

## HET EVRM ALS MOTOR VOOR VERANDERING

**Rick Lawson** \*

**Samenvatting** | De serie artikelen ter gelegenheid van de 70<sup>e</sup> verjaardag van het EVRM gaat van start met een beschouwing over de rol van het Verdrag als motor voor verandering. De dynamische uitleg van het EVRM zette de deur open voor vernieuwing. De voordelen daarvan zijn evident, maar tegelijkertijd zijn de oorspronkelijke doelstellingen van het Verdrag wel uit zicht geraakt. Daarnaast wordt het Hof wel rechterlijke activisme verweten. Die verwijten kunnen, in elk geval deels, worden weerlegd. Maar het helpt daarbij als het Hof in zijn uitspraken goed uitlegt wat het doet, en waarom. Tot slot staat de bijdrage kort stil bij de Europese Unie, die zich als een zeker zo krachtige motor voor verandering manifesteert.

**Trefwoorden** | [EVRM, interpretatiemethoden, dynamische verdragsinterpretatie, living instrument, rechtsstaat, EU]

**Navigator van Wolters Kluwer** | NTM-NJCM Bull. 2021/2

### 1 Zeventig: een estafette, een motor en een APK

Corona of niet, het EVRM – officieel het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden – bestaat zeventig jaar. Zoals men mag verwachten is die verjaardag in Straatsburg gevierd met een reeks van evenementen. Weliswaar werd de gebruikelijke fanfare enigszins gesmoord door de *lockdown*-deken die over Europa ligt, maar toch: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) organiseerde een serie interessante (online) bijeenkomsten en publiceerde een mooi boek voor op de koffietafel.<sup>1</sup> Gastland Frankrijk wilde niet achterblijven en bracht een postzegel uit.

Dat kan het *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten/NJCM-Bulletin* natuurlijk niet zomaar laten passeren! Sinds 1990 staat ons tijdschrift stil bij ieder lustrum van het Hof.<sup>2</sup> In de zes speciale afleveringen die sindsdien zijn verschenen – bij elkaar 1791 bladzijden – treft de lezer in wezen twee soorten beschouwingen aan. Een deel van de auteurs richt zich op Straatsburg:

- Prof. dr. R.A. Lawson is hoogleraar Europees recht bij het Europa Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. Hij is tevens lid van de redactie van dit tijdschrift.
- 1 Zie voor een overzicht van alle activiteiten en publicaties het webdossier *70 years of the European Convention on Human Rights*, te vinden op de website van het Hof, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), over het kopje 'events'.
- 2 De 35<sup>e</sup> verjaardag, in 1985, ging nog onopgemerkt voorbij. Het vieren begon met de bundel *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens – Opstellen over de ontwikkelingen van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990*, in: A.W. Heringa, J. Schokkenbroek & J. van der Velde (red.), *NJCM-Bulletin* 1990. Daarop volgden *45 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, in: A.W. Heringa & B.E.P. Myjer (red.), *NJCM-Bulletin* 1996; het reusachtige – 644 pagina's! – *50 jaar EVRM*, in: R.A. Lawson & B.E.P. Myjer (red.), *NJCM-Bulletin* 2000; *55 jaar EVRM*, in: T. Barkhuysen, M. Kuijter & R.A. Lawson (red.), *NJCM-Bulletin* 2006; *60 jaar EVRM – Een lichtend voorbeeld?*, in: J.P. Loof & R.A. Lawson (red.), *NTM/NJCM-Bull.* 2010; *Verjaardagswensen voor het 65-jarige EVRM*, in: J.P. Loof & R.A. Lawson (red.), *NTM/NJCM-Bull.* 2015. Tussendoor verscheen nog de special *10 jaar 'nieuw' EHRM*, in: *NJCM-Bulletin* 2008.

het wel en wee van de verdragsorganen, nieuwe trends in de jurisprudentie, de status van het EVRM en zijn betekenis voor de Europese integratie. Andere bijdragen brachten in kaart wat een en ander nou concreet voor Nederland had betekend. Wat ‘deed’ het EVRM in de afgelopen jaren met ons staats- en bestuursrecht, het strafrecht, het vreemdelingenrecht, het gezondheidsrecht, het sociaal recht, het belastingrecht, het personen- en familierecht? Alleen al de opsomming van rechtsgebieden laat zien hoe veelomvattend de invloed van het EVRM is.

Er is alle aanleiding om de draad weer op te pakken, en dat niet alleen omdat we in 30 jaar zo’n mooie traditie hebben opgebouwd. Het EVRM blijft zich immers ontwikkelen, het Straatsburgse Hof vormt nog altijd spraakmakende jurisprudentie – die onverminderd op bijval en kritiek kan rekenen – en voor de Nederlandse wetgever, executieve en rechter vormt het EVRM na al die jaren nog steeds een belangrijke maatstaf. En niet alleen het EVRM evolueert, ook de omgeving van het Verdrag staat niet stil. Corona, financiële crisis, migratiecrisis, klimaatverandering, Brexit, *fake news*, de groeiende invloed van social media, kunstmatige intelligentie en *big tech*, xenofobie, antisemitisme en islamofobie, polarisatie in de politiek, de opkomst van de *illiberal democracy*: stuk voor stuk kolossale maatschappelijke uitdagingen. Uitdagingen die direct of indirect het draagvlak voor de Europese bescherming van mensenrechten kunnen beïnvloeden, maar die ook aanleiding geven tot concrete geschillen die het EVRM vroeg of laat op zijn pad zal vinden. En op dat pad zal het EVRM ook, veel meer dan vroeger, de Europese Unie aantreffen.

Aandacht dus voor het EVRM, zeventig lentes jong. Zoals in het redactioneel al is aangekondigd, doen we dat dit keer niet met één speciale aflevering van ons tijdschrift, maar in de vorm van een serie artikelen die in de loop van het jaar zullen verschijnen – het EVRM is immers een kwestie van lange adem, zo bedacht de redactie, en daarbij past een estafette misschien wel beter dan een sprint waarbij alle deelnemers tegelijk van start gaan.

Ook een estafette heeft een startschot nodig, en een beschrijving van het parcours. En de échte renners hebben baat bij een haas, die tempo maakt en dan uit de race stapt. Daarin hoopt deze bijdrage te voorzien. Het thema van de estafette ‘EVRM – motor voor verandering’ biedt daarbij een aardig aanknopingspunt.

Die metafoor is natuurlijk ingegeven door het vertrouwde beeld van het Straatsburgse arrest dat de aanzet geeft tot verandering van wet en praktijk. Klassieke voorbeelden worden geleverd door uitspraken die rechtstreeks betrekking hadden op Nederland. Zo versterkte de zaak *Winterwerp* (1979) de positie van de psychiatrische patiënt en gaf het arrest een flinke impuls aan de herziening van de toenmalige Krankzinnigenwet; tien jaar later kregen de rechten van de verdediging in strafzaken een steun in de rug door het arrest *Kostovski*, waarin het ging om het horen van anonieme getuigen.<sup>3</sup> Maar het kwam nog veel vaker voor dat ons de ogen werden geopend door arresten die waren gewezen in zaken tegen andere landen: de Britse zaak *Brogan* over de onverwijilde voorgeleiding na arrestatie, of de Turkse zaak *Salduz* over toegang tot een

3 EHRM 24 oktober 1979, 6301/73 (*Winterwerp/Nederland*); EHRM 20 november 1989, 11209/84, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 351, m.nt. EM (*Kostovski/Nederland*). Alle Straatsburgse uitspraken zijn te vinden via de HUDOC- zoekmachine van het Hof. Normaal gesproken is dat in dit tijdschrift een volstrekt overbodige opmerking, maar niets is dezer dagen normaal: de vertrouwde website was op het moment van schrijven doelwit van een cyber-aanval. Deze aanval vond plaats, aldus het Hof, ‘na’ (‘following’, ‘à la suite du’) de publicatie van zijn arrest in de zaak EHRM 22 december 2020, 14305/17 (*Selahattin Demirtaş/Turkije no. 2*).

raadsman bij het politieverhoor.<sup>4</sup> Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat iedere verandering met open armen werd ontvangen. En tegenover al die zaken die tot verandering noopten, staan nog véél meer uitspraken waarin het Hof nu juist niet de helpende hand uitstak. Teleurgestelde reacties van klagers en annotatoren zijn dan 's Hofs deel.<sup>5</sup> Maar laat ik niet op de zaken vooruitlopen: over die specifieke kwesties gaat het immers in de artikelen die in de loop van 2021 zullen verschijnen.

