



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Annotation: EHRM 2008-09-23**

Koffeman, L.J.; Koffeman, N.R.

### **Citation**

Koffeman, L. J., & Koffeman, N. R. (2008). Annotation: EHRM 2008-09-23. *Njcm-Bulletin*, 34, 256-267. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14216>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14216>

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

# RECHTSPRAAK

## RAAD VAN EUROPA

### IN DIENST TREDEN VAN DE KERK; AFSTAND DOEN VAN RECHTEN? OVER ARTIKEL 6 EVRM EN DE RECHTSPOSITIE VAN GEESTELIJKEN

- Europees Hof voor de Rechten van de Mens 23 september 2008  
Ahtinen t. Finland (appl. no. 48907/99) •

Met noot van Leo Koffeman & Nelleke Koffeman<sup>1</sup>

*Kan een geestelijke door in dienst te treden van de kerk afstand doen van zijn recht op toegang tot de rechter in geval van gedwongen overplaatsing? Wanneer – zoals in deze Finse casus – zijn belang bij een redelijk overplaatsingsbesluit op nationaal niveau niet als 'recht' erkend wordt, is artikel 6 EVRM niet van toepassing en heeft betrokkene geen recht op toegang tot de rechter. De positie van de kerk ten opzichte van de staat lijkt daarbij een grote rol te spelen. In Nederland heeft de scheiding tussen kerk en staat anders vorm gekregen dan in Finland. Het Nederlandse recht erkent bij dergelijke overplaatsingsgeschillen wél de toegang tot de rechter. Op een vergelijkbaar Nederlands geschil is artikel 6 EVRM dus wél van toepassing. Hoe moet deze rechtsongelijkheid binnen de Raad van Europa gewaardeerd worden? En in hoeverre kan überhaupt afstand gedaan worden van EVRM-rechten?*

#### DE FEITEN

Sinds 1988 is de heer Ahtinen als priester in de parochie van Rovaniemi (de hoofdstad van Lapland) in dienst van de Finse Evangelisch-Lutherse Kerk. In mei 1998 ontvangt hij – om niet in de uitspraak opgenomen redenen – een waarschuwing van het kathedraal kapittel (het bestuursorgaan van het bisdom, hierna: 'het kapittel'). Deze waarschuwing wordt bij uitspraak van onbekende datum door de hoogste nationale bestuursrechter bevestigd. Op 15 september van dat jaar besluit het kapittel Ahtinen per november 1998 over te plaatsen naar de parochie van Keminmaa, op meer dan honderd kilometer afstand van zijn woonplaats Rovaniemi. Ter onderbouwing van het besluit voert het kapittel aan dat er in Keminmaa een functie vacant is en dat het aan het kapittel is om daar een geschikte kandidaat voor te vinden. Bovendien zou Ahtinen zelf hebben aangegeven moeite te hebben met de vervulling van zijn functie binnen de parochie van Rovaniemi. Ahtinen stemt niet in met het overplaatsingsbesluit. Naar zijn

- Samenstelling Hof (Vierde sectie): Bratza (President), Bonello, Björgvinsson, Šikuta, Hirvelä, Bianku en Vučinić.
- Prof. dr. L.J. Koffeman is hoogleraar kerkrecht en oecumene aan de Protestantse Theologische Universiteit (Utrecht, Kampen en Leiden). N.R. Koffeman LL.M. is promovenda aan het Europa Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. De auteurs danken Rick Lawson voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze annotatie.

oordeel zijn er geen wettelijke gronden om hem zonder zijn instemming over te plaatsen. Op grond van de Finse wet op de kerkgenootschappen (*Church Act*) staat tegen een dergelijk overplaatsingsbesluit echter geen beroep open. Hoewel op grond van deze wet voor een ieder wiens belangen door een besluit van het kapittel worden geraakt administratief beroep open staat, is die mogelijkheid uitdrukkelijk uitgesloten voor besluiten met betrekking tot de aanstelling van geestelijken in dienst van de kerk, de aanvang en beëindiging van hun dienstverband, de proeftijd en hun werkzaamheden. In die gevallen staat nog wel buitengewoon beroep bij de hoogste Finse administratieve rechter open, waarbij de rechter enkel toetst of de besluitvorming aan procedurele waarborgen voldoet.

Omdat het gewone administratieve beroep voor hem niet open staat, stelt Ahtinen op 30 september 1998 buitengewoon beroep in. Bij beslissing van 9 maart 1999 laat de hoogste Finse bestuursrechter het besluit van het kapittel in stand, zonder de merites van de zaak te beoordelen:

#### KLACHT IN STRAATSBURG

Op 29 april 1999 dient Ahtinen een klacht in bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Hij beroept zich op artikelen 6, 8 en 13 EVRM. Onder artikel 6 klaagt hij dat hij geen eerlijk proces heeft gehad omdat hij (1) niet is gehoord over de redenen voor zijn overplaatsing en (2) het kapittel partijdig was door deelname van de vicaris (leider van een plaatselijk pastoraal team) van de parochie aan de besluitvorming. Het Hof gaat uit eigen beweging bovendien na of artikel 2 van het Vierde Protocol op de klacht van toepassing is. Bij beslissing van 31 mei 2005 verklaart het Hof alleen de klacht onder artikel 6 EVRM ontvankelijk; de andere klachten acht het Hof kennelijk ongegrond, en dus niet-ontvankelijk.

