Universiteit Leiden
The Netherlands

Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlands materiële bestuursrecht

Barkhuysen, T.

Citation
Barkhuysen, T. (2004). Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlands materiële bestuursrecht. In *VAR-reeks / Vereniging voor Administratief Recht* (pp. 7-113). Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/12673

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/12673

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

Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht

Mr. T. Barkhuysen[*]

1	**Inleiding**	**11**
1.1	Een casus	11
1.2	De casus als opmaat voor dit preadvies	15
1.3	Het EVRM en het Nederlandse recht	16
1.4	Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht	18
1.5	Het onderwerp van dit preadvies: vraagstelling, afbakening en plan van behandeling	19
2	**Het EVRM en de werking daarvan in de Nederlandse rechtsorde: een algemene introductie**	**22**
2.1	Inleiding	22
2.2	Ontstaan en inhoud van het EVRM	23
2.2.1	Ontstaan	23
2.2.2	Inhoud	24
2.3	Het internationale toezicht op de naleving van het EVRM	26
2.3.1	Hoofdlijnen	26
2.3.2	Procedure	27
2.3.3	De toekomst van het EHRM	29
2.4	De ontwikkeling van het EVRM en de belangrijkste leerstukken die de werking van het verdrag bepalen	30
2.4.1	De ontwikkeling van het EVRM	30
2.4.2	De uit het EVRM als verdrag voortvloeiende verplichtingen: rechtswerking en het voorzien in nationale rechtsmiddelen	31
2.4.3	De reikwijdte van de bescherming	34
2.4.4	Interpretatie van het verdrag	37
2.4.5	Beperking van de verdragsrechten	39

* Tom Barkhuysen is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Hij dankt Anna Collignon, student-assistent bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de genoemde universiteit, voor haar ondersteuning bij het verzamelen van het benodigde materiaal. Verder is hij veel dank verschuldigd aan zijn collega's en met name aan Evert Alkema, Michiel van Emmerik, Janneke Gerards, Annemieke Hendrikse en Jaap Polak. De tekst van dit preadvies – dat mede is geschreven in het kader van de onderzoeksprogramma's 'Securing the Rule of Law in Multilevel Jurisdictions' en 'Geschillenbeslechting' van het Leidse E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek – is afgerond op 11 februari 2004.

2.4.6 Toetsing door het EHRM: de 'margin of appreciation' van de verdragsstaten en de wens geen 'vierde instantie' te zijn 41
2.5 De doorwerking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde 45
2.5.1 Introductie 45
2.5.2 Het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak als onderdeel van het Nederlandse recht 46
2.5.3 De toepassing van het EVRM als rechtsnorm in het bestuursrecht 48
2.6 De tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in Nederland 49
2.7 Het EVRM en andere grond- en mensenrechtencatalogi 51
2.8 Conclusie 53

3 Voor het materiële bestuursrecht relevante rechtsnormen vanuit Straatsburgs perspectief bezien 56
3.1 Inleiding 56
3.2 Artikel 2: recht op leven 57
3.3 Artikel 3: verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen 58
3.3.1 Geweld door derden 58
3.3.2 Uitzetting van vreemdelingen 59
3.4 Artikel 5: recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid 60
3.5 Artikel 6: recht op een eerlijk en openbaar proces 61
3.5.1 Toepassingsbereik 61
3.5.2 Relevante rechtsnormen 62
3.6 Artikel 7: legaliteitsvereiste bij het opleggen van straffen 64
3.7 Artikel 8: recht op eerbiediging van privé-leven, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie 65
3.7.1 Milieu 65
3.7.2 Wonen en bouwen 66
3.7.3 Bijzondere (medische) voorzieningen voor gehandicapten en transseksuelen 67
3.7.4 Toezicht, handhaving en dataopslag 68
3.7.5 Toelating en uitzetting van vreemdelingen 69
3.8 Artikel 9: vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst 70
3.9 Artikel 10: vrijheid van meningsuiting 71
3.10 Artikel 11: vrijheid van vereniging en vergadering 72
3.11 Artikel 1 EP: bescherming van eigendom 73
3.11.1 Algemeen 73
3.11.2 Autonome en ruime interpretatie eigendomsbegrip 74
3.11.3 Beperking 76
3.11.4 Extra waarborgen bij ontneming van eigendom 78
3.11.5 De 'margin of appreciation' 78
3.11.6 Recapitulatie 79
3.12 Artikel 2 EP: recht op onderwijs en vrijheid van onderwijs 79
3.13 Artikel 2 VP: bewegingsvrijheid 80
3.14 Artikel 14 en het Twaalfde Protocol: verbod van discriminatie 81
3.14.1 Beschermingsbereik 81

3.14.2 Beperkingsmogelijkheden 83
3.14.3 Het Twaalfde Protocol 84
3.15 Conclusie 85

4 Het EVRM en het Nederlandse materiële bestuursrecht: implicaties en beoordeling toepassingspraktijk 88
4.1 Inleiding 88
4.2 Implicaties 88
4.3 Potentiële meerwaarde EVRM 91
4.4 Enkele aspecten van de toepassingspraktijk geschetst en beoordeeld 93
4.4.1 Introductie 93
4.4.2 Algemeen beeld wetgever, bestuur, rechter en rechtshulpverlening 93
4.4.3 Bijzondere aandacht voor de rechter 96
4.4.4 Bijzondere aandacht voor de verhouding met het EHRM 101
4.5 Conclusie 102

5 Slotbeschouwing: de betekenis van het EVRM mede in het licht van actuele en toekomstige ontwikkelingen 105

Stellingen 109

Lijst van verkort aangehaalde literatuur 111

1 Inleiding

> 'Bestudeert men de tekst van de Awb, dan lijkt het wel of alles eigenlijk wel kan, als het maar netjes en volgens de voorgeschreven procedures gebeurt. Dat zou een gevaarlijke misvatting zijn: de bescherming van grondrechten betekent juist dat sommige dingen niet kunnen, dwz. helemaal niet.' (T. Koopmans)[1]

1.1 Een casus

Eind 1986 vonden in het kader van het mededingingstoezicht bij een aantal Franse ondernemingen (Colas Est e.a.) invallen plaats. Daarbij werden – zonder toestemming van de ondernemingen – diverse bedrijfsruimten betreden en duizenden documenten in beslag genomen waaruit het bestaan van verboden prijsafspraken bleek. De betrokken ondernemingen, voornamelijk actief in de wegenbouw, kregen naar aanleiding daarvan forse boeten opgelegd door de Franse mededingingsautoriteit. De invallen vonden – in overeenstemming met het destijds geldende Franse recht – plaats zonder voorafgaande rechterlijke machtiging.

In de nationale beroepsprocedures gericht tegen de boeteoplegging beriepen de ondernemingen zich onder meer op de onrechtmatigheid van het verkregen bewijs, omdat naar hun mening het ontbreken van voorafgaande rechterlijke machtiging voor de invallen in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM. Deze bepaling beschermt onder meer het recht op respect voor de woning, ook wel het huisrecht genoemd. De stelling van de ondernemingen werd echter tot in hoogste nationale instantie verworpen. Volgens de Franse rechters konden rechtspersonen, anders dan natuurlijke personen, aan dat huisrecht geen bescherming ontlenen.

In de daaropvolgende procedure voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) – waar naast natuurlijke personen op grond van artikel 34 EVRM ook private rechtspersonen klachten kunnen indienen tegen verdragsstaten – vonden de ondernemingen echter wel gehoor. Het Hof volgde niet het betoog van de Franse regering dat de bescherming van artikel 8 EVRM alleen zou gelden voor natuurlijke personen, een betoog dat overigens mede was gebaseerd op eerdere jurisprudentie van het EHRM en het Hof van Justitie van de EG (HvJ EG). In afwijking van deze jurisprudentie kwam het EHRM, onder verwijzing naar het dynamische karakter van het EVRM, tot de conclusie dat 'het tijd is' om te erkennen dat onder

1. T. Koopmans, Staatsrecht, bestuursrecht, Awb. Een poging tot synthese, in: Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, Staatsrechtconferentie 1998, Deventer 1999, p. 193-201 op p. 194.

omstandigheden ook private rechtspersonen zelfstandig aanspraak kunnen maken op de bescherming van het huisrecht als neergelegd in artikel 8 EVRM, zonder echter te specificeren welke omstandigheden dit betreft. De invallen vormden volgens het Hof een inmenging in dit huisrecht en het was de vraag of die op grond van de beperkingsclausule van artikel 8 lid 2 EVRM kon worden gerechtvaardigd. De combinatie van ruime bevoegdheden aan de zijde van de Franse autoriteiten en het ontbreken van rechterlijk toezicht voorafgaand aan het onderzoek en supervisie van een politiefunctionaris tijdens het onderzoek, was uiteindelijk voor het Hof doorslaggevend om in zijn uitspraak van 16 april 2002 aan te nemen dat de Franse regeling gevaar voor willekeur inhield en tot de conclusie te komen dat artikel 8 EVRM was geschonden.[2]

De Franse wetgeving hoefde na deze uitspraak niet meer te worden aangepast. Reeds eind jaren tachtig van de vorige eeuw was in de Franse regeling voor het zonder toestemming van de rechthebbende betreden van bedrijfsruimten – in lijn met de regeling voor het betreden van privé-ruimten – de eis opgenomen van een voorafgaande rechterlijke machtiging en supervisie tijdens het onderzoek. Dit wordt door het EHRM ook aangegeven in de uitspraak in de zaak Colas Est. Niet uitgesloten kan worden dat dit gegeven heeft meegespeeld bij de oordeelsvorming door het EHRM en ook invloed heeft gehad op de intensiteit waarmee de Franse regering zich heeft verweerd tegen de klacht van de ondernemingen.

De huidige Nederlandse regels met betrekking tot het betreden van bedrijfsruimten gaan uit van de veronderstelling dat private rechtspersonen géén bescherming kunnen ontlenen aan het huisrecht. Artikel 12 van de Grondwet waarin het huisrecht is vastgelegd en de mede daarop gebaseerde Algemene wet op het binnentreden (Awbi) kennen alleen bescherming toe aan een 'woning', waaronder wordt verstaan de ruimte waarin zich het privé-huiselijk leven van een natuurlijk persoon afspeelt.[3] Datzelfde geldt ook voor de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Op grond van artikel 5:15 Awb is een (ingevolge artikel 5:11 Awb bij of krachtens wettelijk voorschrift aangewezen) toezichthouder bevoegd elke plaats te betreden met uitzondering van een woning wanneer de bewoner daarvoor geen toestemming geeft. Voor het zonder toestemming betreden van bedrijfsruimten is daarmee – anders dan voor woningen – in Nederland geen voorafgaande rechterlijke machtiging nodig. Dit geldt ook voor de opsporingsfase, wanneer er sprake is van een concrete verdenking van een strafbaar feit.[4]

Gelet hierop is door verschillende schrijvers de vraag opgeworpen of het Nederlandse recht op dit punt niet zou moeten worden aangepast aan de nieuwe eisen op

---

2. EHRM 16 april 2002, Colas Est e.a. t. Frankrijk. Voor de vindplaatsen van gepubliceerde EHRM-uitspraken en eventuele annotaties zij verwezen naar de bijlage opgenomen aan het einde van dit VAR-reeksdeel. Alle uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen van het EHRM en voor een deel die van de inmiddels opgeheven Europese Commissie voor de Rechten van de Mens zijn overigens via het uitstekende Hudoc-zoeksysteem te vinden op de website van het Hof: <www.echr.coe.int>.
3. Zie daarover C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer 2001, p. 432-434; P.A.M. Mevis & T. Blom, Commentaar artikel 12 Grondwet, in: A.K. Koekkoek (red.), De Grondwet, Een artikelsgewijs en systematisch commentaar, Deventer 2000, p. 184-191.
4. Zie hierover specifiek voor het mededingingstoezicht nader o.a. P.J.M. Koning & N.U.N. van den Heuvel-Kien, Formeel mededingingsrecht, Bestuursrechtelijke aspecten van uitvoering en handhaving van de Mededingingswet, Den Haag 2000, p. 133-163.

grond van het EVRM.[5] Dit mede in reactie op het standpunt van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), ingenomen enkele maanden na de uitspraak inzake Colas Est, dat onverkort vast zou kunnen worden gehouden aan de Nederlandse regeling.[6] Van regeringszijde is op deze in de literatuur opgeworpen vraag nog geen duidelijk antwoord gegeven. Na een lange periode van stilzwijgen is pas in het kabinetsstandpunt met betrekking tot de evaluatie van de Mededingingswet – tussen de regels door – aandacht geschonken aan de uitspraak van het EHRM in de zaak Colas Est. Aangegeven wordt dat in het kader van de aanpassing van de Mededingingswet, die ertoe zou moeten strekken de NMa de bevoegdheid te geven om naast bedrijfsruimten – hetgeen al is toegestaan – ook woningen te betreden zonder toestemming van de rechthebbende, ook zou 'moeten worden bezien wat de betekenis is van het arrest Colas Est van het EHRM, mede in samenhang met het arrest Roquette Frères van [het] HvJ EG (HvJ EG 22 oktober 2002) voor de waarborgen die ondernemingen aan het huisrecht van artikel 8 EVRM kunnen ontlenen'.[7] Het HvJ EG reageerde met laatstgenoemde uitspraak snel op de nieuwe jurisprudentielijn van het EHRM. Omdat ook het EG-recht met betrekking tot het betreden van bedrijfsruimten in het kader van het mededingingstoezicht ervan uitging dat het huisrecht niet zou gelden voor rechtspersonen en dat daarom voor het betreden van bedrijfsruimten geen rechterlijke machtiging nodig zou zijn, heeft het HvJ EG in zijn uitspraak inzake Roquette Frères voor de nationale autoriteiten die in het kader van het EG-mededingingstoezicht optreden, de ruimte gecreëerd om rekening te houden met de bijzondere waarborgen die kunnen voortvloeien uit de uitspraak in de zaak Colas Est.[8]

Met het voorgaande is overigens niet gezegd dat de uitspraak van het EHRM alom lovend is ontvangen. Er was kritiek op de onduidelijkheid van het arrest: wat wordt nu bedoeld met de 'bijzondere omstandigheden' waaronder rechtspersonen aanspraak kunnen maken op bescherming van artikel 8 EVRM en welke eisen gelden er dan precies? Ook werd betoogd dat het Hof te ver zou zijn gegaan met de weinig gemotiveerde dynamische uitleg van het verdrag, waardoor uiteindelijk de beschermende kracht daarvan in gevaar zou kunnen komen. In dat verband heeft Tak de vraag opgeworpen of 'rechtspersonen nu echt niet beschermd kunnen worden zonder aan hen fundamentele mensenrechten toe te kennen'.[9]

Ondertussen heeft een aantal Nederlandse notarissen dat is geconfronteerd met mededingingsonderzoek, wel geprobeerd de rechter te verleiden een uitspraak te doen over de vraag of de huidige Nederlandse regeling en praktijk EVRM-conform is. De Rechtbank Rotterdam was in een bodemzaak van mening dat dit het geval is en overwoog daartoe het volgende:

---

5. Vgl. G. van der Wal, Het kantoor als woning, NTER 2002, p. 191-194; O.J.D.M.L. Jansen in zijn noot onder de uitspraak in AB 2002, 277; Dommering in zijn noot onder de uitspraak in NJ 2003, 452; T. Barkhuysen, Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van artikel 8 EVRM?, NTB 2002, p. 236-241.
6. Besluit D-G NMa 16 december 2002, 3152/22 inzake Groenewoud.
7. Evaluatie Mededingingswet, Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1, p. 24.
8. HvJ EG 22 oktober 2002, Roquette Frères SA, C-94/00, EHRC 2002, 103 m.nt. H.L. Janssen, M&M 2002, p. 275 e.v., m.nt. Kranenborg, NJ 2003, 453 m.nt. Mok.
9. A.Q.C. Tak in zijn noot onder de uitspraak in NJCM-Bulletin 2003, p. 37-44.

> ‘(…) Verweerder heeft terecht aangevoerd dat ambtenaren van verweerder krachtens artikel 5:15 van de Awb over een wettelijke bevoegdheid beschikken bedrijfsruimten, met uitzondering van een woning, ook zonder toestemming te betreden. De handhaving van de Mw behoort tot de doelstellingen die volgens artikel 8, tweede lid, van het EVRM een inmenging op de rechten van artikel 8, eerste lid van het EVRM kunnen rechtvaardigen. Het beroep dat eisers doen op artikel 8 van het EVRM en in het bijzonder op het arrest Colas Est e.a. vs Frankrijk (…), kan derhalve niet slagen (…).’[10]

Al enige tijd daarvoor had de voorzieningenrechter van de Sector Civiel van de Rechtbank Den Haag een soortgelijke klacht voorgelegd gekregen van een grote bouwonderneming die voorwerp was geweest van NMa-onderzoek zonder voorafgaande rechterlijke machtiging. In zijn uitspraak werd – zonder nadere motivering en onder de algemene restrictie dat toewijzing van de vordering alleen aan de orde zou kunnen zijn wanneer de onrechtmatigheid van het handelen buiten redelijke twijfel zou zijn – het volgende overwogen:

> ‘(…) 4.15. HBG heeft betoogd dat nu de ambtenaren van de NMa niet beschikten over een rechterlijke machtiging, hun optreden ook reeds om die reden onrechtmatig was. Dit betoog faalt, nu in het voorgaande is geoordeeld dat de ambtenaren bij het onderzoek zijn gebleven binnen de grenzen van hetgeen in artikel 5:15 Awb is bepaald en dat artikel de eis van een rechterlijke machtiging niet stelt. Ook de overige grondslagen van de vordering leiden niet tot een ander oordeel. Aan de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende verplichtingen is in voldoende mate voldaan (…).’[11]

Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven was ook al eerder geconfronteerd met een verwijzing naar de Colas-uitspraak, maar in de betreffende zaak was niet direct de rechtsvraag aan de orde naar de verenigbaarheid van de regeling voor het betreden van bedrijfsruimten met het EVRM. Het College kon daarom het volgende overwegen:

> ‘(…) Voor zover appellante bedoeld zou hebben te verwijzen naar de uitspraken van bedoeld Hof in de zaken van 16 december 1992 (Niem[i]etz vs Duitsland), 30 maart 1989 (Chappel vs Engeland) en 14 april 2002 (Colas Est vs Frankrijk) dient te worden opgemerkt dat blijkens deze arresten en met name blijkens het arrest van 14 april 2002 [bedoeld is 16 april; TB] (rechts)personen aan artikel 8 EVRM onder omstandigheden bescherming kunnen ontlenen tegen het binnentreden van bedrijfsruimten, maar dat in deze arresten geen aanknopingspunt is te vinden dat artikel 8 EVRM reeds thans in het geval van het opvragen van inlichtingen aan bedrijven, waarbij binnentreden van bedrijfsruimten geen enkele rol speelt, de door appellante bepleite bescherming biedt (…).’[12]

Tot zover de stand van zaken op het moment van het schrijven van dit preadvies. Het zal duidelijk zijn dat over de aan de orde zijnde kwestie nog niet het laatste woord is gezegd. Zowel van de zijde van de rechter als de wetgever en wellicht het bestuur kan

---

10. Rb. Rotterdam, Sector Bestuursrecht, 18 juni 2003, LJN-nr. AH9702.
11. Voorzieningenrechter Rb. Den Haag, Sector Civiel Recht, 9 april 2003, AB 2003, 199 m.nt. OJ, KG 2003, 117.
12. CBB 28 maart 2003, LJN-nr. AF7150.

nog bemoeienis worden verwacht. Ook is niet uitgesloten dat een Nederlandse onderneming zich tot het EHRM zal wenden indien het gebruik van de beschikbare nationale rechtsmiddelen niet tot het gewenste resultaat – de vaststelling van een schending van artikel 8 EVRM – zou leiden.

1.2 De casus als opmaat voor dit preadvies

Dat een einduitkomst nog ontbreekt, is met het oog op dit preadvies geen probleem: de hiervoor beschreven casus is vooral opgenomen nu daaruit zo duidelijk blijkt hoe sterk tegenwoordig de verwevenheid c.q. vervlechting is tussen het EVRM en het nationale recht.[13] Er is – ook op het terrein van het bestuursrecht – sprake van een 'Multilevel Jurisdiction', waarin nationaal recht, het EVRM en EG-recht interfereren en waaruit voor alle daarbij betrokken actoren bijzondere problemen voortvloeien. Een uitspraak van het EHRM in een Franse zaak dwingt de Nederlandse rechter, wetgever en het bestuur zich te buigen over de vraag of deze al dan niet noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht en de praktijk met betrekking tot het betreden van bedrijfsruimten. Verder blijkt het EVRM ook een grote invloed te hebben op het voor Nederland belangrijke EG-recht.[14] De casus roept ook veel vragen op, bijvoorbeeld naar de status van het EVRM ten opzichte van het nationale recht. Is Nederland ook gehouden een uitspraak van het EHRM in een Franse zaak te volgen? Zijn de rechtsoverwegingen van het Hof daarvoor niet te specifiek op de betreffende Franse casus afgestemd? Hoe is de rolverdeling tussen rechter, wetgever en bestuur bij de implementatie van het EVRM? En hoe moet de wijze waarop de betrokken Nederlandse rechters het beroep op artikel 8 EVRM afwijzen, worden beoordeeld? Wordt daarbij – juist gelet op hetgeen het EHRM heeft overwogen in de zaak Colas Est – niet te kort door de bocht gegaan? Het gegeven dat kritiek mogelijk is op de vergaande dynamische interpretatie door het Hof in de zaak Colas Est en het feit dat Frankrijk zich wellicht minder intensief heeft verweerd vanwege een eerdere aanpassing van de regelgeving, roepen eveneens de vraag op of Nederland niet op grond van artikel 36 EVRM als derde-partij had moeten interveniëren in de procedure voor het EHRM. Had Nederland niet op die manier moeten proberen de internationale rechtsvorming te beïnvloeden door te wijzen op de afwijkende Nederlandse regeling en de argumenten voor het niet-toekennen van het huisrecht aan rechtspersonen?

Stuk voor stuk belangrijke vragen die in de loop van dit preadvies, al dan niet concreet toegespitst op de zaak Colas Est, aan de orde zullen komen. Zover is het echter nog niet. Eerst volgen nog enkele inleidende opmerkingen over het EVRM en het Nederlandse (bestuurs)recht en over het onderwerp van dit preadvies.

---

13. Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, Vervlechting van rechtsordes, NJB 1999, p. 981-986.
14. Zie over het belang van het EG-recht o.m. de preadviezen van E. Steyger, R.J.G.M. Widdershoven en A.W.H. Meij, Europees recht en het Nederlands bestuursrecht, VAR-reeks 116, Alphen aan den Rijn 1996.

1.3 Het EVRM en het Nederlandse recht

Toen Nederland op 4 november 1950 het EVRM ondertekende, waarna het door middel van ratificatie op 31 augustus 1954 voor Nederland in werking trad,[15] bevroedde men niet dat het verdrag ooit nog eens zo'n belangrijke rol zou gaan spelen als blijkt uit de voorgaande casus. Hoewel de regering er niet helemaal gerust op was en tijdens de onderhandelingen – grotendeels vergeefs – had gepoogd de tekst van het verdrag af te zwakken, werd ervan uitgegaan dat het EVRM geen praktische betekenis zou hebben voor Nederland. Men achtte het onvoorstelbaar dat er in Nederland schendingen van mensenrechten zouden voorkomen en men zag het verdrag dan ook vooral als een duidelijke uitspraak tegenover de totalitaire landen in Europa waar van de waarborging van rechten en vrijheden geen sprake zou zijn.[16]

Tot ver in de jaren zeventig van de vorige eeuw bleek de inschatting dat het EVRM in Nederland geen rol van betekenis zou spelen juist, hoewel in de literatuur de aandacht toenam en daarin ook werd gewezen op de potentiële betekenis van het verdrag.[17] Waar er al een beroep werd gedaan op het EVRM, toonde de Nederlandse rechter zich afhoudend.[18] Uit deze beginperiode stamt een aantal anekdotes – door Myjer opgetekend – die dit treffend illustreren.[19] Om te beginnen een constatering van de hoogleraar Samkalden:

> 'Dat een beroep op de Conventie van Rome bij onze rechters een grote populariteit geniet, kan worden betwijfeld. Een advocaat in een onzer grote steden heeft mij eens verteld dat een dergelijk beroep bij zijn rechtbank niet aan te raden is. De rechtbank meent blijkbaar, dat met zulke chicanes alleen slechte zaken verdedigd kunnen worden.'[20]

Ook illustratief is een uitspraak van de kantonrechter te Den Helder, die er in een zaak waarin een beroep op het EVRM werd gedaan, niet in slaagde vonnis te wijzen binnen de door artikel 345 van het Wetboek van Strafvordering voorgeschreven termijn van twee weken. Ter rechtvaardiging daarvan stelde hij het volgende:

> '(…) dat bij de voorbereiding van het vonnis evenwel is gebleken, dat noch ter griffie van het Kantongerecht te Den Helder, noch ter griffie of ten parkette van de Rechtbank te Alkmaar een exemplaar van het Verdrag van Rome, d.d. 4 november 1950, aanwezig was,

---

15. Het verdrag werd op 4 november 1950 te Rome ondertekend (in het Palazzo Barberini) en de tekst is bekend gemaakt in Trb. 1951, 154; een herziene vertaling is bekend gemaakt in Trb. 1990, 156. De goedkeuring voor Nederland vond plaats bij Wet van 28 juli 1954, Stb. 1954, 335. Zie voor de ratificatiegegevens Trb. 1954, 151.
16. Zie daarover Y.S. Klerk & L. van Poelgeest, Ratificatie à contre-coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het individueel klachtrecht, RM Themis 1991, p. 220-246.
17. Vgl. een viertal preadviezen over de betekenis van het EVRM uit die tijd: A.J.P. Tammes & D.J. Veegens, Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en het nationale recht, Preadviezen NVIR, Mededelingen NVIR, nr. 43, Deventer 1960; D.H.M. Meuwissen & E.A. Alkema, De Europese Conventie en het Nederlandse recht, Preadviezen NVIR, Mededelingen NVIR, nr. 73, Deventer 1976.
18. Vgl. P. van Dijk, De houding van de Hoge Raad jegens verdragen inzake de rechten van de mens, in: B. Baardman e.a. (red.), De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, Zwolle 1988, p. 173-209.
19. Zie B.E.P. Myjer, Bij een vijftigste verjaardag, Aantekeningen over het 'Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden' en de Nederlandse strafrechtspleging (oratie VU), Nijmegen 2001, p. 9.
20. I. Samkalden, De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en haar doorwerking, Internationale Spectator 1964, p. 672-673.

zodat deze onmisbare studiebron van het Ministerie van Justitie uit 's-Gravenhage moest worden betrokken en Wij op grond daarvan voor wat betreft de niet-naleving van artikel 345 lid 3 Wetboek van Strafvordering een beroep op overmacht menen te mogen doen.'[21]

Zelfs medio jaren zeventig van de vorige eeuw kon Leijten nog de volgende toekomstvoorspelling doen:

'Het Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens is zo vaag en houdt binnen die vaagheid nog zoveel slagen om de arm, dat wij wel volslagen tot barbarij zullen moeten zijn vervallen, voor iemand er – alle directe werking ten spijt – met succes een beroep op kan doen en zijn we eenmaal barbaren geworden, dan trekken we ons zelfs van het Verdrag niets meer aan.'[22]

Hoe kan het dan, zult u zich afvragen, dat anno 2004 de VAR haar jaarvergadering geheel kan wijden aan het thema 'De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht' en daarover zelfs vier preadviseurs hun licht kan laten schijnen? Een en ander natuurlijk in de veronderstelling dat er over dit thema voldoende valt te melden.

Voor de groeiende betekenis van het EVRM na de aangeduide beginperiode kan als meest belangrijke verklarende factor worden aangewezen dat de vaagheid ervan – waarop Leijten in het voorgaande citaat wijst – door het EHRM en door de destijds eveneens toezichthoudende Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) is benut door aan de verschillende verdragsbepalingen een veel ruimere uitleg te geven dan in de beginperiode werd verwacht. Tegelijkertijd nam ook het aantal uitspraken van het EHRM toe en al gauw bleek dat het EVRM betekenis had ten aanzien van minder excessieve situaties en daarmee ook voor ontwikkelde westerse landen als Nederland. Onder invloed van de jurisprudentie van het EHRM werd het EVRM bekender en couranter in de rechtspraktijk en ging ook de Nederlandse rechter meer en meer toepassing geven aan het EVRM, daarbij gesteund door een toenemende positieve belangstelling voor het verdrag in de literatuur.[23] Een ontwikkeling die nog eens werd versterkt toen bleek dat ook Nederland in de ogen van het EHRM niet altijd in overeenstemming handelde met het EVRM. Een eerste veroordeling volgde in de zaak Engel e.a. t. Nederland, waarin het Hof vaststelde dat bepaalde onderdelen van het militaire tuchtrecht niet voldeden aan de procedurele vereisten van artikel 6 EVRM.[24]

Mede onder invloed van de almaar uitdijende nationale en internationale jurisprudentie heeft het EVRM zich vervolgens in de loop van de jaren kunnen ontwikkelen

21. Kantongerecht Den Helder 24 december 1968, Verkeersrecht 1969, 20.
22. J.C.M. Leijten, Het fluorideringsarrest, in: H.U. Jesserun d'Oliveira e.a. (red.), 't Exempel dwinght, Zwolle 1975, p. 314.
23. Vgl. over deze periode met nadere verwijzingen o.a. E.A. Alkema en P.J. Baauw, Advocaat en mensenrechten, Preadviezen voor de Nederlandse Orde van Advocaten 1981, Advocatenblad 1981, p. 297 e.v.; P. van Dijk, E.P. Von Brucken Fock, E.M.H. Hirsch Ballin en E.J. Dommering, Artikel 6 EVRM, Preadviezen NJV, Handelingen NJV 1983-I, Deventer 1983; E.A. Alkema, Toepassing van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens in Nederland, Preadvies voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985.
24. EHRM 8 juni 1976, Engel e.a. t. Nederland.

tot een verdrag waarvan algemeen wordt onderkend dat het een vergaande invloed heeft op alle onderdelen van de Nederlandse rechtsorde. Onder invloed van het EVRM zijn, bijvoorbeeld, delen van het personen- en familierecht ingrijpend gewijzigd, hetgeen ook geldt voor het straf(proces)recht.[25]

1.4 Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht

Ook in het Nederlandse bestuursrecht heeft het EVRM de afgelopen twintig jaar een steeds belangrijkere plaats ingenomen, waarbij de aandacht vooral is uitgegaan naar de betekenis van artikel 6 EVRM voor de inrichting van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In de literatuur – ook in de bestuursrechtelijke handboeken – is aan deze 'procedurele invloed' van met name artikel 6 EVRM ruim aandacht besteed. Daarbij kan worden gedacht aan onderwerpen als de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bestuursrechter, de redelijke termijn, de motiveringsverplichting van de rechter, de toets door de rechter van een deskundigenrapport enzovoort. De aandacht voor deze procedurele aspecten verbaast niet omdat het EHRM juist op dit terrein richtinggevende uitspraken heeft gedaan in zaken tegen Nederland en tegen andere verdragsstaten en deze uitspraken in bepaalde gevallen ook noopten tot aanpassing van het Nederlandse recht.[26] Van deze uitspraken dient in ieder geval die in de zaak Benthem t. Nederland te worden genoemd.[27] In deze – volgens Verheij voor het Nederlandse bestuursrecht meest belangrijke – EHRM-uitspraak werd geconcludeerd dat het Kroonberoep niet voldeed aan de eisen van onafhankelijke rechtspraak als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM. De uitspraak leidde direct tot de afschaffing van het Kroonberoep, luidde de neergang in van het administratief beroep en vormde de opmaat tot een nog steeds niet afgeronde ingrijpende reorganisatie van de bestuursrechtspraak.[28]

Nog relatief onderbelicht is echter de vraag naar de rol die het EVRM speelt op de meer inhoudelijke terreinen van het bestuursrecht, terwijl deze rol – mede onder invloed van meer recente jurisprudentie van het EHRM – juist groter lijkt te worden. Dit laatste blijkt, bijvoorbeeld, uit de hiervoor geschetste Colas Est-casus. Ook het arrest van de Hoge Raad in de zaak over de herstructurering van de varkenshouderij – waarin varkensboeren zich met een beroep op het door het EVRM beschermde eigendomsrecht trachtten te verweren tegen een inkrimping van hun veestapel – is een aanwijzing voor het bedoelde toenemende belang van het EVRM.[29] Als voorbeeld kan

---

25. Een goed beeld daarvan kan voor de diverse onderdelen van het recht worden verkregen door raadpleging van de navolgende vanwege het NJCM-Bulletin uitgegeven bundels: 40 jaar EVRM (red. A.W. Heringa, J. van der Velde & J.G.C. Schokkenbroek, Leiden 1990), 45 jaar EVRM (eindred. A.W. Heringa & E. Myjer, Leiden 1995) en 50 jaar EVRM (red. R.A. Lawson & E. Myjer, Leiden 2000). Vgl. ook E.A. Alkema, H.A. Groen, P.J. Wattel en J. Nayé, De reikwijdte van fundamentele rechten, Preadviezen NJV, Handelingen NJV 1995-I, Deventer 1995; R.A. Lawson, De internationale rechter en de Nederlandse rechtsorde, Preadvies NJV, Handelingen NJV 1999-I, Deventer 1999, p. 1-132.
26. Zie daarover – met literatuur- en jurisprudentieverwijzingen – o.a. nader T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, 50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in: 50 jaar EVRM, p. 327-408.
27. EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland.
28. N. Verheij, De toegang tot de rechter in het bestuursrecht, in: 50 jaar EVRM, p. 183-201.
29. HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB, JB 2002, 2 m.nt. AWH, NJ 2002, 469 met noten TK en EAA; met noot van J.E.M. Polak (waarin nadere literatuurverwijzingen) ook reeds opgenomen in de AB-Klassiek, Deventer 2003, p. 448-459.

voorts worden gewezen op de uitspraak van de Rechtbank Den Haag over de aansprakelijkheid van de gemeente Enschede en de Staat voor de Enschedese vuurwerkramp. Daarin vindt een uitgebreide toetsing plaats aan materiële bepalingen van het EVRM (artikel 2 EVRM, dat het recht op leven beschermt, artikel 8 EVRM, dat het privéleven beschermt, en artikel 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het EVRM, dat het eigendomsrecht beschermt) om te bepalen of er al dan niet onrechtmatig is gehandeld door de betrokken overheden.[30] Waar echter, bijvoorbeeld, in de algemene bestuursrechtelijke handboeken uitgebreid aandacht wordt besteed aan de procedurele betekenis van artikel 6 EVRM, wordt de betekenis van de diverse bepalingen van het EVRM voor het materiële bestuursrecht vaak slechts aangestipt. De overige bestuursrechtelijke literatuur, ook die met betrekking tot de bijzondere delen van het bestuursrecht, laat een meer divers beeld zien, maar ook daarin is de aandacht voor de materiële effecten van het EVRM vaak relatief beperkt en weinig structureel.[31] J.E.M. Polak noemt de toenemende invloed van onder meer het EVRM op het materiële bestuursrecht een verwaarloosd aspect van de in Nederland door de Commissie-Van Kemenade aangezwengelde juridiseringsdiscussie, zonder daarmee overigens een waardeoordeel te willen uitspreken over deze ontwikkeling.[32] Daarvoor had Scheltema al gewezen op de voortschrijdende 'internationalisering van het bestuursrecht' (waarmee hij ook doelde op het materiële bestuursrecht) en het belang daaraan serieuze aandacht te besteden.[33] Geconstateerd kan dus worden dat de betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht in de literatuur relatief onderbelicht is gebleven, terwijl die betekenis wel in veel actuele discussies aan de orde is.

1.5 Het onderwerp van dit preadvies: vraagstelling, afbakening en plan van behandeling

Deze laatste constatering brengt ons bij het onderwerp van deze VAR-jaarvergadering en meer in het bijzonder dit preadvies, namelijk de vraag naar de betekenis van het EVRM voor het Nederlandse materiële bestuursrecht. De keuze voor dit onderwerp ligt temeer voor de hand omdat het bijna 55-jarige EVRM nog nooit eerder in de 65-jarige historie van de VAR centraal heeft gestaan in de preadviezen. Het bestuur van de VAR heeft gekozen voor een behandeling van dit onderwerp via een algemeen preadvies en drie preadviezen die op een bijzonder onderwerp ingaan. Dit preadvies moet worden gezien als het algemene preadvies dat tevens een inleiding vormt tot de drie

30. Rb. Den Haag, Sector Civiel Recht, 24 december 2003, LJN-nr. AO0997.
31. Zie daarover nader hoofdstuk 4 van dit preadvies. Daarbij geldt het vreemdelingenrecht overigens als uitzondering. Vgl. m.b.t. dat laatste rechtsgebied bijv. de recente bundel Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1974-2003, onder eindredactie van T.P. Spijkerboer, Nijmegen 2004, waarin veel opgenomen uitspraken het EVRM betreffen. Ook in het NTB-themanummer over bestuursrecht en grondrechten besteden diverse auteurs aandacht aan de invloed van grondrechten op het materiële bestuursrecht (NTB 1990, p. 193-232). Zie over het EVRM in dit themanummer vooral A.F.M. Brenninkmeijer, De doorwerking van het internationale recht, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, op het gebied van het bestuursrecht, NTB 1990, p. 209-216.
32. J.E.M. Polak, Nationaal bestuursrecht in een internationale context, Over verwaarloosde aspecten bij de discussie over de juridisering van het openbaar bestuur, NJB 2003, p. 266-272. Vgl. ook H.J. Simon, Signalen uit Straatsburg, in: R.M. van Male e.a. (red.), Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag 2003, p. 367-397.
33. M. Scheltema, Internationalisering van het bestuursrecht, Verwachting, NTB 1998, p. 167.

hiernavolgende meer bijzondere preadviezen over de betekenis van het EVRM voor het handhavingsrecht, het economisch bestuursrecht en het omgevingsrecht.[34]

De vraag die in dit algemene preadvies centraal staat, is welke betekenis het EVRM heeft voor het Nederlandse materiële bestuursrecht. Het 'bestuursrecht' zal daarbij in brede zin worden begrepen als – kort gezegd – 'het recht dat de overheid die zich actief bemoeit met de samenleving het daarvoor nodige juridische instrumentarium biedt; en tegelijkertijd het recht dat de leden van de samenleving invloed op en bescherming tegen deze zich met hen en hun omgeving bemoeiende overheid moet geven'.[35] De term 'materieel bestuursrecht' zal zo worden begrepen dat geen expliciete aandacht wordt besteed aan de betekenis van typisch procedurele conventierechten als de artikelen 6 en 13 EVRM voor de inrichting van het systeem van rechtsbescherming (daarover is zoals gezegd al veel geschreven). Ook zal geen aandacht worden geschonken aan formeel procesrechtelijke vraagstukken. Dit betekent echter niet dat procedurele kwesties in het geheel niet zullen worden behandeld: zoals zal blijken, vloeit een deel van de betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht ook voort uit op basis van dit verdrag geldende procedurele vereisten, zowel bij de voorbereiding als bij de rechterlijke toetsing van (overheids)handelingen.

Een uitputtende en gedetailleerde behandeling van de hiervoor omschreven vraag is mede gelet op de maximaal toegestane omvang van dit preadvies niet mogelijk. Daarvoor is de materie te divers en omvangrijk. Bovendien volgen er na dit algemene preadvies, nog drie preadviezen over bijzondere onderwerpen. Er is daarom gekozen voor een behandeling op hoofdlijnen, waarbij met name wordt ingegaan op algemene vraagstukken rond de werking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde en de uit het EVRM voortvloeiende normen die voor (vrijwel) alle terreinen van het materiële bestuursrecht van belang (kunnen) zijn. Het is de bedoeling daarmee een impressie te geven van de huidige stand van zaken en deze – mede met het oog op actuele en te verwachten toekomstige ontwikkelingen – te beoordelen. Daarbij zal enige overlap met de preadviezen op de bijzondere terreinen – die overigens waar nodig zullen teruggrijpen op dit algemene preadvies – evenwel niet kunnen worden vermeden.

Hoe is dit preadvies opgebouwd? Hierna zal eerst een algemene introductie worden gegeven met betrekking tot het EVRM en de werking daarvan in de Nederlandse rechtsorde (hoofdstuk 2). Daarna zal worden nagegaan welke rechtsnormen vanuit Straatsburgs perspectief bezien relevant zijn voor het materiële bestuursrecht (hoofdstuk 3). Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 vanuit nationaal perspectief in algemene zin geschetst wat de implicaties (zouden moeten) zijn van het EVRM voor het Nederlandse materiële bestuursrecht. In dat kader zal op basis van de uit het EVRM voortvloeiende vereisten, als behandeld in de daaraan voorafgaande hoofdstukken, tevens kritisch worden stilgestaan bij een aantal aspecten van de toepassing van het EVRM in de bestuursrechtpraktijk. Hoofdstuk 5 bevat een korte slotbeschouwing over de bete-

34. Van de hand van, respectievelijk, Aletta Blomberg, Mielle Bulterman en Jonathan Verschuuren, opgenomen in dit VAR-reeksdeel.
35. Cf. de 'globale', 'voorlopige en oppervlakkige' definitie van Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2002, p. 1.

kenis van het EVRM mede in het licht van actuele en te verwachten toekomstige ontwikkelingen. In aansluiting daarop volgen de op dit preadvies gebaseerde stellingen.

2 Het EVRM en de werking daarvan in de Nederlandse rechtsorde: een algemene introductie

2.1 Inleiding

Om een goed beeld te krijgen van de betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht is een algemene introductie met betrekking tot het EVRM en de werking daarvan in de Nederlandse rechtsorde – zeker voor degenen die daarin minder goed zijn ingevoerd – onmisbaar. Om deze reden wordt daaraan in dit algemene en deels als inleiding bedoelde preadvies dan ook relatief veel aandacht besteed. Een alles omvattende behandeling – met een uitgebreide verwijzing naar literatuur en jurisprudentie – is echter in dit bestek niet mogelijk. Daarom is ervoor gekozen alleen een globaal overzicht te bieden, waarbij langer wordt stilgestaan bij de belangrijkste leerstukken die de werking van het EVRM bepalen (paragraaf 2.4) en de doorwerking van het verdrag in de Nederlandse rechtsorde (paragraaf 2.5). Deze beide laatste onderwerpen zijn namelijk in het bijzonder van belang voor het onderwerp van dit preadvies. Voor het overige wordt in dit hoofdstuk – in vogelvlucht – aandacht besteed aan het ontstaan en de inhoud van het EVRM (paragraaf 2.2), het internationale toezicht op de naleving van het EVRM (paragraaf 2.3), de tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in Nederland (paragraaf 2.6) en de relatie van het EVRM tot andere grond- en mensenrechtencatalogi[36] (paragraaf 2.7). Daarna volgen – ook ten behoeve van de gehaaste lezer – nog enkele concluderende opmerkingen (paragraaf 2.8).

36. Onder 'grondrechten' kunnen worden verstaan fundamentele rechten en vrijheden die zijn opgenomen in nationale grondwetten of constituties. 'Mensenrechten' zijn in die optiek fundamentele rechten en vrijheden die in een internationaal document zijn opgenomen. Vgl. Alkema (1995), p. 9.

2.2 Ontstaan en inhoud van het EVRM

2.2.1 Ontstaan

Het EVRM is totstandgekomen binnen het kader van de Raad van Europa.[37] Deze intergouvernementele organisatie is in 1949 opgericht, voornamelijk in reactie op hetgeen zich tijdens de Tweede Wereldoorlog had afgespeeld. Nederland was samen met negen andere West-Europese staten betrokken bij deze oprichting en is van begin af aan lid geweest. Uit het Statuut van de Raad van Europa blijkt dat het bevorderen van de rechtsstaatgedachte, het garanderen van mensenrechten en het mede op deze wijze vergroten van de eenheid tussen de lidstaten kerndoelstellingen van de Raad zijn. Ernstige schending van beide eerstgenoemde beginselen kan leiden tot schorsing of beëindiging van het lidmaatschap, instrumenten waarvan overigens nog geen gebruik is gemaakt. In de loop van zijn bestaan is het aantal leden van de Raad gestaag gegroeid tot 23 in 1989. De val van de Berlijnse Muur in dat jaar leidde tot een forse uitbreiding met Centraal- en Oost-Europese lidstaten. Thans telt de Raad 45 lidstaten, waaronder ook Rusland.[38]

De Raad van Europa heeft als zetel het Franse Straatsburg en kent een aantal organen. De hoofdlijnen van beleid worden bepaald door het *Comité van Ministers*, dat bestaat uit regeringsvertegenwoordigers. Daarnaast is er de *Parlementaire Vergadering* met leden afkomstig uit de nationale parlementen, die – hoewel niet in het bezit van wetgevende bevoegdheden op het terrein van de mensenrechten – een steeds belangrijkere rol speelt door politiek toezicht op de naleving daarvan. Aan het hoofd van de Raad staat de *Secretaris-Generaal* die ook leiding geeft aan het circa 1500 medewerkers tellende secretariaat dat de organisatie ondersteunt.

