

Dienstplicht en gewetensbezwaren. Een "Dutch treat" voor de rest van Europa?

DOOR J.P. LOOF¹

*'Perhaps the Dutch system will be applied throughout Europe at some point in the future, but since this is not yet the case ...'*²

I. Inleiding

Het is voor de Nederlandse praktijk niet meer van enorm belang, nu bij ons in 1997 de opkomstplicht voor militaire dienst werd opgeschort, maar toch is het het signaleren waard: in Europa heeft zich de afgelopen jaren een flinke omwenteling voorgedaan in de juridische benadering van gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is in zijn jurisprudentie over dit onderwerp een nieuwe koers gaan varen: de vrijheid van geweten van artikel 9 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) brengt volgens het Hof voor de verdragsstaten de verplichting mee om een regeling te treffen die het mogelijk maakt dat gewetensbezwaarden vervangende dienstplicht verrichten.

Is dat bijzonder? Ja, want jarenlang wilden de Straatsburgse verdragsorganen niet aan een dergelijke interpretatie van artikel 9 EVRM. Geeft het Hof hiermee een enorme impuls aan de rechtsontwikkeling in de lidstaten van de Raad van Europa? Niet echt, want vrijwel alle Europese staten kenden al een regeling voor vervangende dienstplicht.

Toch is het interessant om de nieuwe koers van het EHRM wat preciezer te bekijken. De arresten waarin het Hof is 'omgegaan' vormen namelijk een mooie illustratie van één van de methoden die het Hof gebruikt om de verdragsartikelen te interpreteren. Een methode waarop door sommigen wel kritiek wordt uitgeoefend. Bovendien is de vraag naar de precieze reikwijdte van de gewetensvrijheid een heel fundamentele: beslaat die vrijheid alleen het zogenoemde 'forum internum', is het de vrijheid om zelf (als het ware in de eigen geest) een bepaalde opvatting te huldigen? Of omvat die vrijheid ook de vrijheid om conform het eigen geweten te handelen jegens anderen of jegens de gemeenschap (het 'forum externum')? Ten slotte is het de vraag wat de nieuwe ruime uitleg van de gewetensvrijheid nu precies betekent voor de manier waarop staten die nog militaire dienstplicht kennen, moeten omgaan met de beoordeling van aanvragen voor vervangende dienstplicht door gewetensbezwaarden.

¹ Mr. dr. J.P. Loof is lid van het College voor de Rechten van de Mens, universitair docent staatsrecht en mensenrechten aan de universiteit Leiden en medewerker van dit tijdschrift.

² Opmerking van de Italiaanse hoogleraar Margiotta-Broglio in een discussie over gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht tijdens een seminar in november 1992 te Leiden. Zie *Freedom of Conscience*, Proceedings of the Seminar organised by the Secretariat of the Council of Europe in co-operation with the F.M. van Asbeck Centre for Human Rights Studies of the University of Leiden, Strasbourg: Council of Europe Press 1993, p. 132.

2. Gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht in de EHRM-jurisprudentie

2.1 De oude lijn

Jarenlang wilde 'Straatsburg' er niet aan om in artikel 9 EVRM een recht op erkenning van gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht in te lezen. Nu bevat de tekst van artikel 9, zoals veelal het geval is bij de tamelijk abstract geformuleerde mensenrechtenbepalingen, ook geen heel duidelijke indicatie dat dit wel zou moeten.³ Al in de vroege EVRM-jurisprudentie, in de jaren '60 en '70 van de vorige eeuw, werd door de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (die sinds 1996 niet meer bestaat) in beslissingen aangegeven dat artikel 9 EVRM geïnterpreteerd moest worden in het licht van artikel 4 lid 3 EVRM (over dwangarbeid en andere verplichte arbeid). De redenering van de Commissie bestond als het ware uit vier stappen: (1) artikel 4 lid 3 laat de verdragsstaten ruimte voor het opleggen van verplichte arbeid ter vervanging van militaire dienstplicht en bevat daarmee – anders dan art. 9 – een expliciete bepaling over gewetensbezwaren;⁴ (2) artikel 4 lid 3 geeft aan dat die ruimte er is in die landen waar gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht worden erkend; (3) daaruit moet worden afgeleid dat de beslisbevoegdheid over erkenning van gewetensbezwaren bij de nationale autoriteiten berust, in het bijzonder bij de wetgever; (4) de bepalingen van het EVRM moeten in onderlinge samenhang worden geïnterpreteerd. De conclusie was dan dat artikel 9 EVRM niet mede een recht op erkenning van gewetensbezwaren kon omvatten.⁵ Het strafrechtelijk vervolgen en bestraffen van personen vanwege hun weigering om militaire dienstplicht te vervullen werd dan ook nimmer aangemerkt als een inbreuk op artikel 9 EVRM.

2.2 Voorbodes van kentering

In de jaren '80 en '90 deed zich een eerste lichte kentering voor. In enkele beslissingen oordeelde de Europese Commissie dat een klacht over het niet erkennen van gewetensbezwaren binnen de werkingssfeer ('the ambit') van artikel 9 viel, zonder evenwel direct aan dit artikel te toetsen. Het feit dat de kwestie dan binnen de reikwijdte van artikel 9

³ Art. 9 EVRM luidt: '1. Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften'.

