

Rechten van de mens

Mensenrechten in de kering: Het EHRM op de terugtocht?

Koen LEMMENS
docent Mensenrechten aan de K.U.Leuven
advocaat aan de Brusselse Balie*

* Deze tekst is de uitgeschreven versie van een mondelinge uiteenzetting, en behoudt daar alle kenmerken van.

"Heer, vergeef ons dat we jou
 dit verzoekschrift sturen,
 maar we hebben geen andere keus meer.
 De Junta antwoordt ons niet,
 de Mercurio verdraait en verzwijgt,
 de Rechtbank wijst
 het beroep op rechtsbescherming af,
 Het Hoogerechtshof doet de uitspraak:
 niet-ontvankelijk (...)"

- A. Dorfman, *Geen ruimte voor de zaak*

I. Inleiding

1. Een achteloze observator zou vandaag wellicht geneigd zijn te denken dat het heuglijke tijden zijn voor de mensenrechten in Europa. Met de inwerking-treding van het Verdrag van Lissabon beschikt de Europese Unie (EU) thans over een juridisch bindend Handvest inzake fundamentele rechten en vrijheden. Bovendien biedt het Verdrag van Lissabon tevens de basis voor de EU om toe te treden tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).¹ Hoewel men zou kunnen denken dat een dergelijk toetredingsproces bijzonder complex is en het zich dus liet aanzien dat het om een werk van lange adem gaat, schijnen de onderhandelingen tussen de Unie en de Raad van Europa onverwacht vlot te lopen.² Ook dat is dus positief nieuws. Ten slotte valt er op het niveau van de Raad van Europa wel wat te vieren, of minstens toch te herdenken. Inderdaad, in 2010 mocht het EVRM (1950) zijn zestigste verjaardag vieren. Al is die verjaardag misschien wel wat onopgemerkt voorbij gegaan – op zich misschien meteen een teken des tijds. Dit jaar is het dan weer de beurt aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).³ Vijftig jaar geleden deed het zijn eerste uitspraak ten gronde. Sinds de zaak *Lawless*⁴ (nomen est omen), heeft het Hof een omvangrijke case-law uitgebouwd, waarvan het belang moeilijk onderschat kan worden.

2. Wie terugblijkt op de voorbije decennia, kan alleen maar vaststellen dat de impact van het EVRM op de rechtsordes van de nationale staten enorm is. Uiteraard hadden vele zaken slechts belang voor de partijen in het geding. Maar

¹ Zie artikel 6, §2. Verdrag betreffende de Europese Unie.

² Zie in dat verband de recente gemeenschappelijke verklaring van het EHRM en het Hof van Justitie van de Europese Unie: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf (geraadpleegd op 8 februari 2011).

³ Over de geschiedenis van het Hof, zie onder meer: E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010; CONSEIL DE L'EUROPE, *La conscience de l'Europe: 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, Londen, Third Millennium Information, 2011.

⁴ EHRM, arrest *Lawless* tegen Ierland van 1 juli 1961.

vaak duidde een veroordeling in Straatsburg op een structureel probleem van de rechtsorde van de betrokken Lid-Staat. In dergelijke gevallen dienden de Lid-Staten hun interne recht aan te passen⁵, niet alleen ter *bona fide* uitvoering van het veroordelende arrest, maar ook om in de toekomst nieuwe veroordelingen te vermijden. De voorbeelden van dergelijke uitspraken zijn legio. Het zijn precies dergelijke arresten die spraakmakend werden en ook de niet-gespecialiseerde jurist – of zelfs de leek – confronteerden met het bestaan van het EVRM en het EHRM.⁶

Als we ons hier al gewoon beperken tot de Belgische zaken, dan kunnen we meteen vaststellen dat omzeggens alle rechtstakken de beïnvloeding van het EVRM ondergaan hebben. Natuurlijk is enige nuance hier op zijn plaats, aangezien het EHRM zich enkel kan uitspreken over beweerde schendingen van de rechten beschermd door het Verdrag of de Protocollen en dan nog voor zover de klachten binnen het toepassingsgebied van de betrokken rechten vallen.⁷

Gelet op de aard van de rechten die beschermd zijn, in essentie de klassieke burgerlijke en politieke rechten⁸, zal het niet verbazen dat de nationale rechtsdomeinen die de invloed van het EVRM het meest ondergaan hebben, het klassieke burgerlijke recht en het strafrecht zijn. Toch mag men niet uit het oog verliezen dat het Hof doorheen de jaren een extensieve en evolutieve interpretatie aan het EVRM gegeven heeft, zodat ook bepaalde (aspecten van) sociaal-economische rechten binnen het toepassingsgebied van het EVRM zijn gebracht.⁹ De verruiming, weliswaar niet zonder aarzeling,¹⁰ van het toepas-

⁵ Het spreekt voor zich dat het Hof niet de bevoegdheid heeft om Lid-Staten te verplichten wetgeving aan te passen (wat in strijd zou zijn met artikel 46 EVRM en met de scheiding der machten). Zie: EHRM, arrest Lundevall tegen Zweden, 12 november 2002, §. 44; arrest Belilos tegen Zwitserland van 29 april 1988, §. 78. Dat neemt natuurlijk niet weg dat het Hof aan Staten, die in beginsel vrij zijn te bepalen hoe ze het best tegemoet komen aan vaststellingen van schendingen, suggesties kan doen. EHRM, arrest Scoppola tegen Italië (n^o 2) van 17 september 2009, §§. 147-148. Het Hof kan dus aanbevelen dat de wetgeving zou worden aangepast. Zie: EHRM, arrest Maria Atanasiou e.a. tegen Roemenië van 12 oktober 2010, §§. 200-232.

⁶ Al blijft de begripsverwarring tussen het Europa van 27 en dat van de 47 onuitroeibaar.

⁷ Voor een goed overzicht van het toepassingsgebied van het EVRM en de Protocollen: zie J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel I. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, pp. 543 et seq.

⁸ K. HENRARD, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag, BJu, 2008, p. 106.

