

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Universiteit Gent

Academiejaar 2012 – 2013

## **Europees Hof voor de Rechten van de Mens op de helling**

### **De kritiek binnen de EVRM-lidstaten**

**Masterproef van de opleiding**

**‘Master in de Rechten’**

ingediend door

**Stephanie Hermant**

studentennummer: 00600547

Promotor: Prof. dr. Yves Haeck

Commissaris: Andy Van Pachtenbeke



*Het verleden is nooit dood. Het ligt niet eens achter ons.*

*William Faulkner*



## Dankwoord

---

Ik had graag een moment genomen, om iedereen te bedanken.

Jonathan Saelen, Arian Schelstraete, Mathieu Charles, Pearl De Smet, en papa voor het nalezen en verbeteren van mijn masterproef.

Een speciale dank gaat uit naar mijn vriend Rubis De Smet, zonder wiens steun ik hier vandaag niet had gestaan.

Mijn commissaris, Andy Van Pachtenbeke, omdat hij mij de juiste aanzet heeft gegeven.

Tot slot, aan mijn Promotor Prof. dr. Yves Haeck, die het mogelijk maakte over dit onderwerp, die mij wonder wel ligt, te schrijven.



# INHOUDSTAFEL

<b>INLEIDING .....</b>	<b>9</b>
<b>DEEL I: MENSENRECHTEN IN EEN HISTORISCH KADER .....</b>	<b>13</b>
HOOFDSTUK 1: VAN NATIONALISME, VIA UNIVERSALISME NAAR REGIONALISME: VAN DE BRITSE 'BILL OF RIGHTS' NAAR DE EUROPESE CONVENTIE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS.....	13
<i>Afdeling 1: Mensenrechten in een nationale context .....</i>	<i>13</i>
<i>Afdeling 2: Mensenrechten na de Eerste Wereldoorlog.....</i>	<i>14</i>
<i>Afdeling 3: Mensenrechten tijdens de Tweede Wereldoorlog.....</i>	<i>15</i>
<i>Afdeling 4: De keuze voor regionalisme .....</i>	<i>17</i>
HOOFDSTUK 2: HET EHRM, EEN KORTE GESCHIEDENIS .....	22
HOOFDSTUK 3: BESCHOUWINGEN.....	24
<b>DEEL II: DE KRITIEK ONDER DE LOEP GENOMEN .....</b>	<b>25</b>
INLEIDING .....	25
HOOFDSTUK 1: DE CRITICI KORT VOORGESTELD .....	27
HOOFDSTUK 2: DE CRITICI OVER HET EHRM.....	28
<i>Afdeling 1: Het EHRM ondermijnt de democratische rechtsstaat.....</i>	<i>28</i>
<i>Afdeling 2: Het EHRM trekt steeds meer rechtsmacht naar zich toe.....</i>	<i>29</i>
<i>Afdeling 3: Het EHRM tast de staatssoevereiniteit aan .....</i>	<i>32</i>
SYNTHESE.....	33
<b>DEEL III: BEWEREN EN BEWIJZEN IS TWEE, IN WELKE MATE IS DE KRITIEK TERECHT .....</b>	<b>34</b>
INLEIDING .....	34
HOOFDSTUK 1: SOEVEREINITEIT .....	34
<i>Afdeling 1: Soevereiniteit een Ambigue begrip .....</i>	<i>34</i>
Onderafdeling 1: Interne Soevereiniteit .....	35
Onderafdeling 2: Externe soevereiniteit.....	40
<i>Afdeling 2: Een vrijwillige Beperking van de Soevereiniteit.....</i>	<i>44</i>
Onderafdeling 1: De ondertekening van het EVRM .....	44
Onderafdeling 2: De Evolutive Interpretatie.....	44
Onderafdeling 3: Tussentijdse conclusie.....	52
<i>Afdeling 3: Reikt de rechtsmacht van het Hof te ver – een onderzoek in theorie en praktijk....</i>	<i>53</i>
Onderafdeling 1: Het EHRM in theorie: de verschillende interpretatiemethoden op een rijtje .....	53
Onderafdeling 2: Het EHRM in praktijk - Een Summiere Rechtspraakanalyse .....	61
HOOFDSTUK 2: HET EHRM: DE ONDERMIJNING VAN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT .....	77
INLEIDING.....	77
<i>Afdeling 1: De democratische rechtsstaat: Wat is dat nu eigenlijk?.....</i>	<i>77</i>
Onderafdeling 1: Democratie.....	78
Onderafdeling 2: De rechtsstaat.....	78
Onderafdeling 3: Tussentijdse Conclusie .....	81
<i>Afdeling 2: Mensenrechten zijn inherent aan de democratische rechtsstaat .....</i>	<i>82</i>
Onderafdeling 1: De specifieke argumenten weerlegd .....	83
CONCLUSIE.....	85
<b>CONCLUSIE.....</b>	<b>87</b>
<b>BIBLIOGRAFIE.....</b>	<b>89</b>





# Inleiding

---

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) is de ultieme hoeder van de mensenrechten in Europa. Het EHRM werd opgericht in de nasleep van de Tweede Wereldoorlog. Door de gebeurtenissen tijdens WOII is de internationale gemeenschap wakker geschud en was het haar duidelijk dat de traditionele actoren binnen de democratische rechtsstaat machteloos staat tegenover de aangerichte gruwelijkheden.<sup>1</sup> Niettemin, lijkt het erop dat mensenrechten door de huidige economische crisis onderaan de politieke agenda zijn komen te staan. Het EHRM heeft de laatste jaren daarenboven ook veel kritiek te verduren gekregen, waarbij het Verenigd Koninkrijk, in 2012, met zijn voorzitterschap van de Raad van Europa 's Comité van Ministers, de uitgelezen kans zag om het EHRM te hervormen. Grote plannen werden uitgeschreeuwd, zo stond het invoeren van een "Sunset Clause"<sup>2</sup> op de agenda. Met de "draft Brighton Declaration"<sup>3</sup> ging het Verenigd Koninkrijk zelfs nog een stapje verder, zo bepleitte het Verenigd Koninkrijk dat de rol van de *margin of appreciation* doctrine sterker dan voorheen moest benadrukt worden<sup>4</sup>, dat wanneer in een zaak een "advisory opinion" werd gegeven dit het individuele klachtrecht zou moeten vervangen, en dat de ontvankelijkheidsvoorwaarden significant verscherpt moesten worden<sup>5</sup>. Uiteindelijk liep het allemaal niet zo'n grote vaart en verschildt de uiteindelijk aangenomen Brighton Declaration substantieel van de "draft".<sup>6</sup>

Hoewel de storm door de aanneming van de Brighton Declaration voor een hele tijd leek geluwd te zijn, bleek niets minder waar. Het debat over en de kritiek op het Hof is weer opgelaaid, tot nieuwe hoogtes. Zo zou het EHRM 'ondemocratisch'<sup>7</sup> zijn, een 'aanval op de rechtsstaat'<sup>8</sup> inhouden en daarenboven "lijken op koning Midas, omdat alles wat het aanraakt in mensenrechten verandert."<sup>9</sup> Op de koop toe worden de rechters in Straatsburg verweten "politici in toga"<sup>10</sup> te zijn, en aldus beschuldigd van 'gerechtelijk activisme'. Daarnaast wordt het EHRM verweten dat het uniforme standaarden oplegt.<sup>11</sup>

Waar het debat begonnen was ter versterking van het Hof, is het omgeslagen naar een debat die de legitimiteit van het Hof ondermijnt.

---

<sup>1</sup> J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 33.

<sup>2</sup> Waarbij zaken van de rol zouden worden geschrapt na het verloop van een bepaalde periode, tussen één en twee jaar indien ze niet worden behandeld -

<sup>3</sup> Deze is uitgelekt in februari 2012, en verschilt in grote mate van de uiteindelijk aangenomen 'Brighton Declaration'.

<sup>4</sup> "Each state party enjoys a considerable margin of appreciation in how it applies and implements the Convention. This reflects that national authorities are in principle best placed to apply the Convention in the national context. The margin of appreciation implies, among other things, that it is the responsibility of democratically – elected national parliaments to decide how to implement the Convention in legislation, and for independent and impartial national courts and tribunals to apply the Convention in reasoned judgments. The role of the Court is to review decisions taken by national authorities to ensure that they are within the margin of appreciation." (Onderlijning toegevoegd)- Draft Brighton declaration, 23 februari 2012, para. 17 consulteerbaar op: <http://www.guardian.co.uk/law/interactive/2012/feb/28/echr-reform-uk-draft?fb=naive> (laatst geconsulteerd op 14 april 2013)

<sup>5</sup> "it is (...) important that the Court continues to apply strictly the admissibility criteria (...) the Conference therefore: (a) concludes that the time limit under Article 35 (1) of the convention within which an application must be made to the court should be shortened tot wo OR three OR four months (...) (c) concludes that Article 35 of the Convention should further be amended to make clear that an application is inadmissible if it is the same in substance as a matter that has been examined by a national court taking into account the rights guarantee by the Convention (...) (d) stresses the importance of the strict application of the admissibility criteria" Ontwerpverklaring Brighton, Brighton, Verenigd Koninkrijk 23 februari 2012, para. 22 -23.

<sup>6</sup> zie: M. ELLIOT, "The Brighton Declaration: where now for the Human Rights Act and the Bill of Rights debate?", consulteerbaar op : <http://ssrn.com/abstract=2046452>

<sup>7</sup> BAUDET, T., "Het Europees EHRM voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie", *NRC* 13 november 2010. Consulteerbaar op: <http://vorige.nrc.nl/article2641416.ece>; LORD HOFFMAN, The Universality of human rights , judicial studies Board annual lecture, 19 Maart 2009, consulteerbaar op: <http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-Hoffman-19032009>

<sup>8</sup> T. BAUDET, *De aanval op de natiestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012, 154 – 175; BAUDET, T. "De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat" in HARCHAOUI & JONKER (red.), *Leve de rechtsstaat!*, Boom Lemma, Den Haag, 2010, 65 – 79.

<sup>9</sup> ZWART, T., "Bied dat Mensenrechtenhof weerwerk", *NRC*, 17 januari 2011.

<sup>10</sup> BLOK, S., DIJHOF, K., "Leg het Europees EHRM aan Banden, Volkskrant, 7 april 2011.

<sup>11</sup> LORD HOFFMAN, The Universality of human rights , judicial studies Board annual lecture, 19 Maart 2009, consulteerbaar op: <http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-Hoffman-19032009>

Het is dus van belang, als men zich in het debat wil mengen dat men zijn oor leent aan de volgende oproep: *“It [is] [...] important that [the Court’s] independence and authority should not be undermined and that criticism by governments, even where legitimate, should rely on reasoned argument rather than emotions and exaggeration.”*<sup>12</sup>

Met andere woorden onderzoek naar deze aantijgingen is noodzakelijk want conclusies trekken op grond van onvolledige of verkeerd voorgestelde informatie kan ervoor zorgen dat men in de verkeerde oplossingen een heilige graal ziet.

### **Probleemstelling**

Sinds medio jaren 80 kampt het Hof met een probleem, waarbij het minder zaken beslecht dan dat er op de rol geschreven worden. Dit heeft jaren aangesleept voor men uiteindelijk in 1998 een oplossing vond. Protocol Elf werd geratificeerd, maar deze zorgde niet voor het verhoopte resultaat. Door de verplichte invoering van een individueel klachtrecht, werd het EHRM bedolven onder verzoekschriften. In 2004 werd reeds Aanvullend Protocol Veertien aangenomen, maar doordat Rusland bleef dwarsliggen is die pas in werking kunnen treden op 10 juni 2010. Bij het afsluiten van 2011 stond de teller onoverkomelijk hoog, op wel 151.100<sup>13</sup> zaken. Ondertussen waren de conclusies reeds getrokken. Zo werd, en wordt nog steeds, gesteld dat het EHRM ten onder gaat aan zijn eigen succes en dat de grote rechtsmacht van het Hof een aanzuigefect heeft. De oplossing voor het werklasterprobleem is aldus, volgens critici, een verkleining van de rechtsmacht.

### **Onderzoeksvraag**

Is de kritiek die de laatste jaren te horen is terecht, en dient de enige echte oplossing, voor de werklaster crisis waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens reeds jaren slachtoffer van is, zich aan in een verkleining van zijn rechtsmacht?

### **Methodologie**

#### *Mogelijke Invalshoeken*

Een eerste invalshoek is deze waarbij men op zoek gaat naar de reden voor de werklaster, immers de cijfers spreken voor zich, de zakenlast daalt. Nochtans heeft het Hof niets aan bevoegdheid moeten inboeten. Hieruit kan men afleiden dat de rechtsmacht niet het probleem is, maar dat een slechte implementatie van het EVRM hier aan de grondslag ligt.<sup>14</sup>

Een tweede invalshoek is vertrekken vanuit de kritiek, waarbij aan de hand van de hun aangewezen zaken kan geoordeeld worden of er wel degelijk een te grote rechtsmacht is.

#### *Verantwoording van de keuze*

Voor deze masterproef werd de tweede optie gekozen, immers wil men een draagvlak creëren voor de visie dat het probleem bij de EVRM-lidstaten ligt. Dient er aangetoond te worden dat het probleem zeker niet bij het Hof te situeren valt. Immers, als het probleem bij de EVRM-lidstaten ligt, zal een oplossing verregaande gevolgen

---

<sup>12</sup> statement in persconferentie door EHRM president, Nicolas Bratza, te beluisteren op: <http://www.humanrightseurope.org/2012/01/sir-nicolas-bratza-the-year-ahead-will-be-decisive-for-the-european-court/> (laatst geconsulteerd op 14 april 2013)

<sup>13</sup> ECHR, Analysis of statistics 2012, 4.

<sup>14</sup> Deze conclusie is gemakkelijk te maken op basis van het volgende: Protocol Veertien was gericht op een implementatieverbetering op nationaal niveau van het EVRM. De procedure van pilootarresten werd ingevoerd om structurele problemen bloot te leggen op nationaal niveau. Twee jaar na inwerkingtreding daalt het aantal zaken.

hebben. Waarbij lidstaten nog meer verantwoordelijkheden dan nu moeten opnemen en waarbij noodzakelijkerwijs de rechtsmacht van het Hof dient te vergroten, of op z'n minst niet mag verkleinen. Kortom, er werd in deze masterproef verkozen de zgn. 'non-believers' over de streep te trekken, in plaats van een zoveelste werkstuk te zijn die preekt voor eigen parochie.

#### *Opbouw en methodiek*

In Deel I wordt kort de geschiedenis van het EVRM en EHRM weergegeven, op deze manier kunnen de discussies die toen gevoerd werden belicht worden. Vele argumenten die nu opgeworpen worden zijn immers niet nieuw, en werden reeds bij de onderhandelingen dan wel verworpen of bijgetreden. Hierbij komt ook de reden voor een internationaal mensenrechtenverdrag naar voor.

In deel II wordt de voornaamste kritiek gegroepeerd onder drie hoofdingen: soevereiniteit (1), rechtsmacht (2) en democratische rechtsstaat (3). Hierdoor kan men de hoofdlijnen onderscheiden, en gericht te werk gaan bij het falsifiëren van de beweringen.

In Deel III wordt dieper ingegaan op de drie hoofdstellingen van de kritiek, en de daaraan verbonden nevenstellingen. Waarbij onderzocht wordt wat de begrippen, m.n. soevereiniteit en democratische rechtsstaat juist betekenen. Doorheen heel dit deel wordt uitvoerig naar rechtspraak van het EHRM verwezen. Om de arresten ten volle te begrijpen en zo mogelijk de juiste conclusies te trekken werd geopteerd eerst de basisbeginselen van het Hof uiteen te zetten. Daarnaast werd ervoor gekozen zoveel mogelijk de relevante paragrafen te citeren in plaats van te parafaseren, op die manier wordt het fenomeen 'Lost in Translation' zoveel mogelijk vermeden.



# DEEL I: Mensenrechten in een historisch kader

---

## Hoofdstuk 1: Van Nationalisme, via Universalisme naar Regionalisme: Van de Britse 'Bill of Rights' naar de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens.

De filosofische grondslag van mensenrechten is terug te vinden in het liberale democratische gedachtegoed dat in West-Europa opgang maakte vanaf de late Middeleeuwen.<sup>15</sup> Toch is de mensenrechtengedachte, zoals we het vandaag kennen, relatief nieuw.

Dat de gruweldaden van de nazi's hun invloed hebben gehad op het hedendaagse mensenrechtenmechanisme staat buiten kijf. Hieruit kan evenwel niet geconcludeerd worden dat de Tweede Oorlog het begin is van de mensenrechtentraditie. Om deze misvatting recht te zetten, maar ook om aan te tonen dat de Tweede Wereldoorlog met al zijn horror de aanzet heeft gegeven voor een universeel begrip van de mensenrechten, wordt een kort overzicht gegeven van de historie van de mensenrechten.

Door zo'n overzicht worden de redenen voor de oprichting van het EHRM besproken, daarenboven worden de daarmee samenhangende problemen blootgelegd. Dit leidt tot een beter begrip van kritiek die gespuid wordt op het EHRM, in het tweede luik wordt op de kritiek dieper ingegaan.

### Afdeling 1: Mensenrechten in een nationale context.

Kort samengevat begon de mensenrechtentraditie vanuit een heel nationaal gegeven, en dit in de tweede helft van de Achttiende eeuw waarbij de idee van de rechten van de mens in de publieke belangstelling kwam te staan.<sup>16</sup> Dit idee werd in die tijd neergelegd in de Amerikaanse '*Declaration of independence*', de Franse '*Déclaration des droits des l'homme et du Citoyen*' en in de Britse '*Bill of Rights*'. Maar ze waren ook niet meer dan dat, ze waren verklaringen. J. BENTHAM is hier uitvoerig op ingegaan in zijn essay *The Anarchical Fallacies* waarin hij de Franse verklaring bekritiseerde op drie punten. Zo vond hij het belachelijk dat er sprake was van rechten die niet konden afgedwongen worden voor een rechtbank, en dat ze durfden te spreken over mensenrechten in plaats van over rechten van de Fransman. Daarenboven stelde hij dat het helemaal geen juridisch bindend document was, maar een verklaring van morele en politieke filosofie. Zelfs al mocht het de bedoeling zijn dat het juridisch bindend is, de rechten erin omschreven zijn zo abstract dat ze zonder betekenis blijven en dus niet afdwingbaar zijn.<sup>17</sup>

In de Negentiende eeuw stond de mensenrechtengedachte niet meer zo prominent op de voorgrond als de eeuw ervoor, maar ze was niet vergeten. Zo speelden heel wat kwesties, die wij nu als mensenrechtenkwesties zouden bestempelen, in de politiek een grote rol. Zo werd bijvoorbeeld slavernij beëindigd in de Verenigde Staten, niet omdat dit volgens de mensenrechten moest maar omdat het politiek gezien de correcte zet was.

Met de Twintigste eeuw kwam de renaissance van de mensenrechten, waarbij de nadruk kwam te liggen op de internationale status van de mensenrechten. Hoewel universalisme pas echt een feit werd na de WOII, werd de basis al gelegd na de Eerste Wereldoorlog.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup>J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 3.

<sup>16</sup>BURGERS J.H., "Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens", in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 14.

<sup>17</sup>J. Bentham, *The Anarchical Fallacies*, Edinburg, William Tait, 1838-1848.

<sup>18</sup>BURGERS J.H., "Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens", in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 15 – 19.

Tijdens de Parijse Vredesconferentie van 1919, werd het Verdrag van Versailles opgesteld waarin mensenrechten, hoewel zeer beperkt, aan de orde kwamen. In artikel 23 van dat verdrag werden enkele vage verwijzingen opgenomen naar mensenrechten:

*“Subject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League: (a) will endeavour to secure and maintain fair and humane conditions of labour for men, women, and children, both in their own countries and in all countries to which their commercial and industrial relations extend, and for that purpose will establish and maintain the necessary international organisations; (b) undertake to secure just treatment of the native inhabitants of territories under their control”<sup>19</sup> (onderlijning toegevoegd)*

De eerste verwijzing houdt verband met de oprichting van de Internationale Arbeidersorganisatie. Opmerkelijk is dat de bescherming van mensenrechten, met betrekking tot economische en sociale rechten, eerder gerealiseerd was dan de bescherming van politieke en civiele rechten. Zo betroffen de regelingen in de context van politieke en civiele rechten enkel de positie van minderheden.

Die minderheidsbepalingen zijn, hoewel deze maar op een handvol landen van toepassing waren, van groot historisch belang. Ze gelden als een van de eerste volkenrechtelijke beperking van de nationale soevereiniteit<sup>20,21</sup>

## **Afdeling 2: Mensenrechten na de Eerste Wereldoorlog.**

Verdere ontwikkeling liet een decennium op zich wachten, pas in 1928 werd er een resolutie aangenomen door de Internationale Diplomatieke Academie.<sup>22</sup> Hierbij sprak de Academie de wens uit een internationaal verdrag tot stand te brengen, die universele en globale werking zou hebben, om de bescherming van mensenrechten te verzekeren.<sup>23</sup> Een jaar later aanvaardde het Instituut voor Internationaal Recht in New York een ‘Verklaring van de Internationale Rechten van de Mens’, waarmee een enorm belangrijke stap werd gezet. Immers, met deze verklaring werd er gebroken met het dogma van de absolute staatssoevereiniteit.<sup>24</sup>

Maar de opsomming van de rechten zoals zij voorkwam in de Verklaring van New York, was onvolledig. De Volkenbond nam in 1933 een resolutie aan. Hierbij sprak zij uit dat het beginsel van rechtsgelijkheid tussen mensen en staten veralgemening vereist van de bescherming van de mensenrechten. Maar alle aanzetten ten spijt, toen in datzelfde jaar de kwestie van zo’n verdrag aan de orde kwam in de Volkenbond, kreeg dit voorstel geen vaste voet aan de grond. Dit toont twee dingen aan: ten eerste dat de democratieën van die tijd heel erg wantrouwend stonden tegenover de gedachte van een internationaal statuut voor de rechten van de mens en ten tweede dat het idee geen draagvlak had in de openbare ruimte. Dit laatste is wellicht het opmerkelijkst, in die tijd werd democratie door zowel het fascisme en communisme bedreigd. Met andere woorden bestond er de nood om de totalitaire ideologieën te bestrijden met een andere positieve ideologie. Men zou verwachten dat die nood tot een hernieuwde belangstelling voor de mensenrechten zou leiden. Het tegenovergestelde was waar. Het werd duidelijk dat de gedachtewisseling over internationale mensenrechten buiten de kleine kring juristen en diplomaten geen gehoor zou krijgen.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> art. 23 Verdrag van Versailles,

<sup>20</sup> zie *infra*

<sup>21</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 16.

<sup>22</sup> Opggericht in 1926, veel vooraanstaande diplomaten, staatslieden en rechtsgeleerden waren lid

<sup>23</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 17.

<sup>24</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 17 – 18.

<sup>25</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 18.

### Afdeling 3: Mensenrechten tijdens de Tweede Wereldoorlog

Met de Tweede Wereldoorlog kwam de mensenrechtenbeweging in een - onverwachte - stroomversnelling terecht. Doordat Mensenrechtenbescherming een plaats kreeg onder de oorlogsdoeleinden van de geallieerden, begon de mensenrechtenidee een rol te spelen in het politieke denken. Iets wat ondenkbaar was net na de Eerste Wereldoorlog. Dat de mensenrechtenbescherming een oorlogsdoeleinde van de geallieerden werd, was te danken aan twee initiatieven. Het begon in september 1939 met een door H.G. WELLS<sup>26</sup> ingezonden brief aan de *Times*.<sup>27</sup> In deze brief bepleitte hij dat de oorlogsdoeleindenkwesitie niet in termen van grenzen diende benaderd te worden, maar door de opstelling van een nieuwe verklaring van de rechten van de mens. Bij zijn brief werd een voorlopig ontwerp van deze verklaring gevoegd, die verzonden werd niet alleen naar de *Times*, maar ook naar o.a. PRESIDENT ROOSEVELT<sup>28</sup>.

Van 5 februari tot 2 maart 1940 verscheen in de *Daily Herald*<sup>29</sup>, een serie onder de titel “*the Rights of Man*”.<sup>30</sup> Ook verdere publicaties bleven niet uit, penguin books publiceerde in maart 1940 een boekje *The rights of man, or what are we fighting for?*, grotendeels gebaseerd op de ingezonden brieven van WELLS in *The Times* en *Daily Herald*. Men zag ook in dat het idee diende verspreid te worden over de grenzen heen. Er werd een minieme vergoeding gevraagd voor de overname van de serie, ook werd de serie in tien talen beschikbaar gesteld, op die manier werd verspreiding gegarandeerd. Daarnaast speelde ook Wells een actieve rol in de verspreiding van het idee, en liet hij de verklaring nog vertalen en publiceren in zowel Europese, Aziatische als Afrikaanse landen. Hij schreef aan verscheidene politici zoals GANDHI, NEHRU, SMUTS, en WEIZMANN. Bovendien nam hij de tekst niet alleen op in het boekje *The rights of man, or what we are fighting for?* maar ook in nog zes andere boeken die hij in de periode 1940 – 1942 publiceerde.<sup>31</sup>

ROOSEVELT had reeds in 1939 kennis genomen van WELLS' pleidooi voor een nieuwe verklaring van de rechten van de mens. Nog geen jaar later kwam hij tot de overtuiging dat een internationaal mensenrechten gedachte de manier was om het Amerikaanse volk te verenigen tegen de krachten van het totalitarisme<sup>32</sup>. Om dit te bereiken diende hij evenwel de mensenrechten gedachte pakkender te formuleren.<sup>33</sup> Uiteindelijk werden de rechten van de mens herwerkt naar 4 vrijheden die moesten dienen als beginselen voor een duurzame vrede. Op 6 juni 1941 trad hij met deze formule naar buiten tijdens zijn State of the Union toespraak tot het Amerikaans Congres. In zijn slotwoord schetste hij een beeld van een wereld die gebaseerd is op vier essentiële vrijheden: vrijheid van spreken, vrijheid van eredienst, vrijdom van gebrek en vrijdom van vrees. In de loop van dat jaar kwam ROOSEVELT in zijn redevoeringen en radiotoespraken voortdurend op deze *Four Freedoms* terug. Zonder de initiatieven van WELLS en ROOSEVELT was de Verklaring van de Verenigde Naties op Nieuwjaarsdag 1942 door de staten in

---

<sup>26</sup> HERBERT GEORGE WELLS was een Brits schrijver, die vooral bekend is door zijn sciencefictionverhalen en –romans, met een bijzondere affiniteit voor mensenrechten

<sup>27</sup> PARTINGTON, J.S., “Human Rights and Public Accountability in H.G. Wells’ Functional World State” in D. MORGAN & G. BANHAM (eds.), *Cosmopolitics and the emergence of a future*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2007,

<sup>28</sup> Franklin Delano ROOSEVELT was de 32<sup>ste</sup> president van de Verenigde Staten, dit van 1933 tot 1945.

<sup>29</sup> Daily herald had voorgesteld als forum te dienen voor het internationaal debat dat ontstond rond het idee een nieuwe verklaring voor de rechten van de mens op te stellen.

<sup>30</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 19. ; deze serie bestond uit artikelen waarin Wells de verschillende elementen van het voorlopig ontwerp presenteerde, commentaren daarop van een groot aantal bekende personen, reacties uit het lezerspubliek en verdere artikelen van Wells met nieuwe teksten. Bovendien werd meegedeeld dat alle binnenkomende reacties worden bezien door een redactiecommissie, o.l.v. burggraaf Sankey die al sinds 1930 lid was van de Internationale Diplomatieke Academie

<sup>31</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 20.

<sup>32</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 20 – 21.

<sup>33</sup> ROOSEVELT was een meester in het bespelen van de massa met eenvoudige leuzen.

oorlog<sup>34</sup> met Duitsland, Italië en Japan onmogelijk geweest. De staten verklaarden daarin niet alleen dat het noodzakelijk is om hun vijanden helemaal te overwinnen “to preserve human rights and justice in their own land as well as in other lands”<sup>35</sup> maar aanvaardden door de toevoeging “as well as in other lands” dat de internationale bescherming van mensenrechten opgenomen werd als een oorlogsdoeleinde van de geallieerden.<sup>36</sup>

Dankzij de initiatieven van WELLS en ROOSEVELT kreeg de internationale status van de rechten van de mens weer een prominente rol in de politieke discussies. Niet alleen kwam hierdoor een stroom van publicaties over de kwestie op gang, maar ook waren verschillende instituten begonnen met een onderzoek naar internationale mensenrechten.

Zo begon het American Law Institute in 1942 een inventaris op te maken van de bestaande grondrechten in de nationale constituties. Het instituut vormde een internationale commissie waarin de belangrijkste culturen vertegenwoordigd werden.<sup>37</sup> Ook de *Commission to Study the Organization of Peace*, had een belangrijke stem in het debat. In mei 1944 publiceerde het haar rapport onder de titel *International Safeguards of Human Rights* waarin onder meer aanbevolen werd dat een “international bill of rights” diende afgekondigd te worden en er een permanente “united nations commission on human rights” diende opgericht te worden.<sup>38</sup> Hoewel in september – oktober 1944 in Dumbarton Oaks een conferentie plaatsvond tussen de grote vier, Verenigde Staten, Verenigd Koninkrijk, Sovjet Unie en China, waarbij ze plannen maakten om een wereldorganisatie op te richten onder de naam “Verenigde Naties”,<sup>39</sup> kregen de mensenrechten niet de verhoopte prominente rol in het voorlopig ontwerp – Handvest. De mensenrechten kwamen maar op één plek ter sprake, en dan nog op een verdoken manier, in het hoofdstuk over economische en sociale samenwerking waarin viel te lezen dat de organisatie “eerbied dient te bevorderen voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”.<sup>40</sup>

Die laatste toevoeging is duidelijk een buiging naar ROOSEVELT’S *Four Freedoms*.<sup>41</sup> Met zijn propaganda is hij voor altijd vereeuwigd in de mensenrechtengeschiedenis daar het ook werd overgenomen in het VN – jargon. Deze zwaarwichtige passage verhulde niet dat het eigenlijk om holle woorden ging, de teleurstelling was dan ook groot. Niet alleen in het midden van niet-gouvernementele organisaties<sup>42</sup> maar ook talrijke regeringen,<sup>43</sup> waren van mening dat het Ontwerp–Handvest de mensenrechten tekort deed.<sup>44</sup> In februari-maart 1945 hielden deze bondgenoten een Inter-Amerikaanse Conferentie over de Problemen van Oorlog en Vrede in Chapultepec, waarbij zij uitdrukkelijk hun steun uitten voor “een stelsel van internationale bescherming van de rechten van de mens”.<sup>45</sup>

---

<sup>34</sup> Het verdrag werd die dag ondertekend door: Verenigde Staten, Verenigd Koninkrijk, Sovjet – Unie, China, Australië, België, Canada, Costa Rica, Tjechië-slovakije, Dominikaanse Republiek, El Salvador, Haïti, Honduras, India, Luxemburg, Nederland, Zuid – Afrika, Joegoslavië, Panama, Nicaragua, Polen, Nieuw - Zeeland ; deze die voor Maart 1945 niet ondertekend hadden werden dan ook niet uitgenodigd op de Conferentie van San Francisco waarop onderhandeld werd over de nieuwe wereldorganisatie.

<sup>35</sup> Declaration by United Nations, (1 januari, 1942) consulteerbaar op: <http://www.un.org/en/aboutun/charter/history/images/declarationun.jpg>

<sup>36</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 21.

<sup>37</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 22.

<sup>38</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 22.

<sup>39</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 22.

<sup>40</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 22 – 23.

<sup>41</sup> deze waren in de Amerikaanse propaganda ondertussen uitgegroeid naar een synoniem voor mensenrechten

<sup>42</sup> zij wilden een op zijn minst een afzonderlijk VN orgaan voor de rechten van de mens. Daarnaast bepleitte men ook voor een internationaal statuut voor de mensenrechten een “international bill of rights” in elk geval als streefdoel voor de toekomst. Dit doel werd gerealiseerd in 1968 met de twee verdragen ECOSOC en BUPO

<sup>43</sup> De bondgenoten van het Westelijk Halfrond in het bijzonder: vooral Latijns Amerikaanse staten, deze voelden zich immers gekrenkt omdat de voorstellen van Dumbarton Oaks geheel buiten hen tot stand zijn gekomen hoewel de Amerikaanse regeringen beloofd had haar bondgenoten op het Westelijk Halfrond op voorhand te raadplegen.

<sup>44</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 23.

<sup>45</sup> BURGERS J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 23.



Uiteindelijk zakten delegaties van ruim veertig landen van 25 april tot 26 juni 1945 af naar de Conferentie van San Francisco, om aan de hand van de voorstellen van Dumbarton Oaks te beraadslagen over de nieuwe wereldorganisatie. Op 26 juni 1945 werd het Handvest van de Verenigde Naties ondertekent, en werd aldus de wereldorganisatie in het leven geroepen. Desondanks dat mensenrechten geen prominente rol in het handvest verkregen werd het belang van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden wel benadrukt in verschillende artikels.<sup>46</sup> Daarenboven was het duidelijk dat binnen de Conferentie een brede steun bestond voor de gedachte dat de VN een statuut voor de Rechten van de mens tot stand zou moeten brengen. PRESIDENT TRUMAN onderstreept dat er goede redenen zijn om erop toe te zien dat zo'n *International Bill of Rights* verwezenlijkt wordt. Deze zal, stelde hij, een belangrijke rol vervullen in het internationale leven.<sup>47</sup>

Op 10 december 1948 werd hiertoe de eerste stap gezet. In de vorm van een resolutie werd de "Universele Verklaring van de Rechten van de Mens" (hierna: UVRM) door de Algemene Vergadering van VN aangenomen.<sup>48</sup> Formeel gezien is deze Verklaring een intentieverklaring, en dus niet afdwingbaar.<sup>49</sup> Duidelijk is evenwel, om het in de woorden van voormalig rechter van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens - EGBERT MYJER - te zeggen, "dat wat daarin staat uiterst basaal is en diep noodzakelijk voor de mensheid als zodanig."<sup>50</sup> Men had dan ook de bedoeling om op VN-niveau, in een internationaal verdrag, het UVRM uit te werken. Dat verdrag zou dan, in tegenstelling tot het UVRM, juridisch bindende verklaringen bevatten. Maar in 1948 was de internationale gemeenschap daar nog niet klaar voor. Uiteindelijk werden, met een vertraging van bijna twintig jaar, twee verdragen aangenomen.<sup>51</sup> Op 19 december 1966 was het zover en werd zowel het 'internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten' (hierna: ECOSOC-Verdrag) als het 'Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten' (hierna: BUPO-verdrag) aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN. Samen met de Universele Verklaring vormen beide verdragen de *International Bill of Rights*.<sup>52</sup>

#### Afdeling 4: De keuze voor regionalisme

De Europese Beweging<sup>53</sup>, voorzag dat een effectieve implementatie van het UVRM een werk van lange adem zou zijn. Daar zij een grote voorstander was van een systeem dat de collectieve bescherming van de rechten van de mens zou verzekeren, besloot men dat regionalisme, en aldus een eigen systeem, de enige manier is om mensenrechten, althans in (West-) Europa, te verzekeren.<sup>54</sup>

Reeds in 1946, werd het idee geopperd om tot een "Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden" te komen, dit op de eerste conferentie na de Tweede Wereldoorlog van de

<sup>46</sup> In zowel art. 1, para. 3; art. 13, eerste lid; art. 55, para. c; art. 62, tweede lid en art. 68 wordt er verwezen naar mensenrechten en fundamentele vrijheden

<sup>47</sup> BURGERS J.H., "Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens", in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 23.

<sup>48</sup> J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 60; BURGERS J.H., "Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens", in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 31.

<sup>49</sup> B.E.P., MYJER, *Mensenrechten zijn niet soft. Over plechtige beloftes, politici die dat even dreigen te vergeten en Straatsburgse rechters die doen waarvoor ze zijn ingehuurd*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 3; J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 60; BURGERS J.H., "Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens", in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994, 32 – 33.

<sup>50</sup> B.E.P., MYJER, *Mensenrechten zijn niet soft. Over plechtige beloftes, politici die dat even dreigen te vergeten en Straatsburgse rechters die doen waarvoor ze zijn ingehuurd*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 3.

<sup>51</sup> J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 61 – 62; B.E.P., MYJER, *Mensenrechten zijn niet soft. Over plechtige beloftes, politici die dat even dreigen te vergeten en Straatsburgse rechters die doen waarvoor ze zijn ingehuurd*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 4.

<sup>52</sup> J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 62;

<sup>53</sup> Oppericht op 25 november 1948: het was een permanente, officieuze organisatie, die als taak meekreeg te streven naar een geïntegreerd Europa.

<sup>54</sup> J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 62; en Zwaak bijdrage!

Unie van Europese Federalisten.<sup>55</sup> Het was in deze context dat CHURCHILL<sup>56</sup> opriep tot “een soort van Verenigde staten van Europa”.<sup>57</sup> Het duurde evenwel tot februari 1949 dat de Europese Beweging een Internationale Juridische Sectie belastte met de opdracht een Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens op te maken. Al snel<sup>58</sup> kwam er een ontwerpverdrag uit de bus, op 12 juli 1949 legde de Internationale Juridische Sectie haar voorstel voor aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa.<sup>59</sup> Dit ontwerpverdrag bevatte een aantal burgerlijke en politieke rechten en vrijheden die betrekkelijk algemeen verwoord werden, het voorzag daarenboven in een Europese Mensenrechtencommissie en een Europees Hof voor de Rechten van de Mens.<sup>60</sup>

Hoewel het Comité geadviseerd werd de kwestie op de agenda van de eerste zitting van de Raadgevende Vergadering te zetten, weigerde het dit te doen. Het motiveerde zijn actie op basis van de ontwikkelingen in de VN context.<sup>61</sup> Niettemin werd op 13 augustus 1949, door het Comité van Ministers aan de Raadgevende Vergadering opgedragen de kwestie alsnog te behandelen op haar eerste zitting.<sup>62</sup> In tegenstelling tot het Comité van Ministers stond men er in de Raadgevende Vergadering helemaal niet sceptisch tegenover de noodzaak van een Europees mensenrechten verdrag. Eensgezindheid was dan ook snel bereikt over de kwestie<sup>63</sup>, dit betekent niet dat er geen discussiepunten waren. Men was er niet aan uit of de rechten en vrijheden al dan niet nauwkeurig omschreven dienden te worden.<sup>64</sup> Daarenboven waren de meningen verdeeld tussen voorstanders van een internationale bescherming van mensenrechten en deze die voor een nationale soevereiniteit waren. Bij deze laatste heerste bovendien de angst dat een eventueel op te richten Europees Mensenrechten Hof zijn bevoegdheid te buiten zou gaan.<sup>65</sup>

Wat de vraag betrof of de rechten en vrijheden algemeen beschreven dient te worden, werd besloten dat de Commissie voor Juridische en Administratieve Zaken zich hier diende over te buigen. Deze leverde op 5 september 1948 het zogenaamde Teitgen-rapport af. Aan de hand van volgend citaat wordt duidelijk dat de commissie voorkeur gaf aan algemeen omschreven rechten<sup>66</sup>:

---

<sup>55</sup> J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 7.

<sup>56</sup> WINSTON CHURCHILL (1874 – 1965) was eerste minister van het Verenigd Koninkrijk van 1940 – 1945 en nogmaals van 1951 – 1955.

<sup>57</sup> [http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/1946/index\\_nl.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/1946/index_nl.htm); WEIL, *the European Convention on Human Rights – Background, Development and Prospects*, 1963, 22.

<sup>58</sup> Men ging zo snel te werk binnen de Internationale Juridische Sectie omdat er zich politieke ontwikkelingen voordeden in Tsjechoslovakije waarbij de zetelende colatieregering door de tussenkomst van communisten werd opgevolgd door een door de communisten gedomineerde regering die enkele maanden nadien de macht naar zich had toetrokken, in de introductie bij het ontwerpverdrag werd gesteld dat een bindend Europees Verdrag een ‘absolute noodzaak’ is (zie: Y. KLERK, *Het ECRM – toezichtsmechanisme: verleden, heden, toekomst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 9 – 10)

<sup>59</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights I*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975 – 85 XXIV

<sup>60</sup> Het ontwerpverdrag is terug te vinden in COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights I*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975 – 85, I, 296 – 302.

<sup>61</sup> Sommigen opperen dat de echte reden te wijten was aan het feit dat de ministers van mening waren dat internationale overeenkomsten door Staten moeten worden overeengekomen en niet door een congres van parlementsleden. Zie: G. .L. Weil, *the European Convention on Human Rights: background, development and prospects*, Leiden, Sijthoff, 1963, 27.

<sup>62</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights I*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975 – 85I 26.

<sup>63</sup> J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 8.

<sup>64</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights I*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975 – 85, 26. ; zie: MARKS, “The European Convention on Human rights and its democratic society, 66 *British Yearbook International Law*, plaats, 1996, 214 waarin wordt vastgesteld dat het Verenigd Koninkrijk, Griekenland, Noorwegen en Denemarken een precieze omschrijving van de rechten bepleitten, aangehaald in: J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 9 voetnoot 23.