In deze openingsbijdrage sta ik stil bij een wat algemenere kwestie: de karakterisering van het EVRM als motor voor verandering. Zoals in het redactioneel al is gememoreerd, heeft het Verdrag die rol van motor kunnen spelen doordat 'Straatsburg' gaandeweg een dynamische interpretatie van het Verdrag heeft omarmd. Door de beschermde rechten naar hedendaagse inzichten – 'present day conditions' – uit te leggen, zetten de toenmalige Commissie en het Hof de deur open voor vernieuwing. De voordelen daarvan zijn evident, maar een mogelijk nadeel is dat de oorspronkelijke doelstellingen van het Verdrag geleidelijk uit zicht zijn geraakt, terwijl juist die doelstellingen – zo wordt althans in paragraaf 2 betoogd – tegenwoordig weer relevant zijn. De dynamische interpretatie van het Verdrag heeft ook een tweede onbedoeld gevolg gehad, waarbij we in paragraaf 3 stilstaan: vooral in de afgelopen tien jaar heeft het Hof onder vuur gelegen met verwijten van rechterlijke activisme. Die verwijten kunnen, in elk geval voor een deel, wel worden weerlegd (paragraaf 4). Maar het zou daarbij helpen als het Hof in zijn uitspraken goed uitlegt wat het doet (paragraaf 5): codificeert het 'slechts' hedendaagse inzichten of is het zo dat het, gezien de doelstellingen van het Verdrag, er niet aan ontkomt nieuwe normen te ontwikkelen? Tot slot staan we kort stil bij de Europese Unie, die zich in de afgelopen jaren als een zeker zo krachtige motor voor verandering heeft gemanifesteerd (paragraaf 6). Maar we beginnen bij het begin.

## 2 Motor of rem?

Bij alle vanzelfsprekendheid waarmee we naar het EVRM als motor voor verandering kijken, zou je het haast vergeten – maar zeventig jaar geleden was men bij de onderhandelingen over het Verdrag toch vooral bezig *een rem* te construeren. Een handrem.

In onze eerste lustrumbundel, *Veertig jaar EVRM*, beschreef Yvonne Klerk de totstandkoming van het Verdrag en de verschillende posities die de betrokken landen daarbij innamen.<sup>6</sup> Het was pionieren bij de totstandkoming: de Raad van Europa was nog maar net opgericht en hoewel de inkt van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (1948) nog nat was, had

4 EHRM 29 november 1988, 11209/84, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 206, m.nt. JGCS (*Brogan/VK*); EHRM 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz/Turkije*), waarover o.a. T. van de Laar & G. de Graaff, 'Het recht op bijstand door een advocaat en afstand van recht nader beschouwd', in *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 153-164.

5 Zie voor een typologie B.E.P. Myjer, 'Straatsburgse Myj/meringen: Over Mr Foei, Nieuw Uitleg, Stokpaardje en Gemiste Kansen', *NJCM-Bulletin* 2007, p. 405-406.

6 Y.S. Klerk, 'De ontstaansgeschiedenis van de Europese Conventie', in: *Veertig jaar EVRM*, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 3-15. Die geschiedenis is ook elders beschreven; het meest uitvoerig door E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford UP 2010, p. 33-107. Interessant is ook E. Steiner, 'Some reflections on the Process which led to the Preparation of the European Convention on Human Rights', in D. Spielmann e.a. (red.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant – The European Convention on Human Rights, a living instrument (Essays in Honour of Christos L. Rozakis)*, Brussel: Bruylant 2011, p. 597-623.

men met het opstellen van een bindend verdrag over mensenrechten geen enkele ervaring. En had men haast. Het nog maar net verslagen fascisme zou zo maar weer de kop kunnen opsteken, en de Sovjet-Unie rammelde aan de poort. Bij alle uiteenlopende ideeën en ambities was men het dan ook roerend eens over één punt: het was voor alles zaak om effectief te kunnen ingrijpen zodra een land totalitaire trekjes zou gaan vertonen. Beroemd zijn de woorden van Pierre-Henri Teitgen. De voormalig minister van Justitie van Frankrijk, een van de drijvende krachten achter de totstandkoming van het EVRM, sprak bij de presentatie van de eerste ontwerptekst:

‘Democracies do not become Nazi countries in one day. Evil progresses cunningly, with a minority operating, as it were, to remove the levers of control. One by one freedoms are suppressed, in one sphere after another. Public opinion and the entire conscience are asphyxiated. And then, when everything is in order, the *Führer* is installed and the evolution continues even to the oven of the crematorium.

It is necessary to intervene before it is too late. A conscience must exist somewhere which will sound the alarm to the minds of a nation menaced by this progressive corruption, to warn them of the peril and to show them that they are progressing down a long road which leads far, sometimes even to Buchenwald or Dachau.

An international Court, within the Council of Europe, and a system of supervision and guarantees, could be the conscience of which we all have need.<sup>7</sup>

Het citaat laat zien hoe vers de Tweede Wereldoorlog nog in het geheugen lag. Voor Teitgen, die de Naziterreur aan den lijve had ondervonden, was het duidelijk: dat nooit weer. Europa had een geweten nodig, een alarmbel die afgaat als het kwaad zich weer roert. Later formuleerde hij het nog pregnanter:

‘We are less concerned to set up a European juridical authority capable of righting isolated wrongs, isolated illegal acts committed in our countries, than to prevent, from the outset, the setting up in one or other of these countries a regime of the Fascist or Nazi type. That is the essential element of our purpose.<sup>8</sup>

In de woorden van Luzius Wildhaber, de latere president van het Hof: het ging om een soort volkenrechtelijke verzekeringspolis om te voorkomen dat democratieën terugvallen in een dictatuur.<sup>9</sup>

Vanuit die opvatting valt goed te verklaren dat het aanvankelijke ontwerpverdrag was gemodelleerd rond een korte opsomming van rechten en een ‘*stand-still* bepaling’: de verdragspartijen zouden de genoemde rechten slechts behoeven te garanderen in de mate waarin die rechten al waren erkend in de rechtsorde van het betrokken land.<sup>10</sup> Het Verdrag, zo was het idee, zou burgers beschermen tegen mogelijke afbrokkeling van de rechten die zij op het moment van ondertekening van het Verdrag genoten. Er zou dus géén sprake zijn van een gemeenschappelijk minimumniveau van rechtsbescherming – laat staan van een motor voor verandering. Het voordeel daarvan was, zo luidde de redenering, dat men zich tijdrovende onderhandelingen over een gedetailleerde verdragstekst kon besparen, terwijl dergelijk gesteggel uiteindelijk toch zou uitkomen op het laagst geboden niveau van bescherming in één van de lidstaten. Daarnaast

7 P.H. Teitgen, in *Travaux préparatoires de la CEDH* deel I, Den Haag: Martinus Nijhoff 1975, p. 292.

8 P.H. Teitgen, in *Travaux préparatoires de la CEDH* deel V, Den Haag: Martinus Nijhoff 1979, p. 292-294.

9 L. Wildhaber, ‘Changing Ideas about the Tasks of the European Court of Human Rights’, in *The European Court of Human Rights 1998-2006: History, Achievements and Reform*, Kehl: Engel Verlag 2006, p. 137.

10 Klerk 1990 (*supra* noot 6), p. 4-5; Bates 2010 (*supra* noot 6), p. 55.

zou dit systeem het werk van een Europese rechter heel overzichtelijk houden. En het verdrag zou allicht snel worden geaccepteerd, omdat de staten niet de verplichting op zich namen om wijzigingen aan te brengen in de eigen wetgeving of praktijk.

Uiteindelijk liep het allemaal anders: na een taai onderhandelingsproces werd toch gekozen voor gemeenschappelijke minimumnormen, waarvan de interpretatie in handen werd gelegd van een nieuw op te richten hof voor de rechten van de mens. Maar dat wil niet zeggen dat het oorspronkelijke kerndoel van het nieuwe verdrag – de consolidatie van mensenrechten, rechtsstaat en democratie – werd verlaten. De preambule van het Verdrag getuigt er nog van.

Toch is het beeld van het ‘EVRM als handrem’ geleidelijk vervaagd. Daar zijn verschillende verklaringen voor. De meest voor de hand liggende is allicht dat de handrem eigenlijk nooit is gebruikt. In de eerste decennia van zijn bestaan hoefde het EVRM – gelukkig – niet daadwerkelijk in het geweer te komen om de opkomst van een nieuwe dictatuur de kop in te drukken. De grote uitzondering was Griekenland, waar in 1967 een militaire coup plaatsvond. De ernstige schendingen van mensenrechten die het kolonelsregime op z’n geweten had, brachten vier landen, waaronder Nederland, ertoe een statenklacht onder het EVRM in te dienen.<sup>11</sup> Maar nog voordat het in die zaak tot een eindoordeel kwam, had Griekenland zich al teruggetrokken uit de Raad van Europa. Dat was geen vrijwillige keuze geweest: ook op politiek niveau stond Griekenland onder druk, waarbij de Nederlandse parlementariër Max van der Stoel een grote rol speelde.<sup>12</sup> Pas nadat de democratie was hersteld, in 1974, was Griekenland weer welkom. Zo konden ook Spanje en Portugal pas na de dood van de dictators Franco en Salazar toetreden tot de Raad van Europa. Al met al bleef de Raad van Europa in grote lijnen een organisatie van nette liberale democratieën. Toegegeven, Turkije kampte met grote problemen: vrijwel ieder decennium een staatsgreep, terugkerende rapporten over wijdverbreide schendingen. Maar omdat het land pas in 1987 het individueel klachtrecht erkende, en pas in 1990 de rechtsmacht van het Hof aanvaardde, bleef de situatie wat het EVRM betreft grotendeels onder de radar.<sup>13</sup>

