



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Ongebonden binding: verwijzing naar soft law-standaarden in uitspraken van het EHRM

Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L. van

Citation

Barkhuysen, T., & Emmerik, M. L. van. (2010). Ongebonden binding: verwijzing naar soft law-standaarden in uitspraken van het EHRM. *Njcm-Bulletin*, 35(7), 827-835. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16358>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16358>

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

ONGEBONDEN BINDING

Verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het EHRM

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik *

Samenvatting | In deze bijdrage wordt ingegaan op de verwijzing naar en het gebruik van zogenaamde *soft law standards* in de uitspraken van het EHRM. Verkend wordt hoe dergelijk verwijzen past binnen de interpretatiemethoden die het Hof hanteert en wat de gevolgen hiervan zijn voor de status en bindende kracht van die *soft law* instrumenten. Ook wordt stilgestaan bij kritiek die mogelijk is op deze verwijzingspraktijk. Afgesloten wordt met enkele aanbevelingen voor het Hof ten aanzien van de verwijzingspraktijk.

Trefwoorden | EVRM, EHRM, interpretatie, *soft law*

1 Inleiding: *soft law* als nieuwe trend

Het centrale thema van deze bijdrage ter gelegenheid van het 60-jarige EVRM is verwijzing naar en het gebruik van zogenaamde *soft law standards* in de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de gevolgen hiervan voor de status en bindende kracht van die *soft law* instrumenten. Verwijzingen daarnaar komen in toenemende mate voor¹ en kunnen op een gemengde ontvangst rekenen. Sommigen benadrukken het positieve aspect vanwege de grote bijdrage aan de dynamische ontwikkeling van het recht. Anderen vinden dergelijke verwijzingen problematisch, omdat staten via de bindende kracht van EHRM-uitspraken in feite toch gebonden raken aan normen die juist bewust (nog) geen bindende kracht hebben meegekregen. Alle reden dus voor een eerste verkenning, zeker omdat het aantal *soft law* instrumenten hand over hand toeneemt, mede omdat deze tegemoetkomen aan de *need for speed in (internationale) onderhandelingen over nieuwe normstelling*. Worden partijen het niet snel genoeg eens over een bindende norm, dan kan een *soft law* regel uitkomst bieden.

Een belangrijke vraag die eerst moet worden beantwoord is wat moet worden verstaan onder de in het internationale publiekrecht gebruikelijke term *soft law*. Dat is nog niet zo gemakkelijk. Het gaat om instrumenten of documenten die staten en/of internationale organisaties opstellen zonder dat sprake is van juridisch bindende handelingen, zoals dit bij verdragen en eenzijdige rechtshandelingen juist wel het geval is. Deze vooral politieke handelingen kunnen echter, ondanks hun juridisch niet bindende werking, een belangrijke rol spelen in de totstandkoming en ontwikkeling van het internationale recht. Zo zijn er bijvoorbeeld op het gebied van het internationale milieurecht tal van verklaringen tot stand gekomen, die beogen op vooralsnog niet bindende wijze een zekere consensus tussen staten te ontwikkelen. *Soft law* instrumenten kunnen uiteindelijk ook een bijdrage leveren aan de totstandkoming van internationaal gewoonterecht en zijn vaak een opstapje naar (bindende) verdragen. Daarnaast kunnen zij als inspiratiebron

▪ Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de sector bestuursrecht van de rechtbank Amsterdam. Met dank aan onze collega Hanneke Senden voor haar waardevolle suggesties en onze student-assistent Machteld Claessens voor het vele onderzoekwerk.

1 Zie daarover ook de bijdrage van Kleijssens aan deze bundel.

dienen bij het vullen van lacunes in het recht of de uitleg van wel bindende juridische normen.² Als wij het in deze termen hebben over *soft law* kan daarbij onder meer gedacht worden aan resoluties en verklaringen onder de vlag van de Raad van Europa, allerlei VN-verklaringen op het terrein van het milieu en standaarden van de Wereldgezondheidsorganisatie. Daarnaast kan het gaan om uitspraken en aanbevelingen van internationale rechters en/of toezichthoudende comités die niet bindend zijn voor betrokken partijen dan wel derden.³ Onder de vlag van *soft law* zouden – hoewel niet gebruikelijk – wellicht ook kunnen worden gebracht op zich wel bindende verdragen, maar waaraan een partij in kwestie zelf niet is gebonden.

