Rode draad 'Rechtseenheid' arsaequi.nl/maandblad AA20180077

Procedurele toetsing, het EHRM en rechtseenheid en diversiteit

Leonie Huijbers*

Bij de beoordeling van materiële rechten richt het EHRM zich steeds vaker op de kwaliteit van de nationale besluitvormingsprocedure. Zo ook in de *Garib*-uitspraak tegen Nederland waarbij het oordeelde over de Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek. Maar wat houdt deze 'procedurele trend' nou eigenlijk precies in? En, hoe verhoudt het zich tot de taakstelling van het EHRM om de EVRM-rechten te beschermen en de noodzaak van het respecteren van sommige verschillen tussen staten? Deze bijdrage gaat nader in op deze vragen.

Inleiding

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ziet toe op de naleving van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Om dit te kunnen doen, heeft het EHRM de belangrijke taak om uitleg te geven aan de betekenis van de EVRM-rechten. Daarbij gaat het niet alleen om de interpretatie van deze rechten – bijvoorbeeld, valt toegang tot informatie onder het recht op vrijheid van meningsuiting? – maar ook over de toepassing van deze rechten – wat mogen staten niet doen, of juist, wat moeten ze wel doen? Hierdoor wordt een mensenrechtelijk kader ontwikkeld dat aanstuurt op een zekere rechtseenheid in Europa. Anders dan bij de Europese Unie (EU), gaat het hierbij om *een zekere* rechtseenheid. Een belangrijk aspect van het EVRM-systeem is namelijk dat het EVRM (in beginsel) alleen minimum standaarden uiteenzet, waarmee overheden worden begrensd in hun regelgeving en besluitvorming. Het EHRM biedt daarom ook ruimte voor bepaalde verschillen tussen de 47 Europese staten die aangesloten zijn bij het EVRM. Staten die cultureel, politiek en sociaaleconomisch veel van elkaar (kunnen) verschillen.

Beide aspecten – het eenduidig interpreteren van EVRM-rechten en het respecteren van verschillen tussen staten – zorgen voor een spanning die inherent is aan het EVRM-systeem. Het EHRM heeft in elke uitspraak steeds weer de lastige taak om een balans te vinden tussen het waarborgen van een zekere rechtseenheid bij de interpretatie van de EVRM-rechten en het respecteren van de diversiteit tussen staten in de wijze waarop zij deze beschermen.[1] Op verschillende manieren heeft het EHRM vorm willen geven aan zijn taak, de bekendste manier daarvan is de 'margin of appreciation'-doctrine. Recentelijk lijkt het steeds vaker ook een andere methode te gebruiken, een methode die wordt aange-

* Mr. L.M. Huijbers, MA is als promovenda werkzaam aan de Universiteit Utrecht.

1 Zie hiervoor ook J. Gerards, 'The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of "shared responsibility"', in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (red.), *Implementation of the ECHR and the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 13-94, p. 19-20; J. Gerards, 'Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights', in N. Huls, M. Adams & J. Bomhoff (red.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 407-436, p. 418.

2 Zie over procedurele toetsing in het kader van het EVRM onder meer O.M. Arnardóttir, 'The "procedural turn" under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance', *International Journal of Constitutional Law* 2017, p. 9-35; verschillende bijdrages in J. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017; P. Popelier & C. van de Heyning, 'Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer?', *Leiden Journal of International Law* 2017, p. 5-23; L.M. Huijbers & J.H. Gerards, 'Procedurele

merkt als 'procedurele toetsing'. Volgens verscheidene wetenschappers benadert het EHRM zaken waarin materiële rechten spelen in toenemende mate vanuit een procedurele invalshoek, waarbij het kijkt naar de kwaliteit en zorgvuldigheid van de nationale besluitvormingsprocedures, in plaats van of in aanvulling op een inhoudelijke beoordeling van deze beslissingen.[2] Ook in zaken tegen Nederland heeft procedurele toetsing een rol gespeeld. Onlangs heeft het EHRM een Nederlandse edelpelsdierhouder niet-ontvankelijk verklaard in een beslissing waarbij het, ten aanzien van het recht op bescherming van eigendom, de nadruk heeft gelegd op de uitgebreide beoordeling van de mensenrechtelijke argumenten van partijen door het Gerechtshof Den Haag en de Hoge Raad.[3] Eveneens heeft het EHRM, zowel de Kamer als de Grote Kamer, in de belangwekkende zaak over de Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek (Wbmgp), beter bekend als de 'Rotterdamwet', aandacht besteed aan het besluitvormingsproces van de Nederlandse wetgever.[4]

Het EHRM heeft in elke uitspraak steeds weer de lastige taak om een balans te vinden tussen het waarborgen van een zekere rechtseenheid bij de interpretatie van de EVRM-rechten en het respecteren van de diversiteit tussen staten in de wijze waarop zij deze beschermen

Deze 'procedurele trend' roept nieuwe vragen op, ook ten aanzien van de betekenis voor de functie van het EHRM. In deze bijdrage wordt daarom stilgestaan bij de vraag hoe procedurele toetsing door het EHRM zich verhoudt tot dit spanningsveld tussen rechtseenheid en diversiteit. Op welke wijze draagt procedurele toetsing bij aan het bewerkstelligen van een zekere rechtseenheid onder het EVRM? En hoe verhoudt deze benadering zich tot het respecteren van de diversiteit tussen staten? De *Garib*-zaak, over de Wbmgp, wordt in deze bijdrage steeds als voorbeeld gebruikt om te reflecteren op het gebruik van procedurele toetsing door het EHRM. Deze zaak en de Wbmgp worden in de volgende paragraaf verder toegelicht.

De Wbmgp heeft tot veel discussie geleid en tot enkele rechterlijke procedures, waarvan er ook een voor het EHRM is gekomen

1 De *Garib*-zaak en de Wbmgp

Op 1 januari 2006 is de Wbmgp in werking getreden.[5] De Wbmgp maakt het mogelijk voor gemeenten om bij verordening wijken en straten aan te wijzen waarvoor woningzoekenden een huisvestingsvergunning nodig hebben. Deze huisvestingsvergunning wordt dan alleen verleend wanneer woningzoekenden die minder dan zes jaar in de stadsregio wonen, aan de gestelde inkomstenvereisten voldoen (minimaal 120% van het wettelijk minimuminkomen).[6] Het doel van deze wetgeving is om achterstandswijken beter leefbaar te maken en de diversiteit vanuit sociaaleconomisch oogpunt te herstellen.[7] Daarnaast is op 1 januari 2017 een amendement van de Wbmgp in werking getreden waarbij gemeenten ook woningzoekenden met een crimineel verleden een huisvestingsvergunning mogen weigeren.[8] Gemeenten mogen op basis daarvan een Verklaring Omtrent Gedrag vragen of een screening uitvoeren van de politiegegevens van de betreffende persoon alvorens het verlenen van een huisvestingsvergunning.