Voor het EHRM voert de Finse regering drie alternatieve argumenten aan. Ten eerste betwist zij de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op het voorliggende geval. De regering erkent dat klager weliswaar een ambtenaar is, maar meent dat hij geen burgerlijk recht heeft nu het betwiste besluit niet de beëindiging van zijn aanstelling als priester betreft, maar slechts zijn overplaatsing: de priester is daarbij in dienst van het bisdom en niet van de parochie. Alternatief voert de Finse regering aan dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is en dat de inbreuk op dat recht die in het voorliggende geval gemaakt is een gerechtvaardigd doel diende – namelijk de noodzaak om de taken van parochies te vervullen in overeenstemming met de behoeftes van alle verschillende parochies – en dat deze inbreuk proportioneel was. In de derde plaats voert de regering aan dat het buitengewone beroep dat tegen het besluit openstond voldoende remedie bood.

## UITSpraak

(...)

### THE LAW

#### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

(...)

##### B. The Court's assessment

37. The Court will examine whether Article 6 applies to the proceedings in issue. It recalls that Article 6 § 1 secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the "right to a court", of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only (see *Golder v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Series A no.18, p. 18, § 36).

38. This right to a court "extends only to 'contestations' (disputes) over (civil) 'rights and obligations' which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law; Article 6 § 1 does not in itself guarantee any particular content for (civil) 'rights and obligations' in the substantive law of the Contracting States" (see, *inter alia*, *James and Others v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, pp. 46-47, § 81, and *Powell and Rayner v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1990, Series A no. 172, p.16, § 36). Article 6 § 1 will however apply to disputes of a "genuine and serious nature" concerning the actual existence of a right as well as to the scope or manner in which it is exercised (see *Bentham v. the Netherlands* judgment of 23 October 1985, Series A no. 97, p. 15, § 32). In assessing therefore whether there is a civil "right", the starting-point must be the provisions of the relevant domestic law and their interpretation by the domestic courts (see *Masson and Van Zon v. the Netherlands*, judgment of 28 September 1995, Series A no. 327-A, p. 19, § 49; *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 120, ECHR 2005-...). In carrying out this assessment, it is necessary to look beyond the appearances and the language used and to concentrate on the realities of the situation (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, judgment of 24 June 1982, Series A no. 50, pp. 20-21, § 38; *Roche v. the United Kingdom*, cited above, § 121).

39. In the present case, from 1988 the applicant had worked as a parish priest in the parish of Rovaniemi until his assignment was withdrawn and he was transferred to serve in another parish in 1998. The transfer was based on the unilateral decision of the Cathedral Chapter against which no ordinary appeal lay. The applicant lodged an extraordinary appeal with the Supreme Administrative Court with a view to having the decision set aside. Chapter 6, section 8a(6), of the Church Act makes the lawfulness of the measure in issue subject to only one condition: there has to be "a justified reason" for making such a decision (see paragraph 9 above). The transfer of parish priests is therefore a matter within the discretion of the Cathedral Chapter, a factor which argues against the existence of a "right" (compare and contrast *De Moor v. Belgium*, judgment of 23 June 1994, Series A no. 292-A, § 43).

40. For the Court, this latter conclusion is confirmed by the following domestic law considerations. Firstly, the transfer of a parish priest's assignment may take place without his or her consent. Secondly, no appeal lay against a decision like the one in issue and it is clear that the legislator had not intended to provide for any judicial determination of the merits of grievances filed by clergymen wishing to contest the change of their place of service. It is to be noted in this latter connection that in the domestic proceedings, the Cathedral Chapter declared that it was an old tradition that a parish priest could be transferred to another parish with or without his consent, if the transfer was considered to be in the interests of the Church. The Court's conclusion regarding the non-existence of a substantive right is not affected by the limited

review possibility offered by means of an extraordinary appeal. The Court also notes that the legislator has in 2003, albeit in connection with an amendment concerning posts in the National Ecclesiastical Board and the Cathedral Chapter, taken the opportunity to reaffirm that the Constitution does not require the availability of an appeal (see paragraph 31 above).

41. As for the position of the Evangelical Lutheran Church under Finnish law, the Court notes that it has the right to administer its own affairs (see paragraph 17 above). It is independent in matters such as the appointment of its priests and the latter's service. The relevant legislation leaves it to the Church as employer to determine the period and place of pastoral activity. The Court notes that when accepting ecclesiastical employment, parish priests are aware of the possibility that they may later be transferred to another post. Hence, the applicant, by agreeing to serve as a parish priest within the Church, undertook to abide by the rules of his church incorporated in the Church Act and the Church Rules of Procedure.

42. The Court has already found that Article 6 § 1 was not applicable to proceedings in which priests of the Czechoslovak Hussite Church had challenged the termination, by the authorities of their church, of their clerical service (see *Duda and Dudoová v. the Czech Republic* (dec.), no. 40224/98, 30 January 2001). In that case, the Court concurred with the domestic courts' findings that the judicial determination of issues such as the continuation of a priest's service within a church would be contrary to the principles of autonomy and independence of churches guaranteed by, *inter alia*, the Charter of Fundamental Rights and Freedoms. In the present case, the subject matter is of a less serious nature than in the afore-mentioned case.

43. Summing up, no basis has therefore emerged in the domestic law or the Court's case-law for holding that the applicant had a "right" within the meaning of Article 6. The Court cannot but conclude that Article 6 does not apply to the present case. There has therefore been no violation of that provision.

(...)

