

[MLvE120208def]

VERPLICHTINGEN VOOR DE WETGEVER NA STRAATSBURGSE UITSPRAKEN OP GROND VAN HET EVRM

Michiel van Emmerik¹

1. Inleiding

In dit preadvies staan centraal de verplichtingen voor de (Nederlandse) wetgever naar aanleiding van (veroordelende) arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder EHRM of Hof), zowel tegen Nederland als tegen andere verdragspartijen. Deze verplichtingen worden in kaart gebracht in paragraaf 2, in het bijzonder wordt een nadere typologie gemaakt van de voor de wetgever uit het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM voortvloeiende verplichtingen. Bijzonder is dat het Hof, mede gezien zijn enorme werklast, steeds meer gebruik lijkt te maken van de mogelijkheid om de aansprakelijke verdragsstaat meer algemene vingerwijzingen te geven met betrekking tot te nemen herstelmaatregelen, zoals wetgeving. Ook wordt aandacht besteed aan de (groeierende) toezichthoudende rol van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, in het bijzonder ten aanzien van deze algemene verplichtingen. Paragraaf 3 bevat een inventarisatie van de huidige implementatiepraktijk door de Nederlandse wetgever na uitspraken van het Straatsburgse Hof. In paragraaf 4 worden, ten slotte, suggesties gedaan ter verbetering van deze implementatiepraktijk, met ook weer specifieke aandacht voor de rol van de wetgever. Het betreft onder meer een reeks eerder gedane voorstellen ter verbetering van de implementatie van Straatsburgse uitspraken door de Nederlandse wetgever.² Paragraaf 5 bevat de slotbeschouwing.

2. Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken

2.1 Status Straatsburgse uitspraken³

2.1.1. Uitspraken tegen de verdragsstaat in kwestie

Artikel 46, eerste lid EVRM bepaalt dat alle verdragsstaten verplicht zijn zich te houden aan de einduitspraken⁴ van het EHRM in zaken waarbij zij partij zijn.

¹ Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Amsterdam (Sector Bestuursrecht). De auteur dankt Evert Alkema, Tom Barkhuysen, Janneke Gerards, Jan-Peter Loof en Roel de Lange voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van dit preadvies. Deze bijdrage is afgesloten op 1 januari 2008.

² In het bijzonder voorstellen gedaan samen met T. Barkhuysen. Dat is de reden dat ik mij in deze bijdrage met regelmaat schuldig moet maken aan auto- c.q. allocatie.

³ Zie uitgebreid over de rechtsgevolgen van arresten van het EHRM en het toezicht op de naleving daarvan J. Vande Lanotte & Y. Haec, *Handboek EVRM Deel 1 Algemene beginselen*, Antwerpen/Oxford 2005, p. 695-752.

Deze arresten zijn declaratoir van aard, dat wil zeggen dat het Hof slechts vaststelt of de verdragspartij in kwestie al dan niet zijn EVRM-verplichtingen heeft geschonden. Het Hof heeft niet de bevoegdheid nationale (rechterlijke) uitspraken te vernietigen of (wettelijke) maatregelen terzijde te schuiven. Evenmin is het Hof bevoegd de betrokken verdragsstaat naar aanleiding van een vastgestelde schending van het EVRM bepaalde, bindende opdrachten te geven.

De uitspraken van het EHRM zijn op grond van artikel 46 EVRM slechts bindend voor de partijen in het voorliggende geval. In de eerste plaats volgt hieruit dat de staat de op grond van artikel 41 EVRM toegekende bedragen ter vergoeding van materiële en/of immateriële schade en/of kostenvergoeding dient te betalen.⁵ Verder volgt uit artikel 46 de verplichting om de klager een *restitutio in integrum* (herstel van de oude toestand) te verschaffen⁶ en maatregelen te treffen teneinde schendingen in de toekomst te voorkomen. Het is vaste jurisprudentie van het Hof dat een staat de vrijheid heeft om de middelen te kiezen waarmee zal worden voldaan aan deze uit artikel 46 EVRM voortvloeiende verplichtingen. Anders dan in het verleden, doet het Hof tegenwoordig wel vaker (niet-bindende) aanbevelingen ten aanzien van de door de veroordeelde verdragspartij te nemen herstelmaatregelen. Zo kan het gaan om de teruggave van land,⁷ de heropening van een nationale strafprocedure,⁸ of het in overeenstemming brengen van het onderwijssysteem en de relevante wetgeving met de eisen van artikel 2 Eerste Protocol EVRM (het recht van ouders om hun kinderen onderwezen te zien volgens hun godsdienstige of filosofische opvattingen).⁹ In dergelijke

⁴ Alleen een zogenaamde 'einduitspraak' heeft kracht van gewijsde. De uitspraak van een Kamer wordt pas definitief zodra deze niet binnen drie maanden aan de Grote Kamer is voorgelegd of het verzoek om verwijzing naar de Grote Kamer is afgewezen (art. 44 EVRM). De uitspraak van de Kamer wordt dan een einduitspraak. Datzelfde geldt indien zowel de betrokken staat als de klager expliciet verklaart af te zien van het doen van een verwijzingsverzoek. Zie uitgebreid over de Straatsburgse procedure, T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, tweede druk Nijmegen 2008.

⁵ Zie nader onder meer T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg*, in: T. Barkhuysen, M. Kuijer & R.A. Lawson (red.) *55 jaar EVRM*, Speciaalnummer NJCM-Bulletin, Leiden 2006, p. 39-64.

⁶ Zie bijv. EHRM 13 juli 2000, Scozzari & Giunta t. Italië, par. 249.

⁷ Zie bijv. EHRM 30 mei 2000, Belvedere Alberghiera S.r.l. t. Italië, *EHRC* 2000, 59, m.nt. Janssen.

⁸ EHRM 2 juni 2005, Claes e.a. t. België. Vgl. ook EHRM 24 maart 2005, Stoichkov t. Bulgarije (de meest geëigende vorm van herstel terzake van de schending van art. 5 lid 1 sub a EVRM is de heropening van de nationale procedure); EHRM 12 mei 2005, Öcalan t. Turkije, *EHRC* 2005, 61 (heropening van de oude strafzaak of een nieuwe strafprocedure is een gepaste reactie op de geconstateerde schending van het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsvereiste van art. 6 EVRM).

⁹ EHRM 9 oktober 2007, Hasan en Eylem Zengin t. Turkije, *EHRC* 2007, 142, m.nt. Ten Napel: het onderwijsmateriaal bevatte geen gedetailleerde verwijzing naar andere religies

aanbevelingen laat het Hof de mogelijkheid open dat het herstel op een andere wijze wordt geboden, bijvoorbeeld via een financiële compensatie. Een enkele keer geeft het Hof aan dat de bevoegdheid om de verdragsschending te herstellen zeer beperkt is, aangezien er in casu daadwerkelijk maar één manier bestaat om de gevolgen van de schending te herstellen.¹⁰

In de zaak *Hirst* heeft het Hof de hoofdlijnen van zijn jurisprudentie over de betekenis van art. 46 EVRM mooi in kaart gebracht.¹¹ Staten genieten in het algemeen vrijheid in de keuze van de middelen om in hun nationale rechtsstelsel te voldoen aan hun verplichtingen voortvloeiend uit art. 46 EVRM. In zaken betreffende een systematische schending en in zaken waarin er slechts één mogelijkheid resteert om een einde te maken aan de gevolgen van een schending, kan het Hof suggereren (verder reikt de bevoegdheid van het Hof niet) hoe het herstel zou moeten plaatsvinden. Hoe dit ook zij, de praktijk van het Hof om aanbevelingen te geven is relatief recent.¹² Op dit moment is (nog) niet precies duidelijk in welke gevallen het Hof wel en wanneer het Hof geen gebruik maakt van deze mogelijkheid. Naar verwachting zal deze praktijk zich de komende jaren verder uitkristalliseren, mede in het licht van de almaar stijgende werklast van het Hof.

In strikt juridische zin zijn staten niet verplicht de genoemde aanbevelingen van het Hof ten aanzien van de te nemen herstelmaatregelen op te volgen. Het is echter aannemelijk dat het Comité van Ministers, dat op grond van artikel 46, tweede lid EVRM toezicht houdt op de naleving van uitspraken,¹³ niet snel zal

en het onderwijs werd slechts gegeven vanuit het perspectief van de Sunni-benadering van de islam.

¹⁰ EHRM 8 april 2004, *Assanidze t. Georgië*, *EHRC* 2004, 52, m.nt. Van der Velde (de schending van art. 5 EVRM laat de staat volgens het Hof geen andere keuze dan de vrijlating van de klager); EHRM 16 juni 2005, *Sisojeva e.a. t. Letland*, *EHRC* 2005, 89, m.nt. Van der Velde (de schending van art. 8 EVRM laat de staat geen andere keuze dan het verstrekken van een permanente vergunning tot verblijf).

¹¹ EHRM 6 oktober 2005, *Hirst (No. 2) t. Verenigd Koninkrijk*, *EHRC* 2005, 115, m.nt. Broeksteeg.

¹² Anders dan bijvoorbeeld het VN-Mensenrechtencomité en het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van Mens die reeds lange tijd een ruime praktijk hebben aanbevelingen te doen ten aanzien van te nemen herstelmaatregelen (naast financiële compensatie een gevarieerd arsenaal aan andere herstelmaatregelen), zie nader I. Boerefijn, *Billijker genoegdoening*, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 920-923. Zie ook I. Boerefijn, *Follow-up of the views of the United Nations treaty bodies*, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, The Hague/Boston/London 1999, p 101-112.

¹³ Dit toezicht richt zich in de eerste plaats op de individuele maatregelen, waaronder de tijdige uitbetaling van de op grond van artikel 41 EVRM toegekende bedragen. Daarnaast ziet het Comité van Ministers toe op de nakoming van de algemene verplichtingen die voor de aansprakelijke staat uit de Straatsburgse uitspraak voortvloeien, zoals het tot

aannemen dat aan een uitspraak is voldaan wanneer de aanbevelingen niet zijn opgevolgd. Op dit punt is nader onderzoek geboden naar de resoluties van het Comité van Ministers: mogelijk vallen uit de (toekomstige) 'jurisprudentie' van het Comité van Ministers in het kader van zijn toezichthoudende taak preciezere verplichtingen voor de betrokken staten af te leiden, in het bijzonder in geval deze verdragspartijen de aanbevelingen van het Hof (bijvoorbeeld om tot wetgeving over te gaan) niet opvolgen.¹⁴

Ten slotte dienen te worden genoemd de voorlopige maatregelen (*interim measures*) die de President van het Hof kan voorstellen op grond van artikel 39 van het Procesreglement van het Hof, in geval van dreigende onherstelbare schade. Het betreft hier in het bijzonder zaken met betrekking tot dreigende schendingen van het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het verbod van foltering of een onmenselijke dan wel vernederende behandeling (artikel 3 EVRM). Dit speelt vooral in zaken van dreigende uitzetting van personen naar landen waarin zij het gevaar lopen slachtoffer te worden van dergelijke verdragsschendingen. In de Straatsburgse jurisprudentie is uitgemaakt dat deze voorlopige maatregelen een juridisch bindend karakter hebben.¹⁵

Op zich hebben dergelijke maatregelen slechts betrekking op het concrete voorliggende geval. In diverse zaken van Somaliërs tegen Nederland hebben deze voorlopige maatregelen in feite ook een zekere *erga omnes*-werking gekregen. Na diverse door de President van het Hof uitgevaardigde voorlopige maatregelen in identieke zaken, haalde Nederland uiteindelijk bakzeil en besloot de hele groep van Somaliërs die zich in een vergelijkbare positie bevonden vooralsnog niet uit te zetten.¹⁶ Deze feitelijke *erga omnes*-werking werd ook aanvaard door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.¹⁷

stand brengen van wetgeving, om vergelijkbare verdragsschendingen in de toekomst te voorkomen.

¹⁴ In het kader van dit preadvies ontbrak de tijd om dit onderzoek te verrichten. Bovendien zijn de aanbevelingen in de uitspraken van het Hof van relatief recente datum, zodat resoluties van het Comité van Ministers in geval van het niet volgen van de aanbevelingen nog moeten worden afgewacht.

¹⁵ Zie EHRM 4 februari 2005, Mamatkulov e.a. t. Turkije, *JV* 2005, 89, m.nt. Vermeulen & De Vries, *EHRC* 2005, 32, m.nt. Rieter, *AB* 2005, 274, m.nt. Barkhuysen. Het Hof komt hiermee terug op zijn eerdere jurisprudentie, zie EHRM 20 maart 1991, Cruz Varaz t. Zweden, *Series A vol* 201, *NJ* 1995, 742, m.nt. Alkema, *NJCM-Bulletin* 1991, 335 e.v., m.nt. Steenbergen & Zwart.

¹⁶ Zie nader E. Rieter, Motiveringsvereisten voor de Straatsburgse voorlopige maatregelen. Het voorbeeld van de Somalische zaken, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 25-39.

¹⁷ Zie ABRvS 28 mei 2004, *AB* 2004, 436, m.nt. Spijkerboer, waarin de Afdeling gelet op het algemene karakter van de in het individuele geval voor een interim-maatregel gegeven motivering aan deze maatregel ook betekenis toekent in andere, maar met dit geval zeer vergelijkbare zaken (uitzetting naar Noord-Somalië).

2.1.2 Uitspraken tegen andere verdragsstaten

Anders dan ten aanzien van de verplichting om de einduitspraak van het EHRM na te leven voor de verdragspartijen die partij zijn in de Straatsburgse procedure (zie artikel 46 EVRM), bestaat minder duidelijkheid over de precieze reikwijdte van de verplichting van de verdragspartijen die niet de aangesproken partij zijn in dit geding. Het is evident dat zij niet de direct uit een dergelijke einduitspraak voortvloeiende verplichtingen, in het bijzonder de toekenning van schade- en kostenvergoedingen op grond van artikel 41 EVRM, hoeven na te komen. In zoverre zijn deze uitspraken dus niet bindend voor de niet-geadresseerde verdragsstaat. Hoe zit het echter met de meer algemene verplichtingen, zoals die voortvloeien uit de interpretatie van een bepaald verdragsartikel in de betreffende uitspraak?

