Article 13 to extend to this point as, when the Convention was ratified, only a few Contracting States made legislative provision for private individuals to test the constitutionality of a statute (or its compatibility with the Convention) (...)’.

In 1986 is daarin, aldus het viertal, nog onvoldoende veranderd. Er is dus – nog – geen reden om artikel 13 EVRM op dit punt evolutief uit te leggen. Ten tweede noemt het viertal nog een tekstueel argument: de zinsnede ‘*notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*’ zou er volgens hen óók (‘*also permissible to infer*’) op kunnen duiden dat de verdragssluitende staten vooral het oog hadden op rechtsbescherming tegen mensenrechtenschendingen door rechter en bestuur.

Of de motivering van de vier *concurrers* ook inzicht geeft in de meningsvorming van de meerderheid is uiteraard de vraag. Als hun argumentatie van doorslaggevend belang was geweest voor ‘s Hof’s beslissing, dan is het de vraag waarom zij geen plaats heeft gekregen in de uitspraak. Het ontbreken van een motivering in de meerderheidsopinie lijkt er op te wijzen dat de overeenstemming alleen de conclusie gold en niet de redenen voor die conclusie.

Daar komt bij dat de argumentatie van de *concurrers* eigenlijk niet zo veel zegt. Ze berust op verdragshistorische en tekstuele analyse. Het viertal legt echter niet uit *waarom* voor zo’n analyse gekozen moet worden. Het Hof heeft dan namelijk al zo’n acht jaar eerder principieel uitgesproken dat het verdrag een *living instrument* is dat evolutief moet worden uitgelegd.⁶⁰ Bovendien legt het Hof het EVRM zo uit dat de daarin neergelegde rechten *practical and effective* zijn.⁶¹ Zo overwoog het in het verleden:

58 Daarop is kritiek: zie de genoemde *concurring opinions* bij EHRM (plenair) 21 februari 1986, no. 8793/79 (*James e.a.*).

59 Het gaat om de rechters Bindschedler-Robert Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann.

60 EHRM 25 april 1978, no. 5856/72 (*Tyrer t. VK*), §31.

61 EHRM 9 oktober 1979, no. 6289/73 (*Airey t. Ierland*). Later o.a. bevestigd in: EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, no. 28934/95 (*Beer & Regan t. Duitsland*), §57; EHRM (Grote Kamer) 23 februari 2012, no. 27765/09 (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*), §175. Zie nader: Gerards 2011a, p. 30-34. In de context van de toegang tot de Straatsburgse toezichtsorganen sprak het Hof in

'In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms (...). Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (...)'.⁶²

Het subjectieve recht op effectieve nationale rechtsbescherming wordt deels illusoir wanneer artikel 13 EVRM restrictief wordt uitgelegd. Daar komt bij dat zo'n restrictieve uitleg ertoe leidt dat mogelijke slachtoffers van legislatieve schendingen voor hun rechtsbescherming uitsluitend bij het EHRM terecht kunnen. Dat zou een belangrijke uitzondering opleveren op het uitgangspunt van subsidiariteit dat ten grondslag ligt aan de artikelen 13 en 35 EVRM. Ook een systematische uitleg van het EVRM zou dus in de richting van een extensieve lezing van artikel 13 kunnen leiden.⁶³

Wat men ook van de argumentatie van de vier *concurrers* vindt, hun verdragshistorische en tekstuele benadering is dus het resultaat van een keuze. De vraag is wat die keuze heeft gemotiveerd. De redenen daarvoor lijken vooral institutioneel van aard. Eén ervan is dat een extensieve lezing van artikel 13 EVRM afbreuk zou doen aan het uitgangspunt dat het aan de verdragsstaten zélf is om te bepalen hoe zij het verdrag in de nationale rechtsorde implementeren.⁶⁴ Als staten verplicht zijn om klachten over schending van het EVRM op nationaal niveau te laten onderzoeken door een onafhankelijk en onpartijdig orgaan, dat in staat is om in redres te voorzien, dan dwingt artikel 13 EVRM *de facto* tot het incorporeren van het EVRM. Het komt er immers in de praktijk op neer dat een rechterlijke instantie de wetgeving in kwestie aan het EVRM moet toetsen en deze, zo nodig, buiten toepassing moet laten.⁶⁵ Aan dat probleem zou mogelijk tegemoet kunnen worden gekomen door dergelijke wetgeving te toetsen aan een eigen nationale (analoge) grondrechten-catalogus. In dat geval loopt men echter tegen een tweede fundamenteel probleem aan: artikel 13 EVRM dwingt dan tot de keuze voor een specifiek model van grondrechtenbescherming, namelijk een model waarin zulke grondrechten worden gehandhaafd door rechterlijke toetsing van wetgeving. Dat model gaat uit van de gedachte dat grondrechten te beschouwen zijn als een

de zeventiger jaren ook reeds van het '*effet utile*' van de Conventie: EHRM (plenair) 6 september 1978, no. 5029/71, *Series A-28 (Klass e.a. t. Duitsland)*, §34.

62 EHRM (plenair) 7 juli 1989, no. 14038/88 (*Soering t. VK*), §87. Bevestigd in o.m. EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, no. 46951/99 (*Mamatkulov & Askarov t. Turkije*).

63 De systematische interpretatiemethode treft men o.a. in EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), §78. Zie recenter: EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, no. 34503/97 (*Demir & Baykara t. Turkije*).

64 Zie voor dat uitgangspunt: EHRM 6 februari 1976, no. 5614/72, *Series A-20 (Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden)*, §50. Zie voorts: EHRM (plenair) 21 februari 1986, no. 8793/79 (*James e.a. t. VK*), §84; EHRM (plenair) 26 november 1991, no. 13585/88 (*Observer & Guardian t. VK*), §76.

65 Vgl. Barkhuysen 1998, p. 74.

reeks grenzen aan de wetgevende macht die door de rechter, als grenswacht, worden gehandhaafd.⁶⁶ Dat model was ten tijde van de totstandkoming van het EVRM, noch in 1986, onomstreden. Diverse landen kenden een model waarbij geen rechterlijke toetsing van wetgeving aan grond- of mensenrechten openstond. In zo'n model worden fundamentele rechten eerder beschouwd als argumenten in de politieke arena.⁶⁷ Het past bij zo'n filosofie niet, om toetsing van wetgeving door de rechter toe te staan. Een land als het Verenigd Koninkrijk zou onder een extensieve lezing van artikel 13 EVRM dus gedwongen worden afscheid te nemen van het, de Britten zo dierbare, beginsel van parlementaire soevereiniteit.⁶⁸ Dat staat op gespannen voet met het uitgangspunt van het EHRM, dat de Conventie niet dwingt tot een bepaald model van grondrechtenbescherming.⁶⁹

De redenen voor de restrictieve houding van het Hof ten aanzien van de toepassing van artikel 13 EVRM op formele wetgeving zijn dus tweeledig. In de eerste plaats kan het niet zo zijn dat artikel 13 EVRM *de facto* dwingt tot incorporatie, met voorrang, van het verdrag in de nationale rechtsorde. In de tweede plaats dient zij niet zo uitgelegd te worden dat ze ertoe dwingt rechterlijke toetsing van formele wetgeving mogelijk te maken. Voor deze koers van het Hof pleit het verdragshistorische argument dat een meerderheid van de verdragssluitende staten ten tijde van de totstandkoming van de Conventie geen rechterlijke toetsing van wetgeving kenden.

Dat roept de vraag op hoe de zaken ervoor staan wanneer een meerderheid van de landen van de Raad van Europa wél een vorm van rechterlijke toetsing aan het EVRM of aan een nationale grondrechtencatalogus kent. Ten tijde van het arrest *James & Others* was de situatie niet zodanig gewijzigd, dat het Hof zich genoodzaakt zag artikel 13 EVRM '*in the light of present-day conditions*' uit te leggen. Het viertal *concurrers* dat ik hiervoor aanhaalde, expliciteert echter dat, wat hen betreft, de kwestie niet een principiële is.⁷⁰ Volgens hen delft het beginsel van parlementaire soevereiniteit reeds het onderspit nu de lidstaten volkenrechtelijk verplicht zijn loyaal uitvoering te geven aan het EVRM. Het is, zoals ik eerder opmerkte, uiteraard de vraag of de rest van de meerderheid in *James & Others* dat standpunt deelde. Gaan we daar echter vanuit, dan laat de benadering ruimte voor een evolutieve uitleg op een later tijdstip. Moet

66 Zie voor zo'n opvatting: Hand 1958; Thayer 1893, p. 135.

67 Vgl. o.a. Gearty 2008, p. 61, 68.

68 Zie Barkhuysen 1998, p. 75 en de daar genoemde literatuur.

69 Zie o.a. EHRM 6 februari 1976, no. 5614/72 (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*). Recenter (zij het in een andere context): EHRM (Grote Kamer) 6 mei 2003, no. 39343/98 (*Kleyn e.a. t. Nederland*), §193; EHRM 30 november 2010, no. 23614/08 (*Urban & Urban t. Polen*), §46.

70 EHRM 21 feb. 1986, no. 8793/79 (*James e.a. t. VK*), Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann *concurring*.

het Hof daarvoor kiezen? Heeft het dat misschien al gedaan? Op deze beide vragen ga ik nu in.

6.4.4 Kritiek

De hiervoor beschreven opstelling van het EHRM is overwegend kritisch ontvangen. De belangrijkste, en meest voor de hand liggende, kritiek is dat artikel 13 op deze manier voor een deel van zijn werking wordt beroofd.⁷¹ Verschillende auteurs zien daarvoor geen aanleiding. De tekst van artikel 13 EVRM bevat voor een uitzondering voor de wetgever geen aanknopingspunten. Zowel het Hof als de voormalige Commissie voor de Rechten van de Mens lijken zo'n uitzondering voor de wetgever te baseren op de zinsnede '*notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*'.⁷² Dat zinnetje zou er op wijzen dat artikel 13 EVRM vooral betrekking heeft op de uitoefening van publiek gezag door individuen, en dus niet door de wetgever.⁷³ Dat standpunt is inmiddels vaak bestreden.⁷⁴ Vaak wordt dat onderbouwd met een beroep op de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM:

'Das von der EMRK herangezogene Argument des letzten Halbsatzes des Art. 13 (...) halte ich schon wegen der ganz spezifischen und klaren historischen Intention dieser Formulierung in Zusammenhang mit Besonderheiten des Common Law (...) für nicht stichhaltig; darüber hinaus: stellt man auf diesen Halbsatz ab, so ist dessen Wortlaut zunächst nur zu entnehmen, daß auch gegen derartige Akten eine wirksame Beschwerde zu eröffnen ist, nicht aber, daß sich Art. 13 EMRK ausschließlich auf Handlungen von Personen in amtlicher Eigenschaft bezieht'.⁷⁵

De zinsnede verruimt het bereik van de bepaling dus, gelet op de bijzondere positie van ambtenaren in landen onder de *common law*, tot ambtenaren in functie. Tekstueel beperkt ze de reikwijdte niet. Daar komt bij dat het voor sommige critici niet nodig is dat artikel 13 EVRM staten ertoe dwingt te accepteren dat de nationale rechter wetgeving toetst en buiten toepassing laat:

71 Zie o.a. het minderheidsstandpunt van de leden Opsahl en Trechsel bij het rapport van de Commissie voor de Rechten van de Mens in ECRM (rapport) 14 december 1979, no. 7601/76 (*Young, James & Webster t. VK*). Voorts: Von Hebel 1989, p. 905; Holoubek 1992, p. 150; Barkhuysen 1998, p. 82-83.

72 EHRM (plenair) 21 februari 1986, no. 8793/79 (*James e.a. t. VK*), Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann *concurring*; ECRM (rapport) 14 december 1979, no. 7601/76 (*Young, James & Webster t. VK*).

73 Von Hebel 1989, p. 905.

74 Zo bijv. Matscher 1988, p. 330; Holoubek 1992, p. 150; Barkhuysen 1998, p. 82; Grabenwarter 2008, p. 393.

75 Holoubek 1992, p. 150. Zo ook: Barkhuysen 1998, p. 82.

'What it requires is that, in the concrete case, a national authority is in the position to remedy the situation where a right guaranteed under the Convention or under corresponding principles of domestic law has been violated. It is sufficient in our view, if (...) an authority is competent to apply these rights as correctives and to interpret national legislation subject to them whenever necessary, that is, in such a way as to be brought in conformity with the Convention. (...) It is not necessary for the national authority to be competent to declare a national law invalid in the abstract .'⁷⁶

Toepassing van artikel 13 EVRM op formele wetgeving, hoeft dus niet te betekenen dat staten een stelsel van constitutionele of verdragstoetsing in het leven moeten roepen. Verdragsconforme uitleg is voldoende. Het EHRM zou er op kunnen toezien dat de nationale rechter tenminste probeert een verdragsschending te voorkomen, mits zijn constitutionele mandaat dat toelaat.

Sommige auteurs gaan verder dan dit pragmatische standpunt.

Matscher bijvoorbeeld, één van de – zojuist opgevoerde – vier *concurrers* bij het arrest *James & Others*, vindt het arrest achteraf niet gelukkig.⁷⁷ Hij wijst er op dat het aan de lidstaten is om een rechtshandeling waarmee inbreuk wordt gemaakt op het EVRM in formele wetgeving vast te leggen. Zij hebben zo invloed op het bepalen van de omvang van hun verdragsverplichtingen onder het EVRM. Anderen wijzen er op dat de terughoudende opstelling van het EHRM bovendien leidt tot een gat in de rechtsbescherming en tot rechtsongelijkheid tussen de verschillende verdragsstaten.⁷⁸ In landen die de Conventie, met voorrang, hebben geïncorporeerd bestaat immers een rechtsmiddel waarmee een *arguable claim* omtrent de schending van een mensenrecht aan de orde kan worden gesteld. Verblijft een klager daarentegen in een land dat de Conventie niet heeft geïncorporeerd, dan is hij aangewezen op het EHRM. Nog los van de praktische bezwaren die daartegen zijn aan te voeren – hoe zit het bijvoorbeeld met de Straatsburgse werklast, die er vermoedelijk toe leidt dat zo'n klager lang op zijn rechtsbescherming moet wachten? – blijft in zo'n geval de schending bestaan totdat het Hof in de eerste plaats heeft vastgesteld dat daarvan sprake is, en totdat de wetgever gevolgen aan dat oordeel heeft verbonden.⁷⁹

Het verst gaat Holoubek, een Oostenrijker die de uitzondering voor de formele wetgever kwalificeert als strijdig met de rechtsstaatidee.⁸⁰ Voor Holou-

76 ECRM (rapport) 14 december 1979, no. 7601/76 (*Young, James & Webster t. VK*), p. 49 (Opsahl en Trechsel *dissenting*).

77 Matscher 1988, p. 331-334. Zie voor een soortgelijke redenering: Von Hebel 1989, p. 905-906.

78 Zo bijv. Von Hebel 1989, p. 905-906.

79 Zie ook Barkhuysen 1998, p. 85.

80 Holoubek 1992, p. 148-151. Zijn kritiek doet denken aan de Weense rechtstheoretische School, hetgeen gelet op zijn achtergrond misschien geen gekke gedachte is. Zie over de Oostenrijkse rechtstraditie en de Weense School: Ermacora 1960 (i.h.b. p. 350) en meer in het algemeen: K. Klecatsky, R. Marcic & H. Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische*

bek geldt wat ook voor de vier *concurrers* uit het arrest *James & Others* gold: de lidstaten hebben te accepteren dat het EVRM het idee van parlementaire soevereiniteit op zijn minst relativeert. Het EVRM reguleert de bevoegdheid van de wetgever om de conventierechten te beperken immers door deze bevoegdheid enerzijds te erkennen en anderzijds aan voorwaarden te binden. Het EVRM is dus een normerend compromis (een '*Ausgleich*') tussen democratische en rechtstatelijke componenten.⁸¹ De preambule bij het EVRM, aldus Holoubek, wijst op de plicht voor de wetgever om de verdragsrechten 'te handhaven en verder te ontwikkelen'. Artikel 13 vormt daarop het rechtstatelijke sluitstuk: de garantie van een effectieve nakoming door de wetgever van deze plicht. Principieel beschouwd is de uitzondering voor de toetsing van formele wetgeving daarom een valse noot in de rechtsstatelijke symfonie. Daar komt bij dat Holoubek nóg een pijl op zijn boog heeft: het subsidiaire karakter van de internationale rechtsbescherming. Het zwaartepunt van de rechtsbescherming tegen schendingen van de Conventie door de formele wetgever middels deze jurisprudentie komt bij het Straatsburgse Hof te liggen, waardoor het Hof ongewild het karakter van een constitutioneel hof krijgt.⁸²

Barkhuysen tenslotte stelt het Luxemburgse Hof van Justitie EG, het Straatsburgse Hof ten voorbeeld. Luxemburg heeft, door middel van de eis van effectieve nationale rechtsbescherming van Unierecht en dankzij de *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*-rechtspraak, bressen geslagen in de onbedreigde rol van de wetgever in het West-Europese staatsrecht. Straatsburg zou nu van de, vermoedelijk, verminderde weerstand tegen inmengingen in het nationale constitutionele systeem moeten profiteren om in elk geval incorporatie van het EVRM af te dwingen.⁸³ Hoewel het Hof incorporatie nog altijd niet heeft afgedwongen, lijkt een trend in die richting wel ingezet.

6.4.5 Terughoudendheid op de terugtocht? De rechtspraak sinds *James & Others*

Heeft het EHRM zich iets van deze kritiek aangetrokken? Wie de belangrijkste handboeken over het EVRM er op naslaat, komt tot de conclusie van niet.⁸⁴ Dat is niet verwonderlijk. De riedel in *James & Others*, dat artikel 13 EVRM 'does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State's laws as such to be challenged before a national authority', is verworden tot vaste

Schule – Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien (etc.): Europa Verlag Wien 1968.

81 Holoubek 1992, p. 150. In soortgelijke zin: Grabenwarter 2008, p. 393.

82 Holoubek 1992, p. 151.

83 Barkhuysen 1998, p. 84-87.

84 Zie o.a. Cromheecke & Staelens 2004, p. 88-89; Arai 2006, p. 1024-1025.

rechtspraak. De Grote Kamer citeert haar geregeld.⁸⁵ Wel doet men dat door- gaans in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk.⁸⁶ Ook dat behoeft geen ver- bazing te wekken. In de meeste andere landen van de Raad van Europa is wetgeving op de één of andere manier aan rechterlijke toetsing onderwor- pen.⁸⁷ De kamers van het Hof wijken van de *James*-rechtspraak normaal ge- sproken evenmin af.⁸⁸ Toch waren er de afgelopen jaren enkele opvallende uitzonderingen. Ik bespreek die uitzonderingen hier kort en bezie vervolgens of zij aanleiding geven om van een nieuwe koers van het EHRM te spreken.

Voor de Nederlandse juristerij ongetwijfeld het meest in het oog springend waren twee ontvankelijkheidsbeslissingen van het EHRM in 2002. In de zaken van *Auerbach* en van *Arends t. Nederland* ging het om belastingwetgeving die door de Nederlandse rechter in strijd met artikel 14 jo. 1 Eerste Protocol EVRM werd bevonden.⁸⁹ Volgens die Nederlandse rechter ging het zijn rechtsvor- mende taak echter te buiten om daar iets aan te doen.⁹⁰ De respectievelijke klagers zagen daarin strijd met artikel 13 EVRM. Het Hof zag dat anders. Het verklaarde de klachten niet-ontvankelijk. Waarom? Kort gezegd omdat de rechtsbescherming op nationaal niveau volgens het Hof adequaat was geweest. *Auerbach* en *Arends* waren, voor wat betreft hun klachten onder de materiële EVRM-rechten, dus niet meer te beschouwen als slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM. Om dezelfde reden was de klacht onder artikel 13 EVRM kennelijk- ongegrond:

‘In these particular circumstances, and bearing in mind that the Court itself has held in various cases that a finding of a violation in itself constituted adequate just satisfaction under Article 41 of the Convention for any non-pecuniary damages suffered, the Court accepts that the Supreme Court’s finding of a violation of the applicant’s rights under Article 14 of the Convention in conjunction with the cost orders issued in the applicant’s favour, and its instruction to the legislator to enact new legislation which has in fact occurred, may be regarded as adequate redress. (...) The Court is therefore of the opinion, (...) that the applicant did have an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention’.⁹¹

85 Vgl. relatief recent o.m. EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, no. 36022/97 (*Hatton t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, no. 32555/96 (*Roche t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, no. 3455/05 (*A. e.a. t. VK*).

