



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Straatsburg en Westminster: over het EVRM in de Britse rechtspraak

Uzman, J.; Loof J.P, Lawson R.A.

Citation

Uzman, J. (2010). Straatsburg en Westminster: over het EVRM in de Britse rechtspraak. *Njcm-Bulletin*, 2010, 766-780. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16296>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16296>

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

STRAATSBURG EN WESTMINSTER: OVER HET EVRM IN DE BRITSE RECHTSPRAAK

Jerfi Uzman *

Samenvatting | In het Verenigd Koninkrijk klinkt met enige regelmaat stevige kritiek op de uitspraken van het EHRM; niet alleen in de media en in de politiek, maar uit de mond van leden van de hoogste rechtscolleges. Dit is reden om in deze bijdrage stil te staan bij de plaats van het EVRM binnen de Britse rechtsorde en met name op de consequenties die de doorwerking van het EVRM – door middel van de *Human Rights Act* – heeft gehad voor de positie en rechtspraak van de hoogste rechter in het Verenigd Koninkrijk (tot voor kort: het House of Lords; tegenwoordig: het Supreme Court). Zijn de Britten toe aan een andere mensenrechtenbescherming of geldt ook voor het EVRM ‘human rights are here to stay’?

Trefwoorden | EVRM, doorwerking, Verenigd Koninkrijk, Human Rights Act, parliamentary sovereignty.

1 Inleiding

Eén stap vooruit, twee achteruit. Zo kwalificeerde de *Daily Telegraph* vorig jaar twee uitspraken van, respectievelijk, de Britse Lords en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).¹ De uitspraken hadden betrekking op moslim-fundamentalist Abu Qatada. Wat men ook van Qatada kan zeggen, niet dat hij een softie is. De geestelijk leider schijnt niet zo veel op te hebben met westerlingen, sommigen ziet hij naar verluidt zelfs het liefst uitgeroeid. Engeland's hoogste rechtscollege, destijds nog het *House of Lords Appellate Committee*, achtte het uitzetten van Qatada naar Jordanië na een lange procedure toelaatbaar, hoewel hem daar mogelijk een onaangename ontvangst wacht in verband met vermeende terroristische activiteiten.² In diezelfde week werd hem in Straatsburg een schadevergoeding toegekend: ten onrechte had de Britse regering Qatada zonder proces vastgezet.³ De uitspraak van de Lords vond de *Telegraph* een stap vooruit, die van het EHRM een stap terug en, zo signaleerde de krant, een tweede stap terug ligt in het verschieft wanneer Qatada ook zijn uitzetting aanvecht.

Straatsburg. Prima wijn en aardig bier hoor, maar met het EHRM hebben maar weinig Britten wat op. De *Telegraph* vergeleek de rechtspraak van het Hof zelfs met de jurering bij het Eurovisie Songfestival: gekaapt door een stel maffe en incapabele Oost-Europeanen ('Like watching East Europeans at the Eurovision Song Contest'). David Cameron, toen nog oppositieleider, was er als de kippen bij om de uitspraak van het Hof te veroordelen, en hij benadrukte nog maar eens wat er zou gebeuren als hij het voor het zeggen zou krijgen: 'we will tear up the Human Rights Act and replace it with a British Bill of Rights, so we can deal with human rights issues more sensibly'.⁴ Diezelfde Cameron bewoont sinds kort *Downing Street* 10. Het kan verkeren. Zijn plannen om de *Human Rights Act*, de wet die in 2000 het EVRM in de Britse rechtsorde incorporeerde, in te trekken hebben voorlopig echter geen prioriteit. Cameron's coalitiepartners noch

■ Mr. J. Uzman is als NWO-promovendus verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden.

1 *Daily Telegraph*, 21 februari 2009.

2 HL 18 februari 2009, UKHL [2009] 10 (*R.B. & Others v. Home Secretary*).

3 EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, appl. 3455/05 (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

4 *Daily Telegraph*, 21 februari 2009. Zie tevens *The Independent*, 26 juni 2006.

Straatsburg en Westminster: over het EVRM in de Britse rechtspraak

zijn minister van Justitie zien daarin iets.⁵ Maar daarmee is de wet niet uit de gevarenzone. De onvrede met Straatsburg zit diep, niet alleen in de dagbladen. Verschillende rechters riepen het EHRM onlangs op nadrukkelijker te luisteren naar de nationale hoven.⁶ Hun onvrede lijkt zich bovendien te richten op de praktijk van het EHRM om de Conventie uit te leggen als *living instrument*. Dat is volgens sommige rechters eerder een Paard van Troje voor rechterlijk activisme dan een kwestie van *sound legal reasoning*: wat is er toch mis met de *Travaux Préparatoires*?⁷ Wie bedenkt dat deze rechters in de negentiger jaren behoorden tot de pleitbezorgers van het EVRM, ontsnapt dan ook niet aan de vraag of het EVRM in de Britse rechtsorde nog een lang leven beschoren is. Acht men het in Londen tijd voor iets anders?

Afgezien van praktische kwesties zoals de beschikbaarheid van werkbare en politiek haalbare alternatieven, rijst dan de vraag of het EVRM is weg te denken uit de Britse rechtspraak. De huidige *Lord Chief Justice*, in het bezit van de treffende achternaam Judge, mag dan zijn ongenoegen uitspreken over de vele onnodige verwijzingen naar de Conventie, zijn collega-rechters lijken zich van dergelijke ontboezemingen betrekkelijk weinig aan te trekken.⁸ Zo blijkt dat 37,5% van de werklust van de voormalige Law Lords tussen 2003 en 2008 bestond uit zaken waarin het EVRM op de één of andere manier een rol speelde.⁹ De president van het nieuwe Supreme Court, Lord Phillips, onderstreepte het onlangs trouwens nog: *'the Human Rights Act is here to stay!'*¹⁰ De invoering van die wet in 1998 lijkt daarmee een beslissend constitutioneel moment, vergelijkbaar met de vestiging van parlementaire suprematie na de *Glorious Revolution* in 1688, de machtsstrijd tussen de *Commons* en de *Lords* in 1911 en 1948, en de Britse toetreding tot de Europese Unie. Men zou bij al deze superlatieven licht vergeten dat het EVRM in de Britse rechtsorde in beginsel dezelfde status heeft als alle andere verdragen.

Maar is dat zo? Hoe 'gewoon' is het EVRM eigenlijk voor de Britse rechtsorde? Over die vraag wil ik het hier hebben, en ik doe dat vanuit het perspectief van de hoogste rechter. Vanaf oktober 2009 is dat het Supreme Court of the United Kingdom, de opvolger van het House of Lords Appellate Committee, bevolkt door de Lords of Appeal in Ordinary. Welke invloed heeft de Conventie gehad op hun rechtspraak en de wijze waarop zij hun positie ten opzichte van de andere staatsmachten bepalen? Om die vragen te beantwoorden schets ik, bij wijze van inleidende beschietingen, eerst kort het Britse constitutionele systeem en de doorwerking van het EVRM daarin. Vervolgens ga ik in op de invloed van de Conventie op de rechtspraak van de Britse rechter voor en na de totstandkoming van de *Human Rights Act*.

Alvorens daarmee te beginnen nog een drietal kanttekeningen. De ruimte voor deze bijdrage maakt dat dit overzicht een schetsmatig karakter draagt. Volledigheid is niet nagestreefd. Ook wordt niet een overzicht gegeven van de invloed van de Conventie op het materiële recht.

5 *The Guardian*, 19 mei 2010.

