



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

9 | De ‘open remedy’ in het Verenigd Koninkrijk

9.1 INLEIDING

Tot dusver lag de nadruk in dit rechtsvergelijkende deel op landen (Nederland en Duitsland) die een geschreven, en rechterlijk afdwingbare, grondrechtencatalogus kennen. De rechter heeft in deze landen de bevoegdheid om formele wetgeving wegens strijd met de grondrechtencatalogus terzijde te schuiven. Die bevoegdheid is, hoewel geregeld aanleiding voor debat, relatief onomstreden. Moeilijker wordt het als de rechter, wil hij adequaat rechtsherstel verlenen, verder moet gaan dan ‘slechts’ het terzijde schuiven van het nationale recht. Onherroepelijk betreedt hij dan het terrein van de wetgever, en het is lang niet altijd duidelijk of hij op dat terrein een gewenste gast is. Dat levert een spanningsveld op. In de Nederlandse literatuur wordt over dit spanningsveld steeds vaker gedacht in termen van een dialoog tussen rechter en wetgever. Wij zagen dat reeds in hoofdstuk 3. Voor inspiratie wordt dan onder meer verwezen naar het Britse stelsel van grondrechtenbescherming onder de, nog relatief jonge, Human Rights Act 1998.¹

Het vertrekpunt van deze wet verschilt radicaal van de stelsels die tot dusver de revue passeerden. Zij kwam tot stand tegen de achtergrond van een lange traditie waarin rechterlijke toetsing van wetgeving vrijwel per definitie werd afgewezen en waarin het concept ‘mensenrechten’ als conflicterend met het vrijheidsideaal werd beschouwd. De verwezenlijking van fundamentele rechten is onder de HRA dan ook niet primair een rechterlijke taak, maar afhankelijk van de wisselwerking tussen rechter en parlement. Het rechterlijk instrumentarium weerspiegelt dat uitgangspunt. Dat roept echter de vraag op of de rechtsbescherming tegen schendingen van fundamentele rechten in het Britse stelsel wel voldoende effectief is. In hoofdstuk 6 kwam de kwestie al zijdelings aan de orde vanuit het Straatsburgse perspectief. In dit hoofdstuk wordt het Britse stelsel van grondrechtenbescherming als zodanig in ogenschouw genomen. Dat gebeurt voornamelijk vanuit het perspectief van de rechter. Diens constitutionele instrumentarium staat daarbij centraal. Welke mogelijkheden heeft de Britse rechter om schendingen van het EVRM te remediëren? Hoe effectief zijn die mogelijkheden, en hoe wordt bij het gebruik ervan rekening gehouden met de gevoelige verhouding tussen rechter en wetgever?

1 Zie bijv. De Lange 1999, p. 16-18; Van Houten 2001, p. 15, en Gerards 2008, p. 189-193.

Niet slechts de HRA, ook de grondrechtenbescherming in het kader van het recht van de Europese Unie en het ongeschreven recht, de *common law*, komt daarbij aan de orde. Het zwaartepunt ligt echter bij de HRA, die met de plicht tot EVRM-conforme uitleg van nationale regelgeving en de verklaring van onverenigbaarheid twee belangrijke en veelbesproken rechterlijke remedies heeft geïntroduceerd. Alvorens dat te doen, wordt echter een korte schets gegeven van het Britse stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. Dit stelsel is immers de achtergrond waartegen grondrechtentoetsing aan de overkant van het Kanaal vorm krijgt. In dat kader wordt summier ingegaan op de organisatie van de verschillende staatsmachten, hun verhouding en de manier waarop burgers zich doorgaans in rechte op grondrechten kunnen beroepen.

9.2 SCHETS VAN HET BRITSE STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING

Het Britse rechtstelsel wordt gekenmerkt door de afwezigheid van een basisdocument dat de verhouding tussen de staatsmachten regelt. Een belangrijk deel van het constitutionele recht wordt gevormd door ongeschreven recht en gewoonten. Zoals bekend wordt doorgaans aangenomen dat het Britse recht rust op slechts één fundamenteel principe: het beginsel van *Sovereignty of Parliament*.² Deze aanname is echter te absoluut. Even belangrijk als de soevereiniteit van het parlement als primaire rechtsvormer, is de soevereine rol van de rechtspraak als interpretator en toepasser van het recht.³ Op beide beginselen gezamenlijk, zo wordt wel gezegd, rust de *rule of law* in het Verenigd Koninkrijk.⁴ En het is juist de grillige verhouding tussen beide die het Britse staatsrecht zo kenmerkt. Alvorens op dat spanningsveld in te gaan, dient eerst te worden stilgestaan bij de *key players* die in dat veld een rol te spelen hebben: de wetgever en de rechter.

9.2.1 Parlementaire wetgeving

De beschrijving van deze twee staatsmachten in de Britse rechtsorde is in die zin problematisch dat het Verenigd Koninkrijk een verscheidenheid aan rechterlijke instanties en parlementen kent. Dit hoofdstuk heeft betrekking op het Verenigd Koninkrijk dat de landen Engeland, Wales en Schotland ('Groot-Brittannië'), en Noord-Ierland omvat. De Britse rechtsorde (waarbij met 'Brits' gemakshalve bedoeld wordt op het hele Koninkrijk) kent drie

2 Zie daaromtrent bijvoorbeeld Turpin & Tomkins 2007, p. 40-41.

3 HL 4 april 1990, [1991] 1 AC 1 (*X. v. Morgan-Grampian Publishers Ltd.*), p. 48 *per* Lord Bridge. Op het beginsel wordt hierna nader ingegaan.

4 Vgl. voor een bespreking: Allan 2001, p. 3, 13-14, en 201-241.

verschillende rechtsstelsels: Engeland en Wales gezamenlijk, Schotland en Noord-Ierland. Elk van de drie stelsels kent een eigen rechterlijke organisatie hoewel men één hoogste rechter deelt: het Supreme Court of the United Kingdom.⁵ Naast het *Westminster Parliament*, dat het koninkrijk vertegenwoordigt, kennen Schotland, Wales en Noord-Ierland tevens eigen parlementen die, in meer of mindere mate, wetgevende bevoegdheden uitoefenen.⁶ In dit boek staat het rechtssysteem van het Verenigd Koninkrijk als zodanig centraal. Dat betekent dat het uitsluitend betrekking heeft op wetgeving afkomstig van het Westminster parlement. De toetsing van die wetgeving op verenigbaarheid met fundamentele rechten is hier het voorwerp van studie.

Wetgeving van het Westminster parlement, vergelijkbaar met wetgeving in formele zin in Nederland en Duitsland, wordt doorgaans aangeduid als een *Act of Parliament*. Het verschil tussen *Acts of Parliament* en andere vormen van regelgeving is hier om twee redenen relevant. Ten eerste geldt het uitgangspunt dat alleen wetgeving van het soevereine Westminster parlement onaantastbaar is.⁷ In het verlengde daarvan maakt de Human Rights Act, die in dit hoofdstuk een voorname plaats inneemt, een onderscheid tussen *primary* en *subordinate* legislation.⁸ Het eerste begrip valt grotendeels, maar niet geheel, samen met het begrip *Act of Parliament*.⁹ Wetgeving is *subordinate* wanneer zij afkomstig is van het bestuur, van lagere overheden of van de parlementen van Schotland, Noord-Ierland en Wales.¹⁰

De vraag rijst wanneer sprake is van een soevereine *Act of Parliament*. Bij afwezigheid van een geschreven constitutie is de identificatie daarvan een kwestie van de *common law*, het ongeschreven gewoonterecht. Traditioneel wordt aangenomen dat een volwaardige *Act* tot stand is gekomen wanneer de beide huizen van het parlement in meerderheid met het voorstel hebben ingestemd, en zij door het staatshoofd is bekrachtigd (*'the Royal Assent'*).

5 Als rechtsopvolger van het Appellate Committee van de House of Lords. Een uitzondering geldt overigens voor Schotse strafzaken, die door de *High Court of Justiciary* in hoogste instantie behandeld worden.

6 Tot nader order is echter uitsluitend het koninkrijksparlement in Westminster soverein in de zin dat het een onbeperkte bevoegdheid tot wetgeving heeft. De andere parlementen ontleen hun bevoegdheden aan een wettelijke regeling van dát parlement. Vgl. nader Bradley & Ewing 2003, p. 34-48.

7 Zie o.m. Turpin & Tomkins 2007, p. 40-41.

8 Vgl. artikelen 3 en 4 HRA.

9 Zie artikel 21 HRA: niet alleen *Acts of Parliament*, maar ook regelgeving van de Church of England en, belangrijker, bepaalde bestuurswetgeving van regeringszijde (*'Orders in Council'*) die krachtens prerogatieven van de Kroon tot stand zijn gekomen, worden door de HRA tot *primary legislation* gerekend.

10 Zie ook hiervoor artikel 21 HRA. Wetgeving van de hierboven genoemde parlementen worden overigens verwarrenderwijs ook *'Acts of Parliament'* genoemd. Hier wordt deze aanduiding uitsluitend gebruikt voor wetgeving van het koninkrijksparlement in Westminster.

Vandaar de aanduiding *Queen in Parliament*.¹¹ Uitsluitend wetgeving die aan deze vereisten voldoet is afkomstig van de soevereine wetgever.¹² Van een *Act of Parliament* is voorts tevens sprake wanneer wetgeving tot stand is gekomen op basis van de *Parliament Acts* 1911 en 1949.¹³ In het kader van deze procedure komt wetgeving, mits aan zekere voorwaarden is voldaan, ook zonder toestemming van het Hogerhuis tot stand. Dergelijke wetgeving is echter slechts aantastbaar voor zover zij bepaalde grenzen niet overschrijdt. Zo is een wettelijke regeling die de levensduur van het Lagerhuis zonder toestemming van het Hogerhuis verlengt onverbindend en is de rechter bevoegd om die onverbindendheid vast te stellen. Een dergelijke situatie is echter hoogst uitzonderlijk. Vrijwel steeds dient de rechter van de rechtmatigheid van *Acts of Parliament* uit te gaan. Alleen in het geval van fundamentele rechten en het recht van de Europese Unie zijn op die regel uitzonderingen mogelijk. Wij zullen die uitzonderingen op een later tijdstip nog tegenkomen.

9.2.2 Rechtspraak en rechtsbescherming tegen de overheid

Aangezien de Britse rechter in de komende pagina's prominent figureert, kan een korte schets van de Britse rechtspraak en het stelsel van rechtsbescherming verhelderend zijn. Daartoe is met name aanleiding omdat dit stelsel het afgelopen decennium ingrijpende wijzigingen heeft ondergaan. Voor een uitgebreidere bespreking zij naar de verschillende handboeken verwezen.¹⁴

9.2.2.1 Het stelsel van rechtspraak

Zoals gezegd kent het Verenigd Koninkrijk drie verschillende rechtsstelsels. De verbindende factor tussen die rechtsstelsels was tot 1 oktober 2009 het Hogerhuis van het Westminster parlement (de *House of Lords*). Traditioneel was het Huis als zodanig met de hoogste rechtsprekende taak in het Koninkrijk belast. Sinds 1948 werd die taak uitgevoerd door een bijzondere commissie, de *Appellate Committee*, die voornamelijk (maar niet uitsluitend) bestond uit – voor het leven benoemde en gesalarieerde – rechters, de *Lords of Appeal in Ordinary*. Op 12 juni 2003 kondigde de Britse regering, vrij onverwachts, aan dat zij van zins was de rechtsprekende taak uit handen te nemen van de *Law Lords*, zoals de *Lords of Appeal in Ordinary* wel werden genoemd, en haar op

11 Zie daarover nader Prakke, 'Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland', in: Prakke & Kortmann 2004a, p. 852-853; Bradley & Ewing 2003, p. 63-67.

12 Vgl. HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (*R. (Jackson) v. Attorney General*). Zie tevens: A. Bradley, 'The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?', in: Jowell & Oliver 2007, p. 25-58, i.h.b. 40.

13 *Ibid.*

14 Daarvan is er aan de overzijde van het Kanaal geen gebrek. Men raadplege bijvoorbeeld: Ward & Wragg 2005; Smith, Bailey & Gunn 2007; Wade & Forsyth 2009.

te dragen aan een nieuw te vormen 'Supreme Court for the United Kingdom'. Dit hof bestaat in beginsel uit twaalf rechters en heeft per 1 oktober 2009 de jurisdictie van de *Law Lords* overgenomen.¹⁵ Juist op het terrein van rechterlijke rechtsvorming is wel de vraag opgeworpen of het nieuwe Supreme Court zich niet een 'activistischer' rol zal gaan aanmeten dan de alom gerespecteerde en bedaalde *Law Lords*.¹⁶ Zo ventileerde een van hen, Lord Neuberger, zijn zorgen daarover vrij expliciet in een interview, vlak nadat hij had aangekondigd geen deel te zullen uitmaken van de twaalf nieuwe *Supreme Court Justices*.¹⁷ Wat de precieze rol van het Supreme Court in de Britse constitutionele verhoudingen zal zijn, valt echter nog niet goed te zeggen. Vooralsnog moet men het er, gezien de personele bezetting van het hof, maar op houden dat de koers van *Appellate Committee* voorlopig nog zal prevaleren.

Heeft men het over rechterlijke rechtsvorming, dan is de rol van de hoogste rechter cruciaal. Maar het Britse stelsel omvat meer dan een hoogste rechter alleen. In het Engelse stelsel bereiken zaken het Supreme Court normaal gesproken via het *Court of Appeal*, dat (hoger) beroepen behandelt in civiele en strafzaken. Civiele kwesties worden in eerste aanleg afgedaan door de *County Courts*, de *Magistrates Courts* en het *High Court of Justice*.¹⁸ De jurisdictie wordt voor wat betreft strafzaken in eerste instantie gedeeld door de *Magistrates Courts*, bemand door *Justices of the peace* – lekenrechters – en het *Crown Court*.¹⁹ Anders ligt het voor Schotland, waar strafzaken worden behandeld door *District Courts*, *Sheriff Courts* en, in hoogste instantie, het *High Court of Justiciary*.²⁰ Civiele zaken worden 'up north' in eerste instantie voor de *Sheriff Courts* en, in belangrijker gevallen voor het *Court of Session (Outer House)* gebracht. Beroep is vervolgens mogelijk bij het *Inner House* van het *Court of Session*. Tegen uitspraken van het *Inner House* staat ten slotte hoger beroep open bij het *Supreme Court*. Noord-Ierland tot slot kent een stelsel dat sterk lijkt op het Engelse. Ook hier behandelen *Magistrates Courts* de lichtere strafrechtelijke vergrijpen. Anders dan in het Engelse systeem, kan men tegen dergelijke vonnissen in beroep bij de *County Courts*. Het serieuzere strafrecht treft men aan bij het Noord-Ierse *Crown Court*. Net zoals in het Engelse stelsel

15 Zie daaromtrent de *Constitutional Reform Act* 2005.

16 Aldus bijvoorbeeld Gearty 2009. Anders echter: Pannick 2009.

17 Hoewel hij overigens als nieuwe *Master of the Rolls* wel op ad hoc basis als rechter optreedt. Zie de berichtgeving daarover in, onder meer, *The Telegraph* op 8 september 2009.

18 Doorgaans worden vermogensrechtelijke vorderingen tot een zeker bedrag (in 2009: GBP 50.000,=) door de *County Courts* behandeld en vorderingen vanaf dat bedrag door het *High Court*, dat tevens hoger beroepsrechter is met betrekking tot de uitspraken van de *Magistrates' Courts* inzake familierechtelijke kwesties. Zie voor een uitgebreider overzicht van het Britse stelsel van rechtspraak: Ward & Wragg 2005.

19 Lichtere vergrijpen worden door de *Magistrates Courts* behandeld, zwaardere door het *Crown Court*.

20 Lichtere vergrijpen worden door de *District Courts* behandeld, zwaardere door de *Sheriff Courts*. Tegen uitspraken van het *High Court of Justiciary* is overigens geen beroep mogelijk bij het *Supreme Court*.

is tegen uitspraken van dit hof op te komen bij een eigen Noord-Iers *Court of Appeal*, dat op zijn beurt hoger beroep moet dulden bij het *Supreme Court*. Het civiele stelsel is identiek aan het Engelse, zij het dat Noord-Ierland, zoals gezegd, een eigen *High Court* en een eigen *Court of Appeal* kent. Ook hier is het *Supreme Court* van het Verenigd Koninkrijk de hoogste rechterlijke instantie.²¹

De conclusie kan zijn dat het Britse stelsel bepaald niet overzichtelijk is. Van één stelsel van rechtspraak is in het Verenigd Koninkrijk dan ook geen sprake. In de opsomming mist bovendien nog een belangrijke categorie van instanties, namelijk de zogenaamde *Tribunals* die een belangrijke rol vervullen in het Britse bestuursrecht. Dergelijke *Tribunals* behoren niet tot de traditionele rechterlijke macht, evenmin vallen zij onder de verantwoordelijkheid van *Her Majesty's Courts Service*, dat het beheer voert over de rechtspraak in Engeland en Wales. Niettemin hebben de *Tribunals* zich in de loop der tijd kenmerken van rechterlijke instanties aangemeten zodat wel van een stelsel van bijzondere bestuursrechtspraak mag worden gesproken.²² Hun rol kan niet meer worden weggedacht uit het Britse systeem van rechtsbescherming tegen de overheid. Aangezien een beroep op grond- en mensenrechten veelal, zij het niet altijd, plaatsheeft in het kader van procedures tegen de overheid, schenk ik daar eerst kort wat aandacht aan.

9.2.2.2 *Public Law: rechtsbescherming tegen de overheid*

In de Britse literatuur is voor het fenomeen *Tribunal Justice* relatief weinig aandacht. De meeste bestuursrechtelijke handboeken wijden aan de *Tribunals* slechts één hoofdstuk en dat is dan doorgaans ergens achter in het boek te vinden. Dat zal iets te maken hebben met het feit dat de ontwikkeling van het publiekrecht in Engeland als zelfstandige discipline niet alleen van relatief recente datum is, maar ook dat dit zich traditioneel heeft ontwikkeld in het kader van het reguliere civiele recht. Rechtsbescherming tegen de overheid wordt van oudsher gewaarborgd door de *common law*, dat de, door overheids-optreden gedupeerde, burger een aantal remedies te bieden heeft. Bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden is het bestuur immers gebonden, zowel

21 Een punt van aandacht betreft nog het gebruik van de term '*Supreme Court*' in de Britse context. Van oudsher wordt in zowel het Engelse, als het Noord-Ierse stelsel met de term '*Supreme Court of Judicature*' gerefereerd aan de drie centrale gerechtshoven van het systeem: *High Court*, *Crown Court* en *Court of Appeal*. Deze woordkeus is sinds 2009 verwarrend, nu de *Constitutional Reform Act 2005* een nieuw *Supreme Court of the United Kingdom* in het leven heeft geroepen. Vanaf 2009 worden de drie gerechtshoven samen daarom aangeduid als '*the Senior Courts of England and Wales, and Northern Ireland respectively*'. De lezer zij er echter op bedacht dat in de literatuur van voor 2005 ten aanzien van deze '*Senior Courts*' nog gesproken wordt van een *Supreme Court*. Zie nader Ward & Wragg 2005, p. 245.

22 Zie omtrent *Tribunals* in het algemeen: Elliott 2005, p. 689-714, en Wade & Forsyth 2009, p. 770-822. Voor een beschrijving van de recente ontwikkelingen: Carnwarth 2009.

aan de algemene regels van de *common law*, als aan de grenzen die de wetgever – expliciet of impliciet – aan bestuurlijk optreden stelt. In dat kader heeft zich in de loop der tijd een stelsel van *judicial review* ontwikkeld: men stelt het bestuurlijk optreden aan de orde bij een rechterlijke instantie (veelal het *High Court*), en verzoekt om een algemene of specifieke remedie. De meest relevante *common law remedies* zullen wij hierna overigens nog tegenkomen.

Judicial review tegen een beslissing van het bestuur is in de meeste gevallen echter slechts mogelijk voor zover tegen die beslissing geen wettelijk beroepsrecht bij een andere instantie is opengesteld (*statutory appeal*). *And that's where the tribunals come into play*. Want veel van de, in de loop der jaren tot stand gekomen, wetgeving wijst een tribunaal aan als beroepsinstantie.²³ In het verleden leverde dat een lappendeken op van verschillende tribunalen die elk een geheel eigen aard (bestuurlijk, semi-rechterlijk) en een eigen jurisdictie hadden (*questions of law, questions of fact, questions of policy*). Daarop wordt hier niet nader ingegaan. Met de inwerkingtreding van de *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* (TCE 2007), is getracht een enigszins geüniformeerd stelsel van *Tribunal Justice* tot stand te brengen. Waar *statutory appeal* openstaat, kan de klager doorgaans terecht bij een *first-tier Tribunal*. Is men het met de uitkomst van dat beroep niet eens, dan kan men daartegen soms in een traditionele procedure om *judicial review* verzoeken bij het *High Court*. Doorgaans zal echter beroep bij een zogenaamd *Upper Tribunal* mogelijk zijn. Levert dat niets op, dan is hoger beroep mogelijk bij het *Court of Appeal*, zij het alleen, en dat is in de Britse context van belang, wanneer het om rechtsvragen gaat ('*questions of law*'). Zoals gezegd staat tegen beslissingen van het *Court of Appeal* vervolgens weer hoger beroep open bij het *Supreme Court*.²⁴

Appeal en *judicial review* moeten in beginsel scherp van elkaar worden onderscheiden.²⁵ Niet alleen is de bevoegdheid van de tribunalen ruimer in de zin dat zij zich doorgaans niet tot zuivere rechtsvragen hoeven te beperken, de aard van toetsing verschilt ook in de zin dat in *judicial review* van oudsher slechts getoetst wordt of het bestuur binnen de reikwijdte van haar bevoegdheden is gebleven, dan wel dat haar optreden *ultra vires* is.²⁶ De ratio achter dat verschil is historisch te verklaren. *Judicial review* is een product van rechterlijke rechtsvorming, van *common law*. De legitimatie van het instituut is traditioneel door de meeste, hoewel niet door alle, auteurs gezocht in het alom aanwezige beginsel van parlementaire soevereiniteit: wanneer het bestuur de wettelijke bevoegdheden overschrijdt, dan handelt het in strijd met de wil van het parlement. Het is dan aan de rechter om de positie van het parlement mede

23 Dat is overigens niet steeds het geval: in sommige gevallen wijst de wettelijke regeling op beroep ('*appeal*') bij een minister. Daartegen is dan weer *judicial review* bij het *High Court* mogelijk. Zie bijvoorbeeld artikel 78 lid 1 van de *Town and Country Planning Act 1990*.

24 Zie hierover ook: Van Roosmalen 2007, p. 162-172.

25 Van Roosmalen 2007, p. 164.

26 *Ibid.* Zie tevens Wade & Forsyth 2009, p. 28-30.

te bewaken.²⁷ Ook in de rechtspraak wordt dat standpunt doorgaans ingenomen.²⁸ Het gevolg van deze zienswijze is enerzijds dat de toetsing van beschikkingen in *judicial review* veelal een zeer procedureel karakter draagt, en anderzijds dat die toetsing doorgaans marginaal kan zijn.

Het onderscheid verdient echter relativering. Een belangrijke factor is in dat verband de groeiende mensenrechtenbescherming en de invoering van de, hierna nog uitgebreid te bespreken, *Human Rights Act* 1998. De toetsing van bestuurlijk handelen in het kader van de bescherming van mensenrechten wijkt namelijk wezenlijk af van de zojuist geschetste traditionele benadering. De toetsing heeft dan vaak wèl een uitgesproken inhoudelijk karakter en is lang niet altijd als marginaal te bestempelen.²⁹ In het kader van toetsing over de band van de HRA, die in dit hoofdstuk per slot van rekening centraal staat, is het verschil tussen *appeal* en *judicial review* dus slechts gradueel van aard. Daarmee is echter niet gezegd dat de band tussen bestuursrechtelijke toetsing en de wil van het parlement (*'legislative intent'*) in het grondrechtendiscours niet meer bestaat. Op de rol van parlementaire intenties in de toetsing aan mensenrechtenverdragen wordt hierna, onder de behandeling van de verdragsconforme interpretatie, nog uitgebreider ingegaan.

