

Rechtseenheid en het EHRM

Janneke Gerards*

* Prof. mr. J.H. Gerards (*j.h.gerards@uu.nl*; *www.uu.nl/medewerkers/jhgerards*) is hoogleraar fundamentele rechten bij de Universiteit Utrecht; zij verricht haar onderzoek binnen het universitaire onderzoekszwaartepunt Instituten voor Open Samenlevingen en het Montaigne Centrum.

- Deze kerntaak komt vooral tot zijn recht in de prejudiciële procedure van art. 267 VWEU. Zie o.m. M. Broberg & N. Fenger, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 2; A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 97.
- Het gaat hier dus niet zozeer om rechtseenheid met als doel rechtsekerheid te creëren, bijvoorbeeld door te vermijden dat verschillende hoogste rechters een tijdlang een verschillende uitleg aan vergelijkbare begrippen of regels geven. Voor de Europese rechtsordes lijkt dit een minder belangrijk doel te zijn, al heeft het EHRM het belang van deze invulling van rechtseenheid onderkend waar het gaat om de verenigbaarheid met art. 6 EVRM van het bestaan van verschillende rechtspraaklijnen; zie bijv. EHRM (GK) 20 oktober 2011, 13279/05, ECLI:CE:ECHR:2011:1020JUD001327905 (*Nejdet Şahin en Perihan Şahin t. Turkije*), ECHR 2012/15, m.nt. R. de Lange, NJ 2012/563, m.nt. E.A. Alkema.
- Zie bijv. A. Von Bogdandy & S. Schill, 'Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty', *Common Market Law Review* (48) 2011, p. 1417-1454; E. Cloots, *National Identity in EU law*, Oxford: Oxford University Press 2015.
- Zie bijv. HvJ EU 18 december 2014, C-364/13, ECLI:EU:C:2014:2451 (*International Stem Cell Corporation*), ECHR 2015/67, m.nt. F. Fleurke, IER 2015/15, m.nt. A.F. Kupecz.

Vaak wordt aangenomen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens streeft naar rechtseenheid in de zin van een uniform niveau van grondrechtenbescherming. Deze bijdrage laat zien dat en waarom dit in werkelijkheid veel genuanceerder ligt: het bewerkstelligen van uniformiteit is eerder een bij-effect van de werkwijze van het Hof, dan dat het gaat om een daadwerkelijke doelstelling.



1 Inleiding

Voor het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) staat het buiten kijf: rechtseenheid en het geven van een uniforme uitleg behoren tot zijn kerntaken.¹ Rechtseenheid heeft daarbij een specifieke betekenis, namelijk dat de rechten en plichten van EU-burgers, ondernemingen en overheden in alle lidstaten van de EU dezelfde moeten zijn.² Rechtseenheid en uniformiteit zijn in dit verband dus vrijwel uitwisselbare noties, die voor de EU-rechtsorde van groot belang zijn. Natuurlijk is er binnen de EU wel wat discussie over uniformiteit als streven. Regelmatig wordt betoogd dat het HvJ EU meer oog zou moeten hebben voor de constitutionele identiteit van staten en voor nationale diversiteit.³ Het HvJ EU komt aan dit soort gevoelens ook wel tegemoet. Meer dan eens heeft het de nodige ruimte gelaten voor

verschillen in uitleg en toepassing, bijvoorbeeld als het gaat om morele vraagstukken als de definitie van een 'embryo'⁴ of de betekenis van 'menselijke waardigheid'.⁵ Duidelijk is tegelijkertijd dat het hierbij gaat om uitzonderingen: uniformiteit blijft het doel.

De vraag is of en in hoeverre ditzelfde geldt voor die andere Europese rechtsorde, namelijk die van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Op zichzelf is er best iets voor te zeggen dat ook in deze rechtsorde rechtseenheid in de zin van uniformiteit een belangrijke waarde is. Grondrechten zijn immers universeel – voor hun gelding en betekenis zou het niet mogen uitmaken of ze in IJsland of in Armenië worden ingeroepen.⁶ Bovendien heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, hierna ook: het Hof) op basis van artikel 32 EVRM de bevoegdheid om zich uit te spreken over 'alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het Verdrag'. Daardoor zou kunnen worden aangenomen dat het Hof een net zo belangrijke taak tot het bewerkstelligen van rechtseenheid heeft als het HvJ EU, maar dan specifiek waar het gaat om grondrechten. Bovendien zou de verwachting kunnen zijn dat een streven naar rechtseenheid vooral tot uitdrukking

komt in de definitie en afbakening van de EVRM-rechten. Het is immers precies op dat punt dat het belangrijk is dat in alle Europese landen dezelfde uitleg wordt gegeven.

Maar toch, waar de gemiddelde jurist het HvJ EU meteen zal associëren met ‘uniforme uitleg’, ‘harmonisatie’ en ‘eenvormigheid’, is dat veel minder het geval bij het EHRM. Bij het EHRM wordt juist vaak gedacht in termen van ‘subsidiariteit’, ‘margin of appreciation’ en ‘respect voor diversiteit’, vooral ook waar het gaat om de toepassing van EVRM-rechten op concrete kwesties. Regeringsleiders uit alle Europese staten vinden dergelijke begrippen zelfs zodanig belangrijk dat zij ze toegevoegd willen zien aan de preambule van het EVRM;⁷ er ligt dan ook een Protocol voor waarmee dat gaat gebeuren.⁸ Rechtseenheid in de zin van het stellen van een uniform beschermingsniveau in de EVRM-rechtsorde staat ogenschijnlijk dan ook minder hoog op de prioriteitenladder dan bij het HvJ EU.

Waar de gemiddelde jurist het HvJ EU meteen zal associëren met ‘uniforme uitleg’, ‘harmonisatie’ en ‘eenvormigheid’, is dat veel minder het geval bij het EHRM

Daarmee is er nogal wat onduidelijkheid over de waarde van rechtseenheid voor de EVRM-rechtsorde. Streeft het EHRM expliciet en welbewust naar rechtseenheid of juist niet? Op welke punten speelt rechtseenheid in de argumentatie van het EHRM een rol? En welke verklaringen zijn te bieden voor die specifieke rol? Het zijn deze vragen die in deze bijdrage aan de Rode draad ‘Rechtseenheid’ centraal zullen staan. Om ze op een zinvolle manier te kunnen beantwoorden, bespreek ik hierna eerst enkele contextuele punten die van belang zijn voor de werkwijze van het EHRM in algemene zin (par. 2). Vervolgens ga ik nader in op de rol van rechtseenheid bij de interpretatie van EVRM-bepalingen (par. 3) en bij de beoordeling van beperkingen van grondrechten (par. 4). Om de cirkel rond te maken, sluit ik af met een korte duiding van de betekenis van rechts-

eenheid in de rechtspraak van het EHRM, mede in het licht van de typische kenmerken van de EVRM-rechtsorde (par. 5).