6 Zie bijv. de rede van Lord Neuberger, 'The incoming tide: the civil law, the common law, referees and advocates', *The European Circuit of the Bar's first Annual Lecture*, 24 juni 2010. Zie voorts Lord Hofmann, 'The Universality of Human Rights', *Judicial Studies Board Annual Lecture* 2009, 19 maart 2009.

7 Zie de, in de vorige voetnoot aangehaalde, rede van Lord Neuberger.

8 Lord Judge, *The Judicial Studies Board Annual Lecture* 2010, 17 maart 2010.

9 D. Feldman, 'Human Rights' in: L. Blom-Cooper, B. Dickson & G. Drewry, *The Judicial House of Lords 1876-2009*, OUP 2009, p. 541-573, i.h.b. p. 546.

10 De rede is nog niet gepubliceerd. Een samenvatting treft men aan in *The Guardian* van 23 april 2010.

Daarover is reeds literatuur beschikbaar.¹¹ Bovendien wordt niet ingegaan op de relatie tussen de Britse rechter en het EHRM. Onlangs is Gerards daarop reeds uitgebreid en helder ingegaan.¹² De lezer zij daarnaar verwezen. Tot slot nog een opmerking voor de geograaf: er bestaat inderdaad verschil tussen het Verenigd Koninkrijk, Engeland en Groot-Brittannië. Het gaat in deze bijdrage voornamelijk over de hoogste rechter van het Verenigd Koninkrijk en die aanduiding heb ik trachten te bezigen. Maar dat werd wat saai. Soms worden daarom ook de andere termen gehanteerd.

2 Setting the Stage: grondrechten en soevereiniteit in het Britse recht

Alvorens in te gaan op de invloed die het EVRM heeft gehad op de rechtspraak van de Britse hoogste rechter, ligt het voor de hand het decor te schetsen waartegen deze rechtspraak zich afspeelt. Enerzijds wordt dit decor gevormd door een eeuwenlange antipathie tegen schriftelijk verankerde en moeilijk te wijzigen rechten, en anderzijds door de van oudsher bijzondere verhouding tussen rechter en wetgever in het Verenigd Koninkrijk.

Grondrechten worden in het Britse recht traditioneel met argwaan bekeken. Waar de ontwikkeling van andere liberale democratieën gevormd werd door revoluties die vergezeld gingen van gedweep met fundamentele rechten, was daarvan in het Britse geval geen sprake. De *Glorious Revolution* (1688) kwam daarvoor eenvoudigweg te vroeg.¹³ Een soevereiniteitswissel – van monarch naar parlement – daarmee moest men het doen. Het beginsel van parlementaire soevereiniteit groeide in de loop der tijd uit tot één van de twee pijlers van het Britse constitutionele recht, zij het dat de werking ervan tegenwoordig aan beperkingen onderhevig is.¹⁴ De volksvertegenwoordiging werd bij uitstek beschouwd als bastion tegen willekeurige uitoefening van overheidsmacht en al te forse inbreuken op burgerlijke vrijheden. Waar het parlement zich onbedoeld een ongelukje veroorloofde, kon de rechter, met een beroep op de *rule of law* eventueel te hulp schieten.¹⁵ In de woorden van Lord Bridge: 'In our society the Rule of Law rests upon twin foundations: the sovereignty of the Queen in Parliament in making the law and the sovereignty of the Queen's courts in interpreting and applying the law'.¹⁶

Juist die gedeelde soevereiniteit van het parlement als schepper en de rechter als interpretator van het recht bood de rechter daarvoor enige ruimte.¹⁷ Zo ontwikkelde zich in de loop der eeuwen in het ongeschreven gewoonterecht, de *common law*, principes die vergeleken kunnen

11 Bijv. R. Blackburn, 'The United Kingdom', in: R. Blackburn & J. Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe – The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford: OUP 2001, p. 935-1037.

12 J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 2010, p. 224-255.

13 Vgl. C.A. Gearty, 'The United Kingdom', in: C.A. Gearty (ed.), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1997, p. 53-104, i.h.b. 61.

14 Zie nader A.W. Bradley, 'The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?', in: J.L. Jowell & D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution* (Sixth Ed.), Oxford: OUP 2007, p. 25-58.

15 Zie omtrent de *rule of law* in het Britse (publiek)recht: T.R.S. Allan, *Constitutional Justice*, Oxford: OUP 2001, en C.M. Zoethout, *Constitutionalisme – Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht* (diss. EUR), Gouda: Quint 1995; J. Jowell, 'The Rule of Law and its Underlying Values', in: Jowell & Oliver 2007 (*supra* noot 14), p. 5-24.

16 HL 4 april 1990 [1991] 1 AC 1 (*X. v. Morgan-Grampian Publishers Ltd.*).

17 Zo bijv. Allan 2001 (*supra* noot 15), p. 201-242.

worden met grondrechten. Voorbeelden daarvan, zoals de (strafrechtelijke) legaliteitseis en het recht op een proces voor een reguliere rechter, treft men aan in het werk van de Victoriaanse auteur A.V. Dicey.¹⁸ Deze *civil liberties* waren negatief geformuleerd. Het individu was vrij te doen en laten wat niet door *Acts of Parliament* of de *common law* verboden was. Vrijheid was, in één woord, *residual*, afhankelijk van het parlement dat aan de burgerij verantwoording aflegde.¹⁹ Dat betekende op het eerste gezicht dat deze vrijheden geen bescherming boden tegen dat parlement zelf. Wat de wetgever deed was, op basis van het beginsel van parlementaire soevereiniteit, welgedaan. Voor de rechter was een beperkte rol weggelegd: toetsing van formele wetgeving was niet toegestaan en de controle van het bestuur vond primair plaats in de politieke arena. Alleen wanneer het bestuur zijn wettelijke bevoegdheden overschreed, kon het in de rechtszaal ter verantwoording worden geroepen.

Het vertrouwen van Victoriaanse auteurs zoals Dicey in het vermogen van het parlement om de vrijheden van burgers te verzekeren, bleek in de twintigste eeuw echter in toenemende mate misplaatst.²⁰ Zo was van vrijheid maar beperkt sprake in Noord-Ierland; trad de politie gedurende de Eerste Wereldoorlog hard op tegen pacifisten; bezochten agenten in burger dikwijls vergaderingen van linkse partijen, en verleende het parlement de regering aan de vooravond van de beide Wereldoorlogen vergaande discretionaire bevoegdheden, hoe begrijpelijk dat laatste overigens ook moge zijn.²¹ Hetzelfde gebeurde in 1974 na een reeks IRA-aanslagen.²² Het tijdperk-Thatcher, dat in 1979 aanving, kenmerkte zich door een strakke partijdiscipline binnen de Conservatieve partij en een absoluut marktdenken resulterend in een meedogenloze houding ten opzichte van de vakbonden.²³ In sommige opzichten leek het Verenigd Koninkrijk in deze jaren verworpen tot een éénpartijstaat.²⁴ Het was in dit klimaat dat de roep om een grondrechtencatalogus vorm kreeg.

3 Het EVRM en zijn status in het Britse recht

Die roep, tijdens het Thatcheriaanse bewind, om een grondrechtencatalogus wekt bevreemding. Engeland was immers al dertig jaar partij bij het EVRM. Bij de totstandkoming ervan in 1950 speelden de Britten, zo wil het althans de Britse geschiedschrijving, een belangrijke rol.²⁵ Vier maanden later, op 8 maart 1951, ratificeerde men de Conventie zelfs als eerste.²⁶ Hoe kan het

18 Vgl. A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th Ed.), Londen: MacMillan 1959, p. 188, en 193-196.

19 Zie daarover D. Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales* (2nd Ed.), Oxford: OUP 2002, p. 70-74.

20 Zie Gearty 1997 (*supra* noot 13), p. 64.

21 Zie daarover nader: K.D. Ewing & C.A. Gearty, *The Struggle for Civil Liberties – Political Freedom and the Rule of Law in Britain, 1914-1945*, Oxford: OUP 2000.