Naast het EVRM zijn onder meer ook het Europees Sociaal Handvest en het Handvest inzake lokale autonomie binnen de Raad van Europa totstandgekomen. Ook relevant zijn de aanbevelingen en resoluties van het Comité van Ministers, die hoewel juridisch niet bindend, toch (politiek) gezag genieten nu zij binnen het Comité in beginsel door alle lidstaten zijn aanvaard. Deze resoluties en aanbevelingen kunnen bestaande rechtsbeginselen versterken en de verdere rechtsontwikkeling daarvan bevorderen. Het EHRM kan hiermee rekening houden bij de uitleg van het verdrag.[39] In dit verband verdient voor het bestuursrecht nog vermelding dat de Raad van Europa ook een zogenoemde *Project Group on Administrative Law* kent die bestaat uit experts afkomstig uit de lidstaten, die zich onder verantwoordelijkheid van het Comité van Ministers bezighouden met juridische samenwerking op dit rechtsgebied. Op basis van voorstudies van dit comité van experts zijn diverse voor de (gemeenschappelijke) ontwikkeling van het bestuursrecht in Europa interessante aanbevelingen en resoluties

37. Zie over (het ontstaan van) de Raad van Europa en het EVRM met nadere verwijzingen uitgebreider o.a. Y.S. Klerk, Het ECRM-toezichtmechanisme, verleden, heden, toekomst (diss. Maastricht), Nijmegen 1995, p. 9 e.v.; R.A. Lawson, Vijftig jaar EVRM in vogelvlucht, in: 50 jaar EVRM, p. 3-21.
38. Actuele informatie is verkrijgbaar via de website <www.coe.int>.
39. Zie in deze zin E.A. Alkema, De betekenis van internationaal recht – in het bijzonder het EVRM – voor het Nederlands bestuursprocesrecht, in: D. Allewijn e.a. (red.), Bestuursprocesrecht, Deventer 1999, p. 35-55 op p. 50-51.

van het Comité van Ministers totstandgekomen met betrekking tot uiteenlopende onderwerpen.[40]

Met het EVRM, dat zoals aangegeven op 4 november 1950 werd ondertekend, werd beoogd een deel van de rechten en vrijheden als opgenomen in de eerder op mondiaal niveau totstandgekomen Universele Verklaring van de Rechten van de Mens een juridisch bindend karakter te geven. De onderhandelingen over het tot stand brengen van een bindend mondiaal verdrag (het latere Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten) waren toen nog in volle gang en zouden uiteindelijk pas in 1966 tot een goed einde worden gebracht. De lidstaten van de Raad van Europa wilden daarop niet wachten en brachten een eigen document tot stand waarin bovendien – en dat was een noviteit – een (toen nog facultatieve) mogelijkheid was opgenomen voor onderdanen van verdragsstaten om op internationaal niveau over het optreden van hun staat te klagen. Inmiddels zijn alle lidstaten van de Raad van Europa partij bij het EVRM. Het verdrag is in de loop van de tijd aangevuld met protocollen waarin enerzijds rechten en vrijheden zijn opgenomen (de protocollen 1, 4, 6 en 7, 12 en 13) en waarin anderzijds tussentijdse procedurele aanvullingen en wijzigingen zijn voorzien. Op grond van het Elfde Protocol is de internationale toezichtprocedure met betrekking tot het EVRM per 1 november 1998 fundamenteel aangepast (waarover meer in de volgende paragraaf), in welk kader ook de eerdere procedurele aanvullende protocollen zijn vervallen. De rechten en vrijheden als opgenomen in de materiële aanvullende protocollen hebben dezelfde status als de rechten en vrijheden opgenomen in de basistekst, althans voor staten die deze protocollen hebben geratificeerd. De betreffende bepalingen van de protocollen worden na ratificatie beschouwd als aanvullende artikelen van het verdrag waarop alle bepalingen van het verdrag van toepassing zijn. Het EVRM bestaat uit twee hoofdonderdelen: titel I met daarin de materiële rechten en titel II waarin procedurele zaken als het internationale toezicht zijn geregeld.[41]

2.2.2 Inhoud

In het EVRM en de aanvullende protocollen is een groot aantal rechten en vrijheden opgenomen. De Eerste Titel van het EVRM bevat de volgende rechten en vrijheden:
- artikel 2: recht op leven;
- artikel 3: verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen;
- artikel 4: verbod van slavernij en dwangarbeid;
- artikel 5: recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid;
- artikel 6: recht op een eerlijk en openbaar proces;

---

40. Vgl. voor het materiële bestuursrecht: Resolution (77) 31, On the protection of the individual in relation to acts of administrative authorities; Recommendation R (80)2, Concerning the exercise of discretionary power by administrative authorities; Recommendation R (84)15, On public liability; Recommendation R (91)1, On administrative sanctions; Recommendation R (93)7, On privatisation of public undertakings and activities. In voorbereiding is een document over 'The right to good administration'. Zie hierover de website van de Raad van Europa, www.coe.int, waarvan ook de genoemde documenten kunnen worden gedownload. Zie ook de uitgave van de Raad van Europa, The administration and you – A handbook, Strasbourg 1997.
41. Vgl. Lawson (2000) en zijn verwijzingen.

– artikel 7: legaliteitsvereiste bij het opleggen van straffen;
– artikel 8: recht op eerbiediging van privé-leven, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie;
– artikel 9: vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst;
– artikel 10: vrijheid van meningsuiting;
– artikel 11: vrijheid van vereniging en vergadering;
– artikel 12: recht om te huwen en een gezin te stichten;
– artikel 13: recht op een effectief nationaal rechtsmiddel bij (vermeende) schending van de rechten uit het EVRM en de protocollen;
– artikel 14: verbod van discriminatie bij de uitoefening van rechten uit het EVRM en de protocollen.

Het Eerste Protocol (EP) bevat de volgende rechten:
– artikel 1: bescherming van eigendom;
– artikel 2: recht op onderwijs en vrijheid van onderwijs;
– artikel 3: recht op vrije en geheime verkiezingen.

Het Vierde Protocol (VP) bevat de volgende rechten:
– artikel 1: verbod van vrijheidsbeneming wegens schulden;
– artikel 2: bewegingsvrijheid;
– artikel 3: verbod van uitzetting van onderdanen;
– artikel 4: verbod van collectieve uitzetting van vreemdelingen.

Het Zesde Protocol verbiedt de veroordeling tot en de tenuitvoerlegging van de doodstraf. Het Zevende Protocol, waarin onder meer het recht op hoger beroep in strafzaken is vastgelegd, is door Nederland (nog) niet geratificeerd.[42] Het Twaalfde Protocol, dat het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM aanvult, waardoor dat verbod ook gaat gelden ten aanzien van andere in het nationale recht erkende rechten en niet alleen ten aanzien van EVRM-rechten, is op 4 november 2000 onder meer door Nederland ondertekend. Het protocol is nog niet in werking getreden en ook nog niet door Nederland geratificeerd. Op het moment van schrijven is de goedkeuringswet in de eindfase van de behandeling in het parlement.[43] Een – voorlopig – laatste loot aan de stam is het Dertiende Protocol, dat de veroordeling tot en de tenuitvoerlegging van de doodstraf onder alle omstandigheden verbiedt (het Zesde Protocol sluit de doodstraf niet uit voor feiten begaan in tijden van oorlog of onmiddellijke oorlogsdreiging). Dit protocol is op 3 mei 2002 onder meer door Nederland ondertekend en ook in werking getreden, maar op dit moment nog niet door Nederland geratificeerd.

In dit verband dient ook nog afzonderlijk te worden gewezen op een aantal EVRM-bepalingen dat mede de werking van de verdragsrechten bepaalt. Artikel 13, om te

---

42. Nederland is wel gebonden aan art. 14 lid 5 IVBPR, dat een recht op hoger beroep in strafzaken vastlegt, zij het dat het Koninkrijk daarbij een voorbehoud heeft gemaakt ter zake van bepaalde ambtsmisdrijven waarvoor de Hoge Raad in eerste en enige aanleg bevoegd is. Vgl. over de redenen van de terughoudendheid bij de ratificatie van het Zevende Protocol, Kamerstukken I 1999/2000, 26 800 V, nr. 141c. Zie ook het negatieve advies ter zake van de voormalige President van de Hoge Raad C.W. Dubbink aan de Nederlandse regering, gepubliceerd in het NJCM-Bulletin 1995, p. 439-461.
43. Vgl. Kamerstukken I/II, 28 100 (R 1705).

beginnen, versterkt de verdragsrechten in die zin dat wanneer sprake is van een verdedigbare bewering dat deze rechten zijn geschonden, er een recht bestaat op een effectief nationaal rechtsmiddel. Op grond van artikel 14 is het verdragsstaten verder verboden om te discrimineren bij het verzekeren van de verdragsrechten. Artikel 15 biedt staten de mogelijkheid om af te wijken van bepaalde verdragsrechten wanneer er sprake is van een noodtoestand. Beperkingen op de politieke activiteiten van vreemdelingen is mogelijk op grond van artikel 16. Een verbod van misbruik van recht geldt op grond van artikel 17. Artikel 18 bevat, ten slotte, een verbod van misbruik door staten van de mogelijkheden om verdragsrechten te beperken.[44]

2.3 Het internationale toezicht op de naleving van het EVRM

2.3.1 Hoofdlijnen

Het internationale toezicht op de naleving van de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen wordt uitgeoefend door het EHRM dat zijn zetel heeft in Straatsburg.[45] Het Hof kan op drie manieren worden benaderd. In de eerste plaats via het individuele klachtrecht. Op grond van artikel 34 EVRM kunnen (groepen) natuurlijke personen en private rechtspersonen na uitputting van alle beschikbare effectieve nationale rechtsmiddelen tegen een verdragsstaat een klacht indienen. In de tweede plaats hebben ook staten een klachtrecht ten aanzien van door andere verdragsstaten begane schendingen (artikel 33 EVRM). Van dit recht is slechts weinig gebruikgemaakt. In de derde plaats is het Comité van Ministers bevoegd het Hof om advies te vragen (artikel 47 EVRM), van welke bevoegdheid nog geen gebruik is gemaakt.

Tot 1 november 1998 (de inwerkingtreding van het al genoemde Elfde Protocol) werd dit toezicht uitgeoefend door de ECRM en het Hof gezamenlijk.[46] De Commissie fungeerde als een soort voorportaal van het Hof: zij sprak zich uit over de ontvankelijkheid van de klacht en gaf bij ontvankelijkverklaring een voorlopig oordeel over de vraag of zich al dan niet een schending van een recht had voorgedaan. Op grond van het Elfde Protocol is de ECRM opgeheven, in de hoop dat daarmee en met andere procedurele aanpassingen de steeds toenemende hoeveelheid zaken beter zou kunnen worden verwerkt. Het aantal jaarlijks nieuw geregistreerde klachten steeg in de periode 1976 tot 1997 namelijk van 427 naar 4750 en het aantal uitspraken van het Hof van vijf naar 106, waardoor lange wachttijden waren ontstaan voor klagers. Daarbij was het aantal Nederlandse klachten overigens bescheiden.[47]

Het (nieuwe) Hof vervult nu mede de taken van de oude Commissie. Het functioneert op permanente basis (artikel 19 EVRM). Het lijkt erop dat daarbij de door het

---

44. Vgl. E.A. Alkema, Schakelbepalingen, Enige beschouwingen over de samenhang en werking van de rechten van de mens, Deventer 1981.
45. Zie over dat toezicht uitgebreid T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen, Nijmegen 2002.
46. Zaken die na behandeling door de ECRM niet aan het Hof werden voorgelegd, deed het Comité van Ministers af met een bindende beslissing over de vraag of het EVRM al dan niet was geschonden. Deze taak verloor het Comité na inwerkingtreding van het Elfde Protocol.
47. Zie nader Lawson (2000), p. 11.

oude Hof uitgezette jurisprudentielijnen goeddeels worden gevolgd. De rechtsmacht van het Hof is door alle verdragsstaten *de jure* aanvaard en betreft op grond van artikel 32 EVRM alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het verdrag. Het Comité van Ministers houdt – net als vóór de inwerkingtreding van het Elfde Protocol – toezicht op de naleving van de *bindende* uitspraken van het Hof, alsmede op de naleving van het EVRM in algemene zin (artikel 46 EVRM).

Het aantal rechters van het Hof is gelijk aan het aantal verdragspartijen (artikel 20 EVRM). Rechters worden verkozen door de Parlementaire Vergadering uit een lijst van drie kandidaten voorgedragen door de verdragsstaat in kwestie (artikel 22 EVRM). De rechters zitten in beginsel zes jaar en kunnen worden herkozen (artikel 23 lid 1 EVRM). Het Hof komt slechts zelden plenair bijeen. Het gaat dan om administratieve zaken, zoals het kiezen van de President, de voorzitters van de Kamers en de vaststelling van het Procesreglement (artikel 26 EVRM). Voor behandeling van bij het Hof aanhangige zaken is het Hof verdeeld in *Comités* van drie rechters, *Kamers* van zeven rechters en een *Grote Kamer* van zeventien rechters (artikel 27 EVRM). Er bestaan vier Kamers, die ieder verantwoordelijk zijn voor klachten uit een bepaalde groep verdragsstaten.

De huidige Nederlandse rechter in het Hof is mevrouw W.M.E. Thomassen. Zij was voordat zij deze functie aanvaardde vice-president van het Gerechtshof Den Haag. Haar voorgangers combineerden hun taak als rechter in het EHRM (dat toen niet permanent in zitting was) nog met een nationale functie, vaak in de rechtspraktijk.[48] Voor de aanstaande opvolging (per 1 november 2004) van mevrouw Thomassen is – voor het eerst waar het deze benoeming betreft – voor een meer open sollicitatieprocedure gekozen.[49] De Nederlandse regering heeft inmiddels drie personen voorgedragen.[50] De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa zal op basis daarvan de nieuwe Nederlandse rechter kiezen.

De *griffie* van het Hof vervult een belangrijke rol. De griffier assisteert het Hof bij de voorbereiding van uitspraken, is verantwoordelijk voor de organisatie van de griffie, beheert de archieven en is het kanaal voor de communicatie tussen klagers en Hof (zie artikel 25 EVRM).

2.3.2 Procedure

De procedure voor de behandeling van klachten volgt uit de artikelen 28 e.v. EVRM en het Procesreglement van het Hof.[51] Klager en verwerende staat beschikken in het kader van deze procedure over dezelfde processuele mogelijkheden. Een klacht wordt meestal eerst behandeld door een *Comité* dat bij unanimiteit kan besluiten tot niet-

48. Het gaat om F.M. van Asbeck (o.m. hoogleraar volkenrecht Universiteit Leiden), G.J. Wiarda (Hoge Raad), A.M. Donner (HvJ EG), S.K. Martens (Hoge Raad) en P. van Dijk (Raad van State). Zie voor portretten van deze Nederlandse rechters en de Nederlandse leden van de inmiddels opgeheven ECRM de bundel 50 jaar EVRM, p. 489 e.v.
49. O.a. Lawson (1999), p. 46-47 had daartoe opgeroepen. Vgl. de advertentie met de vacature in NJB 2003, nr. 31.
50. Het gaat (in alfabetische volgorde) om C. Flinterman (hoogleraar Universiteit Utrecht), B.E.P. Myjer (plv. procureur-generaal Gerechtshof Amsterdam en hoogleraar Vrije Universiteit) en W. Tonkens-Gerkema (Rb. Amsterdam en voorzitter Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak). Zie NJB 2004, p. 265.
51. Zie daarover met verdere verwijzingen o.a. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter (2002), waaraan het vervolg van deze subparagraaf mede is ontleend. Zie ook de website van het EHRM waarop ook veel praktische informatie is te vinden voor (potentiële) klagers, www.echr.coe.int.

ontvankelijkverklaring (in welk kader ook een materiële toets op kennelijke ongegrondheid plaatsvindt, een criterium op basis waarvan veel klachten niet-ontvankelijk worden verklaard),[52] waarmee de procedure definitief tot een einde komt. Wordt een dergelijke beslissing niet genomen, dan buigt een *Kamer* – met daarin de nationale rechter – zich over de klacht. Als de Kamer van mening is dat de klacht ontvankelijk is en er wordt geen minnelijke schikking bereikt tussen partijen, volgt een inhoudelijke uitspraak. De Kamer kan ook afstand doen van rechtsmacht ten gunste van de *Grote Kamer*, wanneer er sprake is van een 'ernstige vraag' over de uitleg van het verdrag of indien de Kamer reden ziet tot afwijking van vaste jurisprudentie. Derden (verdragsstaten en andere belanghebbenden die geen klager zijn) kunnen toestemming krijgen om als derde-partij aan de procedure deel te nemen en in dat kader hun opvatting over de aan de orde zijnde kwestie aan het Hof bekend maken (artikel 36 EVRM). Ook is voorzien in een soort intern appèl ten aanzien van uitspraken van de Kamers. Op verzoek van partijen kan de *Grote Kamer* namelijk een door een Kamer besliste zaak opnieuw behandelen indien er naar het oordeel van een afvaardiging van vijf rechters van deze Grote Kamer sprake is van een belangrijke interpretatievraag of een ernstige kwestie van algemeen belang (een uitspraak van een Kamer wordt om die reden ook pas definitief na het verstrijken van de 'beroepstermijn' van drie maanden). Rechters kunnen aan een uitspraak eventueel *dissenting opinons* of *concurring opinions* toevoegen, waarin zij respectievelijk aangeven dat en – meestal – waarom zij het niet eens zijn met de meerderheidsuitspraak, of met welke bijzondere eigen redenen zij met de meerderheid zijn meegegaan. De einduitspraak van het Hof (hetzij van een Kamer hetzij van de Grote Kamer) is, als gezegd, bindend. Het Hof stelt echter alleen vast of er sprake is van een schending van het EVRM: het heeft niet de bevoegdheid nationale overheidshandelingen (besluiten, wetgeving enzovoort) die deze schending veroorzaken te vernietigen of onverbindend te verklaren. De uitspraak van het Hof is declaratoir van aard en houdt voor staten de verplichting in om te zorgen voor *restitutio in integrum* (herstel in de oude toestand) en om toekomstige schendingen te voorkomen. Daarbij kan het gaan om maatregelen in het concrete geval, maar ook om aanpassing van wetgeving of bestaande praktijken. Het Hof doet zelfs geen aanbevelingen met betrekking tot de daarvoor noodzakelijke maatregelen. Wel kan het Hof op grond van artikel 41 EVRM een billijke genoegdoening toekennen aan de benadeelde. Het Comité van Ministers houdt toezicht op de tenuitvoerlegging van de uitspraken. Het Hof ziet op dat punt voor zichzelf (nog) geen rol weggelegd. Ter voorkoming van onherstelbare schade hangende de procedure kan het Hof een soort voorlopige voorziening treffen, waarvan op grond van recente jurisprudentie – die wel nog zou kunnen worden teruggedraaid door de Grote Kamer – mag worden aangenomen dat deze een bindend karakter heeft.[53]

52. Deze niet-ontvankelijkheidsbeslissingen bieden daarmee ook belangrijke informatie om de materiële reikwijdte van de verdragsbescherming te bepalen. Bij het beoordelen van de haalbaarheid van een eventuele klacht is raadpleging daarvan dan ook aan te raden.
53. EHRM 6 februari 2003, Mamatkulov and Abdurasulovic t. Turkije (intern appèl aanhangig bij de Grote Kamer).

2.3.3 De toekomst van het EHRM

Sinds het nieuwe Hof op 1 november 1998 zijn werkzaamheden is begonnen, is het aantal ingediende klachten steeds toegenomen, onder meer door de uitbreiding van het aantal verdragspartijen. Dit heeft – ondanks de wijzigingen op grond van het Elfde Protocol – geleid tot nog grotere werkachterstanden en nog langere behandeltermijnen (zaken liggen thans vaak meer dan twee tot drie jaar op behandeling te wachten). Dat is een groot probleem, temeer omdat het EHRM nationale rechters steeds corrigeert wanneer zij in een procedure de redelijke termijn van artikel 6 EVRM overschrijden. Om een beeld te geven: in 2003 werden in totaal 17.950 zaken afgedaan – wat een enorme prestatie is – maar er werden dat jaar ook bijna 38.000 nieuwe klachten geregistreerd. Effectief steeg de werkachterstand van het Hof daarmee fors, waar nog eens de grote achterstanden uit de voorgaande jaren bij moeten worden opgeteld. De omvang van het probleem wordt nog duidelijker wanneer daarbij wordt betrokken dat het jaarlijkse aantal nieuwe klachten volgens recente prognoses wel eens zou kunnen stijgen naar 100.000 (welke stijging met name aan de nieuwe verdragsstaten zou kunnen worden toegerekend). De ernst van de situatie wordt – door het Hof en de verdragsstaten – onderkend, hetgeen ertoe heeft geleid dat men serieus op zoek is naar mogelijkheden om deze problemen het hoofd te bieden. Behalve een – terecht – appèl voor een verruiming van het budget om daarmee de ondersteuning van het Hof uit te breiden, wordt daarbij ook een belangrijke wijziging van het toezichtmechanisme niet uitgesloten. Een van de genoemde oplossingen is een verdragswijziging die het EHRM in staat zou stellen klachten die geen ernstige schending van mensenrechten betreffen en ook geen belangrijke rechtsvraag inhouden, niet in behandeling te nemen. Daarmee zou de rechtsbeschermende taak van het Hof echter aan belang inboeten en er zou ook een verkeerd signaal van uit kunnen gaan naar de verdragsstaten, om welke reden daartegen relatief veel weerstand bestaat. Voorstanders van een dergelijk 'verlofstelsel' wijzen er echter op dat het Hof uiteindelijk alleen zo van een ondergang kan worden gered. Zij benadrukken hun voorkeur voor de ontwikkeling van het Hof tot een constitutionele rechter, waarbij de nadruk ligt op de rechtsvormende taak en minder op het bieden van rechtsbescherming in het concrete geval. Het is de bedoeling dat het Comité van Ministers op basis van voorwerk van een ondersteunend comité in 2004 knopen doorhakt en een pakket maatregelen aanneemt met een drieledig doel: a) het voorkomen van schendingen en het met het oog daarop verbeteren van de nationale mensenrechtenbescherming; b) het optimaliseren van de Straatsburgse procedure zowel waar het betreft het 'filteren' van de nieuwe klachten als de verdere behandeling van klachten die deze filter passeren en c) het verbeteren en versnellen van de tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken. Een en ander zou uiteindelijk onder meer zijn beslag moeten krijgen via de aanname van een Veertiende Protocol.[54]

---

54. Zie o.m. het rapport van het Steering Committee for Human Rights (CDDH), CDDH(2003)55 van 8 april 2003 met voorstellen aan het Comité van Ministers; de verklaring met betrekking tot dit rapport van het Comité van Ministers van 15 mei 2003, 112e sessie, Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights; het interim-rapport van het CDDH van 26 november 2003, CDDH(2003)026 Addendum I Final, waarmee uitvoering wordt gegeven aan deze verklaring van het Comité van Ministers. Informatie en een uitwisseling van argumenten met betrekking tot dit herzieningsproces zijn ook te vinden in de 'Rode draad: de toekomst van het EHRM' met bijdragen van diverse auteurs in NJCM-Bulletin 2003, nr. 1-5. Zie ook de bijdragen van P. Mahoney (griffier van het EHRM) en L. Wildhaber (de huidige President van het EHRM) in NJCM-Bulletin 2004, p. 167-169 en p. 170-175.

2.4 De ontwikkeling van het EVRM en de belangrijkste leerstukken die de werking van het verdrag bepalen

2.4.1 De ontwikkeling van het EVRM

De grote hoeveelheid Straatsburgse klachten heeft het EHRM in de loop van de jaren wel in staat gesteld een imposant jurisprudentieel bouwwerk tot stand te brengen en het EVRM tot ontwikkeling te brengen. Het Hof ziet rechtsvorming – naast het bieden van rechtsbescherming – ook nadrukkelijk als zijn taak zoals, bijvoorbeeld, blijkt uit zijn uitspraak in de zaak Ierland t. Verenigd Koninkrijk:

> 'The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19).'[55]

Het Hof heeft de betrekkelijk vage tekst van het EVRM daadwerkelijk inhoud gegeven en ook steeds aangepast aan de actuele omstandigheden. Daarbij heeft het Hof de volgende algemene uitgangspunten ontwikkeld. Het heeft om te beginnen benadrukt dat het EVRM is bedoeld ter bescherming van de menselijke waardigheid[56] en dat het daarbij van eminent belang is dat er een juiste balans wordt gevonden tussen het algemene belang en het belang van de bescherming van individuele mensenrechten.[57] Er moet voorts sprake zijn van een daadwerkelijke en effectieve bescherming van mensenrechten, waarbij de nadruk ligt op nationale rechtsbescherming.[58] Het Hof ziet het EVRM daarbij als een verdrag met een bijzonder karakter. Dit vanwege het bijzondere internationale toezichtmechanisme[59] en – in het verlengde daarvan – omdat het verdrag volgens het Hof een 'constitutional instrument of European Public Order (*ordre public*)' is, waarbinnen gestreefd moet worden naar grotere rechtsgelijkheid waar het mensenrechtenbescherming betreft.[60] Daaraan zij echter toegevoegd dat het EHRM slechts minimumnormen stelt en verdragsstaten op grond van artikel 53 EVRM verdergaande bescherming mogen bieden. Democratie is volgens het Hof van deze 'European Public Order' een essentieel bestanddeel,[61] maar een bepaalde scheiding van machten wordt niet voorgeschreven.[62] In de jurisprudentie benadrukt het EHRM verder het belang van de *rule of law* als fundamenteel beginsel van de democratische samenleving die het EVRM beoogt te beschermen. Daaruit vloeit volgens het Hof in meer algemene zin voort dat er rechterlijke controle moet bestaan op overheidsingrijpen en dat er voor dat ingrijpen een toereikende basis moet bestaan in

55. EHRM 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, par. 154.
56. EHRM 11 juli 2002, Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk, par. 90.
57. EHRM 23 juli 1968, Belgische taalzaken, par. 5.
58. EHRM 7 juli 1989, Soering t. Verenigd Koninkrijk, par. 87.
59. EHRM 6 februari 2003, Mamatkulov and Abdurasulovic t. Turkije, par. 106.
60. EHRM 23 maart 1995, Loizidou t. Turkije, par. 75.
61. EHRM 30 januari 1998, United Communist Party of Turkey t. Turkije, par. 28 en 45.
62. EHRM 6 mei 2003, Kleyn e.a. t. Nederland, par. 193.

het nationale recht.[63] Verder betekent het verzekeren van de *rule of law* dat rechterlijke uitspraken waartegen geen rechtsmiddelen meer openstaan, ten uitvoer worden gelegd,[64] en dat aan het bestuur geen onbegrensde en ongeclausuleerde discretionaire bevoegdheden worden toegekend.[65]

Het EHRM heeft uitgaande van deze beginselen in de loop der jaren een uitgebreide en relatief verfijnde jurisprudentie tot stand gebracht, die het toepassingsbereik van de verdragsrechten fors heeft vergroot. Op deze verfijnde uitleg wordt ook kritiek geleverd, mede omdat deze afbreuk zou kunnen doen aan de bescherming van de rechten in daadwerkelijk ernstige situaties.[66] In ernstige conflictsituaties waarmee het Hof ook is geconfronteerd (Noord-Ierland, Cyprus, Turkije), lijkt de invloed van het EVRM beperkt. Opvallend is dat de invloed van het EVRM tot nu toe vooral groot is geweest ten aanzien van goed functionerende rechtsstaten: met behulp van het EVRM is het recht van deze landen ontdaan van fouten of foutjes.[67]

De ontwikkeling van voor het materiële bestuursrecht relevante verdragsrechten zal meer uitgebreid aan de orde komen in hoofdstuk 3. In deze paragraaf wordt verder ingegaan op de belangrijkste leerstukken die de werking van het EVRM bepalen.

2.4.2 De uit het EVRM als verdrag voortvloeiende verplichtingen: rechtswerking en het voorzien in nationale rechtsmiddelen

Het EVRM is in de eerste plaats een verdrag dat is onderworpen aan volkenrechtelijke regels. Dat wil zeggen dat staten een volkenrechtelijke verplichting hebben om de in het EVRM opgenomen rechten te verzekeren. Indien zij dat niet doen, ontstaat daarvoor volkenrechtelijke aansprakelijkheid. Op grond van artikel 55 EVRM geldt echter dat de verdragsstaten in geval van niet-naleving van concrete verdragsrechten in beginsel geen beroep mogen doen op de normale volkenrechtelijke mechanismen, maar gebruik moeten maken van het internationale toezichtsysteem als voorzien in het EVRM.[68]

Artikel 1 EVRM is een kernbepaling als het gaat om de uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen en luidt als volgt:

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

Het gaat hier om een resultaatsverplichting: de rechten en vrijheden uit de Eerste Titel en – voorzover door hen geratificeerd – de aanvullende protocollen moeten door de verdragsstaten daadwerkelijk worden gewaarborgd, als daarbij althans geen voorbehoud is gemaakt op grond van artikel 57 EVRM.[69] Schending van de verdragsrechten

---

63. EHRM 6 september 1978, Klass e.a. t. Duitsland, par. 55; EHRM 2 augustus 1984, Malone t. Verenigd Koninkrijk, par. 67.
64. EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland, par. 42-50; EHRM 19 maart 1997, Hornsby t. Griekenland, par. 40-41.
65. EHRM 26 oktober 2000, Hasan & Chaush t. Bulgarije, par. 84.
66. Vgl. de diverse bijdragen aan N.J.H. Huls (red.), Grenzen aan mensenrechten, Leiden 1995.
67. Lawson (2000), p. 14-18 met verdere verwijzingen.
68. P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, The Hague/London/Boston 1998, p. 6-7.
69. EHRM 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, par. 239.

moet worden voorkomen. Staten hebben volgens vaste jurisprudentie van het Hof wel de vrijheid bij de keuze van de manier waarop aan deze verplichting wordt voldaan, mits de gekozen maatregelen effectief zijn.[70]

De verzekeringsverplichting van artikel 1 EVRM kan zowel bestaan uit een plicht tot nalaten (het niet ingrijpen in de vrijheidssfeer van justitiabelen) als uit een plicht tot actief optreden van de verdragsstaat. Dat uit het verdrag ook verplichtingen tot actief optreden volgen – de zogenoemde positieve verplichtingen – werd aanvankelijk niet aangenomen. Het EHRM heeft echter inmiddels een uitgebreide jurisprudentie opgebouwd waarin uit diverse bepalingen positieve verplichtingen worden afgeleid.[71] Deze positieve verplichtingen spelen, zoals in het vervolg zal blijken, ook voor het Nederlandse materiële bestuursrecht een belangrijke rol.

Artikel 1 EVRM verbiedt staten niet een verdergaande bescherming van mensenrechten te verzekeren dan strikt genomen uit het EVRM voortvloeit. Artikel 53 EVRM bepaalt expliciet dat staten daarin (vrijwillig) verder mogen gaan dan op grond van het EVRM wordt vereist.

Staten zijn, gelet op het uitgangspunt dat zij vrij zijn in de keuze van de middelen bij het verzekeren van de verdragsverplichtingen, niet verplicht het EVRM in hun nationale recht te 'incorporeren'. Met deze laatste term wordt bedoeld het verlenen van rechtsgelding aan de (inhoudelijk ongewijzigde) bepalingen van het verdrag in de nationale rechtsorde, hetzij als bepaling van internationaal recht, hetzij als bepaling van nationaal recht, zodat daarop in de nationale rechtsorde een beroep kan worden gedaan.[72]

Tegelijkertijd zijn staten op grond van artikel 13 EVRM echter verplicht te zorgen voor effectieve nationale rechtsmiddelen, in het kader waarvan op nationaal niveau een klacht over schending van EVRM-rechten adequaat moet worden onderzocht. Daarbij moet volgens vaste jurisprudentie van het Hof kunnen worden getoetst aan de EVRM-rechten zelf of daarmee vergelijkbare andere normen en als de klacht gegrond blijkt, moet de betreffende instantie door middel van een bindende beslissing in staat zijn te zorgen voor volledig rechtsherstel of een vervangende schadevergoeding. Een marginale willekeurtoets is in dit verband onvoldoende.[73] Uit artikel 13 EVRM kan daarbij ook een verplichting voortvloeien om te voorzien in de mogelijkheid om hangende een procedure de bestreden maatregel op te schorten wanneer dat nodig is ter voorkoming van een onomkeerbare aantasting van rechten.[74]

Duidelijk is dat tussen de vrijheid die het Hof de staten laat bij het al dan niet incorporeren van het EVRM en de rechtsmiddelverplichting van artikel 13 EVRM een zekere spanning bestaat. Ten aanzien van staten die het EVRM niet in hun nationale

---

70. Vgl. voor een recente bevestiging van deze vaste jurisprudentie EHRM 11 juli 2002, Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk, par. 85.
71. Vgl. bijv. EHRM 26 maart 1985, X & Y t. Nederland (positieve verplichting om wetgeving op te stellen ter preventie van seksueel misbruik van minderjarigen). Zie uitgebreid F. Vlemminx, Een nieuw profiel van de grondrechten, Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten, Den Haag 2002; C. Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention (diss. Heidelberg), Berlin [etc.] 2003.
72. EHRM 6 februari 1976, Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden, par. 50. Een recenter voorbeeld is EHRM 27 september 1995, McCann e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 153.
73. EHRM 27 september 1999, Smith & Grady t. Verenigd Koninkrijk, par. 136-139.
74. EHRM 5 februari 2002, Conka t. België, par. 79-83.

rechtsorde hebben geïncorporeerd, is immers de kans groter dat in een concrete casus geen effectief nationaal rechtsmiddel kan worden geboden. Dat laatste is in dergelijke staten immers geheel afhankelijk van de vraag of de nationale rechter kan toetsen aan een met de bewuste EVRM-bepaling vergelijkbare andere norm.[75] Een verplichting tot incorporatie vloeit volgens het Hof echter noch uit artikel 1 noch uit artikel 13 EVRM voort, hoewel het Hof wel aangeeft dat de algemene verzekeringsplicht van artikel 1 EVRM:

> '(…) finds a particularly faithful reflection in those instances where the Convention has been incorporated in domestic law (…)'.[76]

Daarmee wijkt het EHRM af van de lijn die door het HvJ EG is uitgezet ten aanzien van het EG-recht in de befaamde uitspraken Van Gend en Loos en Costa/ENEL. Daarin is immers uitgemaakt dat het EG-recht op eigen kracht – los van de keuze van het nationale constitutionele recht – gelding heeft binnen de rechtsorde van de lidstaten en ook voorrang heeft boven het nationale recht.[77] Wel benadrukt het EHRM in zijn jurisprudentie – onder verwijzing naar de artikelen 1, 13 en 35[78] EVRM – steeds dat de primaire verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking en handhaving van de verdragsrechten op het nationale niveau ligt en dat het toezicht door het Hof een subsidiair karakter heeft.[79] Het staat vast dat verzekering van de verdragsrechten op nationaal niveau het best gewaarborgd is wanneer het EVRM is geïncorporeerd in het nationale recht van verdragsstaten en liefst ook voorrang heeft boven nationaal recht. Dan heeft de nationale rechter immers de mogelijkheid eventueel met het EVRM strijdig handelen te corrigeren. Uit respect voor de eigen constitutionele keuzen van verdragsstaten heeft het EHRM echter desalniettemin (nog) niet zover willen gaan als het HvJ EG. Nu inmiddels de meeste verdragsstaten (op Ierland na) het EVRM op de een of andere wijze in hun nationale recht hebben geïncorporeerd, valt echter niet uit te sluiten dat het ooit tot een heroverweging van de vaste jurisprudentie komt.[80] In dat geval zouden er ook mogelijkheden ontstaan om terug te komen van nauw verwante jurisprudentie op grond waarvan artikel 13 EVRM niet zo ver wordt geacht te gaan dat het ook een effectief nationaal rechtsmiddel eist waarmee rechtstreeks formele wetgeving kan worden aangevochten die wordt geacht in strijd te zijn met het EVRM.[81]

Anders dan ten aanzien van het EG-recht[82] bestaat er voor de nationale rechter ook geen (beginsel)verplichting het EVRM onder bepaalde omstandigheden ambtshalve

---

75. T. Barkhuysen, Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten (diss. Leiden), Lelystad 1998, met jurisprudentieverwijzingen.
76. EHRM 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, par. 239.
77. HvJ EG 5 februari 1963, Van Gend en Loos, C-26/62; HvJ EG 15 juli 1964, Costa/ENEL, C-6/64.
78. De verplichting nationale rechtsmiddelen uit te putten alvorens in Straatsburg te klagen.
79. EHRM 26 oktober 2000, Kudla t. Polen, par. 152; EHRM 10 mei 2001, Z e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 103.
80. Zie Barkhuysen (1998). Vgl. hierover ook F.M.C. Vlemminx, De autonome rechtstreekse werking van het EVRM, De Belgische en Nederlandse rechtspraak over verzekeringsplichten ingevolge het EVRM, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer 2002.
81. Vaste jurisprudentie sinds EHRM 21 februari 1986, James e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 84. Vgl. ook EHRM 8 juli 1986, Lithgow t. Verenigd Koninkrijk; EHRM 11 juni 2002, Willis t. Verenigd Koninkrijk. Zie nader Barkhuysen (1998), p 74-87.
82. Vgl. HvJ EG 14 december 1995, Van Schijndel & Van Veen, C-430/93 en C-431/94; HvJ EG 14 december 1995, Peterbroeck, C-312/93; HvJ EG 24 oktober 1996, Kraaijeveld, C-72/95.

toe te passen. Het EVRM verplicht noch tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden binnen de grenzen van het geschil, noch tot ambtshalve toetsing waarbij buiten de grenzen van het geschil wordt getreden. Ondanks een pleidooi van rechter Martens daartoe in zijn *dissenting opinion* nam het Hof in de zaak Sadik t. Griekenland aan dat uit het EVRM een dergelijke plicht niet voortvloeit. Een verzuim om, indien mogelijk, in de nationale procedure een beroep te doen op het EVRM of een vergelijkbare (nationale) rechtsnorm, leidt in een latere Straatsburgse procedure in beginsel tot niet-ontvankelijkheid wegens niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen.[83] Wordt er – op zijn minst *in substance* – wel een beroep gedaan op EVRM-rechten, dan moet over een dergelijke klacht op grond van artikel 13 EVRM worden geoordeeld door een instantie met een dusdanige rechtsmacht dat deze in materiële zin naleving van deze rechten kan afdwingen.[84]

2.4.3 De reikwijdte van de bescherming

Artikel 1 EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie bepalen voor een groot deel ook de reikwijdte van de bescherming van het EVRM. Daarbij gaat het – kort gezegd – hoofdzakelijk om de vraag welke personen waar en waartegen worden beschermd. Ook hier – in de weergegeven volgorde – een poging tot een beknopte weergave van het geldende positieve recht.[85]

Eerst iets over de vraag *welke personen* worden beschermd. Volgens artikel 1 EVRM gaat het daarbij om 'een ieder' die ressorteert onder rechtsmacht van de verdragsstaten. Zoals ook blijkt uit artikel 34 EVRM kan het gaan om (groepen) natuurlijke personen en niet-overheidsorganisaties (*non-governmental organisations*). Wat betreft deze organisaties hangt het wel van de uitleg van het betreffende verdragsrecht af of dit daadwerkelijk en op eigen titel kan worden ingeroepen, hetgeen bij processuele rechten meer voor de hand ligt dan bij, bijvoorbeeld, het folterverbod. Bovendien kan het vereiste niveau van bescherming ten aanzien van organisaties verschillen van dat met betrekking tot natuurlijke personen.[86] Het maakt echter niet uit of een persoon de nationaliteit heeft van de betreffende staat en ook niet of hij daar al dan niet legaal verblijft. Het feit of een persoon al dan niet zijn woonplaats heeft in de verdragsstaat is evenmin van belang. Datzelfde geldt ook voor de plaats van vestiging van een organisatie.[87] Personen in bijzondere rechtsverhoudingen tot de overheid – zoals militairen, politieagenten en ambtenaren – vallen in beginsel ook onder het beschermingsbereik van het EVRM,

---

83. EHRM 15 november 1996, Sadik t. Griekenland; EHRM 17 november 1998, Peree t. Nederland (ontv. besl.).
84. Barkhuysen (1998), p. 113-151.
85. Vgl. J. van der Velde, Grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM (diss. Leiden), Leiden 1997.
86. Uit de jurisprudentie blijkt dat private rechtspersonen in ieder geval een beroep kunnen doen op de volgende EVRM-bepalingen: art. 6 (bijv. EHRM 6 mei 2003, Kleyn e.a. t. Nederland), art. 8 (EHRM 16 april 2002, Colas Est e.a. t. Frankrijk), art. 9 (EHRM 27 juni 2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek t. Frankrijk), art. 10 (EHRM 26 april 1979, Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk), art. 11 (EHRM 25 mei 1998, Socialist Party e.a. t. Turkije) en art. 1 EP (EHRM 23 februari 1995, Gasus Dossier und Fördertechnik t. Nederland). Private rechtspersonen hebben onder omstandigheden zelfs een aanspraak op vergoeding van immateriële schade onder art. 41 EVRM. Zie EHRM 6 april 2000, Comingersoll SA t. Portugal, par. 29 (vergoeding vanwege o.m. de aantasting van de goede naam).
87. Vgl. EHRM 2 mei 1997, D. t. Verenigd Koninkrijk, par. 48.

zij het dat bij de toepassing van de verdragsrechten rekening kan worden gehouden met hun bijzondere positie.[88]

Overheidsorganisaties en hun organen (*governmental organisations*) komt echter geen beroep op het EVRM toe (zie artikel 34 in combinatie met artikel 1 EVRM). Om te bepalen of sprake is van een dergelijke organisatie, is in eerste instantie de rechtsvorm naar nationaal recht van belang. Gaat het om een publiekrechtelijke rechtspersoon, dan zal er in beginsel[89] sprake zijn van een overheidsorganisatie in de zin van het EVRM. Maar ook private rechtspersonen en hun organen zouden vanuit Straatsburgs perspectief voor bepaalde aspecten van hun handelen als een 'overheidsorganisatie' kunnen worden aangemerkt. Doorslaggevend daarbij lijkt de vraag of er bij dat handelen gebruik wordt gemaakt van een bevoegdheid tot het uitoefenen van *public authority* (openbaar gezag) en of de organisatie al dan niet in de staatsstructuur is ingebed. De jurisprudentie op dit punt is echter niet duidelijk.[90]

Dan de vraag *waar* de bescherming van het EVRM geldt. Het verdrag sluit daarvoor niet aan bij het grondgebied van de staat, maar knoopt aan bij het uitoefenen van 'rechtsmacht'. Daarvan is meestal alleen sprake met betrekking tot het eigen grondgebied, maar rechtsmacht kan ook daarbuiten worden uitgeoefend, bijvoorbeeld door autoriteiten die in het buitenland opereren als diplomatieke vertegenwoordigers of ten aanzien van schepen en vliegtuigen die in de betreffende staat staan geregistreerd.[91] Overigens geldt het EVRM niet automatisch voor overzeese niet tot het moederland behorende gebiedsdelen ten aanzien waarvan de verdragsstaat voor de buitenlandse betrekkingen verantwoordelijk is. Daarvoor moet op grond van artikel 56 EVRM een speciale verklaring worden afgelegd, hetgeen Nederland heeft gedaan met betrekking tot Aruba en de Nederlandse Antillen.[92] Rechtsmachtuitoefening op een ander grondgebied kan ook worden aangenomen wanneer er als gevolg van een militaire bezetting sprake is van 'effectieve controle' over dat grondgebied en de bewoners en in dat kader door de verdragsstaat ook (publieke) bevoegdheden worden uitgeoefend die normaal gesproken aan de regering van dat gebied toekomen.[93]

Van groot belang voor de reikwijdte van de bescherming van het EVRM is ten slotte de vraag *waartegen* het verdrag bescherming biedt of – anders geformuleerd – voor wie de verzekeringsplicht van artikel 1 EVRM geldt. Vooropgesteld moet worden dat onder het EVRM in Straatsburg steeds alleen de staat aansprakelijk kan worden

---

88. EHRM 8 juni 1976, Engel e.a. t. Nederland, par. 54; EHRM 26 september 1995, Vogt t. Duitsland, par. 43.
89. Een uitzondering lijkt te zijn EHRM 9 december 1994, Holy Monasteries t. Griekenland, waar kloosters van de staatskerk (een publiekrechtelijke rechtspersoon) onder het beschermingsbereik van het EVRM werden gebracht, waarbij werd overwogen dat de kloosters geen overheidsgezag uitoefenden en alleen om formele redenen in de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon waren gegoten. Verder speelde een rol hun onafhankelijke, niet ondergeschikte rol t.o.v. de staat.
90. Vgl. EHRM 3 mei 2001, Smits, Kleyn e.a. t. Nederland (ontv. besl.) waar het criterium wordt genoemd. Zie nader onder 3.10 van dit preadvies i.v.m. het begrip 'publiekrechtelijk lichaam' in de art. 11 EVRM jurisprudentie.
91. EHRM 26 juni 1992, Drozd & Janousek t. Frankrijk & Spanje, par. 91-96.
92. Vgl. voor de Nederlandse Antillen Trb. 1956, 5 en – na de status aparte – voor Aruba Trb. 1989, 153.
93. EHRM 12 december 2001, Bankovic e.a. t. België en zestien andere verdragsstaten (alle NAVO-lidstaten), par. 59-80 (in deze zaak, aanhangig gemaakt door nabestaanden van slachtoffers van een NAVO-bombardement op Joegoslavië, werd niet aan dat criterium voldaan). Vgl. EHRM 18 december 1996, Loizidou t. Turkije, par. 56.

gehouden voor schending van het EVRM. Alleen tegen de staat kunnen op grond van artikel 34 EVRM immers klachten worden ingediend.