9.2.3 Bescherming van fundamentele rechten in het Verenigd Koninkrijk

Dit hoofdstuk heeft betrekking op de manier waarop de Britse rechter rechtsbescherming verleent tegen wetgeving die inbreuk maakt op fundamentele rechten. Daarbij wordt voornamelijk het instrumentarium dat de *Human Rights Act* 1998 de rechter te bieden heeft, en de daarmee gepaard gaande impact op de constitutionele verhoudingen in het Verenigd Koninkrijk, in ogenschouw genomen. Een eenzijdige focus op de HRA zou echter relatief snel de indruk wekken dat grondrechtenbescherming buiten de HRA aan de overzijde van het Kanaal non-existent is. Dat is zeker niet het geval. De totstandkoming van de HRA dient te worden gezien in het licht van de groeiende rol van grondrechten en de rechterlijke bescherming daarvan in het Britse constitutionele systeem. Dat is te meer van belang omdat het instrumentarium dat de HRA de rechter te bieden heeft, deze een aanzienlijke discretionaire vrijheid laat. De invulling die de rechter aan de hem opgedragen taak geeft is nog altijd sterk in ontwikkeling. De HRA is tenslotte, op de schaal van de Britse constitutionele

27 Aldus de *Ultra-Vires* doctrine, zie voor een beschrijving: Elliott 2001, p. 3 en 23-36; Elliott 2005, p. 11-14; Wade & Forsyth 2009, p. 30-35. De doctrine is niet onomstreden: sommige auteurs, zoals Paul Craig, zoeken de grondslag voor *judicial review* rechtstreeks in de *common law* (Craig 1998; Laws 1995), anderen bewandelen een middenweg: zie Allan 2002 en Allan 2003.

28 Vgl. HL 2 april 1998 [1999] 2 AC 143 (*Boddington v. British Transport Police*), per Lords Steyn (p. 171) en Browne-Wilkinson (p. 164).

29 Elliott 2001, p. 202-204.

geschiedenis, nog een piepjong document. Het staat nog altijd te bezien of de HRA in de handen van de Britse rechter uitgroeit tot een koevoet die hem toegang verschaft tot een volwaardige toetsingsbevoegdheid, dan wel dat hij, ondanks de HRA, een relatief bescheiden rol houdt in het proces van rechtsvorming en toetsing van wetgeving. Gedeeltelijk is het antwoord op die vraag aan de Britse rechter zelf, en voor het formuleren daarvan zoekt hij steun in de beginselen van parlementaire soevereiniteit en de *common law*. Wat hier volgt is een korte uiteenzetting van die beginselen in het licht van de toetsing van wetgeving. Vervolgens wordt kort de voorgeschiedenis van de HRA besproken. Hoe gaf de rechter vorm aan de grondrechtenbescherming voor 2000, het jaar dat de HRA in werking trad? Welke rol speelden respectievelijk de *common law* en de mensenrechtenverdragen? En in welk klimaat kwam de HRA tot stand? De antwoorden op deze vragen vormen de achtergrond waartegen we hierna de uitleg van de constitutionele remedies die de HRA de rechter aanreikt zullen bezien.

9.2.3.1 De doctrine van parlementaire soevereiniteit

Het parlement wordt in het Verenigd Koninkrijk traditioneel gezien als de beschermer bij uitstek van burgerlijke vrijheid. Vrijheidsbeperkende maatregelen zijn, als het om het parlement gaat, in wezen *contradictiones in terminis*. Traditiegetrouw betekent vrijheid dat het individu vrij is om te doen en te laten wat niet volgens de wet of de *common law* verboden is. Zo beschouwd zijn waarborgen tegen parlementaire wetgeving contraproductief. Wat het parlement doet, is dan wel gedaan. De doctrine van parlementaire soevereiniteit wordt daarom vaak aangeduid als de hoeksteen van het Britse rechtstelsel.³⁰ Alternatieve termen die wel voor het begrip worden gebezigd, zijn de suprematie van het parlement, respectievelijk *legislative supremacy* en *legislative sovereignty*. Ongetwijfeld zal de ene of de andere term geschikter zijn. Een verhandeling over de vraag welk label het best kan worden gebezigd gaat het bestek van dit boek echter te buiten en de termen worden hier willekeurig gebruikt.

Het mag op voorhand reeds duidelijk zijn dat de doctrine van parlementaire soevereiniteit, door Dicey ooit welbespraakt omschreven als de bevoegdheid van het parlement '*to make or unmake any law whatever*' belangrijke gevolgen heeft voor de positie van de rechter die toetsing van een *Act* van het Westminster parlement overweegt. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de oorsprong van de doctrine en haar gevolgen voor de rechterlijke toetsingsbevoegdheid en de status van wetgeving die beoogt deze ogenschijnlijke almacht van het parlement te beknotten.

30 Vgl. Turpin & Tomkins 2007, p. 40-41. Zie voorts o.m. Goldsworthy 1999, p. 1; A.W. Bradley, 'The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?', in: Jowell & Oliver 2007, p. 25-58, op 28-29.

Oorsprong van het beginsel

Het beginsel dat een daad van wetgeving van het Westminster parlement als de hoogste rechtsbron in het Verenigd Koninkrijk moet worden beschouwd heeft een lange geschiedenis in het Britse staatsrecht. Als zodanig is dit het resultaat van een langdurig gevecht – dialoog zou men tegenwoordig vermoedelijk zeggen – tussen de drie staatsmachten, eindigend met de burgeroorlogen die Engeland teisterden in de veertiger jaren van de zeventiende eeuw en de daarop volgende ‘*Glorious Revolution*’ van 1688-1689.³¹ Die revolutie, die de katholieke – en met absolutistische trekjes behepte – koning James II tot aftreden dwong ten gunste van een constitutionele monarchie met de Nederlandse stadhouder Willem III en zijn vrouw Mary Stuart op de troon, vestigde eerst feitelijk, en na verloop van tijd ook juridisch, het primaat van de *King in Parliament*. In juridische termen betekende dat voornamelijk dat de wet absolute voorrang verkreeg boven de prerogatieve bevoegdheid van de Kroon.³² Zoals Sir William Wade een halve eeuw geleden bekleemtoonde was die vestiging van parlementaire suprematie boven alles een politiek en geen juridisch feit.³³ Dat het beginsel van parlementaire soevereiniteit tegenwoordig in de vorm van een rechtsregel wordt geserveerd komt dan ook vooral omdat de rechtspraak wetgeving van het parlement *as a matter of common law* is gaan beschouwen, de ultieme rechtsbron in het Verenigd Koninkrijk. Een en ander illustreert dat de revolutie er niet slechts een van legers is geweest, maar ook van een definitieve loyaliteitswissel van de rechtspraak, van de monarch naar het parlement. De regel dat een *Act of Parliament* niet buiten toepassing kan worden gelaten, en dat elk ander recht, inclusief de *common law* zelf, daarvoor moet wijken, is dan ook een regel van rechtersrecht. Op deze constatering zal hierna nog worden teruggekomen, want zij is van belang voor de vraag of de *common law* wijzigingen of uitzonderingen op het beginsel toelaat. Voordat daaraan kan worden toegekomen, eerst de vraag wat de inhoud van de doctrine dan precies is. We zullen beginnen met de orthodoxe leer, die nog steeds de heersende lijkt, en de critici vervolgens bespreken.

Dicey's orthodoxe leer en haar implicaties

De meest geciteerde definitie van het beginsel van parlementaire soevereiniteit werd in de negentiende eeuw geformuleerd door A.V. Dicey, in zijn werk *The Law of the Constitution*. Zij is nog altijd gezaghebbend, vormt het vertrekpunt van vrijwel elke studie, en luidt als volgt:

‘The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is

31 Vgl. Zoethout 1995, p. 85-103, en Koopmans 2003, p. 16-17.

32 Dicey 1885, p. 3-4.

33 Wade 1955, p. 187-189.

recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament'.³⁴

Zoals Dicey zelf ook al onderstreept, valt deze definitie uiteen in twee dimensies: een positieve en een negatieve.³⁵ Het positieve aspect refereert aan de bevoegdheid van regering en parlement om rechtsgeldig wetgeving tot stand te brengen en te wijzigen op elk denkbaar terrein en met elke denkbare inhoud. Het negatieve aspect houdt in dat rechtsvorming bij *Act of Parliament* immuun is voor toetsing door rechter of bestuur.

Beide aspecten roepen vragen op. De belangrijkste is ongetwijfeld of er grenzen zijn aan de parlementaire soevereiniteit. De definitie van Dicey suggereert zo op het eerste gezicht van niet, maar die claim levert een probleem op. Als het parlement soeverein is in de zin dat het bevoegd is om ten aanzien van elk denkbaar terrein, elke denkbare norm uit te vaardigen, is het dan ook bevoegd om zichzelf en toekomstige parlementen te binden aan bepaalde (hogere) normen? Met andere woorden: is het bevoegd om de parlementaire suprematie af te schaffen? Uit de klassieke leer van Dicey lijkt voort te vloeien van niet. Latere wetgeving prevaleert immers boven eerdere regelgeving.³⁶ En voor Dicey bestonden hogere normen in wezen niet: 'fundamental or so-called constitutional laws are under our constitution changed by the same body and in the same manner as other laws, namely by Parliament acting in its ordinary legislative capacity'.³⁷ Wade voegt daaraan toe dat de soevereiniteitsregel van oorsprong geen juridische maar een politieke constructie is. Een regel is zij pas geworden doordat de rechtspraak haar in de loop der tijd als zodanig is gaan opvatten. Het gevolg van die vaststelling is dat de soevereiniteitsregel niet door een juridische norm is vastgesteld en daarom ook niet door een juridische norm te wijzigen is.³⁸ Het is in de orthodoxe visie van Dicey en Wade dan ook onmogelijk voor het parlement om de soevereiniteitsregel op een rechtmatige wijze te veranderen.³⁹ Daarom wordt doorgaans wel gezegd dat de regel dat het parlement zijn opvolgers niet kan binden zowel een voorbeeld, als een beperking is van het beginsel van parlementaire suprematie.⁴⁰

34 Dicey 1885, p. 3-4.

35 *Ibid.*, p. 24-25.

36 Hier wordt ook wel gesproken van de doctrine van 'implied repeal': de latere wet wordt geacht de eerdere wet, al dan niet gedeeltelijk, te vervangen. Zie in dit verband: CA 25 januari 1934 [1934] 1 KB 590 (*Ellen Street Estates v. Minister of Health*), p. 597.

37 Dicey 1885, p. 37.

38 Wade 1955, p. 187-188.

39 Wijziging van de soevereiniteitsregel zou volgens Wade wel geleidelijk kunnen plaatsvinden, bijvoorbeeld wanneer het parlement een reeks feitelijke gebeurtenissen in gang zet die ertoe leidt dat rechters en het bestuur in de loop der tijd een nieuwe regel erkennen. Zie Wade 1989, p. 37, en tevens Hart 1994, die de conceptuele basis voor deze theorie levert.

40 Vgl. Bradley & Ewing 2003, p. 60. Zie tevens Wade 1955.

Alternatieve benaderingen van de doctrine

De orthodoxe leer is door verschillende auteurs genuanceerd. Zo merken Bradley en Ewing op dat ook het soevereine parlement een entiteit van mensen is die de constitutionele spelregels kunnen wijzigen.⁴¹ Vrij vertaald: zelfs een onveranderbare constitutie is te wijzigen wanneer daarvoor maar de vereiste politieke wil aanwezig is. Dat moge zo zijn, de vraag is uiteraard of een dergelijke massieve politieke wil op enig moment te realiseren is. De gedachte van Wade dat een wijziging van de soevereiniteitsregel een kwestie is van een geleidelijke gedragsverandering van de rechtspraak en de politieke en bestuurlijke organen lijkt dan nog het waarschijnlijkst.⁴² Andere theoretici, doorgaans samengevat onder de noemer '*the new view*' of de '*manner and form theory*' betogen dat het parlement zichzelf weliswaar niet inhoudelijk, maar wel procedureel kan binden.⁴³ Zo zou de wetgever kunnen bepalen dat latere wetgeving uitsluitend rechtmatig van zijn wet kan afwijken door middel van het gebruik van een bepaalde procedure of een bijzondere meerderheid. In zijn algemeenheid heeft deze leer nooit kunnen overtuigen, maar effect op de rechtspraak heeft zij zeker gehad.⁴⁴ Dat effect is met name merkbaar in de relatief recente uitspraak van het House of Lords in *Jackson v. Attorney General*.⁴⁵ De lords namen unaniem aan dat een wettelijke regeling rechtsgeldig was die de spelregels van de parlementaire procedure zodanig wijzigde dat ook een wet zonder medewerking van het Hogerhuis tot stand kon worden gebracht. Dat betekent dat het parlement de normen kan wijzigen die bepalen welke entiteit precies met de soevereine wetgevingsbevoegdheid begiftigd is.⁴⁶ In een *obiter dictum* tekende Lord Steyn bovendien zijn steun aan de *manner and form* theorie op:

'Parliament acting as ordinarily constituted may functionally redistribute legislative power in different ways. For example, Parliament could for specific purposes provide for a two-thirds majority in the House of Commons and the House of Lords. This would involve a redefinition of Parliament for a specific purpose. Such redefinition could not be disregarded'.⁴⁷

Het debat omtrent de juistheid van het *manner and form* argument heeft zich begrijpelijkerwijs steeds gericht op de vraag of het parlement een *Bill of Rights*

41 Bradley & Ewing 2003, p. 60.

42 Wade 1989, p. 37.

43 Vgl. Jennings 1959, p. 152; Heuston 1964, hst. 1, Winterton 1976, en Craig 1991. Zie voor een heldere bespreking tevens: Zoethout 1995, p. 133-137.

44 Vgl. Turpin & Tomkins 2007, p. 58, die de theorie afwijzen met een verwijzing naar CA 25 januari 1934 [1934] 1 KB 590 (*Ellen Street Estates v. Minister of Health*).

45 HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (R. [*Jackson*] v. *Attorney General*).

46 Zie ook Eleftheriadis 2009.

47 HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (R. [*Jackson*] v. *Attorney General*), per Lord Steyn. Zie echter ook de opinie van Lord Hope die juist de orthodoxe lijn benadrukt.

kan introduceren waarvan de rechten niet, of met een verzwaarde procedure, kunnen worden herroepen. Zoals wij nog zullen zien is deze kwestie de afgelopen jaren actueel geweest in het kader van discussies over de wenselijkheid van een eigen Britse grondrechtencatalogus om de grondrechtenbescherming in het Verenigd Koninkrijk te verbeteren. Deze zou weinig bescherming bieden tegen latere formele wetgeving wanneer het parlement haar niet op de één of andere manier kan vrijwaren tegen de gevolgen van latere wetgeving. Maar procedurele eisen om deze gevolgen te minimaliseren kunnen subtieler zijn dan een gekwalificeerde meerderheid of het organiseren van een referendum.⁴⁸ Een wettelijke regeling kan ook stellen dat toekomstige wetgevers uitsluitend in expliciete en onomwonden bewoordingen kunnen afwijken van een eerdere regeling. Daarmee wordt in elk geval bevorderd dat latere parlementen de wettelijke regeling niet onbedoeld doorkruisen en dat, wanneer zij dat wel doen, zij daarvoor zoveel mogelijk politieke verantwoording afleggen.⁴⁹ Deze constructie is door de rechtspraak wel gebruikt om de voorrang van het Europees Unierecht veilig te stellen. Weliswaar had het communautaire recht krachtens de European Communities Act 1972 gelding in de Britse rechtsorde. De ECA 1972 stond krachtens de klassieke constitutionele theorie bloot aan impliciete wijziging door latere wetgeving. Zoals wij nog zullen zien bij de bespreking van de doorwerking van internationaal recht hanteerde de Britse rechter weliswaar een presumptie dat de wetgever geacht wordt het volkenrecht niet te willen schenden maar die gold uitsluitend wanneer de wettelijke bepaling vaag of meerduidig was.⁵⁰ In *Macarthys v. Smith* gooide Lord Denning het roer echter om: ook wanneer de bepaling niet ambigu was diende het Unierecht voorrang te krijgen tenzij de wetgever uitdrukkelijk zou vermelden dat zulks niet de bedoeling was.⁵¹ Met deze redenering, die door het *House of Lords* werd bevestigd in de *Factortame*-zaak, is de suprematie van het Britse parlement in elk geval tijdelijk 'uitgeleend' aan Brussel.⁵² Zoals wij nog zullen zien ligt een soortgelijke lijn inmiddels ook aan artikel 3 van de HRA 1998 ten grondslag. Hoewel de rechtspraak niet geheel eenduidig is, lijkt zij de traditionele praktijk, dat de kennelijke intentie van het parlement doorslaggevend is voor de vraag of de nieuwe wettelijke regeling de oudere

48 Vgl. omtrent deze subtielere benadering: Allan 1983, p. 22-33.

49 Zie o.m. HL 8 juli 1999 [2000] 2 AC 115 (*R. v. Home Secretary, ex parte Simms*), per Lord Hoffmann.

50 Allan 1983, p. 23.

51 CA 25 juli 1979 [1979] 1 WLR 1189 (*Macarthys v. Smith*), per Lord Denning MR.

52 HL 11 oktober 1990 [1991] 1 AC 603 (*Ex parte Factortame – 2*), per Lord Bridge. Zie tevens Wade 1996, die in de *Factortame*-uitspraak een revolutionaire afdracht van soevereiniteit ziet. Zijn nogal boude stelling is goed te verklaren wanneer men bedenkt dat Wade, zoals wij eerder zagen, parlementaire soevereiniteit beziet in politieke en niet in juridische termen. De uitspraak van Lord Bridge in *Factortame* is volgens Wade erkenning van het feit dat de politieke realiteit nu eenmaal is dat niet Londen maar Brussel het op bepaalde terreinen voor het zeggen heeft. Zie voor een kritische bespreking van Wade's analyse: Allan 1997, p. 445. Zie tevens Laws 1995, p. 89.

regeling bewust doorkruist, te hebben verlaten en lijkt zij daaraan hogere eisen te stellen.⁵³ Daarmee lijkt de *manner and form* theorie althans een bescheiden bijdrage te hebben geleverd aan het effenen van een pad voor de HRA 1998.

Bij de vraag naar de grenzen van de parlementaire soevereiniteit gaat het niet enkel om beperking door de wetgever zelf. De afgelopen decennia is er in groeiende mate aandacht en steun voor een reeds lang bestaande theorie die zich baseert op de *common law*. Aanhangers van deze theorie menen dat het Britse constitutionele recht, inclusief de doctrine van parlementaire soevereiniteit, stevig verankerd is in de *common law*. Zoals wij al zagen valt daarvoor ook wel iets te zeggen. Sir William Wade benadrukte in 1955 die belangrijke rol van rechters en de *common law* bij het handhaven van de doctrine van de parlementaire suprematie.⁵⁴ *Common law radicalists* gaan echter verder dan Wade. Voor hem was parlementaire soevereiniteit een politiek feit dat door de *common law* was erkend en in een juridisch jasje was gestoken. Voor *common law radicalists* betekent het feit dat de soevereine bevoegdheid van het parlement een product is van de *common law*, dat die bevoegdheid ook door de beginselen van de *common law* gereguleerd wordt.⁵⁵ Deze stroming heeft een belangrijke rol gespeeld bij de omslag in het denken over fundamentele rechten in het Verenigd Koninkrijk en verdient nu dan ook enige bespreking.

9.2.3.2 'Common law principles' als bron van grondrechten

Zoals al eerder werd opgemerkt is de stelling dat de doctrine van parlementaire suprematie de grondslag voor het Britse staatsrecht vormt te absoluut. Het Britse recht bestaat immers niet uit wetgeving alleen. Een belangrijk deel van het recht is ongeschreven en wordt afgeleid uit de aloude principes van de *common law*. Hoewel de rechtspraak zich traditioneel altijd op het standpunt heeft gesteld dat haar geen rechtsvormende taak toekwam bij de uitleg van de *common law* – het ging immers om het toepassen van reeds bestaande gewoonten – is haar rol in het proces van rechtsvorming onmiskenbaar van belang geweest.⁵⁶ Tegenwoordig wordt deze rol door het gros van de literatuur en de rechtspraak ook volmondig erkend.⁵⁷ Niet langer gelooft de Britse juristerij, om een veelgebruikt citaat van Lord Reid aan te halen, in het sprookje dat de Britse rechter bij zijn benoeming het wachtwoord van *Alladin's Cave* toegestuurd krijgt, waar de *common law* ligt te rusten.⁵⁸ Kavanagh wijst er op dat juist de *common law* de rechter de bevoegdheid gunt het recht te ontwik-

53 HL 8 juli 1999 [2000] 2 AC 115 (*R. v. Home Secretary, ex parte Simms*), per Lord Hoffmann.

54 Wade 1955.

55 Aldus bijvoorbeeld Sir Stephen Sedley (Sedley 1995), Sir John Laws (Laws 1995) en T.R.S. Allan (o.m. Allan 1997, p. 448-449).

56 Zoethout 1995, p. 93-94.

57 Zie bijvoorbeeld Reid 1972, p. 22; Lester 1993, p. 269-290; Irvine 1999, p. 352; Kavanagh 2004, p. 263-265.

58 Reid 1972, p. 22.

kelen.⁵⁹ De rechter ontleent deze bevoegdheid aan de plicht om recht te doen aan het individuele geval.⁶⁰ Zo goed als het parlement soeverein is in het formuleren van algemene regels, zo is de rechtspraak soeverein in het uitleggen van die regels en het toepassen ervan op het individuele geval.⁶¹ Hoewel de *common law* toepassing mist op terreinen waar zich parlementaire wetgeving manifesteert, is zij van een moeilijk te overschatten belang voor de context waarin rechterlijke interpretatie van wetgeving vorm krijgt. Het Britse rechtstelsel is een stelsel dat, hoewel innovatief, traditioneel van aard is. De *common law*, als het geheel van tradities, personificeert deze aard. Haar belang wordt onder meer geïllustreerd door de presumptie dat wetgeving niet bedoeld is om verandering in de *common law* te brengen.⁶² Zo bezien lijkt de *common law* een vergelijkbaar fundamentele status te hebben in het Britse recht als de doctrine van parlementaire suprematie. Nu dringt zich de vraag op of zich uit de beginselen van de *common law* regels laten afleiden die van hogere orde kunnen zijn dan het beginsel van parlementaire soevereiniteit.

De gedachte dat de *common law* fundamentele rechtsstatelijke beginselen omvat die van hogere orde zijn in de zin dat zij het gehele rechtsvormings- en toepassingsproces beheersen, is bepaald niet nieuw. Door exponenten van het moderne *common law radicalism* wordt dan ook graag verwezen naar Chief Justice Sir Edward Coke (1552-1634).⁶³ Die overwoog in de berucht geworden zaak van *Dr. Bonham* als volgt:

'And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void (...)'.⁶⁴

Deze uitspraak heeft vooral in de Verenigde Staten veel invloed gehad. In de Britse context is zij echter van betrekkelijk weinig belang geweest. Wanneer *Bonham's Case* werd aangehaald was dat meestal om te laten zien dat deze het geldende recht niet (langer) weergaf.⁶⁵ Wat er ook voor 1688 was voorgevallen, na die tijd was en bleef *Parliament* voor een groot deel van de Britse juristerij onaantastbaar, ook voor de *common law*.⁶⁶ Het tij begon vanaf de

59 Kavanagh 2004, p. 266; Kavanagh 2009, p. 29-32.

60 Kavanagh 2009, p. 33. Kavanagh 2004, p. 266-267, 268-269.

61 HL 4 april 1990, [1991] 1 AC 1 (*X. v. Morgan-Grampian Publishers Ltd.*), p. 48 per Lord Bridge.

62 Zie o.m. Zander 1994, p. 162.

63 Zo bijvoorbeeld Allan 2001, p. 204-207. Vgl. de dissertatie van Zoethout voor een beknopte bespreking van leven en werk van Coke CJ (Zoethout 1995, p. 89-100).

