

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/306290989>

De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten

Chapter · January 2016

CITATIONS

0

READS

34

1 author:



[Janneke Gerards](#)

Utrecht University

67 PUBLICATIONS 104 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

All content following this page was uploaded by [Janneke Gerards](#) on 19 August 2016.

The user has requested enhancement of the downloaded file. All in-text references [underlined in blue](#) are added to the original document and are linked to publications on ResearchGate, letting you access and read them immediately.

De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten

Prof. mr. J.H. Gerards*

1	Inleiding	13
2	De bevoegdheden van verdragscomités en internationale gerechtshoven op het punt van de grondrechten	17
2.1	Internationale grondrechtenverdragen, verdragscomités en (semi) rechterlijke instanties	17
2.1.1	Grondrechtenverdragen	17
2.1.2	Toezichtmechanismen	18
2.2	Taakstelling en bevoegdheden van verdragscomités en internationale hoven – een korte typologie	20
2.3	Uitspraakbevoegdheden van verdragscomités en internationale hoven	27
3	Gradaties van rechtswerking en het verschil tussen uitspraak en interpretatie	36
3.1	Gradaties van rechtswerking	36
3.2	Het verschil tussen bindende en niet-bindende oordelen en interpretaties; <i>res interpretata</i>	38
4	De juridisch-normatieve legitimatie van het toekennen van rechtswerking	42
4.1	Inleiding	42
4.2	‘Pacta sunt servanda’ en verdragstoepassing te goeder trouw	42
4.3	<i>Communis opinio</i> en overlappende consensus	45
4.4	Het Weens Verdragenverdrag	46
4.5	Legitimiteit en het ‘best placed’-argument	47
4.6	Constitutionele en rechtsstatelijke inbedding	48
4.7	Taak van de rechter bij het beslechten van grondrechtenkwesties	50

* Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards is hoogleraar fundamentele rechten bij de Universiteit Utrecht. Ten tijde van schrijven van dit preadvies was zij als hoogleraar Europees recht verbonden aan de Radboud Universiteit. Het onderzoek van rechtspraak, wetgeving, beleidsstukken en literatuur ten behoeve van dit preadvies is afgerond per 1 december 2015.

5	Rechtswerking van uitspraken van verdragscomités: de praktijk	52
5.1	Inleiding	52
5.2	Rechtswerking in de rechtspraak van het EHRM	53
5.3	Rechtswerking in de Nederlandse rechtspraak	56
5.4	Conclusie	68
6	Conclusie	70
7	Discussiepunten	75

I Inleiding

In november 2014 werd het inmiddels befaamde ‘bed, bad en brood’-oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR) openbaar. Het ECSR had tien jaar eerder al aangegeven dat minderjarige vreemdelingen recht hebben op toegang tot minimale voorzieningen, zoals voedsel en een dak boven hun hoofd.¹ Met dit nieuwe oordeel werd duidelijk dat dergelijke voorzieningen op grond van het Europees Sociaal Handvest aan iedereen moeten worden vergund.² Ook uitgedroefde asielzoekers die niet meewerken aan hun terugkeer, hebben er volgens het ECSR recht op dat hun menselijke waardigheid en hun basisrechten op onderdak en voedsel worden beschermd. Dit oordeel leidde in het najaar van 2014 tot breed maatschappelijk en politiek debat. In deze discussie speelde ook een rol dat men niet zeker wist wat nu precies de status was van het ECSR-oordeel. Het kabinet concludeerde dat de verdragsuitleg van het ECSR niet in overeenstemming is met de tekst van het Europees Sociaal Handvest, zonder heel duidelijk te maken welke consequenties aan die conclusie moeten worden verbonden.³ Met een behendige politieke zet gaf het aan in ieder geval pas maatregelen te willen treffen als het Comité van Ministers van de Raad van Europa zich over het ECSR-oordeel had gebogen en zijn oordeel daarover had uitgesproken – een mogelijkheid waarvan menigeen van tevoren nauwelijks wist dat die bestond.⁴ Niettemin hadden talrijke gemeenten intussen voorzieningen getroffen

1 ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)/Frankrijk*), JV 2005/339; ECSR 20 oktober 2009, 47/2008 (*Defence for Children International (DCI)/Nederland*).

2 ECSR 1 juli 2014, 86/2012 (*European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA)/Nederland*); nr. 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), AB 2014/64, m.nt. I. Sewandono, EHRC 2015/24, m.nt. M. den Heijer & Y. Donders, JV 2015/24, m.nt. Slingenberg. Eerder had het ECSR al voorlopige maatregelen aan Nederland opgelegd met de strekking dat moest worden gewaarborgd dat niemand van een menswaardige situatie verstoken zou blijven; zie ECSR 25 oktober 2013 (*immediate measures*), nr. 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), EHRC 2014/9. Zie uitgebreid hierover ook Donders 2014.

3 Zie beantwoording van Kamervragen gesteld door de Tweede Kamerleden Pechtold, Van Haersma Buma, Slob, Van Ojik, Van der Staaij en Roemer, 30 april 2015, *Aanhangsel Handelingen TK 2014/15*, 2134.

4 Brief van de staatssecretarissen van VenJ en VWS van 11 november 2014, *Kamerstukken II 2014/15*, 19637, 1915; Brief van de staatssecretaris van VenJ van 18 december 2014, *Kamerstukken II 2014/15*, 1940; vanuit de Eerste Kamer zijn kritische vragen gesteld over deze stap, maar de staatssecretaris zag daarin geen aanleiding om op dit voornemen terug te komen; zie verslag schriftelijk overleg 13 januari 2015, *Kamerstukken I 2014/15*, 34000 VI, L. Zie voor de uiteindelijke resolutie: *Resolution CM/ResChS(2015)5, Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands, Complaint No. 90/2013*, 15 april 2015.

om aan het oordeel tegemoet te kunnen komen.⁵ Ook werden er allerlei procedures gestart door asielzoekers die voor enige vorm van opvang en ondersteuning in aanmerking wilden komen. Daarbij kenden verschillende rechters een zekere betekenis toe aan het oordeel, ook al erkenden zij dat het niet als zodanig bindend is voor Nederland.⁶ De verwarring over de precieze juridische status van het oordeel is er daarmee niet minder op geworden.

Spraakmakend was ook een ander recent rapport van een verdragscomité, namelijk de ‘concluding observations’ die het VN-Antirassendiscriminatiecomité in augustus 2015 presenteerde.⁷ Naast bevindingen op tal van maatschappelijke terreinen presenteerde dit comité enkele kritische kanttekeningen bij de traditie van Sinterklaas en zijn Pieten, waarbij de laatste regelmatig worden afgeschilderd als zwarte knechtjes met kroeshaar, dikke lippen en ringen door de oren. Net als eerder een aantal andere VN-werkgroepen en speciale rapporteurs⁸ concludeerde nu ook het VN-Rassendiscriminatiecomité dat de traditie al te stereotyperend is en bovendien beledigend en stigmatiserend voor mensen van Afrikaanse afkomst.⁹ Het Comité beval dan ook aan om te komen tot een representatie van Zwarte Piet die meer recht zou doen aan de menselijke waardigheid en de mensenrechten van alle inwoners van Nederland.¹⁰ Na de presentatie van deze conclusies stonden de kranten bol van discussies over de waarde van deze bevindingen.¹¹ De juridische follow-up van de conclusies kreeg daarbij eveneens aandacht, onder meer doordat vanuit het kabinet werd aangegeven dat het vinden van een oplossing en het treffen van maatregelen bij dit onderwerp geen ‘staatsaangelegenheid’ zouden zijn.¹² Hierover is tot nu toe niet geprocedeerd, maar als dat wel gebeurt – bijvoorbeeld omdat wordt geklaagd over de vorm van een Sinterklaasintocht – is de kans groot dat de rechter de vraag moet

5 Een al wat ouder overzicht van de initiatieven van gemeenten is te vinden in de Initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Gesthuizen, Van Ojik en Voordewind over de opvang en terugkeer van vluchtelingen, Kamerstukken II 2013/14, 34006, nr. 2.

6 Zie nader hoofdstuk 5, vooral par. 5.3; voor handzame (zij het ook, als gevolg van de actualiteit van de problematiek, alweer wat gedateerde) overzichten van de jurisprudentie, zie Donders 2014 en Mohammadi 2015.

7 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the nineteenth to twenty-first periodic reports of the Netherlands*, Advanced Unedited Version, 28 augustus 2015, CERD/C/NLD/CO/19-21.

8 Brief van 17 januari 2013 aan de Nederlandse regering van de Chair-Rapporteur of the Working Group on people of African descent, the Special Rapporteur in the field of cultural rights, the Independent Expert on minority issues, and the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, AL Af. Descent 2012 Cultural rights (2009) Minorities (2005-4) G/SO 214 (78-15) NLD 1/2013. Zie hierover ook Lawson 2015, p. 327.

9 CERD concluding observations, *supra* n. 7, par. 17.

10 CERD concluding observations, *supra* n. 7, par. 18.

11 Zo rapporteerde Elsevier kritisch over de kwaliteit van de leden van het VN-Antirassendiscriminatiecomité: T. Borst, ‘Deze omstrede VN-leden oordelen over racisme in Nederland’, 28 augustus 2015, via www.elsevier.nl.

12 Zie persconferentie minister-president Rutte van 28 augustus 2015, <http://nos.nl/artikel/2054617-rutte-zwarte-piet-geen-staatsaangelegenheid.html> en zie ‘Asscher: verander Zwarte Piet, maar niet vanuit de overheid’, NRC Handelsblad 29 augustus 2015.

beantwoorden welke betekenis toekomt aan de door het Comité gegeven verdragsuitleg.¹³

De discussies rondom de ‘bed, bad en brood’-uitspraak en de zwartepietenconclusies laten zien dat niet-bindende oordelen van verdragscomités tot de nodige controverse kunnen leiden. Die controverse betreft niet in het minst de precieze juridische betekenis die aan de oordelen en de gegeven uitleg toekomt. Enerzijds is er het besef dat het niet-bindend karakter van deze oordelen maakt dat ze een minder dwingende, juridische of formele status hebben.¹⁴ Anderzijds blijkt wel degelijk te worden aangenomen dat er een zekere waarde aan toekomt, in die zin dat rechters er in hun oordelen rekening mee mogen of zelfs moeten houden.¹⁵

Deze ogenschijnlijk tegenstrijdige situatie roept twee vragen op die in dit preadvies centraal staan. De eerste vraag is een juridisch-normatieve: in hoeverre en hoe kan worden geëgitimeerd dat een zekere juridische betekenis of rechtskracht wordt toegekend aan (niet-bindende) internationale oordelen en interpretaties, en om welk soort ‘rechtskracht’ gaat het dan eigenlijk? De tweede vraag is meer analytisch van aard: op welke manier wordt in rechterlijke uitspraken rechtswerking toegekend aan de oordelen en uitleg van internationale verdragscomités en internationale hoven, en sluit die werkwijze aan bij de geformuleerde uitgangspunten van legitimiteit?

Bij de beantwoording van deze hoofdvragen beperkt dit preadvies zich tot het onderzoeken van internationale en Europese verdragsinstrumenten die specifiek zijn toegesneden op grondrechten, zoals het Europees Sociaal Handvest, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Andere verdragsinstrumenten blijven buiten beschouwing, ook al kennen ook zij vaak internationale organen die bevoegd zijn tot het geven van oordelen en interpretaties. Evenmin zal uitgebreid worden ingegaan op instrumenten en systemen waarbinnen weliswaar ook grondrechten een rol spelen, maar die veel breder zijn dan dit onderwerp alleen – zoals de Europese Unie. Het voordeel van deze focus is dat de thematiek van de grondrechten relatief duidelijk en samenhangend is, terwijl er op dit terrein wel veel voorbeelden zijn te vinden van internationale organisaties die niet-bindende interpretatieve verklaringen en oordelen afgeven. Bovendien bestaat hierbij een grote diversiteit in uitspraakbevoegdheden, inrichting van toezichtmechanismen enzovoort. Dit betekent dat het juist op het terrein van de grondrechten mogelijk is om de verschillen in rechtswerking goed te onderzoeken, zonder

13 Eerder vond er al een procedure plaats over een Sinterklaasintocht, maar daarbij kwam de Afdeling Bestuursrechtspraak niet toe aan de inhoudelijke vraag naar een eventuele discriminatie of aantasting van de menselijke waardigheid; daardoor kwam de vraag naar de eventuele verenigbaarheid met de internationale uitleg van het VN-Rassendiscriminatie ook niet op. Datzelfde gold overigens voor de uitspraak in eerste aanleg, waarin de rechtbank Amsterdam alleen toetste aan het EVRM. Zie ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, JB 2014/245, m.nt. R.J.B. Schutgens, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder en zie eerder Rb. Amsterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3888, JB 2014/182, m.nt. Brouwer, AB 2014/283, m.nt. G. Boogaard & F.M.J. den Houdijker. Zie voor speculaties over de mogelijke uitkomst van een procedure in Straatsburg verder Lawson 2015, p. 330 e.v.

14 Vgl. Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 773.

15 Vgl. Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 357.

dat de lezer in verwarring wordt gebracht door het noemen van een veelheid van verschillende organisaties en casustypen. Natuurlijk brengt zo'n afbakening wel beperkingen mee, in die zin dat ook de conclusies zich alleen richten op de rechtswerking van niet-bindende oordelen van verdragscomités en internationale hoven op het terrein van de grondrechten. Gelet op de aard van de bevindingen valt tegelijkertijd te verwachten dat deze ook relevant zullen zijn voor oordelen van, bijvoorbeeld, een panel van de Wereldhandelsorganisatie of een gespecialiseerd VN-agentschap.

Voor een goed begrip van de materie, en om het mogelijk te maken de centrale vragen te onderzoeken, is het van belang om na te gaan welke verdragscomités en internationale (semi)rechterlijke instanties voor het Nederlandse recht relevante interpretaties, aanbevelingen en oordelen kunnen geven op het terrein van de grondrechten. Minstens zo relevant is het om te onderzoeken welke typen uitspraken zij kunnen doen, welke uitspraakbevoegdheden ze hebben, en, samenhangend daarmee, welke rechtskracht formeel gezien toekomt aan de verschillende uitspraken. Hoofdstuk 2 opent dan ook met een overzicht van deze preliminaire punten. Hoofdstuk 3 gaat vervolgens in op de vraag wat nu precies wordt bedoeld als wordt gezegd dat een oordeel of uitleg bindend of niet-bindend is, en hoe 'rechtskracht' en legitimiteit in de zin van dit preadvies kunnen worden gedefinieerd. Als dat eenmaal duidelijk is, kan hoofdstuk 4 een meer theoretisch inzicht geven in de mogelijke rechtvaardigingen en argumenten die zijn te geven voor het toekennen van een zekere rechtswerking aan oordelen en interpretaties van verdragscomités; dit hoofdstuk geeft dan ook een antwoord op de eerste onderzoeksvraag, doordat het zich concentreert op vragen van legitimiteit.¹⁶ Op basis van de geformuleerde argumenten presenteert hoofdstuk 5 de bevindingen van het onderzoek naar de vraag welke rechtskracht *de facto* aan dit soort oordelen toekomt. Daarbij staat centraal hoe het EHRM en Nederlandse rechters de 'informele' internationale uitspraken op het terrein van de grondrechten in de praktijk hebben 'geformaliseerd'.¹⁷ Ook zet dit hoofdstuk uiteen in hoeverre de gegeven toepassing verenigbaar is met de genoemde argumenten ter legitimering van een dergelijke rechtskracht. Hoofdstuk 6 sluit af met een aantal bevindingen ten aanzien van de vraag hoe rechters op een legitieme manier om kunnen gaan met niet-bindende oordelen van verdragscomités op het terrein van de grondrechten, dit aan de hand van de 'bed, bad en brood'-kwestie en de zwartepietendiscussie.

16 Vgl. ook Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 773.

17 Het begrip 'informeel internationaal recht' is ontleend aan Pauwelyn 2012.

2 De bevoegdheden van verdragscomités en internationale gerechtshoven op het punt van de grondrechten

2.1 Internationale grondrechtenverdragen, verdragscomités en (semi) rechterlijke instanties

2.1.1 Grondrechtenverdragen

Nederland heeft zich verbonden aan een groot aantal internationale en regionale verdragen waarin grondrechten zijn vastgelegd.¹ Sommige van deze verdragen omvatten een brede waaier van burger- en politieke rechten, variërend van de vrijheid van meningsuiting, de verenigingsvrijheid en de godsdienstvrijheid tot het eigendomsrecht en het kiesrecht. De voor Nederland belangrijkste voorbeelden van dergelijke ‘klassieke’ grondrechtenverdragen zijn het IVBPR en het EVRM. Van beide verdragen wordt aangenomen dat vrijwel alle erin opgenomen grondrechtenbepalingen een ieder verbindend zijn in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet.

Naast deze brede, klassieke grondrechtenverdragen zijn er verschillende verdragen waarin sociale, economische en culturele grondrechten zijn vastgelegd. Te denken is aan het Internationaal Verdrag voor de Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) in de VN-context en aan het Europees Sociaal Handvest (ESH) in de context van de Raad van Europa. Deze verdragen hebben een minder dwingend karakter dan de klassieke grondrechtenverdragen.² Voor de meeste van hun bepalingen wordt aangenomen dat zij geen rechtstreekse werking hebben, maar vooral inspanningsverplichtingen voor de staat omvatten.³

Tot slot is er een categorie van verdragen waarin specifieke grondrechten zijn vastgelegd, of waarin grondrechten worden gegarandeerd voor een specifieke groep.⁴ Voorbeelden van het eerste zijn de verdragen tegen foltering (de VN-

1 Regionale verdragen waarbij Nederland geen partij is, zoals de Inter-Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens, blijven in dit preadvies buiten beschouwing.

2 Voor een nadere analyse van deze verschillen en hun achtergronden, zie onder meer Sepúlveda 2003, p. 118.

3 Er zijn aanwijzingen dat er afdwingbare minimumverplichtingen in het IVESCR kunnen worden ingelezen (erkend door het CESCR in allerlei General Comments, te beginnen met General Comment No. 3 van het Comité voor de Sociale, Culturele en Economische Rechten (CESCR), *The nature of States parties obligations*, 14 december 1990, E/1991/23), maar meestal wordt aangenomen dat de bepalingen niet een ieder verbindend zijn in de zin van art. 93 en 94 Grondwet; vgl. Dekker 2014, p. 440.

4 Zie nader Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013.

Conventie tegen Foltering (CAT) en het Europees Verdrag tot voorkoming van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling en bestraffing (CPT)), de verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) waarin voor het arbeidsrecht relevante grondrechten zijn neergelegd,⁵ het VN-Verdrag tot uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, en diverse Raad van Europa-verdragen op specifieke terreinen als die van biomedische zorg en mensenhandel. Voorbeelden van verdragen die zich op bijzondere groepen richten zijn het VN-Kinderrechtenverdrag (IVRK), het (door Nederland nog niet geratificeerde) VN-Gehandicaptenverdrag, en het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden van de Raad van Europa. Deze laatste categorie verdragen bevat vaak een mengeling van klassieke en sociale grondrechten die aan de specifiek beschermde groep toekomen, waarbij de juridische afdwingbaarheid samenhangt met het rechtskarakter van de verschillende rechten.⁶

2.1.2 Toezichtmechanismen

Ratificatie van grondrechtenverdragen betekent dat de verdragsluitende staten de daarin vastgelegde verplichtingen moeten nakomen. Omdat dit niet steeds vanzelfsprekend blijkt te zijn, is in alle genoemde verdragen een zeker toezichtmechanisme opgenomen.

Voor de diverse VN-mensenrechtenverdragen zijn daarbij internationaal samengestelde comités in het leven geroepen, die bestaan uit zo'n achttien experts op het terrein van het betreffende verdrag.⁷ Zo ziet het VN-Mensenrechtencomité toe op de naleving van het IVBPR en houdt het VN-Comité voor de Economische, Sociale en Culturele Rechten (CESCR) zich bezig met het IVESCR.⁸ Daarnaast zijn er gespecialiseerde comités voor bijvoorbeeld het VN-Antifolterverdrag, het VN-Antirassendiscriminatieverdrag, het VN-Vrouwenverdrag en het VN-Kinderrechtenverdrag.⁹ Binnen de VN bestaat daarnaast nog de VN-Mensenrechtenraad, niet te verwarren met het hiervoor genoemde VN-Mensenrechtencomité. Deze heeft tot taak om – ongeacht het verdrag waarover het gaat – het respect voor alle mensenrechten te monitoren voor alle staten die zijn aangesloten bij de VN.¹⁰

5 Zie voor een overzicht van deze ILO-verdragen Swepston 2012, p. 355.

6 Op dit punt kan het voorbeeld worden genoemd van art. 7 van het VN-Vrouwenverdrag, over de rechtstreekse werking waarvan in Nederland veel is gediscussieerd in het kader van de procedure over het uitsluiten van vrouwen van het passief kiesrecht door de SGP. Zie hierover nader o.m. Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013.

7 Zie ook OHCHR 2011, par. 5 e.v.

8 Zie art. 28 IVBPR; voor het IVESCR geldt dat aanvankelijk niet was voorzien in een toezichthoudend comité, maar dat dit later is toegevoegd – zie nader Dekker 2014, p. 437.

9 Zie voor bondige uiteenzettingen van de werkzaamheden en bevoegdheden van al deze comités bijvoorbeeld de diverse bijdragen aan Krause & Scheinin 2012. In par. 2.2 en 2.3 wordt hierop op hoofdlijnen verder ingegaan.

10 De VN-Mensenrechtenraad (UN Human Rights Council) is op 15 maart 2006 ingesteld door de Algemene Vergadering van de VN als vervanger van de eerdere VN-Commissie voor de Mensenrechten (UN Commission on Human Rights) (zie resolutie 60/251). Zie uitgebreid hierover Kretzmer & Klein 2010, p. 41 en Clapham 2012, p. 88 e.v. Waar het VN-Mensenrechtencomité zijn

Ook op Europees niveau bestaat dit soort toezichthoudende comités. Bekend is vooral het in de inleiding genoemde Europees Comité voor de Sociale Rechten, dat toezicht houdt op de tenuitvoerlegging van het Europees Sociaal Handvest. Daarnaast zijn er meer gespecialiseerde comités, zoals het Comité ter Preventie van Foltering (meestal: CPT) is, dat kan onderzoeken of de normen van het Europese Anti-Folterverdrag voldoende worden nageleefd.¹¹

Naast deze verdragscomités bestaat er een aantal regionale gerechtshoven die (ook) belast zijn met het toezicht op de tenuitvoerlegging van grondrechtenverdragen. Voor Nederland het meest relevant zijn daarbij uiteraard het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), dat kan onderzoeken of op nationaal niveau het EVRM voldoende in acht is genomen,¹² en het Hof van Justitie van de EU (HvJ), dat een belangrijke taak heeft waar het gaat om het toezicht op de naleving en de uitleg van het EU-Handvest voor de Grondrechten.¹³

Ten slotte is er nog een categorie 'overige'. Daartoe behoren organen of commissarissen die specifieke belast zijn met een bepaalde taak of met een bepaald onderwerp. Voorbeelden zijn de speciale VN- of Raad van Europa-rapporteurs met bevoegdheden op het terrein van, bijvoorbeeld, honger, armoede of de rechten van Roma. Daarnaast kan worden gedacht aan de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten van de VN en de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, die tot bijzondere taak hebben om (onder meer) een dialoog te onderhouden met de nationale autoriteiten over het respecteren van mensenrechten.¹⁴ Voor Europa relevant zijn ook organen als het EU-Grondrechtenagentschap (meestal afgekort als FRA),¹⁵ dat aanbevelingen kan doen op het terrein van de grondrechten in de Europese Unie; de Venetiëcommissie, die adviseert over rechtsstatelijke kwesties;¹⁶ of de Europese Commissie met betrekking tot Racisme en Tolerantie¹⁷. Hoewel deze organen en instituten een belangrijke functie

mandaat dus beperkt ziet tot het IVBPR, kan de VN-Mensenrechtenraad zich ook uitspreken over, bijvoorbeeld, sociaaleconomische rechten.

11 Voor een handzaam overzicht van het bijzondere mandaat, zie <http://www.cpt.coe.int/en/about.htm>.

12 Zie art. 19 en 32 EVRM.

13 Zie voor een nadere uiteenzetting van deze taakstelling door het Hof van Justitie zelf Advies 2/13 over de toetreding van de EU tot het EVRM, HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, EHRC 2015/65, m.nt. (1) J. Krommendijk & M. Beijer en (2) J.-W. van Rossem. Als in de inleiding is aangegeven, zal het EU-recht maar sporadisch een rol spelen in dit preadvies, gelet op het specifieke en sterk van andere internationale verdragsinstrumenten afwijkende karakter van de EU-verdragen.

14 De VN-Hoge Commissaris voor de Mensenrechten is ingesteld in 1993; zie de resolutie van de Algemene Vergadering van de VN van 20 december 1993, 48/141; zie voor een nadere beschrijving van de werkzaamheden bijv. Hannum 2012, p. 76 e.v. De RvE-Commissaris voor de Mensenrechten is ingesteld in 1999; zie daarvoor de resolutie van het Comité van Ministers van 7 mei 1999, (99)50.

15 Zie Verordening (EG) nr. 168/2007 tot oprichting van een Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, Pb EG 2007, L 53/1.

16 Zie nader Resolution Res(2002)3 adopting the revised Statute of the European Commission for Democracy through Law, Adopted by the Committee of Ministers on 21 February 2002 at the 784th meeting of the Ministers' Deputies, CDL(2002)27.

17 Zie nader Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance, adopted by the Committee of Ministers on 13 June 2002 at the 799th meeting of the

hebben bij het vormen van ‘informeel’ recht en bij de interpretatie van verdragsverplichtingen, blijven zij vanwege de grote variëteit in bevoegdheden en ‘output’ in dit preadvies verder onbesproken.

2.2 Taakstelling en bevoegdheden van verdragscomités en internationale hoven – een korte typologie

Hierboven, in paragraaf 2.1, is duidelijk geworden dat er voor Nederland veel verschillende internationale en regionale mensenrechtenverdragen zijn, waaraan evenzoveel toezichthoudende organen zijn verbonden. De precieze taakstelling en de bevoegdheden die aan de toezichthouders zijn toegekend, hangen sterk samen met de aard van de materie die in een bepaald verdrag wordt geregeld en met de mate van consensus die de verdragsluitende partijen hebben kunnen bewerkstelligen. Om enig inzicht te verschaffen in de verschillende mogelijkheden, volgt hierna een korte typologie van het soort taken en bevoegdheden dat aan internationale verdragsorganisaties is toevertrouwd. Een volledig overzicht is daarbij zeker niet beoogd.

Landenrapportages

Vrijwel alle internationale en regionale verdragen voorzien in een systematiek van landenrapportages.¹⁸ Soms is dat zelfs het enige toezicht dat in een verdrag is neergelegd of dat aan een bepaald orgaan is toevertrouwd.¹⁹ Deze systematiek behelst de verplichting voor alle verdragsluitende staten om periodiek – bijvoorbeeld eens per vijf jaar – te rapporteren over de manier waarop en de mate waarin zij tegemoet zijn gekomen aan hun verdragsverplichtingen.²⁰ In de rapportages geven staten weer hoe ze het verdrag in de afgelopen periode hebben uitgevoerd

Ministers’ Deputies, amended by Resolutions CM/Res(2013)12 and CM/Res(2014)2 adopted, respectively, on 9 October 2013 and 19 February 2014 at their 1180th and 1192nd meetings.

18 Voor de VN-comités op het terrein van mensenrechten is een goed overzicht hiervan te vinden in OHCHR 2011. Zie voor de achtergrond hiervan Kretzmer & Klein 2010, p. 17 en Kälin 2012, p. 17.