22 Ewing & Gearty 2001 (*supra* noot 21), p. 399..

23 D. Feldman, 'The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles', *Legal Studies* 1999, p. 165-206, 166; K. Ewing & C. Gearty, *Freedom under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford: Clarendon Press 1990, p. 7.

24 Aldus bijvoorbeeld Gearty 1997 (*supra* noot 13), p. 77.

25 Vgl. bijv. Blackburn 2001 (*supra* noot 11), p. 936-937..

26 *Ibid.* Vgl. tevens: I. Leigh & R. Masterman, *Making Rights Real: The Human Rights Act in its First Decade*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. 5-6.

dan dat men aan het eind van de tachtiger jaren nog het gemis van een grondrechtencatalogus voelde?

Het antwoord is gelegen in de zelfbewuste houding van opeenvolgende kabinetten vlak na de Tweede Wereldoorlog, hun negatieve ervaringen met bemoeizuchtige rechters en de – populair uitgedrukt – dualistische manier waarop de Britse rechtsorde omgaat met geschreven internationaal recht. Om maar met het laatste te beginnen. Verdragsrecht dient te worden getransformeerd alvorens het, naar nationaal recht, bindende normen betreft. Transformatie geschiedt bij *Act of Parliament*. De ratio hiervoor is dat het sluiten en ratificeren van verdragen in het Verenigd Koninkrijk een prerogatief van de Kroon betreft.²⁷ Dat betekent dat parlementaire goedkeuring niet is vereist. Logisch dus, dat men zo snel in staat was de Conventie te ratificeren. Zouden verdragsrechtelijke normen naar nationaal recht echter automatisch gelding verkrijgen dan zou de regering burgers zonder parlementaire tussenkomst kunnen binden. Het soevereiniteitsbeginsel verzet zich daartegen.²⁸ Recent betoogde Lord Steyn – een warm pleitbezorger van het EVRM – overigens dat het transformatievereiste niet zou gelden voor de mensenrechtenverdragen, nu deze verdragen burgers slechts rechten verlenen en hen niet direct binden.²⁹ Of deze redenering breed gedeeld gaat worden is vooralsnog de vraag.³⁰ Dat het EVRM burgers niet rechtstreeks plichten oplegt, wil niet zeggen dat het geen consequenties voor hen kan hebben. Waar twee grondrechten met elkaar conflicteren, kan rechtstreekse werking van het verdrag tot gevolg hebben dat de afweging die de nationale rechter op zuiver nationale gronden maakt, een andere invulling krijgt.³¹ In die zin blijft het zinvol om de effectuering van verdragsrecht in de nationale rechtsorde voor te leggen aan de volksvertegenwoordiging.

Dat het Verenigd Koninkrijk een, doorgaans dualistisch genoemd, transformatiestelsel aanhangt, had voor het EVRM belangrijke gevolgen. Zoals gezegd namen de naoorlogse kabinetten tegenover de Conventie een zelfbewuste houding in. Engeland had tenslotte net een oorlog tegen een erkende dictator gewonnen. De voorheen felst onderdrukte minderheid, de socialis­tische beweging, was bovendien doorgedrongen tot de regering. Juist deze regering had overigens geen hoge pet op van rechterlijke toetsing. De Labourregering achtte incorporatie van de Conventie op korte termijn daarom noodzakelijk noch wenselijk. Zij zag het verdrag voornamelijk als instrument van buitenlands beleid.³² Tot de inwerkingtreding van de HRA in 2000, was het EVRM dus geen onderdeel van het Britse recht. Gevolg was dat het verdrag niet rechtstreeks

27 Vgl. M. Dixon, *Textbook on International Law* (6th. Ed.), Oxford: OUP 2007, p. 97; E. Evatt, 'The impact of international human rights law', in: G. Huscroft & P. Rishworth (eds.), *Litigating Rights: Perspectives from Domestic and International Law*, Oxford: Hart Publishing 2002, p. 281-303;

28 Vgl. HL 26 oktober 1989 [1990] 2 AC 418 (*Rayner v. Dept. of Trade and Industry*). Voorts: HL 11 maart 2004 [2004] UKHL 12 (*Re McKerr*), per Lord Steyn, r.o. 52. De regel is overigens reeds ouder: HC 15 maart 1879 LR 4 PD 129 (*Parlement Belge*); PC 28 januari 1937 [1937] AC 326 (*Canada v. Ontario*).

29 HL 11 maart 2004 [2004] UKHL 12 (*Re McKerr*), per Lord Steyn.

30 Instemmend: B. Dickson, 'Safe in their hands? Britain's Law Lords and human rights', *Legal Studies* 2006, p. 329-346.

31 De Duitse praktijk illustreert dit: BVerfG 26 februari 2008, BVerfGE 120, 180 (*Caroline von Monaco III*). Zie omtrent dit dilemma nader: E. Hey, R. de Lange & P.A.M. Mevis, 'De transnationale dialoog tussen rechters inzake afstemming van Europese en nationale grondrechten', *NJB* 2005, p. 1734-1736; R.A. Lawson, 'Boven het maaiveld – Over de 'ruimhartige' toepassing van het EVRM door nationale rechters', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, *Geschakeld recht – Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof.mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 307-323; Gerards 2010 (*supra* noot 12).

32 Vgl. Blackburn 2001 (*supra* noot 25), p. 938.

inroepbaar was voor de nationale rechter. Was het dan nog wel relevant voor de rechtspraak? Over die vraag gaat het nu.

4 Het EVRM in het pre-HRA tijdperk

Tot halverwege de zeventiger jaren was de Conventie van betrekkelijk weinig betekenis voor het Britse recht. In de, speciaal voor de Law Lords gereserveerde zaaltjes van het Hogerhuis klonken geen verwijzingen naar het verdrag. De reserve die de Britse regering aan de dag had gelegd jegens het erkennen van rechtstreekse werking gold overigens ook de Straatsburgse handhavingsmechanismen. Het zou tot 1966 duren alvorens het Britse kabinet – zonder het parlement te consulteren – de jurisdictie van Commissie en Hof zou accepteren. Die beslissing markeerde een fundamentele verandering van het Britse staatsrecht. Voor het eerst in de geschiedenis was het mogelijk om parlementaire wetgeving expliciet door een rechter te laten toetsen. De Conventie leidde destijds echter een sluimerend bestaan. Niemand in Westminster voorzag op dat moment welke rol het EHRM, dat nog maar twee uitspraken had gedaan, zou gaan spelen. Het zou, zij het indirect, een hoofdrol worden. De uitspraken van het Hof waren weliswaar niet direct afdwingbaar in de Britse rechtsorde, op de Lords maakten zij grote indruk.³³

In 1974 refereerden die Lords, in *Waddington v. Miah*, voor het eerst aan het EVRM.³⁴ Het ging destijds om de vraag of een strafbepaling uit de *Immigration Act* terugwerkende kracht had. Lord Reid wees er op dat artikel 7 EVRM retrospectieve strafbaarheid verbod. Hij achtte het niet aannemelijk dat de wetgever daarmee in strijd had willen handelen. Kort daarna, in 1975, sprak het EHRM – in *Golder* – voor het eerst een schending uit tegen het Verenigd Koninkrijk.³⁵ Vanaf dat moment begon de opmars van de Conventie in de rechtspraak van de Law Lords.