64 Court of Common Pleas, [1610] 8 Co. Rep. 114a (*Bonham's Case*).

65 Zie bijv. HL 30 januari 1974 [1974] AC 765 (*British Railways Board v. Pickin*), per Lord Reid, p. 782.

66 Zie daarover nader Zoethout 1995, p. 98-100.

zeventiger jaren echter te keren. Vlak na de Tweede Wereldoorlog was het Verenigd Koninkrijk één van de oprichters van het EVRM. In die periode, de vijftiger jaren van de vorige eeuw, regeerde nog de veronderstelling dat vrijheid een ondeelbaar concept was dat het best werd gewaarborgd, niet door een verzameling opgeschreven en afgebakende rechten en vrijheden, maar door weldenkende bestuurders en ambtenaren die verantwoording schuldig waren aan de volksvertegenwoordiging.⁶⁷ Uitgangspunt was een negatief vrijheidsconcept: het individu kwam alle vrijheid toe die hem niet door de wet of de *common law* werd ontzegd. In de loop van de twintigste eeuw kwam deze houding onder druk te staan. Daaraan was grotendeels de wijzigende rol van het parlement debet. Traditionele parlementaire waarborgen tegen disproportioneel bestuurlijk optreden bleken te ineffectief en de volksinvloed op het parlementaire proces te grofmazig om vrijheidsbeperkende maatregelen tegen te houden.⁶⁸ Daarbij kwam dat het Verenigd Koninkrijk na de zaken *Golder* en *Sunday Times* in de zeventiger jaren een exponentieel groeiend aantal schendingen van het EVRM tegen zich hoorde uitspreken in Straatsburg.⁶⁹ Een derde ontwikkeling, de opkomst van de verzorgingsstaat en de daarmee gepaard gaande erkenning dat de burger aanspraken kon doen gelden op sociaal terrein, effende de weg voor een cultuur van rechten en van een nieuw zelfbewustzijn.⁷⁰ Nu Engeland geen grondrechtencatalogus kende en, zoals wij nog zullen zien, het EVRM zelf geen directe werking had in het Britse recht, groeide de roep om een grotere inzet van de *common law*, een roep die vooral gehoord werd in de kringen van de rechterlijke macht.⁷¹

Dat leidde tot twee interessante ontwikkelingen. De dreiging van de rechtspraak om een nieuwe robuuste versie van de *common law* te 'herontdekken' vormde een drukmiddel voor de politieke staatsinstellingen om over te gaan tot het formuleren van een grondrechtencatalogus (*A Bill of Rights for Britain*) of op zijn minst tot incorporatie van het EVRM.⁷² Daarnaast begonnen zich in de rechtspraak beginselen uit te kristalliseren die in zekere zin een beperking inhielden van de wetgevende macht van het parlement. Dergelijke beginselen kwamen in wezen neer op het erkennen van fundamentele rechten

67 Vgl. Feldman 2002a, p. 70-74. Tevens: A. Lester & K. Beattie, 'Human Rights and the British Constitution', in Jowell & Oliver 2007, p. 59-83, i.h.b. 61.

68 Ewing & Gearty 1990, p. 7.

69 EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 26 april 1979, no. 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

70 Feldman 2002a, p. 71-72.

71 Feldman 2002a, p. 77. Van belang was voorts de toetreding begin jaren zeventig tot de EG, die als gevolg van de rechtspraak van het Hof van Justitie op dat moment reeds gekenmerkt werd door het feit dat de lidstaten in beperkte mate soevereiniteit hadden overgedragen. Met het vaststellen van de ECA accepteerde het parlement daarmee dat het, tot nader order, haar soevereine rol in de praktijk kwijt was.

72 Op de trend die uiteindelijk leidde tot de incorporatie van het EVRM, en op de factoren die daarbij een belangrijke rol speelden, wordt hierna nader ingegaan.

op bijvoorbeeld leven, eigendom en een eerlijk proces.⁷³ Het pad waarlangs de grondrechtenbescherming in het kader van de *common law* geëffectueerd werd, was dat van interpretatie. De *common law* 'dwong' de rechter tot het aannemen van de presumptie dat de wetgever het fundamentele *common law* beginsel niet had willen schenden.⁷⁴ Met name in het bestuursrecht, waar de wetgever er regelmatig toe neigt om rechterlijke toetsing van bestuursbeslissingen uit te sluiten (de zogenaamde *ouster clauses*)⁷⁵ bood toepassing van de *common law* presumptie dat het parlement niet treedt in de rechtsbeschermende rol van de rechtspraak uitkomst.⁷⁶

Hoewel de *common law presumptions* een zekere mate van rechtsbescherming te bieden hebben, is het de vraag of zij ook tegen een inbreukmakende wetgever van waarde kunnen zijn. Hun ontwikkeling vond immers plaats in de context van wetsuitleg. Hun waarde gold in eerste instantie gevallen waarin de wettekst dubbelzinnig of vaag was, of waarin deze de rechter een discretionaire ruimte liet.⁷⁷ Toch is het daar niet bij gebleven. In een reeks zaken gingen rechters beduidend verder en hanteerden zij de presumpties ook wanneer de wettekst niets aan duidelijkheid te wensen overliet.⁷⁸ Tenzij expliciet uit de wettekst zou blijken dat het parlement het *common law* beginsel zou wensen te negeren, prevaleert dan de presumptie boven de bedoeling van de wetgever. Een pregnant voorbeeld van deze vergaande redenering biedt de uitspraak van het House of Lords in *Anisminic*.⁷⁹ In deze zaak was een *ouster clause* aan de orde: de wetgever gaf aan de *Foreign Compensation Commission* de bevoegdheid om te beslissen op een bepaalde categorie claims en bepaalde dat de beslissingen van de commissie '*shall not be called in question in any court of law*'.⁸⁰ De Lords meenden echter dat het parlement de bevoegdheid van de rechter om te toetsen of het bestuursorgaan binnen de reikwijdte van haar bevoegdheden is gebleven niet zou hebben willen ontkennen. Door vervolgens ook de voorliggende beslissing te kwalificeren als een beslissing die de bevoegdheid van het orgaan te buiten ging, negeerde de rechter *de facto* de wettelijke bepaling die hem een toetsende rol ontzegde.⁸¹ Volgens T.R.S. Allan

73 Vgl. Allan 1991, p. 456-460, en Elliott 2001, p. 212-215.

74 Zie bijvoorbeeld HL 1 mei 1974 [1974] 1 WLR 683 (*Waddington v. Miah*), per Stephenson LJ; HL 4 maart 1982 [1983] 1 AC 1 (*Raymond v. Honey*), per Lord Bridge; QBD 21 december 1983 [1984] 2 WLR 725 (*R. v. Home Secretary, Ex parte Anderson*); QBD 8 oktober 1996 [1996] 93 (42) LSG 28 (*R. v. Hammersmith and Fulham LBC, Ex parte M.*); QBD 7 maart 1997 [1998] 2 WLR 849 (*R. v. Lord Chancellor, ex parte Witham*). Zie voor een vroege toepassing van dit principe: KBD 29 januari 1920 [1920] 1 KB 829 (*Chester v. Bateson*).

75 Zie omtrent *ouster clauses* nader: Wade & Forsyth 2009, p. 610-621.

76 Het bekendste voorbeeld is HL 17 december 1968 [1969], 2 AC 147 (*Anisminic v. FCC*).

77 Feldman 2002a, p. 60-61.

78 *Ibid.*, p. 61. Zie voor een uitvoerige bespreking: Allan 1985, p. 111-143.

79 HL 17 december 1968 [1969], 2 AC 147 (*Anisminic v. FCC*).

80 Artikel 4 Foreign Compensation Act 1950.

81 Zie voor een relatief uitvoerige bespreking van de zaak: Wade & Forsyth 2009, p. 614-616.

wijst alles er op dat des wetgevers bedoeling hier evident heeft moeten wijken voor 'the constitutional demands of the rule of law'.⁸²

Anisminic laat zien dat de rechter in het Verenigd Koninkrijk, hoewel niet expliciet, bereid is heel ver te gaan in de bescherming van fundamentele rechten, zo nodig ten koste van het volgen van formele wetgeving. Veel explicieter dan hij in de Foreign Compensation Act was, kan de wetgever niet worden. Uit deze rechtspraak is door sommige auteurs wel geconcludeerd dat de *common law* zodanig fundamenteel is dat zij zo nodig voorrang op het beginsel van parlementaire suprematie voor zich opeist.⁸³ Sinds *Anisminic* zijn er verschillende rechters geweest die, zowel binnen als buiten de rechtszaal, hebben gehint op een mogelijk zelfs expliciet overrulen van parlementaire wetgeving.⁸⁴ Laws LJ verklaarde in dat verband dat het Britse stelsel op een kruispunt stond tussen '*parliamentary supremacy and constitutional supremacy*'.⁸⁵

Benadrukt moet echter worden dat allerminst buiten twijfel is dat de zojuist geciteerde rechters de heersende leer weergeven. Een recente *leading case* omtrent rechterlijke toetsing en de doctrine van parlementaire soevereiniteit, *Jackson v. Attorney General*, maakte vooral die onduidelijkheid zichtbaar.⁸⁶ Hoewel enkele lords de doctrine relativeerden en de mogelijkheid nadrukkelijk open hielden dat de rechter in de toekomst wetgeving in strijd met fundamentele constitutionele uitgangspunten zou verklaren, achtten anderen een dergelijke gang van zaken vooralsnog ondenkbaar onder de regel dat het parlement soeverein is. De meerderheid vond het bovendien niet nodig of opportuun om op de kwestie in te gaan omdat zij *obiter dictum* was. Dat de *common law* de afgelopen decennia nadrukkelijker door een aantal rechters in stelling is gebracht om het gebrek aan een geschreven en rechterlijk afdwingbare grondrechtencatalogus te verhelpen, wil daarom nog niet zeggen dat daaraan in de Britse context geen behoefte meer is. Nog los van de vraag of de *common law* zodanig fundamentele beginselen erkent dat zij de doctrine van parlementaire soevereiniteit expliciet opzij kunnen schuiven, kleven er aanzienlijke nadelen aan rechtsbescherming van fundamentele rechten door de *common law*. Eén belangrijk nadeel zagen wij reeds, namelijk dat de *presumptions* voornamelijk opereren in het kader van wetsuitleg en soms beperkt blijven tot het invullen van vage termen of discretionaire ruimte. Omdat de *common law presumptions* eerder ongedefinieerde begrippen zijn dan subjectieve rechten,

82 Allan 1985, p. 127.

83 Cooke 1988; Allan 1991, en Allan 2001, p. 207-216; Sedley 1995; Laws 1995; Woolf 2005, p. 69.

84 Zie bijvoorbeeld de opmerkingen van Lord Steyn in *Judicial Review* 2004, p. 107, die meent dat er uitzonderingen mogelijk zijn op het beginsel van parlementaire suprematie. Zie ook zijn opinie in HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (R. [*Jackson*] v. *Attorney General*). Anders echter (in dezelfde zaak): *per* Lord Bingham, die benadrukt dat de wetgever op grond van de doctrine van parlementaire soevereiniteit elke wet kan maken die hij wenst.

85 CA 22 februari 2002 [2002] 3 WLR 344 (R. [*Roth GmbH*] v. *Home Secretary*), *per* Laws LJ.

86 HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (R. [*Jackson*] v. *Attorney General*).

is de rechterlijke toetsing bovendien vaak marginaal.⁸⁷ Een derde nadeel is dat niet voor elk grondrecht een *common law principle* voorhanden is. De grondrechtenbescherming van de *common law* voor invoering van de HRA 1998 vertoonde op punten nog gaten. Deze gaten hadden natuurlijk door rechterlijke rechtsvorming kunnen worden gevuld, maar – en dat is een vierde nadeel – een dergelijk 'out of the blue' scheppen van fundamentele rechten zou de legitimatie van de rechterlijke functie op het spel zetten en de rechterlijke macht hard kunnen doen botsen met de politieke staatsinstellingen.⁸⁸ Dergelijke rechtsvorming zou dan ook slechts op een zeer bescheiden schaal ondernomen zijn, en zou zich beperken tot alleen die rechten die voor het functioneren van de democratische rechtsstaat strikt noodzakelijk zouden zijn.⁸⁹ Het vijfde nadeel is daarom – tot slot – dat niet alle gaten in het stelsel van rechtsbescherming zouden zijn gedicht.

Samengevat lijkt de *common law* vanaf de late zeventiger jaren te hebben voorzien in een beperkte bescherming van fundamentele rechten. Deze bescherming ging op punten zeer ver en vormde een serieuze bedreiging voor de doctrine van parlementaire soevereiniteit. Zij vormde tevens een krachtig argument van de rechtspraak om de politieke staatsinstellingen aan te zetten tot incorporatie van het EVRM of het adopteren van een nieuwe grondrechten-catalogus voor het Verenigd Koninkrijk. Zelfs rechters die terughoudend stonden tegenover een vergaande rol van *common law fundamental principles* riepen op tot incorporatie van de Conventie.⁹⁰ Waarom dat in de negentiger jaren van de twintigste eeuw nog niet was gebeurd, en hoe dat uiteindelijk wel gebeurde, komt nu aan de orde.

9.2.3.3 De mensenrechtenverdragen

Hiervoor zagen wij dat de *common law* een zekere bescherming biedt tegen inbreuken op fundamentele rechten. Zoals gezegd was de ontwikkeling daarvan een gevolg van de groeiende behoefte aan grondrechtenbescherming vanaf de zeventiger jaren enerzijds en het ontbreken van een nationale grondrechten-catalogus anderzijds. Dit gebrek aan een grondrechtencatalogus stond in schril contrast met de toenemende populariteit van de mensenrechtenverdragen in de naoorlogse periode. Het Verenigd Koninkrijk speelde een belangrijke rol bij de totstandkoming van verschillende van deze verdragen.⁹¹ Zowel in VN-verband, als in het kader van de Raad van Europa drong de Britse regering aan op het vaststellen van mensenrechtencatalogi. In dat verband was het

87 Feldman 2002a, p. 62-63. In het kader van het bestuursrecht, ook: Elliott 2001, p. 213-215, die er op wijst dat de rechtsbescherming van de *common law* in de jaren vlak voor de HRA 1998 wel sterke trekken van grondrechtenbescherming begon aan te nemen.

88 Feldman 2002a, p. 63.

89 *Ibid.*

90 Vgl. bijv. Bingham 1993 (2000), p. 390-400.

91 Vgl. Blackburn 2001, p. 936-943; Feldman 2002a, p. 37, 45 en 72-74.

Verenigd Koninkrijk bovendien één van de eerste landen die het EVRM in 1951 ratificeerden. Inmiddels is men – naast het EVRM – gebonden aan een reeks mensenrechtenverdragen waaronder het IVBPR, het IVESCR, het Vluchtelingenverdrag, het Anti-Folterverdrag, het Vrouwenverdrag en de ILO-verdragen.⁹² De vraag rijst welke rol deze verdragen, met name het EVRM, hebben gespeeld bij het voorzien in de behoefte aan grondrechtenbescherming.

Doorwerking van de mensenrechtenverdragen

Zoals gezegd waren de Britten buitengewoon snel met het ratificeren van, met name, het EVRM. Deze snelheid hield verband met het feit dat de regering in het Verenigd Koninkrijk geen parlementaire toestemming nodig heeft om een gesloten verdrag te ratificeren.⁹³ Zowel het ondertekenen als het ratificeren van het verdrag wordt beschouwd als een prerogatief van de Kroon. Daar staat tegenover dat verdragsrecht als zodanig volgens vaste rechtspraak geen wijziging kan brengen in de rechten en plichten van individuen.⁹⁴ Het Britse recht neemt dan ook een overwegend dualistische houding in ten aanzien van het geschreven internationale recht en vereist transformatie of incorporatie door middel van een *Act of Parliament*.⁹⁵ Daarbij kan het zowel gaan om de uitvaardiging van parallelle materiële normen, als om wetgeving die rechtskracht toekent aan verdragsbepalingen die volledigheidshalve doorgaans woordelijk in een bijlage (een ‘*schedule*’) worden opgenomen. In beide gevallen is de interpretatie van de transformatiewet een nationaalrechtelijke aangelegenheid. Dat betekent dat de wettekst, of het nu gaat om een identieke of een parallelle bepaling, uitgelegd moet worden conform haar ‘*natural meaning*’.⁹⁶ In de lijn van de traditionele Britse benadering van wetsinterpretatie is dus de tekst van de bepaling van doorslaggevend belang. De verdragstekst, het doel en de geschiedenis van de verdragsbepaling kunnen slechts onder voorwaarden als hulpmiddel bij die uitleg worden ingezet. Deze voorwaarden houden in dat de wettekst voor meerdere uitleg vatbaar is, en dat voldoende objectief vaststaat dat de wettekst de bedoeling heeft uitvoering te geven aan het verdrag.⁹⁷

Het is wel de vraag hoe strikt deze tekst, en dan met name de eerste voorwaarde, tegenwoordig nog moet worden opgevat. Recentere rechtspraak lijkt

⁹² Zie voor een overzicht: Blackburn 2001, p. 941-943.

⁹³ Brownlie 2008, p. 45.

⁹⁴ Zie o.m.: HC (PDAdiv.) 15 maart 1879 (1879) LR 4 PD 129 (*The Parlement Belge*), per Sir Robert Phillimore; PC 28 januari 1937 [1937] AC 326 (*A-G for Canada v. A-G for Ontario*), per Lord Atkin; HL 26 oktober 1989 [1990] 2 AC 418 (*Rayner v. Dept. of Trade and Industry*); Recenter: QBD 17 december 2002 [2002] EWHC 2777 (*Campaign for Nuclear Disarmament*); HL 8 december 2005 [2005] UKHL 71 (*A. v. Home Secretary*), per Lord Bingham, r.o. 27.

⁹⁵ Vgl. Dixon 2007, p. 97; Brownlie 2008, p. 41-45.

⁹⁶ HL 9 december 1930 [1931] AC 126 (*Ellerman Lines v. Murray*), per Lord Tomlin, p. 147.

⁹⁷ CA 26 oktober 1966 [1967] 2 QB 116 (*Salomon v. Customs*), per Diplock LJ, p. 143-144. Zie ook Brownlie 2008, p. 46, die meent dat deze tekst nog altijd het geldende recht weergeeft maar met name op de eerste voorwaarde kritiek levert. Anders echter: Dixon 2007, p. 103.

de eis dat de wettekst voor meerdere uitleg vatbaar moet zijn niet meer te stellen als de transformatiewet in de titel of de tekst verwijst naar het verdrag (waarmee aan de tweede eis wordt voldaan).⁹⁸ Daarmee lijkt de Britse rechter zich het groeiende belang van het internationale rechtsorde voor het nationale recht aan te trekken. Een soortgelijke ontwikkeling, zij het op een bescheidener schaal, ziet men ten aanzien van de incorporatie-eis zelf. Relatief recent betoogde Lord Steyn in *Re McKerr*, onder verwijzing naar de bijzondere positie van fundamentele rechten in het internationale recht, dat de ratio van het dualisme niet zou opgaan voor de mensenrechtenverdragen.⁹⁹ Het doel van de transformatie- of incorporatie-eis is immers dat het de regering verhindert om zonder parlementaire goedkeuring inbreuken te maken op de rechten van burgers. Nu de mensenrechtenverdragen deze burgers slechts rechten garanderen zou zich dat probleem niet voordoen. Deze stellingname van Lord Steyn behoeft enige nuance. Mensenrechtenverdragen leggen doorgaans inderdaad geen plichten op aan het individu, maar dat betekent niet dat zij in concrete gevallen geen nadelen voor individuen met zich kunnen brengen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer twee conflicterende grondrechten op een casus van toepassing zijn. Binding aan het verdrag kan tot gevolg hebben dat de afweging die nationale staatsinstellingen op zuiver nationale gronden maken, een andere invulling dient te krijgen. In die zin kan het nog steeds zinvol zijn om het laatste woord over de effectuering van het verdrag in de nationale rechtsorde over te laten aan het parlement. Of deze lijn in de toekomst zal worden gevolgd staat dan ook nog te bezien. Een en ander hangt mede af van de noodzaak tot een dergelijke koerswijziging. Wanneer de fundamentele rechten ook zonder een dergelijk afwijken van de hoofdregel mogelijk zijn, lijkt dat voor de onmiddellijke toekomst geen realistisch perspectief voor de Britse rechtspraak.

Als gevolg van de doctrine van *implied repeal* heeft latere wetgeving voorrang op transformatie-wetgeving. Het verdragsrecht is, ook wanneer het is getransformeerd, niet van hogere orde dan nationale wetgeving in formele zin.¹⁰⁰ *Implied repeal* houdt in dat de incorporerende of transformerende wettelijke regeling niet expliciet door een latere wet hoeft te worden ingetrokken, maar dat intrekking ook geacht wordt te hebben plaatsgevonden als de latere wet materieel afwijkt van het verdragsrecht. Wel geldt de algemene presumptie dat het parlement niet de bedoeling heeft wetgeving vast te stellen die een schending van internationale verplichtingen zou opleveren.¹⁰¹ Zoals wij hierna nog zullen zien is het deze presumptie die de Britse rechter jarenlang heeft

98 Zie bijv.: HL 22 april 1982 [1983] 2 AC 751 (*Garland v. British Rail Engineering*), en CA 5 mei 1983 [1983] 3 All ER 693 (*Goldman v. Thai Airways*).

99 HL 11 maart 2004 [2004] UKHL 12 (*Re McKerr*), per Lord Steyn, r.o. 52.

100 *Ibid.*

101 Vgl. bijv. CA 26 oktober 1966 [1967] 2 QB 116 (*Salomon v. Customs*), per Lord Denning, p. 141, per Diplock LJ, p. 143; CA 7 november 1968 [1969] 1 QB 616 (*Corocraft v. Pan American Airways*).

getracht in te zetten teneinde de afwezigheid van het EVRM in de eigen rechtsorde te compenseren. Deze presumptie geldt echter niet onbeperkt. Zoals Lord Hoffmann in *R. v. Lyons* opmerkte, is interpretatie van een wettelijke regeling conform verdragsrecht wenselijk maar niet in alle gevallen mogelijk.¹⁰² Als de wettekst duidelijk en niet ambigu is, dan heeft de rechter de wetgever te volgen: '*Parliament legislates for national law and this normally takes priority*'.¹⁰³ Toch heeft de Britse rechter geworsteld om de gevolgen van dit algemene constitutionele uitgangspunt voor de doorwerking van het EVRM te verzachten. Deze worsteling illustreert treffend de enorme verandering die de HRA 1998 teweeg heeft gebracht voor de constitutionele positie van de Britse rechter en zijn mogelijkheden om, door middel van wetsuitleg, rechtsbescherming te verlenen. Maar de worsteling heeft daarnaast blijvende littekens achtergelaten die ook nu nog van invloed zijn op de manier waarop de rechter de HRA (en dan specifiek artikel 3) toepast. Daarom volgt nu een bespreking van de manier waarop in de Britse rechtsorde aan het EVRM toepassing is gegeven voor de inwerkingtreding van de HRA 1998.

Het EVRM voor de Human Rights Act 1998

Zoals gezegd was het Verenigd Koninkrijk aanvankelijk een enthousiast pleitbezorger van de totstandkoming van het EVRM. Aan dat enthousiasme lagen twee veronderstellingen ten grondslag. Ten eerste dat de mensenrechtenverdragen een handig vehikel vormden in het buitenlands beleid.¹⁰⁴ En ten tweede dat implementatiewetgeving volstrekt onnodig was. Het was ondenkbaar dat uitgerekend de Britse rechtsorde, de bakermat van de vrijheid, het verdrag zou schenden.¹⁰⁵ Niettemin was de regering aanmerkelijk minder gecharmeerd van voorstellen om handhavingsmechanismen te realiseren. Met name het individuele klachtrecht bij de nieuwe Commissie en het nieuwe Hof voor de Rechten van de Mens accepteerde zij niet.¹⁰⁶ Het Verenigd Koninkrijk erkende de jurisdictie van beide organen pas in 1966. Deze beslissing, die overigens niet ter goedkeuring aan het parlement werd voorgelegd, was van kardinaal belang voor de ontwikkeling van het Britse recht. Daarmee werd parlementaire wetgeving voor het eerst in de Engelse geschiedenis immers aan expliciete rechterlijke toetsing onderworpen. In 1966 leidde de Conventie echter nog een sluimerend bestaan. Niemand in Westminster voorzag op dat moment welke rol het Straatsburgse hof, dat op dat moment slechts twee uitspraken had gedaan, nog zou gaan spelen. Toch zou het dat wel gaan doen. De uitspraken van het Hof waren weliswaar niet direct afdwingbaar in de

102 HL 14 november 2002 [2002] UKHL 44 (*R. v. Lyons* [Isidore Jack]), per Lord Hoffmann, r.o. 27-28. Zie tevens HL 2 maart 1961 [1962] AC 1 (*Collico Dealings v. Inland Revenue*).