## NOOT

1. Een op het oog niet wereldschokkende uitspraak kan toch interessante vragen oproepen. In deze noot zullen achtereenvolgens besproken worden: het bestaan van een recht onder het EVRM (nrs. 2-4); overplaatsing van een priester zonder diens instemming (nrs. 5-6); afwezigheid van een beroepsmogelijkheid tegen een overplaatsingsbesluit (nrs. 7-9); de verhouding tussen kerk en staat (nrs. 10-11) en afstand doen van EVRM-rechten (nrs. 12-14). Waar dat relevant is, wordt de Finse situatie vergeleken met de Nederlandse regelgeving en praktijk. Centraal staat daarbij de vraag in hoeverre een geestelijke in dienst van een kerk in Nederland – waar de kerk een geheel andere positie heeft ten opzichte van de staat dan de Evangelisch-Lutherse Kerk in Finland – wél een 'recht' in de zin van artikel 6 EVRM heeft.

*Het bestaan van een 'recht' onder artikel 6 EVRM*

2. Artikel 6 EVRM omvat het recht op toegang tot de rechter.<sup>1</sup> In het bijzonder bepaalt het eerste lid van dit artikel dat 'bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen' een ieder recht heeft op een eerlijk proces. Een eerste vraag die in een voorliggend geval moet worden beantwoord is dan ook of er überhaupt wel 'rechten' of 'verplichtingen' in de zin van

1 O.a. EHRM 25 februari 1975, *Golder t. het Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 4451/70, NJ 1975, 462 (m.nt. E.A. Alkema), r.o. 36.

dit artikel in het geding zijn. De hier besproken zaak *Ahtinen* draait precies om die vraag: staan er bij een geschil rond overplaatsing van een priester naar een andere parochie 'rechten' op het spel? Heeft een priester er recht op dat hij alleen kan worden overgeplaatst naar een andere parochie wanneer hij daarmee instemt? Volgens vaste rechtspraak van het Straatsburgse Hof is artikel 6 EVRM alleen van toepassing op geschillen over rechten en verplichtingen waarvan op goede gronden gesteld kan worden dat zij erkend zijn onder nationaal recht.<sup>2</sup> Met andere woorden: pas wanneer een belang op nationaal niveau als recht erkend wordt, kan op grond van artikel 6 EVRM aanspraak worden gemaakt op rechtsbescherming.<sup>3</sup>

3. In *Ahtinen* stelt het Hof vast dat naar Fins recht een dergelijk overplaatsingsbesluit aan slechts één criterium wordt getoetst: het besluit is rechtmatig indien er een gerechtvaardigde reden voor bestaat. Volgens het Hof valt de kwestie daarmee binnen de beoordelingsbevoegdheid van het kapittel, hetgeen een factor is die het bestaan van een 'recht' tegensprekt. Het lijkt erop dat het Hof met deze overweging had kunnen volstaan en direct over had kunnen gaan tot de slotsom. Immers, nationaal recht is bepalend bij de vraag of er een recht is in de zin van artikel 6 EVRM en uit dat nationale recht blijkt duidelijk dat een dergelijk recht niet bestaat. 'Punt' zou je zeggen. Het Hof voegt echter nog een paar overwegingen toe om zijn conclusie kracht bij te zetten. Het Hof ziet de conclusie dat er in het geval van *Ahtinen* geen recht bestaat namelijk bevestigd in verschillende overwegingen uit nationaal recht: (1) naar Fins recht kan een parochiepriester zonder diens instemming worden overgeplaatst en (2) in het Finse recht staat geen beroep open tegen een dergelijk overplaatsingsbesluit. Daarnaast besteedt het Hof aandacht aan de autonome positie van de Finse Evangelisch-Lutherse Kerk onder Fins recht. Het Hof overweegt dat wanneer parochiepriesters hun functie aanvaarden, zij ervan op de hoogte zijn dat ze kunnen worden overgeplaatst. Anders gezegd, door aanvaarding van zijn functie, onderwierp *Ahtinen* zich aan de *Church Act* en de *Church Rules of Procedure*. Nog voordat het überhaupt kon ontstaan, heeft hij afstand gedaan van zijn recht om alleen overgeplaatst te kunnen worden als hij daarmee instemt alsook om het overplaatsingsbesluit door een rechter te laten toetsen. Dit element van afstand doen van rechten zal hieronder (nr. 12-14) nader besproken worden. Door deze extra overwegingen is niet geheel duidelijk of alleen de combinatie van deze overwegingen tot de conclusie leidt dat er geen recht in de zin van artikel 6 EVRM is, of dat ze als overwegingen 'ten overvloede' gezien moeten worden. De uitspraak geeft de indruk dat met name de combinatie met de autonome positie van de Kerk bepalend is.

4. Een meer principiële vraag is of het reeds geruime tijd toegepaste criterium dat nationaal recht bepalend is bij de vraag of iemand een recht in de zin van artikel 6 EVRM heeft, niet inmiddels achterhaald is. Hierdoor verschilt de draagwijdte van artikel 6 EVRM immers van

2 EHRM 28 juni 1978, *König t. Duitsland*, appl. no. 6232/73, NJ 1980, 54, r.o. 88-89 en EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 8793/79, NJCM-Bulletin 1986, p. 546 (m.nt. AWH), r.o. 81.

3 Vgl. E.A. Alkema in zijn noot bij EHRM 6 mei 2008, *Ladbrokes Worldwide Betting t. Zweden*, appl. no. 27968/05, NJ 2008, 617.

staat tot staat.<sup>4</sup> Biedt het Hof daarmee niet een te magere effectieve rechtsbescherming? Steeds vaker passeert het Hof nationale wetgeving met het argument dat er inmiddels een Europese consensus zou zijn ontstaan.<sup>5</sup> Waarom wordt dan bij deze vraag onder artikel 6 EVRM, die betrekking kan hebben op zeer uiteenlopende geschillen, zoveel gewicht toegekend aan overwegingen van nationaal recht? Deze vraag is des te prangender nu – zoals hierna onder nr. 10 besproken – blijkt dat er tussen de Verdragspartijen op dit punt geen rechtsgelijkheid en dus geen consensus bestaat.