Op grond van artikel 32 EVRM strekt de rechtsmacht van het Hof zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het EVRM en de Protocollen daarbij. Het Hof hanteert hierbij een zekere precedentwerking door met regelmaat te verwijzen naar (standaard-)arresten tegen andere verdragsstaten. Deze *de facto erga omnes*-werking is vooral terug te vinden in passages van arresten waarin een verdragsbepaling in meer algemene zin wordt geïnterpreteerd.¹⁸ Een dergelijke uitleg valt daarmee ook onder de reikwijdte van het verdragsrecht in kwestie. Deze interpretatie is als het ware 'geïncorporeerd' in de betreffende verdragsbepaling en maakt daarmee onderdeel uit van de uit deze bepalingen voortvloeiende verdragsverplichtingen, die op grond van artikel 1 EVRM aan een ieder onder de rechtsmacht van een van de verdragsstaten moet worden verzekerd.¹⁹ Een en ander is ook in lijn met de verplichting uit het Weense Verdragenverdrag (artikel 26) om verdragen te goeder trouw uit te leggen en toe te passen.

De Nederlandse rechter hangt de zogenaamde 'incorporatieconstructie' aan, dat wil zeggen dat hij de betreffende EVRM-bepaling zo leest, dat de uitleg van het EHRM van deze bepaling (of deze nu gewezen is tegen Nederland of tegen een andere verdragsstaat) daar in wordt gelezen. Een sprekend voorbeeld hiervan vormt de Straatsburgse uitleg van artikel 10 EVRM, waaruit onder omstandigheden ook een journalistiek verschoningsrecht kan worden afgeleid. Kort na het betreffende arrest van het EHRM (Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk), volgde de Hoge Raad de Straatsburgse uitleg van artikel 10 EVRM, onder verwijzing naar de Goodwin-uitspraak, en daarmee terugkomend op zijn eigen

¹⁸ Zie nader T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, *Preadvies VAR* 2004, VAR-reeks 132, Den Haag 2004, p. 47 en J.H. Gerards, *Rechtsvinding door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, in: T. Barkhuysen, M. Kuijter & R.A. Lawson (red.) *55 jaar EVRM*, Speciaal nummer NJCM-Bulletin 2006, p. 93-122.

¹⁹ Zie J. van der Velde, *Grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM* (dissertatie Leiden), Leiden 1997, p. 74-79 met nadere verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur.

rechtspraak terzake.²⁰ In een andere zaak kwam de Hoge Raad overigens terug op zijn eerdere, uitleg van de zogenaamde Berrehab-uitspraak, aangezien hij het begrip 'family life' uit artikel 8 EVRM wel een erg ruime strekking had gegeven.²¹ Ook ten aanzien van de verplichtingen die uit andere mensenrechtenverdragen voortvloeien, volgt de Nederlandse rechter inmiddels deze lijn. Het feit dat een expliciete erkenning van de juridische bindendheid – anders dan ten aanzien van einduitspraken van het EHRM (artikel 46 EVRM) – van de aanbevelingen van deze Comités in de betreffende verdragen ontbreekt, maakt dergelijke aanbevelingen niet minder waardevol in juridische zin. Het gaat immers om gezaghebbende interpretaties van verdragsbepalingen door het toezichthoudend Comité in kwestie. Dit correspondeert – als gezegd – met de verplichting om verdragen te goeder trouw uit te voeren.²² Regering en wetgever hebben in het algemeen meer moeite om de uitleg door toezichthoudende Comités van (VN-)mensenrechtenverdragen als (juridisch) bindend te beschouwen, dan de uitleg van het EVRM in einduitspraken van het EHRM. De Centrale Raad van Beroep heeft echter overwogen dat de 'views' van het Mensenrechtencomité als een gezaghebbend oordeel moeten worden beschouwd, waaraan in rechterlijke procedures bijzondere betekenis toekomt en waarvan slechts kan worden afgeweken wegens zeer zwaarwegende redenen.²³

Het probleem is echter vaak dat de precieze verplichtingen die voortvloeien uit EVRM-bepalingen niet (geheel) duidelijk zijn, aangezien het Hof zich vaak uitdrukkelijk beperkt tot de omstandigheden van het geval en geen algemene regels formuleert. Geregeld moet dan worden afgewacht of het Straatsburgse Hof een zelfde uitleg geeft in een vergelijkbare zaak tegen een andere verdragsstaat. Het is duidelijk dat een en ander de nationale wetgever voor lastige problemen kan

²⁰ HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578 en EHRM 27 maart 1996, *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, *NJ* 1996, 577, m.nt. (onder 578) Dommering, *NJCM-Bulletin* 1996, p. 725 e.v., m.nt. Schuijt.

²¹ HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628 in verband met EHRM 21 juni 1988, *Berrehab t. Nederland*, *NJ* 1988, 746, m.nt. Alkema, *NJCM-Bulletin* 1988, p. 579 e.v., m.nt. Steenbergen. Zie ook ABRvS 10 april 2002, *JB* 2002, 146 en ABRvS 5 september 2007, *JB* 2007, 194: de Afdeling gaat om en neemt aan dat naast de aanvragende werkgever ook de betrokken vreemdeling belanghebbende is bij het besluit tot weigering van een tewerkstellingsvergunning op grond van de Wet Arbeid Vreemdelingen; de Afdeling verwijst hierbij onder meer naar twee EHRM-arresten over dezelfde materie tegen Oostenrijk. Vgl. nader E. Hey, R. de Lange & P.A.M. Mevis, *De transnationale dialoog tussen rechters: verschillende interpretaties van Europese en nationale grondrechten*, *NJB* 2005, p. 1734 e.v. (uitgebreidere versie op de website van het NJB).

²² Zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Betere tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde: heropening afgesloten zaak of schadeclaim tegen de staat*, *NJCM-Bulletin* 1996, p. 987-1005, op p. 1004-1005.

²³ Zie CRvB 21 juli 2006, *AB* 2007, 97, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Vgl ook Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *AB*, 398, m.nt. Kanne & Nehmelman, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 1091 e.v., m.nt. De Blois & Loenen (SGP-zaak) ten aanzien van het IVDV.

stellen. Zo heeft de wetgever bij het opstellen van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht lang moeten puzzelen op de Straatsburgse jurisprudentie ten aanzien van de precieze reikwijdte van het zwijgrecht, dat uiteraard ook geldt bij de oplegging van punitieve bestuurlijke sancties.²⁴ Daarnaast bestaan natuurlijk ook vele klassieke EHRM-uitspraken die een veel bredere strekking hebben dan alleen het concrete beslechte individuele geschil en waarin bepaalde EVRM-verplichtingen wel in meer algemene zin worden verduidelijkt, zodat daaraan ook gemakkelijker gevolgen kunnen worden verbonden door andere verdragsstaten. Een oud, in het oog springend voorbeeld is het reeds genoemde arrest Marckx tegen België, waarin het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen in het Belgische (erf)recht in strijd werd geoordeeld met artikel 8 juncto 14 EVRM.

Bij de waarde die aan Straatsburgse beslissingen moet worden gehecht, kan een aantal belangrijke richtsnoeren worden gegeven. In de eerste plaats is het van groot belang te bekijken of sprake is van een Grote Kameruitspraak.²⁵ Indien een uitspraak wordt gedaan door een Grote Kamer van zeventien rechters is dat een sterke aanwijzing dat er een belangrijke kwestie van verdragsinterpretatie aan de orde is. Bij Kameruitspraken moet altijd worden bedacht dat deze uitspraak binnen drie maanden onder bepaalde voorwaarden kan worden voorgelegd aan de Grote Kamer. Gebeurt dit niet, dan is het belangrijk om te bezien of de uitspraak past in de vaste jurisprudentielijn van het EHRM en met welke meerderheid deze beslissing is genomen. Het valt niet helemaal uit te sluiten dat er onder de enorme hoeveelheid Kameruitspraken wel eens een 'misser' zit, al probeert het Hof er alles aan te doen de jurisprudentie van het hele EHRM zo consistent mogelijk te

²⁴ Niet dat puzzelen voor de wetgever nu per definitie heel vervelend is, dat behoort nu eenmaal tot de taak van een wetgevingsjurist. Voor de goede orde moet worden vermeld dat de auteur van deze bijdrage in zijn hoedanigheid van wetgevingsjurist bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties betrokken was bij de opstelling van het wetsvoorstel Vierde Tranche, in het bijzonder het onderdeel bestuurlijke boetes, in nauwe samenwerking met zijn collega's van het ministerie van Justitie. Zie ook de recente (Grote Kamer)uitspraak EHRM 29 juni 2007, O'Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2007, 104, m.nt. Albers, waarin het Hof het zwijgrecht weer iets lijkt te relativiseren, althans in het geval van een via boetebedreiging toegepaste dwang bij het verkrijgen van inlichtingen bij een verkeersdelict (ten aanzien van de identiteit van de bestuurder van het voertuig ten tijde van de snelheidsovertreding).

²⁵ Voor behandeling van de bij het EHRM aanhangige zaken is het Hof verdeeld in *Comités* van drie rechters, *Kamers* van zeven rechters en een *Grote Kamer* van zeventien rechters (artikel 27 EVRM). Er bestaan vijf Kamers, die ieder verantwoordelijk zijn voor klachten uit een bepaalde groep verdragsstaten. Zie nader over de procedure P. Leach, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford 2005 en Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008.

houden.²⁶ Daarnaast kunnen niet-ontvankelijkheidsbeslissingen van de Kamers zeer leerzaam zijn voor potentiële klagers maar ook voor de betrokken staat. Uit dergelijke beslissingen kan immers blijken welke statelijke praktijken, inclusief bepaalde wetgeving, de (minimale) toets van het EVRM kunnen doorstaan.²⁷ Om deze reden kunnen dergelijke (niet-)ontvankelijkheidsbeslissingen een hoog educatief gehalte hebben.²⁸ Zo bleek onlangs in de niet-ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak Van der Velde dat de recente Nederlandse regelgeving inzake de verplichting van veroordeelden om DNA af te staan, EVRM-conform is.²⁹ Daarnaast is het belangrijk er op te wijzen dat het Hof zelf bij publicatie van arresten, de uitspraken oormerkt met een 1, 2, of 3 naar mate van belangrijkheid, waarbij 1 de hoogste klassering is.³⁰

2.2 Bijzondere verplichtingen voor de wetgever?

2.2.1 Wanneer moet de wetgever in actie komen?

Een belangrijke vraag is, in het bijzonder in het kader van het onderwerp van deze Staatsrechtconferentie *Wetgever en grondrechten*, of een Straatsburgse veroordeling leidt tot bijzondere verplichtingen voor de nationale wetgever. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de EVRM-verplichtingen, zoals uitgelegd door het Straatsburgse Hof, rusten op de verdragsstaat in kwestie. Deze verplichtingen worden in beginsel niet uitgesplitst naar de verschillende staatsorganen, dat wil zeggen naar de wetgever, de rechter en het bestuur. Artikel 46 EVRM weerspiegelt immers het volkenrechtelijke beginsel dat een staat zich aan zijn verdragsverplichtingen moet houden (*pacta sunt servanda*), maar de vrijheid geniet hoe hij dat verdragsconforme resultaat wenst te bereiken. Hierbij zijn eveneens de nationale constitutionele verhoudingen van belang. Dit betekent echter niet dat de nationale rechter zich kan (blijven) verschuilen achter het talmen van de wetgever bij de implementatie van duidelijke EVRM-verplichtingen,

²⁶ Sinds medio 2005 bestaat een zogenaamde *Case-law Conflict Prevention Group* (CLCP) die in de week voorafgaand aan de bijeenkomsten in elke sectie, de voorstellen op consistentie met bestaande rechtspraak beziet, afwijkingen signaleert, zich daarover een mening vormt, en dit oordeel op tijd in de vorm van een schriftelijke aanbeveling deponeert bij de president en de griffier van de betrokken sectie. De CLCP bestaat uit een aantal zeer ervaren griffiejuristen met een haast encyclopedische kennis van het EVRM en de Straatsburgse jurisprudentie. Zie nader E. Myjer, Straatsburgse myj/meringen: CLCP en CPB, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1067-1068.

²⁷ Ook hierbij geldt uiteraard het caveat van mogelijke missers!

²⁸ Barkhuysen 2004, p. 28. Vanwege deze educatieve functie worden naar verluidt dergelijke zaken wel doorgestuurd naar een Kamer, aangezien Kamerbeslissingen, anders dan de beslissingen van de Comités, actief openbaar gemaakt worden.

²⁹ EHRM 7 december 2006, Van der Velde t. Nederland (ontv.besl.), *EHRC* 2007, 40, m.nt. Koops.

³⁰ Zie nader de zoekmachine Hudoc via www.ehrc.coe.int en de Straatsburgse Myj/mering van de Nederlandse rechter in het EHRM, Egbert Myjer, Opmerkelijke bomen in bosjes uitspraken, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 425-426.

teneinde een nieuwe Straatsburgse veroordeling te voorkomen.³¹ Als het echter gaat om een bovenminimale uitleg van het EVRM (die blijkens artikel 53 EVRM geoorloofd is) ligt dit anders. In dat geval is het mogelijk dat deze uitleg vanwege de nationale constitutionele verhoudingen niet toekomt aan de rechter maar is voorbehouden aan de nationale wetgever (zie nader paragraaf 2.4).

In paragraaf 2.1 werd duidelijk dat de vrijheid op grond van artikel 46 EVRM ten aanzien van de keuze van de middelen waarmee de verdragsschending wordt hersteld en voor de toekomst voorkomen, soms door het EHRM kan worden beperkt. Het uitgangspunt is en blijft echter de vrijheid van de betrokken staat om de passende middelen te kiezen om aan deze verdragsverplichtingen te voldoen. In de eerder genoemde zaak *Hirst*, waarin het Hof een schending van artikel 3 van het Eerste Protocol heeft geconstateerd vanwege de categorische uitsluiting van veroordeelde gevangenen van het kiesrecht, geeft het Hof aan dat er – gezien de praktijk in de verdragsstaten – diverse manieren zijn om de schending te repareren. In een dergelijk geval bestaat er dus geen mogelijkheid voor het Hof om aan de aansprakelijke staat aanbevelingen te doen ten aanzien van de te nemen herstelmaatregelen. Een en ander vertoont enige gelijkenis met de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de rechtsvormende taak van de rechter, waarbij de te maken rechtspolitieke keuzes uitdrukkelijk aan de wetgever worden voorbehouden.³²

De aard van de geconstateerde verdragsschending zal uiteindelijk bepalend zijn voor de vraag welk (nationaal) staatsorgaan het best geëquipeerd is om de verdragsschending te herstellen. In bepaalde gevallen is het evident dat de wetgever in actie moet komen. Dit betreft in het bijzonder de gevallen waarin de geconstateerde verdragsschending direct veroorzaakt is door een lacune in de wetgeving. Een bekend voorbeeld is de zaak X en Y tegen Nederland. In deze zaak is een schending van het door artikel 8 EVRM beschermde recht op privéleven veroorzaakt door de onmogelijkheid om op basis van de geldende Nederlandse wetgeving een strafvervolging in te stellen tegen de dader van een seksueel vergriep ten aanzien van een zestienjarig, geestelijk gehandicapt meisje, dat zelf niet in staat was de voor vervolging vereiste klacht in te stellen. Het EHRM acht de Nederlandse staat verantwoordelijk voor deze lacune in de wetgeving en kent het meisje op grond van artikel 50 (thans 41) EVRM een vergoeding van 3.000 gulden

³¹ Zie bijv. EHRM 29 november 1991, Vermeire t. België, *Series A* vol. 214 C, *NJCM-Bulletin* 1992, p. 673 e.v., m.nt. Lemmens: veroordeling wegens precies dezelfde omstandigheid, namelijk het onderscheid in het Belgische (erf)recht tussen wettige en onwettige kinderen, dat het Hof reeds in EHRM 13 juni 1979, Markcx t. België, *Series A* vol. 31, *NJ* 1980, 462, m.nt. Alkema in strijd met artikel 8 (family life) juncto 14 (discriminatieverbod) EVRM had geacht. In 1987 had de Belgische wetgever nog steeds geen enkele actie ondernomen naar aanleiding van het Marckx-arrest.