Waarom deze duik in de geschiedenis? Mij lijkt de stelling verdedigbaar dat het EVRM weliswaar als handrem is ontworpen, maar dat die handrem in onbruik is geraakt. Roest op de remschijven. In de eerste decennia van zijn bestaan zijn er nauwelijks concrete aanleidingen geweest om die functie uit te oefenen en uit te bouwen. De zaken die het Hof wél kreeg voorgelegd, betroffen veeleer fouten en foutjes in overigens tamelijk goed functionerende rechtsordes. Daardoor groeide het Verdrag in zijn ‘vormende’ periode, laten we zeggen totdat de lustrumbundel *Veertig jaar EVRM* uitkwam, uit tot ... precies: een motor voor verandering. Dat is iets heel anders dan een volkenrechtelijke verzekeringspolis tegen dictators. Er is enorm veel bereikt

- 11 De klacht mondde uit in een rapport van de toenmalige Commissie: ECRM, 5 november 1969, 3321/67 e.a. (*Denemarken, Noorwegen, Zweden & Nederland/Griekenland*). De Commissie constateerde schendingen van de artt. 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 en 14 EVRM en art. 3 van het Eerste Protocol. Het Comité van Ministers, waaraan de zaak was voorgelegd, nam deze conclusies op 15 april 1970 over. Omdat Griekenland inmiddels (op 12 december 1969) het EVRM had opgezegd, kon het Comité van Ministers niet veel meer doen dan Griekenland op te roepen de mensenrechten weer na te leven.
- 12 Van der Stoel was destijds lid van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa en werd in 1968 rapporteur inzake Griekenland. Zie over deze episode M. Kuijer, R. Lawson & E. Myjer, ‘In memoriam Mr. M. van der Stoel (1924-2011) – Een interview met een onvermoeibare mensenrechtenactivist’, *NTM|NJCM-Bull.* 2011, p.434-435. Recenter: A. Bleich, *De stille diplomaat – Max van der Stoel 1924-2011*, Amsterdam: Balans 2018, p. 111-127.
- 13 Ook tegen Turkije werd een statenklacht ingediend, die ontvankelijk werd verklaard (ECRM, 6 december 1983, 9940/82 e.a. (*Frankrijk, Noorwegen, Denemarken, Zweden & Nederland/Turkije*)) maar vervolgens eindigde in een minnelijke schikking.

– veel meer dan welke onderhandelaar dan ook in 1950 had durven dromen. Daarover meer in de volgende paragrafen. Maar intussen is er toch wel enige aanleiding om dat oorspronkelijke beeld van de handrem nog eens naar voren te halen. In de afgelopen jaren hebben allerlei organen van de Raad van Europa, en zij niet alleen, er op gewezen dat in Polen en Hongarije de rechtsstaat onder vuur ligt.<sup>14</sup> In landen als Rusland, Turkije en Azerbeidzjan is dat al veel langer het geval. En het gaat dan niet om achterstallig onderhoud: het gaat om *backsliding*, om machthebbers die doelbewust inzetten op het monddood maken van de oppositie of het overnemen van de rechterlijke macht. ‘It is necessary to intervene before it is too late’, zo hield Teitgen ons voor. Welaan, in hoeverre is het 70-jarige EVRM in staat het tij te keren?<sup>15</sup>

In de afgelopen jaren is Straatsburg niet stil blijven zitten. Hongarije is een aantal keer stevig op de vingers getikt in heel principiële uitspraken.<sup>16</sup> Veelzeggend is ook de *revival* van artikel 18 EVRM, dat zich keert tegen beperkingen die zijn ingegeven door *ulterior motives*.<sup>17</sup> Dat heeft geleid tot forse veroordelingen van met name Rusland, Azerbeidzjan en Turkije. In de recente zaak *Ástráðsson* heeft het Hof duidelijke piketpalen geslagen als het gaat om de benoeming van rechters en de rechterlijke onafhankelijkheid.<sup>18</sup> Nu is de zorg voor het EVRM natuurlijk niet alleen een zaak van het Hof: de preambule spreekt niet voor niets van de ‘collectieve handhaving’ van het Verdrag. Er is dus – naast de onmisbare inzet op nationaal niveau – ook een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de verdragspartijen. In dat perspectief past het dat het Comité van Ministers de nieuwe inbreukprocedure van artikel 46 lid 4 EVRM heeft ingezet tegen Azerbeidzjan: het land had een eerdere uitspraak van het Hof aan de laars gelapt.<sup>19</sup>

Resteert de vraag: is dit voldoende? De vraag stellen is haar beantwoorden. Het is nog altijd wachten op de eerste uitspraken over de aantasting van de rechtsstaat in Polen.<sup>20</sup> Kennelijk hapert de startmotor nogal. Het Hof weet nog altijd niet goed raad met de Turkse zuiveringen

14 Zie bijv. al het jaarrapport over 2017 van de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa, *State of democracy, human rights and the rule of law*, p. 15; PACE, *New threats to the rule of law in Council of Europe member States: selected examples* (Resolution 2188(2017)); Commissioner for Human Rights, *The independence of judges and the judiciary under threat* (Human Rights Comment, 3 September 2019); de verschillende rapporten van de Venice Commission.

15 Daarover ook, vers van de pers, J. Polakiewicz & J.K. Kirchmayr, ‘Sounding the Alarm: The Council of Europe As the Guardian of the Rule of Law in Contemporary Europe’, in: A. von Bogdandy e.a. (red.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer Open Access 2021, p. 361-382.

16 Zie bijv. EHRM 12 januari 2016, 37138/14 (*Szabó & Vissy/Hongarije*); EHRM 17 mei 2016, 42461/13 (*Karácsony e.a./Hongarije*); EHRM 23 juni 2016, 20261/12 (*Baka/Hongarije*); EHRM 8 november 2016, 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*); EHRM 20 januari 2020, 201/17 (*Magyar Kétfarkú Kutya Párt/Hongarije*). Zie overigens ook EHRM 5 mei 2020, 3594/19 (*Kövesi/Roemenië*).

17 Zie bijv. EHRM 15 november 2018, 29580/12, r.o. 163-174 (*Navalnyy/Rusland*): ‘the Court finds it established beyond reasonable doubt that the restrictions imposed on the applicant ... pursued an ulterior purpose within the meaning of Article 18 of the Convention, namely to suppress that political pluralism which forms part of ‘effective political democracy’ governed by ‘the rule of law’, both being concepts to which the Preamble to the Convention refers’. Zo ook EHRM 17 maart 2016, 69981/14 (*Rasul Jafarovo/Azerbeidzjan no. 2*) en EHRM 22 december 2020, 14305/17 (*Selahattin Demirtaş/Turkije no. 2*). Nader: Floris Tan, ‘The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?’, *Göttingen Journal of International Law* (9) 2018, p. 109-141.

18 EHRM 1 december 2020, 26374/18 (*Guðmundur Andri Ástráðsson/IJsland*).

19 EHRM 29 mei 2019, 15172/13 (*Ilgar Mammadov/Azerbeidzjan (infringement proceedings)*).

20 Zie bijv. Adam Bodnar & Paweł Filipek, ‘Time Is of the Essence: The European approach towards the rule of law in Poland should not only focus on budgetary discussions’, 30 november 2020, [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de).

na de mislukte coupoging van 2016.<sup>21</sup> Sowieso lijken autoritaire leiders als Putin, Orbàn en Erdoğan niet bijster onder de indruk van een Straatsburgse veroordeling. Voor zover ik kan nagaan wordt zelfs het Azerbeidzjaanse lidmaatschap van de Raad van Europa niet in twijfel getrokken, ondanks de vernietigende veroordelingen van het Hof en een omkooptchandaal dat de Parlementaire Vergadering in grote verlegenheid bracht.<sup>22</sup> In tegendeel, president Aliyev zit steviger in het zadel dan ooit, na de voor hem succesvol verlopen grensoorlog over Nagorno-Karabach. Met dank aan Turkije voor de verleende militaire steun en Rusland voor de bemiddeling. De rest van Europa stond erbij en keek ernaar. Dat stemt, bij alle enthousiasme voor de Straatsburgse motor voor verandering, tot bescheidenheid.