Daarmee wijkt de definitie die in deze bijdrage wordt gehanteerd enigszins af van die van Senden in haar dissertatie over *soft law* in het Europese Unierecht.⁴ Zij heeft *soft law* gedefinieerd als gedragsregels die worden vastgelegd in instrumenten die als zodanig geen verbindende kracht zijn toegekend, maar die desalniettemin bepaalde (indirecte) juridische effecten kunnen hebben en die gericht zijn op het bewerkstelligen van effecten in de praktijk en deze ook daadwerkelijk hebben. Senden noemt als voorbeelden aanbevelingen, resoluties, (gedrags)codes, adviezen, conclusies, (actie)programma's, mededelingen, bekendmakingen, richtsnoeren etc.⁵

In het kader van deze bijdrage is het toch zaak enige beperking aan te brengen en wordt de aandacht gericht op verwijzingen door het EHRM naar de niet-bindende verklaringen en aanbevelingen binnen het kader van de Raad van Europa en daarnaast de VN.⁶ Ook komen aan de orde verwijzingen naar op zich wel bindende normen waaraan echter de staat in kwestie niet gebonden is. In deze bijdrage zal eerst de praktijk van verwijzing naar deze standaarden door het EHRM worden verkend (paragraaf 2). Vervolgens zal deze worden beoordeeld (paragraaf 3).

2 Een verkenning van de praktijk van verwijzing naar *soft law*

In deze paragraaf wordt een kort beeld geschetst van de verwijzingspraktijk van het Straatsburgse Hof. Vooropgesteld moet worden dat het EHRM zowel bij de interpretatie als bij de toepassing (in het concrete geval) van EVRM-normen van verwijzingen gebruik maakt.⁷ In deze bijdrage

2 Zie J. Wouters, 'Bronnen van het internationaal recht', in: N. Horbach, R. Lefebvre & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag 2007, p. 117-118.

3 Het is overigens goed verdedigbaar dat deze aanbevelingen en uitspraken van 'quasi-rechterlijke' toezichthoudende instanties als gezaghebbende interpretatie van het betreffende verdrag, waar het betrokken land aan gebonden is, wel als bindend worden beschouwd. Zie bijv. CRvB 21 juli 2006, AB 2007, 97, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik ten aanzien van *views* van het VN-Mensenrechtencomité.

4 L.A.J. Senden, *Soft law in European Community Law* (diss. Tilburg), Nijmegen 2003.

5 Idem., p. 507.

6 Zie voor een mooi overzicht met vele voorbeelden J.F. Flauss, 'Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', in: *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Zürich: Schulthess 2002, p. 159-182. Vgl. D. Popovic, 'Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme', in: *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl: Engel Verlag 2007, p. 371-386.

7 Zie nader J.H. Gerards, 'Rechtsvinding door het EHRM', in: T. Barkhuysen, M. Kuijper & R.A. Lawson (red.), *55 jaar EVRM*, Leiden 2006, p. 93-122 en Janneke Gerards & Hanneke Senden, 'The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights', *International Journal of Constitutional Law* 2009, Vol. 7, Number 4, p. 619-653.

zullen we niet te zeer de nadruk leggen op dit onderscheid, dat in de praktijk ook niet altijd scherp te maken valt.⁸

Eerst worden verwijzingen belicht naar allerhande Raad van Europa-instrumenten, daarna komen de standaarden aan de orde die met name onder de vlag van de Verenigde Naties tot stand zijn gekomen. Om te beginnen wordt echter eerst kort iets gezegd over verdragsuitleg in het algemeen aan de hand van het Weens Verdragenverdrag en de uitleg van het EVRM in het bijzonder.

2.1 Verdragsuitleg, in het bijzonder van het EVRM

Het startpunt voor de uitleg van verdragen, waaronder ook het EVRM, wordt gevormd door het uit 1969 stammende Weense Verdragenverdrag (WVV).⁹ Het EHRM heeft bij diverse gelegenheden aangegeven dat de bepalingen van dit Verdragenverdrag ook het uitgangspunt vormen voor de uitleg van het EVRM, ondanks het speciale karakter van dit mensenrechtenverdrag.¹⁰

