

RECHTSVINDING DOOR HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

Janneke Gerards *

Sinds het 50-jarig jubileum van het EVRM in 2000 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, nog in sterkere mate dan voorheen, te kampen met een toenemende werklast en een toevloed van repetitieve zaken. Tegelijkertijd wordt van het Hof nog steeds gevergd dat het gezaghebbende en kwalitatief hoogstaande uitspraken doet, die kunnen steunen op voldoende draagvlak in de verdragstaten.

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de wijze waarop het Hof, door middel van methoden van rechtsvinding, de afgelopen vijf jaar het hoofd heeft geprobeerd te bieden aan deze ingewikkelde situatie. De analyse laat een wisselend beeld zien. Enerzijds is een ontwikkeling zichtbaar in de richting van een meer algemene verdragsinterpretatie en het doen van 'pilot-uitspraken', die kan bijdragen aan een effectievere rechtsbescherming en een vermindering van de werklast. Anderzijds blijven veel mogelijkheden om de duidelijkheid en kwaliteit van de verdragsinterpretatie te vergroten nog onbenut. Kritiek is bovendien mogelijk op het gebruik van interpretatiemethoden. Daarbij is te vaak sprake van een à la carte-benadering, waardoor de motivering van uitspraken niet altijd deugdelijk en overtuigend is. Verbetering van de methoden van rechtsvinding is daarom noodzakelijk.

1 Inleiding

In 2000 werd het 50-jarig bestaan van het EVRM gevierd. Dit jubileum viel bijna samen met een ander bijzonder wapenfeit: de introductie van een permanent Europees Hof voor de Rechten van de Mens in 1998. Nu, in 2005, wordt niet alleen het 55-jarig jubileum van het EVRM gevierd, maar is ook alweer een Veertiende Protocol ondertekend om de werkwijze van het Hof op wezenlijke punten aan te passen.¹ Het is bekend dat de werklast van het Hof in de tussentijdse periode sterk is gegroeid en dat het te kampen heeft met een eindeloze stroom van repetitieve klachten.² Ook is het aantal klachten over grove mensenrechtenschendingen ernstig toegenomen. Vooral uit de nieuw tot de Raad van Europa toegetreden landen komen klachten over gruwelijke en mensonterende gevangenisomstandigheden, over mishandelingen en over het niet in acht nemen van basale processuele normen.³ Het is voor het Hof niet gemakkelijk om deze ontwikkelingen het hoofd te bieden. De grote kracht van de grondrechtenbescherming door de Raad van Europa is gelegen in de kwaliteit van de rechtspraak van het

■ Prof. mr. J.H. Gerards is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden; tevens is zij fellow bij het E.M. Meijersinstituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma 'Securing the Rule of Law in a World of Multi-Level Jurisdiction', deelprogramma 'Fundamental Rights', van het E.M. Meijers Instituut.

1 Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Council of Europe Treaty Series No. 194, 13 mei 2004.

2 Statistische informatie hierover is te vinden op de website van het Hof: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+Tables/> (laatstelijk bezocht op 1 november 2005).

3 Zie voor enkele recentere voorbeelden L. van Lent, J. Lindeman & M.-L. Vermeulen, 'Kroniek: Jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eerste kwartaal 2005: januari – maart', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 604 e.v.

Hof. Effectieve afdwingsmechanismen ontbreken (ook al wordt ook daaraan hard gewerkt), zodat de implementatie van uitspraken in belangrijke mate afhankelijk is van de bereidheid van verdragstaten om de uitspraken van het Hof te implementeren. Gezag en overtuigingskracht van de uitspraken van het Hof kunnen deze bereidheid beïnvloeden. Het is dan ook van groot belang dat de argumentatie en motivering van de uitspraken van het Hof voldoen aan hoge eisen van kwaliteit en legitimiteit.⁴ De Straatsburgse rechtspraak moet daarbij consistent zijn en een uniforme en hoge beschermingsstandaard bieden, maar tegelijkertijd rekening houden met bijzondere situaties en gevoeligheden van de verdragstaten.

In deze bijdrage zal aandacht worden besteed aan de manier waarop het Hof, door middel van zijn methoden van rechtsvinding, probeert het hoofd te bieden aan de hierboven omschreven situatie. Beoogd wordt daarbij vooral een overzicht en een waardering te geven van enkele ontwikkelingen in de rechtsvinding. Verschillende aspecten van rechtsvinding zullen daarbij centraal staan. Allereerst wordt kort ingegaan op een tweetal algemenere thema's, namelijk de onderverdeling van de toetsing aan het EVRM in twee fasen (paragraaf 2) en precedentwerking in de rechtspraak van het EHRM (paragraaf 3). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de interpretatie door het EHRM, nu deze in het proces van rechtsvinding een belangrijke rol speelt. Daarbij wordt een kort overzicht gegeven van de belangrijkste interpretatiemethoden waarvan het Hof op dit moment gebruik maakt (paragraaf 4.1), waarna op één van deze methoden, de comparatieve interpretatiemethode, nader wordt ingegaan (paragraaf 4.2). De rechtvaardigingstoets en de in het kader daarvan vrijwel steeds uitgevoerde belangenafweging zullen in deze bijdrage buiten beschouwing blijven. Evenmin zal aandacht worden besteed aan de *margin of appreciation*-doctrine en de betekenis van het bestaan of ontbreken van een Europese consensus daarvoor. Beide onderwerpen van rechtsvinding zijn zodanig omvangrijk en specifiek dat zij een eigen onderzoek verdienen.

2 Rechtsvinding in twee fasen: reikwijdte en toepassing

De rechtsvinding door het Hof bestaat in het algemeen uit twee fasen: een interpretatie- of kwalificatiefase en een toetsings- of toepassingsfase.⁵ In de eerste fase gaat het Hof na of het grondrecht waarop een beroep wordt gedaan daadwerkelijk van toepassing is op het voorgelegde geval. Dit impliceert een uitleg van de begrippen die in de EVRM-definities van de diverse grondrechten zijn opgenomen: het Hof dient steeds een interpretatie te geven aan begrippen als 'privacy', 'godsdienst', 'recht', 'eigendom' en 'leven'. Daarbij gaat het Hof na of de feiten van het voorgelegde geval passen binnen de gegeven uitleg van het EVRM. In verband daarmee moet het niet alleen vaststellen of het feitencomplex past onder de definitie van het grondrecht,

4 Zie voor een uitwerking van dergelijke eisen voor de L.R. Helfer & A.-M. Slaughter, 'Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication', *Yale Law Review* 1997, p. 284,285.

5 Hieraan vooraf gaat vanzelfsprekend nog de feitenvaststelling, maar die is voor de daadwerkelijke rechtsvinding van minder rechtstreeks belang.

maar ook of sprake is van een inmenging in dit recht.⁶ Is dat het geval, dan komt het Hof toe aan de tweede fase, waarbinnen het dient te beoordelen of de beweerde inbreuk op het grondrecht al of niet toelaatbaar is. Anders gezegd: het Hof gaat eerst na of een bepaald artikel überhaupt van toepassing is; pas als dat is gebleken past het de bepaling daadwerkelijk toe. Hoe dit precies gebeurt is afhankelijk van het bestaan en de inhoud van uitzonderingsclausules. In het algemeen kan echter worden vastgesteld dat het Hof in de tweede fase onderzoekt of met de inbreuk een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd, of de gemaakte inbreuk een redelijk middel vormt om dit doel te bereiken en of, meer in het algemeen, sprake is van een proportionele verhouding tussen het nagestreefde doel en het daardoor aangetaste fundamentele recht. Het karakter van de beide toetsingsfasen is hierdoor duidelijk verschillend. De kwalificatiefase kenmerkt zich door de toepassing van interpretatieve methoden. Aan de hand van dit soort methoden (zoals taalkundige of comparatieve interpretatie), gaat het Hof na wat de betekenis van het ingeroepen recht voor het gegeven geval zou moeten zijn. De toetsingsfase kenmerkt zich daarentegen door een methode van belangenafweging. Het Hof stelt daarbij vast welke belangen bij de inbreuk betrokken zijn en welk instrument is gekozen om de nagestreefde belangen te dienen. Vervolgens onderzoekt het de redelijkheid van de gemaakte afwegingen en instrumentele keuzen.

In de rechtspraak van het Hof is dit onderscheid veelal duidelijk te herkennen.⁷ Het Hof werkt zelfs met kopjes om de verschillende fasen te markeren. Toch lopen de toetsingsfasen vaak door elkaar.⁸ Dit is vooral het geval bij de rechtspraak van het Hof over positieve verplichtingen, waar het onderscheid tussen beide fasen in veel gevallen nagenoeg niet is terug te vinden.⁹ Het Hof gebruikt voor het vaststellen van de aanwezigheid van een positieve verplichting vaak zelfs een methode die sterk doet denken aan een rechtvaardigingstoets: de 'fair

6 De rechtspraak laat zien dat niet altijd sprake is van zo'n inmenging; zie bijv. EHRM 27 juni 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek t. Frankrijk*, Reports 2000-VII, NJCM-Bulletin 2001, 328 (m.nt. EPdJ); EHRC 2000/66 (m.nt. Gerards); AB 2001/116 (m.nt. BPV).

7 Vgl. J.G.C. Schokkenbroek, 'Methoden van interpretatie en toetsing. Een overzicht van beginselen toegepast in de Straatsburgse jurisprudentie', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde & J.H. Gerards, *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Aanvulling 18, Den Haag: Vermande 2000, p. 2.1-I.

8 Zie ook H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie*, Den Haag: Sdu 2003, p. 144,145 en p. 395.

9 Ook in andere zaken is het onderscheid niet altijd even scherp. Vaak blijft in de interpretatie- of kwalificatiefase de betekenis en omvang van een bepaald recht vrij vaag en wordt dit pas verder verduidelijkt in de rechtvaardigingsfase. Zie bijv. EHRM 18 januari 2001, *Chapman t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2001-I; AB 2003/32 (m.nt. Gerards) en EHRM 30 maart 2004, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (no. 2)*, NJCM-Bulletin 2004, 827 (m.nt. RAL); EHRC 2004/43 (m.nt. Broeksteeg). Dit is met name het geval wanneer het Hof in het kader van de toepassingscriteria algemeen bruikbare criteria formuleert, bijvoorbeeld ter beantwoording van de vraag in welke gevallen kosteloze rechtsbijstand moet worden toegekend. In die gevallen bepalen deze criteria mede de betekenis van een bepaald grondrecht (zie EHRM 15 februari 2005, *Steel & Morris t. Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2005/37 (m.nt. Gerards) en verwante zaken, zoals EHRM 7 mei 2002, *McVicar t. Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2002/48 (m.nt. Gerards)). Daarnaast kan enige verwarring ontstaan doordat het Hof soms, met gebruikmaking van interpretatiemethoden als die van de *common ground*, de betekenis en het gewicht van de betrokken belangen bepaalt (zie bijv. EHRM 16 november 2004, *Ünal Tekeli t. Turkije*, EHRC 2005/7 (m.nt. Kiiver), §§ 59 e.v.). Er is dan echter geen sprake van interpretatie van basisbegrippen van het Verdrag, noch wordt de reikwijdte van een bepaald grondrecht hierdoor (rechtstreeks) bepaald.

balance'-test.¹⁰ Deze test impliceert, zoals de naam aangeeft, een belangenafweging. Of een grondrecht zodanig kan worden geïnterpreteerd dat hieruit een positieve verplichting voor de overheid voortvloeit, is afhankelijk van de vraag of het toekennen van zo'n positieve verplichting een *fair balance* of redelijk evenwicht zou bewerkstelligen tussen, enerzijds, het algemene belang dat door de overheid wordt nagestreefd en, anderzijds, het betrokken individuele recht of belang. Het Hof heeft expliciet aangegeven dat de wijze waarop deze *fair balance*-test wordt uitgevoerd sterk lijkt op de toetsing in de toepassingsfase bij negatieve verplichtingen.¹¹ Toch is het resultaat typisch voor de interpretatiefase: de betekenis van een grondrecht wordt verder uitgewerkt en de reikwijdte ervan wordt nader gedefinieerd. Van een scherp onderscheid tussen interpretatie en toepassing is dan ook geen sprake; beide toetsingsfasen gaan volledig in elkaar op.¹²

De vraag is of het anders zou kunnen. Het lijkt immers moeilijk om een abstracte positieve verplichting te definiëren, die los staat van de concrete belangen die bij het geval zijn betrokken. Een dergelijke benadering kan ertoe leiden dat allerhande positieve verplichtingen aan staten worden opgelegd, waarna kan blijken dat zij daaraan helemaal niet hoeven te voldoen. De precieze betekenis van een positieve verplichting kan daardoor in de lucht komen te hangen, terwijl het Hof bovendien al te gemakkelijk zijn rechtsvormende taak zou kunnen overschrijden. Het is dan ook goed voorstelbaar dat het Hof vergaande beslissingen als die over het opleggen van positieve verplichtingen bij voorkeur verbindt aan een concrete situatie. Zou het dit anders doen, dan zou dit de vrijheid van de verdragstaten vergaand kunnen aantasten. Die vrijheid is juist op het punt van positieve verplichtingen groot, nu het moeilijk is om in zijn algemeenheid aan te geven welke mate van actief optreden van een staat geverd wordt om de grondrechten effectief te beschermen.

Toch lijkt een scherper onderscheid tussen de interpretatie- en toepassingsfase ook bij positieve verplichtingen wenselijk. Het verschil tussen positieve en negatieve verplichtingen is niet groot genoeg om het huidige verschil in benadering te kunnen rechtvaardigen.¹³ Het is in veel gevallen goed mogelijk om een omissie te formuleren als een (voortdurende) inbreuk op een grondrecht, net zoals het vaak eenvoudig is om een negatieve inbreuk op een grondrecht

10 Vgl. A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court on Human Rights*, Oxford: Hart 2004, p. 186,187.

11 Zie bijv. EHRM 16 november 2004, *Moreno Gómez t. Spanje*, EHRC 2005/12 (m.nt. Janssen), § 55.

12 Zie kritisch hierover R.A. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de "fair balance"-test – deel II', *NJCM-Bulletin* 1995, p. 728. Overigens is dit niet altijd het geval. Er zijn ook zaken waarin het Hof eerst, op basis van algemene overwegingen, de vraag aan de orde stelt of het geclaimde recht onder de reikwijdte van een EVRM-bepaling valt (interpretatie), waarna het vervolgens onderzoekt of in verband daarmee een positieve verplichting had moeten worden nageleefd (toepassing). Zie bijv. EHRM 13 februari 2003, *Odièvre t. Frankrijk*, EHRC 2003/29 (m.nt. Janssen).

13 Het Hof heeft dit ook wel erkend; zie bijv. EHRM 26 mei 1994, *Keegan t. Ierland*, *Series A* Vol. 290; NJ 1995/247 (m.nt. JdB), *NJCM-Bulletin* 1995, 47 (m.nt. MdB-L), § 49. Dit heeft echter niet geleid tot een strikter onderscheid tussen interpretatie en toetsing. Zie kritisch over de door het Hof gebruikte benadering ook Martens in zijn *dissenting opinion* bij *Cossey t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 17 september 1990, *Series A* Vol. 184; NJ 1995/678 (m.nt. EAA) en Lawson 1995 (*supra* noot 12), p. 728, 729.

te vertalen naar een nalatigheid van de overheid om actie te ondernemen.¹⁴ Een groot nadeel van de huidige werkwijze bij positieve verplichtingen is bovendien het sterk casuïstische karakter ervan. Het Hof gaat steeds na of in het concrete geval een positieve verplichting voor de overheid bestaat. De vraag of uit hetzelfde grondrecht ook in andere gevallen zo'n verplichting kan worden afgeleid, blijft onbeantwoord. Of dit zo is, kan afhankelijk zijn van een nieuwe afweging van belangen en een beoordeling van de concrete omstandigheden in latere zaken. Nu eens concludeert het Hof tot vergaande verplichtingen voor de overheid, terwijl het in andere gevallen aanneemt dat zo'n verplichting niet bestaat. Een duidelijke visie of lijn is moeilijk herkenbaar in de uitspraken, waardoor de voorspelbaarheid van de rechtspraak over positieve verplichtingen beperkt is.¹⁵ Het is voor verdragstaten lastig om daar hun beleid op af te stemmen.