⁹ Zie bij voorbeeld: EHRM, arrest Si Amer tegen Frankrijk van 29 oktober 2009; EHRM, arrest Andrejeva tegen Letland van 18 februari 2009; EHRM, arrest Stec e.a. tegen Verenigd Koninkrijk van 12 april 2006.

¹⁰ De verhouding tussen de toepassing van artikel 6 EVRM en het ambtenarencontentieux is een mooie illustratie van de groeiende, maar moeilijke, toenadering tussen het EVRM en het klassieke administratieve recht. Zie hierover onder meer: B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Brussel, Bruylant, 2001.

singsgebied van het Verdrag kan ook worden vastgesteld wanneer men de relatie tussen artikel 6 EVRM en het publiek recht bestudeert.¹¹

3. In deze bijdrage zal kort – dus zonder enige exhaustieve wetenschappelijke ambitie – even teruggeblikt worden op de ontwikkeling van het EVRM, in het bijzonder van de rechtspraak van het Hof, maar we zullen ook vooruitkijken naar wat de toekomst ons mogelijk brengt.

II. Het EVRM: een succesverhaal?

4. Het is natuurlijk niet evident om een geschikt criterium te vinden om het "succes" van een internationaal verdrag te meten, laat staan dat het hier de ambitie zou zijn om dergelijk(e) parameter(s) te ontwikkelen en een impact assessment uit te voeren.

Wie evenwel bereid is om een aantal *kwantitatieve* parameters op een rijtje te zetten, kan niet anders dan vaststellen dat het Europese mensenrechtensysteem bijzonder succesvol is. In de eerste plaats mag men verwijzen naar het aantal landen dat het EVRM geratificeerd heeft. Waren er oorspronkelijk 12 partijen¹², dan zijn er thans 47 Staten partij.

Maar belangrijker zijn ongetwijfeld de cijfers in verband met de instroom van zaken en met de ontwikkeling van de case-law.¹³ Er wordt immers aangenomen dat het – inmiddels automatische¹⁴ - individuele klachtrecht de basis vormt van het Europese systeem en het succes ervan verklaart. Meteen betekent dit dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wereldwijd, van alle permanente hoven, de ruimste territoriale jurisdictie heeft. Of, om de link te maken met de bevolking, het Hof heeft jurisdictie over meer dan 800 miljoen mensen.¹⁵

11 P. VAN ORSHOVEN, M. BOES en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2010, p. 75 et seq. De auteurs voorspellen dat vroeg of laat artikel 6 EVRM van toepassing zal worden op de beslechting van rechtsgeschillen in het algemeen (p. 80). Laat ons hopen dat ze gelijk krijgen.

12 België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Ierland, IJsland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Turkije en het Verenigd Koninkrijk.

13 Om het voorbeeld van Cassese te citeren: in 1988 ontving het Hof 4.200 klachten. In 2004 was dit aantal opgelopen tot 45.000! A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2009, p. 130. In 2010 werden 61.300 verzoekschriften toegewezen (Jaarrapport van het EHRM, 2010, p. 125: <http://www.echr.coe.int/echr/fr/header/reports+and+statistics/reports/annual+reports> – geconsulteerd op 8 februari 2011). Het Hof leverde zijn honderd duizendste arrest af in 2008. F. JACOBS, R. WHITE en C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. ix.

14 Bedoeld wordt dat sinds de inwerkingtreding van Protocol nr. 11 de Staten, die partij zijn bij het EVRM, automatisch de rechtsmacht van het Hof erkennen.

15 F. JACOBS, R. WHITE en C. OVEY, *op. cit.*, p. 20.

5. De cijfers zijn dus indrukwekkend. Men kan vaststellen dat de Europese burgers, of alvast hun advocaten, het EVRM hebben geïncorporeerd in hun rechtsdenken en rechtspraktijk. Het Hof heeft daar natuurlijk toe bijgedragen door, enerzijds, erg laagdrempelig¹⁶ te zijn voor verzoekschriften en, anderzijds, door het EVRM evolutief en extensief te interpreteren. Daarbij komt bovendien nog dat de zaken die door het Hof worden beslecht vaak ook nog redelijk "mediageniek" zijn en eigenlijk, zeker als men de vergelijking maakt met het Hof van Justitie of met het Hof van Cassatie, doorgaans niet overdreven juridisch-technisch zijn.

Er zijn natuurlijk goede redenen die verklaren waarom sommige arresten van het Hof in Straatsburg ook buiten de beperkte kring van juristen bekend raken – en zelfs soms de populaire pers halen. Drie elementen spelen daar vooral in mee.

6. In de eerste plaats zijn er een aantal zaken die volstrekt anekdotisch zijn. Zo bijvoorbeeld de klacht van een jongetje dat op een school een lijfstraf had ondergaan: een leraar had hem met een gymshoel 3 keer op het zitvlak geslagen, terwijl het kind zijn kleren nog aanhad. Het Hof zag hierin geen schending van artikel 3 EVRM en vond dus niet dat er sprake was van een onmenselijke of vernederende straf.¹⁷ Dergelijke anekdotiek springt om evidente redenen uit de band en komt dus daardoor onder de aandacht.

In andere zaken zullen het dan weer de persoon van de verzoekers (of ruimer: van de protagonisten) zijn, die als het ware de media-aandacht naar zich toe trekken.¹⁸ *Caroline Van Monaco*¹⁹, *Serge July*²⁰ of in een nog hangende zaak *Max Moshley*²¹, kennen de weg naar Straatsburg en brengen het EVRM en het Hof in hun sliptestream onder de aandacht van de media. Andere zaken gingen dan weer (on)rechtstreeks over *Linford Christie*²², *Johnny Halliday*²³ of *Fran-*

16 De website van het Hof bevat erg gedetailleerde informatie voor verzoekers met betrekking tot het adïeren van het Hof. Er is zelfs een standaardformulier beschikbaar om klachten in te dienen. Zie: <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Applicants/Apply+to+the+Court/Application+form+online> (geconsulteerd op 10 februari 2011).