Die opmars betrof vooral de interpretatie van wettelijke bepalingen. Het EVRM was daarbij enkel een hulpmiddel. Dat was in *Miah* het geval geweest, in de volgende zaken, *Birdi*, *Pansophkar*, *Ahmad* en *Ostreicher* was dat niet anders.³⁶ De Conventie speelde dus niet direct een rol bij de beoordeling van wetgeving of bestuurlijk optreden. Het vaartuig waarmee *their Lordships* het EVRM de Britse rechtsorde binnenvoeren, was de presumptie dat organen van de staat, de wetgever inclusief, niet de bedoeling hebben om volkenrechtelijke verplichtingen aan hun laars te lappen.³⁷ De werking van dergelijke presumpties is beperkt: presumpties kunnen immers worden weerlegd. Week de wetgever duidelijk af van verdragsrecht, dan gold in het Britse staatsrecht steeds de regel dat wetgeving ook als zodanig moest worden toegepast. Het beginsel

33 A. Lester & K. Beattie, 'Human Rights and the British Constitution', in: Jowell & Oliver 2007 (*supra* noot 14), p. 59-83, i.h.b. 65.

34 HL 1 mei 1974 [1974] 1 WLR 683 (*Waddington v. Miah*). Zie tevens Blackburn 2001 (*supra* noot 25), p. 946-947, die een verband legt met de toetreding tot de EG een jaar eerder.

35 EHRM 21 februari 1975, *appl.* 4451/70 (*Golder v. United Kingdom*).

36 CA 1 januari 1975 [1975] 119 SJ 322 (*Birdi*); CA 11 juli 1975 [1976] QB 606 (*Ex parte Phansopkar*); CA 22 maart 1977 [1977] 3 WLR 396 (*Ahmad*). CA 3 maart 1978 [1978] 1 WLR 810 (*Ostreicher*).

37 Zie inzake deze presumptie in het Britse recht: CA 26 oktober 1966 [1967] 2 QB 116 (*Salomon v. Customs*); CA 7 november 1968 [1969] 1 QB 616 (*Corocraft*), en recenter: HL 14 november 2002 UKHL 44 (*R. v. Lyons*).

Uzman

van parlementaire soevereiniteit verzette zich tegen elke andere lezing.³⁸ Toch voltrok zich in de zeventiger jaren een bescheiden scholenstrijdje tussen twee invloedrijke rechters van het Court of Appeal enerzijds en hun minder progressieve collegae anderzijds. De beruchte Lord Denning, vermaard vanwege zijn literaire kwaliteiten en de magistrale, zij het bijna populistische wijze waarop hij ooit een vordering tot het verbieden van cricketwedstrijden afserveerde, en de latere Lord Scarman waren in vroege uitspraken bereid om wetgeving ook dan conform de Conventie uit te leggen wanneer van evidente ambiguïteit geen sprake was.³⁹ Het merendeel van het Court of Appeal ging dat echter te ver en het duo haalde spoedig bakzeil.⁴⁰ In 1981 volgde het Hogerhuis de restrictieve benadering en wees het een EVRM-conforme uitleg van de *Obscene Publications Act* af omdat het de wet duidelijk genoeg vond.⁴¹ Tien jaar later, in *Brind*, het standaardarrest omtrent doorwerking van de Conventie, werd die lijn bezegeld.⁴²

Een tweede kwestie betrof de vraag of discretionaire bestuursbevoegdheden EVRM-conform konden worden ingekleurd. Net als in Nederland, bevat veel wetgeving immers beleids- of beoordelingsruimte. Ging het om rechterlijke discretie, dan werd over het algemeen niet moeilijk gedaan. Waar de rechter enige discretie toekwam, bijvoorbeeld inzake het bieden van rechts-herstel of het uitsluiten van bewijs, achtte hij zich gebonden aan de Conventie.⁴³ Moeilijker lag het wanneer het niet om rechterlijke maar om bestuursbevoegdheden ging. Ook hier is *Brind* illustratief. Het ging in die zaak om een uitzendverbod van interviews met leden van verboden Noord-Ierse organisaties. De vraag was of de minister de, hem toekomende beoordelingsvrijheid in strijd met de, in artikel 10 EVRM neergelegde, uitingsvrijheid kon toepassen. De klager betoogde dat discretionaire bevoegdheden noodzakelijkerwijs ambigu zijn. Er waren immers verschillende toepassingsmogelijkheden, sommigen in strijd met de Conventie en anderen niet. De gebondenheid van de Britse staat aan het EVRM, bracht met zich dat het bestuur gehouden was voor een EVRM-conforme toepassing te kiezen. Hij kreeg geen gelijk. Lord Bridge overwoog:

‘Where Parliament has conferred on the executive an administrative discretion without indicating the precise limits within which it must be exercised, to presume that it must be exercised within the Convention limits would be to go far beyond the resolution of an ambiguity. It would be to impute to Parliament an intention not only that the executive should exercise the discretion in conformity with the Convention, but also that the domestic courts should enforce that conformity by the importation into domestic administrative law of the text of the Convention’.

Door de EVRM-conforme invulling van discretionaire bestuursbevoegdheden te beschouwen als de ontoelaatbare achterdeur waardoor de Conventie alsnog het land binnen zou worden gesmokkeld, sloot het college daarvoor ferm de voordeur.⁴⁴ Eenzelfde terughoudendheid legde het Court of Appeal vervolgens aan de dag met betrekking tot niet-wettelijk geregelde bevoegd-

38 Vgl. de hiervoor aangehaalde rechtspraak.

39 Zie de aangehaalde uitspraken in *Birdi*, *Amad* en *Ex parte Pansophkar*. De cricketuitspraak betrof overigens CA 6 april 1977 [1977] 3 WLR 20 (*Miller v. Jackson*). Witteveen schreef er ooit smakelijk over in *Ars Aequi* 2004, p. 336.

40 Zie de, in voetnoot 36 aangehaalde uitspraak in *Ostreicher*. Vgl. tevens Lord Denning in CA 19 mei 1975, 3 WLR 225 (*Singh*), en CA 11 mei 1976, 1 WLR 797 (*Bibi*), en Lord Scarman in HL 16 december 1982, 2 AC 309 (*Ex parte Singh*).

41 HL 7 mei 1981, 1 WLR 732 (*Gold Star Ltd*), per Lord Roskill.

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

43 Vgl. M. Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford: Hart Publishing 2001, p. 207.

44 Zie nader F. Klug & K. Starmer, ‘Incorporation through the Back Door?’, *Public Law* 1997, p. 223.

Straatsburg en Westminster: over het EVRM in de Britse rechtspraak

heden (de *prerogative powers*).⁴⁵ Toetsing van discretionair bestuursoptreden raakte kennelijk een gevoelige zenuw. Het Britse bestuursrecht, traditioneel sterk procedureel georiënteerd, bleef het liefst verre van de inhoudelijke beoordeling van bestuurshandelen. Men beperkte zich er toe te toetsen of het bestuur *irrationeel* had gehandeld door een besluit te nemen dat geen redelijk denkende bestuurder had kunnen nemen, de zogenaamde *Wednesbury reasonableness*.⁴⁶ Een proportionaliteitstoets van bestuurshandelen houdt deze doctrine echter niet in. Het EHRM was in *Smith & Grady* dan ook kritisch over deze toetsing door de Britse rechter van bestuursbesluiten.⁴⁷ Zolang de Conventie niet geïncorporeerd was, weigerde deze plaats te nemen op wat hij zag als de stoel van het bestuur.⁴⁸