86 Zij het niet altijd: zie o.m. EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*).

87 Zie daarover reeds: Barkhuysen 2008, p. 75 en 241-242.

88 Zie bijv. EHRM 11 juni 2002, no. 36042/97 (*Willis t. VK*); EHRM (ontv.) 8 juli 2003, no. 74205/01 (*Hirst t. VK no. 1*); EHRM 23 november 2010, no. 60041/08, AB 2011/123 m.nt. Uzman, EHRC 2011/20 m.nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*). Ook zij doen dat in de meeste gevallen in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk, maar er zijn belangrijke uitzonderingen. Vgl. o.a.: EHRM (ontv.) 5 juli 2007, no. 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*).

89 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45600/99, NJCM-Bulletin 2002/8 m.nt. Barkhuysen (*Auerbach t. Nederland*); EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45618/99 (*Arends t. Nederland*).

90 HR 15 juli 1998, BNB 1998/293 (*Autokostenforfait*).

91 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

Op deze argumentatie kom ik nog wat uitgebreider terug. Hier valt in de eerste plaats op dat het Hof zich niet bedient van de *James*-riedel om de klacht omtrent artikel 13 EVRM van tafel te vegen. De laatste zinsnede maakt duidelijk dat het Hof de rechtsgang voor de Nederlandse rechter toetst aan artikel 13. Sommige auteurs zien in deze zinsnede een signaal dat het gedaan is met de *James*-riedel.⁹² Artikel 13 EVRM is vanaf 2002 ook van toepassing op formele wetgeving.

Zulke auteurs lijken hun gelijk in 2004 bevestigd te zien als het Hof Roemenië, in het arrest *Sabou & Pircalab*, veroordeelt wegens een schending van artikel 13 EVRM.⁹³ Sabou en Pircalab zijn journalisten die, na een nogal kritische beschouwing over een rechter, strafrechtelijk worden vervolgd. Sabou krijgt in dat verband een gevangenisstraf opgelegd. Onderdeel van die straf is dat hij gedurende de detentie niet alleen is uitgesloten van het kiesrecht, maar ook van het ouderlijk gezag over zijn kinderen. Deze maatregel volgt rechtstreeks uit de artikelen 71 jo. 64 van de Roemeense strafwet, een wet in formele zin. Volgens deze bepalingen, zo constateert het EHRM, gaat detentie automatisch gepaard met het tijdelijke verlies van ouderlijk gezag:

‘La Cour souligne qu’en droit roumain, le retrait de l’autorité parentale découle de la loi et est automatique, à titre de peine accessoire, dès lors qu’une personne exécute une peine de prison’.⁹⁴

Sabou klaagt in Straatsburg dat deze automatische ontneming van ouderlijk gezag conflicteert met de artikelen 8 en 13 EVRM. Zijn klacht houdt *de facto* in dat de artikelen 71 jo. 64 van de Roemeense strafwet in strijd zijn met artikel 8 EVRM, en dat hij – onder artikel 13 EVRM – ten onrechte geen mogelijkheid heeft gehad deze strijd op nationaal niveau aan de orde te stellen.

Het ligt voor de hand dat Sabou de *James*-riedel wordt voorgehouden: wat Sabou in feite betoogt is dat hij een klacht over de verenigbaarheid van de strafwet met het EVRM niet bij de nationale rechter aan de orde kon stellen. Daarop past het antwoord dat artikel 13 EVRM dit ook niet van de lidstaten verlangt. De Roemeense regering beroept zich evenwel niet op de exceptie. Roemenië kén immers een stelsel van constitutionele toetsing bij een constitutioneel hof. De regering voert daarom aan dat Sabou zich tot dat hof had kunnen wenden. Het EHRM volgt dit verweer niet:

‘Pour autant que le Gouvernement allègue que les requérants auraient eu la possibilité de soulever l’exception d’inconstitutionnalité des articles 64 et 71 du Code pénal et de demander le renvoi devant la Cour constitutionnelle, la Cour réitère

92 Rombouts 2003, p. 263-264; Vlemminx in zijn annotatie onder AB 2005/231.

93 EHRM 28 september 2004, *no.* 46572/99, AB 2005/231 m.nt. Vlemminx (*Sabou & Pircalab t. Roemenië*).

94 *Sabou & Pircalab t. Roemenië* (2004), §54.

son constat lors de l'examen de la recevabilité du grief tiré de l'article 8 de la Convention, selon lequel cette voie de recours ne leur était pas accessible, car il ne leur était pas loisible de soumettre directement à la Cour constitutionnelle l'exception d'inconstitutionnalité mentionnée (...). En tout état de cause, la Cour observe que la Cour constitutionnelle s'était prononcée, par décision du 14 juin 2001 (...), sur la constitutionnalité de cet article, et l'a jugé conforme à la Constitution, en retenant que l'établissement des peines accessoires, même de manière automatique, relève de la politique pénale du législateur. Dans ces circonstances, la Cour considère que la possibilité, pour le requérant, de soulever l'exception d'inconstitutionnalité des articles 64 et 71 du Code pénal, et de demander le renvoi devant la Cour constitutionnelle, ne constituait pas une voie de recours effectif, de nature à offrir de redressement approprié au grief tiré de l'article 8 de la Convention.⁹⁵

Beslissend voor de argumentatie van het EHRM is dat klagers niet direct toegang hebben tot het constitutionele hof (het is aan de strafrechter om een prejudiciële vraag aan het hof te stellen), en dat de wettelijke regeling, volgens de vaste rechtspraak van dat hof, rechtmatig is.⁹⁶ Van belang is dat het Hof dus wél aan artikel 13 EVRM toetst en tot een schending concludeert. Een auteur als Vlemminx ziet daarin de bevestiging dat de *James*-riedel verleden tijd is.⁹⁷

Tot slot valt nog te wijzen op een reeks soortgelijke Italiaanse zaken, het merendeel uit 2006.⁹⁸ Ik behandel er hier één: *Campagnano t. Italië*. In deze zaak staat de verenigbaarheid met het EVRM van de Italiaanse faillissementswetgeving centraal. Daarin is vastgelegd dat de gefailleerde wordt ingeschreven in een faillissementsregister. Die inschrijving heeft een aantal onaangename gevolgen voor de gefailleerde. Hij of zij wordt bijvoorbeeld voor de duur van het faillissement uitgesloten van het kiesrecht, en kan geen economische activiteiten meer ontplooiën. Die inschrijving geldt overigens niet alleen de duur dat er nog vorderingen openstaan, maar ook nog een periode daarna, totdat de gefailleerde, in de woorden van het Hof, 'has shown proof of "effect-

95 *Sabou & Pircalab t. Roemenië* (2004), §54-56.

96 Merkwaardigerwijs gaat het EHRM niet in op de eigen rechtspraak inhoudende dat artikel 13 EVRM weliswaar een rechtsmiddel eist, maar niet dat de klager ook gelijk krijgt wanneer hij daarvan gebruik maakt. Zie EHRM 6 februari 1976, no. 5614/72, *Series A-20 (Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden)*, §50; EHRM 30 oktober 1991, no. 13163/87 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §12; EHRM 6 februari 1976, no. 5614/72, *Series A-20 (Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden)*, §50. Recent: EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*). Ik wil daarmee overigens niet zeggen dat het Hof de kwestie daarmee af had moeten doen. Zie in dat verband bijv.: EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, no. 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*), §394: 'while the effectiveness of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant, the lack of any prospect of obtaining adequate redress raises an issue under Article 13'.

97 Zie zijn noot onder AB 2005/231 (*Sabou & Pircalab t. Roemenië*).

98 EHRM 22 april 2004, no. 7503/02 (*Neroni t. Italië*); EHRM 23 maart 2006, no. 77924/01 (*Albanese t. Italië*); EHRM 23 maart 2006, no. 77955/02 (*Campagnano t. Italië*); EHRM 23 maart 2006, no. 77962/02 (*Vitiello t. Italië*); EHRM 5 oktober 2006, no. 1595/02 (*De Blasi t. Italië*).

ive and consistent good conduct”.⁹⁹ Het Hof ziet daarin een automatische bijkomende ‘straf’, die het – onder verwijzing naar zaken als *Sabou & Pircalab* en *Hirst t. Verenigd Koninkrijk*, niet zonder meer proportioneel vindt. Campagnano klaagt dat zij tegen de bijkomende maatregelen niet kon opkomen en dat dit een schending oplevert van artikel 13 EVRM.

Ook de Italiaanse regering verweert zich niet met de stelling dat de bijkomende sancties, voor een belangrijk deel, automatisch voortvloeien uit de (formele) faillissementswetgeving, dat de materiële klachten dus in essentie gericht zijn tegen formele wetgeving en dat daartegen op nationaal niveau geen rechtsmiddel hoeft open te staan. Zij voert aan dat Campagnano op had kunnen komen tegen de beslissing om haar failliet te verklaren en haar in te schrijven in het register. Het EHRM gaat daarin niet mee. Het Hof:

‘observes that, although section 26 of the Bankruptcy Act allows the bankrupt to lodge an appeal with the courts, such an appeal can relate only to the decisions of the bankruptcy judge. Accordingly, it cannot constitute an effective remedy against the maintenance of the restrictions, which are a direct consequence not of any decision by the bankruptcy judge but of the (...) entry of the person’s name in the bankruptcy register’.¹⁰⁰

Deze overweging moet gelezen worden in de context van de overwegingen van het Hof bij de beslissing om een schending van het materiële artikel 8 EVRM aan te nemen. Het probleem was nu juist dat de bijkomende maatregelen een automatisme waren die zonder rechterlijke toetsing in het individuele geval van toepassing waren. De procedurele invulling van de schending onder artikel 8 EVRM zorgt er dus eigenlijk voor dat het Hof onder artikel 13 EVRM niet veel anders meer kan dan een soortgelijke schending aannemen. Het doet echter opnieuw afbreuk aan de *James*-rechtspraak. Betekent dit alles nu dat deze achterhaald is?

Daar lijkt het in eerste instantie niet op. Ook na de zojuist besproken zaken verwijst het Hof naar die rechtspraak nog geregeld. Vooral, uiteraard, in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk, maar ook in arresten en beslissingen die tegen andere landen – landen zoals Oostenrijk en Bulgarije, waarin toetsing tegen wetgeving openstaat bij een constitutioneel hof – worden gewezen.¹⁰¹ Toch meenden de Britse advocaten van een aantal gedetineerden wier kiesrecht –

99 EHRM 23 maart 2006, no. 77955/02 (*Campagnano t. Italië*), §64.

100 EHRM 23 maart 2006, no. 77955/02 (*Campagnano t. Italië*), §75.

101 Zie o.m. EHRM 11 juni 2002, no. 36042/97 (*Willis t. VK*); EHRM (ontv.) 8 juli 2003, no. 74205/01 (*Hirst t. VK no. 1*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, no. 36022/97 (*Hatton t. VK*); EHRM 19 juli 2005, no. 6638/03 (*P.M. t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, no. 32555/96 (*Roche t. VK*); EHRM (ontv.) 5 juli 2007, no. 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*); EHRM 22 mei 2008, no. 15197/02 (*Petrov t. Bulgarije*); EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, no. 3455/05 (*A. e.a. t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 26 december 2010, no. 25579/07 (*A., B. & C. t. Ierland*), §273.

in strijd met de *Hirst*-rechtspraak van het EHRM – tijdelijk was opgeschort, dat zij verleden tijd was.

In de zaak van *Greens & M.T.* klaagden zij in Straatsburg niet alleen vanwege de voortgezette schending van het kiesrecht, maar over schending van artikel 13 EVRM. Weliswaar is rechterlijke toetsing van de relevante wetgeving, sinds de invoering van de *Human Rights Act* 1998, mogelijk. Die toetsing was in de ogen van de klagers gemankeerd nu de Britse rechter bij evidente strijd zoals hier aan de orde, uitsluitend een – de wetgever niet bindende – verklaring van onverenigbaarheid kan uitvaardigen en dus niet zélf in rechtsherstel kan voorzien. De regering verweerde zich, zoals gebruikelijk, met een verwijzing naar de rechtspraak in *James & Others* en *Lithgow*: de klacht was in essentie gericht tegen het ontbreken van toetsing aan de Conventie en staten zijn onder artikel 13 EVRM niet verplicht om zulke toetsing mogelijk te maken.¹⁰²

De klagers brengen vervolgens de Italiaanse zaken, waaronder *Campagnano*, in stelling. Ook in die zaken was sprake van automatisch uit de wet voortvloeiende bijkomende ‘sancties’ waartegen geen rechtsmiddel openstond. Het EHRM gaat daarin niet mee. Het ziet een verschil tussen de Italiaanse zaken en het Britse geval:

‘In *James and Others v. the United Kingdom* (...), the Court held that Article 13 did not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State’s laws as such to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention or to equivalent domestic legal norms. This position has been confirmed in numerous subsequent cases (...).

The Italian cases to which the applicants referred are not authority for the contrary position: as the Government pointed out, these cases were concerned with the manner of implementation of the relevant legislative provisions and can therefore be distinguished from the present cases’.¹⁰³

In Italiaanse zaken ging het, aldus het Hof, om ‘the manner of implementation’ van formele wetgeving. Dat is een merkwaardig standpunt, gelet op de overwegingen die het Hof in *Campagnano* wijdt aan de schending onder artikel 8 EVRM. *Greens & M.T.* is immers een vervolg op het arrest *Hirst t. Verenigd Koninkrijk*, en juist naar dát arrest verwijst de kamer die in *Campagnano* een schending van de artikelen 8 en 13 EVRM aanneemt. Het kwartet zaken, *Hirst*, *Sabou & Pircalab*, *Campagnano* en *Greens & M.T.*, heeft nu juist gemeen dat de klachten er in al die zaken in de kern op neer komen dat de relevante wetgeving één of meerdere onaangename rechtsgevolgen aan een bepaalde straf of maatregel koppelt, en dat de mogelijkheid ontbreekt om daar wat bij de rechter aan te doen. Het enkele zinnetje waarmee het Hof de kwestie in *Greens*

102 EHRM 23 november 2010, AB 2011/123 m.nt. Uzman, EHRC 2011/20 m.nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*), §84; EHRM 6 november 2012, no. 47335/06 (*Redfearn t. VK*), §62.

103 *Greens & M.T.*, §90-92.

& *M.T.* afdoet, overtuigt dus niet. Het zinnetje maakt wel een institutionele kwestie duidelijk, namelijk dat het EHRM vooralsnog niet bereid is om de *James*-rechtspraak te verlaten, tenminste niet wanneer het gaat om het Verenigd Koninkrijk.¹⁰⁴

Hoe nu chocola te maken van deze rechtspraak? Ik zie vier mogelijkheden.

In de eerste plaats kan de redenering van het Hof worden gevolgd: de uitzonderingen gingen allemaal om de *uitvoering* van wetgeving, en niet om de wetgeving zelf. Zoals gezegd vind ik dat geen verdedigbaar standpunt. Zaken als *Hirst* en *Greens & M.T.* verschillen niet wezenlijk van zaken als *Sabou & Pircalab* en *Campagnano*. Daar komt wat bij. Artikel 13 EVRM eist volgens de *James*-jurisprudentie weliswaar een rechtsmiddel voor het geval wetgeving in strijd met het EVRM wordt toegepast. Het EHRM beziet in zo'n geval echter of de klacht in essentie gericht is tegen de wetgeving als zodanig.¹⁰⁵ Is de toepassing door rechter of bestuur conform de wet, dan is de klacht er in wezen een, dat geen rechtsmiddel tegen de betrokken wetgeving openstond. Zo'n klacht stuit af op de *James*-exceptie. Precies daarvan leek sprake te zijn in de Italiaanse en Roemeense zaken, en in *Auerbach* en *Arends*.

Men kan de ratio voor de hier beschreven uitspraken ook anders opvatten. De *James*-exceptie kan restrictief worden opgevat. Alleen als een lidstaat toetsing van wetgeving, direct of indirect, in het geheel niet kent, vereist artikel 13 EVRM niet dat zo'n stelsel wordt ingevoerd. Bestaat wél een stelsel van toetsing van formele wetgeving, dan vereist artikel 13 EVRM dat het individu van dat middel gebruik kan maken.¹⁰⁶ In die optiek zijn staten niet verplicht om een stelsel van toetsing in te voeren. Doen zij dat echter wel, dan moet voldaan worden aan de effectiviteitseisen van artikel 13.¹⁰⁷ Martens verdedigde deze opvatting in 2000 door een parallel te trekken met de rechtspraak inzake artikel 6 EVRM:

'De klacht is (...) niet dat in Nederland niet de mogelijkheid bestaat de rechter te vragen een wet aan de Conventie te toetsen. Op grond van artikel 94 Grondwet bestaat die mogelijkheid immers wél. In een zodanig geval is, dunkt me, de leer toepasselijk die het Hof heeft ontwikkeld voor hoger beroep en cassatie: artikel 6 verplicht de lidstaten niet in dergelijke rechtsmiddelen te voorzien, maar als zulke rechtsmiddelen bestaan, moeten zij in beginsel aan de eisen van artikel 6 par. 1 voldoen en voor zover ze dat niet doen, kan daarover in Straatsburg worden geklaagd'.¹⁰⁸

104 Zie daarover mijn eigen annotatie onder AB 2011/123.

105 EHRM (plenair) 8 juli 1986, no. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

106 Zie Barkhuysen 1998, p. 81, onder verwijzing naar art. 14 EVRM. Ook reeds Eberhard 1983, p. 531-532.

107 Vlemminx 2002a, p. 82 gaat daarvan uit.

108 Martens 2000a, p. 753.

Tegen deze opvatting is wel wat in te brengen. In de eerste plaats is de analogie met artikel 6 EVRM enigszins *besides the point*. Waar staten een stelsel van hoger beroep invoeren dat niet aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, hollen zij het recht op een eerlijk proces in eerste aanleg uit.¹⁰⁹ Belangrijker is een principieel argument: staten die bereid zijn om te voorzien in een stelsel dat hun burgers toch zo veel mogelijk effectieve rechtsbescherming tegen formele wetgeving garandeert worden zo benadeeld ten opzichte van landen die zich aan die effectieve rechtsbescherming in het geheel niets gelegen laten liggen.¹¹⁰ Daar ligt een belangrijk verschil met de, door Martens aangehaalde, rechtspraak over artikel 6 EVRM. In die zaken is de individuele klager, als staten onverplicht een hoger beroep introduceren dat niet aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, beter uit met de uitgangssituatie: een eerlijk proces in één instantie.¹¹¹

Het valt ook niet goed in te zien waarom het wél institutioneel te gevoelig zou liggen om het Verenigd Koninkrijk te verwijten dat de Britse rechter daar wetgeving nooit buiten toepassing mag laten, maar niet om de Nederlandse of de Duitse rechters te verwijten dat zij dat in bepaalde gevallen niet mogen doen. Als de keuze van een lidstaat om toetsing in het geheel uit te sluiten gerespecteerd wordt, dan moet de keuze om dat gedeeltelijk te doen óók gerespecteerd worden. De uniforme toepassing van artikel 13 EVRM in het verdragsgebied vereist dat. Dit argument wint, wat mij betreft, aan kracht wanneer men bedenkt dat het Verenigd Koninkrijk het EVRM inmiddels grotendeels heeft geïncorporeerd en toetsing mogelijk heeft gemaakt. De klacht dat de Britse rechter echter nog steeds niet altijd in staat is om individuen een volwaardige remedie te verschaffen wordt door het EHRM nog altijd gepareerd met een verwijzing naar de *James*-riedel.¹¹²

Op de voorgaande opvatting zijn twee varianten mogelijk die meer perspectief bieden.

De eerste variant sluit losjes aan bij het arrest *Eskelinen t. Finland*. Dit arrest sluit geschillen over de rechtspositie van ambtenaren niet (meer) categorisch uit van het begrip ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ onder artikel 6 EVRM. Het laat echter ruimte aan staten om zulke geschillen bij wijze van uitzondering van de werking van artikel 6 EVRM uit te sluiten. Zij moeten dat evenwel

109 Zo bijv. Vlemminx 2002a, p. 82.

110 In soortgelijke zin: Vlemminx onder AB 2005/231.

111 Hetzelfde geldt voor een soortgelijke redenering onder artikel 14 EVRM (staten zijn bijv. niet verplicht om een stelsel van ouderschapsverlof in het leven te roepen, maar zo’n stelsel moet verenigbaar zijn met artikel 14. Zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, no. 30078/06 (*Markin t. Rusland*). Ook hier is de ‘benadeelde’ slechter uit dan in de uitgangssituatie.