2 Kenmerken van het EVRM-systeem

Het antwoord op de vraag welke rol rechtseenheid speelt in de rechtspraak van het EHRM hangt nauw samen met de taakstelling van het Hof, met het karakter van de bepalingen waarover het zich moet uitspreken en met zijn institutionele positie. Op deze algemene kenmerken van het EVRM-systeem ga ik hierna dan ook kort in.⁹

2.1 Functies van het EHRM

Het EHRM heeft binnen de EVRM-rechtsorde verschillende functies,¹⁰ waarvan er twee voor deze bijdrage van bijzonder belang zijn.¹¹ In de eerste plaats is er de *rechtsbeschermingsfunctie* van het Hof, gebaseerd op artikel 19 EVRM.¹² Het Hof fungeert als achtervang als is gebleken dat de bescherming van grondrechten op nationaal niveau tekort is geschoten en het voor een slachtoffer niet mogelijk blijkt om op nationaal niveau rechtsherstel te verkrijgen.¹³ In de tweede plaats heeft het Hof een *interpretatieve functie*.¹⁴ Die functie houdt verband met de vraag wie in laatste instantie bepaalt welke verplichtingen voortvloeien uit het EVRM. Uit artikel 1 EVRM blijkt dat de verdragsstaten zich ertoe hebben verplicht om de in het EVRM neergelegde rechten te verzekeren.¹⁵ Uit de preambule blijkt echter ook dat het doel van het EVRM is om te zorgen voor ‘collectieve handhaving’ van deze rechten, namelijk door middel van een bovennationaal mechanisme.¹⁶ Als onderdeel van dit collectieve handhavingmechanisme heeft het EHRM de al vermelde bevoegdheid gekregen om de EVRM-bepalingen te interpreteren en daarmee te bepalen wat de minimale vereisten zijn waaraan de staten moeten voldoen.¹⁷

Voor de interpretatieve functie laat zien dat het EHRM een zekere taak heeft tot uniforme verdragsuitleg. Alleen als het EHRM een eenduidig minimumbeschermingsniveau in het Verdrag leest, kan het collectieve handhavingmechanisme goed functioneren. Voorzien wordt dan immers in eenduidige normen die voor alle staten in gelijke mate gelden. De staten kunnen vervolgens worden aangesproken als zij niet voldoen aan deze normen, wat nodig

- 5 Zie klassiek HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega Spielhallen*), *EHRC* 2004, I-9609. Nader o.m. G.T. Petursson, *The Proportionality Principle as Tool for Disintegration in EU Law – of Balancing and Coherence in the Light of the Fundamental Freedoms* (diss. Universiteit Lund), 2014 en J.H. Gerards, ‘Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine’, *European Law Journal* (17) 2011, afl. 1, p. 80-120.
- 6 Wel bestaat er van oudsher veel discussie over de betekenis van de universaliteitsclaim bij grondrechten; zie onder meer R.D. Sloane, ‘Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights’, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (34) 2001, p. 527-596 en E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2001.
- 7 Dit bleek vooral uit de zogenaamde Brightonverklaring die de regeringsleiders in 2013 aanvaardden; zie www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Final_Declaration_ENG.pdf.
- 8 Protocol Nr. 15 bij het EVRM, ETS-nr. 213 (via www.coe.int/conventions).
- 9 Met meer diepgang ben ik hierop ingegaan in 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; het navolgende is grotendeels op dit hoofdstuk en ander eerder onderzoek gebaseerd. Waar relevant wordt voorzien in de verwijzingen naar de vindplaatsen.
- 10 Zie vollediger B. Çalı, ‘The purposes of the European Human Rights System: one or many?’, *European Human Rights Law Review* 2008, p. 299-306 en J.H. Gerards, ‘The prism of fundamental rights’, *European Constitutional Law Review* (8) 2012, p. 173-202.
- 11 Zie ook De Londras, die spreekt van de ‘dual functionality’ van het Hof: F. De Londras, ‘Dual functionality and the persistent frailty of the European Court of Human Rights’, *European Human Rights Law Review* 2013, p. 38-46.
- 12 De Londras 2013, p. 38-46; zie nader ook J.H. Gerards & L.R. Glas, ‘Access to justice in the European Convention on Human Rights system’, *Netherlands Quarterly of Human Rights* (35) 2017, p. 11-30.
- 13 Het Hof ziet het EVRM in dit verband als ‘an instrument of European public order for the

protection of individual human beings' – bijv. EHRM (GK) 23 februari 2016, 11138/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD001113810 (*Mozer t. Moldavië en Rusland*), EHRC 2016/116, m.nt. J.R. Groen, par. 136. Zie voor de taak van het Hof bij het toekennen van schadevergoeding EHRM (GK) 31 maart 2017, 35589/08, ECLI:CE:ECHR:2017:0330JUD003558908 (*Nagmetov t. Rusland*), EHRC 2017/122, m.nt. L.R. Glas, vooral par. 64 e.v.

14 Dit wordt ook wel de 'constitutionele' rol van het Hof genoemd; zie klassiek E.A. Alkema, 'The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court', in: P. Mahoney e.a. (red.), *Protecting Human Rights: The European Perspective – Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Keulen: Carl Heymans 2000, p. 41-63.

15 Zij hebben dus een primaire verplichting om dit te doen – het beginsel van 'primariteit', zoals Christoffersen dit noemt: J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009.

16 Ook het Comité van Ministers maakt daarvan bijvoorbeeld deel uit; zie art. 46 EVRM. Zie uitgebreid over het functioneren van dit collectieve mechanisme L.R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen: Intersentia 2016.

17 Zie nader J.H. Gerards, 'Artikel 32. Interpretatie en toepassing van het EVRM', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM* (online, bijgewerkt 15 juli 2017).

18 Zie nader o.m. Sloane 2001.

19 Dit is een kwestie waarover in Nederland veel te doen is; zie bijv. D. Mohammadi, 'Opvang van uitgeprocedeerde vreemdelingen: waarom we het voorbeeld van de gemeenten moeten opvolgen', *Ars Aequi* 2015, afl. 10, p. 749-761 (AA20150749); K. Zwaan & P. Minderhoud, 'Bed-bad-brood: Vrijheidsbeperking niet in strijd met verplichting om opvang te bieden?', *Gemeentestem* 2016/165; A. Terlouw, 'Commentaar bij de bed-bad-brood-uitspraken van RvS en CRvB: Een sluitend systeem van opvang?', *A&MR* 2016, afl. 1. Rechters gaan er overigens wel van uit dat deze materie binnen het bereik van het EVRM valt; zie ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415, AB 2016/10, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803, AB 2016/37, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman, *USZ* 2016/10, m.nt. M.J.A.C. Driessen; ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1782, AB 2016/355, m.nt. P.R. Rodrigues; EHRM 5 juli 2016 (ontv.), 17931/16, ECLI:CE:ECHR:

is om effectief vorm te kunnen geven aan de individuele rechtsbeschermingsfunctie. De beide functies van het Hof hangen dus nauw met elkaar samen.