² De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

⁴ Art. 4 lid 3 EVRM luidt (voor zover relevant): 'Niet als "dwangarbeid of verplichte arbeid" in de zin van dit artikel worden beschouwd: (...) (b) elke dienst van militaire aard of, in het geval van gewetensbezwaarden in landen waarin hun gewetensbezwaren worden erkend, diensten die gevorderd worden in plaats van de verplichte militaire dienst (...)'.
⁵ ECieRM 12 december 1966, nr. 2299/64 (Grandrath/BRD), *Yearbook ECHR* 1966, vol. 10, p. 626; ECieRM 2 april 1973, nr. 5591/72 (X/Oostenrijk), *Collection D&R* vol. 43, p. 161; ECieRM 5 juli 1977, nr. 7705/76 (X/BRD), *D&R* vol. 9, p. 196; ECieRM 7 maart 1977, nr. 7565/76 (Conscientious objectors/Denemarken), *D&R* vol. 9, p. 117; ECieRM 9 mei 1984, nr. 10640/83 (A/Zwitserland), *D&R* vol. 38, p. 219.

viel, maakte dan echter wél dat de Commissie de kwestie waar de zaak om draaide toetste aan artikel 14 (het discriminatieverbod).⁶ Op die manier werd onder meer beoordeeld of een regeling die wél aan Jehova's getuigen, maar niet aan andere gewetensbezwaarden, de mogelijkheid bood om volledig vrijgesteld te worden van militaire én vervangende dienstplicht, discriminatoir was. Het antwoord luidde indertijd overigens: neen.

In 2000 volgde een arrest van het EHRM dat aan deze problematiek raakte: het arrest *Thlimmenos/Griekenland*.⁷ In die zaak ging het om een wegens dienstweigering veroordeelde Jehova's getuige die klaagde dat hij wegens vermelding van deze veroordeling op het strafblad niet tot het beroep van accountant werd toegelaten. Het Hof overwoog in die zaak (§ 43):

'... the Court accepts that the "set of facts" complained of by the applicant – his being treated as a person convicted of a serious crime for the purposes of an appointment to a chartered accountant's post despite the fact that the offence for which he had been convicted was prompted by his religious beliefs – "falls within the ambit of a Convention provision", namely Art. 9.'

Vervolgens concludeerde het Hof in die zaak vanwege een gelijke behandeling van ongelijke gevallen tot een schending van art. 14 EVRM.

2.3 Het EHRM 'gaat om'

De grote omslag komt echter in het EHRM-arrest *Bayatyan/Armenië* in 2011.⁸ De klager in die zaak is (alweer) een Jehova's getuige die in 2001, enige tijd voordat hij zal worden opgeroepen voor de vervulling van zijn militaire dienstplicht, bij de autoriteiten aangeeft dat hij als christen gewetensbezwaren heeft tegen het vervullen van militaire dienstplicht, maar bereid is vervangende, civiele, dienstplicht te vervullen. Als hij daadwerkelijk wordt opgeroepen voor militaire dienst, weigert hij aan de oproep gevolg te geven. Kort daarna ontvangt hij bericht van de parlementaire commissie voor staatkundige en juridische zaken dat hij wettelijk verplicht is om de militaire dienstplicht te vervullen, aangezien de Armeense wetgeving geen regeling voor vervangende dienstplicht kent. Enkele maanden later wordt strafvervolgning tegen hem ingesteld vanwege dienstweigering. Hij wordt veroordeeld en in januari 2003 wordt deze uitspraak in hoogste instantie bevestigd door het Armeense Hof van Cassatie. Er wordt een gevangenisstraf van 2,5 jaar opgelegd. Tijdens zijn strafproces heeft hij geregeld aangegeven bereid te zijn tot vervangende, civiele, dienstplicht. Hij wordt gevangengezet en na ongeveer 10,5 maand, in juli 2003, op borgtocht vrijgelaten. In december 2003 neemt het Armeense parlement een wet aan die vervangende dienstplicht voor gewetensbezwaarden mogelijk maakt. Op 1 juli 2004 treedt deze wet in werking.

⁶ ECieRM 11 oktober 1984, nr. 10410/83 (N./Zweden), D&R vol. 40, p. 203; vgl. ECieRM 6 december 1991, nr. 17086/90 (Autio/Finland), D&R vol. 72, p. 245.

⁷ EHRM 6 april 2000, nr. 34369/97 (Thlimmenos/Griekenland), EHRC 2000/54, m.nt. Gerards.

⁸ EHRM 7 juli 2011, nr. 23459/03 (Bayatyan/Armenië), EHRC 2011/137, m.nt. Loof.

De klager dient bij het EHRM een klacht in vanwege de vermeende EVRM-schending die voortvloeit uit zijn detentie vanwege dienstweigering. Die klacht wordt in oktober 2009 door een Kamer van het EHRM afgewezen. De Kamer van het Hof overweegt dat weliswaar een meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa inmiddels een wettelijke regeling over vervangende dienstplicht voor gewetensbezwaarden kent, maar dat artikel 9 EVRM – conform de oude jurisprudentielijn – geïnterpreteerd dient te blijven worden in het licht van artikel 4 lid 3 EVRM, waarin de keuze om gewetensbezwaren te erkennen nadrukkelijk wordt gelaten aan de verdragsstaten. Artikel 9 kan daarom geen recht op erkenning van gewetensbezwaren tegen militaire dienst geacht worden te omvatten. Het artikel is dan ook niet van toepassing in de casus van de klager: geen schending.

Bayatyan vraagt vervolgens een herbeoordeling van het arrest aan door de Grote Kamer van het EHRM. Zo'n aanvraag is mogelijk op grond van artikel 43 EVRM, maar alleen in uitzonderlijke gevallen. Een panel van vijf rechters van de uit zeventien rechters bestaande Grote Kamer moet beslissen of een zaak voor een herbeoordeling in aanmerking komt. En dat gebeurt volgens het tweede lid van artikel 43 alleen indien de zaak 'aanleiding geeft tot een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag of de Protocollen daarbij, dan wel een ernstige kwestie van algemeen belang'.