³² Zie bijv. ABRvS 21 november 2006 (Eman & Sevinger: kiesrecht Arubanen voor Europees Parlement), *NJCM-Bulletin* 2007, p. 635-645, m.nt. Uzman. Zie voor meer voorbeelden Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 15^e druk, bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, Kluwer: Deventer 2006, p. 821-832.

toe voor de door de schending van artikel 8 EVRM geleden immateriële schade.³³ Nog voor het wijzen van dit arrest door het EHRM heeft de Nederlandse wetgever de betreffende lacune in het Wetboek van Strafrecht weggenomen.³⁴

Ook zijn er zaken waarin de verdragsschending direct is veroorzaakt door het enkele bestaan en in stand houden van bepaalde wetgeving. In het bijzonder vallen te noemen diverse zaken betreffende de strafbaarstelling van vrijwillige homoseksuele handelingen tussen (jonge)mannen. Het enkele bestaan van dergelijke wetgeving kan een inbreuk maken op het recht op privéleven van homoseksuelen, zoals gegarandeerd door artikel 8 EVRM.³⁵ Ook in recentere zaken heeft het Hof de zogenaamde wettelijke 'age of consent' voor homoseksuelen in strijd geacht met de artikelen 8 juncto 14 EVRM, mede in het verband met het feit dat voor seksuele handelingen tussen heteroseksuelen of lesbiennes doorgaans lagere leeftijdsgrenzen golden om seksuele relaties te kunnen aanknopen.³⁶ Anders dan in de eerdere genoemde oude jurisprudentie, kent het Hof in deze nieuwere zaken doorgaans wel vergoeding van immateriële schade toe veroorzaakt door het bestaan van de wetgeving in kwestie, aangezien deze wetgeving de klagers verhinderde bepaalde homoseksuele relaties aan te gaan, zonder te hoeven vrezen voor strafrechtelijke vervolging. In de oudere jurisprudentie werd een inmiddels doorgevoerde wetswijziging wel beschouwd als voldoende compensatie voor de individuele klager.³⁷

³³ EHRM 26 maart 1985, X en Y t. Nederland, *Series A* Vol. 91, *NJ* 1985, m.nt. Alkema, *NJCM-Bulletin* 1985, p. 410 e.v., m.nt. Schokkenbroek.

³⁴ Wet van 27 februari 1985, *Staatsblad* 1985, 115

³⁵ Zie reeds EHRM 22 oktober 1981, Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk, *Series A* vol. 45; EHRM 29 oktober 1988, Norris t. Ierland *Series A* vol. 142, *NJCM-Bulletin* 1989, 365, m.nt. Schokkenbroek en EHRM 22 april 1993, Modinos t. Cyprus, *Series A* vol. 259.

³⁶ Zie bijv. EHRM 9 januari 2003, L. en V. t. Oostenrijk, *EHRC* 2003, 18, m.nt. Van der Velde (het destijds geldende wettelijke verbod op homoseksuele contacten tussen volwassen mannen en instemmende adolescenten van veertien tot achttien jaar is volgens het Hof in strijd met de artikelen 8 juncto 14 EVRM, aangezien een dergelijk verbod niet gold voor heteroseksuele of lesbische contacten). Zie verder B.B. t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2004, 27, m.nt. Van der Velde en EHRM 26 mei 2005, Wolfmeyer t. Oostenrijk, *EHRC* 2005, 71, m.nt. Van der Velde.

³⁷ Zie bijv. de eerder genoemde zaak Dudgeon. In het arrest over de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 50 EVRM (thans art. 41 EVRM) was het Hof van oordeel dat de constatering van een schending van art. 8 EVRM in casu voldoende billijke genoegdoening opleverde. Bij deze beslissing hecht het Hof grote waarde aan het feit dat een inmiddels doorgevoerde wetswijziging grotendeels tegemoetkomt aan de wensen van de klager, zie EHRM 24 februari 1983 (art. 50), *Series A* vol. 59. Vanuit het perspectief van de klager kunnen hier vraagtekens bij worden geplaatst, aangezien hij zelf had aangegeven zich niet in deze wetswijziging te kunnen vinden en bovendien slachtoffer was geweest van een huiszoeking en inbeslagneming van persoonlijke aantekeningen in verband met verdenking van overtreding van het destijds geldende strafrechtelijke verbod van vrijwillige homoseksuele handelingen tussen volwassen mannen.

Een bijzondere categorie van verplichtingen voor de overheid, met name de wetgever, is ontstaan met de vrij recente praktijk om bij structurele EVRM-gebreken in een bepaald rechtsstelsel gebruik te maken van zogenaamde ‘pilot’-uitspraken (zie nader paragraaf 2.2.3).

Ten slotte verdient aparte vermelding een uitspraak die het Hof onlangs gedaan in de zaak *L. tegen Litouwen*. In deze zaak doet het Hof de aanbeveling om ter herstel van de verdragsschending een wet tot stand te brengen namelijk in het kader van de toekenning van vergoeding van materiële schade op de voet van artikel 41 EVRM. In casu oordeelt het Hof de onmogelijkheid volgens Litouws recht om erkenning te krijgen voor een volledige geslachtsverandering in strijd met het recht op privéleven van de klager, zoals beschermd door artikel 8 EVRM. De klager was bij de geboorte een vrouw en had reeds een semi-geslachtsveranderende operatie ondergaan. In 2003 was het Litouwse Burgerlijk Wetboek weliswaar in die zin aangepast, dat iedere ongetrouwde volwassene het recht heeft op verwerking in de bevolkingsadministratie van een geslachtsveranderende operatie. De voorwaarden en procedures waaronder dit mogelijk was, moesten echter nader bij wet worden vastgesteld. Vier jaar later was deze wet nog steeds niet tot stand gekomen. De klager ondervond hier nadeel van, aangezien hij bij officiële aangelegenheden nog steeds kenbaar moest maken dat hij bij geboorte van het vrouwelijk geslacht was. Het EHRM geeft de Litouwse regering in overweging, teneinde tegemoet te komen aan de claim voor vergoeding van materiële schade op grond van artikel 41 EVRM, om binnen drie maanden na de uitspraak alsnog de benodigde wetgeving aan te nemen in het kader van de erkenning van de geslachtsverandering van transseksuelen. Indien dit niet mogelijk mocht blijken of mocht de staat daartoe op andere gronden niet overgaan, dan dient Litouwen 40.000 Euro te betalen als vergoeding voor de materiële schade, waarmee de kosten van de laatste fase van zijn operatie in het buitenland zouden kunnen worden voldaan. Daarnaast kent het Hof hem 5.000 Euro toe als vergoeding voor de geleden immateriële schade. Een bijzondere uitspraak derhalve, al moet worden benadrukt dat het Hof uitdrukkelijk de mogelijkheid openhoudt dat de vereiste wetgeving niet binnen drie maanden tot stand wordt gebracht.³⁸ Bovendien is het goed er op te wijzen dat het een Kameruitspraak betreft, zodat nog moet worden afgewacht of dit vaste Straatsburgse jurisprudentie wordt.³⁹

2.2.2 Negatieve en positieve verplichtingen

In de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof wordt sinds het reeds genoemde Marckx-arrest uit 1979 gewerkt met de zogenoemde figuur van de *positieve verplichtingen*. Dit leerstuk houdt in dat voor de verdragsstaten uit het EVRM niet alleen verplichtingen voortvloeien om zich van bepaald handelen te onthouden, maar dat uit het verdrag juist ook verplichtingen kunnen volgen om actief op te

³⁸ EHRM 11 september 2007, L. t. Litouwen, *EHRC* 2007, 131. De beslissing op grond van art. 41 EVRM is genomen met vijf stemmen tegen twee.

³⁹ Is casu heeft in ieder geval (nog) geen verwijzing naar de Grote Kamer plaatsgevonden.

traden. In de beginfase van het gebruik van dit leerstuk, werd door het Hof nog wel onderscheid gemaakt tussen de negatieve en positieve verplichtingen, waar het de wijze van toetsing betrof van de gerechtvaardigheid van overheidsmaatregelen of -nalaten die inbreuk maakte op deze verdragsverplichtingen. Inmiddels is dit onderscheid echter vervaagd en zijn de negatieve en positieve verdragsverplichtingen op dit punt steeds meer naar elkaar toegegroeid.⁴⁰

Op het eerste gezicht lijken de precieze gevolgen voor de wetgever evidentier in geval het Hof de schending van een positieve verplichting aanneemt.⁴¹ Desalniettemin lijkt het weinig zinvol een strikt onderscheid te maken tussen negatieve en positieve EVRM-verplichtingen voor de nationale wetgever. In feite gaat het immers om twee kanten van dezelfde (EVRM-)medaille. Waar het om gaat, is welk soort maatregelen moet worden getroffen om de EVRM-rechten te verzekeren. Zo kan het EVRM ertoe nopen bepaalde wetgeving niet tot stand te brengen (bijvoorbeeld een wettelijk onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen of een verbod op vrijwillige homoseksuele handelingen). Dit zou kunnen worden beschouwd als een onthoudingsverplichting, maar als dergelijke wetgeving onverhoopt tot stand is gekomen, kan het EVRM er juist toe verplichten om in actie te komen en deze wetgeving weer in te trekken. In andere gevallen brengt het EVRM met zich mee dat bepaalde wetgeving tot stand zal moeten worden gebracht, bijvoorbeeld om kinderen tegen mishandeling te beschermen, om burgers te beschermen tegen discriminatie, om te voorzien in adequate informatie over milieugevaren dan wel met voldoende mogelijkheden om overheidsfunctionarissen (strafrechtelijk) onder omstandigheden te kunnen vervolgen bij ernstige schendingen van het recht op leven. Dergelijke wetgeving strekt er vaak mede toe de EVRM-verplichtingen te verzekeren in horizontale verhoudingen, dat wil zeggen tussen burgers onderling.⁴²

2.2.3 'Pilot'-uitspraken

Sinds enkele jaren geeft het Hof vaker directere vingerwijzingen aan de aansprakelijke verdragsstaat in kwestie ten aanzien van de wijze waarop deze staat de verdragschending het beste kan repareren. Hier gaat hier dan om structurele problemen ten aanzien van de EVRM-conformiteit, zodat er nog vele identieke klachten op behandeling door het EHRM wachten, nog afgezien van de vele klachten die over dezelfde kwestie kunnen worden ingediend. In dergelijke

⁴⁰ Zie reeds R. Lawson, Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair-balance'-test, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 558-573 (deel I) en p. 727-750 (deel II) en recenter Gerards 2006, p. 93-122.

⁴¹ Zie bijv. het reeds aangehaalde arrest X en Y t. Nederland.

⁴² Zie bijv. wetgeving om het eigendomsrecht van art. 1 EP in horizontale verhoudingen te garanderen. Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgs perspectief, *Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht* 2005, Deventer 2005, p. 1-101 en A.J.P. Schild, De betekenis van artikel 1 Eerste Protocol voor het ondernemingsrecht, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 603-624.

gevallen van structurele problemen in het betrokken nationale rechtsstelsel, maakt het Hof gebruik van zogenaamde 'pilot'-uitspraken.⁴³ Op deze wijze probeert het Hof zijn eigen, spectaculair groeiende 'case-load' enigszins in te dammen. De aanwijzingen van het Hof kunnen zich richten tot alle staatsorganen, dat wil zeggen de wetgever, het bestuur of de rechter.

Een belangrijk voorbeeld van een 'pilot'-uitspraak betreft de zaak *Broniowski* tegen Polen. Aan deze zaak lag ten grondslag een belangrijke en zeer gevoelige kwestie uit de naoorlogse Poolse geschiedenis. Aan het einde van de Tweede Wereldoorlog verloor Polen bij de Conferentie van de overwinnaars te Yalta enorme stukken grond in het oosten van het land aan de toenmalige Sovjet-Unie (dit voormalige Poolse grondgebied strekt zich thans uit tot grote delen van Litouwen, Wit-Rusland en de Oekraïne). Polen nam toen de verplichting op zich om de ruim 1,2 miljoen mensen die werden 'gerepatriëerd' vanuit de gebieden achter de Bug Rivier, onder meer naar grote stukken land in het westen (voormalig Duits grondgebied) en die hun eigendommen hadden moeten achterlaten, een compensatie te verstrekken. Na de omwenteling kwam in 1990 wetgeving tot stand die de claims van deze zogenaamde Bug Rivier-eisers beperkte. Nadat het Poolse Constitutionele Hof deze wetgeving ongrondwettig had verklaard, kwam in 2003 een nieuwe wet tot stand die bepaalde dat de verplichtingen van de Poolse staat ten aanzien van Bug Rivier-eisers, die ooit enig eigendom als compensatie hadden verkregen onder de vroegere wetgeving, als voldaan moesten worden beschouwd. Aan eisers die nog nooit enige compensatie hadden ontvangen, werd maximaal 15 procent van hun oorspronkelijke aanspraak toegekend tot een maximum van 50.000 Poolse zloty's.