2.2 De onbepaalde aard van grondrechtenbepalingen

Het eenvormig bepalen van een minimumbeschermingsniveau wordt gecompliceerd door het feit dat het EVRM grondrechtenbepalingen bevat. Ondanks alle retoriek over de universaliteit van grondrechten is er maar weinig consensus over de vraag wat die grondrechten nu precies inhouden.¹⁸ Op een hoog abstractieniveau, en als het gaat om de kern van de grondrechten, is het meestal nog wel mogelijk om een eenduidige definitie van grondrechten te definiëren. (Bijna) iedereen zal het er bijvoorbeeld over eens zijn dat het folterverbod betekent dat de politie niet een verdachte zodanig mag bewerken met ijzeren staven dat hij een misdaad bekent, of dat het recht op respect voor het gezinsleven betekent dat een kind niet zomaar bij de ouders mag worden weggehaald. Veel lastiger wordt het wanneer een meer concreet niveau wordt gekozen of wanneer wordt gekeken naar kwesties die zich meer in de periferie van een grondrecht bevinden. Betekent het verbod van onmenselijke behandeling bijvoorbeeld dat ongedocumenteerde vreemdelingen recht hebben op bed, bad en brood?¹⁹ Houdt het recht op respect voor het gezinsleven in dat 'meerouderschap' juridisch wordt erkend?²⁰

Ondanks alle retoriek over de universaliteit van grondrechten is er maar weinig consensus over de vraag wat die grondrechten nu precies inhouden

De tekst van het EVRM biedt op dit punt weinig aanknopingspunten en ook de verdragsgeschiedenis is weinig behulpzaam. De opvattingen over wat grondrechten inhouden, zijn in de loop der tijd sterk veranderd en ook maatschappelijke, politieke en technologische ontwikkelingen maken dat de bepalingen niet meer zo gemakkelijk kunnen worden uitgelegd naar de letterlijke bedoeling van de opstellers van het verdrag.²¹

Het geven van een uniforme uitleg wordt door deze onbepaaldheid van de EVRM-rechten sterk bemoeilijkt. Het is immers lastig te weten op welke grondslag zo'n uniforme uitleg zou moeten worden gebaseerd als tekst en verdragsgeschiedenis geen duidelijkheid bieden. Natuurlijk zou het Hof kunnen aanknopen bij het minimale niveau van grondrechtenbescherming waarover binnen de EVRM-staten consensus bestaat.²² Het nadeel daarvan is echter dat niet zo duidelijk is wat 'consensus' dan precies is en hoe die kan worden gevonden.²³ Bovendien is de vraag waarom het juist de statelijke consensus zou moeten zijn die het beschermingsniveau bepaalt. Zo blijken er in Malta grote bezwaren te bestaan tegen abortus; de wetgeving op dit punt is daarom bijzonder restrictief.²⁴ Stel nu dat Malta de enige staat in Europa zou zijn waar die bezwaren er in deze mate zijn. Zou dat dan in de weg mogen staan aan een uitleg van het recht op respect voor het privéleven van artikel 8 EVRM die ook het recht op een abortus omvat? En wat zegt het nu precies dat 'men' in Malta tegen abortus is? Ook binnen Malta zijn er mensen die juist wél voorstander zijn van abortus en zijn er mensen die zich het slachtoffer voelen van wat een meerderheid van de bevolking vindt.²⁵ Vanuit een meer moreel perspectief kan worden volgehouden dat die mensen behoren tot het soort minderheid waarvan het EVRM de rechten nu juist zou moeten beschermen.²⁶ Dat zou betekenen dat statelijke consensus een slechte raadgever is als het gaat om het vaststellen van een uniform beschermingsniveau voor grondrechten.²⁷ Maar als dat zo is, waarop moet het EHRM zijn interpretaties dan wel baseren? Het antwoord op deze vraag valt nog niet zo gemakkelijk te geven, vooral nu ook alternatieve, meer morele bases voor grondrechtenuitleg inherent betwist zijn.²⁸ Bij de beantwoording van de vraag of een recht op abortus wel of niet onder het EVRM moet worden beschermd en, zo ja, op welk niveau, zal zich bijvoorbeeld onherroepelijk een debat opdringen over de betekenis van noties als die van de inherente waarde van het menselijk leven in vergelijking tot die van persoonlijke autonomie. Het EHRM zal dan ook onvermijdelijk grote moeite hebben om op rationele gronden een uniform beschermingsniveau van grondrechten te bepalen.

2.3 Institutionele positie van het EHRM

In de derde en laatste plaats wordt de rol van rechtseenheid in de EHRM-rechtspraak mede bepaald door de institutionele positie van het Hof. Het Hof heeft namelijk te maken met iets dat kan worden beschreven als een dubbel constitutioneel dilemma.²⁹ Iedere rechter die wetgeving of bestuursbesluiten toetst op verenigbaarheid met hogere regelgeving, krijgt per definitie te maken met de ‘countermajoritarian difficulty’ – het eerste constitutionele dilemma.³⁰ De rechter kan immers in de positie terechtkomen waarin hij een wet of een besluit onverbindend moet verklaren of moet vernietigen wegens strijd met hoger recht, terwijl die wet of dat besluit direct of indirect een zekere democratische legitimatie heeft.

Het Hof moet steeds schipperen tussen effectieve bescherming van de grondrechten en respect voor nationale soevereiniteit

Voor het EHRM komt daar nog een tweede constitutioneel dilemma bij, dat te maken heeft met de positie die het heeft ten opzichte van de staten. Gelet op de primaire verantwoordelijkheid van de staten om de grondrechten te beschermen,³¹ heeft het EHRM alleen tot taak om toe te zien op de vraag of zij daarbij het minimumbeschermingsniveau in acht hebben genomen. Bij de concrete beoordeling of dat niveau is gerespecteerd, moet het Hof rekening houden met de soevereiniteit van de staten en met hun constitutionele eigenheid.³² Tegelijkertijd moet het Hof ervoor zorgen dat de grondrechten op een voldoende niveau beschermd worden, omdat anders de doelstellingen van het EVRM niet kunnen worden verwezenlijkt. Het Hof moet daardoor steeds schipperen tussen effectieve bescherming van de grondrechten en respect voor nationale soevereiniteit.

2.4 Tussenconclusie

De drie hierboven beschreven kenmerken van het EVRM-systeem maken dat het EHRM dagelijks met bijzonder complexe vragen wordt geconfronteerd. Het is zijn taak om een effectief minimum van

grondrechtenbescherming te bieden dat gelijkloeiend is voor alle staten en hun inwoners. Het moet dus streven naar rechtseenheid. Tegelijkertijd is het voor het Hof bijzonder lastig om dat te doen vanwege de onbepaaldheid van de grondrechten en de eisen die daaruit voortvloeien en vanwege de primaire positie van de staten om die grondrechten te beschermen. Het is dit spanningsveld dat bepaalt hoe het Hof in zijn rechtspraak omgaat met rechtseenheid.

Het EHRM moet streven naar rechtseenheid. Tegelijkertijd is het bijzonder lastig om dat te doen vanwege de onbepaaldheid van de grondrechten en vanwege de primaire positie van de staten om die grondrechten te beschermen

3 Rechtseenheid en de interpretatie van het EVRM

Een aanwijzing dat het Hof belang hecht aan uniformiteit van grondrechtenbescherming kan worden gevonden in het gebruik van de zogenaamde autonome uitleg van de EVRM-begrippen.³³ Al vroeg heeft het Hof uitgelegd dat het niet wenselijk is om aan te sluiten bij nationale definities van begrippen als ‘eerlijk proces’ of ‘vereniging’. Als bijvoorbeeld een staat een motorclub niet als vereniging zou definiëren, zou die motorclub alleen al daardoor niet de bescherming kunnen genieten van artikel 11 EVRM.³⁴ Daarom kiest het Hof liever voor een autonome interpretatie. Interessant genoeg verwijst het daarbij niet expliciet naar een notie van uniformiteit of eenheid als argument. In plaats daarvan wijst het op het belang van het voorkomen van verschillen in behandeling,³⁵ en vooral op het risico dat staten proberen aan de werking van het EVRM te ontkomen door een al te beperkte nationale definitie te kiezen.³⁶ Weliswaar is dus het effect van autonome interpretatie dat een eenvormig, minimaal beschermingsniveau wordt gegarandeerd, maar het lijkt erop dat het

2016:0705DEC001793116 (*Hunde t. Nederland*), ECHR 2016/254, m.nt. A.B. Terlouw.