17 EHRM, arrest Costello-Roberts tegen het Verenigd Koninkrijk van 25 maart 1993.

18 Al moeten we hier meteen aan toevoegen dat er wellicht ook een taalelement speelt. Cassese beweert dat de arresten van het Hof weinig gekend zijn (A. CASSESE, *op. cit.*, p. 134). Dat is wellicht zo in de Italiaanse context, aangezien de arresten van het Hof enkel beschikbaar zijn in het Engels en het Frans. Men onderschat onder meer nog te weinig hoeveel mensen, zelfs juristen, van die 800 miljoen betrokkenen hierdoor de facto geen kennis kunnen nemen van de inhoud van de arresten. Een Italiaanse advocaat heeft ons zelf bevestigd dat er aan zijn lokale balie een soort stilzwijgende overeenkomst bestond om de Straatsburgse rechtspraak niet te citeren, aangezien te weinig advocaten/magistraten er een voldoende kennis van het Frans of Engels hadden om de rechtspraak te lezen. *Se non è vero, è ben trovato?*

19 EHRM, arrest Von Hannover tegen Duitsland van 24 juni 2004.

20 Zie onder meer: EHRM, arrest July et S.A.R.L. Libération tegen Frankrijk van 14 februari 2008.

21 EHRM, verzoekschrift n° 48009/08, Max Mosley tegen Verenigd Koninkrijk.

22 EHRM, arrest Mc Vicar tegen Verenigd Koninkrijk van 7 mei 2002.

çois Mitterrand.²⁴ Wie binnen België blijft, kan wellicht niet om de zaken *Le Compte, De Meyere en Van Leuven*²⁵ heen, waarin de bekende dokter Le Compte een vooraanstaande rol speelde. Over de protagonisten van de zaak *K.A. en A.D.*²⁶ werd zelfs een film gedraaid!²⁷

Ten slotte, en dat is natuurlijk de belangrijkste verklaring, heeft het Hof in Straatsburg een aantal arresten gewezen die fundamenteel waren voor de rechtsordes van de betrokken Lid-Staten, in die mate zelfs dat de wetgeving van de betrokken Lid-Staten ingrijpend moest worden aangepast. Voor België denken we dan spontaan aan het arrest *Marckx*, dat de aanzet vormde voor een grondige herziening van het afstammingsrecht.²⁸ Ook de positie van het Openbaar Ministerie werd kritisch benaderd vanuit het perspectief van de *fair trial*.²⁹ Vandaag rijst de vraag dan weer naar de impact van het arrest *Salduz*³⁰, over de bijstand van een advocaat bij het eerste politieverhoor, op het actuele straff(proces)recht.³¹ Daarnaast kunnen we ons de vraag stellen of de bescherming van het journalistieke bronnengeheim in een wet mogelijk was geweest indien het Hof het belang van dat bronnengeheim niet zo duidelijk in de verf had gezet in het arrest *Goodwin* en niet was blijven hameren op het fundamentele belang ervan in latere rechtspraak.³² Evenzo rijst de vraag of de Belgische wetgever de motivering van uitspraken van assisenjury's zou ingevoerd hebben, indien het EHRM, minstens toch in een eerste fase, niet zou geoordeeld

23 Zie onder meer: EHRM, arrest Hachette Filipacchi associés ("Ici Paris") tegen Frankrijk van 23 oktober 2009.

24 EHRM, arrest Editions Plon van 18 mei 2004.

25 EHRM, arrest Le Compte, Van Leuven en De Meyere tegen België van 23 juni 1981 en EHRM, arrest Le Compte, Van Leuven en De Meyere tegen België van 18 oktober 1982.

26 EHRM, arrest K.A. en A.D. van 17 februari 2005.

27 Het gaat om de film SM-rechter van E. Lamens, uitgekomen op 11 maart 2009.

28 EHRM, arrest Marckx tegen België van 13 juni 1979.

29 Denk maar aan de arresten: EHRM, arrest Borgers tegen België van 30 oktober 1991; EHRM, arrest Vermeulen tegen België van 20 februari 1996; EHRM, arrest Van Orshoven tegen België van 25 juni 1997; Voorts: EHRM, arrest Lobo Machado tegen Portugal van 20 februari 1996; EHRM, arrest J.J. tegen Nederland van 27 maart 1998. Zie hierover: I. PINGEL en F. SUDRE (eds.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Brussel, Bruylant, 2003. Specifiek voor het Franse administratieve recht, zie het arrest: EHRM, Kress tegen Frankrijk van 7 juni 2001, waarover heel wat is geschreven. Erg uitdagend is: M. de S.O.-L'E LASSER, "The European Pasteurization of French Law", 90 *Cornell L. Rev.* (2005), pp. 995 et seq. Hierover ook: K. Lemmens, "But Pasteur was French: Comments on Mitchel Lasser's *The European Pasteurization of French Law* in N. HULS, M. ADAMS en J. BOMHOFF (eds.), *The Legitimacy of Highest Court's Rulings*, Den Haag, TMC Asser Press, 2009, pp. 145 et seq.

30 EHRM, arrest Salduz tegen Turkije van 26 april 2007 en EHRM [GC], arrest Salduz van 27 november 2008.

31 De literatuur omtrent dit arrest is overweldigend. Hier kan volstaan worden met verwijzing naar: Tom DECAIGNY en Paul DE HERT (eds.), *De advocaat bij het verhoor: Een stand van zaken*, UGA, Heule, 2010.

32 EHRM, arrest Goodwin tegen Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1996. Voor de evolutie in het Belgisch recht, zie: D. VOORHOOF (ed.), *Het journalistiek bronnengeheim onthuld*, Brugge, Die Keure, 2008.

hebben dat het recht op een behoorlijke rechtsbedeling een dergelijke motivering impliceert.³³

7. Wie al deze elementen op een rijtje zet, zal niet verbaasd zijn vast te stellen dat het EVRM en het EHRM een steeds grotere invloed zijn gaan uitoefenen op de nationale rechtsordes. Enerzijds werden er steeds meer staten partij bij het Verdrag, zodat steeds meer burgers er zich konden op beroepen. Anderzijds was het Hof niet bang om het Verdrag ruim ("evolutief") te interpreteren en om heilige huisjes te slopen.