Het zou in dit verband verhelderend kunnen werken als het Hof een benadering zou kiezen die vergelijkbaar is met die bij negatieve verplichtingen.¹⁶ Het Hof kan voorop stellen dat een redelijke interpretatie vergt dat een staat een bepaalde handeling verricht om een grondrecht te beschermen, zoals handhaving van geluidsnormen ter bescherming van de privacy of het garanderen van een zorgvuldig onderzoek ter bescherming van het recht op leven. Vervolgens kan het in een tweede fase nagaan of daaraan is voldaan.¹⁷ Daar kan dan ook een afweging plaatsvinden tussen het belang van de overheid om niet aan de abstract geformuleerde positieve verplichting tegemoet te hoeven komen, en de belangen van het individu bij het zorgvuldig naleven van deze verplichting.

- 14 Vgl. ook J. van der Velde, 'Positieve verplichtingen', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde & J.H. Gerards, *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, aanvulling 33, Den Haag: Vermande 2002, p. 2.2-5. Een voorbeeld van het eerste is te vinden in EHRM 24 juni 2004, *Von Hannover t. Duitsland*, NJ 2005/3 (m.nt. EJD), *NJCM-Bulletin* 2003, 1866 (m.nt. RL); EHC 2004/79 (m.nt. Gerards), waarin geklaagd werd over het feit dat de Duitse rechter een verkeerde afweging had gemaakt tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op respect voor het privé-leven, waardoor hij inbreuk had gemaakt op art. 8 EVRM. Het Hof onderzocht of voldaan was aan de positieve verplichting tot effectieve bescherming van het privé-leven. Waarom het dit deed, wordt uit de uitspraak niet duidelijk. Meestal gaat het Hof ook in dit soort gevallen gewoon na of de rechter, door de keuze voor een bepaalde interpretatie of toepassing van het recht, inbreuk heeft gemaakt op één van de verdragsbepalingen. Zie bijv. EHRM 13 juli 2004, *Pla & Puncernau t. Andorra*, EHC 2005/84 (m.nt. Brems), § 44. Een voorbeeld van het tweede is EHRM 15 februari 2005, *Steel & Morris t. Verenigd Koninkrijk*, EHC 2005/37 (m.nt. Gerards), waarin het Hof stelde dat inbreuk was gemaakt op het recht op *equality of arms* en toegang tot de rechter door geen kosteloze rechtsbijstand toe te kennen in smaadzaken (§§ 62 en 72). Waarom deze ommissie werd beschouwd als een actieve inbreuk op een recht wordt niet toegelicht. Hier had even goed kunnen worden beredeneerd dat de staat tekort was geschoten in het naleven van de positieve verplichting om iedereen effectieve toegang tot de rechter te bieden.
- 15 Vgl. ook T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, *Preadvies VAR* 2004, *VAR-reeks* 132, Den Haag: Boom 2004, p. 107.
- 16 Hiervoor is ook wel gepleit door de huidige president van het Hof, Wildhaber, in een *dissenting opinion* bij EHRM 24 november 1994, *Stjerna t. Finland*, *Series A* Vol. 299-B.
- 17 Dit betekent niet dat er daadwerkelijk een toets moet worden uitgevoerd die vergelijkbaar is met die onder het tweede lid van art. 8-11 EVRM. Dit zou niet goed mogelijk zijn, omdat de rechtvaardigingsclausules specifiek zijn geschreven voor inbreuken op negatieve verplichtingen, en dus bijvoorbeeld ook eisen bevatten als die van een wettelijke basis – een dergelijke eis zal veelal zinloos zijn bij positieve verplichtingen, nu daar in de regel juist over een nalaten wordt geklaagd (vgl. Van der Velde 2002 (*supra* noot 14), p. 2.2-21). Wel is het mogelijk om elementen uit deze toets ook bij positieve verplichtingen toe te passen. Feitelijk gebeurt dit ook, maar veel minder gestructureerd dan het geval is bij de toetsing van een inbreuk op een negatieve verplichting.

Een dergelijke tweedeling bij positieve verplichtingen is in een toenemend aantal uitspraken ook zichtbaar. Voorbeelden van deze benadering zijn vooral te vinden in de steeds verder aangroeiende rechtspraak over artikel 2 en 3 EVRM. In een lange lijn van rechtspraak heeft het Hof duidelijk gemaakt dat deze bepalingen niet alleen een inhoudelijk recht op leven en verbod van foltering omvatten, maar ook een positieve verplichting om actief onderzoek te verrichten naar klachten over schending van deze rechten. Ter rechtvaardiging daarvoor stelde het Hof, dat

‘The obligation to protect the right to life (...) read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention (...) requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alia, agents of the State.’¹⁸

De positieve verplichting werd hier niet afgeleid uit een afweging van belangen, maar uit een systematische en teleologische interpretatie van het recht op leven.¹⁹ Op basis van de op deze manier vastgestelde verplichting, ging het Hof vervolgens, in een tweede toetsingsfase, na of in het concrete geval voldoende was gedaan om aan deze verplichting tegemoet te komen. In de loop van de tijd is deze test steeds verder gestructureerd door het formuleren van specifieke criteria waaraan het onderzoek moet voldoen.²⁰

Er is geen goede reden om een dergelijke benadering niet ook toe te passen bij bepalingen als het recht op familieleven of het recht op respect voor het privé-leven.²¹ Ook daarbij kan,

18 EHRM 27 september 1995, *McCann t. Verenigd Koninkrijk*, Series A Vol. 234, § 161.

19 Een soortgelijke benadering is zichtbaar in veel andere jurisprudentie van het Hof. Het gaat daarbij niet alleen om procedurele maatregelen, maar vaak ook om materiële, veelal preventieve maatregelen. Zie bijv. EHRM 28 oktober 1998, *Osman t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 1998-VIII, §§ 115/116 (positieve verplichting om maatregelen te treffen om een daadwerkelijke en onmiddellijke levensbedreiging tegen te gaan) en EHRM 23 september 1998, *A. t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 1998-VI, § 22 (verplichting tot tegengaan van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling, zelfs als die behandeling door derden plaatsvindt). Ook uit rechtspraak waarin de interpretatiemethoden minder duidelijk genoemd worden, is een ontwikkeling zichtbaar in de richting van een duidelijker interpretatie. Dit is vooral het geval in zaken waarin al sprake is van een langere rechtspraaklijn, waaruit de contouren van de positieve verplichting vrij gemakkelijk kunnen worden afgeleid. Een voorbeeld hiervan is de rechtspraakreeks over het recht op milieubescherming, die inmiddels zo duidelijk is dat het Hof in *Hatton* in algemene zin kon concluderen, nog voordat het een inhoudelijke afweging had gemaakt, dat ‘(...) where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8’ (EHRM 8 juli 2003, *Hatton t. Verenigd Koninkrijk (GC)*, Reports 2003-VIII; NJ 2004/207; EHRC 2003/71 (m.nt. Janssen); AB 2003/445 (m.nt. Woltjer)).

20 Zie voor een aantal vereisten waaraan, bijvoorbeeld, een onderzoek naar een overlijden binnen staatsverantwoordelijkheid moet voldoen EHRM 4 mei 2001, *Kelly e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2001/40 (m.nt. Gerards), § 96. Zie voor een verdere uitwerking o.a. Mowbray 2004 (*supra* noot 10), p. 32.

21 Ook hierin lijkt enige beweging zichtbaar. Zie bijv. EHRM 9 juni 2005, *Fadayeva t. Rusland*, EHRC 2005/80 (m.nt. Janssen), waarin het Hof op basis van vrij algemene overwegingen tot de conclusie kwam dat Rusland een positieve verplichting had tot het treffen van maatregelen om risico’s van milieuverontreiniging tegen te gaan. Vervolgens besteedde het expliciet aandacht aan de vraag of niet-naleving van deze positieve verplichting gerechtvaardigd kon worden onder § 2 van art. 8 EVRM (zie § 92 en het daarop volgende kopje ‘Justification under Article 8 § 2’). Het Hof lijkt hier in verwarring te zijn geweest, want uiteindelijk concludeerde het, zoals gebruikelijk bij positieve verplichtingen, tot een schending omdat er geen *fair balance* getroffen zou zijn. Deze verwarring maakt duidelijk dat het mogelijk is om ook bij materiële verdragsverplichtingen buiten de context van art. 2 en 3 EVRM een zuivere tweedeling te hanteren. Zie daarvoor bijvoorbeeld EHRM 8 juli 2003, *Sentges*

op basis van gebruikelijke interpretatiemethoden, gemakkelijk genoeg worden vastgesteld of een positieve verplichting voortvloeit uit het EVRM-recht. Vervolgens kan, via een belangenafweging of een toepassing van eerder vastgestelde toetsingscriteria, worden nagegaan of daaraan in het concrete geval voldoende tegemoet is gekomen. Gezien de voordelen die dit heeft vanuit het perspectief van duidelijkheid en rechtszekerheid, verdient een dergelijke benadering de voorkeur.

3 Precedentwerking in de rechtspraak van het EHRM

3.1 Van zaaksgebonden interpretatie naar algemene verdragsuitlegging

Een belangrijk uitgangspunt in de rechtspraak van het Straatsburgse Hof is vanouds dat iedere voorgelegde zaak op zijn eigen merites wordt beoordeeld. Deze hoofdregel werd duidelijk geformuleerd in het uit 1979 daterende *Sunday Times*-arrest, waarin het Hof oordeelde dat '(...) the Court has to be satisfied that the interference was necessary having regard to the facts and circumstances prevailing in the specific case before it'.²² Deze benadering heeft het grote voordeel van flexibiliteit. Als een bepaalde interpretatie of toepassing erg omstreden is, als er nationale gevoeligheden in het spel zijn, of als een zaak zich kenmerkt door bijzondere feiten, kan het Hof eenvoudig een andere beslissing nemen.²³ Toch is het niet zo dat het Hof iedere zaak volledig opnieuw beslist, zonder rekening te houden met uitspraken die het in vergelijkbare gevallen heeft gedaan. In de praktijk is er wel degelijk sprake van precedentwerking, getuige ook het feit dat het Hof regelmatig verwijst naar eerdere uitspraken waarin het een vergelijkbaar standpunt heeft ingenomen of een overeenkomstige interpretatie heeft gegeven.²⁴ Het Hof heeft ook verschillende malen benadrukt dat de doelstelling van zijn uitspraken 'is not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention'.²⁵

De laatste jaren lijkt deze doelstelling aan belang te hebben gewonnen. Hiervoor zijn verschillende verklaringen denkbaar. Allereerst heeft de inwerkingtreding van het Elfde Protocol

t. Nederland (ontv.besl.), EHRC 2003/75 (m.nt. Brems), NJCM-Bulletin 2004, 54 (m.nt. ACH). In deze zaak veronderstelde het Hof dat er in beginsel een positieve verplichting bestond voor de overheid om het recht op privé-leven van de klager te beschermen. Vervolgens voerde het Hof een concrete afweging uit van het belang voor het individu op de gevraagde voorziening en het belang van de overheid om dit soort voorzieningen niet (steeds) te hoeven verschaffen.

22 EHRM 29 maart 1979, *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*, Series A Vol. 30, § 65.

23 Vgl. ook J. Callewaert, 'The Judgments of the Court: Background and Content', in: Macdonald, Matscher & Petzold (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/Londen: Martinus Nijhoff 1993, p. 728 en Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-4.

24 In veel zaken geeft het Hof zelfs een samenvatting van de algemene toetsingscriteria die het hanteert en die zijn gebaseerd op uitspraken die het over een bepaalde kwestie eerder heeft gedaan.

25 EHRM 18 januari 1978, *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*, Series A Vol. 24, § 154.

de instelling van een Grote Kamer opgeleverd.²⁶ Een Kamer van het Hof kan afstand doen van rechtsmacht ten gunste van de Grote Kamer als een zaak aanleiding geeft tot een 'ernstige vraag betreffende de interpretatie van het Verdrag' of als de zaak een resultaat kan hebben dat strijdig is met een eerdere toepassing.²⁷ Daarnaast kan een panel van vijf, op verzoek van één van de partijen, besluiten om een zaak ter herbeoordeling voor te leggen aan de Grote Kamer. Ook daarbij is een aantal criteria voorhanden die verband houden met de ernst van de interpretatiekwestie of de aard van de betrokken belangen.²⁸ Het gevolg van deze criteria is dat de Grote Kamer in het bijzonder geconfronteerd zal worden met zaken waarin de rechtseenheid wordt bedreigd, waarin lastige interpretatievragen aan de orde zijn of waarin nationale of politieke gevoeligheden spelen. Juist algemene vragen van interpretatie en rechtsvinding zullen daardoor centraal staan in de oordeelsvorming van de Grote Kamer. De uitspraken van de Grote Kamer zullen in de regel dan ook verder strekken dan de enkele omstandigheden van het geval.²⁹

Een tweede verklaring voor het verminderde casuïstische karakter kan worden gevonden in het feit dat op de zaaksgebonden benadering veel kritiek is geleverd. Diverse wetenschappers en politici hebben betoogd dat de toegenomen werklast van het Hof eigenlijk alleen kan worden verlicht als op nationaal niveau een betere toepassing aan de grondrechten wordt gegeven. Het is echter moeilijk om zo'n verbeterde toepassing te bereiken als het Hof niet duidelijk aangeeft welke benadering de nationale rechter moet kiezen, maar zich puur en alleen richt op beslechting van het voorliggende geschil. Om die reden is vaker opgemerkt dat het Hof zich in zijn rechtspraak sterker zou moeten richten op rechtsvorming en uitleg van het EVRM.³⁰ Het is niet onwaarschijnlijk dat het Hof in deze kritiek aanleiding heeft gevonden om een bredere benadering te kiezen en uitspraken te doen waarin het een meer algemene uitleg geeft aan de bepalingen van het verdrag. Op die manier worden meer handreikingen geboden voor toepassing van het EVRM op nationaal niveau.³¹

26 Onder het oude verdrag bestond er wel een plenair Hof, waaraan een zaak kon worden doorgespeeld als er belangrijke interpretatiekwesties aan de orde waren. De instelling van deze kamer was echter niet bij verdrag geregeld, maar in de Rules of Court (destijds Rule 48). De huidige Grote Kamer heeft daarentegen een uitdrukkelijke basis gekregen in het EVRM: zie art. 27 EVRM. Ook heeft deze Grote Kamer, anders dan het oude plenaire Hof, een bevoegdheid tot het behandeling van interne beroepszaken.

27 Art. 30 EVRM.

28 Art. 43 eerste lid EVRM: het moet gaan om een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het verdrag of om een ernstige kwestie van algemeen belang.

29 Zie voor enkele voorbeelden EHRM 6 oktober 2005 (GC), *Hirst t. Verenigd Koninkrijk* (No. 2), n.n.g. en EHRM 6 juli 2005 (GC), *Nachova t. Bulgarije*, n.n.g..

30 Vgl. P. van Dijk, 'Een efficiënt en effectief stelsel van toezicht op de naleving van het EVRM. De rolverdeling bij de rechtsvorming en rechtshandhaving', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 398, 399; Barkhuysen 2004 (*supra* noot 15), p. 107; R.A. Lawson, 'De mythe van het moeten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en 800 miljoen klagers', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 125 en M. Feteris, 'Goede raad in belastingzaken', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 931. Zie ook het rapport van het Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Execution of judgments of the European Court of Justice*, 12 juli 2000, Doc. 8808, punt 23/24.