<sup>65</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights I*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1961, 15 – 18.; RUSSO, “The drafting history of the European Convention on human rights and fundamental freedoms, in *mainly human rights – studies in Honour of J.J. Cremona*, plaats, 1999, 240 herinnert aan het feit dat het Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Noorwegen, Zweden en Turkije tegen de oprichting van een EHRM waren, geciteerd in: J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 9 voetnoot 23.

<sup>66</sup> J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 10.

*“On the Preliminary question of the usefulness of... a collective guarantee, the Committee replied in the affirmative, considering that this guarantee would demonstrate clearly the common desire of the Member States to build a European Union in accordance with the principles of natural law, of humanism and of democracy”<sup>67</sup>*

Op de plenaire vergadering stuitten een beperkt aantal bepalingen op hevige kritiek. Ten eerste, betrof het de rechten en vrijheden. Meer bepaald vonden sommige leden dat het recht op eigendom en het recht voor ouders om te kiezen welke opvoeding en welk onderwijs zij hun kinderen willen geven, op zodanige wijze werden geformuleerd dat ze te veel ruimte laten voor interpretatie. Ten tweede, betrof het de creatie van een Europees Hof.

De Brit UNGOED-THOMAS, geïnspireerd door de Britse notie van parlementaire soevereiniteit<sup>68</sup> zij over een eventueel internationaal op te richten Hof het volgende:

*“Would any single country among us accept that in that country a Court should be set up to decide whether or not the legislature and the democratic parliament have violated these rights which are set up? It is the most anti-democratic procedure that we could conceive”<sup>69</sup>*

Hij liet zich ook uit over de voornemens een individueel klachtrecht toe te staan en vreesde dat dit zou leiden tot een stortvloed van manifest ongegronde klachten.<sup>70</sup> Waar de kritiek dat de oprichting van een Hof ondemocratisch zou zijn niet op veel luister kon rekenen, werd er wel oor geleend aan het argument dat er misbruik kan gemaakt worden van het particulier klachtrecht. Bijgevolg werd beslist dat een klacht slechts kan ingediend worden bij de commissie mits tussenkomst van een advocaat.<sup>71</sup>

Op 8 september 1946<sup>72</sup> werd zowel het Teitgen rapport aangenomen als Aanbeveling nr. 38, in de laatste werd gevraagd aan het Comité van Ministers<sup>73</sup>:

*“[T]o cause a draft Convention to be drawn up as early as possible, providing a collective guarantee, and designed to ensure the effective enjoyment of all persons residing within their territories of the rights and fundamental freedoms referred to in the Universal Declaration of Human Rights.”<sup>74</sup>*

Aanbeveling nr. 38 werd vergezeld met een ontwerphandvest, evenwel weigerde het Comité van Ministers tijdens zijn tweede zitting zijn fiat te geven aan het ontwerphandvest. Dit omdat binnen het Comité van Ministers nog steeds geen consensus bestond over de vraag of de rechten en de vrijheden al dan niet gedefinieerd dienden te worden.<sup>75</sup> Om die reden werd een intergouvernementeel comité in het leven geroepen die opereerde onder de

---

<sup>67</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights I*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1961, 101.

<sup>68</sup> zie *infra*

<sup>69</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights II*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1961, 187-188.

<sup>70</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights II*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1961, 188.

<sup>71</sup> J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 69.

<sup>72</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights II*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1961, 274. – met 64 ja-stemmen, één neen-stem en eenentwintig onthoudingen.

<sup>73</sup> J; Christoffersen?

<sup>74</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights II*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 276.

<sup>75</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights II*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 288 – 296.

naam 'Comité van Juridische Deskundigen', deze werd belast met de voorbereiding van een ontwerpverdrag die ook rekening moest houden met de vooruitgang die ter zake geboekt werd binnen de Verenigde Naties.<sup>76</sup> Hoewel binnen het Comité op tal van punten vooruitgang werd geboekt<sup>77</sup> bleef onenigheid bestaan op de centrale vraag of de rechten en vrijheden in gedetailleerde dan wel in algemene bewoordingen dienen omschreven te worden. Noch, werd de knoop doorgemaakt of een Europees Hof dient opgericht te worden. Meer zelfs dit vraagstuk kwam niet uitgebreid aan bod onder de motivering, dat dit niet zozeer een juridisch maar juist een politiek vraagstuk is die binnen het Comité van Ministers een oplossing vergt.<sup>78</sup>

In Maart 1950 werd door het Comité van Juridische Deskundigen het ontwerp overgelegd aan het Comité van Ministers. Deze beraadde zich in april 1950 over dit ontwerp, en besliste dat verdere onderhandelingen noodzakelijk waren. Opnieuw werd er een Comité opgericht, ditmaal onder de noemer Comité van Politieke Deskundigen. Deze moest de door het Comité van Deskundigen aangegeven politieke knelpunten<sup>79</sup> ophelderen en een definitieve politieke beslissing van het Comité van Ministers voorbereiden.<sup>80</sup> Het vergaderde van 8 tot en met 17 juni<sup>81</sup> en kon evenmin alle gevoelige knopen doorhakken. Niettemin slaagde het erin om tot een definitief vergelijk te komen met betrekking tot een aantal aspecten. Zo opteerde het voor een nauwgezette definiëring van de rechten en vrijheden met enkele nuanceringen<sup>82</sup>, werkte het een compromis uit aangaande een eventueel op te richten Hof<sup>83</sup> waarbij de jurisdictie van het EHRM optioneel werd gemaakt.<sup>84</sup> Daarenboven werd de inwerkingtreding van een eventueel op te richten Hof afhankelijk gesteld van de aanvaarding van de rechtsmacht door 9 verdragsstaten<sup>85</sup>. Verder werd voorgesteld dat het Comité van Ministers de bevoegdheid dient te genieten om bindende beslissingen te nemen ingeval zaken niet aan het Europees EHRM worden voorgelegd.<sup>86</sup> Het eindrapport werd in juni 1950 aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa voorgelegd.<sup>87</sup> Op verzoek van het Comité van Ministers werden de eindrapporten van zowel het Comité van Juridische Deskundigen als deze van Politieke Deskundigen besproken door de Commissie voor Juridische en Administratieve zaken, dit op 24 en 25 juni 1950.<sup>88</sup> Door de band genomen was de Commissie van Juridische en Administratieve Zaken tevreden met het in de beide comités gevonden compromis. Niettemin werden nog enkele aanpassingen voorgesteld.<sup>89</sup>

---

<sup>76</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights II*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 296. In casu had de VN commissie het in mei – juni gehad over de creatie van wereldwijd verdrag inzake de bescherming van de rechten van de mens zie: COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights II*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 290 – 292.

<sup>77</sup> Zo was men het o.a. unaniem eens over de oprichting van een 'Europese commissie voor de rechten van de mens, over de het toestaan van de mogelijkheid aan privé personen een zaak aan de commissie voor te leggen, vond men het onnodig dat men een beroep moest doen op een advocaat alvorens een klacht in te dienen, enz. (zie: J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 71.

<sup>78</sup> J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 72.

<sup>79</sup> Definiëring van de rechten en vrijheden, oprichting van een Europees EHRM en de draagwijdte van het klachtrecht.

<sup>80</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights IV*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 84.

<sup>81</sup> J., VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 73.

<sup>82</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights IV*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 248 en 258. Griekenland, Nederland, Noorwegen en Verenigd Koninkrijk zijn voorstander van een detaillistische aanpak; Frankrijk, Ierland Italië, Turkije en nog enkele andere landen zijn daarentegen voor een algemene definiëring; België en Luxemburg gaan enkel akkoord met een algemene definiëring op voorwaarde dat er een Europees EHRM wordt opgericht dat de algemene rechten en vrijheden kan interpreteren.

<sup>83</sup> Tegenstanders waren in de meerderheid, zo waren Denemarken, Griekenland, Noorwegen, Nederland, Turkije, het Verenigd Koninkrijk en Zweden tegen de oprichting van een EHRM (COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights IV*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 250.)

<sup>84</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights IV*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 118.

<sup>85</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights IV*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 250, 252

<sup>86</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights IV*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 160 - 204.

<sup>87</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights IV*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 264.

<sup>88</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights IV*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 264.

<sup>89</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 32 - 40.; J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 74.

Tussen 3 en 9 augustus 1950 boog het Comité van Ministers zich over het rapport van het Comité van Politieke Deskundigen.<sup>90</sup> Maar vooraleer het Comité van Ministers samenkwam, onderzocht een door het Comité van Ministers opgezet Subcomité inzake mensenrechten, drie overblijvende knelpunten. Hoe het conflict van rechtsmacht die bestaat als de klacht ingediend wordt bij twee internationale organen dient opgelost te worden, of het individueel klachtrecht al dan niet verplichtend dient te zijn en tenslotte de eventuele uitbreiding van het territoriale toepassingsgebied van het Verdrag. Op geen van die drie punten werd unanimiteit bereikt.<sup>91</sup> Op 7 augustus kwam het Comité van ministers bijeen en werden de resterende discussiepunten beslecht.<sup>92</sup> Zo werd het verboden dat een klacht die uit eenzelfde situatie voortvloeit door twee verschillende internationale organen zou worden behandeld<sup>93</sup>. Bovendien besliste men dat het individueel klachtrecht facultatief dient te zijn<sup>94</sup> en werd er gesteld dat het Europees Hof slechts in werking zal treden indien twee derden van de verdragsstaten van de Raad van Europa daartoe een verklaring hebben afgelegd.<sup>95</sup> De uitbreiding van de territoriale rechtsmacht van het EHRM, de zgn. Koloniale clausule, werd unaniem goedgekeurd<sup>96</sup>. Het ontwerpverdrag<sup>97</sup>, werd vervolgens overgelegd voor advies aan de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa<sup>98</sup>. Tijdens de tweede zitting, die van 7 tot en met 28 augustus 1950 gehouden werd, uitten heel wat afgevaardigden hun teleurstelling over het bereikte maar sterk afgezwakte ontwerpverdrag. Niettemin leek de meerderheid, uit vrees dat een verder uitstel zou leiden tot een verdere uitholling van het ontwerp, genoeg te nemen met het bereikte resultaat.<sup>99</sup>

Daarop volgend werd het ontwerp voorgelegd aan de Commissie voor Juridische en Administratieve Zaken.<sup>100</sup> Op 24 augustus 1950 bracht deze haar rapport uit<sup>101</sup>, waarbij de meeste van de daarin geformuleerde voorstellen werden overgenomen op 25 augustus 1950 door de plenaire vergadering.<sup>102</sup> De beslissingen van de Raadgevende Vergadering werden uiteindelijk gebundeld in Aanbeveling nr. 24, die dan in de tweede helft van augustus werd overgemaakt aan het Comité van Ministers.<sup>103</sup> Begin november 1950 hield het Comité van Ministers zijn zesde zitting in Rome.<sup>104</sup> Slechts twee van de voorstellen van de door de Raadgevende Vergadering gemaakte voorstellen werden door het Comité van Ministers overgenomen, m.n. het voorstel een preambule aan het Verdrag toe te voegen en het voorstel om het Europees Hof in werking te laten treden indien acht lidstaten

---

<sup>90</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 50 -171.

<sup>91</sup> Het eerste knelpunt betreft het probleem van conflict van rechtsmacht indien een klacht ordt ingediend bij twee internationale organen, het tweede knelpunt betreft de aard van het individueel klachtrecht en het derde knelpunt betreft de eventuele uitbreiding van het territoriale toepassingsgebied van het Verdrag. (Zie: VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 75)

<sup>92</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 108 - 120

<sup>93</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 70.

<sup>94</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 108 - 110.

<sup>95</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 118 – 120.

<sup>96</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 110.

<sup>97</sup> het ontwerpverdrag is terug te vinden in: COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 120 – 144.

<sup>98</sup> J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 76.

<sup>99</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights V*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 228 – 230.

<sup>100</sup> J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 77.

<sup>101</sup> Het rapport is terug te vinden in: COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights VI*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 58 – 72.

<sup>102</sup> J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 78; Het voorstel van een verplichte tussenkomst van een advocaat bij het indienen van een klacht bij de commissie werd verworpen (COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights VI*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 168 – 170 en 172) en ook de invoering van de koloniale clausule werd afgewezen (COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights VI*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 154 – 156, 172 - 180 en 182.)

<sup>103</sup> J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 79.

<sup>104</sup> J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 79.

daartoe een verklaring afleggen.<sup>105</sup> Uiteindelijk werd op 4 november 1950, om 16.00 door de Ministers van Buitenlandse zaken van 13<sup>106</sup> lidstaten van de Raad van Europa het “Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mensen en de Fundamentele Vrijheden” (hierna: EVRM) ondertekend in het Palazzo Barberini te Rome.<sup>107</sup> Op 3 september 1953 trad het na de tiende ratificatie in werking.<sup>108</sup>

## Hoofdstuk 2: Het EHRM, een korte geschiedenis

Het was wachten tot 3 september 1958 voor de acht benodigde verklaringen behaald waren waarbij een lidstaat van de Raad van Europa de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) aanvaard.<sup>109</sup> Het EHRM trad in werking op 21 januari 1959, maar het was wachten tot 1961 voor het EHRM zijn eerste arrest velde.<sup>110</sup> De volgende zes en een half jaar oordeelde het Hof evenwel over geen enkele zaak, het Hof was, een Hof zonder werk<sup>111</sup>. In de periode 1961–1974 beslechtte het EHRM 9 zaken, waarin het de basis legde voor de interpretatiemethodes.<sup>112</sup> Tegen 1975 hadden alle lidstaten van het Comité van Ministers de conventie geratificeerd, maar niet alle lidstaten hadden de rechtsmacht van het EHRM aanvaard. Niettemin, de staten die dit wel hadden gedaan vernieuwden steeds hun verklaringen. Daarenboven waren er amper aanwijzingen dat in de beginjaren de lidstaten zich hevig verzetten tegen de arresten van het EHRM, in de periode 1975 – 1977 beslechtte het EHRM zelfs 7 zaken, wat er op wijst dat het vertrouwen gestaag maar zeker groeide. Met de aanstelling van achttien nieuwe rechters in de periode van 1975 – 1980 veranderde ook de houding van het EHRM. Waar de rechters die het Hof verlieten eerder terughoudend waren, neigden de nieuwe rechters naar meer ‘judicial – activism’<sup>113</sup> Hierdoor verschoof de machtsverhouding weg van de commissie die op haar beurt meer zaken doorverwees naar het EHRM. Dit had een keerzijde, het Hof kon de werklast niet aan en in midden jaren tachtig overtrof het aantal inkomende zaken het aantal beslechtte zaken. Tegen het einde van 1985 waren 450 zaken ontvankelijk verklaard maar werd er in amper 105 zaken uitspraak gedaan. Tussen 1986 en 1989 groeide de werklast alleen nog meer aan, er werden toen nog eens 178 zaken toegevoegd aan de lijst ontvankelijke zaken, terwijl amper 83 zaken beslecht waren.

Hoewel het debat al in 1985 werd opgestart door de Zwitserse delegatie tijdens de “European Ministerial Conference on Human Rights”, duurde het tot 1998 voor er een effectieve verandering, in de vorm van Protocol Elf, kwam. Tegen die tijd had de werklast van het EHRM reeds zorgelijke proporties aangenomen. In de periode van 1990 tot 2000 steeg het jaarlijks aantal applicaties dat werd ingediend van 5.279 naar 30.069<sup>114</sup>. Hier zijn twee redenen voor. In de eerste plaats was de pre-Protocol Elf procedure enorm ingewikkeld en duurde die te lang.<sup>115</sup> Ten tweede, was er de ongebreidelde uitbreiding van de Raad van Europa na de val van de Berlijnse muur. Door

---

<sup>105</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights VI*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 8 – 12.

<sup>106</sup> Deze zijn: Nederland, België, Denemarken, de Duitse Bondsrepubliek, Frankrijk, Ierland, IJsland, Italië, Luxemburg, Noorwegen, Saarland, Turkije en het Verenigd Koninkrijk. (COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights VI*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975, 76 – 80.)

<sup>107</sup> J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 78.

<sup>108</sup> J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 80; de eerste tien landen die het Verdrag ratificeerden waren: het Verenigd Koninkrijk, Noorwegen, Zweden, de Duitse Bondsrepubliek, Ierland, Griekenland, Denemarken, IJsland, Luxemburg en het Saargebied. De Nederlandse ratificatie dateert van 31 augustus 1952 en de Belgische goedkeuring dateert van 13 mei 1955.

<sup>109</sup> J. VANDE LANOTTE, Y., HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2005, 80.

<sup>110</sup> *Lawless t. Ierland*, EHRM, Nr. 332/57, (1 juli 1961).

<sup>111</sup> MERRILLS, *The Development of international Law by the European Court of Human Rights*, 1993, 56 – 63 aangehaald in: J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 10.

<sup>112</sup> J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 17.

<sup>113</sup> dit wordt ondersteunt door verschillend onderzoek zoals deze van Morrison Jr, Beddard, Tomkins en Yourow en door de analyse van de rechtspraak van het EHRM van die tijd verricht door J. Christoffersen zie: J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 20 Maar ook p. 44 -68

<sup>114</sup> ECHR Survey activities 2005 p 33.

<sup>115</sup> C., PARASKEVA, *Reforming the European Court of Human Rights An ongoing Challenge*, *Nordic Journal of International Law* 76 (2007), 185 – 216.

die uitbreiding kwam de teller der lidstaten op 46 te staan wat het aantal mogelijke klagers op 800 miljoen bracht. De gevolgen waren niet te overzien niet het minst omdat de staten die lid werden van de Raad van Europa eigenlijk niet aan de minimumstandaarden voldeden van een democratische rechtsstaat.

SUDRE merkte dan ook terecht op dat de Raad van Europa eens een “*club of democracies*” verworpen was tot een “*training centre*” voor landen die simpelweg niet capabel waren om Raad van Europa ‘s *founding principles* te respecteren.<sup>116</sup> Deze uitbreiding is dan ook niet zonder gevolgen gebleven. In 2004 zorgden Rusland, Polen, Turkije, Roemenië en Oekraïne voor bijna 60 procent van de zaken voor het EHRM.<sup>117</sup> Schrijnend is dat hun aandeel, in de aanzienlijke werklast van het Hof, tot op vandaag nog niet verminderd is. Dit kan verklaard worden door de gebrekkige naleving van het EVRM, op het nationaal niveau. Daarenboven kan een verklaring gevonden worden in een gebrekkige tenuitvoerlegging van de arresten van het Hof. Zolang dit niet aangepakt wordt, zal het Hof bedolven blijven onder een immense werklast.

Zoals reeds gezegd werd pas in 1998 een oplossing geboden om de steeds stijgende werklast het hoofd te bieden, dit in de vorm van Aanvullend Protocol Elf. De eerste resultaten leken dan ook veelbelovend. 2001 staat zelfs gekend als het jaar waarin “alle records werden verbroken”.<sup>118</sup> Desalniettemin, bood het protocol niet het verhoopte soelaas. Het individueel klachtrecht was verplicht geworden. Hiervan werd ook enorm gebruik gemaakt, met 800 miljoen mogelijke klagers is het niet te verwonderen dat in plaats dat de werklast daalde, door de inwerkingtreding van het protocol, deze juist vermeerderde.

Op de *Rome Ministerial Conference* twee jaar na de inwerkingtreding van Aanvullend Protocol Elf, werd het officieel erkend dat het probleem van de toenemende werklast niet in het minst opgelost was <sup>119</sup>. Het ‘*reform of the reform*’ debat was daarmee begonnen. Op 13 mei 2004 kwam een oplossing uit de bus toen het Comité van Ministers het hervormingspakket had aangenomen: een verklaring ‘*ensuring the effectiveness of the Implementation of the ECHR at National and European levels*’, de tekst van Protocol Veertien en drie aanbevelingen.<sup>120</sup> Nadat Rusland voor vele jaren had dwarsgelegen, heeft het dan alsnog op 18 februari 2010, Protocol Veertien geratificeerd. Het protocol kon op 1 juni 2010 inwerking treden. Toen een groot succes uitbleef, zag het Verenigd Koninkrijk haar kans schoon om haar visie door te drukken en riep tijdens de Brighton Conferentie op tot verdere hervormingen. Met andere woorden Protocol Vijftien *in the making*. Het moet gezegd, toen de Brighton Declaration werd aangenomen, was de werklast van het hof nog steeds onoverkomelijk hoog. De teller stond bij het afsluiten van 2011 op 151.100<sup>121</sup> zaken. De hervorming had klaarblijkelijk geen effect en opnieuw werd ingegrepen. Met de afsluiting van 2012 werd duidelijk dat het tij eindelijk gekeerd was, voor het eerst in jaren is de werklast eerder dan vermeerderd, verminderd. De teller stond toen op 128.100<sup>122</sup> en staat op het moment van dit schrijven op 113350.<sup>123</sup> Het afbouwen van de enorme werklast *à commencé*.

---

<sup>116</sup> F. SUDRE, « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam: Vers un nouveau système européen des droits de l'homme », *La semaine juridique*, 7 January 1998, 9 – 16 aangehaald in: C., PARASKEVA, *Reforming the European Court of Human Rights An ongoing Challenge*, *Nordic Journal of International Law* 76 (2007), 194.

<sup>117</sup> C., PARASKEVA, *Reforming the European Court of Human Rights An ongoing Challenge*, *Nordic Journal of International Law* 76 (2007), 195.

<sup>118</sup> Press release issued by the registrar of the ECHR, 21 January 2002

<sup>119</sup> Verklaring van de Ministeriële conferentie te Rome over mensenrechten “The European Convention on human rights at 50: What future for the protection of human rights in Europe?”.

<sup>120</sup> C., PARASKEVA, *Reforming the European Court of Human Rights An ongoing Challenge*, *Nordic Journal of International Law* 76 (2007), 206.

<sup>121</sup> ECHR, *Analysis of statistics 2012*, 4.

<sup>122</sup> ECHR, *Analysis of statistics 2012*, 4.

<sup>123</sup> European court of human rights, statistics, 1/1 – 30/6/2013. Consulteerbaar op: [http://echr.coe.int/Documents/Stats\\_month\\_2013\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/Stats_month_2013_ENG.pdf)

### Hoofdstuk 3: Beschouwingen

Het mensenrechtensysteem zoals we het vandaag kennen heeft veel tijd en moeite gevraagd. Hoewel de Tweede Wereldoorlog niet de grondslag is voor de mensenrechtengedachte in het algemeen, is het wel een belangrijke aanzet geweest voor de totstandkoming van één van de eerste internationale mensenrechten-instrumenten, m.n. De Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens. Tot op vandaag is een universele afdwinging nog steeds niet gerealiseerd. Niettemin heeft het UVRM een belangrijke rol gespeeld in de creatie van de regionale systemen die opgericht zijn in Afrika, Latijns – Amerika en Europa

Deze die stellen dat het hof enkel opgericht is om situaties zoals de tweede wereldoorlog te voorkomen<sup>124</sup>, doen er goed aan de *travaux préparatoires* er eens op na te lezen. Daarin staat duidelijk te lezen dat het Hof juist een cruciale rol te spelen heeft in de periode waarin een staat stilletjes aan meer de trekken krijgt van een totalitaire staat. Op die manier kan het de principes van de democratische rechtsstaat ten volle garanderen.<sup>125</sup> Tot op vandaag heeft het Hof een herhaling van de gruwel zoals ze tijdens WOII voorkwamen kunnen vermijden. het Hof speelt evenwel een louter subsidiaire rol. Bijgevolg dragen de EVRM –lidstaten de primaire bevoegdheid de mensenrechten te respecteren en te garanderen. Als zij beslissen hun verplichtingen niet na te komen, en tenuitvoerlegging van arresten, die hen wijzen op die verplichtingen, weigeren, kan het Hof niet anders dan met afgrijzen toekijken..

Het hof lijkt ten onder te gaan aan zijn eigen succes, maar schijn bedriegt. Het is niet zijn succes dat de ondergang delft, maar een foutieve naleving van het EVRM en een overhaaste uitbreiding van de Raad van Europa met staten die er niet klaar voor waren. Het zijn immers vooral die staten die 60% van de werklust uitmaken. Dat zij een hand hebben in de crisis is duidelijk, maar treft het Hof echt geen schuld?

Door het aanhoudende werklust probleem is schade berokkend, niet alleen aan de efficiëntie maar ook aan de geloofwaardigheid en zelfs legitimiteit van het EHRM. In enkele EVRM-lidstaten wordt het bestaan van het Hof in vraag gesteld.

---

<sup>124</sup> BAUDET T., "Het europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie", *NRC*, 13 november 2010. Consulteerbaar op: <http://vorige.nrc.nel/article2641416.ece> (geraadpleegd op 2 mei 2013)

<sup>125</sup> [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART53+54-CDH\(72\)27-BIL2888506.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART53+54-CDH(72)27-BIL2888506.pdf) pagina 3.



## Deel II: De Kritiek onder de loep genomen

---

### Inleiding

Uit het voorgaande hoofdstuk is duidelijk gebleken dat het Hof lijdt onder een immense werklust, dat deze de laatste twee jaar flink geslonken is, betekent niet dat deze naar werkbare proporties is teruggedrongen. Met 113.350<sup>126</sup> zaken op de rol blijft een oplossing noodzakelijk.

Hiervoor wenden we ons in de eerste plaats tot de kritiek die door de band genomen stelt dat het probleem ligt bij een te verfijnde lezing van de EVRM – bepalingen en aan een te grote rechtsmacht van het Hof. Hierna wordt een overzicht gegeven van de kritiek, enkel zo kan immers nagegaan worden of de door hen voorgestelde oplossing in de praktijk echt soelaas zou bieden,.

Tot voor enkele jaren fungeerde het Hof voor de EVRM-lidstaten als een onomstreden oriëntatiepunt voor mensenrechten en de rechtsstaat<sup>127</sup> maar ondertussen is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in opspraak gekomen. Dit dient men dan ook te zien in de context van de gezagscrisis die lijkt te zijn ontstaan niet enkel met betrekking tot het EHRM maar met betrekking tot allerlei autoriteiten<sup>128</sup>. Door de jaren heen is de nationale soevereiniteit gefnuikt, dit door overdracht van macht aan de EU<sup>129</sup>, de privatisering en aanbesteding van sectoren maar ook door de globalisering van markten. De nationale wetgevers, parlementen en regeringen worden dit dan ook gewaar, met als resultaat dat politieke partijen zich trachten te profileren met thema's die een meer nationale en culturele kant hebben. Ze beginnen zich toe te spitsten op o.a. veiligheid, immigratie, natuur en de multiculturele samenleving. Maar ook op die gebieden is de nationale soevereiniteit niet meer wat het geweest is, Europees recht<sup>130</sup>, internationale verdragen en afspraken, en ook het EVRM hebben hierop een impact.

De kritische noten met betrekking tot het EHRM vinden vooral hun weerklank in Nederland en het Verenigd Koninkrijk, evenwel niet enkel in deze landen, ook in Rusland kunnen sommige arresten op weinig sympathie rekenen. In België is er eveneens kritiek te horen, zo heeft de president van het Grondwettelijk Hof - Professor MARC BOSSUYT – zich uitgesproken over de almaar groter wordende rechtsmacht van het EHRM<sup>131</sup>, en werd er in 2011 een motie ingediend door drie Vlaams Belang parlementsleden met het verzoek het hof aan banden te leggen<sup>132</sup>. Omdat het onmogelijk is binnen het kader van deze masterproef in detail in te gaan op alle aspecten

---

<sup>126</sup> European court of human rights, statistics, 1/1 – 30/6/2013. Consulteerbaar op: [http://echr.coe.int/Documents/Stats\\_month\\_2013\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/Stats_month_2013_ENG.pdf)

<sup>127</sup> ALKEMA, E., "EHRM: Waarborg voor de rechtsstaat?", in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 24 -25.

<sup>128</sup> LOENEN, T., "De herpositionering van het EHRM in het licht tussen voortrekkersrol en waakhondfunctie", in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 183.; over verlies aan gezag en autoriteit zie:

<sup>129</sup> Geschat wordt dat ondertussen 70 à 80 % van het nationaal beleid in EU landen direct of indirect aan de EU werkingssfeer raakt – het Hof van Justitie van de EU brengt de vier vrijheden in verband met vrijwel elk beleidsterrein – en daarmee dus ook onder de rechtsmacht van het Hof van justitie valt. Deze schatting werd gemaakt in o.a. G. MAJONE, *Regulating Europe*, Londen, Routledge, 1996, 57 en S. Hix, *The Political system of the European Union*, Basingstoke, palgrave, 1999, 211, aangehaald in MORIJN, J., "De EU als amicus? Hoe en onder welke voorwaarden de EHRM – hervorming kan gaan profiteren van het versterkte systeem van EU – grondrechtenbescherming" in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 193.

<sup>130</sup> Sinds het verdrag van Maastricht en Amsterdam gaat de EU ook over niet – economische integratie zaken als asiel, immigratie, delen van het strafrecht en potentiële samenwerking → verwijz naar de verdragsartikelen!

<sup>131</sup> Zie onder meer: BOSSUYT, M., "de uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie", *Rechtskundig Weekblad*, 2008, 71, 842 – 856; BOSSUYT, M., "The court of Strasbourg acting as an asylum court", *European Constitutional Law Review*, 2012, 203 – 245; BOSSUYT, M., "België schuldig aan onmenselijke en vernederende behandelingen wegens schending van het EU-asielrecht door Griekenland. Kanttekening bij EHRM, M.S.S. t. België en Griekenland, Grote Kamer, 21 januari 2011", *Rechtskundig weekblad*, 2011, nr. 40, 1707 - 1712.

<sup>132</sup> Voorstel van Resolutie betreffende de bevoegdheidsoverschrijdende rol van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, (Schoofs, Kooelen en Logge), Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, Doc. 53 1949/001.

van de kritiek en de situatie in alle EVRM – lidstaten te schetsen wordt de focus gelegd op de twee protagonisten van dit verhaal, met name het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

In het Verenigd Koninkrijk werd de discussie aangezwengeld door de ophefmakende zaak *Hirst (No. 2) t. het Verenigd Koninkrijk*<sup>133</sup> over het automatisch vervallen van stemrecht voor gedetineerden<sup>134</sup>. Evenwel ging de bal pas echt aan het rollen toen in *Greens en M.T. t. het Verenigd Koninkrijk*<sup>135</sup>, *Hirst (No. 2) v. het Verenigd Koninkrijk* herbevestigd werd en door het Hof aangedrongen werd dat het Verenigd Koninkrijk wetgeving zou stemmen die in overeenstemming is met het vonnis, het Verenigd Koninkrijk had tot 11 oktober 2011<sup>136</sup> om een Actieplan in te dienen<sup>137</sup>. Op 22 november 2012 heeft men een wetsvoorstel gepubliceerd, het Comité van Ministers ziet er op toe hoe dit zich verder zal ontwikkelen. CAMERON<sup>138</sup> heeft verklaard dat gevangenen stemrecht geven hem onpasselijk maakt<sup>139</sup>, de arresten *Hirst* en *Greens and M.T.* worden dan ook gezien als hét voorbeeld dat het EHRM zich teveel wil mengen in het nationaal beleid en almaar meer de staatssoevereiniteit wil beperken.

In Nederland<sup>140</sup> daarentegen hangt de groeiende kritiek samen met de verandering van het politiek klimaat.<sup>141</sup> Op 14 oktober 2010 werd het kabinet Rutte – minderheidskabinet samengesteld uit de VVD<sup>142</sup> en CDA<sup>143</sup> met gedoogsteun van de PVV<sup>144</sup> - beëdigd. Het eerste optreden in de Tweede Kamer van de nieuwe minister van Immigratie en Asiel, Gerd Leers (CDA), had betrekking op de uitwijzing van uitgeprocedeerde Irakezen en of dit wel in overeenstemming was met de mensenrechten.<sup>145</sup> Hoewel Leers van mening was dat mensenrechten in dit geval niet geschonden zouden worden, diende hij daarop terug te komen, wat op zijn beurt aanleiding gaf tot Kamerdebatten waarbij sommigen zich zeer kritisch uitlieten over het Hof.<sup>146</sup> Opmerkelijk is dat enkele maanden ervoor, op 29 mei 2010, toenmalige minister-president Balkenende (CDA) zich juist zeer lovend uitsprak over het Hof toen hij de *four freedoms award* uitreikte aan de president van het Hof JEAN-PAUL COSTA:

*“This unique body has played a central role in strengthening democracy and the rule of law. The court’s (...) binding judgments have led governments across Europe to change their laws and amend their constitutions. In this way the Court has set an example of international co-operation that is an inspiration to the world. Over the last 50 years, the European Court of Human Rights has ruled on thousands of cases. It has ensured access to justice for every person in our vast and ancient continent. It has brought security and stability to our society. It has fully earned the respect and support of the Member States of the Council of Europe. And even more important, the people have found the court to be a fair and powerful*

<sup>133</sup> EHRM *Hirst (No.2) t. het Verenigd Koninkrijk*, 6 oktober 2005(GK). *Infra* wordt dit arrest in extenso besproken

<sup>134</sup> Voor een goed beeld van de Britse discussie omtrent het kiesrecht van gevangenen zie: BAGEHOT, “Britains mounting fury over sovereignty”, *The Economist*, 10 februari 2010. Consulteerbaar op: [www.economist.com/blogs/bagehot/2011/02/prisoners\\_voting\\_rights](http://www.economist.com/blogs/bagehot/2011/02/prisoners_voting_rights) (geraadpleegd op 22 juni 2013); “library notes” ter voorbereiding van een zitting van het House of Lords over dit onderwerp, consulteerbaar op: [www.parliament.uk/documents/lords-library/Library%20Notes/2011/LLN%202011-017%20ECHR.pdf](http://www.parliament.uk/documents/lords-library/Library%20Notes/2011/LLN%202011-017%20ECHR.pdf) (geraadpleegd op 22 juni 2013).

<sup>135</sup> EHRM, *Greens en M.T. t. het Verenigd Koninkrijk*, 28 november 2010

<sup>136</sup> Dit werd uiteindelijk verlengd op 30 augustus 2011 door het arrest *Scoppola (No. 3) t. Italië*.

<sup>137</sup> EHRM, *Greens en M.T. t. het Verenigd Koninkrijk*, 28 november 2010, ; Committee of Ministers decision, Cases 28, (10 June 2011) CM/Del/Dec(2011)1115/28 / 10 June 2011. Consulteerbaar op <http://www.coe.int/t/cm/System/WCDsearch.asp?ShowRes=yes&DocType=docDecision&SectorLevel=levCmplenary&Language=lanEnglish&Sector=secCM&ShowCrit=top&ShowPeriodBox=dates&ShowPaginationBox=no&ShowFullTextSearch=yes&ShowDocTypeBox=no&ShowEntityBox=yes&ShowEvenTBox=yes&ShowGeoBox=yes&ShowLanguageBox=no&ShowThemeBox=yes&ShowSectorBox=no&ShowSectorLevelBox=no&ShowFileRefBox=no&CritTitle=Search%20for%20decisions&ResultTitle=Decisions%20of%20the%20Committee%20of%20Ministers#> (geraadpleegd op 21 juni 2013).

<sup>138</sup> Eerste minister Verenigd Koninkrijk

<sup>139</sup> A. Little, “P.M.: giving prisoners vote makes me sick”, *express*, 4 november 2010.

<sup>140</sup> zie voor een algemeen overzicht van het debat: B.E.P., Myjer, *Het leest als een boek: over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zouden zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering.*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012.

<sup>141</sup> SPIJKERBOER, T., “Het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, *Nederlands Juristenblad*, 2012, 259; BALLIN, E.H., “Samenwerking in de waarborging van grondrechten”, in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 129; Lawson, R., “Terug naar de kern. Een bescheiden oproep om de zaak in de juiste proporties te bezien.”, in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 173 – 174; B.E.P., Myjer, *Het leest als een boek: over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zouden zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering.*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 7 – 8.

<sup>142</sup> Volkspartij voor vrijheid en democratie

<sup>143</sup> Christendemocratische Appèl

<sup>144</sup> Partij voor de Vrijheid

<sup>145</sup> B.E.P., Myjer, *Het leest als een boek: over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zouden zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering.*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 8.

<sup>146</sup> zie voor een algemeen overzicht van het debat: B.E.P., Myjer, *Het leest als een boek: over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zouden zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering.*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012.

*instrument of justice on their behalf. Therefore I am presenting this award to you, not only to express our deep appreciation for the court's service to democracy and freedom in the past, but also on behalf of future generations.*"<sup>147</sup>

De drastische verandering van attitude ten opzichte van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kwam er toen bleek dat het Hof grenzen kon stellen aan één van de pijlers van het beleid van kabinet Rutte, met name de aanscherping van het vreemdelingenbeleid.<sup>148</sup>

## Hoofdstuk 1: De critici kort voorgesteld

De kritiek op het EHRM komt niet enkel uit politieke hoek<sup>149</sup>, ook rechtsgeleerden hebben een hand in de discussie. In het kader van deze masterproef is de aandacht voornamelijk gevestigd op de kritiek van deze laatstgenoemde orde. De protagonisten zijn LORD HOFFMANN, THIERRY BAUDET, TOM ZWART, MARC BOSSUYT en de denktank POLICY EXCHANGE. LORD HOFFMANN<sup>150</sup> is een gepensioneerd Brits rechter die zetelde voor *House of Lords*<sup>151</sup> en gekend voor zijn ideeën met betrekking tot een minimum aansprakelijkheid van publieke organen<sup>152</sup> en mensenrechten<sup>153</sup>. Het was ook hij die de eerste frontale aanval inzette op het Hof. THIERRY BAUDET<sup>154</sup>, gelauwerd als 'conservatief wonderkind'<sup>155</sup> en gekend voor diens euro-sceptische opinies<sup>156</sup> volgde al snel HOFFMANN'S voetspoor. diens redenering kon BAUDET immers goed gebruiken in zijn proefschrift "De Aanval op de Natiestaat"<sup>157</sup>, waarin een hoofdstuk gewijd is aan de negatieve invloed van supranationale gerechtshoven op de natiestaat.<sup>158</sup> BAUDET pleit voor een terugkeer naar een pure nationale soevereiniteit. Ook TOM ZWART<sup>159</sup> mengde zich in het debat en hoewel ook hij er controversiële ideeën op nahoudt<sup>160</sup> gaat hij niet zover om te bepleiten dat

<sup>147</sup> zie: presentation of the Franklin Delano Roosevelt Four Freedoms Award tot the European Court of Human Rights, by Dr. Jan Peter Balkenende, 29 May 2010. Consulteerbaar op: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2010/05/29/four-freedoms-awards.html> (geraadpleegd op 21 juni 2013)

<sup>148</sup> B.E.P., Myjer, *Het leest als een boek: over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zouden zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering.*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 25, 41.

<sup>149</sup> Zie onder meer: BLOK, S., DIJKHOFF, K., "Leg het Europees Hof aan banden", *Volkscrant*, 07 april 2011. Consulteerbaar op: <http://www.volkscrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/1871499/2011/04/07/Leg-het-Europees-Hof-aan-banden.dhtml> (geraadpleegd op 23 juni 2013); WATT, N., BOWCOTT, O., "David Cameron calls for reform of European court of human rights – prime minister tells Council of Europe that controversial rulings undermine public confidence in rights court", *the Guardian*, 25 januari 2012. Consulteerbaar op: <http://www.guardian.co.uk/law/2012/jan/25/david-cameron-reform-human-rights> (geraadpleegd op 23 juni 2013); B.E.P., Myjer, *Het leest als een boek: over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zouden zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering.*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 41.

<sup>150</sup> LORD LEONARD HOFFMANN (geboren 1934)

<sup>151</sup> Één van de kamers van het Britse tweekamerstelsel en was tot 2009 het hoogste hof voor strafzaken in Engeland, Wales en Noord – Ierland en voor Civielrechtelijke zaken in het hele Verenigd Koninkrijk, deze functie is sinds 2009 overgeheveld naar het nieuw opgerichte Supreme Court.

<sup>152</sup> Zie onder meer: Gorringe (by her litigation friend June Elizabeth Todd) (FC) (Appellant) v. Calderdale Metropolitan Borough Council (Respondents), *House of Lords*, (2004) UKHL 15, §§7-44. Consulteerbaar op: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040401/gor-1.htm> (geraadpleegd op 23 juni 2013); Tomlinson (FC) (Original Respondent and Cross-appellant) v. Congleton Borough Council and others (Original Appellants and Cross-respondents), *House of Lords*, (31 juli 2003), (2003) UKHL 47, §§2- 49. Consulteerbaar op: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030731/tomlin-2.htm> (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>153</sup> "human rights are universal in abstraction but national in application. (if one accepts this) it is not easy to see how in principle an international court was going to perform this function of deciding individual cases, still less why the Strasbourg court was thought a suitable body to do so." In LORD HOFFMANN, "The universality of human rights", *judicial studies board annual lecture*, 19 Maart 2009, 11. Consulteerbaar op: [www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009](http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009) (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>154</sup> THIERRY BAUDET (geboren 1983) Nederlands rechtsfilosoof en historicus. Promoveerde op 21 juni 2012 op een proefschrift over het belang van de soevereine staten. Deze werd uitgebracht onder de titel "De Aanval op de Natiestaat" hierin betoogt hij dat supranationale instituties, zoals de Europese Unie, de Wereldhandelsorganisatie en het Internationaal Strafhof, net zoals het multiculturalisme zoals dat de afgelopen jaren is nagestreefd, fundamenteel onverenigbaar zijn met de democratische rechtsstaat.