Met andere woorden, de burger heeft de duidelijke boodschap mee gekregen dat een klacht bij het Hof in Straatsburg geen louter theoretische of illusoire vorm van rechtsbescherming is, maar dat de klachten wel degelijk op een onafhankelijke manier op hun merites worden onderzocht, zelfs indien de gevolgen voor het nationale recht groot zouden zijn.

Zoals in dergelijke situaties dan altijd gaat: werk trekt werk aan. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat het Hof steeds meer klachten te verwerken kreeg. Vooral een artikel als artikel 8, dat de privacy beschermt³⁴, heeft er sterk toe bijgedragen dat de meest diverse – en sommigen zullen wellicht zeggen "frivole" – onderwerpen al dan niet succesrijk werden voorgelegd aan het Hof. Uit de rijke praktijk, kunnen volgende voorbeelden worden geciteerd: klachten in verband met het verplicht dragen van een veiligheidsgordel in de wagen³⁵ of het verplicht dragen van een valhelm.³⁶ In het arrest *Botta* moest het Hof zich uitspreken over het gebrek aan "hellende vlakken" die toelaten om met een rolstoel het strand te betreden.³⁷ Recent had een Franse advocaat – en dan begeven we ons op het terrein van artikel 6 EVRM, dat evenzeer erg verruimd is – de euvels moed om een klacht in te dienen naar aanleiding van een veroordeling tot een geldboete van 150 euro vanwege een snelheidsovertreding (hij reed 51 km/h waar slechts 50 km/h toegelaten was). De betrokkene was van oordeel dat de strafprocedure het beginsel van de wapengelijkheid had miskend.³⁸

³³ EHRM, arrest *Taxquet* tegen België van 13 januari 2009. Zie evenwel het later in deze tekst besproken arrest van de Grote Kamer in dezelfde zaak waarin het Hof zijn eerdere uitspraak erg nuanceert (om niet te zeggen dat het er volledig op terugkomt).

³⁴ Een concept waarvan het Hof op de koop toe zelf gezegd heeft dat niet mogelijk en evenmin wenselijk is om er een definitie van te geven. Zie EHRM, arrest *Niemietz* tegen Duitsland van 16 december 1992, §. 29.

³⁵ ECRM, beslissing nr. 8707/79 van 13 december 1979, X. tegen België, *D&R*, n° 18, p. 255.

³⁶ Geciteerd in P. DE HERT, "Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 2-I*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 734 (noot 116).

³⁷ EHRM, arrest *Botta* tegen Italië van 24 februari 1998.

³⁸ EHRM, onontvankelijkheidsbeslissing van 19 oktober 2010, *Rinck* tegen Frankrijk. Het Hof was evenwel van oordeel dat de betrokkene geen belangrijk nadeel had geleden, zodat de klacht onontvankelijk werd verklaard.

De les is duidelijk: burgers hebben steeds meer de neiging om, in de eerste plaats, overal mensenrechten te zien. Vervolgens zijn ze er erg snel van overtuigd dat deze rechten geschonden worden.³⁹

III. Het EVRM: slachtoffer van het eigen succes?

8. Het succes, of neutraler uitgedrukt, de impact van het EVRM en dan meer bepaald van de rechtspraak van het EHRM op de nationale rechtsordes, is natuurlijk niet onopgemerkt gebleven, laat staan dat het overal op gejuich werd onthaald. Op zich hoeft dat niet te verbazen, maar wat wel merkwaardig is, is dat er zich vandaag een samenloop van omstandigheden voordoet die, ook al staan deze omstandigheden redelijk los van elkaar, er misschien toe leidt dat het EVRM in de toekomst iets minder dominant aanwezig zal zijn.

Ter ondersteuning van die gedachtengang zullen we achtereenvolgens ingaan op 3 elementen waarvan we denken dat ze aantonen dat de dominantie van het EVRM, dat doorheen de jaren tot een evidentie is uitgegroeid, in de toekomst minder vanzelfsprekend zal zijn. Dat is alvast een tendens die we menen af te leiden uit aanpassingen van het Verdrag zelf, uit bijzonder scherpe doctrinale kritiek en uit evoluties in de rechtspraak van het Hof zelf.

§1. Een aanpassing van het Verdrag

9. Het eerste element dat in deze discussie niet onopgemerkt mag voorbijgaan, is de aanpassing van artikel 35 van het EVRM, dat handelt over de ontvankelijkheidsvoorwaarden van een klacht bij het EHRM. Sinds de inwerkingtreding van Protocol nr. 14 (op 1 juni 2010)⁴⁰, moet een verzoeker kunnen aantonen dat hij een "wezenlijk nadeel" heeft geleden opdat zijn klacht ontvankelijk zou kunnen zijn.

De reden waarom deze aanpassing aan het EVRM werd ingevoerd, ligt natuurlijk voor de hand. De Partijen bij het EVRM zagen immers met lede ogen aan

³⁹ Zie in dat verband de dissenting opinion van rechter Borrego Borrego in EHRM, arrest Debono tegen Malta van 7 februari 2006: *"This case is a good example of what is happening today with the right to a fair hearing, both in this Court and in the higher courts of European countries. We are witnessing a truly extraordinary upsurge in cases concerning Article 6, both in numerical terms and in terms of the attention paid to them by the courts. For example, in 2005, four out of every five judgments delivered by the Court related, wholly or in part, to Article 6. In addition, 25% of the total number of judgments delivered concerned length of proceedings. Consequently, the right to a fair hearing, the only human right which is instrumental in nature, has become the predominant human right. Have the "rights of man and of the citizen" now become the "rights of legal practitioners" (lawyers, prosecutors and judges)?"*

⁴⁰ Zie over het Protocol: P. LEMMENS en W. VANDENHOLE (eds.), *Protocol nr. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

hoe het EHRM letterlijk bedolven werd onder de verzoekschriften.⁴¹ Het resultaat daarvan is natuurlijk een toegenomen workload, maar ook een toegenomen duur van de procedure. Wat dit laatste betreft, werd in kringen van mensenrechtenjuristen meer dan eens de cynische vraag gesteld of de procedure voor het Hof, ten minste voor wat de duur ervan betreft, wel in overeenstemming is met de eigen rechtspraak over dit thema (cf. artikel 6 EVRM).