In casu komt het Hof tot de conclusie dat artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (EP) is geschonden ten aanzien van de klager, die in het verleden enig eigendom als compensatie had gekregen, aangezien hij een individuele, disproportionele en buitensporige last heeft moeten dragen. Op grond van artikel 46 EVRM geeft het EHRM de Poolse staat algemene vingerwijzingen hoe dit structurele EVRM-gebrek in het Poolse rechtstelsel te repareren. Er zijn reeds 167 vergelijkbare klachten in Straatsburg ingediend en de groep van Bug Rivier-eisers bestaat uit bijna 80.000 mensen, hetgeen het potentieel aan toekomstige klachten bij het EHRM enorm uitbreidt. Het Hof geeft de Poolse staat in de eerste plaats in overweging om iedere belemmering ten aanzien van de realisering van het eigendomsrecht van de personen die zich in dezelfde situatie als de klager bevinden, weg te nemen of in plaats daarvan passend herstel te bieden. Ten aanzien van de eerste optie, dient de staat door middel van geëigende wettelijke en bestuurlijke maatregelen de effectieve en snelle realisatie van de rechten van de Bug Rivier-eisers te bewerkstelligen, in overeenstemming met de uit artikel 1 EP voortvloeiende beginselen ter bescherming van het eigendomsrecht. Het Hof houdt de

⁴³ Het EHRM volgt hiermee een belangrijke aanbeveling van het Comité van Ministers, zie de resolutie van het Comité van Ministers d.d. 12 mei 2004, DH Res. (2004)3).

schadeclaim op grond van artikel 41 EVRM aan.⁴⁴ Nadat de relevante wetgeving was gewijzigd, zijn de klager en de Poolse regering ten aanzien van de kwestie van de schadevergoeding een minnelijke schikking overeengekomen. Het Hof heeft vervolgens te beoordelen of deze schikking met inachtneming van de rechten van de mens, zoals vastgelegd in het EVRM en de Protocollen (zie artikel 38 EVRM), tot stand is gekomen. Hierbij kijkt het Hof niet alleen naar de overeengekomen individuele maatregelen maar ook naar de relevante algemene maatregelen. In casu stelt het Hof vast dat de regering nieuwe wetgeving bij het parlement heeft ingediend die bedoeld is om de relevante Straatsburgse jurisprudentie en de uitspraken van het Poolse Constitutionele Hof te implementeren. Verder stelt het Hof vast dat de belemmeringen uit de wet van 2003 zijn weggenomen en dat Bug Rivier-eisers nu ongehinderd hun claims kunnen realiseren conform de eisen van artikel 1 EP. Het Hof overweegt dat het een hoofdtaak is van het Comité van Ministers om toe te zien op de nakoming van de verplichtingen op grond van artikel 46 EVRM. Het Hof heeft echter de verantwoordelijkheid om bij de toetsing of een zaak van de rol kan worden geschrapt na het overeenkomen van een minnelijke schikking te bezien of deze overeenkomst tot stand is gebracht onder eerbiediging van de rechten van de mens. Een belangrijke factor hierbij zijn ook de algemene maatregelen ter herstel van de verdragsschending, zij het dat het hierbij niet anders kan dan vertrouwen op de feitelijke en beloofde herstelacties.⁴⁵ Op deze wijze kan het Hof echter wel op indirecte wijze toetsen of de nieuwe wetgeving de EVRM-toets wel kan doorstaan.

Na het doen van een dergelijke richtinggevende uitspraak (zowel ten aanzien van de schending als de op nationaal niveau te nemen herstelmaatregelen) wordt de Straatsburgse procedure in de vergelijkbare zaken opgeschort en wordt de betreffende verdragsstaat in de gelegenheid gesteld in deze zaken op nationaal niveau conform de 'pilot'-uitspraak rechtsherstel te bieden. Indien dat laatste inderdaad gebeurt, kunnen de vergelijkbare zaken derhalve van de Straatsburgse rol worden geschrapt.⁴⁶ Belangrijk is om er op te wijzen dat partijen met een

⁴⁴ EHRM 22 juni 2004, Broniowski t. Polen, *EHRC* 2004, 77, m.nt. Van der Velde.

⁴⁵ EHRM 28 september 2005, Broniowski t. Polen (minnelijke schikking ten aanzien van claim op grond van art. 41 EVRM), *EHRC* 2005, 110, m.nt. Van der Velde.

⁴⁶ Zie bijv. EHRM 22 juni 2004, Broniowski t. Polen, *EHRC* 2004, 77, m.nt. van der Velde (dit onder verwijzing naar een Resolutie van het Comité van Ministers d.d. 12 mei 2004, DH Res. (2004)3). Vgl. ook EHRM 6 oktober 2005, Lukenda t. Slovenië (waarin het Hof naar aanleiding van een klacht over de redelijke termijn onder het kopje 'art. 46 EVRM' constateert dat een eerdere veroordelende uitspraak over hetzelfde probleem kennelijk onvoldoende algemeen effect heeft gehad, waarna het aanbevelingen doet hoe dit structurele probleem – er zijn nog circa 500 vergelijkbare zaken uit Slovenië bij het Hof aanhangig – op te lossen. Dissenter Zagrebelsky is het oneens met deze aanpak: dit soort pilot-achtige uitspraken moet volgens hem door een Grote Kamer worden gedaan en het toezicht houden op de naleving van eerdere uitspraken onder art. 46 EVRM moet aan het Comité van Ministers worden overgelaten).

vergelijkbare klacht als de zaak die als pilot-uitspraak wordt behandeld, zich op grond van art. 36 EVRM juncto art. 44 lid 2 van het Procesreglement van het Hof als derde-partij kunnen voegen in de pilot-zaak. Zij kunnen dan immers zelf argumenten naar voren brengen en mogelijk ook al wijzen op belangrijke verschillen tussen hun zaak en de pilot-zaak.⁴⁷ Nog beter zou zijn wanneer het Hof ambtshalve betrokken derde-partijen daartoe zou uitnodigen om te voorkomen dat zij worden verrast met een beslissing in hun zaak waarin ter motivering slechts wordt verwezen naar een hen onbekend pilot-oordeel. Daarnaast is het van groot belang dat het Hof in de volgzaken precies nagaat of deze wel op alle punten vergelijkbaar zijn met de pilot-zaak alvorens deze zaken conform het pilot-oordeel af te doen.⁴⁸

De 'pilot procedure' is vrij nieuw en zal zich in de nabije toekomst nog verder moeten ontwikkelen.⁴⁹

2.3 Verdragsconforme uitleg door de rechter of het bestuur als alternatief voor wetswijziging?

Een interessante vraag is of de door het EHRM geconstateerde EVRM-strijdigheid van een wettelijke regeling, ook op andere wijze kan worden geredresseerd dan via wetswijziging.

In de eerste plaats valt hierbij te denken aan een verdragsconforme interpretatie door de nationale rechter van wettelijke bepalingen. Zo zijn er vele voorbeelden in de jurisprudentie waarin met name de Hoge Raad bepalingen uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek verdragsconform uitlegt, in het bijzonder in lijn met het Marckx-arrest, waarin het EHRM het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen in strijd met de artikelen 8 juncto 14 EVRM achtte.⁵⁰ Ook is er,

⁴⁷ Zie bijv. EHRM 22 september 2005, Goudswaard-Van der Lans t. Nederland (ontv.besl). *NJCM-Bulletin* 2006, p. 688 e.v., m.nt. Barentsen.

⁴⁸ Dit lijkt niet te zijn gebeurd in EHRM 22 september 2005, Van den Born-Van de Wal e.a. t. Nederland (ontv. besl.) waarin het pilot-oordeel in de hiervoor genoemde zaak Goudswaard-Van der Lans t. Nederland zonder meer wordt gevolgd m.b.t. de artikelen 6, 8 en 14 EVRM terwijl op dat punt essentiële verschillen aan de orde waren nu sommige van de klagers in deze volgzaken wel tijdig bij het Hof over schending van deze artikelen hadden geklaagd.

⁴⁹ Zie nader L. Garlicki, Broniowski and after: On the dual nature of "Pilot Judgments", in L. Caflich a.o. (eds.), *Human Rights – Strasbourg Views* (Liber Amicorum Luzius Wildhaber), Kehl/Strasbourg/Arlington 2007, p. 177-192, die onderscheid maakt tussen 'pilot'-uitspraken en 'quasi-pilot'-uitspraken.

⁵⁰ Zie reeds J. de Boer, M. de Langen en A.H.J. Swart, Artikel 8 EVRM, *Preadvies* NJV 1990, Zwolle 1990 en Asser/De Boer, *Personen- en familierecht*, Deventer 2006, passim en in het bijzonder p. 7-19. Hierbij kunnen soms wel vraagtekens worden gesteld ten aanzien van de kwestie of de door de nationale rechter gekozen interpretatie nu direct uit het EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM, voortvloeit. Zie bijv. voor een vergaande verdragsconforme interpretatie (die meer weg heeft van buiten toepassing laten op grond van art. 94 Grondwet van de betreffende bepaling uit het BW), HR 21 maart 1986, *NJ* 1986,

bijvoorbeeld, een recente strafzaak waarin de Hoge Raad een bepaling uit het Wetboek van Strafvordering conform artikel 6 EVRM uitlegt.⁵¹ Verder zou ook het bestuur zijn bevoegdheden op verdragsconforme wijze moeten uitoefenen. Zo is het – ook weer op het terrein van het personen- en familierecht – mogelijk dat een ambtenaar van de burgerlijke stand een EVRM-conforme toepassing aan de wet geeft door een met de letter van de wet strijdig verzoek te honoreren.⁵²

In de tweede plaats kan het bestuur (in het bijzonder de regering) een gewenste verdragsconforme interpretatie door het bestuur en/of de rechter bevorderen door deze voorgestane uitleg in een brief aan het parlement neer te leggen. Zo heeft oud-minister Donner van Justitie in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven geen voorstander te zijn van de introductie van een herzieningsmogelijkheid in het bestuursrecht, vergelijkbaar met de reeds bestaande mogelijkheid in het strafrecht, na een veroordelende uitspraak van het EHRM. In zijn brief bepleit Donner een verruimde, verdragsconforme toepassing van artikel 4:6 Awb. Op grond van deze

585-588, *NJCM-Bulletin* 1986, p. 344 e.v., m.nt. De Boer (ouderlijke macht voor ouders die niet of niet meer met elkaar gehuwd zijn). Zie nader M.L.C.C. De Bruijn-Lückers, *Het EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag. 'A whole code of juvenile law?'*, diss. Leiden 1994. Zie nader, in het bijzonder over vergaande verdragsconforme interpretatie P. van Dijk, *De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de Rechten van de Mens*, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, p. 173-209 en daarop voortbordurend R. de Lange, *Conforme interpretatie en rechterlijke rechtsvorming*, in: W. Hins, A. Nieuwenhuis & J.H. Reestman (red.), *Recht en Reede* (De Reede-bundel), Deventer 2005, p. 77-85. Zie voorts T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Advocaten voor advocaten: over ministeriële toezeggingen, vergoedingen voor de sociale advocatuur, mensenrechtenverdragen en het rechterlijk toetsingsrecht*, in: J.R. van Angeren, T. Barkhuysen & N.S.J. Koeman (red.), *1000 weken bestuursrecht* (Bundel aangeboden aan prof. mr. J.E.M. Polak bij zijn afscheid van Stibbe), Deventer 2001, p. 69-82.

⁵¹ HR 9 oktober 2007, LJN-nr. BA 5025: in casu had de voorzitter van het gerechtshof de verdachte op grond van art. 273, derde lid Sv uit de zittingzaal laten verwijderen wegens herhaalde ordeverstoring tijdens het requisitoir van de advocaat-generaal, die twaalf jaar gevangenisstraf tegen hem eiste. Het gerechtshof heeft de behandeling toen voortgezet en de verdachte, die niet werd bijgestaan door een advocaat, niet meer in de gelegenheid gesteld om op enig moment, zonder ordeverstoringen bij de verdere behandeling van zijn zaak aanwezig te zijn. Volgens de Hoge Raad had het gerechtshof, gelet op art. 6 EVRM onder de gegeven omstandigheden na afloop van het requisitoir dienen na te gaan of de verdachte, binnen de door de voorzitter te bepalen grenzen van orde op de zitting, in staat en bereid zou zijn de verdediging te voeren.

⁵² Zie bijv. de gelegenheid die de ambtenaar van de burgerlijke stand aan mevrouw Kroon en haar nieuwe partner heeft gegeven, zonder dat hier opnieuw een rechter aan te pas hoefde te komen, het vaderschap te erkennen, respectievelijk te erkennen. Een en ander naar aanleiding van EHRM 27 oktober 1994, Kroon e.a. t. Nederland, *Series A* vol. 297-C, *NJ* 1995, 248, m.nt. De Boer, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 45 e.v., m.nt. Forder, waarin het Hof de destijds geldende regeling in het Burgerlijk Wetboek in strijd met de artikelen 8 juncto 14 EVRM heeft geoordeeld.

bepaling kan, in geval van nieuw gebleken feiten na een afwijzende aanvraag, bij het betreffende bestuursorgaan een nieuwe aanvraag worden ingediend. Volgens Donner zou in de toekomst onder deze *nova* ook een veroordelende Straatsburgse uitspraak moeten worden begrepen.⁵³

Op vergelijkbare wijze hebben de bewindslieden van Justitie in een brief aan de Tweede Kamer hun visie gegeven op de betekenis van het veelbesproken Straatsburgse Salah Sheekh-arrest voor de toekomstige nationale vreemdelingenrechtspraak.⁵⁴ Het kan echter worden betwijfeld of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de door de bewindslieden bepleite toepassing van dit EHRM-arrest al geheel heeft gevolgd in een recente post-Salah Sheekh uitspraak.⁵⁵

In beginsel is een verdragsconforme interpretatie, dan wel toepassing van de wet toegestaan naar Straatsburgse normen: het gaat er volgens het EHRM immers om dat het (eind)resultaat EVRM-conform is.⁵⁶ Dit verdient echter niet de schoonheidsprijs, aangezien dit tot veel onduidelijkheid en mogelijk zelfs ongelijke behandeling in de nationale rechtsorde zou kunnen leiden. Niet verzekerd is immers dat iedere rechter en ieder bestuursorgaan de wet EVRM-conform zal uitleggen, dan wel toepassen.⁵⁷ Vastlegging van de gewenste EVRM-interpretatie in de wet verdient vanuit het perspectief van de rechtszekerheid de voorkeur, zij het dat in afwachting van de wettelijke verankering van deze EVRM-conforme benadering, uiteraard de genoemde verdragsconforme uitleg door bestuur en rechter geboden is.

Bovendien is het de vraag of de eerder genoemde praktijk van verdragsconforme uitleg zou worden goedgekeurd door het Comité van Ministers, dat toezicht

⁵³ Zie de brief van minister Donner van Justitie aan de Tweede Kamer van 12 augustus 2005, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 279, nr. 28.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2006/07*, 29 344, 64 (De staatssecretaris van Justitie concludeert onder meer: “De toetsing van asielaanvragen aan artikel 3 EVRM dient te geschieden met inachtneming van de in deze uitspraak van het Hof (Salah Sheekh, *MLvE*) opgenomen elementen”). Zie EHRM 11 januari 2007, Salah Sheekh t. Nederland, *AB 2007*, 76, m.nt. Vermeulen, *EHRC 2007*, 36, m.nt. Woltjer, *JB 2007*, 52, m.nt. Wenders, *JV 2007*, 30, m.nt. Vermeulen en *NJCM-Bulletin 2007*, p. 179 e.v., m.nt. Terlouw.