*Overwegingen van nationaal recht: overplaatsing zonder instemming*

5. Eén van de overwegingen uit nationaal recht, die voor het Hof meewegen in het oordeel dat er geen sprake is van een recht in de zin van artikel 6 EVRM, is het gegeven dat – zo overweegt het Hof – een parochiepriester zonder diens instemming kan worden overgeplaatst (r.o. 40). Zoals het kapittel had geconstateerd, is het een oude traditie binnen de Finse Evangelisch-Lutherse Kerk dat overplaatsing zonder instemming mogelijk is indien dat in het belang van de Kerk wordt geacht. Het feit dat een besluit zonder instemming van betrokkene kan worden genomen, impliceert echter niet automatisch dat betrokkene dit besluit niet meer aan een rechter voor kan leggen.

6. In Nederland zijn disciplinaire maatregelen tegen geestelijken in praktisch alle kerken mogelijk. Verwijdering uit de gemeente/parochie waar betrokkene werkzaam is, kan daarbij een sanctie zijn. De precieze regelgeving verschilt van kerkgenootschap tot kerkgenootschap.<sup>6</sup> In de Rooms-Katholieke Kerk heeft de bisschop de bevoegdheid om vanwege hem moverende redenen, zoals ‘de nood of het nut van de kerk’<sup>7</sup> een pastoor – ook als deze goed functioneert – over te plaatsen naar een andere parochie. De pastoor dient in zo’n geval schriftelijk van een voornemen daartoe op de hoogte te worden gesteld en krijgt de gelegenheid daarop een- en andermaal te reageren. In de Protestantse Kerk in Nederland kan een predikant vanwege ‘schromelijke veronachtzaming of misbruik van het ambt’<sup>8</sup> door een ‘regionaal college voor het opzicht’ worden ontzet uit het ambt.<sup>9</sup> Voorts is het mogelijk in geval van spanningen die ertoe leiden dat een predikant zijn gemeente niet langer ‘met stichting kan dienen’ betrokkene – via een langdurige en gecompliceerde procedure – ‘los te maken van de gemeente’<sup>10</sup> en in het uiterste geval de mogelijkheid te ontnemen zich door een andere gemeente te laten beroepen.<sup>11</sup> Overplaatsing naar een andere gemeente is niet mogelijk, omdat dit gezien wordt

4 Alkema merkt op dat dit verschil nog vergroot kan worden door de proceshouding van de betrokken staat; wanneer deze toegeeft dat er een geschil over een recht is, pleegt dat niet ambtshalve door het EHRM te worden getoetst. Alkema *supra* noot 3.

5 Bijvoorbeeld EHRM (GK) 12 november 2008, *Demir en Baykara, t. Turkije*, appl. no. 34502/97.

6 Vgl. R. Torfs e.a., *Recht op recht in de kerk*, Leuven: Peeters 2003.

7 CIC, c. 1748. CIC = Codex Iuris Canonici, Wetboek van Canoniek Recht, Latijns-Nederlandse Uitgave, Brussel-Hilversum: Licap c.v.– Gooi & Sticht 1987. De CIC bestaat uit 1752 canones (c.).

8 Ord. 10-9-7 PKO. PKO = *Kerkorde en ordinanties van de Protestantse Kerk in Nederland inclusief de overgangsbepalingen*, Zoetermeer: Boekencentrum 2003.

9 Ord. 10-7-2 jo. 10-9-7 PKO.

10 Ord. 3-20 PKO.

11 Ord. 3-21 PKO.

als een te grote inbreuk op de vrijheid van die gemeente om haar eigen predikant te verkiezen en te beroepen.

*Overwegingen van nationaal recht: geen beroep open tegen het overplaatsingsbesluit*

7. Een tweede overweging van nationaal recht die het Hof in zijn oordeel meeneemt, is dat naar Fins recht geen beroep open staat tegen een dergelijk overplaatsingsbesluit (r.o. 40). Volgens het Hof staat bovendien vast dat de Finse wetgever een dergelijke beroepsmogelijkheid nimmer heeft gewenst. Het Hof volgt hier dus de volgende redenering: als er op nationaal niveau geen rechtsbescherming is, is er ook geen recht en als er geen recht is, is er ook geen rechtsbescherming op grond van artikel 6 EVRM. Maar is het doel van de artikel 6 EVRM-toets juist niet om ook daar rechtsbescherming te bieden, waar wel een 'recht' in het geding is, maar het nationale recht geen rechtsbescherming biedt? Bovendien overweegt het Hof dat de beperkte mogelijkheid tot het instellen van buitengewoon beroep (waarvan Ahtinen gebruik heeft gemaakt), niet in de weg staat aan de conclusie dat er geen 'recht' bestaat. Het is enigszins onbevredigend dat het Hof niet nader toelicht waarom dit buitengewoon beroep niet van belang is. Waarschijnlijk acht het Hof hierbij bepalend dat bij dat buitengewoon beroep het Hooggerechtshof een beslissing van het kapittel enkel op procedurele gronden kan vernietigen, bijvoorbeeld omdat – zoals Ahtinen betoogde – betrokkene niet is gehoord in de kerkelijke procedure. In *Pellegrini*<sup>12</sup> oordeelde het Hof dat een burgerlijke rechter een besluit van een kerkelijke rechter alleen kan bevestigen wanneer het heeft vastgesteld dat de gevolgde kerkelijke procedure aan de vereisten van een eerlijk proces voldeed. In die Italiaanse zaak oordeelde het Hof dat de nationale rechter de kerkelijke procedure onvoldoende had getoetst.<sup>13</sup> Ook Ahtinen claimt dat het kerkelijk proces niet eerlijk is geweest, maar de nationale rechter wijst zijn bezwaren af. Anders dan in *Pellegrini* laat het EHRM na dit oordeel van de nationale rechter te toetsen.