103 Dixon 2007, p. 104.

104 Blackburn 2001, p. 938.

105 *Ibid.*

106 Lester & Beattie 2007, p. 63.

Engelse rechtsorde, zij bonden wel de Britse staat en zijn organen, waaronder de rechtspraak. En juist op die rechtspraak maakten zij grote indruk.¹⁰⁷

Tot halverwege de zeventiger jaren was de Conventie in de Britse rechtspraak van relatief weinig betekenis. In 1974 refereerden de lords, in *Waddington v. Miah* voor het eerst aan het EVRM.¹⁰⁸ Niet lang daarna, in 1975, sprak het EHRM – in *Golder* – voor het eerst een schending uit tegen het Verenigd Koninkrijk.¹⁰⁹ Vanaf dat moment begonnen Britse rechters de Conventie voorzichtig aan te effectueren. Gelet op het beginsel van parlementaire soevereiniteit kon dat uitsluitend door het verdrag te gebruiken als hulpmiddel bij de uitleg van, op het eerste gezicht met het verdrag strijdige, wetgeving. Daartoe diende steeds vaker de hiervoor beschreven presumptie dat het parlement de bedoeling heeft wetgeving conform haar internationale verplichtingen vorm te geven.¹¹⁰ Vanaf de tachtiger jaren was het dan ook gebruikelijk de Conventie een rol te laten spelen bij de interpretatie van wetgeving.¹¹¹ Het had wat meer voeten in de aarde om de rechtspraak zover te krijgen het EVRM ook te gebruiken bij de ontwikkeling van de *common law*.¹¹² In een *leading case* eind zeventiger jaren, *Malone v. Metropolitan Police Commissioner*, achtte de Chancery Division van het High Court zich niet in staat om regels van *common law* te 'ontdekken' die het tappen van telefoons zouden reguleren, daar waar de wetgever – bewust – niet was overgegaan tot het stellen van regels.¹¹³ Deze zaak is overigens ook daarom van belang omdat een Britse rechter voor het eerst duidelijk maakte dat het Britse recht in strijd was met de Europese Conventie zonder dat hij daaraan iets kon doen.

De tegenzin van de Britse rechter om de *common law* te gebruiken om het EVRM via een achterdeur de nationale rechtsorde binnen te loodsen verbrokkelde echter langzaam maar zeker tijdens het bewind van Margaret Thatcher. Daarbij speelde een rol dat men inmiddels was toegetreden tot de Europese Gemeenschappen en de Conventie over de band van het Unierecht een rol begon de spelen in het nationale recht (waarover later meer). In 1992 meende het Court of Appeal in *Derbyshire v. Times Newspapers* dat de *common law* een

107 Lester & Beattie 2007, p. 65.

108 HL 1 mei 1974 [1974] 1 WLR 683 (*Waddington v. Miah*), per Stephenson LJ, p. 689-690. Zie tevens Blackburn 2001, p. 946-947, die een verband legt met de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Europese Gemeenschappen een jaar eerder.

109 EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70 (*Golder v. United Kingdom*).

110 Zie bijv. CA 11 juli 1975 [1976] QB 606 (*R. v. Home Secretary, ex parte Phansopkar*), per Scarman J.

111 Zie voor de bekendste voorbeelden: CA 11 juli 1975 [1976] QB 606 (*R. v. Home Secretary, ex parte Phansopkar*); HL 13 oktober 1988 [1990] 1 AC 109 (*Spycatcher*); HL 7 februari 1991 [1991] 1 AC 696 (*R. v. Home Secretary, ex parte Brind*). Zie voor een uitputtend overzicht van de rechtspraak in deze periode: Hunt 1997.

112 Blackburn 2001, p. 951-952.

113 ChD 28 februari 1979 [1979] Ch 344 (*Malone v. Metropolitan Police Commissioner*), per Megarry VC, p. 379. Zie echter: HL 12 juni 1980 [1981] AC 303 (*Attorney General v. BBC*), per Lord Fraser, p. 352.

lacune bevatte die door artikel 10 EVRM kon worden ingevuld.¹¹⁴ In hoger beroep bleef onduidelijk of deze redenering door de lords werd gebillijkt. In de *leading opinion* maakte Lord Keith of Kinkel duidelijk dat hij tot eenzelfde conclusie als het Court of Appeal was gekomen op basis van de *common law*.¹¹⁵ Deze bevatte dus geen lacune en bood, aldus Keith, een betere bescherming dan het EVRM. Deze redenering is vaker gebruikt en vormt, aldus Elliott, één van de drie dominante stromingen in de rechtspraak en de literatuur over de bescherming van fundamentele rechten bij afwezigheid van directe werking van het EVRM.¹¹⁶ Deze stroming houdt in dat incorporatie van het EVRM onnodig zou zijn omdat de *common law* en het bestaande wettelijk stelsel samen een verdergaande bescherming zouden bieden dan de Conventie.¹¹⁷ Een tweede stroming ging ervan uit dat de *common law* beïnvloed wordt door de Conventie in de zin dat de rechtspraak aandacht geeft aan het EVRM zoals zij dat ook doet aan uitspraken van rechters uit andere jurisdicties.¹¹⁸ De derde stroming gaat beduidend verder en betoogt dat de Britse rechter als staatsinstelling gebonden is aan het EVRM en daarmee aan de interpretatieve verplichting de Conventie zoveel mogelijk te bevorderen.¹¹⁹ Het verschil tussen de twee laatste stromingen is dat in het eerste geval sprake moet zijn van vage of in elk geval meerduidige normen, terwijl dat in het laatste geval niet nodig is. Geen van de hiervoor beschreven modellen is door de Britse rechtspraak consistent gevolgd. Duidelijk is echter dat met name het derde model, de interpretatieve verplichting, voor de inwerkingtreding van de HRA 1998, geen geldend recht was. Verder dan de toepassing als hulpmiddel bij *common law* 'that is not firmly settled' heeft de Britse rechter met het EVRM niet willen gaan. De beginselen van parlementaire suprematie en de dualistische doorwerking van internationaal recht stonden daaraan in de weg.¹²⁰

De grenzen van rechterlijke interpretatie als middel om de effectieve doorwerking van het EVRM te verzekeren, worden treffend belicht door de koers van de *Law Lords* in de zaak *Brind*.¹²¹ Hier was de vraag aan de orde of een wettelijke bepaling die het bestuur een discretionaire bevoegdheid toekent, EVRM-conform moet worden uitgelegd. De lords reageerden afwijzend op een dergelijke stelling. Met een dergelijke stap zou de rechter de Conventie middels een achterdeur de Britse rechtsorde binnenloodsen, en dat zou de grenzen van de rechterlijke taak te buiten gaan.¹²² Met deze uitspraak deed

114 CA 19 februari 1992 [1992] QB 770 (*Derbyshire v. Times Newspapers*).

115 HL 18 februari 1993 [1993] AC 534 (*Derbyshire v. Times Newspapers*), per Lord Keith, p. 551.

116 Elliott 2001, p. 204-206.

117 Zie ook QBD 9 september 1994 [1995] 4 All ER 400 (*R. v. Home Secretary, ex parte McQuillan*), per Sedley J, p. 423. Tevens: Browne-Wilkinson 1992, p. 408.

118 Aldus bijv. Laws 1993, p. 74.

119 Hunt 1997, hst. 1.

120 Elliott 2001, p. 206-207; Blackburn 951-954, en Lester & Beattie 2007, p. 65.

121 HL 7 februari 1991 [1991] 1 AC 696 (*R. v. Home Secretary, ex parte Brind*).

122 Per Lord Donaldson, p. 718.

de rechtspraak, voorlopig definitief, de deur dicht voor wat betreft een rechterlijke incorporatie van het EVRM. Dat kan men zien als gemiste kans,¹²³ maar tegelijkertijd duidde de uitspraak op een serieuze lacune in het Britse stelsel van rechtsbescherming, namelijk daar waar het bescherming tegen parlementaire wetgeving betrof. Het bestaan van deze lacune overtuigde belangrijke delen van de rechtspraak ervan dat er op korte termijn iets moest gebeuren en dat leidde tot wat subtiele buitengerechtelijke druk van de rechtspraak op de politieke staatsinstellingen om op zijn minst tot incorporatie van het EVRM over te gaan.

De invoering van de Human Rights Act 1998

Aan het begin van de negentiger jaren staat het Britse rechtssysteem op een kruispunt. Na zaken als *Brind* is het duidelijk dat de Britse rechter de grenzen van zijn taak heeft bereikt waar het de bescherming van fundamentele rechten betreft. Tegelijkertijd is duidelijk dat het traditionele politieke stelsel niet in staat is om adequate bescherming tegen een vastbesloten regering te bieden. Er ontstaat behoefte aan de erkenning en rechterlijke handhaving van fundamentele rechten.

De invoering van de *European Communities Act 1972*, waarmee het Verenigd Koninkrijk toetreedt tot de EG, is daarbij een factor van belang. Daarmee worden de Britten namelijk gebonden aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. En dat heeft al in de zestiger jaren bepaald dat de EG een eigenstandige rechtsorde is die op eigen kracht direct – en met voorrang – doorwerkt in de rechtsorde van de lidstaten.¹²⁴ De toetreding tot de EG betekent voor de Engelsman dan ook een beperkt afscheid van het dualisme. Maar ook de parlementaire suprematie komt door het Unierecht stevig onder druk te staan. Eind tachtiger en begin negentiger jaren maakt de Britse juristerij kennis met de verwoestende kracht van het Europese recht in de Britse rechtsorde, wanneer het Court of Appeal en het Hof van Justitie in *Macarthy v. Smith* in gesprek raken over de voorrang van het Unierecht.¹²⁵ Eenzelfde gesprek over de vraag hoever de doctrine van parlementaire soevereiniteit opzij geschoven moet worden, voert het Hof vervolgens met het House of Lords in *Factortame*.¹²⁶ Het gevolg van deze rechterlijke dialogen is dat de doctrine van parlementaire soevereiniteit haar superieure glans begint te verliezen. Daarbij komt dat het Hof van Justitie, zoals wij in een eerder hoofdstuk zagen, een eigen grondrechtenjurisprudentie is gaan ontwikkelen langs de lijnen van het

123 Vgl. Blackburn 2001, p. 955.

124 HvJEG 5 februari 1963, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*), en HvJEG 15 juli 1964, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*).

125 CA 25 juli 1979 [1979] 1 WLR 1189 (*Macarthy v. Smith I*); HvJEG 27 maart 1980, ECR 1275 (*Macarthy v. Smith*); CA 17 april 1980 [1981] QB 180 (*Macarthy v. Smith II*).

126 Vgl. o.m. HL 18 mei 1989 [1990] 2 AC 85 (*R. v. Secretary for Transport, ex p. Factortame – 1*); HvJEG 19 juni 1990. C-213/89, *Factortame*, *Jur.* 1990, p. I-2433; HL 11 oktober 1990 [1991] 1 AC 603 (*R. v. Secretary for Transport, ex parte Factortame – 2*).

EVRM.¹²⁷ Dat zorgt ervoor dat het EVRM de Britse rechtsorde toch langs een achterdeur betreedt, zij het officieel op slechts een beperkt terrein. Dat zorgt voor een dichotomie tussen zaken waarin EG-recht aan de orde is, en zaken waarin dat niet het geval is.¹²⁸ Deze situatie versterkt de roep om incorporatie van de Conventie.

Die roep wordt in politieke kringen gehoord. Men moet haar wel horen. Verschillende rechters overwegen buiten de rechtszaal publiekelijk een duidelijker inzet van de *common law* als er niet snel iets gebeurt.¹²⁹ Traditioneel staan de beide grote partijen, *Labour* en *Tory*, afwijzend tegenover incorporatie, al wordt reeds sinds enige tijd vruchteloos gedebatteerd over een *Bill of Rights* naar Canadees of Nieuw Zeelands model. In seizoen 1993-1994 doen zich twee relevante ontwikkelingen voor. In dat jaar adopteert *Labour* grondrechtenbescherming als thema in de verkiezingsstrijd.¹³⁰ In het Hogerhuis wordt door Lord Lester bovendien een wetsvoorstel ingediend dat beoogt de Conventie te incorporeren op eenzelfde manier als waarop het EG-recht in de ECA 1972 is geïncorporeerd.¹³¹ Het wetsvoorstel voorziet daarmee in de bevoegdheid van de rechter om wetgeving in strijd met het EVRM buiten toepassing te laten.¹³² Dit voorstel haalt het niet, maar wordt gevolgd door een nieuw wetsvoorstel in 1996 dat in een zwakker model voorziet.¹³³ Dit voorstel bevat de hoofdlijnen van wat later de HRA 1998 zal worden. Datzelfde jaar wordt door *Labour* een paper geïntroduceerd, getiteld, '*Bringing Rights Home*'.¹³⁴ Op 1 mei 2007 wint *Labour* met Tony Blair de verkiezingen. Een half jaar later publiceert het nieuwe kabinet een *white paper*, getiteld '*Rights Brought Home*' met daarin de tekst voor een wetsvoorstel. Op 9 november 1998 verkrijgt het voorstel kracht van wet, op 2 oktober 2000 treedt de wet definitief in werking.¹³⁵

9.3 CONSTITUTIONELE REMEDIES ONDER DE HUMAN RIGHTS ACT 1998

De Human Rights Act 1998 kan, in politieke termen, met enig recht worden aangeduid als een wet van het midden. In haar tienjarig bestaan is de wet bij verschillende gelegenheden verguisd door academici, politici en advocaten.

127 Vgl. HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Jur. 1970, p. 1125; HvJEG 14 mei 1974, Zaak 4/73, *Nold*, Jur. 1974, p. 491; HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Johnston t. Chief Constable*, Jur. 1986, p. 1651.

128 Zie HL 27 juli 1993 [1994] 1 AC 377 (*M. v. Home Office*), waarin de lords een dergelijke ongewenste dichotomie probeerden te verhelpen.

129 Zie voor een overzicht van speeches: Blackburn 1999.

130 Zie o.m. Blackburn 2001, p. 959.

131 De *Human Rights Bill*. Zie HL Official Report (560), col. 144 (25 januari 1995).

132 Lester & Beattie 2007, p. 66-67.

133 HL Official Report (568), col. 1725-1730. Zie tevens Lester & Beattie 2007, p. 67.

134 Zie EHRLR 1997, 71 voor de tekst van het paper.

135 Zie Lester & Beattie 2007, p. 67-68.

Zowel ter linkerzijde als ter rechterzijde is nadrukkelijk de vrees geuit dat incorporatie van het EVRM een eerste stap zou zijn op weg naar de rechtersstaat. Linkse juristen wisten nog maar al te goed dat het de rechtspraak was die in de zestiger en zeventiger jaren de voet dwars zette toen overheden poogden sociale wetgeving van de grond te krijgen.¹³⁶ Rechtse politici zagen zowel de gevangenissen als de staatskas leeglopen bij elke mild gefundeerde mensenrechtenclaim.¹³⁷ In politieke termen was de HRA daarom een wet die vooral paste bij het gematigde midden. Dat de wet ook in juridisch opzicht een middenweg bewandelde hangt daarmee nauw samen. Zij tracht immers het beginsel van parlementaire suprematie te verzoenen met een zo effectief mogelijke rechterlijke mensenrechtenbescherming. Van verschillende kanten is wel betoogd dat de wet beoogt een dialoog mogelijk te maken tussen rechter en wetgever, een dialoog waarin de wetgever het laatste woord heeft.¹³⁸ Zoals we nog zullen zien staat het de rechter immers niet vrij om primaire wetgeving onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten wegens strijd met de Conventie. Daarmee zou beoogd zijn tegemoet te komen aan hen die vrezen voor rechterlijke almacht.

In deze paragraaf wordt bezien in hoeverre deze claim terecht is. In hoeverre kan men van wetgeving spreken die nadrukkelijk beoogt een dialoog tussen rechter en wetgever te bevorderen? Klopt het dat de wetgever in dat gesprek het laatste woord heeft? En welke mogelijkheden heeft de Britse rechter om rechtsherstel te verlenen in het kader van zijn taak onder de HRA? Het perspectief bij de beantwoording van die vragen zal dat van de rechterlijke taak tot effectieve rechtsbescherming tegen schendingen door de formele wetgever zijn. Welke constitutionele middelen (remedies) heeft de rechter om aan een wettelijke inbreuk een eind te maken? Alvorens aan deze vragen toe te komen wordt eerst het wettelijk stelsel van de HRA geschetst. Vervolgens wordt ingegaan op de twee belangrijkste bepalingen uit de wet: artikel 3 dat '*public authorities*' de plicht oplegt om wetgeving, indien mogelijk, conform het EVRM uit te leggen, en artikel 4, dat bepaalde rechters de bevoegdheid toekent om een verklaring van onverenigbaarheid uit te spreken. Daarbij zal ingegaan worden op de rechtsgevolgen van een dergelijke verklaring, en op de grens tussen de beide constitutionele remedies. Wat niet uitgebreid zal worden besproken, is het bijzondere wetgevingstraject dat met een verklaring ingeslagen kan worden. In dit boek staat de rol van de rechter centraal en hoewel het wetgevingsproces daarop een zekere invloed kan hebben, gaat het in dat laatste geval om een onderwerp dat buiten het bestek van dit boek ligt.

136 Vgl. o.m. Gearty 2006, p. 2-3.

137 Zie bijv. de kritische opiniebijdrage, '*Judges must bow to the will of Parliament*' van de conservatieve oppositieleider Michael Howard in *The Telegraph* van 10 augustus 2005.

138 Aldus bijv. Gardbaum 2001, en Tushnet 2008, p. 27-31.

9.3.1 Het stelsel van de HRA in vogelvlucht

De HRA wordt met enige regelmaat aangeduid als ‘*constitutional holistic*’.¹³⁹ Daarmee wordt bedoeld dat de naleving van het EVRM een kwestie is die de wet aan alle drie de staatsmachten opdraagt. Tijdens de parlementaire behandeling van de wet benadrukte de regering dat het haars inziens te vaak voorkwam dat zaken, bij gebrek aan een adequate rechtsbescherming op nationaal niveau, naar Straatsburg gingen met alle kosten en imagoschade van dien.¹⁴⁰ Het doel van de wet was dan ook duidelijk: het aantal klachten in Straatsburg moest omlaag en elke staatsinstelling die daaraan kon bijdragen moest worden ingezet. Populair uitgedrukt: het was ‘*all hands on deck*’. In dat licht moet ook een secundaire doelstelling worden gezien, namelijk dat een actieve rol van de Britse rechtspraak bij zou dragen aan een dialoog met Straatsburg en – hopelijk – een groter begrip van de Straatsburgse rechtspraak voor de Britse situatie.¹⁴¹

9.3.1.1 De methode van incorporatie

Deze doelstelling streeft de wet na door in artikel 1 een groot deel van de subjectieve rechten van het EVRM te incorporeren. Onder Conventierechten verstaat de HRA de artikelen 2 tot en met 14 van het EVRM, de artikelen 1 tot en met 3 van het Eerste Protocol, en artikel 1 van het Dertiende Protocol.¹⁴² De tekst van deze EVRM-bepalingen is opgenomen in bijlage 1 bij de wet. Artikel 1 HRA moet, zoals alle bepalingen in de wet, worden gelezen in samenhang met de definitiebepaling van artikel 21. Daaruit volgt dat de wet beoogt de authentieke verdragsbepaling te incorporeren. Hoewel de tekst in bijlage 1 woordelijk de Engelse vertaling van het EVRM volgt, is – strikt genomen – ook de Franstalige versie van het verdrag authentiek voor wat betreft de HRA.¹⁴³ Merkwaardig genoeg is artikel 13 EVRM niet geïncorporeerd. De regering verklaarde deze omissie met het argument dat de HRA nu juist bedoeld is om zelf een effectief rechtsmiddel te bieden voor beweerdelijke schendingen van Conventierechten.¹⁴⁴ Een separaat subjectief recht op een effectieve remedie werd daarom niet nodig gevonden. De regering sprak voorts de vrees uit dat

¹³⁹ Vgl. bijv. Lester & Beattie 2007, p. 68.

¹⁴⁰ Zie o.m. het *White Paper* dat de regering samen met het wetsvoorstel naar de beide Huizen van het parlement stuurde: *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Oktober 1997), Cm. 3782, §1.14.

¹⁴¹ Besson 2008, p. 41.

¹⁴² Zie artikel 1 HRA. Het Twaalfde Protocol bij het EVRM ontbreekt overigens in deze opsomming, nu het Verenigd Koninkrijk daarbij tot dusver niet partij is.

¹⁴³ Zie daarover tevens Feldman 2002a, p. 81.

¹⁴⁴ HL (Second Reading), *Hansard, HL*, 3 november 1997, col. 1308; HL (Committee Stage), *Hansard, HL*, 18 november 1997, col. 475; HC (Committee Stage), *Hansard, HC*, 20 mei 1998, col. 979.

artikel 13 EVRM mogelijk gebruikt zou kunnen worden als voertuig voor nieuwe, door de rechtspraak te ontwikkelen, remedies. Een vooruitzicht dat haar niet tot vreugde stemde.¹⁴⁵

Centraal in de wet staat de plicht voor zogenaamde '*public authorities*' om hun bevoegdheden in overeenstemming met de Conventie uit te oefenen tenzij een formele wet hen anders opdraagt. Deze plicht is vastgelegd in artikel 6 van de wet en geldt voor alle overheidsorganen ('*public authorities*') – inclusief de rechtspraak – behalve het parlement en het Lagerhuis, respectievelijk het Hogerhuis, afzonderlijk. De bepaling verklaart handelen ('*an act*') in strijd met de Conventie onrechtmatig naar Brits recht. Houdt nu een overheidshandeling een schending van een EVRM-recht in, dan maakt artikel 7 HRA het mogelijk dat slachtoffers zich voor de bevoegde rechter op dat recht beroepen. Artikel 8 regelt voorts de remedies die de rechter ten dienste staan bij het verhelpen van de schending. Het eerste lid van deze bepaling luidt als volgt:

'In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate'.

Kort gezegd staat het de Britse rechter dus vrij zijn gehele arsenaal aan rechterlijke uitspraakbevoegdheden te gebruiken. Nieuwe uitspraakbevoegdheden schept de bepaling echter niet. Ten aanzien van de mogelijkheden tot rechtsherstel – welke het ook betreft – wordt dus aangeknoopt bij het begrip '*act of a public authority*'. Zowel het handelen, als een eventueel nalaten van de wetgever is daarvan uitgesloten, nu het derde lid van artikel 6 de formele wetgever uitzondert van het begrip '*public authority*'. De wet biedt dan ook geen grondslag voor een rechtstreekse aansprakelijkheid van de staat of de wetgever wegens het uitvaardigen van wetgeving in strijd met verdragsverplichtingen onder het EVRM. Evenmin maakt de HRA het mogelijk een overheidsorgaan aan te spreken voor de correcte uitvoering van formele wetgeving die als zodanig in strijd is met het EVRM. Zolang de uitvoerende instantie geen discretionaire ruimte toekomt bij de toepassing van de wet, en de schending die van zijn uitvoeringshandeling het gevolg is dus rechtstreeks te herleiden is tot de wettelijke regeling, dient de uitvoeringshandeling – aldus sub b van artikel 6 lid 2 – niet als onrechtmatig te worden aangemerkt. Daarmee vervalt de grond voor het toekennen van elke vorm van rechtsherstel.

Hoewel artikel 8 HRA de rechter quasi opdraagt zijn gehele, reeds bestaande, gereedschapskist aan uitspraakbevoegdheden gereed te houden, kent de bepaling een afwijkende regeling ten aanzien van schadevergoeding. Deze kan namelijk uitsluitend in het kader van een civiele procedure worden toegekend en slechts dan wanneer dat noodzakelijk is voor het verlenen van '*just*

145 Vgl. Feldman 2002a, p. 82-83, die meent dat hier sprake is van tegenstrijdige argumentatie.

satisfaction'.¹⁴⁶ Bij de inschatting of daarvan sprake is, dient de rechter in kwestie nadrukkelijk rekening te houden met het rechtsherstel dat reeds op andere wijze (bijvoorbeeld door rechtspraak van andere rechters) heeft plaatsgevonden. Het vierde lid van artikel 8 HRA bepaalt bovendien dat bij de vraag of, en zo ja hoeveel, schadevergoeding moet worden toegekend, acht moet worden geslagen op de rechtspraak van het EHRM onder artikel 41 EVRM. Volgens vaste rechtspraak is het niet de bedoeling dat de Britse rechter op dit punt een beduidend lagere, maar ook niet een beduidend hogere bescherming biedt dan zijn Straatsburgse equivalent.¹⁴⁷ Lord Bingham onderstreepte in dat verband dat het EHRM regelmatig uitsprekt dat de enkele vaststelling van een schending reeds voldoende remedie voor het slachtoffer kan betekenen.¹⁴⁸ Deze lijn dient ook door de Britse rechter te worden gevolgd.