⁵⁵ ABRvS 12 oktober 2007, *JV 2007*, 530, m.nt. Battjes.

⁵⁶ Vgl. EHRM 28 juni 2006, *D. tegen Ierland* (ontv.besl.), klachtno. 26499/02: de klacht onder artikel 8 EVRM wordt niet-ontvankelijk verklaard wegens niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen, aangezien niet uitgesloten was dat het Constitutionele Hof het grondwettelijke abortusverbod in casu zou doorbreken.

⁵⁷ Zie bijv. HR 4 november 1994, *NJ 1995*, 249, m.nt. De Boer: in deze met de genoemde zaak Kroon vergelijkbare zaak weigert de Hoge Raad in te gaan op de kwestie of de betreffende bepaling uit het Burgerlijk Wetboek (inzake ontkenning en erkenning van vaderschap) in strijd was met de artikelen 8 juncto 14 EVRM, aangezien het vinden van oplossingen in deze de rechtsvormende taak te buiten gaat. Dit is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk, nu het EHRM juist een week tevoren deze BW-bepaling in strijd met de genoemde EVRM-artikelen had geoordeeld.

uitoefent op de tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken. Hierbij wordt niet alleen gekeken naar individuele maatregelen (in het bijzonder de door het EHRM op grond van artikel 41 EVRM toegekende schade- en/of kostenvergoedingen), maar ook naar algemene maatregelen ter implementatie van de arresten van het Hof, waardoor verdragsschendingen worden gerepareerd en voor de toekomst worden voorkomen.⁵⁸ Toch valt zeker niet uit te sluiten dat een naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling aangepast beleid, waar de burgers ook voor de nationale rechter rechten aan kunnen ontlennen, door de beugel van het Comité van Ministers zou kunnen. Te denken valt bijvoorbeeld aan duidelijke richtlijnen van het Openbaar Ministerie om geen zaken meer te vervolgen op grond van een wetsbepaling die door het EHRM is strijd is geoordeeld met het EVRM, bijvoorbeeld de reeds genoemde zaken van strafbaarstelling van vrijwillige homoseksuele handelingen. Het ligt minder voor de hand dat het Comité van Ministers genoeg neemt met een *ad hoc* verdragsconforme toepassing door (een onderdeel van) het bestuur, waarbij voor de burger geen zekerheid bestaat dat alle bestuursorganen een vergelijkbare verdragsconforme toepassing zullen geven aan hun betrokken bevoegdheid. Het verdient dan ook de voorkeur om ook in geval van verdragsconforme interpretatie door de rechter of -toepassing door het bestuur de letter van de wet in overeenstemming met de vereisten van het EVRM te brengen. Dit komt de rechtszekerheid ten goede en bovendien is het van groot belang dat in het democratische product bij uitstek, de wet, de effectieve bescherming van de rechten van de mens, een van de hoofddoelstellingen van het EVRM, op adequate wijze wordt weerspiegeld.

2.4 Bovenminimale bescherming door de wetgever?

Op grond van artikel 53 EVRM staat het de verdragspartij, dus ook nationale (grond)wetgever, vrij om bescherming te verlenen die boven de minimumvereisten van het EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM, uitgaat. Hierbij past wel de kanttekening dat het bij grondrechtenbescherming vaak gaat om botsende grondrechten, dat wil zeggen dat een grotere bescherming van de een automatisch leidt tot minder bescherming van de ander. In dergelijke gevallen van horizontale werking biedt artikel 53 EVRM geen soelaas.

Voor Nederland komt hier nog bij dat het de rechter niet vrij staat om een grondrechtenbescherming te geven die boven de minimumnormen van het EVRM uitgaat, indien hiervoor een wet in formele zin opzij zou moeten worden gezet. Op basis van artikel 94, van de Grondwet kan een wetsbepaling immers alleen buiten toepassing worden gelaten, indien sprake is van 'onverenigbaarheid'.⁵⁹ Volgens Barkhuysen speelt hierbij ook een rol dat de wetgever een verdergaande toepassing

⁵⁸ Zie bijv. E. Bates, 'Supervising the execution of judgments delivered by the ECtHR: the challenges facing the Committee of Ministers', in T. Christou & J.P. Raymond (eds.), *European Court of Human Rights, Remedies and execution of judgments*, London 2005, p. 49-106.

⁵⁹ HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278, m.nt. De Boer.

door de rechter van het EVRM (haast) niet zou kunnen terugdraaien. Verder moet worden afgewacht of de in deze uitspraak gekozen lijn ook zal gaan gelden bij toetsing van lagere regelgeving, aangezien hierbij de constitutionele positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals uitgedrukt in artikel 120, van de Grondwet, niet in het geding is.⁶⁰

In het Nederlandse constitutionele bestel betekent dit dat in een dergelijk geval de formele wetgever aan zet is. In het bijzonder bij het nemen van maatregelen ter bestrijding van (de dreiging van) terrorisme bestaat de indruk dat de wetgever nog al eens de EVRM-ondergrenzen opzoekt.⁶¹ Daarbij zou het geen kwaad kunnen dat de wetgever er vaker voor kiest het zekere voor het onzekere te nemen en boven de minimale EVRM-grenzen gaat zitten.

2.5 *Dialogo tussen wetgever en EHRM?*

In de bijdrage van Gerards wordt uitgebreid ingegaan op de (constitutionele) dialoog tussen de nationale rechter en wetgever in het kader van de bescherming van grond- en mensenrechten. In het bijzonder doet zij enige aanbevelingen om deze dialoog te verbeteren.⁶² In het kader van de onderhavige bijdrage is het interessant te bezien op welke wijze een vergelijkbare dialoog kan ontstaan tussen de nationale (Nederlandse) wetgever en het Straatsburgse Hof.

Anders dan bij de toetsing door de nationale rechter aan nationale grondrechten, kan de wetgever bij uitzondering corrigerend optreden bij onwelgevallige uitspraken door het EHRM. In de nationale context is niet ondenkbaar dat de (grond)wetgever een onwelgevallige, rechterlijke uitleg van de Grondwet corrigeert in de door de wetgever gewenste richting.⁶³ Ten aanzien van de uitleg

⁶⁰ Zie Barkhuysen 2004, p. 48. Zie verder over de positie van de Nederlandse rechter bij de (bovenminimale) toepassing van EVRM-rechten, N. Jak & J. Vermont, *De Nederlandse rechter en de margin of appreciation*, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 125-140.

⁶¹ Zie bijv. E. van Dongen e.a. (red.), *Terrorismebestrijding met mensenrechten*. Bijdragen aan NJCM-lustrumcongres, Leiden 2005; J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden* (diss. Leiden), Nijmegen 2005 en het preadvies van J.P. Loof, *Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces*.

⁶² Zie nader het preadvies van J.H. Gerards, *Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?*

⁶³ Zie voor een – bij mijn weten – zeldzaam voorbeeld de wijziging in 1972 van het huidige tweede lid van artikel 23, van de Grondwet: opnemings van de tussenzin ‘voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft’, zodat het voor de wetgevende macht (ook op lager niveau) mogelijk werd beperkingen te stellen, niet alleen aan het algemeen vormend lager en middelbaar onderwijs, maar ook aan andere vormen van onderwijs, zoals rijsscholen of dansscholen. In de jurisprudentie was immers diverse keren bepaald dat de gemeentelijke wetgever op basis van de Grondwet niet de bevoegdheid had beperkingen te stellen aan laatstgenoemde vormen van onderwijs. Zie nader A.K. Koekkoek (red.), *de Grondwet* (Een systematisch en artikelsgewijs commentaar), Deventer 2000, (artikel 23 door D. Mentink & B.P. Vermeulen), p. 258. Zie in meer algemene zin A.M. Donner, *Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten*, in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns (red.) *Grondrechten* (Jeukens-bundel),

van internationale mensenrechtenbepalingen ligt dit moeilijker, aangezien daarbij uiteindelijk de uitleg van het toezichthoudend orgaan (in het bijzonder EHRM of Mensenrechtencomité) leidend is.⁶⁴

In beginsel is er echter ook een dialoog tussen de nationale wetgever en het EHRM mogelijk inzake een onwelgevallige Straatsburgse uitspraak. Hierbij is uiteraard wel van belang of er een evidente verplichting voor de nationale (Nederlandse) overheid uit het arrest van het Hof voortvloeit. Dit ligt in de eerste plaats voor de hand bij een uitspraak gericht tegen Nederland, waarbij ofwel het Hof nadere algemene vingerwijzingen geeft ten aanzien van de verplichting op grond van artikel 46 EVRM, ofwel het Comité van Ministers in het kader van zijn toezichthoudende taak een bepaalde richting geeft. Bij uitspraken tegen andere verdragspartijen, hangt het ervan af hoe duidelijk het Hof in algemene zin aangeeft wat de precieze reikwijdte is van een bepaald verdragsrecht. Naargelang de ruimte, c.q. onduidelijkheid die het Hof hierover laat bestaan, heeft de Nederlandse wetgever meer of minder ruimte om een bepaalde uitleg te kiezen. Een voorbeeld hiervan vormt de eerder genoemde formulering van het zwijgrecht in het wetsvoorstel vierde tranche Algemene wet bestuursrecht. Mocht deze gekozen interpretatie uiteindelijk niet stroken met de Straatsburgse normen, dan zal het EHRM dit in een toekomstige zaak tegen Nederland duidelijk kunnen maken. Een dergelijke houding van de wetgever, past goed in de gedachte dat het Straatsburgse Hof niet per se in alle gevallen het orakel van de Europese mensenrechtenbescherming is. Uiteraard zijn mensenrechten zeer belangrijk, maar dit betekent mijns inziens niet automatisch dat alle Straatsburgse uitspraken als 'heilig' moeten worden gezien.⁶⁵ Dit laat vanzelfsprekend onverlet dat er op vele terreinen wel evidente uitspraken zijn van het Hof, die zonder enige discussie in de nationale rechtsorde – al dan niet via wetgeving – dienen te worden geïmplementeerd, waarbij het geen kwaad kan dit op niet al te minimalistische wijze te doen.⁶⁶ In dit verband kan een nader onderscheid worden gemaakt tussen EHRM-arresten waarin de meest fundamentele verdragsrechten in het geding zijn,⁶⁷ namelijk het recht op leven uit artikel 2 EVRM en het verbod van foltering

Nijmegen 1982, p. 40-48. Zie nader R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming* (oratie EUR), Nijmegen 1999.

⁶⁴ Een dergelijke dialoog is echter niet onmogelijk, getuige ook de jurisprudentie van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* mede naar aanleiding van Straatsburgse veroordelingen in EHRM 26 februari 2004, Görgülü t. Duitsland, *EHRC* 2004, 36, m.nt. Brems en EHRM 24 juni 2004, Caroline von Hannover t. Duitsland, *EHRC* 2004, 79, m.nt. Gerards. Zie uitgebreid M. Hartwig, Much ado about Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights, *German Law Journal* 2005, p. 869-894.

⁶⁵ Zie nader Barkhuysen 2004 en T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, oratie Leiden 2005, Deventer 2006.

⁶⁶ Zie bijv. het nog steeds bij de Tweede Kamer aanhangig zijnde wetsvoorstel tot herstructurering van de Raad van State, *Kamerstukken II*, 30 585.

⁶⁷ Ik ben mij bewust van het feit dat het zeer moeilijk is een indeling ten aanzien van mensenrechten te maken naar de al dan niet meer of minder fundamentele aard van deze

uit artikel 3 EVRM, en de uitspraken waarin andere EVRM-bepalingen centraal staan.⁶⁸ Bij Straatsburgse uitspraken inzake de artikelen 2 en 3 EVRM, is er mijns inziens minder ruimte voor de Nederlandse wetgever om de dialoog met Straatsburg aan te gaan. De zeer fundamentele aard van deze rechten brengt met zich mee dat de Nederlandse overheid minder vrijheid toekomt de marges op te zoeken die de uitspraak mogelijk nog overlaat. Daarvoor zijn de mogelijke risico's te groot in dergelijke zaken. Toch blijft dit een lastige discussie, aangezien het Hof ook uit de genoemde zeer fundamentele bepalingen steeds meer procedurele verplichtingen afleidt die tot een schending van het betrokken verdragsartikel kunnen leiden,⁶⁹ terwijl de aantasting van de kern van andere verdragsrechten, zoals het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 EVRM of het recht op privéleven mogelijk ernstiger is.

Bij een ondubbelzinnige interpretatie van het EVRM door het EHRM, waar het Koninkrijk der Nederlanden zich niet in zou kunnen vinden, bestaat in juridische zin de mogelijkheid om het verdrag op te zeggen.⁷⁰ In politieke zin is dit echter, nog los van de volkenrechtelijke obstakels allang een gepasseerd station, aangezien Nederland dan zou worden beschouwd als de risee van Europa.⁷¹ Een andere

rechten. Iedere schending van mensenrechten kan immers een enorme impact op het betrokken slachtoffer hebben. Toch lijkt het mij evident dat een schending van het recht op leven of de fysieke aantasting van iemands lichaam ernstiger van aard is dan de loutere inbreuk op diverse garanties van het recht op een eerlijk proces, zoals beschermd door artikel 6 EVRM, in een bestuursrechtelijke procedure. Zie nader over de discussie inzake de (uitdijende) reikwijdte van de mensenrechten N.J.H. Huls (red.), *Grenzen aan mensenrechten*, Leiden 1995.

⁶⁸ Een extra aanwijzing voor het 'bovenfundamentele' karakter van de artikel 2 en 3 EVRM, biedt artikel 15 EVRM: ook in geval van oorlog of een andere algemene noodtoestand mag niet van deze bepalingen worden afgeweken. Dit geldt trouwens ook voor art. 4, eerste lid (verbod van slavernij) en art. 7 (verbod van retroactieve strafbepaling).

⁶⁹ Zie bijv. EHRM 10 november 2005, Ramsahai e.a. t. Nederland, *NJB* 2006, p. 378: procedurele schending van art. 2 EVRM, aangezien bij het politieonderzoek direct volgend op het overlijden van betrokkene geen functionaris aanwezig was van buiten het betrokken politiekorps.

⁷⁰ Zie art. 58 EVRM: de opzeggingstermijn is zes maanden. Bovendien blijven de verdragsverplichtingen gelden die betrekking hebben op daden die een schending van deze verplichtingen zouden kunnen betekenen en door de betrokken verdragspartij gepleegd zouden zijn voor het tijdstip waarop de opzegging van kracht werd.