Uit vaste jurisprudentie blijkt dat de verzekeringsplicht geldt voor alle onderdelen van de hiervoor bedoelde 'overheidsorganisatie'. Het gaat dus om alle publieke autoriteiten belast met besturende, wetgevende of rechtsprekende taken, zowel op centraal als op decentraal niveau. Daarbij maakt het overigens niet uit of deze autoriteiten gebruikmaken van publiekrecht of privaatrecht.[94] Verder is de rechter ook aan het EVRM gebonden wanneer hij moet oordelen in een geschil tussen particulieren.[95] Ook doet niet terzake of voor het optreden van lagere autoriteiten al dan niet toestemming is gegeven en of dat al dan niet conform de instructies is. De autoriteiten kunnen zich niet verschuilen achter fouten van hun ondergeschikten. Er bestaat een risicoaansprakelijkheid van verdragsstaten ten aanzien van het voldoen aan de uit het EVRM voortvloeiende resultaatsverplichting.[96]

De verzekeringsplicht geldt niet ten aanzien van natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen (althans en voorzover deze geen openbaar gezag uitoefenen en daarmee als hiervoor besproken vanuit Straatsburgs perspectief als een onderdeel van de overheidsorganisatie zouden kunnen worden aangemerkt).[97] Wel kan het zo zijn dat een schending van mensenrechten door een natuurlijk persoon of een private rechtspersoon (in een horizontale verhouding) aan de staat wordt toegerekend. Van dat laatste is met name sprake wanneer uit het EVRM voor de staat positieve verplichtingen voortvloeien om bepaalde rechten te beschermen, bijvoorbeeld om wetgeving tot stand te brengen om het betreffende recht ook in horizontale verhoudingen te waarborgen. De staat kan zich als gevolg daarvan niet aan zijn verzekeringsplicht onttrekken door zijn verplichtingen te delegeren aan natuurlijke personen en de bedoelde private rechtspersonen.[98] Onder het EVRM is aldus geen sprake van een verplichting voor staten om aan het verdrag directe werking te verlenen in horizontale verhoudingen. Wel moet steeds nauwkeurig worden bezien of de staat wel aan zijn verzekeringsplicht heeft voldaan als door handelen of nalaten van privé-personen een met de EVRM-rechten strijdige situatie ontstaat. Daarmee kan voor sommige rechten een soort indirecte derdenwerking ontstaan. Het staat verdragsstaten overigens wel vrij aan het EVRM directe derdenwerking toe te kennen in hun nationale rechtsorden.[99]

Een veelvoorkomend fenomeen is dat staten die zijn gebonden aan het EVRM, bevoegdheden overdragen aan internationale organisaties als de EG, hetgeen de vraag oproept hoever de bescherming van het EVRM op dit punt reikt. Net als bij particulieren geldt de verzekeringsplicht van artikel 1 EVRM ook niet ten aanzien van internationale organisaties die zelf geen partij zijn bij het EVRM. Tegen hen kan ook geen klacht worden ingediend bij het EHRM.[100] Het EHRM heeft – met een beroep op

---

94. EHRM 6 februari 1976, Schmidt & Dahlström t. Zweden.
95. Zie bijv. EHRM 23 juni 1993, Hoffmann t. Oostenrijk.
96. EHRM 25 januari 1976, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, par. 159; EHRM 26 oktober 1988, Martins Moreira t. Portugal, par. 60.
97. Vgl. EHRM 19 december 1989, Kamasinski t. Frankrijk, par. 65; EHRM 6 mei 2003, Appleby t. Verenigd Koninkrijk, par. 41.
98. EHRM 25 maart 1993, Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk, par. 27.
99. EHRM 28 juni 2001, VgT t. Zwitserland, par. 46-47. Zie nader o.a. L.F.M. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy (diss. Utrecht), Zwolle 1992; Van Dijk & Van Hoof (1998), p. 22-26 met nadere verwijzingen.

het belang van het behoud van de effectiviteit van het verdrag – wel uitgemaakt dat de overdracht van bevoegdheden aan een internationale organisatie door het EVRM niet wordt verboden, mits de EVRM-rechten daarbinnen verzekerd blijven. De overdragende staat blijft echter in beginsel ook na de overdracht aansprakelijk onder het EVRM indien als gevolg van het handelen of nalaten van de organisatie een met de EVRM-rechten strijdige situatie ontstaat.[101] Of dit ook geldt ten aanzien van eigen handelen en nalaten van organen van supranationale organisaties als de EG, ten aanzien waarvan intern (rechterlijk) toezicht is voorzien waarmee in beginsel een met het EVRM gelijkwaardige rechtsbescherming wordt geboden, is in de jurisprudentie nog niet uitgemaakt.[102] Het EHRM lijkt zich echter enigszins terughoudend op te stellen om het functioneren van dergelijke supranationale organisaties niet in gevaar te brengen.[103] Voor handelingen waarmee EVRM-verdragsstaten zelf uitvoering geven aan EG-verplichtingen, staat die aansprakelijkheid overigens wel vast.[104]

2.4.4 Interpretatie van het verdrag

Bij de interpretatie van het EVRM neemt het EHRM de regels daarover van het Weens Verdragenverdrag (WVV) tot uitgangspunt.[105] Op basis van de artikelen 31 en 32 WVV moeten verdragsbepalingen in eerste instantie te goeder trouw, overeenkomstig de normale betekenis van de daarin voorkomende termen worden uitgelegd. Voorts moet rekening worden gehouden met de context en het voorwerp en doel van het verdrag. Pas als daarmee geen toereikend resultaat wordt bereikt, kan ook de ontstaansgeschiedenis worden gebruikt om de betekenis van een verdragsartikel te bepalen.

Mede omdat de tekst van het verdrag vaak te vaag bleek voor een eenduidige uitleg en bovendien de Franse en Engelse officiële versies niet altijd geheel overeenstemmen, heeft het Hof de nadruk gelegd op een uitleg in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag. De totstandkomingsgeschiedenis bleef daarbij meestal – en in toenemende mate – buiten beeld.[106] Het Hof benadrukt steeds dat het EVRM een 'living instrument' is waaraan een uitleg moet worden gegeven 'in the light of the present day conditions'.[107] Het verdrag moet daarbij zo worden uitgelegd dat een praktische effectieve bescherming van rechten wordt bereikt.[108] Om te bepalen wat de actuele omstandigheden zijn, beziet het Hof bijvoorbeeld ook of er zich in de rechtsontwikkeling in de verdragsstaten een bepaalde consensus aftekent, hetgeen dan aanleiding kan

---

100. ECRM 10 juli 1978, CFDT t. EG en EG-lidstaten (ontv. besl.), D&R 13, 231.
101. EHRM 18 februari 1999, Matthews t. Verenigd Koninkrijk, par. 27-35; EHRM 18 februari 1999, Waite & Kennedy t. Duitsland, par. 67.
102. Restrictief is EHRM 26 februari 1998, Pafitis e.a. t. Griekenland (duur prejudiciële procedure voor HvJ EG telt niet mee bij de beoordeling van de redelijke termijn o.g.v. art. 6 EVRM van de totale procedure).
103. Zie uitgebreid R.A. Lawson, Het EVRM en de Europese Gemeenschappen (diss. Leiden), Deventer 1999.
104. Vgl. EHRM 15 november 1996, Cantoni t. Frankrijk, par. 30 (wetgeving gebaseerd op een richtlijn); ECRM 9 februari 1990, M & Co t. Duitsland (ontv. besl.), D&R 64, 138 (tenuitvoerlegging uitspraak HvJ EG).
105. EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk, par. 29-35; EHRM 12 december 2001, Bankovic e.a. t. België en zestien andere verdragsstaten, par. 55-65.
106. Vgl. R.A. Lawson, Adieu les travaux!, Het afgenomen belang van de *travaux préparatoires* voor de uitleg van het EVRM, in: 40 jaar EVRM, p. 61-74.
107. EHRM 25 april 1978, Tyrer t. Verenigd Koninkrijk, par. 31; EHRM 12 maart 2003, Öcalan t. Turkije, par. 193.
108. EHRM 9 oktober 1979, Airey t. Ierland, par. 24.

zijn de betreffende verdragsnorm een daarmee overeenstemmende ruimere betekenis te geven, ook ten aanzien van staten waarvan de rechtsontwikkeling daarbij nog achterloopt.[109] Dat in een staat een bepaalde handelwijze reeds lang gebruikelijk is, vormt geen doorslaggevend argument om geen schending van het EVRM aan te nemen.[110] Verder wordt een beperkte uitleg gegeven aan de in het verdrag voorziene mogelijkheden om rechten te beperken, waarop in de volgende subparagraaf verder wordt ingegaan.[111] Bij een betekenisverschil tussen de Franse en Engelse tekst wordt in beginsel aangesloten bij die tekst die de meeste bescherming biedt.[112] Voor de uitleg van het EVRM wordt soms ook steun gezocht in andere internationale verdragen en jurisprudentie daarover of bij rechtsontwikkelingen buiten het verdragsgebied, zoals in de Verenigde Staten.

Naast deze – wat zou kunnen worden genoemd – 'dynamische' uitleg is een andere belangrijke karakteristiek van de Straatsburgse jurisprudentie de 'autonome' uitleg van verdragsbegrippen. Voor deze uitleg is mede gekozen om de bescherming van het EVRM praktisch en effectief te doen zijn. Begrippen uit het verdrag krijgen in de jurisprudentie van het Hof een eigen, autonome betekenis die niet noodzakelijkerwijs hoeft overeen te stemmen met hetgeen het nationale recht daarover bepaalt. Een voorbeeld vormt de uitleg van het begrip 'criminal charge' in artikel 6 EVRM. Dat wordt door het Hof autonoom uitgelegd in die zin dat ook een boete die naar nationaal recht een bestuursrechtelijk karakter draagt als 'criminal' kan worden gekwalificeerd, zodat de waarborgen van artikel 6 EVRM (als bijstand van een tolk in een rechterlijke procedure naar aanleiding van de boeteoplegging) dan gelden. Zou het Hof niet voor een autonome uitleg hebben gekozen, dan zouden staten zich naar believen aan de bescherming van artikel 6 EVRM kunnen onttrekken, hetgeen het Hof in strijd acht met het voorwerp en doel van het verdrag.[113]

Opvallend in de jurisprudentie van het Hof is verder dat daarin vrijwel steeds wordt gekozen voor een casuïstische benadering, dat wil zeggen een toepassing van de normen van het verdrag op de concrete omstandigheden van het geval. Het Hof vermijdt meestal een abstracte benadering, waardoor het moeilijk kan zijn uit een uitspraak een algemeen geldende regel te destilleren die ook in andere casus van toepassing is. Dat geldt ook voor de Grote Kamer, terwijl deze juist ook als taak heeft om verschillen in benadering op te lossen. Een bijkomend probleem is hier dat door de mogelijkheid van intern appèl bij de Grote Kamer langer onzeker kan blijven of een bepaalde uitspraak al dan niet als richtsnoer kan worden gebruikt. De praktijk van het intern appèl maakt bovendien duidelijk dat de toevallige samenstelling van een Kamer invloed kan hebben op de uitkomst van een zaak. Dat roept de vraag op of het Hof er wel voldoende in slaagt het werk van alle Comités en Kamers te coördineren, hetgeen temeer klemt nu het aantal uitspraken de laatste jaren explosief is gestegen.[114] Aan de andere kant is er inmiddels ook een dusdanige hoeveelheid jurisprudentie beschikbaar

---

109. Vgl. EHRM 25 april 1978, Tyrer t. Verenigd Koninkrijk, par. 31; EHRM 18 december 1987, F. t. Zwitserland, par. 33; EHRM 12 maart 2003, Öcalan t. Turkije, par. 195-198.
110. EHRM 26 oktober 1988, Martins Moreira t. Portugal, par. 54.
111. EHRM 27 november 1997, K.-F. t. Duitsland, par. 70.
112. EHRM 29 november 1988, Brogan e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 59.
113. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-50; EHRM 29 april 1999, Chassagnou e.a. t. Frankrijk, par. 100.

dat het gemakkelijker wordt daarin algemene lijnen te herkennen. Bovendien helpt het Hof daarbij door in uitspraken eerdere relevante jurisprudentie met verwijzing daarnaar samen te vatten.[115] Het Hof beschouwt zichzelf als eindverantwoordelijk voor de interpretatie van het EVRM. Deze eindverantwoordelijkheid wordt afgeleid uit de ruime rechtsmacht die het Hof op grond van artikel 32 EVRM heeft toebedeeld gekregen en die zich uitstrekt tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het verdrag. Daarbij volgt het Hof doorgaans zijn eigen precedenten (ook die van het oude Hof), onder meer met het oog op de rechtszekerheid. Het Hof kan echter op goede gronden ook afwijken van eerdere beslissingen.[116]

Overigens ontmoet de ruimhartige interpretatiemethode van het EHRM, gericht op het vergroten van de mensenrechtenbescherming, ook kritiek. Er zou daarmee te veel worden afgeweken van de tekst van het verdrag die juist aangeeft in hoeverre de verdragsstaten bereid zijn geweest hun soevereiniteit te beperken. Het Hof zou volgens sommigen op onderdelen zelfs zijn rechtsvormende taak te buiten gaan en feitelijk optreden als steller van de wet.[117]

2.4.5 Beperking van de verdragsrechten

Als via interpretatie de inhoud van een verdragsrecht is vastgesteld en tevens is bepaald dat als gevolg van handelen of nalaten dat aan de staat kan worden toegerekend, sprake is van een inmenging in dat recht, dan dient zich de vraag aan of deze inmenging kan worden gerechtvaardigd onder het EVRM.[118] Alleen wanneer dat laatste het geval is, staat het EVRM een beperking van een recht toe. Een groot deel van de zaken waarin een beroep wordt gedaan op EVRM-rechten, draait uiteindelijk om de vraag of een inmenging in een recht al dan niet gerechtvaardigd is. Op dit punt is er dan ook een grote hoeveelheid jurisprudentie van het EHRM voorhanden. Het voert te ver om hier uitvoerig op in te gaan. Aan de beperkingsmogelijkheden zal ook nog aandacht worden besteed bij de behandeling van de specifiek voor het materiële bestuursrecht relevante verdragsrechten in hoofdstuk 3. In algemene introducerende zin kan nog wel het volgende daarover worden opgemerkt.

Om te beginnen kan worden vastgesteld dat niet alle rechten (onder alle omstandigheden) mogen worden beperkt. De verdragsrechten kunnen namelijk worden onderscheiden in tweevoudig absolute, enkelvoudig absolute en niet-absolute rechten. Van de tweevoudig absolute rechten kan noch in tijden van rust en vrede noch ten tijde van

---

114. Vgl. het verschil in uitkomst tussen EHRM 2 oktober 2001, Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk I (schending artikel 8 EVRM als gevolg van een besluit inzake nachtvluchten) en de uitspraak van de Grote Kamer in deze zaak EHRM 8 juli 2003, Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk II (op basis van een veel terughoudendere toets geen schending van artikel 8 EVRM aangenomen).
115. Zie daarover bijv. S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, p. 747-758.
116. Vgl. EHRM 27 september 1990, Cossey t. Verenigd Koninkrijk, par. 35.
117. Zie daarover bijv. T. Loenen, Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als toetser of steller van de wet?, Enkele beschouwingen naar aanleiding van de zaak *Kroon*, in: 40 jaar EVRM, p. 75-82. Vgl. ook H.L. Janssen, Constitutionele interpretatie, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid (diss. Maastricht), Den Haag 2003.
118. Zie hierover uitgebreid Th.L. Bellekom, Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM, in: 40 jaar EVRM, p. 59-74; C.J. Staal, De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens (diss. Maastricht), Nijmegen 1995; P. Mendelts, Interpretatie van grondrechten: grondrechtenclaims en de verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten (diss. Utrecht), Deventer 2002.

een oorlog of noodtoestand als bedoeld in artikel 15 EVRM worden afgeweken. Het gaat hier om de artikelen 3, 4 lid 1 en 7 EVRM. Van enkelvoudig-absolute aanspraken kan alleen tijdens een oorlog of noodtoestand worden afgeweken. Tot deze categorie behoren bijvoorbeeld artikel 6 lid 2 (de onschuldpresumptie) en de artikelen 1, 3 en 4 van het Vierde Protocol. De niet-absolute rechten kunnen in beginsel ook onder normale omstandigheden worden beperkt.

De beperkingsmogelijkheden met betrekking tot de niet-absolute rechten kunnen grofweg in vier subcategorieën worden verdeeld.

Een *eerste* subcategorie wordt gevormd door de conventiebepalingen die in het tweede lid een opsomming inhouden van een aantal specifieke beperkingsgronden ten behoeve waarvan op nationaal niveau van het in het eerste lid neergelegde recht kan worden afgeweken. Tot deze tweede subcategorie behoren de in artikel 8 tot en met 11 EVRM en artikel 2 lid 3 VP neergelegde rechten en vrijheden. De omvang en de inhoud van de beperkingen worden in eerste instantie bepaald door nationale voorschriften die echter wel moeten voldoen aan een drietal voorwaarden. De beperkingsmogelijkheid moet om te beginnen voorzien zijn bij wet of in overeenstemming zijn met de wet. Daarbij hanteert het Hof een materieel wetsbegrip, zij het dat het moet gaan om een voldoende kenbare grondslag op basis waarvan de beperking voor de justitiabelen voorzienbaar is. Als aan deze voorwaarde is voldaan, neemt het Hof in sommige zaken zelfs genoegen met een basis in ongeschreven recht en in beleidsregels. Daarnaast moet de beperking nodig zijn met het oog op een bepaald – in het tweede lid genoemd – beschermenswaardig (legitiem) belang, hetgeen in de jurisprudentie meestal wordt aangenomen. Ten slotte moet de beperking noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, een eis die het EHRM in zijn jurisprudentie zo heeft uitgelegd dat er een *pressing social need* voor de inmenging aanwezig moet zijn en er eveneens een redelijke verhouding (*proportionality*) moet bestaan tussen de zwaarte van de inmenging en het gewicht van het belang dat met de inmenging wordt gediend. Bij de beoordeling van de vraag of een inmenging noodzakelijk is – waarop in veel zaken de nadruk ligt – kent het EHRM aan de verdragsstaten een zekere *margin of appreciation* toe, waarop in de volgende subparagraaf nader wordt ingegaan.[119]

Een *tweede* subcategorie betreft verdragsrechten die zodanig inhoudelijk zijn omschreven dat daarin zelf al mogelijke beperkingen liggen besloten (bijvoorbeeld artikel 4 lid 2 en 3, artikel 6 lid 1 en 3 EVRM en artikel 1, 2 en 3 EP). Verder gaat het om conventierechten die zodanig zijn geformuleerd dat bepaalde gevallen of situaties van verdragsrechtelijke bescherming zijn uitgesloten (bijvoorbeeld artikel 5, met uitzondering van het recht op veiligheid van de persoon, en artikel 2 EVRM). Tot deze subcategorie behoren ook de verdragsbepalingen die toepassing van een recht aan de nationale instanties overlaten. Voorbeelden hiervan zijn de artikelen 12 en 10 lid 1 laatste zin EVRM. De omschrijving van de rechten en vrijheden in deze subcategorie is zodanig dat beperking van het toegekende recht mogelijk is. De in de jurisprudentie daarvoor ontwikkelde eisen zijn deels vergelijkbaar met die van de eerste subcategorie. De staten hebben bij de invulling van deze bepalingen een zekere beoordelingsvrijheid (*margin of*

119. EHRM 26 april 1979, Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk, par. 47 e.v. en veel verfijnende jurisprudentie nadien.

appreciation), die hen in staat stelt rekening te houden met speciale omstandigheden. Als staten naar de mening van de Straatsburgse instanties binnen de toegekende marge blijven, wordt het desbetreffende artikel niet geschonden geacht. De omvang van de beoordelingsvrijheid wordt bepaald in het concrete geval.

Een *derde* – deels met de voorgaande overlappende – subcategorie is de volgende. Sommige in de conventiebepalingen neergelegde rechten en vrijheden kennen geen beperkingsmogelijkheden die zijn te baseren op de verdragsrechtelijke formulering of op expliciete (lid 2) beperkingsclausules. Ten aanzien van sommige van deze rechten en vrijheden erkent het Hof desondanks het bestaan van zogenoemde impliciete of inherente beperkingsmogelijkheden. Het gaat om artikel 6 lid 1 EVRM (recht op toegang tot de rechter),[120] artikel 2 EP (recht op onderwijs)[121] en artikel 3 EP (actief en passief kiesrecht).[122] Het betreft meestal beperkingen als gevolg van bij de uitoefening van het recht in acht te nemen vormvoorschriften, termijnen, formaliteiten en procedures. Bij de beoordeling of deze beperkingen geoorloofd zijn, kent het Hof de staat een ruime beoordelingsvrijheid toe, maar niet wordt toegestaan dat het recht in de kern wordt geraakt. De beperking moet bovendien zijn gericht op een legitiem doel. Voorts moet er sprake zijn van een redelijke verhouding tussen de zwaarte van de verplichting waartoe de beperking strekt en het doel dat ermee wordt gediend (proportionaliteit).[123] Ten slotte moet de regeling die de beperking inhoudt, duidelijk en coherent zijn en een eerlijke afweging van algemene en individuele belangen garanderen.[124]

Een *vierde* subcategorie betreft de zogenoemde positieve verplichtingen. Voor de vraag of er sprake is van een positieve verplichting c.q. of de staat deze op een juiste wijze heeft nageleefd, wordt bij verdragsrechten die niet-absoluut zijn, nagegaan of er een *fair balance* (redelijk evenwicht) in acht is genomen tussen de belangen van het getroffen individu en het algemeen belang. Bij deze toets kunnen de doeleinden met het oog waarop het betreffende verdragsrecht mag worden beperkt, zoals bijvoorbeeld opgesomd in artikel 8 lid 2 EVRM, een rol spelen. Bij de toepassing van de *fair balance*-toets kent het Hof de staten meestal een zekere beoordelingsvrijheid toe. Gaat het om positieve verplichtingen die voortvloeien uit in beginsel absolute rechten, dan wordt nagegaan of de staat alle redelijke maatregelen heeft genomen ter bescherming van dat recht.[125]

2.4.6 Toetsing door het EHRM: de 'margin of appreciation' van de verdragsstaten en de wens geen 'vierde instantie' te zijn

Hiervoor is verschillende keren gerefereerd aan de *margin of appreciation* of beoordelingsvrijheid die het EHRM verdragsstaten in bepaalde gevallen en in wisselende

120. EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk, par. 38; EHRM 16 december 1992, De Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk, par. 28.
121. EHRM 23 juli 1968, Belgische Taalzaak, par. 5.
122. EHRM 2 maart 1987, Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België, par. 52.
123. EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk, par. 38.
124. EHRM 16 december 1992, De Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk, par. 28.
125. Zie daarover o.a. R.A. Lawson, Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test, NJCM-Bulletin 1995, p. 558 e.v. (deel 1) en p. 727 e.v. (deel 2). Zie ook J. van der Velde, Positieve verplichtingen, in: A.W. Heringa e.a. (red.), EVRM, Rechtspraak & Commentaar (losbladig), Den Haag 2002.

omvang toekent bij de toetsing of in een concreet geval het EVRM al dan niet is geschonden. Daarbij gaat het om een toetsingsdoctrine die het Hof baseert op twee gronden. Enerzijds is dat het uitgangspunt dat het Straatsburgse toezicht een subsidiair karakter heeft, met andere woorden de 'constitutionele' positie van het EHRM ten opzichte van de nationale instanties. Anderzijds is er ook een meer praktische grondslag, namelijk het feit dat nationale autoriteiten vaak in een betere (feitelijke) beoordelingspositie verkeren dan het Hof.[126] De doctrine wordt door het Hof ten aanzien van sommige verdragsrechten echter niet toegepast en ten aanzien van andere rechten niet altijd. De *margin of appreciation* is daarmee niet een vaststaand 'recht' van verdragsstaten, maar veeleer een toetsingsbeleid in het kader waarvan het Hof ook zijn keuze voor een bepaalde toetsingsintensiteit (van marginaal tot zeer streng) probeert te motiveren. Het is in feite een keuze van het Hof voor een zekere terughoudendheid bij de toetsing in een concreet geval, hetgeen volgens Schokkenbroek moet worden onderscheiden van de bepaling van de beschermingsomvang van de verdragsrechten door middel van interpretatie.[127]

Beoordelingsvrijheid wordt door het Hof vooral toegekend in de volgende gevallen:

a. in situaties waarin de EVRM-bepaling een belangenafweging en/of een proportionaliteitstoets impliceert;
b. bij de beoordeling in een concreet geval van de toepasselijkheid en de implicaties van bepaalde vage termen uit het EVRM; en
c. bij de beoordeling of staten al dan niet nalatig zijn geweest bij het nakomen van positieve verplichtingen.

Daarbij zij aangetekend dat deze categorieën nauw met elkaar in verband staan en in concrete casus ook (deels) kunnen samenvallen. Ten aanzien van sommige bepalingen speelt de 'margin-doctrine' ook geen rol, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de artikelen 2, 3 en 4 lid 1 EVRM. Strikt toezicht door het EHRM op de juridische kwalificatie van daarin opgenomen termen als 'foltering' of 'dwangarbeid' is gelet op de aard van de betreffende rechten vereist. Datzelfde is het geval waar het veel van de uit de artikelen 5 en 6 EVRM voortvloeiende procedurele waarborgen betreft en voor andere uit de *rule of law* afgeleide procedurele vereisten. Bij dat laatste kan worden gedacht aan de waarborgen tegen misbruik van bevoegdheid en waarborgen ten aanzien van de kwaliteit van de besluitvormingsprocedure die leidt tot EVRM-rechten beperkende maatregelen. Een verklaring voor de strenge toets met betrekking tot procedurele vereisten zou kunnen zijn dat er op dit laatste terrein vaak geen sprake is van beleidskeuzen en de nationale autoriteiten hier ook niet vanzelfsprekend in een betere beoordelingspositie verkeren. Overigens is het wel van belang te onderkennen dat de toetsingsintensiteit ook nog van andere factoren kan afhangen. Obstakels bij de feitelijke beoordeling van een zaak kunnen ook leiden tot een beperktere toets, alsmede het

126. EHRM 7 december 1976, Handyside t. Verenigd Koninkrijk.

127. Zie uitgebreid met verwijzingen naar relevante jurisprudentie J.G.C. Schokkenbroek, Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (diss. Leiden), Zwolle 1996; J.G.C. Schokkenbroek, Methoden van interpretatie en toetsing, in: A.W. Heringa e.a. (red.), EVRM, Rechtspraak & Commentaar (losbladig), Den Haag 2000; H.C. Yourow, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, The Hague/Boston/London 1996.

feit dat het Hof ten aanzien van kwesties die niet worden bestreken door een verdragsrecht, niet bevoegd is te oordelen. De 'margin-doctrine' lijkt daarbij door het Hof vooral te worden ingezet in zaken waarin niet zonder meer voor de hand ligt hoe te oordelen en waarbij subtielere afwegingen noodzakelijk zijn.[128]

Uit de jurisprudentie is af te leiden dat de omvang van de beoordelingsvrijheid mede af *kan* hangen van de volgende factoren, die elkaar ook weer onderling kunnen beïnvloeden.[129] Om te beginnen speelt de aan- of afwezigheid van een Europese consensus een rol: als een verdragsstaat binnen Europa een duidelijke uitzonderingspositie blijkt in te nemen, kan dat reden zijn streng te toetsen.[130] Daarnaast speelt ook de aard van het doel dat met de gewraakte maatregel wordt nagestreefd en de eventuele ruimere beleidscontext daarvan een rol. Bij bescherming van de nationale veiligheid, bijvoorbeeld, hebben staten waarschijnlijk een ruime beoordelingsvrijheid.[131] Als verder ter rechtvaardiging van een inmenging in een verdragsrecht wordt aangevoerd dat het gaat om de bescherming van de rechten van anderen, biedt het Hof een ruime beoordelingsmarge als dat andere recht een EVRM-recht is; het toetst echter streng wanneer het gaat om een niet door het EVRM beschermd recht.[132] Een grotere beoordelingsvrijheid wordt eveneens gelaten als het gaat om een maatregel die onderdeel uitmaakt van een algemener beleid, bijvoorbeeld op sociaal-economisch of fiscaal gebied en op het terrein van huisvesting, ruimtelijke ordening of milieubescherming (onderwerpen die in het volgende hoofdstuk nader aan de orde komen). Andere factoren die mede de omvang van de toetsingsintensiteit bepalen, zijn de aard van de activiteiten van de klager en de aard van de belangen, die het ingeroepen verdragsrecht in het concrete geval beschermt. Een strenge toets wordt, bijvoorbeeld, gehanteerd als het gaat om een recht dat heel belangrijk is voor het welzijn en de ontplooiing van het individu,[133] of indien er een breder democratisch belang aan de orde is zoals de persvrijheid.[134] Voorts spelen een rol de ernst van de inbreuk op het recht en – ten aanzien van het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM – de aard van het criterium op basis waarvan onderscheid wordt gemaakt. Gaat het om een 'verdacht onderscheid' op grond van geslacht, onwettige geboorte, nationaliteit, godsdienst of seksuele geaardheid, dan is de toetsing strikt. Hoewel daar nog geen Straatsburgse uitspraken over zijn gedaan, zal het Hof onderscheid op grond van ras, etniciteit en huidskleur waarschijnlijk evenzeer streng toetsen.[135] Een laatste factor die kan worden genoemd als medebepalend voor de toetsingsintensiteit, is of er al dan niet sprake is van een noodsituatie, een situatie waarin met spoed moet worden opgetreden, of een geval waarin snel risicobeoordelingen moeten worden gemaakt. Als dat het geval is, bestaat er een ruime beoordelingsvrijheid voor de staten.[136]

---

128. Schokkenbroek (1996), p. 175-204; Schokkenbroek (2000).
129. Schokkenbroek (1996), p. 204 e.v.; Schokkenbroek (2000).
130. Vgl. EHRM 30 juni 1993, Sigurdur A. Sigurjónsson t. IJsland, par. 41.
131. Vgl. EHRM 28 oktober 1994, Murray t. Verenigd Koninkrijk, par. 90.
132. Zie bijv. EHRM 29 april 1999, Chassagnou e.a. t. Frankrijk, par. 113.
133. EHRM 25 september 1996, Buckley t. Verenigd Koninkrijk, par. 74.
134. EHRM 21 januari 1999, Fressoz & Roire t. Frankrijk, par. 44.
135. Zie hierover met verwijzing naar jurisprudentie o.a. J.H. Gerards, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel (diss. Maastricht), Den Haag 2002, p. 197-207.
136. Vgl. EHRM 23 september 1998, Steel e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 101-105.

Nauw in verband met de 'margin-doctrine' en de ratio daarachter staat het uitgangspunt van het EHRM dat het bij zijn toetsing geen zogenoemde 'vierde instantie'[137] wil zijn, die het werk van de nationale rechter gaat overdoen:

> '(…) it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation.'[138]

Ook overwoog het Hof met betrekking tot een klacht over schending van artikel 6 EVRM:

> '(…) it is not normally in the province of the European Court to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts, and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them. The Court's task is to ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was taken, were fair.'[139]

Het Hof is terughoudend als het gaat om een beoordeling van reeds door de nationale rechter in een eerlijke procedure vastgestelde feiten en de waardering daarvan. Datzelfde geldt voor de vraag of in een concreet geval het nationale recht goed is toegepast. Deze terughoudendheid wordt ingegeven door het in artikelen 1, 13 en 35 EVRM vastgelegde uitgangspunt dat het Straatsburgse toezicht subsidiair is en door het feit dat nationale autoriteiten vaak in een betere positie verkeren voor een beoordeling van de feiten en het nationale recht.[140] Het Hof heeft in de praktijk geen uitgebreide mogelijkheden voor een eigen feitenvaststelling en verlaat zich daarom meestal op de feitenvaststelling van de nationale rechter, tenzij de klager materiaal aandraagt waarmee een andere lezing kan worden gerechtvaardigd.[141] Het Hof toetst het gewraakte nationale optreden in beginsel *ex tunc*. De omstandigheden zoals die waren ten tijde van het definitief worden van de nationale (eind)beslissing vormen het referentiekader voor de toets of het verdrag is geschonden, zij het dat in beginsel in het kader van deze toets al het daarvoor relevante bewijsmateriaal wordt toegelaten en zelf door het Hof mag worden verzameld. Hierbij lijkt niet relevant of dit materiaal al dan niet al in de nationale procedure naar voren is, dan wel kon worden, gebracht.[142]

Vanwege zijn taak toe te zien op de naleving van het EVRM en individuele rechtsbescherming te verlenen ontkomt het Hof er tegelijkertijd echter niet in alle gevallen aan

---

137. Deze term is door het Hof geïntroduceerd om tot uitdrukking te brengen dat de Straatsburgse procedure niet kan worden gezien als een normaal rechtsmiddel dat volgt op, respectievelijk, beroep, hoger beroep en cassatie op grond van het nationale recht. Het feit dat in het Nederlandse bestuursprocesrecht (nog) niet is voorzien in de behandeling van een zaak in drie rechterlijke instanties, maakt de desbetreffende jurisprudentie van het EHRM daarvoor echter niet minder relevant.
138. EHRM 7 december 1976, Handyside t. Verenigd Koninkrijk, par. 50.
139. EHRM 16 december 1992, Edwards t. Verenigd Koninkrijk, par. 34.
140. Vgl. Lawson (1999), p. 49-61.
141. EHRM 4 december 1995, Ribitsch t. Oostenrijk, par. 34.
142. Bijv. EHRM 8 juli 1986, Lithgow t. Verenigd Koninkrijk, par. 130; EHRM 31 oktober 2002, Yildiz t. Turkije. Zie voor het bewijs ook artikel 38 EVRM (nader eigen onderzoek EHRM) en artikel 54 van het Procesreglement van het EHRM (inbrengen nadere stukken tijdens Straatsburgse procedure). Vgl. bijv. ook EHRM 3 mei 2001, Smits, Kleyn e.a. t. Nederland (ontv. besl.), waar een rapport van de Rekenkamer in de beoordeling werd betrokken dat in de nationale procedure niet aan de orde was.

om toch als een soort vierde instantie op te treden. Immers, als uit artikel 6 EVRM een verplichting wordt afgeleid voor de nationale rechter om uitspraken te motiveren, dan zal het Hof in een concrete zaak toch moeten nagaan of aan dit vereiste is voldaan.[143] Ook ten aanzien van het vereiste dat het handelen in overeenstemming met het nationale recht moet zijn, ontkomt het Hof niet altijd aan een eigen beoordeling.[144] Op dat punt 'laveert' het Hof volgens Lawson tussen zijn wens om geen vierde instantie te zijn en zijn verplichting om toe te zien op de naleving van de wet door de nationale autoriteiten. Deze spanning doet zich volgens hem – ondanks het bestaan van de 'margin-doctrine' – eveneens voor in het kader van de toets of een bepaalde inmenging in een verdragsrecht proportioneel is. Deze toets geeft ook vaak aanleiding tot uitvoerige analyses van de feiten van het geval en specifieke oordelen.[145] Bij de feitenanalyse gaat het Hof vaak nog verder in zaken van vreemdelingen die met uitzetting worden bedreigd. Daar vindt een uitgebreide en vaak indringende eigen (feiten)toetsing plaats door het Hof. Bovendien wordt ten aanzien van zaken waarin wordt gesteld dat bij uitzetting in het land van herkomst een behandeling in strijd met artikel 3 dreigt, afgeweken van het beginsel van de *ex tunc*-toetsing en vindt een *ex nunc*-toetsing plaats. Het Hof gaat na of een uitzetting op het moment dat het zelf moet beslissen over de klacht, al dan niet in strijd met artikel 3 EVRM is en niet meer (alleen) of de nationale autoriteiten ten tijde van de nationale procedure tot uitzetting hadden mogen besluiten.[146] Deze aanpak is goed te verdedigen omdat het EHRM anders een uitzetting zou goedkeuren die voor de betrokkene feitelijk een groot risico op bijvoorbeeld foltering zou inhouden. Bij deze toets lijkt het EHRM al het voor hem al dan niet op aangeven van partijen beschikbare (bewijs)materiaal te betrekken, ongeacht of dit eerder in de nationale procedure is, dan wel kon worden, ingebracht.[147] Een vergelijkbare *ex nunc*-toetsing hanteert het EHRM ten aanzien van vermeende voortdurende schendingen, zoals een voortdurende confiscatie[148] of een voortdurend publicatieverbod.[149]

2.5 De doorwerking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde

2.5.1 Introductie

Uit het voorgaande is gebleken dat de implementatie en bescherming van de EVRM-rechten primair een verantwoordelijkheid is van de nationale autoriteiten. Het Straatsburgse toezicht is subsidiair van karakter en in dat kader wordt bij de toetsing van concreet overheidsoptreden aan het EVRM vaak een meer of minder grote terughoudendheid in acht genomen. Bestuur en wetgever moeten op grond van artikel 1

143. Bijv. EHRM 9 december 1994, Ruiz Torija & Hiro Balani t. Spanje, par. 27.
144. Bijv. EHRM 21 februari 1990, Van der Leer t. Nederland, par. 23.
145. Lawson (1999), p. 56-60.
146. Bijv. EHRM 15 november 1996, Chahal t. Verenigd Koninkrijk, par. 86. Zie daarover nader Schokkenbroek (1996), p. 216-218; Lawson (1999), p. 59-60.
147. Vgl. EHRM 1 oktober 2002, Tekdemir t. Nederland (ontv. besl.); EHRM 9 juli 2002, Venkadajalasarma t. Nederland (ontv. besl.); EHRM 17 september 2002, Said t. Nederland (ontv. besl.).
148. EHRM 24 mei 1988, Müller e.a. t. Zwitserland, par. 43.
149. EHRM 26 november 1991, Observer & Guardian t. Verenigd Koninkrijk, par. 61-71.

EVRM bij hun handelen het EVRM respecteren. Datzelfde geldt voor de nationale rechter die eventueel ook het handelen van de andere staatsmachten kan corrigeren wanneer het in strijd met het EVRM komt. Een en ander volgt ook uit artikel 13 EVRM, dat eenieder een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie garandeert in geval van – vermeende – schending van het EVRM. Zouden bestuur, wetgever en rechter toch buiten de grenzen van het EVRM treden, dan schendt Nederland zijn verdragsverplichtingen, waarvoor het volkenrechtelijk aansprakelijk is. Het EVRM schrijft – zoals hiervoor (zie paragraaf 2.4.2) is gebleken – geen incorporatie daarvan in de diverse nationale rechtsorden voor. De beslissing daarover wordt overgelaten aan de nationale constituties. Dat roept de vraag op naar de werking die het EVRM heeft in de Nederlandse rechtsorde.[150]

2.5.2 Het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak als onderdeel van het Nederlandse recht

In Nederland is het uitgangspunt dat al het bindende internationale recht, zoals het EVRM, automatisch doorwerkt in de nationale rechtsorde. Het internationale recht heeft, anders gezegd, *interne werking.* Dit betekent dat de drie staatsmachten – wetgever, rechter en bestuur – daaraan zijn gebonden en daarmee niet in strijd mogen handelen. Vervolgens doet zich de vraag voor in hoeverre justitiabelen zich voor de rechter kunnen beroepen op dit bindende internationale recht en welke status dit recht dan heeft ten opzichte van het overige geldende recht (de vraag naar, respectievelijk, *rechtstreekse werking* en *voorrang*). Deze kwestie is geregeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, waaruit volgt dat er in beginsel sprake is van rechtstreekse werking wanneer het gaat om 'eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties'.[151] De vraag of er sprake is van een eenieder verbindende bepaling wordt uiteindelijk beantwoord door de rechter. De bepalingen van het EVRM worden in de Nederlandse rechtspraak in het algemeen aangemerkt als eenieder verbindend. Een uitzondering wordt aangenomen met betrekking tot de artikelen 6 en 13 EVRM als het gaat om de uitbreiding van de rechtsmacht van de rechter.[152] Aan de bepalingen van het EVRM komt ook voorrang toe boven nationaal recht (ook boven formele wetten en de Grondwet). Op grond van artikel 94 Grondwet blijven bepalingen van nationaal recht waarvan de toepassing niet verenigbaar is met eenieder

---

150. Daarover is heel veel literatuur beschikbaar. Hier zij volstaan met een verwijzing naar M.G. Boekhorst & F.M.C. Vlemminx, Artikelen 90-95, in: A.K. Koekkoek (red.), De Grondwet: een artikelsgewijs commentaar, Zwolle 2000, p. 455 e.v.; Kortmann (2001), p. 172-179 (met nadere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen); J.W.A. Fleuren & M.L.W.M. Viering, Rechtstreekse werking en een ieder verbindende kracht: Europese inspiratie voor de nationale rechter?, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), Grensverleggend staatsrecht, Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Deventer 2001, p. 101-138.

151. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens kan volgens HR 23 november 1984, NJ 1985, 604 m.nt. EAA niet als een dergelijk besluit worden beschouwd omdat ze is vastgesteld door de Algemene Vergadering van de VN, die niet de bevoegdheid heeft bindende besluiten te nemen.

152. HR 18 februari 1986, NJ 1987, 62; HR 30 januari 1996, NJ 1996, 288. Zie nader Barkhuysen, Van Emmerik & Loof (2000), p. 329-331. Martens (2000), p. 751 en noot 67 stelt dat het in de zojuist genoemde uitspraken niet gaat om het ontkennen van de rechtstreekse werking op dit punt, maar om uitleg van de artikelen 6 en 13 EVRM. Daarin zou nl. geen recht op een hogere voorziening besloten liggen. In de betreffende zaken lijkt het echter juist te gaan om een kwestie waarvoor de wet in het geheel geen voorziening openstelde, terwijl de artikelen 6 en 13 EVRM dat in ieder geval wel vereisen.

verbindende verdragsbepalingen, buiten toepassing. Het buiten toepassing laten van nationaal recht is geen exclusieve bevoegdheid c.q. verplichting van de rechter. Ook het bestuur is daartoe gehouden.[153] Het gaat daarbij om een concrete toetsing: ook wanneer de regel in abstracto niet onverenigbaar is met de verdragsbepaling, moet deze toch buiten toepassing blijven indien de toepassing daarvan in het concrete geval zich niet verdraagt met de verdragsbepaling.

Aangenomen wordt dat de uitspraken van het EHRM, al dan niet gewezen tegen Nederland, als gezaghebbende interpretatie van de betreffende verdragsbepalingen deel uitmaken, zodat de nationale rechter, de wetgever en het bestuur daarmee ook rekening dienen te houden.[154] Daarmee is in de Nederlandse rechtspraak feitelijk de *erga omnes*-werking van Straatsburgse uitspraken erkend. Hoewel strikt genomen op grond van artikel 46 lid 1 EVRM een einduitspraak alleen bindend is voor een staat als die een zaak betreft waarbij hij partij is, lijkt het EHRM – impliciet – ook uit te gaan van een zekere feitelijke *erga omnes*-werking van dat gedeelte van zijn uitspraken waarin het verdrag in algemene zin wordt geïnterpreteerd.[155] Voor een dergelijke werking pleit verder artikel 1 EVRM, dat eraan in de weg staat een belanghebbende te dwingen naar aanleiding van een bepaalde handeling van de Nederlandse overheid in Straatsburg een klacht in te dienen indien uit een uitspraak van het EHRM tegen een ander land duidelijk zou blijken dat deze handeling in strijd is met het verdrag. Daarbij moet wel worden bedacht dat het in veel casus niet makkelijk is een algemeen geldende regel af te leiden uit Straatsburgse uitspraken, aangezien deze veelal zijn toegesneden op de specifieke omstandigheden van een concreet geval.