31 Dit was ook één van de aanbevelingen van de Parlementaire Vergadering (Resolution 1226 (2000), *Execution of judgments of the European Court of Human Rights*, 28 september 2000, punt 11B). Ook het Comité van Ministers heeft een verzoek gedaan om uitgebreidere uitspraken te doen, zeker wanneer systematische problemen aan de orde zijn (Resolution Res (2004) 3 on judgments revealing an underlying systematic problem, 12 mei

Resultaat is dat het Hof zich meer bewust lijkt te zijn van de betekenis van de uitleg die het geeft voor latere zaken en voor toepassing in de verdragstaten. Het geeft soms zelfs uitdrukkelijk aan dat het een nieuwe richting zal inslaan en maakt het helderder welke uitleg aan een bepaald artikel moet worden gegeven.³² Een voorbeeld hiervan is de zaak *Stec*, die betrekking had op de vraag of sociale zekerheidsuitkeringen onder het recht op eigendom van artikel 1 Eerste Protocol kunnen worden begrepen.³³ De rechtspraak daarover was onduidelijk sinds het Hof in 1996 een ambigu geformuleerde uitspraak had gedaan in de zaak *Gaygusuz*.³⁴ Op basis daarvan kon worden betoogd dat uitkeringen alleen zijn te beschouwen als eigendom als zij voortvloeien uit een verzekeringssysteem waarbij het recht op uitkering is gekoppeld aan de betaling van een premie of eigen bijdrage.³⁵ Evengoed kon echter worden volgehouden dat het bestaan van een premie- of bijdrageregeling irrelevant was voor de kwalificatie als eigendom.³⁶ Latere rechtspraak leek in de richting van de tweede uitleg te wijzen, maar was daarover niet echt duidelijk.³⁷ In *Stec* erkende het Hof dat de eerdere rechtspraak onduidelijkheid opleverde en stelde het dat, '(a)gainst this background, it is necessary to examine afresh the question whether a claim to a non-contributory welfare benefit should attract the protection of Article 1 of Protocol No. 1'.³⁸ Vervolgens bereikte het Hof, op basis van brede en algemene overwegingen, de conclusie dat 'if any distinction can still be said to exist in the case-law between contributory and non-contributory benefits for the purposes of the applicability of Article 1 of Protocol No. 1, there is no ground to justify the continued drawing of such a distinction'.³⁹ Deze uitspraak kan nauwelijks nog worden geplaatst in een traditie van sterk zaakgebonden uitspraken, maar geeft veeleer uitdrukking aan de wens om duidelijkheid te geven over de juiste interpretatie van een bepaling van het EVRM.⁴⁰

- 2004 (114^{de} sessie). Zie verder het ontwerprapport van de Drafting Group on the Reinforcement of the Human Rights Protection Mechanism, 5 maart 2004, CDDH-GDR(2004)005, punt 15 e.v.
- 32 Zie bijv. EHRM 30 maart 2004, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (no. 2)*, NJCM-Bulletin 2004, 827 (m.nt. RAL), EHRC 2004/43 (m.nt. Broeksteeg), § 39. Het Hof liet hiervoor al eerder ruimte in EHRM 27 september 1990, *Cossey t. Verenigd Koninkrijk, Series A Vol. 184*; NJ 1995/678 (m.nt. EAA), § 41.
- 33 EHRM 6 juli 2005, *Stec t. Verenigd Koninkrijk* (ontv. besl.), n.n.g.
- 34 EHRM 16 september 1996, *Gaygusuz t. Oostenrijk, Reports 1996-IV*; NJ 1998/738; NJCM-Bulletin 1997, 461 (m.nt. CAG); AB 1997/179 (m.nt. FP); JB 1997/20 (m.nt. AWH).
- 35 In § 39 benadrukte het Hof dat voor de aan de orde zijnde nooduitkering een betaling van een bijdrage een voorwaarde was.
- 36 Het Hof stelde in § 41 dat 'The right to emergency assistance – insofar as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of Article 1 Protocol No. 1'.
- 37 Vgl. bijv. EHRM 12 oktober 2004, *Asmundsson t. IJsland*, NJCM-Bulletin 2005, 306 (m.nt. ACH) met EHRM 30 september 2003, *Koua Poirrez t. Frankrijk*, EHRC 2003/89 (m.nt. Woltjer) en EHRM 4 juni 2002, *Wessels Bergervoet t. Nederland, Reports 2002-VI*, NJCM-Bulletin 2003, 45 (m.nt. ACH); EHRC 2002/60 (m.nt. Driessen); AB 2002/333 (m.nt. FP); USZ 2002/215 (m.nt. Driessen).
- 38 § 47. Deze overweging is geplaatst onder het kopje 'The approach to be applied henceforth'. Zie voor een sterk vergelijkbare argumentatie de eerdere zaak *Pellegrin*: EHRM 8 december 1999, *Pellegrin t. Frankrijk, Reports 1999-VII*; NJ 2001, 131 (m.nt. EAA); AB 2000/195 (m.nt. LV); JB 2000/19 (m.nt. AWH), §§ 59-60.
- 39 § 52.
- 40 Zie voor een ander voorbeeld EHRM 6 april 2000, *Thlimmenos t. Griekenland, Reports 2000-IV*, NJCM-Bulletin 2000, 1095 (m.nt. ACH e.a.); EHRC 2000/45 (m.nt. Gerards); AB 2000/386 (m.nt. LV), § 44. Hierin ging het vooral om een uitbreiding naar een aspect van een recht dat het Hof eerder niet had erkend. Het Hof is echter niet altijd even expliciet; in andere gevallen waarin het duidelijk een nieuwe interpretatie kiest, besteedt het daaraan

Een tweede illustratie van de ontwikkeling naar een meer algemene benadering wordt gevormd door de beslissingen in de zogenaamde 'pilot-cases'.⁴¹ In deze zaken stelt het Hof voor een concreet geval vast of sprake is van een schending en geeft het een indicatie van de verplichtingen die daaruit voortvloeien. Een mooi voorbeeld hiervan is de zaak *Broniowski*.⁴² Deze zaak had betrekking op een klacht over eigendomsontnemning door de Poolse staat waarvoor slechts in beperkte mate compensatie was geboden. Hierdoor waren ongeveer 80.000 mensen getroffen, waarvan er 167 een klacht hadden ingediend bij het Hof. Het Hof realiseerde zich dat behandeling van deze klachten tot een overbelasting zou leiden die alleen kon worden vermeden door duidelijk aan te geven waarin de schending gelegen was.⁴³ In zijn uitspraak in deze zaak volstond het Hof dan ook niet met de vaststelling dat er in het concrete geval sprake was van een schending van het eigendomsrecht, maar gaf het ook aan (zij het in zeer algemene zin) welke maatregelen moesten worden getroffen om de nationale situatie in overeenstemming met het EVRM te brengen.⁴⁴ Ook besloot het om de behandeling van vergelijkbare klachten aan te houden totdat op nationaal niveau relevante maatregelen waren genomen.⁴⁵ In juli 2005 werd in Polen nieuwe wetgeving aangenomen om de zogenaamde 'Bug River'-claims aan te pakken, waarin de wetgever uitdrukkelijk rekening hield met de uitspraak van het Hof. Het Hof vond vervolgens gelegenheid om deze oplossing te toetsen op zijn verenigbaarheid met het EVRM en achtte de nationale inspanningen toereikend.⁴⁶ Voor de hand ligt nu dat het alle kloonzaken op vergelijkbare gronden niet-ontvankelijk zal verklaren.

Het voordeel van de 'pilot-judgments' is dat zij de werklast van het Hof verminderen en de nationale autoriteiten voldoende aanknopingspunten bieden om het probleem effectief en goed op te lossen. Op die manier worden de grondrechten effectiever beschermd op het niveau waarop dit eigenlijk zou moeten: dat van de nationale staten. Het Hof heeft inmiddels wel aangegeven ook weer niet al te vooruitstrevend te willen zijn. In de zaak *Hirst* heeft het overwogen dat het, in gevallen waarin veel verschil van mening bestaat over de precieze manier waarop een recht moet worden beschermd, niet geroepen is om aan te geven welke concrete eisen een redelijke interpretatie van het EVRM stelt.⁴⁷ De benadering van het Hof blijft daarmee reactief, in die zin dat het liever achteraf beoordeelt of een eenmaal getroffen maatregel verenigbaar is met het EVRM, dan dat het van tevoren aangeeft welke eisen het EVRM aan

niet uitdrukkelijk aandacht; zie bijv. EHRM 6 januari 2005, *Hoogendijk t. Nederland* (ontv.besl.); EHRC 2005/24 (m.nt. Gerards); *NJCM-Bulletin* 2005, 444 (m.nt. ACH).

41 Zie ook de uitdrukkelijke uitnodiging daartoe van het Comité van Ministers, Resolution Res (2004) 3 on judgments revealing an underlying systemic problem, 12 mei 2004 (114^{de} sessie).

42 EHRM 22 juni 2004, *Broniowski t. Polen*, EHRC 2004/77 (m.nt. Van der Velde). Zie voor andere voorbeelden EHRM 10 november 2004, *Sejdovic t. Italië*, EHRC 2004/114 (m.nt. red.), § 47; EHRM 22 februari 2005, *Hutten-Czapska t. Polen*, EHRC 2005/44 (m.nt. Adriaansens), §§ 191/192 en EHRM 6 oktober 2005, *Lukenda t. Slovenië*, n.n.g., § 98.

43 § 193.

44 § 194. Staten zijn uitdrukkelijk aangespoord tot het treffen van dergelijke maatregelen door een aanbeveling van het Comité van Ministers, Rec (2004) 6 on the improvement of domestic remedies, aangenomen op 12 mei 2004 (114^{de} sessie).

45 § 198.

46 EHRM 28 september 2005, *Broniowski t. Polen* (friendly settlement), n.n.g..

47 EHRM 6 oktober 2005, *Hirst/VK (no. 2)* (GC), n.n.g., § 84.

nationale regelgeving stelt. Misschien past dit ook beter bij de rechterlijke taakstelling dan een bijna beleidsmatige benadering. Toch laat deze uitspraak zien dat het voor het Hof moeilijk is om te laveren tussen, enerzijds, de wens om duidelijkheid en rechtszekerheid te creëren en, anderzijds, de wens en noodzaak om de beleidsvrijheid van nationale wetgevers en regeringen te respecteren. Wellicht kan het Hof hiermee het beste omgaan door criteria en maatstaven te formuleren voor de interpretatie van rechten, op vergelijkbare wijze als het dit soms doet in het kader van het vaststellen van positieve verplichtingen.⁴⁸ Ook daarbij heeft het in veel gevallen relatief helder aangegeven wat er van de staten wordt verwacht, zonder zo ver te gaan dat de verdragstaten geen ruimte meer hebben om de positieve verplichting in te passen in hun eigen systeem.⁴⁹

Interessant bij dit alles is dat algemeen wordt aangenomen dat uitspraken van het Hof alleen bindend zijn voor de partijen die bij het geschil zijn betrokken (artikel 46 EVRM).⁵⁰ Op basis van ontwikkelingen als de hiervoor genoemde, moet worden aangenomen dat dit niet geldt voor de interpretatie van de EVRM-begrippen zelf. In dit opzicht lijkt het Hof een incorporatiegedachte te huldigen, waarbij het aanneemt dat de interpretaties die het geeft integraal deel uitmaken van de EVRM-tekst.⁵¹ Een andere benadering zou ook tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid leiden, hetgeen onwenselijk is vanuit het perspectief van effectiviteit van grondrechtenbescherming.⁵² Het kan er daardoor op lijken dat het Hof langzaam opschuift in de richting van het Hof van Justitie van de EG. Zoals Martens in 2000 aangaf bij de presentatie van de bundel *50 Jaar EVRM*, heeft het er alle schijn van dat het Straatsburgse Hof de Raad van Europa steeds meer ziet als één rechtsgebied, waarin de fundamentele rechten zoveel mogelijk op gelijkwaardig niveau moeten worden beschermd.⁵³ De precieze mate van incorporatie blijft echter afhankelijk van de nationale rechter en het nationale constitutionele recht. Weigert de nationale rechter de interpretatie van grondrechten in zaken tegen derde staten te accepteren, dan heeft het EHRM daartegen weinig verweer.⁵⁴

48 Zie hiervoor par. 2.

49 In *Hirst* zijn bijvoorbeeld enkele algemene richtlijnen terug te vinden (§ 71), die het Hof duidelijker had kunnen formuleren als aanwijzingen voor de nationale autoriteiten.

50 Dit is overigens een *a contrario*-redenering. Art. 46 EVRM stelt dat de verdragstaten de einduitspraak van het Hof moeten naleven in de zaken waarbij zij partij zijn. Uit die formulering volgt strikt genomen niet dat andere lidstaten niet ook verplicht kunnen zijn tot naleving van de uitspraken van het Hof. Niettemin staat dit niet met zoveel woorden in het verdrag en wordt meestal aangenomen dat uitspraken van het EHRM geen *erga omnes* werking hebben.

51 Zie daarover nader S.K. Martens, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de nationale rechter', *NJCM-Bulletin* 2000, p. 756 en E. Hey, R. de Lange & P.A.M. Mevis, 'De transnationale dialoog tussen rechters: verschillende interpretaties van Europese en nationale grondrechten', *NJB* 2005, afl. 33, elektronische versie, p. 6.

52 Vgl. ook Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-5 en P.-H. van Kempen, 'Nemo solus satis sapit. Enige algemene en enige straf(proces)rechtelijke wenken aangaande de koers van het EVRM', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 952.

53 Martens 2000 (*supra* noot 51), p. 757. Een heel mooie illustratie van deze gedachte is te vinden in *Pellegrin*. Daarin stelde het EHRM dat een eenduidige en autonome uitleg van het EVRM nodig was om te zorgen voor gelijkheid tussen ambtenaren uit verschillende verdragstaten, ongeacht de verschillen in hun nationale rechtssystemen (EHRM 8 december 1999, *Pellegrin t. Frankrijk*, Reports 1999-VII; *NJ* 2001, 131 (m.nt. EAA); *AB* 2000/195 (m.nt. LV); *JB* 2000/19 (m.nt. AWH)).

54 Zie ook hiervoor nader Martens 2000 (*supra* noot 51), p. 758, 759.

Een grote overtuigingskracht van de argumentatie is dan ook noodzakelijk om verdragstaten te bewegen tot het accepteren van de Straatsburgse interpretaties.

3.2 Of toch nog een zaaksgebonden benadering?

De nieuwe benadering van het EHRM heeft grote voordelen. Het is duidelijker welke uitleg aan een verdragsbepaling moet worden gegeven, waardoor het voor nationale rechters gemakkelijker is deze bepalingen toe te passen. Bovendien kunnen de verdragstaten op deze manier beter beslissen of het nodig is hun nationale situatie aan te passen. Ten slotte neemt de rechtszekerheid van individuele rechthebbenden sterk toe met een duidelijker interpretatie door het EHRM. Zij kunnen immers, net als de overheid, op basis van een algemeen geformuleerde uitspraak gemakkelijker zien welke rechten en verplichtingen zij hebben dan wanneer de uitspraak is gericht op de situatie in één bijzonder geval.