Het panel van vijf oordeelt echter dat een zodanige aanleiding er is, dus de Grote Kamer gaat aan de slag. En de Grote Kamer 'gaat om'. Zij kiest voor een nieuwe interpretatie van artikel 9 EVRM: uit dit artikel moet in het licht van Europese en internationale juridische ontwikkelingen vandaag de dag wel degelijk een recht op erkenning van gewetensbezwaren tegen militaire dienst worden afgeleid.

Het is goed om hier wat meer in detail stil te staan bij de argumenten die het EHRM opsomt voor deze nieuwe benadering. Die argumenten somt het EHRM op in § 98-111 van het arrest. Het eerste argument is dat de 'samenhang-interpretatie' van artikel 9 en artikel 4 lid 3 EVRM in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM toch niet zo voor de hand ligt. Uit die totstandkomingsgeschiedenis blijkt namelijk dat het feit dat in artikel 4 lid 3 wordt aangegeven dat verplichte arbeid ter vervanging van militaire dienstplicht mogelijk is 'in die landen waar gewetensbezwaren worden erkend', niet zozeer bedoeld was als een bepaling om de exclusieve beslisbevoegdheid over de erkenning van gewetensbezwaren te reserveren voor de nationale autoriteiten, maar veeleer als een verduidelijking dat ten tijde van de verdragssluiting in 1950 nog niet alle verdragsstaten een regeling voor de erkenning van gewetensbezwaren hadden (zie § 100). Bovendien stamt deze jurisprudentielijn, zo overweegt het Hof, uit 1966 en is er sindsdien wel een en ander veranderd in de (juridische) wereld (§ 101). Daarmee moet bij de interpretatie van het EVRM rekening worden gehouden, want het verdrag is een 'living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today' (§ 102). Vervolgens somt het Hof de Europese en internationale ontwikkelingen op die de interpretatie van artikel 9 EVRM inkleuren: ten tijde van de strafrechtelijke veroordeling van de klager vanwege zijn gewetensbezwaren, kenden vrijwel alle lidstaten van de Raad van Europa reeds een regeling m.b.t. de erkenning van gewetensbezwaren tegen militaire dienst (§ 103 en 108). Het VN-Mensenrechtencomité

heeft reeds in 1993, in een *General Comment* over de Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten - bepaling inzake gewetensvrijheid (artikel 18), uitgesproken dat uit deze bepaling een recht op erkenning van gewetensbezwaren moet worden afgeleid (§ 104-105). In 2000 werd in artikel 10 van het EU-grondrechtenhandvest een expliciete bepaling over erkenning van gewetensbezwaren opgenomen (§ 106). De Parlementaire Vergadering en het Comité van Ministers van de Raad van Europa hebben sinds 1967 diverse malen aanbevelingen tot erkenning van gewetensbezwaren gedaan en bij de toetreding van nieuwe lidstaten tot de Raad van Europa in de jaren '90 werd een regeling met betrekking tot vervangende dienstplicht voor gewetensbezwaarden als toetredingseis gesteld (§ 107). Kortom: het was volgens de Grote Kamer reeds in 2002-2003 te voorzien dat de interpretatie van artikel 9 EVRM een andere hoorde te zijn dan tot dan toe gehanteerd in de jurisprudentie van Europese Commissie voor rechten van de mens (ECieRM) en EHRM (§ 108).

In het bijzonder het feit dat bijna alle Raad van Europa-lidstaten rond 2002 al een regeling met betrekking tot vervangende dienstplicht voor gewetensbezwaarden kenden maakt volgens de Grote Kamer dat de *margin of appreciation* die Armenië nog toekomt bij het bepalen van de noodzaak en proportionaliteit van het tot gevangenisstraf veroordelen van gewetensbezwaarden beperkt is (§ 123). Nu het in casu ging om een Jehova's getuige die oprechte gewetensbezwaren had tegen het uitoefenen van militaire dienstplicht en niet om redenen van persoonlijk gewin daaraan trachtte te ontkomen, vormde het ontbreken van de mogelijkheid om vervangende dienstplicht te verrichten (waartoe klager zich bereid had verklaard) een aantasting van de gewetensvrijheid die niet noodzakelijk was in een democratische samenleving: er was geen sprake van een goede balans tussen de rechten van religieuze minderheden in een pluriforme en tolerante samenleving enerzijds en het door de Armeense regering anderzijds aangevoerde belang van een gelijke behandeling van alle burgers ten aanzien van de militaire dienstplicht. Ook weegt het Hof mee dat Armenië bij toetreding tot de Raad van Europa impliciet heeft toegezegd in afwachting van de totstandkoming van wetgeving terzake gewetensbezwaarden geen gevangenisstraf meer op te leggen (§ 125-126). De conclusie van de Grote Kamer van het EHRM is dan ook: schending van artikel 9 EVRM. In § 3 zal ik nader ingaan op de kracht van enkele van de door het EHRM gehanteerde argumenten.

2.4 Een nieuwe bestendige lijn, met nog een toevoeging

Het arrest *Bayatyan t. Armenië* blijkt geen eendagsvlieg. Binnen de Raad van Europa is anno 2011 Turkije het enige land dat nog geen regeling over vervangende dienstplicht voor gewetensbezwaarden kent. In november 2011 volgt dan ook een EHRM-arrest over deze kwestie tegen Turkije: *Ercep t. Turkije*.⁹ Ook in die zaak gaat het weer om een persoon die om religieuze redenen gewetensbezwaren had tegen het vervullen van de militaire dienstplicht (opnieuw een Jehova's getuige). Het Hof verwijst naar de nieuwe lijn uit *Bayatyan t. Armenië* en veroordeelt ook Turkije voor het niet-bieden van de mogelijkheid

⁹ EHRM 22 november 2011, nr. 43965/04 (*Ercep/Turkije*), EHRC 2012/40.

tot vervangende dienstplicht aan gewetensbezwaarden. De strafrechtelijke veroordeling voor dienstweigering van Ercep levert een schending van artikel 9 EVRM op.