<sup>155</sup> VAN RENNSSEN, H., "Alles terugdraaien", *Vrij Nederland*, 17 juli 2012. Consulteerbaar op: <http://blogs.vn.nl/boeken/schrijver/alles-terugdraaien/#> (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>156</sup> zie: T., BAUDET, *Pro Europa dus tegen de EU*, Amsterdam, Elsevier, 2012.

<sup>157</sup> zie *supra* voetnoot 168

<sup>158</sup> T. BAUDET, *De aanval op de natiestaat*, Amsterdam, Bert Bakker, 2012, 129 – 178.

<sup>159</sup> TOM ZWART, hoogleraar rechten van de mens aan de universiteit Utrecht.

<sup>160</sup> Zie onder meer: ZWART, T., "Bied dat mensenrechten hof weerwerk", *NRC Handelsblad*, 17 januari 2011.

het Hof dient afgeschaft te worden. Het debat stopte niet aan de grenzen en ook Professor MARC BOSSUYT<sup>161</sup> vervoegde de critici. Ook belangrijk als bron van kritiek is de Britse conservatieve denktank POLICY EXCHANGE<sup>162</sup>, gekend als de favoriete denktank van David Cameron<sup>163</sup> en voor het zoeken van controversie, wat geïllustreerd wordt aan de hand van het rapport rond extremisme in Britse moskeeën.<sup>164</sup><sup>165</sup>

Al deze critici trekken ten strijde met scherpe pen tégen een EHRM dat ondemocratisch, onrechtstatelijk is en teveel rechtsmacht naar zich toetrekt. Enkelingen breiden de strijd uit naar één vóór de nationale soevereiniteit. Samengevat vertaalt de kritiek zich in drie knelpunten: het hof is ondemocratisch, tast de staatssoevereiniteit aan en heeft teveel rechtsmacht. Hierna wordt nagegaan op welke argumenten de critici de aantijgingen aan het adres van het Hof funderen.

## Hoofdstuk 2: De Critici over het EHRM

### Afdeling 1: Het EHRM ondermijnt de democratische rechtsstaat

De critici hanteren hiervoor verschillende argumenten. Ze vinden het hof als instelling ondemocratisch, niet alleen omdat er iets mis is met de 'checks and balances'<sup>166</sup> maar ook omdat elke lidstaat, ongeacht diens bevolkingsaantal, het recht heeft één rechter aan te wijzen. Dit houdt in, stellen ze, dat staten als Monaco, San Marino, Liechtenstein en Andorra een even zware stem hebben als Rusland.<sup>167</sup> POLICY EXCHANGE stelde dan ook dat "San Marino 4000 keer beter vertegenwoordigd is dan Rusland"<sup>168</sup> Daarnaast wordt er gewezen op het praktische probleem dat er maar enkele rechters in die stadstaatjes zijn die werkelijk gekwalificeerd zijn om in Straatsburg te werken.<sup>169</sup> De critici stellen zich dan ook vragen bij de benoeming van de rechters en in welke mate deze wel gekwalificeerd genoeg zijn. Zeker in relatie tot hun functie vinden ze dit zeer belangrijk, immers, als rechters van het EHRM kunnen zij beslissen om nationaal beleid en nationale beslissingen te herzien en zelfs buiten werking te stellen.<sup>170</sup> Over dat laatste heerst er dan ook veel onvrede, zij zijn immers van mening dat dit helemaal niet aan rechters is om nationaal beleid buiten werking te stellen en al helemaal niet aan rechters ergens in Straatsburg die dit doen op basis van mensenrechten.<sup>171</sup> Het wordt gezien als ondemocratisch<sup>172</sup>, maar ook als

<sup>161</sup> MARC BOSSUYT (geboren 1944) heeft zich tijdens zijn loopbaan ingezet voor mensenrechten en is sinds 2007 lid van de Nederlandstalige taalgroep van het Grondwettelijk Hof.

<sup>162</sup> "Policy exchange is an independent think tank whose mission is to develop and promote new policy ideas which will foster a free society based on strong communities, personal freedom, limited government, national self-confidence and an enterprise culture." – (onderlijning toegevoegd) bron: M., PINTO-DUSCHINSKY, *Bringing Rights Back Home. Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2011, 2.

<sup>163</sup> MORRIS, N., "The intellectual heart of Cameron's conservatism", *The Independent*, 15 augustus 2008.

<sup>164</sup> MACEOIN, D., *The Hijacking of British Islam. How extremist literature is subverting mosques in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2007. Consulteerbaar op: <http://www.gees.org/documentos/Documen-02593.pdf> (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>165</sup> Het rapport "The hijacking of British Islam" diende in 2009 van Policy Exchange's website gehaald te worden, dit omdat het rapport ongefundeerde aantijgingen maakte, en in sommige gevallen zelfs bewijs vervalste om zo de claim dat een kwart van de moskeeën en moslim centra haat literatuur stockeerden kracht bij te zetten. Bron: X, Policy Exchange removes report from website and forced to apologise for shoddy research, *Engage*, 1 april 2009. Consulteerbaar op: <http://www.iengage.org.uk/news/295-policy-exchange-removes-report-from-website-and-forced-to-apologise-for-shoddy-research-> (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>166</sup> Zo stelt Thierry Baudet het volgende "Er is geen wetgever die de interpretatie van grondrechten door het Hof kan bijsturen met nadere juridische bepalingen. Omdat het Europees Hof boven iedere staatsmacht uittoert, bewaakt niemand de bewakers." – in Baudet, T., "Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie", *NRC handelsblad*, 13 november 2010. Consulteerbaar op: <http://vorige.nrc.nl/article2641416.ece> (geraadpleegd op 24 juni 2013)

<sup>167</sup> M., PINTO-DUSCHINSKY, *Bringing Rights Back Home. Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2011, 43.

<sup>168</sup> M., PINTO-DUSCHINSKY, *Bringing Rights Back Home. Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2011, 43.

<sup>169</sup> "how many judges are there in San Marino? How many of these have experience in constitutional and international law? (...) It is hardly surprising that some nominees and appointees have been only a few years out of law school." in M., PINTO-DUSCHINSKY, *Bringing Rights Back Home. Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2011, 43.

<sup>170</sup> Dit is de mening die impliciet aan de basis ligt van de kritiek.

<sup>171</sup> BAUDET, T., *De aanval op de natiestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012, 162,165; BAUDET, T. "De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat" in HARCHAOUI & JONKER (red.), *Leve de rechtsstaat!*, Boom Lemma, Den Haag, 2010,76.

<sup>172</sup> "Democratisch tot stand gekomen asiel- en immigratiebeleid, de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst, eventuele grenzen aan de vrijheid van meningsuiting, maar ook regels over huiszoeking en politieverhoor en de inrichting van het openbaar onderwijs: dit alles kan in laatste instantie niet meer

een manier waarop de klassieke scheiding van machten onderuit wordt gehaald.<sup>173</sup> BAUDET gaat een stap verder en stelt dat wie voor een rechtsstaat is, niet tegelijkertijd voor 'mensenrechten' kan zijn.<sup>174</sup> Hij ziet dit zo omdat hij uitgaat van de premisse dat universele mensenrechten niet bestaan in de juridische zin<sup>175</sup>, dit zou 'in strijd komen met onze democratische en rechtsstatelijke principes'<sup>176</sup> immers stelt BAUDET, mocht er zoiets bestaan als mensenrechten zou de afdwijing ervan 'eenvormigheid van cultuur gaan eisen'<sup>177</sup> Ook LORD HOFFMANN is de mening toegedaan dat het EHRM uniforme regels wil opleggen aan de 47 EVRM –lidstaten.<sup>178</sup> Daarnaast "[heeft] het Hof in de afgelopen decennia niet mis te verstane politieke uitspraken gedaan waaruit niet anders kan worden geconcludeerd dan dat hier sprake is van een machtsovername" aldus BAUDET.<sup>179</sup> De rechters in Straatsburg zijn 'politici in toga' geworden.<sup>180</sup> Immers, zo stelt BAUDET, de mensenrechten zijn onderwerp van politiek debat wat in de praktijk betekent dit wie de macht heeft te bepalen wat een 'fundamenteel recht is' de macht heeft zijn politieke opvattingen op te leggen aan anderen.<sup>181</sup>

Kortom, De critici zijn van mening dat het hof ondemocratisch is als instelling daar de EVRM-lidstaten op onevenredige wijze worden vertegenwoordigd in het Hof, dat daarenboven anonieme, benoemde rechters nationaal beleid kunnen herzien. Daarnaast gaat het volgens hen in tegen de principes van de democratische rechtsstaat. Dit omdat het hof, aldus de critici, uitspraak doet in politieke zaken en dus een activistisch Hof is die ook nog eens de grootste algemene deler wil opleggen aan de 47 EVRM – lidstaten.

## Afdeling 2: Het EHRM trekt steeds meer rechtsmacht naar zich toe

Het EVRM bestaat uit vage principes, maar dit wordt door o.a. BAUDET als een probleem ondervonden want aangezien ze fundamenteel vaag zijn laten ze verschillende interpretaties toe.<sup>182</sup> Hij betoogt daarenboven dat het Hof, door de vaagheid van de normen zich ook gewoon niet kan houden tot de ultieme grenzen van de rechtvaardigheid en aldus zal het EHRM al het bestaand recht toetsen aan de eigen opvattingen.<sup>183</sup> Via de ruime interpretaties gegeven door het EHRM aan onder andere art. 3 EVRM<sup>184</sup> en art. 14 EVRM<sup>185</sup> is de rechtsmacht

---

door de Tweede Kamer- en daarmee door de Nederlandse bevolking -worden bepaald. Het Hof in Straatsburg beslist" in BAUDET, T., "Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie", *nrc handelsblad*, 13 november 2010. Consulteerbaar op: <http://vorige.nrc.nl/article2641416.ece> (geraadpleegd op 24 juni 2013)

<sup>173</sup> BLOK, S., DIJKHOFF, K., "Leg het Europees Hof aan banden", *Volkskrant*, 07 april 2011. Consulteerbaar op: <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/1871499/2011/04/07/Leg-het-Europees-Hof-aan-banden.dhtml> (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>174</sup> BAUDET, T. "De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat" in HARCHAOUI & JONKER (red.), *Leve de rechtsstaat!*, Boom Lemma, Den Haag, 2010, 65.

<sup>175</sup> T. BAUDET, *De aanval op de natiestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012, 154-175. BAUDET haalde inspiratie uit: LORD HOFFMANN, "The universality of human rights", *judicial studies board annual lecture*, 19 Maart 2009, p. 28. Consulteerbaar op: [www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009](http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009) (geraadpleegd op 23 juni 2013) deze herdefinieert mensenrechten naar grondrechten door te stellen dat ze "international in abstraction but national in application" zijn.

<sup>176</sup> T. BAUDET, *De aanval op de natiestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012, 158; BAUDET, T. "De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat" in HARCHAOUI & JONKER (red.), *Leve de rechtsstaat!*, Boom Lemma, Den Haag, 2010, 68.

<sup>177</sup> T. BAUDET, *De aanval op de natiestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012, 158; BAUDET, T. "De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat" in HARCHAOUI & JONKER (red.), *Leve de rechtsstaat!*, Boom Lemma, Den Haag, 2010, 68

<sup>178</sup> LORD HOFFMANN, "The universality of human rights", *judicial studies board annual lecture*, 19 Maart 2009, 14. Consulteerbaar op: [www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009](http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009) (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>179</sup> BAUDET, T. "De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat" in HARCHAOUI & JONKER (red.), *Leve de rechtsstaat!*, Boom Lemma, Den Haag, 2010, 76.

<sup>180</sup> BLOK, S., DIJKHOFF, K., "Leg het Europees Hof aan banden", *Volkskrant*, 07 april 2011. Consulteerbaar op: <http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2844/Archief/archief/article/detail/1871499/2011/04/07/Leg-het-Europees-Hof-aan-banden.dhtml> (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>181</sup> Baudet, T., "Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie", *NRC handelsblad*, 13 november 2010. Consulteerbaar op: <http://vorige.nrc.nl/article2641416.ece> (geraadpleegd op 24 juni 2013)

<sup>182</sup> T. BAUDET, *De aanval op de natiestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012, 160.

<sup>183</sup> BAUDET, T., "Het Europees EHRM voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie", *NRC* 13 november 2010. Consulteerbaar op: <http://vorige.nrc.nl/article2641416.ece>;

<sup>184</sup> M., PINTO-DUSCHINSKY, *Bringing Rights Back Home. Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2011, 35 – 36.; BOSSUYT, M., "The court of Strasbourg acting as an asylum court", *European Constitutional Law Review*, 2012, 203 – 245



van het Hof heel wat groter geworden. Zo stelt BOSSUYT dat onder invloed van de ruime interpretatie het EHRM veranderd is in een asielrechtbank.<sup>186</sup> Hij stelt vast dat in asielzaken de standaard van Art. 3 EVRM systematisch wordt verlaagd, dat art. 3 EVRM getransformeerd wordt in een sociaal recht, dat asielzoekers door het Hof gezien worden als een kwetsbare bevolkingsgroep die nood heeft aan speciale bescherming en dat het Hof in zulke zaken vaak verklaart dat de uitgevaardigde voorlopige maatregelen bindend zijn. BOSSUYT concludeert dan ook dat door de lagere standaard en het steeds groter wordend bereik van art. 3 EVRM het moeilijk is om het absoluut karakter van dat artikel te behouden.<sup>187</sup> In zulke zaken, betoogt BOSSUYT verder, oefent het Hof verschillende functies uit, deze van hof van beroep en Hof van Cassatie naast de functie van internationaal hof.<sup>188</sup> Niet alleen met betrekking tot de interpretatie van art. 3 EVRM levert BOSSUYT kritiek maar ook met betrekking tot de interpretatie van art. 14 EVRM. Op basis van de een ruime interpretatie van art. 14 EVRM in samenhang met art. 1 Eerste Aanvullende Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden en heeft het EHRM zijn rechtsmacht uitgebreid tot socialezekerheidsregelgeving.<sup>189</sup>

Volgens critici kan de steeds uitdijende rechtsmacht niet enkel verweten worden aan de vage normen maar ook aan de gehanteerde interpretatiemethodes van het Hof. Zo hanteert het Hof het *living instrument doctrine*<sup>190</sup>, en hoewel Lord Hoffmann akkoord gaat met het idee dat op basis van deze doctrine het concept van vernederende straffen niet op dezelfde manier toepasbaar is als vijftig jaar geleden, stelt hij dat de doctrine geen vrijgeleide betekent voor de rechterlijke organen om geheel nieuwe concepten te introduceren.<sup>191</sup> Volgens LORD HOFFMANN is dat juist precies wat het Hof doet en verwijst, om zijn standpunt kracht bij te zetten, naar de zaak *Hatton en anderen t. Verenigd Koninkrijk*<sup>192</sup>, waarin het Hof in 2001 tot de conclusie kwam dat zowel art. 8 en art. 13 geschonden waren omdat de staat faalde om tot een fair balance te komen tussen het economisch welzijn van het Verenigd Koninkrijk en het effectieve genot van de verzoekers hun recht voor hun thuis en privé-en familielevens.<sup>193</sup> Daarenboven verwijst hij naar de *dissenting opinion* van rechter Costa waarin deze stelt dat hoewel het waar is dat bescherming tegen milieuhinder niet gelezen kan worden in de tekst van het Europees Verdrag de commissie en het Hof op basis van de evolutieve interpretatie het standpunt hebben ingenomen dat artikel 8 EVRM wel degelijk geïnterpreteerd kan worden op een manier dat bescherming tegen milieuhinder toelaat.<sup>194</sup> Lord Hoffmann bekritiseert niet enkel de , volgens hem, ruime toepassing van de evolutieve interpretatie” maar ook de, naar zijn mening, strikte toepassing van de “*margin of appreciation doctrine*”.<sup>195</sup> BAUDET wijst met betrekking tot die *margin of appreciation doctrine* erop dat het Hof zelf de speelruimte ervan bepaalt, met als gevolg dat het Hof steeds meer kwesties onder zijn eigen bereik plaatst.<sup>196</sup> BAUDET, haalt ter ondersteuning *Hirst t. Verenigd Koninkrijk*<sup>197</sup> aan, een arrest die hij op zijn minst opmerkelijk vindt omdat het niet alleen een oordeel aanmeent over het strafrechtstelsel van een lidstaat, maar zich zelfs een breedvoerig oordeel permitteert over de kwaliteit van de parlementaire

---

<sup>185</sup> BOSSUYT, M., “de uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie”, *Rechtskundig Weekblad*, 2008, 71, 842 – 856

<sup>186</sup> BOSSUYT, M., “The court of Strasbourg acting as an asylum court”, *European Constitutional Law Review*, 2012, 203 – 245

<sup>187</sup> BOSSUYT, M., “The court of Strasbourg acting as an asylum court”, *European Constitutional Law Review*, 2012, 242.

<sup>188</sup> BOSSUYT, M., “The court of Strasbourg acting as an asylum court”, *European Constitutional Law Review*, 2012, 243.

<sup>189</sup> BOSSUYT, M., “de uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie”, *Rechtskundig Weekblad*, 2008, 71, 842 – 856

<sup>190</sup> zie *infra*

<sup>191</sup> LORD HOFFMANN, “The universality of human rights”, *judicial studies board annual lecture*, 19 Maart 2009, 22. Consulteerbaar op: [www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009](http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009) (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>192</sup> *Hatton en anderen t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM, Nr. 36022/97, (2 oktober 2001); zie LORD HOFFMANN, “The universality of human rights”, *judicial studies board annual lecture*, 19 Maart 2009, 21. Consulteerbaar op: [www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009](http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009) (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>193</sup> EHRM, *Hatton en anderen t. Verenigd Koninkrijk*, 2 oktober 2001, para. 107.

<sup>194</sup> EHRM, *Hatton en anderen t. Verenigd Koninkrijk* 8 juli 2003 (GK), gezamenlijke afwijkende mening van rechters Costa, Ress, Türmen, Zupančič en Steiner, p. 41 para. 1.

<sup>195</sup> LORD HOFFMANN, “The universality of human rights”, *judicial studies board annual lecture*, 19 Maart 2009, 14. Consulteerbaar op: [www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009](http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009) (geraadpleegd op 23 juni 2013)

<sup>196</sup> T. BAUDET, *De aanval op de natestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012, 165.

<sup>197</sup> BAUDET, T., “Brits Verzet tegen Europees Hof is terecht. Het moet zich beperken tot zijn kerntaak en niet het stemrecht van gevangenen regelen”, *NRC*, 14 februari 2011

beraadslagen.<sup>198</sup> Daarenboven trekt hij de aandacht naar een *dissenting opinion* van rechter ZUPANČIČ in de zaak *Von Hannover t. Duitsland* waarin die stelde dat:

"[He] believe[s] that the courts has to some extent and under American influence made a fetish of the freedom of the press [...] it is time that the pendulum swung back to a different kind of balance between what is private and secluded and what is public and unshielded"

BAUDET ziet dit soort uitspraken als het bewijs "dat Straatsburg zich niet alleen jurisdictie toe –eigent over steeds meer vraagstukken en in steeds verdergaande details, maar ook een rol voor zichzelf weggelegd ziet die [...] op gespannen voet staat met de democratische rechtsstaat in de lidstaten"<sup>199</sup>.

Gezien de grote rechtsmacht van het EHRM kan het ook niet anders dat perifere zaken, die eigenlijk niks te zien hebben met de mensenrechten *an sich* ook hun weg vinden naar het EHRM. Door Lord Hoffman wordt *O'halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*<sup>200</sup> als schoolvoorbeeld hiervan aangehaald. Het EHRM achtte een zaak die betrekking had op een auto-eigenaar die klaagde dat zijn recht om zichzelf niet te incrimineren geschonden was gezien van hem gevraagd werd, op straffe van boete, te zeggen wie zijn auto had bestuurd op het moment er een foto was getrokken van de snelheidsovertreding. LORD HOFFMANN toont op basis van de *dissenting opinion* van rechter Pavlovschi<sup>201</sup> aan hoe het EHRM redeneert. POLICY EXCHANGE ziet *O'halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk* dan ook als een treffend voorbeeld van de 'trivialisering van rechten'.<sup>202</sup>

Tom Zwart is simpelweg van mening dat het EHRM doordat het Hof in het Verdrag steeds meer en verfijndere rechten leest, het steeds meer begint te lijken op 'koning Midas omdat alles wat het aanraakt in mensenrechten verandert'.<sup>203</sup>

Verskillende critici poneren dat de vergrote rechtsmacht van het EHRM ook kwalijke gevolgen heeft voor de werking van het Hof zelf en wijzen hierbij op een vermeende co-relatie tussen die rechtsmacht en de werklust waaronder het EHRM bedolven is geraakt.<sup>204</sup>

Om al deze redenen, bepleiten de critici dan ook dat de rechtsmacht van het EHRM moet beperkt worden, op een manier dat inhoud dat het Hof zich enkel zou bezig houden waar het voor opgericht is. Met name gruwelijkheden zoals ze in de tweede wereldoorlog voorkwamen vermijden.<sup>205</sup>

---

<sup>198</sup> BAUDET, T., "Brits Verzet tegen Europees Hof is terecht. Het moet zich beperken tot zijn kerntaak en niet het stemrecht van gevangenen regelen", *NRC*, 14 februari 2011

<sup>199</sup> T. BAUDET, *De aanval op de natiestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012,174; Ook LORD HOFFMANN verwijst naar dit arrest maar zegt hierover het volgende: "It cannot be right that the balance we in this country strike between freedom of the press and privacy should be decided by a Slovenian judge saying (that) of a decision of the German Constitutional court." Zie LORD HOFFMANN, "The universality of human rights", *judicial studies board annual lecture*, 22. Maart 2009, 14. Consulteerbaar op: [www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009](http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009) (geraadpleegd op 23 juni 2013). Policy Exchange zegt dan weer het volgende over de zaak: "to describe other courts' behaviour as being driven by a 'fetish' created by American influence, does not reflect at all well on the Court or its case law, especially in such a significant case." In M., PINTO-DUSCHINSKY, *Bringing Rights Back Home. Making human rights comptible with parliamentary democracy in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2011, 45.

<sup>200</sup> EHRM, *O'halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*, 29 juni 2007 (GK).

<sup>201</sup> "I understand the reasoning behind the departure from the basic principles of a fair trial in the case of speed violations: namely, that such offences represent hundreds of thousands if not millions of cases, and that the state is unable to ensure that in each of this vast number of cases all the procedural guarantees have been complied with. I repeat: I understand this line of reasoning but I do not accept it. In my opinion, if there are so many breaches of a prohibition, it clearly means that something is wrong with the prohibition. It means that the prohibition does not reflect a pressing social need, given that so many people choose to breach it even under threat of a criminal prosecution. And if this is the case, maybe the time has come to review speed limits and set limits that would more correctly reflect peoples' needs... It is difficult for me to accept that hundreds of thousands of speeding motorists are wrong and only the government is right" in EHRM, *O'halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*, 29 juni 2007 (GK). afwijkende mening rechter Pavlovschi p. 33.

<sup>202</sup> M., PINTO-DUSCHINSKY, *Bringing Rights Back Home. Making human rights comptible with parliamentary democracy in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2011, 51.

<sup>203</sup> ZWART, T., "Bied dat mensenrechten hof weerwerk", *NRC Handelsblad*, 17 januari 2011.

<sup>204</sup> BAUDET, T., "The anti-democratic impulses of the ECHR", *spiked*, 19 januari 2011. Consulteerbaar op: <http://www.spiked-online.com/index.php/site/article/10087/> (geraadpleegd op: 14 maart 2013); VAN DE HEYNING, C., "vijftig jaar Europees Hof voor de Rechten van deMens: van Hercules naar Sisyphus", *Rechtskundig Weekblad*, 2009 – 10, 15, 605.

<sup>205</sup> BAUDET T., "Het europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie", *NRC*, 13 november 2010. Consulteerbaar op: <http://vorige.nrc.nel/article2641416.ece> (geraadpleegd op 2 mei 2013)

Kortom, de grote rechtsmacht valt volgens de critici niet enkel te wijten aan de vage normen waaruit het EVRM bestaat, maar ook aan de door het EHRM gehanteerde interpretatiemethodes. Men is van mening dat enerzijds de *margin of appreciation doctrine* niet ver genoeg doorgetrokken wordt en anderzijds *living instrument doctrine* juist veel te ver doorgetrokken wordt.

### Afdeling 3: Het EHRM tast de staatssoevereiniteit aan

Hoewel de critici erkennen dat wat sommige aspecten betreft, de staten verkozen hebben hun soevereiniteit op dat vlak over te dragen, benadrukken ze dat dit niet geldt voor alle aspecten dat binnen het bereik valt van de rechtsmacht van het EHRM zoals deze nu wordt uitgeoefend.

Zowel LORD HOFFMANN en BOSSUYT verwijzen naar socialezekerheidsregelingen.<sup>206</sup> BOSSUYT formuleert het eloquent op de volgende manier:

*“De vraag is niet of discriminaties toegelaten zijn en al evenmin of mensenrechten mogen worden geschonden. De vraag is of Staten hebben besloten het toezicht over geleidelijke verwezenlijkingen van sociale rechten over te dragen aan een internationaal gerechtelijk orgaan.”<sup>207</sup>*

BAUDET benadrukt dan weer dat materies als immigratie en asiel een onderdeel zijn van de nationale politiek en zeker niet dienen uitbesteed te worden aan rechters in het verre Straatsburg, waar dat het geval is gaat het eigenlijk niet alleen in tegen democratische rechtsstaat maar gaat bovendien in tegen de nationale soevereiniteit. In zijn boek *de aanval op de natiestaat* toont hij aan dat nationale soevereiniteit nodig is om een democratische rechtsstaat mogelijk te maken. Hierbij gaat hij er dus van uit dat als de nationale soevereiniteit beperkt wordt, dit leidt een ondemocratische staat en onrechtstatelijkheid. Volgens Baudet kan niet anders geconcludeerd worden dat omdat het EHRM de nationale soevereiniteit beperkt dit een aanval is op de democratie en de rechtsstaat simpelweg ondermijnt.

In het algemeen kunnen de argumenten ter ondersteuning van deze bewering gevonden worden in de argumenten ter ondersteuning van de beweringen dat het hof teveel rechtsmacht heeft en ondemocratisch en onrechtstatelijk zou zijn.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> LORD HOFFMANN, “The universality of human rights”, *judicial studies board annual lecture*, 19 Maart 2009, 24. Consulteerbaar op: [www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009](http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009) (geraadpleegd op 23 juni 2013); BOSSUYT, M., “de uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie”, *Rechtskundig Weekblad*, 2008, 71, 854.

<sup>207</sup> BOSSUYT, M., “de uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie”, *Rechtskundig Weekblad*, 2008, 71, 854.

<sup>208</sup> Zie *supra*



## Synthese

Er zijn twee stromingen te onderscheiden, de één al radicaler dan de ander.

BOSSUYT en TOM ZWART kunnen gecategoriseerd worden onder de meer gematigde stroming. Die stroming is van mening dat de rechtsmacht, zoals deze nu door het EHRM wordt uitgeoefend, verder gaat dan deze die door de EVRM lidstaten erkend wordt. Met andere woorden, het Hof heeft zijn rechtsmacht uitgebreid naar domeinen waar de nationale soevereiniteit van de EVRM-lidstaten helemaal niet overgedragen is naar het Hof. Bijgevolg is er een niet gelegitimeerde beperking van de nationale soevereiniteit. Bijgevolg, komt de democratische rechtsstaat in het gedrang.

BAUDET, LORD HOFFMANN en de meeste politieke critici behoren tot de tweede stroming die van een radicalere orde is. Die poneert dat een beperking van de nationale soevereiniteit ontoelaatbaar is. Indien de soevereiniteit beperkt is, wordt noodzakelijkerwijze de democratische rechtsstaat ondermijnd.

De radicale stroming gaat aldus uit van een 'absolute staatssoevereiniteit'.

Hoewel de twee stromingen zich onderscheiden naar intensiteit, komen beide tot dezelfde conclusie. De rechtsmacht van het Hof moet worden verkleind. In de radicalere stroming zijn er evenwel stemmen te horen die pleiten voor een afschaffing van het Hof.

## Deel III: Beweren en bewijzen is twee, in welke mate is de kritiek terecht

---

### Inleiding

Er zijn drie belangrijke redenen om aan te nemen dat internationaal toezicht in de vorm van een Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot op de dag vandaag nog steeds onontbeerlijk is.

Ten eerste zijn er de vele jaarlijkse schendingen uitgesproken door het EHRM. De zaken betreffen niet enkel landen als Turkije en Rusland maar ook gevestigde democratieën als het Verenigd Koninkrijk en Nederland. Ten tweede werd het al genoeg benadrukt dat als men van de premisse uitgaat dat staten trouw overgaan tot een vrijwillige implementatie van de internationale mensenrechten het mensenrechtensysteem simpelweg zal falen. Bewijs hiervan wordt geleverd indien men kijkt naar het internationaal mensenrechtensysteem. Deze is sterk gebaseerd op die premisse en heeft door de band genomen gefaald om misbruik van repressieve overheden te voorkomen en de belofte van mensenrechten waar te maken voor deze die het meest nood hebben aan bescherming.<sup>209</sup> Ten derde werd onlangs bewezen dat met betrekking tot LGBT – rechten, rechtspraak van het EHRM wel degelijk een invloed heeft in landen daar waar invloed het meest nodig is, dat invloed groter wordt naargelang er meer tijd over het arrest gaat, en dat ze daarenboven achterblijvende landen beïnvloeden om eerder over te gaan tot een progressief beleid met betrekking tot LGBT – rechten dan dat ze zouden gedaan hebben op eigen tempo.<sup>210</sup>

Toch ligt het EHRM onder vuur, de kritiek werd hierboven reeds uitvoerig uiteengezet. Het is dan ook de vraag of die kritiek terecht is. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de vraag hoe het EHRM zich tot de nationale soevereiniteit van de EVRM –lidstaten verhoudt (1) en of het EHRM de democratische rechtstaat ondermijnt (2).

### Hoofdstuk 1: Soevereiniteit

#### Afdeling 1: Soevereiniteit een Ambigue begrip

*"There exists perhaps no conception the meaning of which is more controversial than that of sovereignty. It is an indisputable fact that this conception, from the moment when it was introduced into political science until the present day, has never had a meaning which was universally agreed upon"- Lassa Oppenheim<sup>211</sup>*

Doordat er geen consensus bestaat over wat dit begrip inhoudt, en doordat de recente ontwikkelingen meer en meer de traditionele notie van soevereiniteit uithollen wordt er in sommige kringen bepleit dat het begrip soevereiniteit gewoon afgeschaft moet worden. Door het belang van het begrip in het debat kan deze weg niet bewandeld worden.. Hierna wordt nagegaan wat soevereiniteit betekent, en dit specifiek in het kader van dit onderzoek.

Als men een definitie tracht te geven van een soevereine staat wordt traditioneel verwezen naar deze vermeld in artikel 1 van de Montevideo Conventie over de rechten en plichten van staten<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> DONOHO, D., "Human rights enforcement in the twenty – first century", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2006, 5.

<sup>210</sup> HELFER, L.R., VOETEN, E., "International Courts as agents of legal change: evidence from LGBT rights in Europe", *International Organization*, 2013, 67, 33 – 34.

<sup>211</sup> L. OPPENHEIM, *International law: A treatise Vol. I*, Longmans Green and Co., London, 1905, 103.

*"The state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states."*

Deze definitie omvat enkel een opsomming van criteria waaraan een staat moet voldoen om gezien te worden als een subject van het internationaal publiekrecht.

Uit deze vier criteria komt duidelijk naar voor dat het begrip soevereiniteit uit twee elementen bestaat. Waarbij de eerste drie criteria betrekking hebben op de interne soevereiniteit. Het vierde en laatste criterium heeft op zijn beurt betrekking op de internationale kant van soevereiniteit, de zgn. externe soevereiniteit.

Maar wat impliceert dit nu allemaal en hoe verhoudt het EHRM zich tot soevereiniteit? Het is duidelijk dat de definitie van de Montevideo Conventie geen antwoord biedt op deze vragen, daarom zal verder moeten gekeken worden. Voor op de externe soevereiniteit wordt ingegaan, zal de interne soevereiniteit onderzocht worden. Hiermee is het per slot van rekening allemaal begonnen.

## Onderafdeling 1: Interne Soevereiniteit

### §1. Een terugblik op de soevereiniteitsidee van de intellectuele vaders

#### §1.1 De soevereiniteitsidee van Jean Bodin en Thomas Hobbes

De traditionele notie dat de staat de soeverein is en dat de soevereine staat beschikt over de 'volheid van rechtsmacht'<sup>213</sup> vindt zijn oorsprong in de theorieën zoals deze ontwikkelt zijn door BODIN en HOBBS. Beide hebben elk op hun manier de grondslag gelegd voor een absolute staatssoevereiniteit.

BODIN deed dit door soevereiniteit als volgt te definiëren:

*"La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République"*<sup>214</sup>

Deze eeuwige, ondeelbare en absolute soevereiniteit zag hij als een manier om het hoofd te bieden aan de sociale ontwrichting en anarchie die de religieuze spanningen en burgeroorlogen in het Frankrijk van de 16<sup>de</sup> en 17<sup>de</sup> eeuw teweegbrachten.<sup>215</sup> Een soeverein in de vorm van een prins of een koning was volgens hem het middel bij uitstek om interne orde te handhaven.<sup>216</sup>

HOBBS gaat een stap verder en bepleit een absoluut staatsgezag die hij als enige oplossing ziet om de menselijke natuurtoestand - die hij omschrijft als een oorlog van allen tegen allen<sup>217</sup> - te temperen. Deze natuurtoestand kan volgens hem enkel worden opgegeven door de idee van een overeenkomst, die erin bestaat elk individu binnen een gemeenschap te onderwerpen aan een centrale autoriteit.<sup>218</sup> Het is met andere woorden een contract tussen de burgers onderling om eigen macht - en aldus vrijheid - uit handen te geven.<sup>219</sup> Maar deze overeenkomst heeft verregaande implicaties. Het betekent immers het einde van de politieke macht van de burgers. Daarenboven hebben de contractanten - de burgers - de quasi onvoorwaardelijke plicht om te

---

<sup>212</sup> Montevideo Convention on Rights and Duties of States, Montevideo, Uruguay (December 26, 1933)

<sup>213</sup> M. COGEN, *Handboek internationaal recht*, kluwer, Mechelen, 2003, 48.

<sup>214</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, librairie générale française, Paris, 1993, 74.

<sup>215</sup> NAGAN, W.P., HADDAD A.M., "Sovereignty in theory and practice", *San Diego International Law Journal*, 2012, 439.

<sup>216</sup> NAGAN W.P., HADDAD A.M., "Sovereignty in theory and practice", *San Diego International Law Journal*, 2012, 440.

<sup>217</sup> T. HOBBS, *Leviathan*, Oxford, 1965, 150.

<sup>218</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 67.

<sup>219</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 67.

gehoorzamen aan de autoriteit.<sup>220</sup> HOBBS stelt met andere woorden dat men zichzelf beperkingen moet opleggen om te ontsnappen aan de universele oorlog.<sup>221</sup> De absolute autoriteit van de soeverein wordt door Hobbes gerechtvaardigd door het feit dat de individuen die het contract afsloten er mee akkoord gaan om zich te onderwerpen aan een centrale autoriteit<sup>222</sup>, bij voorkeur een monarch.<sup>223</sup>

Duidelijk vormt absolutisme een belangrijke ondertoon van beide theorieën, toch hebben zowel BODIN als HOBBS belangrijke beperkingen op dit absoluut karakter ingebouwd. BODIN doet dit door aan te geven dat hoewel de soeverein boven het burgerlijk recht en het positief recht staat, deze steeds gehouden is zowel de wetten van God als het natuurrecht te respecteren.<sup>224</sup> Met andere woorden, het soevereiniteitsbegrip van BODIN houdt niet in dat gezagsdragers zich van de morele plicht kunnen ontdoen om de wet te gehoorzamen. De meeste interpretaties van BODIN's werk verloren evenwel dit aspect uit het oog. Bijgevolg wordt zijn soevereiniteitsidee algemeen gezien als de kern van staatsabsolutisme.<sup>225</sup>

HOBBS erkent daarentegen maar één enkele klein, doch belangrijke, uitzondering op het principe dat de contractanten tot onvoorwaardelijke gehoorzaamheid aan de autoriteit gehouden zijn. Met name in het geval de autoriteit niet langer de belangen van de individuen op een eerlijke manier behartigt.<sup>226</sup> Want hoewel HOBBS uitgegroeid is tot de theoreticus van het absolutisme<sup>227</sup>, is hij ook één van de eerste filosofen in de geschiedenis die uitdrukking geeft aan het modern individualisme.<sup>228</sup> Hij ziet de mens als een vrij individu dat zelf beslissingen neemt in zijn eigen leven.<sup>229</sup> Het recht op zelfbehoud dat hieruit voortvloeit blijft altijd absoluut. Zelfverdediging tegen de monarch is met andere woorden toegestaan.<sup>230</sup> Dit is op zijn minst gezegd een belangrijke relativisering van het vrij absolutistische soevereiniteitsconcept die HOBBS voorstaat.

## §1.2. De volkssoevereiniteit van JEAN – JACQUES ROUSSEAU

ROUSSEAU vindt dat er iets wezenlijks ontbreekt in de theorie van Hobbes, volgens hem zou deze helemaal niet leiden tot een legitieme rechtsorde. Immers, het Hobbesiaans contract impliceert dat we onze macht omwille van onze veiligheid overdragen. Maar juist hierdoor ontstaat, volgens ROUSSEAU, het gevaar van machtsmisbruik. In zijn visie is een mens pas volwaardig mens als hij zijn fundamentele vrijheid uitoefent. Deze afstaan – zelfs voor veiligheid – betekent dat je afstand doet van je *droits d'humanité* en ook van je menselijke plichten.<sup>231</sup> Het doel van de Rousseauïstische staat is het garanderen van de individuele vrijheid. De burger verwacht in deze visie enerzijds dat de staat zijn goederen beschermt en verdedigt, anderzijds dat de hij als burger even vrij blijft als voorheen. Hiermee formuleert ROUSSEAU op zijn zachtst uitgedrukt een paradoxale vrijheidsopvatting.<sup>232</sup> Deze paradox verantwoordt hij op basis van het concept van de rechtsstaat.<sup>233</sup> In een rechtstaat zijn mensen onderworpen aan het recht, en niet zomaar onderworpen aan het gezag van een groep personen. Er is evenwel een belangrijke voorwaarde dat het recht moet vervullen, deze moet op de allereerste plaats de vrijheid van de

<sup>220</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 71.

<sup>221</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 67.

<sup>222</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 71.

<sup>223</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 68.

<sup>224</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, librairie générale française, Paris, 1993, 78.

<sup>225</sup> VAN DER VYVER, J.D., "Sovereignty and human rights in constitutional and international law", *Emory International Law Review*, 1991, 326 – 328.

<sup>226</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 71.

<sup>227</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 71.

<sup>228</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 65.

<sup>229</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 65.

<sup>230</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 68 (voetnoot 4).

<sup>231</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 79.

<sup>232</sup> De paradox van de vrijheid in de vereniging

<sup>233</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 80

onderdanen garanderen. Daarnaast moet het recht zijn oorsprong vinden in de volkssoevereiniteit.<sup>234</sup> Dit houdt in dat de regels van de rechtsstaat worden gecreëerd door de soeverein, maar dat de soeverein het volk is. Volgens de idee van de volkssoevereiniteit doet het volk afstand van de particuliere wil om te streven naar de algemene wil of het algemeen belang.<sup>235</sup> De algemene wil wordt dus de leidraad voor het opstellen van regels. In de Rousseauïstische staat valt de soevereine macht niet langer samen met de koning, maar is elke burger een deel van de soevereine macht. Wat de democratie betreft had hij in de eerste plaats een stadstaat voor ogen, want hoe groter de politieke gemeenschap, hoe meer verschillende en tegenstrijdige belangen. Indien directe vertegenwoordiging evenwel niet mogelijk zou zijn diende de volkssoevereiniteit uitgeoefend te worden via volksvertegenwoordiging. Deze laatste dient zich vervolgens te houden aan de grondwet, waarin alle rechten en vrijheden van het volk worden opgesomd.