De nieuwe benadering van het EHRM moet dus worden beschouwd als een verbetering ten opzichte van de oude situatie. Toch blijft er een zekere spanning bestaan tussen de wens om richting te geven aan de interpretatie en de wens om individuele rechtsbescherming te bieden. Deze laatste wens, die nog steeds sterk leeft, heeft tot gevolg dat in alle gevallen die aan het Hof worden voorgelegd ook een concrete toepassing aan het recht moet worden gegeven.⁵⁵ Het Hof kan dus, anders dan sommige constitutionele hoven, zichzelf niet beperken tot het doen van een abstracte en algemene uitspraak betreffende uitleg en toepassing van het verdrag. Ook kan het niet kiezen tussen alle voorgelegde zaken en besluiten om alleen een uitspraak te doen in een geval waarin een werkelijk belangrijke interpretatiekwestie speelt. Het Hof is daardoor min of meer gedwongen om een abstracte verdragsuitleg en een concrete, casuïstische verdragstoepassing met elkaar te verenigen. Op zichzelf kan het dit bewerkstelligen door middel van de eerdergenoemde tweedeling in de toetsing. In de interpretatie- of kwalificatiefase kan het immers een algemene, voor alle gevallen geldende uitleg geven, waarna in de tweede fase een concrete toepassing plaatsvindt die is toegesneden op de individuele omstandigheden van het geval. In de meeste gevallen kiest het Hof inderdaad voor een dergelijke benadering, zoals in paragraaf 2 is aangegeven.⁵⁶ Een goede toepassing van deze benadering vergt echter dat de tweedeling relatief strikt wordt doorgevoerd en dat in de interpretatiefase wordt gekozen voor een daadwerkelijk abstracte verdragsuitleg. Tot nu toe lijkt het Hof die keuze niet definitief te hebben gemaakt. In dit verband kan worden gewezen op de uitwerking die het Hof is gaan geven aan de mogelijkheid van intern appèl. Gelet op de eerdergenoemde criteria voor het in behandeling nemen van interne beroepen, was het goed mogelijk geweest

55 Een warm pleidooi voor het behoud van deze functie van de rechtspraak van het Hof is gehouden door W. Thomassen, 'Het individuele klachtrecht moet behouden blijven! Over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en zijn toekomst', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 13. Zie ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De toekomst van het EHRM: meer middelen voor effectievere rechtsbescherming', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 299.

56 In een enkel geval maakt het zelfs een driedeling. Daarbij toetst het in de toepassingsfase allereerst *in abstracto* de verenigbaarheid van een algemene regeling met het EVRM, waarna het afzonderlijk nog een oordeel geeft over de toepassing van die algemene regeling in het concrete geval. Strikt genomen zou het Hof alleen het tweede hoeven te doen, maar voor de lidstaat zelf is het veel duidelijker als ook een oordeel wordt gegeven over de redelijkheid van de regeling als zodanig. Zie bijv. EHRM 29 maart 2005, *Ukrainian Media Group t. Oekraïne*, n.n.g., § 55.

om een stelsel in het leven te roepen waarbij de Grote Kamer vooral aandacht zou besteden aan moeilijke interpretatievragen of vragen van algemeen belang. De Grote Kamer zou op die manier de rol kunnen krijgen van een constitutionele rechter, die bij uitstek geroepen is tot het beantwoorden van abstracte en algemene rechtsvindingsvragen. Het Hof heeft er echter voor gekozen om in intern beroep iedere voorgelegde zaak volledig te heroverwegen, waarbij zelfs een nieuw onderzoek naar de feiten en de ontvankelijkheid kan worden ingesteld.⁵⁷ Vanuit het perspectief van individuele rechtsbescherming is dit een begrijpelijke keuze, maar deze leidt er jammer genoeg wel toe dat de verduidelijking van begrippen uit de Conventie soms onvoldoende aandacht krijgt. In een aantal gevallen was de beoordeling door het Hof dusdanig feitelijk van aard, dat meer algemene kwesties van interpretatie nauwelijks aan de orde kwamen.⁵⁸ Dit is een gemiste kans, nu juist de appèlmogelijkheid in lastige interpretatiezaken goede mogelijkheden zou bieden voor het garanderen van rechtseenheid.

3.3 Precedentwerking

Uit de rechtspraak van de laatste jaren kan worden afgeleid dat het Hof vooral een algemene interpretatie geeft in die zaken waarin sprake zou kunnen zijn van onduidelijkheid of rechtsonzekerheid, of waarin een zaaksgebonden uitleg kan leiden tot de noodzaak om een groot aantal repetitieve zaken te behandelen. De hiervoor besproken zaak *Stec* en de pilot-cases vormen hiervan goede voorbeelden. In zaken waar de noodzaak van een duidelijke en algemene interpretatie minder sterk aanwezig is, kiest het Hof liever voor een casuïstische benadering, waarbij het voor het voorliggende geval aangeeft welke uitleg en toepassing aan een verdragsbepaling moet worden gegeven. Belangrijk is in dit verband wel dat het Hof zich in toenemende mate bewust lijkt te zijn van de precedentwerking van zijn uitspraken. Het huidige patroon van rechtsvinding van het Hof lijkt daarbij op het Amerikaanse (en meer in het algemeen op het Angelsaksische), waarbij de betekenis van rechten en regels wordt bepaald op basis van een samenstel van uitspraken waarin deze rechten en regels zijn uitgelegd en toegepast.⁵⁹ In de VS moet een nieuwe interpretatie steeds worden ingepast in het bestaande stelsel van interpretaties, nu ieder precedent bindende kracht heeft (*stare decisis*).⁶⁰ Daarvan kan alleen

57 Zie hiervoor nader EHRM 12 juli 2001, *K. & T. t. Finland*, Reports 2001-VI; EHRC 2001/67 (m.nt. Van der Velde), §§ 140/141 en EHRM 17 december 2004, *Cumpana & Mazare t. Roemenië*, EHRC 2005/16, § 66.

58 Voorbeelden hiervan zijn de zaken *Cumpana & Mazare t. Roemenië* en *Pedersen & Baadsgaard t. Denemarken* (EHRM 17 december 2004, EHRC 2005/16 en 17, m.nt. Gerards). In beide zaken gaf de Grote Kamer een volledige herbeoordeling, zonder daarbij terug te verwijzen naar de uitspraken van de Kamers (zoals het meestal doet). Beide uitspraken zijn sterk toegespitst op de feiten van de zaak en bevatten geen algemenere overwegingen.

59 Vgl. A.W. Heringa, 'Goede raad over rechtsvorming', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 942.

60 Zie nader H.J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, New York/Oxford: OUP 1998, p. 189 en R. Barnhart, 'Principles Pragmatic Stare Decisis in Constitutional Cases', *Notre Dame Law Review* 1911 (2005). Overigens is het debat over *stare decisis* aanzienlijk ingewikkelder dan hier kort wordt geschetst. Bijdragen zoals de hiervoor genoemde van Barnhart laten zien dat er in de VS sinds de jaren 90 veel discussie is over de precieze waarde die aan precedenten moet worden toegekend. Zie hierover ook K. Llewellyn, *The Case Law System in America*, Chicago: The University of Chicago Press 1989, p. 50.

expliciet en in bijzondere situaties worden afgeweken (*ouerruling*).⁶¹ Wil een rechter een interpretatie geven die niet helemaal in overeenstemming is met een eerder precedent, dan zal hij moeten aantonen dat de feiten van de voorliggende zaak niet goed in dit precedent zijn in te passen, zodat de voorliggende zaak een andere benadering rechtvaardigt (*distinguishing*).⁶² Natuurlijk kan ook een soepele interpretatie aan het precedent worden gegeven, die beter past bij de uitkomst die de rechter in het voorliggende geval wil bereiken. Ook komt het soms voor dat een rechter streeft naar coherentie in de uitspraken door te verwijzen naar precedenteren die zijn uitleg bij nadere bestudering niet echt blijken te ondersteunen.⁶³ De inhoudelijke waarde van dit soort verwijzingen is vanzelfsprekend beperkt, maar ze hebben een belangrijke retorische betekenis. Een nieuwe, afwijkende benadering is immers gemakkelijker te legitimeren wanneer deze ogenschijnlijk is ingebed in, of logisch voortvloeit uit, eerdere precedenteren.

De benadering van het Hof is niet identiek aan dit Amerikaanse systeem. Het belangrijkste verschil is het ontbreken van een *stare decisis*-regel, waardoor het Hof, anders dan Amerikaanse rechters, niet verplicht is om zijn eerdere uitspraken te volgen. Toch laat het Hof zich steeds meer leiden door precedenteren.⁶⁴ In toenemende mate volstaat het Hof in de interpretatiefase met een korte opsomming van vergelijkbare gevallen en een herhaling van de hoofdregel die uit de daarin gegeven oordelen kan worden afgeleid.⁶⁵ Ook maakt het Hof vaak creatief gebruik van redeneringen en argumentaties die in eerdere zaken zijn gebruikt, zelfs al was de feitelijke context in die zaken afwijkend.⁶⁶ Daardoor wordt zelfs uit sterk zaakgebonden uitspraken op den duur toch een algemeen bruikbare interpretatie zichtbaar, of wordt langzaam aan helder welke criteria het Hof hanteert bij de vaststelling van een positieve verplichting.⁶⁷ *Distinguishing* en *ouerruling* zijn eveneens in de Straatsburgse rechtspraak herkenbaar: soms motiveert het Hof een afwijking van eerdere uitspraken aan de hand van de opmerking dat

61 Zie o.a. E.M. Maltz, 'The Nature of Precedent', *North Carolina Law Review* 1988, op p. 384 en J.H. Israel, 'Gideon v. Wainwright: The Art of Overruling', in: Kurland (red.), *The Supreme Court and the Judicial Function*, Chicago/Londen: University of Chicago Press 1975, p. 75,76.

62 Zie nader Ulmer, *Courts, Law, and Judicial Processes*, New York: The Free Press 1981, p. 89.

63 Zie voor dit soort voorbeelden R. Posner, *The Federal Courts. Challenge and Reform*, Cambridge/Londen: HUP 1999, p. 374 e.v..

64 Het Hof stelde dit al vast in EHRM 27 september 1990, *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, Series A Vol. 184, NJ 1995/678 (m.nt. EAA), § 41. Zie recenter ook EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2002-VI; EHRC 2002/74 (m.nt. Van der Velde & Janssen), § 74).

65 Dit is goed zichtbaar in de rechtspraak over vrijheid van meningsuiting, waarin het Hof in een lange reeks van uitspraken talrijke factoren en criteria heeft ontwikkeld die kunnen dienen als leidraad bij de beoordeling van de redelijkheid van een inbreuk. In recentere uitspraken somt het Hof steeds de relevante criteria op voordat het overgaat tot inhoudelijke toetsing. Overigens leidt dit niet altijd tot extra duidelijkheid, nu de toepassing casuïstisch blijft.

66 Een mooi voorbeeld daarvan is EHRM 27 juli 2004, *Sidabras & Dziautas t. Litouwen*, EHRC 2004/90 (m.nt. Gerards), § 44, waarin het Hof de vraag diende te beantwoorden of toegang tot de arbeid in de private sector onder de reikwijdte van het begrip 'privé-leven' van art. 8 EVRM valt. Het Hof verwees daarbij naar de zaak *Niemitz* (EHRM 16 december 1992, Series A Vol. 251-B, § 29), waarin het verband tussen arbeid en privé-leven al had beredeneerd. Weliswaar paste die redenering bij een heel ander feitencomplex (waarbij de vraag aan de orde was of een kantoorruimte kan worden aangemerkt als 'huis'), maar de argumentatie was ook nu relevant.

67 Zie voor een voorbeeld EHRM 9 juni 2005, *Fadayeva t. Rusland*, EHRC 2005/80 (m.nt. Janssen), § 69.

RECHTSVINDING DOOR HET EHRM

de eerdere uitspraak op een specifieke situatie betrekking had,⁶⁸ en in andere gevallen wijkt het expliciet af van een precedent.⁶⁹ Daarbij maakt het Hof af en toe gebruik van een vergelijkbare retoriek als zichtbaar is in de Amerikaanse rechtspraak, vooral als het (om welke reden dan ook) weinig zin heeft om daadwerkelijk 'om' te gaan. Het zoekt dan naar minimale feitelijke of juridische aanknopingspunten in de eerdere rechtspraak, die in de voorliggende zaak een andere benadering kunnen rechtvaardigen. Daarbij is het zelfs nog wel eens geneigd om een relevant precedent, dat in de weg zou kunnen staan aan de gewenste uitleg, over het hoofd te zien.⁷⁰ Ook geeft het Hof soms een uitleg aan het precedent die daarin alleen met veel moeite is terug te lezen.⁷¹ Dit is geen wenselijke consequentie van het overnemen van het precedentenstelsel. Een expliciete erkenning van 'omgaan' zou in dit soort gevallen leiden tot een correctere omgang met precedenten en tot een meer doorzichtige rechtspraak. Toch is de benadering die het Hof hanteert in zijn algemeenheid een wenselijke. Door de huidige benadering wordt wel de nodige rechtszekerheid gecreëerd, maar wordt de dwingende werking van een rigide *stare decisis*-benadering vermeden – uiteindelijk kan iedere zaak op zijn merites worden beoordeeld, waardoor er voldoende ruimte is om te komen tot een uitleg en toepassing die past bij het voorliggende geval en die aansluit op actuele opvattingen en ontwikkelingen.

3.4 Conclusie

- 68 Zie expliciet bijv. EHRM 22 september 2005, *Goudswaard-Van der Lans t. Nederland* (ontv. besl.), n.n.g.: 'The present case is different'. Subtielere voorbeelden van *distinguishing* zijn zichtbaar in de rechtspraak van het Hof over territoriale en extraterritoriale werking van het EVRM, waartussen het Hof op basis van de feiten een steeds verfijnder onderscheid heeft gemaakt (met vergaande consequenties voor de toepasselijkheid van het EVRM). Vgl. m.n. de reeks *Loizidou* en *Ilascu* met *Bancovic* en *Issa*; Loucaides noemde dit onderscheid in zijn *dissenting opinion* bij *Ilascu* 'incomprehensible and certainly very odd' (zie EHRM 18 december 1996, *Loizidou t. Turkije* (merits), Reports 1996-VI, § 52, EHRM 8 juli 2004, *Ilascu t. Moldavië & Rusland*, EHRC 2004/85 (m.nt. Gondek), EHRM 19 december 2001, *Bankovic e.a. t. België en zestien andere verdragsstaten*, Reports 2001-VII; EHRC 2002/13 (m.nt. Van der Velde); *NJCM-Bulletin* 2002, 631 (m.nt. MTK) en EHRM 16 november 2004, *Issa e.a. t. Turkije*, EHRC 2004/4 (m.nt. Gondek)).
- 69 In eerdere rechtspraak heeft het Hof voor *overruling* zelfs criteria aangegeven; zie bijv. EHRM 27 september 1990, *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, Series A Vol. 184; *NJ* 1995/678 (m.nt. EAA): afwijken is toegestaan als daarvoor 'cogent reasons' bestaan – 'Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions' (§ 35). Een voorbeeld waarin het Hof van dit criterium gebruik maakte om eerdere uitspraken te 'overrulen' is *Christine Goodwin*, EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2002-VI, EHRC 2002/74 (m.nt. Van der Velde & Janssen), § 98.
- 70 In de zaak *Mamatkulov* (EHRM 4 februari 2005, *Mamatkulov & Askarov t. Turkije*, EHRC 2005/23 (m.nt. Rieter), § 118), die betrekking had op de bindende kracht van interimmaatregelen, beredeneerde het Hof bijvoorbeeld dat een eerdere uitspraak van het Hof (EHRM 20 maart 1991, *Cruz Varas t. Zweden*, Series A Vol. 201) alleen betrekking had op interimmaatregelen die waren opgelegd door de Commissie. Over maatregelen op te leggen door het Hof zelf had het beweerdelijk nog geen uitspraak gedaan. Door deze constructie creëerde het Hof voor zichzelf ruimte om tot een ander oordeel te komen, zonder uitdrukkelijk terug te hoeven komen op de eerdere uitspraak. Het Hof verzuimde echter aandacht te besteden aan een tweede relevant precedent (EHRM 13 maart 2001, *Conka t. België* (ontv.besl.), niet gepubliceerd), waaruit bleek dat het Hof de uitspraak in *Cruz Varas* ook op zichzelf van toepassing achtte (§ 11)).
- 71 Zie bijv. EHRM 19 oktober 2005, *Roche t. Verenigd Koninkrijk* (GC), n.n.g., m.n. § 119 en § 165 en de precedenten waarnaar daarin wordt verwezen.