De kernbepalingen voor de toepassing van Conventierecht in de Britse rechtspraak, vormen de artikelen 2, 3 en 4 van de wet. Zij betreffen de uitleg van, respectievelijk, het EVRM en het nationale recht. De artikelen 3 en 4 zien op het nationale recht. Het spiegelbeeld van beide bepalingen vormt artikel 2 HRA, dat de rechter opdraagt acht te slaan op ('*take into account*') de rechtspraak van de Straatsburgse toezichtorganen. Daarbij gaat het niet enkel om het Hof, maar ook om het Comité van Ministers en om de rechtspraak van de, inmiddels opgeheven, Commissie voor de Rechten van de Mens. Uit de zinsnede '*whenever made or given*' volgt dat niet slechts de rechtspraak van na de inwerkingtreding van de HRA van belang is, maar ook de rechtspraak die daarvoor reeds tot stand is gekomen. Aangezien de dialoog tussen de Britse rechter en zijn Straatsburgse evenknie van belang is voor het proces van rechtsvorming op nationaal niveau, zal daarop hier wat nader worden ingegaan.

9.3.1.2 Binding aan Straatsburgse rechtspraak

De binding van de Britse rechter aan de Straatsburgse rechtspraak is niet absoluut. Daarvoor zijn verschillende redenen aan te wijzen. Voorop moet worden gesteld dat de wettekst niet wil suggereren dat het Verenigd Koninkrijk en de daartoe behorende organen niet volkenrechtelijk gebonden zijn aan de uitspraken van de Straatsburgse toezichtorganen. In de bijzondere Britse context van *precedent*, is het echter de vraag welke betekenis binding in constitutionele zin zou hebben. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel in het Hogerhuis voerde de regering, ter afwering van een amendement dat ertoe strekte wel strikte binding te introduceren, aan dat het Straatsburgse Hof zelf geen formele doctrine van *precedent* hanteert.¹⁴⁹ De

¹⁴⁶ Vgl. lid 2, resp. lid 3 van artikel 8 HRA.

¹⁴⁷ HL 16 februari 2005 [2005] UKHL 14 (R. v. Home Secretary, ex parte Greenfield).

¹⁴⁸ Zie Lord Bingham, r.o. 8-9.

¹⁴⁹ HL (Report Stage), *Hansard*, HL, 19 januari 1998, col. 1270.

Conventie is een dynamisch en geen statisch document. Dat gegeven leidde volgens de regering tot twee conclusies. Ten eerste zou de Straatsburgse rechtspraak zich niet bepaald lenen voor strikte navolging, nu daarin het specifieke feitencomplex – sterk gekleurd bovendien door de nationale context – een zo grote rol speelt. Ten tweede zou het in een dergelijke situatie, die de sfeer ademt van gezamenlijke rechtsvorming door de nationale en de Straatsburgse rechter, logischer zijn wanneer de nationale rechter de bevoegdheid heeft af te wijken van Straatsburgse rechtspraak die naar zijn inzicht verouderd is of in de bijzondere Britse context tot merkwaardige resultaten zou leiden.¹⁵⁰ Een zelfde benadering kiest ook het Hof zelf. De Britse rechter hoeft zich, met andere woorden, niet roomser te gedragen dan de Paus. Sterker nog, diverse auteurs benadrukken dat de *margin of appreciation* doctrine van het Hof er op wijst dat Straatsburg de nationale rechter expliciet opdraagt om met de bijzonderheden van het nationale geval rekening te houden.¹⁵¹

Hoewel de regering dus een strikte binding, in de zin van een doctrine van *precedent*, van de hand wees, laat haar benadering zich wel inpassen in de, in het Verenigd Koninkrijk gebruikelijke, doctrine. Zo kent deze doctrine sinds jaar en dag het onderscheid tussen *distinguishing* en *departing*. De bevoegdheid om zaken te onderscheiden van eerdere precedents kennen alle rechters. Afwijken van gevestigd precedent kan alleen de hoogste rechter. Het is de vraag hoe de relatie tussen de Britse en de Straatsburgse rechtspraak in dat verband moet worden gezien. De verwijzing van de regering en verschillende auteurs naar de *margin of appreciation* suggereert dat bijzondere nationale factoren aanleiding kunnen zijn om af te wijken van de Straatsburgse rechtspraak. Daarmee lijkt te worden bedoeld op de bevoegdheid van Britse rechters om zaken te onderscheiden van het Straatsburgse precedent. Wanneer de Britse rechter onderscheidt, dan accepteert hij de Straatsburgse rechtspraak als uitgangspunt, maar geeft hij daaraan in het individuele geval geen uitvoering omdat de Britse context aanleiding geeft voor een uitzondering.¹⁵² Een voorbeeld daarvan betreft de uitspraak van de lords in *Animal Defenders*.¹⁵³

Hoewel de rechtspraak van het EHRM, in het bijzonder diens uitspraak in *Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland*, als zodanig werd geaccepteerd, zagen de lords ruimte voor het aannemen van een uitzondering.¹⁵⁴ Zoals verschillende lords (m/v) benadrukten was het zeer wel mogelijk dat Straatsburg daarover, gegeven de Britse context, niet anders zou denken.¹⁵⁵

150 *Ibid.*

151 Zo bijv. Lester & Beattie 2007, p. 76-77, en Kavanagh 2009, p. 158.

152 Vgl. Kavanagh 2009, p. 149.

153 HL 12 maart 2008 [2008] UKHL 15 (*Animal Defenders International*), per Lady Hale, r.o. 52.

154 EHRM 28 juni 2001, no. 24699/94 (*VgT – Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*).

155 Zie de opinies van Lord Bingham (r.o. 37), Lord Scott (r.o. 43-44) en Lady Hale (r.o. 52).

In een recente uitspraak ging het nieuwe Supreme Court echter duidelijk een stap verder. Het is één ding om te menen dat afgeweken kan worden van Straatsburgse rechtspraak omdat deze bijvoorbeeld tegen een ander land is gewezen en het Hof daarin geen rekening heeft kunnen houden met de bijzonderheden van de Britse context, het is iets anders om rechtspraak van het Hof in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk zelf expliciet van de hand te wijzen. Dat deed het Supreme Court – unaniem – echter wel in *R. v. Horncastle*.¹⁵⁶ De Vierde Kamer van het EHRM had in *Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk* een schending van artikel 6 EVRM uitgesproken omdat de Britse strafrechter voor het bewijs verklaringen had gebezigd van getuigen die niet, of niet meer, gehoord konden worden door de verdachte of diens raadsman.¹⁵⁷ De Britse regering stelde de kwestie aan de orde bij de Grote Kamer. Terwijl dat verzoek nog aanhangig was, bereikten twee soortgelijke gevallen het Supreme Court. In een uitgesproken felle opinie leverde Lord Phillips kritiek op dit oordeel. Het EHRM zou, aldus de Britse hoogste rechter, te weinig rekening hebben gehouden met de bijzondere aard van het Britse strafrecht, en zich te zeer hebben verlaten op continentale stelsels. Zou de Britse rechter Straatsburg volgen dan zouden de consequenties voor het Britse strafrechtssysteem niet te overzien zijn. Bovendien zou de Straatsburgse rechtspraak hem nopen tot rechtsvorming op grote schaal waartoe hij zich niet in staat achtte. Onder verwijzing naar artikel 2 HRA benadrukte Phillips dat het Supreme Court gehouden was Straatsburgse rechtspraak *in acht te nemen*, hetgeen betekende dat deze ‘normaal gesproken’ gevolgd moest worden. Echter:

‘There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court’.¹⁵⁸

Bij de opmerking van Lord Phillips moet bedacht worden dat de uitspraak die hij bekritiseert tegen het Verenigd Koninkrijk werd gewezen, unaniem was en medeondertekend door de Britse rechter in het Hof, Sir Nicholas Bratza. Van onderscheiden is hier dus geen sprake meer. De Britse rechter wijkt niet meer af van een specifieke feitenconstellatie, maar van de regel die het Hof formuleerde als zodanig. Hier past nog wel een nuancerende kanttekening. De uitspraak in *Horncastle*, hoewel unaniem, ging vergezeld van een *concurring opinion* van Lord Brown die nader uiteen zette waarom hij zich in dit geval

156 UKSC 9 december 2009 [2009] UKSC 14 (*R. v. Horncastle*), per Lord Phillips.

157 EHRM 20 januari 2009, no. 26766/05 en 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery v. UK*).

158 UKSC 9 december 2009 [2009] UKSC 14 (*R. v. Horncastle*), per Lord Phillips, r.o. 11.

niet gebonden achtte aan het Straatsburgse oordeel. Diens benadering lijkt sterk te leunen op het feit dat het in *Al-Khawaja* ging om een Kameruitspraak.¹⁵⁹ Op het tijdstip waarop de justices van het Supreme Court moesten oordelen in *Horncastle* lag de kwestie in *Al-Khawaja* inmiddels bij de Grote Kamer van het Hof. Wellicht dat daarom de uitspraak in *Horncastle* moet worden gezien als een oproep aan de Grote Kamer van het Straatsburgse Hof om de rechtspraak van de Vierde Kamer bij te sturen. Inderdaad heeft de taal die Lord Phillips bezigt wel wat weg van een processtuk van de Britse regering. Wat het Supreme Court te doen staat als Straatsburg voet bij stuk blijft houden staat dus nog te bezien.

Horncastle is zeker illustratief en qua vorm en stijl uniek. Maar het feit dat de Britse hoogste rechter zich bevoegd acht niet slechts te onderscheiden van Straatsburgs precedent, maar er ook expliciet van af te wijken is niet nieuw. Verschillende factoren kunnen aanleiding zijn voor het Supreme Court om een uitgangspunt van het EHRM bewust in de wind te slaan. Zo kan de mate van binding afhangen van de eenduidigheid van de Straatsburgse rechtspraak.¹⁶⁰ Een andere factor van belang betreft de vraag of Straatsburg in de ogen van de Britse rechter wel alle argumenten op de juiste wijze heeft meegewogen.¹⁶¹ Wanneer het Supreme Court de indruk krijgt dat het EHRM zijn oordeel heeft gebaseerd op een onjuist beeld van het Britse recht, dan houdt hij zich eveneens het recht voor om Straatsburg niet te volgen.¹⁶² Tenslotte wordt wel de situatie genoemd dat de Straatsburgse rechtspraak de Britse rechter verouderd voor komt, al kan men hier wellicht even zo goed stellen dat dit een kwestie van onderscheiden is.¹⁶³

De uitspraak in *Horncastle* moet niet het zicht ontnemen op het feit dat de Britse rechter Straatsburg doorgaans pleegt te volgen. In haar recente boek over constitutionele toetsing in het kader van de HRA betoogt Kavanagh zelfs dat de Britse rechtspraak artikel 2 zo uitlegt dat aan Straatsburgse uitspraken *de facto* eenzelfde precedentwerking toekomt als aan uitspraken van de eigen hoogste rechter.¹⁶⁴ Hoewel het de vraag is of zij het nog zo ziet na de uitspraak in *Horncastle*, lijkt voor die stelling wel wat te zeggen. Zij laat zich afleiden uit een reeks van zaken waarin de lords benadrukten dat zij Straats-

159 Zie r.o. 112-121.

160 HL 8 maart 2006 [2006] UKHL 11 (*Secretary of State for Work and Pensions v. M.*), per Lord Nicholls; HL 13 juni 2007 [2007] UKHL 26 (*Al Skeini v. Defence Secretary*), per Lord Rodger.

161 Zie bijv. HL 12 maart 2008 [2008] UKHL 15 (*Animal Defenders International*), per Lady Hale.

162 Vgl. bijv. HL 14 november 2002 [2002] UKHL 44 (*R. v. Lyons*), per Lord Hoffmann, r.o. 46.

163 Kavanagh 2009, p. 151, die verwijst naar HL 5 mei 2005 [2005] UKHL 31 (*N. v. Home Secretary*), per Lord Hope, r.o. 92.

164 Kavanagh 2009, p. 144. Deze visie wordt breed gedeeld: zie bijv. ook Amos 2007, p. 14.

burg te volgen hadden.¹⁶⁵ Vooral bekend geworden is de uitspraak in *Ex parte Ullah*, waarin Lord Bingham als volgt overwoog:

‘From this it follows that a national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. It is indeed unlawful under section 6 of the 1998 Act for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less’.¹⁶⁶

De lijn van Lord Bingham, die kernachtig kan worden samengevat met slogans als ‘no more, no less’ en ‘the duty to keep pace’ is de heersende leer geworden.¹⁶⁷ Deze lijn kent twee dimensies. Ten eerste dat de Britse rechter Straatsburgse rechtspraak, behoudens de hiervoor besproken uitzonderlijke omstandigheden, doorgaans volgt. In elk geval voor zover het gaat om uitspraken van de Grote Kamer.¹⁶⁸ Ten tweede dat het aan de wetgever is om verdergaande bescherming te bieden dan het niveau dat zich uit de Straatsburgse rechtspraak laat afleiden.

Deze laatste dimensie heeft geleid tot een verhit debat in de literatuur over de vraag of de Britse rechter hier niet te terughoudend is. Zeker is dat de *duty*

165 Zie bijv. HL 9 mei 2001 [2001] UKHL 23 (*R. v. Secretary of State, ex p. Alconbury*), per Lord Slynn, r.o. 23; HL 25 november 2002 [2002] UKHL 46 (*R. v. Home Secretary, ex p. Anderson*), per Lord Bingham, r.o. 18; HL 17 juni 2004 [2004] UKHL 26 (*R. v. Special Adjudicator, ex p. Ullah*), per Lord Bingham; HL 8 maart 2006 [2006] UKHL 10 (*Kay v. Lambeth LBC*), per Lord Bingham, r.o. 28; HL 10 juni 2009 [2009] UKHL 28 (*Home Secretary v. AF*).

166 HL 17 juni 2004 [2004] UKHL 26 (*R. v. Special Adjudicator, ex p. Ullah*), per Lord Bingham, r.o. 20.

167 Vgl. HL 8 maart 2006 [2006] UKHL 11 (*Secretary of State for Work and Pensions v. M.*), per Lord Mance, r.o. 129; HL 22 juli 2004 [2004] UKHL 39 (*R. v. Chief Constable S.Y. Police, ex p. Harper*), per Lord Steyn; HL 8 maart 2006 [2006] UKHL 10 (*Kay v. Lambeth LBC*), per Lord Hope; HL 22 oktober 2008 [2008] UKHL 63 (*R. [RJM] v. Secretary of State for Work and Pensions*), per Lord Neuberger. Zie tevens: Masterman 2007; Kavanagh 2009, p. 146-148.

168 Vgl. de formulering die Lord Bingham gebruikte in HL 25 november 2002 [2002] UKHL 46 (*R. v. Home Secretary, ex p. Anderson*), r.o. 18. Interessant is nog de vraag of het Supreme Court een soortgelijk gezag toekent aan uitspraken van de verschillende Kamers waartegen geen beroep bij de Grote Kamer meer open staat. Uitgangspunt is dat de Britse rechter Straatsburgse jurisprudentie doorgaans volgt, ongeacht de vraag of zij afkomstig is van de Grote of een Kleine Kamer. Het is echter wel voorstelbaar dat het Supreme Court eerder in buitengewone omstandigheden aanleiding ziet om af te wijken van een Kameruitspraak, hoe definitief ook, dan van een arrest van de Grote Kamer. In het eerste geval blijft immers steeds de mogelijkheid bestaan dat de Grote Kamer zich omtrent de kwestie in een latere zaak uitlaat.

to keep pace volgens vaste rechtspraak tevens de *duty not to outpace* inhoudt.¹⁶⁹ Zelfs als, zoals hiervoor aan de orde kwam, de Straatsburgse rechtspraak gedateerd is, acht de Britse rechter zich niet bevoegd om verder te gaan: dat is een kwestie voor *Parliament*.¹⁷⁰ De vraag is hoe men deze lijn moet beoordelen in het licht van de doelstelling van de HRA om de stroom van klachten naar Straatsburg in te dammen. Verschillende auteurs hebben vanuit dat perspectief dan ook kritiek geuit. Zo meent Roger Masterman dat de rechtspraak te minimalistisch is.¹⁷¹ Hij wijst daarbij op het Straatsburgse uitgangspunt dat het zwaartepunt van de mensenrechtenbescherming op nationaal niveau behoort te liggen, en op de onderliggende, mensenrechtenbevorderende, gedachte van de HRA. Daar is wel tegenover gesteld dat de HRA weliswaar tracht het zwaartepunt bij de nationale instellingen te leggen, maar dat – zoals wij hiervoor zagen – dit een holistische operatie is geweest in de zin dat alle drie de staatsmachten daarbij een eigen taak toebedeeld kregen. Het minimum-niveau kan door de wetgever worden overstegen, maar niet door de rechter.¹⁷² Wat er ook van deze discussie zij, de rechtspraak heeft zich de kritiek nooit aangetrokken. Zoals wij nog zullen zien is daarbij voornamelijk van belang dat de Britse rechter terughoudend is om als quasi-wetgever op te treden. Weliswaar geeft artikel 3 HRA hem een beperkte rechtsvormende taak, een taak waaraan hij plichtsgetrouw invulling geeft, maar hij gaat daartoe slechts over als hij zich gesteund weet door zo duidelijk mogelijke Straatsburgse rugdekking. Deze houding is begrijpelijk. De invloed van de Britse rechtspraak zou, zeker naar Britse maatstaven, ondenkbaar groot worden wanneer de rechter zich niet alleen niet meer gebonden weet aan de strikte tekst en bedoeling van de wetgever, maar ook naar eigen inzicht invulling kan geven aan de tekst en de bedoeling van de Conventie.

Het wordt tijd om de bespreking van de binding aan Straatsburgse oordelen af te sluiten. Alvorens dat te doen, dient nog één opmerking gemaakt te worden. Artikel 2 HRA richt zich niet slechts op het Supreme Court als hoogste rechter, maar op alle rechters in het Verenigd Koninkrijk, zelfs op de bestuursrechtelijke tribunalen. De vraag dringt zich dan ook op wat lagere rechters te doen staat wanneer zij geconfronteerd worden met een Straatsburgs oordeel dat afwijkt van de rechtspraak van de eigen hoogste rechter. Voorop staat dat de HRA de Conventie als zodanig incorporeert. Anders dan vaak het geval is in transformatiestelsels, is het niet de tekst in bijlage 1 van de HRA die uitgelegd dient te worden, maar de authentieke verdragstekst zelf. Het lijdt geen twijfel, ook niet in Engeland, dat het EHRM ten aanzien van die tekst de gezag-

169 Zie HL 8 maart 2006 [2006] UKHL 10 (*Kay v. Lambeth LBC*), per Lord Hope, r.o. 88.

170 HL 5 mei 2005 [2005] UKHL 31 (*N. v. Home Secretary*), per Lord Hope.

171 Masterman 2007, p. 73. Tevens: Feldman 2002a, p. 83, en Wintermute 2006, p. 728. Anders echter: Kavanagh 2009, p. 160-164.

172 Kavanagh 2009, p. 161.

hebbende interpretator is.¹⁷³ Als dus de lagere rechter geconfronteerd wordt met twee tegenstrijdige precedenten over de uitleg van die tekst, één uit Straatsburg en één uit de Middlesex Guildhall in Londen, welke dient hij dan te volgen? Het antwoord van de lords is duidelijk, zij het anders dan men op basis van het voorgaande wellicht zou vermoeden: het precedent van de lords (tegenwoordig het Supreme Court) prevaleert. In *RJM v. Secretary of State for Work and Pensions* benadrukte Lord Neuberger dat lagere rechters gebonden zijn aan het precedent van het Supreme Court, uitspraken van het EHRM zijn op dat punt geen concurrerend precedent.¹⁷⁴ Wordt een lagere rechter geconfronteerd met rechtspraak van een hogere rechter die achterhaald is door een Straatsburgs oordeel, dan dient hij een eventuele koerswijziging aan die hogere rechter over te laten. Lord Neuberger benadrukte in dat verband dat artikel 2 HRA de mogelijkheid laat bestaan dat de (hoogste) Britse rechter het EHRM niet volgt. Op dit punt houden de hoogste rechters de zaak dus graag in eigen hand en accepteren zij niet dat er kikkers zijn die uit de Britse kruiwagen en in de Straatsburgse bolide springen. Dat laat onverlet dat rechters wel vrij zijn om van hun eigen precedent af te wijken indien de Straatsburgse beslissing daartoe noopt. Ook in dat geval gaat het echter niet om een verplichting, zo benadrukt Lord Neuberger.¹⁷⁵

9.3.1.3 Wetgeving in strijd met de Conventie

De HRA is op verschillende aspecten een novum. Zo incorporeert de wet het EVRM, legt hij overheidsorganen de plicht op om hun taak conform het EVRM uit te oefenen, koppelt hij deze plicht aan de mogelijkheid voor rechters om hun gebruikelijke instrumentarium in te zetten om rechtsherstel te verlenen, en verplicht hij de rechtspraak tot slot om beslissingen van het EHRM in acht te nemen. Eerder in deze paragraaf kwam artikel 8 HRA reeds ter sprake. Het in deze bepaling gebezigde begrip ‘*unlawful act*’, is voor de toepasselijkheid van de rechterlijke gereedschapskist van groot belang. Wij zagen reeds dat daarvan alleen sprake is wanneer een uitvoerend overheidsorgaan de wet incorrect toepast en deze toepassing conflicteert met een mensenrechtelijke bepaling. Correcte toepassing van een als zodanig met het EVRM strijdige wetsbepaling, kan niet tot toepassing van het ‘reguliere’ arsenaal aan rechterlijke bevoegdheden leiden. Schendingen die rechtstreeks voortvloeien uit formele wetgeving vallen, met andere woorden, niet onder het toepassingsbereik van artikel 8 jo. 6 HRA.

In een staat waarin verreweg het grootste deel van het overheidshandelen herleidbaar is tot parlementaire wetgeving, is incorporatie echter betrekkelijk

173 Zo bijv. Lord Bingham in HL 8 maart 2006 [2006] UKHL 10 (*Kay v. Lambeth LBC*), r.o. 28.

174 HL 22 oktober 2008 [2008] UKHL 63 (R. [RJM] v. *Secretary of State for Work and Pensions*), per Lord Neuberger, r.o. 64.

175 *Ibid*, r.o. 66.

futiel wanneer geen bescherming mogelijk is tegen inbreuken die bij formele wet op het EVRM worden gemaakt. De Human Rights Act kent de rechter twee instrumenten toe om aan dit knelpunt tegemoet te komen. Zo verplicht artikel 3 HRA overheidsorganen, waaronder de rechter, om wetgeving zoveel mogelijk conform het EVRM uit te leggen. Wanneer dat lukt, wordt de grondrechtsschending dus weer onder het toepassingsbereik van artikel 8 HRA gebracht. 'Leest' men de wettelijke regeling immers conform de Conventie, dan is een toepassing van de wet die met het verdragsrecht op gespannen voet staat immers niet meer te kwalificeren als een correcte uitvoering van de wet. Het probleem blijft echter bestaan dat het reguliere arsenaal aan rechterlijke bevoegdheden tekortschiet in gevallen waarin conforme uitleg van de wettelijke regeling niet mogelijk is. Daarvoor in de plaats kent artikel 4 HRA de rechter een nieuwe uitspraakbevoegdheid toe, de verklaring van onverenigbaarheid ('*declaration of incompatibility*'). Met deze beide bijzondere aanvullingen op de rechterlijke gereedschapskist is getracht rechterlijke toetsing van parlementaire wetgeving te faciliteren zonder afbreuk te doen aan het beginsel van parlementaire suprematie. Zij worden ook wel aangeduid met de term 'constitutionele remedies'. Deze remedies moeten echter worden onderscheiden van de traditionele remedies, zoals het toekennen van schadevergoeding, het uitvaardigen van een rechterlijk bevel of het uitspreken van een verklaring voor recht. De artikelen 3 en 4 van de HRA hebben betrekking op de rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Conventierechten. Het als constitutionele remedies te betitelen geeft vooral hun belang weer voor, wat steeds vaker wordt genoemd, de ontwikkeling van een stelsel van constitutionele toetsing in het Verenigd Koninkrijk.¹⁷⁶ In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de werking van deze constitutionele remedies. Alvorens daartoe over te gaan, worden zij hier wel reeds in vogelvlucht behandeld, teneinde de lezer een overzicht te gunnen.

9.3.1.4 Over rechterlijke interpretatie en het wetgevingsproces

Zoals hier al eerder werd aangehaald, wordt het stelsel van de HRA wel *constitutionally holistic* genoemd in de zin dat daaraan de gedachte ten grondslag ligt dat de bescherming van mensenrechten een zaak is voor alle drie de staatsmachten.¹⁷⁷ Het duidelijkst is dat te zien wanneer men het heeft over constitutionele remedies en het bieden van rechtsbescherming tegen schendingen die voortvloeien uit het bestaan van met de Conventie strijdige wetgeving. De taken zijn op dit punt verdeeld tussen de rechter en de wetgever. Duidelijk is bovendien dat de HRA-wetgever heeft willen aansluiten bij ontwikkelingen in de rechtspraak inzake grondrechtenbescherming zoals die in de vorige

¹⁷⁶ Aldus bijvoorbeeld Kavanagh, die haar jongste boek de titel '*Constitutional Review under the UK Human Rights Act*' meegaf (Kavanagh 2009).