Opvallend is dat met de Rousseauïstische visie de soevereiniteit niet meer samenvalt met bijvoorbeeld een koning of een keizer, maar dat het is geëvolueerd van een persoonlijke naar een abstracte soeverein. Daarenboven is het opvallend dat hoewel er in de Rousseauïstische visie geen belemmeringen zijn op de macht van de soeverein, er een grote en belangrijke uitzondering is, met name de grondwet die de rechten en vrijheden bepaalt van de burgers. Want de soeverein in de Rousseauïstische staat is gehouden deze rechten en vrijheden te garanderen aan zijn onderdanen.<sup>236</sup>

### § 1.3. Verdere ontwikkelingen

JOHN AUSTIN creëerde een soevereiniteitsidee waarin het idee dat het recht een bevel is van de soeverein die geratificeerd wordt, centraal staat. Met andere woorden de staat - en niet het volk zoals in de Rousseauïstische visie - is als soeverein de bron van het recht. In het soevereiniteitsidee van AUSTIN wordt recht gereduceerd naar ultieme macht. Daarenboven wordt het aspect van autoriteit in Austin's model volkomen genegeerd. Met andere woorden er is geen legitimiteit voor de macht. In dit model is de soeverein te vergelijken met een gewapende bandiet die een bank binnenloopt en eist dat het geld van de kluis hem overhandigd wordt.<sup>237</sup> Indien het aspect van autoriteit genegeerd wordt dan heeft de bandiet het recht dit te doen, er is immers niets dat hem hiervan weerhoudt.

Al snel kwamen er op deze theorie belangrijke relativeringen, die verder bouwden op de idee van volkssoevereiniteit zoals uitgewerkt door Rousseau. Zo ontwikkelden PUCHTA en GIERKE<sup>238</sup> een concept die eigenlijk een synthese inhield van de ideeën van BODIN en de idee van volkssoevereiniteit.<sup>239</sup> Volgens hen moet een gezonde staat zijn macht baseren op een structuur van recht en op die manier een collectief nationaal bewustzijn van het volk voorzien. De soevereine macht gebaseerd op de wet zou tegelijk leiden naar beperkingen op de bevoegdheden van de staat en daarnaast vorm geven aan wettelijke verplichtingen die zullen rusten op de staat.

---

<sup>234</sup> Het is op basis hiervan dat geoordeeld wordt dat Rousseau niet zozeer de vader is van de rechtsstaat maar wel de vader van de democratische rechtsstaat. Bron: K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 80.

<sup>235</sup> door ROUSSEAU *la volonté générale* genoemd

<sup>236</sup> K. RAES, D. VANDENDRIESSCHE, *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006, 80 – 82.

<sup>237</sup> NAGAN, P.W., "Sovereignty in theory and practice", *San Diego International Law Journal*, 2012, 452..

<sup>238</sup> Beide gebruiken het werk van Von Savigny als basis.

<sup>239</sup> NAGAN, P.W., "Sovereignty in theory and practice", *San Diego International Law Journal*, 2012, 451.

## §2. Het Brits concept van Parlementaire Soevereiniteit

Gezien het Verenigd Koninkrijk één van de protagonisten is in het verhaal dient rekening gehouden worden met hun achtergrond. Het is dan ook daarom dat er in dit kader de nodige aandacht moet besteed worden aan de parlementaire soevereiniteit. Parlementaire soevereiniteit is een Brits grondwettelijk beginsel, die beschouwd wordt als de hoeksteen van de Britse, ongeschreven, grondwet.

ALBERT VENN DICEY definieerde het concept als volgt:

*"The principle of parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that parliament [...] has under the English constitution the right to make or to unmake any law whatever, and, further, that no person or body is recognized by the law of England as having right to override or set aside the legislation of parliament."*<sup>240</sup>

Deze definitie wordt zowel door de rechtsleer als door de rechtspraak bijgetreden. Uit vonnissen blijkt bijvoorbeeld dat de rechterlijke macht niet de over bevoegdheid beschikt om *Acts of Parliament* nietig te verklaren. Toch is, ondanks het gebrek aan grondwettelijke beperkingen, het beginsel van parlementaire soevereiniteit in het Verenigd Koninkrijk<sup>241</sup> niet onbegrensd. Het is al lange tijd erkend dat er simpelweg sommige maatregelen zijn die politiek onmogelijk zijn om te nemen, en wiens bekrachtiging niet overwogen zal worden.<sup>242</sup> Denk hierbij aan raciale of religieuze discriminatie, maar ook aan het feit dat eens het Britse parlement afziet van zijn wetgevende bevoegdheid, met betrekking tot een bepaald land of gebied, het politiek onmogelijk is deze macht te herkrijgen. Dit laatste werd door Lord Sankey voortreffelijk uitgelegd in *British Coal Corporation v. The King* :

*"It is doubtless true that the power of the Imperial Parliament to pass on its own initiative any legislation it thought fit extending to Canada remains in theory unimpaired: indeed the Imperial Parliament could, as a matter of abstract law, repeal or disregard section 4 of the Statute [of Westminster]. But that is theory and has no relation to realities."*<sup>243</sup> (onderlijning toegevoegd)

Niet alleen de rechterlijke macht stelt vast dat er limieten zijn aan de parlementaire soevereiniteit. Het parlement legt zichzelf, vrijwillig, beperkingen op. Een van de beste voorbeelden hiervan is de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EU. Ingevolge de *Costa t. E.N.E.L.E.* zaak was het reeds in 1964 duidelijk dat EU recht boven het recht staat van de EU – lidstaten.<sup>244</sup> Dus toen het Verenigd Koninkrijk in 1972 toetrad had het moeten weten dat de directe werking van EU recht in sommige gebieden zou conflicteren met het beginsel van parlementaire soevereiniteit. Dit wordt ook bevestigd door de rechtspraak die in de *Factortame* zaak<sup>246</sup> stelde dat:

*"[t]he supremacy of EU law was well established [...] long before the United Kingdom joined the [European Union]. Thus, whatever limitation of its sovereignty parliament accepted when it enacted the European Communities Act of 1972 was entirely voluntary."*<sup>247</sup>

De nuancering en beperking van het beginsel van parlementaire soevereiniteit was een feit. De notie ging veranderen, en hoe. De uitspraak in de zaak *Thoburn v. Sunderland City Council*<sup>248</sup> markeert deze verandering:

*"the conditions of parliament's legislative supremacy in the United Kingdom necessarily remain in the United Kingdom's hands. But the traditional doctrine has (...) been modified. It has been done by the common law, wholly consistently with constitutional principle"*<sup>249</sup>

<sup>240</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Macmillan and Co., Londen, 1889, 38.

<sup>241</sup> Het schotse parlement, the Welsh assembly

<sup>242</sup> ELLIOTT, M., "United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure", *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 546; F.A. MANN, *Further studies in international law*, Clarendon Press, 1990, 104.

<sup>243</sup> *British Coal Corporation v. The King*, [1935], A.C. 500.

<sup>244</sup> *Costa t. E.N.E.L.E.*, EHJ, zaak nr. 6/64, (15 juli 1964) in *Jurisprudentie van het Hof van Justitie*, 1218, 1220.

<sup>246</sup> *Factortame Ltd. v. Secretary of State for transport*, 2 A.C. 85.

<sup>247</sup> *Factortame Ltd. v. Secretary of State for transport*, 2 A.C. 85.

<sup>248</sup> *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] Q.B. 151.

Volgens ELLIOTT moet deze uitspraak gezien worden als een teken dat, parlementaire soevereiniteit niet meer gezien kan worden als een “feitelijk” en “statisch” concept, dat zijn grondslag vindt in de grondwet, maar als een “wettelijk” en dynamisch concept.<sup>250</sup> Gezien de rechterlijke functie niet enkel het interpreteren van wetten omvat, maar ook het creëren van *common law*, zijn de implicaties groot als men parlementaire soevereiniteit niet als een grondwettelijk beginsel beschouwd maar als een doctrine van de *common law*.<sup>251</sup> Hierdoor is die doctrine onderhevig aan hetzelfde evolutionair proces zoals elk ander *common law* principe.<sup>252</sup> Dit werd uiteindelijk ook bevestigd door de zaak *Jackson v. Attorney General*.<sup>253</sup> Deze zaak heeft daarenboven ook invloed gehad op de relatie tussen de rechterlijke macht en het principe van parlementaire soevereiniteit. Zoals reeds vermeld betekent parlementaire soevereiniteit in relatie tot de rechterlijke macht namelijk dat deze niet bevoegd zijn de legaliteit van parlementaire wetgeving in vraag te stellen. Deze regel heeft jarenlang stand gehouden en werd direct afgeleid van het concept zoals gedefinieerd door DICEY.

Uiteindelijk werd deze regel gerelativeerd door de zaak *Jackson v. Attorney General*, waarin Lord Hope het volgende stelt:

*“Parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute. [...] It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever. Step by step, gradually but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament [...] is being qualified.”*<sup>254</sup>

Daarenboven trekt Lord Hope de aandacht naar het gegeven dat doorheen de gehele grondwet de superioriteit van recht wordt erkend, Dit principe vindt zijn moderne vertaling in de erkenning van de Human rights Act 1998, en beschermt in feite het individu van een arbitraire regering.<sup>255</sup> Op basis van deze redenering besluit Lord Hope het volgende:

*“The rule of law enforced by the courts is the ultimate controlling factor on which our constitution is based.”*<sup>256</sup>

Kortom, de praktijk laat een dogmatische uitoefening al lang niet meer toe. Het staat buiten kijf dat de parlementaire soevereiniteit, niet kan opgeworpen worden als belemmering om internationale verdragen aan te gaan. Bovendien wordt in de rechtspraak benadrukt dat de parlementaire soevereiniteit niet absoluut kan zijn, daar de Rule of Law de basis vormt van de Grondwet en *mutatis mutandis* de leidraad is van het parlement. Of het principe ooit absoluut is geweest doet eigenlijk niet ter zake, van belang is te onthouden dat het principe vandaag de dag niet onverkort geldig is.

---

<sup>249</sup> *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] Q.B. 151

<sup>250</sup> ELLIOTT, M., “United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure”, *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 551

<sup>251</sup> WARREN, M., “Deakin law oration. Unelected does not equate with Undemocratic: Parliamentary Sovereignty and the Role of the Judiciary”, *Deakin Law Review*, 2008, vol. 13 N° 2, 8.

<sup>252</sup> ELLIOTT, M., “United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure”, *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 551

<sup>253</sup> Terwijl Lord Steyn erkende dat de suprematie van het parlement nog steeds een algemeen principe is van de Britse grondwet, labelde het wel een “constructie van Common law. *R Jackson v. Attorney General*, House of lords, 13 oktober 2005, § 102

<sup>254</sup> House of lords, *R Jackson v. Attorney general* [2005] UKHL § 104

<sup>255</sup> House of lords, *R Jackson v. Attorney general* [2005] UKHL § 107

<sup>256</sup> House of lords, *R Jackson v. Attorney general* [2005] UKHL § 107

## Onderafdeling 2: Externe soevereiniteit

### *Inleiding*

Hoewel de theoretici lange tijd enkel aandacht hadden voor het interne aspect van soevereiniteit, hadden HUGO GROTIUS en SAMUEL VON PUFENDORF reeds oog voor het externe aspect. GROTIUS werkte een theorie uit waarbij hij ervan uitging dat er verplichtingen rusten op de staat, en dat de staat de samengomen wil van zijn bevolking dient te vertegenwoordigen.

PUFENDORF bouwde hierop verder en versterkte de autoritaire funderingen van soevereiniteit door te stellen dat de staat een moreel persoon is. De staat is onder internationaal publiek recht met andere woorden een persoon die gebonden is door verplichtingen vis-à-vis een andere staat. Traditioneel wordt de ontwikkeling van externe soevereiniteit gelinkt aan de Vrede van Westfalen.<sup>257</sup> Dit gegeven staat evenwel meer en meer op de helling, detailleuze lezing van de verschillende verdragen<sup>258</sup> wijst uit dat het creëren van een internationaal systeem van soevereine staten - *externe soevereiniteit* - geen hoofdzorg was van de onderhandelaars, integendeel, de meeste wilden enkel hun eigen - *interne* - soevereiniteit beschermen.<sup>259</sup>

### **§1: de invloed van industrialisatie op het soevereiniteitsbegrip**

Meer en meer wordt aangenomen dat de industrialisatie in de 19<sup>de</sup> eeuw de vruchtbare grond bij uitstek bleek te zijn voor de ideologie van staatssoevereiniteit. Waarbij er een groeiende aandacht was voor het externe aspect. Doordat het begrip zo'n emotioneel en populair appel kende werd het een centraal element in de internationale betrekkingen. Met als gevolg dat historici, gezien de positieve connotatie van het begrip een historische verklaring zochten voor het begrip en vonden – in de Vrede van Westfalen. Zoals reeds werd vermeld, is dit echter een misvatting. Het is in de context van industrialisatie dat het concept soevereiniteit is uitgegroeid tot zijn huidige betekenis. Maar ten tijde dat men het begrip uitwerkte – met name tijdens de 19<sup>de</sup> en 20<sup>ste</sup> eeuw - had men niet het tijdelijk karakter van de nationale soevereine staat kunnen voorzien. Immers het bijna complete samenvallen van de staat en gemeenschap is een historische exceptie, en is van voorbijgaande aard. Maar terwijl industrialisatie de economie van de nationale staten meer en meer in zijn greep heeft, en ervoor gezorgd heeft dat de staten autonomie verkregen, heeft begrip een ongelooflijk positieve connotatie verworven. Daarom zijn er nog veel aanhangers van het principe zoals het in die tijd werd uitgewerkt. Deze negeren evenwel dat de autonomie zoals ze toen bestond gradueel uitgehold wordt door het proces dat het eens gegeven heeft aan de nationale staat. Industrialisatie is het proces waarbij arbeid verdeeld wordt, waarbij in de 19<sup>de</sup> eeuw de belangrijkste economische circuits op lokaal niveau naar het nationaal niveau verheven werden. Deze evolutie maakte de staat dus geïntegreerd, sterker en gaf ons de soevereine staat zoals we het vandaag de dag begrijpen. Industrialisatie voerde echter het proces voort en de belangrijkste economische circuits op nationaal niveau werden verheven naar een internationaal niveau. Industrialisatie is verworven tot globalisatie. Globalisatie is het proces bij uitstek die de nationale soevereiniteit meer en meer beperkt.

Deze evolutie maakte de staat dus geïntegreerd en sterker en gaf ons de soevereine staat, zoals we het vandaag de dag begrijpen. Maar industrialisatie voerde het proces voort en de belangrijkste economische circuits op nationaal niveau worden verheven naar een internationaal niveau. Industrialisatie is verworven tot globalisatie. Globalisatie is op zijn beurt het proces bij uitstek dat de nationale soevereiniteit meer en meer beperkt.

---

<sup>257</sup> Bestaat uit: Vrede van Münster, Münster, Duitsland (15 mei 1648); Verdrag van Münster, Münster, Duitsland (24 oktober 1648); Verdrag van Osnabrück, Osnabrück, Duitsland (24 oktober 1648).

<sup>258</sup> Ibid.

<sup>259</sup> CROXTON, D. "The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty, *the International History Review*, 589.



## §2: Relativering van de externe soevereiniteit<sup>260</sup>

Soevereiniteit wordt niet enkel door globalisatie beperkt. Het is een trend die zijn oorsprong vond na de Grote Oorlog. Vóór de Grote Oorlog heerste er het idee dat een soevereine staat geen beperkingen kende op de uitoefening van zijn bevoegdheden, het is dan ook dit idee dat leidde tot de tragedie van de Grote Oorlog. Het werd erkend dat staten door dit absoluut concept 'per ongeluk' een oorlog konden starten met globale proporties. Het was WOODROW WILSON die met het idee kwam om een internationale organisatie *League of nations* op te starten. Maar deze organisatie vereiste een onderwerping van een deel van de soevereiniteit aan het internationaal recht. Maar het soevereiniteitsidee speelde een prominente rol en men kwam op een "unanimiteitsbeginsel", dus vanaf dat één lid tegen een beslissing van *the league* was, werd het lamgelegd. In deze zin overheerste een soort van "thick" of "sterke" versie van soevereiniteit<sup>261</sup> die dan ook de mogelijkheid ondermijnde om een deel van de soevereiniteit te onderwerpen aan het internationaal recht. Uiteindelijk paralyseerde *the league of nations*, wat sommige critici dan weer zien als een reden die heeft bijgedragen aan de tweede wereldoorlog. Onder het mom van soevereiniteit werd in de tweede wereldoorlog geclaimd dat het oorlogsrecht helemaal geen beperkingen oplegt aan de soeverein. Op het einde van de oorlog was men het erover eens dat misbruik van de staatssoevereiniteit tot veel leed en zelfs horror heeft geleid. Kort erna kwam er al een belangrijk initiatief om de soevereiniteit te beperken, het Nürnberg Tribunaal. Het bleef daar niet bij, in 1945 werd ook de Verenigde Naties opgericht, het VN Handvest plaatst dan ook limieten op de soevereiniteit van de verdragspartijen<sup>262</sup>. Paradoxaal genoeg is het evenwel ook een systeem waardoor men soevereiniteit verwerft. "Paradoxically membership in the UN is an important means of asserting sovereignty"<sup>263</sup> In Europa is de soevereiniteit nog verder gerelativeerd, enerzijds door de Europese Unie, die vandaag geldt als de grootste beperking op het soevereiniteitsrecht, en anderzijds door de oprichting van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

---

<sup>260</sup> NAGAN, W.P., HADDAD A.M., "Sovereignty in theory and practice", *San Diego International Law Journal*, 2012.; NAGAN, W.P., HADDAD A.M., "the changing character of sovereignty in international law and international relations", *Colombia Journal of transnational law*, 2004; VAN DER VYVER, J.D. "Sovereignty and human rights in constitutional and international law", *Emory International Law Review*, 1991.

<sup>261</sup> Johann Jakob Moser's werk "is particularly important for changing and justifying the endurance of a "strong" or "thick" sovereignty in international law"

<sup>262</sup> Preamble; Article 1; Art. 6 VN handvest. ""; Hoofdstuk IV van het VN Handvest

<sup>263</sup> article 2(1) en art. 2(7) en art. 2(4)



## **Conclusie**

De absolute nationale soevereiniteit, als dit zelfs al ooit bestaan heeft, is op de terugweg. Het wordt vervangen door een notie waarin geaccepteerd wordt dat de staat beperkt is in zijn soevereiniteit. De nationale soevereiniteit mag evenwel slechts beperkt worden met betrekking tot die gebieden waarin de staat de soevereiniteit vrijwillig heeft overgedragen.

Uit het voorgaande valt ook af te leiden dat het begrip soevereiniteit kan opgedeeld worden in twee aspecten met name de formele en de materiële soevereiniteit. De formele soevereiniteit, die slaat op de ultieme beslissingsmacht gebonden te zijn door een internationaal verdrag of niet, berust nog steeds bij de staat. De materiële soevereiniteit, dit slaat op de beslissingsmacht, is deze die werd overgedragen naar de EU of het EHRM. Evenwel in beperkte mate, want hoewel het Hof een schending kan vaststellen, kunnen de lidstaten nog steeds ervoor kiezen om het arrest niet ten uitvoer te leggen. Met andere woorden de uiteindelijke materiële soevereiniteit, berust nog steeds bij de staat.

In het kader van dit onderzoek wordt aldus de volgende werkdefinitie voor Soevereiniteit gehanteerd:

*“1. Soevereiniteit is de exclusieve macht van de staat om wetgeving uit te reiken (interne soevereiniteit) en internationale betrekkingen aan te gaan (externe soevereiniteit).*

*2. Exclusieve soevereine macht betekent niet onbeperkt of absoluut: de materiële soevereiniteit kan beperkt worden.*

*De beperking dient wel aan de volgende voorwaarden te voldoen:*

- (a) de beperking is vrijwillig*
- (b) de beperking mag niet zover gaan en een einde stellen aan de formele soevereiniteit.”*

## Afdeling 2: Een vrijwillige Beperking van de Soevereiniteit

### Onderafdeling 1: De ondertekening van het EVRM

De EVRM – lidstaten hebben in de nasleep van WOII ervoor gekozen dat een beperking van de soevereiniteit, te verkiezen was over een ongelimiteerde soevereiniteit die WOII in de eerste plaats mogelijk maakte.<sup>264</sup> Men was er van overtuigd dat dit ten gunste van de mensenrechtenbescherming zou zijn.. Die soevereiniteitsoverdracht is gelegitimeerd omdat de soeverein zelf de grenzen van zijn bevoegdheid vastlegt en interpreteert. Daarom is soevereiniteitsdistributie mogelijk.

Gezien de soevereiniteit van de EVRM – lidstaten erkend wordt, hadden zij ook de bevoegdheid om deze te beperken als zij dit willen. Ondertekening en ratificering van het EVRM gebeurt vrijwillig. Daarenboven blijft de formele soevereiniteit gewaarborgd doordat opzegging van het verdrag nog steeds mogelijk is.<sup>265</sup> *Prima facie* kan dus geconcludeerd worden dat de ondertekening van het EVRM en de daaruit voortvloeiende soevereiniteitsbeperking, valt binnen de definitie van soevereiniteit zoals hierboven weergegeven.

### Onderafdeling 2: De Evolutive Interpretatie

Dat de formele soevereiniteit gewaarborgd blijft, en aldus de soevereiniteit niet op een onvrijwillige manier beperkt wordt zal de critici niet overtuigen. Zij hanteren immers de volgende retoriek: migratie en de welvaartstaat waren niet gekend op het moment van ondertekening, bijgevolg heeft het EHRM over deze kwesties geen rechtsmacht. Maar deze retoriek is niet houdbaar om verschillende redenen. Deze worden hierna achtereenvolgens besproken.

#### §1. Het 'Originalism' weerlegd

##### §1.1 De rechtsmacht van het Hof (art. 32 EVRM)

Art. 32 EVRM bepaald het volgende:

*"1. De rechtsmacht van het Hof strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het Verdrag en de protocollen*

*2. in geval van een meningsverschil met betrekking tot de vraag of het Hof Rechtsmacht heeft, beslist het Hof."*

Dit verdragsartikel beperkt de rechtsmacht van het Hof op generlei wijze. Dit valt ook af te leiden uit verdragsartikels met betrekking tot de gewaarborgde rechten en vrijheden. Die zijn gedefinieerd op algemene wijze, bijgevolg wordt er ruimte open gelaten voor interpretatie. Met andere woorden het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is een instrument van ontwikkeling en verbetering en geen "end game"<sup>266</sup> verdrag die de stand van zaken zoals ze 60 jaar geleden bestonden bevroor.<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> Zie deel externe soevereiniteit.

<sup>265</sup> Art. 58 EVRM.

<sup>266</sup> "End-game treaties have the following characteristics in common: the treaty is not intended to govern over an extended duration, there is a lack of open terms, future cooperative behavior is not expected, benefits and burdens are divided and allocated rather than shared, there is no transaction-specific investment, and close relations do not form an integral aspect of the relationship." In WESSEL, J., "Relational contract Theory and Treaty interpretation: End-Game Treaties v. Dynamic interpretation, *NYU Annual Survey of American Law*, 2004, 180.

<sup>267</sup> DZEHTSIAROU, K., "European Consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights", *The German Law Review*, 2011, 1730.

## §1.2. Het Weens Verdragenverdrag als juridische grondslag voor de evolutieve interpretatie

De evolutieve interpretatie staat niet op zichzelf, en vindt dan ook zijn wettelijke grondslag in het EVRM zelf en in het internationaal recht.

Bij het interpreteren van verdragen, waaronder ook het EVRM, kan het Hof zich laten leiden door de bepalingen van het Weens Verdragenverdrag (hierna: WVV)<sup>268</sup>, meer bepaald art. 31 - 33.<sup>269</sup>

De hoofdregel voor verdragsinterpretatie (art. 31, eerste lid WVV) luidt als volgt:

*“Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag”*

Voortbouwend op die gedachte dient men dus het EVRM te interpreteren aan de hand van de doelstellingen zoals die in de preambule staan vermeld.

Het doel van de conventie is volgens de preambule een grotere eenheid tussen de EVRM-lidstaten creëren, de afdwinging en bescherming van mensenrechten is hier een middel toe.<sup>270</sup> Doordat de evolutieve interpretatie, de afdwinging en bescherming van mensenrechten mogelijk maakt op een effectieve en praktische manier, wordt hiermee het doel die de Verdragspartijen bij het tekenen van het EVRM voor ogen hadden verwezenlijkt. Bijgevolg is de interpretatiemethode conform art. 31 WVV en kan het als basis dienen voor het Hof om de verdragsbepalingen te interpreteren.

Daarenboven is het Verdrag ondertekend door zowel het Verenigd Koninkrijk als door Nederland. Hierdoor kan men concluderen dat zij, impliciet, een evolutieve interpretatie onderschrijven. Daarenboven is het Verdrag een codificatie van internationaal gewoonterecht, van zijn beginselen kan aldus niet meer worden afgeweken.

## §1.3. Een dynamische interpretatie: *Golder t. Verenigd Koninkrijk* als grondslag

In *Golder t. Verenigd Koninkrijk*<sup>272</sup> interpreteerde het Hof het EVRM aan de hand van de doelstellingen zoals ze vermeldt zijn in de preambule. Het Hof deed dit door de redenering te steunen op het Weens Verdragenverdrag.<sup>273</sup> De methode werd evenwel op dat moment niet unaniem onderschreven. Rechter Fitzmaurice bracht aan dat het niet verwacht kon worden van een verdragspartij dat deze zou voldoen aan een verplichting die niet in het verdrag is uitgedrukt noch erin gedefinieerd is.<sup>274</sup>

## §1.4. *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk* het mijlpaalarrest voor de evolutieve interpretatie

In 1978 werd met *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*<sup>275</sup> de baan gelegd voor een evolutieve interpretatie. Het bepaalde dat:

<sup>268</sup> Weens Verdragenverdrag, Wenen, Oostenrijk, 23 mei 1969.

<sup>269</sup> Cf. EHRM, *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, 21 februari 1975

<sup>270</sup> preambule EVRM

<sup>272</sup> EHRM, *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, 21 februari 1975.

<sup>273</sup> EHRM, *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, 21 februari 1975, para. 29

<sup>274</sup> EHRM, *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, 21 februari 1975 separate opinion of Judge Fitzmaurice, para. 30 - 32

<sup>275</sup> EHRM, *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, 25 april 1978 – zaak waarin het Hof naging of lijfstraffen op school in overeenstemming is met de conventie

*“[T]he Convention is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present -day conditions [...] [T]he Court cannot but be influenced and commonly accepted standards in [...] the Member States of the Council of Europe [...]”<sup>276</sup>*

Ondertussen is deze interpretatiemethode uitgegroeid tot een “vast ingeburgerd gegeven”<sup>277</sup> in het Europees Hof zijn rechtspraak. Het wordt gebruikt voor de meest uiteenlopende conventierechten: bijvoorbeeld, het artikel 3 het verbod op foltering, het artikel 5 recht op vrijheid en veiligheid, het artikel 6 recht op een eerlijk proces, het artikel 8 recht op eerbiediging van privé – leven, het artikel 14 verbod op discriminatie.

De evolutieve interpretatiemethode is fundamenteel voor de effectiviteit van het EVRM-systeem, het zorgt er namelijk voor dat de rechten “praktisch en effectief zijn in plaats van theoretisch en illusoir”.<sup>278</sup> Immers mocht het EHRM niet de evolutieve interpretatie aanhouden bestaat er een risico dat het Verdrag in plaats van voor verbetering en vernieuwing te zorgen het er juist een belemmering van vormt.<sup>279</sup>

## **§2. Evolutieve interpretatie onder vuur: Lord Hoffman’s kritiek als leidraad**

Zoals reeds gezegd staat de kritiek een beperkt gebruik van de evolutieve interpretatie voor.<sup>280</sup>

Lord Hoffmann maakt dit duidelijk door op het volgende te wijzen:

*“The proposition that the Convention is “ a living instrument is the banner under which the Strasbourg court has assumed power to legislate what they consider to be required by “European public order”. I would entirely accept that the practical application of the concept of a cruel punishment may not be the same today as it was even 50 years ago. But that does not entitle a judicial body to introduce wholly new concepts, such as the protection of the environment, into an international treaty which makes no mention of them, simply because it would be more in accordance with the spirit of the times. It cannot be right that the balance we in this country (UK) strike between freedom of the press and privacy should be decided by a Slovenian Judge<sup>281</sup> saying of a decision of the German Constitutional Court:*

*“I believe that the courts have to some extent and under American influence mad a fetish of the freedom of the press (...) it is time that the pendulum swung back to a different kind of balance between what is private and secluded and what is public and unshielded”<sup>282</sup>*

Er zijn evenwel enkele problemen met zijn redenering: hij gaat ervan uit dat het Hof arbitrair de evolutieve interpretatie methode toepast(1), dat in sommige gevallen rechtsontwikkeling via de evolutieve interpretatie geoorloofd is, ,maar in andere dan weer niet, zonder dit te beargumenteren (2), tot slot verwijst hij ter ondersteuning van zijn standpunt naar een uitspraak van een Sloveens rechter maar geeft cruciale informatie niet mee(3)

### **§2.1 De begrenzing aan de evolutieve interpretatie**

PREBENSEN onderscheidt, aan de hand van een analyse van de rechtspraak van het hof, drie cumulatieve voorwaarden vooraleer evolutieve of dynamische interpretatie een doorslaggevende rol kan spelen.<sup>283</sup>

<sup>276</sup> EHRM, *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, 25 april 1978, para. 31.

<sup>277</sup> J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005,193.

<sup>278</sup> EHRM, *Scoppola t. Italië(Nr.3)*, 22 mei 2012 (GK), para. 104

<sup>279</sup> J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005,193; EHRM, *Scoppola t. Italië(Nr.3)*, 22 mei 2012 (GK), para. 104.

<sup>280</sup> Zie *supra*: Deel II: de kritiek onder de loep gnomes

<sup>281</sup> rechter Zupančič

<sup>282</sup> LORD HOFFMAN, *The Universality of human rights*, judicial studies Board annual lecture, 19 Maart 2009, consulteerbaar op: <http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-Hoffman-19032009>

<sup>283</sup> PREBENSEN, S., “Evolutive interpretation of the European Convention on human rights”, in P. MAHONEY e. a. (red.) *Protecting human rights: the European perspective, studies in memory of rolv ryssdal*, Keulen, 2000, 1123 – 1137.

*(a) de aard van het recht en materie verzet zich niet tegen evolutieve interpretatie*

Een treffend voorbeeld hiervan is de zaak *F. t. Zwitserland*, voorheen gold in Zwitserland een verbod om binnen de drie jaar na een echtscheiding opnieuw te trouwen. Hoewel zo'n wachtperiode niet meer gold in de andere verdragsstaten overwoog het Hof dat dit gegeven niet voldoende was om te concluderen tot schending van het recht op trouwen (art. 12 EVRM)<sup>284</sup>

“

*(b) evolutieve interpretatie mag niet leiden tot de creatie van nieuwe rechten.*

In de zaak *Johnston en anderen t. Ierland*<sup>285</sup> wees het Hof de gedachte af dat het recht om te huwen (art. 12 EVRM) ook een recht inhield op een echtscheiding. In de recentere zaak *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*<sup>286</sup> werd de redenering afgewezen dat het recht op leven (art. 2 EVRM) ook een recht op sterven zou behelzen.

Met andere woorden, de evolutieve interpretatie is niet in elk geval gelegitimeerd, evenmin wordt het in alle gevallen door het Hof gehanteerd.

*(c) De aan-/afwezigheid van een Europese “common ground”: het consensus principe.*

Reeds in *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk* werd van het consensus principe gebruik gemaakt als bewijs om over te gaan tot evolutieve interpretatie.<sup>287</sup> Met het consensus beginsel wordt een reden buiten het Verdrag gevonden om over te gaan tot evolutieve interpretatie<sup>288</sup>, en wordt de legitimiteit van de arresten van het Hof gewaarborgd.<sup>289</sup> Het gebruik van het consensus beginsel is enigszins merkwaardig. Het Hof kan ook tot een evolutieve interpretatie komen op basis van een *teleologische interpretatie* waarbij het zich bij een uitleg van het EVRM baseert op het doel van de grondrechtenbescherming.<sup>290</sup> Maar dit wordt door het EHRM niet als afdoende beschouwd, en aldus legt het zich een extra beperking op in de vorm van een consensusbeginsel. Zodanig wordt “voorkomen dat zijn interpretaties losgezongen raken van het nationale recht”.<sup>291</sup> Immers voor een adequate tenuitvoerlegging van de uitspraken van het hof is het noodzakelijk dat zijn uitspraken niet te zeer ingaan tegen heersende sociale, culturele en politieke opvattingen. In dit perspectief is de consensusmethode dan ook uiterst geschikt, het Hof geeft op deze manier blijk dat er rekening wordt gehouden met de verschillen en overeenkomsten in het nationale recht van de EVRM – lidstaten.

*i. Maar hoe wordt deze consensus bepaald?*

De consensus kan bepaald worden op velerlei wijze: via nationaal recht, internationaal recht, Europees recht en zelfs in sommige gevallen door buitenlands recht. Al wordt deze laatste eerder als bron voor creatieve en

---

<sup>284</sup> “the Fact that, at the end of a gradual evolution, a country finds itself in an isolated position as regards one aspect of its legislation does not necessarily imply that that aspect offends the Convention, particularly in a field – matrimony – which is so closely bound up with the cultural and historical traditions of each society and its deep - rooted ideas about the family unit.” In *F. t. Zwitserland*, EHRM, Nr. 11329/85 (18 december 1987) para. 33.

<sup>285</sup> EHRM, *Johnston en anderen t. Ierland*, 18 december 1986, para. 54.

<sup>286</sup> EHRM, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, 29 april 2002.

<sup>287</sup> EHRM, *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, 25 april 1978.

<sup>288</sup> KOCH, I., E., VEDSTED – HANSEN, J., “international human rights and national legislatures -conflict or balance?”, *Nordic Journal of International Law*, 2006, 11.

<sup>289</sup> DZEHTSIAROU, K., “European Consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights”, *The German Law Review*, 2011, 1743.

<sup>290</sup> Cf. EHRM, *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, 21 februari 1975.

<sup>291</sup> J.H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 75.

bruikbare oplossingen en argumenten gehanteerd om een vergelijkbaar interpretatieprobleem, zoals die aan het EHRM is voorgelegd, op te lossen.<sup>292</sup> Om de convergentie van de nationale rechtsopvattingen vast te stellen verwijst het regelmatig naar nationale rechtspraak en regelgeving. Verwijzing naar de nationale wetgeving wordt niet als afdoende beschouwd, dus wordt ook bezien hoe die wetgeving door rechters en bestuursorganen wordt toegepast. Volgens GERARDS ontbreekt nog een belangrijk element, en zou het Hof daarenboven ook omstandig moeten nagaan welke maatschappelijke opvattingen er over een bepaald onderwerp heersen. GERARDS merkt dat goede rechtsvergelijkende overzichten vooral opgesteld worden voor zaken in de Grote Kamer.<sup>293</sup> Soms worden overzichten beschikbaar gesteld door *Amici Curiae*<sup>294</sup> of maakt het hof bv. gebruik van Europese rapporten. Met betrekking tot deze laatste wordt terecht opgemerkt dat zij vaak niet de landen van de Raad van Europa omvatten, maar enkel de landen van EU.<sup>295</sup> Daarenboven kan de methode leiden tot een circulaire interpretatie waarbij een uitspraak van het Hof gebaseerd op rechtspraak in de lidstaten, die op zijn beurt gebaseerd is op een eerdere uitspraak van het Hof. In zulke gevallen is van een autonome ontwikkeling in de lidstaten geen sprake.<sup>296</sup> Het gevolg is dat vanwege deze methodologische tekortkomingen vragen kunnen gesteld worden bij de legitimiteit van de Europese consensus als grondslag voor een evolutieve interpretatie.<sup>297</sup> Ook het bestaan van internationale verdragen, *Soft law* en uitspraken van andere internationale rechterlijke instanties worden gebruikt om een Europese consensus vast te stellen. Een wettelijke grondslag hiervoor kan gevonden worden in art. 31, derde lid (c) Weens Verdragenverdrag, waarin een verplichting kan gelezen worden om het verdrag uit te leggen in de context van “iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast”. Deze verplichting werd ook reeds door het Hof aangevoerd om interpretatie op basis van internationaal recht te rechtvaardigen.<sup>298</sup>

Maar wat betreft consensusinterpretaties in het licht van internationaal recht blijkt het hof niet erg consistent te zijn. In sommige gevallen zal het Hof stellen dat het van belang is dat het EVRM in overeenstemming met het internationaal recht wordt geïnterpreteerd ongeacht de vraag of het Verdrag op een breed draagvlak kan steunen. Soms zal het Hof juist het omgekeerde oordelen en stellen dat ook al heeft een zeer groot aantal lidstaten het Verdrag ondertekend, er geen reden is om tot een nieuwe verdragsuitleg te komen.<sup>299</sup>

De consensusinterpretatie op basis van internationaal recht, lijkt volgens GERARDS eerder een overwegend retorisch karakter te hebben, dan dat er sprake is van een systematisch en consistente toepassing van de interpretatiemethode.<sup>300</sup> Ook het Europees recht kan als inspiratiebron dienen om een verdragsbepaling uit te leggen. Dit is evenwel een controversiële benadering, immers bijna de helft van de lidstaten van de Raad van Europa is geen lid van de Europese Unie. Hierdoor kan het Hof, ook aan zij die geen lid zijn van de EU, indirect de EU – rechterlijke verplichtingen opleggen. Een andere tendens is dat het Hof in een toenemend aantal zaken verwijst naar het Handvest van de Grondrechten van de EU of naar de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Zelfs in zaken waar de verwerende staat geen lid is van de Europese Unie.<sup>301</sup>

---

<sup>292</sup> J.H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 90.

<sup>293</sup> J. .H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 80.

<sup>294</sup> EHRM, Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk, 11 juli 2002.

<sup>295</sup> J. .H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 80 voetnoot 169.

<sup>296</sup> DIVERSE AUTEURS, “Goede Raad voor Egbert Myjer”, *NJCM Bulletin*, 2004, 984.

<sup>297</sup> J. .H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 81.

<sup>298</sup> EHRM, *Mamatkulov & Askarov t. Turkije*, 4 februari 2005, para. 111.

<sup>299</sup> Hoewel 37 van de op dat moment 41 lidstaten het *Kaderverdrag voor de bescherming van minderheden* had ondertekend. Het Hof concludeerde evenwel 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.” in EHRM, *Chapman t. Verenigd Koninkrijk*, 18 januari 2001 (GK), para. 94.

<sup>300</sup> J. .H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 81

<sup>301</sup> EHRM, *Micallef t. Malta*, 15 oktober 2009, para. 32 en 78; EHRM, *Bayatyan t. Armenië*, 27 oktober 2009 paras. 45 en 51; EHRM, *Neulinger & Shuruk t. Zwitserland*, 6 juli 2010, para. 135.



ii. Wanneer is er dan sprake van consensus?

Dat is variabel naargelang het onderwerp, soms is een trend genoeg, soms zal volledige consensus nodig zijn. Het moge duidelijk wezen dat ingeval van een gevoelig of lastig onderwerp *common approach* moeilijk te vinden zal zijn. Het Hof is dan ook van mening dat het te ver zou gaan om in alle gevallen een volledige consensus te vereisen om evolutieve interpretatie toe te passen. Het Hof heeft dit veruitwendigd in het *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*:

*"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 [...]"*<sup>302</sup>

Hoewel een duidelijke ontwikkeling in een bepaalde richting voldoende kan zijn om een basis te vormen voor evolutieve interpretatie, is dat niet in alle zaken zo. Er zijn nog steeds gevallen waarbij het Hof het juist belangrijk vindt dat er wel sprake is van een volledige consensus.<sup>303</sup> Dit is voornamelijk in , politiek, gevoelige zaken het geval.<sup>304</sup>

Maar het probleem blijft dat als een lidstaat bezwaren heeft tegen een evolutieve interpretatie het toch gedwongen kan worden om de interpretatie, zoals gegeven door het EHRM , te aanvaarden. Dit zal niet het geval zijn als de lidstaat legitieme en overwegende bezwaren kan opwerpen. Wat evenwel niet uit het oog mag verloren worden is dat hoewel het Hof de verplichting heeft om minderheden tegen meerderheden te beschermen het hier gaat om staten die de grondrechten van individuen dienen te beschermen. Het is dan ook de vraag als een staat niet bereid is een bepaalde interpretatie te aanvaarden hoeverre dit ten koste van de rechten en de vrijheden van de inwoners mag gaan.<sup>305</sup> Ook het hof lijkt dit standpunt in te nemen. In *Campbell & Cosans t. Verenigd Koninkrijk*, een zaak over lijfstraffen op school, overwoog het Hof alvast het volgende:

*"Corporal Chastisement is traditional in Scottish schools and, indeed, appears to be favoured by a large majority of parents. Of itself this is not conclusive of the issue before the Court for the threat of a particular measure is not excluded from the category of 'degrading', within the meaning of Article 3, simply because the measure has been in use for a long time or even meets with general approval"*<sup>306</sup>

Zoals reeds gezegd zal in zeer veel gevallen een gebrek aan consensus prevaleren, het Hof heeft in zo'n gevallen meer oog voor de statelijke belangen dan voor de proactieve bescherming van de individuele grondrechten. *"Vanuit een pragmatische visie is het begrijpelijk dat het Hof niet lijnrecht ingaat tegen de statelijke opvattingen in dit verband, maar zich voorzichtig en terughoudend opstelt. De methode van consensusinterpretatie biedt daarvoor bij uitstek mogelijkheden."*<sup>307</sup>, aldus GERARDS.