⁷¹ Zie de recente kabinetsnotitie over de doorwerking van het internationale en Europese recht in de Nederlandse rechtsorde en over de gevolgen voor de Nederlandse wetgever, *Kamerstukken II* 2007/08, 29 861, nr. 19. Naar aanleiding van enige uitspraken van de Centrale Raad van Beroep op het terrein van de sociale zekerheid inzake art. 26 IVBPR en de gelijke behandeling van man en vrouw, heeft de Nederlandse regering vanwege de grote potentiële consequenties aan het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw zelfs overwogen om het IVBPR op te zeggen en gelijk daarna weer toe te treden met een voorbehoud ten aanzien van de werking. Zie Van der Pot 2006, met nadere verwijzingen.

mogelijkheid zou zijn om te proberen een EVRM-artikel, zoals uitgelegd door het Hof, bij Protocol in de gewenste richting te wijzigen, maar dit lijkt ook een vooral theoretische mogelijkheid, mede gezien de vereiste unanimiteit. Daarnaast valt niet uit te sluiten dat het Hof een bepaalde interpretatie in de loop der jaren gaat wijzigen. Meest in het oog springen hierbij vooral de verandering van inzicht in de Raad van Europa ten aanzien van bepaalde onderwerpen, zoals de rechtspositie van transseksuelen en de strafbaarstelling van vrijwillige homoseksuele handelingen. Het kan echter ook zo zijn dat de staat in de loop der jaren op bepaalde terreinen, zoals de bestrijding van terrorisme, meer armslag krijgt.

3. Huidige implementatiepraktijk door de Nederlandse wetgever na Straatsburgse uitspraken

In het algemeen kan worden vastgesteld dat de tenuitvoerlegging van Straatsburgse arresten in de Nederlandse rechtsorde zonder problemen verloopt. Wat betreft de individuele maatregelen, kan de conclusie zijn dat de Nederlandse regering de door het EHRM toegekende bedragen ter vergoeding van de schade en/of de kosten tijdig betaalt aan het slachtoffer. Ook ten aanzien van de algemene maatregelen, in het bijzonder gericht op de voorkoming van vergelijkbare verdragsschendingen in de toekomst, kan de implementatiepraktijk als behoorlijk worden gekenschetst.⁷² De benodigde maatregelen worden getroffen, zij het dat in het geval de wetgever aan zet is, deze maatregelen in enkele gevallen zeer lang op

Inmiddels heeft het Mensenrechtencomité in General Comment No. 26 (1998) uitgesproken dat opzegging van het IVBPR onmogelijk is, zie nader Loof 2005, p. 226-233.

⁷² Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Betere tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde: heropening afgesloten zaak of schadeclaim tegen de staat*, *NJCM-Bulletin* 1996, p. 987-1005; C.C. Engering & N.A. Liborang, *Judgments of the European Court of Human Rights against the Netherlands and their effects: an overview 1960-1997*, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, The Hague/Boston/London 1999, p. 29-61. Een globale, niet-wetenschappelijke blik van de auteur van deze bijdrage levert ook over de periode van 1997-2007 een beeld op van de (beginsel)bereidheid van de Nederlandse overheid om de vereiste algemene maatregelen naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling te treffen. Vgl. ook de reactie van minister Hirsch Ballin van Justitie op EHRM 22 november 2007, Voskuil t. Nederland, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2007, 428: in de omstandigheden van het geval was het Hof van oordeel dat de gijzeling van Spits-journalist Voskuil in strijd was met de artikelen 5 (recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid) en 10 (dat mede een journalistiek verschoningsrecht omvat) EVRM. De minister kondigde aan met een wetsvoorstel te komen inzake het journalistieke verschoningsrecht, waarin, met inachtneming van de Straatsburgse jurisprudentie, moet worden bepaald wie kunnen worden beschouwd als journalist en een afwegingskader in het belang van waarheidsvinding in strafzaken moeten worden gegeven, zie *Kamerstukken II 2007/08*, 31 200 VI, nr. 92. Zie ook de antwoorden van de minister op vragen van het Tweede Kamerlid Teeven (VVD), *Kamerstukken II 2007/08*, Aanhangsel 1847, nr. 864.

zich hebben laten wachten en de wetgever zijn toevlucht heeft genomen tot lapmiddelen.⁷³

Nadere bestudering van de rijke hoeveelheid documenten van de Raad van Europa, in het bijzonder van het Comité van Ministers en van de Parlementaire vergadering, levert een zelfde beeld op. In het kader van het toezicht door het Comité van Ministers op de tenuitvoerlegging van de uitspraken van het EHRM (op grond van artikel 46. tweede lid, van het EVRM) door verdragsstaten met structurele EVRM-problemen, wordt Nederland niet genoemd.⁷⁴ In een recent rapport van mevrouw Bemelmans-Videc, Nederlands lid van de Parlementaire vergadering, wordt grote nadruk gelegd op de effectieve bescherming van EVRM-rechten op nationaal niveau (zoals gegarandeerd door artikel 13 EVRM). Op deze wijze kan de noodzaak van individuen om in Straatsburg te gaan klagen sterk verminderen en daarmee kan de effectiviteit van het Straatsburgse toezichtstelsel ook op de langere termijn worden gegarandeerd. Volgens het rapport bestaan er in Nederland op dit punt twee structurele gebreken in de wetgeving.⁷⁵ In de eerste plaats de wetgeving ten aanzien van de mogelijkheid om nationale procedures te heropenen naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling. Positief wordt beoordeeld de mogelijkheid, die enige jaren geleden is geïntroduceerd in het strafrecht, om naar aanleiding van een EHRM-arrest een strafprocedure te heropenen. Bekritiseerd wordt echter dat deze mogelijkheid vooralsnog niet is gecreëerd voor bestuursrechtelijke en civiele procedures, ondanks eerdere aankondigingen van de regering. In de tweede plaats zullen (betere) wettelijke mogelijkheden moeten worden geïntroduceerd teneinde schadevergoeding te

⁷³ Zie bijv. de uitermate trage reactie van de wetgever op EHRM 24 oktober 1979, Winterwerp t. Nederland, *Series A*, vol 333, *NJ* 1980, 114, m.nt. Alkema: de wet Bijzondere Opnamen Psychiatrische Ziekenhuizen trad pas in 1994 in werking. Zie nader E.A. Alkema, *Toepassing van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens in Nederland*, Preadvis voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985, p. 26-27. Zie ook over de onvolledige implementatie van het Benthem-arrest (EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, *Series A* vol 97, *NJ* 1986, 102, m.nt. Alkema, *AB* 1986, 1, m.nt. Hirsch Ballin, *NJCM-Bulletin* 1985, p. 669 e.v., m.nt. Zwart & Heringa), J. van der Velde, Het toezicht op de naleving van het EVRM en de implementatie van Straatsburgse beslissingen in Nederland, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde (red.), *40 jaar EVRM*, Speciaal nummer *NJCM-Bulletin*: Leiden 1990, p. 159-180, m.n. op 177-178.

⁷⁴ Zie uitgebreid de aparte website van de Raad van Europa gewijd aan het toezicht van het Comité van Ministers op de tenuitvoerlegging van arresten van het EHRM, zowel ten aanzien van individuele maatregelen als ten aanzien van algemene maatregelen: http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/execution.

⁷⁵ Zie rapporteur Marie-Louise Bemelmans-Videc, *The effectiveness of the European Convention on Human Rights at national level*, working document voor de Committee on Legal Affairs and Human Rights van de Parlementaire vergadering, *ASJur* (2007) 35 rev, 20 July 2007. Zie ook de rapporten over de *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights* van rapporteur Erik Jurgens, jaarlijks van 2001-2006, te vinden via <http://assembly.coe.int>.

kunnen claimen wegens overschrijding van de redelijke termijn, zoals gegarandeerd door artikel 6 EVRM, zowel door het bestuur als door de rechter. Op dit moment wordt dit probleem vooral door de rechter aangepakt, zij het dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak vooralsnog beperkt blijft.⁷⁶

Het grootschalige probleem van bestuurlijke en rechterlijke termijnoverschrijdingen in alle landen van de Raad van Europa draagt in belangrijke mate bij aan de zware overbelasting van het Straatsburgse toezichtstelsel.⁷⁷ Dit is des te meer reden dat alle Straatsburgse instellingen hameren op voldoende nationale wettelijke mogelijkheden om deze overschrijdingen van de redelijke termijn via het nationale rechtstelsel te redresseren (in lijn met artikel 13 EVRM), zodat deze zaken niet allemaal naar Straatsburg hoeven.

Ondanks de reeds gememoreerde redelijke tot goede staat van dienst van Nederland ten aanzien van de tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken, zijn er zeker ook minpunten aan te wijzen. Zo is in zes van de zeven EHRM-arresten die in 2006 tegen Nederland zijn geweest een schending van het EVRM vastgesteld. Dit duidt er op dat er ook in de Nederlandse rechtsorde verbeteringen mogelijk zijn ten aanzien van de receptie van 'Straatsburg', zeker waar het betreft de voorkoming van verdragsschendingen. Zowel de aandacht van de regering als die van het parlement behoeft op dit punt verbetering. Weliswaar stuurt de regering jaarlijks een overzicht van de Straatsburgse uitspraken tegen Nederland aan het parlement, maar vervolgens leidt dit niet tot een echt debat in de Kamer en worden deze overzichten hoofdzakelijk ter kennisneming aangenomen. Een meer fundamenteel debat zou hier zijn aangewezen. Uiteraard is het wel zo dat er in meer incidentele gevallen, via bijvoorbeeld Kamervragen, afzonderlijk aandacht wordt besteed aan bepaalde EHRM-arresten tegen Nederland.⁷⁸ Bovendien zou ook meer structurele aandacht moeten worden besteed aan de potentiële consequenties van Straatsburgse uitspraken tegen andere verdragspartijen. Zo ligt het bijvoorbeeld in de rede om de Nederlandse wetgeving in die zin aan te passen, dat het ook mogelijk is overheidsfunctionarissen strafrechtelijk te vervolgen bij schendingen van de verplichtingen die uit artikel 2 EVRM voortvloeien, zoals in het bijzonder verduidelijkt in de zaak Öneriyildiz tegen Turkije.⁷⁹ In de nu

⁷⁶ HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137, m.nt. Scholten geeft de hoofdregel van niet-aansprakelijkheid. Toch lijkt er enige beweging te komen in deze restrictieve opvatting, zie bijv. HR 18 maart 2005, *NJ* 2005, 201, m.nt. Alkema (post-Van Mechelen).

⁷⁷ Zie nader de recente publicatie van de Venice Commission, *Can excessive length of proceedings be remedied?*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2007.

⁷⁸ Zie nader het preadvies van mede-preadviseur J.P. Loof.

⁷⁹ EHRM 30 november 2004, Öneriyildiz t. Turkije (Grote Kamer), *AB* 2005, 43, m.nt. Woltjer, *NJ* 2005, 210, m.nt. Alkema. Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving: nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Öneriyildiz t. Turkije, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2005, p. 76-88. Op dit moment is bij het parlement

volgende paragraaf 4 wordt op deze kwestie teruggekomen en zullen enige verbeteringsvoorstellen worden gepresenteerd.

4. Voorstellen tot verbetering van deze implementatiepraktijk, in het bijzonder door de wetgever

4.1 Nederland ten opzichte van Straatsburg

Vooraf kan de vraag worden gesteld of de huidige implementatiepraktijk verbetering behoeft, nu er – althans op dit moment – niet echt sprake is van structurele EVRM-gebreken in de Nederlandse rechtsorde. Naar mijn mening is er echter geen reden voor de Nederlandse overheid, in het bijzonder de wetgever, om zelfgenoegzaam achterover te leunen.

Zo is in paragraaf 3 gebleken dat er vanuit Straatsburg (Comité van Ministers en EHRM) ten minste twee belangrijke vingerwijzingen zijn gegeven aan de wetgevers van alle 47 lidstaten van de Raad van Europa. In de eerste plaats betreft het hier wetgeving met adequate heropeningsmogelijkheden naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling. In het strafrecht bestaat inmiddels een dergelijke heropeningsmogelijkheid (artikel 457 Wetboek van Strafvordering). Een vergelijkbare regeling voor het bestuursrecht en het civiele recht bestaat niet en is vooralsnog ook niet te verwachten.⁸⁰ In de tweede plaats kan worden gewezen op de Straatsburgse oproep aan alle verdragspartijen om in de wet adequate mogelijkheden op te nemen teneinde overschrijdingen van de redelijke termijn, zowel door het bestuur als door de rechter, via nationale procedures te kunnen voorkomen, dan wel te herstellen (bijvoorbeeld via financiële compensatie). Weliswaar heeft de Eerste Kamer onlangs een wetsvoorstel aangenomen dat de justitiabele (meer) mogelijkheden in handen geeft om termijnoverschrijdingen

aanhangig een initiatiefwetsvoorstel-Wolfsen om wijziging aan te brengen in de regeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en/of overheidsfunctionarissen, zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 538, nrs 1-3. Daarnaast is in oktober 2005 door de toenmalige minister van Justitie een voorontwerp van wet over deze materie ter advies aan diverse instanties gestuurd, zie www.justitie.nl. In de memorie van toelichting bij het regeringwetsvoorstel wordt het belang van het arrest Öneriyildiz overigens gebagatelliseerd, waarschijnlijk omdat dit zou kunnen worden gezien als een erkenning van de EVRM-strijdigheid van het huidige systeem.