### 3 Motor of monster?

De neiging om het EVRM toch vooral te beschouwen als een motor voor verandering heeft z'n wortels in de tweede helft van de jaren '70. Na een behoedzame start, waarin de toenmalige Commissie nauwelijks zaken voorlegde aan het Hof, begon het aantal arresten geleidelijk te stijgen. Juist in die tijd wees het Hof sleutelarresten als *Tyrer* (1978), *Marckx* (1979) en *Dudgeon* (1983), waarin het een dynamische interpretatie van het Verdrag omarmde.<sup>23</sup> Inmiddels hebben we Straatsburgse uitspraken in overvloed, een onuitputtelijke bron van inspiratie en, inderdaad, vernieuwing. De journalist mag voortaan zijn bronnen beschermen, de advocaat onbelemmerd overleggen met haar cliënt. Inmiddels kijkt Straatsburg al weer naar nieuwe uitdagingen.<sup>24</sup>

Het is een interessante vraag, die niet van politiek belang is ontbloot, waar nu precies de krachtbron achter al deze verandering schuilt. In sommige kringen bestaat de indruk – en die indruk wordt soms met zorg gecultiveerd – dat het Hof dagelijks aan de tekentafel plaats neemt om nu weer eens een paar andere bepalingen op te rekken en nieuwe mensenrechten te verzinnen. Dat beeld leidt dan al snel tot kritiek op anonieme rechters die zonder enige politieke legitimatie op de stoel van de wetgever gaan zitten. Daar valt van alles tegen in te brengen – daarover meer in paragraaf 4 – maar het beeld is hardnekkig.

Terugblikkend op 70 jaar EVRM valt op hoe nadrukkelijk dat sceptische geluid de afgelopen tien jaar heeft geklonken, niet alleen in de Nederlandse politiek maar bijvoorbeeld ook in het

21 Zoals bekend zijn er in Turkije na de coupoging duizenden rechters en andere overheidsfunctionarissen ontslagen; velen zijn gearresteerd. Het EHRM heeft duizenden klachten ontvangen, maar slechts een enkel arrest gewezen, zoals EHRM 3 maart 2020, 66448/17 (*Baş/Turkije*). Een groot deel van de klachten is afgewezen wegens niet-uitputting van nationale rechtsmiddelen, hoewel de effectiviteit daarvan door menigen in twijfel wordt getrokken. Zie bijv. Dilek Kurban, 'A Love Letter from Strasbourg to the Turkish Constitutional Court', *VerfBlog*, 27 maart 2018.

22 Zie over dat laatste: *Report of the Independent Investigation Body on the allegations of corruption within the Parliamentary Assembly* (15 april 2018), waarin werd aangetoond dat verschillende leden van de Parlementaire Vergadering waren omgekocht teneinde hun kritiek op mensenrechtenschendingen in Azerbeidzjan te verzachten (<http://assembly.coe.int/Communication/IBAC/IBAC-GIAC-Report-EN.pdf>).

23 EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrer/VK*); EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*); EHRM 24 februari 1983, 7525/76 (*Dudgeon/VK*).

24 In het redactioneel van deze aflevering wordt al verwezen naar twee conferenties die het Hof zelf organiseerde om de 70<sup>e</sup> verjaardag van het EVRM te markeren. Daarnaast ging het in september 2020 over versterking van de rechtsstaat en toegang tot onafhankelijke rechtspraak, en het bevorderen van democratie. Om daarna door te gaan met: *Promoting and ensuring diversity of family life, Meeting challenges of scientific and technological development* en *Promoting peace and integration among States*. Geen kleine onderwerpen.

VK. Een serie veroordelingen had de Britse wrevel opgewekt,<sup>25</sup> en men zocht al een tijd naar mogelijkheden om op de rem te staan – zij het een heel andere rem dan Teitgen in 1949 in gedachte had gehad. Een kans diende zich aan tijdens het Britse voorzitterschap van het Comité van Ministers in 2012. De Britten organiseerden een *summit* in Brighton, die onder meer leidde tot de aanvaarding van Protocol 15 bij het EVRM. Zodra dit protocol in werking treedt – en daarvoor is op dit moment alleen nog een Italiaanse handtekening nodig – wordt er in de preambule van het EVRM een verwijzing naar de *margin of appreciation* opgenomen. Dat mag een symbolische stap zijn, maar de boodschap is duidelijk.

In Nederland vestigde Thierry Baudet, op dat moment nog een relatief onbekende promovendus, zijn naam met een groot stuk in de *NRC*, waarin hij het Straatsburgse Hof neerzette als een octopus die zijn tentakels voortdurend maar verder uitspreidde.<sup>26</sup> De motor als monster. Dat beeld werd van verschillende kanten tegengesproken<sup>27</sup> maar vond niettemin weerklank bij met name de VVD.<sup>28</sup> De toenmalige minister van Buitenlandse Zaken, Rosenthal, had niet veel op met Straatsburg.<sup>29</sup> En hoewel de scepsis zeker niet in zijn hele partij wordt gedeeld, klonk een afwerende houding nog nadrukkelijk door in de aanloop naar de landelijke verkiezingen van 2021.<sup>30</sup>

Het zou overigens een misvatting zijn om te denken dat de aversie tegen het Hof iets van het laatste decennium is. We nemen nog een kleine duik in de geschiedenis. Tijdens de onderhandelingen over het EVRM steunden aanvankelijk slechts vier van de elf staten het voorstel om een hof te creëren. Een ruime meerderheid van zeven staten was tegen. Onder de tegenstanders waren de Britten, die aan hun overwinning in de Tweede Wereldoorlog niet alleen diplomatiek

25 De verontwaardiging, zeker onder de Conservatieven, ging zeker al terug tot EHRM 27 september 1995, 18984/91 (*McCann e.a./VK*). Later volgden o.a. EHRM 6 oktober 2005, 74025/01 (*Hirst/VK no. 2*) en EHRM 17 januari 2012, 8139/09 (*Othman (Abu Qatada)/VK*). Voor de toenmalige Home Secretary Theresa May vormden deze arresten aanleiding om in de aanloop naar het Brexit-referendum te bepleiten dat het VK in de Unie moest blijven, maar juist het EVRM moest opzeggen. Zie bijv. ‘Theresa May: UK should quit European Convention on Human Rights’, *BBC News*, 25 april 2016. De kou is nog altijd niet uit de lucht, getuige de nadrukkelijke ontkenning: M. Cross, ‘ECHR departure not on agenda, says rights review chair’, *The Law Society Gazette*, 13 januari 2021. In de Handels- en samenwerkingsovereenkomst die de EU en het VK eind 2020 in het kader van Brexit hebben gesloten, is voor alle zekerheid afgesproken dat de strafrechtelijke samenwerking per direct kan worden beëindigd als het EVRM wordt opgezegd (*Pb. EU L444* van 31 december 2020, art. LAW.OTHER.163, lid 2).

26 T. Baudet, ‘Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie’, *NRC Handelsblad*, 13 november 2010.

27 Onder meer in dit tijdschrift: K. de Vey Mestdagh, R.A. Lawson & R. de Winter, ‘Reacties op Thierry Baudet (*NRC Handelsblad*, 13 november 2010)’, *NTM/NJCM-Bull.* 2010, p. 975-979.

28 Zie bijv. het toenmalige Kamerlid J. Taverne, ‘65 ECHR: a call for vision, dedication and self-restraint’, in: *Verjaardagswensen voor het 65-jarige EVRM*, *NTM/NJCM-Bull.* 2015, p. 478-479: ‘my point here today is that it’s up to the democratically elected governments of the State parties to decide’.

29 Een veel geciteerde uitspraak is dat het EHRM: ‘niet zijn eigen gezag moet verzwakken door uitspraken te doen over zaken die slechts op perifere wijze verband houden met mensenrechten. Daardoor kan jurisprudentiële inflatie optreden en het draagvlak voor het Hof afnemen’ (Notitie *Verantwoordelijk voor vrijheid; Mensenrechten in het buitenlands beleid*, *Kamerstukken II* 2012/13, 32 735, nr. 1). De ophef leidde, op 13 maart 2012, tot een plenair debat in de Eerste Kamer over de toekomst, rol en bevoegdheden van het EHRM. Het debat mondde uit in de aanvaarding van de motie-Franken (CDA) – mede ondertekend door Van Boxtel (D66), Broekers-Knol (VVD), Holdijk (SGP), Kox (SP), Kuiper (ChristenUnie), Schrijver (PvdA) en Strik (GroenLinks) – waarin de regering werd verzocht ‘zich, in overeenstemming met de lange traditie van het Nederlands mensenrechtenbeleid en in het bijzonder het buitenlands beleid van vorige kabinetten, te blijven inzetten voor de mensenrechten conform haar verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’.

30 Daarover de bijdragen van Ingrid Leijten en Egbert Myjer, elders in deze aflevering.



gewicht maar ook het nodige zelfvertrouwen ontleenden. Het Britse kabinet voelde er niets voor 'to encourage our European friends to jeopardise our whole system of law, which we have laboriously built over the centuries, in favour of some half-baked scheme to be administered by some unknown court'.<sup>31</sup>

Ook Nederland zag niets in een hof. De tijd was nog niet rijp voor een orgaan dat zou kunnen interveniëren in de interne aangelegenheden van de staat.<sup>32</sup> Een commissie die als taak had de feiten vast te stellen en een advies uit te brengen: dat was al mooi genoeg. Lange tijd zag het er dan ook naar uit dat er überhaupt geen hof zou komen. Het is vrij ontvullende lectuur voor de lezer anno 2021, voor wie het Hof in Straatsburg een van de pijlers van het bestaan is.