Hoe dan ook, het was voor iedereen wel duidelijk geworden dat er een oplossing moest worden gevonden. Zonder het debat hierover op deze plaats te willen overdoen, mag het duidelijk zijn dat er zich een aantal alternatieven voordeden. Grofweg gesteld zou men kunnen zeggen dat een evenwicht moest gezocht worden tussen twee uitersten. Aan het ene eind van het spectrum stond de optie om institutionele aanpassingen aan te brengen die het Hof in staat zouden moeten stellen om de instroom van zaken beheerst en vlot af te werken. Essentieel zou zijn dat er niet geraakt zou worden aan het individuele klachtrecht. Aan de andere kant van het spectrum, vinden we de voorstellen die vooral beoogden om de instroom aan zaken in te perken.

10. Met de inwerkingtreding van Protocol nr. 14 zien we dat men een compromis heeft willen sluiten. Enerzijds heeft men werk gemaakt van een betere allocatie van de bestaande middelen, door onder meer te werken met alleenzettelende rechters, door in de comités met 3 rechters in bepaalde gevallen zowel over de ontvankelijkheid als over de grond te oordelen of nog door de rol van de griffie te versterken. Tevens heeft men een versnelde procedure mogelijk gemaakt voor repetitieve klachten.⁴²

Belangrijker is evenwel de introductie van het gegeven van een "wezenlijk nadeel". Met de inwerkingtreding van Protocol nr. 14, is er met andere woorden ook iets gewijzigd aan de hoedanigheid van het slachtofferschap. Natuurlijk zijn we nog ver van de situatie waarin het Hof zich enkel buigt over "gros violations", maar het mag duidelijk zijn dat de term "wezenlijk nadeel" de ruimte biedt voor het Hof om te wegen op de instroom van zaken, precies door een restrictieve interpretatie van het begrip voor te staan.

Uit de weinige rechtspraak die thans beschikbaar is, kunnen we natuurlijk nog geen algemene tendenzen afleiden. Wat we wel kunnen vaststellen, is dat het Hof niet gearzeld heeft om onmiddellijk, van zodra het Protocol in werking trad, het nieuwe criterium toe te passen.⁴³ De gretigheid van het Hof om al

⁴¹ In het jaarrapport 2010, wordt vermeld dat het totaal aantal hangende zaken 139.650 bedraagt, p. 127. <http://www.echr.coe.int/echr/fr/header/reports+and+statistics/reports/annual+reports> (geconsulteerd op 8 februari 2011).

⁴² K. HENRARD, *op. cit.*, pp. 111 et seq. Zie ook de Toelichtende Verklaring bij Protocol nr. 14: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm> (geconsulteerd op 10 februari 2011).

⁴³ Zie: F. BENOÎT-ROHMER, "Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l'homme: premières applications du Protocole 14 sur la condition de "préjudice important"", *Rev. tr. dr.h.*, 2011, pp. 23 et seq. De auteur bespreekt de beslissingen EHRM, Adrian Ionescu tegen Roemenië van 1 juni 2010 en EHRM, Vladimir Korolev tegen Rusland van 1 juli 2010. Intussen zijn er nog enkele bijkomende

meteen aan de slag te gaan met het nieuwe criterium toont wellicht aan hoezeer het EHRM zat te wachten op een middel om de instroom van zaken in te dijken.

Het spreekt voor zich dat deze wijziging aan het EVRM niet overal op gejuich werd onthaald, precies omdat er geraakt wordt – en de toekomst zal uitwijzen hoe groot de impact is – aan een van de hoekstenen van het Europees mensenrechtensysteem, met name het individueel klachtrecht.⁴⁴ Vandaar dat het van belang is om op te merken dat de voorwaarde van een wezenlijk nadeel niet als een absoluut hakbijlcriterium kan gelden. Er zijn namelijk twee uitzonderingen gemaakt op deze voorwaarde.

Ten eerste is er ruimte gelaten voor zaken die, hoewel ze triviaal (kunnen) lijken, toch een onderzoek ten gronde naar mogelijke schendingen van het Verdrag of de Protocollen vereisen (art. 35 §3, b). In paragraaf 83 van de Toelichtende Verklaring leest men in dit verband: « *Sont ici surtout visées, comme cela est expliqué au paragraphe 39 ci-dessus, les affaires qui, malgré leur banalité, soulèvent des questions sérieuses d'application ou d'interprétation de la Convention, ou des questions importantes relatives au droit national* ».

Daarnaast is eveneens bepaald dat het Hof geen toepassing van het nieuwe ontvankelijkheids criterium kan maken, indien de zaak niet eerst naar behoren is afgehandeld door de nationale jurisdicties (artikel 35 §3 b).

11. De toekomst zal uitwijzen of het nieuwe ontvankelijkheids criterium een effect zal hebben op de instroom van zaken of dat het slechts een doekje voor het bloeden is. Hoe dan ook, het kan niet worden betwijfeld dat de Lid-Staten, zonder evenwel het individueel klachtenrecht als zodanig in vraag te stellen, toch remmen hebben willen zetten op de ongebreidelde instroom van zaken. In zekere zin heeft de maxime *de minimis non curat praetor* voortaan een verdragsrechtelijke basis gekregen.⁴⁵

§2. De doctrinale kritiek

12. Van een heel andere orde is de kritiek die de laatste tijd losgebarsten is op het Hof. Nu is het op zich natuurlijk een goede zaak in een rechtstaat dat er een voortdurende kritische reflectie plaatsvindt over de werking van de instellingen, maar het zegt natuurlijk ook wel iets over de legitimiteit (of het gebrek eraan) van die instellingen indien ze hetzij gedurig in vraag worden gesteld, het-

onontvankelijkheidsbeslissingen uitgesproken, zoals de beslissing in de eerder vermelde zaak Rinck tegen Frankrijk.