112 Zie o.m. EHRM 19 juli 2005, no. 6638/03 (*P.M. t. VK*); EHRM 23 november 2010, AB 2011/123 m.nt. Uzman, EHRC 2011/20 m.nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*), §84, en EHRM 6 november 2012, no. 47335/06 (*Redfearn t. VK*), §62.

expliciet doen.¹¹³ Doen zij dat niet, dan is artikel 6 EVRM zonder meer van toepassing. Een soortgelijke redenering kan men ook volgen ten aanzien van de *James*-exceptie: het is mogelijk voor lidstaten om een beroep op deze exceptie te doen, maar dan moet het constitutionele recht van de lidstaat in kwestie toetsing van wetgeving expliciet verbieden. Daarmee wordt een bewuste en duidelijke keuze van de lidstaat in kwestie uitgedrukt. Het wordt zo mogelijk om te differentiëren tussen een land zoals het Verenigd Koninkrijk, dat het buiten toepassing laten van formele wetgeving nog altijd expliciet verbiedt, en landen als Nederland waarin dat, op basis van artikel 94 Grondwet, juist expliciet mogelijk is, zonder dat de rechter zich daar steeds aan houdt. Het lijkt mij wel verdedigbaar te betogen dat als Nederland een beroep op de *James*-exceptie wil doen, men de uitzonderingen op artikel 94 Gw dan toch tenminste kan trachten te definiëren en op te schrijven.

De tweede variant kiest een meer institutionele duiding. Geen van de arresten waarin artikel 13 EVRM door het Hof van toepassing werd geacht, was écht een kwestie van toetsingsmodaliteiten. In *Sabou & Pircalab* verweerde Roemenië zich met een beroep op het bestaan van een constitutioneel hof. Het probleem was dat dat Hof vaste rechtspraak had, waarin het de desbetreffende wetgeving voor rechtmatig hield. De schending van artikel 13 EVRM die het EHRM uitsprak, kan heel wel gezien worden als een duidelijke fingerwijzing dat het met die rechtspraak anders moet. Roemenië wordt hier niet gevraagd om het stelsel van toetsing te verruimen. Iets soortgelijks geldt voor de Italiaanse faillissementszaken. Dat de Italiaanse rechter zich niet over de bijkomende sancties bij inschrijving in het faillissementsregister kon uitspreken was, zo komt het mij voor, geen constitutionele kwestie, maar enkel een uitvloeisel van het feit dat de betrokken wetgeving, in strijd met artikel 8 EVRM, automatische rechtsgevolgen toekende aan een rechterlijke beslissing. Italië kan aan dat probleem gemakkelijk iets doen zonder dat het stelsel van toetsing daarmee van karakter verandert. Dat ligt anders voor de Britse zaken, zoals de geschetste zaak *Greens & M.T.*, waarin de rechter alleen wat aan de desbetreffende wetgeving kon doen, door deze buiten toepassing te laten. Het ligt, en dat is hier wel relevant, óók anders voor de zaken van *Auerbach* en *Arends tegen Nederland*. In die zaken trof de klacht onder artikel 13 EVRM direct het hart van het Nederlandse stelsel van toetsing. Betoogd werd dat de impliciete uitzondering die de Nederlandse rechter in zijn mandaat ex artikel 94 Grondwet leest, in strijd was met het recht op effectieve rechtsbescherming. Zou het Hof op dit punt een schending hebben uitgesproken, dan is, precies op het punt van de vormgeving van het stelsel van rechtsbescherming, een koerswijzi-

113 Vgl. EHRM (Grote Kamer) 19 april 2007, no. 63235/00 (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*), §62: 'in order for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant's status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6, two conditions must be fulfilled. Firstly, the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question (...)'.

ging van de hoogste rechters nodig met betrekking tot hun bevoegdheden. Dat lijkt mij een preciaire kwestie. Ik zou dus menen dat de hier besproken Roemeense en Italiaanse zaken ruimte laten voor het voortbestaan van de *James*-riedel. De zaken *Auerbach* en *Arends* zijn daarmee echter niet te rijmen. Latere rechtspraak van het EHRM tegen, voornamelijk, het Verenigd Koninkrijk laat evenwel zien dat deze rechtspraak nog altijd bestaat. Beide ontvankelijkheidsbeslissingen zijn ook nooit meer geciteerd door het EHRM.¹¹⁴

De conclusie kan zijn dat de rechtspraak in *James & Others*, dat artikel 13 EVRM geen rechtsmiddel vereist waarmee klagers (de uitvoering van) formele wetgeving die in strijd is met het EVRM kunnen aanvechten, nog altijd geldend recht is.

6.4.6 Eigen opvatting

Wat van de *James*-jurisprudentie te denken?

Zoals in de vorige paragraaf betoogd, meen ik dat deze rechtspraak nog altijd geldend recht is. Daar komt bij dat artikel 13 EVRM in sommige gevallen weliswaar ook kan worden tegengeworpen als er formele wetgeving in het geding is, maar dat het artikel niet gebruikt kan worden om de vormgeving van de constitutionele toetsingsbevoegdheid aan de orde te stellen. Vanuit het perspectief van de Nederlandse rechtspraak over de grenzen van de rechtsvormende taak, betekent dit dat artikel 13 EVRM, strikt genomen, niet op deze kwestie van toepassing is. Ik teken daarbij, even los van de eigen opvatting omtrent het leerstuk, alvast aan dat dit niet altijd zo hoeft te blijven. In een tijd waarin het EHRM het druk heeft, en het onder druk wordt gezet om meer over te laten aan de nationale rechter, is het verleidelijk om meer van de nationale rechter te eisen. Nu reeds zoekt het Hof de grenzen van het EVRM op, om zich tot de nationale rechter te richten. In diverse zaken doet

114 Ik meen dan ook dat de toetsing aan artikel 13 EVRM in beide ontvankelijkheidsbeslissingen een andere ratio had, dan af te stappen van de *James*-riedel. Het EHRM werd in beide zaken al met de kwestie van de rechtsbescherming geconfronteerd onder de vraag naar het slachtofferschap. Het werd in die zin reeds gedwongen te toetsen of aan de eisen van art. 13 EVRM was voldaan. Het was wat formalistisch geweest als het Hof onder het slachtofferschap een inhoudelijk oordeel gegeven had, en deze vraag, onder verwijzing naar de *James*-rechtspraak, bij de behandeling van art. 13 EVRM had ontlopen. Daarvoor was geen reden. Wel was het, naar mijn mening, zuiverder geweest als het Hof de klacht onder art. 13 EVRM niet-ontvankelijk had verklaard wegens het wegvallen van de klacht onder art. 14 jo. 1 EP. Zie in dat verband: Barkhuysen 1998, p. 43. Anders: Vlemminx 2002a, p. 85-86, die meent dat het wél mogelijk is een schending van art. 13 aan te nemen wanneer de klacht onder het substantiële artikel is weggevallen wegens het ontbreken van slachtofferschap.

het suggesties of aanbevelingen die rechtstreeks de nationale rechter betreffen.¹¹⁵

Als artikel 13 EVRM niet van toepassing is op de *terme de grâce*, dan is de volgende vraag of dit, gelet op de ratio voor de *James*-rechtspraak, ook wenselijk is. Ik meen dat dit niet zo is. Ik sluit me aan bij de kritiek dat daarmee een, eigenlijk niet goed te verdedigen, gat in de rechtsbescherming onder het EVRM ontstaat. Het argument dat dit gat voor lief moet worden genomen, is tegenwoordig niet meer houdbaar. Het was altijd al een beetje gemankeerd omdat het suggereerde dat een staat rechterlijke toetsing van wetgeving kan voorkomen, terwijl het dat in elk geval volkenrechtelijk niet kan. Toetsing staat steeds open bij het EHRM. Intussen is dat Hof niet meer goed als een zuiver volkenrechtelijke organisatie te beschouwen. Het heeft zich in de loop der tijd tot een quasi constitutioneel hof voor de Raad van Europa ontwikkeld.¹¹⁶ In dat perspectief valt niet goed vol te houden dat de lidstaten de rechtsbescherming van mensenrechten volledig aan de wetgever kunnen overlaten. In elk geval de vraag óf een mensenrecht in een bepaalde kwestie aan de orde is, en of het is geschonden is aan een rechter. Het is alleen de vraag welke rechter dat moet zijn. Het behoeft geen betoog dat het dan voor alle partijen efficiënter is als de nationale rechter in elk geval *een* rol te spelen heeft.

Daar komt bij dat, zoals Barkhuysen anno 1998 al signaleerde, het argument dat het EVRM niet tot incorporatie in de nationale rechtsorde verplicht, aan kracht verliest nu het overgrote merendeel van destijds reeds tot incorporatie is overgegaan.¹¹⁷ Die trend heeft zich doorgezet. Zelfs het Verenigd Koninkrijk heeft de Conventie inmiddels, grotendeels, geïncorporeerd in de *Human Rights Act* 1998. In *Recommendation* 2004/6 merkt het Comité van Ministers van de Raad van Europa daarover op:

‘A primary requirement for an effective remedy to exist is that the Convention rights be secured within the national legal system. In this context, it is a welcome development that the Convention has now become an integral part of the domestic legal orders of all states parties. This development has improved the availability of effective remedies. It is further assisted by the fact that courts and executive authorities increasingly respect the case-law of the Court in the application of domestic law, and are conscious of their obligation to abide by judgments of the Court in cases directly concerning their state (see Article 46 of the Convention). (...) The improvement of domestic remedies also requires that additional action

115 Vgl. bijv. EHRM 13 januari 2011, no. 17792/07, *EHRC* 2011/50 m.nt. Uzman (*Kallweit t. Duitsland*), §83 (nationale rechters worden, in het kader van art. 46 EVRM, opgeroepen ‘hun verantwoordelijkheid te nemen’). Voorts: EHRM 13 juni 2004, no. 69498/01 (*Pla & Puncernau t. Andorra*); EHRM 26 april 2007, no. 71525/01 (*Dumitru Popescu t. Roemenië*); EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2009, no. 32772/02 (*Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland* No. 2); EHRM (Grote Kamer) 27 februari 2013, no. 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*). Ook reeds: EHRM 29 november 1991, no. 12849/87 (*Vermeire t. België*).

116 Vgl. o.m. Alkema 2000b; Stone Sweet 2009b; Greer & Wildhaber 2012.

117 Barkhuysen 1998, p. 241-242.

be taken so that, when applying national law, national authorities may take into account the requirements of the Convention and particularly those resulting from judgments of the Court concerning their state'.¹¹⁸

Een evolutieve interpretatie van artikel 13 EVRM ligt in dit verband dus voor de hand.

Tot slot nopen drie relatief recente ontwikkelingen het Hof, mijns inziens, tot een actievere houding onder artikel 13. De eerste is welbekend: de werklust van het EHRM. Het Hof verklaart momenteel regelmatig klachten ontvankelijk van Britten die op nationaal niveau niet hebben geprocedeerd omdat zij menen daar onvoldoende rechtsbescherming te kunnen verwachten.¹¹⁹ Dat zijn er behoorlijk wat, en hoewel het aantal serieus te nemen Britse klachten in Straatsburg sinds de invoering van de *HRA* 1998 gedaald is, is er nog ruimte voor verbetering.

De tweede ontwikkeling hangt daarmee samen. Niet alleen de werklust van het Hof noopt tot zorg. Ook de legitimatie van 's Hofs rechtspraak werd de afgelopen jaren ter discussie gesteld.¹²⁰ In dat verband wordt het EHRM geregeld opgeroepen om meer werk te maken van het beginsel van subsidiariteit: alleen als het écht ergens om gaat dient het Hof klachten in behandeling te nemen. Ook wordt het in dat geval opgeroepen om vooral procedureel te toetsen, dus te bezien in hoeverre op nationaal niveau sprake is geweest van deugdelijke afwegingen en motiveringen.¹²¹ Een aantal van die suggesties is van de hand van Gerards. Zij onderstreept in dat verband wel dat de rechtsbescherming bij klachten die het Hof niet – of minder inhoudelijk – behandelt, op nationaal niveau verbeterd moet worden.¹²² Terecht is daarom wel geopperd dat het Hof, alvorens het tot een dergelijke terughoudender koers besluit, eerst inzet op het op orde brengen van het nationale stelsel van rechtsbescherming. Subsidiariteit 2.0, aldus bijvoorbeeld Spijkerboer.¹²³ Artikel 13 EVRM leent zich bij uitstek voor het vormgeven van die gedachte. En gelet op het feit dat veel schendingen op de één of andere manier verband houden met formele wetgeving, ligt het voor de hand dat ook de rechtsbescherming daartegen kritisch tegen het licht wordt gehouden.

118 Comité van Ministers, *Recommendation Rec(2004)6 on the improvement of domestic remedies* (12 May 2004).

119 Zie o.m. EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, *no.* 13378/05, *AB* 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*). Zie over deze kwestie en dit arrest nader: Uzman 2008 en de daarin genoemde rechtspraak.

120 Zie voor een schets van de kritiek op het Hof: Gerards 2011b; Spijkerboer 2012; Boogaard & Uzman 2012.

121 Zie in dat verband bijv. de diverse bijdragen aan de bundel van Gerards & Terlouw (2012).

122 Gerards 2011c, p. 20.

123 Spijkerboer, 'Subsidiariteit 2.0', in: Gerards & Terlouw 2012, p. 251-260.

De derde ontwikkeling betreft de rechtspraak van het Hof, waarin het zich buiten de context van artikel 13 EVRM geregeld uitlaat over de wenselijkheid van rechterlijke remedies in de constitutionele sfeer. Soms gaat het dan om een vriendelijke doch dringende oproep aan de nationale rechter om toch de eigen gereedschapskist ten volle te benutten.¹²⁴ Het schrikt er echter ook niet voor terug om de nationale autoriteiten, de rechter in het bijzonder, een veeg uit de pan te geven als deze weigerachtig blijft dat te doen. In dat verband stelde het onlangs nog dat de rechter een *plicht* heeft om wetgeving conform het EVRM uit te leggen. In *Fabris t. Frankrijk* overwoog het als volgt:

‘[...] whilst the essentially declaratory nature of the Court’s judgments leaves it up to the State to choose the means by which to erase the consequences of the violation (...), it should at the same time be pointed out that the adoption of general measures requires the State concerned to prevent, with diligence, further violations similar to those found in the Court’s judgments (...). This imposes an obligation on the domestic courts to ensure, in conformity with their constitutional order and having regard to the principle of legal certainty, the full effect of the Convention standards, as interpreted by the Court. This was not done in the present case, however’¹²⁵

Deze overweging is in zeker één commentaar betiteld als de *Von Colson & Kamann* (zo niet de *Simmenthal*) van het EVRM.¹²⁶ Weliswaar benadrukt het Hof in deze overweging ook dat de nationale rechter bij die interpretatie niet verder hoeft te gaan dan zijn eigen constitutionele mandaat het hem voorschrijft, maar het Hof heeft over het optreden van de nationale rechter wél een mening. Nationale rechters zullen toch op zijn minst goed moeten kunnen uitleggen waarom hun bevoegdheden in een bepaalde kwestie tekortschieten, en welke belangen daarmee gediend zijn. Dat wijst allemaal niet op een Hof dat zeer terughoudend is, de nationale verhoudingen niet te doorkruisen. Het zet die verhoudingen niet terzijde, maar het zoekt wel de grenzen op. Het valt niet goed in te zien waarom dat wél onder het materiële verdragsartikel zou kunnen, maar niet onder artikel 13 EVRM. Het is, tot slot, ook niet zo dat de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM op de toetsing van formele wetgeving per definitie altijd precair hoeft te zijn vanuit het perspectief van de wetgever. Het Hof kan de kans ook aangrijpen om een genuanceerde invulling aan het beginsel te geven. Ik werk in de volgende paragraaf nader uit hoe zo’n genuanceerde invulling er uit kan zien. Het Hof heeft op vele terreinen een waardevolle impuls aan nationale en internationale debatten over grondrechtenbescherming gegeven. Ik zie niet in waarom dat op dit terrein anders zou zijn.

124 Vgl. EHRM 13 januari 2011, no. 17792/07, EHRC 2011/50 m.nt. Uzman (*Kallweit t. Duitsland*), §83.

125 EHRM (Grote Kamer) 28 juni 2013, no. 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*), r.o. 75.

126 Annotatie Gerards onder EHRC 2013/88.

6.5 DE TERME DE GRÂCE ALS EFFECTIEVE REMEDIE?

Stel nu eens dat handelingen van de formele wetgever zouden vallen onder de reikwijdte van artikel 13 EVRM. Men kan, met andere woorden, klagen over de ineffectiviteit van een rechtsmiddel tegen de (toepassing van) formele wetgeving. Hoe moet de *terme de grâce*, de enkele rechterlijke vaststelling van een schending, dan worden beoordeeld vanuit het perspectief van artikel 13 EVRM?

Een dergelijke vraag laat zich niet gemakkelijk beantwoorden. Er werd tot dusver nog niet zo vaak bij het Hof geklaagd over de grenzen van het constitutionele mandaat van de rechter. Het overgrote deel van de zaken die daarover gaan, was gericht tegen het Verenigd Koninkrijk en Ierland. Zulke zaken werden in het verleden, zoals gezegd, afgedaan met de *James*-riedel. In de vorige paragraaf betoogde ik dat het EHRM er goed aan zou doen, niettemin op dit punt jurisprudentie op te bouwen. In deze paragraaf ga ik op zoek naar aanknopingspunten voor de invulling van deze jurisprudentie. Ik behandel eerst de algemene uitgangspunten. Vervolgens ga ik in op de, reeds genoemde, ontvankelijkheidsbeslissingen in de zaken van *Auerbach* en *Arends t. Nederland*. Ik bepleit dat de daarin gevolgde redenering inmiddels door het Hof verlaten is, en zoek in dat verband naar alternatieve aanknopingspunten in de rechtspraak van het EHRM onder artikel 35 EVRM, en in de eigen praktijk van het Hof bij het bieden of bevorderen van redres. Tot slot schets ik in hoeverre het Hof onder de materiële verdragsartikelen ruimte laat voor rechterlijke termijnen en voorlopige toepassing van voorschriften die in strijd zijn met het EVRM.

6.5.1 Het uitgangspunt

In paragraaf 6.1 schetste ik de contouren van de vereisten die artikel 13 EVRM in het algemeen aan het stelsel van nationale rechtsbescherming stelt. In de kern kwamen die er op neer dat mogelijke mensenrechtenschendingen aan de orde moeten kunnen worden gesteld bij een onafhankelijke en onpartijdige instantie die in staat is om voor redres te zorgen. Het hoeft daarbij niet om een rechter te gaan, maar in de Nederlandse context van toetsing van wetgeving ligt dat wel voor de hand. De vaststelling van een schending en het redres hoeven bovendien niet in dezelfde hand te liggen. Het Hof, het kwam in paragraaf 7.1 al aan de orde, beziet steeds het geheel aan rechtsmiddelen. Ook als een rechtsmiddel als zodanig niet effectief is, kan het zo zijn dat het geheel dat wel is.

Onder redres wordt verstaan, dat een schending niet alleen voor de toekomst wordt opgeheven, maar ook dat de reeds ingetreden gevolgen ongedaan

worden gemaakt.¹²⁷ Bij voorkeur zorgt de desbetreffende instantie dan voor *restitutio in integrum*.¹²⁸ Daarmee wordt bedoeld dat *status quo ante*, de rechtstoestand die bestond voor de schending, wordt hersteld.¹²⁹ Is *restitutio in integrum* niet mogelijk, dan dient eventuele schade te worden gecompenseerd.¹³⁰

Er was in het verleden enige discussie over de vraag of ook kan worden volstaan met het betalen van schadevergoeding indien *restitutio in integrum* nog wél mogelijk is. Een aantal auteurs meent dat dit kan.¹³¹ Andere auteurs, zoals Barkhuysen, meenden in het verleden dat schadevergoeding alleen aan de orde is, als volledig redres praktisch uitgesloten is.¹³² Zij wijzen in dat verband op het arrest *Klass e.a. t. Duitsland*, waarin het Hof overwoog dat onder artikel 13 EVRM moet worden voorzien in rechtsherstel.¹³³ Dit standpunt is onder druk komen te staan door de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de redelijke termijn. Het Hof maakte in dat verband uit dat, in elk geval in deze bijzondere context, schadevergoeding een adequaat alternatief kan zijn, ook als *restitutio in integrum* strikt genomen nog altijd mogelijk is.¹³⁴ Het ligt voor de hand aan te nemen dat deze relatief soepele houding van het Hof voorlopig beperkt blijft tot de rechtspraak omtrent de redelijke termijn.¹³⁵ De kwestie ligt in de lidstaten nu eenmaal gevoelig. Bespoediging van zaken zou grote financiële offers en ingrijpende reorganisaties met zich brengen. Van een algemeen uitgangspunt dat schadevergoeding een volwaardig alternatief is voor *restitutio in integrum* lijkt daarom vooralsnog geen sprake. Wel illustreert de jurisprudentie inzake de redelijke termijn dat er ruimte is voor uitzonderingen op de hoofdregel van *restitutio*. De ratio die voor de soepele houding van het Hof op dit punt geldt, kan immers ook opgaan voor andere gevoelige kwesties – precies het soort kwesties waarin nog weleens door de nationale rechter wordt geabstineerd.