Wij hebben het alleen nog over de interpretatie van wetgeving gehad. Een belangrijk deel van het Britse recht wordt echter gevormd door rechtersrecht, de *common law*. Hoe vreemd zou het zijn te veronderstellen dat de Law Lords zich bij het ontwikkelen van de 'eigen' *common law* wat vrijer zouden voelen om zich door het EVRM te laten inspireren? Heel vreemd, kennelijk. In *Malone v. Metropolitan Police Commissioner*, de eerste uitspraak waarin een Britse rechter overwoog dat het Britse recht in strijd was met de Europese Conventie, achtte het High Court zich niet bevoegd om regels van *common law* te 'ontdekken' omtrent het tappen van telefoons wanneer de wetgever bewust niet was overgegaan tot regulering.⁴⁹ Het Hogerhuis zelf werd met de kwestie geconfronteerd in de beruchte *Spycatcher*-zaken.⁵⁰ Daarin stond het boek van een ex-medewerker van MI5, Peter Wright, centraal, waarin onder andere 'onthuld' werd dat een voormalig hoofd van de dienst jarenlang werkzaam was geweest voor de Russen. Volgens Wikipedia schijnt het boek bol te staan van de onjuistheden, maar de regering-Thatcher zag het toch maar liever niet op de markt verschijnen. Toen verscheidene kranten stukjes uit het boek wilden citeren was de boot aan. Hoewel in alle instanties van de procedure naar het EVRM werd verwezen, omzeilden de Lords de vraag naar de betekenis van de Conventie voor de *common law* door te stellen dat de laatste met de eerste niet in strijd was. Eenzelfde benadering werd gevolgd in de standaarduitspraak op dit punt, *Derbyshire County Council v. Times Newspapers*.⁵¹ In die zaak had het Court of Appeal vastgesteld dat de *common law* in het midden liet of gemeentelijke overheden jegens een krant een vordering wegens smaad ('*libel*') konden instellen. Het hof liet zich bij de beantwoording van die vraag daarom leiden door de uitingvrijheid van artikel 10 EVRM. De uitkomst – namelijk dat de gemeente een dergelijke actie niet toekwam – vond genade in hoger beroep, maar de weg waarlangs zij was bereikt deed dat niet. Zo benadrukte Lord Keith dat de *common law* een soortgelijke bescherming bood en dus op die grond afgedaan kon worden. Over de vraag of de *common law* hier eigenlijk door het EVRM werd geïnspireerd, danwel dat zij op eigen kracht meer bescherming bood werd verschillend gedacht. Sommige rechters, zoals Lord Browne-Wilkinson, meenden dat de eeuwenoude traditie van de *common law* heel wel in staat was de eigen boontjes te doppen en van nature minstens

45 CA 3 november 1995, [1996] 2 WLR 305 (*Ex parte Smith*).

46 CA 10 november 1947, [1948] 1 KB 223 (*Wednesbury*). Vgl. Elliott 2001 (*supra* noot 43), hst. 6.

47 EHRM 27 september 1999, no. 33985-6/96.

48 Hoewel de *Wednesbury* doctrine zelf wel enigszins aan de invloed van het EVRM bloot stond. Zie daarover Leigh & Masterman 2008 (*supra* noot 26), p. 133-181.

49 HC 28 februari 1979 Ch 344 (*Malone v. Metropolitan Police Commissioner*), per Megarry VC, p. 379.

50 Vgl. HL 13 oktober 1988, 1 AC 109 (*A-G v. Observer: Spycatcher II*).

51 HL 18 februari 1993 [1993] AC 534, per Lord Keith of Kinkel.

het equivalent was van het EVRM.⁵² Anderen namen aan dat de *common law* doelbewust in overeenstemming met de Conventie werd uitgelegd.⁵³ Een enkeling leek te impliceren dat het EVRM en de *common law* uitingen waren van hetzelfde rechtsstatelijke waardencomplex dat, of het nu de Conventie betrof of de *common law*, zoveel mogelijk middels creatieve interpretatie verwezenlijkt diende te worden.⁵⁴

In de jaren tachtig, waarin de positie van het parlement verzwakte en de regering-Thatcher regelmatig rechtsstatelijke grenzen opzocht, wonnen met name de robuuste interpretaties van de *common law* terrein.⁵⁵ *Common law radicalism* bood een alternatief zolang de Conventie niet was getransformeerd. Volgens pleitbezorgers van deze leer bestond het beginsel van parlementaire soevereiniteit bij de gratie van de *common law* en was zij daarom aan de fundamentele principes van diezelfde *common law* onderhevig. Allan bijvoorbeeld vatte parlementaire soevereiniteit op als de wil van het parlement in het licht van diens rol als beschermer van rechtsstatelijke waarden 'as embodied by common law reason'.⁵⁶ Hoe ernstiger een inbreuk op bepaalde rechtsstatelijke waarden door wetgeving werd gemaakt, hoe creatiever de rechter met die wet kon omgaan.⁵⁷

De theorie fungeerde gedurende de negentiger jaren vooral als pressiemiddel voor de politieke staatsinstellingen om tot incorporatie van het EVRM te komen. Veel rechters van Court of Appeal en Appellate Committee bepleitten liever een *Bill of Rights* en in hun ogen bood incorporatie van het EVRM daarvoor een goed uitgangspunt. Daarbij speelde een rol dat de parlementaire suprematie toch al onder druk was komen te staan door de werking van het Europees Gemeenschapsrecht. Het was duidelijk dat er iets moest gebeuren. En er gebeurde iets: Labour kwam aan de macht en loste haar verkiezingsbelofte in: de *Human Rights Act* 1998 was een feit.

5 De Human Rights Act: Great Expectations

Het gaat in deze bijdrage vooral over de invloed die het EVRM heeft gehad op de rechtspraak van Engeland's hoogste rechtscollege. De weg waarlangs de *Human Rights Act* tot stand kwam laat ik daarom even voor wat zij is.⁵⁸ Wel ga ik kort in op de wet zelf.

Doel van de HRA, tot uitdrukking gebracht in de volledige titel van de wet, is 'to give further effect to the rights and freedoms guaranteed by the Convention'. Praktisch gesproken moest het aantal klachten in Straatsburg afnemen, moesten burgers een adequatere rechtsbescherming op nationaal niveau worden geboden, en moest een actievere rol van de Britse rechter een dialoog tweegbren-

52 Lord Browne-Wilkinson, 'The Infiltration of a Bill of Rights', *Public Law* 1992, p. 397.

53 Aldus bijv. Sir John Laws LJ, 'Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?', *Public Law* 1993, p. 59; M. Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford: Hart Publishing 1997, hst. 1.

54 Vgl., soms heel impliciet, T.R.S. Allan, 'Constitutional Rights and Common Law', *Oxford Journal of Legal Studies* 1991, p. 453-480; T.R.S. Allan, 'Legislative supremacy and legislative intention: interpretation, meaning, and authority', *Cambridge Law Journal* 2004, p. 685-711.

55 Vgl. D. Feldman, 'Human Rights', in: L. Blom-Cooper, B. Dickson & G. Drewry (eds.), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford: OUP 2009, p. 541-573, 544.

56 Allan 2001 (*supra* noot 15), p. 201-242.

57 Zie voor een klassiek voorbeeld: HL 17 december 1968 [1969], 2 AC 147 (*Anisminic*).

58 Zie daarvoor: J. Young, 'The Politics of the Human Rights Act', *Journal of Law and Society* 1999, p. 27-37; Gearty 1997 (*supra* noot 13), p. 77; Lester & Beattie 2007 (*supra* noot 33).