19 Dit geldt voor de VN-Mensenrechtenraad, die alleen een bevoegdheid heeft tot het uitvoeren van de zogenoemde ‘Universal Periodic Reviews’; zie nader Clapham 2012, p. 96 e.v. Ook voor de VN-verdragscomités is dit echter een zeer belangrijk instrument; zie O’Flaherty 2006.

20 Zie bijv. Boerefijn 1999; Krommendijk 2014. Meestal is de termijn voor het rapporteren vastgelegd in het verdrag, in andere gevallen bepaalt een verdragscomité zelf wanneer een nieuwe rapportage moet worden aangeleverd; dat laatste is bijvoorbeeld het geval bij het VN-Mensenrechtencomité; zie OHCHR 2011, par. 27 en Rodley 2012, p. 123. Andere comités, zoals het VN-Antirassendiscriminatiecomité, wijken in de praktijk af van de in het verdrag gestelde termijn van twee jaar, omdat deze frequentie voor staten te hoog is gebleken; zie OHCHR 2011, par. 31 en Kjærsum 2012, p. 191. Een gegeven is daarbij dat lang niet alle staten tijdig en correct hun rapportages indienen, wat het werk van de verdragscomités ernstig bemoeilijkt. Sommige verdragscomités, zoals het VN-Antirassendiscriminatiecomité en het VN-Mensenrechtencomité, hebben zelfs een speciale procedure in het leven geroepen om staten aan te moedigen hun rapportages in te dienen; zie hierover Kjærsum 2012, p. 191 en Kälin 2012, p. 46. In het VN-Gehandicaptenverdrag is deze procedure expliciet vastgelegd – zie art. 34 lid 7.

en welke factoren en moeilijkheden daarbij van invloed zijn geweest.²¹ Het bevoegde verdragscomité bestudeert deze rapporten, vooral om vast te kunnen stellen of de staat het verdrag naar behoren heeft geïmplementeerd.²² Het uitgangspunt is daarbij dat van een ‘constructieve dialoog’.²³ Dat betekent dat er ruimte is voor een inhoudelijke gedachtewisseling over het rapport met een regeringsdelegatie en vaak ook met non-gouvernementele organisaties.²⁴ In deze dialoog is er aandacht voor zowel negatieve als positieve ontwikkelingen in de staat, zonder dat het toezichthoudend comité al te zeer (ver)oordelende uitspraken doet.²⁵

Afleggen van (al dan niet aangekondigde) bezoeken; onderzoek uit eigen beweging

Sommige verdragscomités, in het bijzonder de comités die bevoegd zijn met betrekking tot de antifolterverdragen (CAT, CPT), hebben niet alleen tot taak om rapportages te bekijken, maar kunnen ook bezoeken afleggen aan verdragstaten om daar de omstandigheden te onderzoeken en te beoordelen. Voor het Europese CPT kan het daarbij gaan om aangekondigde bezoeken, maar ook om onverwachte inspecties, bijvoorbeeld van gevangenis of detentiecentra.²⁶ Het Optioneel Protocol bij het VN-Verdrag tegen Foltering (OPCAT) voorziet in een andere variant. Het VN-Antifoltercomité kan uit eigen beweging een onderzoek starten, bijvoorbeeld op grond van bij het comité binnengekomen informatie,²⁷ maar ‘fact finding missions’ zijn onder het OPCAT alleen mogelijk met expliciete goedkeuring van de staat.²⁸ Daarnaast voorziet OPCAT in de oprichting in iedere aangesloten staat van een ‘nationaal preventiemechanisme’, dat de bevoegdheid moet hebben om onaangekondigde bezoeken af te leggen bij plaatsen waar mensen worden vastgehouden.²⁹ Samen met een VN-Subcomité ter preventie van foltering en onmenselijke behandeling ziet het nationaal preventiemechanisme toe op de naleving van het VN-Antifolterverdrag.³⁰

21 Zie bijv. art. 40 lid 2 IVBPR.

22 Vgl. voor het IVBPR bijv. Buergenthal 2001, p. 349.

23 Vgl. OHCHR 2011, par. 17 en 59-62; zie eerder al Buergenthal 2001, p. 349 en Kretzmer & Klein 2010, p. 19.

24 Zie O’Flaherty 2006, p. 32; Kälin 2012, p. 24 e.v. De betrokkenheid van non-gouvernementele organisaties is vooral goed zichtbaar bij de socialegrondrechtenverdragen, zoals het IVESCR en het ESH; zie over dat laatste De Schutter 2012b, p. 468. Ook bij het VN-Mensenrechtencomité is hiervoor ruimte; zie Buergenthal 2001, p. 353. Zie over de waarde en risico’s van deze betrokkenheid nader Kretzmer & Klein 2010, p. 48-51.

25 Mechlem 2009, p. 923. Niettemin blijkt dat een comité als het VN-Mensenrechtencomité zich in de praktijk wel degelijk bezighoudt met de vraag of een staat zijn verdragsverplichtingen voldoende is nagekomen, zodat zeker niet alleen sprake is van een ‘vriendelijke dialoog’; dit is geleidelijk aan zo gegroeid; zie O’Flaherty 2006, p. 29; Kretzmer & Klein 2010, p. 36 e.v. Over de vraag hoe effectief dit toezichtmechanisme in de praktijk is, is heel wat geschreven; bijv. Buergenthal 2001, p. 346-347; Kälin 2012, p. 45 e.v.; Krommendijk 2014.

26 Zie art. 7 e.v. van het CPT.

27 Art. 20 OPCAT.

28 Art. 28 OPCAT; zie ook Nowak 2012, p. 181.

29 Art. 3, 4 en 17-23 OPCAT; zie ook Nowak 2012, p. 182.

30 Voor de oprichting van het Subcomité, zie UN Doc. CAT/OP/SP/SR.1 en nader Nowak 2012, p. 183.

In verband met verschillende VN-verdragen zijn verder enkele bijzondere procedures ingericht die zijn gericht op het vroegtijdig signaleren van ernstige problemen, zoals rassenhaat, raciaal gemotiveerde geweldpleging en ernstige schendingen van de rechten van vrouwen, kinderen of gehandicapten.³¹ De VN-comités voor de respectieve verdragen kunnen daarbij onder meer bezoeken afleggen aan een staat, de aandacht van andere VN-organen vestigen op wat er gebeurt, en resoluties aannemen.³²

(Uniforme) uitleg van het verdrag

Het EU-Werkingsverdrag (VWEU) is uniek in het toekennen van een specifiek interpreterende taak aan het HvJ EU met het oog op de uniforme en effectieve werking van het EU-recht, waartoe ook het EU-Handvest voor de Grondrechten behoort. Zoals bekend voorziet artikel 267 VWEU zelfs in een speciale procedure – de prejudiciële procedure – die het mogelijk maakt voor nationale rechters, en hen daar soms toe verplicht, om bij twijfel over de juiste uitleg van het EU-recht, de nationale procedure te schorsen en een uitlegvraag voor te leggen aan het HvJ. Dit stelt het HvJ in staat om in laatste instantie een eenvormige, voor alle lidstaten bindende uitleg te geven en de EU-verdragsverplichtingen verder te verfijnen en te verduidelijken.³³ Het HvJ kan deze taak alleen uitoefenen op verzoek van de nationale rechter.³⁴

Hoewel minder vergaand uitgewerkt dan in het EU-recht, bevat ook het EVRM een interpretatietaak voor het EHRM. Op grond van artikel 32 EVRM strekt de rechtsmacht van het EHRM zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het EVRM en de daarbij behorende protocollen.³⁵ Treedt het nieuwe Protocol 16 in werking, dan wordt deze taak nog verder versterkt.³⁶ Protocol 16 – dat ook wel ‘advies-’ of ‘dialoogprotocol’ wordt genoemd – voorziet namelijk in een mogelijkheid voor nationale rechters om bij

31 Deze procedures zijn gestoeld op een initiatief dat is genomen door het VN-Antirassendiscriminatiecomité naar aanleiding van de genocides in de jaren negentig; zie ‘Prevention of racial discrimination, including early warning and urgent procedures: working paper adopted by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination’, aangenomen tijdens de 63^{ste} zitting van het VN-Antirassendiscriminatiecomité in 1993, A/48/18, Annex III; zie ook OHCHR 2011, par. 95 en Kjærum 2012, p. 193-194. In nieuwere verdragen is de procedure in de verdragstekst zelf opgenomen: zie art. 8-10 facultatief protocol VN-Vrouwenverdrag (en zie Cusack & Cook 2012, p. 232); art. 13 facultatief klachtenprotocol VN-Kinderrechtenverdrag (door Nederland nog niet ondertekend); art. 6 VN-Gehandicaptenverdrag (door Nederland nog niet geratificeerd).

32 Zie voor het VN-Antirassendiscriminatieverdrag nader Kjærum 2012, p. 193-194; voor het VN-Vrouwenverdrag, zie nader Cusack & Cook 2012, p. 233.

33 Zie bijv. Komarek 2007, p. 470.

34 Zie art. 267(3) VWEU; zie ook het klassieke arrest *CILFIT*, HvJ EG 29 februari 1984, zaak C-283/81, ECLI:EU:C:1984:91, par. 7 en meer recent en specifiek met betrekking tot grondrechten, HvJ EU 7 mei 2013, zaak C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), EHRC 2013/112, m.nt. J. Morijn, JB 2013/58, m.nt. J.M. Veenvrink & H.C.J.A. De Waele, AB 2013/131, m.nt. R. Widdershoven.

35 Zie nader Gerards 2014c.

36 Zie ETS-nr. 214, via <http://conventions.coe.int>. Het Protocol is voor ondertekening opengesteld op 2 oktober 2013 en treedt in werking als tien staten het hebben geratificeerd (art. 8 van het Protocol).

twijfel over de uitleg van het EVRM, het EHRM te verzoeken om een interpretatieadvies.³⁷

Andere verdragen, zoals het ESH en de VN-verdragen, kennen niet een dergelijke expliciete uitlegbevoegdheid.³⁸ Toch hebben vrijwel alle VN-comités aangenomen dat voor hen een taak is weggelegd om te verduidelijken wat de verdragsverplichtingen inhouden.³⁹ Met dat doel geven zij zogenoemde 'General Comments' uit.⁴⁰ Het opstellen van deze General Comments is een duidelijk niet-rechterlijk proces, dat onder meer een uitgebreide consultatie behelst van non-gouvernementele organisaties en wetenschappers, met behulp van debatsessies en themadagen.⁴¹ Oorspronkelijk gaat het bij de General Comments letterlijk om algemene opmerkingen die de comités konden maken naar aanleiding van de behandeling van verdragsrapportages.⁴² Tegenwoordig hebben ze vooral tot functie dat ze de betekenis van specifieke verdragsbepalingen toelichten, bijna zoals dat gebeurt in een artikelsgewijs commentaar.⁴³ De gegeven uitleg kan vervolgens een rol spelen in de beoordeling van rapportages en van individuele klachten, zodat er een zekere precedentwerking van uitgaat.⁴⁴ Sommige comités, zoals het VN-Mensenrechtencomité en het CESCR, hebben via General Comments bovendien in algemene termen uitgelegd wat zij van de verdragsstaten verwachten waar het gaat om het respecteren, waarborgen en garanderen van de verdragsrechten, en wat zij verlangen van de staten in het kader van het toezichtmechanisme.⁴⁵

Naast deze vorm van uitleg in de vorm van General Comments geven sommige verdragscomités via hun individuele oordelen uitleg aan de verdragsbepalingen. Het Mensenrechtencomité heeft zelfs expliciet aangegeven dat het zich in laatste instantie bevoegd acht om het IVBPR uit te leggen, al is dit controversieel.⁴⁶ Ook het ESCR, dat toeziet op de tenuitvoerlegging van het ESH, heeft in zijn oordelen

37 Zie nader hierover Gerards 2013b.

38 Vgl. Mechlem 2009, p. 919.

39 Zie voor het VN-Mensenrechtencomité bijv. HRC General Comment No. 33, *The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 5 november 2008, CCPR/C/GC/33, par. 13. Zie over het CESCR Riedel 2012, p. 145-146. Vgl. ook Mechlem 2009, p. 919 en p. 926.

40 Nader hierover Keller & Grover 2012, p. 117.

41 Zie nader Mechlem 2009, p. 928 en uitgebreid Keller & Grover 2015, p. 168 e.v.

42 Zoals bijvoorbeeld staat vermeld in art. 40 lid 3 IVBPR, vgl. Buergenthal 2001, p. 386; Keller & Grover 2012, p. 121; soortgelijke bevoegdheden zijn er voor de andere comités, zie nader OHCHR 2011, par. 130.

43 Mechlem 2009, p. 927. Voor het VN-Mensenrechtencomité, zie bijv. Buergenthal 2001, p. 386 en 388 en Rodley 2012, p. 125-126; voor het CESCR, zie Dekker 2014, p. 441. Een variant hierop zijn de 'General Recommendations' van het VN-Vrouwenverdragcomité en het VN-Antirassendiscriminatiecomité, die eveneens een verdragsinterpretatie kunnen behelzen; vgl. OHCHR 2011, par. 130, Cusack & Cook 2012, p. 222-223 en Kjærsum 2012, p. 194.

44 Buergenthal 2001, p. 386; Mechlem 2009, p. 927.

45 Zie voor het VN-Mensenrechtencomité in het bijzonder het eerder genoemde General Comment No. 33 (zie noot 56). Het CESCR heeft aan de verplichtingen van de staten aandacht besteed in zijn General Comment No. 1, *Reporting by States parties*, 27 juli 1989, E/1989/22 en in General Comment No. 3, *The Nature of States Parties' Obligations*, 14 december 1990, E/1991/23 (vgl. ook Mechlem 2009, p. 932 e.v.).

46 Zie nader Harrington 2015.

aangenomen dat het bevoegd is de betekenis van de bepalingen van het ESH te verduidelijken, al is het maar omdat het ESH een belangrijk complement vormt voor het EVRM en daarom in parallelle daarmee moet worden gelezen.⁴⁷

Statenklachten

Verscheidene internationale grondrechtenverdragen, zoals het EVRM en de facultatieve protocollen bij het IVBPR en het IVESCR, voorzien in de mogelijkheid voor staten om te klagen over het niet-verdragsconform handelen van een andere staat.⁴⁸ Een staat kan dat willen doen om objectieve redenen, vooral als hij van mening is dat elders grondrechten worden geschonden en het belangrijk is dat dit wordt gecorrigeerd.⁴⁹ Daarnaast kan een staat dit doen vanuit een meer subjectief beschermingsperspectief, bijvoorbeeld wanneer de grondrechten zijn geschonden van eigen onderdanen die in een andere staat verblijven.⁵⁰ Een internationale rechter of een verdragscomité kan dan een onafhankelijk oordeel geven over dergelijke aantijgingen, waardoor de internationale orde uiteindelijk kan worden hersteld en/of bescherming kan worden geboden aan burgers. In de praktijk worden deze procedures hoogst zelden gebruikt. Onder het IVBPR en het VN-Antirassendiscriminatieverdrag is dit bijvoorbeeld nog nooit gebeurd.⁵¹ Ook bij het EHRM is het aantal statenklachten in vergelijking tot de individuele klachten bijzonder klein.⁵²

Individuele en collectieve klachten

Aanvankelijk was het ongebruikelijk dat individuen bij een verdragscomité konden klagen over niet-naleving van de verdragsverplichtingen door de staat. Verdragen binden immers alleen de staten, en de erkenning van de rechtssubjectiviteit van individuen is in het internationale publiekrecht lange tijd beperkt gebleven.⁵³ Het EVRM was dan ook revolutionair met het erkennen van een individueel klachtrecht, dat het voor mensen die zichzelf slachtoffer voelden van een EVRM-schending door de staat, mogelijk maakte om 'naar Straatsburg' te stappen. Daarbij moet wel worden bedacht dat het EVRM-systeem aanvankelijk

47 Vgl. ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)*/Frankrijk), JV 2005/339, par. 27. Zie nader De Schutter 2012a, p. 475.

48 Zie art. 33 EVRM; art. 41 IVBPR; art. 10 Facultatief Protocol IVESCR.

49 Vgl. Kretzmer & Klein 2010, p. 7-8; Merrigan 2014. De voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens benadrukte deze functie in *Oostenrijk/Italië*, EComRM 11 juni 1961, 788/60.

50 Zo heeft Georgië bij het EHRM een statenklacht ingediend tegen Rusland vanwege een aantal arrestaties door de Russische autoriteiten op Georgisch grondgebied en vanwege vermeende mishandeling van Georgiërs in Rusland; zie *Georgië/Rusland (I)*, EHRM 30 juni 2009 (ontv. besl.), nr. 13255/07.

51 Buergenthal 2001, p. 364; Rodley 2012, p. 126; Kjærum 2012, p. 191.

52 Tot nu toe zijn er tien statenklachten behandeld of nog in behandeling, waarbij verschillende klachten bovendien betrekking hebben op vergelijkbare feitencomplexen; zie hiervoor de databank HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>). Zie voor verklaringen hiervoor Kretzmer & Klein 2010, p. 7 e.v.

53 Zie bijv. Kretzmer & Klein 2010, p. 5.

niet voorzorg in een direct beroep bij een permanent zetelend, internationaal hof.⁵⁴ De huidige systematiek, met een rechtstreeks en individueel klachtrecht bij een permanent Hof, bestaat feitelijk pas sinds 1998.⁵⁵ Dit systeem heeft een grote aantrekkingskracht: jaarlijks wordt het EHRM benaderd met zo'n 60.000 individuele klachten.⁵⁶

Ook onder de VN-verdragen bestaat een individueel klachtrecht, maar dat is steeds neergelegd in een afzonderlijk, facultatief protocol bij het betreffende verdrag.⁵⁷ Daardoor kunnen staten zich binden aan het eigenlijke grondrechtenverdrag, zonder te erkennen dat het toezichthoudend comité individuele klachten kan ontvangen en beoordelen. In sommige gevallen bestaat zo'n 'klachtenprotocol' bovendien nog maar net, zoals bij het IVESCR en het VN-Kinderrechtenverdrag.⁵⁸ Nederland heeft vrijwel al deze klachtenprotocollen geratificeerd, met uitzondering van de (nog erg recente) protocollen bij het IVESCR en het VN-Kinderrechtenverdrag en het individueel klachtrecht bij het VN-Gehandicaptenverdrag.⁵⁹ Voor zover het individueel klachtrecht door een staat is erkend, bestaat ook bij de VN-verdragen een mogelijkheid voor de bevoegde verdragsorganisatie om te onderzoeken of de verdragsstaat in het individuele geval zijn verplichtingen is nagekomen. Het gaat hierbij om een quasirechterlijke procedure van geschilbeslechting.⁶⁰ De VN-procedures voor individuele klachten worden redelijk vaak benut, maar de volumes zijn aanzienlijk minder groot in vergelijking tot het EVRM.⁶¹

54 In de oorspronkelijke procedure moesten individuen hun klacht indienen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM), dat diende als een soort filter. Alleen als de ECieRM de klacht voldoende belangrijk achtte, kon zij besluiten die voor te leggen aan het EHRM (zie het oude art. 43 EVRM); tot het Negende Protocol in 1990 in werking trad, konden individuen dat niet zelf doen (en ook daarna alleen in beperkte mate; zie art. 5 van Protocol 9 bij het EVRM). Besloot de ECieRM daartoe niet, dan was het aan het Comité van Ministers – een politiek vertegenwoordigend orgaan dus – om de klacht verder af te handelen en te beoordelen of er in het concrete geval sprake was van een schending van verdragsverplichtingen.

55 Dit is het resultaat van de inwerkingtreding van Protocol 11 bij het EVRM. Het individueel klachtrecht ligt vast in art. 34 EVRM.

56 In 2014 werden er bijvoorbeeld 56.250 klachten geregistreerd, in 2013 waren dat er 65.800; zie <http://echr.coe.int> > statistics. Overigens behandelt het EHRM maar een klein percentage daarvan ten gronde; ongeveer 92% wordt afgedaan via een ontvankelijkheidsbeslissing (zie <http://appform.echr.coe.int>).

57 Vgl. Ulfstein 2012, p. 73.

58 Het klachtenprotocol bij het IVESCR is op 10 december 2008 aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN en het is op 5 mei 2013 in werking getreden, nadat het door het vereiste minimum van tien staten was goedgekeurd. Het klachtenprotocol bij het VN-Kinderrechtenverdrag is van nog recenter datum: het is op 19 december 2011 aangenomen door de algemene vergadering en is op 14 april 2014 in werking getreden, nadat het door tien staten was geratificeerd. Zie hiervoor de VN-Verdragsdatabase: <http://treaties.un.org>.

59 Voor het Facultatief Protocol bij het IVESCR geldt dat eerst nog de gevolgen van ratificatie worden onderzocht; zie in dit verband nader Dibbets, Buyse & Timmer 2014 en Dekker 2014. Het VN-Gehandicaptenverdrag is door Nederland wel ondertekend, maar nog niet geratificeerd (zie voor de stand van zaken Kamerstukken 33990); datzelfde geldt daarmee voor het bijbehorende klachtenprotocol.

60 Buergenthal 2001, p. 367.

61 Voor statistische informatie over de verschillende individuele-klachtprocedures onder de VN-mensenrechtenverdragen, zie <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/StatisticalInformation.htm>.

Een variatie op het thema van de individuele klacht is de collectieve klachtprocedure zoals die bestaat bij het Europees Sociaal Handvest.⁶² Bij de herziening van het ESH in de jaren negentig werd overwogen om een individueel klachtrecht toe te voegen, maar dat bleek politiek onhaalbaar.⁶³ In plaats daarvan is ervoor gekozen om belanghebbende collectieven de mogelijkheid te geven een klacht in te dienen bij het ECSR.⁶⁴ Het gaat dan om internationale organisaties van werkgevers en werknemers, representatieve nationale vakbonden en werkgeversverenigingen, en andere niet-gouvernementele organisaties die een raadgevende status hebben bij de Raad van Europa.⁶⁵ Het ECSR heeft naar aanleiding van zo'n klacht tot taak te onderzoeken of de verdragsstaat het ESH 'al dan niet in toereikende mate heeft toegepast'.⁶⁶

De procedure rondom de behandeling van individuele en collectieve klachten verschilt per verdrag. Soms mogen alleen individuen klachten indienen, maar soms ook groepen van individuen; in een aantal gevallen is het mogelijk dat non-gouvernementele organisaties klachten namens bepaalde groepen indienen,⁶⁷ en in andere gevallen kunnen klachten ook door vertegenwoordigers worden ingediend.⁶⁸ Een gemeenschappelijk kenmerk van alle procedures is dat een comité of internationale rechter de ontvangen klacht 'communiceert' aan de verwerende staat met de vraag om opmerkingen daarover in te dienen. In sommige gevallen mogen ook derde partijen, zoals non-gouvernementele organisaties, hun observaties kenbaar maken. Ook wordt een klacht steeds beoordeeld op zijn ontvankelijkheid, waarbij in de meeste gevallen onder meer bekeken wordt of nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput⁶⁹ en of er geen andere internationale instantie is geweest die de klacht al heeft onderzocht.⁷⁰

62 Onder de ILO-Constitutie bestaat eveneens een collectieve klachtmogelijkheid, maar de procedure is daarbij een heel andere: daar wordt een klacht onderzocht door een ad hoc ingesteld tripartite comité; zie Swepton 2012, p. 361.

63 Churchill & Khaliq 2004, p. 424.

64 De procedure is in 1998 in werking getreden; in dat jaar is ook de eerste klacht ingediend en behandeld. Zie daarover nader Churchill & Khaliq 2004, p. 418. De procedure is gemodelleerd naar de ILO-procedure van collectief klachtrecht; zie Churchill & Khaliq 2004, p. 422 en Brillat 2005, p. 58.

65 Zie art. 1 collectief klachtenprotocol ESH; zie nader o.m. Churchill & Khaliq 2004, p. 424 e.v.; De Schutter 2012b, p. 472.

66 Art. 8 lid 1 collectief klachtenprotocol ESH.

67 Bijv. art. 2 facultatief protocol VN-Vrouwenverdrag.

68 Zoals voor de hand ligt is dit het geval bij het facultatief klachtenprotocol bij het VN-Kinderrechtenverdrag; zie art. 5 lid 2.

69 Een uitzondering hierop is het collectief klachtenprotocol bij het ESH, waarin deze eis niet wordt gesteld; zie nader De Schutter 2012a, p. 472.

70 Bij de meeste verdragen vindt eerst het ontvankelijkheidsonderzoek plaats en daarna afzonderlijk de beoordeling ten gronde; vgl. bijv. het facultatieve klachtenprotocol bij het IVESCR (zie nader Dibbets, Buyse & Timmer 2014, p. 8) en het collectieve klachtenprotocol bij het ESH (zie nader Churchill & Khaliq 2004, p. 434). Bij het EHRM vindt, na een eerste vooronderzoek, meteen communicatie plaats; meestal worden daarna de klachten tegelijkertijd onderzocht op ontvankelijkheid en gegrondheid. Zie daarvoor art. 29 lid 2 EVRM en nader Gerards 2014b, par. C.1.4. Ook het VN-Mensenrechtencomité is in de loop der tijd, om redenen van efficiëntie, de ontvankelijkheid en de gegrondheid tegelijkertijd gaan onderzoeken; zie Buergeth 2001, p. 369.

In het kader van een ingediende klacht is het voor verdragscomités en internationale hoven vrijwel steeds mogelijk om een voorlopige maatregel of interimmaatregel aan de staat op te leggen. Voor een aantal VN-verdragen (waaronder het IVBPR) en voor het EVRM en het ESH is deze bevoegdheid niet expliciet in de verdragstekst terug te vinden.⁷¹ De betreffende verdragscomités en het EHRM hebben niettemin aangenomen dat een dergelijke bevoegdheid inherent is aan het klachtrecht.⁷² In recentere VN-klachtenprotocollen is een expliciete bevoegdheid opgenomen om voorlopige maatregelen te treffen.⁷³ Doel van dit soort maatregelen is om ervoor te zorgen dat de procedure voor het verdragsorgaan effectief kan verlopen.⁷⁴ Dat is bijvoorbeeld wenselijk in gevallen waarin de klacht betrekking heeft op een voorgenomen uitzetting naar een staat waar iemands leven wordt bedreigd – in dat geval zou de procedure door de uitzetting ernstig kunnen worden gefrustreerd. Ook wanneer iemand zich in zeer slechte omstandigheden in detentie bevindt, kan dat onherstelbare schade opleveren die het onmogelijk maakt om de naleving van de verdragsverplichtingen effectief te onderzoeken.⁷⁵

Als de formele ontvankelijkheid eenmaal vaststaat, onderzoekt het bevoegde comité of hof de zaak ten gronde. De procedures zijn daarbij steeds net iets verschillend per verdrag, net als de bevoegdheden tot het doen van eigen feitenonderzoek en de inbreng van de partijen. Op basis van dit onderzoek formuleert het verdragscomité of hof conclusies ten aanzien van de vraag of de verdragsverplichtingen voldoende zijn nagekomen. Ook op dat punt lopen de procedures uiteen, net als de aard en de vorm waarin de bevindingen worden gepresenteerd. Paragraaf 2.3 gaat daarop nader in.

2.3 Uitspraakbevoegdheden van verdragscomités en internationale hoven

Uit de in paragraaf 2.2 gegeven typologie van taken en bevoegdheden van internationale comités en hoven zal duidelijk zijn geworden dat er een rijk palet aan internationale adviezen, rapporten, uitspraken, aanbevelingen en oordelen bestaat. Dit palet resulteert bovendien in een ‘output’ van sterk uiteenlopende aard,

71 Ulfstein 2012, p. 101. Aanvankelijk werd dan ook aangenomen dat deze bevoegdheid voor een comité als het ESCR niet bestaat; vgl. Churchill & Khaliq 2004, p. 437-438.

72 Ulfstein 2012, p. 101. Het EHRM heeft de mogelijkheid van het opleggen van interimmaatregelen en de klachtprocedure daarbij neergelegd in Regel 39 van het Reglement van het Hof. Zie voor het ECSR nader Rule 36 van de Rules of Procedure en zie Donders 2014, p. 258 en Voorlichting Raad van State inzake ‘Immediate Measures’ van het ECSR van 13 december 2013, Kamerstukken II 2013/14, 29279.