20 Meerouderschap is de situatie waarbij meer dan twee ouders een rol spelen in het leven van een kind; zie uitgebreid daarover *Kind en ouders in de 21ste eeuw. Rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap*, Den Haag 2016, Kamerstukken II 2016/17, 33836, 18, bijlage.

21 Uitgebreid o.m. 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.

22 Dit is een mogelijkheid waarvan de risico's vooral in het kader van het EU-recht uiteen zijn gezet; zie de fundamentele discussie tussen J. Coppel & O'Neill, 'The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?', *Common Market Law Review* (29) 1992, p. 669-692 en J.H.H. Weiler, 'Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights', in: N.A. Neuwahl & A. Rosas, *The European Union and Human Rights*, Boston/Den Haag: Kluwer Law International 1995, p. 51-76.

23 Daarnaast kan er een risico bestaan van een 'race to the bottom'; zie voor de EU-context bijv. M.P. Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU. The Scope for the Development of Positive Obligations*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 214. Ook uit empirisch onderzoek blijkt dat het beschermingsniveau dat het Hof als minimum formuleert juist bij een consensusbenadering omlaag kan gaan; vgl. A.T. Guzman & K. Linos, 'Human Rights Backsliding', *California Law Review* (102) 2014, p. 603-654.

24 Zie bijv. United Nations Department of Economic and Social Affairs Population Division, *Abortion Politics and Reproductive Health around the World*, New York: United Nations 2014, p. 3.

25 Dit lijkt in ieder geval de stelling van de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, Nils Muižnieks; zie het rapport van zijn werkbezoek aan Malta in november 2017 op www.coe.int/en/web/commissioner/-/malta-should-step-up-efforts-to-enhance-protection-of-women-s-and-migrants-rights.

26 Zie over dit argument uitgebreider G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2007, p. 123 e.v.

27 Letsas 2007, p. 123 e.v. Positiever is S. Dothan, 'Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge', (iCourts Working Paper Series No. 22), april 2015, via SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2597949, nog te verschijnen in *Chicago Journal of*

International Law.

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

29 Zie nader J.H. Gerards, "Hard Cases" in the Law', in: A. in 't Groen e.a. (red.), *Ferment of Knowledge. Dilemmas in Science, Scholarship and Society*, Leiden: Leiden University Press 2007.

30 Hierover is zeer veel geschreven. Zie voor een handzaam overzicht K. Roosevelt, *The Myth of Judicial Activism*, New Haven/London: Yale University Press 2006.

31 Zie hierboven, bij noot 15.

32 Dit is de gedachte van subsidiariteit; zie bijv. R. Spano, 'Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity', *Human Rights Law Review* (14) 2014, p. 487-502.

33 Zie nader Senden 2011, p. 178.

34 Vgl. EHRM (GK) 29 april 1999, 25088/94, 28331/95 en 28443/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*), *NJ* 1999/649, *NJCM-Bull.* 1999, p. 771, m.nt. H. Bosman & P. Mendelts, *JB* 1999/186, m.nt. A.W. Heringa, par. 100.

35 Zie de voorbeelden genoemd door Senden 2011, p. 294-295.

36 EHRM (GK) 29 april 1999, 25088/94, 28331/95 en 28443/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*), *NJ* 1999/649, *NJCM-Bull.* 1999, p. 771, m.nt. H. Bosman & P. Mendelts, *JB* 1999/186, m.nt. A.W. Heringa, par. 100; zie recenter bijv. EHRM 17 december 2009, 19359/04, ECLI:CE:ECHR:2009:1217JUD001935904 (*M. t. Duitsland*), par. 120; EHRM 12 juni 2012, 26005/08 en 26160/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD002600508 (*Tatár en Fáber t. Hongarije*), *EHRC* 2012/174, m.nt. J.H. Gerards, par. 38.

37 Zie nader J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 51 e.v.

38 Art. 2 lid 2 omschrijft slechts een aantal zeer specifieke omstandigheden waarin het recht op leven kan worden beperkt; abortus staat daar niet bij.

39 Al ligt dit genuanceerd; zie J.A. Bomhoff in *EHRC* 2004/86.

40 EHRM (GK) 8 juli 2004, 53924/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD005392400 (*Vo t. Frankrijk*), *EHRC* 2004/86, m.nt. A.C. Hendriks en m.nt. J.A. Bomhoff, *NJCM-Bull.* 2005, p. 579, m.nt. H.L. Janssen, *AB* 2005/10, m.nt. B.C. van Beers, par. 82-85.

41 EHRM 1 oktober 2009, 76836/01, ECLI:CE:ECHR:2009:1001JUD007683601 (*Kimlya e.a. t. Rusland*), *EHRC* 2009/124, m.nt. J.H. Gerards; het Hof heeft dit sindsdien overigens nooit meer herhaald in dit type zaken, dus het is de vraag of dit een eenmalige

EHRM – anders dan het HvJ EU – het bewerkstellingen van rechtseenheid niet daadwerkelijk als doel heeft.

Bovendien blijken er gevallen te zijn waarin de meningsverschillen tussen en binnen de staten over de juiste minimale uitleg van grondrechtenbepalingen zo groot zijn dat het Hof zich niet wil wagen aan het geven van eenvormige definities.³⁷ Een klassiek voorbeeld hiervan betreft de definitie van het recht op leven van artikel 2 EVRM, waarbij de vraag is wanneer dat leven nu precies begint. Als wordt aangenomen dat dat al het geval is bij de conceptie, of in ieder geval snel daarna, dan garandeert artikel 2 EVRM het leven van ongeboren kinderen in absolute zin.³⁸ Als een staat dan abortus toelaat, is dat moeilijk te verenigen met de verplichting om het leven te beschermen.³⁹ Wordt aangenomen dat het leven pas bij de geboorte begint, dan beschermt artikel 2 EVRM juist niet tegen regelgeving die abortus mogelijk maakt. Om een eenduidig, uniform beschermingsniveau te creëren zou het EHRM duidelijkheid moeten geven over de juiste lezing. In de bekende zaak *Vo* heeft het echter geweigerd dat te doen omdat de opvattingen hierover in Europa zo sterk verschillen.⁴⁰ Minder bekend is dat het Hof een soortgelijke aanpak heeft gekozen in een enkele zaak over de vraag of bepaalde religieuze gemeenschappen daadwerkelijk als 'religieus' mogen worden gekwalificeerd⁴¹ en in een zaak over de vraag in hoeverre ambtenaren aanspraak kunnen maken op het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces.⁴² Constitutionele eigenheid, het ontbreken van een morele consensus en diversiteit gaan hier dan ook boven rechtseenheid of – in de terminologie die het Hof hanteert – gelijkheid.