#### 4 Een wegpiraat ... of toch maar gewoon een surveillancewagen?

Ik vermoed dat de gemiddelde lezer van dit tijdschrift een heel andere indruk heeft van het Hof. Die lezer kent alle argumenten wel die tegen dat beeld van het allesverslindende monster zijn ingebracht. Het Hof wijst de overgrote meerderheid van de ingediende klachten af, zonder deze zelfs maar voor te leggen aan de autoriteiten van het land in kwestie. Voor zover het Hof een schending constateert, gaat het meestal om kloonzaken – zaken die voortkomen uit hardnekkige, al lang geleden onderkende problemen: trage rechtspleging, overbevolkte gevangenissen, rechterlijke vonnissen die niet ten uitvoer worden gelegd. Met een extensieve uitlegging van mensenrechten hebben die veroordelingen niets van doen. En van de zaken die dán nog overblijven – veel zijn dat er niet – heeft een fors gedeelte betrekking op rechttoe-rechtaan schendingen. Je kan het Hof toch geen bemoeizucht verwijten als het zich uitspreekt over de arrestatie en jarenlange detentie van een ouder echtpaar in Azerbeidzjan, zonder enige aanleiding ... anders dan het een kleine ngo leidt.<sup>33</sup> Het Hof, kortom, doet gewoon wat je ervan mag verwachten.

De suggestie dat het Hof Nederland knevelt, spoort ook niet met het buitengewoon geringe aantal zaken tegen ons land. Terwijl vier staten (Rusland, Turkije, Oekraïne en Roemenië) samen goed zijn voor 70% van de aanhangige zaken, heeft zegge en schrijve 0,3% betrekking op Nederland.<sup>34</sup> In de laatste vijf jaar kwam het Hof zes maal tot een veroordeling van Nederland. Het zou me verbazen als de gemiddelde criticaster van het Hof ook maar één van die zaken zou kunnen noemen, en al helemaal als hij daarbij zou kunnen uitleggen wat er mis was met het oordeel van het Hof.

Zeker, er zijn 'grote' arresten tegen Nederland geweest, waarin het Hof een schending van het EVRM constateerde met verstrekkende gevolgen. Maar de meeste daarvan stammen uit een

31 Y.S. Klerk, *Het ECRM-toezichtmechanisme* (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1195, p. 35, noot 103.

32 'At the present stage all powers should remain in the hands of governments. The transfer of powers involved in the establishment of the Court could only be the last chapter in European integration', aldus de Nederlandse vertegenwoordiger C.L. Patijn, in *Travaux préparatoires de la CEDH* deel IV, Den Haag: Martinus Nijhoff, 1977, p. 128.

33 EHRM 16 juli 2020, 68817/14 (*Yunusova & Yunusov/Azerbeidzjan no. 2*). Zie de *Myjmering* over deze zaak elders in deze aflevering.

34 Het ligt er een beetje aan hoe je rekent, en de cijfers fluctueren natuurlijk. De *Analysis of Statistics 2019* (op de website van het EHRM) vermelden dat er in 2019 44.500 zaken ter besluitvorming werden voorgelegd aan een formatie van het Hof (van *single judge* tot Grote Kamer), waarvan 400 betrekking hadden op Nederland: iets minder dan 1%. Eind 2019 lagen er 59.800 zaken bij een formatie van het Hof, waarvan 188 tegen Nederland: 0,3%. Er werd 1 arrest in een Nederlandse zaak gewezen, op een totaal van 884: 0,1%.

inmiddels grijs verleden. De eerder genoemde gemiddelde criticaster van het Hof ging nog niet eens naar de lagere school toen arresten als *Winterwerp*, *X & Y*, *Bentham* of *Berrehab* al lang en breed geweest waren.<sup>35</sup> En klassiekers als *Kostovski* en, bij wat verder nadenken, *Kroon* en *Lala & Pelladoah* komen toch ook echt uit de oude doos.<sup>36</sup> Recenter dan? Uit de laatste twintig jaar komen allicht zaken als *Lorsé*, *Salah Sheekh* en *Murray* bovendrijven; daarnaast trokken ook zaken als *Ramsahai* en *Jaloud* wel enige aandacht, maar daar ging het toch om incidenten, niet om structurele problemen.<sup>37</sup> Belangrijke zaken, stuk voor stuk – maar is dat nou alle opwindende waard?

Dat betekent natuurlijk niet dat de uitspraken van het Hof boven iedere controverse verheven zijn. In tegendeel. Straatsburg kan nu eenmaal niet iedereen behagen. Neem het arrest *Murray* over de levenslange gevangenisstraf. De advocaat juicht de uitspraak toe als een hoognodige correctie van de onbuigzame Nederlandse praktijk. Daar tegenover de vader van een gewelddadslachtoffer, die vasthoudt aan het devies 'levenslang is levenslang'.<sup>38</sup> Dat verschijnsel doet zich vanzelfsprekend ook buiten Nederland voor. Als het Hof in een Litouwse zaak bepaalt dat de autoriteiten de plicht hebben om in te grijpen als een homostel wordt bedolven onder een lading doodsb bedreigingen op Facebook, dan verwelkomt ILGA dat als een grote stap voorwaarts.<sup>39</sup> Maar het kan haast niet anders of er is ergens een Litouwse politicus die zich hardop afvraagt waarom het Hof zich niet richt op de échte problemen. Dat na te laten vraagt om zelfbeheersing en gevoel voor *checks and balances*, en daar ontbreekt het politici nogal eens aan. Omgekeerd is een recent arrest als *N.D. & N.T./Spanje* voor de één een schandalige misser, *una sentencia dolorosa*, die leidt tot een ernstig gebrek aan rechtsbescherming, terwijl de ander er nu juist een verstandige terughoudendheid van het Hof in ziet.<sup>40</sup>

Dergelijke meningsverschillen komen overigens ook binnen het Hof voor. Er zullen altijd rechters zijn die niet te hard van stapel willen lopen.<sup>41</sup> En zij zullen collega's hebben die het juist tot hun taak rekenen de individuele vrijheid en waardigheid maximaal te beschermen, altijd en overal.

Maar laten we ons nuchter tot de cijfers beperken en, bij alle meningsverschillen die zo af toe opvlammen, het zeer geringe aantal Nederlandse zaken in ogenschouw nemen. Dan lijkt het Straatsburgs Hof toch een surveillancewagen die doet wat 'ie moet doen: zijn rondjes draaien door de wijk. Soms krijgt de bemanning kritiek dat ze te laat ter plaatse was, en dan weer moet

35 EHRM 24 oktober 1979, 6301/73 (*Winterwerp/Nederland*); EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X & Y/Nederland*); EHRM 23 oktober 1985, 8848/80 (*Bentham/Nederland*); EHRM 21 juni 1988, 10730/84 (*Berrehab/Nederland*).

36 EHRM 20 november 1989, 11209/84 (*Kostovski/Nederland*); EHRM 27 oktober 1994, 18535/91 (*Kroon/Nederland*); EHRM 22 september 1994, 14861/89 resp. 16737/90 (*Lala & Pelladoah/Nederland*).

37 EHRM 4 februari 2003, 52750/99 (*Lorsé/Nederland*); EHRM 11 januari 2007, 1948/04 (*Salah Sheekh/Nederland*); EHRM 26 april 2016, 10511/10 (*Murray/Nederland*); EHRM 15 mei 2007, 52391/99 (*Ramsahai/Nederland*); EHRM 20 november 2014, 47708/08 (*Jaloud/Nederland*).

38 Zie de bijdragen aan de Special levenslange gevangenisstraf, in *NTM/NJCM-Bull.* 2017, p. 183-250.

39 EHRM 14 januari 2020, 41288/15 (*Beizaras and Levickas/Litouwen*). Het commentaar van ILGA Europe, 7 april 2020: 'Beizaras and Levickas v. Lithuania: ILGA-Europe's work on a landmark European hate speech judgement'.

40 EHRM 13 februari 2020, 8675/15 (*N.D. & N.T./Spanje*). De Spaanse NGO Servicio Jesuita a Migrantes (SJM) sprak van 'una sentencia dolorosa para demandantes y sociedad civil'. Kritisch is ook C. Oviedo Moreno, 'A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain', *VerfBlog*, 14 februari 2020. Genuanceerder is M. den Heijer in *EHRC-updates* van 17 april 2020.

41 In die zin B.E.P. Myjer, 'One Salduz a year in enough', in: D. Spielman (*supra* noot 6), p. 419-430.

ze ervaren dat er vuurwerk naar de hulpverleners wordt gegooid. Maar van een allesverslindend monster of, om in de beeldspraak te blijven, een wegpiraat is toch geen sprake.

## 5 Motor of versnellingsbak?

Alles goed en wel, zo hoor ik u brommen – je kan de rol van het Hof niet op deze wijze bagatelliseren én tegelijkertijd Straatsburg in de schijnwerpers zetten als motor voor verandering. Het is ontegenzeggelijk waar dat het Hof op gezette tijden grensverleggende uitspraken doet. Dat doet het dan misschien vaak in arresten die ándere landen betreffen. Maar de gevolgen voor Nederland hoeven er niet minder om te zijn.