73 Zie art. 5 facultatief protocol IVESCR; art. 6 facultatief klachtenprotocol VN-Kinderrechtenverdrag (door Nederland niet ondertekend); art. 4 lid 1 facultatief protocol VN-Gehandicaptenverdrag (door Nederland nog niet geratificeerd).

74 Deze functie heeft het EHRM nader toegelicht in *Mamatkulov & Askarov/Turkije*, EHRM (GK) 4 februari 2005, nrs. 46827/09 en 46951/09, EHRC 2005/32, m.nt. E. Rieter, JV 2005/89, m.nt. B.P. Vermeulen & K. de Vries, NJ 2005/321, m.nt. E.A. Alkema, AB 2005/274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 108. Zie uitgebreid over dit soort maatregelen Rieter 2010; zie korter t.a.v. het IVBPR bijv. Rodley 2012, p. 128; t.a.v. het EVRM, zie Burbano Herrera 2014.

75 Ulfstein 2012, p. 102.

wat het niet altijd gemakkelijk maakt om de rechtskracht en betekenis ervan voor het nationale recht te bepalen. Voordat daarop in wordt gegaan is het dan ook nuttig om eerst een – wederom grove – typologie te maken van verschillende soorten uitspraakbevoegdheden en ‘producten’ van het werk van internationale verdragscomités en van hun formele rechtswerking.

Concluding observations en rapporten

Een eerste ‘product’ zijn de bevindingen die verdragscomités in de regel presenteren na de bestudering van de periodieke rapportages die de verdragsstaten hebben ingediend.⁷⁶ Daarin vermelden zij niet alleen wat er naar hun mening goed en niet goed gaat in de betrokken staat, maar kunnen zij ook meer of minder concrete aanbevelingen voor verbetering doen.⁷⁷ Deze bevindingen kunnen verschillende vormen hebben – soms gaat het om rapporten, soms heten ze ‘concluding observations’ –, maar de opzet is in grote lijnen vergelijkbaar.⁷⁸ De VN-comités sturen hun concluding observations toe aan de betrokken staat, die er eventueel opmerkingen over kan maken.⁷⁹ De observations worden gepubliceerd (waarbij een aspect van ‘naming en shaming’ een rol kan spelen)⁸⁰ en er wordt melding van gemaakt in de jaarverslagen van het betreffende comité.⁸¹ De andere staten kunnen op de gepubliceerde concluding observations reageren, waarna ook die reacties openbaar worden gemaakt.⁸²

De concluding observations van de verdragscomités zijn niet bindend voor de betrokken staten, in de zin dat er geen rechtstreeks afdwingbare verplichtingen uit voortvloeien.⁸³ Het gaat om (gezaghebbende) adviezen en aanbevelingen aan de staten om te komen tot verbetering.⁸⁴ In het geval van de VN-Mensenrechtenraad kunnen de gedane aanbevelingen zelfs door de rapporterende staat worden verworpen.⁸⁵ Tegelijkertijd is er veel aandacht voor de follow-up van de concluding observations. Zo vragen alle VN-comités de staten om aandacht aan de implementatie te besteden in hun volgende verdragsrapportage.⁸⁶ Het VN-Mensenrechtencomité vraagt bovendien aan de staten om binnen een jaar te

76 De opzet van deze concluding observations is voor de verschillende comités min of meer hetzelfde; zie hiervoor (en voor de achtergronden) O’Flaherty 2006, p. 31.

77 O’Flaherty 2006, p. 31; OHCHR 2011, par. 74. In sommige gevallen geeft een verdragscomité ook een verdragsuitleg in zijn concluding observations, maar als ‘standard setting’-instrument blijkt de waarde van deze vorm van ‘output’ beperkt; zie Kretzmer & Klein 2010, p. 53-54.

78 OHCHR 2011, par. 77. Zie over de naamgeving Rodley 2012, p. 125 resp. Riedel 2012, p. 144; vgl. ook Buerghenthal 2001, p. 350.

79 Dat gebeurt veelvuldig; zie Kretzmer & Klein 2010, p. 42.

80 Kretzmer & Klein 2010, p. 42-46; zij geven wel aan dat dit een lastig punt is omdat al te openlijke kritiek soms juist contraproductief kan werken in de complexe internationale relaties waar het hier om gaat.

81 OHCHR 2011, par. 77 en 78.

82 OHCHR 2011, par. 79.

83 O’Flaherty 2006, p. 33; Kälin 2012, p. 31.

84 O’Flaherty 2006, p. 33; Kälin 2012, p. 31.

85 Zie over de VN-Mensenrechtenraad Clapham 2012, p. 98. Zie kritisch over de aanbevelingen door het VN-Mensenrechtencomité Kretzmer & Klein 2010, p. 56.

86 OHCHR 2011, par. 80.

rapporteren over wat zij hebben ondernomen om recht te doen aan de bevindingen en aanbevelingen.⁸⁷ Ook het CESCSC probeert soms extra druk uit te oefenen, namelijk door zijn terminologie aan te passen – als staten zich niet bereid tonen om aanbevelingen op te volgen, schreeft het de eisen op van ‘the Committee is concerned’, via ‘the Committee suggests’ of ‘recommends’ naar ‘the Committee is of the opinion that the Covenant provisions have been violated and urges the state party to take immediate steps and to report back to the Committee in the next periodic report’.⁸⁸ Andere mogelijkheden om staten aan te zetten tot concrete follow-up zijn er ook. Het VN-Antirassendiscriminatiecomité heeft bijvoorbeeld een ‘follow-up coordinator’ benoemd, die een dialoog kan aangaan met de staat over de opvolging, gebaseerd op nadere rapporten over specifieke onderwerpen.⁸⁹ Innovatief is verder het VN-Gehandicaptenverdrag – door Nederland nog niet geratificeerd –, dat voorziet in een ‘Conferentie van Verdragsluitende Staten’ die regelmatig bijeen zal komen om de implementatie van het verdrag in de staten te bespreken.⁹⁰ Bijzonder in dit verdrag is bovendien de verplichting voor de aangesloten staten om nationale ‘focuspunten’ in te stellen die belast zijn met het houden van toezicht op de implementatie in de betreffende staat, en die naast de gebruikelijke mensenrechteninstellingen moeten komen te staan.⁹¹ Al deze methoden bewerkstelligen enige druk op de staten om gevolg te geven aan de bevindingen en de gedane aanbevelingen, maar het zal duidelijk zijn dat het hierbij primair gaat om politieke druk en ‘peer pressure’.⁹²

Oordelen in individuele en collectieve klachtprocedures en interstatelijke procedures

Bij oordelen die worden gegeven in het kader van individuele of collectieve klachtprocedures of in het kader van een interstatelijke procedure, zijn de uitspraakbevoegdheden verschillend per procedure.

Vergaand zijn de uitspraken van het EHRM over individuele klachten en statenklachten: zij zijn op grond van artikel 46 EVRM verbindend voor de partijen.⁹³ Uit het EVRM blijkt niettemin dat de bevoegdheid alleen het vaststellen van de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de klacht betreft.⁹⁴ Het EHRM kan dus niet, bijvoorbeeld, nationale wetgeving nietig verklaren of besluiten vernietigen: de uitspraken zijn declaratoir van aard. Wel is er op grond van artikel 41 EVRM een bevoegdheid om een billijke genoegdoening toe te kennen als is vastgesteld dat er een schending heeft plaatsgevonden. Daarnaast heeft het Hof in zijn rechtspraak verduidelijkt welke concrete rechtsgevolgen en verplichtingen

87 Rodley 2012, p. 125.

88 Riedel 2012, p. 145.

89 OHCHR 2011, par. 83; Kjærum 2012, p. 193.

90 Art. 40 VN-Gehandicaptenverdrag. Bij deze bijeenkomsten kunnen ook non-gouvernementele organisaties aanwezig zijn, hetgeen wellicht nog extra druk oplevert; zie Quinn & O’Mahoney 2012, p. 297.

91 Art. 33 VN-Gehandicaptenverdrag; zie nader Quinn & O’Mahoney 2012, p. 297.

92 Vgl. Riedel 2012, p. 144.

93 Zie nader Glas 2014, p. 349 e.v.

94 Vgl. art. 29 EVRM.

voortvloeiën uit de constatering van een schending.⁹⁵ Volgens het Hof betekent dit dat op nationaal niveau wordt voorzien in *restitutio in integrum*, dat wil zeggen een herstel van de situatie zoals die geweest zou zijn als geen sprake was geweest van de schending van het EVRM. Het is daarbij aan de staat zelf om te kiezen hoe dit rechtsherstel wordt geboden: in natura – bijvoorbeeld door een procedure te heropenen, door een wet in te trekken, of door een ten onrechte onteigend stuk eigendom te restitueren – of via een schadevergoeding.⁹⁶ Vrij recent is het EHRM, op verzoek van de verdragsstaten, in sommige zaken bovendien overgegaan tot het geven van aanwijzingen aan de staten omtrent het te bieden rechtsherstel.⁹⁷ Voor zover dergelijke aanwijzingen worden opgenomen in het dictum van de uitspraak (hetgeen lang niet altijd gebeurt), vallen zij binnen het bereik van artikel 46 EVRM en zijn ze bindend voor de partijen. Zou in een dergelijk geval de staat weigeren de aanwijzingen op te volgen, dan handelt hij in strijd met het EVRM. Het Comité van Ministers van de Raad van Europa ziet vervolgens toe op de tenuitvoerlegging van de uitspraken.⁹⁸ Dat is een betrekkelijk politiek getint en op ‘peer pressure’ gebaseerd systeem, waarbij wordt nagegaan of een staat vorderingen heeft gemaakt.⁹⁹ Is de gewenste uitvoering aan de uitspraak gegeven, dan stelt het Comité dat vast in een eindresolutie. Is er nog werk te doen, dan constateert het Comité dit in een interimresolutie en houdt het de zaak op de agenda voor periodieke herbeoordeling.¹⁰⁰

Dit alles is anders voor de beoordeling van individuele en collectieve klachten door internationale en Europese verdragscomités. Weliswaar kunnen deze comités conclusies bereiken rondom de naleving van de verdragsverplichtingen in een concreet geval, maar deze conclusies hebben gemeenschappelijk dat zij niet verbindend zijn voor de verdragstaten.¹⁰¹ Ook kunnen de verdragscomités geen schadevergoedingsverplichting opleggen. Daarnaast verschilt de aard van de vaststellingen die een verdragscomité kan doen van die van het EHRM. Het VN-Mensenrechtencomité heeft bijvoorbeeld in algemene zin de bevoegdheid om zijn ‘inzichten’ of ‘views’ aan de staat bekend te maken omtrent een individuele klacht over een beweerde schending van het IVBPR.¹⁰² Wat de inhoud is van die views, en of mag worden geadviseerd over de gevolgen die hieraan moeten worden gegeven, blijft in het facultatieve protocol bij het IVBPR onbenoemd. Het VN-Mensenrechtencomité heeft aangenomen dat het de bevoegdheid heeft om aan te geven welke maatregelen een staat zou moeten nemen om de schending te

95 Zie nader Glas 2014, p. 351 e.v.

96 Idem.

97 Nader Glas 2014, p. 360 e.v.

98 Glas 2014.

99 De voorfase van de beoordeling door het Comité van Ministers, die wordt voorbereid door het Secretariaat en het ‘Execution Department’ van het Comité, is overigens aanzienlijk meer juridisch en ondersteunend; zie daarover nader Glas 2016.

100 Zie uitgebreid over het functioneren van dit systeem Glas 2016.

101 Ulfstein 2012, p. 74. Dergelijke bindende internationale uitspraken zouden ook moeilijk te verenigen zijn met het beginsel van non-interventie in de nationale aangelegenheden van de staten; vgl. De Schutter 2012a, p. 57.

102 Art. 5 lid 4 facultatief protocol IVBPR.

repareren.¹⁰³ Hoewel deze aanwijzingen in de praktijk beperkt kunnen blijven tot de mededeling dat de staat 'toereikende compensatie' moet bieden, is het VN-Mensenrechtencomité, net als het EHRM, in veel gevallen preciezer.¹⁰⁴ Het heeft bijvoorbeeld in concrete gevallen aangegeven dat het wenselijk is om een nationale procedure te heropenen of om de daders van misdaden tegen de menselijkheid te vervolgen.¹⁰⁵ Een gegeven blijft niettemin dat deze aanwijzingen voor staten niet bindend zijn en dat zij vaak alleen na lange interne procedures worden opgevolgd.¹⁰⁶

Ook het ECSR heeft specifieke uitspraakbevoegdheden meegekregen. Volgens het aanvullend protocol bij het ESH kan dit Comité alleen vaststellen of een lidstaat het ESH 'in toereikende mate heeft toegepast'.¹⁰⁷ Mogelijk is deze formulering ingegeven door de wens tot terughoudendheid bij het geven van oordelen over de gevoelige materie van de sociaaleconomische grondrechten.¹⁰⁸ Het ECSR lijkt zich in ieder geval niet veel gelegen te laten liggen aan dit subtiele punt: in zijn uitspraken stelt het, net als andere comités, gewoon vast of in zijn visie sprake is van een verdragsschending of niet.¹⁰⁹

De follow-up van de internationale en Europese oordelen is, net als bij de 'concluding observations', sterk afhankelijk van politieke druk en van 'peer pressure' op internationaal niveau. De wijze waarop die druk is georganiseerd verschilt opnieuw per verdrag, zoals hiervoor al aangegeven. Bijzonder is daarbij de constructie bij het collectief klachtenprotocol bij het ESH. Daaruit blijkt dat het ECSR zich met zijn bevindingen niet rechtstreeks tot de verwerende staat kan richten, maar rapporteert aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa.¹¹⁰ Het Comité van Ministers behandelt de uitspraak van het ECSR als een advies, al gaat het af op de daarin gepleegde feitenvaststelling. Uiteindelijk zal het wel zelf zijn conclusies trekken ten aanzien van de vraag welke maatregelen een staat moet nemen om hieraan gevolg te geven.¹¹¹ Alleen als het ECSR heeft vastgesteld dat de staat zijn verplichtingen niet in toereikende mate is nagekomen, kan het Comité van Ministers besluiten om aanbevelingen aan de staat te doen. Het formuleren van aanbevelingen is een discretionaire bevoegdheid, waarbij het Comité van Ministers ook beleidsoverwegingen kan betrekken.¹¹² Het is niet helemaal duidelijk of het Comité van Ministers daarbij kan afwijken van de conclusies van het ECSR.¹¹³ In de praktijk blijkt het in ieder geval maar

103 Diezelfde quasirechterlijke status komt naar voren in het gegeven dat individuele leden van het VN-Mensenrechtencomité individuele opinies ('dissenting' of 'concurring') kunnen toevoegen; zie Buergenthal 2001, p. 371.

104 Rodley 2012, p. 129.

105 Rodley 2012, p. 129; Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 383.

106 Rodley 2012, p. 129; Ulfstein 2012, p. 75.

107 Churchill & Khaliq 2004, p. 429; Donders 2014, p. 256.

108 Churchill & Khaliq 2004, p. 430.

109 Churchill & Khaliq 2004, p. 429.

110 Nader ook Donders 2014, p. 256-257.

111 Art. 9 aanvullend protocol ESH.

112 Explanatory Report bij het ESH, par. 46; zie ook Churchill & Khaliq 2004, p. 438 en De Schutter 2012b, p. 473.

113 Zie nader de bespreking van de voor- en tegenargumenten bij Churchill & Khaliq 2004, p. 438-439.

zelden concrete aanbevelingen tot de staat te richten.¹¹⁴ De aanbevelingen zijn bovendien niet-bindend, al is er een verplichting om in het kader van de algemene rapportageverplichting over de implementatie van het verdrag melding te maken van de maatregelen die zijn getroffen naar aanleiding van de aanbevelingen.¹¹⁵

Ook in het geval van de VN-verdragscomités bestaan er mechanismes waarmee enige druk op de verwerende staat kan worden gelegd om gevolg te geven aan de aanbevelingen die het heeft gedaan of de conclusies die het heeft bereikt in een individuele zaak. Het VN-Vrouwenverdragcomité kan bijvoorbeeld een rapporteur of werkgroep instellen om de follow-up in de gaten te houden, of kan de staat vragen om in een volgende periodieke rapportage aandacht te besteden aan de consequenties die de staat aan een oordeel heeft verbonden.¹¹⁶ In meer algemene zin bestaat er soms een verplichting voor het toezichthoudende comité om de Algemene Vergadering van de VN te voorzien van een samenvatting van zijn activiteiten, waarbij het comité ook de aandacht kan vestigen op bepaalde 'views' of op de niet-nakoming daarvan door de verwerende staat.¹¹⁷ Ook het geven van publiciteit aan het ontbreken van een goede follow-up is gekozen als methode om ervoor te zorgen dat staten de niet-bindende 'views' toch ten uitvoer leggen.¹¹⁸ Het VN-Mensenrechtencomité heeft bovendien uitdrukkelijk aandacht besteed aan de tenuitvoerlegging in een General Comment.¹¹⁹ Daarin heeft het duidelijk gemaakt dat het verwacht dat de staten zijn uitspraken serieus nemen, onder meer omdat zij 'in judicial spirit' tot stand zijn gekomen.

Interimmaatregelen

Bijzondere vragen kunnen worden gesteld ten aanzien van het karakter van interimmaatregelen of voorlopige voorzieningen. Het EHRM heeft geoordeeld dat de opgelegde interimmaatregelen voor de verwerende staat bindend zijn.¹²⁰ Reden daarvoor is dat het individuele klachtrecht, neergelegd in artikel 34 EVRM, bij niet-naleving van de interimmaatregel niet effectief kan worden uitgeoefend, waardoor de mogelijkheid van het doen van een (bindende) uitspraak zou worden gefrustreerd. Staten mogen volgens vaste rechtspraak van het EHRM dan ook niet eenzijdig besluiten om een interimmaatregel niet na te leven, tenzij sprake is van

114 De Schutter 2012b, p. 473.

115 Art. 10 aanvullend protocol ESH; zie nader Churchill & Khaliq 2004, p. 440; Donders 2014, p. 256; De Schutter 2012b, p. 474.

116 Voor het VN-Vrouwenverdrag is deze bevoegdheid terug te vinden in art. 7 lid 5 van het facultatief protocol. Cusack & Cooke 2012, p. 230.

117 Zie voor het IVBPR bijv. Buergenthal 2001, p. 373.

118 Buergenthal 2001, p. 373-374.

119 HRC General Comment No. 33, *The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 5 november 2008, CCPR/C/GC/33, par. 11. Zie ook Kanetake & Nollkaemper 2014, p. 767; Rodley 2012, p. 129.

120 EHRM (GK) 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 46951/99 (*Mamatkulov & Askarov/Turkije*), EHRC 2005/32, m.nt. E. Rieter, JV 2005/89, m.nt. B.P. Vermeulen & K. de Vries, NJ 2005/321, m.nt. E.A. Alkema, AB 2005/274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

aantoonbare overmacht.¹²¹ Ook de staten zelf hebben inmiddels erkend dat zij de opgelegde interimmaatregelen moeten respecteren met het oog op een goed procesverloop.¹²²

Verdragscomités, zoals het VN-Mensenrechtencomité, gaan er eveneens van uit dat de opgelegde maatregelen door de staten worden opgevolgd en dat het niet in acht nemen van deze maatregelen strijdig is met de verplichtingen onder de betreffende verdragen.¹²³ Dit is te verklaren doordat deze comités de rechtskracht van hun maatregelen in het verlengde zien van de verplichting tot getrouwe navolging van de verdragen. Interimmaatregelen hebben immers primair tot doel om (verdere) frustratie en schending van grondrechten te voorkomen met het oog op een goed verloop van de procedure. Dat betekent dat het opvolgen ervan nodig zal zijn om te voldoen aan de (procedurele) verplichtingen onder het relevante verdrag en om het individuele klachtrecht te waarborgen.¹²⁴ Een schending van een interimmaatregel heeft in die redenering tot gevolg dat de verplichtingen onder verdrag rechtstreeks worden geschonden. Van het bindend karakter van interimmaatregelen, ook voor die comités die uiteindelijk geen bindende uitspraken kunnen doen, kan vanuit die redenering worden uitgegaan.¹²⁵

Voor het ECSR, ten slotte, ligt de kwestie ingewikkelder.¹²⁶ Het ECSR is pas recent voor het eerst gevraagd om een voorlopige maatregel te formuleren, namelijk in de in de inleiding besproken ‘bed, bad en brood’-zaak. In reactie op het verzoek van de klagende instantie richtte het ECSR een vrij algemeen geformuleerde ‘uitnodiging’ aan Nederland. Die uitnodiging betrof het treffen van maatregelen om ernstige en irreparabele schade aan de integriteit te voorkomen, in het bijzonder door de implementatie van een gecoördineerd systeem waarbij in basisbehoeften wordt voorzien.¹²⁷ Deze formulering liet toe dat de maatregel niet werd gezien als een bindende verplichting, maar eerder als een dringend verzoek, dat bovendien de nodige ruimte bood om naar eigen inzicht invulling te geven aan de gevraagde maatregelen.¹²⁸ Tegelijkertijd hanteerde het ECSR in zijn oordeel hetzelfde soort redenering dat bij de VN-comités en bij het

121 EHRM (GK) 10 maart 2009, nr. 39806/05 (*Paladi/Moldovië*), EHRC 2009/67, m.nt. A. Woltjer, par. 92; zie ook Burbano Herrera 2014, p. 508.

122 High-level Conference on the ‘Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility’, Brussels Declaration, 27 maart 2015.

123 VN-Mensenrechtencomité 19 oktober 2000, 869/1999 (*Piandong e.a./de Filippijnen*), UN doc. A/56/40 par. 5.1-5.4; zie ook Rodley 2012, p. 128; Ulfstein 2012, p. 100; Rieter 2010, p. 899 e.v. Voor het ECSR zie Rule 36 van de Rules of Procedure en zie Donders 2014, p. 258.

124 Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 390-392; Rieter 2010, p. 899.

125 Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 387 e.v.

126 Zie nader Mohammadi 2015, p. 757 en Voorlichting Raad van State inzake ‘Immediate Measures’ van het ECSR van 13 december 2013, Kamerstukken II 2013/14, 29279.

127 ECSR 25 oktober 2013 (immediate measures), 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), EHRC 2014/9: ‘Invites the respondent government to take the immediate measures indicated below: Adopt all possible measures with a view to avoiding serious, irreparable injury to the integrity of persons at immediate risk of destitution, through the implementation of a coordinated approach at national and municipal levels with a view to ensuring that their basic needs (shelter, clothes and food) are met; and Ensure that all the relevant public authorities are made aware of this decision’.

128 Vgl. Mohammadi 2015, p. 757. De vicevoorzitter van de Raad van State kwam in dit verband dan ook tot de conclusie dat er geen bindende werking aan de voorlopige maatregel toekwam; zie

EHRM maakt dat er bindende werking van uitgaat, namelijk dat naleving van een interimmaatregel noodzakelijk zou zijn ‘with a view to avoiding the risk of a serious and irreparable injury and to ensuring the effective respect for the rights recognized in the European Social Charter’.¹²⁹ Dit zou erop kunnen wijzen dat ook hier het karakter van de interimmaatregel dat van het verdrag volgt, en dus een internationale verplichting oplevert die de staat niet mag negeren. Op dit punt heerst echter nog enige onduidelijkheid, niet in het minst nu dit tot dusver de enige zaak is waarin het ECSR interimmaatregelen heeft opgelegd.

Verdragsuitleg

Ten slotte is er een bijzondere categorie van uitspraakbevoegdheden, namelijk het geven van uitleg aan verdragsbepalingen en -verplichtingen. De vorm waarin die uitleg wordt gegeven en de aard van de gegeven uitleg, verschilt per internationaal verdragsstelsel. Voor de uitleg die het HvJ geeft aan het EU-Grondrechtenhandvest, op basis van prejudiciële vragen in de zin van artikel 267 VWEU, geldt bijvoorbeeld dat zij *erga omnes*-werking heeft.¹³⁰ Nu het HvJ volgens deze bepaling uitdrukkelijk de bevoegdheid heeft om in laatste instantie een uniforme uitleg van het EU-recht te waarborgen, is de uitleg die het geeft in zijn uitspraken voor alle lidstaten evenzeer bindend. Zouden lidstaten hiervan eenzijdig afwijken, dan kan dat (theoretisch gezien) zelfs aanleiding vormen voor de Europese Commissie om een inbreukprocedure te starten.¹³¹

De verdragsuitleg die het EHRM in de toekomst kan geven op basis van het eerder besproken ‘Adviesprotocol’ 16, zal worden gegeven in de vorm van niet-bindende adviezen.¹³² De rechter in de verdragstaat kan vervolgens zelf beoordelen in hoeverre hij het advies in zijn nationale uitspraak wil overnemen.¹³³ Besluit hij dat niet te doen, dan schendt hij daarmee niet zijn verplichtingen onder het EVRM. Tegelijkertijd is de vraag gerechtvaardigd of de in deze adviezen gegeven verdragsuitleg niet toch een zekere rechtskracht toekomt, vooral nu het EHRM uitdrukkelijk bevoegd is om het EVRM in laatste instantie uit te leggen.¹³⁴ Hetzelfde geldt voor de uitspraken die het EHRM doet over individuele klachten tegen andere staten dan de verwerende staat in een specifiek geschil. Ook daarbij geldt dat deze uitspraken de andere staten op grond van artikel 46 EVRM strikt genomen niet binden. Tegelijkertijd is van belang dat het EHRM op grond van artikel 32 EVRM de expliciete bevoegdheid heeft gekregen om uitleg te geven aan de in het EVRM vastgelegde grondrechtenbepalingen. Algemeen wordt

Voorlichting Raad van State inzake ‘Immediate Measures’ van het ECSR van 13 december 2013, Kamerstukken II 2013/14, 29279.

129 ECSR 25 oktober 2013 (immediate measures), 90/2013 (Conference of European Churches (CEC)/Nederland), EHRC 2014/9, par. 1.

130 Komárek 2007, p. 9-10; Bobek 2014, par. 2.3.

131 Bobek 2014, par. 2.3; Timmermans 2015, p. 115.

132 Zie art. 5 van Protocol 16; zie ook Gerards 2013b.

133 Zie hierover nader Gerards 2013b.

134 Vgl. Gerards 2013b en in meer detail Gerards 2014d.

aangenomen dat daarmee toch een zeker interpretatief gezag aan deze uitspraken toekomt ('*res interpretata*'), al is van formele *erga omnes*-werking geen sprake.¹³⁵

Voor de General Comments en de views van de VN-verdragscomités geldt dat zij formeel gezien geen verbindende kracht hebben en dat staten strikt genomen hun verdragsverplichtingen niet schenden als zij niet handelen in overeenstemming met de gegeven uitleg.¹³⁶ Niettemin gaan de VN-comités er wel degelijk van uit dat hun interpretaties het nodige gezag toekomt en dat staten ze in acht moeten nemen in hun nationale regelgeving en besluitvorming.¹³⁷ Daarnaast baseren deze organen hun beoordeling in individuele gevallen regelmatig op de algemene verdragsuitleg die zij zelf hebben gegeven in de vorm van General Comments, views of zelfs concluding observations.¹³⁸ Daarmee zou ook hier een zeker interpretatief gezag kunnen worden aangenomen op basis van vaste rechtspraak. Hetzelfde geldt voor het ECSR, dat volgens het aanvullend klachtenprotocol bij het ESH geen expliciete uitlegbevoegdheid heeft, maar dat heeft overwogen dat, omdat het ESH een complement vormt voor het EVRM, het dit Handvest aan de hand van dezelfde methoden moet uitleggen als gebruikelijk zijn voor het EHRM.¹³⁹ Ook het ECSR baseert zijn oordelen bovendien regelmatig op de uitleg die het zelf in eerdere zaken heeft gegeven, en waaraan het een zekere 'zwaartekrachtwerking' lijkt toe te kennen.¹⁴⁰

135 De Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa erkende dit in 2000 (PACE Resolution 1226/2000, *Execution of judgments of the European Court of Human Rights*, 28 September 2000 (30th Sitting), par. 3), de regeringsleiders deden dat in de top te Interlaken op 19 februari 2010 (Verklaring van Interlaken – Action plan, par. B.4.c.); zie verder bijv. Gerards 2014a; Bodnar 2014. Zie nader hierover hoofdstuk 3.