In juni 2012 volgt dan opnieuw een arrest tegen Turkije over gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht: *Savda t. Turkije*.¹⁰ De klager in deze zaak is voorman van de Turkse pacifistische en anti-militaristische beweging. Hij wordt in 1994 strafrechtelijk veroordeeld voor het verlenen van hulp aan de Koerdische Arbeidspartij (PKK). Tegen het einde van zijn gevangenisstraf wordt hij in 1996 opgeroepen voor militaire dienstplicht. In mei 1996 wordt hij vanuit de gevangenis getransporteerd naar zijn regiment, alwaar hij in augustus 1996 deserteert. Enkele maanden later wordt hij gearresteerd terwijl hij in het bezit is van een wapen en vervolgens veroordeeld voor PKK-activiteiten tot een gevangenisstraf van 14 jaar en 7 maanden. In november 2004 heeft hij deze straf uitgezeten en wordt hij opnieuw naar zijn regiment getransporteerd. Daar aangekomen weigert hij een militair uniform te dragen, zich beroepend op gewetensbezwaren tegen militaire dienst. Hij wordt opnieuw strafrechtelijk vervolgd en in de tussentijd weigert hij consequent om deel uit te gaan maken van het regiment waarbij hij als militair is ingedeeld. Hij wordt vier maal veroordeeld wegens desertie. In april 2008 wordt hij uit detentie overgebracht naar een militair hospitaal voor onderzoek. Psychiaters constateren dat hij lijdt aan een anti-sociale persoonlijkheidsstoornis en daardoor ongeschikt is voor het vervullen van militaire dienst. Hij wordt ontheven van de militaire dienstplicht, maar pas op 25 november 2008 vrijgelaten, nadat hij het laatste deel van de hem opgelegde gevangenisstraffen heeft uitgezeten.

Intussen heeft de klager in november 2005 een klacht ingediend bij het EHRM, deze klacht betreft artikel 9 (gewetensvrijheid) en artikel 10 (uitingsvrijheid). Ook stelt hij dat de langdurige gevangenisstraffen die hem zijn opgelegd vanwege de herhaalde dienstweigering vernederend en ontheemdend zijn. Het Hof besluit deze laatste klacht te behandelen onder artikel 3 EVRM (verbod van onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing).

Het EHRM overweegt dat in Turkije geen recht bestaat op vervangende dienstplicht vanwege gewetensbezwaren. Indien gewetensbezwaarden hun geweten geen geweld aan willen doen dan rest hen niets anders dan dienstweigering en het riskeren van strafvervolging, waarbij het telkens herhaald opleggen van gevangenisstraf vanwege de dienstweigering resulteert in een zogenoemde 'civic death' (een onmogelijkheid om burgerrechten uit te oefenen vanwege continue detentie). In casu is de langdurige en herhaalde oplegging van gevangenisstraf vanwege dienstweigering/desertie en de behandeling die klager tijdens zijn detentie ten deel is gevallen (onder meer herhaalde opsluiting in isoleercel voor perioden van 2 tot 8 dagen) zodanig dat het Hof oordeelt dat sprake is geweest van vernederende behandeling zoals bedoeld in artikel 3 EVRM. Hierbij weegt mee dat de detentie vanwege desertie in beginsel telkens opnieuw verlengd had kunnen worden zolang klager dienst zou zijn blijven weigeren. Aan deze repeterende situatie werd slechts een eind gemaakt door het psychisch onderzoek dat uiteindelijk bij klager werd verricht.

Ten aanzien van artikel 9 EVRM voegt het arrest *Savda t. Turkije* in zoverre iets toe aan *Bayatyan* en *Ercep* dat in dit arrest expliciet duidelijk wordt gemaakt dat ook niet-gods-

¹⁰ EHRM 12 juni 2012, nr. 42730/05 (*Savda/Turkije*), *EHRC 2012/@@*, m.nt. Loof.

dienstige gewetensbezwaren reden moeten kunnen vormen om in aanmerking te komen voor vervangende dienstplicht. Nieuw is dat overigens niet, want in § 110 van *Bayatyan* sprak het Hof ook reeds over ‘opposition to military service, where it is motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person’s conscience or his deeply and genuinely held religious or other beliefs, constitutes a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9’ (cursivering auteur).

Desalniettemin levert deze explicitering in het licht van het totaal van de overwegingen van het Hof in *Savda* wel de vraag op welke ruimte er is voor de verdragsstaten om de oprechtheid van gewetensbezwaren te toetsen alvorens een dienstplichtige in aanmerking te laten komen voor vervangende dienstplicht. Dat is namelijk bij niet-religieuze gewetensbezwaren misschien wel extra ingewikkeld. In § 4 zal ik daar nader op in gaan.

3. De onderbouwing van de nieuwe EHRM-lijn ten aanzien van gewetensbezwaren tegen militaire dienst

Op de argumenten die de Grote Kamer van het EHRM in *Bayatyan* geeft voor een nieuwe interpretatie van artikel 9 EVRM is best kritiek mogelijk. Het is in de eerste plaats natuurlijk al opvallend dat de ‘gewone’ kamer van het Hof er in 2009 nog anders over dacht.