⁸⁰ Zie de brief van minister Donner van Justitie aan de Tweede Kamer van 12 augustus 2005, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 279, nr. 28. Zie nader P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Nijmegen 2002. Voor het advocatentuchtrecht geldt nog geen expliciete heropeningsmogelijkheid, maar het ligt voor de hand om aan te sluiten bij de regeling van art. 457 Sv., zie E. Dommering, Graag nieuw onderzoek Hof van Discipline, *Advocatenblad* 2007, p. 661 (n.a.v. EHRM 30 november 2006, Veraart t. Nederland, *EHRC* 2007, 17, m.nt. Gerards).

door het bestuur aan te pakken.⁸¹ Dit voorstel ziet ten onrechte echter niet op termijnoverschrijding door de rechter, terwijl juist veel termijnoverschrijdingen – mede – door de rechter worden veroorzaakt. Op grond van artikel 13 EVRM dienen er in dergelijke gevallen ook adequate nationale herstelmogelijkheden voorhanden te zijn, mede naar aanleiding van het arrest Kudła tegen Polen.⁸² In de rechtspraak is deze handschoen echter wel opgepakt. De Centrale Raad van Beroep heeft de mogelijkheid erkend – in lijn met de Straatsburgse jurisprudentie – dat een justitiabele ook immateriële schade (bestaande in frustratie en onzekerheid) kan hebben geleden door het (onredelijk lang) uitblijven van een beslissing van het bestuur en/of de rechter. De kwestie van vergoeding van immateriële schade veroorzaakt door het bestuur, doet de bestuursrechter zelf af. Voor de materiële schade ontstaan door rechterlijk talmen, verwijst de Centrale Raad van Beroep de betrokkene naar de civiele rechter.⁸³ Deze lijn is onlangs ook gevolgd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zij het dat de Afdeling nog niet heeft duidelijk gemaakt of zij voor de vergoeding van immateriële schade veroorzaakt door rechterlijke termijnoverschrijding ook gaat verwijzen naar de

⁸¹ Op 20 november 2007. Zie *Kamerstukken I* 29 934 (Wet dwangsom bij niet tijdig beslissen, initiatiefwetsvoorstel Wolfsen). De precieze datum van inwerkingtreding staat nog niet vast.

⁸² EHRM 26 oktober 2000, Kudła t. Polen, *AB* 2001, 275, m.nt. Verhey, *NJ* 2001, 594, m.nt. Alkema, *EHRC* 2000, 89, m.nt. van der Velde, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 594, e.v., m.nt. Barkhuysen. Zie nader onder meer T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, *Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid: het EVRM noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht*, *NJB* 2002, pp. 841-848.

⁸³ CRvB 8 december 2004, *USZ* 2005, 53, m.nt. Barkhuysen. Voor de begroting van de immateriële schade volgt de Raad de standaarden ontwikkeld door het EHRM in enige redelijke termijnzaken tegen Italië, zie bijv. EHRM 29 maart 2006, Scordino (II) t. Italië, *AB* 2006, 294, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. De CRvB volgt de standaarden zowel voor de bestuurlijke als de rechterlijke termijnoverschrijding, alhoewel de bedoelde zaken tegen Italië nu juist alleen betrekking hadden op rechterlijke termijnoverschrijding. Er is echter veel te zeggen voor de benadering van de CRvB, aangezien het vaste Straatsburgse jurisprudentie is dat de bestuurlijke voorfase ook meetelt voor de bepaling van de (on)redelijkheid van de termijn, zie reeds EHRM 9 december 1994, Schouten & Meldrum t. Nederland, *Series A* vol. 304, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 466 e.v., m.nt. Heringa. Zie nader T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, *Actuele ontwikkelingen in de redelijke termijnjurisprudentie: over Nederlandse termijnoverschrijdingen en ontbrekende nationale rechtsmiddelen*, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 586-600 (met nadere verwijzingen naar andere arresten tegen Nederland inzake termijnoverschrijdingen op het terrein van de sociale zekerheid). Zie ook CBB 6 april 2006, *Computerrecht* 2007, p. 22 e.v., m.nt. Danopoulos & De Lange. Hoe dit ook zij, de benadering van de CRvB valt toe te juichten vanuit het perspectief van de rechtsbescherming. In ieder geval staat vast dat de CRvB op grond van art. 53 EVRM boven de minimale door het EVRM (zoals uitgelegd door het EHRM) vereiste bescherming mag uit gaan.

civiele rechter, hetgeen zeer omslachtig is in een zaak die toch al te lang duurt.⁸⁴ Deze jurisprudentiële ontwikkeling valt positief te waarderen. Een en ander neemt echter niet weg dat de wetgever aan zet is, ten einde de rechtsmiddelen tegen overschrijding van de redelijke termijn, zowel door het bestuur als de rechter, op adequate wijze in het Nederlandse recht te verankeren. Naast stroomlijning van de schadevergoedingsprocedure, dienen idealiter ook preventieve rechtsmiddelen te worden gecreëerd, teneinde alsnog op korte termijn een bestuurlijke of rechterlijke beslissing te bewerkstelligen, zodat de vereiste redelijke termijn uiteindelijk niet wordt overschreden.⁸⁵

Verder is het om diverse redenen van het grootste belang voor de overheid om de Straatsburgse jurisprudentie op de voet te (blijven) volgen. Zoals reeds vermeld, kunnen ook uitspraken tegen andere verdragsstaten van invloed zijn op de Nederlandse rechtsorde, in het bijzonder voor de wetgeving. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. In de veelbesproken zaak *Colas Est* tegen Frankrijk heeft het EHRM geaccepteerd dat rechtspersonen ‘onder omstandigheden’ een beroep kunnen doen op het door artikel 8 EVRM beschermde huisrecht.⁸⁶ Het was voor de Nederlandse wetgever een stuk gemakkelijker geweest, indien het Hof in meer algemene zin had aangegeven wat de voorwaarden zijn waaronder ondernemingen een beroep kunnen doen op het recht op bescherming van de woning uit artikel 8 EVRM en welke de overheid bij een inbreuk op dit recht in acht zou moeten nemen. Nu is het voor de Nederlandse wetgever toch enigszins ongewis gebleven wat de precieze gevolgen dienen te zijn voor de Nederlandse regelingen terzake (in het bijzonder de Grondwet, de Algemene wet binnentreden, de Algemene wet bestuursrecht en de Mededingingswet). In deze zaak had het aanbeveling verdiend, indien de Nederlandse staat zich in de Straatsburgse procedure had gevoegd,

⁸⁴ ABRvS 6 juni 2007, *JB* 2007, 144, m.nt. Albers. In dergelijke gevallen moet de bestuursrechter naar huidig recht het beroep gegrond verklaren en de rechtsgevolgen in stand houden. Volgens art. 8:73 Awb kan de bestuursrechter immers alleen schadevergoeding toekennen bij gegrondverklaring van het beroep. Op dit punt zou de Awb moeten worden aangepast teneinde ook zonder gegrondverklaring van het beroep schadevergoeding toe te kunnen kennen wegens overschrijding van de redelijke termijn. Zie nader de noot onder CRvB 8 december 2004, *USZ* 2005, 53, m.nt. Barkhuysen. Dat lost echter nog niet het probleem op dat niet altijd de vertegenwoordiger van de rechtspersoon staat deelneemt aan de procedure; daarom verwijst de CRvB nu naar de civiele rechter; een regeling van de tussenuitspraak en het oproepen van de staat zou kunnen helpen, al dan niet in samenhang met de introductie van aparte redelijke termijnkamers.

⁸⁵ Zie uitgebreider de noot van Barkhuysen onder *USZ* 2005, 53. De eerder genoemde Wet dwangsom bij niet tijdig beslissen ziet namelijk alleen op bestuurlijke en niet op rechterlijke termijnoverschrijding.

⁸⁶ EHRM 16 april 2002, *Colas Est* e.a. t. Frankrijk, AB 2002, 277, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *NJ* 2003, 452, m.nt. Dommering, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 37 e.v., m.nt. Tak; *EHRC* 2002, 46, m.nt. H.L. Janssen. Zie nader T. Barkhuysen, Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van artikel 8 EVRM?, *NTB* 2002, p. 236-241.

teneinde het EHRM mogelijk tot een andere uitspraak te bewegen, waarbij meer duidelijkheid zou zijn ontstaan over de precieze reikwijdte van de uitspraak.⁸⁷ Dit voorbeeld illustreert mijns inziens dat het aanbeveling verdient dat de overheid – meer dan thans reeds het geval is – werk maakt van het op structurele wijze monitoren van procedures voor en uitspraken van het EHRM, ook tegen andere lidstaten. Op deze manier kan de wetgever in een vroegtijdig stadium anticiperen op Straatsburgse ontwikkelingen bij het ontwerpen van EVRM-conforme wetgeving en zich desgewenst voegen in ook voor Nederland belangrijke zaken tegen andere verdragsstaten, zodat een poging kan worden gedaan om de Europese rechtsontwikkeling in een bepaalde, gewenste richting te sturen. Dit zou kunnen door aan te haken bij de Interdepartementale Commissie voor Europees Recht (ICER). Een aparte werkgroep van deze ICER zou kunnen worden belast met het op structurele wijze monitoren van EHRM-zaken. De werkgroep zou kunnen worden samengesteld uit deskundige ambtenaren van de diverse (vak)departementen, die de implicaties van (toekomstige) EHRM-uitspraken voor hun wetgeving en beleidsterrein kunnen duiden. Dit voorstel is zeker niet nieuw, mede gezien de vrijwel unaniem door de VAR in 2004 aanvaarde stelling van Barkhuysen terzake.⁸⁸ Anno 2008 valt er van de overheid echter helaas nog geen enkel geluid in die richting te horen. Zou de overheid pas wakker zijn te schudden met een Straatsburgse ‘Securitel’-affaire, die destijds aanleiding is geweest voor de instelling van de reeds genoemde ICER-werkgroep?⁸⁹

Verder verdient aanbeveling dat de agenten van de Nederlandse regering voor het EHRM, (nog) meer deskundigheid ten aanzien van de precieze, mogelijke implicaties voor (alle onderdelen van) ons nationale rechtsstelsel bezitten. Deze agenten hebben in dit verband immers een zeer belangrijke *signaleringsfunctie*, zowel naar de diverse vakdepartementen, het parlement (in het bijzonder het Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer) en de Raad van State. Ten aanzien van de regering kan de voorgestelde uitgebreide ICER-werkgroep een belangrijke functie vervullen. Voor het parlement kan worden aangehaakt bij de door medepreadviseur Loof voorgestelde speciale parlementaire wetgevings- of mensenrechtencommissie.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat ik niet op voorhand overtuigd ben van de noodzaak van de oprichting van een *Nationaal Instituut voor de Mensenrechten (NIRM)*, hoe nobel de doelstellingen mogelijk ook zijn. In de eerste plaats is het afwachten welke taken een dergelijk instituut zou krijgen en moet ervoor worden gewaakt dat er zonder zeer kritische discussie van de noodzaak daartoe weer een

⁸⁷ De Franse regering had immers in casu geen sterk verweer gevoerd, aangezien de litigieuze wetgeving inmiddels was aangepast. Zie uitgebreid hierover Barkhuysen 2004, p. 11-15.

⁸⁸ Barkhuysen 2004, p. 94-95. Zie ook R.A. Lawson, *De internationale rechter en de Nederlandse rechter*, *Preadvies NJV* 1999, Deventer 1999, p. 1-132, op p. 105

⁸⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 389, nr. 32.

nieuwe loot wordt toegevoegd aan de toch al rijke mensenrechtenboom. Naar mijn mening zouden alle inspanningen er in de eerste plaats op moeten worden gericht om het EVRM binnen het overheidsapparaat te internaliseren. Wat betreft de regering is het daarbij van het allergrootste belang om het werkkterrein van de ICER-werkgroep op korte termijn uit te breiden naar de Straatsburgse jurisprudentie. Daarnaast dient in de opleiding van (wetgevings)ambtenaren aan het EVRM, in het bijzonder de betekenis voor het rechtsgebied in kwestie, veel aandacht te worden besteed.⁹⁰ Ook dient de kennis van parlementariërs en hun medewerkers op dit punt te worden opgevizeld, zodat zij veel beter dan thans in staat zijn de diverse wetsvoorstellen op hun mensenrechtelijke merites te beoordelen.⁹¹ Uiteraard dient deze kennisvergaring tevens gericht zijn op andere mensenrechtenverdragen, die reeds lange tijd van belang zijn voor de Nederlandse rechtspraktijk, zoals het IVBPR en het IVESCR, en verdragen die de laatste tijd steeds meer aan betekenis lijken te winnen, zoals het IVDV en het IVRK.⁹²

Verder bestaat het gevaar dat het NIRM een soort 'excuus-instituut' voor de overheid wordt, als dit instituut bijvoorbeeld ook zou worden ingeschakeld bij de voorbereiding van de verplichte VN-verdragsrapportages door Nederland. Het NIRM zou naar mijn oordeel volstrekt los van de overheid moeten staan en dan komt de vraag op of vele taken niet door bestaande instituties zouden worden vervuld, die op dit terrein hun taken dan wel (nog) serieuzer zouden moeten nemen. In de eerste plaats valt hierbij te denken aan belangrijke onderdelen van de overheidsorganisatie, zoals de ambtenarij, het parlement, de Raad van State, de Nationale ombudsman, de Commissie gelijke behandeling (bijvoorbeeld door uitbreiding van het mandaat). In de tweede plaats kunnen niet-gouvernementele organisaties, zoals het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, 'Artikel 1', het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten en andere academische centra die zich met onderzoek op het gebied van de rechten van de mens bezighouden een belangrijke rol op dit terrein (blijven) vervullen.

4.2 Straatsburg ten opzichte van Nederland

Ten aanzien van de voorstellen van de verbetering van de implementatiepraktijk van de Nederlandse overheid, in het bijzonder de wetgever, is het echter niet alleen éénrichtingsverkeer. Ook het EHRM zal terdege rekening moeten houden met de inpasbaarheid van zijn uitspraken in de nationale rechtsorde. Indien het

⁹⁰ Dit gebeurt thans al in de opleiding voor startende wetgevingsambtenaren, aangeboden door de Academie voor Wetgeving. Het is echter van het grootste belang om ook oudere, zittende wetgevingsjuristen warm te krijgen voor dergelijke EVRM-cursussen.

⁹¹ Zie in dit verband nader het preadvies van mede-preadviseur Loof.

⁹² Zie bijv. ten aanzien van invloed van het IVRK op wetgeving, de toevoeging aan het Burgerlijk Wetboek van het verbod op het slaan van kinderen, met vele verwijzingen naar het IVRK en de *views* ter zake van het Kinderrechtencomité, *Staatsblad* 2007, 145, *Kamerstukken* 30 316. Voor de toenemende betekenis in de rechtspraktijk, zie onder meer M.L. van Emmerik, Toepassing van het Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 700-716.

Straatsburgse Hof alleen vanuit zijn ivoren toren recht zou spreken en zich volstrekt niet zou bekommeren om de vraag hoe bepaalde uitspraken, in het bijzonder die waarin algemenere lijnen worden uitgezet, aankomen in de betrokken verdragsstaat en hoe deze uitspraken zich verhouden tot het reeds geldende recht, zou het snel gedaan zijn met de geloofwaardigheid van het Hof. In zijn Leidse oratie heeft Barkhuysen uitgebreid aandacht besteed aan deze problematiek, ook in het kader van de Luxemburgse rechtspraak (EG/EU). Bovendien zou het EHRM in dit verband ook rekening moeten houden met de gevolgen van zijn uitspraken voor de nationale rechtsorde, in het bijzonder ten aanzien van de mogelijke discriminatie van niet-EVRM claims.⁹³ De nationale wetgever zal zich namelijk bij de totstandbrenging van een regeling om (bestuurlijke en) rechterlijke termijnoverschrijding aan te pakken, moeten afvragen of de regeling niet ook zou dienen te gelden voor andere mogelijke schendingen van artikel 6 EVRM, zoals het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter en de overige eisen van het recht op 'fair trial'.⁹⁴

In het verleden zijn ideeën geopperd om de mogelijkheid te introduceren voor de nationale wetgever om het EHRM advies te vragen over de EVRM-conformiteit van ontwerpwetgeving. Tevens is voorgesteld om net als in het EG-recht de mogelijkheid van een prejudiciële procedure te openen. Hoe sympathiek deze voorstellen ook zijn, op dit moment zijn zij volstrekt irreëel gezien de zware overbelasting van het EHRM.