⁴⁴ En dit in weerwil van wat beweerd wordt in paragraaf 10 van de Toelichtende Verklaring. Daar wordt gezegd dat het individueel klacht recht niet in vraag wordt gesteld.

⁴⁵ F. BENOÎT-ROHMER, "Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l'homme: premières applications du Protocole 14 sur la condition de "préjudice important"", *loc. cit.*, p. 30.

zij plots geconfronteerd worden met de bedenkingen die hun bestaan zelf betreffen.

De jongste tijd was het Hof het voorwerp van scherpe, doordringende maar niet altijd even terechte kritiek van rechtsgeleerden. Of die kritiek altijd terecht is of niet, doet er op dit punt zelfs niet eens toe. Wat we immers vaststellen, is dat het Hof in het defensief gedrongen wordt en er momenteel blijkbaar niet voldoende in slaagt om het EVRM, maar vooral zichzelf en zijn rechtspraak, te verdedigen.

13. Een van de scherpste kritieken aan het adres van het Hof, werd in Nederland geuit door de jonger onderzoeker Thierry Baudet⁴⁶, die, wellicht om het debat zo breed mogelijk te voeren⁴⁷, zijn opmerkingen publiceerde in de opiniëpagina's van een toonaangevende krant. De auteur bekritiseert de Europese mensenrechtenbescherming op verscheidene punten. Aangezien het hier niet de bedoeling is om uitgebreid op alle punten in te gaan, zullen we de belangrijkste elementen van kritiek op een rijtje te zetten.

We vermoeden dat de auteur in de eerste plaats en voornamelijk valt over het klassieke probleem van de *judicial review*. Voor Baudet is het onaanvaardbaar dat niet verkozen rechters zich in Straatsburg kunnen uitspreken over het recht van de Lid-Staten. Hij meent dat daarmee de soevereiniteit van de Lid-Staten, en meer bepaald van de parlementen, gruwelijk miskend wordt.

Dit argument is natuurlijk niet nieuw. In wezen gaat het over een eigentijdse formulering van de aloude discussie (die minstens teruggaat tot op het arrest *Marbury vs. Madison* van het Amerikaanse Supreme Court van 1803)⁴⁸ over de vraag of rechters wetten kunnen toetsen aan de Grondwet. In de kritiek van Baudet is de vraag niet zozeer of rechters wetten kunnen toetsen aan de Grondwet maar wel aan het EVRM. In de mate dat, in laatste instantie, het EHRM deze bevoegdheid heeft, wijst de auteur de grondrechtenbescherming zoals ze thans bestaat af. De rechters, in het bijzonder deze van het Hof in Straatsburg, zouden immers te veel politici zijn en eminent politieke beslissingen nemen. Baudet ziet mensenrechten in de eerste plaats als richtlijnen aan de wetgever, en niet als "troefkaarten"⁴⁹ die burgers kunnen laten gelden voor een (nationale) rechter.

Dat deze kritiek met zoveel felheid precies uit Nederland komt, hoeft niet te verwonderen. Het Nederlandse recht gaat nog steeds uit van de onschendbaarheid van de wet en het gegeven van een grondwettigheidstoets is er erg controversieel. Enerzijds verbiedt artikel 120 van de Nederlandse Grondwet de rechter om de wet te toetsen aan de Grondwet. Anderzijds bestaat er in Nederland evenmin een speciale instantie – in de traditie van de Europese Grondwettelijk-

46 Th. BAUDET, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie', *NRC Handelsblad*, 13 november 2010. Geconsulteerd op 4 februari 2011 op de webpagina: <http://vorige.nrc.nl/opinie/article2641416.ece>

47 Het moet gezegd dat het stuk in Nederland tot hevige reacties heeft geleid.

48 5 US 137 (1803).

49 De metafoor is, zoals wel bekend, afkomstig van R. DWORKIN.

ke Hoven van het Oostenrijkse model – die waakt over de grondwettelijkheid van wetten. Het lijkt dan ook aannemelijk dat sommigen het moeilijk aanvaardbaar vinden dat wat men afwijst op nationaal vlak (rechters die wetgeving invalideren), men aanvaardt op internationaal vlak (rechters die wetgeving in strijd bevinden met het EVRM). Dat men in Nederland nu overweegt om artikel 120 van de Grondwet op te heffen en zo toch een stap te zetten richting *judicial review*, verklaart wellicht ook waarom alvast deze kritiek nu opborrelt. Daarnaast mag men evenmin vergeten dat Nederland, bij de oprichting van het EHRM, tot de tegenstanders van het Hof behoorde.⁵⁰ In dat opzicht situeert de kritiek van Baudet zich dan ook in het verlengde van een oude, kritische, traditie.

Om op dit argument te antwoorden, zijn er eigenlijk twee argumentaties mogelijk. De ene bestaat erin ten gronde na te denken over het gegeven dat niet verkozen rechters in Straatsburg zich vaak, maar niet altijd, uitspreken over democratisch tot stand gekomen wetgeving. Wat we dan doen is een rechtstheoretische discussie aangaan die zich situeert in de brede sfeer van de *constitutional review*. Dat is een boeiende en noodzakelijke denkoefening, al kan de vraag gesteld worden of het in casu de meest aangewezen, laat staan de intellectueel eerlijkste optie is. Want, en daarmee zijn we bij de twee argumentatielijn aangekomen, Nederland heeft het EVRM wel geratificeerd en de bevoegdheid van het Hof erkend. Men mag aannemen dat de formele regels van het spel hier gerespecteerd werden. Zo er sprake is van een overdracht van soevereiniteit, zoals Baudet argumenteert, aan het EHRM, dan is dat gebeurd met instemming van het Parlement. Er is dus democratisch besloten om toe te treden tot het EVRM en de jurisdictie van het EHRM te aanvaarden. Wie die keuze uit het verleden vandaag betreurde, moet daarvoor het toenmalige Parlement bekritisieren, maar niet het Hof.