Straatsburg en Westminster: over het EVRM in de Britse rechtspraak

gen met het EHRM.⁵⁹ Deze doelstelling wordt nagestreefd doordat artikel 1 een reeks EVRM-rechten incorporeert. De wet verplicht zogenaamde 'public authorities' in artikel 6 om hun bevoegdheden in overeenstemming met de Conventie uit te oefenen tenzij een formele wet hen anders opdraagt. Deze plicht geldt niet voor het parlement want dat is uitgezonderd van het *public authority*-begrip. Schendt een overheidsinstantie een Conventierecht, dan kunnen slachtoffers zich daarop krachtens artikel 7 voor de bevoegde rechter beroepen. Artikel 3 HRA legt vervolgens alle overheidsorganen de plicht op nationale regelgeving – inclusief formele wetgeving – zoveel mogelijk conform de geïncorporeerde EVRM-rechten uit te leggen. Daarmee vertoont de HRA een grote mate van continuïteit met de rechtspraak van voor 2000, toen – zoals wij zagen – een dergelijke uitleg reeds werd gebaseerd op ongeschreven presumpties. Dit wordt in de HRA versterkt doordat artikel 19 HRA voorschrijft dat de regering bij wetsvoorstellen in het parlement een verklaring overlegt omtrent de verenigbaarheid van de wet met de Conventie. Aan dergelijke verklaringen is de rechter niet gebonden. Wel kan de verklaring als bevestiging dienen van het feit dat de wetgever een eventuele strijd met de Conventie in elk geval niet bewust heeft bedoeld.⁶⁰ Hoe sterk de wet haar ook optuigt, uiteraard blijft slechts sprake van een presumptie. Artikel 3 betreft een inspanningsverplichting voor rechter en bestuur om elke mogelijke EVRM-conforme interpretatie van een wettelijke regeling te onderzoeken, een resultaatsverplichting is het niet. Gaat het om lagere regelgeving, dan volgt *a contrario* uit artikel 3 dat rechter en bestuur bevoegd zijn deze regels buiten toepassing te laten voorzover zij in strijd zijn met EVRM-rechten.⁶¹ Wijkt een formele wet echter onomwonden af van de Conventie, dan dient het bestuur deze wet te volgen. Artikel 4 verleent een aantal rechters, waaronder het huidige Supreme Court, in dat geval de – overigens discretionaire – bevoegdheid de onverenigbaarheid van de wettelijke regeling met de Conventie vast te stellen (*de declaration of incompatibility*). Een dergelijke vaststelling bindt echter de wetgever noch de partijen in het geschil. De verklaring is eigenlijk vooral een erkenning van de rechter dat hij de grenzen van zijn taak heeft bereikt: het is aan de wetgever om te bepalen of en hoe de schending ongedaan wordt gemaakt of gecompenseerd.⁶²

Het moge duidelijk zijn dat met de wisselwerking tussen de artikelen 3 (interpretatie) en 4 (onverenigbaarverklaring) vooral beoogd is tegemoet te komen aan het beginsel van parlementaire soevereiniteit. In wezen heeft de HRA-wetgever getracht grondrechtenbescherming ook jegens de wetgever te maximaliseren binnen de kaders die de parlementaire soevereiniteit hem laat. De HRA stelt geen inhoudelijke eisen aan toekomstige wetgever maar verzekert wel dat toekomstige wetgevers uitsluitend in klare taal van het EVRM kunnen afwijken.⁶³ Voor de buitenwereld – belangengroeperingen, kiezers, Straatsburg – behoeft daarover geen onduidelijkheid te bestaan. Het blijft echter een compromis dat de bal voornamelijk bij de rechter legt. Deze heeft immers nogal wat discretie bij de vraag of het 'mogelijk' is een regeling EVRM-conform uit te leggen. Daarbij spelen verschillende gezichtspunten een rol. De rechtsbescherming van slachtoffers bijvoorbeeld: de grens tussen de artikelen 3 en 4 markeert voor hen de grens tussen

59 Vgl. Leigh & Masterman 2008 (*supra* noot 26), p. 13-16.

60 Leigh & Masterman 2008 (*supra* noot 26), p. 28-31.

61 Feldman 2002, p. 89-90.

62 D. Feldman, 'Remedies for Violations of Convention Rights' in: D. Feldman (ed.), *English Public Law*, Oxford: OUP 2004, p. 979. Men kan er ook anders over denken: in samenhang met de dreiging van een mogelijke Straatsburgse procede bezien zou volgens sommigen ook wel gesproken kunnen worden van een materiële onverbindendverklaring, vgl. A. Kavanagh, *Constitutional Review under the Human Rights Act*, Cambridge: CUP 2009, p. 283-284.

63 Lord Irvine, 'The Impact of the HRA: Parliament, The Courts and the Executive', *Public Law* 2003, p. 310.

redres en lege handen. Voorts, de coherentie van het Britse recht. En wat te denken van de mogelijke gevolgen van een EVRM-conforme interpretatie voor de samenleving, of voor de verhouding van de rechter tot de andere staatsmachten? De rol die de Conventie in het Britse recht te spelen heeft is dan ook afhankelijk van de rechterlijke taakopvatting. In hoeverre achtte hij het noodzakelijk en gelegitimeerd een koerswijziging in te zetten ten opzichte van de eigen rechtspraak van voor 2000?

6 Het EVRM in de rechtspraak na 2000

Dat er met de inwerkingtreding van de HRA in 2000 wat zou veranderen was duidelijk. De vraag was alleen in welke mate de rechtspraak zich door de wet zou laten inspireren. Zoals gezegd hadden sommige rechters incorporatie van het EVRM publiekelijk bepleit. Maar *wilden* de Lords hun eigen jurisprudentie wel aanpassen? Of achtten zij zich bijvoorbeeld gebonden aan het eigen *precedent*? Wij zagen trouwens dat de Conventie ook voor inwerkingtreding van de HRA een rol – hoewel beperkt – speelde bij de interpretatie van wetgeving. De grenzen daarvan werden bereikt wanneer het ging om het invullen van discretionaire bestuursbevoegdheden, bij de vormgeving van de *common law*, en in het geval van wetgeving die tekstueel duidelijk in één richting wees. Zou men het nu aandurven verder te gaan?

Dat Britse rechters zich, niettegenstaande de regels van *precedent*, niet gebonden voelen aan uitsprakend daterend van voor de HRA, blijkt treffend uit een uitspraak van het Court of Appeal: *R. v. Offen*.⁶⁴ Daarin stond de zogenaamde *Two Strikes & You're Out* wetgeving centraal. Deze bepaalde dat verdachten die voor de tweede keer schuldig werden bevonden aan een ernstig misdrijf, automatisch werden veroordeeld tot levenslange detentie tenzij sprake was van uitzonderlijke omstandigheden. De vraag was hoe 'uitzonderlijke omstandigheden' moest worden uitgelegd. In een uitspraak vlak vóór inwerkingtreding van de HRA had het hof nog geweigerd artikel 5 EVRM bij die vraag te betrekken teneinde de individuele proportionaliteit van zo'n maatregel te kunnen beoordelen.⁶⁵ 'Uitzonderlijk' moest volgens het hof restrictief worden opgevat. Dat betekende dat de rechter de straf moest opleggen, ook als hij de proportionaliteit ervan in het individuele geval in twijfel trok. In *Offen* echter, achtte het zich aan het gezag van die uitspraak niet gebonden en las het, op basis van artikel 3 HRA, de wetgeving zodanig conform de Conventie dat deze uitsluitend gold wanneer de verdachte een gevaar was voor de samenleving. Kort daarna bevestigde het Hogerhuis dat de rechter niet gebonden was aan uitspraken van voor de HRA.⁶⁶ De weg voor een koerswijziging in de rechtspraak lag open.