127 Zie o.m. Barkhuysen 1998, p. 139-140.

128 Dit is het volkenrechtelijke uitgangspunt: zie daarover nader: Van Emmerik 1997, p. 54-58 en 274.

129 *Ibid.*, p. 54.

130 *Ibid.*, p. 56. Zie tevens: Barkhuysen 1998, p. 139; EHRM (plenair) 6 september 1978, no. 5029/71, (*Klass e.a. t. Duitsland*).

131 Zo bijv. Holoubek 1992, p. 144; Frowein 1996, p. 428-429.

132 Barkhuysen 1998, p. 139-140. Zie ook reeds: Flauss 1989, p. 282; Bernegger 1992, p. 746. Dit standpunt sluit aan bij wat in het algemene volkenrecht gebruikelijk is sinds het arrest *Chorzów Factory* van het voormalige Permanente Hof van Internationale Justitie: PHIJ 13 september 1928, *Series A-17/1928* (*Duitsland t. Polen*). Zie tevens: Loucaides 2008.

133 EHRM (plenair) 6 september 1978, no. 5029/71, *Series A-28* (*Klass e.a. t. Duitsland*).

134 Zie o.m.: EHRM (ontv.) 11 september 2002, no. 57720/00 (*Mifsud t. Frankrijk*); EHRM 7 januari 2003, no. 39282/98 (*Laidin t. Frankrijk*); EHRM 29 april 2003, no. 55926/00 (*Loyen t. Frankrijk*); Anders: EHRM (ontv.) 2 oktober 2001, no. 42320/98 (*Belinger t. Slovenië*).

135 Aldus bijv. Barkhuysen & Jansen 2003, p. 595-596.

6.5.2 Auerbach en Arends revisited

De vraag dringt zich op hoe de *terme de grâce* zich verhoudt tot de geformuleerde uitgangspunten. Ik beperk me hier maar even tot de *terme de grâce* die we kennen van het arrest *Arbeidskostenforfait*.¹³⁶ Kenmerkend voor die rechtspraak is dat de rechter het, al dan niet tijdelijk, overlaat aan de wetgever om de kwestie op te lossen, dat hij daarom de – met het EVRM strijdige – wetgeving voorlopig blijft toepassen en dat hij niet voorziet in een schadevergoeding, maar wel in een proceskostenvergoeding.

In de rechtspraak gaat men er doorgaans vanuit dat zo'n *terme de grâce* door de Straatsburgse beugel kan.¹³⁷ De basis daarvoor is een tweetal, eerder besproken, zaken: *Auerbach* en *Arends*.¹³⁸ In beide beslissingen volgt het Hof in wezen dezelfde redenering. *Auerbach* is het bekendst geworden.¹³⁹ Ik beperk me hier tot deze uitspraak – het Straatsburgse vervolg op het arrest *Autokostenforfait* van de Hoge Raad.¹⁴⁰ *Auerbach* klaagt over het feit dat de Wet IB 1964 discriminerend jegens hem uitwerkt. Hij voert aan dat hij daarin van de (hoogste) Nederlandse rechter gelijk heeft gekregen, maar dat deze het bij deze constatering, en een proceskostenvergoeding, heeft gelaten. In het eerste ziet hij een schending van artikel 14 jo. 1 EP EVRM, in het laatste een schending van artikel 13. Om tot de ontvankelijkheid van beide klachten te kunnen komen, onderzoekt het Hof eerst of *Auerbach* nog wel een slachtoffer is in de zin van artikel 34 EVRM. Daarvoor is relevant of hij van de nationale rechter al voldoende rechtsherstel heeft gekregen.¹⁴¹ Het Hof vindt van wel, en overweegt daartoe dat in de eerste plaats van belang is dat de schending door de Hoge Raad is vastgesteld:

'The Court notes that (...) the Supreme Court expressly accepted that the difference in treatment complained of by the applicant was contrary to Article 14 of the Convention (...)'.

136 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*). Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 4.

137 Zie bijv. de conclusie van A-G Van Ballegooijen in HR 8 juli 2005, BNB 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*), ov. 7.5. Ook in de literatuur wordt daarvan wel uitgegaan. Zie bijv. Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 59-60.

138 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*); EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45618/99 (*Arends t. Nederland*). Op een wat minder wetenschappelijk niveau valt het kennelijke belang van de beslissingen overigens ook af te leiden uit de opname in de *Ars Aequi* jurisprudentiebundel Staats- en bestuursrecht 1849/2011 (vierde druk), p. 428-434. Blijkbaar wordt *Auerbach t. Nederland* met enige regelmaat op Nederlandse universiteiten onderwezen.

139 Met name de annotatie van Barkhuysen in NJCM-Bulletin 2002/8, p. 1020 wordt vaak genoemd.

140 HR 15 juli 1998, BNB 1998/293 (*Autokostenforfait*).

141 Vgl. o.m. EHRM 25 juni 1996, no. 19776/92 (*Amuur t. Frankrijk*), §36.

Het Hof vervolgt dan over de vraag of ook voldoende redres is geboden:

‘the Court observes in the first place that (...) the fiscal authorities were ordered to reimburse the applicant’s legal costs. The Court further notes that one of the possibilities to remedy the unequal treatment could have been maintaining the additional 4% in the applicant’s case and prescribing this additional 4% also in cases where no or only a limited private use of the company car is made (...). This would not have changed the applicant’s situation, but would have resulted in higher taxation for others. In these particular circumstances, and bearing in mind that the Court itself has held in various cases that a finding of a violation in itself constituted adequate just satisfaction under Article 41 of the Convention for any non-pecuniary damages suffered, the Court accepts that the Supreme Court’s finding of a violation of the applicant’s rights under Article 14 of the Convention in conjunction with the cost orders issued in the applicant’s favour, and its instruction to the legislator to enact new legislation which has in fact occurred, may be regarded as adequate redress’.¹⁴²

Twee elementen in de redenering van het Hof verdienen nadere bespreking. Het eerste element heeft betrekking op het bestaan van materiële schade (6.5.2.2). Het tweede op de vraag hoe met mogelijke immateriële schade moet worden omgegaan (6.5.2.1). Ik begin met de laatste kwestie.

6.5.2.1 Immateriële schade

De gedachte, geuit in *Auerbach*, dat een *terme de grâce* voldoende redres biedt naar de maatstaven van artikel 13 EVRM, steunt voor een belangrijk deel op de gedachte dat de ‘blote’ constatering van een schending van een mensenrecht door de nationale rechter, voldoende is om eventuele immateriële schade weg te nemen. Zolang geen sprake is van materiële schade (ik kom daarover nog te spreken) is het genoeg, aldus het Hof, dát een rechter de kwestie aan de orde heeft gesteld. Het Hof verwijst voor de onderbouwing van die conclusie naar de eigen praktijk onder artikel 41 EVRM. Het gebeurt immers regelmatig dat het Hof, wanneer het een schending heeft geconstateerd, een vordering tot het betalen van vergoeding van immateriële schade afwijst met de mededeling dat zijn vaststelling van de schending voldoende genoegdoening is. Dat nodigt uit om daar iets dieper op in te gaan. Is dat inderdaad zo? Is er een lijn, of een tendens, te ontdekken in ‘s Hof’s rechtspraak daaromtrent?

Om te beginnen komt het inderdaad geregeld voor dat het Hof ervan afziet compensatie toe te kennen.¹⁴³ Dat doet het wanneer de schade zeer gering is, of de inbreuk van relatief lichte aard, de schade reeds anderszins gecompenseerd is, het geen causaal verband ziet tussen schending en schade, het de

¹⁴² EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

¹⁴³ Dat deed het reeds in EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*).

schade niet bewezen acht, of het gedrag van de klager daartoe aanleiding geeft.¹⁴⁴

Dat het EHRM ‘*in various cases*’ concludeerde dat de vaststelling van een schending voldoende genoegdoening was, impliceert intussen niet dat dit stéeds zo is. Geregeld gaat het Hof er wél toe over om de klager een zakje geld te geven voor het vergoeden van de geleden immateriële schade. Van Emmerik signaleerde in 1997 dat het Hof vooral bij schending van procedurele verplichtingen een financiële genoegdoening toekent voor geleden immateriële schade.¹⁴⁵ Een berucht voorbeeld in dat verband is de, ook in Nederland veelvuldig toegekende, schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn.¹⁴⁶ De onzekerheid die gepaard gaat met het wachten op de onzekere uitkomst van een procedure, wordt door het EHRM beschouwd als te vergoeden schade. De ratio daarvoor zal niet alleen moreel van aard zijn. Hoewel men vraagtekens kan zetten bij de vraag of schadevergoeding een *voldoende* remedie is, zou de enkele vaststelling dat sprake is van een verdragsschending, de staat op geen enkele wijze nopen tot het bespoedigen van rechterlijke procedures.¹⁴⁷ Ook in de familierechtelijke sfeer, vooral waar het gaat om de verhouding tussen ouders en kinderen, is de vergoeding van immateriële schade geen onbekende. Het EHRM spreekt in dat verband geregeld van *anxiety and distress*.¹⁴⁸ Zeker in dat verband is het Hof soepel waar het gaat om het causaal verband tussen schending en schade.¹⁴⁹

Deze houding van het EHRM is, meer nog dan de rechtspraak inzake de procedurele rechten en de redelijke termijn, relevant voor de *terme de grâce* zoals wij die in Nederland kennen. Zoals uit deel I bleek, absteineerde de

144 De criteria zijn van Van Emmerik 1997, p. 140-144. Zie tevens: Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 647-648.

145 Van Emmerik 1997, p. 164.

146 Zie bijv. EHRM (plenair) 10 maart 1980, no. 6232/73 (*König t. Duitsland*); EHRM 25 juni 1987, no. 10527/83 (*Milasi t. Italië*); EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*); EHRM (Grote Kamer) 8 juni 2006, no. 75529/01 (*Sürmeli t. Duitsland*); EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2006, no. 36813/97 (*Scordino t. Italië no. 1*); EHRM (Grote Kamer) 10 september 2010, no. 31333/06 (*McFarlane t. Ierland*).

147 Zie voor de genoemde vraagtekens: Barkhuysen & Jansen 2003, p. 595-596.

148 Zie Van Emmerik 1997, p. 166, die wijst op het arrest EHRM (plenair) 22 juni 1989, no. 11373/85 (*Eriksson t. Zweden*) over een uit huis geplaatst kind. De recentere rechtspraak bevestigt het beeld dat immateriële schade in dit rechtsgebied relatief gemakkelijk wordt aangenomen. Zie o.m. EHRM 11 oktober 2001, no. 31871/96 (*Sommerfeld t. Duitsland*); EHRM 11 oktober 2001, no. 30943/96 (*Sahin t. Duitsland*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, no. 31871/96 (*Sommerfeld t. Duitsland*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, no. 30943/96 (*Sahin t. Duitsland*); EHRM 26 februari 2004, no. 74969/01 (*Görgülü t. Duitsland*); EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, no. 43546/02 (*E.B. t. Frankrijk*); 20578/05; EHRM 21 december 2010, no. 20578/07 (*Anayo t. Duitsland*); EHRM 15 september 2011, no. 17080/07 (*Schneider t. Duitsland*).

149 Vgl. EHRM (plenair) 28 mei 1985, no. 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. VK*); Van Emmerik 1997, p. 164.

Nederlandse rechter in het verleden bij uitstek in het personen- en familie-recht.¹⁵⁰ In zulke gevallen werden ouders en kinderen vaak met lege handen naar huis gestuurd, met de boodschap te wachten tot de wetgever wat van zich zou laten horen. Hoewel geld in dit soort zaken nooit écht een oplossing is, valt uit de rechtspraak van het EHRM wel af te leiden dat deze, te vergoeden, immateriële schade doorgaans voor de hand vindt liggen. Ik bespreek die rechtspraak hier niet, maar laat ik bij wijze van voorbeeld de rechtspraak over het naamrecht en de adoptie van kinderen door paren van gelijk geslacht aanhalen.¹⁵¹

Eerst het naamrecht. In 1988 spreekt de Hoge Raad uit dat de wettelijke regeling die de achternaam van de vader automatisch voorschrijft als geslachtsnaam voor de kinderen, in strijd is met artikel 26 IVBPR.¹⁵² Hij meent echter dat het zijn rechtsvormende taak te buiten gaat daar iets aan te doen. Het vormgeven van een afgewogen stelsel van naamkeuze is, aldus de Hoge Raad, iets voor de wetgever. Beukema en Van Veen zullen het ermee moeten doen. Het EHRM krijgt in 2010 te maken met een enigszins vergelijkbare kwestie in het arrest *Losonci Rose & Rose t. Zwitserland*.¹⁵³ In die zaak gaat het niet om de achternaam van de kinderen, maar van de echtelieden zelf. Zij willen hun eigen namen houden, in plaats van dat één van beiden een dubbele naam krijgt. Net als de Nederlandse rechter, oordeelt ook de Zwitserse rechter dat het naamrecht in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, maar dat het zijn constitutionele positie te buiten gaat daar iets aan te doen. Het EHRM spreekt een schending van artikel 14 jo. 8 EVRM uit. Het verbindt daar ook een geldbedrag aan. Zwitserland dient het echtpaar 10.000 Euro te betalen ter compensatie van immateriële schade.

Iets vergelijkbaars is aan de orde in het adoptierecht. In 1997 oordeelt de Hoge Raad op een verzoek van twee vrouwen tot adoptie van een, bij één van beide vrouwen kunstmatig verwekt, kind, dat het Nederlandse recht geen adoptie door paren van gelijk geslacht erkent. De vraag of dit in strijd is met, onder meer, de artikelen 8 en 14 EVRM laat de Hoge Raad buiten beschouwing:

‘Ook namelijk indien (...) zou moeten worden aangenomen dat aan relaties en samenlevingsvormen als die tussen, onderscheidenlijk van verzoeksters en minderjarigen waarop het adoptieverzoek betrekking heeft, een verdergaande juridische erkenning dient te worden gegeven dan het nationale recht thans biedt, geldt dat de wijze waarop hierin moet worden voorzien, rechtspolitieke keuzes vergt die (...) de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan’.¹⁵⁴

150 Zie § 4.2.

151 Waarbij het mij overigens uitsluitend gaat om de kwestie van de te vergoeden schade. Materieel hoeven de zaken niet precies over hetzelfde te gaan. Zo stel ik éénouder- en gezamenlijke partneradoptie op één lijn.

152 HR 23 september 1988, NJ 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (Beukema & Van Veen).

153 EHRM 9 november 2010, no. 664/06 (*Losonci Rose & Rose t. Zwitserland*).

154 HR 5 september 1997, NJ 1998/686 (*Duo-moeders*).

De vrouwen staan dus met lege handen. Betekent dit nu dat zij, vanuit het perspectief van het EHRM, recht hebben op vergoeding van immateriële schade vanwege de frustratie die deze schending van de artikelen 8 en/of 14 EVRM – gesteld dat daarvan sprake zou zijn – met zich zou brengen? Dat lijkt in elk geval wel zo. Tien jaar later, in 2008, oordeelt het EHRM in de zaak *E.B. t. Frankrijk* dat de onmogelijkheid tot éénouderadoptie van een vrouw in een lesbische relatie, een schending inhoudt van artikel 14 jo. 8 EVRM. De klagster vordert in dat verband compensatie van immateriële schade. De Grote Kamer overweegt als volgt:

‘The applicant pointed out that without the authorisation that had been refused her it was legally impossible for her to adopt a foreign child and impossible in practice to adopt a French child. Even if the French Government were to act quickly to grant her the authorisation, the discriminatory delay would be between nine and ten years. That delay was not only a psychological strain and unfair, but also reduced her chances of being able to adopt a child one day on account of her age; (...) Accordingly, she sought an award of 50,000 euros for non-pecuniary damage (...).

The Court considers that the applicant must have suffered non-pecuniary damage that is not sufficiently compensated by a mere finding of a violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 8. Accordingly, ruling on an equitable basis, the Court awards her EUR 10,000 in just satisfaction’.

Het EHRM vermeldt niet welke gronden aanleiding waren om immateriële schade te erkennen, maar afgaande op wat de klager naar voren brengt – kennelijk was dat overtuigend voor het Hof – gaat het om de frustratie en de depressieve gevoelens die ze moet hebben bij de gedachte dat het op deze manier erg moeilijk wordt om ooit een kind te adopteren. Daarbij speelt mee, en dat is interessant, dat de inschatting kennelijk is dat zelfs als Frankrijk het oordeel van het EHRM met de nodige spoed implementeert, het nog jaren zal duren voordat de klagster wel kan adopteren. In dat geval kan het weleens te laat zijn omdat zij dan niet meer aan, vermoedelijk wel redelijke en in elk geval niet discriminatoire, leeftijdseisen kan voldoen. Gelet op de Nederlandse praktijk, is dus van belang óf de klager actie van de wetgever kan verwachten, op welke termijn dit gebeurt en welk belang de klager exact heeft bij een snelle remedie. De stelling van *Auerbach*, dat een enkele rechterlijke vaststelling voldoende *just satisfaction* biedt, moet in elk geval dus niet worden gegeneraliseerd. Voor de bijzondere context van het familierecht gaat zij vermoedelijk niet op.¹⁵⁵

Uit dit voorbeeld komen twee aspecten naar voren die ik wat nader uitdiep. Ten eerste de aard van het persoonlijke belang van de klager bij een relatief

155 Vlak voor het afsluiten van deze tekst, bevestigde de Grote Kamer deze lijn. Zie EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2013, no. 19010/07 (*X. e.a. t. Oostenrijk*), §157.

snelle remedie, en ten tweede de vraag of tijdige actie van de wetgever reeds een vorm van compensatie voor immateriële schade kan zijn.

Ik begin met de tweede kwestie. Bij de bespreking van *E.B. t. Frankrijk* stipte ik de positie van de wetgever aan. Wie de uitspraak in *Auerbach* leest valt op dat hier de wetgever reeds aan zet is geweest.¹⁵⁶ Hoewel het EHRM daarover in geen van beide zaken expliciet iets zegt, is het toch de vraag of de wetgever een rol te spelen heeft bij het voorkomen van een plicht tot uitbetalen van immateriële schade. Kan het zo zijn dat de opstelling van het EHRM ten aanzien van de immateriële schade mede werd bepaald door de factor dat de wetgever de kwestie al aan zich had getrokken?¹⁵⁷

Ik zie daarvoor wel aanknopingspunten. Zo valt met name te wijzen op het arrest *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*.¹⁵⁸ De problematiek in dat arrest was van een andere orde dan in *Auerbach*. Het ging om de strafbaarstelling (in Noord-Ierland) van vrijwillige homoseksuele handelingen in de privésfeer. Het Hof meende dat het enkele bestaan van zulk strafwetgeving reeds een schending van artikel 8 EVRM inhield. De klager vorderde vervolgens onder het toenmalige artikel 50 EVRM (nu: 41 EVRM) vergoeding van immateriële schade. Die zou onder meer bestaan uit psychisch leed, schade aan relaties met familieleden, niet ontplooiing van zijn persoonlijkheid en aantasting van zijn reputatie. Bij een aantal van die claims valt wel wat voor te stellen. Gaat men ervan uit dat strafbaarstelling toch in de eerste plaats bedoeld is om gedrag te criminaliseren – uit te spreken dus, dat de samenleving dit gedrag verwerpelijk vindt, dan is gemakkelijk invoelbaar dat de klager daaronder geestelijk geleden heeft. Het Hof ziet dat ook. Toch vindt het de vaststelling van de schending, op dit punt in elk geval, voldoende. Er is inmiddels namelijk een wetwijziging geweest waarbij *Dudgeon* voor een belangrijk deel tegemoet is gekomen:

‘Subject to the question of the age of consent, Mr. Dudgeon should be regarded as having achieved his objective of securing a change in the law of Northern Ireland. This being so and having regard to the nature of the breach found, the Court considers that in relation to this head of claim the judgment of 22 October 1981 constitutes in itself adequate just satisfaction for the purposes of Article 50, without it being “necessary” to afford financial compensation’.¹⁵⁹

156 Wet van 11 mei 2000 tot vaststelling van de Wet Inkomstenbelasting 2001, *Stb.* 2000, 215. Zie: §5.2.2.

157 Nog even afgezien van het, nog te bespreken, voor de hand liggende punt dat de aard van de schending noodzakelijkerwijs minder spanning en frustratie met zich zal hebben gebracht.