8. De overweging van het Hof over het buitengewoon beroep roept nog een tweede vraag op. Want hoe verhoudt dit zich tot de beroepsmogelijkheid die op nationaal niveau wél open staat tegen een door het kapittel afgegeven waarschuwing? Dat heeft de Finse wetgever dus wel erkend als een 'recht' en op dat geschil is artikel 6 EVRM dus wél van toepassing. Had Ahtinen voor het Straatsburgse Hof over de tegen hem gegeven waarschuwing willen klagen, dan was zijn klacht niet op dit ontvankelijkheidscriterium gesneuveld. Staten mogen maatregelen nemen die het voor alle staten geldend minimumniveau van bescherming overschrijden; maatregelen die de reikwijdte van rechten vergroten, of leiden tot een ruimere toepasselijkheid van artikel 6 EVRM.<sup>14</sup> Echter, zo blijkt uit recente rechtspraak,<sup>15</sup> als een staat daartoe overgaat,

12 EHRM 20 juli 2001, *Pellegrini t. Italië*, appl. no. 30882/96, r.o. 40.

13 *Idem*, r.o. 47.

14 R.A. Lawson, 'Boven het maaiveld. Over de 'ruimhartige' toepassing van het EVRM door nationale rechters', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70<sup>ste</sup> verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 307-323, waarvan in het bijzonder p. 311-312.

15 Bijvoorbeeld, EHRM 19 april 2007, *Vilho Eskelinen t. Finland*, appl. no. 63235/00, r.o. 61; EHRM 15 januari 2008, *Micallef t. Malta*, appl. no. 17056/06, r.o. 44 en EHRM 5 februari 2009, *Olujić t. Kroatië*, appl. no. 22330/05, r.o. 35-37.

dan neemt het Hof die nationale norm over bij de toetsing van de door de staat zelf gekozen maatregelen aan het EVRM. Lawson noemt dit ook wel het 'latex-karakter' van het EVRM.<sup>16</sup> In lijn met deze gedachte zou betoogd kunnen worden dat – nu onder Fins recht administratief beroep openstaat tegen in beginsel ieder besluit van het kapittel waardoor een individu in zijn belangen wordt geraakt – het 'latex-karakter' van het EVRM met zich brengt dat de in de wet opgenomen uitzonderingen voor gevallen als aanstelling en ontslag niet aan dat door de Finse wetgever zelfgekozen hogere beschermingsniveau voldoen. Zo geredeneerd had de Finse wetgever er beter voor kunnen kiezen voor geen enkel besluit van het kapittel administratief beroep open te stellen. De toetsing van het EHRM kan zodoende leiden tot 'levelling down', omdat Verdragspartijen ontmoedigd worden meer bescherming te bieden dan het minimum niveau dat zij op grond van artikel 6 EVRM verplicht zijn te bieden.

9. Ook beroepsmogelijkheden verschillen in de Nederlandse situatie per kerk. Wanneer een katholieke priester zijn bezwaren tegen overplaatsing handhaaft, dan kan hij 'administratief beroep' aantekenen bij de hiërarchisch hogere, de Apostolische Stoel.<sup>17</sup> In de Protestantse Kerk in Nederland kan tegen alle besluiten van bevoegde organen bezwaar worden gemaakt bij een onafhankelijk college. Betreft het disciplinaire maatregelen, genomen door een 'regionaal college voor het opzicht' tegen een predikant op grond van veronderstelde schromelijke veronachtzaming of misbruik van het ambt, dan kan de predikant zich beroepen op het 'generaal college voor het opzicht'.<sup>18</sup> Tegen alle overige besluiten van bevoegde organen kan bezwaar worden gemaakt bij hetzij een regionaal hetzij het generale college voor de behandeling van bezwaren en geschillen.<sup>19</sup> In alle deze kerkelijke procedures is hoor en wederhoor kerkordelijk geregeld.<sup>20</sup> Een klager heeft pas toegang tot de burgerlijke rechter wanneer hij de kerkelijke rechtsmiddelen heeft uitgeput. De burgerlijke rechter toetst slechts marginaal, zelfs als het geschil zowel kerkrechtelijke als civielrechtelijke aspecten omvat.<sup>21</sup> De burgerlijke rechter kan alleen integraal toetsen indien een bestreden kerkelijk besluit externe werking heeft of naar zijn oordeel berust op willekeur of kwade trouw.<sup>22</sup> Bovendien heeft de burgerlijke rechter de minimale eisen van rechtsbescherming van artikel 6 EVRM (redelijke termijn, hoor en weder-

16 Lawson (*supra* noot 16), p. 311-312.

17 c. 1737. Vgl. K. Martens, 'Rechtsbescherming in de Rooms-Katholieke Kerk met bijzondere aandacht voor de situatie in Nederland en België', in: Torfs (*supra* noot 8), p. 11-101, waarvan in het bijzonder p. 22 e.v.

18 Ord. 10-11-1 PKO.

19 Ord. 12-3 PKO.

20 Vgl. L.J. Koffeman, 'Rechtsbescherming in de kerken van de gereformeerde traditie in Nederland', in: Torfs (*supra* noot 8), p. 103-198.

21 De achtergrond hiervan ligt in art. 2:2 BW ('naar hun eigen statuut'). Vgl. A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 91-104. Jurisprudentie in deze lijn: Hof 's-Gravenhage 7 maart 2002, LJN AE1907 (*Hervormde Gemeente Aarlanderveen cs./Nederlandse Hervormde Kerk*).