136 Vgl. ILA 2004, par. 16-18; Keller & Grover 2012, p. 129.

137 Zie met name het hiervoor al genoemde General Comment No. 33 van het VN-Mensenrechtencomité (noot 136). Ook in de literatuur is dit wel betoogd; vgl. bijv. Dibbets, Buyse & Timmer 2014, p. 9 en 16-17. Zie ten aanzien van het CЕСSR ook Dekker 2014, p. 443.

138 Buergenthal 2001, p. 386; Mechlem 2009, p. 919 en p. 922 e.v.

139 Zie ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)*/Frankrijk), JV 2005/339, par. 27. Zie nader De Schutter 2012b, p. 475-476.

140 Voor dit begrip, zie Adams 2006.

3 Gradaties van rechtswerking en het verschil tussen uitspraak en interpretatie

3.1 Gradaties van rechtswerking

Natuurlijk kan worden gezegd dat het stellen van de vraag naar de juridische betekenis of de rechtskracht van uitspraken, rapporten en General Comments van internationale verdragsorganen niet relevant is. Gesteld kan immers worden dat hun praktische waarde uiteindelijk volledig afhankelijk is van de bereidheid van staten en hun organen om de uitspraken na te leven. Al is een bepaalde uitleg neergelegd in een bindende uitspraak van een overigens gezaghebbend internationaal hof: als staten de uitleg massaal in de wind slaan en weigeren er gevolg aan te geven, is het gezag ervan uiterst beperkt. Dat gegeven houdt nauw verband met de *feitelijke* of *sociologische* legitimiteit van internationale uitspraken.¹ Bij die vorm van legitimiteit gaat het over de vraag in hoeverre actoren daadwerkelijk vinden dat uitspraken of rechtsregels moeten worden nageleefd, en in hoeverre zij dat ook echt doen. Bepalend daarbij zijn feitelijke gegevens als de overtuigingskracht van uitspraken en de ervaren morele plicht tot naleving van internationale normen, maar belangrijk zijn ook de aanwezigheid van factoren die input- en outputlegitimiteit bepalen (bijvoorbeeld transparantie en participatie) en politico-logische mechanismen van vertrouwen, beïnvloeding en acceptatie.²

Voor juristen is deze feitelijke legitimiteit niet de enige die ertoe doet. Zij zullen ook benieuwd zijn of er een zekere *juridisch-normatieve* legitimiteit verbonden kan zijn aan de uitspraken en interpretaties. Het gaat er dan om of er juridisch relevante argumenten zijn die het redelijk maken dat een zekere rechtskracht wordt toegekend aan oordelen van verdragsorganisaties en internationale rechters.³ Daarbij kan betekenis worden toegekend aan het bestaan van de juridische bevoegdheid om beslissingen te nemen en interpretaties te geven, aan het zorgvuldig doorlopen van van tevoren gecreëerde procedures, aan het in acht nemen van rechtsstatelijke waarborgen, enzovoort.⁴ In het debat over de vraag of een uitspraak moet worden

1 Zie o.m. Fallon 2005, p. 1794 en p. 1827 e.v.

2 Vgl. Cali, p. 145, scenario 1 en p. 148; zie ook Kretzmer & Klein 2010, p. 3; d'Aspremont 2012, p. 190-191; Keller & Grover 2012, p. 138-139.

3 Zie voor juridische legitimiteit als een specifieke vorm van legitimiteit nader Fallon 2005, p. 1813-1814; Buchanan & Keohane 2008, p. 405; zie over normatieve legitimiteit o.m. Føllesdal 2013, par. II.

4 Vgl. Fallon 2005, p. 1819; Buchanan & Keohane 2008, p. 407; Ruiters & Wessel 2012, p. 164. Zie voor een nadere analyse ook uitgebreid Lasser 2004, die beargumenteert dat legitimiteit van

opgevolgd, of deze redelijkerwijze rechtsgevolgen kan sorteren, en of deze subjectieve en afdwingbare rechten kan genereren, zal een bindende uitspraak bijvoorbeeld moeilijker kunnen worden gepasseerd dan een niet-bindende uitspraak, een aanbeveling of een advies. Ook zal een uitspraak grotere juridisch-normatieve legitimiteit toekomen wanneer deze volgens zorgvuldige procedures tot stand is gekomen, en wanneer is voldaan aan waarborgen als die van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Het is deze specifiek juridisch-normatieve visie op legitimiteit van internationale oordelen en interpretaties waarbij dit preadvies aanknoopt, eerder dan de meer feitelijke of sociologische.

In de legitimiteitsdiscussie bestaat soms de neiging om in binaire termen te denken – oordelen zijn bindend of niet-bindend, ze zijn juridische legitiem of niet legitiem, ze hebben rechtskracht of niet, *tertium non datur*.⁵ Er bestaat echter een grijs gebied tussen te aanvaarden dat iedere internationale uitspraak dwingend en formeel verbindend is, en aan te nemen dat zo'n uitspraak een louter adviserende functie heeft en hoogstens relevant kan zijn in een politieke discussie.⁶ Natuurlijk: bestaat er een harde en duidelijke internationale verdragsverplichting, of is er een bindende rechterlijke uitspraak gedaan, dan moeten de nationale autoriteiten ervoor zorgen dat het nationale recht in overeenstemming met die verplichtingen wordt gebracht. Maar als de verdragsverplichtingen minder duidelijk zijn, of als er 'slechts' aanbevelingen worden gedaan, dan betekent dit nog niet dat hieraan helemaal geen juridische betekenis kan toekomen.⁷ Integendeel: vanuit een perspectief van juridisch-normatieve legitimiteit zijn verschillende gradaties van rechtswerking denkbaar, waarbij sprake is van een glijdende schaal.⁸ Om enig houvast te bieden op deze schaal, kan worden aangenomen dat daarop in ieder geval zes punten zijn te onderscheiden:

1. volledige verbindendheid; verplichte *erga omnes*-werking;
2. *res interpretata*: de gegeven uitleg moet worden gevolgd wanneer die vastligt in een vaste rechtspraaklijn;
3. het toekennen van 'persuasive authority' aan de gegeven uitleg, waarbij afwijking alleen mogelijk is als hiervoor goede redenen zijn te geven;
4. het in aanmerking nemen van de uitleg als waardevol interpretatieinstrument; bij twijfel kan dit de doorslag kan geven;
5. het zijn van een bron van inspiratie temidden van andere bronnen, zonder ooit doorslaggevend te zijn;
6. het ontbreken van iedere juridische betekenis.⁹

rechtspraak sterk samenhangt met de mate waarin het rechterlijk optreden inpasbaar is in het rechtssysteem en de rechtscultuur waarbinnen de rechter opereert. Op zijn beurt wordt die inpasbaarheid voor Nederland mede bepaald door factoren zoals die hierna in hoofdstuk 4 worden beschreven.

5 Vgl. Wheatley 2011, p. 530; Schabas 2011, p. 97; Pauwelyn 2012, p. 127-128. Zie over dit begrip ook Sieburgh 2004.

6 Schabas 2011, p. 98; Pauwelyn 2012, p. 128; d'Aspremont 2012, p. 194.

7 Schabas 2011, p. 100; Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 385.

8 Vgl. Pauwelyn 2012, p. 130; Ruiter & Wessel 2012, p. 163.

9 Vgl. ook Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 787.

Bij het denken over de rechtskracht van de verschillende soorten uitspraken van verdragscomités en internationale gerechtshoven, zoals hiervoor in paragraaf 2.3 besproken, is het goed deze beschikbaarheid van ‘grijstinten’ in het achterhoofd te houden.¹⁰ Het is ook hierbij dat de uiteenzetting in paragraaf 4 aanknoopt; daar wordt ingegaan op de verschillende factoren die de juridisch-normatieve legitimiteit van internationale oordelen kunnen bepalen, en die daarmee invloed hebben op de plaats die een oordeel op de genoemde glijdende schaal kan innemen.

3.2 Het verschil tussen bindende en niet-bindende oordelen en interpretaties; *res interpretata*

Voordat kan worden ingegaan op de verschillende factoren die de legitimiteit van het toekennen van rechtswerking aan internationale oordelen bepalen, is het van belang om het verschil te benoemen tussen de (niet-)bindendheid van een *concreet oordeel* dat een verdragscomité of internationaal gerechtshof geeft over de verenigbaarheid van een nationaal handelen met een verdrag, en de (niet-)bindendheid van de *uitleg* die zo’n comité of hof aan een verdragstekst kan geven. Het verschil tussen bindende en niet-bindende concrete uitspraken is in zoverre evident, dat voor bindende uitspraken geldt dat staten ze niet opzij kunnen zetten of niet kunnen naleven zonder hun vrijwillig en uitdrukkelijk aangegane verdragsverplichtingen te schenden.¹¹ Bij niet-bindende uitspraken geldt die juridisch afdwingbare verplichting uiteraard niet.

Belangrijker en moeilijker wordt de discussie waar het niet zozeer gaat om de verbindendheid van de eigenlijke einduitspraak, maar om de overwegingen en argumenten die daaraan ten grondslag liggen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld van het EVRM, waar in artikel 46 lid 1 uitdrukkelijk staat vermeld dat de uitspraken van het EHRM alleen bindend zijn voor de partijen. Dit betekent dat een staat die geen partij is bij het geschil, geen verplichting heeft om de uitspraak na te leven.¹² Inmiddels wordt echter vrij algemeen aangenomen dat de beperking van artikel 46 EVRM alleen geldt voor het ‘operatieve gedeelte’ van de uitspraak (het dictum), waarin het Hof declaratoir vaststelt of het EVRM in de voorliggende zaak is geschonden, waarin het bepaalt of een schadevergoeding moet worden betaald en waarin het individuele en algemene maatregelen kan opleggen.¹³ Ten aanzien van de inhoudelijke argumentatie en uitleg die aan dat eindoordeel ten grondslag ligt, wordt een zogenoemd *res interpretata* of interpretatieve rechtskracht aanvaard.¹⁴ Dit betekent dat aan de gegeven uitleg, als het EHRM die zelf als vaststaand aanvaardt, een betekenis toekomt die verder strekt dan de enkele uitspraak alleen.¹⁵ Dit *res interpretata* houdt ermee verband dat het

¹⁰ Schabas 2011, p. 105.

¹¹ Vgl. ook Cali 2014, p. 148.

¹² Klein 2000, p. 706; Ress 2005, p. 374; Gerards 2014a, p. 22.

¹³ Glas 2014, p. 349; Gerards 2014a, p. 22.

¹⁴ Drzemczewski 2011, p. 246; Garlicki 2011, p. 280; Gerards 2014a, p. 23.

¹⁵ Bodnar 2014, p. 228; Glas 2014, p. 358.

Hof in zijn rechtspraak constitutief betekenis toekent aan de verdragsverplichtingen.¹⁶ De bepalingen van het EVRM zijn daardoor verbindend zoals zij worden uitgelegd door het EHRM.¹⁷ Het interpretatief gezag van het EHRM is daarbij gebaseerd op de tekst van het EVRM zelf, die, zoals besproken in paragraaf 2.3, een uitdrukkelijke uitlegbevoegdheid bij het EHRM heeft neergelegd. Door het EVRM te aanvaarden hebben staten ook aanvaard dat het EHRM de begrippen, termen en noties van de diverse bepalingen inkleurt. Waar het gaat om gevestigde interpretaties, zoals die bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in de 'general principles' die het EHRM in veel uitspraken definieert, kan op die manier worden beredeneerd dat zij net zo bindend zijn voor de verdragsstaten als de EVRM-bepalingen zelf.¹⁸ Redelijkerwijs kan daarbij worden aangenomen dat individuen voor de rechter een beroep kunnen doen op die uitleg, ook als die is gegeven in een uitspraak tegen een andere staat.¹⁹

De vraag is uiteraard of een dergelijk *res interpretata* ook kan toekomen aan de uitspraken van andere verdragsorganisaties die werken op het terrein van de mensenrechten. In dit verband is het voorbeeld van het EVRM niet helemaal representatief, omdat dit verdrag in twee belangrijke opzichten afwijkt van de meeste andere mensenrechtenverdragen. In de eerste plaats is er de verbindendheid van de uitspraken als zodanig, die duidelijk maakt dat de staten expliciet en welbewust hebben ingestemd met een internationaal hof dat het laatste woord heeft in grondrechtenkwesies. Minstens zo belangrijk is een tweede bijzonderheid, namelijk dat het EVRM in artikel 32 expliciet een uitlegbevoegdheid bevat voor het EHRM. Juist die bevoegdheid maakt dat het EHRM gelegitimeerd is om in laatste instantie de betekenis van de EVRM-bepalingen vast te stellen, zoals een hoogste of constitutionele rechter dat op nationaal niveau kan doen. Bij verdragscomités ontbreekt deze combinatie van factoren. Zoals in paragraaf 2.3 besproken is in veel gevallen de uitspraakbevoegdheid beperkt tot het vaststellen van een handelen dat al of niet in overeenstemming is met de verdragsverplichtingen. Een uitdrukkelijke interpretatiebevoegdheid ontbreekt dan, net als een verdragsrechtelijke erkenning van de verbindendheid van de uiteindelijke conclusies.²⁰ In die gevallen kan internationaalrechtelijk gezien als uitgangspunt gelden dat alleen de partijen die de macht hebben om een verdragstekst aan te passen, een gezaghebbende interpretatie van dat verdrag mogen geven.²¹ In het licht daarvan is de vraag gerechtvaardigd of verdragscomités bevoegd zijn om een constitutieve uitleg te geven aan grondrechtenbepalingen in internationale verdragen, zodat die, net als bij het EVRM, dezelfde verbindende werking heeft als de bepalingen zelf.

In paragraaf 2.3 kwam al aan de orde dat veel verdragscomités impliciet wel uit lijken te gaan van het bestaan van een dergelijke uitlegbevoegdheid. Het ECSR

16 Fleuren 2014.

17 Fleuren 2014; Gerards 2014a, p. 22.

18 Gerards 2014a, p. 23.

19 De staten zelf hebben dit ook aanvaard; zie de zogenoemde *Verklaring van Interlaken* (High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken, 19 februari 2010), Action Plan, par. B.4.c. Zie nader hierover Bodnar 2014, p. 225 e.v.

20 Vgl. ILA 2004, par. 18.

21 Harrington 2015.

heeft zijn rapporten bijvoorbeeld op dezelfde manier ingericht als de uitspraken van het EHRM, met een onderdeel waarin het een algemene verdragsuitleg geeft waarin het gevestigde uitlegprincipes herhaalt, en een onderdeel waarin het vaststellingen doet over het concrete handelen van de verdragsstaat. Daarmee lijkt ook het ECSR erop te vertrouwen dat er een zeker *res interpretata* toekomt aan het uitleggedeelte in zijn rapporten.²² Andere verdragscomités geven een algemene uitleg aan de verdragsbepalingen door middel van hun General Comments, en gaan er daarbij van uit dat die uitleg constitutief is.²³ Ook zij baseren hun ‘views’ in individuele zaken bovendien op hun eigen, gevestigde interpretaties, waarvan zij aannemen dat die een inherent onderdeel vormen van de verdrags teksten die zij toepassen.²⁴ Hoewel de verdragscomités dat niet verder hebben toegelicht, is die aanname vermoedelijk gebaseerd op het gegeven dat zij nu eenmaal in het leven zijn geroepen om op internationaal niveau toe te zien op de tenuitvoerlegging van het verdrag, waarbij zij een semirechterlijke functie hebben.²⁵ Een verdere veronderstelling lijkt te zijn dat dit toezicht alleen kan worden gehouden als de comités iets kunnen zeggen over de betekenis van de verdragsverplichtingen, en als die uitspraken vervolgens een ruimere betekenis toekomt. Uit de systematiek van de verdragen en de functie van de verdragsorganen zou dan een inherente uitlegbevoegdheid kunnen worden afgeleid.²⁶ Meegaan in deze logica betekent dat *res interpretata* ook toekomt aan de uitleg van verdragscomités als het ECSR en het VN-Mensenrechtencomité. Nationale rechters zouden dan dus af moeten gaan op de door de internationale instanties aan de verdragsbepalingen gegeven betekenis, waardoor de door hen gegeven uitleg alsnog constitutief wordt en daarmee *de facto* als bindend kan worden aangemerkt. Het niet-bindende karakter betreft dan uitsluitend nog het concreet gegeven oordeel over de verenigbaarheid van een nationale toepassing of uitvoering daarmee.

Als gezegd wordt deze impliciete aanspraak van verdragscomités op *res interpretata* niet ondersteund door een uitdrukkelijke interpretatiebevoegdheid in de verdragen.²⁷ Velen zullen bovendien niet bereid zijn (helemaal) mee te gaan in de hiervoor weergegeven redenering, in die zin dat zij niet zullen willen concluderen dat de verdragscomités de verdragsbepalingen bindend kunnen interpreteren.²⁸ In het hiervoor beschreven ‘zwart-wit’-denken, dus het denken in termen van dwingend en niet-dwingend, en in bindend en niet-bindend, is het toekennen van *res interpretata* aan alle gevestigde uitleg door internationale verdragsorganisaties allicht te ‘wit’. Er lijkt behoefte te bestaan aan de erkenning van een zekere pluraliteit van interpretatiebevoegdheid, waarbij zowel een verdragsinstantie als de nationale rechter kan claimen dat zij een verdrag mogen uitleggen.²⁹ De vraag is ook of het nodig is om zo zwart-wit te beredeneren dat alle door internationale comités gegeven verdragsuitleg dezelfde, bindende betekenis moet toekomen, of

22 Zie ook Donders 2014, p. 258.

23 Zie hierboven, par. 2.3.

24 Idem; zie ook Keller & Grover 2012, p. 129.

25 Vgl. O’Flaherty 2009, p. 34; Ulfstein 2012, p. 93.

26 Nader hierover Ulfstein 2012, p. 92-93.

27 ILA 2004, par. 18; Harrington 2015.

28 Vgl. O’Flaherty 2009, p. 35; zie kritisch hierover ook Ulfstein, p. 94 e.v.

29 Vgl. Citroni 2015.

juist helemaal niet. Net als bij het toekennen van rechtskracht aan de uitspraken als zodanig, zijn ook hier de eerdergenoemde tussenvarianten denkbaar.³⁰ De vraag blijft dan echter welke factoren en argumenten kunnen helpen te bepalen waar een internationale uitleg zich bevindt op het continuüm van het geven van een volledig constitutieve betekenis aan een verdragsbepaling, tot het bieden van enkel wat (politiek getinte) inspiratie.

³⁰ Vgl. ILA 2004, par. 19; Schabas 2011, p. 105.

4 De juridisch-normatieve legitimatie van het toekennen van rechtswerking

4.1 Inleiding

In paragraaf 3.1 is aangegeven dat een aantal grijstinten denkbaar is bij het toekennen van rechtswerking aan internationale oordelen en interpretaties. Zoals daar uiteengezet kunnen uitspraken zich overal bevinden op een glijdende schaal, waarop in ieder geval zes punten kunnen worden onderscheiden. Gelet op deze glijdende schaal is de vraag niet zozeer of rechtswerking kan worden toegekend, maar vooral in welke mate dit mag gebeuren.¹ Vanuit de rechtstheorie is een aantal argumenten en factoren aangereikt die kunnen helpen om een onderbouwde uitspraak te doen over de vraag hoeveel juridische betekenis aan een internationaal oordeel of aan een internationale interpretatie mag worden toegekend, dus waar een oordeel op de in paragraaf 3.1 besproken schaal moet worden geplaatst.² Gelet op het tweeledige doel van dit preadvies, namelijk te begrijpen welke rechtskracht in de praktijk wordt toegekend aan de internationale oordelen en te bepalen in hoeverre dat te billijken is, is het zinvol om deze argumenten in een afzonderlijk hoofdstuk te presenteren. Zoals eerder opgemerkt gaat dit preadvies daarbij niet verder in op de discussies over vertrouwen, feitelijke acceptatie en sociologische legitimiteit die ten grondslag liggen aan de manier waarop in de praktijk met de internationale interpretaties wordt omgegaan, maar richt het zich alleen op juridische argumenten. Ook legitimiteitscriteria die vooral relevant zijn voor regelgeving en beleid, zoals transparantie, participatie en verantwoording, komen niet als zodanig aan bod – al liggen zij soms wel in de hierna besproken argumenten besloten.

4.2 ‘Pacta sunt servanda’ en verdragstoepassing te goeder trouw

Het toekennen van meer of minder gezag aan internationale uitspraken in het nationale rechterlijk oordeel kan allereerst afhankelijk worden gesteld van de mate van autonomie van de gegeven verdragsuitleg.³ Daarmee wordt bedoeld dat er een verschil kan bestaan tussen uitspraken die dicht bij de tekst blijven en uitspraken die meer autonoom van aard zijn, en waarin een ruime uitleg wordt

1 Zie hierover ook ILA 2004.

2 Vgl. Buchanan & Keohane 2008, p. 424.

3 Zie voor het nationale constitutionele recht ook Fallon 2005, p. 1824.

gegeven aan bepalingen uit grondrechtenverdragen.⁴ Bij strikt taalkundige en systematische interpretatie kan een belangrijke legitimatie worden gevonden in het klassieke principe van *pacta sunt servanda* of 'state consent'.⁵ De idee is dat staten vrijwillig bepaalde verplichtingen zijn aangegaan die zij hebben vastgelegd in de verdragstekst. Als een verdragscomité dicht bij de tekst van de bepalingen blijft, doet het niet meer dan de al gemaakte, bindende afspraken toe te passen. De rechtskracht die verbonden kan worden aan de gegeven uitleg ligt dan in een directe lijn met de rechtskracht van de verdragstekst, en daarmee met de verplichting van de staat om het verdrag ten uitvoer te leggen.⁶ In dezelfde lijn kan worden aangenomen dat een uitspraak die expliciet en duidelijk recht doet aan de onderliggende bedoelingen van een bepaald verdrag, een groot gezag toekomt.⁷ Ook zo'n uitspraak volgt immers nauwgezet de (bedoelingen van de) afspraken tussen de staten.⁸ Bovendien wordt daarmee aangesloten bij een andere klassieke notie van het internationale recht, namelijk die dat verdragsverplichtingen te goeder trouw ('in good faith') ten uitvoer moeten worden gelegd.⁹ Daarmee wordt bedoeld dat zo goed mogelijk recht wordt gedaan aan de tekst en doelstellingen van het verdrag, dus dat een uitleg wordt gegeven die de verdragsverplichtingen effectief laat zijn.¹⁰ Een interpretatie die nauw aansluit bij deze doelstellingen, ontleent haar legitimiteit mede aan deze algemene en breed aanvaarde verplichting.

In deze lijn doorredenerend zal de juridische legitimiteit minder sterk zijn wanneer een verdragsorgaan een heel ruime en autonome uitleg geeft aan verdragsbepalingen, die niet direct in het verlengde ligt van de tekst of van de bedoelingen van de opstellers van het verdrag.¹¹ Hetzelfde geldt wanneer een bepaalde verdragsuitleg of aanbeveling niet duidelijk wordt gekoppeld aan een van de verdragsbepalingen, zoals niet ongebruikelijk is bij de concluding observations van de VN-verdragscomités.¹² Het afnemen van legitimiteit in verband met het geven van al te sterk autonome interpretaties gaat zelfs op voor het EVRM, ook al heeft het EHRM een sterkere bevoegdheid tot interpretatie dan de meeste andere internationale verdragscomités.¹³ Op zichzelf geldt dat het EVRM

4 Vgl. Wheatley 2014, p. 100.

5 Vgl. bijv. Dibbets, Buysse & Timmer 2014, p. 8, al koppelen zij dit niet rechtstreeks aan de tekstgebondenheid van de uitleg. Er is overigens wel discussie over deze variant; zie bijv. de bespreking bij Schaffer 2014, p. 232 e.v. Daarnaast kan een zekere legitimiteit voor deze benadering worden gevonden in de interpretatiebeginselen die in het Weens Verdragenverdrag zijn neergelegd; zie art. 31 lid 1 WVV en vgl. Mechlem 2009, p. 911. Zie verder Buchanan & Keohane 2006 p. 412-413.

6 Vgl. ook O'Flaherty 2006, p. 36; Kälin 2012, p. 32.

7 Zie over dit begrip en de functie ervan vooral Lasser 2004, p. 206 e.v.; Gerards 2014a.

8 Vgl. Schaffer 2014, p. 237. Zie ook Gerards 2014a, p. 40-41. Een argument voor rechtskracht van nauw met het doel van een verdrag (sbepaling) verbonden interpretaties kan ook worden gevonden in het Weens Verdragenverdrag, dat aansluiting bij 'object and purpose' van het verdrag ziet als een belangrijk richtsnoer voor verdragsinterpretatie (zie art. 31 lid 1 WVV); zie hierover nader Mechlem 2009, p. 912 en Senden 2011, p. 92 e.v.

9 Zie bijv. Schlütter 2012, p. 286.

10 Schlütter 2012, p. 286.

11 Vgl. Mechlem 2009, p. 926.

12 Hierover nader Kälin 2012, p. 49 e.v.

13 Vgl. ook Bodnar 2014, p. 235.

een verdrag is met een heel specifiek, van het normale patroon afwijkende karakter, dat een bijzondere en meer autonome vorm van interpretatie rechtvaardigt.¹⁴ Het EVRM kan door zijn bijzondere aard als 'living instrument' worden gezien dat in het licht van hedendaagse opvattingen moet worden geïnterpreteerd, en waarbij een van het nationale recht losstaande uitleg moet worden gegeven aan de erin opgenomen termen en begrippen.¹⁵ Ook voor het EHRM geldt echter dat interpretaties die ver afdwalen van de letterlijke tekst en van de kern van het EVRM, in het algemeen controversieel zijn.¹⁶ Aan dergelijke interpretaties kan op nationaal niveau dan ook minder dwingend gezag worden toegekend, zeker als zij nog niet stevig zijn verankerd in een langere lijn van rechtspraak.¹⁷

Een ander, duidelijk voorbeeld van sterk autonome interpretatie is te vinden in de oordelen van het ECSR over de aanspraak op basisvoorzieningen als toegang tot voedsel en onderdak. In de verschillende uitspraken die het ECSR daarover heeft gedaan, heeft het erkend dat de tekst van het ESH de toepassing van de daarin opgenomen grondrechten op onrechtmatig in de staten verblijvende personen uitdrukkelijk uitsluit en dat de wil van de verdragsluitende partijen erop was gericht om de ESH-verplichtingen niet tot deze groep mensen te laten uitstrekken.¹⁸ Met een beroep op het algemene beginsel van menselijke waardigheid heeft het ECSR echter beredeneerd dat ook deze mensen een beroep toe zou moeten komen op ESH-bepalingen over toegang tot minimale voorzieningen, zodat zij niet op straat hoeven slapen en voldoende voedsel ter beschikking hebben.¹⁹ Hoe wenselijk vanuit het perspectief van mensenrechtenbescherming ook, het is duidelijk dat dit geen grond vindt in de tekst van het ESH als zodanig.²⁰ Dit betekent dat in dit soort gevallen het *pacta sunt servanda*-argument een minder sterke grondslag vormt voor het toekennen van gezag aan deze interpretaties, al kan in dit soort gevallen wel weer steun worden gevonden in een teleologische of op effectiviteit van rechtsbescherming gebaseerde redenering. Het ECSR volgt op dit punt het voorbeeld van het EHRM.²¹

Het voorgaande laat zien dat het gegeven van een sterk tekst- of doelgebonden aanpak tegenover een erg autonome benadering, relevant kan zijn bij het toekennen van de mate van rechtskracht van een internationale uitleg. Dit argument is echter niet allesbepalend. Ook andere argumenten en factoren kunnen van betekenis zijn bij het uiteindelijke positioneren van een uitspraak op de hiervoor genoemde glijdende schaal.