<sup>302</sup> EHRM, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, 11 juli 2002 , para. 85.

<sup>303</sup> EHRM, *McElhinne t. Ierland* , 21 november 2001, para. 38.

<sup>304</sup> Bijvoorbeeld: EHRM, *A.B. & C. t. Ierland*, 16 december 2010 (GK). over drie in Ierland woonachtige vrouwen die zich genoodzaakt zagen abortus in het buitenland te ondergaan.

<sup>305</sup> J. H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 92.

<sup>306</sup> EHRM, *Campbell & Cosans t. Verenigd Koninkrijk*, 29 februari 1982, para 29.

<sup>307</sup> J. H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 95.

## §2.2 Rechtsontwikkeling wanneer mag het en wanneer niet?

Waarom vindt HOFFMAN rechtsontwikkeling op sommige punten fundamenteel onjuist en op andere punten dan weer juist terecht? HOFFMANN geeft geen reden voor zijn mening en stelt simpelweg dat het *volgens hem* in het ene geval geoorloofd is en in andere gevallen niet.

Kortom: het argument dat evolutieve interpretatie moet worden ingeperkt wordt van stal gehaald iedere keer de uitkomst van een arrest niet bevalt.<sup>308</sup> Evenzeer geldt dit voor de *amici curiae* van het hof die de evolutieve interpretatie van het Hof verdedigen. Ook zij vinden niet dat in elk geval evolutieve interpretatie geoorloofd is.<sup>309</sup> De vraag dient aldus herformuleerd te worden, in plaats van “dynamisch of niet” moet de vraag luiden “wanneer dynamisch en wanneer niet”.<sup>310</sup> Een uitvoerig onderzoek van de rechtspraak van het EHRM zal nodig zijn om hier een duidelijk antwoord op te formuleren. Niettemin, biedt het verstaan van de evolutieve interpretatie als een methode van het Hof om zijn morele oordelen te legitimeren alvast verduidelijking.<sup>311</sup> Met andere woorden zolang de evolutieve interpretatie niet genoeg is om te dienen tot een nieuwe interpretatie en deze aldus het morele oordeel die het EHRM noodzakelijkerwijs velt niet kan legitimeren, zal er geen nieuwe interpretatie van het EVRM aanvaard kunnen worden.

Merk ook op dat het Hof een minimumstandaard dient te beschermen, dit betekent dat evolutieve interpretatie nooit gebruikt kan worden om rechten die er al waren in 1950 nu niet meer toe te kennen, Aldus wordt de evolutieve interpretatie gebruikt om de rechten die in het EVRM gelezen kunnen worden uit te breiden en niet te beperken.

## § 2.3 Het citaat van Rechter Zupančič

Door te verwijzen naar deze uitspraak impliceert Hoffmann dat rechter Zupančič tegen persvrijheid is, inderdaad de uitspraak op zichzelf genomen laat gemakkelijk tot die conclusie verleiden. Daarentegen eens de uitspraak in zijn context wordt geplaatst komt men tot een geheel andere conclusie.

In de eerste plaats gaat het over een zgn. dissenting opinion of afwijkende mening. Dit systeem, overgewaaid uit de common law, wordt door het EVRM gegarandeerd in art. 45 EVRM. Hoewel over de precieze functie van het systeem discussie bestaat,<sup>312</sup> staat het vast dat op deze manier de rechters de kans gegeven wordt uit te leggen waarom zij voor, of juist tegen een schending hebben gestemd.<sup>313</sup> Soms gaan zij hierbij tegen de meerderheid in, ook kan het zijn dat ze tot dezelfde conclusie als de meerderheid zijn gekomen maar dat dit steunt op een andere argumentatie. In principe hebben deze “*opinions*”, of ze nu “*separate*”, “*concurring*” of “*dissenting*” zijn, geen enkele juridische waarde. ze zijn niet bindend, en geven niet aan hoe het recht in de tijd kan of zal evolueren. Dit betekent evenwel niet dat ze waardeloos zijn.<sup>314</sup> Ze kunnen immers een alternatieve interpretatie bieden die ingaat tegen de meerderheidsopvatting. In de zaak *Von Hannover t. Duitsland*, waaruit het beruchte citaat van rechter Zupančič werd gehaald, moest het EHRM oordelen of Prinses Caroline Von Hannover haar recht op privacy

<sup>308</sup> SPIJKERBOER, T., “Het debat over het Europese hof voor de Rechten van de Mens”, *NJB*, 2012, 260.

<sup>309</sup> Denk hierbij aan de veranderde veiligheidssituatie na 9 september 2011.

<sup>310</sup> SPIJKERBOER, T., “Het debat over het Europese hof voor de Rechten van de Mens”, *NJB*, 2012, 260.

<sup>311</sup> P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2013, 89.

<sup>312</sup> Sommigen zijn van mening dat het ‘Afwijkende meningen’ geen instrumenten zijn maar symbolen die toelaten aan de verschillende rechtstradities zich thuis voelen in het ‘huis van Europa. zie: BRUINSMA, F., DE BLOIS, M., “Rules of law from Westport to Wladiwostock. Separate opinions in the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1997, 175-186. Anderen zijn dan weer van mening dat het een instrument is die het mogelijk maakt om de bewaker van de mensenrechten te bewaken. Zie F. RIVIÈRE, *Les opinions Séparées des juges à la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Brussel, Bruylant, 2005, 433-439.

<sup>313</sup> “Indien een uitspraak niet, geheel of gedeeltelijk, de eenstemmige mening van de rechters weergeeft, heeft iedere rechter het recht een uiteenzetting van zijn persoonlijke mening toe te voegen.” (Art. 45, lid 2, EVRM)

<sup>314</sup> FISCHER, G.S., “The greatest dissenter”, *Federal lawyer*, 2003, 32.

geschonden was. Het feit dat ze een publiek persoon was werd extensief in overweging genomen<sup>315</sup>, iets wat volgens rechter Zupančič niet nodig was gezien de determineringstest gehanteerd in een eerder arrest, met name *Halford t. het Verenigd Koninkrijk*:

*"I would suggest a different determinative test: the one we have used in Halford v. the United Kingdom [...], which speaks of "reasonable expectation of privacy". The context of criminal procedure and the use of evidence obtained in violation of the reasonable expectation of privacy in Halford do not prevent us from employing the same test in cases such as the one before us. The dilemma as to whether the applicant here was or was not a public figure ceases to exist; the proposed criterion of reasonable expectation of privacy permits a nuanced approach to every new case."*

Met andere woorden met deze uitspraak werd niet bedoeld dat het EHRM in detail zou moeten bepalen hoe de vrije meningsuiting in de EVRM-lidstaten geregeld wordt<sup>317</sup>, bijgevolg kan hieruit niet de conclusie getrokken worden dat met deze uitspraak de rechtsmacht ongebreideld vergroot wordt. Rechter Zupančič geeft in zijn Afwijkende mening aan dat hij het eens is met de beslissing van het Hof maar in tegenstelling tot de meerderheid de schending op een andere manier zou vaststellen. Kortom, rechter Zupančič verleend ons een inkijk hoe hij redeneert, dit brengt toe aan de toegankelijkheid van het EHRM rechtspraak. Daarenboven moet benadrukt worden, dat een Afwijkende mening niet bindend is, de interpretatie voorgesteld door Zupančič is daarom niet afdwingbaar, maar kan bij een volgend voorval wel voorgesteld worden en misschien zelfs bijgetreden worden door het EHRM zelf

Kortom, De Evolutive interpretatie is niet uit de lucht gegrepen en vindt zijn juridische grondslagen niet alleen in het EVRM, maar ook in het internationaal recht.

Daarenboven is het aan cumulatieve voorwaarden onderworpen wat de toepassing bemoeilijkt. Dit is evenwel verantwoord, als men mensenrechtenbescherming effectief wil behouden kan men niet te pas en te onpas een evolutieve interpretatie gebruiken die noodzakelijkerwijs het toepassingsgebied van het Verdrag vergroot. Iets wat de EVR –lidstaten zoveel mogelijk willen vermijden. Gezien zij de allereerste verantwoordelijkheid dragen om de mensenrechten op het nationaal niveau te beschermen, is het van belang de nationale staten niet te veel tegen de borst te stuiten en rechtsonwikkeling ook van onderuit ('bottom-up') te laten komen. Daarenboven zijn er ook de principes van rechtszekerheid en voorzienbaarheid die enorm van belang zijn. Mocht de evolutieve interpretatie te pas en te onpas gehanteerd worden zouden deze beginselen in het gedrang komen, wat het gezag van het Hof zou ondermijnen. Het Hof heeft dit ook grotendeels voorzien en hanteert een consensus methode, een methode die niet alleen de voorzienbaarheid van een uitspraak op basis van evolutieve verhoogt maar ook waarmee het Hof ankerpunten zoekt in de nationale lidstaten zelf. Op die manier wordt gegarandeerd dat voldoende draagvlak voor het realiseren van een recht aanwezig is.

Naargelang de aard van de zaak verschilt de grootte van de consensus. Zo zijn in gevoelige zaken bijna altijd een volledige consensus vereist en kan het in andere zaken weer genoeg zijn dat er een trend te bespeuren valt. Dit is volgens het Hof geoorloofd omdat het te ver zou reiken om in alle zaken, ook in de minder gevoelige, een volledige consensus te vinden.

---

<sup>315</sup> EHRM, *Von Hannover t. Duitsland*, 24 juni 2004, paras.73 – 75,

<sup>317</sup> iets wat trouwens simpelweg buiten de bevoegdheid van het hof is gelegen (zie *infra*)

### Onderafdeling 3: Tussentijdse conclusie

Het werd reeds aangetoond dat de absolute nationale soevereiniteit, als die al ooit heeft bestaan op de terugweg is. Maar hieruit mag men niet de verkeerde conclusies trekken, dat de absolute nationale soevereiniteit op de terugweg is betekent niet dat de aantijgingen van de critici onterecht zouden zijn. Het toont enkel aan dat soevereiniteit niet onbeperkt is. Met andere woorden aan een soevereiniteitsbeperking zijn voorwaarden verbonden. Op basis van die bevindingen werd een werkdefinitie ontwikkeld, ten voordele van de duidelijkheid wordt deze hier nog eens herhaald.

*“1. Soevereiniteit is de exclusieve macht van de staat om wetgeving uit te reiken (interne soevereiniteit) en internationale betrekkingen aan te gaan (externe soevereiniteit).*

*2. Exclusieve soevereine macht betekent niet onbeperkt of absoluut: de materiële soevereiniteit kan beperkt worden.*

*De beperking dient wel aan de volgende voorwaarden te voldoen:*

*(a) de beperking is vrijwillig*

*(b) de beperking mag niet zover gaan en een einde stellen aan de formele soevereiniteit.”*

Deze diende als leidraad, want hoewel reeds werd aangetoond dat nationale soevereiniteit niet onbeperkt moest hierna onderzocht worden of de soevereiniteitsbeperking ingevolge het EVRM en het EHRM aan de voorwaarden zoals geformuleerd in de werkdefinitie voldoen.

Aangezien de formele soevereiniteit gegarandeerd wordt in art. 58 EVRM, dit artikel regelt de opzegging van het Verdrag, voldoet de beperking, die uit het EVRM voortvloeit, alvast aan één van de voorwaarden. Maar met die eerste voorwaarde, met name dat de beperking vrijwillig moet zijn, ligt het wat moeilijker. Critici argumenteren dat de evolutieve interpretatie een onvrijwillige soevereiniteitsbeperking inhoudt, daar deze rechten introduceert die op het moment van ondertekening nog niet gekend, of gerealiseerd waren.

Dit argument zou gedeeltelijk steek houden mocht het een principe zijn die het Hof op eigen initiatief ontwikkelt had. Dit is evenwel niet het geval. De evolutieve interpretatie vloeit enerzijds voort uit de bevoegdheid die met het EVRM aan het Hof gegeven wordt en anderzijds uit de doelstelling van het verdrag. Met andere woorden het Hof heeft de bevoegdheid de effectieve en praktische uitoefening van de mensenrechten te verzekeren.

Dat het om verdragsrechten te interpreteren naar de preambule mag kijken volgt uit het Weens Verdragenverdrag, die is ondertekent door zowel het Verenigd Koninkrijk en Nederland. Bijgevolg erkennen zij, al is het impliciet, ook de evolutieve interpretatie.

Daarenboven wordt door de rechtspraak van het Hof een bijkomende garantie ingebouwd tegen een onvrijwillige soevereiniteitsbeperking.

Met name door het consensusbeginsel, dit beginsel gaat na in welke mate een recht gerealiseerd is in de EVRM-lidstaten. Bijgevolg kan men stellen dat als de evolutieve interpretatie wordt gebruikt er geen nieuw recht werd ontwikkelt aangezien het recht eerst *de facto* gerealiseerd moet zijn. Het Hof stelt dan alleen maar vast dat het recht bestaat en zal deze afdwingbaar maken.

### Afdeling 3: Reikt de rechtsmacht van het Hof te ver – een onderzoek in theorie en praktijk

Hoewel reeds aangetoond is dat de absolute nationale soevereiniteit op de terugweg is en dat aan de soevereiniteitsbeperkingen zoals ze uit de gehanteerde werkdefinitie naar voorkomen is voldaan zal dit de critici niet kunnen overtuigen. Zij blijven immers van mening dat de rechtsmacht van het Hof te ver reikt en dat er rechten in het EVRM gelezen worden waarvan helemaal niet de bedoeling was dat daaromtrent de soevereiniteit werd overgedragen. Om na te gaan in welke mate dit argument steek houdt wordt, in een weliswaar beperkte mate, de EHRM rechtspraak geanalyseerd. De analyse richt zich tot drie deelgebieden. Maar voor de rechtspraakanalyse kan worden aangevat, is het nodig om bepaalde concepten die gehanteerd worden door het Hof goed te begrijpen.

#### Onderafdeling 1: Het EHRM in theorie: de verschillende interpretatiemethoden op een rijtje

##### §1. De casuïstische rechtspraak van het EHRM.

Dat het EHRM iedere zaak op zijn eigen verdiensten beoordeeld komt duidelijk als hoofdregel naar voor in *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*<sup>318</sup>:

*"[...] 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"*<sup>319</sup> (onderlijning toegevoegd)

De casuïstische aanpak biedt het hof veel flexibiliteit. Of er nu sprake is van nationale gevoeligheden, een omstreden interpretatie of toepassing van het EVRM of de zaak zich kenmerkt door bijzondere feiten, het EHRM kan, door de casuïstische aanpak, als het ware een op maat gemaakt oordeel vellen.<sup>320</sup>

§1.1. De casuïstische rechtspraak in de praktijk: de arresten *Rees t. Verenigd Koninkrijk* en *B t. Frankrijk* met elkaar vergeleken.

In de zaken *Rees t. Verenigd Koninkrijk* en *B. t. Frankrijk* willen de verzoekers, die beide transseksueel zijn, een verandering van hun geboorte-certificaat bekomen. Concreet wou men dat het geboortecertificaat hun huidige sekse weergeeft en niet deze waarmee men geboren was. Hoewel het in beide zaken dezelfde situatie betreft, is het EHRM niet tot dezelfde conclusie gekomen. Iedere zaak die aan het Hof wordt voorgelegd wordt, zoals reeds gezegd, beoordeeld op zijn eigen verdiensten. In *Rees t. Verenigd Koninkrijk* kwam het Hof tot de conclusie dat er in de specifieke situatie van de zaak geen schending van het verdrag was.<sup>321</sup>

Immers, men had de mogelijkheid om de naam dat op het paspoort verscheen vrijelijk te veranderen, daarenboven kon ook de aanspreektitel "Mr.", "Mrs." "Ms" of "Miss" veranderd worden naar believen. Daarenboven werd het toegestaan om een recente foto te gebruiken voor de identiteitskaart. In deze zaak had de verzoeker dit allemaal kunnen doen en werd ook de prefix – uiteindelijk – toegekend.<sup>322</sup>

<sup>318</sup> EHRM, *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*, 26 april 1979.

<sup>319</sup> EHRM, *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*, 26 april 1979.

<sup>320</sup> J. H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 19.

<sup>321</sup> EHRM, *Rees t. Verenigd koninkrijk*, 17 oktober 1986., para. 47.

<sup>322</sup> EHRM, *Rees t. Verenigd koninkrijk*, 17 oktober 1986, para. 20 en 40.

Het hof besloot, op basis van bovenstaande overwegingen dat er geen sprake was van een schending van het Verdrag en dat het Verenigd Koninkrijk gedaan heeft wat het kon in zijn bestaand systeem.<sup>323</sup> Het EHRM overwoog in deze context het volgende:

*“To require the United Kingdom to follow the example of other contracting states is from one perspective tantamount to asking that it should adopt a system in principle the same as theirs for determining and recording civil status.”<sup>324</sup>*

In het arrest *B. t. Frankrijk*, die amper 6 jaar na *Rees t. Verenigd Koninkrijk* werd geveld, deed het EHRM een geheel andere uitspraak.<sup>325</sup> Het Hof bemerkte het volgende:

*“[...] there is as yet no sufficiently broad consensus between the member States of the Council of Europe to persuade the Court to reach opposite conclusions to those in its Rees and Cossey judgments.”<sup>326</sup>*

De schending die werd vastgesteld werd aldus niet gebaseerd op een Europese consensus maar op de verschillen die bestaan tussen de twee EVRM-lidstaten. In Frankrijk was het in tegenstelling tot het Verenigd Koninkrijk niet mogelijk om de naam te veranderen, het systeem stootte evenwel niet op dezelfde belemmeringen als in het Verenigd Koninkrijk. Daardoor is het Franse systeem ook veel makkelijker te veranderen. Daarenboven wordt de sekse op een toenemend aantal documenten aangeduid, ook het INSEE<sup>327</sup> geeft iedereen een nummer waarbij het eerste nummer aangeeft of de persoon in kwestie man of vrouw is. Niet onbelangrijk, ook nationale rechtbanken hadden het recht om de burgerlijke staat in het bevolkingsregister aan te passen reeds ettelijke malen toegekend. De praktijk was op het moment dat het EHRM over de zaak moest oordelen evenwel nog niet wijdverbreid, daarenboven werd het ook niet onderschreven door het Franse Hof van Cassatie.

## §1.2 waarom verkiest het EHRM deze aanpak

De keuze voor deze aanpak valt niet los te koppelen van het bijzondere karakter van de mensenrechten zelf. Een karakter die, volgens GERARDS, vergelijkbaar is met het karakter van een prisma.<sup>328</sup> Een prisma is een transparant en tastbaar object, maar vanaf er licht op schijnt komt een heel kleurenpalet tevoorschijn. Elke kleur op zich kan men onderscheiden van de andere, maar ze lopen ook in elkaar over. Daarenboven zijn er aan weerszijde van het kleurenpalet kleuren aanwezig die, hoewel niet direct waarneembaar er wel degelijk zijn. Met mensenrechten of grondrechten in het algemeen, is het precies zo, de rechten in het EVRM zijn op het eerste zich duidelijk herkenbaar en transparant. Als er licht<sup>329</sup> op schijnt, zullen deze rechten een waaier aan waarden en belangen vertonen. En ook bij mensenrechten zijn er aan weerszijden van het palet belangen en waarden aanwezig die nu nog aan ons waarnemingsvermogen onttrokken zijn, maar die in de loop van de tijd kunnen ontdekt en erkend worden. Hiermee wordt bedoeld dat, deels door toepassing van analogieredenering in een zaaksgewijze beoordeling, als in een concrete feitenconstellatie een mensenrechtelijk belang is erkend, er onvermijdelijk een nieuwe zaak zal volgen waarin zich een sterk vergelijkbare feitenconstellatie voordoet, maar waarin een net iets andere betekenis moet gegeven worden aan de verdragsbepaling om de bepaling toepasselijk te laten zijn in die specifieke casus.

<sup>323</sup> EHRM, *Rees t. Verenigd koninkrijk*, , 17 oktober 1986, para. 42 (a).

<sup>324</sup> EHRM, *Rees t. Verenigd koninkrijk*, , 17 oktober 1986, para. 42 (a).

<sup>325</sup> EHRM, *B. t. Frankrijk*, ,27maart 1992, para. 49 – 63.

<sup>326</sup> *B. t. Frankrijk*, EHRM, Nr. 1334/87, (27maart 1992), para. 48.

<sup>327</sup> Het Franse Institut de la statistique et des études économiques, (INSEE)

<sup>328</sup> GERARDS, J.H., “The prism of fundamental rights”, *European Constitutional Law Review*, 2012.; J.H. GERARDS, *Het prisma van de grondrechten: inaugurele rede door Prof. Mr. J.H. (Janneke) Gerards*, Van Eck & Oosterinck, 2011.

<sup>329</sup> Een metafoor voor rechtspraak.

## §2: Een alternatief voor casuïstische rechtspraak, de Algemene uitleg van het EVRM

Bij een algemene uitspraak over de uitleg van het EVRM, zal het de uitspraak zal niet beperkt zijn door de omstandigheden van het voorliggende geval, dit in tegenstelling tot de zaaksgebonden interpretatie.

Het EHRM heeft benadrukt in *Ierland t. Verenigd Koninkrijk* 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”*<sup>330</sup>

Deze interpretatie wordt evenwel naast de zaaksgebonden interpretatie toegepast. Wat betekent dat waar de zaaksgebonden benadering minder passend is, omdat de zaak bijvoorbeeld een onderwerp betreft dat alle verdragsstaten aangaat<sup>331</sup>, of omdat die benadering tot een groot aantal repetitieve zaken zou leiden. Kortom, in zaken waarin er sprake is van onduidelijkheid of rechtsonzekerheid, of in zaken waar een casuïstische benadering een grote zaaklast<sup>332</sup> teweeg brengt zal het Hof een algemene benadering verkiezen.<sup>333</sup>

## §3: De Margin of appreciation doctrine

De *margin of appreciation* doctrine zorgt voor veel verwarring. Het is een doctrine dat zowel wordt bejubeld als verguisd, en regelmatig wordt gesproken over de ondoorgroondelijkheid en complexiteit van de doctrine.<sup>334</sup> Maar in se valt dat al bij al wel mee, zeker als er voor ogen wordt gehouden dat *margin of appreciation* in feite polysemie<sup>335</sup> vertoont. Het is een doctrine die 2 verschillende betekenissen omvat. Als er gesproken wordt over *margin of appreciation*, wordt ofwel verwezen naar de beoordelingsvrijheid van de nationale staten of naar het subsidiariteitsbeginsel.

### §3.1 Het subsidiariteitsbeginsel

Het subsidiariteitsbeginsel verhoudt zich tot de *margin of appreciation* doctrine als een *lex generalis / lex specialis*.

Het subsidiariteitsbeginsel houdt twee dingen in: in de eerste plaats wordt aan de hand van dit beginsel de primaire bevoegdheid (én plicht) erkend van de nationale overheden om de verdragsrechten – en vrijheden te garanderen. Daarnaast wordt de bevoegdheid van het Hof hierdoor gelimiteerd. De rechtspraak<sup>336</sup> voorzag de grondslag voor de doctrine in de *Belgische taalzaak*<sup>337</sup>:

<sup>330</sup> EHRM, *Ierland t. Verenigd koninkrijk*, 18 januari 1978, para. 154.

<sup>331</sup> EHRM, *Opuz t. Turkije*, 9 juni 2009, para. 132.

<sup>332</sup> Zo zal er in zaken waar er een grote kans is op kloonzaken gekozen worden voor deze benadering, dit is grotendeels ingegeven door de grote werklust van het Hof.

<sup>333</sup> J. H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 24.

<sup>334</sup> J.H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 75.

<sup>335</sup> In de rechtsleer wordt aangetoond dat de doctrine polysemantisch aan de hand van het volgende: *“the states enjoy a margin of appreciation, but the court’s use of the margin of appreciation leaves the state a margin of appreciation. This does not really make sense, although the sentence is entirely meaningful if it is translated with a view to disclosing the polysemic nature of the word: the states enjoy a measure of discretion (a margin of appreciation), but the court’s use of the principle of subsidiarity (margin of appreciation) leaves the States an enlarged measure of discretion (margin of appreciation)”* (onderlijning toegevoegd) in J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 237.

<sup>336</sup> Het subsidiariteitsbeginsel is niet expliciet terug te vinden in de tekst van het Verdrag, maar een subsidiair karakter kan wel afgeleid worden uit tal van verdragsbepalingen. Met name art. 1, art. 13 en art. 53.

<sup>337</sup> EHRM, *Belgische Taalzaak*, nr. 1474/62, 23 juli 1968.

*"In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. [het subsidiariteitsbeginsel] The National authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the convention. [de beoordelingsvrijheid] Review by the court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention."<sup>338</sup> (de woorden tussen haakjes werden toegevoegd)*

De *Belgische Taalzaak* zorgde voor veel opschudding niet alleen nam het Hof een nieuwe toetsing aan, het maakt ook melding van twee nieuwe beginselen. Met name het subsidiariteitsbeginsel en de beoordelingsvrijheid van de EVRM-lidstaten. Deze werden niet voor niks in de rechtspraak van het Hof geïntroduceerd, maar dienden als legitimering voor de nieuwe toetsing die het Hof had aangenomen.

Een verklaring voor deze nieuwe toetsing is te vinden in het verschil van voorwerp die het Hof moest behandelen, in *Lawless t. Ierland* moest het Hof uitspraak doen over een beslissing van de overheid, in *De Belgische Taalzaak* diende het Hof uitspraak te doen over een handeling van de wetgever. Maar dit laatste ligt democratisch gezien veel gevoeliger, het is dit gegeven dat het Hof er toe bewogen heeft het subsidiariteitsbeginsel aan te nemen. Op deze manier kon aangetoond worden aan de EVRM – lidstaten, en meer bepaald België (de gedaagde in deze zaak), dat het Hof niet de bedoeling heeft om in de schoenen van de nationale wetgever te treden.<sup>339</sup>

Het beginsel werd uiteindelijk door het Hof uitgewerkt in *Handyside t. Verenigd koninkrijk*. Deze zaak is nog steeds leidinggevend, en kan tellen als licht in de duisternis van de wereld van de *margin of appreciation*. Het is dan ook noodzakelijk om zich te wenden naar dit basisarrest indien men een beter begrip wil krijgen van de noties die als een rode draad doorheen de rechtspraak van het Hof lopen.

*"The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights [...] π. The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted [...]. Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context. [...] The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its "necessity"; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court."<sup>340</sup>*

Uit deze overwegingen kan afgeleid worden dat naast de subsidiaire rol van het Hof ook de beoordelingsvrijheid de basis van de *margin of appreciation* doctrine vormt. Met andere woorden hier vindt men de bevestiging van het polysemantisch karakter van de term.

Het Hof vindt het subsidiair karakter van zijn positie ten opzichte van de lidstaten wezenlijk en benadrukt dat nationale autoriteiten in het algemeen beter geplaatst zijn dan het Hof om in te schatten welke beperkingen van de verdragsrechten in de nationale omstandigheden noodzakelijk zijn (het zgn. "better placed argument")<sup>341, 342</sup>

Dit laatste werd met *Hatton t. Verenigd Koninkrijk*, een zaak betreffende 'geluidsvervuiling' door nachtvluchten van en naar Heathrow, nog verder verrijnd. In *Hatton* hechtte het Hof voor het eerst een speciaal belang aan de

<sup>338</sup> EHRM, *Belgische Taalzaak*, nr. 1474/62, 23 juli 1968. Para. 10

<sup>339</sup> J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 249.

<sup>340</sup> EHRM, *Handyside t. Verenigd Koninkrijk*, 7 december 1976, para. 48.

<sup>341</sup> J.H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 185

<sup>342</sup> J.H. GERARDS, *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 184 - 185



democratische legitimiteit van de nationale autoriteiten<sup>343</sup> en herbevestigde het “the fundamentally subsidiary role of the Convention” op de volgende manier:

*“the national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate the local needs and conditions [...]. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ, the role of the domestic policy maker should be given special weight.”*<sup>344</sup>

Maar aan deze “democratische legitimiteit van de nationale autoriteiten” kunnen sinds *Hirst t. Verenigd Koninkrijk* (Nr.2) kwalitatieve voorwaarden opgelegd worden met als gevolg dat:

*“[A] contracting State may [not] rely on the margin of appreciation to justify restrictions [...] which have not been the subject of considered debate in the legislature and which derive, essentially, from unquestioning and passive adherence to a historic tradition.”*<sup>345</sup>

Kortom, Het subsidiariteitsbeginsel kan op twee manieren toegepast worden. Enerzijds legt het grenzen op aan het hof, anderzijds legt het de primaire bevoegdheid van de naleving van de conventie bij de lidstaten. Met andere woorden als het enerzijds zegt wat het Hof *niet mag* doen, zal de keerzijde noodzakelijkerwijze zeggen wat de lidstaten *moeten* doen.<sup>346</sup>

### §3.2. De beoordelingsvrijheid van de EVRM-lidstaten

De beoordelingsvrijheid, vloeit niet enkel voort uit het subsidiair karakter van het Hof, maar ook uit het Verdrag zelf. Net zoals het subsidiariteitsbeginsel verhoudt de beoordelingsvrijheid zich tot de *margin of appreciation* als een *lex generalis* tot een *lex specialis*.<sup>347</sup>

De notie is evenwel niet te verwarren met het *Fourth Instance Principle*.<sup>348</sup> Dat principe houdt in dat de taken van het Hof beperkt zijn tot het garanderen dat de Verdragsstaten hun verplichting nakomen die voortvloeien uit het EVRM en of nationaalrechtelijke beslissingen in overeenstemming zijn met het Verdrag. De zaak *Yasa t. Turkije* illustreert perfect wat het principe in de praktijk impliceert. De zaak gaat over doodslag gepleegd door onbekenden. Het EHRM zal niet onderzoeken wie de schuldige(n) zijn maar enkel nagaan of de nationale staat zijn positieve verplichtingen is nagekomen onder art.2.

De vrijheid van discretie is daarentegen wel een synoniem voor “implementatie vrijheid”.<sup>349</sup>

Kortom, de notie betekent dat aan de nationale staten een vrijheid wordt gegeven om naar eigen goedgevoelen maatregelen te treffen die de verdragsbepalingen garanderen op hun grondgebied.

---

<sup>343</sup> Deze kan volgens het Hof evenwel variëren naargelang de kwaliteit van de democratische procedures. Zie: *Hirst t. The united Kingdom* (Nr. 2) dit arrest wordt *infra* besproken.

<sup>344</sup> EHRM, *Hatton en anderen t. het Verenigd Koninkrijk*, 8 juli 2003, para. 97.

<sup>345</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk* (Nr. 2), 30 maart 2004, para. 40.

<sup>346</sup> J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 357.; hij heeft ook een algemeen principe ontwikkeld die het tegengestelde van het subsidiariteitsbeginsel moet voorstellen met name het “primaire bevoegdheidsbeginsel” (in de originele tekst Principle of primarity genoemd)

<sup>347</sup> J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 249.

<sup>348</sup> J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 238.

<sup>349</sup> J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009, 238

### §3.3 Toepassingsbereik van de Margin of Appreciation

In allerhande arresten maakt het hof gebruik van de *margin of appreciation* doctrine, als het uitspraak moet doen over de redelijkheid van beperkingen van mensenrechten<sup>350</sup>, bij de toetsing van het discriminatieverbod (art. 14 EVRM)<sup>351</sup> en bij de toetsing van het eigendomsrecht (art. 1 eerste Protocol).<sup>352</sup> Ook kent het Hof een *margin of appreciation* toe als het gaat om de invulling van vage termen die in de beperkings-clausules zijn opgenomen, uitzonderlijk wordt een *margin of appreciation* toegekend als het gaat om uitleg van termen die de reikwijdte van het EVRM bepalen. Beoordelingsvrijheid zal toegekend worden als het Hof uitspraak doet over de positieve verplichtingen van de staten om bepaalde Verdragsrechten actief te beschermen.<sup>353</sup>

Hoewel heel veel beroep wordt gedaan op de *margin of appreciation* doctrine, zijn er toch een aantal rechten waarbij de doctrine helemaal niet van toepassing is. De doctrine zal niet toegepast op de *notstandsfeste* rechten<sup>354</sup>. Maar zoals altijd in de juridische wereld is hier ook een uitzondering te bespeuren. Met betrekking tot art. 2 (recht op leven) heeft het hof alsnog de *margin of appreciation* toegepast. Zo werd in de zaak *Vo t. Frankrijk* bepaald dat de nationale lidstaten een discretionaire bevoegdheid hebben om te bepalen wanneer het leven begint.<sup>355</sup>

Evenmin zal de doctrine een rol spelen bij de feitenvaststelling in een bepaalde zaak, maar alleen bij de latere beoordeling van de feiten.<sup>356</sup> Concreet betekent dit dat bijvoorbeeld problemen met de bewijsgaring niet mogen verklaard worden aan de hand van de statelijke beoordelingsmarge.<sup>357</sup>

Met betrekking tot de artikelen 5 en 6 EVRM speelt de *margin of appreciation* een beperkte rol. Deze artikelen, die een cruciale rol spelen als vereisten van de rechtsstaat, garanderen een aantal specifieke procedurewaarborgen. De toepassingsvoorwaarden zijn daarenboven op een gedetailleerde wijze omschreven.<sup>358</sup>

Kortom, de aard van de artikelen verzet zich tegen een verschil van opvatting over hoe deze Verdragsbepalingen dienen te worden gewaarborgd. Daarenboven kan besloten worden dat op EVRM – eisen die samenhangen met de *rule of law* of met het recht op een eerlijke en zorgvuldige rechterlijke procedure de *margin of appreciation doctrine* niet zal toegepast worden.<sup>359</sup>

---

<sup>350</sup> Dit speelt vooral een grote rol als het gaat om de toetsing van "noodzakelijk in een democratische samenleving" in het tweede lid van artikelen 8, 9, 10 en 11 EVRM maar ook in het derde lid van art. 2 Vierde Protocol.

<sup>351</sup> In dit geval wordt evenwel de redelijkheid van de beperking niet getoetst gedaan maar wordt nagegaan of voor de ongelijke behandeling *very weighty reasons* bestaan.

<sup>352</sup> Hierbij zal men een fair balance zoeken tussen de eisen die uit het algemene gemeenschapsbelang voortvloeien en de eisen die voortkomen uit de fundamentele rechten van het individu

<sup>353</sup> J.H. Gerards, *EVRM: Algemene Beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 188; J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 210 – 214.

<sup>354</sup> De *notstandsfeste* rechten zijn: Recht op leven (art. 2 EVRM), verbod op foltering (art. 3 EVRM), het Slavernijverbod (art. 4,§ 1 EVRM), het retroactiviteitsverbod (art. 7EVRM), het *non bis in idem* beginsel (Art. 4 Zevende Protocol), Verbod op de doodstraf (art. 1 Zesde en Dertiende Protocol).

<sup>355</sup> EHRM, *Vo t. Frankrijk*, EHRM, 8 juli 2004, para. 82.

<sup>356</sup> J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 215.

<sup>357</sup> EHRM, *Klaas t. Duitsland*, 22 september 1993 waarin dit impliciet naar voor komt. In dit arrest wordt niet verwezen naar de margin of appreciation hoewel de feiten door de verzoeker en de verwerende staat verschillend worden voorgesteld.

<sup>358</sup> J.H. Gerards, *EVRM: Algemene Beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 189; J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 214 - 216.

<sup>359</sup> J.H. Gerards, *EVRM: Algemene Beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 188 – 189; J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 214; MAHONY, P., "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Relativism", *Human Rights Law Journal (special Issue)*, 1998, 5.

### §3.4 Factoren die de omvang van de margin of appreciation doctrine bepalen<sup>360</sup>

Hoewel het EHRM op geen enkel moment een duidelijk exhaustief overzicht geeft van de factoren die de omvang bepalen van de *margin of appreciation* doctrine, komt *Connors t. Verenigd Koninkrijk*<sup>361</sup> dicht in de buurt :

*In this regard, a margin of appreciation must, inevitably, be left to the national authorities, who by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries are in principle **better placed** than an international court to evaluate local needs and conditions. This margin will vary according to the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities restricted, as well as the nature of the aim pursued by the restrictions. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights [...]. On the other hand, in spheres involving the application of social or economic policies, there is authority that the margin of appreciation is wide, as in the planning context where the Court has found that "[i]n so far as the exercise of discretion involving a multitude of local factors is inherent in the choice and implementation of planning policies, the national authorities in principle enjoy a wide margin of appreciation [...] The Court has also stated that in spheres such as housing [...], it will respect the legislature's judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation [...]*

*Where general social and economic policy considerations have arisen in the context of Article 8 itself, the scope of the margin of appreciation depends on the context of the case, with particular significance attaching to the extent of the intrusion into the personal sphere of the applicant [...]*

*The procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation. In particular, the Court must examine whether the decision-making process leading to measures of interference was fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8 [...]*

*The vulnerable position of gypsies as a minority means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases [...]*<sup>362</sup> (onderlijning en vet toegevoegd)

Hieruit kan o.a. afgeleid worden dat het Hof zal kijken naar de aard van het recht en de positie van de verzoeker om te bepalen of een Staat *margin of appreciation* geniet. Het Hof zal ook aan de hand van het *better placed* argument, de omvang van de *margin of appreciation* bepalen. Ook kan uit het arrest afgeleid worden dat het *better placed* argument onder andere een rol spelen bij het sociaal-economisch beleid, huisvestingsbeleid en procedurele zorgvuldigheid

Nog andere factoren spelen wel degelijk een rol bij de bepaling van de omvang van de beoordelingsmarge. Zo zal het Hof kijken naar de aan – of afwezigheid van een Europese Consensus en naar de aard van de doelstelling die de inmenging of beperking nastreeft. Het *better placed* argument speelt niet alleen rol bij het sociaaleconomisch beleid en huisvestingsbeleid maar ook als het gaat om morele en ethische kwesties, politieke keuzes, de bijzondere context waarin een recht beperkt wordt, botsende individuele belangen, noodsituaties, nationale interpretaties en feitenvaststellingen.

In een arrest zal de omvang van de *margin of appreciation* meestal niet afhangen van één van deze factoren, en zullen de verschillende factoren in overweging genomen worden.

<sup>360</sup>Zie: J.H. Gerards, *EVRM: Algemene Beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011, 192 – 225.

<sup>361</sup> EHRM, *Connors t. Verenigd Koninkrijk*, 27 mei 2004, para. 82 – 84.

<sup>362</sup>EHRM, *Connors t. Verenigd Koninkrijk*, 27 mei 2004, para. 82 – 84.

#### §4. Conclusie

Naast de evolutieve interpretatie hanteert het Hof ook andere doctrines. Zo is de rechtspraak van Hof casuïstisch van inslag, wat het Hof veel flexibiliteit biedt. Of er nu sprake is van nationale gevoeligheden, een omstreden interpretatie van het EVRM, of juist van bijzondere feiten kenmerkend voor die ene zaak. Het Hof kan als het ware een op maat gemaakt oordeel vellen. Dit werd hierboven extensief geïllustreerd aan de hand van een vergelijking tussen de zaken *Rees t. Verenigd Koninkrijk* en *B. t. Frankrijk*. Beide zaken betreffen een transgender die graag had gewild dat zijn/haar nieuwe sekse erkend wordt op de officiële documenten. Ondanks het feit dat er nog geen 6 jaar tussen de twee arresten zat en er bovendien geen consensus gerealiseerd was, oordeelde het EHRM verschillend in beide zaken. Door de nationale verschillen was het Hof hiertoe genoodzaakt, in Engeland bestond bijvoorbeeld de mogelijkheid om de naam en recente foto op de identiteitskaart te gebruiken, deze mogelijkheid bestond helemaal niet in Frankrijk. In Frankrijk werd ook meer gebruik gemaakt van de identiteitskaart, daarenboven is het in Frankrijk ook gebruikelijker dan in Engeland om op allerhande documenten de sekse te vermelden. Bijgevolg was het als transgender psychologisch zwaarder in Frankrijk dan in Engeland om de nieuwe sekse niet erkend te zien op de officiële documenten.

Het Hof hanteert in tal van zaken een *margin of appreciation*, die twee deelaspecten kent: met name het subsidiariteitsbeginsel en de beoordelingsvrijheid in hoofde van de EVRM – lidstaten.

Hoewel de *margin of appreciation* in veel zaken een rol speelt zijn er ook Verdragsbepalingen die buiten het bereik vallen van de *margin of appreciation* met name de *notstandsfeste* rechten zoals art 2 (recht op leven) en art. 3 (verbod op foltering). Ook in het geval van art. 5 (recht op vrijheid en veiligheid) en art. 6 (recht op een eerlijk proces) speelt het een eerder marginale rol, daar deze twee artikels een cruciale rol spelen voor de waarborg van de rechtsstaat.

De *margin of appreciation* kan dan ook van zaak tot zaak van omvang verschillen. Er zijn heel wat factoren die de omvang van de *margin of appreciation* bepalen, de aard van het recht, de activiteiten van de verzoeker, de aan- /afwezigheid van een Europese consensus enz.