14. Het tweede punt waar Baudet over valt, zou men kunnen karakteriseren als het gebrek aan subsidiariteit van het Europese mensenrechtensysteem. In het kort gezegd, komt het erop neer dat Baudet schijnt te vinden dat mensenrechten het best kunnen gewaarborgd worden op nationaal niveau, aangezien de invulling van de mensenrechten een contextuele en lokale aangelegenheid is.

Ook deze kritiek is natuurlijk niet nieuw en moet gezien worden in de bijzonder complexe discussie over het al dan niet universele karakter van mensenrechten. Het mag duidelijk zijn dat er altijd een zekere spanning zal bestaan tussen de afkondiging van "universele" mensenrechten en de lokale implementatie ervan. Maar de karikatuur die Baudet van het EHRM maakt, waarbij het populistische argument wordt ontwikkeld dat het niet aan rechters uit Polen, Roemenië of Turkije is om zich te gaan bemoeien met puur Nederlandse aangelegenheden, mist een belangrijk punt.

De gedachte die het EVRM schraagt is dat het Verdrag slechts een subsidiaire bescherming biedt. Daarmee wordt bedoeld dat het in de eerste plaats aan de nationale Lid-Staten en *a fortiori* aan de nationale rechters is om het respect voor de mensenrechten te garanderen. Pas in tweede instantie, nadat het de na-

⁵⁰ A. CASSESE, *op. cit.*, p. 112.

tionale rechtssystemen zich hebben kunnen uitspreken, zal het Hof zich uitspreken over de vermeende aanklacht. In de toelichting bij het Veertiende Protocol werd trouwens nogmaals benadrukt dat de nationale overheden hun rol als beschermer van de mensenrechten nog meer ter harte moeten nemen: hoe beter zij zich van die taak kwijten, hoe minder klachten er immers bij het Hof terecht komen.⁵¹

Bovendien biedt het Europees mensenrechtenbeschermingssysteem bijkomende waarborgen om tegemoet te komen aan de vrees dat mede onder invloed van rechters uit staten met een minder liberale mensenrechtentraditie, de Lid-Staten met een liberale houding inzake mensenrechten onder invloed van het EHRM op bepaalde punten zullen moeten "inbinden" (men denke hier dan bijvoorbeeld aan de toepassing van mensenrechten in sferen waarin ethische overwegingen prominent aanwezig zijn, zoals in discussies omtrent homohuwelijken, euthanasie, ...). Nochtans bepaalt het EVRM (artikel 53) zelf dat wanneer het nationale recht méér bescherming biedt dan het Verdrag, het nationale recht voorrang heeft. Toegegeven, in geval van een conflict tussen twee Verdragsrechten, kan deze bepaling geen oplossing bieden, maar in andere meer klassieke situaties impliceert dit artikel dat de meest verregaande mensenrechtenbescherming primeert. Daarmee wordt duidelijk dat het EVRM niet beoogt om een soort eengemaakt Europees mensenrechtenrecht te vormen, maar wel degelijk ruimte laat voor lokale verschillen.

Dat er wel degelijk ruimte is voor lokale verschillen, mag ook blijken uit de jurisprudentiële creatie van de "margin of appreciation".⁵² Hoe omstreden deze rechtsfiguur ook is, men kan er niet aan voorbij dat het Hof een omvangrijke – maar helaas niet altijd even voorspelbare – rechtspraak heeft gecreëerd waarin toepassing wordt gemaakt van de margin of appreciation. Kort gezegd komt het erop neer dat het Hof in dergelijke gevallen van oordeel is dat het voorgelegde geschil, precies vanwege typische lokale gevoeligheden, beter kan worden beoordeeld door de nationale instanties, dan door het Hof zelf. In dergelijke situaties zal het Hof dus opnieuw de lokale context laten primeren op een puur Europese benadering van het voorgelegde geschil.

Kortom, de kritiek van Baudet veroorzaakte in Nederland heel wat opschudding, maar in het vuur van zijn betoog, formuleerde de auteur zijn bedenkingen niet altijd even accuraat. Toch zou het verkeerd zijn om zijn kritiek met een aan Tayllorand ontleend *bon mot* – *Tout ce qui est excessif, est insignifiant* – van de hand te wijzen. Zeker niet omdat een aantal punten ook door andere, meer bedaarde critici, werden geformuleerd.

15. Op 19 maart 2009, hield de Engelse Lord Hoffmann, nochtans iemand met een uitgesproken mensenrechtenprofiel, de *Judicial Studies Board Annual Lec-*

⁵¹ §12 van de Toelichtende Verklaring.

⁵² Zie: J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel I. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, pp. 204 et seq.

ture.⁵³ In deze lezing toonde Lord Hoffmann zich eveneens uitgesproken kritisch ten aanzien van de werking van het Mensenrechtenhof.

Het uitgangspunt van zijn lezing was dat mensenrechten weliswaar op een abstracte wijze universeel zijn, maar slechts een concrete invulling krijgen door de toepassing ervan in een locale context.⁵⁴ Voor Hoffmann betekent dat in de eerste plaats dat het aan de nationale hoven en rechtbanken is om te waken over het respect voor de mensenrechten. In de mate dat het toch aan het EHRM toekomt om in deze een rol te spelen, roept Hoffmann op om de margin of appreciation-doctrine ernstig te nemen. Het stoort de Lord immers dat het Hof zich gaat inlaten met de kleinste details van de nationale rechtsstelsels.