22 Vgl. Santing-Wubs (*supra* noot 230, p. 166-172. Zie verder Pres. Rb. Groningen 22 november 1995, KG 1996, 18 (inzake tuchtmaatregel gemeentelid Gemeenschap van Gelovigen); Pres. Rb. Dordrecht 5 maart 1996, KG 1996, 127 (tuchtmaatregel gemeentelid Gereformeerde Kerk vrijgemaakt).

hoor) ook van toepassing verklaard op kerkelijke procedures.<sup>23</sup> Het Nederlandse recht erkent dus de toegang tot de rechter in zulke zaken, zelfs als de geldende kerkrechtelijke regels dit niet expliciet mogelijk maken. Derhalve moet geconcludeerd worden dat een Nederlandse geestelijke die niet instemt met een overplaatsing wél een 'burgerlijk recht' in de zin van artikel 6 EVRM heeft. Er bestaat op dit punt dus duidelijk rechtsongelijkheid tussen de EVRM-partijen. Dit komt mede omdat de verhouding tussen kerk en staat in de Verdragspartijen behoorlijk verschillend geregeld is.

*Scheiding tussen kerk en staat*

10. In *Ahtinen* gaat het Hof uitdrukkelijk in op de autonome positie van de Finse Evangelisch-Lutherse Kerk onder Fins recht. Het Hof verwijst naar diens ontvankelijkheidsbeslissing *Dudová en Duda t. Tsjechië*, waarin het oordeelde dat zelfs de beëindiging van een kerkelijke aanstelling binnen de kerkelijke autonomie valt. Nu de onderhavige zaak een besluit van minder zwaarwegende aard betreft, ziet het Hof ook hier geen reden dit besluit voorwerp van rechterlijke toetsing te maken. Op dit punt is de situatie in Nederland heel anders dan die in Finland. De Finse Evangelisch-Lutherse kerk is een 'established church',<sup>24</sup> al hebben alle kerken in Finland grondwettelijk dezelfde rechten. De Finse Evangelisch-Lutherse kerk valt onder het publiekrecht, waardoor Finse priesters ambtenaren zijn. Toch zal de Finse regering de eigen situatie wel typeren als bepaald door een scheiding van kerk en staat, wat dan vooral tot uitdrukking komt in het feit dat het parlement niet zelfstandig wijzigingen kan aanbrengen in de *Church Act*.<sup>25</sup> Feitelijk blokkeert in casu de wijze waarop de scheiding van kerk en staat in Finland vorm heeft gekregen de doorwerking van andere grondrechten. Alles wijst erop dat het Hof de specifieke wijze waarop in de afzonderlijke staten de verhouding kerk en staat is geregeld wil respecteren.<sup>26</sup> In Nederland vallen de kerken onder het privaatrecht.<sup>27</sup> Hun positie is, op basis van artikel 6 Gw, geregeld via artikel 2:2 BW. Dit artikel kent aan kerken rechtspersoonlijkheid toe, zonder nadere oprichtings- of inrichtingseisen te stellen. In de jurisprudentie wordt bij een botsing van de godsdienstvrijheid (artikel 6 Gw) met andere grondrechten (bijv. artikel 1 Gw) tot dusver veelal artikel 6 Gw sterker geacht.<sup>28</sup> De precieze rechtspositie van geestelijken verschilt in Nederland per kerk. In de Protestantse Kerk in Nederland en in de meeste kleinere protestantse denominaties zijn predikanten geen werknemers, maar vrije-beroepsbeoefenaren. Recent heeft rechtbank Zwolle dwingend arbeidsrecht

23 Bijvoorbeeld Rb. Zwolle 1 februari 2002, *LJN* AD8785 en Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1998, *TvG* 1999, 31, p. 238 e.v. (inzake het opstellen psychiatrisch rapport bij nietig verklaren huwelijk zonder medeweten van de betrokkene). Zie voor deze en andere relevante uitspraken ook het digitale *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht*, online beschikbaar op [www.ntkr.nl](http://www.ntkr.nl).

24 De Nederlandse Hervormde Kerk was tot 1852 eveneens een 'established church'.

25 Vgl. de Nederlandse Wet op de Kerkgenootschappen, die in 1988 is afgeschaft.

26 Daarmee sluit het Hof inhoudelijk aan bij art. 16c van het Verdrag van Lissabon: 'De Unie eerbiedigt de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationaal recht in de lidstaten hebben, en doet daaraan geen afbreuk'.

27 Vgl. voor verschillende bijdragen inzake de positie van kerken in het Nederlands recht: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004.

28 Vgl. Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, *LJN* AF0667 (inzake openbare uitlatingen over homoseksuelen door imam).

– in casu artikel 7:610 BW e.v. – op hen van toepassing verklaard.<sup>29</sup> Of die beslissing stand houdt moet nog blijken; civilisten nemen ter zake zeer verschillende standpunten in.<sup>30</sup> De Algemene Doopsgezinde Sociëteit heeft zelf recent haar predikanten de status van werknemer gegeven. De interne regelgeving van de Rooms-Katholieke Kerk is vergelijkbaar met die van de Finse Evangelisch-Lutherse kerk, aangezien Finland op hoofdlijnen het oude ‘canonieke’ recht gehandhaafd heeft. De bisschop is eindverantwoordelijk voor (de rechtspositie van) de priesters in zijn bisdom.