¹⁷⁷ Lester & Beattie 2007, p. 68.

paragraaf zijn beschreven. De rechterlijke bescherming is duidelijk over de band van sterke interpretatieve presumpties vormgegeven.

Het vertrekpunt bij de toetsing van wetgeving aan de door de HRA geïncorporeerde Conventierechten is artikel 3 HRA, dat de rechter de plicht oplegt om wetgeving *voor zover mogelijk* in overeenstemming met het EVRM uit te leggen. Deze bepaling veronderstelt een stappenplan waarin de rechter eerst beziet welke betekenis de bepaling op het eerste gezicht toekomt. Constateert de rechter mogelijke spanning tussen het wetsartikel en het Conventierecht, uitgelegd naar Straatsburgse maatstaven, dan dient hij te onderzoeken of ook het toekennen van een verdragsconforme betekenis mogelijk is.

Logischerwijs zit de crux in deze bepaling in de woorden ‘voor zover mogelijk’. Wij zagen reeds in de vorige paragraaf dat rechters over de band van de *common law* al uitgingen van de presumptie dat de wetgever niet de intentie heeft in strijd met zijn verdragsverplichtingen te handelen. Wij zagen echter ook dat deze presumptie van een groot aantal factoren, waaronder wetgevingstechniek, afhankelijk was. Om een sterke presumptie ging het niet. De HRA versterkt het uitgangspunt daarom door de verantwoordelijke minister in artikel 19 HRA op te dragen wetsvoorstellen vergezeld te doen gaan van een verklaring over de verenigbaarheid van de voorgestelde regeling met de Conventie. Voor het perspectief van parlementaire soevereiniteit is immers van belang dat de bepaling regering en parlement niet verbiedt om, met het EVRM strijdige, wetgeving uit te vaardigen. Uitgangspunt is niettemin dat dit zelden het geval zal zijn.¹⁷⁸ Mocht het parlement echter besluiten om regeling vast te stellen die in directe strijd komt met de Conventie, dan moet het dat expliciet doen. Men veronderstelde dat een expliciete verklaring namens de regering, dat men van zins is een regeling vast te stellen waarvan niet kan worden gezegd dat die verenigbaar is met het EVRM, de oppositie een wapen in handen zou geven en reacties uit de samenleving en van de internationale gemeenschap zou oproepen.¹⁷⁹

Een verklaring dat de wetgeving volgens de minister wel verenigbaar is met de Conventie, is niet bindend voor de rechtspraak, maar versterkt wel de presumptie dat het de bedoeling van het parlement is geweest om de wetgeving zodanig vorm te geven dat binnen de grenzen van het EVRM wordt gebleven. De verklaring geeft de rechter dan ook de legitimatie om verder dan ooit te gaan in zijn poging om wetgeving conform uit te leggen.¹⁸⁰ In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op de vraag welke grenzen de rechter daarbij in het HRA-tijdperk hanteert. Afgezien van deze juridische

178 House of Commons (Second Reading), *Hansard*, HC, col. 780 (16 februari 1998), Jack Straw MP; House of Lords (Second Reading), *Hansard*, HL, col. 1233 (3 november 1997), Lord Irvine of Lairg.

179 Kavanagh 2009, p. 12.

180 Feldman 2002a, p. 87.

kwestie, werd met artikel 19 overigens tevens beoogd een mentaliteitswijziging teweeg te brengen door bewindspersonen en ambtenaren te dwingen de mensenrechtelijke aspecten van elk wetsvoorstel te onderzoeken.¹⁸¹ Artikel 19 lijkt bovendien nog een laatste, wellicht onbedoeld, doel te hebben. Enigszins cynisch geponeerd vergemakkelijkt zo'n verklaring, zoals wij nog zullen zien, voor de burger een gang naar Straatsburg. Wanneer de regering uitdrukkelijk erkent dat wetgeving mogelijkserwijs in strijd is met de Conventie, is de kans op een verklaring van onverenigbaarheid van de nationale rechter, en daarmee op het uitspreken van een schending door het EHRM, immers groter.¹⁸²

De situatie dat de regering expliciet erkent dat wetgeving mogelijkserwijs in strijd is met de Conventie, maar het parlement deze wetgeving niettemin aanvaardt omdat men meent dat het doel van de wetgeving belangrijker is dan naleving van het verdrag, kan een voorbeeld zijn van een geval waarin artikel 3 HRA geen uitkomst biedt. De rechter dient zich immers te beperken tot het interpreteren van de wet. De wet buiten toepassing laten of haar fundamenteel wijzigen mag hij niet. Dat geldt overigens uitsluitend voor *primary legislation*, wetgeving in formele zin. Voor lagere regelgeving geldt *a contrario* dat deze, op basis van artikel 3 lid 2 (sub c) HRA, wél onverbindend kan worden verklaard. Is de rechter van oordeel dat een formeel-wettelijke regeling een schending van een Conventierecht oplevert, dan kan hij op basis van artikel 4 HRA een verklaring van onverenigbaarheid (*declaration of incompatibility*) uitspreken. Zoals wij nog zullen zien betreft het hier, anders dan de interpretatieve plicht van artikel 3, een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De verklaring heeft geen *erga omnes* werking in de zin dat zij de partijen in het geschil, noch het parlement bindt. In die zin heeft de onverenigbaarverklaring de klager niets te bieden. Artikel 4 moet echter gelezen worden in samenhang met artikel 10, dat onder de titel '*remedial action*' de minister de mogelijkheid biedt de wet middels een alternatieve, snelle, wetgevingsprocedure te amenderen. Op deze procedure wordt hierna ingegaan.

De lastige rechterlijke keuze die volgt op de vaststelling van de rechter dat wetgeving op het eerste gezicht in strijd is met de Conventie, vormt het centrale thema van de volgende paragraaf. Kan de rechter de wetgeving modifieren door gebruikmaking van zijn bevoegdheid-en-plicht ex artikel 3 HRA, of moet hij zich beperken tot een onverenigbaarheidsverklaring ex artikel 4 HRA?

181 Blackburn 2001, p. 992-993.

182 Dat dit overigens niet altijd het geval hoeft te zijn, juist omdat de rechter aan het oordeel van de verantwoordelijke minister niet gebonden is, illustreerde de zaak *Animal Defenders International* (HL 12 maart 2008 [2008] UKHL 15). Inzake de *Communications Act* 2003 had de minister gemeend niet tot een verklaring van verenigbaarheid te kunnen komen. Op basis van artikel 19 lid 2 HRA werd de wet vervolgens niettemin voorgesteld en aangenomen. In *Animal Defenders* achtte het House of Lords de regeling echter unaniem verenigbaar met de Conventie.

Op die bespreking wordt hier niet vooruitgelopen. Wel moet reeds worden benadrukt dat de Britse literatuur de onverenigbaarheidsverklaring niet beschouwt als een remedie.¹⁸³ Met name in het buitenland is veel geschreven over de heilzame effecten van de verklaring. Sommigen beschouwen het instituut als de remedie van de toekomst waarmee wordt ingezet op een dialoog tussen rechter en wetgever.¹⁸⁴ De primaire remedie in het Verenigd Koninkrijk lijkt echter de interpretatieve remedie van artikel 3 te zijn. Daarmee sluit de HRA aan bij het zich ontwikkelende stelsel van rechterlijke grondrechtenbescherming van voor de HRA. Hoewel de HRA ontegenzeggelijk in veel opzichten een revolutionaire wet is geweest, is zij juist op het punt waaraan zij haar wereldwijde bekendheid en populariteit dankt, de constitutionele remedies, een gradueel verstrekte voortzetting van een gangbare rechterlijke praktijk. Maar nu wordt al ingegaan op de stof van de volgende paragraaf. De lezer moet het zelf maar lezen.

9.3.2 Conforme interpretatie van wetgeving (artikel 3 HRA)

Zoals in paragraaf 9.2.3 besproken werd, was de praktijk van de Britse rechter om wetgeving conform zekere fundamentele *common law* beginselen en het EVRM uit te leggen, jarenlang de enige manier om individuen tegen te vergaande inbreuken van de wetgever op hun vrijheden te beschermen. Ook onder de HRA is interpretatie het belangrijkste voertuig om het nationale recht met de Conventie in lijn te brengen. Artikel 3 HRA legt aan alle rechters de volgende plicht op:

‘So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention Rights’.

Artikel 3 heeft betrekking op zowel formele als lagere wetgeving. Toch maakt de bepaling een onderscheid tussen beide typen regelgeving. Waar lagere regelgeving, inclusief wetgeving van de parlementen van Schotland, Wales en Noord-Ierland, zodanig kan worden geïnterpreteerd dat daaraan in de praktijk geen rechtswerking meer toekomt (het zogenaamde *quashing*), is dat bij formele wetgeving niet toegestaan.¹⁸⁵ Dit volgt *a contrario* uit het tweede lid van artikel 3.¹⁸⁶ Deze begrenzing vindt haar oorsprong in de wens van regering en parlement om de rechterlijke toetsingsbevoegdheid te verzoenen

183 Zie bijv. Feldman 2004, p. 979.

184 Masterman 2007; Feldman 2002a en Wintermute 2006.

185 Het buiten toepassing laten van gedelegeerde wetgeving is overigens eveneens niet toegestaan wanneer de strijdigheid met de Conventie noodzakelijk volgt uit de formele wetgeving waarop de norm berust.

186 Vgl. o.m. Feldman 2002a, p. 89-90.

met het beginsel van parlementaire soevereiniteit. Het *de facto* buiten toepassing laten van formeelwettelijke bepalingen past immers niet bij, zelfs een gemodificeerde versie van, dat beginsel.

Binnen de kaders van de parlementaire suprematie, gaat de HRA-wetgever wel tot het uiterste om de rechter aan te sporen elke mogelijkheid tot het bieden van rechtsbescherming te onderzoeken. Want hoewel, zoals hiervoor werd betoogd, de wet aansluiting zoekt bij de rechterlijke praktijk van voor de HRA, wordt met artikel 3 wel sterk afgeweken van de traditionele methoden van rechtsvinding waarbij de tekst van de wet altijd de primaire bron van interpretatie werd geacht.¹⁸⁷ Zelfs verwijzing naar de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen was tot de bekende uitspraak in *Pepper v. Hart* in 1992 strikt genomen nog niet aan de orde.¹⁸⁸ Het uitgangspunt dat de bedoeling van de wetgever blijkt uit diens bewoordingen, eeuwen lang leidend in de rechtspraak, lag echter al sinds de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EG onder vuur. In het kader van de toetsing aan het EG-recht werd van de Britse rechter geëist dat hij formele wetgeving zo nodig gemeenschapsconform zou uitleggen. Deze praktijk sloeg over naar de toetsing aan de mensenrechtenverdragen en de *common law*. Op deze terreinen gold immers de ongeschreven presumptie dat de wetgever geacht werd niet in strijd met verdragsverplichtingen te hebben willen handelen, of niet bedoeld had wijziging te brengen in fundamentele beginselen van de *common law*. De diep gewortelde veronderstelling dat de wetgever tot de rechter spreekt middels zijn wettekst werd echter niet zonder meer losgelaten. Conforme interpretatie, of het nu EG-recht, het EVRM, de *common law* of een willekeurig verdrag betrof, was uitsluitend mogelijk wanneer de wettekst vaag of in elk geval voor meerdere interpretatie vatbaar was.

Met dit uitgangspunt wordt in artikel 3 HRA definitief gebroken. Zoals wij nog zullen zien legt de rechtspraak artikel 3, na een periode van onzekerheid, zo uit dat een verdragsconforme interpretatie van een wettelijke bepaling kan prevaleren, ook als daarmee wordt ingegaan tegen de letterlijke tekst van de wet. Tien jaar jurisprudentie onder de Human Rights Act laat diverse staaltjes van vergaande rechterlijke creativiteit zien. De vraag dringt zich op wat nu precies wel en niet mogelijk is bij het streven naar een conforme interpretatie onder artikel 3 HRA. Men dient bij deze vraag te bedenken dat de Britse rechter, anders dan zijn Nederlandse en Duitse collegae, geen – voor de klager onmiddellijk tastbaar – alternatief voorhanden heeft. Wanneer het Supreme Court van oordeel is dat een wettelijke regeling *prima facie* in strijd is met de Conventie, dan kan hij een schending van klagers rechten alleen opheffen door middel van conforme interpretatie. Meent hij dat een dergelijke route onbegaanbaar is, dan kan hij de regeling onverenigbaar verklaren, maar de klager heeft daaraan – in elk geval op korte termijn – vermoedelijk niets. De vraag naar

187 Zander 1994, p. 110-111. Zie ook p. 169-173.

188 HL 26 november 1992 [1993] AC 593 (*Pepper v. Hart*).

de grenzen aan de toepasbaarheid van artikel 3 HRA is dus tevens een vraag naar de mogelijkheden van de Britse rechter om effectieve rechtsbescherming te bieden. Zoals we nog zullen zien is de rechter zich daar zeer van bewust.

Hierna wordt eerst ingegaan op de parlementaire achtergronden van artikel 3 HRA. Vervolgens wordt de rechtspraak in twee etappen behandeld. Deze etappen betreffen, respectievelijk, het tijdvak voor de uitspraak in *Ghaidan v. Godin-Mendoza* en het tijdvak er na.¹⁸⁹ Afgesloten wordt deze paragraaf met een beschouwing over de manier waarop de Britse rechter zich, bij de beslissing om wel of niet over te gaan tot conforme interpretatie, laat leiden door een afweging tussen zijn plicht om effectieve rechtsbescherming te verlenen en de beperkingen die uit de rechterlijke taak voortvloeien.

9.3.2.1 De parlementaire geschiedenis van artikel 3 HRA

Een terugkerend element in de parlementaire behandeling van artikel 3 HRA is de nadruk die wordt gelegd op het tweeledige karakter van de Human Rights Act. Met de wet wordt gepoogd de bescherming van het individu te maximaliseren en deze te combineren met het behoud van, in elk geval de essentie van, het beginsel van parlementaire soevereiniteit.¹⁹⁰ Artikel 3 speelt bij deze poging een centrale rol. Effectiviteit staat daarbij voorop, zo benadrukt de Lord Chancellor in het Hogerhuis.¹⁹¹ In het Lagerhuis verzekert de regering, bij monde van minister Straw van Binnenlandse Zaken, dat een conforme interpretatie in bijna alle gevallen mogelijk zal zijn.¹⁹² Uitsluitend ‘*in the last resort*’ dient de rechter te overwegen een verklaring van onverenigbaarheid uit te spreken.¹⁹³ De minister benadrukt dat bewust gekozen is voor de term ‘*possible*’ en niet voor, bijvoorbeeld, ‘*reasonable*’. Met die laatste aanduiding zou de plicht tot conforme interpretatie een te subjectief karakter krijgen en dat past niet bij de bedoeling van de wet die de rechtspraak immers moet aansporen geen steen op de andere te laten bij het zoeken naar een mogelijke conforme interpretatie.¹⁹⁴ Toch betreft het een plicht tot het zoeken naar een conforme uitleg, niet tot het vinden ervan. Aan de conforme uitleg zijn grenzen, zo blijkt uit de bewoordingen van de minister:

‘We want the courts to strive to find an interpretation of legislation that is consistent with Convention rights, so far as the plain words of the legislation allow [...] but for the avoidance of doubt, I will say that it is not our intention that the courts,

189 HL 21 juni 2004 [2004] UKHL 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*).

190 House of Lords (Second Reading), *Hansard*, HL, 3 november 1997, col. 1294.

191 House of Lords (Second Reading), *Hansard*, HL, 3 november 1997, col. 1294.

192 House of Commons (Second Reading), *Hansard*, HC, 16 februari 1998, col. 780.

193 House of Commons (Committee Stage), *Hansard*, HC, 3 juni 1998, col. 421.

194 *Ibid.*, col. 423.

in applying s. 3 should contort the meaning of words to produce implausible or incredible meanings [...].¹⁹⁵

De parlementaire geschiedenis van artikel 3 HRA roept dus een beeld op van een wetgever die de rechter aanspoort om, zo dat enigszins mogelijk is, liberaal gebruik te maken van zijn interpretatieve bevoegdheden, maar ook van een wetgever die er op wijst dat de '*plain words*' een dergelijke interpretatie wel moeten kunnen ondersteunen. Een uitleg die tegen de letterlijke betekenis van de wettekst indruist is, in elk geval volgens de minister, niet aanvaardbaar. De vraag dringt zich op hoe realistisch de voorstellingen van de regering zijn. Wanneer de aangetroffen strijdigheid in 'bijna alle gevallen' door middel van conforme interpretatie kan worden verholpen, en de rechter zich uitsluitend in allerlaatste instantie van een verklaring van onverenigbaarheid dient te bedienen, dan moet de rechter ofwel creatief om kunnen gaan met de wettekst, of die wettekst moet doorgaans zeer vaag zijn geformuleerd. Maar als dat laatste het geval is, wat voegt artikel 3 dan nog toe aan de bestaande rechtspraak?

9.3.2.2 De vroege rechtspraak

Deze vraag stelt zich ook de rechter. En zijn antwoord is genuanceerder dan dat van de minister. Binnen een half jaar na de inwerkingtreding van de HRA doen de lords twee uitspraken die juridisch Engeland op haar grondvesten doen trillen. Beide uitspraken worden hier kort behandeld.

R. v. A. behoorde tot de eerste zaken waarin de HRA werd toegepast.¹⁹⁶ In deze uitspraak ging het om het fenomeen '*sexual history*'. Deze, voor sommigen aanlokkelijk klinkende, zaak betrof niet de toelaatbaarheid van een nieuw schoolvak, maar ging om de vraag of verdachten van verkrachting voor de rechter een beroep konden doen op de – veelal twijfelachtige – seksuele moraal van het slachtoffer. Tot 1999 liet het wettelijk stelsel het altijd aan de rechter over om te bepalen of hij dergelijk bewijs toeliet. Dat was geen bevredigende situatie. In veel gevallen waren rechters geneigd om de verdachte aan te horen, hetgeen ertoe leidde dat vaak irrelevante, en voor het slachtoffer pijnlijke, gegevens aan de orde kwamen. In 1999 kwam de *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (YJCEA) tot stand. Artikel 41 van deze wet verbood het toelaten van dergelijk bewijs behalve in de gevallen genoemd in lid 3. Deze uitzonderingen waren buitengewoon restrictief geformuleerd. Het was duidelijk: Westminster moest even niets hebben van *sexual history*. De lezer kan het vermoedelijk al wel raden. De vraag die de lords uiteindelijk voorgelegd kregen was of een dergelijke restrictieve benadering wel proportioneel was in het licht van artikel 6 EVRM. Zij besloten uiteindelijk van niet. Dat wil zeggen, de wettekst

¹⁹⁵ *Ibid.*, col. 422.

¹⁹⁶ HL 17 mei 2001 [2001] UKHL 25 (*R. v. A.*).

van artikel 41 YJCEA leek *op het eerste gezicht* onverenigbaar met de eisen van artikel 6 EVRM.¹⁹⁷ De vrijwel volledige uitsluiting van bewijs inzake seksuele geschiedenis ging de lords veel te ver. Zo was het de verdachte in de zaak die voorlag niet toegestaan om zijn stelling dat het slachtoffer in de gemeenschap had toegestemd, te onderbouwen met bewijsmateriaal over de relatie die verdachte en slachtoffer in de weken voor de vermeende verkrachting met elkaar hadden gehad. Hier was sprake van *'legislative overkill'*, aldus Lord Steyn.¹⁹⁸ De vraag was wat er aan te doen. Was artikel 41 'te redden'?

Die vraag beantwoordde Lord Steyn, en met hem de meerderheid, volmondig positief. Onder verwijzing naar het *White Paper* dat de nog jonge regering-Blair kort na haar aantreden had gepubliceerd, en naar de zojuist geciteerde overweging van de minister dat bewust was gekozen voor de formulering *'possible'* en niet *'reasonable'* betoogde Lord Steyn dat artikel 3 de rechter machtigde verder te gaan dan onder de traditionele doctrine gebruikelijk was geweest.¹⁹⁹ Dat hield in dat de tekst van de wet zo nodig wat vervormd (*'strained'*) mocht worden, bijvoorbeeld door woorden in de wettekst te lezen, of er juist wat uit te lezen. De letterlijke betekenis van de wettekst kon in elk geval door de rechter in beperkte mate terzijde worden geschoven. Artikel 3, zo overwoog Lord Steyn, dwong de rechter om *'the niceties of the language'* ondergeschikt te maken aan de bredere context van het geval.²⁰⁰ Tot die context behoorde de aanname dat het parlement niet de bedoeling kon hebben gehad het recht op een eerlijk proces aan verdachten te willen onthouden. De vraag was uiteraard hoe dan de conforme interpretatie vorm moest krijgen, als de wettekst vrij duidelijk stelde dat het toelaten van bewijs niet was toegelaten behalve in gevallen die in de onderhavige zaak vrij evident niet aan de orde waren. Lord Steyn identificeerde echter één uitzonderingsgrond, die de mogelijke toestemming van het slachtoffer betrof, en las daarin een geïmpliceerde bevoegdheid voor de rechter om bewijs toe laten wanneer dat zodanig relevant was dat uitsluiting de eerlijkheid van het proces in gevaar zou kunnen brengen.²⁰¹

Een soortgelijke benadering had inmiddels ook het Court of Appeal gekozen in *R. v. Offen*.²⁰² Ook daarin stond de proportionaliteit van een strafrechtelijke maatregel centraal. In de *Crime Sentences Act 1997* was een berucht artikel 2 opgenomen, dat de dader van twee zware misdrijven een levenslange gevangenis voorschreef behalve in zeer uitzonderlijke gevallen (*'Two strikes and you're out'*). Deze zaak is daarom zo interessant omdat zij zich goed laat

197 HL 17 mei 2001 [2001] UKHL 25 (*R. v. A.*), *per* Lord Steyn, r.o. 39. Anders: Lord Hope, r.o. 85-86.

198 *Ibid.*

199 *Per* Lord Steyn, r.o. 44.

200 *Ibid.*, r.o. 45.

201 *Ibid.*, r.o. 46.

202 CA 9 november 2000 [2001] 1 WLR 253 (*R. v. Offen*).

vergelijken met rechtspraak van voor de inwerkingtreding van de HRA.²⁰³ In die eerdere rechtspraak werd de uitzonderingsgrond 'uitzonderlijke gevallen' zeer restrictief uitgelegd. De benadering in *Offen* was diametraal anders. De uitleg van de zinsnede '*unless in exceptional circumstances*' werd geïnspireerd door zowel de bedoeling van de wetgever bij de uitvaardiging van de wet, als door artikel 5 EVRM. Die laatste bepaling bracht met zich, aldus het Court of Appeal, dat de zinsnede als volgt moest worden opgevat. De *Two strikes and you're out* regel introduceerde feitelijk de norm dat daders die twee ernstige vergrijpen hadden gepleegd, gevaarlijk waren voor de maatschappij. Wie geen aantoonbaar ernstig gevaar voor de maatschappij opleverde, behoorde kennelijk tot de uitzonderingsgroep op wie de 'exceptional circumstances' van toepassing waren.²⁰⁴ Aldus meende het Court of Appeal toepassing te geven aan zowel de beleidsdoelen die de wetgever met de regelgeving had beoogd na te streven, als aan de eisen van de Conventie.²⁰⁵

Twee conclusies laten zich uit beide zaken afleiden. Ten eerste dat de Britse rechter eerst toetst of de wetgeving in kwestie volgens de traditionele maatstaven (tekst, parlementaire bedoelingen), dus *prima facie*, een schending van een Conventierecht zou opleveren. Vervolgens komt de vraag aan de orde of aan de op het oog onverenigbare tekst, niettemin een verenigbare betekenis kan worden toegekend.²⁰⁶ Ten tweede dat voor een conforme interpretatie onder artikel 3 HRA niet per definitie vereist is dat de wettekst ambigu of vaag is. De presumptie dat het parlement beoogd heeft haar regels conform de Conventie vorm te geven, is onder de HRA sterker dan daarvoor geworden. Kavanagh trekt ook nog een derde conclusie uit *Offen*, namelijk dat de rechtspraak niet gebonden is aan *precedent* van voor de HRA inzake wetsinterpretatie.²⁰⁷

De robuuste houding van de rechter in de periode vlak na de inwerkingtreding van de HRA is verklaarbaar en begrijpelijk gelet op de tijdsgeest en de uitlatingen van de regering bij de verdediging van het wetsvoorstel. Hoewel sommige lords rechterlijke terughoudendheid predikten, waren uitspraken als *R. v. A.* ten eerste geen uitzondering en ten tweede veelal bij unanimitie genomen.²⁰⁸ Het was duidelijk dat rechters zoals Lord Steyn, die in de periode voor de totstandkoming van de HRA warme pleitbezorgers waren geweest voor incorporatie van het EVRM of rechtsbescherming op basis van de *common law* de tijdsgeest mee hadden. Vanuit de literatuur was er naast lof voor de nieuwe *rights based approach*, echter ook kritiek op wat veel schrijvers beschouwden als een radicale koerswijziging in de richting van '*extremely creative*' rechtsvor-

203 Vgl. CA 15 december 1998 [1999] 2 WLR 1100 (*R. v. Sandford*).

204 CA 9 november 2000 [2001] 1 WLR 253 (*R. v. Offen*), per Lord Woolf CJ, r.o. 97.

205 *Ibid.*, r.o. 100.