Een eerste verschil met de situatie van voor de inwerkingtreding van de HRA, betreft de toetsing van bestuursoptreden aan mensenrechten uit het EVRM. Zoals gezegd was de Britse rechter in de jaren tachtig en negentig niet snel geneigd om discretionaire bevoegdheden van het bestuur EVRM-conform in te vullen. Slechts tot de beperkte *Wednesbury*-toets achtte hij zich bevoegd. De HRA eist echter van rechter en bestuur dat zij wettelijke bevoegdheden zoveel mogelijk EVRM-conform uitleggen. Discretionaire gaten worden daarom door de wet met de Conventie gevuld. Slechts wanneer de wetgever het bestuur expliciet opdraagt om een gedragslijn

64 CA 9 november 2000, [2001] 1 WLR 253.

65 CA 15 december 1998, [2000] QB 198 (*R. v. Kelly*).

66 HL 5 juli 2001 [2001] UKHL 37 (*R. v. Lambert*), per Lord Hope, r.o. 81.

te volgen die strijd oplevert met de Conventie, dan is voor rechterlijke toetsing geen plaats.⁶⁷ Hoewel inmiddels buiten kijf staat dat de rechter discretionair bestuursoptreden aan de Conventie kan toetsen, is deze opvallend terughoudend geweest met het uitbreiden van de eigen rol ten opzichte van het bestuur.⁶⁸ De Britse rechter is nu eenmaal geen liefhebber van inhoudelijke toetsing van bestuursoptreden en blijft graag dicht bij procedurele toetsing.⁶⁹ Sommige rechters bleven impliceren dat de *Wednesbury*-test gelijkwaardig was aan een proportionaliteitstoets onder de Conventie door de rechtspraak van voor de HRA te blijven toepassen.⁷⁰ In de zaak *Daly* echter, lieten de Lords daarover geen misverstand bestaan: proportionaliteit was niet hetzelfde als *Wednesbury reasonableness*, zelfs niet in aangepaste vorm. Zo ging proportionaliteitstoetsing onder meer verder in de zin dat zij een weging van verschillende belangen veronderstelt, waar *Wednesbury* slechts vereist dat vastgesteld wordt of een beslissing binnen redelijke proporties blijft.⁷¹ Daarmee werd een duidelijk piketpaaltje geslagen, al lieten de Lords in het midden of daarmee het karakter van bestuursrechtelijke toetsing wezenlijk zou veranderen. Enerzijds benadrukte men dat de proportionaliteitstoets niet zou betekenen dat de traditionele gerichtheid op procedures nu zou worden ingewisseld voor *merits review*, anderzijds werd instemmend geknikt in de richting van literatuur die een dergelijke toets, hoewel niet formeel, wel materieel bepleitte.⁷²

Een tweede verschil betreft de interpretatie van de *common law*. Zoals gezegd waren rechters in de periode voorafgaand aan de HRA schuchter zich bij de ontwikkeling van de *common law* te laten inspireren door Straatsburgse rechtspraak. De zaak *Brind* illustreerde deze houding. De komst van de HRA veranderde dat. Hoewel de wet de rechter niet expliciet opdraagt de *common law* verdragsconform te interpreteren, – artikel 3 spreekt enkel van wetgeving – leidt de rechtspraak een dergelijke plicht af uit artikel 6.⁷³ Deze bepaling verbiedt immers *public authorities*, waaronder rechters, om in strijd met de Conventie te handelen. Zonder veel omhaal lijkt de rechtspraak zich daaraan te conformeren.⁷⁴

Een precare vraag betreft de uitleg van artikel 3 HRA. Zoals gezegd bleken de Lords ook vóór de invoering van de HRA bereid om zich door de Conventie te laten inspireren bij de interpretatie van wettelijke bepalingen. Het beginsel van parlementaire soevereiniteit echter verzette zich ertegen dat de wetgever woorden in de mond werden gelegd die hij zo niet had willen uiten. Interpretatie was prima maar het rechterlijk medewetgeven moest het niet worden. Op dat punt opereerden de Lords zeer behoedzaam. Artikel 3 HRA droeg hen weliswaar op wetgeving zo mogelijk conform de Conventie uit te leggen, maar men kon natuurlijk betogen dat zij dat al die tijd al hadden gedaan. Dat is te simpel gedacht. Artikel 3 draagt de rechter op zijn uiterste best te doen een EVRM-conforme uitleg te vinden. De regering sprak de verwachting uit dat dit vrijwel steeds mogelijk zou zijn.⁷⁵ Bovendien werd uitdrukkelijk overwogen

67 Aldus bijv. Leigh & Masterman 2008 (*supra* noot 26), p. 150.

68 *Ibid.*

69 Vgl. Elliott 2001 (*supra* noot 43), p. 225-229.

70 Zie bijv. CA 20 december 2000, [2000] EWCA Civ 346 (*Isiko & Anor*), r.o. 31-2.

71 HL 23 mei 2001, [2001] UKHL 26, *per* Lord Steyn.

72 Vgl. J. Jowell, 'Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review', *Public Law* 2000, p. 671; Leigh & Masterman 2008 (*supra* noot 26), p. 154.

73 J. Wadham (e.a.), *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Oxford: OUP 2007, p. 58; Kavanagh 2009, p. 144.

74 Bijv. CA 11 maart 2002, [2003] QB 195 (*A. v B.*); HL 27 oktober 2005, [2005] UKHL 63 (*Rimmington*).

75 *Hansard HC*, 16 februari 1998, col. 780.

Uzman

dat gezocht moest worden naar elke conforme uitleg 'possible' en niet 'alleen maar' naar een uitleg die 'reasonable' was. Het moge duidelijk zijn dat er een verandering van de rechter verwacht werd. Maar hoe ver konden de Lords gaan? Waar lag de grens van 'possible'?

De eerste uitspraken onder de HRA sloegen in als een bom. In *R. v. A.*, een strafzaak die betrekking had op de toelaatbaarheid van bewijs dat het seksuele verleden van het slachtoffer betrof, overwoog Lord Steyn dat artikel 3 HRA de rechter machtigde verder te gaan dan tot dusver gebruikelijk was geweest.⁷⁶ Ambigüiteit was niet noodzakelijk om een EVRM-conforme interpretatie te omhelzen. Maar hij ging verder: 'the niceties of the language' waren volgens Steyn ondergeschikt aan de context van de Conventie. Dat betekende dat de rechter zonodig ook voor een uitleg kon kiezen die de tekst van de wet geweld aandeed. In het voorliggende geval was sprake van een wettekst die tegenbewijs dat het seksuele verleden van slachtoffers betrof categorisch uitsloot tenzij het slachtoffer daarvoor toestemming had gegeven. Deze laatste uitzondering kon volgens Lord Steyn uitgelegd worden als een geïmpliceerde bevoegdheid voor de rechter om bewijs toe te laten wanneer dat nodig was om een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM te garanderen. In de, hiervoor genoemde, zaak *R. v. Offen* had het Court of Appeal reeds voor een soortgelijke lijn gekozen.⁷⁷ Het was duidelijk dat de pleitbezorgers van progressieve EVRM-rechtspraak, zoals Lord Steyn, het tij mee hadden. Niettemin ontlokten de uitspraken naast lof ook kritiek. Volgens sommige schrijvers was de rechtspraak plotsklaps 'extremely creative' geworden.⁷⁸ De vrees begon post te vatten dat rechters het nieuwe instrument van de onverenigbaarverklaring wellicht nodig zouden hebben omdat zij elke zaak wel met de, in *R. v. A.* gehanteerde, redenering konden afdoen.