11. Juist omdat geestelijken in dienst van de Evangelisch-Lutherse Kerk ambtenaren zijn, koos het Hof er in een eerdere vergelijkbare Finse zaak voor het geschil te beslissen aan de hand van de tweede onder artikel 6 EVRM te beantwoorden vraag, namelijk of er sprake is van een *burgerlijk* recht. In *Launikari t. Finland* (2000) bepaalde het Hof dat geestelijken in dienst van de Finse Evangelisch-Lutherse Kerk ambtenaren zijn.<sup>31</sup> In die zaak overwoog het Hof echter ook dat dit aan de toepassing van artikel 6 EVRM op het voorliggende geschil niet in de weg stond. Bij toetsing aan de toentertijd vigerende functionele toets (de *Pellegrin*-lijn<sup>32</sup>) concludeerde het Hof dat de betrokken geestelijke geen eigen beslissingsbevoegdheid had en dat artikel 6 EVRM daarom van toepassing was. In *Vilho Eskelinen* (2007)<sup>33</sup> heeft het Hof afstand gedaan van deze functionele toets. In plaats daarvan formuleerde het Hof twee nieuwe vereisten: pas wanneer (1) in het nationale recht uitdrukkelijk de toegang tot de rechter is uitgesloten voor een bepaalde functie of categorie van ambtenaren en (2) deze uitsluiting bovendien op objectieve gronden van staatsbelang gerechtvaardigd kan worden, kan een ambtenarengeschil van artikel 6 EVRM uitgesloten worden. Aan dit eerste criterium toetst het Hof ook in *Ahtinen* expliciet. De overwegingen over de scheiding tussen kerk en staat raken weliswaar aan het tweede criterium van deze toets, maar niet duidelijk is of daarmee de uitsluiting op objectieve gronden

29 Rb. Zwolle (sector Kanton, Locatie Lelystad) 2 februari 2005, LJN AS6771 (*ds De Boer/Chr. Geref. Kerk Zeewolde*), JAR 2005,58; AA 2005,3 (m.nt. C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra); NTKR (2007), p. 59-66 (m.nt. F.T. Oldenhuis).

30 Zie *supra* noot 32. Vgl. W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht*, Den Haag: Boom 2004.

31 EHRM 4 mei 2000 (ontv. besl.), *Launikari t. Finland*, appl. no. 34120/96. In de daarop volgende uitspraak van 5 oktober 2000, stelde het Hof bovendien een schending van art. 6 EVRM (lengte van de procedure) vast. Eerdere Finse zaken over geestelijken in dienst van diezelfde Evangelisch-Lutherse kerk werden anders beslist. Bij beslissing van 5 mei 1996 (ECRM 5 mei 1996 (ontv. besl.), *Toivo Kulpakko t. Finland*, appl. no. 25761/94) verklaarde de Commissie een klacht van een priester over procesvertegenwoordiging in een tuchtrechtelijke procedure kennelijk ongegrond en dus niet-ontvankelijk, zonder daarbij te beoordelen of er een ‘civil right’ van klager in het geding was. In *Helle t. Finland* klaagde een koster dat hij voor het kapittel en bij de hoogste nationale bestuursrechter geen eerlijk proces had gehad. Het Hof stelde vast dat niet betwist werd dat het voorliggende geschil de vaststelling van burgerlijke rechten van de koster betrof en verklaarde artikel 6 lid 1 EVRM daarom van toepassing. Het Hof concludeerde uiteindelijk dat artikel 6 EVRM niet geschonden was (EHRM 19 december 1997, *Helle t. Finland*, appl. no. 20772/92).

32 Volgens dit criterium was artikel 6 EVRM alleen dan niet van toepassing indien het geschil aanhangig wordt gemaakt door een ambtenaar wiens taken en verantwoordelijkheden karakteristiek zijn voor de specifieke activiteiten van de overheidsdienst, in die zin dat de ambtenaar werkzaam is als gezagsdrager, verantwoordelijk voor de bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere overheden EHRM 8 december 1999, *Pellegrin t. Frankrijk*, appl. no. 28541/95, NJ 2001,131 (m.nt. E.A. Alkema); AB 2000, 195 (m.nt. LV) en JB 2000, 19 (m.nt. AWH).

33 EHRM (GK) 19 april 2007, *Vilho Eskelinen t. Finland*, appl. no. 63235/00, NJCM-Bulletin 2007, p. 697-706 (m.nt. P. van Dijk) en NJ 2007, 375 (m.nt. E.A. Alkema).

van staatsbelang gerechtvaardigd wordt. Dat zou denkbaar zijn, voor zover de staat er alle belang bij heeft de scheiding van kerk en staat niet in gevaar te brengen. Zoals hiervoor besproken (zie nr. 10) geldt dit vraagstuk niet voor de Nederlandse situatie, nu onder Nederlands recht geestelijken geen ambtenaren zijn.

*Afstand doen van EVRM-rechten*

12. Bij zijn overwegingen over de autonome positie van de Finse Kerk introduceert het Hof ook een element van afstand doen van rechten. Hoewel het Hof het woord 'right' als zodanig niet gebruikt, kan uit de overweging 'by agreeing to serve as a parish priest, he undertook to abide by the rules of his church (...)' (r.o. 41) worden geconcludeerd dat het Hof van oordeel is dat Ahtinen door in dienst te treden van de kerk, heeft aanvaard dat hij tegen zijn wil kan worden overgeplaatst naar een andere parochie en dat hij in dat geval naar Fins recht geen recht op toegang tot de rechter heeft. Dit kan worden beschouwd als afstand doen van een recht nog vóórdat het is ontstaan, omdat dit recht ware hij in dienst getreden van een andere (civiele) werkgever, wél was ontstaan.