158 EHRM (plenair) 22 oktober 1981, no. 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), en EHRM 24 februari 1983, no. 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*).

159 EHRM 24 februari 1983, no. 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), §14.

Men kan op deze redenering van het Hof kritiek hebben. Van Emmerik merkt terecht op dat een wetswijziging die enkel de toekomst betreft, vrij lastig te construeren is als compensatie van in het verleden geleden schade.¹⁶⁰ Het Hof had daarom op zijn minst beter moeten uitleggen waarom in dit geval dan te gelden had 'dit is mijn uitspraak, en daar moet u het mee doen'. De kritiek van diverse auteurs dat het Hof de eigen schadevergoedingsjurisprudentie zo zelden en zo schaars motiveert, gaat hier volledig op.¹⁶¹ Niettemin valt, met alle gebruikelijke disclaimers, uit het arrest mogelijk te concluderen dat een wetswijziging in sommige gevallen te beschouwen is als voldoende remedie, ook voor alle stress van de afgelopen periode.

Ik zou menen dat dit alleen kan, als de aard van de belangen van de klager bij zijn klacht zich daartegen niet verzet, en ik kom daarmee op het tweede punt. Het is best voorstelbaar dat het Hof in een vrij technisch en weinig principieel belastinggeschil aanneemt dat alle frustratie die er mogelijk zou zijn geweest, met de wetswijziging wel zal zijn verdwenen. Het belang van de klager is dan niet erg indrukwekkend. Maar dat lag, denk ik, al anders in de zaak van Dudgeon. Het maakt, met andere woorden, uit hoe het belang van de klager moet worden gedefinieerd. Neem bijvoorbeeld het relatief recente arrest *A., B., & C. t. Ierland* over het Ierse verbod op abortus.¹⁶² Eén van de klaagsters in die zaak was, voordat zij zwanger werd, genezen van kanker. Zij vreesde dat haar zwangerschap tot een terugval zou leiden en dat een mogelijke behandeling de foetus ernstige schade zou kunnen aanrichten. Het Ierse recht voorzag echter ook in zo'n geval niet in de mogelijkheid van een abortus. Het Hof neemt op dit punt een schending van artikel 8 EVRM aan. Ten aanzien van mogelijke immateriële schade overweegt het dat de klaagster ongetwijfeld behoorlijke angsten moet hebben uitgestaan. Daar komt bij dat het Hof in aanmerking neemt dat de klaagster vermoedelijk ook te lijden moet hebben gehad van het stigma dat in Ierland rondom abortus hangt. Het Hof stelt daarom een relatief forse compensatie vast (15.000 Euro). Van een wetswijziging was hier, nog, geen sprake. Waar het arrest echter op wijst, is dat de kwestie van abortus in dit soort gevallen direct de persoon van de klaagster raakt. Het mag misschien een open deur zijn, maar het lijkt mij van belang vast te stellen dat een factor in de afweging kan zijn wat de aard is van het geschonden belang. Een verbod op abortus is in de Nederlandse context niet aan de orde, maar bij de vraag of een expliciete *terme de grâce* ook voldoende rechtsherstel biedt voor eventuele immateriële schade van de klager, zal de rechter mee moeten wegen van welke orde deze schade is.¹⁶³

¹⁶⁰ Van Emmerik 1997, p. 147.

¹⁶¹ McBride 1991, p. 172; Dannemann 1994, p. 368; Van Emmerik 1997, p. 146.

¹⁶² EHRM (Grote Kamer) 26 december 2010, no. 25579/07 (*A., B. & C. t. Ierland*), §279.

¹⁶³ Zie in dat verband ook: EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, no. 29515/95 (*Larkos t. Cyprus*), waarin het Hof immateriële schade toekent vanwege jarenlange onzekerheid over de vraag of de huurwoning verlaten moest worden.

Tot slot nog een andere kwestie. In hoofdstuk 5 kwam de vraag aan de orde, of een klager, vanwege het enkele feit dat hij ongelijk is behandeld, recht kan hebben op vergoeding van immateriële schade. Ik citeerde in dat verband de Amerikaanse rechter Brennan, die in 1984, nota bene in een socialezekerheidskwestie, overwoog:

‘Rather, discrimination itself, by perpetuating “archaic and stereotypic notions” or by stigmatizing members of the disfavored group as “innately inferior” and therefore less worthy participants in the political community, can cause serious noneconomic injuries to those persons who are denied equal treatment solely because of their membership in a disfavored group’.¹⁶⁴

Hoe ziet het EHRM dat? Is een ongelijke behandeling zonder redelijke grond, zelfs als dat gebeurt op relatief technische terreinen zoals het belasting- of het socialezekerheidsrecht, een grond voor compensatie van immateriële schade? Dat is, gelet op de grote hoeveelheid rechtspraak en de magere motivering die het Hof artikel 41-oordelen meegeeft, een lastige vraag om te beantwoorden, zeker in het kader van deze studie. Ik beperk mij tot een vluchtige schets.

Om eenvoudig te beginnen. Er zijn uiteraard situaties mogelijk waarbij de discriminerende regeling vrij evident uitgaat van stereotype noties. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat Roma kinderen op school stelselmatig in aparte klassen les krijgen.¹⁶⁵ Het is in zo’n geval wel voorstelbaar dat de klager tot een minderwaardigheidscomplex wordt aangezet dat voor vergoeding in aanmerking komt. Toch is de rechtspraak op dit punt niet eenduidig. In de zaak *Oršuš e.a. t. Kroatië* werd in de kameruitspraak uitsluitend gewag gemaakt van vergoeding van immateriële schade vanwege schending van de redelijke termijn.¹⁶⁶ De Grote Kamer is ruimhartiger en kent per klager EUR 4.500 toe. Het overweegt daartoe expliciet dat de klagers ‘must have sustained non-pecuniary damage, in particular as a result of the frustration caused by the indirect discrimination of which they were victims’.¹⁶⁷ In die categorie valt misschien ook nog de achterstelling van homoseksuelen voor wat betreft alimentatieverplichtingen uit eerdere relaties. Zo kent het Verenigd Koninkrijk anno 2001 een regeling die voorziet in een reductie van alimentatie indien de betalende ouder inmiddels een duurzame relatie heeft met een

164 USSC 5 maart 1984, 465 U.S. 728 (*Heckler v. Mathews*), per Brennan J. Ook het EHRM erkent dergelijke claims geregeld. Zie o.m. EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, EHRC 2012/117 m.nt. Gerards (*Konstantin Markin t. Rusland*).

165 EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, no. 15766/03 (*Oršuš e.a. t. Kroatië*).

166 EHRM 17 juli 2008, no. 15766/03 (*Oršuš e.a. t. Kroatië*), §75.

167 EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, no. 15766/03 (*Oršuš e.a. t. Kroatië*), §191. Een moeilijk arrest betrof voorts EHRM (Grote Kamer) 22 december 2009, no. 27996/06 (*Sejdic & Finci t. Bosnië-Herzegovina*), waarin het Hof de schending van het passief kiesrecht van bepaalde etnische groepen vaststelde en het bij deze vaststelling liet. Gegeven de uiterst gevoelige context van de zaak, het ging om een kwestie die nog het gevolg was van de Joegoslavische burgeroorlog, valt m.i. weinig te zeggen over de bredere implicaties van de zaak.

nieuwe partner. Het maakte voor de regeling niet uit of in die nieuwe relatie sprake was van een huwelijk of niet, maar zij zag niet op partners van gelijk geslacht.¹⁶⁸ J.M. is een gescheiden moeder die sinds 1998 een duurzame relatie heeft met een andere vrouw. Ze doet een beroep op de reductie, maar krijgt die niet toegekend. Daarin ziet ze een schending van artikel 14 jo. 1 EP, en ze krijgt van het Hof gelijk.¹⁶⁹ Ook in deze zaak accepteert het Hof de claim van J.M. dat de bestreden regeling, en de houding van de autoriteiten, een bron zijn van frustratie en geestelijk leed. Het kent 3000 Euro ter compensatie van het leed toe.

Het is verleidelijk zo'n zaak als *J.M.* naast gevallen zoals *Auerbach* te leggen, vooral omdat het in beide gevallen gaat om een onverplicht begunstigende regeling waarvan de reikwijdte discriminatoir is vastgesteld. Er zit wel een belangrijk verschil tussen beide zaken. In *J.M.* is, net als in de *Roma* schoolkwestie, sprake van een denigrerend element. Misschien dat dit denigrerende element iets te maken heeft met het feit dat in beide zaken sprake is van een verdachte grond voor het onderscheid. Dat zou ook verklaren waarom het Hof in zaken waarin natuurlijke kinderen zich op het non-discriminatiebeginsel beroepen soms relatief soepel tot compensatie besluit.¹⁷⁰

Moeilijker wordt het als sprake is van minder eenduidige stereotype denkbbeelden, of als degene die claimt schade te hebben geleden, niet dezelfde is als degene die wordt gestereotypeerd. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval wanneer een weduwnaar zich klaagt over het feit dat de pensioenwetgeving weduwen bevoordeelt.¹⁷¹ De regeling moge hém financieel benadelen, het stereotype zit hem in de gedachte dat de vrouw hulpbehoevender is dan de man. De schade lijkt in zo'n geval eerder een materiële kwestie dan een immateriële. Iets soortgelijks was aan de orde in de zaak *Van Raalte t. Nederland*, waarin een man klaagde over het feit dat alleen vrouwen zonder kinderen boven de 45 een premievoordeel genoten in het kader van de kinderbijslag.¹⁷² Zijn claim op materiële schade ter hoogte van het misgelopen premievoordeel werd afgewezen. Datzelfde lot trof zijn claim dat hij immateriële schade had geleden. Het Hof vond de vaststelling van de schending voldoende.

Toch is ook dit geen wet van Meden en Perzen. Dat illustreert de zaak van een zekere Konstantin Markin, een Russische militair die na een echtschei-

168 Zie EHRM 28 september 2010, no. 37060/06 (*J.M. t. Verenigd Koninkrijk*), §21, waarin de relevante wetgeving en de uitleg ervan door de hoogste Britse rechter wordt geciteerd.

169 EHRM 28 september 2010, no. 37060/06 (*J.M. t. Verenigd Koninkrijk*).

170 Zo bijv. EHRM 28 oktober 1987, no. 8695/79 (*Inze t. Oostenrijk*); EHRM 1 februari 2000, no. 34406/97 (*Mazurek t. Frankrijk*); EHRM 3 oktober 2000, no. 28369/95 (*Camp & Bourimi t. Nederland*). Anders: EHRM (plenair) 13 juni 1979, no. 6833/74 (*Marckx t. België*), hoewel toen slechts één Belgische franc was geëist.

171 EHRM 14 november 2006, no. 63684/00 (*Hobbs, Richard, Welsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 22 januari 2008, no. 64735/01 (*Higham t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 oktober 2007, no. 62776/00 (*Cross t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juli 2008, no. 10721/02 (*Harrison t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juli 2008, no. 61391/00 (*O'Brien t. Verenigd Koninkrijk*).

172 EHRM 21 februari 1997, no. 20060/92 (*Van Raalte t. Nederland*).

ding de zorg voor zijn kinderen op zich neemt. Dat is nogal een verantwoordelijkheid. Hij vraagt daarom langdurig betaald verlof aan. Vrouwelijke militairen hebben, conform de Russische wetgeving, recht op drie jaar ouderschapsverlof. Voor mannen geldt een soortgelijke regeling niet, tenminste niet in het leger. Markin procedeert daar eerst over op nationaal niveau. De reactie van het Russische constitutionele hof is veelzeggend: het onderscheid is gerechtvaardigd, want het rust enerzijds op de beperkte participatie van vrouwen in de krijgsmacht en anderzijds op de bijzondere rol van het moederschap in de Russische samenleving.¹⁷³ Markin wendt zich vervolgens tot het EHRM. Volgens hem discrimineert de regeling tussen mannen en vrouwen. Het Hof is dat met hem eens. In eerste instantie oordeelt een kamer van het Hof dat de artikelen 14 en 8 EVRM zijn geschonden. Een zo royale ouderschapsverlofregeling is uiteraard verdragsrechtelijk niet verplicht, maar als Rusland tot zo'n regeling besluit, dan moet zij wel conform artikel 14 EVRM worden vormgegeven. Dat is volgens de kamer niet het geval:

‘To the extent that the difference was founded on the traditional gender roles, that is on the perception of women as primary child-carers and men as primary breadwinners, these gender prejudices cannot, by themselves, be considered by the Court to amount to sufficient justification for the difference in treatment, any more than similar prejudices based on race, origin, colour or sexual orientation’.¹⁷⁴

De vraag is nu of Markin iets te claimen heeft. Tijdens de procedure in Straatsburg is hij namelijk door de autoriteiten tegemoet gekomen, kennelijk in een poging om hem te doen afzien van zijn klacht. Hij heeft inmiddels verlof en een aardig geldbedrag gekregen. Van materiële schade is dus geen sprake meer. Evenmin gaat het Hof in op de vordering tot vergoeding van immateriële schade. Wel ‘adviseert’ het Hof de Russische autoriteiten, in het kader van artikel 46 EVRM, om de relevante wetgeving aan te passen. Hoewel de Grote Kamer het oordeel van de kamer over het discriminatoire karakter van de regeling deelt, wordt dat advies niet herhaald.¹⁷⁵ De Russische regering had daartegen bezwaar gemaakt. De Grote Kamer acht echter wél termen aanwezig om Markin 3000 Euro compensatie toe te kennen voor geleden immateriële schade. Die schade ligt volgens het Hof in de ‘distress and frustration as a result of the discrimination on grounds of sex to which he had been subjected’. Wat valt er nu af te leiden uit deze zaak?

In de eerste plaats nuanceert *Markin t. Rusland* het beeld dat ik hiervoor schetste. Hoewel we bij stigmatisering in het kader van de zorg voor de kinderen onwillekeurig aan vrouwen denken, kan ook de man, aldus het Hof,

173 Zie de weergave onder EHRM 7 oktober 2010, no. 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*), §19.

174 EHRM 7 oktober 2010, no. 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*), §58.

175 EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, no. 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*).

daar last van ondervinden. Op de vraag of Markin inderdaad zo veel last heeft gehad van dit stigma valt moeilijk een antwoord te geven. De subtiële kaartenwissel tussen de kamer en de Grote Kamer kan echter ook duiden op een groter institutioneel plan. Waar de kamer Rusland er nog expliciet op wees dat amendering van de desbetreffende wetgeving aangewezen was, laat de Grote Kamer die kwestie rusten. In plaats daarvan kent men een schadevergoeding toe terwijl het oordeel van de kamer, dat Markin – nu zijn materiële schade reeds ruimschoots was vergoed – wel door kon met zijn leven, zo vergezocht nog niet was. Zou het zo gek zijn te denken dat die schadevergoeding eerder een bescheiden *reminder* is voor de Russische regering, dat het Russische leger heel veel militairen heeft, dat die voor een groot deel kinderen hebben, en dat het weleens goedkoper kan zijn voor Rusland om de eigen wetgeving op dit punt aan te passen? Ik ben geneigd het te denken.¹⁷⁶ In die zin moet de conclusie misschien genuanceerd worden, dat het EHRM in een discriminerende regeling in de sfeer van de sociale zekerheid aanleiding ziet tot erkenning van immateriële schade. Anderzijds kan de uitspraak een aanwijzing zijn dat compensatie, in de ogen van het Hof, een aangewezen remedie is wanneer de wetgever zich vooralsnog niet enthousiast over wetswijziging betoont. Het zou te ver voeren deze these hier te onderzoeken. Ik beperk mij er hier toe haar te signaleren.

Ik vat mijn bevindingen samen.

Mag de nationale rechter wetgeving die in strijd is met het EVRM blijven toepassen tot de wetgever haar heeft aangepast, ook als de klager immateriële schade heeft geleden? Is het dan voldoende dat de rechter zich beperkt tot de vaststelling van een schending en een proceskostenvergoeding? Het EHRM suggereerde in *Auerbach*, onder verwijzing naar de eigen praktijk, dat dit voldoende is. Het komt inderdaad regelmatig voor dat het Hof daartoe besluit. In het soort zaken waarin de Nederlandse rechter doorgaans abstineert, lijkt het Hof evenwel in veel gevallen wél immateriële schade aan te nemen. Dat doet het in elk geval in de personen- en familierechtelijke sfeer, en waar een discriminerende regeling het gevolg is van stereotype ideeën die gemakkelijk tot stigmatisering kunnen leiden. Daarmee is niet gezegd dat het Hof stééds tot compensatie van leed besluit. In sommige gevallen kan een wetswijziging reeds voldoende compensatie zijn, al is het enige tijd geleden dat het Hof tot die conclusie kwam. De vraag of de klager daarmee voldoende tegemoet wordt gekomen hangt vooral af van twee gezichtspunten: de aard en het gewicht van het belang van de klager, en de snelheid en zekerheid waarmee het tot wetswijziging komt. Iemand die jarenlang in spanning heeft gezeten over zijn baan, zijn huis, zijn gezondheid of zijn kind, heeft vermoedelijk veel, maar niet genoeg, aan de enkele vaststelling dat hij gelijk heeft. De rechtspraak van het Hof reflecteert dit. Men denke in dat verband aan zaken als *E.B. t. Frankrijk*,

¹⁷⁶ Ik betoogde dat eerder: J. Uzman, 'What did you do in the war daddy?', *Publiekrecht & Politiek*, blogpost van 4 juli 2012.

Larkos t. Cyprus en *A., B., & C. t. Ierland*.¹⁷⁷ De zekerheid dat het binnen afzienbare tijd allemaal goed komt, kan wel helpen. De vergoeding van immateriële schade lijkt in de handen van het Hof een enkele keer een instrument om dat te bespoedigen. De eindconclusie kan zijn dat het Hof weliswaar geregeld overweegt dat de klager het met een enkele vaststelling moet doen, maar dat het zich in soortgelijke zaken toch vaak genereuzer betoont dan de Nederlandse rechter.¹⁷⁸

6.5.2.2 Materiële schade

Terug naar de zaak *Auerbach*. Volgens het EHRM is van belang dat elke materiële schade, zo die al bestond, door de nationale rechters is weggenomen. De proceskosten zijn immers gecompenseerd. Het Hof zegt het niet letterlijk, maar het suggereert vrij duidelijk dat de bestreden wetgeving *Auerbach* geen schade heeft toegebracht. De rechtmatige toestand kon immers niet alleen worden hersteld door *Auerbach* minder belasting te laten betalen, maar ook door anderen meer te belasten.

Deze redenering is door Barkhuysen fel bekritiseerd.¹⁷⁹ Hij wijst er op dat de vraag of schade is geleden in concreto moet worden bezien, en niet in abstracto. In concreto heeft de wetgever in dit geval, voor het relevante tijdvak, de keuze gemaakt die hij maakte. Dat hij in abstracto ook een andere keuze had kunnen maken, doet wat Barkhuysen betreft niet ter zake. Voor het verleden, het tijdvak waarover *Auerbach* procedeert, kan de ongelijkheid immers in het geheel niet gelijkgetrokken worden. De rechtszekerheid en de formele rechtskracht van de reeds opgelegde aanslagen van derden verzetten zich ertegen dat die aanslagen omhoog worden bijgesteld. Barkhuysen waarschuwt ervoor dat het gelijkheidsbeginsel met zulke redeneringen wordt uitgehold:

‘Zodra namelijk na een vastgestelde schending van dit beginsel de staat met recht kan betogen dat de geconstateerde ongelijkheid in abstracto ook op een wijze ongedaan zou kunnen worden gemaakt waarvan de klager niet in financiële zin zou kunnen profiteren (...) – hetgeen achteraf in veel gevallen relatief makkelijk

177 EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, no. 43546/02 (*E.B. t. Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, no. 29515/95 (*Larkos t. Cyprus*), en EHRM (Grote Kamer) 26 december 2010, no. 25579/07 (*A., B. & C. t. Ierland*). Zie ook EHRM 30 september 2003, no. 40892/98 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*).

178 Of dat komt omdat de Europese rechters niet onderworpen zijn aan het Nederlandse belastingrecht, weet ik niet.

179 Zie diens noot in *NJCM-Bulletin* 2002/8, p. 1020-1032, op p. 1027. Vgl. ook de annotatie van Wattel onder *BNB* 2002/126, die met de materiële uitkomst van de beslissing overigens kan leven. Vlemminx 2002a, p. 86-87 is eveneens kritisch, maar hij zoekt de oplossing vervolgens in een zeer restrictieve uitleg van de beslissingen. Zij zijn volgens hem uitsluitend relevant voor zover het gaat om discriminatie waarbij een zeer kleine groep wordt begunstigd.

mogelijk lijkt – (...) kan (...) worden volstaan met een declaratoire uitspraak (...) Vele schendingen van het gelijkheidsbeginsel zouden op deze wijze voor de staat zonder gevolg blijven, hetgeen in strijd is met het algemeen aanvaarde uitgangspunt – dat waar het betreft het EVRM nog eens wordt onderstreept door artikel 13 EVRM – dat in beginsel alle schade (...) dient te worden vergoed’.¹⁸⁰

Al met al is de redenering volgens Barkhuysen vooral een truc om een principiële oordeel over de Nederlandse *terme de grâce* te ontlopen.¹⁸¹ Is die inschatting terecht?