Concluderend kan worden vastgesteld dat het Hof sinds de inwerkingtreding van het 11^{de} Protocol vaker is gaan kiezen voor een 'algemene' interpretatie van het EVRM, die uitstijgt boven de concrete omstandigheden van het geval. Dit doet het voornamelijk wanneer een casuïstische benadering kan leiden tot onduidelijkheid of rechtsonzekerheid, of wanneer het behandelen van een algemene 'pilot-case' een toevloed van kloonzaken kan voorkomen. Daarnaast lijkt het Hof nog meer waarde te zijn gaan hechten aan precedentwerking. Hoewel het ook eerder vaak terugverwees naar eerdere uitspraken, is het de laatste tijd praktijk geworden dat veel uitspraken beginnen met een korte samenvatting van de in eerdere zaken ontwikkelde criteria, die vervolgens relatief gemakkelijk op de voorgelegde zaak kunnen worden toegepast. Zelfs in zaken over positieve verplichtingen, die notoir casuïstisch van aard zijn door de daar ontbrekende scheiding tussen interpretatie en belangenafweging, is, zoals in paragraaf 2 is aangegeven, een ontwikkeling zichtbaar in de richting van het geven van een meer algemene interpretatie, gevolgd door een individuele toepassing. Deze ontwikkeling valt positief te waarderen, nu deze de toepasbaarheid van het EVRM op nationaal niveau kan vergemakkelijken en de consistentie van de rechtspraak vergroot. Toch valt er nog het nodige te verbeteren. Een zorgvuldige omgang met precedenten moet worden gewaarborgd, waarbij retorische terugverwijzingen naar jurisprudentie worden vermeden. Daarnaast is van belang dat, zolang een casuïstische benadering uitgangspunt blijft, de verschillende kamers duidelijke lijnen uitzetten en voldoende kennis nemen van elkaars uitspraken. Het lijkt nu af en toe voor te komen dat in relatief vergelijkbare uitspraken toch verschillende criteria worden gehanteerd.⁷² Voor de samenhang van de rechtspraak en de kenbaarheid van de criteria op nationaal niveau is dit vanzelfsprekend niet wenselijk.

4 Interpretatiemethoden van het EHRM

4.1 Taalkundige en systematische interpretatie; betekenis van de travaux préparatoires

In veel beschouwingen over de interpretatiemethoden van het EHRM staan de autonome en de comparatieve interpretatie door het Hof centraal. Inderdaad zijn dit de methoden die de benadering van het EHRM onderscheiden van die van nationale rechterlijke instanties. Ook in deze bijdrage zal aan deze methoden aandacht worden besteed. Toch zijn dit zeker niet de enige methoden die het Hof gebruikt bij de uitleg van het EVRM. In veel gevallen maakt het uitdrukkelijk gebruik van meer 'klassieke' methoden, zoals die ook vermeld staan in het Weens Verdragenverdrag.⁷³ Het Hof blijkt bijvoorbeeld veel belang te hechten aan taalkundige

72 Vgl. bijv. EHRM 29 maart 2005, *Alinak t. Turkije*, EHRC 2005/57 (m.nt. Gerards) met EHRM 13 september 2005, *I.A. t. Turkije*, n.n.g.: in de eerste zaak achtte het Hof van belang dat de uiting een roman betrof, terwijl het Hof hieraan in de tweede zaak in het geheel geen aandacht besteedde.

73 Vgl. Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-I. Uit het Weens Verdragenverdrag blijkt dat een verdragstekst primair moet worden uitgelegd in overeenstemming met de gewone betekenis van de termen van het betreffende verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag (zie art. 31 eerste lid WVV). Zie voor voorbeelden o.a. EHRM 4 april 2000, *Witold Litwa t. Polen*, Reports 2000-III, EHRC 2000/40 (m.nt. Van der Velde), §§ 57-59 en EHRM 19 december 2001, *Bankovic e.a. t. België en zestien andere verdragsstaten*, Reports 2001-VII; EHRC 2002/13 (m.nt. Van der Velde); *NJCM-Bulletin* 2002, 631 (m.nt. MTK), §§ 55-58. Zie verder F.

interpretatie.⁷⁴ In de zaak *Witold Litwa* gaf het Hof zelfs aan dat het proces van interpretatie 'must start from the interpretation of the terms of a treaty'.⁷⁵ Bij de taalkundige interpretatie hecht het Hof niet alleen waarde aan de betekenis van een begrip in het normale spraakgebruik, maar kijkt het ook naar de context waarin een term gebruikt wordt, naar de doelstellingen van de bepaling, naar de *travaux préparatoires* en naar eventuele contra-indicaties die uit de tekst van het artikel voortvloeien.⁷⁶ In de betrokken zaak leidde dit ertoe dat het Hof het begrip 'alcoholic' in artikel 5 eerste lid sub e EVRM een brede uitleg gaf, waardoor niet alleen medisch erkende alcoholisten hierdoor bestreken werden, maar ook mensen die tijdelijk ontoerekeningsvatbaar waren als gevolg van dronkenschap. Ook andere zaken laten zien dat het kijken naar de 'ordinary meaning' van een term niet betekent dat het dagelijks spraakgebruik bepalend is. In *Bankovic*, waarin het Hof uitleg moest geven aan het begrip 'within its jurisdiction' in artikel 1 EVRM, gaf het Hof aan dat de betekenis van dit begrip moet worden beoordeeld op basis van hetgeen gebruikelijk is binnen het internationale recht.⁷⁷ Ook hechtte het Hof veel waarde aan de *travaux préparatoires*, een bron die het normaal gesproken niet zo vaak inroept. Het Hof relativeerde dit door aan te geven dat het aan de *travaux préparatoires* geen doorslaggevende betekenis toekende, maar de daar gegeven uitleg beschouwde als 'clear confirmatory evidence' van de gewone betekenis van artikel 1 EVRM.⁷⁸ Toch is niet helemaal duidelijk welke waarde aan de *travaux* moet worden toegekend in de context van taalkundige interpretatie. Het Hof heeft op andere plaatsen juist aangegeven dat deze minder belangrijk zijn, nu het EVRM een 'living instrument' is, dat niet moet worden geïnterpreteerd naar de bedoelingen op het moment van opstellen van het Verdrag, maar naar hedendaagse maatstaven.⁷⁹ Daarbij komt dat het Hof zelf heeft aangegeven dat de *travaux préparatoires* van verminderde relevantie zijn in een Raad van Europa waarvan het merendeel van de verdragstaten niet is betrokken

Ost, 'The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights', in: M. Delmas-Marty (red.), *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*, Deventer: Kluwer 1992, p. 288). Overigens zijn er heel wat zaken waarin onduidelijk blijft wat nu precies de basis is voor een nieuwe interpretatie. Het Hof volstaat dan eenvoudig met de stelling dat aan het grondrecht een bepaalde betekenis moet worden toegekend (bijv. EHRM 6 april 2000, *Thlimmenos t. Griekenland*, Reports 2000-IV; NJCM-Bulletin 2000, 1095 (m.nt. ACH e.a.); EHRC 2000/45 (m.nt. Gerards); AB 2000/386 (m.nt. LV), § 44).

74 Zie nader Janssen 2003 (*supra* noot 8), p. 182.

75 EHRM 4 april 2000, *Witold Litwa t. Polen*, Reports 2000-III; EHRC 2000/40 (m.nt. Van der Velde), §§ 59

76 Zie *Witold Litwa* (*supra* noot 73), resp. §§ 60, 61, 62 en 63.

77 EHRM 19 december 2001, *Bankovic e.a. t. België en zestien andere verdragsstaten*, Reports 2001-VII, EHRC 2002/13 (m.nt. Van der Velde); NJCM-Bulletin 2002, 631 (m.nt. MTK), § 59 e.v.

78 Sterker nog, het Hof stelde dat deze interpretatiemethode in dit geval belangrijker was dan die van een evolutieve interpretatie, omdat het ging om een aspect 'determinative of the very scope of the Contracting Parties' positive obligations' (§ 65).

79 De beperkte waarde van de *travaux préparatoires* werd, impliciet of expliciet, benadrukt in uitspraken als EHRM 13 augustus 1981, *Young, James & Webster/VK*, Series A Vol. 44; NJCM-Bulletin 1982, 400 (m.nt. MdB), EHRM 30 juni 1993, *Sigurður Sigurjónsson t. IJsland*, Series A Vol. 264; NJ 1994/223 (m.nt. EAA), § 35 en EHRM 23 maart 1995, *Loizidou t. Turkije (preliminary objections)*, Series A Vol. 310; NJCM-Bulletin 1995, 801 (m.nt. JvdV), § 71; zie ook F. Ost 1992 (*supra* noot 73), p. 290. Zie verder kritisch A. Orakhelashvili, 'Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights', *European Journal of International Law* 2003, p. 537 en 547.

geweest bij de opstelling van het EVRM.⁸⁰ Binnen de rechtsvinding door het Hof blijft dit vooralsnog een blinde vlek.⁸¹

Bij de interpretatie houdt het Hof ook rekening met de vraag of het gaat om een term die in een uitzonderingsclausule wordt gehanteerd (waarbij meestal een nauwe uitleg wordt gegeven) of om een begrip dat de *omvang* of betekenis van een recht bepaalt. Bij de laatste categorie wordt vaak een ruime uitleg gekozen, vanuit het perspectief dat het EVRM beoogt zo goed en effectief mogelijk bescherming te bieden aan de grondrechten.⁸² Ook dan zijn er echter grenzen, zoals blijkt uit de zaak *Pretty*.⁸³ In deze zaak diende het Hof de vraag te beantwoorden of uit het recht op leven, beschermd door artikel 2 EVRM, ook een recht op hulp bij zelfdoding kon worden afgeleid. Vanuit een perspectief van ruime grondrechtsuitleg zou dit zeker verdedigbaar zijn. Het Hof oordeelde echter, dat 'Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die (...)'.⁸⁴ Ook in de zaak *Ferrazzini* gaf het Hof een dergelijke uitleg: in die zaak oordeelde het dat een bepalende term niet volledig kan worden 'weggeïnterpreteerd' uit een Verdragsbepaling.⁸⁵ De wens het verdrag uit te leggen 'in the light of present day conditions' vindt zijn begrenzing dus in het feit dat de bewoordingen van een bepaling door een interpretatie niet van hun (eigenlijke) betekenis mogen worden ontbloot.⁸⁶

Een tweede klassieke methode die zichtbaar is in de rechtspraak van het Hof is een variant op de systematische interpretatiemethode.⁸⁷ De eerder besproken zaak *Stec* geeft daarvan een mooi voorbeeld. Het Hof stelt daarin dat '(i)t is in the interest of the coherence of the Convention as a whole that the autonomous concept of 'possessions' in Article 1 of Protocol No. 1 should be interpreted in a way which is consistent with the concept of pecuniary rights

80 EHRM 23 maart 1995, *Loizidou t. Turkije* (prel. obj.), *Series A* Vol. 310, *NJCM-Bulletin* 1995, 801 (m.nt. JvdV), § 71.

81 Zie reeds R.A. Lawson, 'Adieux les travaux! Het afgenomen belang van de *travaux préparatoires* voor de uitleg van het EVRM', in: A.W. Heringa en E. Myjer, *45 Jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (1950-1995)*, Speciaal nummer *NJCM-Bulletin* 1996, p. 61 e.v., die aangeeft dat de betekenis die wordt toegekend aan de *travaux* sterk varieert.

82 Vgl. J.G.C. Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-3 en 2.1-8 en F. Ost 1992 (*supra* noot 73), p. 294.

83 EHRM 29 april 2002, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, *Reports* 2002-III, *NJ* 2004/543 (m.nt. EAA), *EHRC* 2002/47 (m.nt. Janssen en Gerards), *NJCM-Bulletin* 2002, p. 910 (m.nt. Myjer).

84 § 39.

85 EHRM 12 juli 2001, *Ferrazzini t. Italië*, *Reports* 2001-VII; *NJ* 2004/435 (m.nt. EAA); *NJCM-Bulletin* 2000, 400; *EHRC* 2001/57 (m.nt. AWH), § 30.

86 Dit was al eerder regel, zoals o.a. blijkt uit EHRM 18 december 1986, *Johnston t. Ierland*, *Series A* Vol. 112; *NJ* 1989/97 (m.nt. EAA). Over de gelding van deze regel was enige verwarring ontstaan na het *Soering*-arrest, waarin het Hof aangaf dat de evolutieve interpretatie kon leiden tot verwijdering van een 'textual limit' in het Verdrag (EHRM 7 juli 1989, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, *Series A* Vol. 161; *NJ* 1990/158 (m.nt. EAA), *NJCM-Bulletin* 1989, 846 (m.nt. BPV), § 103); daarover ook P. Mahoney, 'The Comparative Method in the Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve, *Comparative Law Before the Courts*, London: BIICL 2004, p. 142. Uit de genoemde uitspraken moet worden afgeleid dat de grens echter wel degelijk nog bestaat, zeker in gevallen waarin de consensus niet absoluut of bijzonder duidelijk is; vgl. S.C. Prebensen, 'Evolutive interpretation of the European Convention of Human Rights', in: P. Mahoney (red.), *Protecting Human Rights; The European Perspective. Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Keulen: Heymanns 2000, p. 1131.

87 Vgl. H.L. Janssen 2003 (*supra* noot 8), p. 183. Zie reeds EHRM 26 maart 1987, *Leander t. Zweden*, *Series A* Vol. 116; *NJCM-Bulletin* 1988 (m.nt. ThLB), § 78.

under Article 6 § 1'.⁸⁸ Meer in het algemeen moet volgens het Hof een interpretatie worden gekozen 'which avoids inequalities of treatment based on distinctions which, at the present day, appear illogical or unsustainable'. Andere uitspraken geven blijk van een soortgelijke wens om het EVRM te zien als een nauw samenhangend geheel, waarbij geen sprake mag zijn van onlogische interpretatieverschillen.⁸⁹

Ten slotte mag bekend worden verondersteld dat het Hof als stelregel heeft dat grondrechten effectieve en daadwerkelijke bescherming moeten genieten, zodat individuen daarvan optimaal kunnen profiteren.⁹⁰ Een teleologische, evolutieve interpretatie is daarmee de leidende methode van het Hof.⁹¹ Hoewel duidelijk is dat deze evolutieve interpretatie een grens kan vinden in de taalkundige, geldt voor de meeste gevallen dat de taalkundige en systematische methoden een secundair karakter hebben ten opzichte van de evolutieve.⁹² Anders gezegd: het Hof construeert tekst en systematiek van het Verdrag meestal zodanig dat de doelstellingen van het Verdrag daardoor zo effectief mogelijk kunnen worden bereikt. Het Hof heeft dit in de loop van de tijd verder ingevuld door de EVRM-doelstellingen en grondslagen nader te expliciteren.⁹³ Zo is er een lijn van uitspraken waaruit blijkt dat pluralisme en democratie tot de belangrijkste grondslagen van het EVRM behoren en de EVRM-rechten zodanig moeten worden uitgelegd dat deze grondslagen optimaal worden gegarandeerd.⁹⁴ Ook streeft het Hof naar een interpretatie die zoveel mogelijk recht doet aan de waarde van individuele vrijheid en persoonlijke autonomie⁹⁵ en aan ieders eigen identiteit en levensopvatting.⁹⁶ Deze teleolo-

88 EHRM 6 juli 2005, *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, n.n.g., § 49.

89 Ook hiervan is de eerdergenoemde zaak *Pretty* een voorbeeld. De vraag was daar aan de orde of het verbod op hulp bij zelfdoding in strijd zou kunnen komen met art. 3 EVRM, omdat het ertoe kan leiden dat een mensonterende situatie niet kan worden beëindigd. Het Hof oordeelde hierover dat '(...) any interpretation must also accord with the fundamental objectives of the Convention and its coherence as a system of human rights protection. Article 3 must be construed in harmony with Article 2' (§ 54). Nu het Hof ten aanzien van art. 2 had geoordeeld dat daaruit geen positieve verplichting tot toestaan van hulp bij zelfdoding kon worden afgeleid, diende het deze conclusie, gelet op de coherentie van de Conventie, ook bij art. 3 te volgen (§ 55/56).