Er blijken gevallen te zijn waarin de meningsverschillen tussen en binnen de staten over de juiste minimale uitleg van grondrechtenbepalingen zo groot zijn dat het Hof zich niet wil wagen aan het geven van eenvormige definities

Het aantal gevallen waarin het Hof de keuze maakt om helemaal niet autonoom te interpreteren, is echter beperkt. Groter is de categorie van zaken waarin het Hof een methode toepast die ik eerder de 'vastklikmethode' heb genoemd.⁴³ Bij die methode kiest het Hof geen eigen, uniforme of autonome interpretatie van een EVRM-recht, maar sluit het aan bij de nationale erkenning van een grondrecht. Een klassiek voorbeeld is de zaak *E.B. t. Frankrijk*, waarin het Hof duidelijk maakte dat het recht op respect voor het gezinsleven geen gezinsvorming omvat.⁴⁴ De vraag of eenouderadoptie door lesbische vrouwen mag worden verboden, valt daardoor eigenlijk buiten de reikwijdte van het EVRM. In deze zaak koos het EHRM echter voor een andersoortige redenering om dit gevolg te voorkomen. Het merkte op dat in Frankrijk wel juridische toegang wordt geboden tot eenouderadoptie, zonder dat het daartoe verplicht is volgens het EVRM.⁴⁵ Tegelijkertijd erkende het Hof dat er toch een zekere relatie is tussen eenouderadoptie (dus gezinsvorming) en het wél door het EHRM onder artikel 8 EVRM erkende recht op respect voor bestaand gezinsleven. Vanwege de combinatie van die twee omstandigheden mocht worden aangenomen dat het recht moet worden toegekend op een manier die in overeenstemming is met de EVRM-waarborgen.⁴⁶ Zo moest het recht op eenouderadoptie in dit geval zonder discriminatie naar seksuele gerichtheid worden gegarandeerd (art. 14 EVRM).⁴⁷ Uit andere rechtspraak blijkt dat via deze route ook procedurele rechten kunnen worden geclaimd, zoals een recht op een eerlijk proces of een effectief rechtsmiddel (art. 6 EVRM).⁴⁸ Het EVRM-discriminatieverbod of de procedurele waarborgen worden hier dus als het ware 'vastgeklikt' aan de nationale bescherming. Dit betekent tegelijkertijd dat een vergelijkbare EVRM-bescherming niet kan worden ingeroepen in staten waarin het betreffende recht niet wordt erkend. Ten aanzien van staten die eenouderadoptie niet erkennen, kunnen alleenstaande moeders dus geen geslaagd beroep doen op het EVRM. Rechtseenheid is daarmee zeker niet gegarandeerd. De mate waarin het EVRM toegang garandeert tot een rechterlijke voorziening of bescherming biedt tegen discriminatie, is bij het hanteren van de vastklikmethode immers afhankelijk van de rechten die op

nationaal niveau worden toegekend, en niet van een uniform erkende set rechten op het EVRM-niveau.

Het voorgaande maakt duidelijk dat uniformiteit van het beschermingsniveau van het EVRM weliswaar in theorie een belangrijke waarde is, maar dat het EHRM er in de praktijk niet altijd evenveel betekenis aan hecht. Het noemt de notie van uniformiteit niet expliciet als rechtvaardiging voor zijn autonome interpretaties en er zijn ook heel wat gevallen waarin het Hof ervoor kiest juist geen eenvormigheid te garanderen.

Het voorgaande maakt duidelijk dat uniformiteit van het beschermingsniveau van het EVRM weliswaar in theorie een belangrijke waarde is, maar dat het EHRM er in de praktijk niet altijd evenveel betekenis aan hecht

4 Uniformiteit en de toepassing van EVRM-rechten

4.1 Inleiding

De kwestie van uniformiteit van uitleg speelt niet alleen op het niveau van de definitie van grondrechten. Het is welbekend dat het feit dat iemand in een bepaalde situatie een grondrecht geniet, nog niet betekent dat de uitoefening van dat grondrecht niet kan worden beperkt. Zo mag duidelijk zijn dat het gebruik van een zakelijk WhatsApp-account voor privédoeleinden onder de communicatievrijheid valt, maar het kan wel degelijk aanvaardbaar zijn dat een werkgever grenzen stelt aan dat gebruik.⁴⁹ Gelet op de onbepaaldheid van de EVRM-bepalingen is het niet gemakkelijk te bepalen welke beperkingen in zo'n geval toelaatbaar zijn – ook de beperkingsvoorwaarden zijn immers nogal open geformuleerd. Welke vorm van regulering gelet op de context van een zaak redelijk is, kan meestal alleen worden bepaald door die context zorgvuldig te bestuderen.

Het is vooral op dit punt van het stellen van beperkingen dat het EHRM rechtseenheid niet zo belangrijk lijkt te vinden.

Het neemt immers aan dat de staten meestal beter in staat zijn dan het Hof om te bepalen welke grenzen redelijkerwijze kunnen worden gesteld aan de uitoefening van grondrechten.⁵⁰ Als het van oordeel is dat dit het geval is, laat het ruimte aan de staten om hun eigen keuzen te maken, bijvoorbeeld door de bekende 'margin of appreciation'-doctrine in te roepen of door alleen te kijken of een maatregel geen 'individuele en excessieve last' voor een individu heeft opgeleverd.⁵¹ Op het niveau van de concrete toepassing van het EVRM kan de rechtspraak dus aardig uiteenlopen, net als – daarmee – het uiteindelijke beschermingsniveau.

Toch blijkt het Hof uiteindelijk de touwtjes zelf in handen te houden, rekening houdend met zijn kernfuncties om individuele rechtsbescherming te bieden en een helder minimumniveau van bescherming te formuleren. De daadwerkelijke speelruimte voor de staten en het respect voor verscheidenheid zijn daardoor lang niet altijd even groot en de werkwijze van het Hof blijkt in veel gevallen wel degelijk te leiden tot een zekere rechtseenheid. Een aantal voorbeelden uit de rechtspraak kan dit laten zien.

Op het niveau van de concrete toepassing van het EVRM kan de rechtspraak dus aardig uiteenlopen, net als – daarmee – het uiteindelijke beschermingsniveau

4.2 Minder speelruimte, meer uniformiteit

In de eerste plaats is er in de rechtspraak sprake van een meer eenvormig beschermingsniveau als het gaat om inbreuken op grondrechten waarvan het Hof aanneemt dat ze de kern van het EVRM raken. Voorbeelden van zaken waarin dit aan de orde is, zijn het verbieden van een vreedzame demonstratie,⁵² het gebruik van 'hearsay evidence' in strafzaken⁵³ of het verbieden van een politieke partij.⁵⁴ In dit soort zaken laat het EHRM nauwelijks beperkingen toe en handhaaft het strikt een hoog beschermingsniveau, al is een rechtvaardiging nog steeds mogelijk bij zeer zwaarwegende redenen. Belangrijk is

vergingssing is geweest.