De Wbmgp heeft tot veel discussie geleid en tot enkele rechterlijke procedures, waarvan er ook een voor het EHRM is gekomen (daarbij gaat het om de eerste variant van de Wbmgp, namelijk die met inkomensvereisten). Begin 2016 heeft de Kamer van het EHRM in de zaak *Garib* uitspraak gedaan over de Wbmgp en de daaropvolgende weigering van het verlenen van een huisvestingsvergunning aan een alleenstaande moeder met twee kinderen.[9] De Kamer behandelde de zaak onder het recht om vrijelijk een woonplaats te kiezen, wat een onderdeel is van het recht op bewegingsvrijheid (art. 2 lid 1 Vierde Protocol EVRM). Hoewel de Wbmgp een inbreuk vormde op dit recht, oordeelde de Kamer dat de inbreuk niet kennelijk zonder redelijke grondslag was ('not manifestly without reasonable foundation'). Hij lette daarbij op de wetgevingsprocedure en de afwegingen van de Nederlandse wetgever, in het bijzonder de noodzaak om armoede en veiligheidsproblemen tegen te gaan in

toetsing', in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 191-122.

3 EHRM (ontv. besl.) 10 oktober 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1010DEC004376817 (*Han Aarts/Nederland*), par. 17.

4 EHRM 23 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD004349409, *EHRC* 2016/115, m.nt. J.H. Gerards, *JG* 2017/7, m.nt. S. van Tongeren & M. Vols (*Garib/Nederland*) en EHRM (GK) 6 november 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1106JUD004349409 (*Garib/Nederland*).

5 Wmbgp van 22 december 2005, *Stb*. 2005, 726. Deze wet is later gewijzigd door de uitbreidingswet van 9 april 2014, *Stb*. 2014, 152.

6 Art. 5-8 Wbmgp.

7 Zie daarover de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2004/05, 30091, 3, par. 1 en 4.

8 Wbmgp van 23 augustus 2016, *Stb*. 2016, 329.

9 Mevrouw Garib wilde binnen de Tarwewijk in Rotterdam verhuizen. In de tussentijd had de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu onder meer de Tarwewijk aangewezen als een buurt waarvoor een huisvestingsvergunning noodzakelijk is. Deze vergunning werd mevrouw Garib geweigerd door B&W uit Rotterdam, omdat zij niet voldeed aan de gestelde vereisten: ze woonde nog geen twee jaar in Rotterdam en was afhankelijk van een bijstandsuitkering.

10 EHRM *Garib/Nederland*, par. 121-129.

11 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 145-149.

12 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 95-102.

13 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 150-157.

14 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 147-149.

15 Zie onder meer V. David, 'Improving neighborhoods by preventing welfare recipient to take up residence: the Grand Chamber hearing in Garib v. the Netherlands', *Strasbourg Observers* 2 februari 2017; de annotaties van Gerards en Van Tongeren en Vols bij de *Garib*-zaak; T. Barkhuysen, 'Redt Straatsburgse soepelheid de Rotterdamse vestigingsverboden?', *NJB* 2016/439.

16 Voor de eerste kritische beschouwingen van de Grote Kamer-uitspraak zie de *dissenting opinions* van rechters Tsotsoria, De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Vehabović en Kūris; en V. David & S. Ganty, 'Strasbourg fails to protect the rights of people living in or at risk of poverty: The disappointing Grand

Chamber judgment in Garib v. The Netherlands', Strasbourg observers *https://strasbourgobservers.com/2017/11/16/strasbourg-fails-to-protect-the-rights-of-people-living-in-or-at-risk-of-poverty-the-disappointing-grand-chamber-judgment-in-garib-v-the-netherlands/* geraadpleegd op 22 november 2017.

17 Zie eveneens annotatie Gerards bij de *Garib*-uitspraak, par. 6-9 en de blog van Lavrysen 2016.

18 EHRM *Garib/Nederland*, par. 113.

19 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 138.

20 Zie J. Gerards & E. Brems, 'Procedural Review in European Fundamental Rights Cases: Introduction', in: Gerards & Brems 2017, p. 2.

21 Zie daarover paragraaf 2 en 3.

22 Voor een aantal vooraanstaande zaken waarin procedurele toetsing is gebruikt ten aanzien van de proportionaliteitstoets zie Popelier & Van de Heyning 2017, p. 13-20.

23 De procedurele toets vindt plaats onder het kopje 'proportionality', zie EHRM *Garib/Nederland*, paras. 111-136 en onder het kopje 'whether the restriction was "justified in a democratic society"', EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 117-166.

24 EHRM 22 april 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608, *EHRC* 2013/149, m.nt. J.H. Gerards, *NJ* 2016/321, m.nt. E.J. Dommering (*Animal Defenders International/VK*). Voor een bespreking van de verschillende rollen die procedurele toetsing kan spelen in de jurisprudentie van het EHRM zie M. Saul, 'Structuring evaluations of parliamentary processes by the European Court of Human Rights', *International Journal of Human Rights* 2016, p. 1077-1096.

25 Het EHRM heeft zich gebaseerd op een procedurele toets om een uitzondering te maken op het ontvankelijkheidscriterium van uitputting van de nationale rechtsmiddelen, zie bijvoorbeeld EHRM 18 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793 (*Aksoy/Turkije*), par. 52.

26 J. Gerards, 'Procedural review by the ECtHR: A typology', in: Gerards & Brems 2017, p. 127-160, p. 141-144 en 150-155.

27 EHRM *Garib/Nederland*, par. 126 en EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 150.

28 Zie eveneens M. Saul, 'The European Court of Human Rights' margin of appreciation and the processes of national parliaments', *Human Rights Law Review* 2015, p. 1-30.

bepaalde wijken, de regelmatige evaluatie van de wet, de tijdelijke en geografische beperkingen van de aanwijzingen en het bestaan van wettelijke uitzonderingen voor individuen in het geval zij geen andere geschikte huisvesting zouden kunnen vinden, er onvoldoende huisvesting is, of wanneer sprake is van persoonlijke ontberingen (hardheidsclausules).[10] Tegen deze achtergrond concludeerde de Kamer dat het recht op bewegingsvrijheid niet was geschonden.