206 Zie Kavanagh 2009, p. 23-24.

207 *Ibid.*

208 Zie ook: HL 28 oktober 1999 [1999] 2 AC 326 (*R. v. DPP, ex p. Kebeline*), overigens gewezen vlak voor de inwerkingtreding van de HRA; HL 5 juli 2001 [2001] UKHL 37 (*R. v. Lambert*).

ming.²⁰⁹ De kritiek kwam er in wezen op neer dat de rechter de wet quasi had herschreven en daarmee het parlement buitenspel had gezet. De vrees begon post te vatten dat de lords wellicht nooit gebruik zouden maken van hun bevoegdheid om een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen. Elke zaak kon wel met de in *R. v. A.* gehanteerde redenering worden opgelost. De vraag is in hoeverre deze critici het gelijk aan hun kant hadden. Waren er inderdaad geen grenzen aan de rechterlijke taak bij het bieden van een remedie op basis van artikel 3 HRA? Toch wel.

De zaken leken heel anders te liggen in de zaak *Anderson*.²¹⁰ Ook deze zaak betrof de *Crime Sentences Act 1997*, die wij nog kennen van de *two strikes and you're out* regel. Anderson was *out* want hij was veroordeeld voor het plegen van twee moorden en had dientengevolge een levenslange gevangenisstraf gekregen. Artikel 29 van de wet bepaalde echter dat de minister van Binnenlandse Zaken kon besluiten tot vervroegde invrijheidstelling. Daartoe diende hij zowel de Lord Chief Justice, als de zaaksrechter te consulteren. In de zaak van Anderson besloot de minister om, ten nadele van de verzoeker, af te wijken van het advies van de beide rechters. De vraag die voorlag was of hier sprake was van een schending van het recht op een eerlijk proces, nu de minister als prominent onderdeel van het bestuur te beslissen had op een, doorgaans, typisch rechterlijk terrein. Unaniem waren de lords van oordeel dat van een schending sprake was. Even unaniem echter weigerden zij over te gaan tot conforme interpretatie van artikel 29. Men liet het bij een verklaring van onverenigbaarheid. Na *R. v. A.* kwam die weigering als een verrassing. Anderson had betoogd dat artikel 29 zodanig moest worden gelezen dat de minister uitsluitend in, voor de verzoeker gunstige zin, van het advies van de rechterlijke macht kon afwijken. De lords echter meenden dat een dergelijke modificatie niet in de tekst ingelezen kon worden. Lord Steyn, die in *R. v. A.* nog een vrij creatieve koers had gevaren, meende nu dat een dergelijke interpretatie '*inconsistent with the plain legislative intent*' zou zijn.²¹¹ Waar lag het verschil met *R. v. A.*?

Die vraag is moeilijk te beantwoorden. Zo is voor een relatieve buitenstaander moeilijk te beoordelen of het wettelijk stelsel in dit specifieke geval een uitweg bood zoals het dat deed in de kwesties van *R. v. A.* en *Offen*. In beide gevallen was er een uitzonderingsbepaling voorhanden, die er niet was in *Anderson*. Verschillende auteurs hebben niettemin getracht een lijn tussen beide uitspraken te trekken.²¹² Anderen meenden dat de lijn van *R. v. A.* met *Ander-*

209 Zie bijv. Gearty 2002, p. 254; Klug 2003, p. 129.

210 HL 25 november 2002 [2002] UKHL 46 (*R. v. Home Secretary, ex parte Anderson*).

211 *Ibid.*, per Lord Steyn, r.o. 59. Zie ook HL 14 maart 2002 [2002] UKHL (Re S.), waarin de lords unaniem oordeelden dat het Court of Appeal te ver was gegaan bij het inlezen van bevoegdheden in de *Children Act 1989*. Lord Nicholls meende in dat verband dat er een grens overschreden was, daar waar een '*fundamental feature*' van de wet in het geding is. Zie ook de bespreking van *Ghaidan v. Godin-Mendoza* hierna.

212 Zie bijv. Kavanagh 2009, p. 42-44 en 52-53.

son verlaten was.²¹³ Duidelijk is in elk geval dat, waar de lords in *R. v. A.* unaniem benadrukten dat 'legislative intent' niet de doorslag geeft onder artikel 3 HRA, zij in *Anderson* juist meenden van een artikel 3-interpretatie af te moeten zien vanwege de 'plain legislative intent'. Dat ging dan kennelijk de rechtsvormende rol van de rechter te buiten.

Dat was ook het geval in de geruchtmakende zaak *Bellinger v. Bellinger*.²¹⁴ Hier ging het om de vraag of de begrippen 'man' en 'vrouw' in de *Matrimonial Causes Act 1973* in de weg stonden aan een huwelijk waarin één van beide partners transseksueel was. Kort gezegd kwam het er op neer dat mevrouw Bellinger, echtgenote van mijnheer Bellinger, voor de bruiloft nog meneer was geweest en, biologisch gesproken, inmiddels zowel mannelijke als vrouwelijke kenmerken had. Artikel 11c van de genoemde wet verklaarde een huwelijk ongeldig tenzij gesloten tussen een man en een vrouw. De vraag die centraal stond was of mevrouw Bellinger, gegeven haar beroep op de artikelen 8 en 12 EVRM, moest worden aangemerkt als een vrouw, dan wel dat slechts moest worden vastgesteld dat de wet op dit punt met de Conventie onverenigbaar was. De lords kozen uiteindelijk voor deze tweede optie. De reden daarvoor was, anders dan in *Anderson*, niet gelegen in de duidelijke bedoeling van de wetgever, hoewel die duidelijk genoeg lijkt te zijn geweest. Zeker in het licht van zaken als *R. v. A.* en *Offen* was het mogelijk geweest de betekenis van de woorden 'man' en 'vrouw' subtiel te modificeren in de zin dat ook transseksuelen in deze dichotomie werden ingepast. De reden dat de lords daar niet toe overgingen, motiveerde Lord Nicholls met een verwijzing naar de complexe aard van de genderproblematiek:

'This would represent a major change in the law, having far reaching ramifications. It raises issues whose solution calls for extensive enquiry and the widest public consultation and discussion. Questions of social policy and administrative feasibility arise at several points, and their interaction has to be evaluated and balanced. The issues are altogether ill-suited for determination by courts and court procedures. They are pre-eminently a matter for Parliament, the more especially when the government, in unequivocal terms, has already announced its intention to introduce comprehensive primary legislation on this difficult and sensitive subject'.²¹⁵

Kort gezegd kwam de redenering van Lord Nicholls er op neer dat een herwaardering van de uitleg van de begrippen 'man' en 'vrouw' gevolgen zou hebben voor verschillende rechtsgebieden. Bovendien zou van de rechter gevraagd worden gevoelige en zowel wetenschappelijk als ethisch moeilijke vragen te beantwoorden, bijvoorbeeld over de vraag vanaf wanneer men van een 'vrouw' zou kunnen spreken. Lord Nicholls meende dat het hier voor de

213 Vgl. bijv. Turpin & Tomkins 2007, p. 64.

214 HL 10 april 2003 [2003] UKHL 21 (*Bellinger v. Bellinger*).

215 Per Lord Nicholls, r.o. 37.

hand lag dat dergelijke vragen bij gelegenheid van een integrale en vermoedelijk grootscheepse wetswijziging door het parlement zouden worden besproken. Een keuze van de rechter voor een bepaalde definitie zou, gelet op de beperkte omvang van het geding voor de rechter, al snel kunnen leiden tot een ongelijke behandeling van andere groepen. De conclusie die uit *Bellinger* getrokken kan worden is dat de rechter door artikel 3 HRA wel gelegitimeerd wordt om het recht dat in de wettekst besloten ligt door middel van interpretatie vergaand te wijzigen, maar dat hij daarvan beter kan afzien wanneer een dergelijke wijziging ingrijpende gevolgen zou hebben voor een geheel rechtsgebied. Daarbij zal ongetwijfeld ook een rol hebben gespeeld dat de regering inmiddels had aangekondigd een wetswijziging te zullen initiëren.

Met de bespreking van *Bellinger v. Bellinger* wordt dit overzicht van de belangrijkste vroege rechtspraak inzake artikel 3 HRA afgesloten. De conclusie laat de lezer enigszins in verwarring achter. Enerzijds lijkt uit zaken als *Offen* en *R. v. A.* te volgen dat de traditionele barrière tussen een legitieme en een illegitieme conforme interpretatie, namelijk de duidelijke bedoeling van de wetgever – het liefst blijkend uit de tekst van de wet, geslecht. In beide zaken prevaleert de presumptie dat het parlement de wettelijke regeling conform de Conventie heeft willen vormgeven. Hoewel *de facto* duidelijk is dat zulks op zijn minst twijfelachtig is, prevaleert de achterliggende gedachte van de HRA-wetgever dat recht moet worden gedaan aan de individuele klager, met andere woorden dat effectieve rechtsbescherming in de vorm van wetsuitleg moet worden geboden. Anderzijds illustreren zaken als *Anderson* en *Bellinger* dat deze argumentatie zeker niet altijd opgaat. Onmiddellijke effectieve rechtsbescherming moet soms wijken wanneer er andere overwegingen op het spel staan zoals, in *Bellinger* bijvoorbeeld, de coherentie van het recht als zodanig, of de rechten van anderen. *Bellinger* lijkt in dat kader wat gemakkelijker van de lijn van *Offen* en *R. v. A.* te onderscheiden. In beide laatstgenoemde zaken hoefde de rechter niet een, het gehele recht doortrekkende, beslissing te nemen die vrijwel zeker lastige vervolgvragen zou oproepen. In beide gevallen kon de conforme interpretatie naadloos worden ingepast in het wettelijk stelsel, ook al kreeg de wettelijke bepaling daarmee soms wel een betekenis die bijna tegengesteld was aan wat *Parliament* er ooit mee had bedoeld. Zo sloot in *R. v. A.* de bevoegdheid voor de rechter om te bepalen of bewijs moest worden toegelaten, aan bij de – voor de invoering van de YJCEA – reeds bestaande rechterlijke praktijk en hoefde daarvoor geen nieuwe procedures te worden opgezet. Net als de kwestie in *Offen* (de uitleg van de uitzonderingen op de 2 *Strikes and you're out* regel), betrof het bovendien een terrein dat van oudsher tot de expertise van de rechter wordt gerekend.²¹⁶

Moeilijker ligt het onderscheid tussen *R. v. A.* en *Offen* enerzijds en *Anderson* anderzijds. Hier lijkt sprake te zijn van regelrechte strijd tussen beide benade-

216 Zie Kavanagh 2009, p. 40-41.

ringen. In de eerstgenoemde beide zaken worden de bewoordingen en de *prima facie* bedoeling van de wetgever niet relevant geacht voor de vraag of een conforme uitleg mogelijk is. In *Anderson* wordt daarnaar nu juist expliciet verwezen om duidelijk te maken dat een conforme interpretatie er niet in zit. Wat het allemaal compliceert is dat zowel *R. v. A.* als *Anderson* uitspraken van de lords betroffen waarin zij unaniem waren. Bovendien werd *R. v. A.* in *Anderson* ook niet herroepen. De geesten scheidden zich na *Anderson* dan ook over de vraag welke benadering de voorkeur verdiende, en of beide benaderingen te combineren waren. In de, tot dusver, belangrijkste *leading case* inzake artikel 3 herformuleerden de lords hun rechtspraak en kozen zij ervoor beide lijnen te harmoniseren. Deze uitspraak *Ghaidan v. Godin-Mendoza* wordt nu besproken.

9.3.2.3 *Ghaidan v. Godin-Mendoza* en daarna

Op veel terreinen heeft de worsteling die de Britse maatschappij met kwesties als transseksualiteit en homoseksualiteit heeft doorgemaakt, invloedrijke en verstrekkende jurisprudentie nagelaten. *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, de belangrijkste zaak waar het de uitleg van artikel 3 HRA betreft, vormt daarop geen uitzondering.²¹⁷ Het ging in essentie om een huurkwestie. Onder de *Rent Act 1977* genoot de echtgenoot of echtgenote van een huurder een zekere bescherming in de zin dat hij of zij na de dood van de partner in kwestie de nieuwe wettelijke huurder werd. Maar het gesloten huwelijk was voor de toepasselijkheid van de regeling niet van doorslaggevend belang. Ook partners die in de desbetreffende woning samenleefden '*als waren zij de echtgenoot, respectievelijk de echtgenote van de oorspronkelijke huurder*' kwamen voor de bescherming in aanmerking. *In casu* woonde Juan Godin-Mendoza al een behoorlijk aantal jaren samen met zijn vriend Hugh Wallwyn-James toen deze in 2001 overleed. Ghaidan, de eigenaar en verhuurder van de woning, erkende Godin-Mendoza niet als de nieuwe huurder en zo belandden partijen na een lange procedure bij het House of Lords. De vraag die voorlag was of de zinsnede '*as his or her wife or husband*' geacht kon worden ook te slaan op personen die in een stabiele homoseksuele relatie met elkaar samenwoonden.

De preliminaire vraag die de lords te beantwoorden kregen was of de *Rent Act* zo op het eerste gezicht een schending opleverde van de artikelen 14 jo. 8 EVRM. Zij kwamen tot de conclusie dat dit het geval was. De wet maakte een, niet te rechtvaardigen, verschil tussen homo- en heteroseksuele stellen. De volgende vraag was of de bepaling op een verdragsconforme manier gelezen kon worden, of dat een verklaring van onverenigbaarheid eerder voor de hand lag. Twee obstakels lagen in dat kader op de route. In een eerdere zaak, in

217 HL 21 juni 2004 [2004] UKHL 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*).

2000, hadden de lords overwogen dat de termen '*husband and wife*' genderspecifiek waren. Zij konden niet in verband worden gebracht met homoseksuele stellen. Op dergelijke stellen had de wetgever, toen hij de *Rent Act* vormgaf, bovendien zeker niet het oog had gehad, zoveel was duidelijk. De vraag was of beide factoren door de sterke presumptie van artikel 3 HRA konden worden *overruled*. In meerderheid meenden de lords dat dit inderdaad het geval was. In zijn *lead-opinion* ging Lord Nicholls in op alle principiële kwesties die in de voorgaande jaren aan de orde waren geweest. Hij begon zijn analyse met de vaststelling dat artikel 3 HRA zelf niet vrij is van enige ambiguïteit:

'One tenable interpretation of the word 'possible' would be that section 3 is confined to requiring courts to resolve ambiguities. Where the words under consideration fairly admit of more than one meaning the Convention-compliant meaning is to prevail [...]. This is not the view which has prevailed. It is now generally accepted that the application of section 3 does not depend upon the presence of ambiguity in the legislation being interpreted. Even if, construed according to the ordinary principles of interpretation, the meaning of the legislation admits of no doubt, section 3 may nonetheless require the legislation to be given a different meaning. The decision of your Lordships' House in *R v A (No 2)* [2002] 1 AC 45 is an instance of this.' [...] From this it follows that the interpretative obligation decreed by section 3 is of an unusual and far-reaching character'.²¹⁸

Met andere woorden: Lord Nicholls onderstreept het bijzondere karakter van artikel 3 HRA en sluit aan bij de lijn die Lord Steyn al in *R. v. A* had uitgestippeld: 'Section 3 may require the court to depart from this legislative intention, that is, depart from the intention of the Parliament which enacted the legislation'. De vraag is alleen: hoe ver gaat die plicht? De mogelijkheden voor de rechtspraak zijn niet zo onbeperkt als zij op basis van *R. v. A*. leken. Dat benadrukt Lord Nicholls wanneer hij aan het cruciale onderdeel van zijn overweging toekomt:

'Parliament, however, cannot have intended that in the discharge of this extended interpretative function the courts should adopt a meaning inconsistent with a fundamental feature of legislation. That would be to cross the constitutional boundary section 3 seeks to demarcate and preserve. Parliament has retained the right to enact legislation in terms which are not Convention-compliant. The meaning imported by application of section 3 must be compatible with the underlying thrust of the legislation being construed. Words implied must, in the phrase of my noble and learned friend Lord Rodger of Earlsferry, 'go with the grain of the legislation'. Nor can Parliament have intended that section 3 should require courts to make decisions for which they are not equipped. There may be several ways of making

218 *Per* Lord Nicholls, r.o. 28-30.

a provision Convention-compliant, and the choice may involve issues calling for legislative deliberation'.²¹⁹

De overweging is wat lang om integraal te citeren, maar het is van belang dat toch te doen. Zij is de basis geworden voor alle verdere rechtspraak waarin artikel 3 HRA tot dusver is toegepast. Een aantal elementen in de overweging vallen op. De betekenis die middels toepassing van artikel 3 HRA door de rechter aan de wettelijke regeling wordt toegekend mag niet in strijd zijn met een 'fundamental feature' van de wetgeving in kwestie. Dat was bijvoorbeeld het geval in een eerdere zaak, *Re S.*, maar ook in de al eerder genoemde zaak *Anderson*.²²⁰ Het grote verschil tussen *Anderson* enerzijds en *R. v. A.* anderzijds is dus dat een conforme interpretatie in het ene geval in strijd kwam met een 'fundamental feature' van de wetgeving, en in het andere geval niet. Die redenering is lastig te volgen. Waarom zou er in *R. v. A.* geen sprake zijn geweest van aanpassing van de kerngedachte achter de wet? Of dat verschil in de praktijk hanteerbaar is, kan hier overigens achterwege blijven. Duidelijk is dat wetgeving als zij conform wordt uitgelegd, verenigbaar moet blijven met 'the underlying thrust of the legislation' en 'the grain of the legislation'. Dit is in wezen een democratisch argument voor een beperkte mate van respect voor de bedoeling van het parlement. Die bedoeling kan uit de bewoordingen van de wet blijken, maar noodzakelijk is dat niet. Zij kan ook impliciet uit de bepaling blijken. Zolang de fundamentele basisgedachte (de 'fundamental feature', of 'thrust' van de wetgeving) maar wordt gerespecteerd.

Deze regel is niet de enige beperking op de mogelijkheid tot conforme uitleg van de wet. Zoals wij bij *Bellinger* zagen kan het ook zijn dat de rechter meent dat hij de expertise of de praktische mogelijkheden mist om een integrale modificatie van het wettelijk stelsel door te voeren. Ook in dat geval, zo zegt Lord Nicholls in *Ghaidan*, is een *declaration* eerder op zijn plaats dan een poging de wettelijke bepaling conform te interpreteren. Maar onder deze titel schaaft Lord Nicholls *en passant* ook een nieuwe beperkingsgrond: er kunnen verschillende mogelijkheden zijn om de bepaling conform het EVRM vorm te geven en de keuze tussen die mogelijkheden *kan* er een zijn voor de wetgever. Let wel: *kan* er een zijn ('and the choice may involve issues calling for legislative deliberation'). De rechter dient hier een afweging te maken tussen zijn eigen mogelijkheden om een keuze uit de verschillende opties te maken, en de wenselijkheid om dat aan het parlement over te laten. Bij deze afweging dient hij een zeker respect ('deference') te tonen voor de wetgever.²²¹ Uit dat respect vloeien verschillende gezichtspunten voort. Kavanagh onderscheidt er drie: institutionele competentie, expertise en democratische legitimatie. Bij het

219 *Ibid.*, r.o. 33.

220 HL 25 november 2002 [2002] UKHL 46 (*R. v. Home Secretary, ex parte Anderson*); HL 14 maart 2002 [2002] UKHL (*Re S.*).

221 Zie Kavanagh 2009, p. 182-183.

afwegen van elk van deze gezichtspunten met de plicht tot conforme interpretatie doet zich steeds een spanning voor tussen de taak van de rechter om zorg te dragen voor effectieve rechtsbescherming en diens verantwoordelijkheid het rechtssysteem coherent en werkzaam te houden. Geen van de gezichtspunten, inclusief het rechtsbeschermingsargument, kan dan ook de doorslag geven. Steeds moet per geval worden bezien hoe effectief de rechtsbescherming kan zijn in het concrete geval, hoezeer daar behoefte aan is, en welke schade wordt aangericht aan andere belangen zoals de rechtseenheid en de rechtszekerheid.²²²

9.3.2.4 Resumerend

Het model van *Ghaidan* is de leidraad geworden voor latere zaken.²²³ De benadering is na *Ghaidan* niet meer aangepast, al bestaat daarover in de literatuur een enkele keer discussie.²²⁴

Het model komt er, kort samengevat, op neer dat wetgeving conform kan worden uitgelegd, ongeacht de vraag of een dergelijke uitleg zich niet helemaal verdraagt met de bewoordingen van de wet of de impliciet duidelijk blijkende bedoeling van de wetgever. Artikel 3 HRA wijkt in die zin af van het regime dat gold voor invoering van de HRA. De bepaling, bezien in samenhang met de overige bepalingen van het stelsel dat met de HRA is ingevoerd, dwingt de rechter tot een bijzonder sterke presumptie van verenigbaarheid. Deze presumptie kan vrijwel uitsluitend opzij worden gezet wanneer het parlement besluit iets expliciet in strijd met de HRA te regelen.

Dat gezegd hebbend zijn de bewoordingen en de impliciet blijkende bedoeling van de wetgever wel van belang voor de vraag of de EVRM-conforme uitleg een '*fundamental feature*' van de wet aantast. Is dat het geval, dan wordt van een dergelijke uitleg afgezien en gekozen voor een verklaring van onverenigbaarheid. Een dergelijke route dient ook te worden gevolgd wanneer de voorgenomen conforme interpretatie kwesties oproept die het parlement beter kan oplossen omdat het daarvoor de juiste expertise, capaciteiten of legitimatie bezit. Binnen die categorie kunnen twee gevallen worden onderscheiden. Ten eerste de situatie dat een wettelijke regeling zodanig ingrijpend gewijzigd moet worden dat daarvoor een integrale aanpak vereist is. Ten tweede de situatie dat zich verschillende EVRM-conforme interpretaties voordoen. In dat laatste geval dient de rechter zich de vraag te stellen of hij wel aangewezen is om deze keuze te maken.

²²² Vgl. o.m. Kavanagh 2009, p. 167-210.

²²³ Dat was bijvoorbeeld het geval in HL 14 oktober 2004 [2004] UKHL 43 (*Sheldrake v. DPP*); HL 5 mei 2005 [2005] UKHL 30 (*R. v. IRC, ex p. Wilkinson*), per Lord Hoffmann, r.o. 18.

²²⁴ Vgl. bijv. Van Zyl Smit 2007, die meent dat de lijn van *Ghaidan* in *Wilkinson* subtiel is genuanceerd. Zie echter ook Kavanagh 2009, p. 95, die daar anders over denkt.

De vraag dringt zich op naar de doeltreffendheid van artikel 3 HRA. Is conforme interpretatie een voldoende effectieve constitutionele remedie om het EVRM te handhaven? In hoofdstuk 3 bleek reeds dat de vraag naar de effectiviteit van de, hierna nog te behandelen, onverenigbaarverklaring in een reeks zaken aan de orde is geweest. Beduidend minder aandacht is er geweest voor de interpretatieve verplichting van artikel 3. Dat is in zekere zin merkwaardig, nu de Britse rechter pas aan een verklaring van onverenigbaarheid toe kan komen wanneer hij op alle mogelijke manieren heeft getracht de wettelijke bepaling conform het EVRM uit te leggen. Nu de Britse rechter zich in veel zaken bereid toont open te staan voor een dergelijke uitleg, is het vanuit Straatsburgs perspectief de vraag of niet van klagers moet worden verwacht dat zij eerst op nationaal niveau trachten de rechter te verleiden tot een, met het EVRM verenigbare, uitleg van de wettelijke bepaling in kwestie.