11. Van bepaalde EVRM-rechten – zoals het recht op lichamelijke integriteit (artikel 3 EVRM)<sup>34</sup> en het recht op persoonlijke vrijheid (artikel 5 EVRM)<sup>35</sup> – kan gezien hun aard geen afstand worden gedaan. Van andere EVRM-rechten – zoals het recht op respect voor privé-leven (artikel 8 EVRM) en de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) – kan in uitzonderlijke omstandigheden tot op zekere hoogte afstand worden gedaan. Zo oordeelde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaak *Rommelfanger*<sup>36</sup> dat bij het aangaan van een arbeidsrelatie met de Kerk betrokkene had geaccepteerd dat – vanwege een loyaliteitsplicht – zijn recht op vrije meningsuiting hierdoor tot op zekere hoogte beperkt zou worden.<sup>37</sup> Het argument van de Duitse regering dat betrokkene geheel en al afstand van zijn recht op vrijheid van meningsuiting had gedaan, werd door de Commissie niet aanvaard.<sup>38</sup> Ook in de meeste Nederlandse kerken geldt dat met het aanvaarden van een geestelijk ambt betrokkene in zekere mate afziet van bepaalde rechten. Zo wordt het recht op vrije meningsuiting vrijwillig beperkt door de belofte zich te houden aan wat de kerk belijdt.

12. Op grond van Straatsburgse jurisprudentie inzake artikel 6 EVRM kan iemand het genot van een EVRM-recht in beginsel slechts opgeven wanneer hij daarmee op vrijwillige en ondubbelzinnige wijze heeft ingestemd en de instemming niet in strijd is met een belangrijk

34 Hoewel in beginsel instemming met een bepaalde behandeling het vernederende of onmenselijke karakter daarvan weg kan nemen, is het niet zo dat vooraf gegeven toestemming ook automatisch betrokkene het recht ontnemt zich achteraf op een schending van artikel 3 EVRM te beroepen.

35 EHRM 18 juni 1971, *De Wilde, Ooms and Versyp*, appl. nos. 2832/66; 2835/66 en 2899/66, r.o. 65.

36 ECRM 6 september 1989 (ontv. besl.), *Maximilian Rommelfanger t. Duitsland*, appl. no. 12242/86.

37 De relevante (niet-genummerde) rechtsoverweging luidt: '(...) by entering into contractual obligations vis-à-vis his employer the applicant accepted a duty of loyalty towards the Catholic Church which limited his freedom of expression to a certain extent.'

38 Vgl. voor de thematiek van mensenrechten in de kerk: L.J. Koffeman, *Het goed recht van de kerk. Een theologische inleiding op het kerkrecht*, Kampen: Kok 2009, p. 325-339.

algemeen belang.<sup>39</sup> Bovendien moeten minimum waarborgen geboden worden die evenredig zijn aan het gewicht van de 'waiver'.<sup>40</sup> Oftewel, hoe groter het gewicht van de processuele rechten waar de 'waiver' op ziet, hoe strenger de vormvereisten die er aan moeten worden gesteld. In het geval van Ahtinen is er naar alle waarschijnlijkheid geen belangrijk publiek belang dat aan de 'waiver' in de weg kan staan. Vervolgvraag is of Ahtinen ondubbelzinnig afstand van zijn recht heeft gedaan. Het Hof acht zowel uitdrukkelijke als stilzwijgende instemming aanvaardbaar zolang betrokkene maar uit vrije wil heeft gehandeld.<sup>41</sup> Er is geen reden om te denken dat Ahtinen niet uit vrije wil in dienst van de Kerk is getreden. Binnen de grenzen van het redelijke mag daarbij van hem worden verwacht dat hij op de hoogte is van alle rechten en plichten die dat dienstverband met zich bracht. Tegelijkertijd kan betoogd worden dat een 'waiver' die zoveel eerder in de tijd is gemaakt, aan strengere eisen moet voldoen.<sup>42</sup> Ahtinen was al sinds 1988 in dienst van de kerk, terwijl de overplaatsing zich pas tien jaar later voordeed. De stelling dat Ahtinen ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn recht, is dus aanvechtbaar. Daarnaast is niet geheel zeker is of Ahtinen minimum waarborgen werden geboden die evenredig zijn aan het gewicht van de 'waiver'. Hier zou het buitengewoon beroep dat voor Ahtinen openstond aangevoerd kunnen worden. Maar is dat eigenlijk niet een vreemd argument, dat een dergelijke minimale en procedurele toetsing een voldoende waarborg voor juist het afstand doen van het recht op toegang tot de rechter zou kunnen zijn? Bovendien, hoewel niet absoluut, is het recht op *toegang* tot de rechter een behoorlijk zwaarwichtig recht, hetgeen pleit voor strengere vormvereisten.

39 Zie o.a. EHRM 7 mei 1974, *Neumeister t. Oostenrijk*, appl. no. 1936/63, r.o. 36 en EHRM 18 oktober 2006, *Hermi t. Italië* (GK), appl. no. 1855/02, NJCM-Bulletin 2007, p. 663-675 (m.nt. M. Attinger); EHRC 2007, 4 (m.nt. M. Attinger), r.o. 73.

40 EHRM 15 juni 2004, *Thompson t. het Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 36256/97, r.o. 43.

41 O.a. EHRM 27 februari 1980, *Deweert t. België*, appl. no. 6903/75, NJ 1980, 561, r.o. 49; EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere t. België*, appl. no. 6878/75, NJ 1982, 602, r.o. 59.

42 Vgl. R.A. Lawson, 'Arbitrage en artikel 6 EVRM', *Tijdschrift voor arbitrage*, 1996-4 (speciaal nummer 10 jaar Arbitragewet), p. 157-166.