Ik denk het wel. Het is in elk geval duidelijk dat de stelling van het EHRM in *Auerbach*, dat de enkele mogelijkheid van *levelling down* reeds het ontbreken van materiële schade – en daarmee, afgezien van het bestaan van eventuele immateriële schade, van slachtofferschap – met zich brengt, niet een gemene deler is in de rechtspraak van het Hof. In een ontvankelijkheidsbeslissing twee jaar later, in *Walker t. Verenigd Koninkrijk*, volgde het EHRM de redenering niet.¹⁸² Het ging in die zaak om ongelijke behandeling bij de afdracht van premies in de sociale zekerheid.¹⁸³ De regering betoogde dat Walker ten aanzien van die ongelijke behandeling geen slachtoffer was nu de wettelijke regeling reeds in die zin was aangepast dat de ongelijke behandeling geleidelijk werd afgebouwd tot zij in 2020 ophield te bestaan. Het Hof gaat daarin niet mee:

‘While the Government have already passed legislation which will end the differential treatment between men and women concerning the age of eligibility for the state pension and equalise the ages at which NI contributions are obligatory, it remains the case that the applicant, as a man over 60 who is working, is subject to a difference of treatment as regards women of the same age who are in the same position. The question as to whether the applicant can claim any pecuniary or non-pecuniary damage as a result of this difference in treatment falls to be dealt with under Article 41 of the Convention’.

Het feit dat het regime in de toekomst verandert ontnemt nog niet noodzakelijkerwijs de schade, en daarmee het slachtofferschap van Walker. Op de omvang van de schade wil het pas ingaan als het toekomst aan de beoordeling onder artikel 41 EVRM, na het behandelen van de klacht ten gronde dus. Het zou interessant zijn te bezien wat de overwegingen van het Hof in dat verband zijn, maar bij een later arrest, in 2006, verklaart het Hof de desbetreffende wetgeving uiteindelijk EVRM-proof.¹⁸⁴

180 *Ibid.*, p. 1028.

181 Dat is het volgens Wattel ook: die ziet hierin aanvaarding van het zogenaamde ‘kniesoorbeginsel’ (BNB 2002/126). Zie daarover Wattel 1995, p. 220-222.

182 EHRM (ontv.) 16 maart 2004, no. 37212/02 (*Walker t. VK*).

183 Mannen moesten dergelijke premies tot hun vijfenzestigste betalen, terwijl vrouwen tot hun zestigste betaalden.

184 EHRM 22 augustus 2006, no. 37212/02 (*Walker t. Verenigd Koninkrijk*).

De Grote Kamer lijkt – ik zeg het bewust heel voorzichtig¹⁸⁵ – de redenering evenmin te volgen in het arrest *Burden t. Verenigd Koninkrijk*.¹⁸⁶ In die zaak gaat het om een ongelijke behandeling voor de heffing van successierechten. Voor getrouwde stellen geldt een relatief gunstig regime. De wetgever verruimt dat soepele regime op een gegeven moment naar geregistreerde partners (waaronder, niet onbelangrijk, paren van gelijk geslacht) omdat hij, in algemene zin, ‘duurzaam samenleven’ wil bevorderen. Zo’n partnerschap kan alleen aangegaan worden door niet-bloedverwanten. De gezusters Burden leven duurzaam samen, en menen dat zij ongerechtvaardigd worden benadeeld. Zij klagen in Straatsburg. Ook hier verweert de regering zich met de stelling dat de gezusters geen slachtoffer zijn. Zij wijst er op dat de gezusters beiden nog leven en dat zij dus nog in het geheel geen aanslag successierechten hebben gekregen. Sterker nog, één van beiden – we weten nog niet wie – zal zo’n aanslag nooit krijgen. Het Hof verwerpt dit verweer onder het motto, ‘niets is zeker behalve de dood en de belastingen’:

‘In the present case, the Grand Chamber agrees with the Chamber that, given the applicants’ age, the wills they have made and the value of the property (...), the applicants have established that there is a real risk that, in the not too distant future, one of them will be required to pay substantial inheritance tax on the property inherited from her sister. In these circumstances, the applicants are directly affected by the legislation and can claim to be victims of the alleged discriminatory treatment’.¹⁸⁷

Frappant in dit verband, is dat de Britse regering noch het Hof het kennelijk als een probleem ziet dat het om een niet-verplichte begunstigende regeling gaat die ook ten nadele van de gezusters Burden kan worden gewijzigd. Het belastingvoordeel kan door de Britse wetgever immers ook worden ingetrokken. Volgens de redenering van *Auerbach t. Nederland* zou in dat geval, ook wanneer één van beide zusters na het overlijden van de ander een forse aanslag zou krijgen, geen sprake zijn van materiële schade. Daarvan lijkt de Grote Kamer in deze zaak niet uit te gaan. Integendeel, het enkele feit dat de gezusters Burden hun gedrag reeds op de wet hebben aangepast – in de vormgeving van hun testament – en de zekerheid dat één van hen zo’n aanslag zal krijgen is voldoende voor het Hof. Ik lees daarin, tenminste impliciet, een afwijzing van de gedachte, geuit in *Auerbach*, dat reeds het enkele feit dat de wetgever de regeling ook ten nadele van de klager kan wijzigen, tot de conclusie leidt dat geen sprake is van materiële schade.¹⁸⁸

185 Voorzichtiger in elk geval, dan ik het eerder deed: zie Uzman 2008.

186 EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, no. 13378/05, AB 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*). Zie ook reeds: EHRM 12 december 2006, no. 13378/05, EHRC 2007/18 m.nt. Gerards (*Burden & Burden t. VK*).

187 *Burden t. VK* (2008), §35.

188 Zie over deze zaak uitvoeriger: Uzman 2008.

Ook in *Burden & Burden* wordt de desbetreffende wetgeving uiteindelijk voor EVRM-conform gehouden.¹⁸⁹ Ook hier komt het Hof dus uiteindelijk aan een beoordeling onder artikel 41 EVRM niet toe. Hoe zit dat in andere zaken?

Vergoeding van materiële schade onder artikel 41 EVRM

Om te beginnen, een caveat. De schadevergoedingspraktijk van het EHRM is niet altijd even helder.¹⁹⁰ Toch lijken er wel wat lijnen te trekken. Ik schets er, met enige schroom, twee: een soepele en een restrictieve. Vervolgens probeer ik die lijnen met elkaar te verzoenen.

De soepele lijn begint bij het arrest *Darby t. Zweden*.¹⁹¹ Darby is een Brits-Finse arts, werkzaam in Zweden maar deels woonachtig in Finland. In 1979 wordt hij geconfronteerd met een belastingaanslag van de Zweedse autoriteiten. Onderdeel van die aanslag is een zogenaamde 'kerkheffing' ten behoeve van de Zweedse Kerk. Darby behoort niet tot die kerk. Niet-leden van de kerk maken aanspraak op een gereduceerd tarief, maar dan moeten zij wel formeel geregistreerd staan als inwoner van Zweden. Aan die eis voldoet Darby niet. Het Hof ziet geen redelijke rechtvaardiging voor het stellen van zo'n registratievereiste en komt tot de conclusie dat de regeling in strijd komt met het verbod van discriminatie, in samenhang met het eigendomsrecht.¹⁹² Darby claimt vervolgens als schade zijn onterecht betaalde belasting. Het Hof overweegt in dat verband:

'As regards pecuniary damage, the applicant claimed repayment of the excess tax he had paid between 1979 and 1981, that is 3,065 Swedish kronor (...), plus interest calculated in accordance with the Swedish Interest Act (...). While accepting this claim in principle, the Government maintained that the Swedish Interest Act was not applicable. However, they left it to the Court to determine whether the amount claimed should be increased on an equitable basis. The Court awards Dr Darby 8,000 kronor under this head, comprising the amount of tax unduly paid in 1979-1981 (3,065 kronor) and interest assessed in the light of the interest rates in Sweden at the time'.¹⁹³

Het is de vraag welke lessen uit dit arrest te trekken zijn. Het EHRM accepteert de vordering van Darby zonder enige motivering. Het gaat in het geheel niet in op de vraag of de Zweedse wetgever de belasting ook zo had kunnen

189 De gezusters Burden claimden onder artikel 41 EVRM bovendien geen compensatie.

190 Van Emmerik (1997) heeft geprobeerd daar enige chocola van te maken. Hoewel het precair blijft om daar al te stellige conclusies aan te verbinden, meen ik dat daarin wel een tendens kan worden waargenomen.

191 EHRM 23 oktober 1990, no. 11581/01 (*Darby t. Zweden*).

192 De Zweedse regering maakte het EHRM het op dit punt ook niet moeilijk. Het erkende tijdens de mondelinge behandeling van de zaak dat voor de regeling geen redelijke rechtvaardiging was. De wetgever had de eis van registratie daarom ook reeds geschrapt.

193 *Darby t. Zweden* (1990), §37-38.

vormgeven dat Darby ze alsnog had moeten betalen. Daar staat tegenover dat de Zweedse regering het Hof het op dit punt ook niet moeilijk maakte. Zij voerde alleen een verweer met betrekking tot de rente. Belangrijker is wellicht dat het sterk de vraag is of een rechtmatige kerkheffing in dit geval denkbaar was geweest. Het Hof zegt daarover niets, het doet de klacht onder artikel 14 EVRM jo. 1 EP af. Maar het lijkt waarschijnlijk dat het schrappen van het gereduceerde tarief voor alle niet-leden van de Zweedse Kerk, op gespannen voet had gestaan met de godsdienstvrijheid. Tot slot is in het geval van Darby sprake van een relatief kleine groep die wordt benadeeld. De meeste niet-belijdende inwoners van Zweden zullen daar, zo mag men toch aannemen, als inwoner geregistreerd staan.

In het arrest *P.M. t. Verenigd Koninkrijk* uit 2005, spreekt het EHRM zich duidelijker uit.¹⁹⁴ De klager in die zaak is een gescheiden vader die, ten behoeve van zijn dochter, alimentatie betaalt. Deze alimentatie is voor de Britse inkomstenbelasting aftrekbaar, maar alleen wanneer de beide ouders, voordat zij uit elkaar gingen, met elkaar getrouwd waren. In het geval van de klager was geen sprake van een huwelijk. Voor dit verschil in behandeling tussen voormalig gehuwde, en andere, voormalig duurzaam samenlevende ouders ziet het Hof geen redelijke rechtvaardiging. Het vindt daarom dat de Britse belastingwetgeving in strijd is met de artikelen 14 EVRM en 1 EP. Het misgelopen belastingvoordeel wordt door het Hof vervolgens zonder omhaal aange-merkt als te vergoeden schade onder artikel 41 EVRM. Duidelijker dan in *Darby t. Zweden*, staat deze koers van het Hof op gespannen voet met de conclusies van het Hof in *Auerbach*. Hier is immers evident sprake van een onverplichte bijdrage die de wetgever zonder probleem ook zó had kunnen vaststellen dat de klager het belastingvoordeel alsnog was misgelopen. Het EVRM eist immers niet dat alimentatie aftrekbaar moet zijn van de inkomstenbelasting. Evenmin is hier sprake van een zeer kleine groep die benadeeld wordt ten gunste van een grote groep. Anno 2005 mag worden aangenomen dat het Verenigd Koninkrijk, net als Nederland, een aanzienlijke groep ongehuwde ouderstellen kent.¹⁹⁵ Het uitstreken van het belastingvoordeel over voormalig ongehuwd samenwonende ouders heeft dus verstrekkende gevolgen. Toch maakt het

194 EHRM 19 juli 2005, no. 6638/03 (*P.M. t. Verenigd Koninkrijk*).

195 Het CBS schatte het percentage ongehuwde ouderparen in 2001 op een kwart. Het tekende bovendien aan dat dit aantal snel stijgend was. In hetzelfde onderzoek wees het CBS op soortgelijke cijfers in, onder meer, het Verenigd Koninkrijk. Zie persbericht CBS 29 augustus 2001, *Kwart baby's heeft niet-getrouwde ouders*, Internetpublicatie (geraadpleegd www.cbs.nl, op 22 juli 2012). In 2005 becijferden onderzoekers van het CBS dat ruim 35% van de kinderen buitenechtelijk geboren werd. Zie A. van de Meulen & A. de Graaf, 'Samenleven en kinderen', *CBS Webpublicatie* 2005 (geraadpleegd op 22 juli 2012).

EHRM aan het vaststellen van de schade geen woorden vuil. De Britse regering maakte daartegen ook geen bezwaar.¹⁹⁶

De soepele lijn werd de afgelopen jaren door het Hof geregeld gevolgd.¹⁹⁷ Toch kan daaruit nog niet zonder meer geconcludeerd worden dat het EHRM misgelopen belastingvoordeel, subsidie of uitkeringen steeds als schade aanmerkt. Dat heeft alles te maken met het feit dat er nog een tweede, restrictiever, lijn in 's Hof's uitspraken valt te bespeuren.

Die tweede lijn wordt ingezet met het arrest *Van Raalte t. Nederland*.¹⁹⁸ Daarin gaat het om een uitzondering voor ongehuwde vrouwen van boven de 45 om premies in het kader van de Kinderbijslag te betalen. Meneer Van Raalte meent dat deze uitzondering in strijd is met de artikelen 1 EP en 14 EVRM. Op nationaal niveau wordt die klacht niet serieus genomen, maar in 1997 ziet hij zijn gelijk door het EHRM bevestigd. Hij claimt zo'n 2000 gulden schadevergoeding, zijnde de premies die hij in het tijdvak 1985-1988 heeft betaald. Tegen de aanslagen in dat tijdvak heeft hij bezwaar gemaakt.¹⁹⁹ Schermers, de afgevaardigde van de Commissie, meent dat Van Raalte materiële schade heeft die hij op nationaal niveau vergoed kan krijgen.²⁰⁰ Of dat laatste het geval is, dat staat te bezien. Ten aanzien van de vordering onder artikel 41 EVRM overweegt het Hof afwijzend:

'The Court notes that the finding of a violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 1 of Protocol No. 1 does not entitle the applicant to

196 Een kanttekening terzijde. De klager verzoekt ook om vergoeding van zijn advocatenkosten. Hij dient in dat verband een specificatie in. Daaruit blijkt dat het voorbereiden van de vordering onder artikel 41 EVRM een stagiair zes uur heeft gekost. De Britse regering vindt dit wat veel, en het Hof '*sees some substance in the Government's doubts as to the hours claimed*'. Dat is, gelet op de nog te behandelen, minder soepele jurisprudentie van het EHRM, nogal opvallend! Overigens had de regering de kosten uiteraard kunnen beperken door in een vroeger stadium het onverdedigbare standpunt te verlaten dat voor het verschil in fiscale behandeling, ook anno 2005 nog, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond.

197 Zie, overigens nog vóór het arrest *P.M. t. VK* (2005) o.m.: EHRM 18 juli 1994, no. 13580/88 (*Schmidt t. Duitsland*), waarin het Hof een brandweerbelasting voor alleen mannen in strijd met art. 14 EVRM verklaarde en de betaalde belasting als te vergoeden schade aanmerkte. Latere jurisprudentie omvat o.m.: EHRM 16 april 2002, no. 36677/97 (*S.A. Dangeville t. Frankrijk*); EHRM 11 juni 2002, no. 36042/97 (*Willis t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 september 2003, no. 40892/98 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*); EHRM 10 mei 2007, no. 42949/98 (*Runkee & White t. Verenigd Koninkrijk*), en EHRM (Grote Kamer) 18 februari 2009, no. 55707/00 (*Andrejeva t. Letland*); EHRM 31 maart 2009, no. 44399/05 (*Weller t. Hongarije*). In EHRM 4 juni 2002, no. 34462/97 (*Wessels-Bergervoet t. Nederland*) besloot het Hof te wachten met een oordeel over de compensatie. De klacht werd uiteindelijk van de rol geschrapt na een minnelijke schikking waarbij aan Wessels-Bergervoet alsnog de misgelopen AOW-uitkeringen uitbetaald werden. Zie EHRM 12 november 2002, no. 34462/97.

198 EHRM 21 februari 1997, no. 20060/92 (*Van Raalte t. Nederland*).

199 Zie *Van Raalte t. Nederland* (1997), §47 en 8-9.

200 *Van Raalte t. Nederland* (1997), §49. Hij ziet overigens ook aanleiding voor compensatie van immateriële schade. Het Hof gaat daarin niet mee. Ik kom daar in de volgende paragraaf nog op terug.

retrospective exemption from contributions under the scheme in question. Accordingly the applicant's claim for pecuniary damage has not been substantiated'.²⁰¹

Een uitleg voor deze afwijzing geeft het EHRM niet, zoals het het tegengestelde oordeel in zaken als *Darby* en *P.M.* ook niet van een motivering voorzag. Wellicht speelt een rol dat de uitzondering voor vrouwen van boven de 45 per 1 januari 1989 werd afgeschaft.²⁰² De wetgever had dus al een keuze voor *levelling down* gemaakt.²⁰³ Het kan ook niet uitgesloten worden dat het kostenaspect een rol heeft gespeeld. De uitbreiding van de regeling naar kinderloze mannen vanaf een bepaalde leeftijd zou de schatkist vermoedelijk wel wat hebben gekost. Het is niet helemaal duidelijk. Net als later in *Auerbach* het geval zal zijn, suggereert het EHRM in *Van Raalte* dat een schending niet betekent dat de klager met terugwerkende kracht recht heeft op toegang tot de begunstigende regeling.

Die expliciete verwijzing naar het retroactieve karakter van de vordering doet denken aan de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Walden t. Liechtenstein*.²⁰⁴ In die zaak ging het om het uitbetalen van ouderdomspensioenen. De wetgeving op dat punt discrimineerde in die zin dat getrouwde stellen niet ieder apart een pensioen kregen, maar één gezamenlijk pensioen dat was berekend naar rato van het aantal jaren dat de man premie had betaald. Het *Verfassungsgerichtshof* van Liechtenstein had het desbetreffende voorschrift in strijd verklaard met het gelijkheidsbeginsel, maar het weigerde het pensioen van het gezin Walden opnieuw te berekenen. Tegen die beslissing, het blijven toepassen van de onrechtmatige wetgeving, klaagde Walden in Straatsburg. Het EHRM ziet echter geen probleem:

'the Court recalls its case-law according to which the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of the Convention, may dispense States from questioning legal acts or situations that antedate judgments of the Court declaring domestic legislation incompatible with the Convention. (...). Moreover, it has also been accepted, in view of the principle of legal certainty that a constitutional court may set a time-limit for the legislator to enact new legislation with the effect that an unconstitutional provision remains applicable for a transitional period (...).

In view of the detrimental effects which an annulment of the relevant provisions might have on the pension claims of others, the State Court refused to annul the provisions (...). The Court finds that the present case does not differ substantially from the case in which a Constitutional Court annuls an unconstitutional provision and sets a time-limit for enacting new legislation. (...) Given the brevity of this

201 *Van Raalte t. Nederland* (1997), §50.

202 Wet van 21 december 1988, *Stb.* 1988, 631.

203 Aldus bijv. HL 5 mei 2005 [2005] UKHL 30 (*R. v. IRC, ex p. Wilkinson*), per Lord Hoffman, §26-27.

204 EHRM (ontv.) 16 maart 2000, no. 33916/96 (*Walden t. Liechtenstein*).

period (...) the continued application of the pension provisions at issue can also be regarded as proportionate'.²⁰⁵

De zaken van *Van Raalte* en *Walden* zijn maar beperkt te vergelijken. In *Van Raalte* kwam het Hof tot het oordeel dat sprake was van een schending en ging het, in het kader van een schadevergoeding, om de vraag of de toegang tot het premievooroordeel ook aan mannen toe diende te komen. *Walden* was een ontvankelijkheidsbeslissing die ging over de vraag of de hoogste rechter van Liechtenstein, net als in *Auerbach*, de relevante wetgeving had mogen blijven toepassen. In *Walden* baseert het Hof zijn bevestigende antwoord op de rechtszekerheid van derden. Daarvan is in het geval van *Van Raalte* geen sprake. Toch moet men de verschillen ook weer niet overdrijven. Het is, op zijn zachtst gezegd, wel wat merkwaardig dat het Hof in *Walden* niets zegt over de vraag of de regeling in het geval van *Walden* dan niet in het individuele geval buiten toepassing had kunnen blijven, of dat hij en zijn echtgenote het te weinig ontvangen pensioen dan in de vorm van schadevergoeding hadden kunnen claimen. In die zin lijken de beslissing in *Walden* en het arrest *Van Raalte* op dezelfde leest geschoeid.