Op rekest van verzoekster, mevrouw Garib, is de zaak op 12 september 2016 doorverwezen naar de Grote Kamer. Op 6 november 2017 heeft de Grote Kamer uitspraak gedaan en eveneens geconcludeerd dat noch de Wbmgp, noch de toepassing ervan in de concrete situatie in strijd was met het EVRM.[11] De Grote Kamer volgde daarin vrijwel de redenering van de Kameruitspraak, al was het een stuk korter in zijn beschouwing. Ook de Grote Kamer behandelde de zaak onder het recht op bewegingsvrijheid, en heeft het verzoek om de zaak ook onder artikel 14 EVRM, alleen of in samenhang genomen met artikel 2 lid 1 Vierde Protocol EVRM, afgewezen.[12] Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de Wbmgp richtte het zich op zorgvuldige wetgevingsprocedure, de gemaakte wettelijke uitzonderingen en de mogelijkheid van een bezwaar- en beroepsprocedure tegen een besluit tot weigering van een huisvestingsvergunning.[13] Over de effectiviteit van de Wbmgp was de Grote Kamer zeer terughoudend en nam het in overweging dat de nationale overheden de maatregel klaarblijkelijk wel effectief achtten, nu de toepassing ervan was uitgebreid naar andere regio's in Rotterdam en ook werd gebruikt door andere gemeenten.[14] Verschillende aspecten van de controversiële Kameruitspraak zijn uitvoerig besproken in de literatuur[15] en de Grote Kameruitspraak zal waarschijnlijk ook de nodige aandacht krijgen.[16] Een aspect van deze uitspraken, het gebruik van procedurele toetsing, wordt in deze bijdrage nader beschouwd.[17] In *Garib* benadrukte de Kamer van het EHRM dat de kwaliteit van de parlementaire en rechterlijke toetsing van de noodzakelijkheid van de maatregel van bijzonder belang is voor de beoordeling van de proportionaliteit en de beoordelingsmarge die staten toekomt.[18] De uitspraak van de Kamer zou dan niet alleen worden gevormd door een inhoudelijke beoordeling van het Nederlands huisvestingsbeleid, maar ook door het voorafgaande wetgevingsproces en de rechterlijke toetsing ervan. Ook de Grote Kamer benoemt als algemeen beginsel dat het wetgevingsproces relevant is om te kunnen beoordelen of de wetgever een eerlijke balans heeft gevonden in zijn maatregel.[19]

De procedurele benadering in beide uitspraken is niet alleen relevant vanwege de invloed op de uiteindelijk oordeel van de Kamer en Grote Kamer in de *Garib*-zaak (dat in de volgende paragrafen wordt besproken), maar ook vanwege de bredere procedurele trend in de jurisprudentie van het EHRM, waar de uitspraak deel van uitmaakt. Dit roept de vraag op wat procedurele toetsing nu eigenlijk is.

Procedurele toetsing kan worden gedefinieerd als een vorm van rechterlijke toetsing waarbij de rechter kijkt naar de besluitvormingsprocedure van de wetgever, het bestuursorgaan of de rechter

2 Procedurele toetsing onder de loep genomen

Procedurele toetsing kan worden gedefinieerd als een vorm van rechterlijke toetsing waarbij de rechter kijkt naar de besluitvormingsprocedure van de wetgever, het bestuursorgaan of de rechter.[20] Anders dan bij een toetsing waarbij het EHRM naar de redelijkheid van de *inhoud* van een wet, besluit of uitspraak kijkt, gaat het bij procedurele toetsing dus om de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen. Deze toetsing kan op verschillende besluitvormingsprocedures betrekking hebben. Waar de Kamer en Grote Kamer in de *Garib*-uitspraak procedurele toetsing uitsluitend hebben toegepast ten aanzien van de Nederlandse wetgevingsprocedure,[21] hadden zij bijvoorbeeld ook kunnen kijken naar de besluitvormingsprocedure die is gevolgd door het bestuursorgaan (het college van burgemeester en wethouders van Rotterdam) om te besluiten tot de weigering van de huisvestingsvergunning van verzoekster, of naar de wijze waarop de Nederlandse rechters (Rechtbank Rotterdam en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State) een oordeel hebben geveld over het besluit om de vergunning niet te verlenen.

Ondanks dat de rol van procedurele toetsing in de jurisprudentie van het EHRM nog niet is uitgekristalliseerd, kunnen toch al verschillende toepassingsvormen van procedurele toetsing worden onderscheiden. In de *Garib*-uitspraak, zoals ook in veel andere zaken,[22] wordt een procedurele benadering gekozen bij de beoordeling van de proportionaliteit van een inmenging in de uitoefening van een materieel recht.[23] In *Animal Defenders International tegen het Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM aangegeven dat procedurele toetsing ook van belang kan zijn voor de bepaling van de omvang van de beoordelingsmarge die staten toekomt ('margin of appreciation').[24] Een andere vorm van procedurele toetsing is te herkennen bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een zaak.[25]

Verder blijkt een procedurele toets bij het EHRM tot verschillende oordelen te kunnen leiden. Zo kan het EHRM een positief oordeel vellen over de gevolgde nationale besluitvormingsprocedure als deze bijvoorbeeld bijzonder zorgvuldig was, maar het kan ook een negatief oordeel vellen als de procedure niet heeft voldaan aan de eisen van procedurele rechtvaardigheid.[26] In de *Garib*-zaak oordeelde zowel de Kamer als de Grote Kamer positief over de gevolgde wetgevingsprocedure in Nederland.[27] Daarbij verwezen ze naar de Tweede Kamer die de nadelige gevolgen van de Wbmgp heeft willen matigen door het opnemen van wettelijke uitzonderingsgronden.