Artikel 31, eerste lid WVV geeft als algemene regel van interpretatie dat verdragen te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van dit verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van dit verdrag. Hier vindt een verbinding plaats tussen een tekstuele en teleologische interpretatie, terwijl een meer historische interpretatie (op basis van de *travaux préparatoires*) volgens artikel 32 WVV slechts als aanvullende bron van uitleg kan gelden, als de genoemde algemene regel niets oplevert of tot onredelijke of absurde resultaten leidt.¹¹ Bij de algemene uitlegregel moet naast de genoemde context op grond van artikel 31 lid 3 sub c WVV ook rekening worden gehouden met 'any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the parties'. In de *Bosphorus*-zaak verwijst het Hof in dit verband, bijvoorbeeld, uitdrukkelijk naar het beginsel *pacta sunt servanda* en daarmee naar EU-verplichtingen die in het betrokken geschil ook van toepassing waren.¹² Van belang om te vermelden is in het kader van artikel 31 lid 3 sub c WVV dat het moet gaan om bindende 'rules of international law'.¹³

Bij de uitleg van EVRM-bepalingen dient het EHRM uitdrukkelijk de context mee te wegen, namelijk die van een verdrag dat beoogt individuele mensenrechten op effectieve wijze te

8 Zie bijv. F. Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts* (diss. Leuven), Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia 2010, p. 214-217.

9 Het gaat inderdaad slechts om een startpunt voor de verdragsuitlegger met meerdere mogelijke uitkomsten, hetgeen internationale rechters en instanties de nodige flexibiliteit verschaft, zie H. Golsong, 'Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff 1993 en D. French, 'Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules', *ICLQ* 2006, p. 281-314 (op p. 281-282).

10 Zie bijv. EHRM 18 februari 2009, *Andrejeva t. Litouwen* en reeds EHRM 21 februari 1975, *Golder t. Verenigd Koninkrijk* (anticiperend op de inwerkingtreding van het WVV en reeds bestaande regels van internationaal gewoonterecht volgend).

11 Zie J. Klabbers, 'Verdragenrecht', in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag; T.M.C. Asser Press 2007, p. 144-146 met nadere verwijzingen.

12 EHRM 30 juni 2005, *Bosphorus t. Ierland* (Grote Kamer).

13 Zie M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston: Brill 2009, p. 432-435; C. McLachlan, 'The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention', *ICLQ* 2005, p. 279-320.

beschermen.¹⁴ Daarnaast moet de Conventie als geheel worden gelezen en op die manier worden uitgelegd dat er interne consistentie en harmonie tussen de verschillende EVRM-bepalingen bestaat.¹⁵ Voor het EHRM spelen, in het verlengde hiervan of daarnaast, bekende interpretatiemethoden een belangrijke rol. Voor de regelmatige lezers van het *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten* klinken dynamische interpretatie¹⁶ en autonome uitleg¹⁷ vast en zeker als muziek in de oren. Daarnaast maakt het Straatsburgse Hof veelvuldig gebruik van de zogenaamde comparatieve interpretatiemethode op grond waarvan het Hof alleen een nieuwe uitleg van het EVRM geeft als deze kan steunen op voldoende consensus in de verdragsstaten. Bij deze *common ground*-methode kan naast ontwikkelingen in de lidstaten ook gebruik worden gemaakt van internationale verdragen, *soft law* en uitspraken van andere internationale (rechterlijke) instanties,¹⁸ die overigens ook buiten de gevallen van het zoeken naar consensus voor het Hof tot inspiratie kunnen dienen.

2.2 Raad van Europa

Reeds in de beroemde *Marckx*-zaak uit 1979 haakt het Hof voor zijn dynamische, evolutieve interpretatie van het verdrag aan bij twee andere Raad van Europa-conventies waar de betrokken staat geen partij bij was. In dit arrest acht het EHRM het onderscheid in het Belgische (erf)recht tussen wettige en onwettige kinderen in strijd met het recht op familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM) gecombineerd met het discriminatieverbod (art. 14 EVRM). De genoemde Raad van Europa-verdragen betreffende de status van buiten echt geboren kinderen (uit 1962 en 1975) geven volgens het Hof, gevoegd bij de ontwikkelingen in de nationale rechtsstelsels van het merendeel van de EVRM-verdragspartijen uitdrukking aan het ontstaan van een internationale norm van de juridische erkenning van het principe 'mater semper certa est'. Aan deze vaststelling doet volgens het Hof niet af dat de twee bedoelde conventies slechts door een gering aantal lidstaten van de Raad van Europa zijn geratificeerd. Het bestaan ervan is juist een illustratie van 'a clear measure of common ground in this area amongst modern societies', aldus het Hof.¹⁹