14 Zie nader Gerards 2011, p. 18; Ganshof van der Meersch 1988; Matscher 1993. Zie voor de eigen visie van het EHRM vooral EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88 (*Soering/het Verenigd Koninkrijk*), NJ 1990/158, m.nt. E.A. Alkema, NJCM-Bull. 1989, p. 846, m.nt. B.P. Vermeulen.

15 Nader hierover onder meer Gerards 2011, p. 19 e.v. en Gerards 2014a, p. 36 e.v., met verdere bronverwijzingen.

16 Zie Gerards 2014a, p. 42; zie voor kritiek op de ruime interpretatie o.m. Bossuyt 2007.

17 Bodnar 2012, p. 235.

18 Zie daarvoor par. 1 van de Appendix bij het Europees Sociaal Handvest.

19 Zie reeds ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)/Frankrijk*), JV 2005/339, par. 27. Zie voor een uitgebreidere analyse van de oordelen hierover Mohammadi 2015, p. 756.

20 Zie uitbreider De Schutter 2012b, p. 475; Donders 2014, p. 259-260.

21 Donders 2014, p. 259.

4.3 *Communis opinio* en overlappende consensus

Vergaande, autonome verdragsinterpretaties kunnen een groot gezag hebben, vergelijkbaar met dat van gewoonterecht, als zij kunnen bogen op een brede internationale ondersteuning.²² Er kan immers een *communis opinio* zijn ontstaan rondom de juistheid en aanvaardbaarheid van de gegeven uitleg, zelfs als die voorbijgaat aan de letterlijke tekst van het verdrag en de bedoelingen van de verdragsluitende organisatie. De legitimiteit van internationale uitspraken en oordelen neemt dus toe wanneer duidelijk is dat zij op een ‘overlapping consensus’ zijn gebaseerd.²³ De staten zijn het in die gevallen over een bepaalde uitleg grotendeels eens, hetgeen kan rechtvaardigen dat een internationale (en vervolgens een nationale) rechter of een verdragscomité deze overneemt.²⁴ Een nog sterkere variant op dit argument is dat een vaste interpretatie op zeker moment onderdeel van het gewoonterecht gaat vormen.²⁵ In dat geval gaat de bindende werking in feite echter uit van het gewoonterecht, waardoor het vraagstuk naar de rechtskracht van niet-bindende oordelen zich niet langer voordoet.²⁶ Anders gezegd: naarmate meer nationale organen het gezag van bepaalde uitspraken ondersteunen, of naarmate een uitspraak op grotere internationale of Europese consensus kan bogen, is de legitimiteit ervan groter, en is er meer grond om deze uitspraken op nationaal niveau rechtskracht toe te kennen of in ieder geval te beschouwen als gezaghebbende interpretatie.²⁷

Niet verrassend is dan ook dat internationale hoven en verdragscomités vaak expliciet wijzen op het bestaan van ‘overlapping consensus’, en dat zij hun interpretatie daarin vervolgens inbedden.²⁸ Vaak is juist dit de kracht van General Comments, nu deze zijn gebaseerd op basis van brede en uitgebreide consultatie van deskundigen en betrokkenen, en de verdragscomités daarin proberen zo goed mogelijk recht te doen aan de over een verdragsbepaling bestaande opvattingen.²⁹ Ook internationale rechters hanteren vaak een op consensus gebaseerde benadering, zoals het EHRM en het HvJ.³⁰ Zij wijzen er dan bijvoorbeeld op, op basis van rechtsvergelijkend onderzoek, dat een bepaalde verdragsinterpretatie op een ‘common ground’ is gebaseerd, of toch in ieder geval op een groeiende trend.³¹ Hoewel de vraag kan rijzen of het enkele feit dat ook anderen een bepaalde uitleg omarmen voldoende legitimeert dat een uitleg wordt gegeven die voor een bepaalde staat onaanvaardbaar is, kan het bestaan van een duidelijke consensus wel op een groeiende *opinio juris* wijzen. In zoverre kan daarvan een legitimerende

22 Vgl. Schlütter 2012, p. 271.

23 Zie over dit begrip nader An-Na'im 1991, p. 19 e.v. Hetzelfde kan gelden voor de erkenning van wat als afdwingbare kern van mensenrechten heeft te gelden; vgl. Young 2010, p. 144-145.

24 Vgl. Wheatley 2014, p. 101-107.

25 Keller & Grover 2012, p. 129.

26 Vgl. Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 779; zie ook Heringa 1989, p. 262.

27 Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 797 e.v.

28 Schlütter 2012, p. 271.

29 Mechlem 2009, p. 930; vgl. ook Keller & Grover 2012, p. 124.

30 Zie nader bijv. Kakouris 1994; Lenaerts 2003; Lenaerts & Corthout 2006; Senden 2011; Gerards 2011; Van de Heyning 2011.

31 Zie uitgebreid hierover Senden 2011; zie ook Gerards 2011, p. 74 e.v.; Gerards 2014a.

werking uitgaan en kan het redelijk zijn om een op consensus gebaseerde interpretatie gezag toe te kennen in de nationale rechtspraak. Het ECSR kan eveneens enige steun vinden in dit argument voor zijn vergaande interpretaties van het toepassingsbereik van het ESH, nu uit de reacties van de regeringen in het Comité van Ministers geen expliciete afwijzing blijkt van die benadering.³² Dit zou kunnen wijzen op een geleidelijke aanvaarding van een – ogenschijnlijk met de verdragstekst strijdige – internationale uitleg. Het ontbreken van een uitdrukkelijke afwijzing of een voornemen tot verdragswijziging is in het geval van het ESH echter nog iets anders dan het volledig omarmen van de nieuwe uitleg. Ook hier geldt dan ook dat in dit argument meestal onvoldoende legitimatie kan worden gevonden voor het toekennen van een vergaande rechtswerking aan een internationale verdragsuitleg, en dat veel zal afhangen van de andere voor rechtswerking bestaande argumenten.

4.4 Het Weens Verdragenverdrag

Een derde legitimatie voor het aanvaarden van een zeker gezag voor een internationale verdragsuitleg kan worden gevonden in de interpretatieregels die in het Weens Verdragenverdrag zijn neergelegd. Dit verdrag geeft in artikel 30-32 een aantal basisprincipes die bij die uitleg in ogenschouw moeten worden genomen. Interessant is dat het Weens Verdragenverdrag het mogelijk maakt om een zeker gezag toe te kennen aan de uitspraken van internationale verdragscomités.³³ Hiervoor is al ingegaan op een van deze uitlegprincipes,³⁴ namelijk dat bij de interpretatie van verdragen rekening moet worden gehouden met de tekst, de context en de doelstelling van verdragsbepalingen.³⁵ Als verdragscomités op die basis hun uitleg vormgeven, sluit dat niet alleen aan bij de verbindende kracht die uitgaat van het betreffende verdrag, maar ook bij de afspraken die staten hierover hebben gemaakt in het Weens Verdragenverdrag.

Minstens zo belangrijk in dit verband is artikel 31 lid 3 (b) WVV. Daarin is bepaald dat bij de uitleg van een verdrag rekening moet worden gehouden met ‘ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan’. Hoewel hierover in de literatuur de nodige discussie bestaat, nemen velen aan dat oordelen van internationale verdragsorganisaties als een bevestiging kunnen worden gezien van een dergelijke later gegroeide overeenstemming over de uitleg van het verdrag.³⁶ Of iedere uitleg door een verdragsorgaan kan worden gezien als zo’n ‘later gegroeide overeenstemming’ valt te betwijfelen, zeker als het gaat om een sterk autonome uitleg.³⁷ Wel kan worden aangenomen dat het Weens Verdragenverdrag juridisch houvast biedt voor het toekennen van interpretatief gezag

32 Zie voor voorbeelden De Schutter 2012b, p. 476; Donders 2014, p. 258.

33 Vgl. Wheatley 2014, p. 99.

34 Zie par. 4.1.

35 Vgl. Schlütter 2012, p. 274 e.v.

36 ILA 2004, par. 20; O’Flaherty 2006, p. 35; Mechlem 2009, p. 920; Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 782. Zie kritisch hierover echter Ulfstein 2012, p. 97.

37 Keller & Grover 2012, p. 131; Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 783.

aan een internationale verdragsuitleg als duidelijk is dat de opvattingen in de staten en die van een verdragscomité overeenkomen, of als de staten door middel van hun reacties op een ‘General Comment’ de gegeven uitleg uitdrukkelijk hebben aanvaard.³⁸ Dit kan in een aantal gevallen een versterking of ondersteuning opleveren van het hiervoor besproken argument van consensus, waarbij de basis voor het aannemen van die consensus kan worden gevonden in een oordeel van een verdragscomité. Nu bijvoorbeeld zowel het ECSR de toepasbaarheid van het ESH op onrechtmatig in het land verblijvende personen heeft aangenomen, en het Comité van Ministers, een politiek orgaan, deze interpretatie niet expliciet heeft afgewezen, kan hierin een versterking van het gezag van de uitspraak worden gezien. Zoals bedoeld in artikel 31 lid 3 (b) WVV kan immers worden gesproken van een ‘gebruik in de toepassing van het verdrag waarover overeenstemming van de partijen is ontstaan’. Andersom geldt uiteraard dat er minder gezag zal zijn als sprake is van een kennelijke discrepantie tussen de opvattingen van de staten en die van een verdragscomité.³⁹ Bovendien geldt ook hier, net als bij het consensusargument als zodanig, dat het niet afwijzen van een interpretatie nog iets anders is dan het volledig omarmen ervan.

Het Weens Verdragenverdrag kan ook verder enige ondersteuning bieden in discussies over interpretatie. Zo laat artikel 32 WVV bij onduidelijkheid van verdragsbepalingen ruimte voor het meenemen van ‘aanvullende middelen van uitlegging’ in de interpretatie. Tot die aanvullende middelen zouden voor de nationale rechter ook interpretaties door internationale organisaties kunnen worden gerekend.⁴⁰ Deze bepaling zegt echter niets over de precieze juridische betekenis die daarbij aan een internationale interpretatie kan worden toegekend. De bepaling rechtvaardigt weliswaar dat de nationale rechter een internationale uitspraak benut als inspiratiebron en hulpmiddel bij de zelf te geven interpretatie van het verdrag, maar schrijft niet voor dat hieraan, bijvoorbeeld, ‘persuasive authority’ moet worden toegekend. Andere factoren en argumenten zullen hierbij bepalend zijn.

4.5 Legitimiteit en het ‘best placed’-argument

Het toekennen van gezag aan (zelfs vergaand autonome) internationale uitspraken en interpretaties kan worden gerechtvaardigd vanuit de overtuiging dat internationale organen in een betere positie verkeren om uitleg te geven aan deze normen dan de staten.⁴¹ De toegevoegde waarde van een internationale verdragsorganisatie is dat deze iets kan verwezenlijken dat een staat zelf – alleen of collectief – niet kan bewerkstelligen.⁴² Oordelen van een internationale

³⁸ Mechlem 2009, p. 921; Ulfstein 2012, p. 99; Keller & Grover 2012, p. 127.

³⁹ Mechlem 2009, p. 921.

⁴⁰ Vgl. Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 785, die het als volgt formuleren: ‘In states with monist traditions, in which the Vienna Convention has domestic validity, Article 32 can serve as a formal legal basis that authorizes the reference to nonbinding instruments for the purpose of treaty interpretation (which can ultimately inform domestic law)’. Zie ook ILA 2004, par. 20.

⁴¹ Wheatley 2014, p. 102; Citroni 2015.

⁴² Buchanan & Keohane 2008, p. 422; Cali 2014, p. 147.

verdragsorganisatie, ook als zij niet-bindend zijn, kunnen helpen de verplichtingen van staten op een concrete manier te definiëren, al is het maar bij gebrek aan beter.⁴³ Het bestaan van een onafhankelijke en onpartijdige derde die oplossingen kan bieden bij interpretatieconflicten voorkomt bovendien dat staten rechter in eigen zaak kunnen zijn. Ook zorgt het ervoor dat er een correctie mogelijk is als statelijke regelgeving of besluiten zijn gekleurd door lokale vooroordelen, oogkleppen of al te welbegrepen eigenbelang.⁴⁴ Die correctie kan natuurlijk worden gegeven in de vorm van een concrete uitspraak, maar ook in de vorm van een verdragsuitleg waaraan binnen de staat niet direct zou zijn gedacht.⁴⁵ Die verdragsuitleg komt dan juist door het ‘outsider-’perspectief bijzondere waarde toe.

4.6 Constitutionele en rechtsstatelijke inbedding

Een andere categorie van argumenten voor het toekennen van rechtswerking hangt samen met klassieke constitutionele en rechtsstatelijke noties. De gedachte is dat naarmate een verdragscomité of internationaal hof een sterkere rechtsstatelijke en constitutionele inbedding kent en voldoet aan hoge eisen van onpartijdigheid, onafhankelijkheid en zorgvuldigheid van de procedure, er meer ‘inputlegitimiteit’ bestaat ten aanzien van de oordelen die zo’n verdragsorgaan velt.⁴⁶ Hoewel de oordelen niet bindend zijn, kan een verdragscomité daardoor het aanzien en gezag hebben dat toekomt aan een daadwerkelijk rechterlijke instantie.⁴⁷ In zichzelf kan dat een argument vormen om bijzondere betekenis toe te kennen aan de uitleg die een dergelijk comité geeft. De procedurele en rechtsstatelijke waarborgen die worden geboden staan dan garant voor betrouwbaarheid van de beoordeling, terwijl de aanwezigheid van juridische expertise de kwaliteit van de oordelen kan bevorderen.⁴⁸

43 Vgl. Mechlem 2009, p. 919.

44 Buchanan 2004, p. 297-298; Galligan & Sandler 2004, p. 43; Çalı 2008, p. 302. Zie voor een meer genuanceerde bespreking van dit argument echter Bellamy 2014, p. 256.

45 Vgl. ook Føllesdal 2014, p. 282.

46 Naudé Fourie 2009, p. 35 e.v.; Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 795. Vgl. ook Buchanan & Keohane 2008, p. 417, hoewel zij een meer op democratische legitimatie gerichte invalshoek kiezen.

47 Dat is in ieder geval het betoog van het VN-Mensenrechtencomité; zie HRC General Comment No. 33, *The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 5 november 2008, CCPR/C/GC/33, par. 11. Vgl. ook Føllesdal 2013, par. IV.A, waar hij stelt dat internationale comités zelfs onafhankelijker zullen zijn dan nationale rechters, omdat zij meestal weinig tot niets te maken hebben met de nationale autoriteiten.

48 Of alle comités echt aan dit soort vereisten voldoen, is discutabel. Voor het VN-Mensenrechtencomité is de zelfperceptie in ieder geval dat het gelijk is aan een rechterlijk orgaan (zie hiervoor, noot 47), maar sommige commentatoren hebben zich hierover kritisch getoond en hebben bijvoorbeeld gewezen op de ‘wheeling and dealing’ die speelt bij de benoeming van nieuwe leden (zie Kretzmer & Klein 2010, p. 16) en op het gegeven dat er soms leden worden benoemd die een relatie hebben met een nationale regering (Ulfstein 2012, p. 80) en dat de benoemingsduur en mogelijkheid tot herbenoeming vanuit een perspectief van onafhankelijkheid problematisch zijn (idem, p. 81). Ook zijn er tekortkomingen in de procedure zelf, bijvoorbeeld wanneer het gaat om openbaarheid en het horen van partijen (Mechler 2009, p. 925; Ulfstein 2012, p. 91). Voor deze en

Andersom kan dit punt verklaren dat er geen rechtvaardiging bestaat voor het toekennen van meer dan inspirerend gezag aan interpretaties die afkomstig zijn van een internationaal orgaan dat niet alleen geen bindende uitspraken kan doen, maar waarbij de procedure bovendien niet voldoet aan elementaire rechtsstatelijke vereisten.⁴⁹ Zo zal niet veel juridische betekenis toekomen aan de uitleg gegeven door internationale organen die vooral een sterk politieke rol hebben, zoals de VN-Mensenrechtenraad.⁵⁰

Relevant in de rechtskrachtdiscussie is verder dat bij de oordelen op internationaal niveau nooit sprake zal zijn van ‘strong judicial review’, waarbij het internationale comité of de internationale rechter een zeer sterke uitspraakbevoegdheid heeft waartegen nationale organen geen verweer hebben en die zij verplicht moeten opvolgen.⁵¹ Eerder is sprake van allerlei ‘weak judicial review’-varianten, die het gemakkelijk maken voor nationale autoriteiten om een dialoog aan te gaan en het internationale hof of comité ervan te overtuigen dat het in een volgend geval tot een ander oordeel of een andere uitleg zou moeten komen.⁵² Ook dit kan het vanuit juridisch en constitutioneel perspectief aanvaardbaar maken dat een zeker gezag aan internationale uitspraken wordt toegekend.⁵³

Dit aspect van ‘checks and balances’ in het systeem zelf krijgt op internationaal niveau soms zelfs expliciet vorm. In een aantal gevallen kunnen vertegenwoordigers van de staten op meer politieke gronden bijvoorbeeld beoordelen welke consequenties uit een uitspraak van een verdragscomité voortvloeien.⁵⁴ Een voorbeeld is zichtbaar ten aanzien van het ESH, waarbij het ECSR zijn bevindingen niet rechtstreeks aan de staat rapporteert, maar aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Het is dit Comité van Ministers dat vaststelt welke consequenties moeten worden verbonden aan de conclusies van het ECSR.⁵⁵ Het legt die vervolgens neer in een aanbeveling aan de staat, waarbij de conclusies kunnen worden afgezwakt of juist toegespitst of aangescherpt.⁵⁶ Vanuit het perspectief van legitimiteit van internationale interventies zijn aan een dergelijke benadering voordelen verbonden. Het maakt immers dat er duidelijke ‘teugels en tegenwichten’⁵⁷ in het systeem zijn ingebouwd en dat er al op internationaal niveau wordt gezocht naar draagvlak voor de beslissing.⁵⁸ Dat maakt op zijn beurt dat er op nationaal niveau redelijkerwijs meer gewicht aan de gegeven uitleg kan worden toegekend.

andere comités is daarnaast wel gewezen op het feit dat lang niet alle leden jurist zijn, al wordt dat niet per definitie gezien als een nadeel (vgl. Mechler 2009, p. 917-918).

49 Vgl. O’Flaherty 2006, p. 37; Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 797; Føllesdal 2014, p. 287.

50 Zie over het politieke karakter van de VN-Mensenrechtenraad Kretzmer & Klein 2010, p. 41.

51 Het argument van het ingaan tegen de democratische wens van de meerderheid van de bevolking gaat daardoor minder gemakkelijk op; zie nader Ulfstein 2012, p. 112.

52 Cali 2014, p. 155.

53 Ulfstein 2012, p. 113.

54 Bellamy 2014, p. 264.

55 Zie uitgebreider hierover par. 2.3.

56 Idem.

57 Deze mooie vertaling is van Erik Jurgens.

58 Bellamy 2014, p. 264.

4.7 Taak van de rechter bij het beslechten van grondrechtenkwesties

Een laatste punt dat in de literatuur over legitimiteit van rechtswerking naar voren is gebracht hangt samen met de taakstelling van de rechter (in het bijzonder internationale rechters en verdragscomités) bij het beslechten van kwesties over mensenrechten. Dit is een klassieke problematiek, waarop nauwelijks een eenduidig antwoord is te bieden.⁵⁹ Duidelijk is wel dat bij sterk inhoudelijk gemotiveerde oordelen of interpretaties die de morele inhoud van grondrechten betreffen, de legitimiteit lastig kan liggen. Deels hangt dit samen met het hiervoor in paragraaf 4.2 genoemde bezwaar dat in deze gevallen veelal sprake is van autonome oordelen, die minder rechtstreeks voortvloeien uit de in de verdragen gemaakte afspraken. Voor een ander deel heeft dit ermee te maken dat er veel verschil van mening kan bestaan over de precieze invulling van grondrechten, en dat er vaak niet zoiets is als een ‘juiste’ uitkomst.⁶⁰ Daardoor kan niet snel worden aangenomen dat een rechter – laat staan een internationaal comité – meer gezag of mogelijkheden heeft om over deze uitleg uitspraken te doen dan een democratisch gelegitimeerde nationale wetgever.⁶¹ Rechterlijke uitspraken die diepgaand zijn gemotiveerd met verwijzing naar zeer fundamentele en principiële argumenten, of die het bereik van een concrete kwestie ver te buiten gaan, stuiten daardoor nogal eens op bezwaren van rechterlijk activisme en overschrijding van de rechterlijke taak.⁶² Tegelijkertijd is dit argument niet oncontroversieel. Verschillende auteurs hebben betoogd dat legitimiteit juist kan uitgaan van een inhoudelijke uitleg.⁶³ De argumentatie is dan dat mensenrechten universele gelding en betekenis hebben en dat dit betekent dat zij ook op boven- of internationaal niveau kunnen en moeten worden uitgelegd, los van de concrete wensen van de staten.⁶⁴ De legitimiteit hangt in die visie dus samen met de bijzondere aard van de grondrechten.⁶⁵ Bovendien, zo is soms de redenering, zijn rechters bij uitstek in staat om morele oordelen te vellen.⁶⁶ Deze lezing impliceert dat alle internationale oordelen per definitie rechtswerking toekomt zodra zij de uitleg van grondrechten betreffen. Dit wordt echter niet breed ondersteund. Tegenstanders benadrukken dat grondrechten weliswaar universele betekenis hebben, maar dat hun toepassing en concrete invulling sterk samenhangt met nationale (culturele) opvattingen en omstandigheden.⁶⁷ Dat maakt dat bij de concrete uitleg de claim van internationale verdragsorganisaties op legitimiteit

59 Hierover is in de loop van de tijd zeer veel geschreven. Belangrijke bijdragen zijn die van Bickel (1962), Dworkin (1978, 1986, 1996), Tushnet (1999) en Waldron (o.m. 2006); een recent en helder overzicht van alle discussiepunten – met uitgebreide literatuurverwijzingen – is te vinden bij Langford 2015.

60 Zucca 2007; Langford 2015, p. 47.

61 Vgl. Langford 2015, p. 53 en 57; Waldron 2006.

62 Vgl. ook het pleidooi van Sunstein voor ‘shallow reasoning’ in principiële kwesties (1996, p. 4-5, 32, 65-68). Zie voor een handzaam overzicht van dit debat verder bijv. Roosevelt 2006.

63 Zie nader Langford 2015.

64 Vgl. ook Buchanan & Keohane 2008, p. 419-420, die de gedeelde waarden van mensenrechten op hun beurt juist weer zien als een legitimatie voor optreden op internationaal niveau.

65 Vgl. Cali 2014, p. 149 en 154.

66 M.n. Dworkin (1978, 1986, 1996); zie bovendien Letsas 2007.

67 Weiler 1999, p. 102.

niet vanzelf groter is dan die van de staten en hun autoriteiten. Ook het argument dat rechters bijzonder goede morele beslissers zijn, is betwist en wordt vaak vergeleerd met het argument van het belang van democratische legitimatie.

Deze controverserige maakt het moeilijk om een eenduidig antwoord te geven op de vraag hoeveel rechtswerking aan een internationaal rechterlijk oordeel kan worden toegekend als dat sterk moreel en inhoudelijk van aard is. Argumenten en overwegingen zoals die in de voorafgaande paragrafen zijn besproken, zijn praktisch gezien beter bruikbaar. Wel kan misschien verschil worden gemaakt tussen inhoudelijke oordelen die morele of ethisch gevoelige interpretaties omvatten, en oordelen die vooral zijn gericht op toetsing of verbetering van nationale besluitvorming of de nationale procedure.⁶⁸ Deze tweede categorie omvat bijvoorbeeld oordelen waarin wordt aangegeven dat in de nationale wetgevingsprocedure die heeft geleid tot een beperking van grondrechten, geen uitgebreide beraadslagingen hebben plaatsgevonden, of waarin wordt bekritiseerd dat in een besluitvormingsprocedure door een bestuursorgaan niet alle belangen zijn meegewogen.⁶⁹ In dat soort gevallen wordt nauwelijks een inhoudelijke uitleg gegeven aan een grondrecht, maar worden vooral aanwijzingen gegeven aan de nationale autoriteiten om de besluitvormingsprocedure te verbeteren, of wordt primair getoetst op de procedurele zorgvuldigheid van de besluitvorming. Gelet op het belang van zorgvuldige, transparante en democratisch gelegitimeerde besluitvorming en regelgeving, en gelet op de specifieke taak van rechters bij het bewaken van de kwaliteit van besluitvorming,⁷⁰ zal dit soort oordelen op minder grote controverserige stuiten dan de meer inhoudelijke oordelen. In vergelijking met morele, ethisch gevoelige interpretaties – waarbij de legitimiteit betwist is – kan de rechtskracht van dit soort meer procedurele oordelen wellicht sneller worden aanvaard.

68 Zie voor nadere onderbouwing hiervan vooral Ely 1980.

69 Voor nadere overzichten, zie o.m. Gerards 2011, p. 169 e.v.; Popelier 2012; Popelier & Van de Heyning 2013; Gerards 2016 (nog niet gepubliceerd).

70 Vgl. Von Bogdandy & Venzke 2012.

5 Rechtswerking van uitspraken van verdragscomités: de praktijk

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 zijn theoretische argumenten gegeven om meer of minder rechtswerking toe te kennen aan uitspraken van verdragscomités en internationale hoven, zelfs waar zij niet direct bindend zijn. Daarbij is bijzondere aandacht besteed aan de mogelijke legitimaties voor het toekennen van die rechtswerking. Tegen de achtergrond van deze theoretische beschouwingen is het interessant om voor de rechtspraak na te gaan welk gezag daarin aan internationale oordelen en interpretaties wordt gegeven en op welke manier dat gebeurt. Daarbij blijft buiten beschouwing welke politieke en feitelijke ‘follow-up’ aan de oordelen wordt gegeven. In de literatuur is uitgebreid aandacht besteed aan de dynamiek die in werking treedt wanneer een staat een internationaal verdrag ondertekent en wanneer een internationale organisatie bepaalde uitspraken doet.¹ De rol die belangenbehartigingsorganisaties en de media spelen bij de feitelijke opvolging van internationale verplichtingen en oordelen is uitvoerig belicht, net als factoren als de politieke bereidheid om gehoor te geven aan internationale oproepen, culturele openheid jegens de internationale sfeer, maatschappelijke opvattingen, en de responsiviteit van het nationale (constitutionele) recht.² Dergelijke, uiterst relevante en interessante, factoren staan in dit preadvies echter niet centraal. Hier gaat het primair om de vragen die opkomen rondom de toekenning van rechtswerking aan internationale uitspraken in rechtspraak. Relevant is dan vooral hoe en in hoeverre rechters, als sterk op juridische vraagstukken gerichte instituties, bereid zijn om een zeker gezag aan te nemen voor niet-bindende internationale oordelen en commentaren. Daarnaast is interessant te bezien hoe deze werkwijze valt in te passen in de hiervoor besproken, theoretische argumenten.

Op deze beide punten gaat dit hoofdstuk in. Daarbij besteedt het allereerst aandacht aan een bijzondere variant van de juridische werking van internationale verdragsuitleg, namelijk de reflexwerking van niet-bindende uitleg via bindende oordelen van het EHRM (paragraaf 5.2).³ Vervolgens gaat paragraaf 5.3 nader in op de manier waarop nationale rechters omgaan met de oordelen en uitleg van

1 Zie onder meer Risse, Rop & Sikkink 1999; Halliday & Schmidt 2004; Simmons 2009; Krommendijk 2014; Popelier & Lambrechts 2016 (te verschijnen).