Een algemeen aandachtspunt bij interpretatie van bepalingen uit een mensenrechtenverdrag zoals het EVRM is dat de daarin opgenomen rechten doorgaans zeer abstract zijn geformuleerd. Een algemene term zoals ‘vrijheid van geweten’ uit artikel 9 krijgt in de jurisprudentie van het Hof nader invulling. Dat betekent dat het in belangrijke mate het Hof is dat de reikwijdte van begrippen uit het EVRM bepaalt – de rechter dus. Waar bij nationale wetgeving die door een rechterlijke instantie wordt geïnterpreteerd voor de wetgevende organen altijd nog de mogelijkheid open staat om de wet aan te passen om een ongewenste rechterlijke interpretatie van de eerdere wetstekst te ‘corrigeren’, is een dergelijke mogelijkheid er bij verdragsteksten eigenlijk niet (omdat het in de praktijk buitengewoon lastig is om opnieuw met alle verdragspartijen overeenstemming te bereiken over een nieuwe verdragstekst). Een ruimere interpretatie van een bepaald EVRM-begrip door het Hof betekent dat er ‘nieuwe’ verplichtingen ontstaan voor de verdragsstaten. Verplichtingen die dus niet zozeer worden opgelegd door een wetgevende instantie (de verdragsopstellers), maar door een niet te corrigeren rechter. Vanuit het perspectief van machtscheiding en machtsevenwicht is dat een situatie die door diverse juristen met argusogen wordt bekeken.¹¹ Tegelijkertijd is in Europa wél weer algemeen geaccepteerd dat het EHRM niet vastzit aan de betekenis die een bepaald EVRM-begrip had in de tijd dat het verdrag werd opgesteld. Het EVRM is een ‘living instrument’ dat moet worden geïnterpreteerd in het licht van ‘present day conditions’; naar dit vaste adagium uit de

¹¹ Zie o.m. E.A. Alkema, *Over implementatie van internationaal recht – de internationale rechtsorde is de onze nog niet* (oratie Leiden), Leiden: 2005. Te raadplegen via <http://media.leidenuniv.nl/legacy/Oratie%20Alkema%5B1%5D.pdf>. Zie ook J.H. Gerards, ‘Wisselwerking tussen rechter en wetgever – Naar een betere dialoog?’, in: R. de Lange, *Wetgever en grondrechten* (Staatsrechtconferentie 2007), Nijmegen: Wolff Legal Publishers 2008, p. 164-171.

EHRM-jurisprudentie wordt ook in *Bayatyan* verwezen. Deze algemene Europese acceptatie van de 'living instrument'-doctrine is vooral een gevolg van de wens om met het EVRM daadwerkelijke en effectieve rechtsbescherming te bieden tegen inbreuken op de in het verdrag opgenomen rechten. Wat zou de waarde zijn van het privacyartikel (artikel 10 EVRM) als onder het daarin opgenomen begrip 'correspondence' alleen de brief en het telegram verstaan zouden worden, omdat dat nu eenmaal de vormen van correspondentie waren die de verdragsopstellers anno 1950 voor ogen hadden?¹²

Een centraal element in de redenering van het Hof is dat bij de interpretatie van artikel 9 EVRM rekening gehouden wordt met de praktijk in de lidstaten van de Raad van Europa ten aanzien van gewetensbezwaren tegen militaire dienst. In de EVRM-literatuur wordt deze interpretatiemethode aangeduid als de 'consensus-methode' of de 'comparatieve methode'.¹³ De omstandigheid dat in de periode dat de feiten van de zaak *Bayatyan* zich voordeden in op twee na alle lidstaten al een mogelijkheid tot vervangende dienstplicht voor gewetensbezwaarden was gecreëerd ziet het EHRM als teken van een soort pan-Europese consensus dat de bescherming van de gewetensvrijheid met zich brengt dat er op deze wijze tegemoet gekomen wordt aan gewetensbezwaren. Die 'consensus' wordt dan min of meer als hefboom gebruikt om die laatste twee lidstaten te dwingen zich in het gelid te voegen. Daarnaast wijst het Hof dan nog op allerlei andere internationaal-rechtelijke ontwikkelingen die in dezelfde richting wijzen: een *General Comment* van het VN-Mensenrechtencomité, aanbevelingen van de Parlementaire Vergadering en het Comité van Ministers van de Raad van Europa, etc.

In het verleden is het EHRM herhaaldelijk bekritiseerd over de manier waarop het met de comparatieve interpretatiemethode omgaat. Zo verweet onder meer Gerards het Hof dat het zich schuldig maakte aan een vorm van 'cherry picking', door in sommige arresten vooral uit te gaan van een interpretatie van een verdragsartikel die het Hof zelf redelijk achtte en daar vervolgens met enige willekeur comparatief materiaal bij te zoeken dat die interpretatie ondersteunde (bijvoorbeeld door wel te wijzen op de landen die in hun eigen rechtssysteem van een zelfde interpretatie uitgingen, maar niet stil te staan bij een andere – niet heel veel kleinere – groep landen die dit juist niet deed).¹⁴ Terecht wees zij erop dat de legitimerende werking van een dergelijke hantering van deze interpretatiemethode beperkt is.

Nu valt op dit punt het arrest *Bayatyan* wat minder te bekritisieren, aangezien de Europese consensus, met slechts 2 van de 47 lidstaten zonder regeling voor vervangende dienstplicht bij gewetensbezwaren, in dit geval inderdaad wel heel breed was. Probleem is echter weer wél dat het EHRM niet in alle gevallen zo'n heel brede consensus doorslagge-

¹² Vgl. Alistair Mowbray, 'Between the will of the Contracting Parties and the needs of today: extending the scope of Convention rights and freedoms beyond what could have been foreseen by the drafters of the ECHR', in: Eva Brems & Janneke Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 17-36.