Het EHRM laat slechts in uitzonderlijke gevallen procedurele toetsing een doorslaggevende rol spelen. Veel vaker speelt procedurele toetsing een ondersteunende rol

Wat ten slotte de impact is van een positief dan wel negatief oordeel op de einduitkomst, is afhankelijk van het gewicht dat wordt toegekend aan de procedurele toets.[28] Zo kwam het EHRM in een zaak over het gebrek aan informatie over een antenatale screeningtest enkel en alleen op basis van procedurele tekortkomingen tot het oordeel dat het privacyrecht van de verzoekster was geschonden; de nationale rechter had volgens het EHRM namelijk nagelaten de klacht van de moeder over toegang tot medische informatie in behandeling te nemen.[29] Uit een uitgebreide jurisprudentieanalyse volgt echter dat het EHRM slechts in uitzonderlijke gevallen procedurele toetsing een doorslaggevende rol laat spelen.[30] Veel vaker speelt procedurele toetsing een ondersteunende rol, waarbij het slechts een overweging is naast andere inhoudelijke overwegingen. Ook in de *Garib*-uitspraak hechtten de Kamer en Grote Kamer enige waarde aan de wetgevingsprocedure, maar wordt duidelijk dat ook de inhoud van de Wbmgp en de inhoudelijke toepassing ervan ten aanzien van verzoekster relevant zijn voor het oordeel dat artikel 2 Protocol 4 EVRM niet geschonden is.[31]

3 Rechtseenheid en procedurele toetsing

Tegen de achtergrond van deze procedurele trend rijst de vraag naar de verhouding tussen procedurele toetsing en de rol van het EHRM. Hoewel een procedurele benadering vaak wordt vereenzelvigd met een terughoudende houding van het EHRM en daarmee het respecteren van diversiteit (zoals in de volgende paragraaf wordt toegelicht), kan het wellicht ook bijdragen aan het bewerkstelligen van een zekere rechtseenheid onder het EVRM. De functie van het EHRM bestaat immers niet alleen uit het bieden van individuele bescherming van de EVRM-rechten, maar ook uit het interpreteren van deze rechten.[32] Door het interpreteren en toepassen van het EVRM zet het EHRM vereisten uiteen waaraan staten zich dienen te houden, waardoor het dus een zekere rechtseenheid bewerkstelligt. Zoals benoemd in de inleiding, gaat het slechts om *een zekere* rechtseenheid, omdat het EVRM alleen minimumvereisten neerlegt voor staten; boven deze minima zijn staten vrij om een eigen uitvoering te geven aan het EVRM. Daarmee is de rechtseenheid onder het EVRM dus van een ander kaliber dan de rechtseenheid die veelal wordt bewerkstelligd onder het recht van de EU, dat gericht is op het grotendeels harmoniseren van wetgeving en beleidsvoering binnen de EU.

Opvallend is dat de constitutionele rol van het EHRM de laatste jaren aan belang lijkt te winnen, onder meer door de pilot-judgment-procedure. In zo'n procedure kiest het EHRM een zaak uit een grote groep van repetitieve zaken om het achterliggende

29 EHRM 24 juni 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0624JUD003301108 (*A.K. v. Latvia*), par. 93-94 en zie E. Brems, 'Making Subsidiarity Work: Struggling with Procedural Review – A.K. v. Latvia', *Strasbourg Observers* 14 juli 2014.

30 Gerards 2017, p. 153 en 155.

31 EHRM *Garib/Nederland*, par. 118-134 en EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 142-157

32 Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie ook deze constitutionele functie genoemd, zie EHRM 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), par. 197. Zie eveneens J.H. Gerards & L.R. Glas, 'Access to justice in the European Convention on Human Rights system', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2017, p. 11-30 en in het kader van de ontwikkeling van het EHRM zie E. Bates, *The evolution of the European Court of Human Rights: from its inception to the creation of a permanent court of rights*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 489-491.

33 Zie L. Glas, 'The functioning of the pilot-judgment procedure of the European Court of Human Rights in practice', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2016, p. 41-70 en J. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NTM/NJCM-bulletin* 2006, p. 93-122, p. 102.

34 Protocol 16 van 2 oktober 2013, CETS-nr. 214. Voor de inwerkingtreding van het Protocol moeten tien staten het ratificeren. Tot dusver hebben acht staten het geratificeerd (zie *www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214*). In Nederland heeft de Eerste Kamer inmiddels gedebatteerd over de goedkeuring van het Protocol (zie *www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34235_goedkeuring_protocol_nr_16*).

35 Zie daarover J. Gerards, 'Protocol 16 EVRM: Advisering door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2017, p. 307-322.

36 Zie T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017 en E. Brems, 'Procedural protection: An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights', in: E. Brems & J. Gerards, *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 137-161.

probleem te bespreken en waarbij het vaak algemene en soms specifieke aanwijzingen aan een staat meegeeft over hoe nationaal beleid of nationale wetgeving zou moeten worden aangepast.[33] De constitutionele rol van het EHRM lijkt eveneens versterkt te worden met de inwerkingtreding – wellicht in de nabije toekomst – van Protocol 16 EVRM.[34] Dit protocol maakt het mogelijk voor nationale rechters om het EHRM om niet-bindend advies te vragen over de uitleg en toepassing van EVRM-rechten in een voorliggende zaak.[35] Wellicht dat ook procedurele toetsing aan deze constitutionalisering en aan het vergroten van rechtseenheid in Europa een bijdrage kan leveren.

Middels procedurele toetsing kan het EHRM dus een zekere *procedurele rechtseenheid* bewerkstelligen, dat wil zeggen, rechtseenheid bij de vormgeving en toepassing van nationale besluitvormingsprocedures

3.1 Procedurele toetsing voor het bewerkstelligen van rechtseenheid

De grondslag voor procedurele toetsing ligt in de procedurele verplichtingen die staten hebben onder het EVRM.[36] Deze procedurele vereisten vloeien niet alleen voort uit procedurele rechten, zoals het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) en het recht op effectieve rechtsbescherming (art. 13 EVRM), maar, zo blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM, ook uit materiële rechten zoals het recht op respect van het privé- en gezinsleven (art. 8 EVRM) en de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM).[37] Het EHRM let daarbij op de regulering van deze procedures in nationale formele en informele regelingen,[38] evenals op de kwaliteit, zorgvuldigheid en eerlijkheid van de gevolgde procedures.[39] Ten aanzien van de kwaliteit van de besluitvormingsprocedures heeft het bijvoorbeeld bepaald dat de wetgever relevante studies en onderzoeken bij de totstandkoming van economisch en milieubeleid moet betrekken[40] en expliciet en uitvoerig moet debatteren over controversiële wetgeving.[41] Ook dient de nationale rechter, in zaken waar mensenrechten een rol spelen, de proportionaliteit van een inmenging met een recht te beoordelen met inachtneming van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM.[42] De eerlijkheid van nationale procedures heeft onder meer vorm gekregen door het vereiste dat individuen dienen te worden betrokken in besluitvormingsprocedures van overheidsinstanties, wanneer deze besluiten hun belangen en rechten raken.[43] Dit betekent dat het EHRM de focus verplaatst naar de nationale besluitvormingsprocedures en de mate waarin die voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het EVRM. Daarmee verandert ook het soort rechtseenheid dat het kan verzekeren: die betreft niet materiële minimumnormen voor grondrechtenbescherming, maar juist procedurele normen. Middels procedurele toetsing kan het EHRM dus een zekere *procedurele rechtseenheid* bewerkstelligen, dat wil zeggen, rechtseenheid bij de vormgeving en toepassing van nationale besluitvormingsprocedures.