De toepassing van de doctrine is dus complex en maakt de rechtspraak er niet bepaald voorzienbaarder op, onder andere voor die redenen is de *margin of appreciation* het onderwerp van veel kritiek. Zo luidt het enerzijds dat het staten te veel ruimte laat om rekening te houden met de statelijke belangen en praktijken, anderzijds stellen de voorstanders van een staatssoevereiniteit kritiek dat het juist te weinig ruimte laat.

Met andere woorden de *status quo* die het Hof nu hanteert is eigenlijk perfect. Want mocht de *margin of appreciation* te veel naar de ene of de andere kant overhellen heeft dit sowieso een vermindering van de mensenrechtenbescherming tot gevolg.

De staten vormen immers de kern van het systeem, zij zijn de primordiale verantwoordelijken van de rechtsbescherming, indien het Hof minder rekening zou houden met de staatsbelangen zou de kritiek nog heviger worden. Anderzijds zou het toekennen van een te grote *margin of appreciation* ook nefaste gevolgen hebben voor de effectieve rechtsbescherming van de verdragsbepalingen

## Onderafdeling 2: Het EHRM in praktijk - Een Summiere Rechtspraakanalyse

De kritiek komt vele malen terug op het arrest *Hirst (No.2)*, maar ook thema's als socialezekerheidsrecht en migratie komen talrijke keren op de voorgrond. Gaat het Hof dan toch zijn boekje te buiten?

In dit deel wordt daar dieper op ingegaan. Om oor te lenen aan de oproep het debat niet te steunen op enkele arresten werd ervoor geopteerd in te gaan op drie thema's: het stemrecht van gevangenen, socialezekerheidsrecht en migratiebeleid. Bij de thema's stemrecht van gevangenen en migratiebeleid werd er voor gekozen om het spraakmakendste arrest in de voorgrond te plaatsen, maar ook andere relevante rechtspraak zal aan bod komen. Wat betreft de sociale rechten, wordt er gekeken naar hoe het Hof art. 14 EVRM (Verbod van discriminatie) in samenhang met art. 1 Eerste protocol (recht op bescherming van eigendom) interpreteert..

### §1 Het Stemrecht van gevangenen – Analyse van *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*

#### §1.1 Feitenweergave<sup>363</sup>

John Hirst, de verzoeker in deze zaak, werd op 11 februari 1980 veroordeeld voor de moord op zijn huisbaas en kreeg levenslang. Bijgevolg valt hij, als gedetineerde in het Verenigd Koninkrijk, onder het toepassingsgebied van sectie 3 van de *Representation of the People Act 1983*. Die wetgeving onttrekt elke gedetineerde van zijn recht tot stemmen, ongeacht de straf of het misdrijf waarvoor men veroordeeld is. De zaak werd eerst beoordeeld in de Gewone Kamer, er werd een schending bevonden van art. 3 Eerste Protocol. Ingevolge art. 43 EVRM hebben de partijen van een zaak het recht een intern beroep aan te gaan. Het Verenigd Koninkrijk maakte hier gebruik van en de zaak werd doorverwezen naar de Grote Kamer. Op 6 oktober 2005 werd in de Grote Kamer uitspraak gedaan. De uitspraak ondersteunde deze die eerder al werd gedaan in de Gewone Kamer en men kwam tot dezelfde bevinding: het Verenigd Koninkrijk heeft art. 3 Eerste Protocol geschonden.

#### §1.2 Interpretatie art. 3 Eerste Protocol: *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België*

Art. 3 Eerste Protocol bepaalt:

*“De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich om met redelijke tussenpozen vrije, geheime verkiezingen te houden onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen”*

In tegenstelling tot de andere Verdragsbepalingen, die verklaren dat “niemand mag” of “een ieder recht heeft op”, is art. 3 Eerste Protocol geformuleerd in volgende termen: “De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich”. Aan de hand van een exegetische analyse zou men kunnen concluderen dat hieruit geen rechten afgeleid kunnen worden voor individuen. Volgens het hof zou dat evenwel tot een verkeerde conclusie leiden, immers het recht op vrije verkiezingen is een centrale karakteristiek van democratie.<sup>364</sup> Democratie op zijn beurt is een beginsel inherent aan het EVRM. In de preambule wordt namelijk uitdrukkelijk geformuleerd dat de handhaving van mensenrechten steunt op “een waarlijk democratische regeringsvorm”.<sup>365</sup> Het is evenwel niet enkel op grond van

<sup>363</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 11 – 20.

<sup>364</sup> EHRM, *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België*, 2 maart 1987, para. 47.

<sup>365</sup> Preambule van het EVRM

democratische overwegingen dat het Hof besluit dat een strikte taalinterpretatie met betrekking tot art. 3 Eerste Protocol niet geoorloofd is. Het Hof wijst erop dat het concept “recht op vrije verkiezingen” geëvolueerd is van een institutioneel recht tot het houden van vrije verkiezingen naar een algemeen kiesrecht.<sup>366</sup>

Kortom: uit artikel 3 Eerste Protocol kan niet enkel een positieve verplichting, die rust op de staat, afgeleid worden maar ook een algemeen kiesrecht. Het recht om te stemmen is hier inherent aan.

Deze interpretatie werd in *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)* bevestigd, en diende als basis voor de proportionaliteitstoets.<sup>367</sup>

Voor tot de proportionaliteitstoets werd overgegaan wees het Hof op het bestaan van een ruime appreciatiemarge in dit soort zaken. Niettemin stelde het Hof dat het Verenigd Koninkrijk deze marge heeft overschreden door een algemeen, automatisch en niet-discriminerend stemverbod op te leggen aan alle gedetineerden. Het Hof kwam tot dit besluit door naast de interpretatie van art. 3 Eerste Protocol, zoals die in *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België* is vastgesteld, ook de hoedanigheid van de verzoeker in acht te nemen.<sup>368</sup> In dit geval is de verzoeker een gedetineerde, deze hoedanigheid impliceert volgens het Hof evenwel niet dat men zijn rechten onder de Conventie verpand heeft.<sup>369</sup> Meer nog, de gedetineerden genieten, behalve hun recht op vrijheid (art. 5 EVRM), nog steeds van hun fundamentele rechten.<sup>370</sup> Bijgevolg zal elke beperking op hun rechten gerechtvaardigd dienen te worden.<sup>371</sup> Hieruit volgt onvermijdelijk, overweegt het Hof, dat ook in het geval van gedetineerden een automatische opheffing van een recht ongeoorloofd is.<sup>372</sup>

Dit alles is evenwel nog niet genoeg om tot een schending te komen, zodus gaat het Hof over tot een proportionaliteitstoets. In deze zaak vond het Hof drie elementen doorslaggevend. Ten eerste overwoog het Hof dat het automatisch verbod 48.000 gedetineerden treft, ongeacht hun misdrijf en de lengte van de gevangenisstraf.<sup>373</sup> Ten tweede werd in het parlementaire debat, het belang van de gedetineerden niet afgewogen tegenover het belang van zo'n verbod.<sup>374</sup> Ten derde werd de aard van de Verdragsbepaling in overweging genomen, zoals reeds gezegd wordt art. 3 Eerste Protocol gezien als inherent aan een goedwerkende democratie. In dit licht vond het Hof een algemeen, automatisch en niet-discriminerend verbod ongehoord.<sup>375</sup> Op basis van deze redenen besloot het Hof dat er een schending was.

Het Verenigd Koninkrijk wierp evenwel enkele argumenten op, waardoor er volgens hen niet van een wezenlijke beperking kon gesproken worden van art. 3 Eerste Protocol.

Ten eerste stelden ze dat er *maar* 48.000 personen getroffen waren door het verbod, wat een significant lager getal is dan de 70.000 personen in het Gewone Kamer – arrest.<sup>376</sup>

Het Hof ziet dit echter niet zo, en stelt dat 48.000 nog steeds een significant aantal personen zijn die getroffen worden door het automatisch verbod.<sup>377</sup>

Ten tweede wierp het Verenigd Koninkrijk op dat er geen consensus bestaat in de Verdragstaten omtrent een beleid met betrekking tot het stemrecht van gevangenen. Het Hof stelde vast dat dit waar was, maar benadrukte

---

<sup>366</sup> EHRM, *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België*, 2 maart 1987, para. 51.

<sup>367</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 57.

<sup>368</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 63 – 71.

<sup>369</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 70.

<sup>370</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 69.

<sup>371</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 69.

<sup>372</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 70.

<sup>373</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 77.

<sup>374</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 79.

<sup>375</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 82.

<sup>376</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 77.

<sup>377</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 77.

dat de landen die een automatisch en volledig verbod opleggen in de minderheid zijn. Daarom kan het niet als een argument ingeroepen worden.<sup>378</sup>

In het derde argument wijst het Verenigd Koninkrijk erop dat het Hof zich helemaal niet aan de eigen methodiek houdt door in deze zaak alsnog *in abstracto* te oordelen.<sup>379</sup> Immers, gaan ze verder, of de wet nu aangepast wordt of niet Hirst zal nooit aanspraak kunnen maken op het stemrecht. Het Hof gaat niet in op het argument, maar stelt dat het geen *actio popularis*<sup>380</sup> is (waaruit men kan afleiden dat het Hof vindt dat er geen sprake kan zijn van een in abstracto uitspraak), aangezien Hirst gedetineerde is en bijgevolg onder de toepassingsvoorwaarden van de wet valt.<sup>381</sup>

Ten vierde beklagde het Verenigd Koninkrijk zich erover dat de Gewone Kamer niet aantoonde welke beperkingen van het algemeen kiesrecht wel in overeenstemming zouden zijn met de Conventie.<sup>382</sup> Het Hof oordeelde dat dit niet in zijn bevoegdheid lag om te zeggen welke middelen een staat moet gebruiken maar enkel om aan te tonen of regelgeving in overeenstemming is met de Conventie of niet.<sup>383</sup> Het is aan de staat te beslissen welke middelen gebruikt moeten worden om in overeenstemming te zijn met de Conventie.<sup>384</sup>

### §1.3 Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr.2): De Analyse

#### *(a) Wat betreft de margin of appreciation*

Gezien verkiezingen op verschillende manieren georganiseerd kunnen worden, wordt ook in *Hirst (Nr. 2)* benadrukt dat de staat een ruime beoordelingsmarge in deze kwestie geniet.<sup>385</sup> Evenwel betekent een ruime beoordelingsmarge geen onbegrensde beoordelingsmarge.<sup>386</sup> Een beperking van een recht dient in alle geval proportioneel te zijn, de intensiteit van de proportionaliteitstoets hangt evenwel af van de beoordelingsmarge, met andere woorden waar een staat een ruime beoordelingsmarge geniet zal de toets minder strikt zijn dan daar waar hij een beetje beoordelingsmarge geniet.

De vraag is nu of in de zaak *Hirst* er een te strikte proportionaliteitstoets gehanteerd werd, in se zijn immers maar 48.000 getroffen door het stemverbod. De vraag is evenwel of er een legitiem doel werd nagestreefd en of een redelijke verhouding bestaat tussen het maatschappelijk belang dat wordt gediend met de beperking, en de bescherming van de individuele fundamentele rechten.<sup>387</sup>

Het Hof erkent dat de verbetering van de burgerverantwoordelijkheden en de respect voor de rechtsstaat een legitiem doel is. Evenals het erkent dat een stemverbod een bijkomende straf kan zijn en dat dit ook een legitiem doel is.<sup>388</sup> Hieruit blijkt dat de staat een ruime beoordelingsmarge heeft, en dat het Hof hiervoor respect heeft. Niettemin, is het niet omdat het doel van de maatregel legitiem is dat die noodzakelijkerwijze proportioneel is. Net

<sup>378</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 82.

<sup>379</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 72.

<sup>380</sup> Er is sprake van een *Actio Popularis* als men geen direct belang kan aantonen en aldus niet rechtstreeks en onmiddellijk beïnvloed is door de wet cf. *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, para. 72.

<sup>381</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 72.

<sup>382</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 83.

<sup>383</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 83.

<sup>384</sup> Dit volgt uit twee dingen: ten eerste gaat er van het arrest enkel een resultaatverbintenis uit en geen middelenverbintenis. Ten tweede vervult het Hof een subsidiare rol, dat betekent dat de nationale autoriteiten beter weten hoe het met de nationale middelen ter zijn beschikking in overeenstemming kan zijn met het Verdrag.

<sup>385</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 61.

<sup>386</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 82.

<sup>387</sup> EHRM, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, 7 juli 1989, para. 158.

<sup>388</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, , 6 oktober 2005 (GK), paras. 74–75.

zoals het niet is dat omdat men een ruime beoordelingsmarge heeft, niet aan de proportionaliteitstoets zal onderworpen worden.

Dat 48.000 mensen getroffen worden door het automatisch stemverbod is in het licht van de totale populatie van meer dan 63 miljoen<sup>389</sup>, weinig. Dit komt immers neer op ongeveer 0,1% van de bevolking. Niettemin, is het volgens het Hof niet toelaatbaar om, al is het maar 0,1% van de bevolking, *automatisch* hun stemrecht te onttrekken. Dit wordt gezien in het licht van het belang van art. 3 Eerste Protocol voor een democratische staat. Het feit dat er niet gedifferentieerd wordt en absoluut geen rekening gehouden wordt met de feiten noch met de opgelegde straf, houdt volgens het Hof een schending van art. 3 Eerste Protocol in. Daarenboven werd in het parlementair debat niet verwezen naar de belangen van de gedetineerden, men heeft geen enkel moment het automatisch verbod gelegitimeerd in het licht van de hedendaagse tijd.<sup>390</sup> Men steunde zich op het feit dat men het altijd al zo gedaan heeft. Een reden die volgens het Hof geen enkele waarde heeft. Bovendien werd ook in de gerechtelijke procedure noch het evenredigheidsbeginsel toegepast noch verwijzing gemaakt naar het waarom men een stemverbod oplegde. Men paste het gewoon automatisch toe vanaf een persoon een gevangenisstraf kreeg, voor welke feiten dan ook, of de straf nu enkele maanden was of levenslang.<sup>391</sup>

Het proportionaliteitsbeginsel is niet geschonden omdat er 48.000 personen getroffen worden door het verbod. Maar omdat er geen evenredige afweging is gemaakt tussen het algemeen belang en het individueel belang van de gedetineerden. Meer zelfs er was geen oog voor het feit dat als men gedetineerden hun stemverbod op een algemene, automatische en niet-discriminerende manier onttrekt men zelfs het algemeen belang schaadt daar dit de effectieve en betekenisvolle democratie kan ondermijnen.<sup>392</sup>

#### *(b) Hirst (Nr.2) een oordeel in Abstracto of juist in Concreto*

Het verenigd Koninkrijk wierp ook op dat er sprake is van een in abstracto oordeel, want zelfs mocht de wet veranderd zijn, de verzoeker zou nog steeds geen stemrecht genieten.<sup>393</sup>

Het Hof reageerde enkel door te stellen dat het geen *actio popularis* is.

De stelling van het Hof kan bijgetreden worden, dat de verzoeker onder een toekomstige wet alsnog geen stemrecht zou verkrijgen is niet aan de orde. De vraag is of de verzoeker getroffen wordt door de bestaande wet. Als gedetineerde valt hij onder het toepassingsgebied van sectie 3 van de *Representation of the People Act 1983*. Ook zijn stemrecht werd hem ontnomen op basis van het algemeen, automatisch en niet-discriminerend verbod. Daarenboven zijn er geen mogelijkheden om het stemrecht terug te krijgen door verloop van tijd<sup>394</sup> Daar het EHRM niet in de plaats kan treden van de nationale autoriteiten, kan het niet anticiperen welke wettelijke maatregelen de nationale autoriteiten zullen treffen. Bijgevolg, ongeacht de verzoeker nu moordenaar is of niet, hij werd aan dit automatisch niet-discriminerend regime onderworpen en dit houdt een disproportionele beperking van zijn algemeen kiesrecht uit.

#### §1.4 Verdere ontwikkelingen

##### *(a) Het arrest Scoppola (Nr. 3)*

Dat uit het arrest *Hirst* niet afgeleid kan worden dat iedere gedetineerde stemrecht heeft komt duidelijk naar voor in *Scoppola (Nr. 3)* waarin het Hof oordeelde dat een systeem waarbij het stemrecht ontnomen wordt vanaf 3 jaar

<sup>389</sup> Cijfers wereldbank (2012) consulteerbaar op: <http://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL>

<sup>390</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 79.

<sup>391</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 77.

<sup>392</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK).

<sup>393</sup> EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 6 oktober 2005 (GK), para. 72.

<sup>394</sup> cf. EHRM, *Scoppola t. Italië (Nr. 3)*, 22 mei 2012 (GK)



gevangenisstraf en er een mogelijkheid bestaat om zelfs bij levenslang het stemrecht opnieuw te verkrijgen dit de evenredigheid niet schond. Het benadrukte dat een rechtelijke appreciatie niet nodig is, het is genoeg om de voorwaarden van het stemverbod in een wet neer te schrijven. Het herhaalde evenwel dat een algemeen, automatisch en niet-discriminerend stemverbod die rekening houdt met de aard van de feiten noch met de straf dat wordt toebedeeld een schending uitmaakt van art. 3 Eerste Protocol.<sup>395</sup>

#### *(b) Stemrecht voor gevangenen en het Verenigd Koninkrijk*

Tot op vandaag heeft het Verenigd Koninkrijk het arrest *Hirst* (Nr. 2) niet ten uitvoer uitgelegd. Aldus werd het Verenigd Koninkrijk in *Greens en M.T. t. Verenigd Koninkrijk*<sup>396</sup> opnieuw veroordeeld tot een schending van art. 3 Eerste Protocol. In dit geval werd even wel de procedure voor pilootarresten<sup>397</sup> opgestart omdat er 2.500 gelijkaardige verzoeken bij het Hof werden ingediend. In een pilootarrest worden de structurele problemen blootgelegd en wordt de verplichting opgelegd aan een staat hieraan te voldoen.

In de uitspraak *Greens en M.T. t. Verenigd Koninkrijk* werd een termijn van 6 maanden gegeven aan het Verenigd Koninkrijk om een wetgevend initiatief in te dienen. Die termijn werd uitgesteld tot na de uitspraak van *Scoppola* (Nr. 3), de zes maanden-termijn begon aldus pas te lopen op 22 mei 2012. Op 22 november 2012 heeft het Verenigd Koninkrijk een ontwerpwet gepubliceerd, waarin het 4 voorstellen doet: 1) bij een straf van 4 jaar of meer wordt een stemverbod opgelegd 2) bij een straf van 6 maanden of meer wordt een stemverbod opgelegd 3) alle gevangenen wordt een stemverbod opgelegd.<sup>398</sup> Het Comité van Ministers houdt toezicht over dit proces en heeft de hangende zaken<sup>399</sup> tegen het Verenigd Koninkrijk, met betrekking tot stemrecht voor gevangenen, verdaagd tot ten laatste 30 september 2013.<sup>400</sup>

## **§2 Socialezekerheidsrechten in het EVRM en in de praktijk**

BOSSUYT stelt dat een te ruime interpretatie van art.1 Eerste Protocol (recht op bescherming van eigendom) in samenhang met art.14 EVRM (Verbod op discriminatie) ervoor gezorgd heeft dat sociale rechten onder de rechtsmacht van het Hof vallen. Hierdoor is er sprake van een soevereiniteitsafstand (1), staat de interpretatie die het Hof hanteert op gespannen voet met het subsidiair karakter van de verdragsrechtelijke rechtsmacht. Daarenboven stelt hij dat de vraagstelling moet veranderd worden: “ *de vraag is niet of discriminaties toegelaten zijn en al evenmin of mensenrechten mogen worden geschonden. De vraag is of Staten hebben besloten het toezicht over geleidelijke verwezenlijking van sociale rechten over te dragen aan een internationaal gerechtelijk orgaan.*”<sup>401</sup> Op basis van deze elementen besluit BOSSUYT dat doordat het Hof zijn rechtsmacht vergroot deze een risico loopt een steeds groter aantal zaken aan te trekken<sup>402</sup>.

<sup>395</sup> EHRM, *Scoppola* (No. 3) t. Italië, 22 mei 2012.

<sup>396</sup> EHRM, *Greens en M.T. t. Verenigd Koninkrijk*, 22 november 2010.

<sup>397</sup> een procedure waarbij structurele problemen worden geïdentificeerd, daarenboven wordt aan de staat in zo'n geval de verplichting opgelegd iets te doen aan het probleem.

<sup>398</sup> The draft bill on prisoners' voting eligibility, (22 november 2012) Consulteerbaar op: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bills-acts/voting-eligibility-prisoners/voting-eligibility-prisoners-command-paper.pdf>

<sup>399</sup> Deze zaken werden geclusterd onder de noemer: *Firth en 2,353 anderen t. het Verenigd Koninkrijk*, nr. 47784/09

<sup>400</sup> Committee of Ministers decision, Cases 28, (10 June 2011) CM/Del/Dec(2011)1115/28 / 10 June 2011

<sup>401</sup> BOSSUYT, M., “De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof van de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie?”, *Rechtskundig Weekblad*, 2008, 856.

<sup>402</sup> BOSSUYT, M., “De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof van de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie?”, *Rechtskundig Weekblad*, 2008, 856.

Aangezien de kritiek van BOSSUYT zich vooral<sup>403</sup> richt op de sociaal – rechtelijke arresten uitgesproken op basis van art. 14 EVRM in samenhang met art. 1 Eerste Protocol. Zal onder deze hoofding nagegaan worden hoe het Hof deze artikels in een sociaalrechtelijke context interpreteert

## §2.1 De verhouding van het EVRM tot Socialezekerheidsrechten

Dat sociale rechten niet onder de Conventie vallen werd reeds erkend door het Hof in *Airey t. Ierland* :

*“[T]he Convention should not be interpreted so as to achieve social and economic developments in a Contracting State; such developments can only be progressive.”*<sup>404</sup>

Gezien de Verdragsrechten op een algemene en daadwerkelijke wijze dienen erkend en toegepast te worden<sup>405</sup>, kan er niet geconcludeerd worden dat er een rigoureuze scheiding bestaat tussen de burger – en politieke rechten en de sociale rechten. Dit wordt ook door het Hof erkend:

*“The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation – notably financial – reigning in the State in question. On the other hand, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions [...] and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals [...]. Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature . The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention”*

Concreet kan dit het volgende beteken:, hoewel men geen recht heeft op medische bijstand onder het EVRM, kan uitlevering of uitwijzing naar het land van herkomst waar medische bijstand niet beschikbaar is, een schending zijn van art. 3 EVRM (verbod van foltering).<sup>406</sup>

## §2.2 Het Verbod op discriminatie in de context van socialezekerheidsrechten

Art. 14 EVRM heeft geen autonoom<sup>407</sup> bestaan, bijgevolg vindt het enkel toepassing als er sprake is van discriminatie in het genot van de rechten en vrijheden door het EVRM gewaarborgd.<sup>408</sup> In de praktijk betekent dit ook dat voor men de schending van art. 14 EVRM kan vaststellen men moet nagaan of de feiten binnen de ‘invloedsfeer’<sup>409</sup> van het EVRM vallen. De toepassing van art. 14 EVRM zal zich op deze manier uitstrekken naar de elementen waaromtrent de Staat over een zekere beleidsvrijheid beschikt en zich niet beperken tot die elementen die de Staat verplicht is te garanderen.<sup>410</sup>

<sup>403</sup> BOSSUYT gaat ook in op de sociale rechten die ontstaan uit art. 3 EVRM in het artikel “....

<sup>404</sup> EHRM, *Airey t. Ierland*, 9 oktober 1979, para. 26.

<sup>405</sup> Preambule Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

<sup>406</sup> cf. EHRM, *D. t. het Verenigd Koninkrijk*, 2 mei 1997, para. 53. In deze zaak werd schending van art. 3 EVRM vastgesteld omdat de verzoeker al op palliatieve zorgen lag *“although it cannot be said that the conditions which would confront him in the receiving country are themselves a breach of the standards of Article 3 (art. 3), his removal would expose him to a real risk of dying under most distressing and would thus amount to inhuman treatment”*. Dit betekent evenwel niet dat omdat men ziek is men in het land kan blijven met de betere medische faciliteiten, zoals reeds gezegd er is geen recht op medische bijstand. Dit werd impliciet bevestigd in EHRM, *N. t. Verenigd Koninkrijk*, 27 mei 2008, paras. 32 – 51. Hierbij werden de criteria op een rijtje gezet: terminaal ziek zijn (1), Medische bijstand is niet beschikbaar (2), geen familieleden hebben (3).

<sup>407</sup> Dit moet genuanceerd worden: het is autonoom in de zin dat de toepassing van art. 14 EVRM niet noodzakelijk een schending van een ander artikel veronderstelt. Cf. EHRM, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, 4 juni 2002, para. 42.

<sup>408</sup> EHRM, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, 4 juni 2002, para. 42.

<sup>409</sup> Cf. “within the ambit” ; dit moet ruimer begrepen worden dan het begrip ‘toepassingsgebied’ – “within the scope”. Zie J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikels gewijze commentaar (vol. II)*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005,139.; EHRM, *Van der Musselle t. België*, 23 november 1983, para. 43; EHRM, *Rasmussen t. Denemarken*, para. 38; EHRM, *Abdulaziz, Cabaales en Baldandali t. Verenigd Koninkrijk*, para. 71; EHRM, *Wessels – Bergervoet t. Nederland*, 4 juni 2002, para. 42.

<sup>410</sup> J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikels gewijze commentaar (vol. II)*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005,139139

Voor aldus schending kan vastgesteld worden op grond van art. 14 EVRM zal moeten vastgesteld worden of sociale rechten onder 'eigendom' in de zin van art. 1 eerste zin, Eerste Protocol kunnen begrepen worden.

Voor kan worden verder gegaan, moet vastgesteld worden of sociale rechten eigendom in de zin van art. 1 eerste zin, Eerste Protocol zijn.

### §2.3 zijn socialezekerheidsrechten 'eigendom' in de zin van art. 1 eerste zin, Eerste Protocol

Het begrip eigendom in de zin van art. 1 eerste zin, Eerste Protocol heeft een autonome betekenis, met andere woorden, het heeft een 'Europese' betekenis, die niet kan opgevat worden in zijn traditionele nationale zakenrechtelijke betekenis.<sup>411</sup> Dit valt ook af te leiden uit het gebruik van de woorden "property", "propriété", "possessions" en "biens" in de Franse en Engelse tekst<sup>412, 413</sup>

Het Hof hoedt zich om precies de grenzen van 'eigendom' in de zin van Ar. 1 eerste zin, Eerste Protocol af te bakenen. Om dus te weten wat het begrip 'eigendom' inhoudt in relatie met sociale rechten zal naar de rechtspraak moeten gekeken worden.

Socialezekerheidsvoorzieningen *an sich* vallen niet onder de toepassingsfeer van art. 1 Eerste Protocol. Met andere woorden men zal geen pensioen of andere sociale rechten kunnen *verkrijgen* door zich op art. 1 protocol 1 te beroepen, noch door zich op een ander Verdragsbepaling te beroepen.<sup>414</sup> Maar als evenwel de staat wetgeving heeft dat in een betaling van of een recht op een socialezekerheidsvoorziening voorziet, zal deze wetgeving beschouwd worden als het genereren van een eigendomsbelang dat valt onder de *invloedssfeer* van art. 1 protocol 1.<sup>415</sup> Bijgevolg zal de wetgeving in overeenstemming moeten zijn met art. 14 EVRM.

Dit werd het mooist samengevat in *Stec en anderen t. Verenigd Koninkrijk* - een zaak waarbij men klaagde over discriminatie op basis van geslacht bij het aanmerking komen van zowel de "Reduced Income Allowance" en het pensioen – hierbij overwoog het Hof het volgende:

*"[T]he court underlines that Article 1 of Protocol No. 1 does not include a right to acquire property. It places no restriction on the Contracting States' freedom to decide whether or not to have in place any form of social security scheme, or to choose the type or amount of benefits to provide under any such scheme. If, however a State does decide to create a benefits or pension scheme, it must do so in a manner which is compatible with Article 14 of the Convention"*<sup>416</sup> (onderlijning toegevoegd)

Bijgevolg valt ook te verklaren waarom de toepassing van art. 1 Eerste Protocol niet afhankelijk kan worden gemaakt van het betalen van bijdragen. De voorwaarde is immers dat er een wet van kracht is die in betaling van

<sup>411</sup> J.H. GERARDS, EVRM: Algemene Beginselen, 49.; J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikels gewijze commentaar (vol. II)*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 318.

<sup>412</sup> dit is de authentieke tekst van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

<sup>413</sup> Y. J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikels gewijze commentaar (vol. II)*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 139. 318.

<sup>414</sup> Zie *supra*

<sup>415</sup> "Article [1 of Protocol No. 1] does not create a right to acquire property. It places no restriction on the Contracting State's freedom to decide whether or not to have in place any form of social security scheme, or to choose the type or amount of benefits to provide under any such scheme [...]. If, however, a Contracting State has in force legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit—whether conditional or not on the prior payment of contributions—that legislation must be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements" zie EHRM, *Stec en anderen t. Verenigd Koninkrijk*, Ontvankelijkheidsverklaring, , 6 juli 2005, para. 54.

<sup>416</sup> EHRM, *Stec en anderen t. Verenigd Koninkrijk*, , 12 april 2006, para. 53.

of in een recht op socialezekerheidsvoorzieningen voorziet. Deze wet op zichzelf creëert een eigendomsbelang die onder de invloedssfeer valt van art. 1 Eerste Protocol. Dat er bijdragen worden betaald is aldus irrelevant, dit wordt uitdrukkelijk verwoord in *Gaygusuz t. Oostenrijk* – een zaak waarbij er geen recht op noodhulp werd verkregen door de verzoeker hoewel hij de bijdragen heeft betaald, enkel en alleen omdat hij niet de Oostenrijkse nationaliteit bezit. In dit arrest overwoog het Hof het volgende:

*“The Court considers that the right to emergency assistance - in so far as provided for in the applicable legislation - is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1). That provision (P1-1) is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay “taxes or other contributions”<sup>417</sup>.*

Dit werd vervolgens bevestigd in *Koua Poirrez t. Frankrijk*<sup>418</sup>, een zaak waarin een gehandicapt persoon het recht op noodhulp werd ontzegd omdat hij niet de Franse nationaliteit bezit.

Dit is op zich zeer verregaand, dit volgt evenwel uit de aard van art. 14 EVRM, die louter vereist dat de feiten van de zaak zich onder de invloedssfeer van het EVRM bevinden.

Daarenboven kan art. 14 EVRM pas toepassing vinden als er sprake is van een verschil in behandeling van personen / groepen in een vergelijkbare situatie. Het gaat hier om een feitenvaststelling, daarenboven mag een verschil in behandeling als er geen sprake is van een vergelijkbare situatie.<sup>419</sup> Immers mocht art. 14 EVRM elk verschil in behandeling verbieden, zouden de Staten bijvoorbeeld in de onmogelijkheid verkeren om een sociale politiek te voeren.<sup>420</sup>

#### *(a) wanneer is een maatregel discriminerend*

Het Hof schuift het volgende principe naar voor:

*“[A] distinction is discriminatory, for the purposes of Article 14, if it “has no objective and reasonable justification”, that is if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.. Moreover the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. [...] However, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention [...]”<sup>421</sup>*

Dat nationaliteit ook in deze context aan een strikte toetsing onderworpen vindt Bossuyt te verregaand, niet omdat hij nationaliteit geen verdacht criterium<sup>422</sup> vindt maar omdat hij stelt dat de arresten aangaande discriminatie op grond van nationaliteit in de context van socialezekerheidsrechten niet aangeven welke status de vreemdeling dient te hebben in het land van zijn verblijf om in aanmerking te komen voor een welbepaalde tegemoetkoming. Het Hof is daar evenwel niet toe bevoegd, dit volgt enerzijds uit het feit dat het hof enkel een subsidiaire rol te vervullen heeft en anderzijds uit het feit dat de arresten in essentie declaratoir zijn en aldus in beginsel niet bevoegd om de veroordeelde Staat welbepaalde maatregelen op te leggen.<sup>423</sup> Daarenboven is nationaliteit, ongeacht de context, een “verdacht criterium”, dit volgt uit de opsomming in art. 14 EVRM, waartoe nationaliteit behoort en uit art. 1 EVRM die specifiek vermeldt dat de Verdragsluitende Partijen de rechten en vrijheden van het

<sup>417</sup> EHRM, *Koua-poirrez t. Frankrijk*, 30 september 2003.

<sup>418</sup> EHRM, *Koua-poirrez t. Frankrijk*, 30 september 2003, para. 42.

<sup>419</sup> EHRM, *Belgische Taalzaak*, 23 juli 1968. Para. 10

<sup>420</sup> J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikels gewijze commentaar (vol. II)*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 139167

<sup>421</sup> EHRM, *Koua-poirrez t. Frankrijk*, 30 september 2003, para. 46.

<sup>422</sup> Gaat om deze die in art. 14 EVRM zijn opgesomd of waarvan het Hof vaststelt dat het aangelegenheden betreft waaromtrent een Europese eensgezindheid bestaat. In J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikels gewijze commentaar (vol. II)*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 139181

<sup>423</sup> J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005, 700- 704

EVRM moeten verzekeren van “een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht”. Hierdoor dienen niet alleen de rechten te worden gerespecteerd ten opzichte van hun onderdanen, maar ook ten aanzien van niet-onderdanen en apatriden.<sup>424</sup>

Stellen dat het Hof rekening moet houden met het feit dat de discriminatie implicaties heeft op het gebied van sociale rechten, zou de effectieve en praktische uitoefening van de burger – en politieke rechten die opgesomd zijn in het EVRM ondermijnen. Iets wat het Hof in de eerste plaats heeft trachten te vermijden door in *Airey t. Ierland* te stellen dat hoewel de uitoefening van burger – en politieke rechten soms implicaties hebben op het terrein van sociale rechten, bestaat er geen waterdichte vergrengeling tussen de twee, aldus kan er nog steeds ook in die situaties geoordeeld worden.<sup>425</sup>

---

<sup>424</sup> Commissie, nr. 788/60, beslissing van 11 januari 1961, Oostenrijk t. Italië, para. 138 – 140.

<sup>425</sup> EHRM, *Airey t. Ierland*, 9 oktober 1979, para. 26.

## §2.3 Beschouwingen

BOSSUYT tracht in zijn kritiek te overtuigen dat het Hof zijn rechtsmacht heeft uitgebreid naar sociale rechten en het aldus de nationale soevereiniteit van de lidstaten beperkt.

Maar dit is niet het geval, een ongewilde soevereiniteitsbeperking zou inhouden dat het Hof sociale rechten als een deel van de Conventie ziet. Zoals bovenstaande analyse duidelijk aantoonde doet het Hof dit niet. Het Hof heeft met zijn interpretaties, waardoor sociale rechten in de invloedssfeer van de Conventie kunnen vallen, enkel de praktische en effectieve uitoefening van de rechten en vrijheden zoals vermeld in de Conventie voor ogen. Zelfs in zaken waarbij het duidelijk was dat een bijstandsregeling de schending zou opheffen heeft het Hof nooit aangewezen dat dit een oplossing zou moeten zijn. In *Airey t. Ierland* stelde het zelfs vast dat hoewel Ierland ervoor gekozen heeft juridische bijstandsvergoeding te verlenen, het even goed er voor had kunnen kiezen om de wetgeving simpeler te maken.

## §3 Het Migratiebeleid en het EVRM – Analyse Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk

### §3.1 Het nationaal asielbeleid en de beperking opgelegd door het EVRM

Het EHRM krijgt het vaak hard te verduren als het een barrière opwerpt tegen een geplande uitwijzing en uitlevering. BAUDET is bijvoorbeeld van mening dat deze materie niet toebehoort aan een internationaal hof dit gaat volgens hem in tegen de democratische rechtsstaat.<sup>426</sup> Inderdaad, het Hof kan stellen dat een uitwijzing of uitlevering een schending zal uitmaken op basis van art. 3, art. 8 en zelfs uitzonderlijk op basis van art. 6. In het kader van art. 3 en art. 6 kan het zelfs een uitwijzing of uitlevering tegenhouden. Zeker in het kader van deze laatste twee Verdragsbepalingen is kritiek te horen.

### §3.2 Het arrest Omar Othman (Abu Qatada)<sup>427</sup>

De eerste<sup>428</sup> en enige<sup>429</sup> keer dat het Hof stelde, dat uitlevering een schending zou uitmaken op basis van art. 6 (recht op eerlijk proces) was in *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*. Politieke commentator Matthew d'Ancona zegt het volgende in verband met deze zaak: *“The modern notion of human rights has noble roots: a determination never again to repeat the evil of Auschwitz and the gulag. But as the decades have passed, this ethical currency has been appallingly devalued, to the extent that it has become an all-purpose aid to the vexatious litigator and (as in the Qatada case) a means for the judiciary to flex its muscles against the executive.”*<sup>430</sup>

Maar kan men simpelweg op basis van het uitzonderlijk karakter van dit arrest besluiten dat het Hof zijn rechtsmacht te buiten gaat of is er meer aan de hand. Het arrest heeft de nodige commotie opgewekt in het Verenigd Koninkrijk die niet anders wou dan Omar Othman, ook gekend als Abu Qatada uit te leveren. De persoon van Omar Othman<sup>431</sup> heeft veel te maken met de opgewekte commotie. De media speelde er gretig op in dat een terrorist die banden heeft met Al Qaeda succesvol kon procederen in Straatsburg. Hoewel men op basis van gevoelens zou kunnen stellen dat de daden van de persoon in rekschap moeten gebracht worden in een

<sup>427</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012.

<sup>428</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, paras. 260 en 287.

<sup>429</sup> Gebaseerd op het resultaat gegeven door het HUDOC systeem als men “violation art. 6” aankruist en bij “zoeken in tekst” aangeeft te zoeken op de termen “Omar Othman” EN “extradition”. De keuze om in de tekst te zoeken naar de woorden combinatie “Omar Othman” is ingegeven door het feit dat dit arrest de eerste keer (zie *supra* voetnoot 429) is dat het Hof oordeelt dat artikel 6 zou geschonden worden mocht uitlevering plaatsvinden.

<sup>430</sup> MATTHEW D'ONCONA, “The Abu Qatada case proves it's time to rethink human rights”, *London Evening Standard*, 18 januari 2012.

<sup>431</sup> Zie *infra*.

proces. Is de juridische realiteit geheel anders. Ingevolge art. 1 EVRM hebben de Verdragsluitende Partijen de plicht om de rechten en vrijheden van het Verdrag te verzekeren aan “een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht”<sup>432</sup>. Daarenboven wordt nergens in de Conventie bepaald dat men onder bepaalde voorwaarden men zijn rechten verpand. Bijgevolg zal ook de grootste crimineel, de persoon die de meest verwerpelijke dingen heeft misdaan alsnog recht hebben op de rechten zoals ze omschreven zijn in de Conventie. Zo behouden bijvoorbeeld gedetineerden ongeacht hun misdaad, al hun fundamentele rechten en vrijheden, behalve hun recht op vrijheid, zoals die bepaald gegarandeerd worden door het EVRM.<sup>433</sup> Het feit dat het in het voordeel is van de nationale veiligheid dat iemand uitgezet of uitgeleverd wordt, speelt geen rol in de beoordeling of de uitzetting dan wel uitlevering een schending uitmaakt van de Conventie.<sup>434</sup>

Kortom, hoe moreel verwerpelijk de misdaden ook zijn die men heeft gepleegd, men behoudt de rechten en vrijheden zoals gegarandeerd door de Conventie.

Niet alleen de persoon van Omar Othman heeft een rol gespeeld in de commotie, ook het – vermeend – onvoorzienbare karakter van de uitspraak heeft men bekritiseerd. Alvorens wordt ingegaan op de vraag of de schending van art. 6 onvoorzienbaar was en bijgevolg het EHRM afwijkt van zijn vaste rechtspraak, worden de feiten van de zaak weergegeven.

#### (a) Feitenweergave

Omar Othman (hierna: de verzoeker), ontvluchtte Jordanië, en kwam uiteindelijk in september 1993 aan in het Verenigd Koninkrijk. Hij vroeg asiel aan en werd erkend als vluchteling in 1994, waarna hij een verblijfsvergunning kreeg die geldig was tot 30 juni 1998.<sup>435</sup> Op 3 mei 1998 startte Omar Othman de procedure op om een verblijfsvergunning van onbeperkte duur te verkrijgen, deze werd hem nooit verleend daar voor de procedure ten einde kwam, Omar Othman werd opgepakt. Dit gebeurde op 23 oktober 2002<sup>436</sup>. Daarenboven was hij tot twee maal toe bij verstek veroordeeld door Jordanië. De eerste veroordeling had betrekking tot zijn betrokkenheid bij de terroristische aanslagen op de Amerikaanse School en het Jeruzalem Hotel in Amman in 1998.<sup>437</sup> De tweede veroordeling, betrof de zaak gekend als de “Millennium Samenzwering”, ook hier werd de verzoeker bij verstek veroordeeld. Hij werd er van verdacht om geld te voorzien en via zijn geschriften geweld aan te moedigen.<sup>438</sup> In beide zaken zijn er sterke aanwijzingen dat de co-verweerders, Abu Hashwer en Al-Hamasher, gefolterd zijn<sup>439</sup>, Omar Othman benadrukte dan ook dat zijn beide veroordelingen gesteund waren op bewijs verkregen door foltering.<sup>440</sup>

---

<sup>432</sup> Art. 1 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

<sup>433</sup> zie *supra*

<sup>434</sup> specifiek voor art. 3 oordeelde het EHRM, *Saadi t. Italië*, Grote Kamer, 28 februari 2008, para. 140 : “with regard to [...] the effect that where an applicant presents a threat to national security, stronger evidence must be adduced to prove that there is a risk of ill-treatment, the court observes that such an approach is not compatible with the absolute nature of the protection afforded by Article 3.”; EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 185.