¹³ Zie o.m. J.H. Gerards, 'Rechtsvinning door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *NJCM-Bulletin/Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2006, p. 93-122; J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 74-96.

¹⁴ Gerards 2011, p. 90-94.

vend acht voor een bepaalde interpretatie. In een heel recent arrest moest het Hof oordelen omtrent het in het algemeen onrechtmatig achten van een staking die niet is gericht op verbetering van loon of arbeidsomstandigheden in het bedrijf of de bedrijfstak zelf, maar die bedoeld is als ondersteuning van een staking in een ander bedrijf.¹⁵ Daarbij overwoog het Hof dat het stakingsrecht in beginsel onderdeel vormt van de verenigingsvrijheid van artikel 11 EVRM en constateerde het dat er in de Raad van Europa maar drie landen zijn die dergelijke ‘secundaire’ stakingen per definitie uitsluiten. Maar dit vormde voor het Hof dan weer geen argument om de algemene uitsluiting van dergelijke stakingen in een van die drie landen (het Verenigd Koninkrijk) disproportioneel en dus strijdig met het EVRM te achten. Waarom is in het ene geval de hele brede Europese consensus doorslaggevend en in het andere geval niet? Daarvoor geeft het Hof niet een afdoende verklaring.

Een ander element van de manier waarop het EHRM de comparatieve methode gebruikt in *Bayatyan* wordt overigens in het arrest zelf al bekritiseerd, althans in de *dissenting opinion* van de Armeense EHRM-rechter die aan het arrest is toegevoegd. Rechter Gyulumyan wijst er onder meer op dat de aanbevelingen van de Parlementaire Vergadering en het Comité van Ministers waarnaar het Hof verwijst geen argument kunnen vormen voor een nieuwe interpretatie van artikel 9 EVRM, omdat zij vooral opriepen tot toevoeging van het recht op erkenning van gewetensbezwaren aan het EVRM door middel van een additioneel Protocol. We herkennen hier het machtscheidingsperspectief: een nieuwe verdragsinterpretatie moet komen van de ‘wetgever’ en niet van de rechter. Aangezien die aanbevelingen in *Bayatyan* maar één van de argumenten vormden om tot een nieuwe interpretatie te komen lijkt Gyulumyan hier niet een heel groot gat te slaan in de fundamenteën van het arrest. Bovendien kan men in dit geval acht slaan op de geringe juridische schade die Armenië opliep door het EHRM-arrest. Ten tijde van de uitspraak door het EHRM was er in Armenië al een regeling voor vervangende dienstplicht in geval van gewetensbezwaren in werking getreden, als uitwerking van een artikel in de eigen Grondwet dat een opdracht aan de wetgever daartoe bevatte. Hier drong het EHRM het land dus niet een interpretatie van de gewetensvrijheid op die het land zelf nog helemaal niet zag zitten.

In het geval van de op *Bayatyan* volgende uitspraken tegen Turkije ligt dat echter anders. Anno 2011/2012 werden in dat land nog op geen enkele wijze gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht binnen het nationale recht erkend. Ook de Turkse regering zal zich echter – in het licht van haar ambitie om lid te worden van de Europese Unie – toch al eerder moeten hebben gerealiseerd dat de ondubbelzinnige bewoording van artikel 10 lid 2 van het EU-Grondrechtenhandvest (‘Het recht op dienstweigering op grond van gewetensbezwaren wordt erkend volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen’) met zich brengt dat er in Turkije op dit punt sowieso iets moet veranderen. Bovendien was de Turkse permanent vertegenwoordiger bij de Raad van Europa één van de ondertekenaars van de Aanbeveling CM/Rec(2010)4, waarin het Comité van Ministers de lidstaten oproept om het recht op erkenning van gewetensbezwaren tegen

¹⁵ EHRM 8 april 2014, nr. 31045/10 (National Union of Rail, Maritime and Transport Workers/VK).

militaire dienstplicht te verzekeren. Het zou enigszins hypocriet zijn om als regering enerzijds deze aanbeveling te ondertekenen en anderzijds als laatste lidstaat van de Raad van Europa volledig in gebreke te blijven in het tot stand brengen van een daartoe strekkende wettelijke regeling.

4. religieuze en niet-religieuze gewetensbezwaren: controle op oprechtheid mogelijk?

In § 2.4 wees ik er reeds op dat het arrest *Savda t. Turkije* vooral interessant is omdat daaruit expliciet naar voren komt dat ook niet-godsdienstige gewetensbezwaren reden moeten kunnen vormen om in aanmerking te komen voor vervangende dienstplicht. De roots van deze gelijkschakeling tussen godsdienstige en niet-godsdienstige gewetensbezwaren gaan al terug tot het ECieRM-rapport in de fameuze zaak *Arrowsmith* uit 1978, waarin de pacifistische opvattingen van mevrouw Arrowsmith door de Commissie werden aangemerkt als vallend binnen de reikwijdte van het begrip 'overtuiging' in art. 9 EVRM, hoewel de Commissie de door Arrowsmith uitgedeelde foldertjes waarin zij militairen opriep om te deserteren en over te lopen naar de *Irish Republican Army* dan weer niet aanmerkte als een uiting van die pacifistische overtuiging.¹⁶ Over het algemeen kent het EHRM, in navolging van de ECieRM, in zijn jurisprudentie een vrij brede reikwijdte toe aan de begrippen godsdienst en overtuiging uit artikel 9,¹⁷ waardoor allerlei opvattingen in beginsel bescherming van dit artikel kunnen genieten. Naast pacifisme zijn ook communisme, atheïsme, pro-life anti-abortus opvattingen, agnosticisme en diverse sectarische religieuze stromingen geaccepteerd als opvattingen die vallen binnen de reikwijdte van de begrippen godsdienst en overtuiging.¹⁸