Een belangrijke vraag in dit verband is of de Nederlandse rechter zou mogen afwijken van de rechtspraak van het EHRM door een ruimere uitleg aan het EVRM te geven dan het Hof doet. Het EVRM staat daaraan in beginsel niet in de weg, tenzij andere rechten in het gedrang dreigen te komen. Artikel 53 EVRM staat het verdragsstaten immers expliciet toe een verdergaande mensenrechtenbescherming toe te kennen; het EVRM biedt slechts minimumwaarborgen. Ook het feit dat het Hof steeds zijn subsidiaire plaats ten opzichte van de nationale rechter benadrukt en de nationale autoriteiten in het kader van zijn toetsing vaak een meer of minder ruime *margin of appreciation* gunt, laat zien dat er vanuit Straatsburgs perspectief geen bezwaar zou bestaan tegen een dergelijk optreden van de nationale rechter. In de litera-

153. Vgl. Kortmann (2001), p. 179. Anders G.J. Vonk, Overijverige rechter of tekortschietende wetgever (oratie Amsterdam VU), Deventer 1999, p. 35. Hij is van mening dat een dergelijke positie van het bestuur niet zou passen in het stelsel van bevoegdheidsverdeling. Verder wijst hij op grote praktische problemen indien het bestuur zonder dat de rechter daarover heeft geoordeeld wettelijke bepalingen buiten toepassing zou laten. Het bestuur moet naar zijn oordeel daarom wettelijke bepalingen waarvan wordt beweerd dat deze in strijd zijn met eenieder verbindend verdragsrecht volgen en verdedigen voor de rechter.

154. Vgl. HR 10 november 1989, NJ 1990, 628. Daarin komt de Hoge Raad terug op zijn eerdere beslissingen t.a.v. het begrip 'family life' in art. 8 EVRM n.a.v. EHRM 21 juni 1988, Berrehab t. Nederland. Zie ook HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 met een verwijzing naar EHRM 27 maart 1996, Goodwin t. Verenigd Koninkrijk. Vgl. ABRvS 10 april 2002, JB 2002, 146.

155. Vgl. EHRM 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, par. 154 (uitspraken zijn ook bedoeld om de regels voortvloeiend uit het EVRM te verduidelijken en toepassing daarvan te waarborgen); EHRM 29 november 1991, Vermeire t. België. Ook een aanwijzing is dat in EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België, par. 58, de werking van de daarin aan het EVRM gegeven algemene interpretatie in de tijd werd beperkt. Vgl. ook EHRM 27 september 1990, Cossey t. Verenigd Koninkrijk, par. 35, waarin het Hof aangeeft zo veel mogelijk vast te houden aan precedenten om de rechtszekerheid te waarborgen.

tuur is daarom gesteld dat de Nederlandse rechter niet zonder meer zou mogen afgaan op de Straatsburgse minimumjurisprudentie en steeds zou moeten bezien of de concrete Nederlandse omstandigheden niet dwingen tot een ruimere uitleg.[156] Waar het EVRM dit echter niet eist en de verdragsstaten vrijlaat bij de implementatie daarvan in de nationale rechtsorde, moet ook het antwoord op deze vraag worden gezocht in het Nederlandse constitutionele recht. De vraag is dan in eerste instantie of de Nederlandse rechter, mede gelet op zijn plaats in het staatsbestel op basis van artikel 94 Grondwet, een wetsbepaling buiten toepassing zou mogen laten op grond van zijn eigen ruimere uitleg van het EVRM. De Hoge Raad heeft deze vraag in negatieve zin beantwoord en daarbij aangegeven dat het bieden van verdergaande bescherming in het Nederlandse staatsbestel een keuze voor de wetgever is. De toetsing van formele wetten aan verdragsbepalingen op grond van artikel 94 Grondwet geldt in het Nederlandse staatsbestel namelijk als een beperkte uitzondering op het voor het overige geldende toetsingsverbod. Daarbij speelt voorts een rol dat de wetgever een verdergaande toepassing van het EVRM door de rechter (bijna) niet terug zou kunnen draaien.[157] De uitspraak van de Hoge Raad betrof overigens een formele wet, zodat het strikt genomen nog de vraag is of de rechter zich bij de toetsing van lagere wetgeving of besluiten niet zijnde algemeen verbindende voorschriften ook zou moeten houden aan de Straatsburgse minimumuitleg, aangezien zijn plaats in het staatsbestel hier niet mede wordt bepaald door het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, dat alleen geldt voor formele wetten. Maar ook los van het toetsingsverbod geldt echter dat de rechter een zekere distantie in acht moet nemen ten opzichte van de (lagere) wetgever en het bestuur, hetgeen aan een ruimere uitleg in de weg zou kunnen staan. De rechtspraak op dit punt laat van dat laatste, voorzover kon worden nagegaan, geen voorbeelden zien.

2.5.3 De toepassing van het EVRM als rechtsnorm in het bestuursrecht

Aldus maken EVRM-bepalingen onderdeel uit van het Nederlandse recht en gelden zij als rechtsnormen die de wetgever en het bestuur bij al hun handelen in acht moeten nemen en waaraan de rechter – die zelf ook gebonden is aan het EVRM – toetst bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden. Voor de bestuursrechter is strijd met een EVRM-bepaling een reden voor gegrondverklaring van een tegen een appellabel besluit of een daarmee gelijkgestelde overheidshandeling ingesteld beroep (vgl. artikel 8:77 lid 2 Awb). Naar aanleiding daarvan kan eventueel ook een schadevergoeding worden verkregen. Een beroep op het EVRM kan ook de basis zijn voor een actie uit onrechtmatige daad tegen de overheid bij de civiele rechter, omdat schending van een EVRM-bepaling wordt beschouwd als handelen in strijd met een wettelijke plicht in de zin van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW).[158] Daarbij gaat het met name om acties gericht tegen overheidshandelen waartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. In dat kader kan schadevergoeding worden gevorderd, maar

156. Zie bijv. Schokkenbroek (1996), p. 313-315 met nadere verwijzingen.
157. HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278 m.nt. JdB.
158. Vgl. M.L. van Emmerik, Schadevergoeding bij schending van mensenrechten, De rechtspraktijk in Nederland vergeleken met die onder het EVRM (diss. Leiden), Leiden 1997, p. 316.

ook, bijvoorbeeld, een gebod of een verbod met betrekking tot een bepaald overheidshandelen. Ten aanzien van wetgeving kan ook onverbindendverklaring c.q. buitentoepassinglating worden gevorderd.

2.6 De tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in Nederland

Bij de bespreking van de tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in Nederland kan worden onderscheiden tussen tenuitvoerlegging in meer abstracte zin en het verbinden van gevolgen aan een uitspraak voor de in het gelijk gestelde klager. In beide gevallen gaat het om verplichtingen die voortvloeien uit de bindende uitspraak van het EHRM, namelijk het voorkomen van verdere schendingen in de toekomst en het bieden van rechtsherstel of een schadevergoeding aan de klager. Op beide aspecten wordt toezicht gehouden door het Comité van Ministers dat uiteindelijk ook een resolutie aanneemt waarin wordt vastgelegd of en op welke wijze de staat aan de uitspraak is tegemoetgekomen (artikel 46 lid 2 EVRM).

Bij het verbinden van gevolgen in algemene zin aan een Straatsburgse uitspraak – gewezen tegen Nederland of tegen een andere staat – kan het gaan om aanpassing van wetgeving of een bestaande bestuurspraktijk. Nederland heeft hier inmiddels een ruime ervaring mee opgebouwd. Daarbij blijkt dat het nemen van maatregelen vaak relatief lang duurt, hoewel uiteindelijk altijd de noodzakelijke maatregelen worden getroffen. Daarmee bestaat het risico dat het EHRM Nederland in een andere zaak wegens een vergelijkbare schending veroordeelt.[159] Daarbij valt overigens op dat het, vanwege de vaak op het concrete geval toegesneden motivering van het Hof, in veel gevallen moeilijk blijkt te bepalen of en, zo ja, welk gevolg zou moeten worden gegeven aan tegen andere staten gerichte uitspraken. Tegelijkertijd blijkt de wetgever zich vaak erg terughoudend op te stellen. Hierop wordt meer specifiek in het kader van het materiële bestuursrecht in het vervolg van dit preadvies nog nader ingegaan.[160]

De tenuitvoerlegging van een Straatsburgse uitspraak in een concrete zaak kan op verschillende manieren plaatsvinden. Het voert te ver om daarop hier uitgebreid in te gaan. Van belang is om in herinnering te roepen dat de uitspraak van het EHRM – op een schadevergoedingsuitspraak op grond van artikel 41 EVRM na – alleen een declaratoir karakter heeft en niet leidt tot, bijvoorbeeld, vernietiging van het onderliggende besluit en/of de wettelijke regeling waarop het is gebaseerd, noch tot doorbreking van het kracht van gewijsde van de betreffende uitspraak van de nationale rechter. Een staat kan zelf bepalen hoe tegemoet te komen aan de uit de uitspraak voortvloeiende verplichting te zorgen voor rechtsherstel. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door een

159. Dat overkwam België toen het de op basis van de zaak EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België vereiste aanpassing van wetgeving niet snel genoeg doorvoerde. Zie de veroordeling in EHRM 29 november 1991, Vermeire t. België.

160. Zie voor een analyse de diverse bijdragen aan T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order, The Hague/Boston/London 1999, en met name C.C. Engering & N.A. Liborang, Judgments of the European Court of Human Rights and Their Effects: An Overview 1960-1997, p. 29-61; M.J.T.M. Vijghen, Implementation of the ECHR in Dutch Legislation: That Job is Jobbed!, p. 223-233. Zie ook Lawson (1999), p. 103-105.

eerder geweigerde vergunning alsnog te verlenen of een boetebesluit ongedaan te maken. Als een dergelijk rechtsherstel niet meer mogelijk is, zou een schadevergoeding kunnen worden uitgekeerd (waartoe het Hof staten overigens ook bij uitspraak kan verplichten op grond van artikel 41 EVRM).[161] Mocht de staat daaraan niet (op eigen initiatief) willen meewerken, dan kan de door het EHRM in het gelijk gestelde klager een officieel verzoek doen om een nieuw EVRM-conform besluit en kan over de eventuele afwijzing daarvan worden geprocedeerd. Verder kan, bijvoorbeeld, een actie uit onrechtmatige daad tegen de staat worden ingesteld.

Een probleem daarbij vormt echter het feit dat een veroordelende Straatsburgse uitspraak naar de heersende doctrine en rechtspraak in Nederland niet als een nieuw feit wordt gezien in de zin van artikel 4:6 Awb, zodat het bestuur een verzoek om het oorspronkelijke besluit te herzien eenvoudig kan afwijzen. Daarnaast is een dergelijke Straatsburgse uitspraak ook geen grond voor heropening van een afgesloten bestuursrechtelijke (artikel 8:88 Awb) of civielrechtelijke (artikel 382 Wetboek van Rechtsvordering) procedure zodat deze niet kan worden overgedaan met inachtneming van het EVRM-recht waarvan het EHRM een schending heeft vastgesteld, terwijl aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak ook slechts in een zeer beperkt aantal gevallen wordt aangenomen.[162] Het strafrecht kent inmiddels wel een dergelijke heropeningsmogelijkheid (artikel 457 Wetboek van Strafvordering). Een vergelijkbare regeling voor het bestuursrecht en het civiele recht is wel aangekondigd. Personen in een vergelijkbare positie als de klager die echter niet in Straatsburg hebben geklaagd, hebben nog minder mogelijkheden om te profiteren van een veroordelende uitspraak.[163]

De ontwikkelingen op het terrein van het EG-recht gaan hier sneller. Daar heeft het HvJ EG uitgemaakt dat een kennelijke en voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht als gevolg van een rechterlijke uitspraak die kracht van gewijsde heeft gekregen, moet leiden tot aansprakelijkheid van de staat. Dat impliceert een verruiming van de huidige aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak in Nederland.[164] Een uit een latere uitspraak van het HvJ EG blijkende schending van gemeenschapsrecht moet naar het oordeel van het HvJ EG in bepaalde omstandigheden voorts ook leiden tot een doorbreking van de formele rechtskracht van besluiten, in die zin dat het bestuursorgaan inhoudelijk moet bezien of er aanleiding bestaat op het besluit terug te komen.[165] Het EHRM gaat zover niet en heeft waar het de aansprakelijkheid voor het optreden van de nationale rechter betreft slechts een bescheiden stap gezet in de zaak Kudla t. Polen. Daarin maakte het Hof uit dat er voor het verkrijgen van schadevergoeding als gevolg van schending van de redelijke termijn door de rechter op nationaal niveau een effectief rechtsmiddel moet bestaan. Het rechtsmiddelvereiste van artikel 13 EVRM geldt echter niet voor andersoortige schendingen van het

---

161. Vgl. Van Emmerik (1997).
162. Nog steeds maatgevend is HR 3 december 1971, NJ 1972, 137 m.nt. G.J. Scholten.
163. Zie hierover uitgebreid met verwijzingen P.H.P.H.M.C. van Kempen, Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM (diss. Tilburg), Nijmegen 2002; Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter (2002), p. 60-61; H.J. Simon, Implementation of Strasbourg Judgments in Dutch Administrative Law, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order, The Hague/Boston/London 1999, p. 295-314.
164. HvJ EG 30 september 2003, Köbler t. Oostenrijk, C-224/01. Voor het EG-recht kan daarvoor ook ondersteuning worden gevonden in EHRM 16 april 2002, S.A. Dangeville t. Frankrijk (hierna te behandelen in par. 3.11).
165. HvJ EG 13 januari 2004, Kühne & Heitz, C-453/00.

EVRM door de rechter en het EHRM baseert op dit verdragsartikel ook geen verplichting tot doorbreking van de formele rechtskracht van besluiten naar aanleiding van een Straatsburgse uitspraak. Hierbij lijkt een rol te spelen dat het EHRM anders dan het HvJ EG de verdragsstaten niet voorschrijft hoe het verdrag in de nationale rechtsorde te implementeren.[166] Wat van dat laatste ook zij, de Nederlandse rechter zou ook los van een expliciete Straatsburgse opdracht ter zake van het EVRM kunnen aansluiten bij de door het HvJ EG uitgezette lijn voor de verwerking van Luxemburgse uitspraken. De in het kader van het EVRM aan de orde zijnde rechtsbelangen – mensenrechten – rechtvaardigen dit in ieder geval.

2.7 Het EVRM en andere grond- en mensenrechtencatalogi

Van belang is nog dat het EVRM geen afbreuk doet aan op grond van andere verdragen of nationaal recht reeds verzekerde grond- en mensenrechten (artikel 53 EVRM). Dit betekent, bijvoorbeeld, dat indien een in de Nederlandse Grondwet opgenomen grondrecht in een concreet geval meer bescherming biedt dan het EVRM, de bepaling uit de Grondwet voorgaat. Zo eist artikel 7 Grondwet een formeelwettelijke grondslag voor een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, terwijl artikel 10 EVRM een veel ruimere beperkingsmogelijkheid kent: de beperking moet slechts *prescribed by law* zijn. Daarbij kan het zelfs gaan om ongeschreven recht of beleidsregels, mits maar voldoende kenbaar en voorzienbaar.[167] Anderzijds biedt artikel 10 EVRM weer meer bescherming dan artikel 7 Grondwet omdat het doelcriteria geeft voor een beperking. In een concrete casus dienen daarom de waarborgen van het EVRM als het ware bij die van het nationale recht en overige relevante verdragen te worden 'opgeteld'.

In dat verband moet erop worden gewezen dat het EVRM, naast de Nederlandse Grondwet, niet het enige document is waarin voor Nederland geldende grond- en mensenrechten zijn neergelegd. Er zijn veel andere verdragen die ook voor het materiele bestuursrecht relevante rechten bevatten waarvan in bepaalde gevallen geen equivalent in het EVRM opgenomen is. Daarbij kan worden gedacht aan het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), het Europees Sociaal Handvest (ESH), het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESCR) en het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (VRK). In het kader van dit preadvies zal verder alleen op het EVRM worden ingegaan, nu dit verdrag in de bestuursrechtpraktijk het meest aan de orde is. Waar het de overige verdragen betreft, springt vooral in het oog het IVBPR, en met name artikel 26 van dit verdrag. Daarin is – anders dan in het EVRM, althans tot de inwerkingtreding van het Twaalfde Protocol – een algemeen discriminatieverbod opgenomen op basis waarvan de Centrale Raad van Beroep diverse bepalingen van socialeverzekeringswetten buiten toepassing heeft gelaten nu daarin ten aanzien van uitkeringsrechten een ongerechtvaardigd onderscheid tussen mannen en vrouwen werd gemaakt.[168] Deze rechtspraak

166. EHRM 26 oktober 2000, Kudla t. Polen; Barkhuysen (1998), p. 94-96.
167. EHRM 26 april 1979, Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk.
168. Bijv. CRvB 8 januari 1988, RSV 1988, 198.

heeft geleid tot een herziening van de sociale wetgeving met belangrijke financiële gevolgen.

In het EG-recht vinden fundamentele rechten eveneens bescherming. De grondrechtenbescherming is bij gebreke aan een bindende catalogus met fundamentele rechten in het EG-recht ontwikkeld in het kader van de jurisprudentie van het HvJ EG. In dat verband ontleent het HvJ EG grondrechten onder meer aan het EVRM, waarbij deze worden geacht als algemene beginselen deel uit te maken van het gemeenschapsrecht.[169] De instellingen van de EG en de lidstaten indien en voorzover zij uitvoering geven aan EG-recht, zijn daaraan gebonden. Artikel 6 lid 2 EU-verdrag codificeert deze jurisprudentie en breidt de binding aan grondrechten als algemene beginselen van gemeenschapsrecht zelfs uit tot de hele Europese Unie:

> 'De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.'

Het HvJ EG laat zich bij de uitleg en toepassing van deze grondrechtelijke algemene beginselen van gemeenschapsrecht vaak leiden door de rechtspraak van het EHRM, maar heeft nooit aangegeven daartoe strikt gehouden te zijn. Verder is de EG geen partij bij het EVRM en daarmee ook niet onderworpen aan de rechtsmacht van het EHRM. Daardoor ontstaat het gevaar van een uiteenlopend Straatsburgs en Luxemburgs beschermingsniveau, hetgeen vooral problematisch is indien Luxemburg onder de Straatsburgse maat blijft. De lidstaten van de EG zijn immers ook allemaal partij bij het EVRM en uit dien hoofde gehouden het EVRM-beschermingsniveau te verzekeren (zie hiervoor paragraaf 2.4.2 en 2.4.3), terwijl zij tegelijkertijd ook hun verplichtingen op grond van het EG-recht moeten nakomen. Daardoor kan een conflict van verplichtingen ontstaan.[170] Door omzichtig opereren heeft het HvJ EG tot nu toe echte problemen op dit punt kunnen voorkomen (vergelijk de wijze waarop het HvJ EG omging met de Colas Est-uitspraak van het EHRM als geschetst in de casus in paragraaf 1.1), maar het gevaar van een uiteenlopend niveau blijft altijd aanwezig.[171] Mede om deze reden is ook steeds gepleit voor toetreding van de EG tot het EVRM en het onderwerpen van deze organisatie aan de rechtsmacht van het EHRM. De pogingen daartoe stuitten in 1996 af op een negatief advies van het HvJ EG. Het HvJ EG oordeelde dat daarvoor een amendering van het EG-verdrag nodig zou zijn.[172]

---

169. HvJ EG 28 oktober 1975, Rutili, C-36/75; HvJ EG 21 september 1989, Hoechst, C-46/87 en 227/88. Zie over de ontwikkeling van de grondrechtenbescherming in de EG o.a. H.W. Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München 1993; Lawson (1999) (diss.).
170. Vgl. M. Bulterman & R. Lawson, De rechten van de mens en internationale organisaties, in: C. Flinterman & W. van Genugten (red.), Niet-statelijke actoren en de rechten van de mens; gevestigde waarden, nieuwe wegen, Den Haag 2003, p. 137-159.
171. Lawson (1999); M.L.W.M. Viering, Straatsburgse rechten in de Luxemburgse rechtspraak, in: L.F.M. Besselink & H.R.B.M. Kummeling, Grenzen aan grenzenloosheid, Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming in de Europese Unie, Deventer 1998, p. 67-103.

In 2000 is wel een formeel niet-bindend EU-Handvest van grondrechten tot stand gebracht met daarin alle relevante burgerlijke, politieke, economische, sociale en maatschappelijke rechten van alle Europese burgers en personen die op het grondgebied van de Unie verblijven.[173] In het ontwerp van de Europese Grondwet, als aangenomen door de Europese Conventie op 13 juni en 10 juli 2003, wordt aan het Handvest een bindende status toegekend en wordt het als deel II daarin geïntegreerd. Het ontwerp van de Europese Grondwet creëert met artikel 7 lid 2 tevens de juridische mogelijkheid voor de Europese Unie (EU) om toe te treden tot het EVRM (waarvoor overigens ook wijziging van het EVRM nodig zou zijn, iets waarover in het kader van het ontwerp van een Veertiende Protocol onder dat verdrag al wordt nagedacht). Tegelijk bepaalt artikel 7 lid 3 van de ontwerp-grondwet dat de grondrechten zoals die mede worden gewaarborgd door het EVRM, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie en bevatten de artikelen II-52 en II-53 een nadere regeling die moet voorkomen dat er afwijkingen ontstaan van het door het EVRM gewaarborgde beschermingsniveau.[174] Afgewacht dient nu te worden of de ontwerp-tekst uiteindelijk wordt aanvaard door de lidstaten en – daarna – of de EU inderdaad zal toetreden tot het EVRM, zodat het EHRM weer het laatste woord krijgt over het minimum in het kader van de EU te bieden niveau van mensenrechtenbescherming. Zolang dat niet het geval is, blijft steeds het risico van een uiteenlopend beschermingsniveau bestaan.

2.8 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt hoe met name het EHRM in wisselwerking met de nationale autoriteiten het EVRM in de loop van de tijd heeft kunnen uitbouwen tot een verfijnd systeem van mensenrechtenbescherming dat vaak meer waarborgen biedt dan andere grond- en mensenrechtencatalogi. Uitgaande van de beginselen van de democratische rechtsstaat heeft het Hof de EVRM-rechten dynamisch en op autonome wijze uitgelegd, waardoor zij een breed toepassingsbereik hebben gekregen, terwijl tegelijkertijd relatief strenge procedurele en materiële eisen zijn ontwikkeld ten aanzien van het beperken van rechten. Verdragsstaten zijn volkenrechtelijk gehouden de EVRM-rechten ten aanzien van eenieder (natuurlijke personen en private rechtspersonen) onder hun rechtsmacht te verzekeren. Dit is een verplichting die geldt voor alle publieke autoriteiten belast met besturende, wetgevende of rechtsprekende taken, waarbij de rechtsvorm niet doorslaggevend lijkt te zijn. Het gaat om een resultaatsverplichting waarbij staten de vrijheid hebben zelf de middelen te kiezen om daaraan te voldoen. Het kan daarbij gaan om een verplichting tot onthouding, maar ook tot actief optreden, bijvoorbeeld om de naleving van een bepaald recht in de verhouding tussen burgers en private rechtspersonen onderling te waarborgen. Via dat laatste concept

---

172. HvJ EG 28 maart 1996, Advies 2/94. Het advies is o.m. gepubliceerd in NJCM-Bulletin 1996, p. 874-882 m.nt. Schermers.
173. De tekst is o.m. gepubliceerd in Staatscourant 2000, nr. 207, p. 32 e.v. Zie daarover nader J.W. Sap, Het EU-Handvest van de grondrechten, De opmaat voor de Europese Grondwet, Deventer 2003.
174. Zie daarover o.a. S.C. van Bijsterveld & E.M.H. Hirsch Ballin, De integratie van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in de constitutie van de Europese Unie, WRR-paperserie 'De Nederlandse stem in de Europese Conventie', Den Haag 2003.

– dat van de positieve verplichtingen – kan tevens de uitholling van het beschermingsbereik van het EVRM als gevolg van privatisering worden beperkt, hetgeen nodig is omdat private rechtspersonen (in ieder geval als zij niet met overheidsgezag zijn bekleed) niet (direct) gebonden zijn aan het EVRM. Voor het overdragen van bevoegdheden in de andere richting, namelijk aan internationale organisaties die ook niet (direct) zijn gebonden aan het EVRM, zijn staten ook aansprakelijk onder het EVRM. Bij het uitvoeren van besluiten van internationale organisaties zijn de verdragsstaten eveneens gebonden aan het EVRM. Onduidelijk is echter of verdragsstaten ook aansprakelijk kunnen worden gehouden voor eigen handelingen van instellingen van supranationale organisaties als, bijvoorbeeld, de EG. Een vraag die temeer belangrijk is, nu niet verzekerd is dat binnen de EG hetzelfde niveau van mensenrechtenbescherming geldt als vereist op grond van het EVRM.

Naar aanleiding van klachten tegen verdragsstaten houdt het EHRM toezicht op de naleving van het verdrag. Het internationale toezicht is echter nadrukkelijk subsidiair aan de nationale rechtsbescherming: staten moeten op nationaal niveau schendingen voorkomen en op grond van artikel 13 EVRM voorzien in effectieve nationale rechtsbescherming met betrekking tot klachten over schending van het EVRM. Deze subsidiariteit vindt ook uiting in de wijze waarop het EHRM toetst. Het Hof is daarbij vaak terughoudender door staten een zogenoemde *margin of appreciation* te gunnen, terwijl voor de vaststelling van feiten meestal ook wordt geleund op het nationale voorwerk. In sommige zaken daarentegen stelt het Hof zich veel minder terughoudend op en lijkt zijn rol veel op die van een 'vierde instantie' die het werk van de nationale rechter nog eens overdoet. Het is de vraag of het Hof zijn huidige rol – waarin het zowel het verlenen van individuele rechtsbescherming als het bijdragen aan de rechtsvorming als kerntaken beschouwt – kan blijven volhouden. Het aantal Straatsburgse klachten neemt namelijk ongekende proporties aan en de werkachterstand van het EHRM blijft groeien. Er wordt geopperd dat het Hof zich meer op rechtsvorming moet concentreren en in dat kader uitspraken minder op een concrete casus zou moeten toesnijden, zodat er makkelijker algemeen geldende regels uit kunnen worden afgeleid. Verder zou de coördinatie tussen de diverse Comités en Kamers van het Hof kunnen worden verbeterd ten behoeve van een meer eenduidige koers in de jurisprudentie. De tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in het concrete geval en in meer algemene zin zou kunnen worden verbeterd. Met name is van belang het bekorten van de implementatietermijn, maar ook de mogelijkheden om in een concreet geval aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak aan te nemen en om zo nodig een uitzondering te aanvaarden op de formele rechtskracht van een besluit zouden kunnen worden verruimd. Verder verdienen ondersteuning de plannen om te komen tot een mogelijkheid om afgesloten bestuursrechtelijke procedures te heropenen, om deze over te doen in overeenstemming met een Straatsburgse uitspraak.

Anders dan het EG-recht laat het EVRM de verdragsstaten vrij waar het betreft het verlenen van rechtsgelding daaraan in de diverse nationale rechtsorden. De doorwerking van het EVRM in de nationale rechtsorde hangt daarmee af van het nationale constitutionele recht. Op basis van de artikelen 93 en 94 Grondwet geldt voor Nederland dat de EVRM-bepalingen als zodanig in het nationale recht gelden en voorrang hebben boven alle nationale rechtsnormen, inclusief formele wetten en de Grondwet. Uitspraken van het EHRM – ook die tegen andere staten – worden daarbij, voorzover

daaruit algemene regels zijn af te leiden, geacht deel uit te maken van de betreffende verdragsverplichting en aldus nagevolgd. Bestuur, wetgever en rechter zijn gebonden aan het EVRM en justitiabelen kunnen de naleving van alle rechten zo nodig via de rechter afdwingen. De rechter kan in dat kader, bij wijze van uitzondering op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, (de toepassing van) formele wetten toetsen aan het EVRM.

Het EVRM geldt daarmee als hoogste rechtsnorm in het Nederlandse (bestuurs-) recht waaraan overheidsoptreden moet voldoen, wil het rechtmatig zijn. De rechter kan dit toetsen. Een door de rechter geconstateerde schending kan, bijvoorbeeld, leiden tot vernietiging van een besluit of het toekennen van een schadevergoeding. Tevens kan wetgeving onverbindend worden verklaard c.q. buiten toepassing worden gelaten.\

3 Voor het materiële bestuursrecht relevante rechtsnormen vanuit Straatsburgs perspectief bezien

3.1 Inleiding

Nu een algemeen beeld is verkregen van de werking van het EVRM en de doorwerking daarvan in de Nederlandse rechtsorde, kan worden bezien welke voor het materiële bestuursrecht relevante rechtsnormen in het verdrag besloten liggen. Voor de behandeling daarvan is in dit hoofdstuk gekozen voor het Straatsburgse perspectief, hetgeen betekent dat de jurisprudentie van het EHRM centraal zal staan. Deze jurisprudentie bepaalt – zoals in het vorige hoofdstuk bleek – immers in hoge mate welke eisen er op grond van het EVRM (in het nationale recht) gelden ten aanzien van overheidsoptreden. Om te achterhalen wat de mogelijke implicaties zijn van Straatsburgse uitspraken, is overigens vaak een dubbele vertaalslag nodig, namelijk van het buitenlandse recht naar het nationale recht (bij uitspraken ten aanzien van andere landen) en vaak van een ander rechtsgebied, als bijvoorbeeld het strafrecht, naar het bestuursrecht.[175] Opvallend is dat aldus bezien slechts weinig EVRM-rechten geen of onvoldoende (potentiele) relevantie lijken te hebben voor het materiële bestuursrecht.[176] Dit betekent dat in dit hoofdstuk veel rechten aan de orde moeten worden gesteld. De hiernavolgende bespreking van deze rechten (paragraaf 3.2 tot en met 3.14) zal dan ook noodgedwongen beperkt blijven tot de hoofdpunten.[177] Ter afsluiting van dit hoofdstuk volgen enkele concluderende opmerkingen (paragraaf 3.15). Hoewel voor het materiële bestuursrecht – en met name voor het vreemdelingenrecht – niet irrelevant, komen niet apart aan de orde artikel 12 EVRM (het recht om te huwen), artikel 3 VP (het

175. E.A. Alkema, Bestuursrecht en EVRM – Awb en artikel 6, Enkele verkennende opmerkingen, NTB 1996, p. 18-24 op p. 19.

176. Daarbij gaat het om de rechten neergelegd in art. 4 EVRM, art. 3 EP en art. 1 VP. Het Zevende Protocol, waarin o.m. het recht op hoger beroep in strafzaken en het recht om niet tweemaal voor hetzelfde feit te worden berecht of gestraft zijn opgenomen, is niet door Nederland geratificeerd en komt om die reden niet aan de orde.

177. Zie voor een uitgebreide bespreking met nadere verwijzingen o.a. Van Dijk & Van Hoof 1998; D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, London 1995; J.A. Frowein & W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl/Strassburg/Arlington 1996; C. Ovey & R.C.A. White, Jacobs & White's European Convention on Human Rights, Oxford 2002; A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde (red.), EVRM, Rechtspraak & Commentaar (losbladig), Den Haag. Een geannoteerde selectie uitspraken van het EHRM biedt R.A. Lawson & H.G. Schermers, Leading cases of the European Court of Human Rights, Nijmegen 1999. Praktisch is ook G. Dutertre, Key Case-Law Extracts, European Court of Human Rights, Strasbourg 2003.

verbod van uitzetting van onderdanen) en artikel 4 VP (het verbod van collectieve uitzetting van vreemdelingen).

3.2 Artikel 2: recht op leven

De gemiddelde bestuursrechtbeoefenaar zal niet onmiddellijk aan het recht op leven denken als voor het Nederlandse materiële bestuursrecht relevante rechtsnorm. Tot 1998 was dat waarschijnlijk wel terecht omdat artikel 2 EVRM toen 'slechts' een verbod van opzettelijke onrechtmatige levensbeneming inhield. In de zaak L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk van dat jaar bepaalde het Hof echter voor het eerst dat uit artikel 2 EVRM ook positieve verplichtingen voortvloeien voor staten om het leven van personen onder hun rechtsmacht te beschermen.[178] Betrof deze zaak nog gezondheidsrisico's van militairen en hun kinderen als gevolg van atoomproeven, inmiddels is veel jurisprudentie totstandgekomen waarin deze verplichting wordt uitgewerkt en wordt toegepast op voor het bestuursrecht meer relevante terreinen. Het bestaan van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM is door het Hof in een breed scala aan gevallen erkend: politiebescherming tegen levensbedreiging van een leerling door een leraar,[179] levensgevaar veroorzaakt door een veroordeelde gevangene op verlof,[180] bescherming tegen een psychisch gestoorde celgenoot,[181] nalatigheid van een arts als gevolg waarvan een baby overleed[182] en de vergoeding van medicijnenkosten.[183] In de zaak Öneryildiz t. Turkije maakte het Hof in bredere zin duidelijk dat positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM gelden ten aanzien van alle mogelijke levensbedreigende risico's, inclusief milieurisico's. Het ging in deze zaak om de ontploffing van methaangas dat zich had opgehoopt onder een vuilnisbelt. Op de vuilnisbelt woonden mensen en de autoriteiten hadden niettegenstaande duidelijke signalen over het ontploffingsgevaar nagelaten op te treden, met vele doden als gevolg. Het Hof nam een schending aan ondanks het verweer van de Turkse regering dat sprake was van illegale bewoning en klagers zich daarmee zelf in een gevaarlijke situatie hadden gebracht. Het Hof hechtte echter meer belang aan het feit dat de autoriteiten de illegale bewoning jarenlang hadden gedoogd.[184]

Aan de hiervoor aangehaalde jurisprudentie kan de basisregel worden ontleend dat de overheid alle maatregelen moet nemen die mede gelet op de haar toekomende bevoegdheden redelijkerwijs kunnen worden gevergd om te voorkomen dat een reële en directe levensbedreiging waarvan zij op de hoogte is of zou behoren te zijn, zich verwezenlijkt. Daarbij maakt het niet uit of het gaat om bedreigingen veroorzaakt door

178. EHRM 9 juni 1998, L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk, par. 36.
179. EHRM 28 oktober 1998, Osman t. Verenigd Koninkrijk, par. 115-116 (geen schending omdat er geen reële en directe levensbedreiging was).
180. EHRM 24 oktober 2002, Mastromatteo t. Italië, par. 69-79 (geen schending omdat er bij de beslissing over het verlof geen aanwijzing was van bijzonder gevaar).
181. EHRM 14 maart 2002, Edwards t. Verenigd Koninkrijk, par. 54-64 (schending vanwege de kwetsbare positie van gevangenen en het feit dat autoriteiten op de hoogte waren van de psychische gesteldheid).
182. EHRM 17 januari 2002, Calvelli & Ciglio t. Italië (geen schending omdat de wetgeving in orde was en effectieve rechtsbescherming aanwezig was).
183. EHRM 21 maart 2002, Nitecki t. Polen (ontv. besl.) (geen schending omdat een eigen bijdrage van 30% m.b.t. de kosten van een levensreddend medicijn in de gegeven omstandigheden kon worden gevergd).
184. EHRM 18 juni 2002, Öneryildiz t. Turkije, par. 59-94 (intern appèl aanhangig).

overheidsdiensten of door derden. In dat licht is een enkel verbod om, bijvoorbeeld, ergens te wonen niet onder alle omstandigheden voldoende. De basisregel impliceert daarmee dat staten een adequaat systeem van toezicht en (preventieve) handhaving moeten opzetten, alsmede dat de normstelling en daarop gebaseerde vergunningverlening dienen te zijn gericht op het voorkomen van levensbedreigende situaties. Noodzakelijke maatregelen mogen niet met het oog op andere belangen (zoals financiële) worden uitgesteld. Verder volgt uit artikel 2 EVRM de verplichting om burgers te informeren over (potentieel) gevaarlijke situaties. Aangenomen kan worden dat staten ook verplicht zijn te voorzien in effectieve nationale rechtsmiddelen waarmee zo nodig preventief ingrijpen van de staat in potentieel gevaarlijke situaties kan worden afgedwongen. Als een risico zich desalniettemin verwezenlijkt, eist artikel 2 in combinatie met artikel 13 EVRM dat een adequaat onderzoek naar de oorzaken wordt verricht. Tevens dienen de slachtoffers of hun nabestaanden een adequate schadevergoeding te kunnen verkrijgen. In gevallen van extreme nalatigheid als gevolg waarvan verschillende slachtoffers zijn te betreuren, moet het mogelijk zijn de verantwoordelijken strafrechtelijk te vervolgen.[185]

Afgewacht dient nu te worden hoe ver het Hof de bescherming onder artikel 2 EVRM kan uitbouwen, zonder een te zware verplichting bij de staat te leggen. Bij zijn toetsing of aan de uit het artikel voortvloeiende positieve verplichtingen is voldaan, heeft het Hof tot nu toe overigens alleen een schending aangenomen in gevallen waarin vaststond dat de autoriteiten daadwerkelijk op de hoogte waren van het risico en dit zich inderdaad heeft verwezenlijkt.

3.3 Artikel 3: verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen

Artikel 3 EVRM is voor het materiële bestuursrecht enerzijds van belang – en dat sluit aan bij het voorgaande – vanwege de daaruit voortvloeiende verplichting van de staat om op te treden tegen geweld door derden en anderzijds waar het de uitzetting van asielzoekers betreft. Bij de uitleg van het verdragsartikel speelt mee dat het gaat om een tweevoudig absoluut recht, waarvan zelfs in een noodtoestand niet mag worden afgeweken.

3.3.1 Geweld door derden

Het Hof heeft uit artikel 3 EVRM de positieve verplichting afgeleid voor de staat om burgers te beschermen tegen geweld door derden. Zodra de autoriteiten op de hoogte zijn of zouden behoren te zijn van een reële en directe bedreiging van kinderen door mishandeling of misbruik, bestaat er een verplichting om alle redelijkerwijs beschikbare maatregelen te nemen om verder leed te voorkomen.[186] Autoriteiten binnen een staat

185. Zie met nadere verwijzingen T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak Öneryildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen, O&A 2003, p. 109-121.

186. EHRM 10 mei 2001, Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 70-75. Vgl. ook EHRM 10 oktober 2002, D.P. & J.C. t. Verenigd Koninkrijk.

dienen elkaar te informeren over mogelijke risico's en moeten ook als er slechts beperkte aanwijzingen zijn van een risico van kindermisbruik daarnaar onderzoek doen en zo nodig actie ondernemen.[187] Omdat dergelijke maatregelen een inmenging in het privé- en gezinsleven kunnen opleveren dienen ze aan de vereisten van artikel 8 EVRM te voldoen. Dit vertaalt zich vaak in procedurele vereisten als – indien dat gelet op de urgentie van de situatie mogelijk is – betrokkenheid van ouders en kind bij de besluitvormingsprocedure en in ieder geval rechterlijke toetsing achteraf.[188] Op deze waarborgen zal bij de behandeling van artikel 8 EVRM echter niet nader worden ingegaan omdat de toetsing van dit soort maatregelen niet in een bestuursrechtelijke context plaatsvindt, maar bij de kinderrechter. Interessant is wel het fenomeen van botsende EVRM-verplichtingen, hetgeen zich vaker zal voordoen naarmate er meer positieve verplichtingen uit het EVRM worden afgeleid. Verplichtingen die voortvloeien uit absolute rechten (als artikel 3 EVRM) geven bij een botsing met een niet-absoluut recht als artikel 8 EVRM de doorslag, zij het dat ook met de verplichtingen die voortvloeien uit dat laatste recht, zo veel mogelijk rekening moet worden gehouden.

3.3.2 Uitzetting van vreemdelingen

Heel belangrijk is artikel 3 EVRM voor het vreemdelingenrecht. Sinds de zaken Soering t. Verenigd Koninkrijk en Cruz Varas e.a. t. Zweden geldt dat uitzetting van vreemdelingen naar een land waarin zij het reële risico lopen te worden blootgesteld aan foltering of een onmenselijke of vernederende behandeling, onder artikel 3 EVRM niet is toegestaan.[189] Dit verbod geldt zelfs wanneer het gaat om de uitzetting van een van terrorisme verdachte vreemdeling[190] of een strafrechtelijk veroordeelde persoon.[191] Ook dreigend geweld van derden in het land van herkomst kan reden zijn een uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM te achten, namelijk in die gevallen waarin vaststaat dat de autoriteiten in dat land de vreemdeling geen effectieve bescherming kunnen bieden tegen dat geweld.[192] Het Hof heeft het beschermingsbereik van artikel 3 EVRM overigens nog verder opgerekt. In extreme situaties kan de ziekte van een vreemdeling in combinatie met het feit dat in het land van herkomst niet de noodzakelijke medische voorzieningen beschikbaar zijn, ertoe leiden dat een uitzetting op grond van artikel 3 EVRM niet is toegestaan.[193] Het moet dan wel gaan om een ziekte die in een terminaal of vergevorderd stadium is en er moet in het land van herkomst geen vooruitzicht zijn op medische zorg of steun van familie. Een achteruitgang van het medische verzorgingsniveau is in ieder geval niet voldoende zwaarwegend.[194]

---

187. EHRM 26 november 2002, E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 92-101.
188. EHRM 17 december 2002, Venema t. Nederland, par. 93-99 (schending artikel 8 EVRM vanwege het niet voldoen aan de genoemde procedurele vereisten). Vgl. EHRM 16 juli 2002, P., C. & S. t. Verenigd Koninkrijk.
189. EHRM 7 juli 1989, Soering e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 91; EHRM 20 maart 1991, Cruz Varas t. Zweden, par. 70-76.
190. EHRM 15 november 1996, Chahal t. Verenigd Koninkrijk, par. 79-86.
191. EHRM 2 mei 1997, D. t. Verenigd Koninkrijk, par. 48-49.
192. EHRM 29 april 1997, H.L.R. t. Frankrijk, par. 40-44.
193. EHRM 2 mei 1997, D. t. Verenigd Koninkrijk, par. 48-49.
194. EHRM 24 juni 2003, Arcila Henao t. Nederland (ontv. besl.); EHRM 6 februari 2001, Bensaid t. Verenigd Koninkrijk, par. 36-40.

3.4 Artikel 5: recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid

Artikel 5 EVRM garandeert in algemene zin de persoonlijke vrijheid en veiligheid en biedt met name waarborgen tegen willekeurige vrijheidsbeneming.[195] Het artikel is vooral voor het strafrecht van belang, zij het dat vrijheidsbeneming ook op basis van een bestuursrechtelijke regeling kan plaatsvinden. Voor Nederland springen daarbij in het oog de vrijheidsbeneming en bewaring van vreemdelingen (artikel 58 en 59 Vreemdelingenwet) en de bestuurlijke ophouding (artikel 154a en 176a Gemeentewet).[196] Vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM houdt in het (vrijwel) geheel ontnemen van de bewegingsvrijheid voor een zekere tijdsduur, bijvoorbeeld door opsluiting. Deze figuur moet worden onderscheiden van vrijheidsbeperking (bijvoorbeeld door verblijfsverboden) waarbij nog bewegingsvrijheid resteert en waarop de minder strenge waarborgen van het hierna te behandelen artikel 2 VP van toepassing kunnen zijn.[197] De staat is ook aansprakelijk onder artikel 5 EVRM indien autoriteiten meewerken aan een vrijheidsbeneming van een persoon door derden die daarin zonder de hulp van de autoriteiten niet zouden slagen.[198] Vrijheidsbeneming is alleen toegestaan in de limitatief in artikel 5 lid 1 a tot en met f omschreven en restrictief uit te leggen gevallen en overeenkomstig de in het nationale recht daarvoor voorgeschreven procedure. De vrijheidsbeneming moet in het concrete geval daadwerkelijk noodzakelijk zijn met het oog op de in artikel 5 lid 1 a tot en met f genoemde doelen. Met name van belang is dat de vrijheidsbeneming is gebaseerd op wettelijke regelingen of rechterlijke bevelen die kenbaar en voldoende precies geformuleerd zijn, zodat een betrokkene daaruit redelijkerwijs kan afleiden welke gevolgen een bepaald gedrag kan hebben.[199] Een rechterlijke toets van de wetmatigheid op nationaal niveau is daarbij essentieel.[200] Het EHRM toetst echter uiteindelijk zelfstandig of aan alle vereisten is voldaan. De vrijheidsbeneming moet ook niet langer duren dan strikt noodzakelijk. Voor, bijvoorbeeld, vreemdelingenbewaringzaken vloeit daaruit voort dat de uitzettingsprocedure niet onredelijk lang mag duren, waarbij wel rekening wordt gehouden met het belang van een zorgvuldige toets.[201] De leden 2 tot en met 5 van artikel 5 EVRM bevatten nadere procedurele waarborgen en behoeven in dit verband geen bespreking.

---

195. Vgl. EHRM 8 juni 1976, Engel e.a. t. Nederland, par. 58.
196. Zie daarover o.a. M.A.D.W. de Jong, Bestuurlijke ophouding: lelijk eendje voor het leven, NJCM-Bulletin 2003, p. 962-978; M.A.D.W. de Jong, Orde in beweging, Openbare ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid (diss. Utrecht), Deventer 2000.
197. EHRM 6 november 1980, Guzzardi t. Italië, par. 92-93.
198. EHRM 14 oktober 1999, Riera Blume e.a. t. Spanje, par. 26-35 (autoriteiten brengen personen – die leden van een sekte zouden zijn – onder de macht van derden, die hen vervolgens opsluiten in het kader van een 'deprogrammeringsprogramma').
199. EHRM 23 september 1998, Steel e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 54; EHRM 6 maart 2001, Dougoz t. Griekenland, par. 55.
200. EHRM 28 maart 2000, Baranowski t. Polen, par. 56-57.
201. Vgl. EHRM 15 november 1996, Chahal t. Verenigd Koninkrijk, par. 112-113; EHRM 4 december 2001, Samy t. Nederland (ontv. besl.); EHRM 27 november 2003, Shamsa t. Polen.