4.3 Rechtsmiddelen bij niet-implementatie (door de wetgever) van Straatsburgse uitspraken

Een belangrijke vraag vanuit het perspectief van de rechtsbescherming en daarmee van de – uiteindelijke – implementatie van EVRM-verplichtingen is welke rechtsmiddelen openstaan, indien de Nederlandse staat de verplichtingen volgend uit een EHRM-arrest niet nakomt. Hierbij kan nader worden onderscheiden tussen de in Straatsburg succesvolle klager en personen die zich binnen het nationale rechtsstelsel in een vergelijkbare positie bevinden. De uit Straatsburgse arresten voortvloeiende individuele verplichtingen spelen vanzelfsprekend alleen een rol voor de klager in deze betreffende zaak. De meer algemene verplichtingen, zoals de aanpassing van wetgeving, zullen doorgaans vooral van belang zijn voor personen in een vergelijkbare positie als de klager. Bij uitzondering kunnen dergelijke algemene verplichtingen ook van belang zijn in verband met het bieden van voldoende herstel aan de individuele klager.

⁹³ Barkhuysen 2006.

⁹⁴ Zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Accountability of the Judiciary on the National Level for Violations of the European Convention on Human Rights*, in: Guy Canivet, Mads Andenas & Duncan Fairgrieve (eds.), *The Accountability of the Judiciary*, London 2006, p. 59-69.

De individuele verplichtingen betreffen in het bijzonder de tijdige uitbetaling van de door het EHRM op grond van artikel 41 EVRM toegekende bedragen. Vooralsnog heeft de Nederlandse overheid deze bedragen steeds tijdig aan de betrokken klager betaald. Stel echter dat dit onverhoopt in de toekomst niet het geval zou zijn, welke rechtsmiddelen zou de klager dan op nationaal niveau kunnen aanwenden? Bij blijvende weigering om te betalen, zou het slachtoffer naar huidig recht de staat kunnen aanspreken uit onrechtmatige overheidsdaad.⁹⁵ Het verdient echter aanbeveling in de wet op te nemen dat een arrest van het EHRM tegen Nederland met een beslissing over artikel 41 EVRM een executoriale titel oplevert.⁹⁶

Als gezegd, zal de niet-nakoming van algemene verplichtingen slechts in exceptionele gevallen voor het rechtsherstel in de individuele zaak relevant zijn. In dergelijke gevallen moet uit het Straatsburgse arrest wel een duidelijke verplichting voor de wetgever voortvloeien, zoals die mede kan blijken uit resoluties van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, dat toezicht houdt op de tenuitvoerlegging van de EHRM-arresten.

Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de hiervoor genoemde zaken, waarin het Hof ten aanzien van diverse landen heeft aangenomen dat wetgeving die vrijwillige seksuele handelingen tussen homoseksuele (jonge)mannen verbiedt in strijd komt met artikel 8 juncto 14 EVRM.

Meestal zal het gaan om personen in een vergelijkbare positie als de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager, die een rechtsmiddel willen instellen tegen het uitblijven van de naar aanleiding van een Straatsburgse veroordeling vereiste implementatiewetgeving. Voor de hand ligt dat ze een dergelijke claim primair inbrengen in de nationale procedure die mogelijk nog loopt.⁹⁷ Daarnaast is niet ondenkbaar dat deze personen een onrechtmatige daadsactie (op grond van artikel 6:162 BW) tegen de staat instellen vanwege het in stand houden van EVRM-strijdige wetgeving, dan wel het niet tot stand brengen van de op grond van het EVRM vereiste wetgeving. Deze laatstgenoemde actie (op grond van art. 3:305a BW) zou bij uitstek ook (mede) in gang kunnen worden gezet door een algemeen en collectief belangbehartiger op het terrein van de mensenrechten, zoals het Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten.⁹⁸

⁹⁵ M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder het EVRM, vergeleken met die in Nederland*, dissertatie Leiden 1997, p. 333.

⁹⁶ Zie reeds Alkema 1985, p. 32.

⁹⁷ Bijvoorbeeld als verweer in een strafzaak waarin de betrokken persoon wordt vervolgd op grond van een door het EHRM in strijd met het EVRM bevonden wettelijke bepaling. Ook is denkbaar dat een dergelijke claim wordt ingebracht in een bestuursrechtelijke procedure.

⁹⁸ Vgl. de zaak van VAJN/NJCM tegen de staat inzake gestelde onrechtmatigheid van de AC-procedure, HR 3 september 2004, AB 2005, 74, m.nt. Van der Veen.

Wat zou in de onrechtmatige daadsprocedure kunnen worden geclaimd?⁹⁹ In de eerste plaats kan worden gedacht aan de indiening van een schadeclaim (dit geldt echter niet voor collectieve belangenbehartigers). Daarnaast zou kunnen worden verzocht om de overheid tot een bepaalde prestatie te veroordelen, die een *restitutio in integrum* enigszins benadert.¹⁰⁰ Het meest voor de hand zou liggen een gebodsactie om tot wetgeving over te gaan. Dit ligt echter moeilijk, aangezien de rechter, in het licht van de constitutionele verhoudingen, niet geneigd is dergelijke geboden aan de wetgever uit vaardigen. De rechter doet dit ook niet indien sprake is van te late implementatie van EG-richtlijnen.¹⁰¹ In dit laatste geval bestaat echter – anders dan onder het EVRM – wel de mogelijkheid dat de Europese Commissie een infractieprocedure tegen Nederland start wegens het niet (tijdig) implementeren van een richtlijn. Onder het Veertiende Protocol zal wel de mogelijkheid ontstaan van een inbreukprocedure die het Comité van Ministers voor het EHRM kan entameren indien een verdragsstaat zijn verplichtingen voortvloeiend uit een EHRM-arrest niet naleeft. Het slachtoffer heeft weliswaar geen formele positie in het kader van het door het Comité van Ministers uitgeoefende toezicht. Dit neemt echter niet weg dat deze klager zich op informele wijze tot het Comité van Ministers kan wenden, om dit orgaan te bewegen van bepaalde bevoegdheden gebruik te maken.¹⁰²

Bij de onmogelijkheid van een gebodsactie, zou wel kunnen worden gevraagd om een verklaring voor recht dat de staat inderdaad onrechtmatig handelt door niet de vereiste wetgeving tot stand te brengen. Niet kan worden uitgesloten dat dergelijke middelen ook kunnen worden beproefd in geval van de niet-implementatie van algemene verplichtingen die voortvloeien uit arresten tegen andere landen. Het moet dan echter wel gaan om evidente verplichtingen, waarover geen discussie mogelijk is, zoals het door het Hof in de eerder genoemde zaak Marckx tegen België in strijd met het EVRM geoordeelde onderscheid in het (erf)recht tussen wettige en onwettige kinderen.

5. Slotbeschouwing

Aan het eind van deze bijdrage gekomen, is het niet mijn bedoeling het voorgaande uitgebreid te resumeren. Geconstateerd kan worden dat de

⁹⁹ Deze vraag wordt primair beantwoord voor de personen in een vergelijkbare positie als de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager. De genoemde mogelijkheden zouden echter ook – in de uitzonderlijke gevallen dat dit aan de orde is – door deze klager zelf kunnen worden beproefd.

¹⁰⁰ Bijvoorbeeld om de ambtenaar van de burgerlijke stand te gelasten bepaalde handelingen te verrichten, in strijd met de vigerende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek maar in overeenstemming met het EVRM.

¹⁰¹ Zie HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 60, *AB* 2004, 39, m.nt. Backes, inzake de late implementatie van de Nitraatrichtlijn (Waterpakt). Zie nader onder meer W. Voermans, *De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet*, *JB-plus* 2003, p. 142-151.

¹⁰² Zie nader Barkhuysen & Van Emmerik 2006 (55 jaar EVRM), p. 53.

Nederlandse wetgever in het algemeen redelijk tot goed acteert waar het de verwerking van EHRM-uitspraken betreft.¹⁰³ Naar het verluidt wordt Nederland in Straatsburg zelfs beschouwd als 'een van de beste jongetjes van de klas'. Toch is er geen reden zelfgenoegzaam achterover te leunen. Vergeleken met notoire niet-nakomers van Straatsburgse uitspraken (vooral landen ten aanzien waarvan keer op keer structurele schendingen van het EVRM worden geconstateerd), maakt Nederland inderdaad geen slechte beurt. Dit neemt echter niet weg dat Nederland toch met enige regelmaat in Straatsburg wordt veroordeeld, zelfs als het gaat om schending van een van de meest fundamentele verdragsrechten, het verbod van foltering en vernederende of onmenselijke behandeling uit artikel 3 EVRM. Alle inspanningen dien er op te zijn gericht om dergelijke schendingen in de toekomst zoveel mogelijk te voorkomen. Daarnaast is het van het belang dat Nederland het goede (school)voorbeeld geeft aan andere lidstaten, zodat hem het predikaat 'beste jongetje van de klas' ook daadwerkelijk toekomt.

Naast de gewenste verbetering van de kennis over het EVRM en de Straatsburgse jurisprudentie binnen het overheidsapparaat (zowel binnen de ambtenarij als het parlement), zijn er ook wetgevende maatregelen aangewezen teneinde de 'receptie' van Straatsburg binnen de Nederlandse rechtsorde te verbeteren. In de eerste plaats zou de in het strafrecht geopende herzieningsmogelijkheid naar aanleiding van Straatsburgse uitspraken moeten worden uitgebreid naar het civiele en het bestuursrecht. In een dergelijke regeling zou op adequate wijze rekening kunnen worden gehouden met de belangen van derden (oorspronkelijk partij in de nationale procedure).¹⁰⁴ In de tweede plaats zouden de wettelijke mogelijkheden moeten worden uitgebreid om onredelijk lang talmen van bestuur en rechter te voorkomen dan wel te redresseren.

Ten slotte verdient het aanbeveling nu eens daadwerkelijk te bezien of er behoefte is aan de door Barkhuysen in 2004 voorgestelde EVRM-toepassingswet.¹⁰⁵ In een dergelijke wet zouden verschillende onderwerpen kunnen worden geregeld ten aanzien van onder meer de doorwerking van Straatsburgse uitspraken, de betekenis van voorlopige maatregelen voor identieke zaken, de executoriale titel

¹⁰³ Zie bijv. L.F. Zwaak, *The Netherlands*, in: R. Blackburn & J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental rights in Europe, The ECHR and its member states 1950-2000*, Oxford 2001, p. 595-624 en daarvoor reeds de verschillende bijdragen in T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, The Hague/Boston/London 1999.

¹⁰⁴ Bijvoorbeeld door in geval belangen van derden daadwerkelijk worden getroffen, herziening uit te sluiten en als alternatief de weg van onrechtmatige rechtspraak te bewandelen, zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Herzie het herzieningsvoorstel, Het wetsvoorstel heropening van strafzaken na uitspraken van het EHRM nader beschouwd*, *NJB* 2001, p. 1291-1294.

¹⁰⁵ Barkhuysen 2004, p. 103-104. Zie eerder reeds in gelijke zin E.A. Alkema, *Regels voor bestuurlijke sancties in Awb, bijzondere wet of verdrag?*, in: M.Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer 2002, p. 124.

van artikel 41-beslissingen van het Hof, om slechts enkele voorbeelden te noemen. Daarnaast zou deze wet een bredere strekking moeten krijgen dan alleen het EVRM, maar zich ook moeten uitstrekken tot andere mensenrechtenverdragen waar Nederland partij bij is. Zo zou een nadere uitwerking kunnen worden gegeven aan de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever bij de toepassing van een ieder verbindend verdragsrecht. In het bijzonder kan worden geregeld wat de consequenties zijn, indien de rechter een strijdigheid met verdragsrecht constateert. Mogelijk zouden met Duitsland en het Verenigd Koninkrijk vergelijkbare regelingen tot stand kunnen worden gebracht.¹⁰⁶ Ook kan hierin een voorziening worden getroffen voor een procedure waarin op serieuze en regelmatige wijze in het parlement een preventieve EVRM-conformiteitstoets plaatsvindt.¹⁰⁷

Uiteraard ben ik mij bewust van het feit dat het binnen de huidige Haagse verhoudingen mogelijk onhaalbaar is een dergelijke EVRM-toepassingswet op korte termijn tot stand te brengen. Het voorstel voor de totstandbrenging van een Europawet, met onder meer nadere regels ten aanzien van de doorwerking van het recht van de EU/EG, is immers alweer in een ambtelijke bureaula terecht gekomen.¹⁰⁸ Daarom besluit ik dit preadvies met een oproep aan de samenstellende delen van de wetgevende macht in Nederland, te weten de regering, de Tweede Kamer, de Eerste Kamer en de (ambtelijke) staf van deze organen. Zonder vaak langdurige procedures van wetswijziging is het namelijk nu al mogelijk om op korte termijn diverse maatregelen te treffen om het EVRM en de Straatsbursge jurisprudentie meer te internaliseren in de werkprocessen en organisatie van de genoemde actoren. Hopelijk kunnen de in dit preadvies gedane voorstellen daartoe een bescheiden bijdrage leveren. Uiteindelijk is iedereen in Nederland erbij gebaat dat de EVRM-normen op adequate wijze doorwerken in onze rechtsorde en kan het geen kwaad zoveel mogelijk het goede voorbeeld te geven aan de medelidstaten van de Raad van Europa.

¹⁰⁶ Zie de zeer uitgebreide en lezenswaardige noot van T. Barkhuysen onder EHRM 29 januari 2002, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 1020-1032. Zie ook het preadvies van medepreadviseur J.H. Gerards.

¹⁰⁷ Zie nader het preadvies van Loof en de suggestie gedaan in het eerder genoemde rapport van Bemelmans-Videc.

¹⁰⁸ L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen 2002 en eerder al R. de Lange, *De Grondwet en Europa*, in: P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht* (Kortmann-bundel), Deventer 2001, p. 251-273.