Wat gebeurt er nu eigenlijk in die baanbrekende arresten? Doorgaans zal het door middel van een dynamische of evolutieve uitleg van het Verdrag zijn, dat het Hof tot een verfijning van bestaande jurisprudentie komt, of nieuwe verplichtingen uit het Verdrag afleidt.<sup>42</sup> Op zich kan die dynamische uitleg geen verrassing zijn; in elk geval sinds 25 april 1978 niet meer. Want op die dag deed het Hof uitspraak in de zaak *Tyrer* waarin een minderjarige klaagde over een lijfstraf van drie stokslagen, hem opgelegd door een lokale rechter op het eiland Man. Het Hof overwoog nadrukkelijk:

‘The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.’<sup>43</sup>

Het is de moeite waard kort stil te staan bij de achtergrond van die beroemde passage.<sup>44</sup> Wat blijkt: de dynamische uitleg van het EVRM waar nu zoveel over te doen is, is in de hele zaak *Tyrer* nauwelijks voorwerp van discussie geweest. De Commissie had zonder veel omhaal (en zonder stil te staan bij de vraag of dat nou heel dynamisch was) een schending van artikel 3 EVRM geconstateerd. Alleen het Ierse lid had tegengesputterd dat het Verdrag hier toch niet voor bedoeld was: het Verdrag was tot stand gebracht om de ‘really great evils’ te bestrijden, en overigens werd in 1950 nog heel verschillend gedacht over lijfstraffen voor minderjarigen.<sup>45</sup> Op de hoorzitting voor het Hof verwees de vertegenwoordiger van het eiland Man<sup>46</sup> dankbaar naar die minderheidsopvatting. Maar hij kreeg geen bijval. De vertegenwoordiger van de Commissie bepleitte kort dat het Hof niet moest blijven hangen in opvattingen die mogelijkwijze in 1950 nog wel werden gehuldigd, maar nu toch echt niet meer – en kreeg daarin bijval

42 Zie voor een overzicht J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge UP 2019, p. 93-107.

43 EHRM 25 april 1978, 5856/72, r.o. 31 (*Tyrer/VK*).

44 Nader: R.A. Lawson, ‘A Living Instrument: The Evolutive Doctrine – some introductory remarks’, voordracht bij het *Judicial Seminar 2020*, European Court of Human Rights, Strasbourg, 31 January 2020, te vinden op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

45 ECRM, Report van 14 december 1976, 5856/72 (*Tyrer/VK*), *dissenting opinion* van K. Mangan, par. 7 en 18, te vinden op Hudoc en in Eur. Court H.R., Series B, no. 24, *Tyrer case*, p. 28, 30.

46 Lijfstraffen waren afgeschaft in het VK, en alleen gehandhaafd op het (autonome) eiland Man – de plek waar Tyrer zijn stokslagen had gekregen. De Britse regering ontkende niet dat die bestraffing in strijd met art. 3 EVRM was, en liet het maar over aan de *Attorney-General for the Isle of Man* om te proberen de stokslagen recht te praten.

van de Britse regering!<sup>47</sup> Dat leidde dus tot de nu zo beroemde passage over het Verdrag als 'living instrument'. Maar destijds zag men het bijzondere daar niet zo van in: de officiële samenvatting van het arrest vermeldt dit aspect zelfs niet.<sup>48</sup>

Op het moment dat het Hof zijn arrest in *Tyrrer* wees, waren 18 staten partij bij het Verdrag. Zelfs als een deel van die staten destijds verrast was door deze wending in de jurisprudentie (en daar is geen enkele aanwijzing voor), dan nog kan dat niet opgaan voor de 29 staten die na *Tyrrer* zijn toegetreden tot het EVRM. Zij wisten heel goed dat zij toetraden tot 'a living instrument'. En alle lidstaten van de Raad van Europa, oud en nieuw, hebben bij talloze gelegenheden hun steun uitgesproken voor het Hof en zijn – dynamische – jurisprudentie.<sup>49</sup> Zolang de 47 blijven belijden dat ze achter het EVRM en het Hof staan, kunnen ze daarop worden aangesproken.

Daar komt bij dat de dynamische jurisprudentie van het Hof niet de toevallige uitkomst is van persoonlijke voorkeuren en subjectieve taxaties. In de eerste plaats zit het Hof stevig ingesnoerd in zijn eigen jurisprudentie; afwijken gaat zomaar niet.<sup>50</sup> In de tweede plaats laat het Hof zich bij zijn interpretatie van het Verdrag – een taak die het is toevertrouwd in artikel 32 EVRM – leiden door het Weens Verdragenverdrag. Dat deed het Hof al in 1975, toen de inkt van dat Weense verdrag nog maar net was opgedroogd, en dat doet het Hof nog steeds.<sup>51</sup>

En dan, in de derde plaats, bevat de *Tyrrer*-formule nog een empirisch element: 'the Convention ... must be interpreted in the light of present-day conditions'. Het is wel het consensusbeginsel genoemd: het Hof vertolkt de hedendaagse opvattingen die in Europa leven.<sup>52</sup> Om in de beeldspraak van onze rode draad te blijven: goed beschouwd is het Hof niet de motor – dat zijn immers de veranderende maatschappelijke opvattingen, de vitale krachten in de Europese samenlevingen. Het Hof is 'slechts' de versnellingsbak die ervoor zorgt dat het vermogen van de motor op een efficiënte manier wordt overgebracht op de wielen.

De *Tyrrer*-zaak laat zien hoe dat dan gaat. Een jongen klaagt over stokslagen. Het Hof constateert dat lijfstraffen in Europa in onbruik zijn geraakt. Tegen die feitelijke achtergrond komt het Hof tot het oordeel dat er voldoende *common ground* bestaat om de uitleg van, in dit geval, artikel 3 EVRM aan te passen. De Europese consensus neemt in zo'n geval als het ware de Straatsburgse auto op sleeptouw. Dat leidt dan tot een 'verandering', het Hof legt de nieuwe

47 Zie 'Verbatim Report of the public hearings held on 17 January 1978', Eur. Court H.R., Series B, no. 24, *Tyrrer case*, p. 86.

48 Council of Europe, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* (21) 1978, p. 614.

49 Recent nog in de Verklaring van Kopenhagen (2018), par. 26: 'The Court ... authoritatively interprets the Convention in accordance with relevant norms and principles of public international law, and, in particular, in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties, giving appropriate consideration to present-day conditions'.

50 EHRM 11 juli 2002, 28957/95, r.o. 74 (*Christine Goodwin/VK*). Daarover ook de Straatsburgse Myj/meringen in *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1067-1068 ('CLCP en CPB'), en 2009, p. 927-928 ('Consistente en coherente jurisprudentie').

51 EHRM 21 februari 1975, 4451/70, r.o. 29-36 (*Golder/VK*); EHRM 14 januari 2020, 10926/09, r.o. 185 (*Rinau/Litouwen*). Zie vooral EHRM 8 november 2016, 18030/11, r.o. 118-125 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*). Er wordt dan ook volop verwezen naar het Weens Verdragenverdrag door partijen (EHRM 26 mei 2020, 17247/13, r.o. 127, 138 (*Makuchyan & Minasyan/Azerbeidzjan & Hongarije*)) en dissenters (EHRM, 23 jan. 2020, *L.R. t. Noord Macedonië* (nr. 38067/15), dissent Wojtyczek).

52 J.G.C. Schokkenbroek, 'De margin of appreciation-doctrine in de jurisprudentie van het Europese Hof', in *Veertig jaar EVRM, NJCM-Bulletin* 1990, p. 56. Recenter: A.W. Heringa, 'The 'Consensus Principle' – The role of 'common law' in the ECHR case law', *Maastricht Journal* (3) 1996, p. 108-145.

consensus vast. Maar het gaat dan in wezen, om met Koopmans te spreken, om codificatie, niet modificatie.<sup>53</sup>

Toch is het Hof niet altijd zo volgzzaam. Soms ligt het ingewikkelder: dan is er nog geen consensus die het Hof verder drijft, maar doen zich feitelijke ontwikkelingen voor die vragen om een antwoord. In de zaak van *Szabó & Vissy*, bijvoorbeeld, buigt het Hof zich over de grote technologische veranderingen die het mogelijk maken om op ongekende schaal persoonsgegevens te verzamelen en met elkaar te combineren. Het is begrijpelijk dat staten dergelijke technieken inzetten, bijvoorbeeld om terrorisme te bestrijden, aldus het Hof, maar dat moet dan wel hand in hand gaan met robuustere waarborgen tegen willekeur en misbruik.<sup>54</sup> Bij het invullen van die waarborgen kan het Hof echter niet terugvallen op een langzaam gegroeide Europese consensus. Dan moet Straatsburg het voortouw nemen. En het zijn *die* gevallen – heel gering in aantal maar soms heel zichtbaar – die Straatsburg de reputatie van motor voor verandering geven. De reputatie van allesverslindend monster.