3.5 Artikel 6: recht op een eerlijk en openbaar proces

3.5.1 Toepassingsbereik

Artikel 6 lid 1 EVRM garandeert dat eenieder bij geschillen over het vaststellen van *civil rights and obligations* en bij het bepalen van de gegrondheid van een *criminal charge* recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Voorts moet de uitspraak in beginsel in het openbaar worden gedaan. In geval van een *criminal charge* gelden op grond van artikel 6 lid 3 EVRM bovendien nog aanvullende eisen voor een adequate verdediging. In dat geval geldt daarenboven op grond van artikel 6 lid 2 EVRM ook de onschuldpresumptie.

Artikel 6 EVRM is met name door het EHRM uitgebouwd tot een van de belangrijkste verdragswaarborgen. Het Hof heeft artikel 6 lid 1 EVRM zodanig uitgelegd dat daaronder ook valt een recht op toegang tot de rechter, alhoewel dat er niet expliciet in wordt genoemd.[202] Verder heeft het Hof het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM fors uitgebreid via een ruime en autonome interpretatie van het begrip *civil rights and obligations*, waarbij niet doorslaggevend is of een geschil naar nationaal recht als civielrechtelijk wordt gezien.[203] Als gevolg daarvan vallen ook vrijwel alle bestuursrechtelijke geschillen onder het toepassingsbereik, met uitzondering van geschillen inzake de rechtspositie van ambtenaren die typisch publiek(e)(rechtelijke) taken verrichten,[204] geschillen over politieke rechten als het kiesrecht,[205] geschillen met betrekking tot de toelating en uitzetting van vreemdelingen[206] en fiscale procedures.[207] Op deze beperkingen wordt terecht kritiek uitgeoefend omdat ook in de uitgezonderde zaken de rechtspositie van een particulier aan de orde is en niet duidelijk is waarom daar niet eveneens het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM zou moeten gelden.[208] Daarnaast heeft het Hof het begrip *criminal charge* op ruime en autonome wijze uitgelegd, waardoor daaronder in beginsel ook bestuurlijke (en dus ook fiscale) sancties vallen, tenzij deze, zoals bestuursdwang, de last onder dwangsom en in bepaalde gevallen de intrekking van een vergunning, een zuiver reparatoir karakter hebben en niet zijn gericht op afschrikking en leedtoevoeging.[209] Het Hof heeft daarmee voorkomen dat staten zich door het overhevelen van sancties van het strafrecht naar het bestuursrecht zouden kunnen onttrekken aan de vereisten van artikel 6 EVRM ten aanzien van

202. EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk, par. 36.
203. EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, par. 32.
204. EHRM 8 december 1999, Pellegrin t. Frankrijk, par. 64-67.
205. EHRM 21 oktober 1997, Pierre-Bloch t. Frankrijk, par. 50-52.
206. EHRM 5 oktober 2000, Maaoiua t. Frankrijk, par. 36-40.
207. EHRM 12 juli 2001, Ferrazzini t. Italië, par. 25-31.
208. Recent nog P. van Dijk, De toegang tot de rechter – Een Straatsburgse springprocessie, NJCM-Bulletin 2003, p. 945-961.
209. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-53. Vgl. EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden, par. 46 (intrekking drankvergunning i.c. geen 'criminal charge').

criminal charges. Er bestaat discussie over de vraag of ook lichte boeten onder de bescherming van artikel 6 EVRM zouden moeten vallen.[210] Het Hof heeft deze tot nu toe niet principieel buiten het bereik van artikel 6 EVRM gebracht en volgt een casuïstische koers. De aard en zwaarte van de sanctie is naast de aard van de overtreding een van de criteria die het Hof – meestal alternatief [211] maar soms ook cumulatief [212] – hanteert om te bepalen of er sprake is van een *criminal charge* in zaken waarin een sanctie naar nationaal recht niet reeds als strafrechtelijk kan worden gekwalificeerd.[213] Onder een *charge* wordt verstaan de officiële mededeling dat iemand wordt verdacht van een overtreding of een andere maatregel waaruit blijkt dat op de betrokkene een verdenking rust die zijn inhoudelijke positie raakt.[214] Vanaf het moment dat er sprake is van een *charge*, is artikel 6 EVRM van toepassing. Artikel 6 EVRM verzet zich niet tegen het opleggen van sancties die een 'criminal charge' inhouden door het bestuur, maar wel moet daartegen rechterlijk beroep openstaan conform artikel 6 lid 1 en ook dienen de eisen van artikel 6 lid 2 en 3 in acht te worden genomen.[215]

De grote betekenis van artikel 6 EVRM voor de inrichting van de rechtsbescherming in Nederland en het formele procesrecht is in het inleidende hoofdstuk van dit preadvies al aangestipt en zal verder buiten beschouwing blijven. Hierna zal wel worden bezien welke uit artikel 6 EVRM voortvloeiende eisen daarbuiten voor het bestuursrecht van belang (kunnen) zijn.

3.5.2 Relevante rechtsnormen

De onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM is een eerste belangrijke inhoudelijke waarborg die geldt indien er sprake is van een *criminal charge*, zoals bij het opleggen van bestuurlijke boeten.[216] Daaruit vloeit voort dat moet worden uitgegaan van de onschuld van een 'verdachte' en dat het aan het sanctieopleggend orgaan is de schuld aan te tonen.[217] Daarbij sluit het EVRM wettelijke vermoedens van schuld niet geheel uit, zij het dat daaraan grenzen worden gesteld. Het evenwicht tussen het belang dat met de presumptie wordt gediend en de rechten van de verdediging moet worden bewaard.[218] In ieder geval moet het gaan om een weerlegbaar vermoeden van schuld.[219] Uit het zwijgen van de betrokkene mag de schuld worden afgeleid wanneer er voldoende ander bewijsmateriaal beschikbaar is waaruit deze schuld mede blijkt.[220]

---

210. Een tegenstander daarvan is bijv. P.J. Wattel, De reikwijdte van fundamentele rechten, Preadviezen NJV, Handelingen NJV 1995-I, Deventer 1995, p. 212-221.
211. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-53; EHRM 24 september 1997, Garyfallou t. Griekenland.
212. EHRM 3 juni 2003, Morel t. Frankrijk (ontv. besl.).
213. Vgl. EHRM 9 oktober 2003, Ezeh & Connors t. Verenigd Koninkrijk, par. 86 (daarin wordt aangegeven dat het gaat om 'alternatieve en niet noodzakelijkerwijze cumulatieve criteria').
214. EHRM 10 december 1982, Foti e.a. Italië, par. 52; EHRM 22 mei 1998, Hozee t. Nederland, par. 44.
215. Vgl. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-53.
216. Zie over de diverse waarborgen van artikel 6 EVRM voor het bestuursstrafrecht nader C.L.G.F.H. Alberts, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten (diss. Maastricht), Den Haag 2002; M.W.C. Feteris, Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een eerlijk proces, Deventer 2002; A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, Contouren van het bestuursstrafrecht (diss. Rotterdam), Arnhem 1998; E.E.V. Lenos, Bestuurlijke sanctietoepassing in de sociale zekerheid (diss. Leiden), Lelystad 1998.
217. EHRM 6 december 1988, Barberá Messegué & Jabardo t. Spanje, par. 77.
218. EHRM 23 juli 2002, Janosevic t. Zweden, par. 96-110.
219. EHRM 7 oktober 1988, Salabiaku t. Frankrijk, par. 28.
220. EHRM 8 februari 1996, John Murray t. Verenigd Koninkrijk, par. 51-54.

Uit de onschuldpresumptie vloeit verder voort dat alleen de overtreder zelf mag worden bestraft.[221] De onschuldpresumptie houdt verder in dat verantwoordelijke autoriteiten zich moeten onthouden van openbare mededelingen die daarop een inbreuk vormen. Dit vereist genuanceerde berichtgeving over de mate waarin de schuld in het kader van een lopende procedure al dan niet is komen vast te staan.[222] Nu echter het Hof de oplegging van sancties door het bestuur toelaat, staat de onschuldpresumptie er waarschijnlijk niet principieel aan in de weg daarover openbare mededelingen te doen, zij het dat ook daarbij de vereiste nuance in acht moet worden genomen, bijvoorbeeld door het vermelden van de mogelijkheid van beroep bij de rechter.[223] Aan een onmiddellijke tenuitvoerlegging van sanctiebesluiten voordat deze na een rechterlijke toetsing definitief zijn geworden, staat de onschuldpresumptie in beginsel evenmin in de weg. Daarvoor geldt echter eveneens dat deze bevoegdheid op grond van artikel 6 lid 2 EVRM binnen redelijke grenzen moet worden toegepast en dat daarbij een rechtvaardig evenwicht tussen de betrokken belangen in acht moet worden genomen. Dit laatste wordt strikt door het EHRM getoetst waarbij geldt dat het financiële belang van de staat bij inning van een boete op zichzelf geen rechtvaardiging biedt, omdat met boeteoplegging niet primair het genereren van inkomsten wordt beoogd. Bij deze toetsing is ook van belang of de oorspronkelijke rechtspositie van betrokkenen in geval van een succesvol beroep bij de rechter kan worden hersteld.[224]

Voor bestuurlijke sancties is daarnaast van belang dat in artikel 6 EVRM ook het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel geacht moeten worden besloten te liggen.[225] Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat de bescherming van artikel 6 EVRM zich hier echter beperkt tot materiaal dat 'niet onafhankelijk' (dat is dus afhankelijk) van de wil van de betrokkene bestaat. Daarbij moet met name aan afgedwongen mondelinge en schriftelijke verklaringen worden gedacht.[226] Overig materiaal valt in beginsel buiten het beschermingsbereik. Gaat het echter om documenten als bankafschriften, waarvan eigenlijk gezegd kan worden dat ze onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaan maar waarvan de sanctieopleggende instantie niet met zekerheid weet of ze bestaan en, zo ja, waar deze zich bevinden, dan lijkt afgifte daarvan ook geweigerd te kunnen worden met een beroep op het *nemo tenetur*-beginsel.[227] Een en ander impliceert dat zodra er sprake is van een *charge*, de cautie moet worden gegeven. Verder mag materiaal dat in de toezichtfase eventueel op basis van een inlichtingenplicht is verkregen voordat er sprake was van een *charge*, in beginsel niet worden gebruikt voor de boeteoplegging, voorzover dat materiaal althans niet onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat.[228]

---

221. EHRM 29 augustus 1997, A.P., M.P. & T.P. t. Zwitserland, par. 48 (straf mag niet aan erfgenaam overtreder worden opgelegd).
222. EHRM 10 februari 1995, Allenet de Ribemont t. Frankrijk, par. 36-41.
223. Vgl. voor een verdergaande conclusie op dit punt D.R. Doorenbos, Schandpaal en onschuldpresumptie, NJB 2003, p. 2190-2196.
224. EHRM 23 juli 2002, Janosevic t. Zweden, par. 96-110.
225. EHRM 25 februari 1993, Funke t. Frankrijk, par. 44; EHRM 8 februari 1996, John Murray t. Verenigd Koninkrijk, par. 45-47.
226. EHRM 17 december 1996, Saunders t. Verenigd Koninkrijk, par. 68-74.
227. EHRM 3 mei 2001, J.B. t. Zwitserland, par. 65-71.
228. EHRM 17 december 1996, Saunders t. Verenigd Koninkrijk, par. 74.

Voorts is van belang dat artikel 6 lid 1 EVRM eisen stelt aan de rechterlijke toetsing van, onder meer, overheidsoptreden en in die zin – in combinatie met artikel 13 EVRM – betekenis heeft voor het materiële bestuursrecht. In het kader van een procedure moet op grond van vaste jurisprudentie ten minste één rechterlijke instantie de vaststelling van de feiten en de toepassing van alle geldende rechtsnormen kunnen toetsen en daarover ook met volledige rechtsmacht (*full jurisdiction*) kunnen beslissen. Uitgangspunt is dat de rechter ook de feiten volledig moet kunnen toetsen.[229] Een terughoudendere toets van de feitenvaststelling is alleen geoorloofd als daarvoor specialistische kennis nodig is en deze vaststelling in een met voldoende waarborgen omklede gespecialiseerde administratieve voorprocedure heeft plaatsgevonden.[230]

Voor wat betreft bestuurlijke sancties kan uit het *full jurisdiction*-vereiste worden afgeleid dat een rechter ook moet kunnen toetsen of een opgelegde sanctie evenredig is wanneer daarover wordt geklaagd (er bestaat op grond van het EVRM dus geen verplichting tot een ambtshalve toets). Het Hof lijkt verder een evenredigheidsnorm ten aanzien van sancties uit artikel 6 lid 1 EVRM af te leiden. Een en ander sluit blijkens de jurisprudentie van het Hof een systeem van wettelijk gefixeerde boeten echter niet uit, mits de wetgever zelf het vereiste van evenredigheid in acht heeft genomen en de rechter kan toetsen of die wettelijke regeling juist is toegepast. Daarbij zij aangetekend dat de jurisprudentie op dit punt nog niet uitgekristalliseerd lijkt.[231]

3.6 Artikel 7: legaliteitsvereiste bij het opleggen van straffen

Uit artikel 7 EVRM vloeit voort dat ook bestuurlijke sancties die een *criminal offence* inhouden, een deugdelijke basis in de wet moeten hebben. Er moet sprake zijn van een kenbare, nauwkeurige, duidelijke en ondubbelzinnig geformuleerde delictsomschrijving op basis waarvan personen hun gedrag kunnen afstemmen. Verder staat artikel 7 EVRM eraan in de weg dat de wetgever of de rechter gedragingen strafbaar stelt die dat niet waren op het moment van het gewraakte handelen of nalaten.[232] Ook mag geen hogere straf (*penalty*) worden opgelegd dan gold ten tijde van de strafbare gedraging. Anders dan artikel 15 IVBPR voorziet artikel 7 EVRM niet in de verplichting bij het opleggen van straffen rekening te houden met een voor de betrokkene gunstige wetswijziging waar het de strafmaat betreft. De begrippen *criminal offence* en *penalty* worden door het EHRM op autonome wijze uitgelegd, waarbij vergelijkbare criteria worden gebruikt als om te bepalen of sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.[233]

---

229. EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België, par. 51; EHRM 10 februari 1983, Albert & Le Compte t. België, par. 29. Zie nader A.J. Kuipers, Het recht op full jurisdiction, in: R.L. Vucsán (red.), De Awb-mens: boeman of underdog?, Nijmegen 1996, p. 97-111.
230. EHRM 22 november 1995, Bryan t. Verenigd Koninkrijk, par. 30-47. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven e.a., Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep, Den Haag 2001, p. 34-38.
231. EHRM 23 september 1998, Malige t. Frankrijk, par. 43-50; EHRM 2 juli 2002, Göktan t. Frankrijk, par. 58; Feteris 2002, p. 148-149.
232. EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis t. Griekenland, par. 40-52; EHRM 22 november 1995, S.W. t. Verenigd Koninkrijk, par. 34-35.
233. EHRM 9 februari 1995, Welch t. Verenigd Koninkrijk, par. 27-36; EHRM 8 juni 1995, Jamil t. Frankrijk, par. 32-33.

3.7 Artikel 8: recht op eerbiediging van privé-leven, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie

De relatief vage bewoordingen van artikel 8 EVRM hebben het EHRM in staat gesteld daaraan toepassing te geven op een groot aantal terreinen van het materiële bestuursrecht. Uit artikel 8 EVRM vloeien zowel negatieve als positieve verplichtingen voort. Het EHRM benadrukt dat de grenzen daartussen niet altijd even scherp zijn te trekken, maar dat de toepasselijke beginselen voor een deel vergelijkbaar zijn: steeds moet worden bezien of er in een concrete casus sprake is van een rechtvaardig evenwicht (*fair balance*) tussen conflicterende belangen, waarbij rekening moet worden gehouden met de in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde doelen voor een rechtmatige beperking. Daarbij geldt ten aanzien van beide soorten verplichtingen ook een zekere *margin of appreciation*, die per geval kan variëren.[234]

Er is sprake van een grote hoeveelheid jurisprudentie, die het best globaal in kaart kan worden gebracht door een aantal toepassingsterreinen te onderscheiden.

3.7.1 Milieu

Het Hof heeft in de zaak López Ostra t. Spanje uit artikel 8 EVRM de positieve verplichting van staten afgeleid om burgers te beschermen tegen de gevolgen van milieuvervuiling, ook als deze niet levensbedreigend is.[235] Daarbij moet het dan wel gaan om ernstige vervuiling die het welzijn van burgers zodanig schaadt dat een effectief genot van het recht op privé- en familieleven niet meer mogelijk is. Door in de concrete omstandigheden van het geval niet op te treden tegen de door een zuiveringsinstallatie veroorzaakte overlast is – niettegenstaande het belang van de installatie voor het economisch welzijn – in strijd met artikel 8 EVRM gehandeld.[236] Er bestaat dus geen algemeen recht op bescherming van het milieu: er is pas sprake van bescherming onder artikel 8 EVRM wanneer overlast het genot van het privé- of familieleven belemmert, terwijl deze overlast ook voldoende ernstig moet zijn.[237] Uit artikel 8 EVRM vloeit verder ook de positieve verplichting voor de overheid voort om burgers te informeren over milieugevaren met het doel op deze wijze hun privé- en familieleven te beschermen.[238]

Uit de uitspraak van de Grote Kamer van het Hof in de zaak Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk over nachtvluchten blijkt nog eens dat er bij niet-levensbedreigende milieuoverlast op grond van artikel 8 EVRM, anders dan bij levensbedreigende milieugevaren (waar artikel 2 EVRM een rol speelt), wel ruimte bestaat om een zekere mate daarvan te tolereren. Dit met het oog op andere gerechtvaardigde belangen, zoals het

234. Vgl. EHRM 13 februari 2003, Odièvre t. Frankrijk, par. 40. Zie over de beperking van verdragsrechten ook hiervoor in par. 2.4.5.
235. Zie over het EVRM en het milieurecht uitgebreid het preadvies van Verschuuren elders in dit VAR-reeksdeel.
236. EHRM 9 december 1994, López Ostra t. Spanje, par. 51-58. Vgl. ook EHRM 21 februari 1990, Powell & Rayner t. Verenigd Koninkrijk, par. 40 (geluidsoverlast luchthaven).
237. EHRM 22 mei 2003, Kyrtatos t. Griekenland, par. 51-54.
238. EHRM 19 februari 1998, Guerra e.a. t. Italië, par. 57-60; EHRM 9 juni 1998, McGinley & Egan t. Verenigd Koninkrijk, par. 99-101; vgl. EHRM 18 juni 2002, Öneryildiz t. Turkije, par. 84-86 (waar het Hof een informatieplicht op grond van art. 2 EVRM aannam).

economisch welzijn van een staat. Er moet een *fair balance* worden gevonden tussen de betrokken belangen, met het oog waarop adequaat voorbereidend onderzoek moet plaatsvinden. Bij het bepalen van het gewicht van de af te wegen belangen komt de staten een ruime beoordelingsmarge toe en de toetsing door het Hof is navenant terughoudend. Nationale autoriteiten zijn volgens het Hof in een betere positie om deze afweging te maken dan het Hof. Verder volgt uit artikel 8 EVRM dat bij de beslissing over milieubelastende maatregelen een zorgvuldige procedure moet worden gevolgd, waarin voldoende gewicht toekomt aan de belangen van de individuele burgers. Ook bij het vormgeven daarvan komt staten echter een *margin of appreciation* toe. Op nationaal niveau moeten er op grond van artikel 13 EVRM wel effectieve rechtsmiddelen beschikbaar zijn waarmee deze materiële en procedurele aspecten op verenigbaarheid met artikel 8 EVRM kunnen worden getoetst.[239] De Grote Kamer van het Hof ging daarmee in de Hatton-zaak beduidend minder ver dan het geval was bij het oorspronkelijke oordeel van de Kamer. Deze laatste was van mening dat uit artikel 8 EVRM de verplichting zou voortvloeien om alle baten en lasten van de voorgenomen nachtvluchten en de mogelijke alternatieven daarvoor in kaart te brengen en vervolgens daaruit ook het voor de mensenrechten minst belastende alternatief te kiezen.[240] Met de afwijzing van deze plicht tot een 'mensenrechteneffectenrapportage' en de subsidiariteitstoets in milieuzaken bracht de Grote Kamer de jurisprudentie weer in lijn met die over andere kwesties onder artikel 8 EVRM. Uit de uitspraak van de Grote Kamer en de eerdere milieu-uitspraken lijkt overigens te volgen dat het Hof wel streng zal toetsen in gevallen waarin ter bescherming van omwonenden opgestelde regels niet worden nageleefd en de overheid daartegen niet handhavend optreedt. Daarvan was in de Hatton-zaak echter geen sprake.

3.7.2 Wonen en bouwen

Artikel 8 EVRM speelt ook een rol ten aanzien van woon- en bouwvergunningen en het handhavend optreden tegen illegale bewoning of bebouwing. De weigering van een vergunning of het handhavend optreden kan namelijk een inmenging inhouden in het recht op respect voor de woning en/of het privé- of familieleven. Deze inmenging moet voldoen aan de beperkingsvoorwaarden van artikel 8 lid 2 EVRM. Van een dergelijke inmenging wordt meestal aangenomen dat deze een legitiem doel dient (economisch welzijn, gezondheid, rechten van anderen enzovoort). Verder is de beoordelingsmarge voor de nationale autoriteiten bij het bepalen van de noodzakelijkheid en proportionaliteit groot, zodat niet vaak een schending wordt aangenomen.[241] Dit laatste geldt ook wanneer het gaat om woonwagenzaken van zigeuners, niettegenstaande het feit dat het Hof aangeeft dat op staten een bijzondere positieve verplichting rust om hun manier van leven te faciliteren.[242]

---

239. EHRM 8 juli 2003, Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk II, par. 84-142.
240. EHRM 2 oktober 2001, Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk I, par. 97-107.
241. EHRM 24 november 1986, Gillow t. Verenigd Koninkrijk, par. 46-54; EHRM 25 september 1996, Buckley t. Verenigd Koninkrijk, par. 52-84.
242. EHRM 18 januari 2001, Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk, par. 80-103.

3.7.3 Bijzondere (medische) voorzieningen voor gehandicapten en transseksuelen

Op basis van artikel 8 (eventueel in combinatie met artikel 14) EVRM kunnen gehandicapten en transseksuelen onder bepaalde omstandigheden aanspraak maken op bijzondere (medische) voorzieningen. Van een dergelijke positieve verplichting is echter niet snel sprake. Daarvoor moet er een direct en onmiddellijk verband bestaan tussen de gevraagde voorziening en een essentieel onderdeel van het privé- of familieleven.

Naar het oordeel van het EHRM in de zaak Botta t. Italië was er geen sprake van een direct en onmiddellijk verband met het privé- of familieleven toen een gehandicapte aanspraak maakte op aanpassingen van de toegang tot een op ruime afstand van zijn normale vakantieverblijfplaats gelegen strand, zodat hij daarvan ook gebruik zou kunnen maken.[243] In een zaak van Tsjechische gehandicapten die klaagden over de toegankelijkheid van voorzieningen in hun woonplaats, stelde het Hof dat artikel 8 EVRM in geval van een ontoegankelijke woonomgeving van toepassing kan zijn, maar dan alleen in uitzonderingssituaties. Daarvan is volgens het Hof pas sprake wanneer gehandicapten op een dusdanige wijze worden gehinderd dat hun recht om relaties met anderen aan te gaan en te onderhouden daadwerkelijk onder druk komt te staan. Een dergelijke situatie was in die zaak volgens het Hof echter niet aan de orde.[244]

In de transseksuelenzaak Van Kück t. Duitsland honoreert het Hof een beroep op artikel 8 EVRM met het oog op het verkrijgen van een voorziening echter wel. Het ging om een transseksueel die bij de Duitse rechter opkwam tegen het feit dat haar ziektekostenverzekeraar een vergoeding van de geslachtsveranderende operatie weigerde wegens de niet aangetoonde medische noodzaak daarvan. De rechter die daarover oordeelde, legde de bewijslast voor de medische noodzaak bij klaagster en verklaarde haar beroep ongegrond. Hoewel een dergelijke primaire bewijslastverdeling gebruikelijk is, stelt het Hof dat daarmee in casu in strijd is gehandeld met de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting van de staat om klaagster in de gelegenheid te stellen zichzelf als vrouwelijk persoon te definiëren.[245] Daarmee lijkt feitelijk een aanspraak op vergoeding erkend. Zeker is dat echter niet, omdat het Hof de schending wel nadrukkelijk koppelt aan een fout van de Duitse rechter. Deze had wellicht ambtshalve moeten onderzoeken of een operatie of behandeling medisch noodzakelijk was, bijvoorbeeld door middel van deskundigenrapportages. Een andere mogelijkheid is dat de uitspraak impliceert dat het criterium van de medische noodzaak niet had mogen worden toegepast en in plaats daarvan een minder zwaar criterium had moeten worden aangelegd.[246] Wat daarvan ook zij, dat het Hof zich ten aanzien van aanspraken op voorzieningen en vergoedingen in algemene zin terughoudend opstelt, blijkt ook uit de zaak Sentges t. Nederland. Het ging daarin om een verzoek tot vergoeding van de kosten van een robotarm. Daarmee zou klager, die lijdt aan een ernstige spierziekte en daardoor vrijwel volledig op hulp van anderen is aange-

243. EHRM 24 februari 1998, Botta t. Italië, par. 32-35.
244. EHRM 14 mei 2002, Zehnalová & Zehnal t. Tsjechische Republiek (ontv. besl.).
245. EHRM 12 juni 2003, Van Kück t. Duitsland, par. 73-82.
246. Vgl. J.H. Gerards in haar noot onder de uitspraak in EHRC 2003, 61.

wezen, zijn bewegingsmogelijkheden fors kunnen vergroten. Het Hof lijkt artikel 8 EVRM in deze zaak van toepassing te achten, maar neemt geen schending aan omdat staten bij de verdeling van schaarse middelen in de gezondheidszorg een ruime *margin of appreciation* toekomt, temeer vanwege de grote niveauverschillen in zorg tussen de verdragsstaten.[247]

3.7.4 Toezicht, handhaving en dataopslag

Artikel 8 EVRM speelt verder een normerende rol met betrekking tot overheidsoptreden in het kader van toezicht, handhaving en dataopslag.[248] In dat kader moet rekening worden gehouden met de bescherming van het privé-leven, de woning en de correspondentie van burgers en, onder omstandigheden, private rechtspersonen. Voor maatregelen die daarin een inmenging vormen – zoals het vergaren en opslaan van persoonsgegevens,[249] het vastleggen en vrijgeven van camerabeelden van een persoon[250] en onderzoek van correspondentie[251] – moet zijn voorzien in een adequate wettelijke basis. Daarop wordt streng toezicht gehouden. Ook moet er sprake zijn van een onder artikel 8 lid 2 EVRM gerechtvaardigd doel, hetgeen in de jurisprudentie echter meestal wel wordt aangenomen. In de Straatsburgse jurisprudentie ligt het accent vaak bij de beoordeling of de maatregelen noodzakelijk en proportioneel zijn. In dat kader speelt een rol in hoeverre er is voorzien in een adequaat systeem van controle en rechtsbescherming om misbruik te voorkomen en, bij registratie van gegevens, in het bieden van een inzage- en eventueel correctiemogelijkheid. Daarbij kan rekening worden gehouden met het bijzondere karakter van geheim onderzoek door inlichtingen- en veiligheidsdiensten, zij het dat ook daarop adequate controle moet bestaan en – zodra dat gelet op het belang van het onderzoek mogelijk is – er ook individuele rechtsbescherming mogelijk moet worden gemaakt. Dit laatste kan gebeuren door de betrokkene op een gegeven moment in te lichten over het feit dat er geheim onderzoek heeft plaatsgevonden. Staten komt daarbij een *margin of appreciation* toe.[252]

Met betrekking tot het betreden van woningen is onder artikel 8 EVRM een uitgebreide jurisprudentie totstandgekomen, waaruit afgeleid kan worden dat een dergelijke maatregel met veel waarborgen omkleed moet zijn, hetgeen temeer geldt wanneer er sprake is van ruime betredingsbevoegdheden. Daarbij gaat het om controle voorafgaand aan het onderzoek door een onafhankelijke autoriteit en supervisie tijdens de actie. Alleen rechterlijk toezicht achteraf wordt onder normale omstandigheden onvoldoende geacht als waarborg tegen willekeurig gebruik van de betredingsbevoegdheid. Met de in het inleidend hoofdstuk van dit preadvies behandelde uitspraak in de zaak Colas Est t. Frankrijk heeft het Hof het beschermingsbereik van artikel 8 EVRM op dit punt uitgebreid naar bedrijfsruimten: ook rechtspersonen kunnen 'onder omstan-

247. EHRM 8 juli 2003, Sentges t. Nederland (ontv. besl.).
248. Zie over het EVRM en toezicht en handhaving uitgebreid het preadvies van Blomberg elders in dit VAR-reeksdeel.
249. Bijv. EHRM 16 februari 2000, Amann t. Zwitserland, par. 65-67.
250. Bijv. EHRM 28 januari 2003, Peck t. Verenigd Koninkrijk, par. 60-63.
251. Bijv. EHRM 16 december 1992, Niemietz t. Duitsland, par. 32.
252. Bijv. EHRM 6 september 1978, Klass e.a. t. Duitsland, par. 41-55; EHRM 26 maart 1987, Leander t. Zweden, par. 48-59.

digheden' aanspraak maken op bescherming van het huisrecht. Uit verdere jurisprudentie zal moeten blijken welke omstandigheden het Hof daarbij op het oog heeft, maar de omstandigheden in de zaak Colas Est lijken in ieder geval niet uitzonderlijk.[253] Vóór de uitspraak in deze zaak had het Hof de bescherming van het huisrecht alleen van toepassing geacht wanneer er sprake was van ten minste een aspect van een privé-vertrek of van ruimten louter in gebruik bij natuurlijke personen.[254] In het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van een doorzoeking speelt, ten slotte, ook een rol of er speciale voorzieningen zijn getroffen om documenten die vallen onder het *legal privilege* van advocaten, te beschermen.[255] Overigens volgt uit de jurisprudentie van het EHRM niet dat materiaal dat in strijd met artikel 8 EVRM is verkregen, automatisch niet meer gebruikt zou mogen worden als bewijs. Het hangt af van de omstandigheden van het geval of een dergelijk gebruik de procedure 'unfair' zou maken en daarmee in strijd met artikel 6 EVRM zou doen zijn.[256] Daarbij gaat het Hof overigens nooit zover dat het zelf direct aangeeft dat bepaald bewijsmateriaal niet mag worden gebruikt.[257] Strenger is het Hof met betrekking tot materiaal verkregen in strijd met het nationale recht of met uit artikel 6 EVRM voortvloeiende vereisten (zoals het zwijgrecht).[258]

3.7.5 Toelating en uitzetting van vreemdelingen

Ten slotte speelt artikel 8 EVRM en dan met name het daarin besloten liggende recht op familieleven een grote rol in het vreemdelingenrecht. De weigering van toelating of de uitzetting van vreemdelingen kan onder omstandigheden in strijd zijn met het recht op familieleven. Bij toelatingskwesties gaat het vaak om gezinshereniging en bij uitzetting om de daardoor dreigende verbreking van een familieband. Wil er sprake zijn van beschermenswaardig 'familieleven', dan moet er een voldoende nauwe feitelijke familieband bestaan. In geval van een verzoek om toelating moet met name worden beoordeeld of staten daartoe op grond van het recht op familieleven een positieve verplichting hebben. Bij uitzetting is de vraag aan de orde of de daaruit voortvloeiende inmenging in het familieleven kan worden gerechtvaardigd. Daarbij vindt een belangenafweging plaats, waarbij staten beoordelingsvrijheid hebben.[259] Het voert te ver hier uitgebreider in te gaan op de casuïstische jurisprudentie daarover, die overigens

253. EHRM 16 april 2002, Colas Est e.a. t. Frankrijk.
254. EHRM 25 februari 1993, Funke t. Frankrijk (woning natuurlijk persoon); EHRM 30 maart 1989, Chappel t. Verenigd Koninkrijk (ruimte die tevens dienst deed als privé-woning); EHRM 16 december 1992, Niemietz t. Duitsland, par. 30-31 (woning waarin een advocaat deels zijn praktijk uitoefent).
255. Vgl. EHRM 19 september 2002, Tamosius t. Verenigd Koninkrijk (ontv. besl.); EHRM 25 februari 2003, Roemen & Schmitt t. Luxemburg, par. 69-71.
256. Vgl. EHRM 12 mei 2000, Khan t. Verenigd Koninkrijk; EHRM 25 september 2001, P.G. & J.H. t. Verenigd Koninkrijk.
257. Zie bijv. EHRM 26 maart 1996, Doorson t. Nederland.
258. Vgl. hierover M.D.C. Embregts, Uitsluitsel over bewijsuitsluiting, Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiel recht en het bestuursrecht (diss. Tilburg), Deventer 2003, die een strengere lijn voorstaat.
259. EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. Verenigd Koninkrijk, par. 60-68; EHRM 21 juni 1988, Berrehab t. Nederland, par. 22-29.

voor een deel is verwerkt in Nederlandse regelgeving.[260] Wel is het van belang op te merken dat Nederland op dit terrein tegen een aantal veroordelingen is aangelopen.[261]

3.8 Artikel 9: vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst

Artikel 9 EVRM heeft slechts een beperkte betekenis voor het materiële bestuursrecht. Het algemene recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst is absoluut, maar aan het uiten daarvan kunnen op grond van artikel 9 lid 2 EVRM beperkingen worden gesteld, waarbij aan de staat een ruime *margin of appreciation* toekomt. Ook het recht *geen* godsdienst aan te hangen vindt bescherming.[262] De bescherming van artikel 9 EVRM heeft een breed bereik, zij het dat het wel moet gaan om een overtuiging van een 'certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'.[263] De jurisprudentie is echter terughoudender met het toekennen van bescherming aan uitingsvormen. Daden die weliswaar (mogelijk) hun basis vinden in het geloof, maar waarbij de geloofsuiting niet centraal staat, vallen niet onder het toepassingsbereik van artikel 9 EVRM. Pogingen om met een beroep op artikel 9 EVRM te ontkomen aan de naleving van algemeen geldende en niet-discriminerende voorschriften op het gebied van, bijvoorbeeld, premie- en belastingheffing of bouwen en wonen slagen om deze reden in beginsel niet.[264] Gaat het echter om een essentieel aspect van een geloof, zoals de mogelijkheid van het consumeren van ritueel geslacht vlees, dan is de bescherming van artikel 9 EVRM wel van toepassing. Dit sluit echter regulering daarvan met het oog op de bescherming van de volksgezondheid niet uit, zij het dat de consumptie daardoor niet onmogelijk mag worden gemaakt.[265] Bestaande, op zich neutrale, regelgeving met betrekking tot, bijvoorbeeld, het gebruik van gebouwen mag echter niet worden aangewend met het doel om door artikel 9 EVRM beschermde uitingen van – naar het oordeel van de bevoegde autoriteit – minder gewenste religieuze groepen (feitelijk) te beperken of te verbieden.[266]

---

260. Zie uitgebreid met nadere verwijzingen Kuijer/Steenbergen (red.), Nederlands vreemdelingenrecht, Den Haag 2002, p. 187-201 en p. 386-387.
261. EHRM 21 december 2001, Sen t. Nederland, par. 41 (niet-toelating kind: schending art. 8 EVRM door sterk in Nederland gewortelde ouders de keuze te laten tussen hetgeen zij in Nederland hebben opgebouwd achter zich te laten of af te zien van het gezelschap van hun in Turkije verblijvend kind); EHRM 21 juni 1988, Berrehab t. Nederland, par. 22-29 (uitzetting klager: schending art. 8 EVRM nu deze Marokkaanse man weliswaar was gescheiden van zijn Nederlandse vrouw en het familieleven daarmee was verbroken, maar er tegelijkertijd nieuw familieleven was ontstaan door de geboorte vlak na de echtscheiding van een dochter uit dit inmiddels ontbonden huwelijk); EHRM 11 juli 2000, Ciliz t. Nederland, par. 71-72 (uitzetting klager: schending art. 8 EVRM nu deze Turkse man weliswaar was gescheiden van zijn Nederlandse vrouw en het familieleven daarmee was verbroken, maar hij een omgangsregeling met zijn uit dit huwelijk geboren zoon probeerde te bewerkstelligen, welk verzoek echter mede werd afgewezen als gevolg van het feit dat de man al was uitgezet en dus ook niet de proefontmoetingen met zijn zoon kon bijwonen).
262. EHRM 18 februari 1999, Buscarini e.a. t. San Marino, par. 34.
263. EHRM 18 december 1996, Valsamis t. Griekenland, par. 25.
264. Vgl. de ontvankelijkheidsjurisprudentie van de ECRM als samengevat in Van Dijk & Van Hoof (1998), p. 548-551. Zie ook EHRM 1 juli 1997, Kalac t. Turkije, par. 27-31.
265. EHRM 27 juni 2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek t. Frankrijk, par. 73-77.
266. Vgl. EHRM 26 september 1996, Manoussakis e.a. t. Griekenland, par. 47-53.

3.9 Artikel 10: vrijheid van meningsuiting

Artikel 10 EVRM beschermt de vrijheid van meningsuiting. Daaronder valt ook de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken zonder inmenging van het openbaar gezag en ongeacht grenzen. Aangenomen wordt dat de garingsvrijheid eveneens impliciet wordt beschermd. Blijkens artikel 10 lid 1 EVRM mogen staten radio-omroep, bioscoop- en televisieondernemingen wel onderwerpen aan een systeem van vergunningen. Ook commerciële (reclame-)uitingen worden beschermd onder artikel 10 EVRM.[267] Zowel natuurlijke personen als (commerciële) private rechtspersonen kunnen aan het verdragsartikel rechten ontlenen.[268] Datzelfde geldt voor ambtenaren.[269] Klachten over de beperking van de demonstratievrijheid behandelt het Hof, hoewel het hier gaat om een vorm van meningsuiting, doorgaans onder artikel 11 EVRM.[270] Het recht op vrijheid van meningsuiting kan worden beperkt met inachtneming van de vereisten van artikel 10 lid 2 EVRM. In veel zaken moet uiteindelijk worden bepaald of een beperking noodzakelijk en proportioneel is. Daarbij komt de staten een wisselende *margin of appreciation* toe, waarbij opvalt dat het Hof vooral streng is wanneer de publieke meningsvorming in het geding is en bij beperkingen ten aanzien van publieke figuren als politici en minder streng ten aanzien van beperkingen van commerciële uitingen.[271]

Bij elk overheidsoptreden moet aldus worden bezien in hoeverre daarmee geen ongerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt op het aldus uitgelegde recht van vrijheid van meningsuiting. Daarbij springen in het oog vergunningstelsels ten aanzien van antennes en schotels voor de ontvangst van signalen.[272] Datzelfde geldt voor de regulering van radio-omroep, bioscoop- en televisieondernemingen. Wat betreft dat laatste blijkt uit de jurisprudentie dat daarbij ook moet worden voldaan aan de vereisten van artikel 10 lid 2 EVRM, ondanks het feit dat artikel 10 lid 1 EVRM een vergunningstelsel nadrukkelijk mogelijk maakt.[273] Daarbij is het toegestaan technische eisen te stellen, maar ook de aard en doelstellingen van het mediabedrijf, het aantal te verwachten kijkers en luisteraars en de rechten en wensen van een specifieke groep kijkers en luisteraars mogen worden meegewogen bij de beslissing over het verlenen van een vergunning. Op basis van een dergelijke toets kwalificeerde het Hof een Oostenrijks omroepmonopolie als een disproportionele inbreuk op de informatievrijheid, waarbij het belang van pluriforme media werd benadrukt.[274]

---

267. Zie bijv. EHRM 20 november 1989, Markt intern Verlag GmbH & Klaus Beerman t. Duitsland, par. 26-35.
268. Vgl. EHRM 22 mei 1990, Autronic AG t. Zwitserland, par. 47.
269. Bijv. EHRM 26 september 1995, Vogt t. Duitsland, par. 51-59.
270. EHRM 26 april 1991, Ezelin t. Frankrijk, par. 10-35.
271. EHRM 5 november 2002, Demuth t. Zwitserland, par. 42. Vgl. echter EHRM 11 december 2002, Krone Verlag GmbH & Co KG (nr. 3) t. Oostenrijk, waarin het Hof een rechterlijk verbod van een op zich objectieve en waarheidsgetrouwe prijsvergelijkende advertentie in een krant wel streng toetst.
272. EHRM 22 mei 1990, Autronic AG t. Zwitserland, par. 47.
273. EHRM 28 maart 1990, Groppera Radio AG e.a. t. Zwitserland, par. 55-61.
274. EHRM 24 november 1993, Informationsverein Lentia e.a. t. Oostenrijk, par. 32-39. Vgl. ook EHRM 21 september 2000, Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH t. Oostenrijk (toegang tot de ether op basis van art. 10 EVRM niet vereist wanneer het bereik van wel toegankelijke kabelnetwerken en satellietzenders voldoende is).

Voor het materiële bestuursrecht is verder van belang dat uit artikel 10 EVRM positieve verplichtingen kunnen voortvloeien. In een Turkse zaak kwam het Hof tot het oordeel dat staten op grond van dit verdragsartikel onder bepaalde omstandigheden verplicht zijn een krant te beschermen tegen geweld om de verschijning daarvan te waarborgen.[275] In het kader van de tegenwoordige tendens het publieke domein steeds meer te privatiseren is, ten slotte, in het bijzonder van belang de uitspraak van het EHRM in de zaak Appleby e.a. t. Verenigd Koninkrijk. Daarin werd geklaagd over een schending van artikel 10 EVRM omdat van het private bedrijf dat eigenaar was van een winkelgebied geen toestemming werd verkregen om folders met een politieke boodschap uit te delen. Voor het Hof was daarmee de vraag aan de orde of de staat een positieve verplichting had om de vrijheid van meningsuiting van klagers te beschermen tegen inbreuken door derden, in casu de eigenaar van het winkelcentrum. Het Hof overweegt dat de vrijheid van meningsuiting belangrijk is, maar dat rekening moet worden gehouden met de (eigendoms)rechten van het private bedrijf. Verder geeft het Hof aan dat de vrijheid van meningsuiting niet een vrijheid van forumkeuze impliceert: er vloeit geen automatisch recht op toegang tot privaat of zelfs publiek eigendom (zoals overheidsgebouwen) uit voort. Pas wanneer deze toegangsbeperkingen ertoe leiden dat geen effectief gebruik van de vrijheid van meningsuiting overblijft of de kern van dit recht wordt geraakt, zou volgens het Hof mogelijk een positieve verplichting tot bescherming kunnen worden aangenomen, ook ten aanzien van privaat eigendom. Van dat laatste was in casu geen sprake omdat er nog voldoende andere mogelijkheden bestonden voor een effectieve meningsuiting. Belangrijk is echter dat het Hof een positieve verplichting van de staat ten aanzien van uitingen op privaat terrein niet geheel uitsluit.[276]

3.10 Artikel 11: vrijheid van vereniging en vergadering

De vrijheid van vereniging en vergadering van artikel 11 EVRM staat in nauw verband met de hiervoor besproken godsdienstvrijheid en de vrijheid van meningsuiting en moet ook vaak mede in dat licht worden bezien. Artikel 11 EVRM kent diverse aspecten, waarvan voor het materiële bestuursrecht met name van belang zijn de vergader- en betogingsvrijheid en de bescherming tegen verenigingsdwang.[277]

Onder artikel 11 EVRM worden alleen de *vreedzame* vergadering en betoging beschermd.[278] Deze bescherming strekt zich uit tot bijeenkomsten in de private en de publieke sfeer. Op artikel 11 EVRM kan zowel door de deelnemers aan als de organisatoren van een vergadering of betoging een beroep worden gedaan. Het verdragsartikel biedt bescherming tegen directe en indirecte beperkingen door de autoriteiten.[279] Onder omstandigheden kan er voor de staat een positieve verplichting uit artikel 11

275. EHRM 16 maart 2000, Özgür Gündem t. Turkije, par. 44-46.
276. EHRM 6 mei 2003, Appleby t. Verenigd Koninkrijk, par. 11-49 (met verwijzing naar jurisprudentie van het Amerikaanse Hooggerechtshof over dit onderwerp).
277. Zie uitgebreid A.E. Schilder, Het recht tot vergadering en betoging, Een vergelijkende studie naar het Nederlandse en Westduitse recht (diss. Leiden), Arnhem 1989.
278. EHRM 2 oktober 2001, Stankov e.a. t. Bulgarije, par. 77; EHRM 9 april 2002, Cisse t. Frankrijk, par. 39-40.
279. Vgl. EHRM 20 februari 2003, Djavit An t. Turkije, par. 56-57.