<sup>435</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 6.

<sup>436</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 7.

<sup>437</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 9.

<sup>438</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 18.

<sup>439</sup> “Mr. Al Hamasher, along with other defendants, had complained during the proceeding before the State Security Court [Court in Jordan] that they had been tortured by the Jordanian General Intelligence Directorate. [...] At the trial there was evidence from lawyers and medical examiners and relatives of the defendants that there were visible signs of torture on the defendants. However, the State Security Court concluded that the defendants could not prove torture.” (onderlijning toegevoegd) zie EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 13 en 14.

<sup>440</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para.

In oktober 2001 werd het Verenigd Koninkrijk door het “Foreign and Common wealth office” geadviseerd geen verdachten van terrorisme over te leveren aan Jordanië daar dit een inbreuk zou zijn van artikel 3 EVRM.<sup>441</sup> Een oplossing werd gezocht in het opstellen van een “framework memorandum of understanding” (hierna: MOU),<sup>442</sup> en gevonden.<sup>443</sup> Op 11 augustus 2005 werd Omar Othman ervan op de hoogte gebracht dat hij om redenen van nationale veiligheid gedeporteerd zou worden naar Jordanië.<sup>444</sup> Tegen deze beslissing stelde hij beroep in bij de “Special Immigration Appeals Commission” (hierna: SIAC).<sup>445</sup> Op 26 februari 2007 deed het SIAC uitspraak, waarbij het beroep werd afgewezen en stelde dat de deportatie naar Jordanië geen inbreuk inhield van het EVRM.<sup>446</sup> Hierna werd beroep ingesteld bij de “Court of Appeal”, deze stelde geen schending vast op grond van art. 3. Maar overwoog met betrekking tot art. 6 EVRM evenwel dat er een flagrante schending zou zijn van zijn recht op eerlijk proces.<sup>447</sup> Vervolgens werd door de minister van buitenlandse zaken een beroep ingesteld bij de House of lords, deze stelde geen schending vast van het EVRM. Specifiek voor art. 6 EVRM stelde het dat daaruit geen verplichting kan worden afgeleid om ten koste van de nationale veiligheid een gevaarlijk individu op het Brits grondgebied te houden. Immers, stelde Lord Philips of Worth Matravers:

*“[T]he prohibition on receiving evidence obtained by torture is not primarily because such evidence is unreliable or because the reception of the evidence will make the trial unfair. Rather it is because “the state must stand firm against the conduct that has produced the evidence. That principle applies to the state in which an attempt is made to adduce such evidence.”<sup>448</sup>*

De uiteindelijke conclusie was volgens de House of Lords dat de deportatie van Omar Othman niet tegen het EVRM ingaat, en aldus mag uitgevoerd worden.<sup>449</sup> Hierna diende Omar Othman een verzoekschrift in bij het EHRM.

*(b) De uitspraak op grond van art. 6 EVRM: Recht op eerlijk Proces.*

*i. De algemene principes met betrekking tot art. 6 EVRM*

Reeds met *Soering t. Verenigd Koninkrijk* werd vastgesteld dat een deportatie een probleem kan opleveren onder art. 6 EVRM indien de vluchteling het slachtoffer is geweest of zal worden van “flagrant denial of justice” in het ontvangende land.<sup>450</sup> De term “flagrant denial of justice” staat synoniem voor een proces dat manifest tegen art. 6 EVRM ingaat of tegen de principes waar het voor staat<sup>451</sup>. Het kan o.a. een opzettelijke en systematische weigering tot toegang van een advocaat, een proces die samenvattend is van natuur en die helemaal geen

<sup>441</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 21.

<sup>442</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 22 - 24.

<sup>443</sup> Het EHRM besloot dat er geen schending was op grond van art. 3 EVRM, juist omdat er waarborgen waren opgesteld. Het ging voor het tot dat besluit kwam evenwel na of de waarborgen geboden door de Jordaanse autoriteiten wel voldeden aan de eisen van het EVRM. Het zal daarbij de kwaliteit van de waarborgen nagaan en in welke mate ze kunnen worden ingeroepen. Hierbij zal o.a. worden nagegaan of de waarborgen vaag of specifiek zijn, of de staat gebonden is door de genomen waarborgen, ... Het moest besluiten dat het Verenigd Koninkrijk art. 3 EVRM niet heeft geschonden. zie : EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 186, 189 en 205.

<sup>444</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 25.

<sup>445</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 25.

<sup>446</sup> House of lords, *RB (Algeria) (FC) and another (Appellants) v. Secretary of state for the Home Department (Respondent)*, OO (Jordan) (Original Respondent and Cross – appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Original Appellant and Cross-respondent), 18 february 2009, para. 50.

<sup>447</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 51.

<sup>448</sup> House of lords, *RB (Algeria) (FC) and another (Appellants) v. Secretary of state for the Home Department (Respondent)*, OO (Jordan) (Original Respondent and Cross – appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Original Appellant and Cross-respondent), 18 february 2009, para. 153.

<sup>449</sup> House of lords, *RB (Algeria) (FC) and another (Appellants) v. Secretary of state for the Home Department (Respondent)*, OO (Jordan) (Original Respondent and Cross – appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Original Appellant and Cross-respondent), 18 february 2009, para. 267.

<sup>450</sup> EHRM, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, 7 juli 1989, para. 113. Dit principe werd bevestigd in : o. a. het arrest Mamatkulov and Askarov en het arrest Al saadoon and Mufdhi.

<sup>451</sup> EHRM, *sejdovic t. Italië*, 1 maart 2006 (GK) para. 84.



rekening houd met de rechten van de verdediging. Er is evenwel geen enkele zaak die een schending vaststelt van art. 6 EVRM ingevolge een uitlevering.<sup>452</sup>

ii. *Gebruik van bewijs verkregen die een schending van de art. 3 EVRM inhouden.*<sup>453</sup>

### In de rechtspraak van het EHRM

Het Hof heeft hier in tal van arresten oordeel over geveld. Zo stelde het Hof in *Jalloh t. Duitsland* dat het toelaten van zulk bewijs een impliciete goedkeuring inhoudt van de praktijken die door art. 3 EVRM op een absolute manier zijn verboden.<sup>454</sup> Meer zelfs het oordeelde het gebruik van zulk bewijs in een criminele procedure altijd wel problemen zal leveren op het gebied van de rechtvaardigheid van zulke procedures. In *Söylemez t. Duitsland* dat bewijs op basis van verklaringen verkregen in door handelingen in strijd met art. 3 EVRM intrinsiek onbetrouwbaar zijn.<sup>455</sup>

Aldus kwam het hof op verschillende gelegenheden tot het besluit dat het gebruik van verklaringen verkregen door foltering of een onmenselijke, vernederende behandeling in strijd met art. 3 als bewijs in strafzaken deze de zaak op zich onrechtvaardig zal zijn.<sup>456</sup>

In *Gäfgen t. Duitsland* overwoog het Hof het volgende:

*"[T]he Court cannot but take into account of the fact that Article 3 of the Convention enshrines an absolute right. Being absolute, there can be no weighing of other interests against it, such as the seriousness of the offence under investigation or the public interest in effective criminal prosecution, for to do so would undermine its absolute nature.[...] In the Court's view neither the protection of human life nor the securing of a criminal conviction may be obtained at the cost of compromising the protection of the absolute right not to be subjected to ill-treatment proscribed by Article 3, as this would sacrifice those values and discredit the administration of justice"*<sup>457</sup>

Sommigen zouden kunnen argumenteren dat omdat art. 6 EVRM in tegenstelling tot art. 3 EVRM niet absoluut is, het gegeven dat er bewijs wordt verkregen op basis van foltering in die context niet zo zwaar kan doorwegen. Dit argument werd al door het Hof weerlegd toen deze het volgende stelde:

*"[T]he use of such evidence raises serious issues as to the fairness of the proceedings. Admittedly, in the context of Article 6, the admission of evidence obtained by conduct absolutely prohibited by Article 3 might be an incentive for law-enforcement officers to use such methods notwithstanding such absolute prohibition."*<sup>459</sup>

---

<sup>452</sup> Zie *supra*

<sup>453</sup> art. 3 EVRM bepaald: "Niemand mag worden onderworpen aan folteringen noch aan onmenselijke of vernederende behandeling" Het artikel heeft een absoluut karakter, en er kan zelfs niet van afgeweken in tijden van oorlog of bij het afkondigen van de noodtoestand (art. 15, tweede lid EVRM)

<sup>454</sup> EHRM, *Jalloh t. Duitsland*, 11 juli 2006, para. 105; EHRM, *Saadi t. Italië*, 28 februari 2008(GK), para. 138-139.

<sup>455</sup> EHRM, *Söylemez t. Turkije*, 21 september 2006, para. 122.

<sup>456</sup> In o.a.: EHRM, *Örs en anderen t. Turkije*, 20 juni 2006, para. 20; EHRM, *Levintja t. Moldava*, 16 december 2008, paras. 101, 104 en 105; EHRM, *Söylemez t. Turkije*, nr. 46661/99, paras. 107, 122-124; EHRM, *Göçmen t. Turkije*, 9 januari 2003, paras. 73-74.

<sup>457</sup> EHRM, *Gäfgen t. Duitsland*, nr.22978/05, 1 juni 2010, para. 178

<sup>459</sup> EHRM, *Gäfgen t. Duitsland*, nr.22978/05, 1 juni 2010, para. 178

## In het internationaal recht : het VN- Verdrag tegen Foltering<sup>460</sup>

Door zijn 153<sup>461</sup> Verdragspartijen weerspiegelt het Verdrag tegen Foltering de wil van de internationale gemeenschap om het verbod op foltering te verankeren in het *Ius Cogens*.

In deze context is art. 15 Verdrag tegen Foltering, het belangrijkste:

*“Iedere Staat die Partij is, draagt ervoor zorg dat een verklaring waarvan wordt vastgesteld dat deze is afgelegd ten gevolge van foltering, niet wordt aangevoerd als bewijs in een rechtszaak, behalve tegen een van foltering beschuldigde persoon als bewijs dat de verklaring werd afgelegd.”*<sup>462</sup>

Het artikel legt een verplichting op in quasi absolute termen. Het artikel werd door het UN Committee Against Torture<sup>463</sup> (hierna: UNCAT) geïnterpreteerd als zijnde een artikel met een breed toepassingsveld, in de Engelse tekst is “een rechtszaak”, “any proceedings”<sup>464</sup>, aldus kan afgeleid worden dat het artikel in elke rechtszaak van toepassing, inclusief uitleveringszaken.<sup>465</sup>

Daarenboven wordt door het UNCAT ook aanvaard dat het artikel extraterritoriale werking heeft, bijgevolg kan het artikel geïnterpreteerd worden als zijnde een artikel die de verplichting oplegt dat ook in het ontvangende land geen verklaringen verkregen door foltering als bewijs mogen gebruikt worden. Evenmin mag men tot uitlevering overgaan, als de feiten waarvoor uitlevering wordt gevraagd bewezen werden aan de hand van verklaringen verkregen door foltering.<sup>466</sup>

### *(b) Extraterritoriale werking van art. 6 EVRM*

Niettegenstaande de Conventie niet vereist dat de Verdragspartijen hun standaarden opleggen aan derde landen, zullen de Verdragstaten evenwel verplicht zijn samenwerking te weigeren in gevallen een veroordeling een “flagrant denial of justice” zou zijn.<sup>467</sup> *A fortiori* moet deze verplichting ook gelden in het geval iemand gedeporteerd wordt om terecht te staan in een land waar men zelfs de meest fundamentele principes van een eerlijk proces niet naleeft.<sup>468</sup>

Zoals reeds eerder vermeld heeft het Hof reeds in *Soering t. Verenigd Koninkrijk* overwogen dat er een probleem kan zijn in het kader van een uitlevering omdat de voortvluchtige het risico loopt op een oneerlijk proces in het verzoekende land.<sup>469</sup> Maar voor art. 6 EVRM extraterritoriale werking kan hebben, moet het risico op een oneerlijk proces een flagrant niveau bereiken, louter technisch onvolkomenheden zullen met andere woorden niet volstaan.<sup>470</sup>

<sup>460</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman Or Degrading Treatment or Punishment, New York, United States. (10 December 1984)

<sup>461</sup> <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=IV-9&chapter=4&lang=en>

<sup>462</sup> De Engelse tekst is de volgende: “Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.” (onderlijning toegevoegd)

<sup>463</sup> Is één van de negen VN – Verdragscomités, het UN Committee Against Torture ziet er op toe dat het UN Convention Against Torture wordt nageleefd.

<sup>464</sup> Zie *supra*

<sup>465</sup> UNCAT, G.K. t. Zwitserland, CAT/C/30/D/219/2002, 15 mei 2003, para. 6.3.; UNCAT, P.E. t. Frankrijk, CAT/C/29/D/193/2001, 19 december 2002, para. 6.10.

<sup>466</sup> UNCAT, G.K. t. Zwitserland, CAT/C/30/D/219/2002, 15 mei 2003, para. 6.3; UNCAT, P.E. t. Frankrijk, CAT/C/29/D/193/2001, 19 december 2002, para. 6.10.

<sup>467</sup> EHRM, *Drozdz en Janoušek t. Frankrijk en Spanje*, 26 juni 1992, para. 110.

<sup>468</sup> EHRM, *hidal t. Verenigd Koninkrijk*, 6 maart 2001.

<sup>469</sup> EHRM, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, 7 juli 1989, para. 113.

<sup>470</sup> Cf. EHRM, *Tomic t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 17837/03, onontvankelijkheidsverklaring van 14 oktober 2003.

### (c) Beschouwingen

Ten eerste kunnen zaken met betrekking tot uitlevering en uitzetting wel degelijk een probleem vormen onder toepassing van art. 6 EVRM. Ten tweede is het bewijs verkregen door foltering niet ontvankelijk in strafzaken, of gelijk welke zaken. Dit beginsel is absoluut, daar anders het een impliciete goedkeuring zou inhouden van daden die nochtans onder art. 3 EVRM absoluut verboden zijn. Daarenboven zou het ontvankelijk verklaren van zulk bewijs een aanmoediging inhouden voor strafvervolgers om alsnog over te gaan tot foltering of andere vernederende straffen. Iets wat dient vermeden te worden, niet alleen in het licht dat art. 3 EVRM een absoluut beginsel is, maar ook in het licht dat het Verdrag als een geheel moet gelezen worden en dat de verschillende bepalingen in harmonie met elkaar moeten uitgelegd worden.<sup>471</sup> Op basis van het voorgaande lijkt het dat de uitspraak in het arrest *Omar Othman t. Verenigd Koninkrijk* geen breuk vormt met de vaste rechtspraak van het EHRM. Om zekerheid te verschaffen, zal even ingegaan worden op de argumenten gegeven door het Hof om tot een schending van art. 6 EVRM in die zaak te komen

#### §3.3 De argumenten van het EHRM in de zaak Omar Othman t. Verenigd Koninkrijk

Het Hof zal eerst vaststellen of het bewijs verkregen werd door foltering. Daarna deelt het de redenering op in twee componenten: (1) is een risico dat bewijs verkregen door foltering ontvankelijk wordt verklaard genoeg, (2) en als dat genoeg is, is er dan sprake van een “flagrant denial of justice”.<sup>472</sup>

##### (a) *Werd het bewijs verkregen door foltering*

Abu Hawsher, verweerder in de zaak in Jordanië, verklaarde dat hij werd geslagen op zijn voetzolen, zodanig hard zelfs dat als hij baadde zijn huid afviel. De litteken bij de tweede verweerder, Al-Hamasher, zijn consistent met die uitspraken. Bovendien zijn deze praktijken waarbij op de voetzolen wordt geslagen, beter bekend als *bastinado*, *falanga* of *falaka*, zaken waarover het Hof al uitspraak gedaan, en bevonden heeft dat deze als foltering aangemerkt dienen te worden.<sup>473</sup> Op basis van al deze redenen concludeert het Hof dat het redelijk is te besluiten dat als Abu Hawsher en Al-Hamasher behandeld zijn op de manier zij beweren behandeld te zijn, dit neerkomt op foltering.<sup>474</sup>

##### (b) *Is een risico dat bewijs verkregen door foltering ontvankelijk wordt verklaard genoeg?*

Volgens de Britse Overheid dit er een balans opgemaakt te worden dat een risico niet genoeg is maar dat er een grote mate van waarschijnlijkheid moet zijn. Het Hof is daar evenwel niet mee eens, dit om volgende redenen. Ten eerste omdat foltering een wijdverbreide praktijk is in Jordanië.<sup>475</sup> Ten tweede is het niet alleen een wijdverbreide praktijk in Jordanië zo ook het gebruik van bewijs verkregen door foltering.<sup>476</sup> Ten derde dient er rekening gehouden te worden met de speciale problemen om foltering te bewijzen, het wordt in het geheim uitgevoerd, door personen die weten hoe ze geen sporen moeten nalaten. Daarenboven zijn deze die geacht worden foltering tegen te gaan veel al betrokken in de verhulling van die praktijken.<sup>477</sup> Ten vierde erkent het Hof dat er in de Jordaanse wet ingeschreven staat dat bewijs op basis van foltering verboden is en niet ontvankelijk zal verklaard worden. Bijgevolg bestaat er de mogelijkheid voor Omar Othman om het bewijs niet ontvankelijk te verklaren. Maar

<sup>471</sup> EHRM, *Demir en Baykara t. Turkije*, 7 januari 2010 (GK).

<sup>472</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 271.

<sup>473</sup> O.a.: EHRM, *Salman t. Turkije*, nr. 21986/93, paras. 114-115; EHRM, *Valeriu en Nicolae Rosça t. Moldova*, nr. 41704/02, para. 64.

<sup>474</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 270.

<sup>475</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 272.

<sup>476</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 277.

<sup>477</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 276.

het Hof wijst aan dat het in de praktijk over het algemeen anders uitdraait. Immers, hij zou vele jaren na de feiten<sup>478</sup> moeten bewijzen dat er sprake was van foltering, dit bij het hof die zulke aantijgingen verwerpt.<sup>479</sup> Tot slot stelt het Hof ook vast dat de Jordaanse autoriteiten op geen enkel moment de aantijgingen op een substantiële en effectieve manier onderzocht hebben.<sup>480</sup> Met andere woorden er bestaat een substantieel risico dat bewijs op grond van foltering zal gebruikt worden, dit omdat het gebruik ervan zo ingeburgerd is in het Jordaanse rechtssysteem dat er geen reden is om aan te nemen dat zij ervan zullen afwijken. De verzoeker heeft in het licht van deze elementen ruimschoots voldaan aan de bewijsstandaard dat op een redelijkerwijze hem kan opgelegd worden.<sup>481</sup>

*(c) Is er sprake van een “flagrant denial of justice”*

Het Hof overweegt hierbij het volgende. Dat het eens is met de bevindingen van de Britse autoriteiten, met name het SIAC, dat er een grote waarschijnlijkheid is dat de verklaringen van Abu Hawsher en Al-Hamasher als bewijs zullen dienen in de rechtszaak tegen Omar Othman.<sup>482</sup> Aangezien dit bewijs wordt gezien als verkregen door foltering en het gebruik van zulk bewijs gezien wordt als een “flagrant denial of justice”,

Het wordt aangenomen door het Hof dat het bewijs waarvan sprake verkregen is door foltering. Daarenboven staat het volgens het Hof vast dat het gebruik van zulk bewijs een “flagrant denial of justice” is. De verzoeker heeft aangetoond dat er een reëel risico bestaat dat dit bewijs gebruikt zal worden in zijn rechtszaak, *mutatis mutandis* zal het proces een “flagrant denial of justice” zijn.

#### §3.4. Conclusie

Hoewel het Verenigd Koninkrijk verontwaardigd was over het arrest, is na een beschouwing van de toepasselijke rechtsregels, de uitspraak van het Hof helemaal niet zo verrassend.

---

<sup>478</sup> Het gaat om feiten die dateren van 1999, 2001.

<sup>479</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 279.

<sup>480</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 280.

<sup>481</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 280.

<sup>482</sup> EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd koninkrijk*, nr. 8139/09, Grote Kamer arrest van 17 januari 2012, para. 281.

## Hoofdstuk 2: Het EHRM: De ondermijning van de democratische rechtsstaat

### INLEIDING

De critici, en meer bepaald BAUDET laat geen gelegenheid voorbij gaan dat het EHRM, maar eigenlijk elke beperking van de nationale soevereiniteit, ingaat tegen alle principes van een democratische rechtsstaat. Het EHRM met zijn niet verkozen rechters, staat boven het nationaal systeem. Hierdoor kan en zal het geen oog hebben voor de verschillen in cultuur en wil het alle EVRM-lidstaten uniformiseren. Meer dan dat, stellen ze, het Hof spreekt zich uit in politieke zaken, met andere woorden oordeelt het over zaken waar het simpelweg niet toe bevoegd is. Kortom, de rechters zijn 'politici in toga' waarbij recht gebruikt wordt om ander recht te creëren, een taak die nochtans exclusief voorbehouden is aan de wetgevende macht. De kritiek is vernietigend, en stelt het EHRM als instelling op de helling.

Dat het EHRM nochtans nog steeds niet aan belang heeft ingeboet, daar houden de critici geen rekening mee. Alles prevalerend is de nationale soevereiniteit en de inbreuk erop. Het is evenwel reeds aangetoond dat, hoewel er sprake is van een beperking is van soevereiniteit, deze beperking vrijwillig is. Daarenboven werd aangetoond dat het Hof, zelfs in de arresten opgeworpen door de critici zelf, niet afwijkt van eerdere gekende interpretatiemethodes en een groot belang hecht aan de "margin of appreciation" doctrine. Een beginsel bij uitstek die de nationale soevereiniteit waar mogelijk en waar nodig, waarborgt. Niettemin, wil men meer, meer macht voor de nationale autoriteiten, en dus minder voor het EHRM.

Zoals gezegd hoewel de soevereiniteitsoverdracht geheel vrijwillig is verlopen, en de formele soevereiniteit steeds gewaarborgd blijft, stellen sommigen dat dit alsnog een inbreuk maakt op de beginselen waar een democratische rechtsstaat op steunt.

Voor daar op ingegaan worden, zal met democratische rechtsstaat wordt bedoeld. Immers de critici gooien met deze begrippen, maar dekt hun notie wel de lading.

Daarna zal elk aspect, aangevoerd door de critici, worden besproken.

### **Afdeling 1: De democratische rechtsstaat: Wat is dat nu eigenlijk?**

Democratie, rechtsstaat en democratische rechtsstaat worden vaak door elkaar gehaspeld, dit leidt tot ambiguïteit en is zeker niet ten voordele van de begripbaarheid. Het is dan ook om die reden dat de met elkaar verstrengelde begrippen dienen ontward te worden

## Onderafdeling 1: Democratie

Democratie is een begrip waarover veel inkt is gevloeid. Velen hebben geprobeerd om democratie te definiëren, maar vervielen daarbij al snel in een opsomming van kenmerken<sup>483</sup>. Als men op deze manier democratie definieert, wordt het middel (het institutioneel kader) tot doel (democratie) verheven.<sup>484</sup> Hooguit geeft men hiermee een beschrijving van democratie. Ook in deze masterproef kan enkel tot een beschrijving van democratie worden overgegaan, er wordt evenwel niet geponereerd deze “De Definitie” is. Die is immers onmogelijk te formuleren.

Democratie bestaat uit twee aspecten. Een formeel en een materieel aspect.

Het formeel aspect steunt op de meerderheidsregel, waarbij het standpunt van de meerderheid beslissend is. Immers, een ieder heeft één stem die voor allen dezelfde waarde heeft. Maar dit formeel aspect is niet genoeg<sup>485</sup>, de meerderheidsregel is immers niet de essentie van democratie.<sup>486</sup> Iets anders beweren leidt tot een “Tyranny of the Majority”.<sup>487</sup> De essentie van democratie is het principe van politieke gelijkheid. Waarbij de meerderheidsregel enkel een middel is die politieke gelijkheid realiseert. De realisatie van politieke gelijkheid steunt evenwel niet alleen op een formeel aspect maar ook op een materieel aspect. Want een gewone meerderheidsprocedure brengt de politieke gelijkheid juist in het gedrang. Dit kan opgelost worden door materiële omkadering, hierbij kan aan verschillende oplossingen gedacht worden. Men kan ervoor opteren om minderheidsopvattingen te incorporeren in de politieke debatten. Hoewel (dit al veel in de praktijk wordt gedaan, is dit niet genoeg om politieke gelijkheid te garanderen. Het systeem hangt hierbij te veel af van de welwillendheid van de meerderheid, iets wat niet gegarandeerd is. Zeker niet als de meerderheidsregel heerst. Ten tweede kan men uitgaan van de visie dat politieke gelijkheid niet bij elke beslissing dient gerealiseerd te worden, maar juist doorheen de tijd. In zo'n systeem is het wederkerigheidsbeginsel van belang. Hoewel nobel, biedt het in twee gevallen helemaal geen soelaas. Ten eerste wanneer een beslissing de vitale belangen van een minderheid raakt. Ten tweede wanneer het een permanente minderheid betreft, die regelmatig getroffen wordt door een meerderheidsprocedure. Aangezien het wederkerigheidsbeginsel niet het verhoopte effect heeft in deze twee gevallen dient men sommige gevallen juist *uit* het toepassingsgebied van een meerderheidsprocedure te nemen. Dit kan onder andere door de rechten neer te schrijven, in bijvoorbeeld de grondwet, maar ook in internationale verdragen. BEETHAM wijst erop dat dit paradoxaal overkomt in het licht van de “politieke gelijkheid” maar stelt dat zich geen probleem opdringt, zolang de rechten het principe van politieke gelijkheid gegarandeerd wordt.<sup>488</sup>

## Onderafdeling 2: De rechtsstaat

### §1 De Rule of Law: Heerschappij van het recht of rechtsstaat?

De Angelsaksische term *rule of law* wordt over het algemeen in het Nederlands weergegeven met ‘heerschappij van het recht’. Dit maakt duidelijk dat *rule of law* en de bredere continentale notie rechtsstaat, in het Frans *Etat de droit*, niet geheel dezelfde lading dekken.<sup>489</sup> Zo is er in de authentieke teksten van het EVRM, die opgesteld zijn in

---

<sup>483</sup> Een veel gebruikte definitie is deze van Joseph Schumpeter deze definieerde democratie als volgt: “[T]he democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people’s vote.”  
Zie: J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, Routledge, 2003 (1952), 269.

<sup>484</sup> D. BEETHAM, *Democracy and human rights*, Cambridge, Polity Press, 1999, 3.

<sup>486</sup> D. BEETHAM, *Democracy and human rights*, Cambridge, Polity Press, 1999, 95.

<sup>487</sup> D. BEETHAM, *Democracy and human rights*, Cambridge, Polity Press, 1999, 93.

<sup>488</sup> D. BEETHAM, *Democracy and human rights*, Cambridge, Polity Press, 1999, 91.

<sup>489</sup> SCHOKKENBROEK, J., “Het EVRM als instrument ter handhaving van de *rule of law*. Enige losse beschouwingen” in T.BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK & J.P. LOOF (eds.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70<sup>ste</sup> verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, 443.

het Engels en het Frans, respectievelijk sprake van *prééminence de droit*<sup>490</sup> en *rule of law*.<sup>491</sup> Niettemin, is er een tendens waarbij in internationale teksten de *rule of law* i.p.v. met *prééminence du droit* wordt weergegeven met *Etat de droit*.<sup>492</sup> Ook binnen de Raad van Europa bestaat er een consensus dat de twee begrippen hetzelfde omvatten<sup>493</sup>, waardoor *Etat de droit* meer en meer, binnen de Raad van Europa als de Franstalige tegenhanger wordt gebruikt van de *rule of law*. Daarenboven verwijst het EHRM in toenemende mate naar de *Etat de droit* in zijn Franstalige arresten<sup>494</sup> in plaats van naar *prééminence du droit*, een term die nochtans gebruikt wordt in het EVRM-preambule.<sup>495</sup>

*Mutatis mutandis* kan besloten worden dat in het Nederlands de term 'heerschappij van het recht plaats' moet ruimen voor de notie rechtsstaat. Ten voordele van de coherentie en leesbaarheid wordt in het kader van deze masterproef gekozen voor de notie rechtsstaat als tegenhanger van de *rule of law*, deze keuze is verantwoord door bovenstaande geschetste ontwikkelingen.

## §2 De notie rechtsstaat beter begrepen

Net als democratie, bestaat er over het begrip rechtsstaat geen algemeen aanvaarde definitie. Als er dan toch definities gegeven worden, zijn deze te sterk beïnvloed door nationale politieke en juridische tradities, zodat ze enkel toepasselijk zijn voor bv. de Duitse notie van *Rechtsstaat* of de Franse notie van *Etat de droit*, maar niet gebruikt kunnen worden om "de rechtsstaat" te definiëren. Rechtsgeleerden houden het daarom wijselijk bij het opsommen van de kenmerken, die zij niet voorstellen als definitie maar enkel als een manier om de rechtsstaat te beschrijven.<sup>496</sup>

ENSCHEDÉ beschrijft het als "daar waar niet alleen de burger maar ook de overheid aan het recht onderworpen is."<sup>497</sup>

RAZ<sup>498</sup> en FULLER<sup>499</sup> onderscheiden op hun beurt elk acht beginselen, als men deze met elkaar vergelijkt komen er twee soorten beginselen naar voren: beginselen die de *kenbaarheid* van regels betreffen<sup>500</sup> en beginselen die de *uitvoerbaarheid* van regels betreffen<sup>501</sup>.

<sup>490</sup> "Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de **prééminence du droit**, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle" in de preambule van de Franstalige versie van het EVRM.

<sup>491</sup> "Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and **the rule of law**, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration" in de preambule van de Engelstalige versie van het EVRM.

<sup>492</sup> UNGA Res. 62/70 (18 augustus 2007), L'Etat de droit aux niveaux national et international, UN Doc A/RES/62/70; in navolging van deze resolutie werd in 2009 een rapport uitgebracht UNGA Report 64/298 (17 augustus 2009) "Rapport annuel sur le renforcement et la coordination de l'action des nations unies dans le domaine de l'état de droit", UN Doc A/64/298; in 2012 werd ook een verklaring afgelegd UNGA Declaration 67/L.1 (19 september 2012) Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international", UN Doc 67/L.1

<sup>493</sup> JURGENS, E., *The principle of the rule of law*, Council of Europe, Parliamentary Assembly, 2007, para. 12.

<sup>494</sup> De eerste keer deed het Hof dit in de zaak K.- H.W. t. Duitsland, in deze zaak moet het evenwel begrepen worden als de tegenhanger van de Duitse notie Rechtsstaat en niet als een synoniem voor de Rule of law. Zie EHRM, K.- H.W. t. Duitsland, nr. 37201/97, Gewone Kamer arrest 22 maart 2001, para. 61 en 63.; toch werd naderhand de term "Etat de droit" gebruikt ter synoniem van de rule of law zie onder andere.: EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk* (Nr. 2), 30 maart 2004, para. 36, 42 en 46; EHRM, *M.S.S. t. België en Griekenland*, nr. 30696/09, Grote kamer arrest 21 januari 2011, para. 150; EHRM, *Zolotas t. Griekenland* (Nr.2), nr. 66610/09, Gewone Kamer arrest 29 januari 2013, para. 53.

<sup>495</sup> Zie *supra*

<sup>496</sup> SCHOKKENBROEK, J., "Het EVRM als instrument ter handhaving van de *rule of law*. Enige losse beschouwingen" in T.BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK & J.P. LOOF (eds.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70<sup>ste</sup> verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, 442.

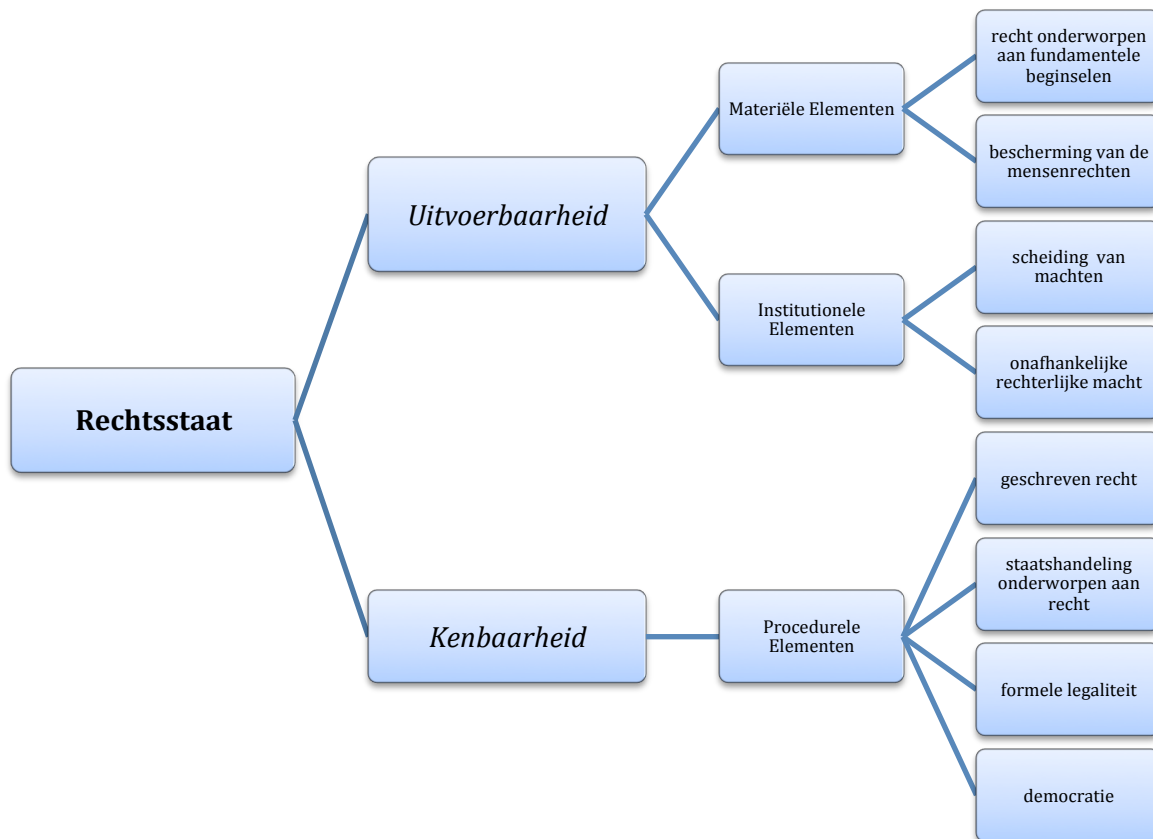
<sup>497</sup> CH. J. ENSCHEDÉ, *De burger en het recht: over macht, gezag en democratie*, Amsterdam, Meulenhoff, 1988, 84.

<sup>498</sup> (1) geen wetten met terugwerkende kracht; (2)relatief stabiele wetten; (3) algemene regels gelden voor iedereen gelijkelijk; (4) het bestaan van een onafhankelijke rechterlijke macht; (5) onpartijdigheid bij geschillen; hoor en wederhoor;(6) toetsingsmacht van wetten bij de hoogste rechter; (7) toegang tot de rechter die voor ieder is verzekerd;(8) geen misbruik van recht en van op rechtsregels gebaseerde macht bij de bestrijding van misdaden. Zie RAZ, J. "The rule of law and its virtue", in J. RAZ, *The authority of law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 210 – 233.

<sup>499</sup> (1) algemeenheid van regels; (2)openbaarmaking en bekendheid van de regels; (3)prospectieve werking van regels (geen terugwerkende kracht); (4)

TAMANAHA stelt dan weer dat een rechtsstaat opgebouwd is uit twee complementaire elementen<sup>502</sup>, met name procedurele en materiële elementen.<sup>503</sup> BEDNER voegt hier een institutioneel element aan toe. Maar ook uit deze twee interpretaties kan men de voornoemde twee grondbeginselen afleiden. Waarbij het institutioneel element een deel uitmaakt van de beginselen met betrekking tot de uitvoerbaarheid van regels.

De theorieën die hierboven besproken worden, kunnen weergegeven worden in volgend complementair geheel:



Uit dit schema kan men afleiden dat democratie en rechtsstaat op dezelfde manier zijn opgebouwd, ze bevatten zowel een formeel (procedureel) als een materieel aspect. Waarbij democratie geldt als een deelaspect van de

helderheid en duidelijkheid van regels voor degenen die ze moeten gehoorzamen; (5) innerlijke consistentie van regels, afwezigheid van contradicties; (6) 'gehoorzaambare regels' waarbij niet het onmogelijke van de burgers wordt geëist; (7) stabiliteit van regels; (8) congruentie tussen regels en het gedrag van officiële functionarissen. Zie FULLER, L., *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

<sup>500</sup> Deze maken de gehoorzaamheid aan de wet mogelijk. Zie: WETENSCHAPPELIJKE RAAD VOOR HET REGERINGSBELEID, *Toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2002, 18.

<sup>501</sup> Deze zorgen voor de omkadering waardoor de organisaties belast met de handhaving van het recht, het recht kan afdwingen en kan reageren op inbreuken. De handhaving mag evenwel enkel gebeuren in overeenstemming van het recht. Zie: WETENSCHAPPELIJKE RAAD VOOR HET REGERINGSBELEID, *Toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2002, 18.

<sup>502</sup> De acht elementen van zowel FULLER en RAZ kunnen in deze interpretatie eerder gezien worden als kenmerken van één van de twee complementaire elementen.

<sup>503</sup> B. Tamanaha, *On the Rule of law: History Politics, Theory.*, Cambridge, Cambridge university press, 2004.



rechtsstaat<sup>504</sup>, maar ook de rechtsstaat geldt als een aspect van democratie. Immers, de overheid is gebonden door rechten, dit valt perfect onder de notie die ENSCHEDÉ hiervan geeft.<sup>505</sup>

Gesimplificeerd kan men stellen dat de begrippen op volgende manier met elkaar verbonden zijn, democratie op zichzelf zoals door Beetham bewezen houdt te weinig of zelfs geen rekening met minderheden, met als gevolg dat een “tyranny of the majority” kan ontstaan. Iets wat juist tegen de democratische principes van politieke gelijkheid en volkscontrole<sup>506</sup> ingaat. Daarom is een correctiemechanisme nodig, het is hier dat de rechtsstaat zijn intrede maakt. Het is het falen van de democratie die de legitimering is voor het feit dat een staat zichzelf beperkingen oplegt en zich hierdoor gebonden ziet. Dat democratie en rechtsstaat onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn is ook toe te schrijven aan de ontwikkelingen na de Tweede Wereldoorlog. Als reactie op de juist overwonnen ideologie van fascisme en onder de nieuwe dreiging van het Communisme<sup>507</sup> werd in verschillende internationale verdragen verwezen naar zowel “democratie”<sup>508</sup> als naar de “rechtsstaat”.<sup>509</sup> De *rule of law* staat aldus niet op zichzelf en wordt in één adem genoemd met mensenrechten en democratie. Niet alleen in de preambule van het EVRM, maar ook in het Statuut van de Raad van Europa is dit het geval<sup>510</sup>. Daarenboven werd in de Verklaring van Warschau<sup>511</sup> het behoud en bevordering van mensenrechten, democratie en rechtsstaat als de centrale doelstelling van de Raad van Europa beschouwd.<sup>512</sup>

De onderlinge verwevenheid en interdependentie van de drie begrippen wordt hiermee sterk benadrukt. Het is om deze redenen dat er gesproken kan worden over een ‘democratische rechtsstaat’.

### Onderafdeling 3: Tussentijdse Conclusie

De aanleiding van dit hoofdstuk was de begrippen democratie, rechtsstaat en democratische rechtsstaat te ontwarren. Juist door dit te willen doen en door de onderscheiden definities trachten te achterhalen werd de bevinding steeds duidelijker. De drie begrippen betekenen *in se* hetzelfde op enkele nuance verschillen na.

Gesimplificeerd komen we tot de volgende bevindingen:

Hoewel, democratie en rechtstaat uit dezelfde componenten bestaan, met name een materieel en een formeel component en een onderscheiden definitie niet bestaat. Betekent dit niet dat zij synoniemen zijn van elkaar.