Zoals wij al in hoofdstuk 3 zagen, leek de Vierde Kamer van het Hof in *Upton t. Verenigd Koninkrijk* daar wel op aan te sturen. Het Hof verklaarde toen de klacht van Timothy Upton niet-ontvankelijk omdat hij zijn procedure voor de Britse rechter niet had doorgezet.²²⁵ Het Hof zadelde zichzelf daarmee wel met een nieuwe taak op, namelijk om per geval te beoordelen of een beroep op artikel 3 HRA voor de klager in de nationale procedure een redelijke kans op succes met zich zou brengen.²²⁶ In een latere zaak omzeilde het Hof deze netelige kwestie door de klacht wegens kennelijke ongegrondheid af te doen.²²⁷ Het feit echter, dat het Hof het niet eenvoudig laat bij een verwijzing naar zijn rechtspraak omtrent de verklaring van onverenigbaarheid, laat zien dat het Hof de interpretatieve verplichting onder artikel 3 HRA zeker serieus neemt. Niettemin is de effectiviteit van het rechtsmiddel ook in dit geval begrensd. Het gebruik ervan door de Britse rechter is, zoals wij reeds zagen, afhankelijk van een aantal factoren, zoals wetgevingstechniek en de constitutionele gevoeligheid van het rechtsterrein in kwestie.

9.3.3 De verklaring van onverenigbaarheid (artikel 4 HRA)

Zoals al kort werd uiteengezet in het inleidende deel van deze paragraaf is de verhouding tussen de artikelen 3 en 4 HRA een precaire. Artikel 4 is in deze relatie soms de grote broer, soms het kleine zusje. De verklaring van onverenigbaarheid wordt zowel voor de constitutionele uitvinding van de eeuw gehouden, als voor een verkapte vorm van de bevoegdheid om wetgeving te vernieti-

225 EHRM 11 april 2006, no. 29800/04.

226 Zie tevens: Uzman 2008, p. 1028-1029.

227 EHRM 4 november 2008, no. 4479/06 (*Courten v. United Kingdom*).

gen.²²⁸ En dan hebben wij het nog niet over die auteurs gehad die het instrument als in het geheel géén instrument beschouwen en haar alleen maar zien als een erkenning dat het bieden van rechtsherstel de rechterlijke taak te buiten gaat.²²⁹ Hier wordt ingegaan op drie verschillende aspecten van de verklaring van onverenigbaarheid. Eerst wordt ingegaan op de rechtsgevolgen van de onverenigbaarverklaring. Hoe moeten wij de verklaring, in het licht van de politieke gevolgen ervan, duiden? In dat kader komt ook de vraag aan de orde hoe de verklaring in de praktijk heeft gewerkt. Vervolgens komt de vraag aan de orde in welke gevallen de rechter de verklaring uitspreekt. Gedeeltelijk hebben wij deze vraag hiervoor ook al behandeld in het kader van de conforme interpretatie. Aangezien de rechter bij het uitoefenen van de bevoegdheid tot het uitspreken van een onverenigbaarverklaring enige discretie heeft, dient die vraag ook vanuit het perspectief van artikel 4 worden gezien.

9.3.3.1 *De bevoegdheid tot het uitspreken van de verklaring*

Artikel 4 HRA kent een limitatief aantal rechters de bevoegdheid toe om ten aanzien van formele wetgeving een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen. Deze rechters zijn opgesomd in artikel 4 lid 5 en omvatten, naast het Supreme Court onder andere de Judicial Committee van de Privy Council, de Courts-Martial Appeal Court, en in Engeland en Wales zowel het Court of Appeal als het High Court. Lagere rechters zoals tribunalen of *Magistrates Courts* kennen de bevoegdheid niet. Lukt het hen niet om uitvoering te geven aan de, ook voor hen geldende, plicht om wetgeving verdragsconform uit te leggen, dan zullen zij de wetgeving moeten toepassen als ware deze verenigbaar met de Conventie. In beroep bij één van de hogere gerechten bestaat dan de mogelijkheid tot een dergelijke verklaring.

Overweegt een rechter tot een verklaring van onverenigbaarheid over te gaan, dan dient hij de Kroon daarvan in kennis te brengen (artikel 5 HRA). De Kroon heeft vervolgens de mogelijkheid zich als partij in het geding te voegen. (lid 2 van artikel 5). Voorts heeft de Kroon de bevoegdheid om, in strafrechtelijke kwesties, bij het Supreme Court in beroep te gaan tegen een verklaring van onverenigbaarheid. Dit onderstreept het constitutionele karakter van de Human Rights Act.

228 Exponenten van de eerste, positief gestemde, school betreffen Campbell 2001, en Gearty 2006. Tot de tegenovergestelde school kunnen worden gerekend: Kavanagh 2009, p. 417-418, Elliott 2002, en Lord Hoffmann, 'Human Rights and the House of Lords', *Modern Law Review* 1999, p. 159-160.

229 Zo bijvoorbeeld Feldman 2004, p. 979.

9.3.3.2 De rechtsgevolgen van de verklaring

Zoals gezegd is het belangrijkste kenmerk van de verklaring van onverenigbaarheid dat deze geen effect heeft op de geldigheid van de wetgeving in kwestie en geen rechten of plichten schept ten aanzien van de partijen in het geding. Artikel 4 lid 6 verheft dat boven twijfel. Bovendien schept de verklaring, zoals wij hiervoor reeds zagen, evenmin een grondslag voor schadevergoeding. Nu artikel 6 HRA slechts het, met het EVRM onverenigbare, handelen van *public authorities* onrechtmatig verklaart, en de formele wetgever van dat begrip is uitgesloten, heeft de remediebepaling van artikel 8 HRA eenvoudigweg geen betrekking op wetgeving. In wezen is de onverenigbaarverklaring niets anders dan een formele uitnodiging aan kabinet en parlement om de strijdige wetgeving nog eens onder de loep te nemen.²³⁰ De verantwoordelijke minister kan besluiten niets te doen, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat de klager in de procedure met een klacht naar Straatsburg gaat. De minister kan ook besluiten een reguliere wetsprocedure in gang te zetten teneinde de wetgeving geamendeerd te krijgen. In specifieke gevallen is de minister ook bevoegd om, gebruikmakend van artikel 10 HRA, een zogenaamde '*remedial order*' uit te vaardigen. Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt is de *remedial order* een buitengewoon zonderling instrument. Zij maakt het mogelijk dat formele wetgeving (de hogere regeling) bij ministeriële regeling (de lagere regeling) gewijzigd wordt. Niettemin wordt de *remedial order*, vanwege het karakter van de wijzigingswetgeving in kwestie, doorgaans niet voor bezwaarlijk gehouden.²³¹ Van de *remedial order* kan uitsluitend gebruik worden gemaakt als er geen beroepsmogelijkheden tegen de verklaring van onverenigbaarheid meer openstaan. De minister moet in dat geval bovendien aan het parlement duidelijk maken waarom er zwaarwegende redenen zijn om deze route te volgen in plaats van de gebruikelijke wetgevingsprocedure. Omdat de procedure het langdurige wetgevingstraject omzeilt, wordt zij ook wel met de term '*fast-track procedure*' aangeduid.

Zoals gezegd is de verklaring van onverenigbaarheid uitdrukkelijk niet bedoeld als instrument om het de rechter mogelijk te maken wetgeving buiten toepassing te laten, onverbindend te verklaren of te vernietigen. Integendeel. Met de verklaring als aanvulling op de plicht tot conforme interpretatie werd beoogd tegemoet te komen aan het beginsel van parlementaire soevereiniteit. Vandaar ook de uitdrukkelijke vermelding dat de verklaring de geldigheid van de wet niet aantast. Zoals hiervoor al werd aangehaald, is door verschillende auteurs inmiddels bepleit dat de verklaring tot meer in staat is dan zo op het eerste gezicht het geval lijkt.²³² Dat heeft te maken met de feitelijke wer-

²³⁰ Vgl. Feldman 2002, p. 91.

²³¹ *Ibid.*

²³² Campbell 2001; Gearty 2006.

king van de verklaring in de praktijk. Daarover nu wat meer. Om te beginnen met enkele cijfers.

In de periode vanaf de inwerkingtreding tot januari 2009 werden in totaal 26 verklaringen van onverenigbaarheid door Britse rechters afgegeven.²³³ Daarvan bleven er uiteindelijk zeventien in stand. De rest werd in hoger beroep vernietigd. Tien van deze verklaringen werden gevolgd door een reguliere wetwijziging. In acht van die tien gevallen was de gewijzigde wet op 21 januari 2009 ook daadwerkelijk van kracht. Slechts één verklaring werd door een *remedial order* gevolgd. In drie gevallen was de wijzigingsprocedure reeds afgesloten op het moment dat de verklaring werd uitgesproken. Slechts drie verklaringen waren nog niet door wijzigingswetgeving gevolgd op 21 januari 2009. In één geval was de regering bezig met consultaties hoe de onverenigbaarheid het beste op te heffen. In de overige twee gevallen hield de regering de kwestie nog in beraad.²³⁴

Deze cijfers van het Britse ministerie van Justitie laten zien dat de wetgever op vrijwel elke verklaring gereageerd heeft met wijzigingswetgeving. Het is deze praktijk waarop de Britse regering in Straatsburg met enige trots wijst. Geen enkele uitspraak was aanleiding voor de wetgever om te benadrukken dat hij wettelijk niet verplicht is om actie te ondernemen. Deze houding is door verschillende auteurs zo uitgelegd dat er weliswaar geen formele plicht bestaat tot amendement, maar dat de politieke prijs van weigering zodanig hoog is dat in de praktijk van zulk verzet geen sprake is.²³⁵ Kavanagh merkt bovendien op dat het niet navolgen van de *declaration* voor de burger een vrijwel zekere gang naar Straatsburg betekent. Wanneer de burger in Straatsburg gelijk krijgt – en met een verklaring van de Britse rechter in de hand is die kans buitengewoon groot – dan hoort het Verenigd Koninkrijk een schending tegen zich uitspreken. Afgezien van de politieke en internationale blamage die dat zou betekenen, zou de wetgever vervolgens volkenrechtelijk verplicht worden om de schending te verhelpen.²³⁶ Kavanagh meent daarom dat regering en parlement ook in juridisch opzicht niets bij een weigering de wet aan te passen te winnen hebben. Elliott trekt uit een soortgelijke redenering vervolgens de conclusie dat de rechtspraak *de facto* de bevoegdheid heeft de wetgever te bevelen de wet aan te passen.²³⁷ Een dergelijk bevel kan in de praktijk zeer ver gaan. De rechter stelt immers niet slechts vast dat de wetgeving in kwestie in strijd is met de Conventie, hij legt doorgaans ook de eisen van de Conventie in een verklaring vast. In die zin heeft de rechter, zij het in beperkte

233 Zie daaromtrent het rapport van het ministerie van Justitie, te raadplegen via de website: www.justice.gov.uk/docs/responding-human-rights-judgments.pdf.

234 *Ibid.*, p. 41.

235 Zie de bijdrage van Lord Hoffmann ('Human Rights and the House of Lords', *Modern Law Review* 1999, p. 159-160). Voorts: Ewing 1999, p. 92.

236 Kavanagh 2009, p. 283-285.

237 Elliott 2002, p. 348.

mate, ook enige invloed op de inhoud van de nieuwe wetgeving.²³⁸ In die zin is het verschil tussen het onverbindend verklaren, respectievelijk het buiten toepassing laten van de wet, en het enkel onverenigbaar verklaren buitengewoon relatief van aard.

Merkwaardig genoeg is de hiervoor uiteengezette redenering niet alleen door de literatuur, maar ook door de Britse regering omarmd. Zoals wij in hoofdstuk 2 zagen betoogde de Britse regering in Straatsburg immers in het kader van de interpretatie van artikel 35 EVRM, dat de verklaring werkt als een mechanisme dat remedies genereert.²³⁹ Deze houding is van enig belang in de Britse constitutionele context. Zij kan ertoe bijdragen dat op termijn een conventie gaat ontstaan waarbij het als staatsrechtelijk correct wordt beschouwd om verklaringen van onverenigbaarheid te laten volgen door wijzigingswetgeving. Zo ver is het momenteel echter nog niet.

Hoezeer de verklaring van onverenigbaarheid en de onverbindendverklaring ook op elkaar lijken, er blijven belangrijke verschillen tussen beide bestaan. Dergelijke verschillen hebben Feldman ertoe gebracht te betogen dat het bij de verklaring niet werkelijk om een remedie gaat.²⁴⁰ Het belangrijkste verschil is ontegenzeggelijk dat de individuele klager in de procedure voor de rechter niet onmiddellijk profiteert van zijn processuele succes. Het is zelfs hoogst onzeker of hij überhaupt wel profiteert van de wetswijziging. In sommige gevallen is een mensenrechtenschending immers niet terug te draaien, en tot het uitkeren van schadevergoeding is de wetgever op basis van artikel 4 HRA in elk geval niet verplicht. In de zaak van *Bellinger v. Bellinger* bijvoorbeeld, sprak het House of Lords uit dat de *Matrimonial Causes Act* in strijd met het EVRM was door het huwelijk van de beide Bellingers te erkennen. Hun huwelijk was daardoor ongeldig en dat veranderde pas nadat een uitgebreide wetgevingsprocedure was doorlopen.²⁴¹

9.3.3.3 In welke gevallen kiest de rechter voor een onverenigbaarheidsverklaring?

Wat de onverenigbaarheidsverklaring ook inhoudt, rechter en wetgever zijn het er over eens dat het gaat om een '*measure of last resort*'. Deze zinsnede viel tijdens de parlementaire behandeling van de Human Rights Act en is sindsdien op gezette tijden in rechterlijke uitspraken teruggekeerd.²⁴² Dat betekent dat het toepassingsbereik van de onverenigbaarverklaring afhankelijk is van de toepasbaarheid van een conforme uitleg op basis van artikel 3 HRA. In weerwil van deze retoriek, demonstreerde Lord Steyn in zijn opinie voor *Ghaidan v.*

238 Kavanagh 2009, p. 285-286.

239 Vgl. bijv. EHRM 12 december 2006, no. 13378/05 (*Burden & Burden t. Verenigd Koninkrijk*).

240 Feldman 2004, p. 979.

241 HL 10 april 2003 [2003] UKHL 21 (*Bellinger v. Bellinger*).

242 Vgl. House of Commons (Committee Stage), *Hansard*, HC, 3 juni 1998, col. 422. Voorts bijv. HL 21 juni 2004 [2004] UKHL 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*), per Lord Steyn, r.o. 38.

Godin-Mendoza dat de Britse rechtspraak in 2004 vaker naar het middel van de verklaring greep, dan dat zij wetgeving conform het EVRM interpreteerde.²⁴³ Ondanks het imago van rechterlijk activisme dat sinds *R. v. A.* aan de Britse rechter kleefde, had deze toch last van enige schroom om zich te zeer een rechtsvormende rol aan te meten. Hoe zat het eigenlijk met het primaat van het interpretatieve mandaat? Het is moeilijk dergelijke cijfers te interpreteren, vooral omdat zij zich slechts over een relatief korte periode uitstrekten. Het kan heel goed zijn dat de gevonden zaken zich eenvoudigweg in meerderheid niet leenden voor conforme interpretatie.

Duidelijk is wel dat het uitgangspunt van de wetgever dat eerst de mogelijkheid van conforme interpretatie dient te worden onderzocht, nog altijd staat. Een en ander ligt ten grondslag aan het wettelijk stelsel van de HRA.²⁴⁴ Uitsluitend wanneer conforme interpretatie onmogelijk is, dan kan worden gedacht aan een onverenigbaarverklaring. De keuze uit beide instrumenten is dan ook een gelijkwaardige: rechters zijn *verplicht* om conform te interpreteren, het uitspreken van een verklaring van onverenigbaarheid is een discretionaire bevoegdheid. Daarbij speelt ook de overweging van effectieve rechtsbescherming weer een rol.²⁴⁵ Zoals gezegd is de verklaring immers slechts van beperkte waarde voor de klager in het voorliggende geschil. Toch zijn er argumenten denkbaar om in sommige gevallen waarin een conforme interpretatie denkbaar is, toch te besluiten tot een verklaring van onverenigbaarheid. Dat is wel bepleit door voorstanders van de zogenaamde dialoogtheorie, die inhoudt dat aan de HRA de gedachte ten grondslag ligt dat zoveel mogelijk sprake dient te zijn van een dialoog tussen de staatsmachten.²⁴⁶ Zo meent Klug dat de HRA niet bedoeld is om rechters het laatste woord te geven in kwesties waarin de zaken nog enigszins onbepaald zijn.²⁴⁷ Kavanagh op haar beurt gaat daar tegenin en wijst er op dat ook interpretatie een kwestie van dialoog is, waarbij het zeker niet zo is dat het laatste woord steeds bij de rechter berust.²⁴⁸ Bovendien wijst zij er op dat de dialoogtheoretici doorgaans over het hoofd zien dat een belangrijk doel van de HRA nu juist was om meer en effectievere rechtsbescherming te bieden tegen schendingen, onder andere door de wetgever.²⁴⁹ Terecht haalt zij de zaak van *Godin-Mendoza* aan, die bij een verklaring van onverenigbaarheid niets te winnen had gehad. In dat geval was hij immers zijn huis kwijtgeraakt. Het was, zo stelt Kavanagh, een schrale troost voor hem geweest dat de uitspraak die hem niet kon baten, gelegitimeerd werd op basis van het feit dat daarmee de dialoog tussen rechter

243 HL 21 juni 2004 [2004] UKHL 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*), per Lord Steyn, r.o. 39.

244 Zie de artikelen 3 en 4 HRA.

245 Kavanagh 2009, p. 124. Zie tevens HL 31 oktober 2007 [2007] UKHL 46 (*Home Secretary v. MB*), per Lady Hale, r.o. 73.

246 Zie in dat verband bijv. Klug 2001, p. 370.

247 *Ibid.*

248 Kavanagh 2009, p. 129-130.

249 *Ibid.*, p. 130-131.

en wetgever – en daarmee van het politieke proces als geheel – werd verbeterd.²⁵⁰

Waar het in wezen op neer komt is daarom dat de rechtspraak bij de beslissing of een conforme interpretatie nog mogelijk is, mee zal wegen welke gevolgen het weigeren van deze remedie heeft voor de klager. In de zaak van Juan Godin-Mendoza was het belang relatief groot. Dat was ook het geval in *R. v. A.*, waar het ging om een mogelijke – en ernstige – strafrechtelijke veroordeling. Minder groot was het belang in *Bellinger* echter. Weliswaar bleef het huwelijk van de Bellingers ongeldig, zij hadden na verloop van tijd de mogelijkheid om opnieuw in de echt te treden. Beschouwt men de zaken die de revue hiervoor zijn gepasseerd opnieuw met deze kennis in het achterhoofd, dan lijken veel van de verschillen en overeenkomsten plotseling beter te verklaren. Die verschillen worden nóg beter te verklaren wanneer men er een nieuwe factor bij betreft en dat is de inschatting die de rechter maakt van de haalbaarheid van een adequate politieke reactie op de verklaring van onverenigbaarheid. Kavanagh heeft recentelijk betoogd dat deze factor in de rechtspraak een aanzienlijk gewicht lijkt te krijgen.²⁵¹ Wanneer bijvoorbeeld wijzigingswetgeving reeds aanhangig is gemaakt, is de rechter minder bereid tot een conforme interpretatie en kiest hij eerder voor een verklaring. De beslissingen van de lords in respectievelijk *Bellinger* en *Anderson* lijken dat te illustreren.²⁵² En omgekeerd is de bereidwilligheid groter om tot een conforme interpretatie te komen wanneer de rechtspraak vreest voor een matige bereidheid van het parlement om de wet aan te passen. Kavanagh meent dat dit een factor van belang is geweest in *R. v. A.*, waar het immers een wet betrof die het parlement net, onder grote maatschappelijke druk, tot stand had gebracht. De theorie van Kavanagh is uiteraard niet van enige speculatie gespeend. Toch biedt zij een interessant perspectief op de Britse rechtspraak omtrent remedies. Het is zeker niet ondenkbaar dat overwegingen zoals zij die schetst op de achtergrond een rol spelen. Daarbij speelt mee, zoals Kavanagh ook naar voren brengt, dat de rechter enerzijds de taak heeft voor een effectieve rechtsbescherming zorg te dragen – hetgeen de verantwoordelijkheid met zich brengt om in te schatten of de klagers ook iets van de wetgever te verwachten hebben – en anderzijds dat hij een speler is in een proces dat langzaam tendeert richting de vorming van een conventie dat verklaringen van onverenigbaarheid doorgaans worden opgevolgd. Het 'over de schutting gooien' van onverenigbare wetgeving zonder acht te slaan op de vraag of het parlement ook wat met de problematiek kan, past in elk geval niet bij die rol.²⁵³

250 *Ibid.*, p. 131.

251 Kavanagh 2009, p. 133-137.

252 HL 10 april 2003 [2003] UKHL 21 (*Bellinger v. Bellinger*); HL 25 november 2002 [2002] UKHL 46 (*R. v. Home Secretary, ex parte Anderson*).

253 Kavanagh 2009, p. 136.

9.4 UITGELEIDE

In het Verenigd Koninkrijk heeft zich een evolutie voltrokken op het gebied van de rechterlijke bescherming van grondrechten. Sommigen spreken ook wel van een revolutie. Het Britse stelsel wordt traditioneel sterk gekenmerkt door de doctrine van parlementaire soevereiniteit, inhoudend dat het Westminster parlement bevoegd is om op elk gewenst terrein een wet met elke gewenste inhoud te maken. Bovendien is rechterlijke toetsing van dergelijke wetgeving traditioneel uit den boze. Los van het beginsel van parlementaire suprematie, is in de Britse rechtsorde ook steeds een stevige afkeer geweest van het concept mensenrechten. De burger had nu eenmaal de vrijheid om alles te doen en te laten zolang hij daarmee maar niet in conflict kwam met de wet of de *common law*. Beide ankerpunten van het Britse recht zijn de afgelopen decennia onder druk komen te staan. Met name de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EG/EU en het EVRM zijn daarbij van belang geweest. In tegenstelling tot de relatief loyale samenwerking tussen de Britse staatsinstellingen en de EG, is de verhouding tussen het Britse recht en de Conventie lange tijd moeizaam geweest. Dat daarin in de negentiger jaren verandering is gekomen heeft veel te maken met een dreigende revolutie onder, met name, de rechterlijke macht die in de loop der tijd instrumenten had ontwikkeld om de Conventie te effectueren, maar daarbij steeds vaker tegen grenzen aanliep.

Met de invoering van de Human Rights Act 1998 is getracht effectieve grondrechtenbescherming te verbinden aan de doctrine van parlementaire soevereiniteit. Dit verstandshuwelijk krijgt met name vorm op het terrein van de beschikbare constitutionele remedies bij wetgeving die in strijd met het EVRM blijkt te zijn. Veruit de belangrijkste remedie betreft de plicht voor alle overheidsorganen, de rechtspraak voorop, om wetgeving conform de Conventie uit te leggen. Rechters hebben deze plicht aangegrepen om verder te gaan dan zij ooit gingen bij de uitleg van wetgeving. De bewoordingen van de wet en de *prima facie* bedoeling van de wetgever zijn niet langer leidend bij de wetsinterpretatie. Conforme interpretatie is slechts onmogelijk wanneer zij in strijd zou zijn met een *fundamental feature* van de wetgeving in kwestie, wanneer de rechter verschillende conforme interpretaties ten dienste staan bij de uitleg van de wet, of wanneer de schending zodanig diep ingrijpt in het wettelijk stelsel dat een integrale wijziging nodig is.

Is conforme uitleg niet mogelijk dan bezit de rechter een discretionaire bevoegdheid tot het uitspreken van een verklaring van onverenigbaarheid. Deze verklaring tast echter de geldigheid van de wet in kwestie niet aan. Wel is door verschillende auteurs betoogd dat deze verklaring in de praktijk werkt als een bevel tot wetgeving waar de wetgever, om politieke en juridische redenen, niet anders kan dan gevolg aan geven. Niettemin is een belangrijk nadeel van de verklaring dat effectieve rechtsbescherming ten aanzien van de klager zelf doorgaans uitblijft. Betoogd is wel dat de rechter daarom bij de beslissing conform te interpreteren, dan wel een verklaring uit te spreken,

rekening houdt met de persoonlijke situatie van de klager en de waarschijnlijkheid van rechtsherstel bij de wetgever.