EVRM voortvloeien om demonstranten te beschermen tegen mogelijke tegendemonstranten. De staat moet dan redelijke en passende maatregelen nemen zodat rechtmatige demonstraties op vreedzame wijze doorgang kunnen vinden.[280]

Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat artikel 11 EVRM eveneens de zogenoemde negatieve verenigingsvrijheid beschermt, dat wil zeggen bescherming biedt tegen dwang om lid te worden van een vereniging.[281] Artikel 11 EVRM heeft echter geen betrekking op publiekrechtelijke organisaties, zodat verplichte aansluiting daarbij in beginsel aanvaardbaar is.[282] Om te bepalen of sprake is van een vereniging als bedoeld in artikel 11 EVRM of van een publiekrechtelijke organisatie, is de classificatie in het nationale recht niet doorslaggevend. Bepalende criteria zijn de vraag of de organisatie al dan niet is geïntegreerd in de structuur van de staat en of deze administratieve, regulerende of tuchtrechtelijke taken heeft die buiten de sfeer van het gewone recht liggen of publieke rechtsmacht uitoefent. Op grond van deze criteria bracht het Hof een jagervereniging – hoewel deze op basis van een publiekrechtelijke regeling was opgericht – onder het bereik van artikel 11 EVRM, om tot de conclusie te komen dat verplicht lidmaatschap daarmee in strijd was.[283]

Ten aanzien van de beperkingsmogelijkheden valt op dat het Hof bij de vergader- en betogingsvrijheid in grote lijnen aansluit bij de onder artikel 10 EVRM ontwikkelde jurisprudentie. Ten aanzien van de verenigingsvrijheid geldt in algemene zin een grote *margin of appreciation* voor de verdragsstaten.

3.11 Artikel 1 EP: bescherming van eigendom

3.11.1 Algemeen

Artikel 1 EP is voor het materiële bestuursrecht van groot belang en zal hier daarom relatief uitgebreid worden besproken.[284] Het gaat om een vaag geformuleerde bepaling die met name reliëf heeft gekregen in de Straatsburgse jurisprudentie. Een belangrijke uitspraak deed het Hof in de zaak Sporrong & Lönnroth t. Zweden.[285] Volgens het Hof liggen er drie hoofdregels besloten in artikel 1 EP:

– het beginsel van ongestoord eigendomsgenot (eerste zin van het eerste lid);
– bescherming tegen de ontneming van eigendom (tweede zin van het eerste lid); en
– de mogelijkheid van regulering van eigendom (tweede lid).

---

280. EHRM 21 juni 1988, Plattform Ärzte für das Leben t. Oostenrijk, par. 32-34.
281. Vgl. EHRM 30 juni 1993, Sigurdur A. Sigurjónsson t. IJsland, par. 37.
282. EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België, par. 64-66 (beroepsorganisatie van artsen).
283. EHRM 29 april 1999, Chassagnou e.a. t. Frankrijk, par. 100-102.
284. Mede op basis van T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, De betekenis van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid, O&A 2002, p. 102-116 en T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht, JB-plus 2003, p. 1-14 (met nadere literatuurverwijzingen). Vgl. ook T.A. van Kampen, De ontdekking van art. 1 Eerste Protocol: een toereikende basis voor rechtsbescherming bij aantasting van verkregen recht?, NTB 2002, p. 58-66.
285. EHRM 23 september 1982, Sporrong & Lönnroth t. Zweden, par. 61.

De eerste regel is het algemene beginsel, terwijl de twee volgende regels daarvan een uitwerking zijn. De regels dienen in onderlinge samenhang te worden bezien.[286] De staat moet zich in eerste instantie ten opzichte van burgers en rechtspersonen onthouden van inbreuken op het eigendomsrecht, maar kan via het concept van de positieve verplichtingen ook aansprakelijk worden gehouden voor inbreuken op dit recht in verhoudingen tussen burgers en private rechtspersonen onderling. Dit laatste kan, bijvoorbeeld, leiden tot de verplichting om te assisteren bij de ontruiming van een pand en een daarop betrekking hebbend rechterlijk vonnis daadwerkelijk ten uitvoer te leggen door het verlenen van politiebijstand.[287]

Nadruk verdient dat het de staat gelet op artikel 14 EVRM niet is toegestaan om een ongerechtvaardigd onderscheid te maken of te laten bestaan met betrekking tot de uitoefening van het eigendomsrecht. Nederland is wegens schending van dit vereiste door het Hof veroordeeld in twee sociale-zekerheidszaken.[288]

3.11.2 Autonome en ruime interpretatie eigendomsbegrip

Als eigendom in de zin van artikel 1 EP worden door het EHRM – los van de nationale definitie zoals bijvoorbeeld in artikel 5:1 lid 1 BW – beschouwd rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen.[289] Onder eigendom in de zin van artikel 1 EP kan onder meer worden begrepen: door (verplichte) bijdragen opgebouwde pensioenrechten met dien verstande dat het eigendomsrecht geen recht geeft op een pensioen van een bepaalde (onveranderlijke) omvang,[290] de aandelen in een vennootschap,[291] goodwill,[292] de economische belangen verband houdend met het drijven van een restaurant,[293] de op basis van een in een publiek register opgenomen vergunning gerechtvaardigde verwachting dat een aangekocht stuk land zou mogen worden ontwikkeld voor industriële doeleinden,[294] een door de rechter of arbitrale uitspraak erkende claim tegen de staat,[295] een zekerheidsrecht,[296] een van rechtswege erkende vordering uit onrechtmatige daad,[297] geld dat moet worden betaald in

---

286. EHRM 21 februari 1986, James e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 37.
287. EHRM 11 januari 2001, Lunari t. Italië. Vgl. EHRM 3 augustus 2000, G.L. t. Italië, par. 24-26.
288. EHRM 4 juni 2002, Wessels-Bergervoet t. Nederland (discriminatie inzake AOW; uit EHRM 12 november 2002 blijkt dat partijen over de schadevergoeding een schikking hebben bereikt op basis waarvan klaagster – behalve een kostenvergoeding – alsnog het bedrag aan AOW-pensioen ontvangt dat zij in strijd met het EVRM niet heeft ontvangen, namelijk ruim € 45.000); EHRM 21 februari 1997, Van Raalte t. Nederland (discriminatie bij verplichte premieafdracht o.g.v. de Algemene kinderbijslagwet).
289. Vgl. EHRM 23 februari 1995, Gasus Dossier- und Fördertechnik t. Nederland, par. 53; EHRM 13 december 2000, Malhous t. Tsjechische Republiek (ontv. besl.).
290. ECRM 1 oktober 1975, Müller t. Oostenrijk, D&R 3, 25. Zie ook EHRM 1 juni 1999, Skorkiewicz t. Polen; EHRM 12 december 2000, Truhli t. Kroatië (ontv. besl.). Een bijzonder geval is EHRM 20 juni 2002, Azinas t. Cyprus, par. 32-34 (intern appèl aanhangig) omdat daarin geen (verplichte) premieafdracht aan de orde was, maar het Hof toch onder de bescherming van art. 1 EP bracht de rechten voortvloeiend uit de verplichting tot pensioenbetaling die de werkgever bij het aangaan van de arbeidsrelatie op zich had genomen.
291. ECRM 12 december 1983, Bramelid & Malmström t. Zweden, D&R 38, 18. Art. 1 EP biedt ook bescherming tegen 'verwatering' van het bij aandelen behorend stemrecht volgens EHRM 25 juli 2002, Sovtransavto Holding t. Oekraine.
292. EHRM 26 juni 1986, Van Marle t. Nederland, par. 41-42.
293. EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden, par. 53.
294. EHRM 29 november 1991, Pine Valley Developments Ltd. t. Ierland, par. 51.
295. EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland, par. 59-62.
296. EHRM 23 februari 1995, Gasus Dosier- und Fördertechnik t. Nederland, par. 53.
297. EHRM 20 november 1995, Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België, par. 31.

verband met de verplichte premieafdracht voor de Algemene kinderbijslagwet,[298] een klantenbestand van een bioscoop,[299] het in de nationale procedure geldend kunnen maken van het recht om op grond van een – door de staat niet-tijdig geïmplementeerde – EG-richtlijn geen BTW te hoeven afdragen, zo nodig met doorbreking van het kracht van gewijsde van een eerdere rechterlijke uitspraak als dat de enige mogelijkheid is om het eigendomsrecht geldend te kunnen maken,[300] een illegale maar door de autoriteiten gedoogde woning,[301] een schuld van de staat als gevolg van te veel betaalde belasting[302] en uit pachtovereenkomsten met de staat voortvloeiende visrechten.[303] Ook de meer klassieke zaken worden onder het eigendomsbegrip geschaard, zoals de eigendom van een stuk land of een huis.[304] De beperkingen op het gebruik van de eigendom vallen eveneens onder de reikwijdte van het eigendomsbegrip, bijvoorbeeld de verplichting om jacht op een in eigendom toebehorend perceel te gedogen.[305] Uit de uitspraak van het Hof in de zaak Stretch t. Verenigd Koninkrijk blijkt dat verder door het eigendomsrecht wordt beschermd de gerechtvaardigde verwachting op basis van een optie in de oorspronkelijke erfpachtovereenkomst dat deze voor een bepaalde periode kan worden verlengd. Daaraan doet volgens het Hof in het concrete geval niet af dat inmiddels is komen vast te staan dat de betreffende gemeente niet de bevoegdheid had een dergelijke optie in de overeenkomst op te nemen. Partijen gingen bij het aangaan van de overeenkomst immers beide ervan uit dat dit wel zou zijn toegestaan, terwijl een dergelijke optie bovendien blijkens de praktijk terzake ook niet in strijd met het algemeen belang wordt geacht.[306]

Een categorie waarover nog enige onduidelijkheid bestaat, is die van wettelijke sociale-zekerheidsaanspraken die niet gebaseerd zijn op premiebetaling. Duidelijk is dat deze *within the ambit* van artikel 1 EP vallen, hetgeen voldoende is om het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM van toepassing te doen zijn (zie nader paragraaf 3.14).[307] Of het hier ook gaat om als zodanig erkende eigendomsrechten in de zin van artikel 1 EP is niet geheel zeker. In sommige sociale-zekerheidszaken over uitkeringen legt het Hof toch vaak een verband met premiebetaling alvorens aan te nemen dat sprake is van een eigendomsrecht. Een voorbeeld daarvan is de zaak Gaygusuz t. Oostenrijk, waarin het ging om een nooduitkering wegens werkloosheid. Daarin lijkt het Hof waarde te hechten aan het feit dat er betalingen zijn verricht.[308] In de recentere zaak Wessels-Bergervoet t. Nederland lijkt het Hof dit criterium echter los te hebben gelaten en aan te nemen dat er sprake is van een eigendomsrecht omdat het

298. EHRM 21 februari 1997, Van Raalte t. Nederland.
299. EHRM 25 maart 1999, Iatridis t. Griekenland, par. 54.
300. EHRM 16 april 2002, S.A. Dangeville t. Frankrijk, par. 46-48.
301. EHRM 18 juni 2002, Öneryildiz t. Turkije, par. 140-142 (het betrof hier een illegale woonconstructie in een Istanbulse sloppenwijk; intern appèl aanhangig). Zie nader Barkhuysen & Van Emmerik (2003).
302. EHRM 3 juli 2003, Buffalo t. Italië, par. 29.
303. EHRM 24 september 2002, Posti & Rahko t. Finland.
304. Zie bijv. EHRM 24 juni 1993, Papamichalopoulos t. Griekenland, par. 45. Vgl. ook EHRM 22 januari 2004, Jahn e.a. t. Duitsland (onteigening na Duitse eenwording o.g.v. het 'Einigungsvertrag' van in de nadagen van het DDR-regime verworven grondeigendom zonder schadevergoeding is in strijd met art. 1 EP).
305. EHRM 29 april 1999, Chassagnou e.a. t. Frankrijk, par. 74.
306. EHRM 24 juni 2003, Stretch t. Verenigd Koninkrijk, par. 32-41.
307. Vgl. EHRM 11 juni 2002, Willis t. Verenigd Koninkrijk, par. 40 (waar het Hof om die reden in het midden kon laten of de aanspraak op weduwenpensioen als een eigendomsrecht kon worden gekwalificeerd).
308. EHRM 16 september 1996, Gaygusuz t. Oostenrijk, par. 39-41.

gaat om een wettelijke aanspraak op een AOW-uitkering ondanks het feit dat daarvoor geen premie was betaald.[309] Ook uit een latere uitspraak over een gehandicaptenuitkering lijkt te volgen dat premiebetaling in ieder geval niet doorslaggevend is om een sociale-zekerheidsaanspraak als eigendomsrecht aangemerkt te krijgen.[310] Zeker is dat echter niet, omdat ook in deze beide laatste zaken het ongelijke-behandelingsaspect van artikel 14 EVRM centraal stond. Overigens kan worden aangenomen dat hier – net als ten aanzien van wel door premiebetaling opgebouwde rechten – ook geldt dat uit het eigendomsrecht niet het recht voortvloeit op een uitkering van een bepaalde omvang.[311]

Een belangrijke beperking is echter de eis dat het recht of belang met voldoende zekerheid moet vaststaan.[312] Volgens vaste jurisprudentie is de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen niet voldoende voor de toepasselijkheid van artikel 1 EP. Artikel 1 EP beschermt geen recht om eigendom te verwerven.[313] Daarmee roept de bescherming onder het eigendomsrecht associaties op met de werking van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in het Nederlandse recht.

3.11.3 Beperking

Als er sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht, moet worden bezien of daarvoor rechtvaardigingsgronden aanwezig zijn, maar alvorens daarover te oordelen, gaat het Hof eerst na of er wel echt sprake is van een *inmenging* in het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP. Ontneming van eigendom is de meest vergaande inmenging (de hiervoor genoemde tweede hoofdregel uit artikel 1 EP): een eigendomsoverdracht in juridische dan wel in feitelijke zin, waardoor het recht om te beschikken over de eigendom verloren gaat.[314] Minder vergaand is de regulering van eigendom (de derde hoofdregel uit artikel 1 EP): het beperken van de gebruiksmogelijkheden van de eigendom zonder dat het beschikkingsrecht daarover (geheel) verloren gaat.[315] Wat precies de grens is tussen ontneming en regulering, wordt uit deze jurisprudentie echter niet duidelijk, mede omdat niet altijd goed is te voorspellen wat het Hof als eigendom kwalificeert in een concrete zaak. Dat blijkt, bijvoorbeeld, uit de zaak Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden, waarin het Hof een ondernemingsgebonden drankvergunning niet zelfstandig kwalificeerde als een *possession*, maar alleen als belangrijk onderdeel van de totale bedrijfsuitoefening van het restaurant in kwestie. Het intrekken van de vergunning, die op zich een zelfstandige waarde vertegenwoordigde, werd om die reden niet beschouwd als een ontneming van eigendom maar als te rechtvaardigen

309. EHRM 4 juni 2002, Wessels-Bergervoet t. Nederland, par. 43.
310. EHRM 30 september 2003, Koua Poirrez t. Frankrijk, par. 37-42. Zie in deze zin ook EHRM 9 december 2003, Meyne-Moskalczuk e.a. t. Nederland (ontv. besl.); EHRM 16 december 2003, Van den Bouwhuijsen & Schuring t. Nederland (ontv. besl.).
311. Vgl. EHRM 12 december 2000, Truhli t. Kroatië (ontv. besl.).
312. EHRM 12 juli 2001, Hans Adam II of Liechtenstein t. Duitsland; EHRM 7 mei 2002, Burdov t. Rusland, par. 40-41.
313. EHRM 13 december 2000, Malhous t. Tsjechische Republiek (ontv. besl.).
314. Zie bijv. EHRM 24 juni 1993, Papamichalopoulos t. Griekenland, par. 45; EHRM 28 oktober 1999, Brumaresco t. Roemenië.
315. Zie bijv. EHRM 29 november 1991, Pine Valley Developments Ltd. t. Ierland, par. 51 (beperkingen van de gebruiksmogelijkheden van land als gevolg van ruimtelijke regelgeving); EHRM 19 december 1989, Mellacher e.a. t. Oostenrijk, par. 44 (een wettelijk maximum voor toegestane periodieke huurprijsstijgingen).

regulering.[316] Tot een vergelijkbare conclusie komt het Hof in een zaak over de intrekking van visrechten, waarbij het Hof erop wijst dat het recht om te vissen niet volledig teniet is gegaan.[317] Dat er sprake is van ontneming lijkt overigens met name te worden aangenomen in de meer klassieke eigendomszaken (zoals onteigening van grond). In sommige zaken wordt ook in het midden gelaten of sprake is van ontneming dan wel regulering en wordt direct de eerste hoofdregel toegepast, het algemene beginsel van ongestoord eigendomsgenot. Het Hof lijkt zo lastige juridische vragen te willen omzeilen.[318] Los daarvan zijn er ook eigendomsinmengingen denkbaar die duidelijk noch onder ontneming, noch onder regulering vallen.[319] Niet ieder handelen of nalaten van de overheid ter zake van eigendom levert overigens een inmenging daarin op. Een louter immateriële aantasting van het woongenot door geluidhinder wordt in beginsel niet beschouwd als een inmenging in het eigendomsrecht.[320]

Wanneer een inmenging in het eigendomsrecht aan de orde is, toetst het Hof op basis van een vast stramien of daarvoor een *rechtvaardiging* kan worden aangenomen. In de meer recente jurisprudentie van het Hof is deze toets in beginsel voor alle soorten van inmenging vergelijkbaar. Eerst gaat het Hof na of de inmenging bij wet is voorzien, waaronder wordt begrepen dat deze ook niet in strijd mag komen met het rechtszekerheidsbeginsel noch een overtreding van het verbod van willekeur mag inhouden.[321] De inmenging moet een voldoende precieze en toegankelijke nationale wettelijke basis hebben en moet ook voorzienbaar zijn. Voorts speelt bij deze toets een rol de vraag in hoeverre de kwestie van de inmenging in de beschikbare nationale procedures aan de orde kan komen.[322] Daarna wordt getoetst of de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang dient, hetgeen in de rechtspraak meestal wordt aangenomen.[323] De centrale vraag in veel zaken is echter of de inmenging proportioneel is. Bestaat er, met andere woorden, een *fair balance* c.q. rechtvaardig evenwicht tussen de eisen van het algemene belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu? Daarbij kan behalve het optreden van de staat ook het gedrag van de klager van betekenis zijn. Een inmenging moet in het algemeen belang plaatsvinden en mag geen onevenredige last (*excessive burden*) op de betrokkene leggen. Het feit dat er een minder belastende maatregel mogelijk was, betekent daarbij echter niet automatisch dat er geen sprake is van een *fair balance*. Hierbij dringt de parallel met de toepassing van het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de *égalité devant les char-*

316. EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden, par. 53. Zie ook EHRM 18 februari 1991, Fredin t. Zweden, par. 40 (waarin de intrekking van een ontgrondingsvergunning eveneens als gerechtvaardigde regulering werd aangemerkt).
317. EHRM 24 september 2002, Posti & Rahko t. Finland.
318. Zie bijv. EHRM 23 september 1982, Sporrong en Lönnroth t. Zweden, par. 63; EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland; EHRM 20 juni 2002, Azinas t. Cyprus (intern appèl aanhangig).
319. EHRM 20 juli 2000, Antonetto t. Italië (weigering tenuitvoerlegging rechterlijke uitspraak tot afbraak van een naastgelegen waardedrukkend illegaal bouwwerk).
320. Zie bijv. ECRM 17 mei 1990, S. t. Frankrijk, D&R 65, 250; ECRM 16 juli 1986, Rayner t. Verenigd Koninkrijk, D&R 47, 5.
321. Zie bijv. EHRM 9 november 1999, Spacek s.r.o. t. Republiek Tsjechië, par. 54-59; EHRM 30 mei 2000, Belvedere Alberghiera S.r.l. t. Italië.
322. Zie bijv. EHRM 24 oktober 1986, Agosi t. Verenigd Koninkrijk, par. 51-55.
323. Alleen in evidente gevallen neemt het Hof aan dat een maatregel niet in het algemeen belang is. Vgl. EHRM 19 juni 2001, Zwierzynski t. Polen, par. 71-73 (de autoriteiten weigerden een aan de klager toebehorend pand terug te geven, terwijl zij dit op volstrekt onrechtmatige wijze in gebruik hadden als politiebureau).

ges publiques in het Nederlandse recht zich op.[324] Bij de toets aan dit criterium wordt ook vaak bezien of, en, zo ja, in welke mate, er schadevergoeding is geboden voor de ondervonden last. Naarmate de inmenging zwaardere negatieve gevolgen heeft, moet – zo volgt uit de jurisprudentie – ruimere compensatie worden geboden om te voldoen aan het *fair balance*-vereiste.[325] Er is sprake van strijd met artikel 1 EP, indien aan een van de hiervoor onderscheiden rechtvaardigingsvereisten niet wordt voldaan.

3.11.4 Extra waarborgen bij ontneming van eigendom

Het onderscheid tussen ontneming enerzijds en regulering en overige eigendomsinmengingen anderzijds blijft ondanks de voorgaande relativerende opmerkingen van betekenis. Met betrekking tot ontneming geldt namelijk een aantal extra waarborgen. Om te beginnen lijkt de toetsing aan de hiervoor geschetste rechtvaardigingscriteria strenger bij ontneming. De rechtspraak laat voorts zien dat een ontneming van eigendom in het algemeen belang zonder compensatie – buitengewone omstandigheden daargelaten – als disproportioneel en daarmee in strijd met artikel 1 EP wordt aangemerkt. Uitgangspunt is daarbij een volledige (*full market value*) vergoeding.[326] Een beperkte afwijking van dit uitgangspunt wordt in bepaalde gevallen door het Hof wel geaccepteerd.[327] Staten hebben voorts een ruime beoordelingsvrijheid met betrekking tot het taxeren van de waarde van een eigendom. Evident tegenstrijdige taxaties, waarbij de indruk van misbruik ontstaat, kunnen echter in strijd worden geacht met artikel 1 EP.[328] De bescherming van artikel 1 EP bij ontneming van eigendom geldt in bepaalde gevallen ook na het moment waarop een – volgens de dan geldende maatstaven – toereikende schadevergoeding is uitgekeerd. Op deze wijze lijkt het Hof onder meer te willen voorkomen dat staten onteigeningsinstrumenten gebruiken louter om ten koste van het individu te kunnen profiteren van waardestijgingen van de betreffende grond.[329] Bij regulering van eigendom lijkt minder snel te worden aangenomen dat er als gevolg van ontbrekende compensatiemaatregelen sprake is van een disproportionele inmenging.[330]

3.11.5 De 'margin of appreciation'

Het EHRM laat de verdragsstaten in beginsel een ruime *margin of appreciation* bij de toetsing of is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor een rechtmatige inmenging

---

324. Vgl. daarover ook de VAR-preadviezen van G.E. van Maanen, J.E. Hoitink, B.P.M. van Ravels en B.J. Schueler, Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, VAR-reeks 128, Den Haag 2002.
325. Vgl. EHRM 29 april 1999, Chassagnou e.a. t. Frankrijk.
326. EHRM 21 februari 1986, James e.a. t. Verenigd Koninkrijk; EHRM 9 december 1994, Holy Monasteries t. Griekenland, par. 71.
327. EHRM 25 maart 1999, Papachelas t. Griekenland.
328. EHRM 21 mei 2002, Jokela t. Finland, par. 61-65 (onteigeningszaak waarbij – ten voordele van de staat – de waarde van de grond in de onteigeningsprocedure aanzienlijk lager werd getaxeerd dan in de successiebelastingprocedure).
329. EHRM 2 juli 2002, Motais de Narbonne t. Frankrijk, par. 21-22 (zonder daarvoor een goede reden te kunnen aanvoeren, werd de uitvoering van het project ten behoeve waarvan was onteigend pas na negentien jaar ter hand genomen, terwijl de waarde van de grond in die tijd fors was gestegen). Art. 1 EP biedt ook bescherming tegen geldontwaarding in het geval de staat talmt met uitbetaling van een na een onteigening vastgestelde schadevergoeding. Zie bijv. EHRM 9 juli 1997, Akkus t. Turkije.
330. EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden; EHRM 18 februari 1991, Fredin t. Zweden.

in het eigendomsrecht van artikel 1 EP. Het Hof biedt staten in beginsel de ruimte om in het algemeen belang en in het bijzonder met het oog op sociale en economische doelstellingen een bepaald beleid te kiezen en uit te voeren waarbij eigendomsrechten geraakt kunnen worden. Verder speelt daarbij een rol dat de nationale autoriteiten vanwege hun directe kennis over (de behoeften van) de samenleving in beginsel beter zijn toegerust dan de Straatsburgse organen om te beoordelen wat in het algemeen belang is. Het oordeel van de nationale autoriteiten over wat in het algemeen belang is, zal het Hof dan ook in beginsel accepteren, tenzij deze beoordeling kennelijk zonder enige redelijke grond is.[331] Wel moet er een duidelijke belangenafweging op nationaal niveau hebben plaatsgevonden, bij gebreke waarvan meestal een schending van artikel 1 EP wordt aangenomen. Als in de nationale procedure echter wel is getoetst of de inmenging in het eigendomsrecht in het algemeen belang en in overeenstemming met het nationale recht heeft plaatsgevonden en of de belangen zorgvuldig zijn afgewogen en zo nodig een redelijke schadevergoeding is aangeboden, zal het Hof niet snel aannemen dat artikel 1 EP is geschonden.

3.11.6 Recapitulatie

De hele jurisprudentie met betrekking tot artikel 1 EP overziend kan worden geconstateerd dat het EHRM verdragsstaten in het algemeen een ruime beoordelingsmarge laat en niet snel een schending aanneemt. Een schending van artikel 1 EP heeft het Hof wel aangenomen in gevallen waarin de onteigening niet bij wet was voorzien in de betreffende staat en in zaken waarin er lange tijd onzekerheid bleef bestaan over de gebruiksmogelijkheden van eigendom als gevolg van daarop rustende beperkingen van overheidswege.[332] Verder is een schending aangenomen in gevallen waarin de overheid, bijvoorbeeld door een latere wet, de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak waarin een claim tegen de overheid werd gehonoreerd, doorkruiste.[333] Een schending is, ten slotte, ook aangenomen in gevallen van eigendomsontneming, waarin duidelijk te weinig of ten onrechte geen schadevergoeding door de overheid werd aangeboden.[334] Al met al kan worden gezegd dat het Hof, behalve bij het niet voldoen aan formele vereisten als de voorzienbaarheid bij wet, een schending van artikel 1 EP alleen aanneemt in schrijnende gevallen, waarin sprake is van duidelijk onredelijk overheidsoptreden.

3.12 Artikel 2 EP: recht op onderwijs en vrijheid van onderwijs

Artikel 2 EP erkent om te beginnen, ondanks zijn negatieve formulering, een recht op onderwijs.[335] In het verlengde van dit recht dat primair aan leerlingen en studenten

---

331. EHRM 21 februari 1986, James e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 40-46.
332. Zie bijv. EHRM 5 januari 2000, Beyeler t. Italië, par. 109-122 (de staat heeft vijf jaar gewacht met het uitoefenen van zijn voorkeursrecht op de aankoop van een schilderij van Van Gogh).
333. Bijv. EHRM 28 maart 2000, Dimitrios Georgiadis t. Griekenland.
334. Zie bijv. EHRM 11 januari 2001, Platakou t. Griekenland, par. 56-57 (de staat bood slechts 25 procent van de waarde van het onroerend goed volgens een officiële taxatie zonder deze afwijking te kunnen rechtvaardigen).
335. EHRM 23 juli 1968, Belgische taalzaken, par. 3-5.

toekomt, houdt de tweede zin van artikel 2 EP het recht in van ouders op respect voor hun religieuze en filosofische overtuiging bij de opvoeding en het onderwijs van hun kinderen daar waar de staat op dit terrein functies uitoefent. Daarmee wordt beoogd pluralisme te waarborgen en te voorkomen dat kinderen van staatswege worden geïndoctrineerd op een wijze die in strijd komt met het vereiste respect voor de overtuiging van de ouders.[336] Op basis van artikel 2 EP is de staat echter niet verplicht om (privé-)onderwijsinstellingen van een bepaald type, van een bepaald niveau of van een bepaalde religieuze of filosofische grondslag te creëren of (financieel) te ondersteunen.[337] Primair wordt de toegang tot bestaande instellingen beschermd, zij het dat de staat deze toegang mag reguleren. Staten komt daarbij zowel op inhoudelijk als op financieel gebied een ruime beoordelingsvrijheid toe, maar de kern van het recht op onderwijs mag niet worden aangetast. Ook mag niet in strijd worden gehandeld met het vereiste respect voor de opvoedings- en onderwijsvrijheid van ouders,[338] noch met andere EVRM-bepalingen zoals artikel 14. De jurisprudentie ziet met name op primair onderwijs, maar artikel 2 EP geldt in beginsel ook voor voortgezet en hoger onderwijs.[339]

3.13 Artikel 2 VP: bewegingsvrijheid

Artikel 2 VP kent ruime uitzonderingsmogelijkheden en heeft mede om die reden tot weinig belangrijke jurisprudentie aanleiding gegeven. Het verzekert personen die *wettig* op het grondgebied van een land verblijven, het recht om zich daarbinnen vrij te bewegen, er vrijelijk een verblijfplaats te kiezen en het te verlaten om te reizen naar een land van keuze dat hen toelaat. Of er sprake is van wettig verblijf, wordt bepaald door het nationale recht.[340] Elke beperking van dit recht moet voldoen aan het noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvereiste, moet een legitiem in artikel 2 lid 3 VP genoemd doel dienen en moet zijn voorzien bij wet.[341] In speciaal aangewezen geografische gebieden mag de bewegingsvrijheid op grond van artikel 2 lid 4 EP worden onderworpen aan bij wet voorziene beperkingen die gerechtvaardigd worden door het algemene belang in een democratische samenleving, welk criterium iets minder streng lijkt dan dat van artikel 2 lid 3 EVRM. Bij de behandeling van artikel 5 EVRM is al duidelijk geworden dat een vrijheidsbeneming in de zin van dat artikel en een beperking van de bewegingsvrijheid in elkaars verlengde liggen. Om die reden moet bij beperkingen van de bewegingsvrijheid steeds de vraag worden gesteld of deze niet dusdanig vergaand zijn dat mogelijk het strengere artikel 5 EVRM van toepassing is.[342] Op het terrein van het algemene materiële bestuursrecht is artikel 2 VP – even-

336. EHRM 7 december 1976, Kjeldsen, Busk Madsen & Pedersen t. Denemarken, par. 50-53.
337. EHRM 23 juli 1968, Belgische taalzaken, par. 3-4; EHRM 7 december 1976, Kjeldsen, Busk Madsen & Pedersen t. Denemarken, par. 52.
338. Bijv. EHRM 25 februari 1982, Campbell & Cosans t. Verenigd Koninkrijk, par. 33-41 (verplichte acceptatie lijfstraffen als toegangseis gaat te ver).
339. ECRM 17 januari 1996, Sulak t. Turkije, D&R 84-A, 98.
340. ECRM 1 december 1986, Paramanathan t. Duitsland, D&R 51, 240.
341. Vgl. EHRM 22 mei 2001, Baumann t. Frankrijk, par. 61-63.
342. Vgl. EHRM 6 november 1980, Guzzardi t. Italië, par. 92-93.

tueel in combinatie met artikel 14 EVRM – van belang met betrekking tot gemeentelijke tippelverboden, samenscholingsverboden, verblijfsontzeggingen en verwijderingsbevelen, evenals ten aanzien van vestigingsregelingen, woningdistributie en regelingen inzake woonvergunningen.

In de zaken Landvreugd t. Nederland en Oliveira t. Nederland heeft het EHRM zich gebogen over de rechtmatigheid van verwijderingsbevelen opgelegd namens de burgemeester van Amsterdam aan overlast veroorzakende junks. Het ging om verwijderingsbevelen voor de duur van veertien dagen gebaseerd op de noodbevelsbevoegdheid van de burgemeester op grond van artikel 175 Gemeentewet, nadat klagers bij de oplegging van een eerdere verblijfontzegging voor de duur van acht uur was aangezegd dat bij een volgende overtreding een ontzegging voor veertien dagen zou volgen. Dit op basis van een beleidsinstructie van de burgemeester. Het Hof toetst aan de beperkingsclausule van artikel 2 lid 4 VP en komt tot de conclusie dat er sprake was van een voldoende wettelijke basis gelet op artikel 175 Gemeentewet, de daarop gebaseerde jurisprudentie en de mondelinge waarschuwing aan de betrokkenen. Deze waarschuwing compenseert de, volgens het Hof in dit soort zaken onvermijdelijk, ruime beleidsvrijheid aan de zijde van de burgemeester en zijn ondergeschikten. Daarbij hecht het Hof belang aan het feit dat zowel de Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van mening was dat er sprake was van een voldoende wettelijke basis. Verder acht het Hof de beperking gerechtvaardigd door het algemeen belang in een democratische samenleving, zodat wordt geconcludeerd dat zich geen schending voordoet. Daarbij laat het Hof enerzijds meewegen dat er inderdaad sprake was van een noodsituatie en anderzijds dat de betrokkenen zijn gewaarschuwd, niet in het gebied wonen of werken en daar ook geen brievenbus hebben.[343]

3.14 Artikel 14 en het Twaalfde Protocol: verbod van discriminatie

Het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM en – wanneer dat in werking is getreden – het Twaalfde Protocol verdient ruime aandacht omdat het in veel zaken op het terrein van het materiële bestuursrecht een rol speelt.

3.14.1 Beschermingsbereik

Artikel 14 EVRM verbiedt discriminatie, zij het niet in algemene zin maar alleen waar het betreft het verzekeren van de EVRM-rechten.[344] Het verdragsartikel kan slechts worden ingeroepen in samenhang met een ander door het EVRM beschermd recht; het heeft, net als artikel 13 EVRM, een zogenoemd accessoir karakter. Het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM geldt voor al het handelen en nalaten van de staat dat is gericht op het verzekeren van het samen ermee ingeroepen recht.[345] Schending van dat laatstbedoelde recht is echter geen noodzakelijke voorwaarde voor de toepasselijkheid van de eisen op grond van artikel 14 EVRM. Dit betekent dat het verbod ook

343. EHRM 4 juni 2002, Landvreugd t. Nederland; EHRM 4 juni 2002, Oliviera t. Nederland.
344. Zie uitgebreid Gerards (2002) (m.n. p. 103-219) met nadere verwijzingen.
345. Vgl. EHRM 27 oktober 1975, Nationaal Syndicaat van de Belgische Politie t. België, par. 44.

geldt bij een op zich toegestane beperking van rechten, bijvoorbeeld op grond van het tweede lid van de artikelen 8 tot en met 11 EVRM: daarbij mag een staat niet discrimineren. Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat artikel 14 EVRM eveneens van toepassing is wanneer staten een verdergaande bescherming bieden van EVRM-rechten dan op basis van het verdrag is vereist. Dit betekent, bijvoorbeeld, dat staten die een bepaald schooltype creëren, daarvoor geen discriminerende toelatingsvoorwaarden mogen stellen. Dit geldt niettegenstaande het feit dat uit artikel 2 VP – zoals zojuist bleek – geen verplichting voortvloeit een bepaald type school te creëren. Een ander voorbeeld is het recht van hoger beroep. Hoewel een verplichting tot het openstellen daarvan niet uit artikel 6 EVRM voortvloeit, is het staten op grond van artikel 14 EVRM verboden te discrimineren bij de regeling van de toegang tot dit rechtsmiddel wanneer dat wel in het leven is geroepen.[346] Voor de toepasselijkheid van artikel 14 EVRM is nodig dat de feiten waarop een klacht over discriminatie is gebaseerd, onder de reikwijdte van één of meer andere EVRM-rechten kunnen worden gebracht.[347] Deze beperking van het toepassingsbereik heeft als nadeel dat bepaalde discriminatiegevoelige terreinen niet door het discriminatieverbod worden bestreken. Daarbij gaat het met name om de verzekering van sociale grondrechten, nu het EVRM daarop slechts in beperkte mate ziet. Dit nadeel is voor een deel weggenomen doordat het Hof de bescherming van het EVRM op basis van artikel 1 EP heeft uitgebreid naar traditioneel discriminatiegevoelige terreinen als de sociale zekerheid en belastingbetaling, op welk eerste terrein Nederland ook tweemaal tegen een veroordeling wegens schending van artikel 14 EVRM is aangelopen.[348] Verder is ook de huurbescherming via artikel 8 EVRM onder de werkingssfeer van artikel 14 EVRM gebracht.[349] In Nederland heeft een en ander geleid tot een verminderde noodzaak om een beroep te doen op het wel algemeen geldende discriminatieverbod van artikel 26 IVBPR.

Artikel 14 EVRM is volgens vaste jurisprudentie van toepassing indien er sprake is van vergelijkbare gevallen die verschillend worden behandeld (formeel onderscheid).[350] Datzelfde geldt wanneer verschillende gevallen op gelijke wijze worden behandeld (materieel onderscheid).[351] De in artikel 14 EVRM genoemde discriminatiegronden zijn daarbij niet limitatief bedoeld.[352] Daaruit vloeit voort dat op zich elke ongelijke behandeling onder artikel 14 in combinatie met een ander EVRM-recht aan de orde kan worden gesteld, zij het dat daarbij wel enig verband moet bestaan tussen de grond van onderscheid en de (rechts)persoon of groep in kwestie. Voor rechtspersonen lijkt het Hof ten aanzien van deze laatste eis soepeler dan ten aanzien van

346. EHRM 23 juli 1968, Belgische Taalzaken, par. 9-10.
347. EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. Verenigd Koninkrijk, par. 71.
348. EHRM 21 februari 1997, Van Raalte t. Nederland (discriminatie inzake Algemene kinderbijslagwet); EHRM 4 juni 2002, Wessels-Bergervoet t. Nederland (discriminatie inzake AOW). Vgl. EHRM 16 september 1996, Gaygusuz t. Oostenrijk (discriminatie inzake sociale uitkering); EHRM 11 juni 2002, Willis t. Verenigd Koninkrijk (discriminatie nabestaandenpensioen); EHRM 30 september 2003, Koua Poirrez t. Frankrijk (discriminatie o.g.v. nationaliteit m.b.t. een uitkering wegens handicap).
349. EHRM 18 februari 1999, Larkos t. Cyprus.
350. EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België, par. 32; EHRM 18 februari 1991, Fredin t. Zweden, par. 60.
351. EHRM 6 april 2000, Thlimmenos t. Griekenland, par. 44. Terughoudend t.a.v. materieel onderscheid was bijv. EHRM 22 oktober 1996, Stubbings e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 73.
352. EHRM 8 juni 1976, Engel e.a. t. Nederland, par. 72.

natuurlijke personen.[353] Hoewel de jurisprudentie in algemene zin terughoudend is, lijkt verder een geslaagd beroep op artikel 14 EVRM in een zaak van indirect onderscheid, gelet op een meer recente uitspraak, niet meer uitgesloten. Daarvoor moet een disproportioneel effect worden aangetoond van een algemene regeling op een bepaalde groep, waarbij echter wel strenge eisen aan het bewijs lijken te worden gesteld.[354]

De ontwikkeling van artikel 14 EVRM is, behalve door het al genoemde accessoire karakter van de bepaling, ook enigszins achtergebleven als gevolg van het feit dat het Hof in zijn toetsing vaak het accent legt op de vraag of het samen met artikel 14 EVRM ingeroepen recht al dan niet is geschonden en niet meer toekomt aan de (inhoudelijke) behandeling van de klacht over de ongelijke behandeling.[355]

3.14.2 Beperkingsmogelijkheden

Artikel 14 EVRM is niet absoluut van aard: niet alle vormen van formeel en materieel onderscheid zijn verboden. Om te bepalen of onderscheid in een concrete casus al dan niet is toegestaan, volgt het EHRM een vast toetsingsschema.[356] Dat ziet er als volgt uit:

– Valt de klacht over het onderscheid onder het bereik van een door het EVRM beschermd recht? Zo nee, dan is artikel 14 EVRM niet van toepassing. Zo ja, dan moet een volgende stap worden gezet in het toetsingsschema.
– Is er sprake van onderscheid op basis van een in het kader van artikel 14 EVRM relevante grond (verschillende behandeling van gelijke gevallen of gelijke behandeling van verschillende gevallen)? Dat daarvan sprake is, moet in beginsel door de klager worden aangetoond, hetgeen net als bij de toepassing van het Nederlandse gelijkheidsbeginsel vaak op problemen stuit.[357] De gerechtvaardigdheid van een eenmaal vastgesteld relevant onderscheid moet vervolgens door de staat worden aangetoond, waarbij de volgende vragen relevant zijn.
– Dient dit onderscheid een objectief gerechtvaardigd doel? In dit verband is niet alleen de aard van het doel van belang.[358]
– Is de maatregel proportioneel gelet op het nagestreefde doel? Er mag op basis van dit criterium geen sprake zijn van een onevenredige benadeling en het doel moet met de bestreden maatregel ook daadwerkelijk worden gediend.[359] In het kader

353. Zie m.b.t. rechtspersonen o.m. EHRM 24 juni 1986, Lithgow t. Verenigd Koninkrijk (onderscheid in compensatiecriteria voor nationalisatie bedrijven, nl. omzet en totale vermogen, wordt bezien onder art. 14 EVRM); EHRM 18 februari 1991, Fredin t. Zweden (onderscheid m.b.t. intrekkingsgrond exploitatievergunning, nl. milieuoverwegingen, wordt bezien onder art. 14 EVRM); EHRM 23 oktober 1997, Building Societies t. Verenigd Koninkrijk (onderscheid, nl. op grond van het wel of geen bezwaar maken, wordt bezien onder art. 14 EVRM). Zie m.b.t. natuurlijke personen o.m. EHRM 6 juni 2000, Magee t. Verenigd Koninkrijk, par. 19 (regionale of geografische verschillen zijn onvoldoende verbonden met persoonlijke kenmerken en worden daarom niet onder het toepassingsbereik van art. 14 EVRM gebracht).
354. EHRM 4 mei 2001, Kelly e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 148. Veel terughoudender was EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. Verenigd Koninkrijk, par. 85.
355. Vgl. EHRM 19 december 1989, Kamasinski t. Oostenrijk; EHRM 27 augustus 1991, Philis t. Griekenland.
356. Zie reeds EHRM 23 juli 1968, Belgische taalzaken, par. 10.
357. Gerards (2002) stelt mede om die reden voor deze vergelijkbaarheidstoets te vervangen door een 'benadelingstoets'. Zodra er sprake is van benadeling van de ene persoon t.o.v. de ander moet in haar visie – kort gezegd – worden bezien of deze een legitiem doel dient en proportioneel is. Vgl. voor een klacht die afstuit op de vergelijkbaarheidstoets EHRM 18 juni 2002, Woonbron e.a. t. Nederland (ontv. besl.), par. 3 (verrekening rijkssubsidies woningcorporaties).
358. Vgl. EHRM 18 februari 1999, Larkos t. Cyprus, par. 31.
359. EHRM 27 oktober 1975, Nationaal Syndicaat van de Belgische Politie, par. 49.

van dit criterium is in het bijzonder van belang de vraag of de staat met het onderscheid binnen de hem toekomende *margin of appreciation* blijft. Deze is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de grond van het onder-scheid.[360] Zo is er bijvoorbeeld sprake van een ruime *margin of appreciation* met betrekking tot belastingheffing.[361]

Het belang van artikel 14 EVRM – ook in relatie tot artikel 26 IVBPR – is vergroot nu het Hof heeft aangegeven dat ter rechtvaardiging van een onderscheid op een 'verdachte' grond *very weighty* of *compelling reasons* moeten worden aangevoerd, terwijl de *margin of appreciation* in dit soort zaken navenant klein is. Dit heeft tot gevolg dat wanneer een verdachte grond in het spel is, vrijwel nooit wordt aangenomen dat een onderscheid is gerechtvaardigd. Het Hof heeft reeds expliciet als verdacht aangemerkt onderscheid op grond van geslacht, nationaliteit, godsdienst, wettigheid/onwettigheid bij kinderen en seksuele geaardheid.[362] Onderscheid op grond van ras, etniciteit en huidskleur zal door het Hof bijna zeker ook als verdacht worden aangemerkt wanneer het daarmee zou worden geconfronteerd. Overigens acht het Hof onderscheid tussen EG-onderdanen en derdelanders onder omstandigheden objectief gerechtvaardigd, nu de EG een speciale rechtsorde vormt.[363]

3.14.3 Het Twaalfde Protocol

Wanneer het Twaalfde Protocol voor Nederland in werking treedt, zal er op grond van het EVRM naast het accessoire verbod van artikel 14 een zelfstandig discriminatieverbod gaan gelden. Het Twaalfde Protocol beoogt aanvullend te werken ten opzichte van artikel 14 EVRM en gaat uit van dezelfde beperkingssystematiek. Waar dit laatste artikel ziet op het verbod van discriminatie ten aanzien van EVRM-rechten, introduceert artikel 1 lid 1 van het Twaalfde Protocol een dergelijk verbod met betrekking tot 'any right set forth by law', waarbij met 'law' wordt gedoeld op nationaal en internationaal recht.[364] Het tweede lid van dit laatste artikel voegt daar nog aan toe dat: 'No one shall be discriminated against by any public authority on any ground.' Uit de preambule van dit protocol en de officiële toelichting daarbij blijkt dat wordt beoogd om – in aansluiting op de jurisprudentie van het Hof – naast het verbod van discriminatie het daarmee verbonden gelijkheidsbeginsel meer op de voorgrond te plaatsen. Verder blijkt daaruit dat positieve discriminatie ter opheffing van achterstanden – mits dit geen disproportionele negatieve gevolgen heeft voor bepaalde groepen – toegestaan is.