Het wordt tijd voor een korte tussenconclusie. De rechtspraak over materiële schade na een schending van het gelijkheidsbeginsel bij een begunstigend voorschrift lijkt zeer onduidelijk. In verreweg de meeste zaken besluit het Hof, zonder nadere motivering, dat het misgelopen – of teveel betaalde – bedrag gecompenseerd moet worden. Soms echter gooit het Hof het over een andere boeg. Zijn beide lijnen te verzoenen? Ik denk het wel.

In 2006 verzoent het Hof beide lijnen in de jurisprudentie met elkaar. Het doet dat in de zaken van *Hobbs, Richard, Walsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*.²⁰⁶ Het gaat daarin om de financiële gelijkstelling van weduwen en weduwnaren, een kwestie die in de tachtiger jaren ook in Nederland actueel was en tot beruchte jurisprudentie aanleiding heeft gegeven. Het feit dat alleen vrouwen voor een zeker belastingvoordeel in aanmerking komen, is volgens het Hof in strijd met de gedachte van non-discriminatie. Maar wat dan? Betekent dit ook dat mannen eveneens aanspraak konden maken op de aftrek, en dat het feit dat zij dit niet konden moet worden opgevat als schade? De klagers menen

205 Dit is inderdaad vaste rechtspraak. Zie o.m. reeds: ECRM (ontv.) 18 oktober 1995, no. 22651/93 (*J.R. t. Duitsland*). Later o.a.: EHRM 22 juli 2010, EHRC 2010/96 (*P.B. & J.S. t. Oostenrijk*). Ik kom in de volgende paragraaf op de kwestie terug.

206 EHRM 14 november 2006, no. 63684/00 (*Hobbs, Richard, Welsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*). Deze rechtspraak is door het Hof veelvuldig herhaald, zij het wel vrijwel steeds door dezelfde Kamer. Zie o.a.: EHRM 9 oktober 2007, no. 62776/00 (*Cross t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 8 juli 2008, no. 63477/00 (*Wells t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 8 juli 2008, no. 63480/00 (*Hubley t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juli 2008, no. 63647/00 (*Jackson t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juli 2008, no. 65507/01 (*Ginnifer t. Verenigd Koninkrijk*).

van wel, en zij verwijzen daarvoor niet alleen naar de uitspraken van het Hof in *Darby t. Zweden* en *P.M. t. Verenigd Koninkrijk*, maar ook naar de – in het volgende hoofdstuk te bespreken – jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.²⁰⁷ De Britse regering verweert zich op haar beurt met een beroep op het arrest van *Van Raalte*.²⁰⁸

In een, voor artikel 41 EVRM, onkarakteristiek lange overweging, gaat het Hof op zoek naar de richtsnoeren. Het uitgangspunt is volgens het Hof, dat succesvolle klagers *restitutio in integrum* mogen verwachten. Zij moeten worden gebracht in de situatie waarin zij zouden hebben gezeten als de Conventie niet was geschonden. Maar dat is in dit soort gevallen een relatief lege huls. Want wat houdt die situatie in? Het arrest *Van Raalte* illustreert volgens het Hof dat gelijke behandeling niet steeds inhoudt dat men krijgt wat de bevoordeelde ook kreeg. Maar waar *Van Raalte* een algemene regel suggereerde, probeert het Hof nu te nuanceren. Het formuleert enkele gezichtspunten:

‘Whether such an award is made will depend on all the circumstances of the case, including the field in which the discriminatory treatment arose; whether the applicant belongs to a similarly affected class of persons; the size of any such class; the nature of the legislative provision, if any, giving rise to the discriminatory treatment; and, where such discrimination has been eliminated as the result of an amendment of the relevant provisions, the nature of, and reasons underlying, the amendment’.²⁰⁹

Volgens het Hof kan dus niet in abstracto worden gezegd in welke gevallen sprake is van *level up*, en dus van schade. Het hangt allemaal af van de omstandigheden van het geval: de aard van het rechtsgebied en het wettelijk voorschrift in kwestie, de groep waartoe de klager behoort, de grootte van die groep en, niet onbelangrijk, de wijze waarop de wetgever, als hij reeds in actie is gekomen, de kwestie heeft opgelost.²¹⁰ Zie ik het goed, dan geven drie factoren in deze zaak de doorslag. In de eerste plaats vormden de benadeelden een grote groep. Dat maakt het niet waarschijnlijk dat de wetgever het belastingvoordeel oorspronkelijk ook aan deze groep zou hebben gegeven. Die

²⁰⁷ Zie §7.8.4.2.

²⁰⁸ Bijzonder is overigens dat de Britse regering ook uitvoerig put uit een uitspraak van het *House of Lords*, HL 5 mei 2005 [2005] UKHL 30 (*R. v. IRC, ex p. Wilkinson*). In deze uitspraak verklaarde de hoogste Britse rechter dat hij niet in staat was tot het bieden van een remedie, ook niet het toekennen van schadevergoeding. In een *obiter dictum* ging hij evenwel uitvoerig in op de vraag of klagers in dit soort gevallen recht hadden op schadevergoeding. Onder verwijzing naar *Van Raalte* meende hij van niet. Wat men daar ook van moge vinden, het is duidelijk dat het hoogste Britse rechtscollege de kwestie serieus nam en de gelegenheid te baat nam om de Straatsburgse rechtspraak te overtuigen. Dat lukte dan ook.

²⁰⁹ *Hobbs, Richards, Walsh & Geen t. VK* (2006), §67.

²¹⁰ Dat laatste lijkt mij een duidelijke vingerwijzing dat het EHRM in dezelfde richting denkt als *Bloomberg* in zijn reactie op (en zijn noot onder) het Arbeidskostenforfaitarrest. Zie NJ 2000/170 en §5.3.2.2.

inschatting wordt, ten tweede, bevestigd door de constatering van het Hof dat de wetgever het belastingvoordeel inmiddels ook al heeft afgeschaft. Maar misschien het belangrijkste is niet zozeer de kwantiteit, maar de kwaliteit van de benadeelde groep. Het belastingvoordeel, zo overweegt het Hof, werd geïntroduceerd in een periode waarin:

‘married couples were taxed as a single entity, to enable widows to claim the equivalent of the married man’s allowance in the year of bereavement and thus to equate their position with that of widowers. However, when the independent taxation of married men and women was introduced, the underlying purpose (...) ceased to exist’.

Vanaf het moment dat vrouwen individueel werden belast, en niet meer de gezinnen, werden zij, door het desbetreffende belastingvoordeel, gunstiger behandeld dan iedereen en niet alleen dan de groep weduwnaren. Het toekennen van schadevergoeding aan weduwnaren zou dus een nieuwe discriminatie in het leven roepen. Iets soortgelijks was aan de orde in *Van Raalte t. Nederland*.²¹¹ Daarin zit een belangrijk verschil met arresten als *P.M. t. Verenigd Koninkrijk* en *Darby t. Zweden*.²¹² In die zaken behoort de benadeelde, voor het doel van de relevante wetgeving, in wezen tot dezelfde groep als de bevoordeelden behalve dan voor wat betreft het punt waarin onrechtmatig een onderscheid is gemaakt. Darby, bijvoorbeeld, behoort tot de groep niet-kerkgangers die recht menen te hebben op een reductie. Het enkele feit dat hij niet staat ingeschreven als inwoner van Zweden verandert aan de materiële situatie niets. Dat de regeling differentieert naar het, al dan niet officieel belijden van het geloof van de Zweedse Kerk, is heel terecht. Darby maakt dus aanspraak op deelname aan de gunstiger regeling. De Britse belastingwetgeving die het mogelijk maakte alimentatie fiscaal af te trekken, beoogde het gemakkelijker te maken voor gescheiden ouders om opnieuw een stabiele relatie aan te gaan. Dat gold voor P.M. net zo goed als voor voormalig gehuwde ouders. Dat de fiscale regeling differentieert tussen alimentatieplichtige en niet-alimentatieplichtige ouders is op zich geen probleem. Het uitstrekken van de regeling over de groep waartoe P.M. behoort is dus niet problematisch. Dat ligt, als gezegd, anders in *Hobbs* en *Van Raalte*.

Materiële schade – een conclusie

Ik kom tot een afronding. We zagen eerder dat Barkhuysen felle kritiek had op de opstelling van het EHRM in de zaak *Auerbach*, vooral met betrekking tot de kwestie van materiële schade.²¹³ Zijn kritiek kwam er in essentie op

211 EHRM 21 februari 1997, no. 20060/92 (*Van Raalte t. Nederland*).

212 EHRM 23 oktober 1990, no. 11581/01 (*Darby t. Zweden*); EHRM 19 juli 2005, no. 6638/03 (*P.M. t. Verenigd Koninkrijk*).

213 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

neer dat het Hof ten onrechte suggereert dat de enkele mogelijkheid van een oplossing *level down* reeds tot de conclusie leidt dat de klager geen materiële schade heeft geleden. In de ontvankelijkheidsrechtspraak zijn aanwijzingen te vinden dat die kritiek voor een belangrijk deel terecht is. Ik heb vervolgens bezien hoe het Hof met zulke kwesties omgaat in het kader van de eigen bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen. Daaruit volgt een genuanceerd beeld. *Auerbach t. Nederland* laat zich goed plaatsen in de lijn van het arrest *Van Raalte*, eveneens tegen Nederland gewezen. Zij contrasteert evenwel met een, kwantitatief veel grotere, reeks zaken waarin het Hof zonder veel omhaal van woorden wél schadevergoeding toekent. In het arrest *Hobbs, Richard, Walsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk* kiest het Hof voor een genuanceerde koers. Of een schadevergoeding op haar plaats is, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Met name de vraag of het toekennen van de schadevergoeding een nieuwe discriminatie in het leven roept is van belang.²¹⁴ Daarnaast is ook van belang hoe groot de benadeelde groep is die nu meent aanspraak te maken op schadevergoeding. Heeft de wetgever inmiddels al een keuze voor *level up* of *level down* gemaakt, dan wordt ook die keuze in de afweging betrokken. Tot slot zijn de aard van het rechtsgebied en de aard van het discriminerende voorschrift van belang. Ik kan mij voorstellen dat een relatief technische belastingmaatregel, bijvoorbeeld in de sfeer van het auto- of het arbeidskostenforfait – minder snel aanleiding zal geven tot het toekennen van schadevergoeding. Volgt men deze redenering, dan is *Auerbach t. Nederland* wel te plaatsen. De conclusie dat de nationale rechter zich er dus stééds toe kan beperken een proceskostenvergoeding uit te spreken, is echter niet gerechtvaardigd. Voor een belangrijk deel van de gevallen blijft materiële schade bestaan.

6.5.2.3 Resumerend

De ontvankelijkheidsbeslissing in *Auerbach* steunt, zoals hiervoor aan de orde kwam, op twee pijlers. In de eerste plaats is, aldus het EHRM, in discriminatiezaken zoals *Auerbach* geen sprake van materiële schade – tenzij men de proceskosten meerekent, en die worden op nationaal niveau vergoed. In de tweede plaats is, in dit soort zaken, de ‘blote’ vaststelling van de rechter dat sprake is van een schending voldoende om eventuele immateriële schade te compenseren. Op deze redenering is kritiek mogelijk en die is er ook gekomen. Die kritiek is grotendeels terecht. In veel discriminatiezaken is immers wél sprake van materiële schade, ook wanneer het om begunstigende regelingen gaat die de wetgever probleemloos ten nadele van de begunstigden kan bijstellen. In de meeste gevallen kent het Hof in zo’n geval zelf compensatie ter hoogte van het misgelopen voordeel toe. Toch doet het dat niet altijd. Het hanteert daar-

214 Zie Vlemminx 2002a, p. 86-88, die het vermoeden reeds uitspreekt dat *Auerbach* in dat licht moet worden opgevat.

voor een catalogus van gezichtspunten, waarin een reeds gemaakte keuze van de wetgever en de aard en grootte van de benadeelde groep een belangrijke rol spelen. Dat is een genuanceerder beeld dan uit *Auerbach* naar voren komt. Hetzelfde geldt voor de immateriële schade. In de meeste gevallen erkent het Hof immers dat er een noodzaak tot compensatie is. Met name wanneer de regeling stigmatiserend werkt, of er kwetsbare belangen – zoals familiebanden – in het geding zijn, is het Hof soepel.

Betekent dit nu dat de ontvankelijkheidsbeslissingen in *Auerbach* en *Arends* tot de rechtshistorie moeten worden gerekend? Gegeven het feit dat het Hof er nooit meer naar verwezen heeft, zou men het bijna zeggen. Toch bleek uit de analyse dat dit niet zo is. De uitspraken illustreren dat het Hof een manier heeft om soepel te zijn voor nationale constitutionele verhoudingen waar het gaat om uiterst technische kwesties, waarin het belang van de klager relatief klein is. Soms geeft de aard van het belang van de klager nu eenmaal geen reden tot het aannemen van materiële of immateriële schade. In die zin zijn de zaken van *Auerbach* en *Arends* niet te vergelijken met zaken als die van *Burden*, van *Darby* of van *Markin*. In al die zaken ging het niet om een technisch detail waarin de wetgever een toevalligerwijs onverdedigbare keuze maakte, maar om een principiële kwestie of een uitgesloten individu. In het model zoals het Hof dat ten aanzien van materiële schadevergoeding formuleerde in de zaak *Hobbs e.a.*, passen de beide ontvankelijkheidsbeslissingen wel.²¹⁵ Alleen suggereren beide uitspraken méér, namelijk dat de *terme de grâce* zoals de Nederlandse rechter die vormgeeft in algemene zin door de Straatsburgse beugel kan. Dat nu, kan op basis van deze uitspraken niet worden geconcludeerd.

6.5.3 Bouwstenen voor een genuanceerde benadering

Ik betoogde zojuist dat er meer onder de zon is dan de beslissingen van het Hof in *Auerbach* en *Arends t. Nederland*.²¹⁶ Dat deed ik aan de hand van een analyse van de wijze waarop het EHRM zélf het schadebegrip invult. Daarmee is nog geen antwoord gegeven hoe de *terme de grâce*, in de ogen van het Hof, dan wel moet worden beschouwd. Zo'n antwoord is ook niet in abstracto te geven. Maar wat misschien wel kan, is het benoemen van een aantal bouwstenen. Ik doe dat door een aantal aspecten van de *terme de grâce* langs te lopen en te bezien of de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van dat aspect aanknopingspunten biedt. Ook hier, vooraf een caveat. De rechtspraak over de toetsing van formele wetgeving onder artikel 13 EVRM illustreert wel dat het EHRM zeer beducht is, de nationale constitutionele verhoudingen al te kritisch

215 EHRM 14 november 2006, no. 63684/00 (*Hobbs, Richard, Welsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*).

216 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*); EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45618/99 (*Arends t. Nederland*).

te bejegenen. Dat betekent niet dat het Hof *laissez faire* belijdt, wel dat mijn bevindingen voorzichtige pogingen zijn om aanknopingspunten te formuleren en geen wiskundige bewijzen.

Wat gebeurde er ook al weer bij een *terme de grâce* in Nederland? De rechter stelt dan doorgaans vast dat de wettelijke regeling in strijd is met een EVRM-recht, maar hij absteineert. Hij laat het, met andere woorden, aan de wetgever over om iets aan de kwestie te doen. In de tussentijd past hij de 'oude' wetgeving gewoon toe. Er zitten verschillende aspecten aan zo'n handelwijze. In de eerste plaats valt op dat de rechter niet zélf een remedie biedt, maar het overlaat aan een ander orgaan (het wie-aspect). Moet de wetgever de kwestie regelen voor het heden, het verleden of alleen voor de toekomst? (het wat-aspect). En tot slot: maakt het uit dat hij de onrechtmatig verklaarde wetgeving gedurende een bepaalde periode gewoon blijft toepassen (het tijdsaspect). Ik loop de verschillende aspecten van deze handelwijze na.

6.5.3.1 Het wie-aspect: het verdelen van taken

Wanneer de rechter zuiver vaststelt dat de klager gelijk heeft maar hij niet voorziet in redres, biedt hij, volgens de uitgangspunten die ik eerder schetste, geen effectieve rechtsbescherming. Er zijn echter twee indicaties die tot nuancering van deze conclusie dwingen.

In de eerste plaats beziet het EHRM de vraag of sprake is van effectieve rechtsbescherming contextueel. De rechtsbescherming moet, gegeven eventuele bijzondere omstandigheden, zo *effectief mogelijk* zijn. In het kader van het af luisteren van telefoongesprekken ten behoeve van de nationale veiligheid merkte het Hof bijvoorbeeld op dat:

'For the purposes of the present proceedings, an "effective remedy" under Article 13 must mean a remedy that is as effective as can be having regard to the restricted scope for recourse inherent in any system of secret surveillance.' It therefore remains to examine the various remedies available to the applicants (...) in order to see whether they are "effective" in this limited sense'.²¹⁷

Het Hof herhaalde dit uitgangspunt verschillende keren.²¹⁸ Het illustreert het beginselkarakter van artikel 13 EVRM. Dat laat afwering met andere belangen toe. Men spreekt ook wel van impliciete of inherente beperkingen op het grondrecht.²¹⁹ Zulke beperkingen mogen de kern, of de essentie, van artikel

217 EHRM (plenair) 6 september 1978, no. 5029/71, *Series A-28 (Klass e.a. t. Duitsland)*, §69.

218 Zie o.m. EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81, *Series A-116 (Leander t. Zweden)*; EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*), §151; EHRM 27 november 2012, no. 7222/05 (*Savovi t. Bulgarije*), §61.

219 Over impliciete beperkingen in het algemeen: Bellekom 1990, p. 63-65. M.b.t. art. 13 EVRM: Barkhuysen 1998, p. 158.

13 echter niet aantasten en zij mogen ook niet verder gaan dan strikt noodzakelijk om het belang aan de andere zijde van de weegschaal te waarborgen.²²⁰

Daar komt bij dat het EHRM de rechterlijke procedure niet geïsoleerd beziet, maar in de bredere context van het samenspel tussen verschillende instanties. In de woorden van het Hof in *Silver t. Verenigd Koninkrijk*:

‘although no single remedy may itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so’.²²¹

Dat laat, althans in theorie, ruimte voor de mogelijkheid dat rechtsbescherming een gedeelde taak is van rechter en wetgever. De eerste stelt de onrechtmatigheid vast, de tweede zorgt voor het rechtsherstel. Het EHRM lijkt zo’n taakverdeling ook in de sfeer van toetsing van de formele wet niet principieel af te wijzen. Dat illustreert de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de Britse *Human Rights Act* 1998.

De ‘declaration of incompatibility’ in Straatsburg

In het volgende deel bespreek ik de constitutionele remedies die de Britse rechter ten dienste staan. Dat is er eigenlijk maar één: de verdragsconforme interpretatie van *prima facie*, met het EVRM onverenigbare, wetgeving. Acht de Britse rechter zich daartoe niet in staat dan rest hem niets anders dan het uitspreken van een zogenaamde ‘verklaring van onverenigbaarheid’, bekender onder de Britse aanduiding ‘*declaration of incompatibility*’. Zo’n verklaring is niet bindend voor de partijen in het geschil, en evenmin voor de wetgever.

Het Hof heeft deze verdeling van taken tussen rechter en wetgever formeel nooit beoordeeld, tenminste niet in het kader van artikel 13 EVRM. Zoals we in paragraaf 6.3 zagen, oordeelt het immers stevast dat klachten over de toetsing van formele wetgeving niet onder de reikwijdte van artikel 13 vallen. Toch geeft het af en toe een belangrijk signaal. Dat deed het bijvoorbeeld in het kader van de ontvankelijkheidsjurisprudentie onder artikel 35 lid 1 EVRM. In *Burden t. Verenigd Koninkrijk* betoogde de Britse regering bijvoorbeeld dat de *declaration* formeel dan wel niet bindend was, maar dat het er om ging vast te stellen of de beschikbare remedie *materieel effectief* was. Nu de Britse wetgever *declarations* getrouw, zij het soms met enige vertraging, liet volgen door wijzigingswetgeving, moest de procedure worden beschouwd als materieel effectief, aldus de Britse regering. Het Hof ziet dat anders:

220 Vgl. Barkhuysen 1998, p. 159.

221 EHRM 25 maart 1983, no. 5947/72, *Series A-61* (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §113. Dit is vaste rechtspraak, zie o.a.: EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81, *Series A-116* (*Leander t. Zweden*), §84; EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, no. 30210/96 (*Kudla t. Polen*), §157; EHRM (Grote Kamer) 23 februari 2012, no. 27765/09 (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*), §197; EHRM (Grote Kamer) 12 september 2012, no. 10593/08 (*Nada t. Zwitserland*), §207. Zie ook reeds in de context van art. 5 lid 4 EVRM: EHRM (plenair) 24 juni 1982, no. 7906/77 (*Van Droogenbroeck t. België*), §56.