De Lords reageerden met enkele zeer terughoudende uitspraken. Zonder de lijn van *R. v. A.* expliciet te verlaten, verklaarden zij in de zaak *Anderson* unaniem dat conforme interpretatie in dit geval in strijd was met 'plain legislative intent'.⁷⁹ In *Bellinger & Bellinger* vervolgens, ging het om de vraag of een transsexueel voor de werking van de *Matrimonial Causes Act* kon worden beschouwd als vrouw. De Lords achtten de wettelijke omissie geslachtsverandering te erkennen onverenigbaar met de artikelen 8 en 12 EVRM, maar meenden dat zij daar middels interpretatie niets aan konden doen.⁸⁰ Lord Nicholls onderstreepte de complexe aard van de genderproblematiek en de vergaande consequenties voor allerhande rechtsgebieden. Een dergelijke gevoelige beslissing paste niet goed bij de rechterlijke taak.

In 2004, toen de Lords met hun *leading case* omtrent de reikwijdte van conforme interpretatie kwamen, lagen er dus twee confronterende lijnen in de rechtspraak: de terughoudende lijn van *Anderson* en *Bellinger* versus de 'creatieve' lijn van *R. v. A.* en *Offen*. In een huurkwestie omtrent de gelijke behandeling van ongehuwde homoseksuele stellen, *Ghaidan v. Godin Mendoza*, paktten de Lords uit.⁸¹ Het credo was: verzoening. Geen afwijzing van de ene of de andere leer, maar een elegante poging de terughoudende lijn met de creatieve lijn te verenigen. Lord Nicholls wees de traditionele gedachte dat conforme interpretatie enkel mogelijk was in geval van ambigüiteit expliciet af. *Legislative intent* en de bewoordingen van de bepaling waren niet

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

77 Zie voetnoot 64.

78 C. Gearty, 'Reconciling Parliamentary Democracy and Human Rights', *Law Quarterly Review* 2002, p. 254.

79 HL 25 november 2002 [2002] UKHL 46.

80 HL 10 april 2003 [2003] UKHL 21.

81 HL 21 juni 2004 [2004] UKHL 30.

doorslaggevend. Hij verwees daarvoor naar *R. v. A.* Dat was één. Dat betekende echter niet dat de mogelijkheden schier onbepaald waren. Interpretaties die 'fundamental features' van de wetgeving in kwestie doorkruisten, waren niet mogelijk. De HRA-wetgever had immers uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten dat toekomstige wetgevers in strijd met de Conventie zouden handelen. De rechter had niet de bevoegdheid gekregen dergelijke wetgeving ongedaan te maken. De essentie van de wetgeving moest overeind blijven. Waar dat niet mogelijk was moest worden volstaan met een onverenigbaarverklaring. Als voorbeeld van zo'n geval kon *Anderson* dienen. Dat was twee. Maar daarmee was het verhaal niet uit, want conforme interpretatie was ook onmogelijk wanneer, zoals in *Bellinger*, de conforme wetsuitleg zou leiden tot een integrale modificatie van het wettelijk stelsel. Daarvoor miste de rechter immers de praktische mogelijkheden en de expertise. En dat was drie. Nicholls voegde tot slot nog een nieuwe uitzondering op de plicht van artikel 3 toe. Zouden er verschillende EVRM-conforme interpretaties mogelijk zijn, dan diende de rechter de keuze daartussen eveneens aan de wetgever te laten. De formuleringen in *Ghaidan* zijn de basis geworden voor de latere rechtspraak.⁸² De lijn is sindsdien niet verlaten, hoewel sommige auteurs menen dat zij inmiddels wel is genuanceerd.⁸³ Op dergelijke ontwikkelingen wordt hier echter niet ingegaan. Het wordt tijd voor een afronding.

7 Slotbeschouwing

De vraag die hier centraal stond, was hoe 'gewoon' het EVRM is in de context van het Britse recht. In dat verband is ingegaan op de invloed die het EVRM heeft gehad op de rechtspraak van de hoogste rechter in Engeland en Wales. Die invloed is groot. Dat was zij reeds voor de invoering van de *Human Rights Act* en met de invoering van die wet is deze invloed explosief toegenomen. Dat heeft zijn weerslag gehad, niet slechts op het materiële recht, ook op de fundamenten van het Britse staatsbestel. Uiteraard kan een boom worden opgezet over de vraag of het EVRM het beginsel van parlementaire soevereiniteit nu echt heeft aangetast. De HRA-wetgever lijkt daarvan niet uit te gaan: hij beoogde immers het beginsel te verzoenen met rechterlijke toetsing aan mensenrechten. Niettemin overwoog bijvoorbeeld Lord Hope onlangs nog onder verwijzing naar de HRA dat 'Parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute'.⁸⁴ Of de wet een tussenstation is op weg naar volwaardige constitutionele toetsing, danwel dat het gaat om een bestendige situatie, dat zal de toekomst leren.⁸⁵ Van groter belang is echter de mentaliteitsverandering die het Britse recht sinds de eerste verwijzingen naar het EVRM in de jaren zeventig heeft doorgemaakt. Van een diepgewortelde afkeer van het concept 'mensenrechten' – 'Nonsense upon Stilts' mogen de Britten Bentham graag citeren – naar een samenleving die tot in de wortels doortrokken is van rechten. Van een bestuursrecht dat zijn grondslag vindt in *ultra vires*, in de effectivering van de soevereine rol van het parlement, naar *rights based* bestuursrecht, rechtstreeks op basis van de *Human Rights Act*.⁸⁶

82 Vgl. bijv. HL 5 mei 2005 [2005] UKHL 30 (*Wilkinson*).

83 J. van Zyl Smit, 'The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after *Ghaidan v. Godin-Mendoza*', *Modern Law Review* 2007, p. 294-317.

84 HL 13 oktober 2005 [2005] UKHL 56 (*Jackson v. Attorney-General*).

85 Vgl. Irvine 2003 (*supra* noot 63), p. 311.

86 Zie daarover in algemene zin: Elliott 2001 (*supra* noot 43).

Uzman

De vraag rees in de inleiding of de HRA nog een lang leven beschoren is. Mogelijk wordt de wet ingeruild voor een Britse grondrechtencatalogus. Met een dergelijke catalogus in de hand zal de Britse rechter gemakkelijker dan nu het geval is afstand kunnen nemen van zijn Straatsburgse evenknie, zo is althans de gedachte. Sommige politici achten dat noodzakelijk om het traditionele constitutionele bestel te redden van een doorgeschoten mensenrechtendiscours. Maar het is de vraag of afschaffing van de HRA in dat opzicht veel zal uitmaken. Voor het EVRM stellig niet, zo is mijn inschatting. De stelling van Lord Steyn, dat het EVRM geen incorporatie behoeft in de Britse rechtsorde is weliswaar nog geen gemeengoed, resoluut afgewezen is zij evenmin. Het is bovendien niet ondenkbaar dat in een dergelijk geval de *common law* alsnog in stelling wordt gebracht. Britse juristen mogen per slot van rekening af en toe mopperen op Straatsburg, doorgaans betonen zij zich loyale partners. Het getuigt van weinig realiteitszin te menen dat zij zich ten opzichte van wetgever en bestuur weer zullen gaan gedragen zoals zij dat deden in de zestiger jaren van de vorige eeuw. Daarvoor is het concept mensenrechten inmiddels te diep geworteld in de rechtspraak van de voormalige Lords. Die zijn, om het maar eens neoconservatief uit te drukken, 'safe' gemaakt 'for democracy and human rights'. En daarvoor is niet eens een oorlog nodig geweest.