---

360. EHRM 28 oktober 1987, Inze t. Oostenrijk.
361. EHRM 23 oktober 1997, Building Societies t. Verenigd Koninkrijk, par. 80.
362. Zie EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. Verenigd Koninkrijk, par. 78 (geslacht); EHRM 21 februari 1997, Van Raalte t. Nederland (geslacht); EHRM 16 september 1996, Gaygusuz t. Oostenrijk, par. 42 (nationaliteit); EHRM 23 juni 1993, Hoffmann t. Oostenrijk, par. 36 (godsdienst); EHRM 28 oktober 1987, Inze t. Oostenrijk, par. 41 (wettig/onwettig); EHRM 21 december 1999, Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal, par. 35 (seksuele geaardheid).
363. EHRM 18 februari 1991, Moustaquim t. België, par. 49.
364. Zie par. 29 van het officiële toelichtende rapport bij het Twaalfde Protocol (te verkrijgen via <www.coe.int> en in de Nederlandse vertaling als bijlage opgenomen bij de toelichtende nota van de goedkeuringswet, Kamerstukken I/II, 28 100 (R 1705), nr. 129 en 1), waarin nog wordt aangegeven dat dit niet betekent dat het EHRM de naleving van dit internationale recht gaat toetsen.

Er bestaat echter geen verplichting tot het voeren van een voorkeursbeleid. Uit de toelichting blijkt verder dat de toegevoegde waarde van artikel 1 van het Twaalfde Protocol met name aan de orde is bij discriminatie:

– ten aanzien van het genot van rechten die op grond van het nationale recht specifiek aan een individu zijn toegekend;
– met betrekking tot het genot van rechten die voortvloeien uit de duidelijke verplichting van het openbaar gezag op grond van het nationale recht om op een bepaalde manier te handelen;
– door het openbaar gezag waar dat gebruikmaakt van discretionaire bevoegdheden, zoals bij het toekennen van subsidies; en
– ten aanzien van elk ander handelen of nalaten van het openbare gezag, bijvoorbeeld het gedrag van de politie bij het bestrijden van oproer.[365]

De leden 1 en 2 van artikel 1 van het Twaalfde Protocol zijn complementair bedoeld. Dit betekent dat het optreden van het openbare gezag er eveneens door wordt bestreken als het niet gaat om een *right set forth by law*, hetgeen het geval kan zijn bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden dan wel ander (ook feitelijk) handelen of nalaten van het openbaar gezag.[366]

Net als bij artikel 14 EVRM gaat het bij het Twaalfde Protocol blijkens de toelichting primair om een onthoudingsverplichting van de staat, hoewel positieve verplichtingen in bijzondere omstandigheden niet worden uitgesloten. Als voorbeelden van dergelijke omstandigheden worden genoemd de verhoudingen tussen privé-personen die zich in de publieke sfeer afspelen en die normaal wettelijk worden gereguleerd. Daarbij kan worden gedacht aan de toegang tot werk en restaurants, maar ook aan diensten die privé-personen beschikbaar stellen aan het publiek, zoals gezondheidszorg en de water- en elektriciteitsvoorziening. Benadrukt wordt echter dat pure privé-relaties buiten het bereik van de positieve verplichtingen blijven en dat ook niet is beoogd dat het discriminatieverbod als zodanig directe gelding krijgt in horizontale relaties. In het kader van de positieve verplichtingen is het steeds de staat die zal worden aangesproken.[367]

3.15 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt hoe diep het EVRM tegenwoordig doordringt op het terrein van het materiële bestuursrecht en welke belangrijke rol de jurisprudentie van het EHRM daarbij speelt. Aan de diverse EVRM-rechten kan een breed scala van relevante rechtsnormen worden ontleend. Deze normen zijn in beginsel over de volle breedte van het bestuursrecht van toepassing. Sommige van deze normen zijn echter met name van belang voor bepaalde bijzondere delen van het materiële bestuursrecht, bijvoorbeeld voor het omgevingsrecht (artikel 2, 8 en 10 EVRM en artikel 1 EP), het vreemdelingenrecht (artikel 3 en 8 EVRM), het gezondheidsrecht (zij het aarzelend,

365. Vgl. par. 1-23 van het toelichtende rapport.
366. Zie par. 29 van het toelichtende rapport.
367. Zie par. 24-28 van het toelichtende rapport.

via artikel 2 en 8 EVRM), het mediarecht (artikel 10 EVRM) en het onderwijsrecht (artikel 2 EP). Andere rechtsnormen – zoals de beginselen van rechtszekerheid, vertrouwen en proportionaliteit die besloten liggen in artikel 1 EP en het discriminatieverbod van artikel 14 en het Twaalfde Protocol – hebben een meer algemeen karakter en spelen als zodanig bijvoorbeeld een rol in het sociale-zekerheidsrecht, het fiscale recht en het economisch bestuursrecht. Ten aanzien van toezicht en handhaving – ook onderdelen van het algemene bestuursrecht – springen met name de artikelen 2, 3, 5, 6, 7 en 8 EVRM in het oog en voor openbare-ordekwesties de artikelen 5, 10 en 11 EVRM en artikel 2 VP. Opvallend is dat het EHRM er niet voor terugschrikt om op het terrein van het materiële bestuursrecht ook positieve verplichtingen aan te nemen op basis waarvan bepaalde normen feitelijk ook effect kunnen krijgen in horizontale verhoudingen.

In de meeste gevallen komt de toepassing van deze normen erop neer dat aan het overheidsoptreden dat een inbreuk maakt op EVRM-rechten, zowel procedurele als materiële eisen worden gesteld om het gerechtvaardigd te doen zijn. De voorbereiding van de betreffende wetgeving en/of besluiten moet zorgvuldig zijn en alle relevante belangen moeten in kaart worden gebracht. Verder moet worden voldaan aan het vereiste van legaliteit en rechtszekerheid door te voorzien in een adequate rechtsbasis. In materiële zin is meestal doorslaggevend of er in het concrete geval sprake is van een *fair balance* tussen het algemene belang dat met het overheidsoptreden wordt gediend en het daardoor geschade individuele belang. Dit impliceert een proportionaliteits- en een willekeurtoets, waarbij in beginsel niet kan worden volstaan met een toetsing in abstracto. Bij zijn toetsing van deze belangenafweging laat het Hof de staten – afhankelijk van het recht in kwestie en de feiten en omstandigheden van het geval – wel een meer of minder grote *margin of appreciation*, waardoor deze toets in de praktijk varieert van een soort doelmatigheidstoets tot een marginale willekeurtoets. Naast een goede motivering voor de gemaakte belangenafweging speelt voorts een rol of er voldoende waarborgen bestaan tegen misbruik van bevoegdheden, zoals de mogelijkheid van rechterlijke toetsing. Ten aanzien van het nalaten van de overheid ondanks het bestaan van positieve verplichtingen tot optreden geldt een vergelijkbaar toetsingskader.

Soms is een bepaald overheidsoptreden of -nalaten echter in geen geval toegestaan, namelijk wanneer daarmee het recht op leven (artikel 2 EVRM) of het recht om gevrijwaard te blijven van vernederende of onmenselijke handelingen (artikel 3 EVRM) in gevaar komt. Daarbij kan worden gedacht aan het niet-optreden tegen levensbedreigende situaties – al dan niet veroorzaakt door derden – of een uitzetting van een vreemdeling naar een land waarin deze dreigt te worden gefolterd. Van een belangenafweging is daar geen sprake en zelfs andere, wel beperkbare EVRM-rechten, zoals het recht op privé-leven, moeten dan in beginsel wijken. Van een belangenafweging is ook geen sprake bij een vrijheidsbeneming buiten de in artikel 5 EVRM voorziene gevallen of een boeteoplegging waarbij de vereisten van artikel 7 EVRM of sommige uit artikel 6 EVRM voortvloeiende waarborgen niet in acht worden genomen.

Ten slotte is nog van belang expliciet te constateren dat het EVRM niet alleen via het EG-recht toepassing krijgt, namelijk als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht (zoals al bleek in het voorgaande hoofdstuk), maar dat de handhaving van EG-recht nu ook via het EVRM kan worden afgedwongen. Dit laatste omdat een aanspraak op

grond van het EG-recht wordt gezien als een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP en om die reden in het nationale recht geldend gemaakt moet kunnen worden.

4 Het EVRM en het Nederlandse materiële bestuursrecht: implicaties en beoordeling toepassingspraktijk

4.1 Inleiding

Stond in het voorgaande hoofdstuk het Straatsburgse perspectief centraal, in dit hoofdstuk gaat het om het nationale perspectief. Op de voorgrond staat de vraag wat de implicaties zijn voor het Nederlandse materiële bestuursrecht van hetgeen is geschetst in hoofdstuk 2 over de werking van het EVRM en de doorwerking ervan in de Nederlandse rechtsorde en in hoofdstuk 3 over de uit het EVRM voortvloeiende relevante rechtsnormen. In dat kader volgt eerst een korte meer theoretische en normatieve beschouwing: wat zouden de implicaties *moeten* zijn van het EVRM voor de bestuursrechtpraktijk (paragraaf 4.2) en wat zou in dat licht de meerwaarde van het EVRM *kunnen* zijn ten opzichte van geldende nationale normen (paragraaf 4.3)? Daarna wordt een aantal aspecten van de toepassing van het EVRM op het terrein van het materiële bestuursrecht in de praktijk aan de orde gesteld en beoordeeld mede in het licht van het geschetste normatieve kader (paragraaf 4.4). Hierop volgt een concluderende paragraaf (paragraaf 4.5).

4.2 Implicaties

Wanneer de bevindingen van de hoofdstukken 2 en 3 worden gecombineerd, dan vloeit daaruit voort dat het EVRM in de nationale rechtsorde als hoogste rechtsnorm geldt en relevant is voor zowel het algemene deel als diverse bijzondere delen van het materiële bestuursrecht. Van de op grond van het EVRM geldende verplichtingen maakt onderdeel uit de rechtspraak van het EHRM – ook in zaken tegen andere landen – voorzover daaruit althans algemene regels zijn af te leiden. Nationale autoriteiten zijn echter vrij verdergaande bescherming te bieden dan op grond van de minimumnormen van het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak vereist, zij het dat het vaste jurisprudentie is van de Hoge Raad dat het de rechter niet vrijstaat een formele wet buiten toepassing te laten op grond van een dergelijke bovenminimale uitleg. De formele wetgever zelf kan in ieder geval wel kiezen voor een bovenminimale uitleg, vanzelfsprekend met inachtneming van grondwettelijke en andere verdragsrechtelijke vereisten, zoals EG/EU-recht. Dit geldt ook voor de lagere wetgever en het bestuur

wanneer hun wettelijke bevoegdheden daartoe in concreto de ruimte laten. Een verwijzing naar de *margin of appreciation* die het Hof verdragsstaten laat bij zijn toetsing, om op nationaal niveau het vereiste beschermingsniveau te bepalen, ligt daarbij minder voor de hand nu het hier gaat om een toetsingsdoctrine voor het EHRM in zijn verhouding tot de nationale autoriteiten. Daarin ligt veeleer een uitnodiging besloten aan de nationale autoriteiten om op basis van de specifieke nationale omstandigheden tot een eigen positiebepaling te komen.

Het EVRM stelt op het terrein van het materiële bestuursrecht bijzondere eisen aan de normering door de wetgever (al dan niet van bestuurlijke besluitvorming) en aan besluitvorming in concreto door het bestuur. Datzelfde geldt voor de rechterlijke toetsing van de effecten van wetgeving en besluiten in een concreet geval wanneer daartegen wordt opgekomen.[368] Ook daarbuiten – bijvoorbeeld in geschillen tussen particulieren – is de rechter overigens gebonden aan het EVRM. Datzelfde geldt bij privaatrechtelijk optreden van de overheid. Steeds moet door de betrokken staatsmachten worden onderzocht of door hun optreden EVRM-rechten in individuele gevallen in het gedrang kunnen komen en, zo ja, of een beperking daarvan al dan niet is toegestaan. Als een beperking niet is uitgesloten, moet kort gezegd een *fair balance*-toets worden uitgevoerd, met als doel een disproportionele belangenaantasting te voorkomen. Een dergelijke beperking moet vervolgens ook met voldoende waarborgen worden omkleed, onder meer door te voorzien in een adequate rechtsbasis en controle. Wetgever, bestuur en rechter moeten zich verder de vraag stellen of zij op basis van het EVRM al dan niet gehouden zijn om actief op te treden ter bescherming van bepaalde rechten waaruit positieve verplichtingen voortvloeien, ook wanneer deze worden bedreigd door derden die niet tot de overheidsorganisatie behoren. Privatisering van overheidstaken leidt onder het EVRM niet automatisch tot uitsluiting van staatsaansprakelijkheid op dat terrein. Aansprakelijkheid kan blijven bestaan via het concept van de positieve verplichtingen, maar ook omdat een private organisatie waaraan overheidstaken zijn opgedragen, vanuit Straatsburgs perspectief onder omstandigheden kan worden beschouwd als deel uitmakend van de overheid, zodat er sprake is van een directe binding aan het EVRM. Dat betekent dat in die gevallen nadere regulering en handhaving en toezicht van staatswege aangewezen kan zijn.[369] Dat laatste kan overigens ook gelden ten aanzien van derden buiten een privatiseringscontext. Wanneer wetgever, bestuur en rechter uitvoering geven aan regelgeving of besluiten van internationale organisaties, zoals de EG/EU, of daaraan bevoegdheden overdragen, dan dienen zij zich te realiseren dat zij ook daarbij gebonden zijn aan het EVRM.

---

368. In de literatuur is daaraan uitgebreid aandacht besteed door Simon. Zie H.J. Simon, Straatsburg als tijdbom onder het Nederlandse bestuursrecht? Referaat bij het preadvies van G. Overkleeft-Verburg, in: Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, Staatsrechtconferentie 1998, Deventer 1999, p. 155-192; H.J. Simon, Bestuursrecht en mensenrechten, Top down of bottom up?, NJB 1999, p. 1187-1197; H.J. Simon, De autonomie van het Nederlandse staats- en bestuursrecht in het licht van het EVRM, in: H. Koning & E.M.J. Crombag (red.), De autonomie van het bestuursrecht, Den Haag 2001, p. 109-139; H.J. Simon, Het EVRM en de bestuurlijke besluitvorming, JB-plus 2003, p. 170-181 (deel I) en JB-plus 2004, p. 2-14 (deel II). Zie ook L.F.M. Verhey, Het Nederlandse staats- en bestuursrecht in het licht van het EVRM (referaat bij het preadvies van Henk Simon), in: H. Koning & E.M.J. Crombag (red.), De autonomie van het bestuursrecht, Den Haag 2001, p. 141-154.

369. Vgl. in dit verband ook diverse bijdragen aan J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout, De publieke taak, Staatsrechtconferentie 2002, Deventer 2003.

Het resultaat van een afweging van wetgever, bestuur en rechter moet steeds in concreto EVRM-conform zijn. De wetgever heeft daarvoor een bijzondere en primaire verantwoordelijkheid omdat deze kan voorkomen dat het bestuur en/of de rechter wetgeving vanwege strijd met EVRM-normen zouden moeten corrigeren. Een dergelijke correctie kan bovendien leiden tot rechtsonzekerheid en onvoorzienbaarheid van het recht, terwijl het bestuur en de rechter vanwege praktische en constitutionele beperkingen ook niet altijd in de beste positie verkeren om effect te geven aan EVRM-normen.[370] Dat betekent dat bij de wettelijke keuze voor het toekennen van gebonden bevoegdheden aan het bestuur de effecten in individuele gevallen zo veel mogelijk in kaart moeten worden gebracht en dienen te worden meegewogen en dat eventueel een hardheidsclausule moet worden opgenomen. Bij het gebruik van een dergelijke bevoegdheid door het bestuur mag vervolgens niet zonder meer worden uitgegaan van de EVRM-conformiteit, maar moet een zelfstandige toets worden uitgevoerd indien er aanleiding bestaat daarover te twijfelen. Zo nodig moet het bestuur de desbetreffende wettelijke bepaling buiten toepassing laten. Indien het gaat om discretionaire en privaatrechtelijke bevoegdheden, dienen de betrokken overheidsorganen zich te realiseren dat ook deze niet in strijd met het EVRM mogen worden uitgeoefend. Zou er in het kader van de uitoefening daarvan sprake zijn van een beperking van EVRM-rechten, dan moet deze eveneens voldoen aan de eis van een adequate rechtsbasis zodat de beperking voor de betrokkenen voldoende kenbaar en voorzienbaar is.

Mocht de wetgever en/of het bestuur beweerdelijk tekort zijn geschoten in het verzekeren van de EVRM-rechten en wordt daartegen opgekomen, dan dient de rechter deze klacht te onderzoeken en zo nodig corrigerend op te treden en te voorzien in adequaat rechtsherstel. De rechter moet zich realiseren dat hij daarbij een bijzondere taak heeft, gezien de subsidiariteit van het Straatsburgse toezicht. Gelet daarop en op de uit de artikelen 13 EVRM en 94 Grondwet voortvloeiende verplichtingen, dient de nationale rechter op zijn minst een toets uit te voeren van hetzelfde niveau en van dezelfde intensiteit als het EHRM dat zou doen in een dergelijke zaak. De rol van de *margin of appreciation* daarbij is echter omstreden, zoals hierna in paragraaf 4.4 zal blijken. Dit betekent dat ook ten aanzien van discretionaire bevoegdheidsuitoefening, al dan niet op basis van beleidsregels, niet a priori kan worden volstaan met een marginale willekeurtoets.

Bij hun optreden dienen wetgever, bestuur en rechter zich, ten slotte, te realiseren dat de uitkomst van het nationale proces en hun optreden daarin uiteindelijk ter toetsing aan het EHRM kunnen worden voorgelegd. Dit onder de voorwaarde dat er bij de nationale rechter ten minste *in substance* een beroep is gedaan op een EVRM-recht en alle beschikbare en effectieve nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Mocht het EHRM tot een schending concluderen, dan is de staat verplicht die maatregelen te nemen die nodig zijn voor adequaat rechtsherstel. Verder moet de staat bezien of een veroordelende uitspraak in meer algemene zin al dan niet moet leiden tot aanpassing van wetgeving of een bepaalde bestuurspraktijk. Dat laatste geldt ook ten aanzien van

370. Zie o.a. T. Loenen, Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid, Over verfijning van regelgeving, vage of open normen en concrete toetsing aan grondrechten, RM Themis 1996, p. 123-136. Vgl. ook Vonk (1999).

rechtspraak met betrekking tot andere staten. Dit onder de voorwaarde dat er uit deze Straatsburgse rechtspraak inderdaad meer algemeen geldende regels zijn af te leiden.

Overigens leert de Straatsburgse jurisprudentie ook dat het EVRM in het algemeen aan de efficiënte uitvoering van noodzakelijk overheidsbeleid niet in de weg staat. Staten worden daarin niet bovenmatig belemmerd. Het EVRM stelt vooral zekere materiële grenzen waar overheidsoptreden voor bepaalde individuele gevallen disproportionele effecten zou kunnen hebben en vergt goede procedurele waarborgen in geval van beperking van EVRM-rechten.

4.3 Potentiële meerwaarde EVRM

Met deze implicaties in het achterhoofd is het interessant te bezien welke meerwaarde de EVRM-normen zouden kunnen hebben ten opzichte van nationale normen die eveneens zijn gericht op de bescherming van individuele rechten. Bij deze laatste categorie kan worden gedacht aan grondrechten uit de Grondwet, algemene rechtsnormen als gewaarborgd door de Awb, ongeschreven rechtsbeginselen en normen opgenomen in andere (formele) wetgeving, waarmee direct dan wel indirect wordt bijgedragen aan de bescherming van individuele rechten.

Bij een vergelijking met deze nationale rechtsnormen valt vooral op dat het EVRM een hogere status en een ruimer toepassingsbereik heeft. Nationale normen die in strijd zijn met het EVRM, moeten wijken. Het EVRM kan in beginsel ook niet door de (formele) wetgever terzijde worden geschoven, terwijl dat wel mogelijk is met betrekking tot (anterieure) beschermende (formele) wetgeving. Voorts kunnen formele wetten en direct daaruit voortvloeiende besluiten door de rechter wel aan het EVRM, maar gelet op artikel 120 Grondwet noch aan de grondrechten uit de Grondwet noch aan ongeschreven rechtsbeginselen worden getoetst, terwijl dit toetsingsverbod in de jurisprudentie ook nog eens een heel breed toepassingsbereik heeft gekregen.[371] Een en ander is van groot belang omdat aldus ook de formele wetgever zich niet zonder rechterlijke correctiemogelijkheid kan onttrekken aan de verplichting individuele rechten te respecteren. Het toepassingsbereik van het EVRM wordt verder vergroot door de daaruit voortvloeiende positieve verplichtingen[372] en de jurisprudentie over de aansprakelijkheid bij de uitvoering van internationale verplichtingen en het overdragen van bevoegdheden aan internationale organisaties.

---

371. Uit art. 120 Grondwet wordt afgeleid dat een formele wet in beginsel niet aan de Grondwet en niet aan fundamentele rechtsbeginselen mag worden getoetst, tenzij het gaat om bij de totstandkoming van de wet niet verdisconteerde omstandigheden. Zie HR 14 april 1989, AB 1989, 207 m.nt. FHvdB, NJ 1989, 469 m.nt. MS. Het verbod strekt zich uit tot materiële (de inhoud van de wet) en formele (de totstandkomingsprocedure van de wet) toetsing. Zie HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 m.nt. D.J. Veegens. Verder acht de rechter zich zelfs niet vrij om te bezien of handelingen in het kader van de voorbereiding van een wetsvoorstel al dan niet rechtmatig zijn op het moment waarop deze wet nog niet tot stand is gekomen. Zie HR 19 november 1999, AB 2000, 387 m.nt. ThGD, NJ 2000, 160 m.nt. TK. Ten slotte staat art. 120 Grondwet mede in de weg aan een rechterlijk bevel tot het totstandbrengen van wetgeving ter implementatie van een EG-richtlijn. Zie HR 21 maart 2003, NJ 2003, 60, AB 2004, 39 m.nt. ChB. Vgl. hierover o.a. W. Voermans, De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet, JB-plus 2003, p. 142-151.

372. Vgl. F. Vlemminx, Onze tandeloze sociale grondrechten in het licht van twintig jaar EVRM, NJCM-Bulletin 2003, p. 233-244.

Bij een samenloop van EVRM-normen met nationale normen verhoogt het EVRM voorts de status van deze laatste categorie en biedt waarborgen tegen het reduceren van de bescherming als gevolg van aanpassing van deze nationale normen.

Het EVRM kan verder een meerwaarde hebben doordat er normen in besloten liggen die het Nederlandse (bestuurs)recht als zodanig niet kent. Daarbij kan, bijvoorbeeld, worden gedacht aan bepaalde normen voortvloeiend uit de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 2 VP. Bij een vergelijking met wel in het Nederlandse recht beschermde grondrechten blijkt verder dat voor de beperking van deze rechten op basis van de Grondwet – anders dan ten aanzien van EVRM-rechten – doorgaans geen materiële vereisten gelden en alleen het legaliteitsvereiste centraal staat. Bovendien geldt ten aanzien van de EVRM-normen dat de ontwikkeling daarvan wordt gestimuleerd door een actief EHRM dat heeft gekozen voor een autonome en dynamische interpretatie van het EVRM, terwijl de jurisprudentie over de nationale grondrechten mede als gevolg van het toetsingsverbod daarbij vaak achterblijft.[373] Ook kan erop worden gewezen dat ten aanzien van het verzekeren van EVRM-rechten steeds een mogelijke Straatsburgse procedure als stok achter de deur fungeert.

Hieruit volgt dat het EVRM ook na eventuele opheffing van het toetsingsverbod een belangrijke meerwaarde zal behouden ten opzichte van nationale normen.[374] Dit geldt temeer omdat de voorstellen tot opheffing die nu op tafel liggen, alleen betrekking hebben op – kort gezegd – de klassieke grondrechten uit de Grondwet. Nadrukkelijk wordt niet beoogd toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen mogelijk te maken, zoals het vertrouwens-, rechtszekerheids- en proportionaliteitsbeginsel. Deze beginselen liggen echter wel besloten in het EVRM, meer in het bijzonder in artikel 1 EP en in het vereiste dat een beperking van rechten voorzienbaar en proportioneel moet zijn, wil deze gerechtvaardigd zijn.

Overigens moet van een beroep op het EVRM in een concrete zaak ook weer niet te veel worden verwacht. Zoals hiervoor (paragraaf 4.2) al aangegeven, stelt het EVRM vooral materiële grenzen bij duidelijk disproportionele effecten van overheidsoptreden, terwijl het voor het overige met name is gericht op procedurele waarborgen.

---

373. Vgl. L.F.M. Verhey, Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?, NJCM-Bulletin 2003, p. 216-232; A.W. Heringa, Grondrechten in de Grondwet, Een evaluatie na twintig jaar in het licht van het toetsingsrecht en verdragsontwikkelingen, NJCM-Bulletin 2003, p. 276-288.

374. Er is beweging op dit terrein: in het voorjaar van 2002 heeft het Kamerlid Halsema een initiatiefwetsvoorstel ingediend dat de rechter de bevoegdheid geeft formele wetten te toetsen aan – kort gezegd – de klassieke grondrechten uit hoofdstuk I van de Grondwet en een aantal in andere hoofdstukken opgenomen daarmee gelijk te stellen bepalingen, Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 1-3. Daarna heeft de toenmalige regering een notitie aan de Tweede Kamer gestuurd waarin een grotendeels vergelijkbare optie wordt voorgelegd, Kamerstukken II 2001/02, 28 355, nr. 1-2. Zie hierover J. Peters, Wie beschermt onze grondwet? (oratie UvA), Amsterdam 2003.

4.4 Enkele aspecten van de toepassingspraktijk geschetst en beoordeeld

4.4.1 Introductie

Om een compleet beeld te krijgen van de betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht moet aandacht worden besteed aan de toepassing van het verdrag in de nationale bestuursrechtpraktijk. In het bestek van dit preadvies is het echter onmogelijk om na te gaan hoe het EVRM in de Nederlandse praktijk precies wordt toegepast op de diverse onderdelen van het materiële bestuursrecht, laat staan om ook nog te beoordelen of deze praktijk al dan niet conform de uit het verdrag voortvloeiende vereisten is. Mede als gevolg van het brede bereik van het EVRM op het terrein van het materiële bestuursrecht zouden daarvoor duizenden wetten, besluiten en rechterlijke uitspraken in kaart moeten worden gebracht en geanalyseerd. Een zoekopdracht met het trefwoord 'EVRM' in diverse voor het materiële bestuursrecht relevante databanken bevestigt dit beeld. Deze levert grote hoeveelheden treffers op, welk gegeven op zich overigens het belang van het EVRM voor het materiële bestuursrecht onderstreept.[375] In deze paragraaf zal daarom alleen kort worden ingegaan op enkele belangrijke aspecten van de algemene toepassingspraktijk (paragraaf 4.4.2), met bijzondere aandacht voor de rechter (paragraaf 4.4.3) en de verhouding tussen de nationale instanties en het EHRM (paragraaf 4.4.4). Een meer gedetailleerde analyse wordt op onderdelen geboden door de bijzondere preadviezen over handhavingsrecht, economisch bestuursrecht en omgevingsrecht.[376]

4.4.2 Algemeen beeld wetgever, bestuur, rechter en rechtshulpverlening

Hoewel het (grondwettelijk) instrumentarium voor de wetgever, het bestuur en de rechter om toepassing te kunnen geven aan het EVRM in algemene zin toereikend lijkt en het belang daarvan ook steeds weer wordt onderstreept,[377] laat de toepassingspraktijk een terughoudend beeld zien.

Uit al wat ouder onderzoek blijkt dat er bij de implementatie van de EVRM-normen en de Straatsburgse rechtspraak door de *wetgever*, hoewel deze daarbij een primaire en bijzondere verantwoordelijkheid heeft, geen sprake is van een duidelijk beleid. Implementatie duurt vaak (te) lang en het ontbreekt daarbij soms ook aan zorgvuldigheid. Verder zou er sprake zijn van een (te) terughoudende opstelling, waarbij in het wetgevingsproces van een kritische toetsing aan EVRM-normen onvoldoende sprake zou zijn. Er zou te weinig aandacht zijn voor het waarborgen van individuele rechten en het accent zou te veel liggen op het verwezenlijken van (politieke)

375. Vgl. het resultaat van een zoekactie met het trefwoord 'EVRM' in de (juridische) databanken van rechtspraak.nl, overheid.nl, AB, JB, JV, Opmaat enzovoort. Zie om een indruk te krijgen van onder meer voor het bestuursrecht relevante EVRM-jurisprudentie ook de rubriek 'Mensenrechtenactualiteiten.nl' in het NJCM-Bulletin en – tot 1998 – het jaarlijkse mensenrechtelijke jurisprudentieoverzicht in datzelfde tijdschrift.
376. Zie elders in dit deel van de VAR-reeks.
377. Vgl. het WRR-rapport, De toekomst van de nationale rechtsstaat, Den Haag 2002.

beleidsdoelstellingen.[378] Verder zou vaak ten onrechte worden verwezen naar de *margin of appreciation* om het vereiste beschermingsniveau te bepalen.[379] Dit beeld is in grote lijnen ook thans nog juist, hoewel de aandacht voor het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak wel lijkt toe te nemen, met name op terreinen waarop sprake is van kritische nationale of Straatsburgse jurisprudentie.[380] Van een structureel volgen van deze jurisprudentie en het op basis daarvan zo nodig als derde-partij interveniëren in een Straatsburgse procedure tegen een ander land is echter nog geen sprake. Evenmin bestaat er een duidelijk systeem voor de verwerking van Straatsburgse uitspraken in wetgeving, ook niet wanneer uit een uitspraak wel een duidelijke algemene regel valt af te leiden. Een en ander vindt bevestiging in de gang van zaken rond de Colas Est-zaak als geschetst in het inleidend hoofdstuk van dit preadvies. Van Dijk wijst erop dat deze praktijk mede een gevolg zou kunnen zijn van een gebrek aan toereikende kennis en deskundigheid.[381] Desalniettemin is (nog) niet omarmd het voorstel van Lawson om een interdepartementale werkgroep op te richten, met als taak het volgen van de Straatsburgse ontwikkelingen en het op basis daarvan entameren van noodzakelijke actie.[382] Hoewel er thans wel jaarlijks een overzicht van belangrijke Straatsburgse jurisprudentie naar het parlement wordt gestuurd, lijkt dat voorts weer geen (wezenlijke) rol te spelen in het wetgevingsproces.[383]

Voor het *bestuur* – zowel landelijk, regionaal als lokaal – geldt een vergelijkbaar beeld als ten aanzien van de wetgever, zij het dat daar het probleem van ontbrekende deskundigheid nog groter lijkt.[384]

De *rechter* is de afgelopen jaren in toenemende mate geconfronteerd met beroepen op het EVRM, waaraan behalve de toegenomen emancipatie van burgers en de daarmee verwante algemene juridiseringstendens ook de hiervoor geschetste terughoudende, meer instrumentele praktijk van wetgever en bestuur debet lijkt.[385] Hoewel de rechter inmiddels veel ervaring heeft opgedaan met beroepen op EVRM-rechten en in de scholing van rechters daaraan steeds meer aandacht wordt besteed, blijkt echter ook deze nog een tekortschietende expertise te hebben.[386] Verder blijkt ook de rechter terughoudend te zijn bij de toepassing van het EVRM, waarop in paragraaf 4.4.3 nader wordt ingegaan.

Gebrek aan kennis lijkt, ten slotte, ook de *rechtshulpverleners* parten te spelen. Zij hebben – uitzonderingen daargelaten – vaak onvoldoende oog voor het EVRM-aspect

---

378. Zie o.a. L.F.M. Verhey, Implementatie van het EVRM door de wetgever, in: 45 jaar EVRM, p. 103-116; J.P. Loof & A. Woltjer, Wetgever en mensenrechtenbeleid, Waarborgen van grondrechten onder druk, NJCM-Bulletin 1994, p. 415-464 met nadere verwijzingen.
379. Schokkenbroek (1996).
380. Vgl. Simon (1999); Vlemminx (2002).
381. P. van Dijk, Een efficiënt en effectief stelsel van toezicht op de naleving van het EVRM, De rolverdeling bij rechtsvorming en rechtsontwikkeling, NJCM-Bulletin 2003, p. 394-403.
382. Lawson (1999), p. 105.
383. Vgl. Kamerstukken II 2001/02, 28 224, nr. 1.
384. Vgl. Simon (1999); Vlemminx (2002); Van Dijk (2003), p. 401.
385. Vgl. T. Koopmans, De rol van de wetgever, Zwolle 1970; A.F.M. Brenninkmeijer, Gedeelde rechtsorde (oratie Leiden), Deventer 1998; H.D. Tjeenk Willink, Wetgever, bestuur en rechter: de ene niet zonder de andere, in: E.A.G. van der Ouderaa (red.), Schurende machten, Prinsengrachtreeks, Amsterdam/Nijmegen 1999, p. 17-25.
386. Vgl. bijv. de resultaten van de enquête onder rechters uitgevoerd in opdracht van Vrij Nederland en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, opgenomen in Vrij Nederland, 11 oktober 2003, p. 31. Zie ook het voorwoord van de congrescommissie in de bundel Magistraten zonder grenzen, De invloed van het Europese recht op de Nederlandse rechtspleging, Raio-congres 2002, Nijmegen 2002.

van een zaak, en als daarop wel een beroep wordt gedaan, is de onderbouwing veelal mager.[387]

Het is zaak dat wetgever, bestuur en rechter kiezen voor een (pro)actievere opstelling jegens het EVRM, juist omdat het EVRM slechts minimumnormen waarborgt en het EHRM aan de nationale autoriteiten vaak ook een bepaalde *margin of appreciation* laat om een op de eigen nationale context toegesneden belangenafweging te kunnen maken. Onderkend moet worden dat de rechtsvorming in het bestuursrecht voor een deel naar het internationale niveau is verschoven, hetgeen een actieve bemoeienis daarmee vergt. Bij twijfel over de algemene betekenis van een Straatsburgse uitspraak voor het Nederlandse recht moet actief worden geprobeerd daarover helderheid te krijgen, bijvoorbeeld door het – bij gebrek aan een prejudiciële procedure – structureel inwinnen van objectieve adviezen daarover en het eventueel bevorderen van een Straatsburgs oordeel in een Nederlandse casus. Verder moet de kennis van het EVRM bij de diverse genoemde actoren worden verbeterd. Verder zou het goed zijn wanneer de bepleite interdepartementale EVRM-werkgroep er daadwerkelijk zou komen, temeer nu een dergelijke werkgroep met betrekking tot het EG-recht wel al blijkt te functioneren.[388] Daaraan zou dan idealiter kunnen worden gekoppeld een kenniscentrum waar ook lagere overheden en eventueel de rechterlijke macht informatie kunnen verkrijgen over het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak. Deze organisatie zou in direct contact moeten staan met de Nederlandse procesvertegenwoordigers bij het EHRM, om zo nauw betrokken te zijn bij zaken tegen Nederland en bij eventuele interventies in zaken tegen andere staten.[389] Om dit praktisch snel van de grond te krijgen en met het oog op een geïntegreerde benadering zou er eveneens voor kunnen worden gekozen aan te sluiten bij de organisatiestructuur van de al bestaande EG-werkgroep. Verder moet in het kader van het wetgevingsproces de mensenrechtentoets door de Raad van State een zwaarder gewicht krijgen. Of een en ander er daadwerkelijk van komt, moet worden afgewacht. In haar reactie op het al aangehaalde WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' heeft de regering in ieder geval aangegeven voorstander te zijn van een proactieve opstelling ten aanzien van recht van Europese origine.[390]

Daarnaast verdient het aanbeveling dat in de bestuursrechtelijke literatuur en in het onderwijs op dit terrein prominenter en structureler aandacht wordt besteed aan het EVRM. Dat geldt zowel voor wat betreft literatuur en onderwijs met betrekking tot het algemene deel als ten aanzien van de bijzondere delen van het bestuursrecht. Daaruit moet duidelijk worden dat het staats- en bestuursrecht, het EG-recht en het EVRM vervlochten zijn en in onderlinge samenhang moeten worden bestudeerd.[391]

---

387. M.F.J.M. de Werd, Dilemma's van mensenrechtenbescherming in het bestuursrecht, NJCM-Bulletin 2003, p. 563-573 op p. 571-573.
388. Zie over de instelling van deze werkgroep – de Interdepartementale Commissie Europees Recht, afgekort ICER – Kamerstukken II 1997/98, 25 389, nr. 32.
389. Vgl. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, De toekomst van het EHRM: meer middelen voor effectievere rechtsbescherming, NJCM-Bulletin 2003, p. 298-304.
390. Rechtsstaat en Rechtsorde, Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 1, p. 25.
391. Zo ook G. Overkleeft-Verburg, De Algemene wet bestuursrecht en de (beperking van) grondrechten, in: Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, Staatsrechtconferentie 1998, Deventer 1999, p. 129-153.

Deze punten van kritiek nemen echter niet weg dat het EVRM in Nederland een significante invloed heeft op wetgeving en het overheidsoptreden, ook op het terrein van het materiële bestuursrecht. Daarbij speelt mede een rol de inmiddels ruime EVRM-jurisprudentie die is opgebouwd door de Nederlandse rechter.[392] Op dit punt springt in het oog het vreemdelingenrecht, waar de artikelen 3 en 8 EVRM een prominente rol spelen en ook deels in regelgeving zijn verwerkt. Datzelfde geldt voor artikel 6 EVRM op het terrein van de bestuurlijke boete en de artikelen 14 EVRM en 1 EP voor het belastingrecht en het sociale-zekerheidsrecht. Maar ook de andere EVRM-normen hebben ondanks de geschetste terughoudende opstelling in de praktijk hun waarde bewezen.[393] Het belang van deze normen kan daarbij overigens niet alleen worden afgemeten aan het aantal keren dat op basis daarvan wetgeving tot stand is gebracht of aangepast, of aan het aantal keren dat een rechter een beroep daarop honoreert. Een EVRM-norm kan immers eveneens in preventieve zin een rol spelen, in die zin dat op basis daarvan wordt afgezien van een bepaald overheidsoptreden, zonder dat dit direct voor de buitenwereld zichtbaar is. Los van deze feitelijke invloed staat, ten slotte, het meer abstracte belang van het EVRM als normenstelsel, waaraan steeds de rechtmatigheid van het overheidsoptreden kan worden afgemeten. In deze zin verschillen EVRM-normen niet van nationale normen als, bijvoorbeeld, het rechtszekerheidsbeginsel, waaraan ook een belangrijke waarde wordt toegekend, ondanks het feit dat een beroep daarop in rechte niet heel vaak wordt gehonoreerd.

4.4.3 Bijzondere aandacht voor de rechter

Een aantal aspecten van de toepassingspraktijk van de Nederlandse rechter behoeft bijzondere aandacht vanwege diens belangrijke rol bij het verzekeren van de EVRM-rechten ten opzichte van wetgever en bestuur.[394] Het gaat om de vraag van de ambtshalve toetsing, de toepassing van de *margin of appreciation*-doctrine, de concreetheid van de toetsing, de gevolgen die de rechter verbindt aan een schending van het EVRM en de motivering van zijn oordelen.

Om te beginnen de vraag van de ambtshalve toetsing. Een verplichting tot ambtshalve toepassing van EVRM-bepalingen door de rechter vloeit, zoals aangegeven (zie paragraaf 2.4.2), niet voort uit het EVRM. Het verzuim deze bepalingen op zijn minst *in substance* in te roepen voor de nationale rechter komt in Straatsburg voor rekening van de klager en leidt op grond van artikel 35 EVRM in beginsel tot niet-ontvankelijkheid van een klacht. De imperatieve formulering van artikel 94 Grondwet maakt echter goed verdedigbaar dat de Nederlandse rechter zo nodig wel zou moeten overgaan tot ambtshalve toetsing aan het EVRM, ook dus wanneer daarmee buiten de grenzen van het geschil wordt getreden. De literatuur en de jurisprudentie van de civiele en

---

392. Vgl. ook het jaarverslag van de Hoge Raad over 2001/2002; het jaarverslag van de CRvB over 1998 en de jaarverslagen van de Raad van State (legisprudentie en jurisprudentie) over de jaren 1999-2002.
393. Zie de diverse bijdragen over het sociale recht, het belastingrecht, het vreemdelingenrecht en meer in algemene zin het bestuursrecht aan de bundels 40 jaar EVRM, 45 jaar EVRM en 50 jaar EVRM met veel verwijzingen naar relevante wetgeving en jurisprudentie.
394. Deze analyse is mede gebaseerd op bestudering van een groot aantal via de hiervoor genoemde databanken raadpleegbare uitspraken van de diverse rechterlijke instanties op het terrein van het materiële bestuursrecht.

bestuursrechter zijn daarover evenwel verdeeld.[395] EVRM-bepalingen zijn – anders dan sommige bepalingen van EG-recht[396] – in de jurisprudentie van de bestuursrechter niet aangemerkt als zijnde van openbare orde, zodat er niet ambtshalve aan wordt getoetst.[397] Wat daarvan ook zij, in het kader van zijn plicht om binnen de door partijen bepaalde grenzen van een geschil ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (artikel 8:69 lid 2 Awb) zou de bestuursrechter, mede gelet op artikel 94 Grondwet, in ieder geval moeten bezien of de aangevoerde gronden (ook) een basis in het EVRM hebben.[398] De jurisprudentie van de bestuursrechter lijkt op dat punt in bepaalde gevallen evenwel te terughoudend. Daarin wordt soms zelfs van partijen geëist dat zij rechtstreeks een beroep doen op het EVRM, hetgeen op grond van de Straatsburgse jurisprudentie zelfs niet is vereist in het kader van de verplichting de nationale rechtsmiddelen uit te putten.[399]

Een ander belangrijk thema is de toepassing van de *margin of appreciation*-doctrine door de Nederlandse rechter. Bij de toetsing of een beperking van een EVRM-recht al dan niet is toegestaan en bij het bepalen van de vereiste toetsingsintensiteit verwijst de Nederlandse rechter soms direct naar de door het EHRM in vergelijkbare zaken gehanteerde *margin of appreciation* of beoordelingsvrijheid.[400] Deze toetsingsdoctrine is echter ontwikkeld voor de 'constitutionele' verhouding tussen het EHRM en de verdragsstaten en mede gebaseerd op de betere (praktische) beoordelingspositie van de nationale autoriteiten. Daarin en in artikel 53 EVRM ligt eerder een aansporing besloten voor een meer intensieve toets op nationaal niveau. Wat daarbij precies de positie is van de nationale rechter wordt – binnen de mede uit artikel 13 EVRM voortvloeiende randvoorwaarde dat diens toets in beginsel niet beperkter mag zijn dan de Straatsburgse – overgelaten aan het nationale constitutionele recht.[401] De nationale rechter zou dan ook steeds op basis van de nationale constitutionele verhoudingen en op grond van zijn eigen kennis van de specifieke feiten en omstandigheden in Nederland moeten bepalen hoe intensief zijn toets in een concreet geval kan zijn en daarbij niet blind moeten varen op de Straatsburgse *margin of appreciation*. De in Straatsburg gehanteerde *margin of appreciation* geeft slechts de ondergrens aan. De toets van de Nederlandse rechter kan daarmee onder omstandigheden intensiever zijn, hoewel in het kader van de Nederlandse verhoudingen de uitkomst van, bijvoorbeeld, een belangenafweging vaak ook slechts marginaal mag worden getoetst.[402] Bij de invulling van deze toets zou ook een rol kunnen spelen of de wetgever en het bestuur bij de voorbereiding van een voor de rechter bestreden overheidshandelen voldoende aandacht

---

395. Vgl. M. de Werd, Ius curia novit, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter, NJB 1998, p. 687-694 en de door hem aangehaalde literatuur en jurisprudentie; Lawson (1999), p. 101-103.
396. Bijv. ABRvS 19 februari 2003, AB 2003, 129 m.nt. JV.
397. Vgl. Widdershoven e.a. (2001), p. 33-38.
398. Zo ook Feteris (2002), p. 96 en p. 278-281; Simon (2003), p. 390-392.
399. Bijv. ABRvS 10 februari 1997, JB 1997, 99; ABRvS 3 september 1997, Gst. 1997, nr. 7064. Vgl. De Werd (1998); F.M.C. Vlemminx, Meer grondwettelijke steun in de rug voor de bestuursrechter, NJB 1998, p. 235-236.
400. Zie Schokkenbroek (1996) met nadere verwijzingen. Vgl. ook CRvB 29 januari 2002, LJN-nr. AE0506 (vergoeding robotarm en art. 8 EVRM); CRvB 1 oktober 2002, USZ 2002, 326 (vergoeding internetaansluiting en art. 8 EVRM). Zie over de *margin of appreciation* par. 2.4.6.
401. Zie nader in par. 2.5.2.
402. Vgl. hierover ook A.W. Heringa, Constitutionele partners (oratie Maastricht), Deventer 1996.

hebben besteed aan de EVRM-dimensie daarvan en met het oog daarop een belangenafweging hebben gemaakt. Blijkt daarvan niet, dan zou de rechter zijn toets kunnen intensiveren.