In latere jurisprudentie wordt ook veelvuldig verwezen naar niet-bindende instrumenten van organen van de Raad van Europa, in het bijzonder aanbevelingen en resoluties van het Comité van Ministers en de Parlementaire Vergadering.²⁰ Ook vormen bijvoorbeeld opinies van de zogenaamde *Venice Commission* (the European Commission for Democracy through Law, een constitutionele denktank van onafhankelijke deskundigen) geregeld een belangrijke bron

14 Zie bijv. EHRM 4 februari 2005, *Mamatkulov e.a. t. Turkije* (Grote Kamer) en EHRM 29 januari 2008, *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*.

15 Zie bijv. EHRM 6 juli 2005, *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk* (Grote Kamer).

16 'The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions', zie bijv. reeds EHRM 25 april 1978, *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*.

17 Zie bijv. EHRM 21 februari 1984, *Öztürk t. Duitsland (criminal charge in art. 6 EVRM omvat ook administratieve verkeersboete)*.

18 Zie uitgebreid Gerards 2006 (*supra* noot 7), p. 93-122, i.h.b. p. 112-121.

19 EHRM 13 juni 1979, *Marckx t. België*.

20 Zie bijv. EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz t. Turkije* (Grote Kamer). Ook wordt onder meer verwezen naar een nog niet in werking getreden Raad van Europa Verdrag inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade, teneinde de huidige trend voor het zwaarder bestraffen van milieudelicten te onderstrepen.

van inspiratie bij de interpretatie van EVRM-bepalingen.²¹ Hetzelfde geldt voor het werk van de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie,²² terwijl de rapporten van het Europese Comité ter voorkoming van foltering een belangrijke rol spelen bij de uitleg van de begrippen foltering en andere onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM.²³ Ook vinden wel verwijzingen plaats naar uitspraken van het Europees Comité voor Sociale Rechten, dat toezicht houdt op de naleving van het Europees Sociaal Handvest. De recente zaak tegen Nederland inzake onderdak voor minderjarige illegalen²⁴ wordt uitdrukkelijk genoemd in een interim-maatregel die het EHRM heeft genomen in een zaak betreffende een gezin uit Burundi.²⁵

2.3 Verenigde Naties

Het EHRM verwijst veelvuldig naar andere bindende mensenrechteninstrumenten, met name tot stand gekomen onder de vlag van de VN, maar ook bijvoorbeeld naar de jurisprudentie van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Mensenrechten. Zo haalt het Hof veel inspiratie uit de bepalingen van het Kinderrechtenverdrag²⁶ en het Vrouwenverdrag,²⁷ zoals dat ook wordt uitgelegd door de betreffende toezichthoudende comités. Ook naar minder bekende instrumenten wordt verwezen, zoals ten aanzien van de bestrijding van mensenhandel.²⁸

Zoals in de inleiding aangegeven, wordt in deze bijdrage echter de nadruk gelegd op het gebruik door het Straatsburgse Hof van *soft law*. Hierbij moet worden toegegeven dat de reikwijdte van de door het Hof gebruikte VN-verdragen vaak door de toezichthoudende comités, die formeel geen bindende beslissingen nemen, nader wordt ingevuld.