Hoe dan ook zal het Hof een inspanning moeten leveren om een potentieel sceptisch publiek te winnen voor een nieuwe interpretatie. Zo mogelijk zal het moeten aantonen dat zijn benadering daadwerkelijk wortelt in een Europese consensus. In de zaak *Tyrer* deed het daartoe geen enkele poging: het Hof beweerde wel dat het zich liet inspireren door de ontwikkelingen in de verdragspartijen, maar bood daarin geen inzicht. Dat is in de laatste jaren zeker verbeterd.<sup>55</sup> En als die consensus (nog) niet bestaat, zal het Hof ook de kritische lezer van zijn arresten ervan moeten overtuigen dat de door het EVRM beschermde basiswaarden *werkelijk* op het spel staan en dat de nieuwe benadering onontkoombaar is om ‘really great evils’ af te wenden.

Het is de vraag of het Hof er altijd in slaagt om die boodschap over te brengen. Laat het dat na, dan maakt het zich kwetsbaar voor kritiek. Naarmate het Hof zijn redenering beter uitlegt, mag je verwachten dat zijn oordeel eerder wordt geaccepteerd. Of is dat naïef? De enorme inspanning die de Nederlandse rechter zich in de *Urgenda*-zaak getroostte om toch vooral een helder en toegankelijk vonnis te schrijven, leek maar beperkt effect te sorteren. De critici hadden hun oordeel toch al wel klaar.<sup>56</sup> Ook voor Straatsburg geldt dat er altijd wel critici zullen zijn die een nieuwe interpretatie afdoen als loze drukte om een perifere kwestie of zelfs als een handeling *ultra vires*.<sup>57</sup>

Ik vat samen. Het EVRM als motor voor verandering: in de verschillende bijdragen van onze rode draad zal ongetwijfeld een grote rol zijn weggelegd voor de dynamische verdragsinterpretatie. Aanvankelijk werd die benadering niet als iets bijzonders gezien, maar in de loop der tijd heeft ze zich ontwikkeld tot een van de karakteristieken van de Straatsburgse jurisprudentie. De verdragspartijen morren er soms over, maar uiteindelijk betuigen ze toch iedere keer weer hun steun eraan. In de praktijk gaat het vaak om het vertolken van een bestaande Europese

53 T. Koopmans, ‘De rol van de wetgever’, in *Juridisch stippelwerk*, Deventer: Kluwer 1991, p. 151-165, op p. 153.

54 EHRM 12 januari 2016, 37138/14, r.o. 53 (*Szabó & Vissy/Hongarije*).

55 Rechtsvergelijking vormt nu een tamelijk standaard-onderdeel van de uitspraken van de Grote Kamer. Zie bijv. EHRM 10 juli 2020, 310/15, r.o. 40-47 (*Mugemangango/België*).

56 Over dat fenomeen o.a. G. Corstens & R. Kuiper, *De rechter grijpt de macht – en andere misvattingen over de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2020, p. 66-67.

57 Dat laatste argument steekt geregeld de kop op in Rusland. Zie bijv. ‘Constitutional amendments to protect Russia from free interpretation of European Convention on Human Rights – Kosachyov’, *Interfax*, 21 januari 2020. Algemener: M. Smirnova, ‘Russia’, in: F.M. Palombino (red.), *Duelling for Supremacy – International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge: Cambridge UP 2019, p. 297-319.

consensus. Slechts in een deel van de gevallen ontleent het Hof werkelijk nieuwe normen aan het EVRM als ‘living instrument’. In beide scenario’s, codificatie én modificatie, mag van het Hof een solide onderbouwing worden verwacht. Al zal het Hof het nooit iedereen naar de zin kunnen maken.

## 6 Of toch maar elektrisch?

Wie het EVRM als motor voor verandering ziet, denkt in macro-plaatjes: het gaat om de rechtsontwikkeling en de bijdrage die Straatsburg daaraan kan leveren. De klager dient als brandstof. Brandhout. Hij wordt hartelijk bedankt voor het aanzwengelen van de zaak, maar daar houdt het op. Het gaat niet om Anthony Tyrer; het gaat om de afschaffing van lijfstraffen.

Het is wat het is: de klager schiet niet veel op met een overwinning in Straatsburg. De billijke genoegdoening is meestal karig. Herstel van het geleden onrecht vindt lang niet altijd plaats, bijvoorbeeld omdat je de klok niet kan terugzetten (de stokslagen, de overschrijding van de redelijke termijn) of omdat je soms je verlies maar moet accepteren.<sup>58</sup> En soms win je glansrijk een zaak maar verzuimt je advocaat te vragen om heropening van de strafzaak; dan is daarmee voor het Hof de kous af.<sup>59</sup> Het hoogste dat een klager kan bereiken, is dat zijn naam voortleeft in het jargon: de Engel-criteria, het Soering-beginsel, een geslaagd Salduz-verweer.

De vraag is, in auto-terminen, of dit nou een duurzaam gebruik van grondstoffen is. En dat geldt zeker als we daarbij ook denken aan die duizenden klagers die jarenlang niets horen van het Hof, om dan een korte standaardbrief te ontvangen met twee mededelingen: uw klacht is afgewezen, en over die uitkomst kan verder niet worden gecommuniceerd.<sup>60</sup> Het is begrijpelijk dat het Hof efficiënt met zijn tijd om gaat, maar het is ook begrijpelijk dat klagers die gang van zaken frustrerend vinden. Voor het draagvlak van het Hof – dat niet alleen op de steun van de Verdragspartijen rust – is dat niet goed.

Als we op zoek gaan naar alternatieve energiebronnen, komen we vanzelfsprekend *niet* uit op de turbodiesel waarover Roeland Böcker, inmiddels onze ambassadeur in Straatsburg, en zijn toenmalige collega Liselot Egmond spraken.<sup>61</sup> Diesel is wel heel erg 2010; ze schreven dan ook in de lustrumbundel *60 jaar EVRM*.

58 EHRM (ontv. besl.) 1 maart 2010, 46113/99, r.o. 112 (*Demopoulos e.a./Turkije*).

59 EHRM 1 december 2020, 26374/18, r.o. 313 (*Guðmundur Andri Ástráðsson/IJsland*). Over de verplichtingen tot herstel die voortvloeien uit de constatering van een schending, zie EHRM 29 mei 2019, 15172/13, r.o. 147-156 (*Ilgar Mammadov/Azerbeidzjan (infringement proceedings)*).

60 Het Hof heeft herhaaldelijk beterschap beloofd, daartoe ook aangemoedigd door de Verdragspartijen (zie bijv. de Verklaring van Brussel (2015), Action Plan, deel A, art. 1(c)). In de Rules of Court (Rule 52A lid 1) wordt de afgewezen klager een (summer) gemotiveerde beslissing in het vooruitzicht gesteld. Mijn indruk is dat er in de praktijk niet zo veel is veranderd. Menig klager ontvangt nog altijd een brief bestaande uit één ‘inhoudelijke’ alinea: ‘The Court finds in the light of all the material in its possession and in so far as the matters complained of are within its competence, that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto and that the admissibility criteria set out in Articles 34 and 35 of the Convention have not been met’ – alleen staat er nu ‘decision’ boven, en staat onderaan de brief een (ingescande) handtekening van een rechter.

61 R. Böcker & L. Egmond, ‘Het stuurcomité mensenrechten: Turbodiesel van de Raad van Europa’, in *60 jaar EVRM – Een lichtend voorbeeld?*, NTM/NJCM-Bull. 2010, p. 905-920.

Nieuwe energiedragers in overvloed treffen we aan in Brussel en Luxemburg. In de afgelopen jaren is de Europese Unie immers een belangrijke rol gaan spelen bij de bescherming van rechtsstaat en mensenrechten. Juist als het gaat om Polen en Hongarije lopen de Europese Commissie en het EU-Hof van Justitie, zo goed en zo kwaad als dat gaat, voorop. De Unie beschikt over een heel ander instrumentarium om problemen aan te pakken.<sup>62</sup> Voor de *impact* daarvan helpt het natuurlijk dat de Unie óók beschikt over meer financiële slagkracht en dus ook politiek gewicht. Lidstaten als Polen en Hongarije zijn grootontvangers van EU-subsidies<sup>63</sup> en kunnen het zich dus alleen al daarom niet permitteren om de Unie de rug toe te keren, zoals Griekenland dat ooit met de Raad van Europa deed. En dus moeten ze zich de Luxemburgse veroordelingen laten welgevalen. Minder spectaculair, maar zeker zo invloedrijk, is de voortgaande integratie: EU-regelgeving op het gebied van gelijke behandeling, asiel of bijvoorbeeld strafprocesrecht. En ook het aloude vrij personenverkeer blijkt nog altijd een motor voor verandering waar de mensenrechten wél bij varen.<sup>64</sup>

De ontwikkelingen gaan heel hard. Alleen al in de maand december 2020 nam de Unie een eigen ‘Magnitsky Act’ aan, die voorziet in gerichte sancties tegen personen en entiteiten die wereldwijd ernstige schendingen van de mensenrechten hebben begaan;<sup>65</sup> besloot de Europese Commissie een nieuwe inbreukprocedure tegen Polen te starten (de vijfde inmiddels) vanwege de aantasting van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in dat land;<sup>66</sup> gaf het Hof van Justitie antwoord op prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam, hoe om te gaan met Europese Aanhoudingsbevelen uit Polen;<sup>67</sup> oordeelde datzelfde Hof dat wijzigingen in de Hongaarse asielwetgeving in strijd waren met het EU-recht (en ging het daarbij verder dan het EHRM);<sup>68</sup> bracht de Europese Unie een koppeling tot stand tussen de verdeling van financiële middelen uit de EU-begroting en de naleving van de beginselen van de *rule of law*,<sup>69</sup> en publiceerde de Commissie een nieuwe strategie om de toepassing van het EU-Grondrechtenhandvest te versterken.<sup>70</sup> Dat alles dus in een maand tijd.