Van het probleem van de toepassing van de *margin of appreciation* door de rechter dient strikt genomen te worden onderscheiden de eerder (in paragraaf 2.5.2) behandelde jurisprudentie van de Hoge Raad, waaruit blijkt dat het de rechter niet is toegestaan een formele wet buiten toepassing te laten op grond van een bovenminimale uitleg van het EVRM, dat wil zeggen een interpretatie die ruimer is dan die van het Straatsburgse Hof. Bij de *margin of appreciation* gaat het immers om het bepalen van de intensiteit van de toetsing door het Hof of er in een concrete zaak sprake is van een schending van het EVRM, met name bij het nagaan of een inmenging in een recht kan worden gerechtvaardigd. Dit verschilt van het bepalen van de beschermingsomvang van de verdragsrechten door middel van interpretatie. In bepaalde gevallen kan een en ander echter (deels) samenvallen en volgt uit de *margin of appreciation* de beschermingsomvang van het recht in kwestie. Als daarvan sprake is, vloeit met betrekking tot de toetsing van formele wetten uit de bedoelde jurisprudentie van de Hoge Raad voort dat de Straatsburgse *margin of appreciation* maatgevend is voor de Nederlandse rechter. Daartegen bestaan dan echter dezelfde bezwaren als tegen de toepassing van de *margin of appreciation* door de Nederlandse rechter in algemene zin zoals hiervoor verwoord.

Voorts valt op dat rechters niet altijd bezien of de toepassing van een in abstracto EVRM-conforme regeling in het concrete geval mogelijk niet toch een disproportionele belangenaantasting oplevert.[403] Een dergelijke toets is gelet op de beperkingssystematiek van het EVRM in beginsel wel aangewezen.[404] Daarbij moet – zeker nu de (bestuurs)rechter niet bereid blijkt tot ambtshalve toetsing – hetgeen door partijen wordt aangevoerd wel aanleiding geven tot een toets aan het EVRM en deze ook feitelijk mogelijk maken. Dat legt bij partijen een bijzondere verantwoordelijkheid, met name waar het de (feitelijke) onderbouwing van een klacht betreft.

In de jurisprudentie van de Nederlandse rechter op het terrein van het bestuursrecht zijn verschillende reacties te onderscheiden op (mogelijke) schendingen van het EVRM:

a. vernietiging van besluiten die niet dwingend uit een wettelijke bepaling voortvloeien;[405]
b. het buiten toepassing laten van wettelijke bepalingen op grond van artikel 94 Grondwet (zelfs van wetten in formele zin) en zo nodig vernietiging van op deze bepalingen gebaseerde besluiten;[406]
c. verdragsconforme interpretatie van toepasselijke wettelijke voorschriften, waarna een toetsing kan volgen van het betreffende besluit aan de aldus uitgelegde voorschriften, met zo nodig vernietiging als gevolg;[407]

---

403. Bijv. CRvB 24 januari 2001, AB 2001, 81 m.nt. FP (Algemene nabestaandenwet en art. 1 EP); ABRvS 12 november 2003, JB 2004, 13 en idem JB 2004, 14 m.nt. CLGFHA (verbod permanente bewoning in bestemmingsplan en art. 8 EVRM en art. 1 EP).
404. Zo ook Schokkenbroek (1996) op basis van een uitvoerig jurisprudentieonderzoek.
405. Bijv. ABRvS 5 februari 2003, JB 2003, 79 (weigering vergunning antennemast en art. 10 EVRM).

d. het in het kader van een actie uit onrechtmatige overheidsdaad constateren dat een bepaald overheidshandelen onrechtmatig, want in strijd met het EVRM, is en daaraan eventueel bepaalde gevorderde gevolgen verbinden als schadevergoeding, een ge- of verbod, of de onverbindendverklaring van een wettelijke bepaling.[408] Een gebod tot het tot stand brengen van formele wetgeving ter voldoening aan de EVRM-vereisten lijkt gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad echter uitgesloten;[409]
e. abstineren, omdat een keuze tussen diverse opties om te voorzien in een rechtstekort, dat zou ontstaan door het buiten toepassing laten van een met het EVRM strijdige wettelijke bepaling en zo een (mogelijke) schending te 'herstellen', de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan en de kwestie – gelet op de plaats van de rechter in het staatsbestel – beter door de wetgever zou kunnen worden opgelost. Hierbij kunnen twee varianten worden onderscheiden. Ten eerste kan de rechter in een dergelijk geval in het midden laten of er in het concrete geval sprake is van een verdragsschending en het beroep ongegrond verklaren (impliciet abstineren).[410] Ten tweede kan de rechter uitdrukkelijk een verdragsschending constateren, maar het beroep toch ongegrond verklaren en zo aan de geconstateerde schending geen materieel gevolg verbinden (expliciet abstineren). Een voorbeeld van dit laatste is het door de rechter afzien van vernietiging van een belastingaanslag of het verlaagd vaststellen daarvan in gevallen waarin de betrokkene wel in strijd met het EVRM wordt benadeeld ten opzichte van de vergelijkingsgroep, maar er meer opties zijn om aan deze verdragsschending een einde te maken, zoals door het verhogen van de belasting voor de vergelijkingsgroep.[411]

Bij dit laatstbedoelde abstineren – en temeer bij de impliciete variant daarvan omdat de rechter daar zelfs een oordeel over de voorgelegde rechtsvraag uit de weg gaat – kan worden betwijfeld of wel wordt voldaan aan de uit het EVRM (het betreffende materiele verdragsrecht en artikel 1 en 13 EVRM) voortvloeiende verplichtingen om op nationaal niveau een vermeende verdragsschending te onderzoeken en aan een geconstateerde schending een einde te maken. Daarbij lijkt deze praktijk ook op gespannen voet te staan met de artikelen 93 en 94 Grondwet op basis waarvan aan het EVRM

406. Bijv. Rb. Den Haag 23 december 1998, JB 1999, 35 m.nt. AWH, NJCM-Bulletin 1999, p. 494 e.v. m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (Wet herstructurering varkenshouderij en art. 1 EP); ABRvS 20 november 2002, JB 2003, 19 (boete Huursubsidiewet en art. 7 EVRM; zie ook de noot van CLGFHA onder JB 2003, 18). In CBB 21 november 2002, AB 2002, 117 m.nt. JHvdV (pluimveerechten en art. 1 EP) wordt echter een exceptieve toetsing van de aan het bestreden besluit ten grondslag liggende wettelijke regeling aan art. 1 EP geweigerd. Over de rechtmatigheid van de wet in kwestie zou in casu alleen de civiele rechter mogen oordelen, omdat de schade die appellant stelde te hebben geleden, geen verband hield met het bestreden besluit maar met het ontbreken van een wettelijke schadevergoedingsregeling voor diens geval.
407. Bijv. ABRvS 16 juni 1994, NJCM-Bulletin 1994, p. 981 e.v. m.nt. Barkhuysen (inzage BVD-dossiers en art. 8 en 13 EVRM).
408. Bijv. Gerechtshof Den Haag 20 januari 2000, JB 2000, 59 m.nt. Vernimmen-de Jong, NJCM-Bulletin 2000, p. 1193 e.v., m.nt. Loof (Wet herstructurering varkenshouderij en art. 1 EP).
409. HR 21 maart 2003, NJ 2003, 60, AB 2004, 39 m.nt. ChB (implementatie Nitraatrichtlijn).
410. Bijv. ABRvS 29 oktober 2003, JB 2004, 3 m.nt. LV (handelingsonbekwame en kiesrecht; het betrof hier art. 25 IVBPR).
411. HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170 m.nt. ARB (arbeidskostenforfait en art. 14 EVRM jo. art. 1 EP). Vgl. A.J.Th. Woltjer, Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid (diss. Utrecht), Den Haag 2002.

voorrang toekomt boven nationaal recht.[412] De vraag is of de plaats van de rechter in het Nederlandse staatsbestel vanuit Straatsburgs perspectief het met lege handen heenzenden van een in het gelijk gestelde procespartij kan rechtvaardigen. Het EHRM lijkt een principieel oordeel daarover uit de weg te willen gaan,[413] maar het is wenselijk aan deze praktijk zo veel mogelijk paal en perk te stellen, door toch zelf een voorziening te treffen of door het bieden van een vervangende schadevergoeding. De wetgever is daarna overigens nog steeds vrij om voor toekomstige gevallen een andere optie te kiezen voor het beëindigen van de verdragsschending dan waaraan de rechter in het concrete geval de voorkeur gaf. Voor zaken waarin het gaat om een ongelijke behandeling in strijd met artikel 14 EVRM juncto artikel 1 EP, kan daarbij aansluiting worden gezocht bij het EG-recht. Het HvJ EG heeft daar, onder meer in antwoord op vragen van de Nederlandse rechter, uitgemaakt dat wanneer het nationale recht, in strijd met het gemeenschapsrecht, groepen personen verschillend behandelt, de leden van de benadeelde groep op dezelfde wijze moeten worden behandeld als de referentiegroep, althans totdat de onderscheid makende regeling is aangepast.[414] Deze kritiek op de abstineringsjurisprudentie neemt overigens niet weg dat van de expliciete variant daarvan overigens wel degelijk een signaal naar de wetgever uitgaat tot aanpassing van regelgeving. In de praktijk blijkt het echter vaak wel weer lang te duren voordat de wetgever tot de benodigde aanpassingen overgaat, terwijl de rechter in die gevallen niet bereid blijkt om tussentijds alsnog zelf een voorziening te treffen.[415]

Ook de motivering van rechterlijke uitspraken waarin een beroep op het EVRM wordt behandeld, verdient aandacht. Opvallend is dat deze in relatief veel zaken summier is, hetgeen afbreuk kan doen aan de acceptatie van de uitspraak. Voorbeelden daarvan bieden de uitspraken van Nederlandse rechters naar aanleiding van het beroep van partijen op de Colas Est-uitspraak van het EHRM (als beschreven in het inleidend hoofdstuk van dit preadvies). Met name de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam valt op. Daarin wordt in feite niet meer gezegd dan dat het beroep op artikel 8 EVRM niet kan slagen, omdat er op grond van het tweede lid van deze bepaling beperkingen mogelijk zijn. Aldus wordt geheel voorbijgegaan aan de stelling dat blijkens de Colas Est-uitspraak uit dit tweede artikellid voor het betreden van bedrijfsruimten nu juist het vereiste van een rechterlijke machtiging voortvloeit om een beperking gerechtvaardigd te doen zijn.[416] Anderzijds geldt ook hier dat partijen de rechter van goede, op de casus toegesneden argumenten moeten voorzien.[417]

---

412. In die zin ook Martens (2000) met verdere verwijzingen. Vgl. R. de Lange, Concurrerende rechtsvorming (oratie Rotterdam), Nijmegen 1999.
413. EHRM 29 januari 2002, Auerbach t. Nederland (ontv. besl.) biedt geen eenduidig antwoord op de principiële vraag of expliciet abstineren door de beugel kan; het EHRM nam in de concrete casus aan dat klager geen 'slachtoffer' van een schending was, nadat de Hoge Raad in een belastingzaak een schending van het EVRM had vastgesteld maar het daaraan verbinden van consequenties – buiten een proceskostenveroordeling – zijn rechtsvormende taak te buiten vond gaan. Voor het Hof woog daarbij mee dat klager (in theorie) niet zou hoeven te profiteren van het beëindigen van de ongelijke behandeling, omdat de vergelijkingsgroep ook zwaarder zou kunnen worden belast. Ook in EHRM 13 januari 2004, Haas t. Nederland, omzeilt het Hof de principiële vraag.
414. HvJ EG 26 januari 1999, Terhoeve, C-18/95.
415. Vgl. HR 24 januari 2001, BNB 2001, 291 en 292 m.nt. Happé.
416. Rb. Rotterdam, Sector Bestuursrecht, 18 juni 2003, LJN-nr. AH9702.
417. Vgl. bijv. ABRvS 16 april 2003, JB 2003, 146 (aanwijzing beschermingszone Vogelrichtlijn en art. 1 EP).

Al met al blijkt er een zekere terughoudendheid te bestaan bij de Nederlandse rechter ten aanzien van de toepassing van het EVRM. Deze legt het accent – ook wanneer partijen op het EVRM toegesneden gronden aanvoeren en onderbouwen – toch vaak bij een toetsing aan het nationale recht. Daarmee zij overigens niet gezegd dat de Nederlandse rechter thans regelmatig evidente schendingen van het EVRM laat passeren. Het gaat veeleer om de bereidheid van de rechter EVRM-aspecten van een zaak aan een serieus onderzoek te onderwerpen en daarvan blijk te geven in de motivering van de uitspraak. Nadruk verdient in dit kader dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet – dat een breed toepassingsbereik heeft gekregen – heel duidelijk het uitzonderingskarakter van de toetsing van wetten in formele zin aan het EVRM markeert. Artikel 120 Grondwet bepaalt mede de plaats van de rechter in het staatsbestel. Het is niet uitgesloten dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet aldus bijdraagt aan de relatief terughoudende rol van de rechter bij de toetsing aan het EVRM, waaraan hiervoor is gerefereerd.[418] Deze terughoudende positie moet in het licht van het EVRM en de artikelen 93 en 94 Grondwet, zoals hiervoor aangegeven, kritisch worden benaderd. Voor terughoudendheid van de rechter bestaat echter nog minder reden wanneer de wetgever zijn bijzondere en primaire verantwoordelijkheid ten aanzien van de implementatie van het EVRM niet waarmaakt.

4.4.4 Bijzondere aandacht voor de verhouding met het EHRM

Een effectieve bescherming van EVRM-rechten door de wetgever, het bestuur en de rechter op nationaal niveau is ook van belang om de werklast van het toch al overbelaste EHRM op zijn minst niet verder te vergroten. Dit impliceert dat de nationale rechter ten minste een toetsing kan uitvoeren van dezelfde intensiteit als het Hof. Anders zou pas in Straatsburg voor het eerst een bepaald aspect van een zaak daadwerkelijk kunnen worden getoetst. Gelet op de *margin of appreciation* die het EHRM hanteert, hoeven op dat vlak niet veel problemen te worden verwacht. Wel een probleem zou kunnen zijn dat het EHRM in sommige zaken *ex nunc* toetst, waar de (hoogste) nationale rechter een *ex tunc*-toets hanteert en het Hof ook ruimhartiger is met het toelaten van nieuw bewijsmateriaal dan de nationale rechter.[419] Deze problemen lijken zich vooral voor te kunnen doen op het terrein van het vreemdelingenrecht.[420]

Het aantal Straatsburgse klachten tegen Nederland op het terrein van het materiële bestuursrecht is tot nu toe overigens gering, zowel in absolute getallen als in verhouding tot andere rechtsgebieden, als het strafrecht en het personen- en familierecht. Op het terrein van het materiële bestuursrecht betreft het merendeel van de klachten vreemdelingenzaken, maar ook alle overige bijzondere delen van het materiële bestuursrecht zijn vertegenwoordigd. Daarbij gaat het om zaken als de vergoeding van een robotarm, het verkrijgen van een vergunning om televisieprogramma's uit te

418. De Werd (2003), p. 563-573.
419. Zie par. 2.4.6.
420. Zie daarover o.a. T.P. Spijkerboer, Het hoger beroep in vreemdelingenzaken, Den Haag 2002; T.P. Spijkerboer, De mensenrechtentoets door de vreemdelingenrechter: het trechtermodel in asielzaken, NJCM-Bulletin 2003, p. 549-562.

zenden en onteigening, maar ook om een klager die de sloop van een tuinschutting probeert tegen te houden met een beroep op artikel 8 EVRM.[421] De meeste van deze klachten – ook de laatstbedoelde – worden op formele of inhoudelijke gronden niet-ontvankelijk verklaard en van de klachten die wel aan een nader onderzoek worden onderworpen, wordt slechts een beperkt deel gegrond geacht. Op het terrein van het materiële bestuursrecht is Nederland, zoals in hoofdstuk 3 van dit preadvies al is gebleken, tot nu toe vijf keer met een Straatsburgse veroordeling geconfronteerd: drie keer in een vreemdelingenrechtzaak en twee keer in een sociale-zekerheidszaak. In alle gevallen werden, voorzover de uitspraak daartoe aanleiding gaf, in het individuele geval maatregelen getroffen, alsook algemene maatregelen om een herhaling van deze schending in de toekomst te voorkomen.[422]

Het EHRM, ten slotte, kan op zijn beurt bijdragen aan de effectiviteit van de nationale mensenrechtenbescherming door duidelijke, richtinggevende uitspraken te doen waarop de nationale autoriteiten hun handelen kunnen afstemmen. Daaraan schort het nu nog te vaak. Een ander groot probleem is de te lange duur van de Straatsburgse procedure. Wil het Hof ook in de toekomst zijn belangrijke rol blijven vervullen, dan zijn ingrijpende maatregelen dringend gewenst. Het is te hopen dat het aangekondigde Veertiende Protocol in combinatie met een uitbreiding van de staf van het Hof hier soelaas biedt, maar de voortekenen zijn niet gunstig.

4.5 Conclusie

Het voorgaande impliceert dat de uit het EVRM voortvloeiende rechtsnormen een integraal onderdeel vormen van het Nederlandse materiële bestuursrecht en in de praktijk door alle betrokken actoren ook als zodanig moeten worden behandeld. Dit betekent dat deze actoren als daarvoor aanleiding bestaat steeds na moeten gaan of al dan niet in overeenstemming met het EVRM wordt gehandeld en dat de rechter materiële gevolgen moet verbinden aan een – desondanks – door de wetgever en/of het bestuur veroorzaakte schending. De wetgever moet daarbij het voortouw nemen omdat de correctie van wetgeving door het bestuur en/of de rechter niet bijdraagt aan de rechtszekerheid en voorzienbaarheid van het recht en bovendien (constitutionele en praktische) beperkingen kent. Daar komt nog bij dat het de wetgever in ieder geval vrijstaat een op de Nederlandse omstandigheden toegesneden bovenminimale uitleg aan het EVRM te geven.

De EVRM-normen kunnen daarbij een duidelijke meerwaarde hebben boven nationale normen die zijn gericht op de bescherming van individuele rechten. Van een beroep op het EVRM moet echter ook weer niet te veel worden verwacht, nu dit

421. Het gaat resp. om EHRM 8 juli 2003, Sentges t. Nederland (ontv. besl.); ECRM 7 maart 1996, Hins & Hugenholtz t. Nederland (ontv. besl.); ECRM 20 mei 1998, Mens & Mens-Hoek t. Nederland (ontv. besl.); EHRM 21 september 1999, Hamer t. Nederland (ontv. besl.).

422. Voor het vreemdelingenrecht: EHRM 21 december 2001, Sen t. Nederland (niet-toelating kind: schending art. 8 EVRM); EHRM 21 juni 1988, Berrehab t. Nederland (uitzetting klager: schending art. 8 EVRM); EHRM 11 juli 2000, Ciliz t. Nederland (uitzetting klager: schending art. 8 EVRM). Zie nader par. 3.7.5. Voor het sociale-zekerheidsrecht: EHRM 21 februari 1997, Van Raalte t. Nederland (discriminatie inzake Algemene kinderbijslagwet); EHRM 4 juni 2002, Wessels-Bergervoet t. Nederland (discriminatie inzake AOW). Zie nader par. 3.14.

verdrag in materiële zin vooral is gericht op het tegengaan van duidelijk disproportionele effecten van overheidsoptreden. Overkleeft-Verburg heeft er – gelet op deze potentiële meerwaarde – terecht op gewezen dat de vertaling van EVRM-normen in nationale normen, zoals bijvoorbeeld in het kader van de Awb, er niet toe mag leiden dat het zicht op de bijzondere herkomst daarvan verloren gaat.[423] Dit is des te belangrijker nu dergelijke nationale normen in het licht van de dynamische Straatsburgse rechtspraak ook relatief snel achterhaald kunnen raken.[424] Een en ander vereist een goede kennis van het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak bij alle betrokken actoren, inclusief de rechtshulpverlening, en een bereidheid deze normen daadwerkelijk toe te passen.

De huidige praktijk is gelet daarop niet bevredigend. Er is in algemene zin sprake van een te grote terughoudendheid bij de toepassing van het EVRM, die mede een gevolg lijkt van gebrek aan expertise, te veel nadruk op het verwezenlijken van (politieke) beleidsdoelstellingen en – voor met name de rechter – de wijze waarop deze zich in het staatsbestel wenst te positioneren ten opzichte van de formele wetgever. Ter verbetering van de toepassingspraktijk zijn in dit hoofdstuk (zie paragraaf 4.4) verschillende voorstellen gedaan ten aanzien van wetgever, bestuur, rechter en rechtshulpverlening, die hopelijk ingang zullen vinden. Ook de bestuursrechtelijke literatuur en het onderwijs op dit terrein zouden daaraan kunnen bijdragen door meer (structurele) aandacht te besteden aan het EVRM. Verder kan niet genoeg worden benadrukt hoezeer er in het kader van het EVRM sprake is van een wederzijdse afhankelijkheid van de nationale en Straatsburgse rechtsbescherming, zodat het van cruciaal belang is dat er een einde komt aan de overbelasting van het EHRM.

Ter verbetering van de toepassingspraktijk kan nog worden gewezen op een andere mogelijkheid die hiervoor nog niet aan de orde is geweest, namelijk die van een nadere wettelijke regeling van de wijze waarop het EVRM moet worden toegepast in de Nederlandse rechtsorde. Geconstateerd kan namelijk worden dat op basis van het EVRM, de artikelen 93 en 94 Grondwet en de rechtspraak daaromtrent ook op dat punt – dus los van de materiële bescherming van de diverse EVRM-rechten – een groot aantal eisen wordt gesteld aan wetgever, bestuur en rechter, maar dat deze niet altijd even duidelijk en kenbaar zijn. Door deze algemene toepassingsvereisten in een wettelijke regeling nader vast te leggen zou dat probleem kunnen worden weggenomen en zou benadrukt kunnen worden dat het EVRM integraal onderdeel uitmaakt van het Nederlandse recht. Raadpleging van de wettelijke regeling zou dan, bijvoorbeeld, leren wat de betekenis kan zijn van een Straatsburgse uitspraak (al dan niet tegen een ander land) en welke bijzondere verantwoordelijkheden wetgever, bestuur en rechter hebben bij de implementatie van het EVRM. Ook zou, bijvoorbeeld, een regeling kunnen worden getroffen voor het verbinden van gevolgen aan een geconstateerde schending van EVRM-rechten in het kader waarvan wellicht het probleem van het abstineren kan worden opgelost. Voor dat laatste kan inspiratie worden gevonden in

---

423. Overkleeft-Verburg (1999). Zij ziet de Awb overigens als een wet die individuele rechten waarborgt, beperkingen daarvan inhoudt en tegelijkertijd een beslissingskader biedt voor casus van botsende rechten.
424. Vgl. E.A. Alkema, Regels voor bestuurlijke sancties in Awb, bijzondere wet of verdrag?, in: M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), De grootste gemene deler, Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen, Deventer 2002, p. 111-124.

het Duitse *Grundgesetz* en de nadere regeling in het *Bundesverfassungsgerichtgesetz*. Daarin worden aan het *Bundesverfassungsgericht* ruime bevoegdheden toegekend om te voorzien in rechtsherstel en zelfs voor het treffen van een overgangsregeling totdat de wetgever een grondrechtenconforme regeling heeft opgesteld. Mocht het overigens komen tot opheffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, dan zou een regeling met betrekking tot het bieden van rechtsherstel na een geconstateerde schending van grondrechten ook in dat verband niet misstaan.[425] Over het opstellen van een dergelijke EVRM-toepassingswet is eerder een balletje opgeworpen door Alkema.[426] Gelet op de hiervoor gesignaleerde problemen met de toepassing van het EVRM en het feit dat louter extra scholing hierover ook haar beperkingen kent, verdient het idee in ieder geval nadere studie. In dat verband zou dan wellicht ook kunnen worden nagedacht over een toepassingsregeling voor het EG/EU-recht en andere mensenrechtenverdragen, nu zich daar vergelijkbare problemen voordoen.

425. Zie nader (met verwijzingen) de noot van T. Barkhuysen onder EHRM 29 januari 2002, Auerbach t. Nederland (ontv. besl.), NJCM-Bulletin 2002, p. 1020-1032. Vgl. A.K. Koekkoek, Rechter en bestuur in constitutioneel perspectief, Preadvies voor de Christen Juristenvereniging, Utrecht 2001 (waarin ook een beschrijving van de interessante Zuid-Afrikaanse grondwettelijke regeling op dit punt).
426. Alkema (2002), p. 124.

5 Slotbeschouwing: de betekenis van het EVRM mede in het licht van actuele en toekomstige ontwikkelingen

Wat kan nu op basis van het voorgaande onderzoek bij wijze van slotbeschouwing worden geconcludeerd over de betekenis van het EVRM voor het Nederlandse materiele bestuursrecht wanneer daarbij actuele en toekomstige ontwikkelingen worden betrokken? In aanvulling op de samenvattende conclusies waarmee de voorgaande drie hoofdstukken zijn afgesloten – waarnaar ook de gehaaste lezer zij verwezen – kan daarover het volgende worden opgemerkt.

Om te beginnen kan worden vastgesteld dat de betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht relatief groot is en mogelijk nog zal toenemen.

Enerzijds is dit het gevolg van de opstelling van het EHRM. Dit heeft ervoor gekozen de verdragsbepalingen op dynamische en autonome wijze te interpreteren en heeft daaruit – soms heel verfijnde – rechtsnormen afgeleid die voor vrijwel alle terreinen van het algemene en bijzondere materiële bestuursrecht relevantie hebben. Voorts heeft het Hof uit het EVRM, naast waarborgen tegen overheidsingrijpen, positieve verplichtingen afgeleid om bepaalde rechten actief te beschermen, zelfs wanneer deze worden bedreigd door niet tot de overheid behorende derden.

Anderzijds is deze relatief belangrijke positie van het EVRM een gevolg van een aantal nationale omstandigheden en ontwikkelingen. In de eerste plaats is dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Dit maakt dat voor de toetsing van de rechtmatigheid van formele wetten en direct daaruit voortvloeiende besluiten moet worden teruggevallen op het EVRM. Daarnaast is van belang het feit dat de EVRM-normen materieel bezien vaak meer bescherming bieden dan nationale normen gericht op het waarborgen van individuele rechten, hetgeen ervoor zorgt dat het EVRM een deel van zijn meerwaarde boven nationale normen zal behouden na een eventuele opheffing van het toetsingsverbod. De betekenis van het EVRM wordt in de tweede plaats vergroot door een toenemend accent op de instrumentele functie van het nationale bestuursrecht en door het feit dat wetgever en bestuur feitelijk steeds meer samenvallen, waardoor het legaliteitsvereiste minder waarborgen biedt tegen overheidsingrijpen.[427] Het noodzakelijke tegenwicht daarvoor wordt geboden door de algemene

427. Vgl. de diverse bijdragen aan F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), De rechtsstaat als toetsingskader, Den Haag 2003.

beginselen van behoorlijk bestuur en fundamentele rechten als neergelegd in het EVRM, waarvan de naleving eveneens bij de rechter kan worden afgedwongen. In het verlengde daarvan kan in de derde plaats worden gewezen op de tendens dat het bestuursrecht steeds meer naast of in plaats van het traditionele strafrecht wordt gebruikt voor rechtshandhaving, terwijl veel EVRM-normen juist op dit terrein betrekking hebben. Daarbij kan worden gedacht aan bestuurlijke ophouding, verwijderingsbevelen en de mogelijkheid van sluiting van drugspanden. Daarnaast is er sprake van een steeds bredere inzet van de bestuurlijke boete en een toenemend accent op handhaving en toezicht. Als vierde en laatste ontwikkeling die van belang is voor de betekenis van het EVRM, kan worden gewezen op de tendens van privatisering, de wens om meer 'verantwoordelijkheden' bij 'de samenleving' te leggen en het overdragen van steeds meer statelijke bevoegdheden aan internationale organisaties als de EG/EU. Aan de ene kant beperkt deze tendens de betekenis van het EVRM, omdat private actoren en internationale organisaties bij hun optreden niet (direct) aan het EVRM zijn gebonden. Maar aan de andere kant stelt het EVRM ook grenzen aan deze ontwikkeling. Sommige private actoren zullen vanuit het perspectief van het EVRM namelijk tot de overheid worden gerekend en op deze wijze toch direct aan het verdrag zijn gebonden. Daarnaast zullen staten vanwege de uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen bepaalde taken niet kunnen overdragen dan wel alleen onder de garantie dat daarbij geen EVRM-rechten in het gedrang komen. Voor dat laatste lijkt adequate regulering en effectief toezicht aangewezen. De staat blijft dan aansprakelijk voor het eindresultaat, zodat het EVRM hier mede kan worden gezien als een rem op pogingen om de overheidsaansprakelijkheid op een aantal terreinen terug te dringen. Ten slotte blijven staten ook aansprakelijk onder het EVRM wanneer zij uitvoering geven aan besluiten van internationale organisaties.

Uit het onderzoek blijkt dat het EVRM op het terrein van het materiële bestuursrecht in de eerste plaats waarborgt dat er op het niveau van wetgeving en bestuur een redelijke balans wordt gevonden en blijft bestaan tussen op grond van het algemeen belang noodzakelijke maatregelen en de belangen van individuen. Daartoe wordt een proportionaliteits- en willekeurtoets gehanteerd. In de tweede plaats biedt het EVRM – op het niveau van de rechter – de mogelijkheid van correctie in concrete gevallen van de keuzen van de wetgever en het bestuur, waarbij dezelfde toets wordt gehanteerd. De functie van het EVRM zou hier kunnen worden vergeleken met die van een hardheidsclausule, maar dan van internationale herkomst. In de derde plaats volgt in bepaalde gevallen uit het EVRM (inclusief de Straatsburgse rechtspraak) de verplichting geldende nationale regelgeving, beleid of een bestuurspraktijk aan te passen of aan te vullen. Daarbij gaat het vaak om gevallen waarin nationale regelgeving achterblijft bij Europese standaarden, zoals het EHRM die mede afleidt uit de ontwikkelingen in de diverse verdragsstaten. In de vierde en laatste plaats stelt het EVRM bijzondere eisen aan de rechtsbescherming in zaken waarin EVRM-rechten in het geding zijn, met als ultieme correctiemogelijkheid een veroordeling door het EHRM. Hirsch Ballin heeft de betekenis van het EVRM voor het bestuursrecht mooi verwoord. Hij stelt dat het EVRM een bijdrage levert aan een 'rechtsstatelijk bestuursrecht' en dat mensenrechten aangeven:

> '(…) dat *bepaalde* belangen van de burger voor de overheid onaantastbaar zijn, *andere* belangen alleen voor bepaalde doelen mogen worden ingeperkt en *alle* belangen de bescherming genieten van een rechtsorde die geen mens tot middel reduceert.'[428]

Hoewel het hier in algemene zin gaat om basale en redelijke vereisten die geenszins leiden tot een verlamming van het overheidsapparaat, is het tegelijkertijd van belang een open oog te hebben voor de mogelijke problemen die zich als gevolg van de toepasselijkheid van het EVRM voordoen op het terrein van het materiële bestuursrecht en daarvoor ook oplossingen te zoeken. Zo leidt de te veel op concrete gevallen toegesneden Straatsburgse jurisprudentie in bepaalde gevallen tot rechtsonzekerheid. In de casus als beschreven in het inleidende hoofdstuk van dit preadvies, bijvoorbeeld, blijft onduidelijk welke vereisten nu precies op grond van artikel 8 EVRM gelden voor het betreden van bedrijfsruimten. De te lange duur van de afhandeling van klachten in Straatsburg versterkt dit probleem, terwijl tegelijkertijd het Hof er niet altijd voldoende in slaagt om een consistente lijn te volgen in de jurisprudentie. Dit laatste wordt nog eens versterkt door het toenemend aantal uitspraken en de mogelijkheid van intern appèl bij de Grote Kamer tegen een uitspraak van een Kamer van het Hof. Hier zijn dringend maatregelen vereist op het Straatsburgse niveau, zeker omdat anders de leidende positie van het Hof bij de interpretatie van het EVRM in gevaar komt. Daarnaast kan een probleem vormen dat, als gevolg van de ruime interpretatie van rechten en het concept van de positieve verplichtingen, het risico van botsende verdragsverplichtingen groter wordt. Dit kan de nationale autoriteiten voor lastige afwegingsproblemen plaatsen, terwijl de jurisprudentie van het EHRM op dat punt weinig richting geeft. Ten slotte moet het Hof ervoor waken de bescherming van de EVRM-rechten niet te zeer te verfijnen en uit te breiden naar detailkwesties, waarin geen fundamentele belangen aan de orde zijn. Dit geldt temeer wanneer dat ten koste zou gaan van het efficiënt kunnen nastreven van een door het algemeen belang ingegeven doelstelling. In ieder geval zou het Hof beter moeten motiveren waarom het, bijvoorbeeld, noodzakelijk is dat lichte boeten onder het beschermingsbereik van artikel 6 EVRM (blijven) vallen en dat rechtspersonen een beroep kunnen doen op het huisrecht van artikel 8 EVRM. Het is zaak dat Nederland door een proactieve opstelling ten aanzien van bij het EHRM aanhangige zaken – ook die tegen andere landen – op dit punt de vinger aan de pols houdt en zo nodig de dialoog met het Hof aangaat.

Samengevat kan worden gesteld dat het EVRM een integraal onderdeel vormt van het Nederlandse materiële bestuursrecht en ook zo moet worden behandeld door wetgever, bestuur en rechter. Niet-naleving van het EVRM op dit terrein leidt immers tot staatsaansprakelijkheid en mogelijk een veroordeling door het EHRM, terwijl bovendien het Straatsburgse toezicht op de naleving subsidiair is aan de nationale rechtsbescherming. Wetgever en bestuur moeten met het oog daarop bij hun optreden steeds wanneer daarvoor aanleiding bestaat, nagaan of daarmee EVRM-rechten (met inachtneming van de Straatsburgse rechtspraak daarover) in het gedrang komen, terwijl de rechter dit optreden op een serieuze wijze dient te toetsen. De wetgever moet daarbij

428. E.M.H. Hirsch Ballin, Het EVRM in de 21e eeuw, in: 50 jaar EVRM, p. 611-622 op p. 615.

het voortouw nemen omdat deze daarvoor meestal in de beste positie verkeert en een correctie van wetgeving door bestuur en/of rechter tot (praktische) problemen kan leiden. Voor de rechterlijke toetsing geldt het niveau van een toets door het EHRM in een vergelijkbare zaak als minimumnorm.

De huidige Nederlandse toepassingspraktijk kan met het oog op de uit het EVRM en de Grondwet voortvloeiende eisen in algemene zin niet anders dan als te terughoudend worden gekwalificeerd. Dit houdt verband met ontoereikende expertise, het te veel centraal stellen van (politieke) beleidsdoelstellingen en – voor met name de rechter – de wijze waarop deze zich in het staatsbestel wenst te positioneren ten opzichte van de formele wetgever. In hoofdstuk 4 zijn aanbevelingen gedaan ter verbetering van deze praktijk, waaronder een onderzoek naar de eventuele invoering van een EVRM-toepassingswet, die de positie van het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde duidelijker markeert dan thans het geval is. Verder is een belangrijke rol weggelegd voor de rechtshulpverlening: ook daar moet meer expertise worden opgebouwd zodat niet verzuimd wordt een beroep te doen op het EVRM waar dat relevant is en tevens een adequate onderbouwing daarvan kan worden gegeven. Het gaat erom dat alle actoren in het bestuursrecht voldoende oog moeten hebben voor de EVRM-normen en zich niet louter moeten laten leiden door recht van nationale origine. Dat is in feite ook waar Koopmans op doelde met zijn aan het begin van dit preadvies als citaat opgenomen uitspraak. Een en ander zou mede kunnen worden bevorderd wanneer het EVRM ook in de bestuursrechtelijke literatuur en in het onderwijs op dit terrein meer (structurele) aandacht zou krijgen. Met dit preadvies is beoogd daaraan een bijdrage te leveren.

Stellingen

1. Het EVRM is van (toenemend) belang op vrijwel alle terreinen van het Nederlandse materiële bestuursrecht en heeft daarbij een duidelijke meerwaarde boven recht van nationale origine.

2. Van een beroep op het EVRM moet echter niet te veel worden verwacht. Het EVRM stelt namelijk vooral materiële grenzen bij duidelijk disproportionele effecten van overheidsoptreden, terwijl het voor het overige met name is gericht op procedurele waarborgen.

3. De huidige EVRM-toepassingspraktijk van wetgever, bestuur, rechter en rechtshulpverlening is mede in het licht van de uit het verdrag en de Grondwet voortvloeiende vereisten te terughoudend en moet daarom worden aangepast.

4. De wetgever moet bij de implementatie van het EVRM het voortouw nemen omdat deze daarvoor meestal in de beste positie verkeert en een correctie van wetgeving door bestuur en/of rechter tot (praktische) problemen kan leiden.

5. Bestuur en rechter mogen – ondanks de primaire verantwoordelijkheid van de wetgever – niet schromen om in individuele casus, op basis van een toetsing in concreto, toepassing te geven aan het EVRM, ook wanneer daarvoor formele wetgeving moet wijken.

6. De rechter dient, gelet op de artikelen 93 en 94 Grondwet en artikel 8:69 lid 2 Awb, ten minste ambtshalve te bezien of de in een zaak aangevoerde gronden (mede) een basis in het EVRM hebben.

7. De Nederlandse rechter moet in beginsel los van de Straatsburgse *margin of appreciation*-doctrine en geheel op basis van zijn nationale constitutionele positie en praktische mogelijkheden de intensiteit van zijn toetsing aan het EVRM bepalen. Het niveau van de Straatsburgse toetsing in een vergelijkbare zaak geldt daarbij, mede gelet op artikel 13 EVRM, als minimum.

8. De abstineringsjurisprudentie van de Nederlandse rechter, die erop neerkomt dat de rechter in een concreet geval geen oordeel geeft over de vraag of er sprake is van een schending van het EVRM dan wel dat bij een wel vastgestelde schending rechtsherstel of een vervangende schadevergoeding uitblijft, verdient afkeuring in

het licht van de uit de artikelen 93 en 94 Grondwet en artikel 13 EVRM voortvloeiende vereisten.

9. Meer (structurele) aandacht voor het EVRM in de bestuursrechtelijke literatuur en in het onderwijs op dit terrein kan bijdragen aan een minder terughoudende opstelling van de betrokken actoren ten aanzien van de toepassing van het verdrag en is daarom gewenst.

10. De toepassingspraktijk ten aanzien van het EVRM kan mogelijk verbeteren onder invloed van een EVRM-toepassingswet. Nader onderzoek is aangewezen om te bezien of een dergelijke wet er zou moeten komen en hoe deze eruit zou kunnen zien.

11. Bij de privatisering van overheidstaken en het overdragen van bevoegdheden aan internationale organisaties dienen waarborgen te worden ingebouwd om de naleving van de EVRM-normen op deze niveaus te verzekeren, vooral nu de staat daarvoor onder het EVRM uiteindelijk aansprakelijk kan zijn.

12. Er is sprake van een toenemende integratie van nationaal (materieel) bestuursrecht, EVRM-normen en EG-recht, als gevolg waarvan de rechtsvorming op dit terrein deels verschuift naar het internationale niveau. Dit vergt een (pro)actief optreden van de nationale autoriteiten om deze rechtsvorming te beïnvloeden en er tijdig gevolg aan te kunnen geven. De oprichting van een interdepartementale EVRM-werkgroep – al dan niet gekoppeld aan de bestaande werkgroep voor EG-recht – kan dit faciliteren en verdient daarom aanbeveling.

13. Het EHRM moet duidelijkere en meer richtinggevende uitspraken doen zodat de nationale autoriteiten hun optreden daarop daadwerkelijk kunnen afstemmen. Verder moet het Hof zaken sneller afdoen dan thans het geval is en ervoor waken de bescherming van het EVRM uit te breiden tot detailkwesties waarin geen fundamentele belangen aan de orde zijn.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Alkema 1995
E.A. Alkema, De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensie, Preadviezen NJV, Handelingen NJV 1995-I, Deventer 1995, p. 1-129.

Alkema 2002
E.A. Alkema, Regels voor bestuurlijke sancties in Awb, bijzondere wet of verdrag?, in: M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), De grootste gemene deler, Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen, Deventer 2002, p. 111-124.

Barkhuysen 1998
T. Barkhuysen, Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten (diss. Leiden), Lelystad 1998.

Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, 50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in: 50 jaar EVRM, p. 327-408.

Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2002
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen, Nijmegen 2002.

Barkhuysen & Van Emmerik 2003
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak Öneryildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen, O&A 2003, p. 109-121.

Van Dijk & Van Hoof 1998
P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, The Hague/London/Boston 1998.

Van Dijk 2003
P. van Dijk, Een efficiënt en effectief stelsel van toezicht op de naleving van het EVRM, De rolverdeling bij rechtsvorming en rechtsontwikkeling, NJCM-Bulletin 2003, p. 394-403.

Van Emmerik 1997
M.L. van Emmerik, Schadevergoeding bij schending van mensenrechten, De rechtspraktijk in Nederland vergeleken met die onder het EVRM (diss. Leiden), Leiden 1997.

Feteris 2002
M.W.C. Feteris, Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een eerlijk proces, Deventer 2002.

Gerards 2002
J.H. Gerards, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel (diss. Maastricht), Den Haag 2002.
Kortmann 2001
C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer 2001.
Lawson 1999
R.A. Lawson, De internationale rechter en de Nederlandse rechtsorde, Preadvies NJV, Handelingen NJV 1999-I, Deventer 1999, p. 1-132.
Lawson 1999 (diss.)
R.A. Lawson, Het EVRM en de Europese Gemeenschappen (diss. Leiden), Deventer 1999.
Lawson 2000
R.A. Lawson, Vijftig jaar EVRM in vogelvlucht, in: 50 jaar EVRM, p. 3-21.
Martens 2000
S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, p. 747-758.
Overkleeft-Verburg 1999
G. Overkleeft-Verburg, De Algemene wet bestuursrecht en de (beperking van) grondrechten, in: Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, Staatsrechtconferentie 1998, Deventer 1999, p. 129-153.
Schokkenbroek 1996
J.G.C. Schokkenbroek, Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (diss. Leiden), Zwolle 1996.
Schokkenbroek 2000
J.G.C. Schokkenbroek, Methoden van interpretatie en toetsing, in: A.W. Heringa e.a. (red.), EVRM, Rechtspraak & Commentaar (losbladig), Den Haag 2000.
Simon 1999
H.J. Simon, Straatsburg als tijdbom onder het Nederlandse bestuursrecht? Referaat bij het preadvies van G. Overkleeft-Verburg, in: Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, Staatsrechtconferentie 1998, Deventer 1999, p. 155-192.
Simon 2003
H.J. Simon, Signalen uit Straatsburg, in: R.M. van Male e.a. (red.), Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag 2003, p. 367-397.
Vlemminx 2002
F. Vlemminx, Een nieuw profiel van de grondrechten, Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten, Den Haag 2002.
Vonk 1999
G.J. Vonk, Overijverige rechter of tekortschietende wetgever (oratie Amsterdam VU), Deventer 1999.
De Werd 1998
M. de Werd, Ius curia novit, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter, NJB 1998, p. 687-694.
De Werd 2003
M.F.J.M. de Werd, Dilemma's van mensenrechtenbescherming in het bestuursrecht, NJCM-Bulletin 2003, p. 563-573.

Widdershoven e.a. 2001
R.J.G.M. Widdershoven e.a., Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep, Den Haag 2001.
40 jaar EVRM
A.W. Heringa, J. van der Velde & J.G.C. Schokkenbroek (red.), 40 jaar EVRM, Leiden 1990.
45 jaar EVRM
A.W. Heringa & E. Myjer (eindred.), 45 jaar EVRM, Leiden 1995.
50 jaar EVRM
R.A. Lawson & E. Myjer (red.), 50 jaar EVRM, Leiden 2000.