- 21 Zie bijv. EHRM 15 januari 2009, *Menchinskaya t. Rusland* (opinie van de Venice Commission inzake Europese standaarden voor het ambt van openbare aanklager). Zie nader de bijdrage van Van Dijk aan deze bundel.
- 22 Zie bijv. *D.H. e.a. t. Tsjechië* inzake discriminatie in het onderwijs van Roma-kinderen (ook verwijzingen naar diverse aanbevelingen van Comité van Ministers en Parlementaire Vergadering).
- 23 Zie bijv. EHRM 29 april 2003, *Nazarenko t. Oekraïne*.
- 24 ECSR 27 oktober 2009, *DCI t. Nederland*, *NJCM-Bulletin* 2010, p. 205 e.v., m.nt. Buyse, *EHRC* 2010, 55, m.n. Donders & Brouwer.
- 25 Interim maatregel van 21 mei 2010 (nr. 15112/10), *NJCM-Bulletin* 2010, p. 575. Zie nader over het inlezen van ESH-rechten in het EVRM de bijdrage van Vlemminx aan deze bundel.
- 26 Zie bijv. EHRM 6 juli 2010, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland* (kinderontvoeringszaak, schending art. 8 EVRM bij ten uitvoerleggen verplichtingen op grond van het Haagse Kinderontvoeringsverdrag. Het Hof overweegt onder meer onder verwijzing naar het IVRK 'that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount'. Ook noemt het Hof in deze context art. 24, tweede lid van het EU-grondrechtenhandvest. Zie verder bijv. EHRM 16 december 1999, *V. & T. t. Verenigd Koninkrijk*; het Hof verwijst onder meer naar de door de Algemene Vergadering van de VN aangenomen Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ('the Beijing Rules') en naar een rapport van het VN-Kinderrechtencomité waarin de leeftijd waarop minderjarigen in het Verenigd Koninkrijk strafrechtelijk kunnen worden vervolgd, wordt bekritiseerd.
- 27 Zie bijv. EHRM 9 juni 2009, *Opuz t. Turkije* (schending art. 3 EVRM door onvoldoende bescherming tegen huiselijk geweld). Het Hof verwijst daarnaast naar de jurisprudentie van het Inter-Amerikaanse Mensenrechten Hof alsmede naar de een Inter-Amerikaans Verdrag inzake de aanpak van geweld tegen vrouwen (de zogenaamde Belém do Pará Conventie uit 1994).
- 28 EHRM 7 november 2010, *Rantsev t. Cyprus en Rusland* (verwijzing naar het op het moment van de gewraakte feiten voor beide landen nog niet in werking getreden VN-Palermo Protocol en het Raad van Europa Verdrag inzake de bestrijding van mensenhandel; Cyprus werd pas later partij en Rusland is dat nog steeds niet).

In de Straatsburgse jurisprudentie zijn onder meer verwijzingen te vinden naar de praktijk van het Comité inzake Vakverenigingsvrijheid van de Internationale Arbeidsorganisatie,²⁹ terwijl in een Zweedse zaak inzake windmolens geluidsnormen van de Wereldgezondheidsorganisatie een rol spelen bij de inkleuring van het door artikel 8 EVRM beschermde privéleven.³⁰ In het kader van artikel 2 EVRM heeft het Hof uitgebreid verwezen naar beginselen van de VN inzake het voorkomen van buitengerechtelijke en willekeurige executies. Het EHRM onderbouwt hiermee de stelling dat overheidsfunctionarissen slechts bewust dodelijk vuur kunnen gebruiken als dit strikt noodzakelijk is om menselijke levens te beschermen.³¹

Ook wordt zo nu en dan uitdrukkelijk verwezen naar bepalingen uit de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens.³² Flauss schrijft reeds in 2002 dat het enorme corpus van *soft law* dat onder de vlag van de VN tot stand is gekomen, onmiskenbaar een belangrijke bron van inspiratie is bij de uitleg van het EVRM.³³ In de jaren daarna heeft deze trend zich zeker voortgezet.³⁴

2.4 Verdragen waaraan een verdragspartij zich (uitdrukkelijk) niet gebonden heeft

Een belangrijk uitgangspunt in de jurisprudentie van het Hof bij het zoeken naar een *common ground* is dat de relevante, internationale instrumenten niet per se door de betrokken staat hoeven te zijn geratificeerd. Een vraag is of het in dit verband nog uitmaakt of de betrokken staat zich uitdrukkelijk niet gebonden heeft aan het de betrokken internationale standaard. Interessant is om in dit verband de zaak *Demir & Baykara* kort te belichten. In casu betreft het twee Turkse gemeenteambtenaren die klagen over schending van het recht op vakbondsvrijheid en het recht op collectieve onderhandelingen. Zij beroepen zich op artikel 11 EVRM. In zijn kameruitspraak is het Hof unaniem van oordeel dat artikel 11 EVRM geschonden is, onder meer omdat collectieve onderhandelingen een wezenlijk onderdeel van de vakbondsvrijheid vormen. Het Hof hecht hierbij veel waarde aan de artikelen 5 en 6 Europees Sociaal Handvest. Dit ESH is weliswaar door Turkije geratificeerd maar uitgerekend met uitzondering van deze specifieke bepalingen. Het belangrijkste verweer van de Turkse regering in de procedure voor de Grote Kamer is dan ook dat het EHRM bij de interpretatie van het EVRM geen gebruik mag maken van verdragen die niet door Turkije zijn geratificeerd. De Grote Kamer van het Hof neemt deze gelegenheid te baat om zijn interpretatiemethoden – zoals die hiervoor al aan de orde kwamen – nog eens netjes op een rijtje te zetten.³⁵ Het Hof roept in herinnering dat het bij de zoektocht naar een zogenaamde *common ground* in de standaarden van internationaal recht nooit onderscheid heeft

29 EHRM 30 juni 1993, *Sigurður A. Sigurjonsson t. IJsland* (negatieve vakverenigingsvrijheid wordt ook in art. 11 EVRM gelezen).