Beide leggen de nadruk immers op een verschillend aspect, democratie betreft een procedureel aspect, waarbij de nadruk ligt op politieke gelijkheid en de volkscontrole. Met andere woorden democratie slaat op het feit dat er verkiezingen gehouden worden en iedereen een stemrecht heeft van gelijke waarde. Hieruit kan men evenwel niet afleiden dat de essentie van democratie de meerderheidsregel is. Want mocht dat zo zijn kan men altijd boven de

---

<sup>504</sup> BEDNER stelt dat een procedureel aspect van rechtsstaat de volgende is: inhoud van recht en de uitvoering daarvan dienen beïnvloed te worden door instemming van de burgers (wat dus neerkomt op democratie).

<sup>505</sup> Zie *supra*

<sup>506</sup> Deze principes werden door Beetham geïdentificeerd.

<sup>507</sup> Het EHRM heeft dit ook expliciet vermeldt in diens rechtspraak in o.a. EHRM, *Vogt t. Duitsland*, nr. 17851/91, 26 september 1995 (GK), para. 58; ECRM, *La parti Communiste d'Allemagne c. Allemagne*, nr. 250/57, 20 juli 1957.

<sup>508</sup> Dit is vooral het geval in met de mensenrechtenverdragen, deze refereren in buitenlandse wijze naar “de democratische samenleving”. In het UVRM werd een “in een democratische samenleving” - clause opgenomen in art. 14, 21 en 22. In het EVRM wordt zelfs in de preambule gesteld dat de uitoefening van mensenrechten gesteund is op een “waarlijk democratische regeringsvorm”, ook het EVRM werkt met een “in een democratische samenleving” – clause, deze is opgenomen in o.a. art. 9, 10, 11.

<sup>509</sup> Bv. Preambule van het EVRM

<sup>510</sup> “Reaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy” preambule Statuut van de Raad van Europa, London, 5 mei 1949.

<sup>511</sup> Verklaring van Warschau, Warschau, Polen, 16 – 17 mei 2005.

<sup>512</sup> Verklaring van Warschau, Warschau, Polen, 16 – 17 mei 2005, para. 1.

hoofden van minderheden beslissen. In het bijzonder wanneer het minderheden zijn van een permanente aard of wanneer het de vitale belangen betreft van een minderheid die in se de meerderheid niet treffen.<sup>513</sup> Een “tyranny of the majority” is op die manier niet veraf, en waarschijnlijk niet te vermijden, en daar heb je het al, tirannie kan heel moeilijk democratisch zijn.

Daarom dienen waarborgen ingebouwd te worden. Deze waarborgen kunnen enerzijds geïdentificeerd worden als het materieel aspect van democratie maar ook als zijnde de rechtsstaat in het geheel. Met andere woorden democratie wijst op het politiek systeem het systeem van volksvertegenwoordiging, de volksraadpleging, ombudsmannen, etc.<sup>514</sup>. In die zin moet democratie opgevat worden als een procedure die nooit tot een substantieel rechtvaardige oplossing kan komen.<sup>515</sup> Rechtsstaat wijst dan op de waarborgen die nodig zijn om democratie rechtvaardig te maken en politieke gelijkheid voor iedereen te garanderen. Daarom is het belang van een onafhankelijke rechter en het principe dat ook de staat (ook) gebonden is door recht niet te onderschatten, zij zijn de middelen bij uitstek om democratie in de ‘ideale’ zin van het woord te realiseren. Met de term democratische rechtsstaat wordt aangetoond dat democratie en rechtsstaat onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, de specifieke nuances worden evenwel door het gebruik ervan impliciet naar voren gebracht.

## Afdeling 2: Mensenrechten zijn inherent aan de democratische rechtsstaat

Uit voorgaande blijkt duidelijk dat mensenrechten inherent zijn aan democratie en rechtsstaat en zodus ook aan de democratische rechtsstaat. Sommige critici menen evenwel van niet, en stellen dat een internationale beperking, zoals mensenrechten, van de parlementaire meerderheid een beperking van de democratische rechtsstaat inhouden. Deze stelling kan evenwel niet bijgetreden worden.

Zoals uit het voorgaande blijkt en benadrukt werd is dat de essentie van een democratische rechtsstaat niet de meerderheidsregel is maar politieke gelijkheid. Om die te realiseren zullen beperkingen opgelegd moeten worden. Hier is niks paradoxaal noch ondemocratisch aan. Immers om over een democratie te kunnen spreken moet elke burger zijn kiesrecht, recht op vrije meningsuiting en de vrijheid van vergadering en vereniging kunnen uitoefenen op een effectieve manier. De noodzakelijkheid van mensenrechten, meer bepaald de politieke en burgerlijke rechten, wordt hierdoor vanzelfsprekend.<sup>516</sup>

Ook het EHRM onderschrijft deze visie, en zal in zaken betreffende algemeen kiesrecht (art. 3 Eerste Protocol)<sup>517</sup>, het recht op leven (art. 2 EVRM)<sup>518</sup> en het verbod van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling of straffen (art. 3 EVRM)<sup>519</sup>, recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM)<sup>520</sup>, recht op vrije meningsuiting (art. 10 EVRM)<sup>521</sup> en vrijheid van vergadering en vereniging (art. 11 EVRM)<sup>522</sup> democratie als referentie gebruiken bij de toepassing en interpretatie van de verdragsrechten.<sup>523</sup>

Dat democratie als referentie kan gebruikt worden bij de toepassing en interpretatie van de verdragsrechten werd duidelijk verwoord inde zaak *United Communist Party of Turkey t. Turkije*.

---

<sup>513</sup> Een voorbeeld hiervan is het hele hoofddoekendebat in Vlaanderen. De meerderheid van de bevolking draagt geen hoofddoek, ze zijn immers niet bekeerd tot de islam, noch wordt het hen verplicht er een te dragen hoewel ze niet bekeerd zijn. Toch wil de meerderheid kunnen beslissen of de minderheid deze mogen dragen voor bepaalde functies.

<sup>514</sup> Alle elementen die een volkscontrole inhouden of deze mogelijk maken. Zie voor een beperkte opsomming D. BEETHAM, *Democracy and human rights*, Cambridge, Polity Press, 1999, 91.

<sup>515</sup> BEDNER, A., “An elementary Approach to the Rule of Law”, *Hague Journal on the Rule of Law*, 62.

<sup>516</sup> D. BEETHAM, *Democracy and human rights*, Cambridge, Polity Press, 1999, 91.

<sup>517</sup> EHRM, *Mathieu – Mohin en Clerfayt t. België*, nr. 9267/81, 2 maart 1987, §47.

<sup>518</sup> Zie bijvoorbeeld: EHRM, *McCann, Farrell en Savage t. Verenigd Koninkrijk*, arrest van 27 september 1995, para. 147.

<sup>519</sup> EHRM, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, arrest van 7 juli 1989, para. 88.

<sup>520</sup> EHRM, *Lawless t. Ierland*, arrest van 14 november 1960.

<sup>521</sup> EHRM, *Handyside t. Verenigd Koninkrijk*, 7 december 1976, para. 49.

<sup>522</sup> EHRM, *Ärtze für das leben*, t. Oostenrijk, 21 juni 1988.

<sup>523</sup> J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, 198;

Hierin stelt het Hof het volgende:

*“Democracy is without doubt a fundamental feature of the European public order[...]That is apparent, firstly, from the Preamble to the Convention, which establishes a very clear connection between the Convention and democracy by stating that the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms are best ensured on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of human rights [...]. The Preamble goes on to affirm that European countries have a common heritage of political tradition, ideals, freedom and the rule of law. The Court has observed that in that common heritage are to be found the underlying values of the Convention [... it has pointed out several times that the Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society”<sup>524</sup>*

Door aan te tonen dat mensenrechten inherent zijn aan de democratische rechtsstaat is evenwel niet bewezen dat de beweringen onterecht zijn. Men is dus genoodzaakt om de specifieke aantijgingen te onderzoeken

## Onderafdeling 1: De specifieke argumenten weerlegd

### **§1 De EHRM-Rechters worden niet verkozen, dit is ondemocratisch**

#### *§1.1 Scheiding der machten*

Zoals reeds werd aangetoond is “scheiding der machten” één van de elementen van de democratische rechtsstaat. De rechterlijke macht, is hierbij uniek, daar het niet onderworpen is aan verkiezingen, en aldus geen verantwoording dient af te leggen aan het volk.

Dat het geen verantwoording dient af te leggen, betekent niet dat het niet onderworpen is aan een volkscontrole. Immers door het beginsel der scheiding van machten, dat bovendien een element is van de rechtsstaat,<sup>526</sup> wordt de rechterlijke macht gecontroleerd door de twee tegenmachten. Dit zijn de uitvoerende en de wetgevende macht, die beide wel verkozen worden. Concreet kan dit impliceren dat de rechterlijke macht via de openbaarheid en de motiveringsplicht verantwoording aflegt voor diens beslissingen, de rechters worden benoemd door de uitvoerende macht en zullen middelen krijgen van de wetgevende macht.<sup>527</sup> Op deze manier is dus een onrechtstreekse ‘volkscontrole’ verwezenlijkt. Ook op het niveau van de Raad van Europa is het niet anders. Al verschilt het op kleine details. Eerst zal een lijst moeten gemaakt worden van drie rechters, die elke EVRM – lidstaat opstelt en voordraagt aan de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa de EHRM – rechter worden gekozen door de EVRM-lidstaten<sup>528</sup>, deze worden dan voorgedragen aan het Parlementaire Assemblee, die dan een rechter per EVRM –lidstaat benoemd. Aan het EHRM wordt elk jaar een bijdrage geschonken vanuit de EVRM-lidstaten. Dat die beslissingen genomen worden door de EVRM-lidstaten betekent dat de nationale autoriteiten, meer bepaald de regering en het parlement van de EVRM – lidstaten, beslissen wie ze voordragen. Dus ook op het niveau van de Raad van Europa is er sprake van een impliciete volkscontrole.

---

<sup>524</sup> EHRM, *United Communist Party of Turkey t. Turkije*, 30 januari 1998 (GK), para. 45.

<sup>526</sup> Zie *supra*

<sup>527</sup> Naar Belgisch voorbeeld, zie J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, *Basisbegrippen publiekrecht: Deel I*, Brugge, die Keure, 325.

<sup>528</sup> Waarbij elke lidstaat 3 rechters voordraagt.

### §1.2 Niet verkozen is niet gelijk aan ondemocratisch

Daarnaast is het verkeerd te stellen dat omdat rechters niet verkozen zijn, dit *an sich* ondemocratisch is. Hierbij wordt immers democratie gedefinieerd aan de hand van een kenmerk en niet aan de hand van de doelstelling, een misvatting die veel voorkomt.<sup>529</sup> Maar niettemin, een misvatting blijft.<sup>530</sup>

### §1.3 De onafhankelijkheid van de Rechter

Tot slot, dient er op gewezen te worden dat een ander element van de rechtsstaat de onafhankelijkheid van de rechter is. Deze onafhankelijkheid houdt in dat een rechter vrij van oordeel zou kunnen beslissen. Een rechter onderwerpen aan een verkiezingsstrijd zou die onafhankelijkheid in het gedrang brengen. Immers, rechters worden geacht een eerlijk en onpartijdige beslissing te nemen. Indien zij zich op het politieke speelveld zouden moeten begeven, wat onvermijdelijk gebeurd indien men verkiezingen van rechters zou organiseren, zou een rechter de mening kunnen hebben dat een oordeel vellen in overeenstemming met het rechtsstaatsbeginsel, in plaats van politieke doelstellingen, professionele zelfmoord zou zijn.<sup>531</sup> Met als gevolg dat aan de onafhankelijkheid danig afbreuk wordt gedaan.

Kortom men kan niet alleen concluderen dat de critici de bal mislaan, er kan daarenboven geponeerd worden dat juist doordat de rechters niet verkozen worden de democratische rechtsstaat gewaarborgd wordt.

## §2 Het EHRM Uniformeert

Ten eerste legt het EVRM geen uniforme regels of oplossingen op, maar gedragsstandaarden. Dit is in groot contrast met bijvoorbeeld de Europese Unie die uniformering, in een verregaande vorm, nastreeft.

Dat het Hof geen uniformiteit nastreeft, valt ook af te leiden uit de *'margin of appreciation'* doctrine waarbij aan iedere verdragsstaat een beoordelingsvrijheid wordt overgelaten om te beslissen hoe men het best de Verdragsrechten kan implementeren in de nationale wetgeving.<sup>532</sup> Daarenboven hanteert het Hof ook een casuïstische rechtspraak, waarbij het Hof rekening kan houden met de verschillen op nationaal niveau, en een op maat gemaakt oordeel kan vellen.<sup>533</sup>

Tot slot dient er nog gewezen te worden op de onbevoegdheid van het EHRM om een staat welbepaalde maatregelen op te leggen<sup>534</sup>, hieruit volgt dat een staat vrij is om te kiezen hoe het een arrest ten uitvoer zal leggen. Kortom, in hoofde van de staat rust er een resultaatsverbintenis en geen middelenverbintenis.

Het beoogde resultaat is *in se* een bepaalde minimumstandaard garanderen. Deze minimumstandaard zal gelden voor alle EVRM –lidstaten op dit vlak is er wel sprake van uniformering

Kortom, er is sprake van een *de jure* uniformering, daar er een zekere minimumstandaard van de mensenrechten wordt gegarandeerd, de EVRM – lidstaten mogen evenwel kiezen hoe ze deze minimumstandaard op hun grondgebied verwezenlijken. *De facto* is er echter geen sprake van uniformering daar het Hof genoeg ruimte laat om de staat te laten kiezen hoe het deze minimumstandaard wil vervullen

<sup>529</sup> Cf. D. Beetham, *Democracy and human rights*, Cambridge, Polity Press, 1999.

<sup>530</sup> Hier werd dieper op ingegaan in het kader van "democratie", zie *Supra*

<sup>531</sup> WARREN, M., "Unelected does not Equate with Undemocratic: Parliamentary sovereignty and the Role of the Judiciary", *Deakin Law Review*, 2008, 13.

<sup>532</sup> Meer over de werking van de margin of appreciation doctrine zie *supra*.

<sup>533</sup> Zie *supra* Vergelijking van de arresten *B. t. Frankrijk en Rees t. Verenigd Koninkrijk*

<sup>534</sup> Cf.. EHRM *Hirst (No.2) t. het Verenigd Koninkrijk*, , 6 oktober 2005(GK).

### **§3 Het EHRM doet uitspraak in politieke zaken en is hiertoe niet gemachtigd.**

Dit is geen bijster creatief argument, noch bijster nieuw. Reeds bij de stemming in de Plenaire Vergadering over het ontwerpverdrag die ook voorzag in een op te richten Hof was eenzelfde soort kritiek te horen. De Brit Ungeod – Thomas was de mening toegedaan dat het Hof een “anti-democratische procedure” zou zijn<sup>535</sup>. Hier was tijdens de plenaire vergadering geen oor naar, getuige hiervan is de uiteindelijke oprichting van het Europees Hof.<sup>536</sup>

Maar dat het Hof opgericht is, betekent niet dat men dit argument niet meer kan opwerpen. Het gaat dan niet zozeer over het Hof *an sich* maar over hoe het Hof de conventie interpreteert en toepast. Zo argumenteerde de Belgische overheid voor het Hof in de *Belgische Taalzaak*<sup>537</sup> dat het Hof zijn bevoegdheid te buiten zou gaan mocht het de legitimiteit, billijkheid en de wenselijkheid van nationale wetgeving gerechtelijk toetsen.<sup>538</sup>

Het Hof trad deze stelling evenwel niet bij, en stelt, in navolging van de Commissie, dat het wel degelijk uitspraak mag doen in deze zaken, aangezien het Hof bevoegd is om de internationale mensenrechten te beschermen en de effectiviteit ervan te garanderen. Als men daarentegen de rechterlijke toetsing niet doet zou men juist deze twee doelstellingen in het gedrang brengen.<sup>539</sup> Het Hof stelt dat het gemachtigd is om de nationale wetgeving te toetsen aan de vereisten van de conventie.<sup>540</sup>

Hiermee volgt het Hof de krijtlijnen die reeds werden uiteengezet in een Advisory Opinion van het Internationaal Gerechtshof:

*“It has been argued that the question put to the Court is intertwined with political questions, and that for this reason the Court should refuse to give an opinion. It is true that most interpretation of the Charter of the United Nations will have political significance, great or small. In the nature of things it could not be otherwise. The Court however, cannot attribute a political character to a request which invites it to undertake an essentially judicial task, namely the interpretation of a treaty provisions.”<sup>541</sup>*

Kortom, dat het EVRM op een manier is opgesteld dat het in een zekere mate politieke beoordelingen vergt, kan niet gecontesteerd worden<sup>542</sup>, maar dit betekent niet dat omdat sommige kwesties in het EVRM politieke kwesties zijn, ze niet aan een rechterlijke toetsing kunnen onderworpen worden.

## **CONCLUSIE**

Als men stelt dat het Hof ondemocratisch is, vertrekt men eigenlijk vanuit de premisse dat de meerderheidsregel de essentie van democratie uitmaakt. In dat opzicht hebben de critici inderdaad gelijk, en kan men zeggen dat het Hof *formeel* ondemocratisch is. Maar de critici zien een belangrijk ding over het hoofd, in de internationale gemeenschap en in de rechtspraak wordt aanvaard dat rechtsstaat en democratie met elkaar verbonden zijn.<sup>543</sup>

---

<sup>535</sup> zie *supra*.

<sup>536</sup> Zie *supra*

<sup>537</sup> EHRM *Belgische Taalzaak*, 23 juli 1968.

<sup>538</sup> EHRM, *Belgische Taalzaak*, 23 juli 1968, p. 24, §2.

<sup>539</sup> EHRM, *Belgische Taalzaak*, 23 juli 1968, p. 27, §2.

<sup>540</sup> J., CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 250.

<sup>541</sup> IGH, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion 20 juli 1962, p. 155.

<sup>542</sup> EHRM, *Belgische Taalzaak*, 23 juli 1968, p. 27, §1.

<sup>543</sup> Zie *supra*

Met als gevolg dat aan de *formele* democratie, *materiële* eisen worden opgelegd. Op die manier wordt de politieke gelijkheid van elke bevolkingsgroep gegarandeerd, zelfs deze van een meer permanente minderheid. Met andere woorden niet de meerderheidsregel is de essentie maar de politieke gelijkheid.

Om deze te verwezenlijken is er juist een onafhankelijk Hof nodig, die zonder zich in te laten met politieke discussies uitspraak doet over de mensenrechten. Indien het Hof met zijn uitspraak ingaat tegen nationaal beleid, is het verkeerdlijkelijk te stellen dat de uitspraak van het Hof de democratie ondermijnt. Integendeel, het betekent dat het nationaal beleid niet aan de materiële voorwaarden voldeed van de democratische rechtsstaat. Bijgevolg is in die gevallen niet het Hof maar het nationaal beleid ondemocratisch.

Hierboven werd aangegeven dat rechters nu eenmaal niet-verkozen worden, omdat dit anders de onafhankelijkheid van de rechters in het gedrang brengt. Dit geldt op nationaal gebied, er is geen enkele reden om aan te nemen dat dit anders is op het internationale speelveld.

Het feit dat de EHRM – rechters uitspraak doen in politieke zaken benadrukt hun onafhankelijk karakter. Maar dit betekent niet dat zij ongevoelig zijn aan politieke argumenten, de interpretatiemethodes zijn zo opgesteld dat er in het geval van politiek gezien zeer netelige kwesties genoeg beoordelingsvrijheid wordt gegeven aan de EVRM – lidstaten.

Wat betreft de stelling dat het EHRM uniformeert kan men de stelling van de critici gedeeltelijk bijtreden. Het Hof uniformeert inderdaad maar dit enkel *de jure*, met andere woorden het voorziet een bepaalde minimumstandaard die door de alle EVRM-lidstaten dient verwezenlijkt te worden. Het Hof zal evenwel nooit de EVRM-lidstaten maatregelen opleggen, zij genieten immers de beoordelingsvrijheid en zijn beter geplaatst dan het internationaal hof om uit te maken welke maatregelen het meest geschikt zijn om de mensenrechten in binnen hun eigen cultuur en rechtstraditie te verwezenlijken.

Kortom, het Hof bestendigt de democratie in de materiële zin waarbij het er op toeziet dat een democratische samenleving voor iedereen, en niet enkel voor de meerderheid gerealiseerd wordt.

## CONCLUSIE

---

In de kritiek zijn twee stromingen te onderscheiden, de één radicaler dan de ander. Hoewel ze qua intensiteit verschillen komt hun kritiek neer op een roep naar minder rechtsmacht voor het Hof, ten voordele van de soevereiniteit van de EVRM-lidstaten. De gematigde stroming wijst naar de rechtspraak van het Hof en stelt een uitgebreide rechtsmacht vast aan de hand van de uitspraken die het Hof doet. De radicalere stroming fundeert de argumenten op twee theorieën met name een absolute soevereiniteit en een democratie waarvan de meerderheidsregel de essentie is. In dit werkstuk werden evenwel volgende dingen aangetoond, ten eerste dat er een absolute soevereiniteit (meer) bestaat. De relativering is lange tijd geleden in gang gezet, door de oprichting van internationale organisaties als de VN, maar ook door de regionale initiatieven, met name de Europese Unie en de Raad van Europa. Maar niet alleen deze organisaties hebben het absoluut soevereiniteitsbeginsel uitgehold, ook door globalisatie wordt de soevereiniteit beperkt. De soevereiniteit kan aldus beperkt worden, en maakt niet sowieso een ondermijning uit van de democratische rechtsstaat.

Maar een soevereiniteitsbeperking moet wel aan twee voorwaarden voldoen: het moet vrijwillig zijn en het mag geen einde stellen aan de formele soevereiniteit.

In dit werkstuk is aangetoond dat het EHRM aan die twee voorwaarden voldoet. Ten eerste wordt via art. 58 EVRM nog steeds de formele soevereiniteit gegarandeerd. Ten tweede houdt het EHRM zich aan de doelstelling van het Verdrag, zijnde de effectiviteit van de mensenrechten te garanderen. Elke interpretatiemethode die het Hof hanteert, heeft een ankerpunt in de nationale sfeer van de EVRM-lidstaten.

Zo moet er bij de evolutieve interpretatie sprake zijn van een consensus, met andere woorden het recht moet eerst de facto gerealiseerd zijn voor het een bescherming onder het EVRM geniet. Daarenboven moet het ook nog onder de toepassingsfeer vallen van het Verdrag, want hoewel de EVRM-lidstaten bijna allemaal medische bijstand zullen geven aan hun onderhorigen, is dit nog steeds geen recht die men kan afdwingen voor het Hof. De casuïstische aanpak van het Hof is op zijn beurt erop gericht een uitspraak te doen die zoveel mogelijk conform de nationale gewoonten, tradities en instituties is. Getuige hiervan de vergelijking tussen de zaken *B t. Frankrijk* en *Rees t. Verenigd Koninkrijk*. In deze zaken waren de feiten zeer gelijklopend, maar de nationale achtergrond was zodanig verschillend, dat het Hof op grond daarvan in de ene zaak een schending vaststelde en in de andere niet.

De *margin of appreciation* is hoewel de meest besproken doctrine, de minst geliefde. Sommigen vinden dat het te veel beleidsruimte overlaat aan de staten, terwijl de voorstanders van een staatssoevereiniteit juist vinden dat het te weinig beoordelingsruimte laat. Wat er ook van zij, uit literatuur onderzoek komt naar voor dat de *margin of appreciation* het middel bij uitstek is om waar nodig rekening te houden met de nationale cultuur van de EVRM-lidstaten. Bij de toepassing van de *margin of appreciation* worden talloze factoren in acht genomen. Niettemin, is een uitgebreidere toepassing ervan niet aangewezen. Hierdoor zou immers een effectieve bescherming van de mensenrechten in het gedrang komen. De *margin of appreciation* daarentegen beperken is ook niet de bedoeling, het zou immers de EVRM-lidstaten de kast opjagen terwijl zij de eerste verantwoordelijkheid dragen voor een effectieve rechtsbescherming, het Hof kan slechts in subsidiaire orde die rol opnemen.

Maar hier is het onderzoek niet gestopt, het is ook nagegaan of de rechtspraak consistent met deze principes oordeelde. Dit evenwel enkel met betrekking tot de thema's die in de kritiek naar voor kwamen.

Met Hirst (Nr. 2) bracht het Hof het automatisch stemverbod in verband met het belang van een effectief kiesrecht in een democratische samenleving. Door het belang van art. 3 Eerste Protocol en het niet-discriminerend karakter van het verbod, stelde het Hof vast dat hoewel beperkingen mogen, een beperking nog steeds proportioneel moet zijn. Een verbod dat niet-discriminerend is en automatisch wordt opgelegd voldoet niet aan die voorwaarden, zodus schendt het verbod het EVRM. Het EHRM heeft in deze zaak evenwel nooit gesteld dat gedetineerden stemrecht dienden te hebben, opnieuw het gaat over het automatisch karakter van het verbod. Een element dat niet samen kan gaan met een democratische samenleving.

Wat betreft de sociale rechten, wou BOSSUYT overtuigen dat het zijn rechtsmacht hiertoe heeft uitgebreid, dit tegen de wil van de EVRM-lidstaten. Maar dit is niet het geval, een ongewilde soevereiniteitsbeperking zou inhouden dat het Hof sociale rechten als een deel van de Conventie zou zien. Zoals bovenstaande analyse duidelijk aantoont doet het Hof dit niet. Het Hof heeft met zijn interpretaties, waardoor sociale rechten in de invloedssfeer van het EVRM kunnen vallen, enkel de praktische en effectieve uitoefening van de rechten en vrijheden zoals vermeld in de conventie voor ogen. Zelfs in zaken waarbij het duidelijk is dat een bijstandsregeling de schending zou kunnen opheffen heeft het Hof nooit gesteld dat dit een oplossing zou moeten zijn.

Wat de ophefmakende zaak *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk* betreft, was er in de kritiek op dit arrest veel aandacht voor de persoon van Omar Othman. Aangezien hij verdacht werd linken te hebben met Al Qaeda volgde de kritiek volgende retoriek, met namen gelden mensenrechten voor personen als Othman. Het Hof stelt, terecht dat juist hier de mensenrechten het best dienen gegarandeerd te worden. Daarenboven zal het nooit nagaan wat een persoon heeft gedaan en welke diens positie in de samenleving is om een schending van art. 3 EVRM vast te stellen. Art. 3 EVRM is een absoluut recht, en dit beginsel geldt onverkort, met andere woorden er kan simpelweg niet van afgeweken worden. Ook niet indien die persoon ervan verdacht wordt een terrorist te zijn.

Hiermee komen we tot het laatste punt van dit onderzoek, ondermijnt het EHRM de democratische rechtsstaat? Na een onderzoek waarbij nagegaan werd welke lading de term democratische rechtsstaat juist dekt, werd duidelijk dat mensenrechten en een effectieve mensenrechten bescherming inherent zijn aan een democratische rechtsstaat.

Als men ervan uitgaat dat de meerderheidsregel de essentie is van democratie dan is het Hof inderdaad formeel ondemocratisch. Maar zoals aangetoond, zijn aan de formele materiële voorwaarden verbonden, dit om misbruiken tegen te gaan. Zelfs, indien het Hof met zijn uitspraak ingaat tegen nationaal beleid, is het verkeerd te stellen dat de uitspraak van het Hof de democratie ondermijnt. Integendeel, het betekent dat het nationaal beleid niet aan de materiële voorwaarden voldoet van de democratische rechtsstaat. Bijgevolg moet men in zulke gevallen niet het Hof maar het nationaal beleid als ondemocratisch bestempelen.

Kortom, het EHRM houdt geen onvrijwillige soevereiniteitsbeperking in. Noch ondermijnt het de democratische rechtsstaat, meer zelfs, het EHRM is noodzakelijk voor de democratische rechtsstaat.



# Bibliografie

---

## ***Afdeling 1: Verdragen, wetgeving en aanbevelingen***

### **§1. Verdragen**

Vrede van Münster, Münster, Duitsland, 15 mei 1648.

Verdrag van Münster, Münster, Duitsland, 24 oktober 1648.

Verdrag van Osnabrück, Osnabrück, Duitsland, 24 oktober 1648.

Vredesverdrag van Versailles, Parijs, Frankrijk, 28 juni 1919.

Montevideo Convention on Rights and Duties of States, Montevideo, Uruguay, 26 December 1933.

Verklaring door Verenigde Naties, Washington, Verenigde Staten, 1 januari 1942.

VN Handvest, San Francisco, Verenigde Staten, 28 juni 1945.

Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, New York, 10 December 1948.

Statuut van de Raad van Europa, London, 5 mei 1949.

Weens Verdragenverdrag, Wenen, Oostenrijk, 1969

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman Or Degrading Treatment or Punishment, New York, Verenigde Staten, 10 December 1984

Verklaring van Warschau, Warschau, Polen, 16 – 17 mei 2005.

### **§2. VN documenten**

UNGA Res. 62/70 (18 augustus 2007), L'Etat de droit aux niveaux national et international, UN Doc A/RES/62/70

UNGA Report 64/298 (17 augustus 2009) "Rapport annuel sur le renforcement et la coordination de l'action des nations unies dans le domaine de l'état de droit", UN Doc A/64/298`

UNGA Declaration 67/L.1 (19 september 2012) Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international", UN Doc 67/L.1

## **Afdeling 2: Rechtspraak**

### **§1. Europees Hof voor de Rechten van de Mens**

EHRM, *Lawless t. Ierland*, 1 juli 1961.

EHRM, *Belgische Taalzaak*, 23 juli 1968

EHRM, *Golder, t., Verenigd Koninkrijk*, 21 februari 1975.

EHRM, *Ierland t. Verenigd koninkrijk*, 18 januari 1978

EHRM, *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, 25 april 1978.

EHRM, *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*, 26 april 1979

EHRM, *Campbell & Cosans t. Verenigd Koninkrijk*, 29 februari 1982

EHRM, *Van der Musselle t. België*, 23 november 1983

EHRM, *Johnston en anderen t. Ierland*, 18 december 1986

EHRM, *Rees t. Verenigd koninkrijk*, 17 oktober 1986

EHRM, *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België*, 2 maart 1987

EHRM, *F. t. Zwitserland*, 18 december 1987.

EHRM, *Ärztze für das Leben, t. Oostenrijk*, 21 juni 1988.

EHRM, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, 7 juli 1989

EHRM, *B. t. Frankrijk*, 27 maart 1992

EHRM, *Drozdz en Janoušek t. Frankrijk en Spanje*, arrest van 26 juni 1992

EHRM, *Klaas t. Duitsland*, 22 september 1993

EHRM, *Vogt t. Duitsland*, nr. 17851/91, 26 september 1995 (GK),

EHRM, *United Communist Party of Turkey t. Turkije*, 30 januari 1998 (GK)

EHRM, *D. t. het Verenigd koninkrijk*, 2 mei 1997

EHRM, *Hilal t. Verenigd Koninkrijk*, 6 maart 2001.

EHRM, *McElhinne t. Ierland*, 21 november 2001,

EHRM, *Chapman t. Verenigd Koninkrijk*, 18 januari 2001 (GK).

EHRM, *Hatton en anderen t. Verenigd Koninkrijk*, 2 oktober 2001.

EHRM, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, 29 april 2002.

EHRM, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, 4 juni 2002

EHRM, *Koua-poirrez t. Frankrijk*, 30 september 2003

EHRM, *Tomic t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 17837/03, niet ontvankelijkheidsverklaring van 14 oktober 2003.

EHRM, *Hatton en anderen t. Verenigd Koninkrijk*, 3 juli 2003 (GK).

EHRM, *Hatton en anderen t. het Verenigd Koninkrijk*, , 8 juli 2003

EHRM, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk (Nr. 2)*, 30 maart 2004,

EHRM, *Connors t. Verenigd Koninkrijk*, 27 mei 2004

EHRM, *Vo t. Frankrijk*, EHRM, 8 juli 2004

EHRM, *Mamatkulov & Askarov t. Turkije*, 4 februari 2005.

EHRM, *Hirst (No.2) t. het Verenigd Koninkrijk*, 6 oktober 2005 (GK)

EHRM, *Stec en anderen t. Verenigd Koninkrijk*, , 12 april 2006

EHRM, *O'halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*, 29 juni 2007 (GK).

EHRM, *N. t. Verenigd Koninkrijk*, , 27 mei 2008

EHRM, *Opuz t. Turkije*, 9 juni 2009

EHRM, *Micallef t. Malta*, 15 oktober 2009.

EHRM, *Bayatyan t. Armenië*, 27 oktober 2009.

EHRM, *Gäfgen t. Duitsland*, nr.22978/05, 1 juni 2010

EHRM, *Neulinger & Shuruk t. Zwitserland*, 6 juli 2010.

EHRM, *A.B. & C. t. Ierland*,,16 december 2010 (GK).

EHRM, *Scoppola t. Italië(Nr.3)*, 22 mei 2012

EHRM, *Greens en M.T. t. het Verenigd Koninkrijk*, 28 november 2010.

EHRM, *Scoppola (No. 3) t. Italië*, 22 mei 2012.

EHRM, *Omar Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*, 17 januari 2012 (GK).

EHRM, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, 11 juli 2002.

## **§2 Internationaal Gerechtshof**

IGH, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion 20 juli 1962

## **§3. Verenigde Naties Comité tegen Foltering**

UNCAT, *G.K. t. Zwitserland*, CAT/C/30/D/219/2002, 15 mei 2003.

UNCAT, *P.E. t. Frankrijk*, CAT/C/29/D/193/2001, 19 december 2002.

## **§3. Europees Hof van Justitie**

EHRM, *Costa t. E.N.E.L.*, 15 juli 1964.

## **§4. Britse Rechtspraak: House of Lords**

House of lords, *Gorringe (by her litigation friend June Elizabeth Todd) (FC) (Appellant) v. Calderdale Metropolitan Borough Council (Respondents)*, 2004.

House of lords, *Tomlinson (FC) (Original Respondent and Cross-appellant) v. Congleton Borough Council and others (Original Appellants and Cross-respondents)*, 31 juli 2003.

House of lords, *R Jackson v. Attorney General*, House of lords, 13 oktober 2005.

House of lords, *RB (Algeria) (FC) and another (Appellants) v. Secretary of state for the Home Department (Respondent)*, *OO (Jordan) (Original Respondent and Cross – appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Original Appellant and Cross-respondent)*, 18 februari 2009.

## **Afdeling 3: Rechtsleer**

### **§1. Boeken**

HARCHAOUI & JONKER (red.), *Leve de rechtsstaat!*, Boom Lemma, Den Haag, 2010, 65

BAUDET, T., *De aanval op de natiestaat*, Bert Bakker, Amsterdam, 2012, 154 – 175;

BEETHAM, D. *Democracy and human rights*, Cambridge, Polity Press, 1999.

- BODIN, J., *Les six livres de la République*, librairie générale française, Paris, 1993.
- CH. J. ENSCHEDÉ, *De burger en het recht: over macht, gezag en democratie*, Amsterdam, Meulenhoff, 1988
- CHRISTOFFERSEN, J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhof Publishers, 2009.
- COGEN, M., *Handboek internationaal recht*, kluwer, Mechelen, 2003.
- COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights I*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1961.
- COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights II*, Den Haag, Martinus Nijhof, 1975.
- DICEY, A.V., *Introduction to the study of the law of the constitution*, Macmillian and Co., Londen, 1889.
- GERARDS, J.H., *EVRM: Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu uitgevers, 2011
- HIX S., *The Political system of the European Union*, Basingstoke, Palgrave, 1999, 211
- HOBBS, T., *Leviathan*, Oxford, 1965, 150
- JOHNSON P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2013
- MACEOIN, D., *The Hijacking of British Islam. How extremist literature is subverting mosques in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2007
- MAJONE, G., *Regulating Europe*, Londen, Routledge, 1996.
- MANN, F.A., *Further studies in international law*, Clarendon Press, 1990
- MORIEN, J., "De EU als amicus? Hoe en onder welke voorwaarden de EHRM – hervorming kan gaan profiteren van het
- MYJER, B.E.P., *Het leest als een boek: over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zouden zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering.*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012.
- MYJER, B.E.P., *Mensenrechten zijn niet soft. Over plechtige beloftes, politici die dat even dreigen te vergeten en Straatsburgse rechters die doen waarvoor ze zijn ingehuurd*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012.
- OPPENHEIM, L., *International law: A treatise Vol. I*, Longmans Green and Co., London, 1905.
- PINTO-DUSCHINSKY, M., *Bringing Rights Back Home. Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Londen, Policy Exchange, 2011.

RAES, K., en VANDENDRIESSCHE, D., *Van Rechtswege(n): politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen heen*, Academia press, Gent, 2006.

RIVIÈRE,, F., *Les opinions Séparées des juges à la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 2005.

TAMANAHA, B., *On the Rule of law: Historyn Politics, Theory.*, Cambridge, Cambridge university pres, 2004.

VANDE LANOTTE, J., Y. HAECK, *Handboek EVRM: Deel 2 Artikels gewijze commentaar (vol. II)*, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2005.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM: Deel I Algemene beginselen*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2004.

## **§2. Bijdragen in verzamelwerken**

ALKEMA, E., “EHRM: Waarborg voor de rechtsstaat?”, in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012.

BALLIN, E.H., “Samenwerking in de waarborging van grondrechten”, in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012.

BURGERS, J.H., “Over de ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens”, in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, S. PARMENTER (ed.) Gent, Mys&Breesch, 1994

FULLER, L., *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

LAWSON, R., “Terug naar de kern. Een bescheiden oproep om de zaak in de juiste proporties te bezien.”, in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers.

LOENEN, T., “De herpositionering van het EHRM in het licht tussen voortrekkersrol en waakhondfunctie”, in *32 Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, J. GERARDS & A. TERLOUW (ed.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 183.

PARTINGON, J.S., “Human Rights and Public Accountability in H.G. Wells’ Functional World State” in D. MORGAN & G. BANHAM (eds.), *Cosmopolitics and the emergence of a future*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2007.

PREBENSEN, S.C., “Evolutive interpretation of the European Convention on human rights”, in P. MAHONEY e. a. (red.) *Protecting human rights: the European perspective, studies in memory of rolv ryssdal*, Keulen, 2000.

RAZ, J. “The rule of law and its virtue”, in J. RAZ, *The authority of law*, Oxford, Clarendon Press, 1979,

SCHOKKENBROEK, J., “Het EVRM als instrument ter handhaving van de *rule of law*. Enige losse beschouwingen” in T.BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK & J.P. LOOF (eds.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70<sup>ste</sup> verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009

### §3. Tijdschriftartikelen

BOSSUYT, M., "De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof van de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie?", *Rechtskundig Weekblad*, 2008,

BOSSUYT, M., "The court of Strasbourg acting as an asylum court", *European Constitutional Law Review*, 2012

BRUINSMA, F., DE BLOIS, M., "Rules of law from Westport to Wladiwostock. Seperate opinions in the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1997, 175-186.

CROXTON, D. "The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty", *the International History Review*.

DIVERSE AUTEURS, "Goede Raad voor Egbert Myjer", *NJCM Bulletin*, 2004, 984.

DONOHO, D., "Human rights enforcement in the twenty – first century", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2006.

Dynamic interpretation, *NYU Annual Survey of American Law*, 2004.

DZEHTSIAROU, K., "European Consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights", *The German Law Review*, 2011.

ELLIOT, M., "The Brighton Declaration: where now for the Human Rights Act and the Bill of Rights debate?"

ELLIOTT, M., "United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure", *International Journal of Constitutional Law*, 2004,

FISCHER, G.S., "The greatest dissent", *Federal lawyer*, 2003.

GERARDS, J.H., "The prism of fundamental rights", *European Constitutional Law Review*, 2012.

GERARDS, J.H. *Het prisma van de grondrechten: inaugurele rede door Prof. Mr. J.H. (Janneke) Gerards*, Van Eck & Oosterinck, 2011

HELPER, L.R., VOETEN, E., "International Courts as agents of legal change: evidence from LGBT rights in Europe", *International Organization*, 2013

KOCH, I., E., VEDSTED – HANSEN, J., "international human rigts and national legislatures -conflict or balance?", *Nordic Journal of International Law*.

MAHONY, P., " Marvellous Richness of Diversity or Invidious Relativism", *Human Rights Law Journal (special Issue)*,

NAGAN, W.P., HADDAD A.M., "Sovereignty in theory and practice", *San Diego International Law Journal*, 2012

RAZ J., "The Rule of Law and Its Virtue", *Law Quarterly Review*, 1977.

SPIJKERBOER, T., "Het debat over het Europese hof voor de Rechten van de Mens", *NJB*, 2012,

SPIJKERBOER, T., "Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens", *Nederlands Juristenblad*, 2012.

VAN DE HEYNING, C., "vijftig jaar Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van Hercules naar Sisyphus", *Rechtskundig Weekblad*, 2009 – 10.

VAN DER VYVER, J.D., "Sovereignty and human rights in constitutional and international law", *Emory International Law Review*, 1991.

#### **Afdeling 4: Varia**

WARREN, M., "Deakin law oration. Unelected does not equate with Undemocratic: Parliamentary Sovereignty and the Role of the Judiciary", *Deakin Law Review*, 2008.

WESSEL, J., "Relational contract Theory and Treaty interpretation: End-Game Treaties

WETENSCHAPPELIJKE RAAD VOOR HET REGERINGSBELEID, *Toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2002