Dit verband tussen procedurele toetsing en procedurele rechtseenheid roept de vraag op of het EHRM daadwerkelijk het doel heeft om een dergelijke eenheid te verzekeren en in hoeverre procedurele toetsing daaraan kan bijdragen. Het antwoord op de eerste vraag blijft vooralsnog gissen. Wel kan opgemerkt worden dat het EHRM tijdens de top in Brussel in 2015, waar de implementatie van het EVRM centraal stond, heeft aangegeven dat procedurele toetsing een belangrijke rol kan spelen bij de beoordeling van nationale wetgeving.[44] Daarbij heeft het procedurele toetsing verbonden met het idee dat de implementatie van het EVRM het beste overgelaten kan worden aan nationale overheden.[45] Tegelijkertijd benadrukt het EHRM dat het daarbij een belangrijke rol heeft door zowel inhoudelijke als procedurele aanwijzingen te geven betreffende de wijze waarop nationale overheden dat kunnen doen.[46] Er kan dus worden aangenomen dat het EHRM een bepaald niveau van procedurele bescherming van mensenrechten binnen Europa probeert te verzekeren, wat uiteindelijk ook een zekere procedurele rechtseenheid oplevert.

Wat betreft de vraag in hoeverre procedurele toetsing kan bijdragen aan het bewerkstelligen van procedurele rechtseenheid dient gewezen te worden op de verschillende toepassingen van procedurele toetsing in de jurisprudentie van het EHRM. De ene procedurele benadering heeft wellicht niet hetzelfde rechtseenheidsvormend vermogen als de andere. Verschillen lijken voornamelijk te liggen in het gewicht dat het EHRM

37 Over de procedurele waarborgen onder art. 8 EVRM zie De Jong 2017, p. 145-209. Zie eveneens een achtergrondpaper voorbereid door een vijftal rechters van het EHRM, *Seminar to Mark the Opening of the Judicial Year 2015 – Subsidiarity: A Two Sided Coin?* (EHRM-paper ter opening van het rechterlijk jaar 2015), 30 januari 2015 (zie *www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf*), par. 30-31.

38 Regulering houdt niet alleen in dat staten in procedures moeten voorzien, maar ook dat ze zich daaraan moeten houden. Dit komt voort uit de 'rule of law' en het wettelijke grondslagvereiste. Voor een aantal zaken over procedurele reguleringsvereisten zie J. Gerards, *EVRM. Algemene Beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 128-132.

39 Over de procedurele standaarden zie eveneens Gerards 2017, p. 130-140 en E. Brems & L. Lavrysen, 'Procedural justice in human rights adjudication: The European Court of Human Rights', *Human Rights Quarterly* 2013, p. 176-200, p. 189-199. Dit drietal van procedurele standaarden – regulering, kwaliteit en eerlijkheid – is onderscheiden door Bar-Siman-Tov tijdens het seminar over 'Exploring New Dimensions of Procedural Review' in Edinburgh op 10 maart 2017. Bar-Siman-Tov heeft uitvoerig geschreven over het thema van procedurele toetsing, zie onder meer I. Bar-Siman-Tov, 'The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process', *Boston University Law Review* 2011, p. 1915-1974.

40 EHRM (GK) 8 september 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297 (*Hatton/VK*), par. 128 en EHRM (GK) 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905 (*Evans/VK*), par. 86.

41 EHRM (GK) 6 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD007402501 (*Hirst/VK (Nr. 2)*), par. 79 and EHRM (GK) 6 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003 (*Maurice/Frankrijk*), par. 121.

42 EHRM (GK) 7 februari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 (*Von Hannover/Duitsland (Nr. 2)*), par. 107 en EHRM 17 oktober 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1017JUD002701307 (*Winterstein e.a./Frankrijk*), par. 148 (γ)-(δ) en 153-158.

43 EHRM (GK) 12 juli 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD002570294 (*K. en T./Finland*), par. 173.

44 EHRM-bijdrage aan de top in Brussel, 26 januari 2015 (zie

toekent aan een procedurele toets. Het is aannemelijk dat de rechtseenheid die door procedurele toetsing wordt bewerkstelligd groter is in zaken waarbij die toetsing doorslaggevend is voor het eindoordeel, dan in zaken waarbij het slechts een (klein) onderdeel daarvan vormt.[47] Immers, het EHRM lijkt met een doorslaggevende procedurele toets de procedurele vereisten die daaraan ten grondslag liggen als op zichzelf staande minimumvereisten te beschouwen. Zoals hiervoor al opgemerkt is, wordt deze zwaarwegende rol voor procedurele toetsing echter maar zelden gebruikt in relatie tot materiële rechten.[48] Toch kunnen ook minder gewichtige vormen van procedurele toetsing een zekere procedurele rechtseenheid opleveren, bijvoorbeeld als duidelijk is dat ze enige impact hebben op de beoordelingsmarge die de staten toekomt. In dat soort gevallen kan de procedurele toets van het EHRM een aansporing zijn voor staten om zorgvuldig te werk te gaan in besluitvormingsprocedures; de terughoudende toets die daarvan dan het gevolg is, is dan een soort beloning.[49] Meer indirect kan dit leiden tot betere naleving van de procedurele normen, wat mogelijk tot een grotere procedurele rechtseenheid leidt.