30 EHRM 26 februari 2008, *Fägerskiöld t. Zweden* (ontv.besl.).

31 EHRM 27 september 1995, *McCann t. Verenigd Koninkrijk* inzake het neerschieten door Britse veiligheidstroepen van een vermeende IRA-terrorist in Gibraltar.

32 Zie nader Flauss 2002 (*supra* noot 6). Zie recenter bijv. EHRM 12 november 2008, *Demir & Baykara t. Turkije*, par. 73 en EHRM 29 juli 2010, *Shchukin e.a. t. Cyprus*, par. 144.

33 Flauss 2002 (*supra* noot 6), 179-180.

34 Zie bijv. EHRM 26 februari 2008, *Fägerskiöld t. Zweden* (ontv.besl.).

35 EHRM 12 november 2008, *Demir & Baykara t. Turkije*. Zie in dit verband nader de noot van Senden in *NJCM-Bulletin* 2009, p. 407 e.v.

gemaakt naargelang de vraag of deze ondertekend of geratificeerd waren door de betrokken staat. Voor het Hof is het voldoende dat de relevante internationale instrumenten een voortdurende ontwikkeling aanduiden binnen de normen en beginselen, die worden toegepast in het internationale recht dan wel het nationale recht van de meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa en hiermee op een specifiek terrein laten zien dat sprake van een *communis opinio* binnen moderne maatschappijen.

Vervolgens brengt het Hof deze interpretatiemethoden in deze casus in de praktijk. De ruime uitleg van artikel 11 EVRM (vakbondsvrijheid en recht op collectieve onderhandelingen voor ambtenaren) en daarmee de restrictieve interpretatie van mogelijke beperkingen voor leden van het ambtelijke apparaat van de staat, wordt volgens het Hof ondersteund door talrijke instrumenten op internationaal en Europees niveau en de praktijk in de meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa.³⁶ Het Hof verwijst ook uitdrukkelijk naar een aantal ILO-Conventionies³⁷ op dit terrein waaraan Turkije, anders dan aan de relevante ESH-bepalingen, wel gebonden is. Uit het samenspel van internationale, Europese en nationale normen komt het Hof uiteindelijk tot de genoemde interpretatie van artikel 11 EVRM. Het gebruikt hierbij dus onder meer de genoemde ILO-Conventionies, zoals ook uitgelegd door het betreffende toezichthoudende comité. In de ogen van de Turkse regering krijgt zij echter verplichtingen opgelegd die zij naar haar zeggen uitdrukkelijk niet heeft aanvaard.

2.5 Een intermezzo: de zaak Oluic tegen Kroatië

Een recente illustratie van verwijzing naar *soft law* in de Straatsburgse jurisprudentie vormt de zaak *Oluic t. Kroatië*.³⁸ In deze zaak staat centraal de klacht van mevrouw Oluic over de jarenlange geluidshinder door een nachtcafé in het appartementencomplex waar zij woonachtig is, terwijl de lokale autoriteiten ondanks herhaalde verzoeken daartoe weigerden handhavend op te treden. Hiermee zijn haar rechten onder artikel 8 EVRM, zo stelt zij, geschonden. Het Hof geeft haar gelijk en constateert een schending van artikel 8. Daarbij is voor het Hof van belang dat diverse keren na metingen door onafhankelijke deskundigen is vastgesteld dat de (nationale) geluidsstandaarden overschreden waren, terwijl de autoriteiten nalatig bleven de noodzakelijke handhavingsmaatregelen te treffen. Bovendien stond vast dat de dochter van klaagster hierdoor kampte met een gehoorbeschadiging. Bij het constateren van een schending van artikel 8 EVRM spelen door de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) ontwikkelde – niet-bindende – grenswaarden een belangrijke rol. Het betreft hier concrete, uitgewerkte richtlijnen in decibellen voor dag en nacht en voor eenmalig en voortdurend geluid. Grosso modo gaat het om waarden overdag vanaf 50, maximaal 55 dB buiten (gevelbelasting). In de nacht mag de gemiddelde geluidsbelasting buiten niet hoger zijn dan 45 dB, zodat mensen met open raam kunnen slapen. Daarbij geldt dat de geluidsreductie van buiten naar binnen met een open raam wordt geschat op 15 dB

36 Art. 11, tweede lid, EVRM bepaalt uitdrukkelijk dat deze bepaling niet verbiedt dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de staat.