- 42 Ook ten aanzien van de vraag wat nu 'echte' staatsgerelateerde functies zijn, blijken in de Europese staten grote juridische verschillen van mening te bestaan. Het Hof worstelt daar al jaren mee, maar heeft in 2007 besloten kool en geit te sparen door het primair aan de staten over te laten om hiervoor een definitie te geven; zie EHRM (GK) 19 april 2007, 63235/00, ECLI:CE:ECHR:2007:0419JUD006323500 (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*), EHRM 207/82, m.nt. E. Geurink, NJ 2007/375, m.nt. E.A. Alkema, AB 2007/317, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 62. Overigens is het Hof hier iets minder absoluut dan in de genoemde zaak Vo, omdat het wel bereid is de draagkrachtigheid te controleren van de redenen die staten hebben om ambtenaren in bepaalde functies uit te sluiten van het recht op toegang tot de rechter (idem, par. 62).
- 43 Gerards, *EVRM – Algemene beginselen* 2011, p. 58.
- 44 EHRM (GK) 22 januari 2008, 43546/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602 (*E.B. t. Frankrijk*), EHRM 2008/44, m.nt. J.H. Gerards, *NJCM-Bull.* 2008, p. 817, m.nt. C.J. Forder & J. Whittingham, NJ 2008/456, m.nt. E.A. Alkema, par. 41.
- 45 EHRM (GK) 22 januari 2008, 43546/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602 (*E.B. t. Frankrijk*), par. 49.
- 46 EHRM (GK) 22 januari 2008, 43546/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602 (*E.B. t. Frankrijk*), par. 49.
- 47 EHRM (GK) 22 januari 2008, 43546/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602 (*E.B. t. Frankrijk*), par. 49.; zie recenter bijv. EHRM 23 februari 2016, 68453/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313 (*Pajić t. Kroatië*), EHRM 2016/118, m.nt. N.R. Koffeman.
- 48 Bijv. EHRM 9 september 2014, 43730/07, ECLI:CE:ECHR:2014:0909JUD004373007 (*Gajtani t. Zwitserland*), EHRM 2014/257, par. 63; EHRM 7 juli 2015, 18499/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0707JUD001849908 (*Shamoyan t. Armenië*), EHRM 2015/195, m.nt. M. Westerveld.
- 49 Vgl. EHRM (GK) 5 september 2017, 61496/08, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608 (*Bărbulescu t. Roemenië*), JAR 2017/259, m.nt. C.M. Jakimowicz.
- 50 Dit is het zogenaamde 'better placed'-argument. Zie voor een recente onderstreping hiervan bijvoorbeeld EHRM (GK) 6 november 2017, 43494/09, ECLI:CE:ECHR:2017:1106JUD004349409 (*Garib t. Nederland*), par. 137 en EHRM 5 december 2017, 57792/15, ECLI:CE:ECHR:2017:1205JUD005779215 (*Hamidović t. Bosnië-Herzegovina*), par. 38.
- 51 Idem. De 'margin of appreciation'

- is de beoordelingsruimte die het Hof laat aan de staat om zijn eigen keuzes te maken. Deze beoordelingsruimte kan beperkter of ruimer zijn naar gelang de omstandigheden; bij sociaaleconomische kwesties laat het Hof bijvoorbeeld meestal veel ruimte aan de staat om zijn eigen wetgeving vorm te geven, terwijl de ruimte veel beperkter is als een staat probeert preventief de vrijheid van meningsuiting van journalisten in te perken; zie nader o.m. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen* 2011.
- 52 EHRM 7 februari 2017, 57818/09 en 14 andere, ECLI:CE:ECHR:2017:0207JUD005781809 (*Lashmankin e.a. t. Rusland*), EHRC 2017/88, m.nt. B. Roorda, par. 412.
- 53 *Al-Khawaja & Tahery t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 15 december 2011, 26766/05 & 22228/06, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, EHRC 2012/56, m.nt. T. Spronken, *NJ* 2012/283, m.nt. T.M. Schalken & E.A. Alkema; *Schatschaschwili t. Duitsland*, EHRM (GK) 15 december 2015, 9154/10, EHRC 2016/89, m.nt. M.J. Dubelaar, *NJ* 2017/294, m.nt. B.E.P. Myjer.
- 54 EHRM 9 juli 2013, 35943/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD003594310 (*Vona t. Hongarije*), EHRC 2013/218, m.nt. P. de Morree, *NJCM-Bull.* 2014/41, m.nt. M. Kanne & H. Broeksteeg, par. 53.
- 55 Dit blijkt uit een kwalitatieve rechtspraakanalyse van zo'n 350 zaken ten behoeve van een ander onderzoeksproject; zie daarvoor J.H. Gerards, 'Dealing with Divergence. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case-Law of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* (18) 2018, nog te verschijnen.
- 56 Zie de voorbeelden genoemd in voetnoten 52, 53 en 54.
- 57 L.M. Huijbers, 'Procedurale toetsing, het EHRM en rechtseenheid en diversiteit', *Ars Aequi* 2018, afl. 1 p. 77-85 (AA20180077).
- 58 Zie voor een uitgebreide analyse T. de Jong, *Procedurale waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- 59 Zie over de onderlinge verhouding nader De Jong 2017.
- 60 Bijv. EHRM 22 juni 2017, 37931/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0622JUD003793115 (*Barnea & Caldaru t. Italië*), EHRC 2017/161.
- 61 Bijv. EHRM 13 juli 2017, 38342/05, ECLI:CE:ECHR:2017:0713JUD003834205 (*Jugheli e.a. t. Georgië*), EHRC 2017/190.
- 62 Bijv. EHRM 14 september 2017, 41215/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0914JUD004121514 (*Ndidi t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2017/206, *JV* 2017/227, m.nt. E. Hilbrink.
- 63 Zie bijv. EHRM (GK) 5 september 2017, 61496/08, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608 (*Bărbulescu t. Roemenië*), *JAR* 2017/259, m.nt. C.M. Jakimovic; vgl. vooral par. 113 en 121.

dat het Hof vrij helder formuleert wanneer bijvoorbeeld een partijverbod mogelijk is, wanneer 'hearsay evidence' toch in de procedure mag worden betrokken, of wanneer een demonstratie kan worden verboden. Als de nationale autoriteiten deze standaarden niet in acht nemen, zal het Hof al snel een schending constateren als het een vergelijkbaar geval krijgt voorgelegd. Daardoor kan de benadering van het Hof leiden tot enige harmonisatie van de nationale benadering van bepaalde gevalstypen. Dat valt ook wel te verwachten, omdat het hier steeds gaat om de kern van de EVRM-rechten en omdat het collectieve beschermingsmechanisme juist in het leven is geroepen om die rechten te beschermen. De nationale beschermingsniveaus kunnen in dit soort gevallen niet te ver uiteen gaan lopen, omdat dat doel van het EVRM anders zou worden ondermijnd.

Rechtseenheid is echter geen expliciet streven, zo blijkt bij het bestuderen van de argumentatie van het Hof in zaken waarin het strikte standaarden voorschrijft.⁵⁵ Het EHRM motiveert zijn strenge uitspraken vooral door de wens de onderliggende waarden van het EVRM te beschermen – bijvoorbeeld om mensen de gelegenheid te geven hun mening vrijelijk te uiten, om een eerlijk proces zo goed mogelijk te waarborgen, of om pluralisme en democratie te beschermen.⁵⁶ Rechtseenheid is hier dus eerder een bijproduct dan een bewust streven.