‘The Grand Chamber recalls that the Human Rights Act places no legal obligation on the executive or the legislature to amend the law following a declaration of incompatibility and that, primarily for this reason, the Court has held on a number of previous occasions that such a declaration cannot be regarded as an effective remedy within the meaning of Article 35 § 1 (...).

It has carefully examined the material provided to it by the Government concerning legislative reform in response to the making of a declaration of incompatibility, and notes with satisfaction that in all the cases where declarations of incompatibility have to date become final, steps have been taken to amend the offending legislative provision (...). However, given that there have to date been a relatively small number of such declarations (...) it would be premature to hold that the procedure under s. 4 of the Human Rights Act provides an effective remedy to individuals complaining about domestic legislation. (...)

Niettemin ziet het Hof wel enige ruimte om er in de toekomst anders over te denken:

‘[It] cannot be excluded that at some time in the future the practice of giving effect to the national courts’ declarations of incompatibility by amendment of the legislation is so certain as to indicate that s. 4 of the Human Rights Act is to be interpreted as imposing a binding obligation’ In those circumstances, except where an effective remedy necessitated the award of damages in respect of past loss or damage caused by the alleged violation of the Convention, applicants would be required first to exhaust this remedy before making an application to the Court’.²²²

Bij deze overweging van het EHRM moet in de eerste plaats benadrukt worden dat zij geuit wordt in de context van de ontvankelijkheidsjurisprudentie van het Hof. Hoewel de rechtsmiddelbegrippen in de artikelen 13 en 35 lid 1 EVRM in hoge mate vergelijkbaar zijn, zit er wel een verschil tussen. Artikel 13 richt zich immers tot de staten; artikel 35 tot potentiële klagers. Om de toegang tot het Hof niet onnodig te belemmeren, is het Hof dus wat soepeler met het aannemen dat geen sprake is van effectieve rechtsbescherming dan onder artikel 13 EVRM.²²³ Tegelijkertijd lijkt het mij niet ondenkbaar dat soms ook het omgekeerde aan de hand is: de werklast van het Hof kan aanleiding zijn om juist wat strenger voor de klager te zijn, zonder dat dit betekent dat het

222 EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, no. 13378/05, AB 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*). Deze overweging is inmiddels vaste rechtspraak geworden. Het Hof zag nog geen aanleiding om tot andere gedachten te komen. Vgl. o.m. EHRM 23 november 2010, no. 60041/08 (*Greens & M.T. t. VK*); EHRM 13 november 2012, no. 24029/07 (*M.M. t. Verenigd Koninkrijk*).

223 Vgl. o.a. EHRM 11 januari 2007, no. 1948/04 (*Salah Sheekh t. Nederland*), en EHRM 23 november 2010, no. 60041/08, AB 2011/123 m.nt. Uzman, EHRC 2011/20 nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*), waarin het Hof een verschillende maatstaf aanlegde m.b.t. de beoordeling onder artt. 35 lid 1 en 13 EVRM.

Hof noodzakelijkerwijs ook strenger voor de lidstaten is onder artikel 13 EVRM. Wat kan, dit caveat indachtig, uit *Burden* worden gedestilleerd?

In de eerste plaats dat het verdelen van taken tussen wetgever en rechter niet dogmatisch uitgesloten is in de rechtspraak van het Hof. De dialoogtheoretici kunnen in dat verband tevreden zijn: het Hof zou ruimte voor een model laten waarin de bescherming van grondrechten een gedeelde taak is tussen rechter en wetgever, ook als het de voorzichtigheid onder artikel 13 EVRM wat zou laten varen. Tegelijkertijd zullen sommige dialoogtheoretici een gevoel van ongemak houden. Uit *Burden* kan men namelijk ook afleiden dat het Hof niet goed weet wat het aan moet met het niet-bindende karakter van de verklaring onder artikel 4 HRA. Het wil best zijn zegen geven aan de remedie, maar daarvoor moet het dan wel tot een bindende verklaring worden geconstrueerd.²²⁴ De vraag is wat het Hof precies verlangt. Zolang in het Verenigd Koninkrijk het beginsel van parlementaire soevereiniteit nog overeind staat, lijkt het moeilijk voorstelbaar dat een vaste praktijk van de wetgever zich ontwikkelt tot een rehtens bindende verplichting.²²⁵ Dat wordt helemaal lastig als de tekst van de wet die binding bovendien zo expliciet afwijst. De ontwikkelingen rondom het kiesrecht voor gedetineerden laten bovendien zien dat het nog maar de vraag is of het Britse parlement zich inderdaad zo gewillig blijft opstellen.²²⁶ Het lijkt mij dan ook niet dat het Hof écht formele binding bedoelt. Het zal eerder gaan om zelfbinding, voortvloeiend uit het gezag dat de rechter heeft als het over het interpreteren van het recht gaat. Iets dat Boogaard onlangs een ‘materieel wetgevingsbevel’ noemde.²²⁷ Wat men het zó op, dan past *Burden* relatief goed in oudere rechtspraak van het EHRM over de parlementaire ombudsman.²²⁸

6.5.3.2 *Het wát-aspect: waar moet de remedie aan voldoen?*

Uit het arrest van de Grote Kamer in *Burden* komt nóg een element bovendrijven. Als de *declaration of incompatibility* in de toekomst ooit beschouwd wordt als effectieve remedie, dan kan dat alleen ten aanzien van klagers die geen schade hebben geleden:

224 Begrijpelijk is dat overigens wel. Het past bij de materiële effectiviteit die het Hof sinds lang voorstaat. Zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 16 september 1996, no. 21893/93 (*Akdivar e.a. t. Turkije*), r.o. 69.

225 Waarmee niet gezegd is dat het Verenigd Koninkrijk, juist mede als gevolg van de HRA, zich in de (nabije) toekomst ontdoet van het beginsel. Vgl. HL 13 oktober 2005 [2005] UKHL 56 (*R. [Jackson] v. Attorney General*), per Lord Hope: ‘*parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute*’.

226 Vgl. over dat ‘wedstrijdje constitutioneel armpjedrukken’, de annotatie van De Lange onder EHRC 2011/20. De praktijk stemt voorlopig overigens nog optimistisch: zie het rapport *Responding to human rights judgments* van het Britse ministerie van Justitie t.b.v. de Joint Committee on Human Rights (2011-2012).

227 Boogaard 2013, p. 250.

228 EHRM 26 maart 1987, no. 9248/81, *Series A-116 (Leander t. Zweden)*.

‘Moreover, in cases (...) where the applicant claims to have suffered loss or damage as a result of the breach of his Convention rights, a declaration of incompatibility has been held not to provide an effective remedy because it is not binding on the parties to the proceedings in which it is made and cannot form the basis of an award of monetary compensation’.²²⁹

Dat roept wel de vraag op wat voor schade dat dan zou moeten zijn. Bedoelt het Hof alleen financiële schade? Of kunnen ook diegenen die vergoeding van immateriële schade claimen direct bij het Hof terecht? Schiet het stelsel van de HRA tekort als het gaat om schendingen van artikel 1 Eerste Protocol, maar is het toereikend voor een lesbische vrouw die ten onrechte geen kind mocht adopteren? Het Hof differentieert niet tussen de beide vormen van schade, en dat suggereert dat ook de vergoeding van immateriële schade onder 's Hofs eis begrepen zou moeten worden. Daar kan tegen worden ingebracht dat het aantal gevallen waarvoor de *declaration*, tenminste in potentie, geen adequate remedie meer is, sterk zou toenemen. Ik ga hier van de ruime opvatting uit. Ik zoek hier immers niet naar de precieze grenzen van de ontvankelijkheids-jurisprudentie maar naar aanknopingspunten voor het definiëren van een adequaat stelsel van rechtsbescherming. Het lijkt mij dat in zo'n stelsel de vergoeding van immateriële schade niet kan ontbreken.

Dat een *terme de grâce* niet voorbij kan gaan aan de vergoeding van mogelijk geleden schade komt niet alleen in *Burden* aan de orde. Aanwijzingen daarvoor zijn ook te vinden in een reeks zaken over het Duitse stelsel van *Sicherungsverwahrung* (TBS). Eind 2009 verklaart het EHRM dat stelsel in strijd met de artikelen 5 en 7 EVRM.²³⁰ Het BVerfG volgt enige tijd later en verklaart de relevante wetgeving tevens in strijd met de Duitse grondwet.²³¹ Tot nietigheid besluit het BVerfG echter niet. De wettelijke regeling blijft bestaan en toepasbaar. Wel besluit het Hof tot een interim-regeling om in de tussentijd geen nieuwe schendingen te laten plaatsvinden. Niettemin richten zich diverse klagers zich tot het EHRM. Dat laat doorschemeren content te zijn met de Duitse medewerking:

‘It agrees with the Government that by its judgment, the Federal Constitutional Court implemented this Court’s findings in its above-mentioned judgments on German preventive detention in the domestic legal order. It gave clear guidelines both to the domestic criminal courts and to the legislator on the consequences to be drawn in the future from the fact that numerous provisions of the Criminal Code on preventive detention were incompatible with the Basic Law, interpreted, *inter alia*, in the light of the Convention. Its judgment thus reflects and assumes the joint

229 EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, no. 13378/05, AB 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*).

230 EHRM 17 december 2009, no. 1935/04 (*M. t. Duitsland*).

231 BVerfG 4 mei 2011, BVerfGE 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*).

responsibility of the State Parties and this Court in securing the rights set forth in the Convention'.²³²

Anders dan de Duitse regering vindt het echter niet dat de *Unvereinbarerklärung* voldoende redres is:

'The applicant in the present case complained about his preventive detention as ordered by the decision of the Regensburg Regional Court (...). Any remedies introduced subsequently, after the Court's judgment of 17 December 2009 in the *M. v. Germany* case (cited above), for review of his continued preventive detention are not, therefore, capable of affording redress to the applicant in relation to the prior period of preventive detention here at issue. In particular, it has not been shown that by exhausting these remedies, the applicant could obtain adequate compensation in relation to his preventive detention starting on 5 November 2006'.

Het Hof wijst er in *O.H.* dus op dat de *Unvereinbarerklärung* een goede remedie voor de toekomst is, maar dat de gevolgen voor het verleden daarmee niet ongedaan zijn gemaakt. Het compliment van het EHRM aan het Duitse Constitutionele Hof suggereert, denk ik, dat het Hof het niet, in algemene zin, problematisch vindt dat de kwestie uitsluitend voor de toekomst wordt opgelost, maar dan moet de reeds getroffen groep wel gecompenseerd worden.

6.5.3.3 *Het tijdsaspect*

Het feit dat het een periode kan duren voordat de wetgever in actie is gekomen, en klagers dus even moeten wachten op de remedie, lijkt voor het Hof niet principieel problematisch. Ik noemde eerder al *Walden t. Liechtenstein*.²³³ Walden klaagde over het feit dat hij in zijn thuisland van de hoogste rechter gelijk had gekregen met zijn stelling dat hij ten onrechte ongelijk was behandeld bij de berekening van het pensioen van zijn echtgenote en hemzelf, maar dat deze rechter het aan de wetgever had overgelaten om iets aan die kwestie te doen. De Liechtensteiner rechter kon verschillende dingen doen, zoals het pensioen opnieuw vaststellen of de relevante wetgeving vernietigen onder gelijktijdige suspensie van de gevolgen ervan voor een half jaar. Aangezien het ging om nogal complexe wetgeving, besloot de Liechtensteiner rechter van beide mogelijkheden af te zien. Het wetgevingsproces zou in zijn ogen lang kunnen duren en gedurende die periode zou Liechtenstein zonder pensioenwetgeving zitten. Zoals gezegd had hij de pensioenwetgeving ook conform kunnen interpreteren, maar aangezien het om een complexe kwestie ging, zag hij daarvan af. In Straatsburg ziet Walden in deze rechterlijke inactiviteit

232 EHRM 24 november 2011, no. 4646/08 (*O.H. t. Duitsland*), r.o. 68.

233 EHRM (ontv.) 16 maart 2000, no. 33916/96 (*Walden t. Liechtenstein*).

een schending van een materieel artikel (14 jo. 1 Eerste Protocol). Het EHRM is dat niet met Walden eens.

In die zaak ging het om het uitbetalen van ouderdomspensioenen. De wetgeving op dat punt discrimineerde in die zin dat getrouwde stellen niet ieder apart een pensioen kregen, maar één gezamenlijk pensioen dat was berekend naar rato van het aantal jaren dat de man premie had betaald. Het *Verfassungsgerichtshof* van Liechtenstein had het desbetreffende voorschrift in strijd verklaard met het gelijkheidsbeginsel, maar het weigerde het pensioen van het gezin Walden opnieuw te berekenen. Tegen die beslissing, het blijven toepassen van de onrechtmatige wetgeving, klaagde Walden in Straatsburg. Het EHRM ziet echter geen probleem. Het wijst er op dat het in het verleden wel vaker te maken kreeg met constitutionele hoven die de wetgever een overgangstermijn gunden. Daarvan maakt het in de regel geen probleem, nu het belang van de rechten van derden en de rechtszekerheid ook voor het EHRM zwaar wegen:

‘Moreover, it has also been accepted, in view of the principle of legal certainty that a constitutional court may set a time-limit for the legislator to enact new legislation with the effect that an unconstitutional provision remains applicable for a transitional period (...).

The Court finds that the present case does not differ substantially from the case in which a Constitutional Court annuls an unconstitutional provision and sets a time-limit for enacting new legislation. (...) Given the brevity of this period (...) the continued application of the pension provisions at issue can also be regarded as proportionate.’

Dat het EHRM er traditioneel niet zo veel problemen mee heeft dat een constitutionele rechter een termijn aan de wetgever stelt is inderdaad vaste rechtspraak.²³⁴ Niettemin lijkt het Hof op gezette tijden juist de rechter aan te spreken als het, naar zijn gevoel, te lang duurt. Twee zaken springen dan in het oog: *Vermeire t. België* en, recent, *Fabris t. Frankrijk*.²³⁵ In beide zaken laat het EHRM zijn traditionele terughoudendheid ten aanzien van de nationale machtsverdeling varen en rekent het de rechter voor dat het allemaal wel erg lang duurt, en dat de methode om het op te lossen is, de wettelijke regeling vergaand te interpreteren, desnoods met voorbijgaan aan de wet zelf. Dat

234 Zo bijv. ECRM (ontv.) 18 oktober 1995, no. 22651/93 (*J.R. t. Duitsland*); ECRM (ontv.) 26 juni 1996, no. 26560/95 (*Mika t. Oostenrijk*); EHRM (ontv.) 6 november 2003, no. 63343/00 (*Roshka t. Rusland*); EHRM 22 juli 2010, EHRC 2010/96 (*P.B. & J.S. t. Oostenrijk*). EHRM 30 november 2010, no. 23614/08 (*Urban & Urban t. Polen*). Evenmin is de wetgever verplicht tot terugwerkende kracht: ECRM 9 april 1997, no. 28177/95 (*Dublin Wells Woman Centre t. Ierland*); ECRM (ont.) 12 april 1996, no. 27721/95 (*NAP Holdings t. Verenigd Koninkrijk*).

235 EHRM 29 november 1991, no. 12849/87 (*Vermeire t. België*); EHRM (Grote Kamer) 27 februari 2013, no. 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*).

laatste zegt het Hof uiteraard niet letterlijk, maar het komt er wel op neer als hij in *Vermeire* meent dat de nationale rechter te weinig heeft gedaan.²³⁶

6.6 UITGELEIDE

Het wordt tijd de draden die wij sponnen, samen te binden.²³⁷ In het arrest *Arbeidskostenforfait* plaatst de Hoge Raad de beslissing om de oplossing van een normconflict al dan niet over te laten aan de wetgever in de sleutel van artikel 13 EVRM. Zo komt hij tot een afweging van de effectieve rechtsbescherming van het individu, met de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter. In dit hoofdstuk bezag ik hoe deze kwestie moet worden begrepen vanuit de rechtspraak van het EHRM over artikel 13 EVRM.

Misschien wel de belangrijkste conclusie in dat verband is dat het EHRM met dergelijke kwesties liever helemaal niet geconfronteerd wordt. Anders dan het Hof van Justitie, koos het in het verleden expliciet voor de traditionele rol van een internationaal hof dat zich niet uitlaat over de werking van het EVRM in de lidstaten. Inmiddels is duidelijk dat het Hof er eigenlijk niet meer onderuit kan om daar toch iets over te zeggen. Het Hof heeft in de loop der jaren immers een gedaantewisseling ondergaan. Van een traditionele volkenrechtelijke instantie is allang geen sprake meer, eerder van een *quasi* constitutioneel hof.

Die terughoudendheid van het Hof om zich te mengen in nationale verhoudingen zien we, onder meer, terug in het – op het eerste gezicht vrij technische – leerstuk, dat artikel 13 EVRM geen betrekking heeft op de toetsing van wetgeving aan het EVRM of aan de nationale grondwet. Voor een land als Nederland, dat in beginsel niet verder gaat dan de bescherming die het EHRM in het EVRM inleest – althans: waar het om bescherming door de rechter gaat – betekent dit dat artikel 13 EVRM niet zonder meer kan dienen als argument voor een robuuster rechterlijke taakopvatting. Ik heb echter betoogd dat deze jurisprudentie van het EHRM hard toe is aan revisie. Illusies maak ik mij niet. Ik voegde mij daarmee alleen maar in een inmiddels vrij uitgebreid koor van auteurs, en dat koor heeft tot dusver nog geen blijvende indruk gemaakt op het Hof. Desalniettemin lijkt het leerstuk op de wat langere termijn onhoudbaar en ik bezag daarom hoe het Hof vorm zou kunnen geven aan een doctrine van effectieve rechtsbescherming in de context van de *terme de grâce*.

Het vertrekpunt van die analyse was dat het EHRM ruimte laat voor de nationale rechter, om de oplossing van een normconflict aan de wetgever over te laten. Wel vereist effectieve rechtsbescherming in de ogen van het Hof dat een onafhankelijke en onpartijdige instantie *rechtens bindend* vastlegt dat het grondrecht geschonden is. De gedachte dat de wetgever niet alleen vrijheid

²³⁶ Vgl. *Vermeire*, r.o. 25. Zie ook *Fabris*, r.o.

²³⁷ Vrij naar Scholten (Asser/Scholten, *Algemeen Deel*, 1974, p. 129).

toekomt bij het vormgeven van de oplossing, maar dat hij ook het normconflict kan ontkennen vindt vooralsnog geen steun in de rechtspraak van het EHRM. Dat de rechter de wetgever enige tijd gunt om zich met de kwestie *auseinanderzusetzen*, is echter volstrekt geaccepteerd in de rechtspraak van het Hof. Aan die acceptatie zitten, denk ik, wel twee grenzen: een temporele en een materiële.

De materiële grens houdt in dat eventuele schade moet worden vergoed: de rechter hoeft de wettelijke regeling niet met terugwerkende kracht buiten toepassing te laten of anders te interpreteren, maar de geleden schade moet op de één of andere manier voor vergoeding in aanmerking komen. In dat verband valt op dat het EHRM ruimhartiger lijkt te zijn dan de Nederlandse rechter waar het de toekenning van vergoeding van immateriële schade betreft. Het Hof is ook aanmerkelijk genuanceerder bij het bepalen van de vraag of er sprake is van causale materiële schade wanneer de wetgever verschillende mogelijkheden heeft om het normconflict op te lossen. De vrij binaire benadering die in de Nederlandse rechtspraak wordt voorgestaan wordt door het Hof niet gevolgd. De zaak *Auerbach*, waarin het die binaire aanpak wél leek te volgen, lijkt mij in dat verband niet representatief.

De temporele grens, tot slot, is dat waar een termijn te lang duurt, het in de ogen van het Hof niet meer proportioneel is om de kwestie nog langer aan de wetgever over te laten. Het Hof stapt dan af van zijn traditionele benadering en spreekt de nationale rechter direct op de kwestie aan. Dat zal overigens niet snel gebeuren. Het lijkt meer om een *quasi* nucleaire optie te gaan voor het geval waarin de effectieve bescherming van een EVRM-recht ernstig onder druk staat.