37 In het bijzonder ILO-Conventionie no. 98 inzake het recht op collectieve onderhandelingen (door Turkije in 1952 geratificeerd) en ILO-Conventionie no. 87 inzake het recht van ambtenaren om vakbonden op te richten (door Turkije in 1993 geratificeerd en inmiddels ook in de Turkse Grondwet opgenomen).

38 EHRM 20 mei 2010, *Oluic t. Kroatië*.

waarmee de belasting in een woning onder 30 dB blijft. Boven deze waarden is er volgens de WHO sprake van 'overlast' (overigens geldt in veel Europese landen voor nieuwe projecten een strengere norm van 40 dB).³⁹ In de eerder aangehaalde ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Fägerskiöld* kwamen deze WHO-normen ook reeds aan de orde, zij het dat het Hof in die zaak constateerde dat de geluidsbelasting niet ernstig genoeg was om een inbreuk op artikel 8 EVRM aan te nemen. Vermeldenswaard is dat in deze Zweedse zaak het Hof wel de mogelijkheid openhield dat door een overschrijding van de WHO-normen, artikel 8 EVRM wordt geschonden, terwijl – anders dan in de Kroatische zaak – geen sprake is van overtreding van terzake geldende nationale (geluids)normen. Al met al lijken de niet bindende WHO-normen een zeer concrete invulling te geven aan de toepassing van artikel 8 EVRM op het terrein van (ernstige) geluids-overlast.⁴⁰ Een mooi voorbeeld van de concrete betekenis van *soft law* normen bij de interpretatie en toepassing van het EVRM.

3 Uitleiding: beoordeling van de verwijzingspraktijk

Verwijzingen naar *soft law* instrumenten door het EVRM zijn nu reeds talrijk en zullen waarschijnlijk alleen maar toenemen. Daaraan ten grondslag ligt het feit dat enerzijds de formulering van de verdragsrechten in het EVRM vastligt en dus niet mee kan veranderen met recente rechtsontwikkelingen,⁴¹ terwijl anderzijds de ontwikkeling van nieuwe rechtsnormen op nationaal en internationaal niveau tegenwoordig steeds vaker begint met *soft law*.

In het licht van deze constatering is het problematisch dat de verwijzingspraktijk van het EHRM er geen blijk van geeft te zijn gebaseerd op weldoordachte uitgangspunten. Eigenlijk valt er geen lijn te ontdekken en kan de conclusie moeilijk anders luiden dan dat het Hof er voor kiest te verwijzen wanneer dat goed uitkomt om een bepaalde gewenste uitkomst (interpretatie van een verdragsbepaling) te rechtvaardigen. Dit is eerder door verschillende auteurs aangeduid met 'cherry picking'.⁴² Daarnaast valt op – en dat ligt in het verlengde daarvan – dat het Hof ook geen moeite doet te motiveren waarom er al dan niet gebruik wordt gemaakt van verwijzingen naar *soft law*. Verwijzingen komen daardoor voor (één van de) partijen vaak als een verrassing.

Nu kan voor deze houding van het EHRM wel enig begrip worden opgebracht. Er is namelijk sprake van een inherente spanning als het gaat om de positie van een internationale (mensen)rechter op dit punt. Aan de ene kant dient deze op zo effectief mogelijke wijze individuele mensenrechten te beschermen door een ruime interpretatie van betrokken bepalingen te volgen, zo nodig gestaafd met allerlei niet bindende internationale instrumenten. Zo kan de toepassing van de hiervoor genoemde WHO-geluidsnormen worden toegejuicht, zeker gezien het feit dat vele nationale Europese normen op dit terrein nog iets hogere eisen lijken te stellen. Aan de andere kant moet deze rechter echter ook de betrokken verdragspartijen niet te zeer voor het

39 Zie voor de precieze uitwerking rechtsoverwegingen 28-31 van het genoemde arrest *Oluic* en de noot van Barkhuysen & Van Emmerik in AB 2008, 225 onder EHRM 26 februari 2008, *Fägerskiöld t. Zweden* (ontv.besl.).