De procedurele toets van het EHRM kan een aansporing zijn voor staten om zorgvuldig te werk te gaan in besluitvormingsprocedures; de terughoudende toets die daarvan dan het gevolg is, is dan een soort beloning

3.2 Procedurele rechtseenheid en de Garib*-zaak*

Gelet op de zekere procedurele rechtseenheid die het EHRM met een procedurele benadering kan bewerkstelligen, kan nader naar de uitspraken van het EHRM in de *Garib*-zaak worden gekeken. Bij de bespreking van de algemene proportionaliteitsstandaarden benadrukt de Kamer het belang van de procedurele waarborgen die beschikbaar zijn voor het individu ten aanzien van het nationale regelgevingskader.[50] Met een verwijzing naar de vaste jurisprudentie van het EHRM onder artikel 8 EVRM bepaalt het dat, ook in zaken die onder artikel 2 Protocol 4 EVRM vallen, het besluitvormingsproces eerlijk dient te zijn en de belangen van het individu in acht moeten worden genomen.[51] Deze procedurele vereisten lijken daarmee op zichzelf staande, of in ieder geval bijzonder belangrijke standaarden te zijn voor de beoordeling van de proportionaliteit van nationale regelgevingskaders ('the available procedural safeguards to the individual will be especially material').[52] Doordat de Kamer vergt dat staten voorzien in eerlijke en redelijke regelgevingsprocedures, lijkt het een zekere procedurele rechtseenheid te (willen) bewerkstelligen. Immers, uitgaande van het *res interpretata* van het EHRM,[53] is het een vereiste waaraan alle regelgevingsprocedures in het kader van huisvesting zouden moeten voldoen. De Grote Kamer lijkt hier minder op gericht te zijn en benoemt slechts dat zijn taak is gelegen in het zorgvuldig onderzoeken van de argumenten die tijdens het wetgevingsproces in overweging zijn genomen.[54]

Uit de toepassing van dit vereiste in de *Garib*-zaak wordt duidelijk dat zowel de Kamer als de Grote Kamer uiteindelijk maar een relatief belang hechten aan de totstandkomingsgeschiedenis van de Wbmgp. Zo wordt in beide uitspraken benadrukt dat de overheid de bezwaren tegen het wetsvoorstel in acht heeft genomen en dat de Tweede Kamer de nadelige effecten van de Wbmgp zoveel mogelijk heeft willen beperken.[55] Dit alles wordt echter voorafgegaan en gevolgd door een inhoudelijke, hoewel terughoudende, beoordeling van de noodzaak voor de wet, de tijdelijke en geografische beperkingen ervan en de weigering van de huisvestingsvergunning van verzoekster. Daarnaast benoemt de Grote Kamer dat het belangrijk is dat er bezwaar- en beroepsmogelijkheden zijn tegen de vergunningsweigering[56] en richt het zich in de zaak van mevrouw Garib op de inhoud van de gemaakte besluiten en niet op de gevolgde procedure.[57] De uiteindelijke toepassing van procedurele toetsing in deze zaak lijkt daarmee maar in beperkte mate procedurele rechtseenheid te effectueren.

4 Diversiteit en procedurele toetsing

Het EVRM legt minimumvereisten neer waaraan staten zouden moeten voldoen, daarbuiten zijn staten vrij om te bepalen hoe zij het EVRM willen implementeren. Het EVRM laat dus ook ruimte voor diversiteit. Het respecteren van sommige

www.echr.coe.int/Documents/2015_Brussels_Conference_Contribution_Court_ENG.pdf), par. 6.

45 EHRM-bijdrage aan de top in Brussel, 26 januari 2015 (zie *www.echr.coe.int/Documents/2015_Brussels_Conference_Contribution_Court_ENG.pdf*), par. 6.

46 Zie explicieter in het EHRM-paper ter opening van het rechterlijk jaar 2015, par. 31.

47 Zie eveneens Arnardóttir 2017, p. 14-15 en P. Popelier & C. van de Heyning, 'Procedural rationality: Giving teeth to the proportionality analysis', *European Constitutional Law Review* 2013, p. 230-262, p. 261.

48 Gerards 2017, p. 144-146 en p. 159.

49 Zie E. Brems, 'The "Logics" of procedural-type review by the European Court of Human Rights', in: Gerards & Brems 2017, p. 17-39, p. 26; Popelier & Van de Heyning 2017, p. 23 en Huijbers & Gerards 2016, p. 106-107.

50 EHRM *Garib/Nederland*, par. 116(c).

51 EHRM *Garib/Nederland*, par. 116(c).

52 EHRM *Garib/Nederland*, par. 116(c).

53 Gerards 2014, p. 38.

54 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 138

55 EHRM *Garib/Nederland*, par. 126 en EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 150.

56 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 155.

57 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 158-166.

verschillen tussen staten acht het EHRM noodzakelijk omdat nationale overheden, vanwege hun nauwe en directe contacten met de samenleving en (directe) democratische legitimatie, soms beter in staat zijn om te bepalen of een inmenging vereist is en hoe de verschillende belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen.[58]

Een bekende manier van het EHRM om respect te tonen voor de verschillen tussen staten is via het toekennen van een (ruime) beoordelingsmarge aan staten, oftewel de 'margin of appreciation'-doctrine.[59] Het respecteren van de diversiteit van staten door het EHRM is eveneens een belangrijk onderdeel geweest in de hervormingsdebatten van het EVRM-systeem, die tot het aannemen van Protocol 15 EVRM hebben geleid. Met de inwerkingtreding van dit Protocol zal de preambule van het EVRM worden aangepast met een verwijzing naar het subsidiariteitsbeginsel en de *margin of appreciation*.[60] Met het subsidiariteitsbeginsel wordt benadrukt dat het als eerste aan de staten is om uitvoering te geven aan het EVRM en eventuele schendingen daarvan te corrigeren; pas wanneer zij daarin falen is het aan het EHRM om een oordeel te vellen.[61] Om die reden worden de wijzigingen van Protocol 15 veelal opgevat als een aanwijzing aan het EHRM om terughoudender te zijn en meer respect te tonen voor de diversiteit tussen staten. Ook op andere manieren zou het EHRM om kunnen gaan met diversiteit.[62] De vraag kan daarom gesteld worden welke rol procedurele toetsing daarbij kan spelen.

Met een procedurele toetsing geeft het EHRM meer ruimte voor *materiële diversiteit* tussen staten dan het doet bij een inhoudelijke beoordeling van de redelijkheid van nationale beslissingen

4.1 Procedurele toetsing voor het benadrukken van diversiteit

Zoals aangegeven kijkt het EHRM bij een procedurele benadering naar de nationale besluitvormingsprocedures, waardoor een zekere mate van procedurele rechtseenheid kan worden gegenereerd. Juist doordat de focus ligt op de procedure en niet op de inhoud van een nationale beslissing, kan tegelijkertijd worden gesteld dat een procedurele toets ruimte biedt voor inhoudelijke diversiteit tussen staten.[63] Een procedurele toets zegt weinig over de balans die staten zouden moeten vinden tussen individuele belangen en algemene belangen, noch over de balans die moet worden gevonden tussen de verschillende rechten. Met een procedurele toets geeft het EHRM dus meer ruimte voor *materiële diversiteit* tussen staten dan het doet bij een inhoudelijke beoordeling van de redelijkheid van nationale beslissingen.[64] Dat neemt niet weg dat procedurele vereisten op een dermate specifieke manier kunnen worden geformuleerd, dat daarmee ook de inhoudelijke keuzevrijheid van staten wordt aangetast.[65] Bijvoorbeeld: het gebruik van *impact assessments* bij milieubeleidsoverwegingen kan bepaalde beleidsopties voor de overheid uitsluiten. Indirect kan een procedurele toets dus wel degelijk de inhoud van besluiten van staten beïnvloeden.