Daarmee is niet gezegd dat het Brusselse mensenrechtenbeleid boven iedere kritiek verheven is.<sup>71</sup> Maar de Brusselse dynamiek is ontegenzeggelijk enorm. Hoe zal Straatsburg zich tot deze

62 Art. 7 EU-verdrag voorziet in een procedure om bedreigingen van o.a. de rechtsstaat aan te pakken. De Europese Commissie kan inbreukprocedures voeren voor het HvJEU. In prejudiciële procedures kunnen nationale rechters vragen voorleggen aan het HvJEU. Elk van deze procedures is in de afgelopen jaren (met wisselend resultaat) ingezet ter bescherming van de rechtsstaat, de onafhankelijkheid van de rechter en specifieke mensenrechten.

63 Zie bijv. [www.statista.com/chart/18794/net-contributors-to-eu-budget/](http://www.statista.com/chart/18794/net-contributors-to-eu-budget/). Jaarlijks ontvangt Hongarije ruim 5, Polen ruim 11 miljard euro (netto) uit het EU-budget.

64 Zie bijv. HvJEU 5 juni 2018, C-673/16 (*Coman*): ook Roemenië, dat het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht niet erkent, moet het verblijfsrecht erkennen van homoparen die wettig getrouwd zijn in een andere EU-lidstaat.

65 Besluit (GBVB) 2020/1999 en Verordening (EU) 2020/1998 van de Raad, van 7 december 2020, betreffende beperkende maatregelen tegen ernstige schendingen van de mensenrechten, *Pb.* LI 410.

66 Persbericht, *Inbreukenpakket voor december: voornaamste beslissingen*, Brussel, 2 december 2020, [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

67 HvJEU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU (*L en P*).

68 HvJEU 17 december 2020, C-808/18 (*Commissie/Hongarije*). Het Luxemburgse Hof oordeelde o.a. dat er sprake was van onrechtmatige bewaring in transitzone (r.o. 159 e.v.). Verg., terughoudender, de Grote Kamer van het Straatsburgse Hof: EHRM 21 november 2019, 47287/15, r.o. 246 (*Ilias & Ahmed/Hongarije*).

69 Zie de conclusies van de Europese Raad van 10-11 december 2020, op [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

70 Persbericht, *De Commissie hernieuwt haar verbintenis om de grondrechten in de EU te versterken*, Brussel, 2 december 2020, op [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

71 Zie bijv. R.D. Kelemen, ‘Von der Leyen is weak on rule of law’, 21 september 2020, op [www.politico.eu](http://www.politico.eu).

dadendrang verhouden? De rivaliteit tussen de Raad van Europa en de EU, die rond 2000 wel opflakkerde, behoort gelukkig tot het verleden, zo constateerde bijvoorbeeld Jenny Goldschmidt al in de zojuist genoemde bundel *60 jaar EVRM*.<sup>72</sup> Het valt alleen maar te prijzen als de twee organisaties samen optrekken om de rechtsstaat en de rechten van de mens te beschermen. Maar het lijkt een kwestie van tijd voordat het EVRM zijn status als ‘de’ motor voor verandering – een status die nog niet zo lang geleden vanzelf sprak – kwijtraakt. Een glanzende elektrische auto rijdt dan voor, in elk geval voor de 27 lidstaten van de Unie.

Dat neemt niet weg dat de Raad van Europa en het EVRM een belangrijke meerwaarde behouden. Die meerwaarde schuilt in de opgebouwde kennis – denk behalve aan het Straatsburgse Hof ook aan de andere toezichtmechanismes (van CPT en het Europees Comité voor Sociale Rechten tot GRECO), de uitgebreide assistentie-programma’s en de Venice Commission. Maar de meerwaarde schuilt ook in de veel grotere geografische reikwijdte. Dat zullen de burgers in landen als Rusland en Oekraïne graag beamen: het heeft er soms akelig veel van weg dat het Hof de enige garantie is voor de bescherming van hun rechten. Maar ook als we zelfzuchtig vanuit het perspectief van de Unie en haar lidstaten redeneren, is het eigen belang ermee gediend dat de buurlanden zijn ingebed in een goed functionerende organisatie. Dat geldt voor de directe burens: de Westelijke Balkan en Turkije (en, aan de westflank, het Verenigd Koninkrijk!). Maar dat geldt ook voor de landen die vroeger tot de Sovjet-Unie behoorden en die, anders dan de Baltische republieken, geen perspectief hebben op toetreding tot de EU. Juist daar spelen grote problemen. Over de situatie in Rusland hebben we het al gehad. Maar wat te denken van de annexatie van de Krim; de *frozen conflicts* in Georgië, Moldavië en het oosten van Oekraïne; de oorlog om Nagorno-Karabach tussen Armenië en Azerbeidzjan? De uitzichtloze situatie in Wit-Rusland, zoals bekend zelfs geen lid van de Raad van Europa, laat zien hoe belangrijk het is om althans enige vat te hebben op autoritair bestuurde landen.

En tot slot is er de unieke rol die het Straatsburgse Hof speelt als het geweten van Europa. Ook de Europese Unie heeft behoefte aan extern toezicht: ‘the conscience of which we all have need’ in de woorden van Pierre-Henri Teitgen. Het is dan ook goed dat, na een lange adempauze, de gesprekken over toetreding van de Unie tot het EVRM weer op gang zijn gekomen.

Intussen kan het geen kwaad als het Hof eens een kijkje neemt onder de Luxemburgse motorkap. Dat het Hof van Justitie zo’n prominente rol kan spelen in de discussies over de Poolse rechtsstaat, dat komt ook door zaken als prioritering, versnelde procedures, interim-maatregelen, de mogelijkheid om boetes en dwangsommen op te leggen. Misschien kan het EHRM daar inspiratie uit putten?

72 J.E. Goldschmidt, ‘De Raad van Europa en het EU-Grondrechtenagentschap’, in *60 jaar EVRM – Een lichtend voorbeeld?*, NTM/NJCM-Bull. 2010, p. 948-959. Zeer lezenswaardig is overigens het interview met de toenmalige voorzitter van de Parlementaire Vergadering, René van der Linden, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 967-971. Recenter R.A. Lawson, ‘Council of Europe – Cooperation in the field of human rights, democracy and the rule of law’, in R.A. Wessel & J. Odermatt (red.), *Research Handbook on the European Union and International Organizations*, Londen: Edward Elgar Publ., 2019, p. 507-528.



7 **Besluit**

Het doel van deze bijdrage was bescheiden: een startschot voor de estafette die in de loop van dit jaar in dit tijdschrift zal plaatsvinden. Maar nog voordat die estafette goed en wel van start is gegaan, is eigenlijk al duidelijk geworden hoe enorm veel er ook in de afgelopen jaren weer is gebeurd, en hoe enorm veel ontwikkelingen gaande zijn. Het zijn spannende tijden, en stiekem hoop ik dat de héle komende jaargang tot de nok toe gevuld zal raken met analyses, kritieken en voorspellingen.

De vlag waaronder onze wedloop zal plaatsvinden, ‘EVRM – motor voor verandering’, blijkt uit te nodigen tot reflectie. De onderwerpen liggen voor het oprapen, gezien de grote uitdagingen van deze tijd en de rol die het EVRM daarbij kan en moet spelen. Van *big data* tot *big brother*: Straatsburg kan niet op z’n lauweren rusten maar zal ook de komende jaren weer vol aan de bak moeten om de fundamentele waarden van het EVRM te beschermen. Het werk is nooit af, en dat geldt dus ook voor onze auteurs.

En intussen spelen er ook de vragen waar in dit artikel de nadruk op lag. Kan het EVRM behalve motor ook rem zijn en de opkomst van autoritaire regimes tegengaan? Hoe om te gaan met het verwijt dat het Hof soms te veel gas geeft, zodat de toerenteller in het rood schiet? Heeft het daarbij zin om beter uit te leggen welke route het Hof in gedachten heeft? Gaat er bij alle drukte niet te veel aandacht uit naar de glimmende motorkap, ten koste van de individuele klager die misschien eerder als brandstof dan als passagier wordt gezien? Hoe zorgen we dat de oude vertrouwde bolide ook in de komende jaren meekomt op de snelweg, als andere weggebruikers over zoveel modernere wagens beschikken?

Het zijn zo maar wat vragen. Hopelijk zijn de lopers opgewarmd, de spieren gestrekt. Laat de wedstrijd beginnen!