Rechtseenheid is geen expliciet streven, zo blijkt bij het bestuderen van de argumentatie van het Hof in zaken waarin het strikte standaarden voorschrijft

4.3 Procedurele verplichtingen

Op een tweede voorbeeld uit de rechtspraak is ook Huijbers ingegaan in haar bijdrage aan deze Rode draad.⁵⁷ Het gaat daarbij om de rechtspraak over procedurele positieve verplichtingen. Voor vrijwel iedere materiële bepaling heeft het Hof inmiddels tal van procedurele verplichtingen gecreëerd die de zorgvuldigheid van de nationale procedure verzekeren.⁵⁸ Deze verplichtingen komen bovenop de vereisten van toegang tot een rechter en een effectief rechtsmiddel die uit artikel

6 en 13 EVRM voortvloeien.⁵⁹ Het Hof stelt bij zaken over uithuisplaatsing onder artikel 8 EVRM bijvoorbeeld eisen aan de kwaliteit van de nationale procedure om te waarborgen dat het belang van het kind zo goed mogelijk wordt gewaarborgd,⁶⁰ in zaken over ernstige milieuvervuiling vergt het – eveneens onder artikel 8 – zorgvuldige onderzoeken waarbij belanghebbenden voldoende worden betrokken,⁶¹ bij zaken over uitzetting van vreemdelingen onder artikel 3 EVRM wil het dat goed wordt nagegaan welke risico's de vreemdeling in het ontvangende land loopt,⁶² enzovoort. Zelfs als het Hof vanwege de gevoeligheid van een zaak een ruime *margin of appreciation* aan de staat laat, kan het daardoor nog steeds vrij precies beoordelen of voldoende waarborgen zijn geboden om willekeur bij de uitoefening van een ruim omschreven bevoegdheid tegen te gaan.⁶³ Bij de artikelen 2 en 3 EVRM kan het niet-naleven van de procedurele verplichtingen bovendien zelfstandig leiden tot de constatering van een verdragsschending, ook zonder dat is aangetoond dat de staat materieel verantwoordelijk is voor een aantasting van het recht op leven of het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling.⁶⁴ Zo is er niet altijd voldoende bewijsmateriaal om, bijvoorbeeld, vast te stellen dat iemand tijdens een huiszoeking door de politie is mishandeld.⁶⁵ In dat geval kan geen schending van artikel 3 EVRM worden aangenomen.⁶⁶ Als echter blijkt dat een staat vervolgens onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de gestelde mishandeling om te kunnen doen aan zijn procedurele verplichtingen, kan het Hof op die grond alsnog een schending van artikel 3 vaststellen en kan het de staat ook verplichten tot betaling van een schadevergoeding.⁶⁷

Dit betekent dat de procedurele verplichtingen letterlijk een eigen leven zijn gaan leiden en dat staten verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het niet voldoende naleven ervan.⁶⁸ Hierdoor bewerkstelligt het Hof opnieuw een zekere mate van rechtseenheid. Als staten de steeds preciezer geformuleerde procedurele verplichtingen nakomen, zullen zij immers naar elkaar toegroeien in de inrichting van hun stelsels van besluitvorming en rechtsbescherming.⁶⁹ Tegelijkertijd valt wederom op dat het Hof het streven naar rechtseenheid nooit als uitdrukkelijke overweging heeft aangevoerd bij

het formuleren van dit soort procedurele positieve verplichtingen. Het lijkt erop dat het hier vooral gaat om een bijeffect van een ander streven, namelijk dat naar een goede balans tussen het handhaven van een voldoende hoog individueel beschermingsniveau en respect voor inhoudelijke diversiteit.

4.4 Algemene beginselen, criteria en gezichtspunten

Uniformiteit lijkt evenmin een streven te zijn bij een derde benadering van het Hof. In het kader van zijn interpretatieve functie formuleert het Hof in veel zaken algemene beginselen, criteria of gezichtspunten die van belang zijn voor zijn beoordeling van de redelijkheid van een grondrechteninbreuk.⁷⁰ Bekend zijn bijvoorbeeld de lijstjes van criteria die het gebruikt bij botsingen tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van iemands reputatie of goede naam,⁷¹ of tussen de vrijheid van de staat om vreemdelingen het land uit te zetten en het recht op respect voor het privé- en gezinsleven van die vreemdelingen.⁷² Het Hof is bij het toepassen van deze gezichtspuntenlijsten vaak niet zo strikt, anders dan in de zaken die ik hiervoor in paragraaf 4.2 beschreef. Het Hof zegt bijvoorbeeld lang niet altijd duidelijk hoeveel gewicht moet worden toegekend aan de omvang van reputatieschade of de manier waarop een tijdschriftartikel is geformuleerd. Bovendien is dit soort criteria meestal wat ambigu geformuleerd, zodat er de nodige ruimte bestaat voor (nationale) interpretatie.⁷³ Toch kan het stelselmatig hanteren ervan een zeker uniformiserend effect hebben. Dat geldt zeker als deze werkwijze wordt gecombineerd met het gegeven dat het Hof sneller een schending vindt als de criteria niet in acht zijn genomen, terwijl het de nationale rechters juist prijst als ze een goede toetsing aan deze gezichtspunten hebben uitgevoerd.⁷⁴ Daardoor zorgen deze standaarden uiteindelijk voor een aanzienlijke stroomlijning van nationale beslissingen, met een zekere eenvormigheid als resultaat.

Opnieuw heeft het EHRM echter niet de noties van uniformiteit of rechtseenheid ingeroepen als overweging om zijn lijstjes van algemene beginselen, standaarden of criteria te rechtvaardigen. Ook hier weer gaat het vooral om een bijeffect van een ander streven. Bij deze methode is dat

het bewerkstelligen van een behoorlijk beschermingsniveau van grondrechten op nationaal niveau, een efficiënte toetsing door het Hof zelf, en een voldoende consistentie van de eigen rechtspraakstandaarden van het Hof.⁷⁵

Het Hof lijkt niet expliciet te streven naar rechtseenheid in de zin van uniformiteit, maar het hanteert wel methoden die bijdragen aan convergentie van de nationale rechtspraak

5 Conclusie

In de inleiding stelde ik de vraag welke rol rechtseenheid speelt in de eisen die het EHRM stelt aan de verdragsstaten. Het antwoord op die vraag luidt dat het Hof niet expliciet lijkt te streven naar rechtseenheid in de zin van uniformiteit, maar wel methoden hanteert die bijdragen aan convergentie van de nationale rechtspraak. Een analyse van de rechtspraak leert dat de verwachting niet wordt bewaarheid dat het Hof vooral bij interpretatie en definitie van EVRM-rechten bewust zorgt voor uniformiteit. Zoals gezegd geeft het Hof immers vaak wel een autonome uitleg, waarvan het aanneemt dat die in alle staten wordt gerespecteerd. De overwegingen daarbij zijn echter niet die van rechtseenheid, maar vooral van het voorkomen van het risico dat staten zich achter hun eigen definities verstoppen om aan de werking van het EVRM te ontkomen. Er zijn bovendien nogal wat uitzonderingen op het uitgangspunt van autonome interpretatie, vooral als het gaat om kwesties waarin het Hof de ‘vastklikmethode’ toepast. Het Hof houdt dan nog wel enige controle, maar staten kunnen zich vrij gemakkelijk aan de uniformiserende werking van het EVRM onttrekken door een bepaald recht gewoonweg niet in de wetgeving of rechtspraak te erkennen.