Ook hier kan de vraag worden opgeworpen of het EHRM daadwerkelijk het doel heeft om materiële diversiteit tussen staten te respecteren en in hoeverre procedurele toetsing daaraan kan bijdragen. Vaak wordt procedurele toetsing in verband gebracht met een terughoudende rol van het EHRM.[66] De toename van het gebruik van procedurele toetsing en de hervormingen van het EVRM-systeem, waarin in het bijzonder nadruk is gelegd op subsidiariteit, lijkt hier ook op te wijzen.[67] Deze gevolgtrekking wordt onder meer ondersteund door (officiële) documenten van het EHRM – bijvoorbeeld in de bijdrage van het EHRM aan de top in Brussel, waarbij onder verwijzing naar het subsidiariteitbeginsel wordt gesproken over het gebruik van procedurele toetsing ten aanzien van wetgevingsprocedures.[68] Er zijn dus aanwijzingen dat het EHRM procedurele toetsing gebruikt om de materiële verschillen tussen staten te respecteren.

De vraag is vervolgens hoe het EHRM procedurele toetsing effectief zou kunnen inzetten om de inhoudelijke verschillen tussen de staten te respecteren. Ook daarbij kan opgemerkt worden dat de ene procedurele benadering minder ruimte laat voor materiële diversiteit dan de andere. Procedurele toetsing lijkt met name een uiting te zijn van respect voor procedurele verschillen wanneer het EHRM een procedurele proportionaliteitstoets toepast in zaken waarin het gewoonlijk een ruime

58 Zie onder meer EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside / VK*), par. 48 en EHRM (GK) *Hatton / VK*, par. 97.

59 Zie onder meer D. Spielmann, 'Allowing the right margin: The European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: Waiver or subsidiarity of European review?', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012, p. 381-418.

60 Protocol 15 van 24 juni 2013, CETS-nr. 213. Dit protocol treedt in werking wanneer alle staten het hebben geratificeerd. Tot zover hebben 35 landen het geratificeerd, waaronder Nederland in 2015 (zie *www.coe.int / en / web / conventions / full-list / - / conventions / treaty / 213*).

61 Zie onder meer EHRM 23 juli 1968, ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462 (*Belgische Taalzaak*).

62 Gerards noemt een aantal methoden waarmee het EHRM vorm zou kunnen geven aan de gedeelde verantwoordelijkheid die het heeft samen met de nationale overheden om de EVRM-rechten te garanderen, onder meer door rechterlijk minimalisme, rechterlijke dialoog en procedurele toetsing, zie Gerards 2014.

63 Huijbers & Gerards 2016, p. 208; Gerards 2014, p. 62 en G. Letsas, 'Two Concepts of the Margin of Appreciation', *Oxford Journal of legal Studies* 2006, p. 705-732, zie p. 721.

64 L.M. Huijbers, 'Procedural-type review: A more neutral approach to human rights protection by the European Court of Human Rights?', 9 *ESIL Conference Paper Series* 6/2017 *https: / / papers.ssrn.com / sol3 / papers.cfm?abstract_id=3045270*.

65 A. Nussberger, 'Procedural Review by the ECtHR: View from the Court', in: Gerards & Brems 2017, p. 161-176, p. 169-170 en Huijbers 2017, p. 20-21.

66 Bijvoorbeeld Popelier & Van de Heyning 2017 en R. Spano, 'Universality or diversity of human rights? Strasbourg in the age of subsidiarity', *Human Rights Law Review* 2014, p. 1-16.

67 Uitvoerig besproken in L.M. Huijbers, 'The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity', *Cambridge International Law Journal* (6) 2017, nog te verschijnen.

68 EHRM-bijdrage aan de top in Brussel 2015, par. 6.

beoordelingsmarge aan nationale overheden laat.[69] Het EHRM doet dat onder meer in zaken over sociaaleconomische vraagstukken en morele dilemma's, omdat staten in een betere positie zouden verkeren om inhoudelijk over deze thema's te besluiten.[70] Met de toepassing van een procedurele proportionaliteitstoets laat het vervolgens de inhoudelijke belangenafweging over aan de nationale overheden, waarvan het bij het toekennen van de beoordelingsmarge al heeft vastgesteld dat zij in een betere positie zijn om die belangenafweging te maken. Relevant is wel dat de procedurele proportionaliteitstoets niet op een wijze wordt toegepast waarmee het EHRM uiteindelijk toch indirect de materiële keuzes van staten bepaalt. Een niet te indringende procedurele proportionaliteitstoets zou dan ook het meest gepast zijn; dan kijkt het EHRM alleen of de besluitvormingsprocedure redelijkerwijs aan alle procedurele vereisten voldoet en geen overduidelijke procedurele tekortkomingen toont. In ieder geval zal het EHRM zich moeten weerhouden van het heel nauwkeurig beschouwen van de besluitvormingsprocedure; vaak wordt die beschouwing dan erg materieel van aard.[71]

De procedurele benadering in beide uitspraken lijkt voort te vloeien uit de ruime materiële beleidsvrijheid die de Nederlandse overheid toekomt

4.2 Materiële diversiteit en de Garib-*zaak*

In het kader van de ruimte die het EHRM kan laten voor materiële diversiteit, kan worden opgemerkt dat de Kamer in de *Garib*-uitspraak daar zeker aandacht aan heeft besteed, zowel bij de bespreking van de algemene proportionaliteitsbeginselen als bij de toepassing daarvan op de feiten van de zaak. Als algemeen beginsel wordt genoemd dat staten in beginsel een ruime beoordelingsmarge hebben bij sociaaleconomisch beleid, in het bijzonder bij huisvestingsbeleid.[72] Deze wordt verkleind wanneer het gaat om individuele belangen die de kern vormen van het recht of wanneer het gaat om een ernstige inbreuk op het recht.[73] De Grote Kamer vestigt nog nadrukkelijker de aandacht op zijn subsidiaire rol en de beoordelingsmarge die daaruit voortvloeit. Het verwijst achtereenvolgend naar het subsidiariteitsbeginsel en de directe democratische legitimatie van nationale autoriteiten waardoor zij in een betere positie zijn om over lokale behoeftes te oordelen.[74] Daarnaast geeft het aan dat bijzonder belang gehecht moet worden aan de rol van de Nederlandse wetgever wanneer het algemeen beleid betreft waarover de meningen in een democratische samenleving wijd uiteenlopen.[75] Gelet op het subsidiariteitsbeginsel komt de Nederlandse overheid dus een zekere beoordelingsmarge toe, die, omdat het om huisvestingsbeleid gaat, een ruime is.[76] Dit geldt niet alleen ten aanzien van de beslissing om op te treden op een bepaald beleidsterrein, maar ook ten aanzien van de specifieke regels die het opstelt.[77]