2 Idem.

3 Zie voor de notie van reflexwerking Heringa 1989, p. 260 e.v.

verdragscomités en internationale hoven, op basis van een analyse van de rechtspraak van zowel hogere als lagere rechters.

5.2 Rechtswerking in de rechtspraak van het EHRM

Een eerste manier waarmee in de praktijk een belangrijke normatieve betekenis aan niet-bindende interpretaties en uitspraken wordt toegekend, is via internationale rechtspraak. In de hoofdstukken 2 en 3 is duidelijk geworden dat de oordelen en General Comments van VN-Verdragscomités of van het ECSR weliswaar niet verbindend zijn, maar dat dit anders is voor de uitspraken van het EHRM en het Hof van Justitie van de EU. De interpretaties van het HvJ EU hebben zelfs *erga omnes*-werking, waardoor de rechters in alle lidstaten gehouden zijn deze uitleg in hun eigen uitspraken te respecteren.⁴ In het geval van het EHRM zijn de eigenlijke uitspraken alleen bindend voor de partijen, maar komt een breed aanvaard *res interpretata* toe aan een gevestigde uitleg van de verdragsbepalingen.⁵ In beide gevallen kan dan ook worden gezegd dat wanneer een nationale rechter of wetgever de gegeven uitleg onvoldoende respecteert, hij in strijd handelt met bindende verdragsverplichtingen.

Interessant is nu dat vooral het EHRM zich met enige regelmaat in zijn uitleg laat inspireren door niet-bindende oordelen, aanbevelingen of uitleg gegeven door andere internationale en Europese verdragscomités. Een recent voorbeeld hiervan is te zien in de zaak *V.M. t. België*, een kwestie die enige verwantschap toont met de Nederlandse ‘bed, bad en brood’-discussie.⁶ Een Romagezin vanuit Servië via Frankrijk naar België gereisd en had daar asiel aangevraagd. Met het oog op de Dublinverordening, die voorschrijft dat een asielverzoek wordt behandeld in het land waar een asielzoeker de Schengenzone is binnengekomen, had België de behandeling van het asielverzoek doorgeschoven naar Frankrijk. In verband daarmee weigerde België het gezin de toegang tot het grondgebied en boden de autoriteiten het gezin geen opvang aan. Het gezin, waarvan een dochtertje onderdeel uitmaakte dat leed aan een ernstige vorm van epilepsie, was niet bereid om terug te reizen naar Frankrijk en bracht enkele weken in transit door in België. Het gezin verbleef aanvankelijk in de open lucht, samen met een aantal andere Romafamilies, en bivakkeerde later op station Brussel Noord. Uiteindelijk keerden de gezinsleden terug naar Servië. Voor het EHRM klaagde het gezin over de slechte leefomstandigheden en de ontbrekende opvang in België. Het EHRM wijdde een aantal overwegingen aan de verplichtingen van België in verband met de zorg voor asielzoekers, die deels waren gebaseerd op het toepasselijke EU-recht. Vervolgens analyseerde het de ernst van de situatie waarin

4 Zie nader de uiteenzetting in hoofdstuk 3.

5 Idem.

6 EHRM 11 juli 2015, nr. 60125/11, EHRC 2015/197, m.nt. M. den Heijer, JV 2015/281, m.nt. L. Slingenberg.

de klagers zich hadden bevonden. Interessant in het licht van dit preadvies is daarbij de volgende overweging van het EHRM:

‘La Cour observe que ce constat de gravité est également celui du Comité européen des droits sociaux, organe de contrôle du respect des droits de l’homme garantis par la Charte sociale européenne, qui a conclu, par une décision du 23 octobre 2012, qu’une situation de ce type ne respectait pas le droit des enfants à la protection énoncé par l’article 17 § 1 de la Charte révisée (affaire *Défense des Enfants International (DEI) c. Belgique*, réclamation no 69/2011, paragraphes 108-109 ...).’⁷

Het Hof verwees dus expliciet naar een oordeel van het ECSR uit 2012, waarin het ECSR had vastgesteld dat in België de zorg voor minderjarige vreemdelingen tekortschoot en dat België daardoor de vereisten van het Europees Sociaal Handvest onvoldoende respecteerde. Uiteindelijk, ook gebaseerd op zijn eigen vaste rechtspraak over de rechten van (illegale) vreemdelingen, concludeerde het Hof dat de situatie waarin klagers zich hadden bevonden in strijd was met het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling van artikel 3 EVRM.

In deze uitspraak geeft het Hof niet direct toepassing aan een niet-bindend oordeel van het ECSR. Het Hof noemt de ECSR-uitleg immers alleen temidden van een groot aantal andere overwegingen voor het uitleggen van artikel 3 EVRM, variërend van verwijzingen naar de eigen rechtspraak tot overwegingen gebaseerd op de verbindendheid van de toepasselijke EU-richtlijnen. Het ECSR-oordeel speelt daarmee slechts de beperkte rol van inspiratiebron. Een effect van een verwijzing als deze kan niettemin zijn dat een niet-bindende verdragsinterpretatie uiteindelijk, indirect, een zekere rechtswerking krijgt. Langzaamaan, door deze en andere uitspraken, raakt in de rechtspraak van het EHRM immers de uitleg gevestigd dat bepaalde minimumwaarborgen aan asielzoekers moeten worden geboden.⁸ Sommige staten zijn misschien liever niet gebonden aan de ECSR-oordelen, en zijn geneigd ze naast zich neer te leggen of ze in ieder geval zo terughoudend mogelijk toe te passen, met een beroep op de niet-bindende werking ervan. Bij de uitspraken van het EHRM is zo’n houding aanzienlijk moeilijker, gelet op de aanvaarding van *res interpretata*. Dat deze uitspraken sterk beïnvloed zijn door juist die niet-bindende oordelen, doet voor het gezag van de gegeven interpretaties niet meer ter zake. De uitspraken van het Hof moeten niettemin voldoende worden ondersteund door argumenten als besproken in hoofdstuk 4. Misschien is het juist daarom dat het Hof niet alleen verwijst naar de ECSR-uitleg, maar ook naar een groot aantal andere argumenten die erop wijzen dat een zekere consensus is ontstaan ten aanzien van de gegeven uitleg en die laten zien dat die uitleg nauw aansluit bij doel en strekking van het verdrag en bij de eigen, eerder gegeven interpretatie.

Dat de indirecte rechtswerking van internationale oordelen via de EHRM-rechtspraak sterk kan zijn, en dat dit vergaande consequenties kan hebben voor

⁷ Par. 159.

⁸ EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./Griekenland & België*), JV 2011/68, m.nt. H. Battjes, EHRC 2011/42, m.nt. A. Woltjer, RV 2011/2, m.nt. K. Zwaan; EHRM (GK) 4 november 2014, nr. 29217/12 (*Tarakhel/Zwitserland*), JV 2014/384, m.nt. H. Battjes, EHRC 2015/33, m.nt. J.R. Groen.

staten, blijkt nog beter uit een andere uitspraak van het EHRM, namelijk die in de zaak *Demir & Baykara t. Turkije*.⁹ In deze zaak was geklaagd over de welbewuste keuze van Turkije om ambtenaren het recht te onthouden om lid te worden van een vakbond. Volgens Turkije zou zo'n lidmaatschap niet passen bij de loyaliteit die ambtenaren jegens de staat moeten tonen. Een dergelijke uitsluiting is niet goed verenigbaar met de eisen van het Europees Sociaal Handvest en met verschillende andere internationale instrumenten. Juist vanwege het grote belang dat Turkije aan de uitsluiting van ambtenaren toekent, had het deze verdragen niet ondertekend of geratificeerd. Het Hof vond dat voor het geven van een uitleg aan de in artikel 11 EVRM neergelegde vakbondsvrijheid echter niet relevant:

‘The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.

In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies (...).’¹⁰

Vervolgens gaf het Hof een uitgebreid overzicht van verschillende internationale en Europese verdragsinstrumenten waaruit bleek dat ambtenaren niet van de vakbondsvrijheid kunnen worden uitgesloten. Het stelde vast dat daaruit een zeer brede Europese overeenstemming kan worden afgeleid over de aan artikel 11 EVRM te geven uitleg. Door het recht op vakbondsvrijheid voor ambtenaren niet te erkennen, had Turkije dan ook gehandeld in strijd met het EVRM. Turkije werd hierdoor indirect gebonden aan de internationale verdragsinstrumenten die het welbewust niet had ondertekend om die binding te voorkomen. De ‘reflexwerking’ van internationaal, voor de staat niet bindend recht is daarmee in deze zaak een belangrijke en vergaande.¹¹

De vraag kan uiteraard opkomen hoe deze reflexwerking en het daarmee verband houdende feitelijke verbindend worden van niet-bindende oordelen (en verdragsbepalingen) kan worden gelegitimeerd. Opvallend is in *Demir & Baykara*

9 EHRM (GK) 12 november 2008, nr. 34503/97 (*Demir & Baykara/Turkije*), EHRC 2009/4, m.nt. F. Dorssemont & J.H. Gerards, NJCM-Bull. 2009, p. 407, m.nt. H.C.K. Senden, AB 2009/297, m.nt. F. Vlemminx.

10 Par. 85 en 86.

11 Zie kritisch hierover o.m. de annotaties van Senden en van Gerards bij deze zaak, in resp. NJCM-Bull. 2009, p. 422 en EHRC 2009/4.

immers de sterke rechtskracht die het Hof blijkt toe te kennen aan de internationale, voor Turkije niet-bindende verdragsverplichtingen. Zoals hiervoor in hoofdstuk 4 is aangegeven, moeten daarvoor voldoende stevige argumenten te geven zijn. Het EHRM spreekt zichzelf hierover in de zaak *Demir & Baykara* expliciet uit. In de hiervoor geciteerde overwegingen doet het immers een uitdrukkelijk beroep op het argument van consensus en meer impliciet op het argument van een groeiende statenpraktijk. Een grondslag voor de interpretatie vindt het bovendien in de gedachte dat het EVRM een levend instrument is dat in het licht van hedendaagse opvattingen moet worden uitgelegd. Die hedendaagse opvattingen kunnen worden bepaald door naar de statenpraktijk te kijken, dus naar de wijze waarop in de verschillende Europese staten een bepaald recht wordt bekeken. Die statenpraktijk kan op zijn beurt blijken uit een brede ratificatie van een groot aantal verdragsinstrumenten waarin een bepaald recht wordt erkend.

Met deze statenpraktijk kan het EHRM bij de verdragsuitleg inderdaad rekening houden.¹² In een groeiende consensus kan een argument worden gevonden voor de legitimiteit van de door het EHRM gegeven verdragsuitleg, net als in het bestaan van internationale verdragen.¹³ In dit geval bleek daaruit een duidelijke en vrijwel oncontroversiële steun voor de door het Hof gegeven interpretatie. Daardoor kon de redenering van het Hof de conclusie wel dragen.¹⁴ Toch is de vraag of deze werkwijze van het EHRM uiteindelijk kan overtuigen. De op zichzelf goed bruikbare methode van consensusinterpretatie kan immers gemakkelijk een eigen leven gaan leiden, waarbij internationale instrumenten, ongeacht hun inhoud en draagvlak, automatisch worden beschouwd als bewijs van convergentie.¹⁵ Bovendien is het risico aanwezig dat het Hof selectief op zoek gaat naar internationaal recht dat kan dienen ter ondersteuning van een gewenst geachte uitkomst.¹⁶ Per geval zal daarmee moeten worden beoordeeld of het Hof op voldoende overtuigende gronden rechtskracht toekent aan een niet-bindend verdragsinstrument. Op zijn beurt is dat vervolgens bepalend voor de legitimiteit van de door het EHRM zelf gegeven uitleg.¹⁷

5.3 Rechtswerking in de Nederlandse rechtspraak

In paragraaf 3.1 van dit preadvies is aangegeven dat de nationale rechter verschillende gradaties van juridische betekenis kan toekennen aan niet-bindende interpretaties en oordelen van internationale verdragscomités en internationale hoven. Daarbij is aangegeven dat sprake is van een glijdende schaal, waarop in ieder geval de volgende zes punten te herkennen zijn:

1. volledige verbindendheid; verplichte *erga omnes*-werking;
2. *res interpretata*: de gegeven uitleg moet worden gevolgd wanneer die vastligt in een vaste rechtspraaklijn;

12 Zie par. 4.3 en 4.4.

13 Zie voor dit laatste art. 31 lid 3 (c) EVRM en vgl. Van Drooghenbroeck 2009, p. 823.

14 Zie voor andere argumenten Lörcher 2013, p. 11.

15 Zie de annotaties van Senden en van Gerards bij deze zaak, resp. NJCM-Bull. 2009, p. 424-425 en EHRC 2009/4; Van Drooghenbroeck 2009, p. 831.

16 Idem, met enkele voorbeelden.

17 Vgl. ook Bodnar 2014.

3. toekennen van ‘persuasive authority’ aan de gegeven uitleg, waarbij afwijking alleen mogelijk is als hiervoor goede redenen zijn te geven;
4. in aanmerking nemen van de uitleg als waardevol interpretatie-instrument; bij twijfel kan dit de doorslag geven;
5. het zijn van een bron van inspiratie temidden van andere bronnen, zonder ooit doorslaggevend te zijn;
6. het ontbreken van iedere juridische betekenis.

De vraag is nu of en in hoeverre deze verschillende varianten terugkomen in de nationale rechtspraak, of een verklaring wordt gegeven voor de gemaakte keuze, en of en in hoeverre die verklaring aansluit bij de in hoofdstuk 4 besproken legitimerende factoren.

Uit eerder onderzoek is gebleken dat in de praktijk vooral de rechtspraak van het EHRM een toonaangevende rol speelt in het werk van de Nederlandse rechter.¹⁸ Nederlandse rechters blijken tot op grote hoogte de claim van *res interpretata* van het EHRM te accepteren. In vrijwel alle gevallen waarin een rechter aan het EVRM toetst, of het nu gaat om toetsing van bestuursbesluiten, om beoordeling van wetgeving of om de uitleg van een contract, past hij de EVRM-bepalingen toe zoals die zijn uitgelegd in de Straatsburgse rechtspraak. In veel gevallen verwijst de rechter ter ondersteuning van de gegeven uitleg ook rechtstreeks naar een EHRM-uitspraak waarin die uitleg tot uitdrukking komt, of naar eigen eerdere rechtspraak waarin naar zo’n EHRM-rechtspraak wordt verwezen. Wel laat dit eerdere onderzoek zien dat de Nederlandse rechter een zekere flexibiliteit verkiest, en bovendien dat hij een kritische benadering hanteert. Soms stelt een rechter de EHRM-uitleg bijvoorbeeld iets bij om die beter te laten passen in Nederlandse rechtspraaklijnen, soms legt hij een EHRM-precedent beperkt uit, en zeer sporadisch komt het zelfs voor dat de Nederlandse rechter ingaat tegen het EHRM.¹⁹ Niettemin is het algemene beeld dat de Nederlandse rechter de EHRM-uitleg aanvaardt als constitutief voor de betekenis van de EVRM-bepalingen, ook al is die uitleg gegeven in uitspraken die strikt genomen voor Nederland niet bindend zijn.

Het beeld is complexer als wordt gekeken naar de omgang met oordelen en interpretaties van het ECSR en de andere Europese en VN-Verdragscomités. Om te achterhalen hoe daarmee in de rechtspraak wordt omgegaan, zijn ten behoeve van dit preadvies zo’n tachtig rechterlijke uitspraken bestudeerd, gedaan door zowel hogere als lagere rechters over een periode van tien jaar, in zaken waarin door partijen uitdrukkelijk een beroep is gedaan op een van deze oordelen.²⁰ Uit dat onderzoek kan een aantal bevindingen worden afgeleid.

18 Gerards 2012; Gerards & Sieburgh 2013.

19 Daarover ook Fleuren & Gerards 2014.

20 In de databank rechtspraak.nl is in december 2015 een zoekactie uitgevoerd voor de periode 1 januari 2006 tot en met 1 december 2015, met als trefwoorden ‘verdragscomité’, ‘VN-comité’, ‘ECSR’, ‘Europees Comité’, ‘view’, ‘concluding observations’ en ‘General Comment’. Binnen de gevonden uitspraken is gecontroleerd of daarin daadwerkelijk beroep was gedaan op een oordeel of uitleg van een internationaal verdragscomité. Het kan zijn dat verschillende uitspraken over dezelfde zaak zijn bekeken (bijvoorbeeld een uitspraak in eerste aanleg en in hoger beroep), maar dat is niet problematisch omdat het in dit onderzoek vooral gaat om de aard van de redenering die een rechter hanteert. Conclusies van advocaten-generaal zijn niet bestudeerd; hoewel die

In de eerste plaats blijkt hieruit dat er niet altijd een even grote neiging bestaat om daadwerkelijk naar de Europese en internationale oordelen te verwijzen. Ook al heeft een van de partijen uitdrukkelijk naar een oordeel van een verdragscomité verwezen, dit komt lang niet altijd terug in de uitspraak. In veel gevallen heeft dit ermeê te maken dat in dezelfde procedure ook beroep is gedaan op het EVRM. In lijn met wat hierboven is aangegeven over de voorkeur van Nederlandse rechters voor dat verdragsinstrument, grijpen zij dan meestal naar de toepasselijke EVRM-bepalingen en EHRM-uitspraken.²¹ Evenmin is er een reden om expliciet naar een oordeel van een verdragscomité te verwijzen als er bruikbare nationale preceden-ten liggen, bijvoorbeeld uitspraken van een hogere of de eigen rechterlijke instantie waarin al een uitleg is gegeven die ook voor de nieuw voorgelegde zaak relevant is.²²

Toch zijn er de nodige uitspraken waarin oordelen van verdragscomités expliciet worden benoemd. Daarbij valt op dat de oordelen van het ECSR veruit het vaakst worden aangehaald,²³ al komen ook de ‘views’ van het VN-

zonder meer interessant zijn, kunnen ze immers niet als rechterlijke oordelen worden beschouwd. De verschillende uitspraken zijn vervolgens geanalyseerd op de vraag of de nationale rechter naar het ingeroepen oordeel verwees en zo ja, hoe hij met dat oordeel is omgegaan. De volledige lijst van onderzochte uitspraken en de daaruit weggefilterde, niet-relevante uitspraken, net als het analysebestand, zijn desgewenst opvraagbaar bij de auteur. Om al te lange voetnoten te voorkomen wordt hierna alleen verkort verwezen naar instantie, uitspraakdatum en ECLI; vindplaatsen in de Nederlandse jurisprudentietijdschriften en annotaties zijn achterwege gelaten, maar zijn uiteraard via www.rechtspraak.nl te achterhalen.

- 21 CRvB 19 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM0956; CRvB 26 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ5559; CRvB 22 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:141; CRvB 29 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:338; Hof Den Haag 11 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BO9924; Rb. Zutphen 29 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM2856; Rb. Amsterdam 22 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP7642; Rb. Assen 24 maart 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BP9010; Rb. Den Haag 12 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13847; Rb. Den Haag 12 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16618.
- 22 CRvB 26 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ5559; CRvB 29 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:338; CRvB 31 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:270 en 280; CRvB 4 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1995; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4093; ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2213; Rb. Amsterdam 22 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP7642; Rb. Assen 24 maart 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BP9010; Rb. Den Haag 12 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16618; Rb. Amsterdam 4 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5866; Rb. Amsterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7127 en 7128.
- 23 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968; CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; CRvB 5 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:983; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803, 3834 en 4093; ABRvS 24 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3754; ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121; Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766; Rb. Utrecht 6 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM0846; Rb. Zutphen 29 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM2856; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2236; Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:777; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Rotterdam 10 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2495; Rb. Amsterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4877; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660; Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106;

Mensenrechtencomité nog wel eens aan de orde²⁴. Verwijzingen naar het VN-Vrouwencomité,²⁵ het VN-Rassendiscriminatiecomité,²⁶ het VN-Kinderrechtencomité²⁷ of het CPT²⁸ zijn zeldzaam, net als expliciete verwijzingen naar General Comments²⁹ en Concluding Observations³⁰, of verwijzingen naar andere ‘output’, zoals resoluties van de Algemene Vergadering van de VN³¹.

Deze verwijzingen worden in belangrijke mate verklaard door bepaalde trends in het procederen of door het feit dat ze eenzelfde kwestie betreffen. Zo zijn drie van de elf gevonden verwijzingen naar het VN-Mensenrechtencomité terug te vinden in uitspraken over de KBLux-zaak, waarin de vraag aan de orde was of het moeten verschaffen van bepaalde informatie in een belastingkwestie in strijd zou komen met het zwijgrecht en het verbod op zelfincriminatie.³² Deze vraag werd in alle drie de uitspraken beantwoord op basis van eenzelfde korte overweging – namelijk dat er geen reden is om aan te nemen dat het IVBPR aan boeteoplegging in deze situatie in de weg zou staan.

Voor de beroepen op de ECSR-oordelen geldt dat duidelijk sprake is van een trend, in die zin dat er veel wordt geprocedeerd over dit onderwerp sinds het ECSR in 2004 zijn eerste uitspraak deed over minimumvoorzieningen voor onrechtmatige vreemdelingen³³.³⁴ Nu de verschillende oordelen van het ECSR juist op die materie betrekking hebben en potentieel de basis vormen voor het

-
- Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930; Rb. Amsterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7127 en 7128.
- 24 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560; CRvB 31 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:270 en 280; CRvB 21 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3850; ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5070; ABRvS 8 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847; ABRvS 7 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6363; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619; Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3284; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434; Hof Den Haag 19 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV3538.
- 25 Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619.
- 26 Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066.
- 27 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:92.
- 28 Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7977.
- 29 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619.
- 30 CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; ABRvS 8 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847; ABRvS 7 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6363 (inhoudelijk identiek aan ABRvS 8 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847); Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766; Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066.
- 31 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923; Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066; Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.
- 32 Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP328; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434.
- 33 ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)/Frankrijk*), JV 2005/339.
- 34 Van de hiervoor in noot 23 genoemde zaken waarin rechtstreeks naar een oordeel van het ECSR wordt verwezen, heeft slechts een handjevol betrekking op andere onderwerpen, zoals het stakingsrecht (Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766) of de vraag of een verplicht re-integratietraject voor mensen in de bijstand een vorm van gedwongen arbeid is of leidt tot disproportionele consequenties; ook daarbij is dan bovendien weer een trend zichtbaar, in die zin dat, zodra een zaak over dat onderwerp gaat, dezelfde benadering wordt gekozen (zie

erkennen van rechtsbescherming, is het niet gek dat advocaten er steeds weer beroep op doen. Daarbij zijn er bovendien enkele patronen te zien, die sterk samenhangen met de activiteiten van het ECSR. In de periode waarin de al genoemde ‘bed, bad en brood’-zaak nog bij het ECSR aanhangig was, verzochten advocaten bijvoorbeeld regelmatig om bij de beoordeling rekening te houden met de onzekerheid over de uitkomst van die procedure, en om in afwachting daarvan toch in ieder geval enige voorziening toe te kennen – een beroep dat overigens stelselmatig is genegeerd of is afgewezen omdat niet op zo’n uitspraak vooruit kan worden gelopen.³⁵ Toen het ECSR in oktober 2013 de Nederlandse staat had uitgenodigd om er onmiddellijk voor te zorgen dat blijvende schade aan de integriteit zou worden voorkomen door te voorzien in ieders basisbehoeften,³⁶ werd in een serie van zaken een beroep gedaan op de rechtswerking van deze voorlopige voorziening.³⁷ Nadat het ECSR-oordeel in de ‘bed, bad en brood’-zaak bekend werd,³⁸ werd de nieuwe trend om beroep te doen op dat oordeel.³⁹ Ook het gegeven dat het Comité van Ministers zich heeft uitgesproken over dit oordeel, is terug te vinden in zowel de beroepen als in een aantal rechterlijke uitspraken over dit onderwerp.⁴⁰ De mate waarin rechters verwijzen naar oordelen van bepaalde verdragscomités is daarmee vooral verklaarbaar vanuit de strategieën die procespartijen en hun advocaten kiezen op basis van de internationale ontwikkelingen.

-
- CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847).
- 35 CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; Rb. Den Haag 11 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19057; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Den Haag 12 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13847; Rb. Den Haag 12 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16618.
- 36 ECSR 25 oktober 2013 (immediate measures), 90/2013 (*Conference of European Churches/Nederland*), EHRC 2014/9.
- 37 CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; ABRvS 03 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:896; ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3867; Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Amsterdam 8 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2604; Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026; Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4495; Rb. Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13155; Rb. Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16951.
- 38 ECSR 1 juli 2014, 86/2012 (*European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA)/Nederland*); 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), AB 2014/64, m.nt. I. Sewandono, EHRC 2015/24, m.nt. M. den Heijer & Y. Donders, JV 2015/24, m.nt. L. Slingenberg.
- 39 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803, 3834 en 4093; ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121; Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:777; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Rotterdam 10 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2495; Rb. Amsterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4877; Rb. Amsterdam 4 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5866; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660; Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.
- 40 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660.

Voor het onderwerp van dit preadvies interessant is vervolgens de vraag hoe rechters met deze beroepen op oordelen en interpretaties van verdragscomités omgaan. Daarbij bestaat een aanzienlijke variëteit, zoals een overzicht van de verschillende rechterlijke reacties kan illustreren.

Geen rechtswerking: de ingeroepen internationale bepaling is niet een ieder verbindend

In een vrij groot aantal gevallen komt de rechter tot de conclusie dat de ingeroepen internationale verdragsbepaling (meestal een bepaling over sociale grondrechten) niet een ieder verbindend is en dat daaruit dus ook geen direct afdwingbare aanspraken kunnen worden afgeleid.⁴¹ Rechters zoeken daarbij soms wel naar wegen om alsnog recht te kunnen doen aan het beroep dat is gedaan op een grondrecht. Zij verwijzen dan bijvoorbeeld alsnog naar het EVRM,⁴² naar 'internationale verdragsverplichtingen' of naar algemene noties als de menselijke waardigheid of de zorgplichten van de staat⁴³. In andere gevallen wijzen zij erop dat de niet-rechtstreeks werkende internationale normen als instructienormen moeten worden beschouwd, waaraan een zodanig gevolg moet worden gegeven dat de erin neergelegde grondrechten voldoende worden gewaarborgd en beschermd.⁴⁴

Partijen hebben zelf geprocedeerd voor een verdragscomité

Een bijzondere categorie wordt gevormd door zaken waarin de procespartijen zelf een klacht hebben ingediend bij een verdragscomité, zoals het VN-Mensenrechtencomité.⁴⁵ Als een dergelijke klacht nog aanhangig is, zal de nationale rechter niet vooruit willen lopen op het internationale oordeel.⁴⁶ Is wel een oordeel

41 CRvB 14 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6843; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923; ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2213; Hof Den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164; Rb. Leeuwarden 5 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN0391; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 11 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19057; Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026; Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

42 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; Rb. Leeuwarden 5 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN0391; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902.

43 Rb. Zutphen 29 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM2856; Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

44 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; Hof Den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

45 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560; CRvB 31 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:270 en 280; CRvB 21 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3850; ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5070.