Er zijn echter grenzen. In *Pretty t. het VK*¹⁹ gaf het Hof aan dat 'not all opinions or convictions constitute beliefs in the sense protected by Article 9(1) of the Convention' en liet het de standvastige ideeën van klaagster over individuele autonomie bij beslissingen over levensbeëindiging en hulp bij zelfdoding, waaraan het Hof overigens niet twijfelde, buiten de reikwijdte van artikel 9. En reeds in *Campbell and Cosans t. het VK*²⁰ overwoog het Hof dat de term 'overtuiging' uit artikel 9 ook niet-religieuze opvattingen omvat, mits deze 'attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'. Een overtuiging is dus meer dan een mening, het moet gaan om een enigszins coherente visie op fundamentele vraagstukken. In de betreffende zaak werden de opvattingen van ouders die sterk gekant waren tegen de toepassing van lijfstraffen wel als 'overtuiging' aangemerkt, terwijl in een kort daarvoor genomen Commissie-beslissing²¹ de sterke persoonlijke motivatie om de as van een overledene thuis te verstrooien niet als zodanig werd aangemerkt omdat deze

¹⁶ ECieRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75.

¹⁷ Zie C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 55; A. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van gedachte, geweten, godsdienst en levensovertuiging', in: J.H. Gerards (eindred.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 46-49.

¹⁸ Zie P.M. Taylor, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 203-222.

¹⁹ EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, EHRC 2002/47, m.nt. Gerards & Janssen.

²⁰ EHRM 25 februari 1982, nrs. 7511/76 en 7743/76, Series A vol. 48, § 36.

²¹ ECieRM 10 maart 1981, X t. Duitsland, nr. 8741/79.

niet werd gezien als 'a coherent view on fundamental problems'. Bovendien is de reikwijdte van de begrippen godsdienst en overtuiging slechts één deel van het verhaal, omdat de Straatsburgse instanties – zoals reeds bleek in de zaak *Arrowsmith* – voor het van toepassing verklaren van artikel 9 eveneens eisen dat er sprake is van een duidelijk verband tussen de godsdienst of overtuiging en de manifestatie die de appellant beschermd wil zien. Niet alle activiteiten die worden ingegeven of beïnvloed door een (al dan niet religieuze) overtuiging, worden aangemerkt als een uitdrukking van die overtuiging.

Wat is nu de relevantie van de gelijkschakeling tussen religieuze en niet-religieuze overtuigingen in de EHRM-jurisprudentie voor de krijgsmachtpraktijk rondom gewetensbezwaren bij militaire dienstplicht? In juridisch opzicht is er geen verschil tussen religieuze en niet-religieuze gewetensbezwaren, maar als het gaat om de controleerbaarheid van de oprechtheid van gewetensbezwaren is er allicht wel een verschil. Bij gewetensbezwaren van religieuze aard valt doorgaans wat eenvoudiger na te gaan of deze door de betrokkene daadwerkelijk serieus worden genomen, bijvoorbeeld door na te gaan of de betrokkene zich ook houdt aan andere religieuze voorschriften of actief deel uitmaakt van een bepaalde religieuze gemeenschap. In het verleden is door de ECieRM geaccepteerd dat staten in zaken met betrekking tot gewetensbezwaren tegen militaire dienst vrij zware eisen stellen aan het bewijs van de oprechtheid van die gewetensbezwaren.²² Ook het EHRM zag er in het *Kosteski*-arrest²³ geen probleem in dat van een werknemer die in aanmerking wilde komen voor een verlofdag ter gelegenheid van een islamitische feestdag gevergd werd dat deze aantoonde deze religie inderdaad aan te hangen en actief te belijden: '[I]t is not oppressive or in fundamental conflict with freedom of conscience to require some level of substantiation (...) and, if that substantiation is not forthcoming, to reach a negative conclusion' (§ 39). Maar hoe controleer je de oprechtheid van een beroep op een pacifistische overtuiging?

In *Bayatyan* (§ 46) wijst het Hof wijst er onder meer op dat Nederland al sinds 1923 een regeling omtrent gewetensbezwaren tegen militaire dienst kent en daarmee behoort tot de groep landen die het vroegst een dergelijke regeling hadden (het Verenigd Koninkrijk, Zweden en Denemarken waren net een paar jaar eerder). In de vroege Nederlandse praktijk waren het vooral leden van de Doopsgezinde Kerk, waarbinnen vredesgetuigenis en geweldloosheid een grote rol spelen, die een beroep deden op deze regeling. In de Nederlandse praktijk op basis van de Wet gewetensbezwaren militaire dienst uit 1962 en de daarop gebaseerde algemene maatregel van bestuur en ministeriële aanwijzing geschiedde de toetsing van de waarachtigheid van een beroep op gewetensbezwaren door een adviescommissie. Deze bestond aanvankelijk louter uit militairen, maar later (mede) uit onafhankelijke deskundigen. Zij bevroegen de dienstplichtigen op hun argumenten en brachten advies uit of er volgens hen sprake was van onoverkomelijke gewetensbezwaren in de zin van de wet. Artikel 2 van deze nog altijd geldende wet omschrijft gewetensbezwaren op een neutrale manier, zonder enige referentie aan religieuze opvattingen: 'Ernstige gewetensbezwaren in de

²² ECieRM 11 oktober 1984, nr. 10410/83 (N t. Zweden) en ECieRM 7 maart 1996, nr. 20972/92 (Raninen t. Finland).