Daar waar de Grote Kamer deze subsidiariteitsoverwegingen als onderdeel van de algemene beginselen bespreekt, maakte de Kamer gelijksoortige overwegingen ten aanzien van de toepassing van deze beginselen op de Wbmgp.[78] De procedurele benadering in beide uitspraken lijkt daarmee voort te vloeien uit de ruime materiële beleidsvrijheid die de Nederlandse overheid toekomt. Beide Kamers gaven namelijk aan dat, ondanks de beoordelingsmarge die de Nederlandse wetgever toekomt, zijn keuze niet buiten de controle van het EHRM valt en dat het daarom de argumenten die tijdens het wetgevingsproces in acht zijn genomen zorgvuldig onderzoekt.[79] De Grote Kamer gaat in zijn beoordeling van de Wbmgp daarom slechts in op de mogelijke effectiviteit van de wet en richt vervolgens de aandacht op het wetgevingsproces.[80] De toepassing van de procedurele toets van de totstandkoming van de Wbmgp in deze zaak sluit dus aan bij de nadruk op het respecteren van materiële diversiteit tussen staten.

Het is duidelijk dat het EHRM met een procedurele toets een zekere procedurele rechtseenheid kan bewerkstelligen. Een procedurele toets kan eveneens ruimte bieden voor materiële diversiteit tussen staten

5 Conclusie

Het EHRM past steeds vaker een procedurele toets toe waarbij het kijkt naar de nationale besluitvormingsprocedures. Ook

69 Zie eveneens Nussberger 2017, p. 174.
70 Gerards 2017, p. 146-148.
71 Zie bijvoorbeeld EHRM (GK) 15 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008 (*Perinçek/Zwitserland*). In deze zaak over de Armeense genocide kijkt de Grote Kamer naar de belangenafweging die de nationale rechters hebben gemaakt en oordeelt dat deze onvoldoende de EVRM-rechten en EHRM-jurisprudentie hebben meegenomen in hun besluitvorming. Op basis daarvan vindt de Grote Kamer het geoorloofd om een eigen inhoudelijke belangenafweging te maken in de zaak.
72 EHRM *Garib/Nederland*, par. 116 (a).
73 EHRM *Garib/Nederland*, par. 116 (b).
74 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 137.
75 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 137.
76 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 137 en 139.
77 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 138.
78 EHRM *Garib/Nederland*, par. 118-120.
79 EHRM *Garib/Nederland*, par. 118-120 en EHRM (GK) *Garib/Nederland*, par. 138
80 EHRM (GK) *Garib/Nederland*, vanaf par. 142

in de *Garib*-zaak baseerden de Kamer en de Grote Kamer van het EHRM zich deels op de Nederlandse wetgevingsgeschiedenis om tot de conclusie te komen dat de Wbmgp voldeed aan de vereisten van het EVRM. In deze bijdrage is daarom ingegaan op het gebruik van procedurele toetsing door het EHRM en de betekenis ervan voor zijn rol om rechtseenheid te bewerkstelligen en tegelijkertijd de toegestane verschillen tussen staten te respecteren. Het is duidelijk dat het EHRM met een procedurele toets een zekere procedurele rechtseenheid kan bewerkstelligen, met name als het een doorslaggevende of belangrijke rol krijgt in zijn beoordeling. Een procedurele toets kan eveneens ruimte bieden voor materiële diversiteit tussen staten, met name in de vorm van een procedurele proportionaliteitstoets als gevolg van een ruime beoordelingsmarge die staten toekomt. Dit komt ook goed naar voren in de *Garib*-zaak. Bij het noemen van procedurele standaarden lijken beide Kamers veeleer gericht te zijn op het bewerkstelligen van een zekere procedurele rechtseenheid, terwijl de toepassing van procedurele toetsing weer goed aansluit bij het tonen van respect voor de afwegingen van de Nederlandse wetgever en de verschillen die bestaan tussen staten. Dit voorbeeld toont dus aan dat procedurele toetsing kan helpen om een zekere procedurele rechtseenheid te bewerkstelligen. Hoe deze procedurele trend zich zal ontwikkelen en wat de precieze uitwerking ervan zal zijn voor de rol van het EHRM en het spanningsveld tussen rechtseenheid en diversiteit is dus afwachten.

LMR ADVOCATEN
GEDEGEN WERK · GEDREVEN MENSEN

vraagt voor spoedige versterking van onze familierecht sectie:

ADVOCAAT – MEDEWERKER FAMILIERECHT
(full-time of part-time)

LMR Advocaten biedt : goede arbeidsvoorwaarden waaronder mogelijkheden voor persoonlijke ontplooiing.

Geinteresseerd? Voor meer informatie kun je telefonisch contact opnemen met Peter Roosendaal.

Je schriftelijke sollicitatie met curriculum vitae kun je per e-mail zenden aan p.roosendaal@lmradvocaten.nl

LMR Advocaten
Raadhuislaan 4
5341 GM OSS
tel. 0412 – 61 44 43

www.lmradvocaten.nl

Procederen in Oostenrijk?

Wijnkamp Advocatuur / Advokatur GmbH

Nederlandstalig advocatenkantoor gevestigd in Oostenrijk.

Meerdere advocaten
Meerdere specialismen
Communicatie in de Nederlandse taal.

A-6460 Imst, Sirapuit 7 Oostenrijk
T: +43 (0) 5412 / 64640 F: +43 (0) 5412 / 64640-15
M: office@wijnkamp-advocatuur.com W: www.wijnkamp-advocatuur.com

SPECIALIST WORDEN IN HET FAMILIERECHT?

Start nu uw opleiding en wordt een meester in scheiden, erven en mediation

IMFO
Instituut voor Mediation en Familierecht Opleidingen

Nederlandse Vereniging Familierecht Advocaten Scheidingsmediators

WWW.IMFO.NL WWW.VERENIGINGFAS.NL