46 CRvB 31 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:270 en 280; CRvB 21 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3850.

gegeven, dan blijkt in ieder geval de Centrale Raad van Beroep bereid om daaraan grote betekenis toe te kennen. Zo ging de Centrale Raad in een uitspraak uit 2006 uitgebreid in op de inhoud van een door het VN-Mensenrechtencomité gegeven vew en op de kabinetsreactie die daarop volgde.⁴⁷ Daarbij toonde de Centrale Raad zich bereid om het oordeel van het VN-Mensenrechtencomité te volgen, tegen de wens van de regering in. Impliciet kende de Centrale Raad het niet-bindende oordeel daarmee een belangrijke rechtskracht toe. Belangrijk is wel dat die benadering tot nu toe maar een enkele keer is gekozen. Bovendien ging het hier daadwerkelijk om de rechtsgevolgen van een individueel oordeel voor de partij die dat oordeel had uitgelokt. Wordt door iemand anders gevraagd om de vew ook in zijn geval toe te passen, of is de feitelijke context een andere dan die in de aan het internationale comité voorgelegde kwestie, dan blijken rechters daarin een stuk terughoudender.⁴⁸

Kwestie is nog aanhangig bij een verdragscomité

Gaat het om internationale oordelen die zijn gegeven in andere zaken dan de voorliggende, dan bestaat er de nodige duidelijkheid in de situatie waarin zo'n zaak nog aanhangig is. Rechters geven stelselmatig aan dat gegeven niet bij hun oordeel te kunnen betrekken.⁴⁹ Ook het feit dat een verdragscomité een interimmaatregel heeft afgegeven, heeft in geen enkel geval geleid tot een geslaagd beroep.⁵⁰ De Afdeling Bestuursrechtspraak heeft hierbij in één geval toegelicht dat zij zich niet over de verbindendheid van de interimmaatregelen hoefde uit te spreken, omdat het beroep op de toekenning van voorzieningen ook op andere gronden kon worden afgewezen; bovendien wees zij erop dat de opgelegde maatregel erg algemeen van aard was en niet in de weg stond aan specifieke vereisten in nationale maatregelen.⁵¹ In een andere zaak, die betrekking had op de voorlopige maatregel die het ECSR in de 'bed, bad en brood'-zaak had opgelegd, overwoog de Afdeling dat zo'n voorlopige maatregel niet verbindend is.⁵² Een voorlopige maatregel richt zich bovendien tot de staat, zo overwoog de Afdeling, en als de verantwoordelijke staatssecretaris aanneemt dat deze niet in individuele gevallen verplicht tot het toekennen van bepaalde voorzieningen, is er geen reden voor de rechter om van die zienswijze af te

47 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560.

48 ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5070.

49 CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; Rb. Den Haag 11 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19057; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Den Haag 12 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13847; Rb. Den Haag 12 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16618.

50 CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; ABRvS 3 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:896; ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3867; Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Amsterdam 08 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2604; Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026; Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4495; Rb. Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13155; Rb. Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16951.

51 ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3867.

52 ABRvS 3 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:896.

wijken.⁵³ Lagere rechters hebben deze beoordeling in het algemeen gevolgd,⁵⁴ of hebben in meer algemene zin geconcludeerd dat de voorlopige maatregelen van het ECSR geen afdwingbare aanspraak op bepaalde voorzieningen geven.⁵⁵ Daarbij is soms ook benadrukt dat het hier gaat om een landelijk probleem dat op rijksniveau moet worden opgelost, en niet via de rechter.⁵⁶

Beroep op uitleg door verdragscomité; geen aandacht van rechter voor rechtswerking

In een groot aantal gevallen waarin beroep is gedaan op een uitleg gegeven door een verdragscomité, blijkt de nationale rechter daarnaar te verwijzen of verwerkt hij deze uitleg in zijn eigen overwegingen, zonder in te gaan op de precieze rechtskracht of betekenis van deze oordelen.⁵⁷ In bepaalde gevallen concludeert de rechter daarbij dat hij niet zoveel kan doen met de verwijzing, omdat de uitleg waarop een procespartij zich beroept, is gegeven in een heel andere feitelijke context,⁵⁸ of omdat de vaststellingen waarop ‘concluding observations’ zijn gebaseerd niet relevant zijn voor het voorliggende geval.⁵⁹ De vraag welke betekenis het oordeel van het verdragscomité precies heeft, hoeft dan alleen al om die reden niet aan de orde te komen. In andere gevallen vormt het oordeel wel degelijk een relevant gegeven bij de uitleg van een verdragsbepaling, of biedt het oordeel voor de eigen uitleg een versterking, bevestiging of ondersteuning.⁶⁰

53 ABRvS 3 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:896.

54 Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4495; Rb. Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13155.

55 Rb. Amsterdam 8 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2604; Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026.

56 Rb. Amsterdam 8 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2604.

57 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; CRvB 5 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:983; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; ABRvS 8 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847; ABRvS 7 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6363; ABRvS 24 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3754; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619; Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3284; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434; Hof Den Haag 19 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV3538; Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766; Rb. Groningen 14 juli 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN2935; Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2236; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:777; Rb. Amsterdam 4 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5866; Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7977.

58 ABRvS 24 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3754; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; Hof Den Haag 19 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV3538; Rb. Groningen 14 juli 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN2935.

59 ABRvS 08 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847; ABRvS 7 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6363.

60 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619; Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902. Overigens kan het hierbij ook gaan om de uitleg van het EVRM, ook al

Soms wordt de gegeven interpretatie zelfs volledig overgenomen, zonder nadere motivering en ogenschijnlijk zonder enige aandacht voor de rechtswerking ervan.⁶¹ In andere gevallen zijn rechters kritischer. Zo vergelijken rechters met enige regelmaat de door een verdragscomité gegeven uitleg met een vaststaande uitleg van het EHRM of van een hogere rechter. Als de comité-uitleg afwijkt van de EHRM-uitleg, wordt de comité-uitspraak terzijde gelegd, want de uitleg van het EHRM is bepalender en gezaghebbender.⁶² Stemt de uitleg daarentegen overeen, dan wordt in samenhang waarde toegekend aan het comité-oordeel en dat van het EHRM.⁶³ Aan interpretaties van de Hoge Raad of de Centrale Raad van Beroep kan volgens lagere rechters geen afbreuk worden gedaan.⁶⁴

Beroep op uitleg verdragscomité; expliciete aandacht van rechter voor rechtswerking

Ten slotte is er een vrij kleine categorie van uitspraken waarin rechters expliciet ingaan op de rechtswerking van de oordelen van verdragscomités die niet zijn gedaan tussen de partijen in het voorliggende geschil.⁶⁵ In de onderzochte uitspraken is daarbij één zaak te vinden waarin expliciet is overwogen dat een General Comment niet relevant is voor het nationale oordeel omdat het 'slechts niet-bindende aanbevelingen bevat'.⁶⁶ Uitzonderlijk zijn ook twee vonnissen van de rechtbank Den Haag uit 2015, waarin zij overwoog dat het ECSR-oordeel in de 'bed, bad en brood'-zaak geen betekenis kon toekomen omdat de reikwijdte van

heeft de comité-uitleg daarop geen betrekking; zie CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902.

- 61 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619; Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2236; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:777.
- 62 CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3284; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434.
- 63 Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7977.
- 64 Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3284; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644.
- 65 CRvB 14 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6843; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923; ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2213; Hof Den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164; Rb. Leeuwarden 5 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN0391; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 11 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19057; Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Gelderland 03 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026; Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.
- 66 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923.

het Europees Sociaal Handvest zich niet uitstrekt tot onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen.⁶⁷

In veruit de meeste uitspraken waarin op de rechtswerking wordt ingegaan, wordt enerzijds verwezen naar het formeel niet-bindend karakter van de oordelen, maar wordt, in verschillende bewoordingen, vervolgens wel enige relevantie aan de gegeven uitleg toegekend. In de Urgenda-uitspraak, over de vraag of de staat voldoende heeft gedaan om de CO₂-uitstoot te beperken, overwoog de rechtbank Den Haag bijvoorbeeld dat het belangrijk is om nationale (open) normen uit te leggen in het licht van internationale verplichtingen ('reflexwerking').⁶⁸ Vervolgens kleurde zij de bekende, klassieke 'Kelderluikcriteria' in op basis van in zichzelf niet verbindende internationale normen.

De Centrale Raad van Beroep ging uitgebreid in op de rechtswerking van internationale oordelen in een uitspraak van 21 juli 2006.⁶⁹ De Centrale Raad overwoog daarin dat de oordelen van verdragscomités weliswaar niet bindend zijn, maar dat de inzichten die erin tot uitdrukking komen in het algemeen wel gezaghebbend zijn, zodat daaraan bijzondere betekenis toekomt. Afwijking van zo'n oordeel is dan ook alleen mogelijk als daarvoor een zwaarwegende rechtvaardiging bestaat. In 2014 preciseerde de Centrale Raad dit oordeel ten aanzien van de bijzondere situatie bij het ECSR, waarbij immers ook een vervolgoordeel en aanbevelingen kunnen worden geven door het Comité van Ministers.⁷⁰ Die aanbevelingen laten enige ruimte aan de regering, zo overwoog de Centrale Raad, waarmee de rechter rekening heeft te houden. De Centrale Raad toetste in de beide zaken uitdrukkelijk en vrij precies of de staat zwaarwegende gronden had aangevoerd om in het concrete geval af te wijken van de door het ECSR gegeven verdragsuitleg. In beide gevallen kwam de Centrale Raad daarbij tot de conclusie dat het Nederlandse recht in overeenstemming met het ECSR-oordeel moest worden uitgelegd.

Lagere rechters die aandacht besteden aan de rechtswerking hebben in het algemeen de benadering gevolgd van de Centrale Raad uit 2014. Rechtbanken wijzen daarbij vooral op het gezaghebbend karakter van de oordelen van het ECSR-comité, waaraan om die reden waarde moest toekomen en waarvan zij alleen met een gedegen motivering kan worden afgeweken.⁷¹ In de eerdere rechtspraak zijn daarbij wel de nodige variaties te herkennen. Sommige rechters vroegen zich bijvoorbeeld expliciet af wat te doen met de overwegingen van het ECSR in afwachting van het oordeel van het Comité van Ministers, en kwamen daarbij in meerderheid tot de conclusie dat dit oordeel niet aan de betekenis van de gegeven verdragsuitleg kon afdoen.⁷² De rechtbank Rotterdam daarentegen

67 Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656.

68 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

69 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560.

70 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179.

71 Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

72 Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121; Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660.

overwoog dat een uitspraak in een bodemzaak pas kon worden gedaan als het Comité van Ministers zich over de kwestie had uitgesproken.⁷³ Ook werd een enkele maal verwezen naar het advies van de Raad van State waarin is ingegaan op de rechtswerking van ECSR-oordelen,⁷⁴ of werd aangegeven dat het gezag van de ECSR-oordelen bevestigd werd door het gegeven dat ook het EHRM zich erop baseerde.⁷⁵ Ten slotte wees de rechtbank Den Haag er in september 2015 op dat, ondanks het gezaghebbende karakter van de oordelen, hieraan geen betekenis kon toekomen voor de toepassing en uitleg in het voorliggende geval.⁷⁶

De nieuwste loten aan de stam zijn twee uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak en van de Centrale Raad van Beroep over deze materie, beide daterend van 26 november 2015. De Afdeling Bestuursrechtspraak overweegt in haar uitspraak dat de door het ECSR gegeven uitleg gezaghebbend is.⁷⁷ De Afdeling wijkt daarbij iets af van de eerder, in 2006 en 2014, door de Centrale Raad gekozen benadering door uitdrukkelijk rekening te houden met de waarde die het EHRM aan deze uitleg toekent. Het is juist daarom, zo overweegt de Afdeling, dat de beslissingen van het ECSR een rol kunnen spelen bij de uitleg van bindende verdragsbepalingen, zoals artikel 3 en 8 EVRM. Anders dan de Centrale Raad plaatst de Afdeling het EVRM daarmee sterk op de voorgrond: zij overweegt dat ook als er een ECSR-uitleg is, 'uiteindelijk de interpretatie die het EHRM aan laatstgenoemde verdragsbepalingen geeft, bepalend is'.⁷⁸ Daarbij speelt een doorslaggevende rol dat het EHRM de bevoegdheid heeft om bindende verdragsinterpretaties te geven, zoals hiervoor in paragraaf 3.2 is besproken. De eerdere overweging van de Centrale Raad dat vanwege het gezaghebbende karakter van de ECSR-uitleg zwaarwegende argumenten moeten worden aangevoerd om een afwijking daarvan te rechtvaardigen, heeft geen plaats gekregen in de uitspraak van de Afdeling. In plaats daarvan beredeneert zij dat uit het ECSR geen verdergaande verplichtingen voor de staat kunnen worden afgeleid dan toch al op de staat rusten op basis van artikel 3 en 8 EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM.⁷⁹ De daarmee uit het oordeel afgeleide verplichtingen zijn minder vergaand dan die de Centrale Raad in 2014 afleidde uit het ECSR-oordeel. Het EHRM neemt immers slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan dat van een schending van artikel 3 en 8 EVRM sprake is waar het gaat om de rechten van asielzoekers en onrechtmatig in een staat verblijvende vreemdelingen.

De Centrale Raad kiest in zijn uitspraak uitdrukkelijk voor eenzelfde uitkomst als zichtbaar is in de Afdelingsuitspraak.⁸⁰ Daarbij besteedt ook de Centrale Raad aandacht aan de wisselwerking tussen de ECSR-interpretatie en die van het EVRM.⁸¹ De eerdere verwijzing naar de noodzaak 'zwaarwegende redenen' aan

73 Rb. Rotterdam 10 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2495.

74 Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756.

75 Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660.

76 Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106.

77 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415.

78 R.o. 3.1.

79 Zie vooral r.o. 3.2-3.4.

80 CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803.

81 R.o. 5.5.

te voeren voor afwijking komt in deze uitspraak niet meer terug, waardoor de uitspraak van de Centrale Raad in lijn lijkt met die van de Afdeling. De manier van omgaan met het ECSR-oordeel is niettemin een iets andere, in die zin dat de Centrale Raad veel uitgebreider ingaat op de status van dit oordeel in relatie tot de aanbevelingen van het Comité van Ministers en de reactie van het kabinet daarop, en op de verplichtingen die volgens het ECSR uit het ESH voortvloeien. De vergaande en exclusieve koppeling die de Afdeling legt met de EVRM-uitleg, is bij de Centrale Raad niet terug te vinden. In plaats daarvan wijst de Centrale Raad er expliciet op dat het ECSR tot het oordeel is gekomen dat 'de spoedeisende hulp in uiterst precare situaties, niet afhankelijk mag worden gesteld van de bereidheid van de betrokken personen om mee te werken aan de organisatie van hun uitzetting'.⁸² Vervolgens onderzoekt hij of de oplossing om opvang te bieden via de verplichting voor de vreemdeling om zich naar een vrijheidsbeperkende locatie (VBL) te begeven, voldoende recht doet aan 'de door appellanten ingeroepen verdragsbepalingen van het EVRM en het ESH, alsmede aan de door het ECSR aan de bepalingen van het ESH gegeven uitleg'.⁸³ Daaruit blijkt dat voor de Centrale Raad niet zozeer het EVRM en de EHRM-uitleg bepalend zijn,⁸⁴ als wel de uitleg van het ESCR. Hoewel dit tot eenzelfde uitkomst leidt (via opvang in een VBL wordt voldoende recht gedaan aan de belangen van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen), is, gezien vanuit het perspectief van dit preadvies, het verschil in benadering van de status van de ECSR-uitspraak opmerkelijk. Voor dit verschil bieden Afdeling noch Centrale Raad een verklaring.

Na deze uitspraken van de hoogste bestuursrechters van 26 november zullen lagere rechters ongetwijfeld hun benadering bijstellen om de nieuwe lijn te volgen en opvang in een VBL te erkennen als een toereikende manier om aan de ECSR-uitspraak te voldoen.⁸⁵ Voor de lagere rechters is daarbij wel nog de keuze of zij de Afdeling of de Centrale Raad zullen volgen in hun redenering rondom het toekennen van rechtswerking aan het ECSR-oordeel. Of de uitspraken leiden tot een eenduidige benadering van dit soort oordelen in de rechtspraak, valt daardoor te betwijfelen.

Consequenties toekennen rechtskracht internationale oordelen

De consequenties van het toekennen van enig gezag aan internationale oordelen lopen uiteen. In sommige gevallen leidt dit ertoe dat de open normen van het nationale recht in het licht van de internationale verdragsuitleg worden ingevuld, zoals de rechtbank Den Haag deed in de Urgenda-zaak.⁸⁶ Ook komt het sporadisch voor dat een nationale rechter uiteindelijk niets doet met de gegeven uitleg, omdat die betrekking heeft op een andere feitenconstellatie dan aan de

82 R.o. 5.10.

83 R.o. 5.11.

84 Althans niet in gevallen waarin geen sprake is van zeer bijzondere omstandigheden, zoals bijzondere kwetsbaarheid door ziekte; in die omstandigheden kan de interpretatie via art. 3 en 8 EVRM uitkomst bieden; zie r.o. 5.6.

85 In dit preadvies zijn slechts uitspraken onderzocht die tot 1 december 2015 zijn gedaan.

86 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

orde is in het voorliggende geval.⁸⁷ In andere gevallen passen rechters het (duidelijk wel bindende) EVRM toe, en lezen zij de door het verdragscomité gegeven uitleg in daarin neerlegde bepalingen in.⁸⁸ Zoals hierboven aangeven heeft ook de Afdeling Bestuursrechtspraak in haar uitspraak over de ‘bed, bad en brood’-kwestie van 26 november 2015 uitdrukkelijk deze benadering gekozen, waarbij zij heeft benadrukt dat bovendien de door het EHRM aan de ECSR-uitleg gegeven uitleg leidend is.⁸⁹ De Centrale Raad heeft daarentegen eerder de benadering gekozen dat de ECSR-uitleg rechtstreeks bepalend is en heeft daaraan de consequentie verbonden dat een zekere opvang inderdaad moet worden geboden, al heeft dat niet tot gevolg dat vergaande positieve verplichtingen voor de staat ontstaan.⁹⁰ Sommige rechtbanken zijn in eerdere uitspraken aanzienlijk verder gegaan door aan te nemen dat de universele betekenis van mensenrechten betekent dat een verdragsuitleg (gegeven door een internationaal verdragscomité) met terugwerkende kracht moet worden toegepast, dus al voordat de nationale rechters uitspraken hebben gedaan over een bepaald onderwerp.⁹¹ Op dit punt loopt de Nederlandse rechtspraak dus nogal uiteen.

5.4 Conclusie

Het in dit hoofdstuk gegeven overzicht van de Nederlandse en de EHRM-rechtspraak laat een grote diversiteit aan benaderingen zien in de omgang met oordelen van verdragscomités en internationale hoven. Het EHRM gaat soms ver in zijn verwijzingen naar internationale verdragsbepalingen en de daaraan gegeven uitleg. Zelfs wanneer dit soort verplichtingen voor een staat niet bindend zijn omdat de staat een bepaald verdrag bewust niet heeft ondertekend, heeft het EHRM ze via interpretatie van de EVRM-bepalingen soms – dwingend – aan de staten opgelegd. Deze rechtspraak van het EHRM wordt vooral ondersteund door een consensusredenering en door een inbedding in de algemene uitgangspunten die aan het EVRM ten grondslag liggen. De andere overwegingen die vanuit meer theoretisch perspectief de rechtswerking zouden kunnen ondersteunen en die zijn besproken in hoofdstuk 4, komen niet of nauwelijks aan bod. Ook verder besteedt het EHRM niet zoveel aandacht aan de precieze rechtswerking van oordelen van verdragscomités, net zomin als aan de legitimatie daarvoor. Dat is misschien ook minder nodig, gelet op de argumentatietrant van het EHRM.

87 Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

88 Rb. Utrecht 6 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM0846; Rb. Zutphen 29 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM2856; Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:0756; Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660.

89 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415.

90 CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803.

91 Rb. Amsterdam 08 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Amsterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4877; Rb. Amsterdam 16.10.2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7127 en 7128.

Daarbij is meestal niet maar één argument doorslaggevend, maar wordt een beslissing door een veelheid van verschillende overwegingen ondersteund. De al dan niet bindende werking van internationale verdragscomités is daardoor voor de uiteindelijke interpretatie nooit volledig bepalend.

De meeste Nederlandse rechters blijken bereid om oordelen van verdragscomités te aanvaarden als gezaghebbende interpretaties van het internationale recht. Vervolgens is die uitleg vaak leidend bij de eigen uitleg van nationale regelgeving en vooral ook bij de uitleg van het EVRM. De ‘reflexwerking’ van de internationaal gegeven uitleg is daarmee aanzienlijk: bindende normen van nationaal en internationaal recht worden vrijwel steeds ingevuld op basis van de (erkend niet-bindende) oordelen van verdragscomités. De staat zal van goeden huize moeten komen om uit te leggen dat in een concreet geval moet worden afweken. Van volledig autonome werking is tegelijkertijd nauwelijks sprake. In de onderzochte uitspraken gaat het meestal om een extra, aanvullend argument in de redenering, dat andere argumenten ondersteunt en dat maakt dat de Nederlandse regelgeving in harmonie met bindende internationale verdragsverplichtingen wordt uitgelegd.⁹² Bovendien wordt in een vrij groot aantal gevallen, en zeker ook in de recente uitspraak van de Afdeling over de voorzieningen voor uitgeprocedeerde asielzoekers, vooral betekenis toegekend aan de internationale uitleg via een interpretatie van de – evident bindende – bepalingen van het EVRM. Opmerkelijk is verder dat de ‘zachte’ vormen van rechtswerking, zoals het ‘in aanmerking nemen van’ een oordeel bij twijfel over de juiste uitleg of het beschouwen van een internationale uitleg als inspiratiebron, maar sporadisch voorkomen. Er is weinig aandacht voor de grijstinten tussen het beschouwen van een oordeel als gezaghebbend (en het dan lezen van andere verdragsverplichtingen in het licht ervan) en het niet toekennen van enige betekenis aan een oordeel. Ten slotte is opvallend dat rechters weliswaar soms aandacht besteden aan de rechtswerking van de oordelen, maar dat ze feitelijk nooit ingaan op de inhoudelijke redenen daarvoor – verwijzingen naar argumenten zoals die zijn besproken in hoofdstuk 4 zijn in de bestudeerde uitspraken niet of nauwelijks te vinden.

92 Vgl. Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 769, 774 en 776.

6 Conclusie

Er bestaat de nodige verwarring over de rechtswerking van niet-bindende oordelen van internationale verdragsorganen, zoals het ‘bed, bad en brood’-oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten. Wat betekent het nu precies om te zeggen dat deze oordelen ‘niet-bindend’ zijn? Te zeggen dat er geen enkele juridische waarde aan kan worden toegekend zou in ieder geval strijdig zijn met de Nederlandse rechtspraak, waarin nationale rechters met enige regelmaat gezag toekennen aan dergelijke uitspraken. Kennelijk komt er dus wel degelijk enige rechtswerking aan toe. Maar als dat zo is, bestaat daarvoor dan wel voldoende legitimatie, of, in hoeverre is het juridisch gezien eigenlijk te billijken dat waarde wordt toegekend aan dit soort oordelen? Dit zijn de vragen die in dit preadvies centraal hebben gestaan. Daarbij is tot uitgangspunt gekozen dat de kwestie van de rechtswerking niet zwart-wit moet worden gezien, maar dat kan worden gesproken van een glijdende schaal van juridische betekenis. In hoofdstuk 3 is aangegeven dat op deze glijdende schaal in ieder geval de volgende punten kunnen worden onderscheiden:

1. volledige verbindendheid; verplichte *erga omnes*-werking;
2. *res interpretata*: de gegeven uitleg moet worden gevolgd wanneer die vastligt in een vaste rechtspraaklijn;
3. toekennen van ‘persuasive authority’ aan de gegeven uitleg, waarbij afwijking alleen mogelijk is als hiervoor goede redenen zijn te geven;
4. in aanmerking nemen van de uitleg als waardevol interpretatieinstrument; bij twijfel kan dit de doorslag geven;
5. het zijn van een bron van inspiratie temidden van andere bronnen, zonder ooit doorslaggevend te zijn;
6. het ontbreken van iedere juridische betekenis.

Daarbij is betoogd dat de mate waarin op een legitieme manier rechtskracht aan de oordelen en uitleg kan worden toegekend, samenhangt met de mate waarin een aantal theoretische voorwaarden is vervuld.¹ Het begrip legitimiteit is hierbij juridisch-normatief ingevuld. Gekeken is dus niet zozeer naar elementen van verantwoording, transparantie en participatie – die voor regelgeving en beleid heel belangrijk zijn en die een centrale rol spelen in sociologische onderzoeken naar legitimiteit – maar vooral naar kwesties van bevoegdheid en procedure, en naar de aansluiting bij de specifieke rol van de rechter in een rechtsstatelijk systeem. Voor juridisch-normatieve legitimiteit van oordelen van verdragscomités is bijvoorbeeld relevant of nauw is aangesloten bij de tekst van het verdrag en de doelstellingen daarvan, of de inrichting van de internationale procedure voldoet

¹ Vgl. ook Buchanan & Keohane 2008, p. 424.

aan basale vereisten van rechtsstatelijkheid, en of er al dan niet een zekere internationale consensus bestaat over de aanvaardbaarheid van de gekozen uitleg.

In dit preadvies is ook uiteengezet dat de mate van juridisch-normatieve legitimiteit vervolgens de plaats bepaalt die een internationaal oordeel op de 'rechtskrachtschaal' kan innemen. Een door het EHRM gegeven verdragsuitleg zal bijvoorbeeld grote legitimiteit toekomen wanneer die goed aansluit bij de tekst en doelstellingen van het Verdrag, niet in het minst vanwege de sterke rechtsstatelijke waarborgen die in het EVRM-systeem besloten liggen. Andersom zal een uitleg van de VN-Mensenrechtenraad minder rechtswaarde toekomen, gelet op het overwegend politieke karakter van deze raad. Zeker wanneer de gegeven uitleg sterk autonoom is en niet direct aansluit bij een verdragstekst, kan er nauwelijks meer dan inspiratie in worden gevonden.

Dit betekent dat voor alle uitspraken en interpretaties van verdragscomités steeds moet worden nagegaan welke plaats zij op de rechtskrachtschaal kunnen innemen. Alleen dan kan immers rekening worden gehouden met elementen als die van autonomie van de interpretatie en het aansluiten bij een 'communis opinio', en alleen dan kan worden verzekerd dat op een legitieme manier juridische betekenis aan zo'n oordeel wordt toegekend.

Wat opvalt in de toepassingspraktijk, is dat deze nuances daarin lang niet allemaal tot uitdrukking komen. Vooral nationale rechters blijken maar een beperkt aantal tinten op het spectrum te herkennen. Ofwel nemen zij aan dat bepalingen en uitspraken daarover direct bepalend zijn voor de eigen uitleg, zoals bij de EHRM-uitspraken, zij het met enige nuances in de toepassing (variant 1 en 2 samengenomen); ofwel concluderen zij dat oordelen gezaghebbend zijn (waarna ze vaak als ondersteuning voor een EVRM-interpretatie worden gebruikt) (variant 3); ofwel overwegen zij dat aan internationale oordelen of bepalingen helemaal geen betekenis toekomt (variant 6). Het EHRM erkent daarnaast nog het belang van internationale oordelen als hulpmiddel bij de interpretatie (variant 4) of als bron van inspiratie (variant 5). Die varianten zijn in Nederlandse rechtspraak maar sporadisch terug te vinden.

Opmerkelijk is verder dat het EHRM noch de nationale rechter expliciet aandacht geeft aan de verschillende factoren die van invloed kunnen zijn op de legitimiteit van internationale oordelen. Het gegeven dat het ECSR een wel zeer ruime verdragsuitleg heeft gekozen in zijn uitspraken over onrechtmatig in het land verblijvende vreemdelingen, die in feite ingaat tegen de uitdrukkelijke bedoelingen van de verdragspartijen, blijft in veruit de meeste uitspraken bijvoorbeeld onbesproken, en lijkt van geen invloed op het gezag dat aan de gegeven uitleg wordt toegekend.² Ook in de zeldzame gevallen waarin wordt verwezen naar VN-verdragscomités, is geen woord te vinden over het karakter van deze comités of over de redenen waarom al dan niet waarde aan hun 'views' kan worden toegekend.