40 Zie nader de noot van A. Bos bij de zaak *Oluic* in TMA 2010, p. 1778 e.v., met ook uitgebreid aandacht voor de Nederlandse standaarden terzake.

41 Wel zou denkbaar zijn een verdragswijziging maar die ligt niet voor de hand, aangezien alle 47 verdragspartijen daarmee zouden moeten instemmen

42 Bijv. Gerards 2006 (*supra* noot 7), p. 117-120.

hoofd stoten en niet, in ieder geval niet te opzichtig als een soort wetgever-plaatsvervanger staten aan allerlei nieuwe regels binden, zonder dat deze daar volgens de gebruikelijke procedures (verdragssluiting, nationale parlementaire goedkeuring etc) uitdrukkelijk toe hebben kunnen verbinden. Dit klemt temeer aangezien de herkomst en totstandkoming van deze *soft law* normen niet altijd goed kan worden achterhaald.

Het is een goede zaak dat de diverse interpretatiemethoden de internationale (rechterlijke) instanties de nodige flexibiliteit geven teneinde te komen tot een zo effectief mogelijke mensenrechtenbescherming, maar zij moeten dus wel prudent omgaan met deze vrijheid.⁴³ Wordt dit verzuimd dan loopt het Hof datgene kwijt te raken waarvan het geheel afhankelijk is, namelijk de legitimatie van zijn uitspraken en de daarmee verband houdende acceptatie daarvan door partijen.⁴⁴

Wat te doen? Vooropgesteld moet worden dat rechterlijke interpretatie niet volgens wiskundige of natuurkundige principes plaats kan vinden en dus altijd – in ieder geval meer dan op deze terreinen – een zekere onvoorspelbaarheid en willekeurigheid met zich mee brengt. De rechter balanceert – vrij naar Wiarda – namelijk in dat kader steeds tussen zijn rol als spreekbuis van de wet, wetsvertolker en die van goede persoon oordelend naar billijkheid, waarbij de laatste decennia meer het accent op die laatste rol is komen liggen, ook bij de toepassing van het EVRM.⁴⁵ Tegelijkertijd dient het risico van afnemende legitimatie uiterst serieus te worden genomen. Uiteindelijk kan dat risico zo klein mogelijk worden gehouden door uitspraken adequaat te motiveren.⁴⁶ Indien het EHRM verwijzing naar *soft law* overweegt zou het in de uitspraken overtuigend moeten kunnen aangeven: waarom de verwijzing nodig is bij de toepassing van de EVRM norm in kwestie, waarom het specifieke *soft law* instrument waarnaar wordt verwezen inhoudelijk relevant is en waarom het instrument een dusdanige status (ook qua herkomst) heeft dat het kan bijdragen aan de invulling van een wel bindende EVRM-norm. Door deze vragen structureel te beantwoorden in voorkomende casus kan er een corpus aan verwijzingsjurisprudentie ontstaan waarin wel lijn valt te ontdekken als gevolg waarvan verwijzingen in concreto die in deze lijn passen eerder worden geaccepteerd. Deze verwijzingsjurisprudentie zou een extra impuls krijgen wanneer het Hof bereid zou zijn om partijen alvorens uitspraak te doen expliciet zou uitnodigen hun visie op een eventuele verwijzing te geven zowel in het geval een van de partijen een dergelijke verwijzing zelf voorstaat en kenbaar heeft gemaakt als in gevallen waarin het Hof dit mogelijk eigener beweging doet. Gelet op de enorme werklast van het Hof zou in ieder geval de Grote Kamer bereid moeten zijn hieraan aandacht te besteden. Of dat daadwerkelijk gebeurt, moet worden afgewacht: net als *soft law* zijn de suggesties in deze bijdrage voor het Hof immers niet bindend...

43 Vgl. ook French 2006, (*supra* noot 9), p. 313-314.

44 Zie diverse bijdragen aan N. Huls, M. Adams & J. Bomhof (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009.

45 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt en van een nawoord voorzien door T. Koopmans, Deventer: Kluwer 1999.

46 Vgl. in deze zin ook Gerards 2006 (*supra* noot 7); Senden 2009 (*supra* noot 35).