²³ EHRM 13 april 2006, nr. 55170/00 (*Kosteski/Macedonië*), EHRC 2006/73, m.nt. Gerards

zin van deze wet zijn de onoverkomelijke gewetensbezwaren tegen de persoonlijke vervulling van militaire dienst in verband met het gebruik van middelen van geweld waarbij men door dienstvervulling in de Nederlandse krijgsmacht kan worden betrokken'.

Vermeulen schetste in 1990 in dit tijdschrift de werkwijze van deze adviescommissie.²⁴ Hij betoogde dat 'de subjectivering en secularisatie van het geweten als gevolg van de algemeen-maatschappelijke tendensen in de samenleving' ertoe had geleid dat het geweten niet meer gekarakteriseerd kon worden 'op grond van zijn oorsprong of zijn inhoud (de norm die het uitspreekt of de algemeenheid van die norm), maar nog slechts op zijn morele ernst, dat wil zeggen de intensiteit en existentie van de overtuiging'. Die morele ernst moest dan tot uitdrukking komen in een in beginsel serieus overdacht handelen met een zekere mate van consistentie in de motivering daarvan en coherentie in gedrag. Dat waren dan ook de criteria waar de adviescommissie aan toetste en die toetsing had bovendien een marginaal karakter: alleen bij het ontbreken van enige mate van doordachtheid of in geval van een arbitraire handelwijze of motivering daarvan zag de commissie ruimte om het beroep op gewetensbezwaren af te wijzen.

De door Vermeulen geschetste Nederlandse praktijk sloot aan bij die in andere West-Europese landen. Zo ontwikkelde zich in de jaren '80 van de vorige eeuw in (West-)Duitsland een praktijk met betrekking tot gewetensbezwaren tegen militaire dienst die erop neerkwam dat er weinig meer nodig was dan de *pro forma* verklaring van de betrokken dienstplichtige dat hij gewetensbezwaard was om in aanmerking te kunnen komen voor vervangende dienstplicht. In Denemarken bestond een dergelijke praktijk zelfs al langer.²⁵

Het is moeilijk voorstelbaar hoe een indringender toetsing van de waarachtigheid van gewetensbezwaren vorm zou kunnen krijgen, ook al zou de hierboven vermelde vroege Straatsburgse jurisprudentie²⁶ daarvoor wellicht wel ruimte laten. Een indringender manier van oprechtsheidscontrole komt ook al snel op gespannen voet te staan met de harde kern van artikel 9 EVRM: het hebben van een bepaalde overtuiging mag namelijk op geen enkele manier worden ingeperkt, alleen de manier waarop die overtuiging tot uiting wordt gebracht mag door de staat worden ingeperkt.²⁷ Daarmee is de expliciete erkenning in *Savda* van niet-religieuze gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht in de praktijk dus allicht van nog wat grotere betekenis dan op het eerste gezicht lijkt. Het brengt impliciet een systeem met zich waarin met enig 'gemak' een beroep op die gewetensbezwaren kan worden gedaan om voor vervangende dienstplicht in aanmerking te komen, aangezien de oprechtheid van de gewetensbezwaren slechts marginaal getoetst kan worden door de betrokken autoriteiten.

²⁴ B.P. Vermeulen, 'Geweten, toetsing, gewetensvrijheid. De rol van de Commissie van advies inzake gewetensbezwaren militaire dienst', *Militair Rechtelijk Tijdschrift* 1990, p. 149-153.

²⁵ C.C. Moskos & J.W. Chambers (eds.), *The New Conscientious Objection – The Secularization of Objection to Military Service*, Oxford: Oxford University Press 1993, p. 98-114.

²⁶ Zie *supra* voetnoot 22. Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat het in de zaken *N. t. Zweden en Raninen t. Finland* ging om een zogenoemde 'totaalweigeraar', zodat niet met zekerheid gezegd kan worden dat de strengheid die Straatsburg in deze zaken aan de dag legt terzake van het bewijs de oprechtheid van gewetensbezwaren zonder meer doorgetrokken kan worden naar de situatie waarin iemand slechts in aanmerking wil komen voor vervangende (civiele) dienstplicht.

²⁷ Zie Nieuwenhuis 2013, p. 51.

BESCHOUWING

In landen die wat dichterbij een gewapend conflict zitten, zoals Turkije, kan dat het risico opleveren van grote groepen dienstplichtigen die richting de vervangende dienstplicht trekken. De enige rem die daar dan op gezet kan worden is het onaantrekkelijk maken van de vervangende dienstplicht door deze (aanzienlijk) langer te laten duren dan de militaire dienstplicht. Vermeulen noemde de 'offerbereidheid' aan de zijde van de gewetensbezwaarde door de zwaardere last van een langere duur van de vervangende dienstplicht te accepteren als aanvullend en tevens doorslaggevend criterium om de oprechtheid van gewetensbezwaren te kunnen afmeten: zonder deze offerbereidheid is er geen sprake van echte gewetensernst.²⁸

Het arrest *Savda* laat echter zien dat de 'Dutch treat' ten aanzien van (marginale) toetsing van gewetensbezwaren nog niet zo maar overal in Europa wordt geaccepteerd. De Turkse regering lijkt genegen om daar toch wat indringender naar te willen kijken. Zij merkt in § 89 van het arrest op dat *Savda* helemaal niet zo consequent is in zijn pacifistische overtuigingen. Immers, hij werd meermalen strafrechtelijk veroordeeld vanwege hulp aan de niet bepaald als geweldloos bekend staande PKK en na zijn desertie uit het leger werd hij in 1997 gearresteerd terwijl hij in het bezit was van een wapen. Hoe zou de Nederlandse adviescommissie met zo'n geval zijn omgegaan?

²⁸ Vermeulen 1990, p. 151.