90 Zie EHRM 7 juli 1989, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, *Series A* Vol. 161; NJ 1990/158 (m.nt. EAA); *NJCM-Bulletin* 1989, 846 (m.nt. BPV), § 87.

91 Over de opportuniteit hiervan is veel discussie mogelijk; zie bijv. A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press 1997: 'It certainly cannot be said that a constitution naturally suggests changeability; to the contrary, its whole purpose is to prevent change – to embed certain rights in such a manner that future generations cannot readily take them away. A society that adopts a bill of rights is skeptical that 'evolving standards of decency' always 'mark progress', and that societies always 'mature', as opposed to rot.' (p. 40) Het zou het bestek van deze bijdrage te buiten gaan om uitgebreid op deze discussie in te gaan. Hier kan worden volstaan met de constatering dat het Hof zelf een andere benadering hanteert en dat daarop in het Europese rechtswetenschappelijk discours maar weinig kritiek is geleverd (vgl. Prebensen 2000 (*supra* noot 86), p. 1124).

92 Vgl. Ost 1992 (*supra* noot 73), p. 288.

93 Hiermee komt het Hof tegemoet aan een belangrijk bezwaar tegen evolutieve interpretatie: 'Perhaps the most glaring defect of Living Constitutionalism (...) is that there is no agreement, and no chance of agreement, upon what is to be the guiding principle of the evolution (A. Scalia (*supra* noot 91), p. 45).'

94 Zie zeer uitgebreid bijv. EHRM 30 januari 1998, *United Communist Party of Turkey t. Turkije*, *Reports* 1998-I, *NJCM-Bulletin* 1999, 635 (m.nt. TNLB), § 45.

95 Vgl. *Pretty*, hiervoor reeds aangehaald, § 65 en EHRM 12 juni 2003, *Van Kück t. Duitsland*, *Reports* 2003-VII; EHRC 2003/61 (m.nt. Gerards); AB 2003/437 (m.nt. BPV).

96 Vgl. EHRM 29 juni 2004, *Leyla Sahin t. Turkije*, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 172 (m.nt. EMH & Hirsch Ballin); EHRC 2004/80 (m.nt. Verhey); AB 2004/338 (m.nt. BPV), § 66.

gische, evolutieve benadering leidt tot een actieve houding van het Hof, waarbij het vaak een vooruitstrevende en extensieve uitleg geeft.⁹⁷ Het Hof is zich wel bewust van de risico's die hieraan zijn verbonden: een te vergaande of proactieve interpretatie kan stuiten op weerstand bij de verdragstaten. Juist om die reden zoekt het gelijktijdig ook altijd naar een uitleg die kan rekenen op voldoende draagvlak en die door rechters en instellingen van de verdragstaten zal worden gesteund. De comparatieve interpretatiemethode van het Hof hangt daardoor nauw samen met de overkoepelende gedachte dat moet worden gestreefd naar een effectieve en dynamische uitleg van de EVRM-rechten.⁹⁸

4.2 De comparatieve interpretatiemethode

4.2.1 Betekenis en gebruik van de comparatieve interpretatiemethode

De comparatieve interpretatiemethode, of *common ground*-methode, van het Hof houdt, heel in het algemeen gezegd, in dat het Hof alleen een nieuwe interpretatie van het Verdrag geeft als deze kan steunen op voldoende consensus in de verdragstaten. Het bekendste voorbeeld van toepassing van deze methode is de lijn van rechtspraak over juridische erkenning van geslachtsveranderingen. In zijn eerste uitspraak over dit onderwerp, in de zaak *Rees*, zei het Hof hierover dat uit artikel 8 EVRM geen verplichting voor staten kan worden afgeleid om een geslachtsverandering juridisch te erkennen (bijvoorbeeld door verandering van het paspoort of aanpassing van het persoonsregister), nu een dergelijke verplichting slechts door zeer weinig verdragstaten werd gehanteerd.⁹⁹ Het Hof hield deze redenering in een groot aantal daarop volgende zaken vol, ook al werd met iedere zaak duidelijker dat een steeds groter aantal staten overging tot volledige of vrijwel volledige erkenning van geslachtsverandering.¹⁰⁰ In 2002 ging het Hof definitief 'om'. In de zaak *Christine Goodwin* erkende het dat de tendens tot erkenning van geslachtsveranderingen nu zo sterk was geworden, dat moest worden aangenomen dat het recht op bescherming van het privé-leven ook een dergelijk recht op juridische erkenning impliceerde. De groeiende juridische consensus op dit punt vormde een essentiële basis voor deze vergaande interpretatie van het EVRM.

Het volledig *ontbreken* van een consensus is eveneens een belangrijke voedingsbron voor interpretatie van het EVRM. Juist het bestaan van grote verschillen in de verdragstaten kan

97 Vgl. Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-6. Zie voor een goed voorbeeld EHRM 10 december 2005, *Leyla Sahin t. Turkije*, n.n.g., §§ 136/137, waarin het Hof op basis van een teleologische interpretatie oordeelde dat ook het universitair onderwijs onder de reikwijdte van het recht op onderwijs valt.

98 Dit verband is duidelijk zichtbaar in EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2002-VI, EHRC 2002/74 (m.nt. Van der Velde en Janssen), § 74/75.

99 Zie EHRM 27 september 1990, *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, Series A Vol. 184; NJ 1995/678 (m.nt. EAA). EHRM 25 maart 1992, *B. t. Frankrijk*, Series A Vol. 232-C; NJ 1995/679 (m.nt. EAA); NJCM-Bulletin 1993, p. 74 (m.nt. LFZ) en EHRM 30 juli 1998, *Sheffield & Horsham t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 1998-V, NJCM-Bulletin 1999, 241.

100 EHRM 17 oktober 1986, Series A Vol. 106; NJ 1987/945 (m.nt. EAA), NJCM-Bulletin 1987, p. 545 (m.nt. LFZ), § 37.

RECHTSVINDING DOOR HET EHRM

voor het Hof aanleiding vormen om een *autonome* interpretatie te geven van bepaalde begrippen.¹⁰¹ Een fraai voorbeeld hiervan is te vinden in de zaak *Pellegrin*, waarin het Hof een antwoord moest geven op de vraag of procedures waarin ambtenaren zijn betrokken onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen.¹⁰² In deze zaak wees het Hof op de verschillen tussen de verdragstaten ten aanzien van het ambtenarenregime en oordeelde als volgt:

‘The Court (...) considers that it is important, with a view to applying Article 6 § 1, to establish an autonomous interpretation of the term ‘civil service’ which would make it possible to afford equal treatment to public servants performing equivalent or similar duties in the States Parties to the Convention, irrespective of the domestic system of employment and, in particular, whatever the nature of the legal relation between the official and the administrative authority (...).’¹⁰³

Duidelijk is dat de rechtsvergelijking in dit soort gevallen op volstrekt andere wijze wordt gebruikt dan bij de eerder genoemde *common ground*-benadering. Het Hof wenst hier juist *niet* aan te sluiten bij de benadering in de verdragstaten, maar kiest voor een interpretatie die zonder onderscheid van toepassing kan zijn in alle staten.¹⁰⁴ Daarmee creëert het rechtseenheid en rechtsgelijkheid als het gaat om het toekennen van belangrijke waarborgen.¹⁰⁵ Deze benadering kiest het Hof dan ook vooral als het gaat om de *voorwaarden* voor de bescherming van EVRM-rechten, zoals het recht op een eerlijk proces of het recht op bescherming van eigendom.¹⁰⁶

De wijze waarop het Hof omgaat met het ontbreken van consensus over de betekenis van bepaalde begrippen in het EVRM, is echter niet meer helemaal duidelijk als gevolg van de

101 Zie voor een ouder voorbeeld EHRM 29 mei 1986, *Feldbrugge t. Nederland*, Series A Vol. 99, §§ 29 e.v. Vgl. ook Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-10, Ost 1992 (*supra* noot 73), p. 305 en Mahoney 2004 (*supra* noot 86), p. 138.

102 EHRM 8 december 1999, *Pellegrin t. Frankrijk*, Reports 1999-VII; NJ 2001, 131 (m.nt. EAA); AB 2000/195 (m.nt. LV); JB 2000/19 (m.nt. AWH).

103 § 63.

104 Een vergelijkbare benadering is terug te vinden in de eerder besproken zaak *Stec t. Verenigd Koninkrijk*, waarin het Hof eveneens waarde hechtte aan de verschillen tussen de verdragstaten en juist om die reden voor een eigen interpretatie koos (EHRM 6 juli 2005, § 50). Wel is belangrijk dat het Hof steeds zoekt naar een gemeenschappelijke deler waarbij het zijn autonome interpretatie kan laten aansluiten. Daarop is wel kritiek geleverd, nu het niet zo gemakkelijk zal zijn om juist op een terrein waarop consensus ontbreekt te zoeken naar overeenstemming (G. Letsas, ‘The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR’, *European Journal of International Law* 2004, p. 295).

105 Een tweede rationale, die iets anders is dan die van de wens een uniforme interpretatie te garanderen, heeft het Hof gedefinieerd in *Chassagnou t. Frankrijk*: ‘If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as ‘public’ or ‘para-administrative’, to remove it from the scope of Article 11, that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention (...).’ (EHRM 29 april 1999, Reports 1999-III; NJ 1999/649; NJCM-Bulletin 1999, 771 (m.nt. Bosman e.a.); JB 1999/186 (m.nt. AWH)).

106 Vgl. Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-11. Dit is tot op zekere hoogte wel afhankelijk van het betrokken bepaling. Het EVRM kent ook bepalingen die rechtstreeks verwijzen naar een nationale situatie. In dergelijke gevallen is het Hof wel geneigd om zich te baseren op de interpretatie die in de lidstaat aan het betrokken begrip wordt toegekend. Zie bijv. EHRM 11 januari 2005, *Py t. Frankrijk*, EHRC 2005/28 (m.nt. Kiiver), § 36, waarin het Hof stelde dat het begrip ‘wetgevende macht’ moet worden geïnterpreteerd ‘in the light of the constitutional structure of the State in question’. Overigens formuleerde het Hof vervolgens inhoudelijke criteria waaraan het het betrokken wetgevende lichaam toetst, waardoor het feitelijk toch een autonome interpretatie gaf.

uitspraak van het Hof in de zaak *Vo*.¹⁰⁷ In deze zaak deed het Hof uitspraak doen over de vraag welke betekenis moest worden gegeven aan het begrip 'een ieder' in artikel 2 EVRM (recht op leven). De vraag daarbij was of en, zo ja, in welke mate, ook ongebornen leven onder de reikwijdte van dit begrip valt. Het gaat hier om een begrip dat bepalend is voor de toepasselijkheid van het grondrecht op leven, net zoals het begrip 'burgerlijke rechten en verplichtingen' in artikel 6 EVRM bepaalt. Aan dit soort begrippen wordt binnen Europa een sterk verschillende uitleg gegeven. Juist om die reden heeft het Hof, zoals hiervoor aangegeven, gekozen voor een autonome interpretatie. Alleen dan kan immers een eenduidig beschermingsniveau worden gegarandeerd en kan een consistente toepassing van het EVRM worden gewaarborgd. Het zou dan ook voor de hand liggen om bij de uitleg van het begrip 'een ieder' in artikel 2 EVRM te kiezen voor een vergelijkbare benadering. Ook dit is immers een begrip waaraan in de verdragstaten een verschillende betekenis wordt toegekend, maar dat wel bepalend is voor de bescherming van de rechten die door het artikel worden gegarandeerd. Opmerkelijk genoeg koos het Hof in *Vo* echter een andere benadering. Het stelde voorop dat er veel verschil in mening bestaat, zowel tussen de verdragstaten als binnen de wetenschap, over de vraag wanneer het leven geacht moet worden een aanvang te nemen.¹⁰⁸ Juist om die reden oordeelde het Hof dat '(...) it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention (...)'.¹⁰⁹ De consequentie van deze beslissing is dat de verdragstaten zelf kunnen beslissen of het recht op leven van artikel 2 EVRM kan worden ingeroepen in zaken over ongebornen leven.

Deze benadering is op zichzelf te begrijpen. Het ging om een ethisch dusdanig ingewikkelde vraag, waarover zoveel wetenschappelijke en maatschappelijke discussie bestaat, dat het Hof waarschijnlijk moeite had om daarop een antwoord te formuleren. De discussie over de vraag wie bevoegd is tot interpretatie van het Verdrag is bovendien nog steeds niet helemaal uitgekristalliseerd. Het is duidelijk dat het primair aan het Hof is om een interpretatie te geven aan het Verdrag: uit artikel 32 eerste lid EVRM kan worden afgeleid dat de rechtsmacht van het Hof zich uitstrekt tot alle kwesties betreffende de interpretatie van het EVRM.¹¹⁰ Anderzijds heeft het Hof steeds benadrukt dat het een subsidiaire positie heeft ten opzichte van de verdragstaten, die zelf een primaire verantwoordelijkheid hebben om het Verdrag op de juiste wijze toe te passen.¹¹¹ Zeker bij positieve verplichtingen resulteert dit vaak in een *margin of appreciation* voor de verdragstaten. De verdragstaten kunnen daarbij zelf tot op zekere hoogte kunnen bepalen welke verplichtingen er uit een bepaald grondrecht moeten worden afgeleid. Feitelijk heeft dit ook tot gevolg dat zij een zekere mate van zeggenschap kunnen uitoefenen over de betekenis van een bepaald grondrecht, nu de bepaling van de omvang van een positieve verplichting tot de interpretatiefase behoort. De vraag is echter of dit betekent dat het Hof

107 EHRM 8 juli 2004, *Vo t. Frankrijk*, EHRC 2004/89 (m.nt. Hendriks & Bomhoff); AB 2005/10 (m.nt. Beers); NJCM-Bulletin 2005, 579 (m.nt. Janssen).

108 §§ 83/84.

109 § 85.

110 Vgl. Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-4.

111 Zie bijv. EHRM 29 juni 2004, *Leyla Sahin t. Turkije*, NJCM-Bulletin 2005, p. 172 (m.nt. EMH & Hirsch Ballin); EHRC 2004/80 (m.nt. Verhey); AB 2004/338 (m.nt. BPV), § 100.

de interpretatie *volledig* kan overlaten aan de verdragstaten, zoals het in *Vo* heeft gedaan. Dit lijkt niet het geval te zijn: de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de interpretatie van basisbegrippen berust bij het Hof. Weliswaar hebben staten soms een *margin of appreciation*, maar het is uiteindelijk het Hof dat beslist of de door de staten gegeven uitleg binnen die *margin* past. Ook in andere gevoelige interpretatiekwesies heeft het Hof laten weten dat niet de nationale gerechten, maar het Hof bepaalt wat de juiste uitleg van het Verdrag is.¹¹² Een andere benadering zou ook tot gevolg kunnen hebben dat verdragstaten zich aan de werking van het EVRM kunnen onttrekken door het hanteren van een afwijkende definitie. Daardoor zou het Hof de controle over het minimumbeschermingsniveau verliezen, een situatie die vanuit de doelstellingen van het EVRM niet gewenst is.¹¹³ Als het Hof zelf niet in alle gevallen in laatste instantie bevoegd zou zijn tot uitleg van het Verdrag, rijzen bovendien ingewikkelde vragen over competentieverdeling: in welke gevallen beslist het Hof in laatste instantie over de juiste interpretatie, en in welke gevallen beslissen de verdragstaten?

Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat het Hof steeds zelf een uitleg moet geven aan de basisbegrippen van het EVRM, ook al bestaat er over de juiste betekenis daarvan nauwelijks duidelijkheid. De *dissenting opinions* in de zaak *Vo* en eerdere oordelen in controversiële zaken laten bovendien zien dat zo'n autonome interpretatie in de praktijk helemaal niet hoeft te leiden tot een aantasting van de primaire verantwoordelijkheid tot grondrechtenbescherming van de verdragstaten.¹¹⁴ In *Vo* was het bijvoorbeeld goed mogelijk geweest om aan te geven dat het recht op leven begint bij de conceptie. In dat geval had het Hof kunnen vaststellen dat in het EVRM (impliciete) mogelijkheden tot beperking van dit recht zijn vervat. Het Hof had vervolgens, op vergelijkbare wijze als het dat in de zaak *Pretty* deed, kunnen aangeven dat het aan de verdragstaten is om de grenzen van dit recht vast te stellen. Ook was het denkbaar geweest om te concluderen dat artikel 2 juist niet van toepassing is op ongeboren leven. Aspecten van abortus zouden dan aan de orde kunnen komen in het kader van artikel 8 EVRM, dat door middel van zijn uitzonderingsclausule expliciet ruimte biedt voor beperkingen.¹¹⁵ Door het geven van een dergelijke uitleg zou het Hof hebben beantwoord aan de verplichting tot het geven van uitleg aan het Verdrag, zonder dat dit de vrijheid van de verdragstaten om maatregelen te treffen op dit soort terreinen op onaanvaardbare wijze in te perken. In dit licht moet de hoop worden uitgesproken dat het Hof in andere *hard cases* de rug rechter weet te houden en wél zelf een verdragsinterpretatie zal geven.¹¹⁶

112 Zie voor een goed voorbeeld, waarin het Hof zelfs in vergaande mate afweek van een niet onredelijke eigen interpretatie van de nationale rechter, EHRM 24 juni 2004, *Von Hannover t. Duitsland*, NJ 2005/3 (m.nt. EJD); NJCM-Bulletin 2003, 1866 (m.nt. RL); EHRC 2004/79 (m.nt. Gerards).

113 Vgl. J. Bomhoff in zijn annotatie in EHRC 2004/89, punt 8.

114 Zie daarvoor vooral de *dissenting opinion* van Ress bij de zaak *Vo*.

115 Vgl. ook de annotatie van Bomhoff in EHRC 2004/86, punt 16.

116 Helemaal zeker is dit niet. Ook in een recentere zaak onttrok het Hof zich opnieuw aan het geven van een heldere interpretatie door te wijzen op de verschillen in opvattingen tussen de verdragstaten. In de hiervoor besproken zaak *Hirst (no. 2)* liet het Hof de vraag wanneer gevangenen kunnen worden uitgesloten van het kiesrecht feitelijk ter beantwoording over aan de verdragstaten, onder uitdrukkelijke verwijzing naar de verschillen in opvatting hierover tussen de verdragstaten (EHRM 6 oktober 2005, n.n.g., § 81).

4.2.2 Bronnen voor het vinden van consensus

Maakt het Hof gebruik van de comparatieve methode, en dan vooral in de gevallen waarin het de aan- of afwezigheid van een consensus gebruikt om de betekenis en omvang van bepaalde rechten vast te stellen, dan zijn daarbij in de rechtspraak verschillende bronnen zichtbaar. Allereerst verwijst het Hof regelmatig naar nationale rechtspraak en regelgeving. Een groot probleem bij die benadering is echter dat onduidelijk is hoe het Hof deze bron precies gebruikt. Een goede rechtsvergelijkende benadering is tijdrovend en ingewikkeld. Voor alle 45 verdragstaten zou moeten worden nagegaan hoe zij precies omgaan met een bepaalde juridische kwestie, waarbij niet kan worden volstaan met een simpele verwijzing naar wetgeving, maar ook moet worden bezien hoe die wetgeving in de praktijk door rechters en bestuursorganen wordt toegepast. Daarnaast zou eigenlijk moeten worden nagegaan welke maatschappelijke opvattingen er over een bepaald onderwerp heersen, nu die een indicatie kunnen geven van veranderingen in regels of rechtspraak die binnen redelijke termijn zijn te verwachten. Alleen door een dergelijke vergaande analyse kan een goed beeld worden verkregen van de stand van zaken in de verdragstaten en de aanvaardbaarheid van een bepaalde uitleg. Vanzelfsprekend vergt dit een uitstekende informatievoorziening bij het Hof, zodat in iedere zaak goede vergelijkende overzichten kunnen worden gemaakt waar de rechters uit kunnen putten. Zo gaat het echter niet. Het EHRM beschikt niet over een ondersteunende dienst die de rechters kan voorzien van uitgebreide informatie over de verdragstaten.¹¹⁷ De praktijk is dat rechters putten uit hun kennis over hun eigen rechtssysteem en misschien nog enkele andere stelsels, waarbij die kennis vaak meer berust op algemene inzichten dan op zorgvuldig onderzoek.¹¹⁸ Soms, zoals in de zaak *Christine Goodwin*, is er een overzicht beschikbaar gesteld door een *amicus curiae*, waardoor meer informatie verschaft wordt,¹¹⁹ of maakt het Hof gebruik van rapporten die over een bepaald onderwerp zijn opgesteld door een Europese werkgroep.¹²⁰ Dergelijke overzichten zijn echter niet altijd helemaal objectief of volledig. Een vergelijkende interpretatie is dan ook meestal niet gebaseerd op daadwerkelijke en betrouwbare gegevens over de stand van zaken in de verdragstaten, maar eerder op verbrokkelde kennis en vermoedens aangaande ontwikkelingen en regelgeving. De legitimiteit

117 Vgl. Mahoney 2004 (*supra* noot 86), p. 148 en R.-J. Uhl, 'Maak vaker en structureler gebruik van rechtsvergelijking!', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 983.

118 In de uitspraken van het Hof is soms een overzichtje te vinden van 'comparative law'. Dit overzicht is echter zelden volledig en het is niet duidelijk op basis van welke gegevens dit eigenlijk wordt vastgesteld. Bovendien laat de kwaliteit ervan soms te wensen over. Zie voor een voorbeeld EHRM 29 juni 2004, *Leyla Sahin t. Turkije*, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 172 (m.nt. EMH en Hirsch Ballin); *EHRC* 2004/80 (m.nt. Verhey); *AB* 2004/338 (m.nt. BPV), § 57.

119 Zie EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, *Reports* 2002-VI; *EHRC* 2002/74 (m.nt. Van der Velde en Janssen), § 55 e.v.

120 Zie bijv. EHRM 8 juli 2004, *EHRC* 2004/89 (m.nt. Hendriks & Bomhoff); *AB* 2005/10 (m.nt. Beers), § 39/40 (verwijzing naar rapporten van de Working Party on the Protection of the Human Embryo and Foetus of the Steering Committee on Bioethics en de European Group on Ethics in Science and New Technologies at the European Commission). Een probleem met Europese rapporten is overigens dat zij vaak niet alle landen van de Raad van Europa omvatten, maar alleen de verdragstaten van de Europese Unie. Daardoor is het overzicht veelal niet volledig.

van deze methode als basis voor het vaststellen van ‘nieuwe’ grondrechten is daarmee beperkt.¹²¹ Dit geldt evenzeer voor de sporadische verwijzingen die in de rechtspraak zijn aan te treffen naar ontwikkelingen in niet-Europese staten, zoals Canada, de Verenigde Staten, Nieuw-Zeeland en Australië.¹²² Vanzelfsprekend is het nuttig om kennis te nemen van dergelijke ontwikkelingen; als daarin creatieve, bruikbare en mooie oplossingen kunnen worden gevonden voor vergelijkbare problemen, is er geen enkele reden om daarin geen inspiratiebron te vinden. Dit is echter iets anders dan dergelijke niet-Europese ontwikkelingen te gebruiken als illustratie van ontwikkelingen die in Europa plaatsvinden, of de verwijzing zelfs in de plaats te stellen van een verwijzing naar Europese rechtspraak en regelgeving. Op zijn minst moet een uitleg die is ingegeven door dit soort rechtspraak en wetgeving worden ondersteund door een argumentatie gebaseerd op andere interpretatiemethoden.¹²³

Andere bronnen die het Hof vaak gebruikt voor het vaststellen van een *common ground* zijn internationale verdragen, *soft law* en uitspraken van andere internationale rechterlijke instanties.¹²⁴ Dit lijken geschiktere bronnen te zijn dan die van nationale regelgeving, nu internationale verdragen duidelijker kenbaar zijn en de ondertekening en ratificatie daarvan een daadwerkelijke uitdrukking zullen vormen van de wens van een lidstaat om te zijn

121 Zoals Uhl heeft aangegeven kan dit zelfs leiden tot ‘circulaire’ interpretatie: een uitspraak van het Hof is gebaseerd op rechtspraak in de verdragstaten, die op zijn beurt weer is ingegeven door een eerdere uitspraak van het Hof (Uhl 2004 (*supra* noot 117), p. 984). Overigens kan dit ook positief worden gewaardeerd, namelijk als een voorbeeld van de werking van een ‘Europese dialoog’ tussen rechters – het zou echter mooi zijn als het Hof zich daarvan dan wel bewust was, wat in het door Uhl genoemde voorbeeld niet zo leek te zijn.

122 Zie bijv. EHRM 29 april 2002, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2002-III; NJ 2004/543 (m.nt. EAA), EHRC 2002/47 (m.nt. Janssen en Gerards), NJCM-Bulletin 2002, p. 910 (m.nt. Myjer), § 66 (Canadese rechtspraak), EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2002-VI; EHRC 2002/74 (m.nt. Van der Velde & Janssen), § 84 (rechtspraak in Australië en Nieuw-Zeeland), EHRM 6 mei 2003, *Appleby t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2003-VI; EHRC 2003/55, § 46 (rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court) en EHRM 30 maart 2004, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (no. 2)*, NJCM-Bulletin 2004, 827 (m.nt. RAL); EHRC 2004/43 (m.nt. Broeksteeg), § 43, 46 en 49 (Canadese rechtspraak).

123 Dit is niet altijd het geval. In de zaak *Pretty*, hiervoor al besproken, lijkt het erop dat het Hof een daadwerkelijk legitimerende waarde toekende aan een Canadese uitspraak. Een andere onderbouwing van erkenning van het recht op een waardige dood onder art. 8 EVRM ontbrak nagenoeg (hoewel verwezen werd naar de fundamentele doelstellingen van de Conventie), en ook bij de toetsing van de rechtvaardiging hechtte het Hof waarde aan de benadering die door de Canadese rechter gevolgd was (§ 74). Ook een verwijzing naar Europese ontwikkelingen of naar nationale rechtspraak ontbrak. De kameruitspraak in de zaak *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (no. 2)* (zie voorgaande noot) laat zien hoe het beter kan. In deze zaak verwees het Hof weliswaar ook naar Canadese rechtspraak, maar het Hof nam hier vooral inhoudelijke argumenten over die door het Canadese Hooggerechtshof waren aangevoerd en die goed pasten in de eigen argumentatie. De uitspraak werd hier dus niet gebruikt om te illustreren dat er een groeiende consensus bestond, maar om een inhoudelijk betoog te versterken.

124 Zie voor enkele voorbeelden EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2002-VI; EHRC 2002/74 (m.nt. Van der Velde & Janssen), § 100 (Handvest voor de Grondrechten van de EU), EHRM 27 juli 2004, *Sidabras & Dziutas t. Litouwen*, EHRC 2004/90 (m.nt. Gerards), § 47 (Europees Sociaal Handvest en ILO-verklaringen). EHRM 4 februari 2005, *Mamatkulov & Askarov t. Turkije*, EHRC 2005/23 (m.nt. Rieter), § 124 (o.a. Internationaal Hof van Justitie, Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens en VN Mensenrechtencomité) en EHRM 3 maart 2005, *Manoilescu & Dobrescu t. Roemenië & Rusland* (ontv. besl.), EHRC 2005/56, § 72 e.v. (diverse Europese en internationale verdragen betreffende staatsimmunititeit).

gebonden aan de neergelegde verplichtingen en rechten.¹²⁵ Ook bij het gebruik van deze bron kunnen echter vraagtekens worden geplaatst. Onduidelijk is bijvoorbeeld in hoeverre een verdrag nu echt door een meerderheid van verdragstaten ondertekend moet zijn om als bron voor interpretatie bruikbaar te zijn. Er zijn diverse voorbeelden zichtbaar in de rechtspraak waarin het Hof dit niet zo nauw lijkt te nemen: ook verdragen die slechts door een minderheid zijn ondertekend, of waartegen sommige verdragstaten bezwaren hebben geuit, worden soms aangegrepen als basis voor het vaststellen van nieuwe rechten onder het EVRM.¹²⁶ Andersom ziet het Hof in het bestaan van een verdrag, zelfs als dit door een zeer groot aantal verdragstaten is ondertekend, niet altijd een reden om hierop een vergaande benadering te baseren.¹²⁷ Ook hier is het verwijzen naar consensus vaak overwegend retorisch van aard.¹²⁸

4.2.3 Wanneer is er consensus?

Een bijkomende vraag is die naar de manier waarop met meerderheden en minderheden moet worden omgegaan. Wanneer sprake is van daadwerkelijke consensus over de uitleg van een bepaald grondrecht, doet zich geen probleem voor, maar in een Raad van Europa met 46 leden zal van een dergelijke consensus zelden sprake zijn. Het is dan de vraag of het voldoende is als een kleine meerderheid een bepaalde interpretatie ondersteunt, en of het ter zake doet dat een minderheid zeer uitgesproken opvattingen heeft over een bepaalde kwestie. Het Hof heeft in dit verband geaccepteerd dat het bijna onmogelijk is dat bij een gevoelig of lastig onderwerp sprake is van een 'common approach' in alle verdragstaten. Het gaat volgens het Hof dan ook te ver om in alle zaken een volledige consensus te vereisen om tot een nieuwe interpretatie te kunnen komen:

125 Uit het Weens Verdragenverdrag blijkt zelfs een verplichting om het verdrag uit te leggen in de context van 'iedere terzake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast' (art. 31 tweede lid sub c). Het Hof verwijst hiernaar soms expliciet om een verwijzing naar internationaal recht te rechtvaardigen. Zie bijv. EHRM 4 februari 2005, *Mamatkulov & Askarov t. Turkije* (ontv.besl.), EHRC 2005/23 (m.nt. Rieter), § 111 en EHRM 3 maart 2005, *Manoilescu & Dobrescu t. Roemenië & Rusland*, EHRC 2005/56, § 70.

126 Bekend is het al oudere voorbeeld van de zaak *Marckx t. België*, waarin het Hof verwees naar enkele verdragen die op dat moment slechts door een minderheid van staten waren ondertekend. Zie EHRM 13 juni 1979, *Series A Vol. 31; NJ 1980*, 652 (m.nt. EAA).