Als het gaat om de redelijkheidsbeoordeling van beperkingen van diezelfde grondrechten, is de schijn nog bedrieglijker. Voor het oog hanteert het Hof allerlei methoden, zoals de ‘margin of appreciation’-doctrine, om ruimte te laten voor nationale eigenheid. Inderdaad is het effect daarvan

- 64 EHRM (GK) 9 april 2009, 71463/01, ECLI:CE:ECHR:2009:0409JUD007146301 (*Šilih t. Slovenië*), *EHRC* 2009/83.
- 65 Zie bijv. EHRM 13 juni 2013, 24402/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0613JUD002440207 (*Vasylychuk t. Oekraïne*), *EHRC* 2013/177.
- 66 EHRM 13 juni 2013, 24402/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0613JUD002440207 (*Vasylychuk t. Oekraïne*), *EHRC* 2013/177, par. 53 (‘Taking into account the evidence available, the Court cannot conclude beyond reasonable doubt that one of the police officers intentionally pushed the applicant to the ground and that, unable to stand up, she had to crawl inside the house, and that she was therefore treated in a manner contrary to Article 3 of the Convention [...]. Accordingly, there has been no violation of Article 3 under this head.’)
- 67 EHRM 13 juni 2013, 24402/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0613JUD002440207 (*Vasylychuk t. Oekraïne*), *EHRC* 2013/177, par. 63 e.v. (‘The Court notes in particular that after five years and numerous reopenings of the investigation, many questions remained unanswered and the contradictory versions of events were not reconciled. [...] The Court concludes therefore that there has been a violation of the procedural limb of Article 3 of the Convention in the present case.’)
- 68 Dat gebeurt overigens soms strenger en soms minder streng; in de art. 2- en 3-zaken kan een procedureel gebrek zelfstandig leiden tot de conclusie van een schending van het EVRM, maar bij andere zaken is een procedurele tekortkoming vaak maar één element te midden van andere, meer materiële overwegingen; zie daarover bijv. J.H. Gerards, ‘Procedural review by the ECtHR – a typology’, in: J.H. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 127-160.
- 69 Zie ook Huijbers 2018.
- 70 Zie nader Gerards, *EVRM – Algemene beginselen* 2011, p. 163 e.v.
- 71 Klassiek gaat het hier om de criteria afkomstig uit *Von Hannover t. Duitsland*, EHRM 24 juni 2004, 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000, *EHRC* 2004/79, m.nt. J.H. Gerards, *NJCM-Bull.* 2004, 1171, m.nt. V.J. de Graaf, *AB* 2005/1, m.nt. R. Nehmelman, *NJ* 2005/22, m.nt. E.J. Dommering.
- 72 De zogenaamde *Üner-* of *Maslov-* criteria, genoemd naar resp. EHRM (GK) 18 oktober 2006, 46410/99, ECLI:CE:ECHR:2006:1018JUD004641099 (*Üner t. Nederland*), *EHRC* 2006/146, m.nt. A. Woltjer, *NJ* 2007/415, m.nt. E.A. Alkema en EHRM (GK) 23 juni 2008, 1638/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0623JUD00163803, *EHRC* 2008/97, m.nt. A. Woltjer.

dat het niveau en de precieze manier van grondrechtenbescherming van zaak tot zaak aanzienlijk kunnen verschillen. Bij kwesties die tot de kern van het EVRM kunnen worden gerekend, vergt het Hof echter een zware rechtvaardiging van nationale afwijkingen van de regel. Daarbij stelt het duidelijke en specifieke eisen aan de nationale rechtspraak, met een zekere mate van rechtseenheid als resultaat. Ook de procedurele verplichtingen die het Hof heeft geformuleerd kunnen enige convergentie bewerkstelligen, net als de lijstjes van inhoudelijke toetsingscriteria en de algemene beginselen. Vooral ook doordat het Hof de nationale toepassing van deze standaarden, verplichtingen of gezichtspunten met meer of minder zachte hand handhaaft, kunnen ze wel degelijk bijdragen aan convergentie in de nationale aanpak van grondrechtenkwesties. Duidelijk is hier echter dat deze convergentie geen *streven* is van het EHRM; eerder gaat het om een bijeffect.

Zonder ostentatief te streven naar rechtseenheid, kan het Hof toch de grondrechten in Europa op een redelijk niveau beschermen. Dat is eigenlijk best knap

Dat het EHRM rechtseenheid bewerkstelt, staat daarmee dus buiten kijf. Tegelijkertijd doet het dat op een heel andere manier en met heel andere doelstellingen

dan het HvJ EU, en bovendien ook op een andere manier dan vaak lijkt te worden aangenomen. Hoe kan deze benadering ten aanzien van uniformiteit nu worden verklaard? Waarschijnlijk vindt die toch vooral haar oorzaak in de hoofdkenmerken van het EVRM-systeem: de dubbele functie van het EHRM (individuele rechtsbescherming bieden en tegelijkertijd algemene standaarden formuleren), de inherente onbepaaldheid van grondrechtenbepalingen, en de complexe institutionele positie van het Hof (het 'dubbele constitutionele dilemma'). Waar de functies van rechtsbescherming en interpretatie een streven naar rechtseenheid en uniforme uitleg impliceren, staan de onbepaaldheid van grondrechten en de controverses rondom de invulling daaraan in de praktijk juist in de weg. Bovendien is het institutioneel gezien simpelweg niet haalbaar om een uniform niveau van rechtsbescherming te definiëren en te handhaven aan de hand van een zo vaag en algemeen geformuleerde tekst als die van het EVRM. Het geven van een uniforme uitleg is daardoor moeilijk. De beperkingsmogelijkheden daarentegen bieden juist wel ruimte om meer eenvormigheid te creëren, al gebeurt dat heel indirect – bijvoorbeeld via de positieve procedurele verplichtingen of het afrekenen van nationale rechters op oordeelsvorming in overeenstemming met de criteria en standaarden die het Hof in zijn eigen rechtspraak heeft geformuleerd. Zonder ostentatief te streven naar rechtseenheid, kan het Hof daardoor toch de grondrechten in Europa op een redelijk niveau beschermen. Dat is eigenlijk best knap.

⁷³ Zie ook Gerards, *EVRM – Algemene beginselen* 2011, p. 166.

⁷⁴ Zo was het Hof kritisch over de manier waarop de Russische rechter de *Von Hannover*-criteria had toegepast in EHRM 3 oktober 2017, 45083/06, ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD004508306 (*Novaya Gazeta & Milashina t. Rusland*), EHRC 2017/222. Daarentegen was het juist positief over de toets aan *Üner en Maslov* in EHRM 14 september 2017, 41215/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0914JUD004121514 (*Ndidi t. het Verenigd Koninkrijk*), EHRC 2017/206, JV 2017/227, m.nt. E. Hilbrink. Zie voor nadere voorbeelden Gerards, in Gerards & Brems 2017.

⁷⁵ Het EHRM hanteert een soort ongeschreven, informeel systeem van precedentwerking; de toepassing in individuele gevallen kan afwijken, maar voor het herijken of bijstellen van de algemene beginselen of gezichtspunten is vaak een oordeel van de Grote Kamer nodig. Zie daarvoor nader Gerards, 'Dealing with Divergence', 2018, nog te verschijnen.

TOGA
atelier
S c h o u t

Kwaliteit met oog voor detail
BIO-toga van lichtgewicht Cool Wool



Ons nieuwe adres is:

Claes de Vrieselaan 82 A
3021 JS Rotterdam
Tel.: 010 245 07 66
di t/m vr 9:00 - 17:30
zaterdag op afspraak

www.toga-atelierschout.nl
info@toga-atelierschout.nl

Procederen in Oostenrijk?

Wijnkamp Advocatuur / Advokatur GmbH
Nederlandstalig advocatenkantoor gevestigd in Oostenrijk.

Meerdere advocaten
Meerdere specialismen
Communicatie in de Nederlandse taal.

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