Al met al wordt in de praktijk dus stelselmatig een zekere rechtswerking aan internationale oordelen toegekend, zonder dat aandacht wordt gegeven aan de fijnere nuances die in de meer theoretische legitimiteitsdiscussies zijn onderscheiden. Misschien kan dat ook niet anders. Het is heel begrijpelijk dat rechters er weinig voor voelen om gedetailleerde onderscheidingen te maken

² Een zeldzame uitzondering is Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106.

tussen verschillende mogelijke varianten van rechtswerking en tussen de verschillende rechtvaardigingen die daarvoor kunnen bestaan. In de Nederlandse argumentatiecultuur, die zich kenmerkt door korthed en door gerichtheid op de voorliggende feiten en rechtsvragen, is er bovendien niet zoveel ruimte om uit te weiden over de legitimiteit van internationale oordelen. Tot grote problemen zal deze benadering zelden leiden, nu meestal wordt gekozen voor een 'veilige' constructie van conforme interpretatie of reflexwerking op basis van het EVRM.

Toch zou het waardevol kunnen zijn om meer te doen met de internationale oordelen en om een beter oog te hebben voor hun legitimiteit. Deze oordelen worden immers gegeven vanuit een bijzondere expertise op het terrein van grondrechten en verschaffen meer duidelijkheid over de internationale verplichtingen die Nederland op zich heeft genomen. Voor de beoordeling van de redelijkheid van nationaal wetgevend en bestuurlijk optreden kunnen de vele internationale normen en de daaraan gegeven internationale uitleg daardoor een belangrijk kader vormen. Bovendien komen verwijzingen naar internationale oordelen steeds meer voor, en stellen rechters voor steeds lastiger vragen. De Urgenda-zaak en de daarmee samenhangende problematiek, maar ook de 'bed, bad en brood'-kwestie, laten goed zien dat procespartijen internationale oordelen en interpretaties enthousiast omarmen, maar dat rechters tastend en zoekend aan het werk gaan om ze in het bestaande juridische stramien in te passen.³

Tegen die achtergrond is het des te noodzakelijker om precies te zijn en om nuance te herkennen en te onderscheiden. De rechter zal moeten onderkennen dat de ingeroepen oordelen eerst aan een kritische toets moeten worden onderworpen, voordat er een bepaalde betekenis aan wordt toegekend, en zal moeten aanvaarden dat die betekenis per geval kan verschillen. Het ingewikkelde schema met de verschillende varianten en de argumenten die kunnen helpen om een keuze tussen die varianten te maken, biedt de rechter daarbij enig houvast.

De vraag is ten slotte of een groter bewustzijn van de verschillende varianten van rechtswerking en de argumenten voor legitimiteit praktische gevolgen zou hebben voor de twee in de inleiding besproken thema's: de 'bed, bad en brood'-problematiek en de zwartepietendiscussie. Ten aanzien van de 'bed, bad en brood'-discussie zal er niet veel verschil zijn in uitkomst. In hoofdstuk 5 is gebleken dat Nederlandse rechters al groot gezag toekennen aan het ESCR-ordeel over dit onderwerp (variant 3), al doen zij dat op verschillende manieren. De keuze voor die variant lijkt ook wel gelegitimeerd als wordt gekeken naar de factoren en argumenten die in hoofdstuk 4 zijn besproken. Weliswaar is het 'bed, bad en brood'-oordeel van het ECSR erg autonoom van aard en sluit het niet goed aan bij de tekst van het ESH en de uitdrukkelijke bedoelingen van de opstellers,⁴ maar op dit punt lijkt wel sprake te zijn van aansluiting bij een veranderde consensus. Het ECSR gaf al in 2004 een oordeel waarin het besloot dat bepaalde voorzieningen ook aan onrechtmatig in het land verblijvende vreemdelingen moesten worden toegekend met het oog op de bescherming van hun

3 Zie hierover uitgebreider De Werd 2015.

4 Zie kritisch daarover o.m. Donders 2014, p. 260.

waardigheid. Weliswaar heeft dit tot enige controverse en strubbelingen geleid, maar het Comité van Ministers toonde zich destijds niet heel afwijzend over deze conclusie en heeft hier zelfs enige steun aan gegeven.⁵ Ook naar aanleiding van het recente ‘bed, bad en brood’-oordeel is niet van een sterk afwijzende reactie vanuit de staten gebleken. In plaats daarvan heeft het Comité van Ministers in zijn resolutie in die zaak alleen maar zakelijk gewezen op de tekst van de Appendix waarin de beperking van reikwijdte vastligt.⁶ Daaruit mag worden afgeleid dat de uitleg in ieder geval niet hard wordt afgewezen. Verdere versterking van het consensusargument kan worden gevonden in het feit dat ook het EHRM de uitleg van het ECSR heeft aanvaard, gelet op het feit dat het hiernaar heeft verwezen in zijn uitleg in de in paragraaf 5.2 besproken zaak *V.M. t. België*. Daarnaast kan gelden dat het ECSR zorgvuldig is ingericht; dat het ECSR probeert zo goed mogelijk te voldoen aan de eisen van een goed proces; dat de uitspraken uitvoerig zijn onderbouwd en nauw aansluiten bij algemeen erkende noties zoals die van menselijke waardigheid en effectieve grondrechtenbescherming; en dat er uiteindelijk de nodige ruimte bestaat om inhoudelijk invulling te geven aan de gestelde eisen. Gelet op dat alles is het niet onredelijk dat nationale rechters een grote zeggingskracht hebben toegekend aan dit oordeel, en dat ze het gebruiken als basis voor de uitleg van bestaande juridische verplichtingen zoals die bijvoorbeeld voortvloeien uit artikel 3 en 8 EVRM of uit nationale en EU-regelgeving.

Als in de toekomst zou worden geprocedeerd in het kader van de zwartepietendiscussie, kan op een soortgelijke manier de vraag opkomen hoe in zo’n procedure moet worden omgegaan met de conclusies van het VN-Rassendiscriminatiecomité over dit onderwerp. Deze conclusies zijn niet gegeven in een procedure op tegenspraak die voldoet aan de eisen van een eerlijk proces, maar eerder in het kader van een politiek en beleidsmatig ingestoken dialoog met de staat. Dat maakt dat de aanbevelingen een meer politieke dan duidelijk juridische betekenis hebben, en dat het advies op een aantal van de hiervoor genoemde factoren – vooral de meer constitutionele – niet bijzonder goed scoort. Tegelijkertijd sluit de gegeven uitleg nauw aan bij de tekst en de strekking van het VN-Antirassendiscriminatieverdrag. Dit betekent dat misschien niet zo’n vergaande en bijna doorslaggevende betekenis hieraan kan worden toegekend als bij het ECSR-oordeel, maar de conclusies wel degelijk kunnen worden gezien als een belangrijke interpretatie van de internationale verplichtingen die Nederland op zich heeft genomen. In een procedure voor de rechter kan dan ook zeker enig interpretatief gewicht aan deze bevindingen worden toegekend en kunnen zij bij de interpretatie van het nationale recht ‘in aanmerking worden genomen’ (variant 4). Dat betekent vooral dat zij ondersteunend kunnen zijn in de redenering: als op andere gronden ook al tot een bepaalde verdragsuitleg kan worden

5 Zie Resolution CM/ResChS(2010)6, *Defence for Children International (DCI)/Nederland*, Complaint No. 47/2008; zie ook Mohammadi 2015, p. 758.

6 Zie Resolution CM/ResChS(2015)5, *Conference of European Churches (CEC)/Nederland*, Complaint No. 90/2013.

geconcludeerd, maar er nog enige twijfel blijft bestaan, kunnen de conclusies van het VN-Comité net het bepalende duwtje geven.⁷

Als uit dit preadvies iets duidelijk wordt, is het wel dat het toekennen van rechtskracht aan niet-bindende oordelen van internationale verdragscomités altijd een complexe exercitie zal blijven.⁸ Er is geen eenvoudig antwoord mogelijk op de vraag wanneer ‘niet-bindend’ ook echt betekent ‘geen rechtswerking’. Te hopen is niettemin dat de varianten en factoren zoals ze in dit preadvies zijn geformuleerd, enig houvast kunnen bieden bij het formuleren van juridisch deugdelijke antwoorden op de vraag hoeveel betekenis aan een internationaal oordeel kan worden toegekend. Deze factoren in de discussie te betrekken maakt dat die in ieder geval op goede gronden kan worden gevoerd, en allicht ook dat er een betere onderbouwing wordt gegeven voor het toekennen van een bepaalde waarde aan internationale oordelen.

7 Bovendien kan in dit soort gevallen de rechtspraak van het EHRM mogelijk een extra steun vormen, zoals al zichtbaar was in de rechtbankuitspraak over dit onderwerp; zie Rb. Amsterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3888, JB 2014/182, m.nt. Brouwer, AB 2014/283, m.nt. G. Boogaard & F.M.J. den Houdijker en vgl. Lawson 2015, p. 332.

8 Vgl. ook Buchanan & Keohane 2008, p. 425.

7 Discussiepunten

1. Niet alle uitspraken en interpretaties van verdragscomités op het terrein van de grondrechten komt dezelfde rechtskracht toe. Sommige uitspraken zijn bijvoorbeeld zeer gezaghebbend, terwijl andere uitspraken hoogstens als inspiratiebron kunnen dienen. Het is zinvol om een ‘rechtskrachtschaal’ te definiëren waarop de verschillende soorten oordelen en interpretaties kunnen worden gepositioneerd.
2. Door acceptatie van de notie van ‘res interpretata’ kan *de facto* bindende betekenis toekomen aan verder niet-bindende oordelen van internationale verdragscomités.
3. De mate waarin juridisch gezag aan de grondrechtenoordelen en -interpretaties van internationale comités kan worden toegekend, wordt bepaald door een aantal factoren van juridisch-normatieve legitimiteit, zoals de nauwe aansluiting van internationale oordelen bij de verdragstekst en de bedoelingen van de verdragsluitende staten, de aansluiting bij een internationaal gegroeide consensus, en de rechtsstatelijke ‘kwaliteit’ van het betreffende verdragscomité.
4. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) speelt een belangrijke rol in de Nederlandse discussie over rechtswerking van niet-bindende oordelen van verdragscomités en andere niet-verbindende internationale instrumenten op het terrein van de grondrechten, doordat het deze oordelen en instrumenten vaak een plaats geeft in zijn eigen interpretaties. Voor zover die interpretaties voor Nederland als verbindend worden gezien, kan het EHRM daarmee indirect bindende werking creëren voor overigens niet-bindende internationale besluiten, oordelen of interpretaties.
5. De Nederlandse rechtspraak over het ‘bed, bad en brood’-oordeel is niet helemaal consistent, in die zin dat sommige rechters rechtstreeks waarde toekennen aan het oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR) hierover, terwijl andere rechters die waarde alleen aanvaarden op basis van interpretatie van het EVRM. Het zou verhelderend zijn als daarin een duidelijke keuze wordt gemaakt.
6. Nederlandse rechters nuanceren te weinig tussen de verschillende internationale instrumenten, doordat zij maar hoogst zelden (expliciet) oog tonen voor de juridisch-normatieve legitimiteit van internationale oordelen en deze bovendien vrijwel nooit welbewust en expliciet positioneren op de ‘rechtskrachtschaal’. Het is wenselijk dat rechters – in ieder geval in hun

besluitvormingsproces, maar wellicht ook in hun motivering – explicieter aandacht besteden aan zowel de factoren die de mate van rechtskracht kunnen bepalen, als de uiteindelijk toegekende ‘gradatie’ van rechtskracht.

7. De bevindingen van dit preadvies over de rechtskracht van niet-bindende uitspraken en interpretaties van internationale verdragscomités op het terrein van de grondrechten, kunnen worden geëxtrapoleerd naar niet-bindende uitspraken en interpretaties van verdragscomités op andere terreinen, zoals handel, biogeneeskunde of milieu.

Geraadpleegde literatuur

Adams 2006

M. Adams, 'Heden en verleden in de rechtspleging. Rechtsvergelijkende en rechtstheoretische beschouwingen over de precedent- en zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken', *RM Themis* 2006 afl. 3, p. 106-120.

Van Alebeek & Nollkaemper 2012

R. Van Alebeek & A. Nollkaemper, 'The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law', in: H. Keller & G. Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 356-413.

An-Na'im 1991

A.A. An-Na'im, 'Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights', in: A.A. An-Na'im (red.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspective: A Quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press 1991, p. 19 e.v.

D'Aspremont 2012

J. d'Aspremont, 'From a Pluralization of International Law-making Processes to a Pluralization of the Concept of International Law', in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 185-199.

Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, 'Rechten van bijzondere groepen en collectieve rechten', in: J.H. Gerards e.a. (eindred.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Bellamy 2014

R. Bellamy, 'The democratic legitimacy of international human rights conventions: political constitutionalism and the Hirst case', in: A. Føllesdal, J. Karlsson Schaffer & G. Ulfstein (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 243-271.

Bickel 1962

A.M. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, tweede druk, New Haven/Londen: Yale University Press 1962.

Bobek 2014

M. Bobek, 'The Court of Justice, the national courts and the spirit of cooperation: between Dichtung und Wahrheit', in: A. Lazowski & S. Blockmans (red.), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Londen: Edward Elgar 2014, ook via <http://ssrn.com/abstract=2446547>.

Bodnar 2014

A. Bodnar, 'Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings', in: Y. Haeck & E. Brems (red.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht: Springer 2014, p. 223-262.

Boerefijn 1999

I. Boerefijn, *The Reporting Procedure under the Covenant on Civil and Political Rights: Practice and Procedure of the Human Rights Committee*, Antwerpen: Intersentia 1999.

Von Bogdandy & Venzke 2012

A. von Bogdandy & I. Venzke, 'In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification', *EJIL* 2012, afl. 23-1, p. 7-41.

Bossuyt 2007

M. Bossuyt, 'Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations', *HRLJ* 2007, afl. 28-9, p. 321-332.

Brillat 1996

R. Brillat, 'A New Protocol for the European Social Charter Providing for Collective Complaints', *EHRLR* 1996, p. 53-62.

Buchanan & Keohane 2008

A. Buchanan & R.O. Keohane, 'The Legitimacy of Global Governance Institutions', *Ethics and International Affairs* 2008, afl. 20-4, p. 405-437.

Buergenthal 2001

T. Buergenthal, 'The UN Human Rights Committee', *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2001, p. 341.

Burbano Herrera 2014

C. Burbano Herrera, 'Regel 39 Reglement van het Hof. Interimmaatregelen', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel II. Procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 486-513.

Çalı 2008

B. Çalı, 'The purposes of the European Human Rights System: one or many?', *EHRLR* 2008, p. 299-306.

Churchill & Khaliq 2004

R. Churchill & U. Khaliq, 'The Collective Complaints System of the European Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?', *EJIL* 2004, p. 417-456.

Citroni 2015

G. Citroni, 'The Human Rights Committee and its Role in Interpreting the International Covenant on Civil and Political Rights vis-à-vis States Parties', *EJIL: Talk!*, 28 augustus 2015, www.ejiltalk.org.

Clapham 2012

A. Clapham, 'United Nations Charter-Based Protection of Human Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 79-103.

Cusack & Cook 2012

S. Cusack & R.J. Cook, 'Combating Discriminatio against Women', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 211-242.

Dekker 2014

M.J. Dekker, 'Het facultatief protocol bij het IVESCR, Katalysator voor toetsing aan economische, sociale en culturele rechten door de nationale rechter?', *NTM* 2014, afl. 39-4, p. 437-454.

De Schutter 2012a

O. De Schutter, 'The Status of Human Rights in International Law', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 39-58.

De Schutter 2012b

O. De Schutter, 'The European Social Charter', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 463-480.

Dibbets, Buyse & Timmer 2014

A. Dibbets, A.C. Buyse & A. Timmer, *De juridische gevolgen van ratificatie door Nederland van het Facultatief Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten*, SIM/Universiteit Utrecht 2014.

Donders 2014

Y. Donders, 'Europa's voorvechter van economische en sociale rechten – Het Europees Comité voor Sociale Rechten', *AA* 2014, afl. 4, p. 253-261.

Drzemczewski 2011

A. Drzemczewski, 'Quelques reflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg', in: *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris: Dalloz 2011, p. 243-248.

Dworkin 1978

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1978.

Dworkin 1985

R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1985.

Dworkin 1996

R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1996.

Ely 1980

J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1980.

Fallon 2005

R.H. Fallon, 'Legitimacy and the Constitution', 118 *Harvard Law Review* 2005, p. 1787-1853.

Fleuren 2005

J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter', in: P.A. Nollkaemper e.a., *De nationale rechter en het internationale recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005, p. 89 e.v.

Fleuren 2010

J.W.A. Fleuren, 'The application of public international law by Dutch courts', *NILR* 2010, p. 245 e.v.

Fleuren 2015

J.W.A. Fleuren, 'Hoe komen juridische begrippen en regels aan hun betekenis? Het belang van de taal filosofie van de latere Wittgenstein voor de rechtsgeleerdheid', *AA* 2015, p. 568-584.

Fleuren & Gerards 2014

J.W.A. Fleuren & J.H. Gerards, 'The Netherlands', in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 217-260.

Føllesdal 2013

A. Føllesdal, 'The Legitimacy Deficits of the Human Rights Judiciary: Elements and Implications of a Normative Theory', *Theoretical Inquiries in Law* 2013, p. 339-360.

Føllesdal 2014

A. Føllesdal, 'Much ado about nothing? International judicial review of human rights in well-functioning democracies', in: A. Føllesdal, J. Karlsson Schaffer & G. Ulfstein (red.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 272-299.

Galligan & Sandler 2004

D. Galligan & D. Sandler, 'Implementing Human Rights', in: S. Halliday & P. Schmidt (red.), *Human Rights Brought Home. Socio-Legal Studies of Human Rights in the National Context*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 23-55.

Ganshof van der Meersch 1988

W.J. Ganshof van der Meersch, 'Le "caractère autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la CEDH', in: F. Matscher & H. Petzold (red.), *Protecting Human Rights: The European Dimension* (Festschrift Wiarda), Keulen: Heymanns 1988, p. 201-220.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerards 2012

J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: H. den Tonkelaar & L. de Groot (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51.

Gerards 2013a

J.H. Gerards, 'De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht – inleiding', in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-44.

Gerards 2013b

J.H. Gerards, 'Protocol 16 en advisering door het EHRM', *A&MR* 2013, afl. 10, p. 513-519.

Gerards 2014a

J.H. 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 European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 13-94.

Gerards 2014b

J.H. Gerards, 'Artikel 29 EVRM. Bevoegdheden van en procedures voor een Kamer', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel II. Procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 69-81.

Gerards 2014c

J.H. Gerards, 'Artikel 32 EVRM. Rechtsmacht van het EHRM', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel II. Procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 91-111.

Gerards 2014d

J.H. Gerards, 'Advisory opinions, preliminary rulings and the new Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights - a comparative and critical appraisal', *MJ* 2014, afl. 21-4, p. 630-651.

Gerards & Sieburgh 2013

J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-44.

Glas 2014

L.R. Glas, 'Artikel 46 EVRM. Bindende kracht en tenuitvoerlegging van uitspraken', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel II – Procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 347-396.

Glas 2016

L.R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen: Intersentia 2016.

Halliday & Schmidt 2004

S. Halliday & P. Schmidt, *Human Rights Brought Home. Socio-Legal Studies of Human Rights in the National Context*, Oxford: Hart Publishing 2004.

Hannum 2012

H. Hannum, 'The United Nations and Human Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 61-78.

Harrington 2015

J. Harrington, 'The Human Rights Committee, Treaty Interpretation, and the Last Word', *EJIL: Talk!*, 5 augustus 2015, www.ejiltalk.org.

Heringa 1989

A.W. Heringa, *Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedchapskost van de rechter*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1989.

ILA 2004

International Law Association (ILA), *Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies*, Berlin Conference 2004.

Jaeger 1997

R. Jaeger, 'The Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints', *LJIL* 1997, p. 69-80.

Kakouris 1994

C.N. Kakouris, 'Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities', *Pace International Law Review* 1994, p. 267 e.v.

Kälin 2012

W. Kälin, 'Examination of state reports', in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 16-72.

Kanetake & Nollkaemper 2014

M. Kanetake & A. Nollkaemper, 'The application of informal international instruments before domestic courts', *George Washington International Law Review* 2014, p. 765-807.

Keller & Grover 2012

H. Keller & L. Grover, 'General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy', in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 116-194.

Kjærum 2012

M. Kjærum, 'Combating Racial and Related Discrimination', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 189-210.

Klein 2000

E. Klein, 'Should the binding effect of the judgments of the European Court of Human Rights be extended?', in: P. Mahoney (red.), *Protecting Human Rights: the European Perspective*, Keulen: Heymanns 2000, p. 705-713.

Komárek 2007

J. Komárek, 'In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure', *ELR* 2007, p. 467-491.

Kretzmer & Klein 2010

D. Kretzmer & E. Klein, 'The UN Human Rights Committee and International Human Rights Monitoring', New York University Law School: IILJ International Legal Theory Colloquium 2010, <http://iilj.org/courses/documents/2010Colloquium.Kretzmer.pdf>.

Krommendijk 2011

J. Krommendijk, 'The effectiveness of non-judicial mechanisms for the implementation of human rights', *Human Rights and International Legal Discourse* 2011, afl. 5-2, p. 264-293.

Krommendijk 2013

J. Krommendijk, 'De beperkte effectiviteit van de aanbevelingen van het VN-Mensenrechtencomité in Nederland nader bekeken en verklaard', *NTM* 2013, afl. 38-2, p. 212-228.

Krommendijk 2014

J. Krommendijk, *The Domestic Impact and Effectiveness of the Process of State Reporting under UN Human Rights Treaties in the Netherlands, New Zealand and Finland. Paper-pushing or policy-prompting?*, Antwerpen: Intersentia 2014.

McLachlan 2005

C.A. McLachlan, 'The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention', *ICLQ* 2005, p. 279-320.

Lasser 2004

M. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Lawson 2015

R.A. Lawson, 'Two Steps Back, Three Steps Ahead: Zwarte Piet and the European Convention of Human Rights', in: *Essays in honour of Dean Spielmann*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2015, p. 323-334.

Lenaerts 2003

K. Lenaerts, 'Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law', *ICLQ* 2003, p. 873.

Lenaerts & Corthaut 2006

K. Lenaerts & T. Corthaut, 'Rechtsvinding door het Hof van Justitie', *AA* 2006, afl. 9, p. 581-588.

Letsas 2007

G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Lörcher 2013

K. Lörcher, 'The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR): The *Demir and Baykara* Judgment, its Methodology and Follow-up', in: F. Dorsemont, K. Lörcher & I. Schömann (red.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2013, p. 3-46.

Mechlem 2009

K. Mechlem, 'Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights', *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2009, p. 905-947.

Mohammadi 2015

D. Mohammadi, 'Opvang van uitgeprocedeerde vreemdelingen: waarom we het voorbeeld van de gemeenten moeten opvolgen', *AA* 2015 (10), p. 749-761.

Naudé Fourie 2009

A. Naudé Fourie, *The World Bank Inspection Panel and Quasi-Judicial Oversight. In Search of the 'Judicial Spirit' in Public International Law* (diss. Rotterdam 2009).

Niemi 2003

H. Niemi, 'National Implementation of Findings by United Nations Human Rights Treaty Bodies: A Comparative Study', *Research reports Åbo Akademi University*, 2003.

Nowak 2012

M. Nowak, 'Torture and Enforced Disappearance', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 153-187.

O'Flaherty 2006

M. O'Flaherty, 'The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies', HRLR 2006, afl. 6-1, p. 27-52.

OHCHR 2011

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) (2011), *Report on the working methods of the human rights treaty bodies relating to the State party reporting process*, 23 mei 2011, HRI/ICM/2011/4.

Pauwelyn 2012

J. Pauwelyn, 'Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?', in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 125-161.

Popelier 2012

P. Popelier, 'The Court as Regulatory Watchdog: the Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights', in: P. Popelier, A. Mazmanyan & W. Vandenbruwaene (red.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 249-268.

Popelier & Van de Heyning 2013

P. Popelier & C. Van de Heyning, 'Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis', *EUConst* 2013, p. 230-262.

Popelier & Lambrechts 2016

P. Popelier & S. Lambrechts (red.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Antwerpen: Intersentia 2016 (te verschijnen).

Quinn & O'Mahoney 2012

G. Quinn & C. O'Mahoney (2012), 'Disability and Human Rights: A New Field in the United Nations', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 265-300.

Ress 2005

G. Ress, 'The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order', *Texas International Law Journal* 2005, p. 359 e.v.

Riedel 2012

E. Riedel, 'Economic, Social and Cultural Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 131-152.

Rieter 2010

E. Rieter, *Preventing Irreparable Harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Antwerpen: Intersentia 2010.

Risse, Rop & Sikkink 1999

Th. Risse, S.C. Rop & K. Sikkink (red.), *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.

Rodley 2012

Sir Nigel Rodley, 'Civil and Political Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 105-129.

Roosevelt 2006

K. Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism*, New Haven/London: Yale University Press 2006.

Ruiter & Wessel 2012

D.W.P. Ruiter & R.A. Wessel, 'The Legal Nature of Informal International Law: A Legal Theoretical Exercise', in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 162-184.

Schabas 2011

W.A. Schabas, 'On the binding nature of the findings of the treaty bodies', in: M.C. Bassiouni & W.A. Schabas (red.), *New Challenges for the UN Human Rights Machinery. What Future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedure?*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 97-106.

Schaffer 2014

J.K. Schaffer, 'Legitimacy, global governance and human rights institutions: inverting the puzzle', in: A. Føllesdal, J. Karlsson Schaffer & G. Ulfstein, *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 212-242.

Schlütter 2012

B. Schlütter, 'Aspects of human rights interpretation by UN Treaty Bodies', in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 261-319.

Senden 2011

H.C.K. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen: Intersentia 2011.

Sepúlveda 2003

M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen: Intersentia 2003.

Shelton 2012

D.L. Shelton, 'The Legal Status of Normative Pronouncements of Human Rights Treaty Bodies', in: H.P. Hestermeyer e.a. (red.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Leiden: Martinus Nijhoff 2012, p. 553-575.

Sieburgh 2004

C.S. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2004.

Simmons 2009

B.A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights. International Law in Domestic Policies*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.

Slingenberg 2010

L. Slingenberg, 'Illegale kinderen en het Europees Sociaal Handvest', *A&MR* 2010, afl. 2, p. 81.

Sunstein 1996

C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York/Oxford: Oxford University Press 1996.

Sweepston 2012

L. Sweepston, 'The International Labour Organization and Human Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 353-371.

Timmermans 2015

C.W.A. Timmermans, 'De Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EU als partners in de prejudiciële procedure', *TCR* 2015, p. 114-118.

Waldron 1999

M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press 1999.

Ulfstein 2012

G. Ulfstein, 'Individual Complaints', in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 73-115.

Van de Heyning 2011

C. Van de Heyning, *Fundamental Rights lost in complexity. The protection of fundamental rights against violations by the rulemaker in converging national and European legal systems* (diss. Antwerpen 2011).

Van Drooghenbroeck 2009

S. Van Drooghenbroeck, 'Les frontières du droit et le temps juridique: la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites', *RTDH* 2009, p. 811 e.v.

Waldron 2006

J. Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review', *Yale Law Journal* 2006, p. 1346 e.v.

Weiler 1999

J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.

De Werd 2015

M. de Werd, *Der Lauf der Dinge – Problemen van rechtspraak in een Europese context*, Oratie Maastricht 2015, <http://europeancourts.blogspot.nl/2015/12/der-lauf-der-dinge-problemen-van.html>.

Wheatley 2011

S. Wheatley, 'A democratic rule of international law', *EJIL* 2011, p. 525 e.v.

Wheatley 2014

S. Wheatley, 'On the legitimate authority of international human rights bodies', in: A. Føllesdal, J. Karlsson Schaffer & G. Ulfstein (red.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 84-116.

De Wit 2012

J. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast. Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden 'vinden geen toepassing' in artikel 94 van de Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Wolfrum 2008

R. Wolfrum, 'Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations', in: R. Wolfrum & V. Röben (red.), *Legitimacy in International Law*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer 2008, p. 1-24.

Young 2008

K.G. Young, 'The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content', *Yale Journal of International Law* 2008, p. 113-175.

Zucca 2007

L. Zucca, *Constitutional Dilemma's. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford: Oxford University Press 2007.