127 Zie bijv. *Chapman*, waarin het Hof verwees naar het Kaderverdrag voor de bescherming van minderheden, dat op het relevante moment door 37 van de toen 41 verdragstaten van de Raad van Europa was ondertekend en door 28 staten was geratificeerd. Het Hof concludeerde hierover het volgende: '(...) the Court is not persuaded that the consensus is sufficiently concrete for it to derive any guidance as to the conduct or standards which Contracting States consider desirable in any particular situation. The Framework Convention, for example, sets out general principles and goals but signatory states were unable to agree on means of implementation.' (EHRM 18 januari 2001, *Reports 2001-II; AB 2003/32* (m.nt. Gerards), § 94). Een zeer grote minderheid (7 van 19 rechters) was het uitdrukkelijk niet eens met de conclusie van de meerderheid en stelde dat er juist wél een consensus bestond. Belangrijk is verder dat op het punt van internationale verdragen de vraag kan worden gesteld hoe sterk of vergaand bepaalde ontwikkelingen moeten zijn om een nieuwe interpretatie te rechtvaardigen. Het Hof lijkt hierbij terughoudend; zie bijv. EHRM 21 november 2001, *Al-Adsani t. Verenigd Koninkrijk*, *Reports 2001-XI; EHRC 2002/3* (m.nt. Heringa & Gerards); *NCJM-Bulletin 2002*, 760 (m.nt. Zwanenburg), § 60 e.v.

128 Zie kritisch hierover o.a. Orakhelashvili 2003 (*supra* noot 79), p. 529 e.v. (zie m.n. ook de conclusie op p. 567).

RECHTSVINDING DOOR HET EHRM

'The Court (...) attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend (...).'¹²⁹

Een duidelijke ontwikkeling is dus voldoende om een basis te vormen voor een nieuwe, vergaande verdragsinterpretatie. Dit lijkt een geschiktere benadering te zijn dan die van een meerderheidsregel, nu het daarbij behorende 'koppen tellen' praktisch gezien vaak erg lastig is.¹³⁰ Wanneer wordt aangenomen dat er daadwerkelijk een 'common approach' moet bestaan, heeft dit bovendien als nadeel dat er van de uitspraken slechts een beperkte prikkel tot vernieuwing en effectieve rechtsbescherming zal uitgaan.¹³¹ Het Hof blijkt echter niet erg consistent te zijn in zijn benadering. Er zijn ook gevallen waarin het Hof het juist heel belangrijk lijkt te vinden dat alle verdragstaten zich achter een nieuwe benadering hebben geschaard. Met name heeft het Hof in een aantal zaken over staatsimmunitie geconstateerd dat er een trend bestaat in de richting tot opheffing daarvan in bepaalde gevallen, maar hechtte het daarin veel waarde aan het feit dat de aangeklaagde staat niet alleen stond in het vasthouden aan die immunitie. In deze zaken nam het dus niet zozeer de internationale trend tot leidraad, als wel de specifieke situatie in de betreffende staten.¹³² Voor deze verschillen in benadering is eigenlijk geen verklaring te geven.

Welke benadering ook gekozen wordt, het probleem blijft dat een lidstaat die overwegende bezwaren heeft tegen een bepaalde interpretatie, hierdoor kan worden gedwongen om deze interpretatie te aanvaarden. Slechts in uitzonderlijke gevallen heeft het Hof aangegeven de positie van een minderheidspartij te beschermen.¹³³ Dit is een lastige kwestie. Op zichzelf kan immers worden gesteld dat het Hof ook tot taak heeft om belangen van minderheden te beschermen tegen meerderheden. Als blijkt dat een klein aantal staten, of slechts één enkele staat, legitieme en overwegende bezwaren heeft tegen een bepaalde uitleg, kan het niet zomaar een meerderheidsopvatting tot de zijne maken. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het hier steeds gaat om *staten* die de grondrechten van individuen beschermen. Het kan voorkomen dat een staat niet bereid is om een bepaald recht te erkennen, wellicht om goede redenen, maar dat dit ten koste gaat van de rechten en vrijheden van de inwoners. In een

129 EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2002-VI; EHRC 2002/74 (m.nt. Van der Velde & Janssen), § 85. Vgl. ook EHRM 6 mei 2003, *Appleby t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2003-VI; EHRC 2003/55, § 46, waarin het Hof spreekt over een 'emerging consensus that could assist the Court in its examination'.

130 Bovendien sluit de benadering beter aan bij de wens te komen tot een interpretatie die zo goed mogelijk past bij de doelstellingen van het Verdrag, in plaats van een interpretatie die ondersteund wordt door een zo groot mogelijk aantal verdragstaten. In die zin ook Letsas 2004 (*supra* noot 104), p. 300 en 302.

131 Vgl. J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag: Sdu 2002, p. 175 en Prebensen (*supra* noot 86), p. 1137. Zie in dit verband ook kritisch de *dissenting opinion* van Martens bij EHRM 27 september 1990, *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, Series A Vol. 184; NJ 1995/678 (m.nt. EAA), punt 3.6.4.

132 Zie EHRM 21 november 2001, *McElhinney t. Ierland*, Reports 2001-XI, EHRC 2001/2 en EHRM 21 november 2001, *Fogarty t. Verenigd Koninkrijk*, Reports 2001-XI, EHRC 2001/4 (m.nt. Heringa & Gerards).

133 In beschouwingen over dit onderwerp wordt per definitie gewezen op de zaak *F. t. Zwitserland*, waarin het Hof inderdaad rekening hield met het feit dat een culturele en historische situatie in een land een uitzonderingspositie kan rechtvaardigen (EHRM 18 december 1987, Series A Vol. 128; NJ 1989/99 (m.nt. EAA), *NJCM-Bulletin* 1988, 235 (m.nt. JdB)). Recentere voorbeelden waarin van een dergelijke uitzondering sprake is, lijken er echter niet te zijn.

dergelijk geval gaat het niet aan om terug te schrikken voor een interpretatie die ingaat tegen de uitdrukkelijke wens van een lidstaat.¹³⁴ Duidelijk is echter dat die dan op basis van andere interpretatiemethoden moet worden beargumenteerd.

4.2.4 Conclusie

Al met al lijkt het Hof met enig recht te kunnen worden beschuldigd van *cherry picking* waar het het gebruik van de comparatieve methode betreft. Uitgaande van een interpretatie die het zelf redelijk acht, gaat het na of er comparatief materiaal voorhanden is dat deze benadering al dan niet ondersteunt. Daarbij zoekt het relatief willekeurig naar passende internationale regels of nationale ontwikkelingen, waarbij het lang niet altijd zorgvuldig te werk gaat. De legitimerende werking van een dergelijke benadering is beperkt. Zeker, het is wenselijk om te streven naar een interpretatie die voldoende draagvlak heeft binnen de verdragstaten.¹³⁵ Ook heeft een zekere 'fuzziness' van de argumentatie misschien als voordeel dat de echt ingewikkelde problemen wat worden verhuld.¹³⁶ Toch moet een al te retorisch gebruik van rechtsvergelijkende argumenten worden vermeden. De nu gebruikte argumentatie kan gemakkelijk worden doorgeprikt door een staat die zich niet kan vinden in de bereikte resultaten. Ook is deze vorm van argumentatie minder overtuigend, naarmate vaker blijkt dat het Hof zich niet écht baseert op consensus, maar slechts op wat het zelf als consensus beschouwt. Dit is problematisch, omdat het Hof voor de implementatie van zijn uitspraken grotendeels afhankelijk is van vrijwillige naleving door de verdragstaten. Zoals eerder aangegeven binden zijn uitspraken alleen de partijen, niet de andere verdragstaten. Als het beeld ontstaat dat het Hof 'maar iets doet', zullen deze staten wellicht minder geneigd zijn om uitspraken van het Hof stelselmatig te implementeren. Dit geldt zeker als de bereikte uitkomsten hen niet welgevallig zijn of als de redenering niet overeenstemt met de eigen, nationale aanpak.¹³⁷ Juist om die reden is het van groot belang dat de uitspraken van het Hof van hoogstaande kwaliteit zijn en getuigen van een zorgvuldige en doordachte argumentatie.¹³⁸

Gelet hierop is het van groot belang om het gebruik van de comparatieve methode opnieuw te doordenken. Daarbij moet allereerst worden nagedacht over de vraag hoe voldoende en

134 Een ouder voorbeeld waaruit blijkt dat het Hof dit inziet is EHRM 29 januari 1982, *Campbell & Cosans t. Verenigd Koninkrijk*, Series A vol. 48, § 29. Vgl. ook E. Brems, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, p. 291-292.

135 De draagvlaklegitimatie is op verschillende manieren in de literatuur beredeneerd. Aangegeven is wel dat door bij te dragen aan de consensus, staten zichzelf feitelijk committeren aan een bepaalde interpretatie, zodat zij hiervan niet gemakkelijk kunnen afwijken (bijv. Janssen 2003 (*supra* noot 8), p. 189). Ook is aangegeven dat hierdoor sprake kan zijn van een wederzijdse beïnvloeding, die de aanvaardbaarheid van een uitspraak voor een nationale rechter kan vergroten (vgl. Martens 2000 (*supra* noot 51), p. 754,755).

136 Vgl. F. Ost 1992 (*supra* noot 73), p. 312, die aangeeft dat dit de aanvaardbaarheid van een beslissing kan vergroten.

137 Recente uitspraken als die van het *Bundesverfassungsgericht* van 14 oktober 2004 (2 BvR 1481/04), illustreren dit. Hoewel het *Bundesverfassungsgericht* uitdrukkelijk stelde dat de uitspraken van het Hof een belangrijke leidraad vormen bij de interpretatie en toepassing van grondrechten, stelt het wel ook dat de EHRM-uitspraken geen afbreuk mogen doen aan het beschermingsniveau gegarandeerd onder het Duitse *Grundgesetz* (§ 32 *in fine* en § 35). Het Duitse constitutionele Hof ziet dus ruimte om de EHRM-interpretatie te toetsen aan de eigen interpretatie van grondrechten en om zonodig de eigen interpretatie boven die van het EHRM te stellen.

138 Vgl. L.R. Helfer en A.-M. Slaughter 1997 (*supra* noot 4), p. 284,285.

relevante informatie wordt verkregen en over de wijze waarop met bekende problemen van rechtsvergelijking moet worden omgegaan. Daarnaast is de vraag of het gebruik van deze interpretatiemethode niet sterk kan worden teruggebracht, zolang het probleem van de omgang met meerderheids- en minderheidsopvattingen nog niet is opgelost en zolang nog niet duidelijk is hoe sterk een ontwikkeling moet zijn om een nieuwe uitleg daadwerkelijk te kunnen legitimeren. Het Hof zou in veel meer gevallen moeten komen tot een interpretatie op basis van systematische, taalkundige en teleologische methoden. De comparatieve methode kan hoogstens worden gebruikt als ondersteunende, secundaire interpretatiemethode, die een functie kan hebben als de gebruikelijke methoden niet tot een eenduidig resultaat leiden.¹³⁹ Dit zou betekenen dat het Hof, veel minder dan het nu doet, zou moeten verwijzen naar de opvattingen in de verdragstaten. Dit betekent overigens niet dat verschillen van aanpak tussen de verdragstaten helemaal niet meer relevant mogen zijn voor de toetsing door het Hof. In de toepassingsfase kan het bestaan van verschillen zeker een rol spelen, bijvoorbeeld bij het bepalen van de intensiteit van de toetsing. Voor het geven van uitleg aan het Verdrag moet het Hof echter een eigen oordeel bepalen, dat niet afhankelijk is van dat in de staten.

5 Conclusie

Het bovenstaande overzicht van de ontwikkelingen in de rechtsvinding door het Hof laat een divers beeld zien. Aan de ene kant zijn er positieve trends waarneembaar. Het Hof heeft zich terdege gerealiseerd dat heldere uitspraken kunnen bijdragen aan een effectieve bescherming van grondrechten en een betere implementatie van het EVRM op nationaal niveau. De keuze voor een algemenere interpretatie van grondrechten en het doen van pilot-uitspraken kan hieraan een belangrijke bijdrage leveren, net als de versterking van de precedentwerking. Tegelijkertijd blijkt echter dat het Hof de keuze voor een meer algemene benadering nog niet definitief heeft willen maken. Nog steeds kiest het vaak een erg casuïstische benadering, waarbij de uitspraak uitsluitend kan worden gelezen in verband met de feiten van één specifiek geval. Dit is vooral problematisch wanneer het gaat om uitspraken van de Grote Kamer. Het intern appèl levert bij uitstek de gelegenheid om moeilijke interpretatiekwesties eenduidig en in algemene zin te beslechten en te streven naar voorspelbaarheid en consistentie in de rechtspraak. Vooral nog wordt die mogelijkheid onvoldoende benut. Ook zou het Hof de duidelijkheid van zijn uitspraken kunnen vergroten door ook bij positieve verplichtingen een tweefasentoets

139 Daardoor kan tegemoet worden gekomen aan twee principiële bezwaren tegen de *common ground*-methode. Allereerst kan de methode ertoe leiden dat het niveau van rechtsbescherming wordt verlaagd wanneer de consensus in de verdragstaten verandert (niet ondenkbeeldig waar het gaat om de bescherming van privacy in het kader van terrorismebestrijding). Daardoor kan niet worden voldaan aan de wens de EVRM-rechten zo effectief mogelijk te beschermen. In de tweede plaats kan de methode kan ertoe leiden dat conservatieve opvattingen in de weg blijven staan aan een hoog niveau van grondrechtenbescherming; dat dit niet illusoir is blijkt uit een uitspraak als EVRM 27 maart 1998, *Reports* 1998-II, *JB* 1998/108 (m.nt. Heringa); *USZ* 1999/43 (m.nt. HJ)). Om deze bezwaren weg te nemen moet voorop staan dat steeds een interpretatie wordt gekozen die overeenstemt met de wens de EVRM-rechten zo effectief mogelijk te beschermen; zie in deze zin ook Schokkenbroek 2000 (*supra* noot 7), p. 2.1-17, Ost 1992 (*supra* noot 73), p. 293 en Prebensen 2000 (*supra* noot 86), p. 1137.

te hanteren, waarbij een algemene vaststelling van de betekenis van een grondrecht gevolgd wordt door een concrete toetsing van de wijze waarop een staat aan zijn verplichtingen voldaan heeft. Op dezelfde manier kan het Hof effectief gebruik maken van de nieuw ontdekte mogelijkheid om pilot-uitspraken te doen. Zelfs als er weinig eenduidigheid tussen de verdragstaten bestaat over de precieze concrete uitwerking die aan een verdragsverplichting moet worden gegeven, is het vaak nog wel mogelijk om algemenere criteria of richtlijnen te bieden. Zou het Hof van dit soort mogelijkheden effectiever gebruik maken, dan kan dit de werklast in de toekomst beter hanteerbaar maken.

In deze bijdrage is ook aandacht besteed aan de ontwikkelingen in het gebruik van de interpretatiemethoden door het Hof. Op zichzelf is er op dit terrein niet zoveel nieuws onder de zon: het Hof is de laatste jaren geen andere methoden gaan gebruiken. Wel wordt steeds duidelijker dat het niet altijd op een goede manier gebruik maakt van deze methoden. Het algemene beeld is dat van een *à la carte*-benadering, waarbij het Hof nu eens de ene, dan weer de andere methode kiest, zonder dat hierin een heldere lijn waarneembaar is. De legitimerende waarde van sommige methoden, zoals de argumentatie aan de hand van *travaux préparatoires* en de comparatieve interpretatie, is bovendien beperkt. De motivering is daardoor niet altijd deugdelijk en overtuigend. Kritiek daarop is steeds vaker waarneembaar. Waar aanvankelijk veel auteurs nog erg enthousiast waren over de interpretatie door het Hof, zijn de laatste vijf jaar diverse publicaties verschenen waarin wetenschappers zich kritisch hebben uitgesproken over de gehanteerde methoden. Het Hof zou er dan ook goed aan doen zich hierop te bezinnen en te streven naar een verbetering van methoden en technieken.