Hoffmann stoort zich vooral aan het feit dat het EHRM zich jurisdictie heeft verleend in aangelegenheden die geen steun vinden in het EVRM. Hoffmann verwijst daarvoor naar de rechtspraak inzake milieubescherming. Nergens in het EVRM wordt er gesproken over de bescherming van het leefmilieu. Via de "omweg" van artikel 8 EVRM is het Hof er toch in geslaagd zich over dit thema uit te spreken. Hoffmann betwist de constitutionele legitimiteit van dergelijke jurisprudentiële creaties. Het gaat hier immers niet over het geven van een hedendaagse invulling aan reeds in het Verdrag opgenomen concepten – Hoffmann wijst er in dat verband op dat opvattingen over wat "onmenselijke" behandeling is inderdaad kunnen evolueren – maar om het creëren van volstrekt nieuwe "mensenrechten".⁵⁵ Kortom, ook bij Hoffmann vinden wij een sterk pleidooi voor *judicial restraint* en voor subsidiariteit.

16. Ook in eigen land klinken er steeds luidere stemmen die het EHRM bijzonder kritisch benaderen. Eén van hen is Marc Bossuyt, Nederlandstalige voorzitter van het Grondwettelijk Hof. Bossuyt formuleert zijn kritiek op het Hof essentieel op grond van een studie die hij maakte over de wijze waarop het Europees Hof voor de Rechten van de Mens omspringt met de klachten van asielzoekers.⁵⁶

De auteur werd, naar aanleiding van deze publicatie, uitgebreid geïnterviewd door de journalist John De Wit (medewerker van de *Gazet van Antwerpen* en van de *Juristenkrant*).⁵⁷ In dit interview neemt Bossuyt geen blad voor de mond. In essentie stelt hij twee problemen aan de kaak. In de eerste plaats, en dat is een punt van kritiek op het Hof, betoogt hij dat het Hof zijn "boekje te buiten" gaat. De auteur verwijst daarvoor in de eerste plaats naar de rechtspraak over artikel 3 EVRM (verbod op foltering, vernederende en onmense-

53 Lord HOFFMANN, "The Universality of Human Rights". Speech terug te vinden op <http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2009/speech-lord-hoffman-19032009>, geconsulteerd op 8 februari 2011.

54 Lord HOFFMANN, "The Universality of Human Rights", *op. cit.*, p. 11.

55 Lord Hoffmann, "The Universality of Human Rights", *op. cit.*, p. 22.

56 M. Bossuyt, *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Brussel, Bruylant, 2010.

57 J. De Wit, « Bossuyt: Mensenrechtenhof gaat boekje te buiten in asielzaken », gepubliceerd op 11 mei 2010 te raadplegen op <http://www.gva.be/dekrant/experts/johndewit/bossuyt-mensenrechtenhof-gaat-boekje-te-buiten.aspx> (laatst geconsulteerd op 8 februari 2011).

lijke behandeling), maar hij haalt eveneens voorbeelden aan die betrekking hebben op andere verdragsrechten. In de tweede plaats, en dat is dan meteen een punt van kritiek op de doctrine, betreurt Bossuyt de *pensée unique* van de commentatoren. Niet geheel ten onrechte merkt hij op dat de commentatoren doorgaans erg welwillend zijn voor het Hof en, als ze al kritiek formuleren, ze eerder betreuren dat het Hof niet nog verder is gegaan in de bescherming van de mensenrechten. Voor alle duidelijkheid, Bossuyt stelt niet zozeer de oorspronkelijke functie van het Hof in vraag (hij heeft dus geen probleem met de *judicial review*), maar klaagt wel aan dat het Hof steeds meer afwijkt van zijn verdragsrechtelijke rol.

Daarnaast wijst Bossuyt er eveneens op dat de rol van het Hof subsidiair is. In die zin zou het meer terughoudendheid aan de dag moeten leggen en beseffen dat het pas na de nationale wetgevers en de nationale rechters optreedt en deze hiërarchie moet respecteren.

17. De selectie van de kritieken hiervoor is natuurlijk bekritiseerbaar aangezien ze willekeurig is gebeurd. Het is dan ook moeilijk om na te gaan in welke mate deze kritieken representatief zijn voor wat er leeft onder de juristen en *a fortiori* onder de bevolking van de 47 Lid-Staten.

Wat evenwel toch een teken aan de wand is, is dat de kritiek niet alleen komt van een jonge onderzoeker, maar ook van ervaren academici en rechters. Sommige komen uit Staten die traditioneel erg sceptisch staan tegen afstand van nationale soevereiniteit, maar dat geldt dan weer niet voor Bossuyt uit België. De kritiek lijkt dus traditionele breuklijnen te overstijgen.

Of er een consensus groeit in heel Europa, is echter moeilijk te zeggen. Feit is dat bij het begin van het jaar, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een seminarie heeft georganiseerd waarop 200 experts gedebatteerd hebben over het thema: "*Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention?*"⁵⁸ Het lijkt er dus sterk op dat men ook in Straatsburg begint te beseffen dat er grenzen zijn aan de expansie van het EVRM.

In dat opzicht stellen er zich minstens twee problemen. In de eerste plaats, het kan niet genoeg worden herhaald, botst het Hof op zijn grenzen voor wat de afhandeling van de klachten betreft. Het is lang niet zeker dat Protocol nr. 14 de mirakeloplossing zal zijn voor de huidige problemen. Wellicht zal men in de nabije toekomst toch radicalere ingrepen moeten doorvoeren. Zoniet dreigt het Hof ten onder te gaan aan de stortvloed aan zaken, een doemscenario waarnaar ook Lord Hoffmann reeds verwees.⁵⁹

In de tweede plaats dreigt het Hof een legitimiteitsprobleem te creëren. Steeds vaker duikt immers de kritiek op dat niet-verkozen rechters zich niet in de plaats van wetgevers moeten stellen. Naarmate het Hof zich meer en meer in-

⁵⁸ Voor meer informatie, zie: <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/The+Court/Events+at+the+Court/Opening+of+the+judicial+year/> (laatst geconsulteerd op 8 februari 2011).

⁵⁹ Lord HOFFMANN, "The Universality of Human Rights", *op. cit.*, pp. 27-28.

laat met thema's die zich in de periferie van de mensenrechten bevinden, of althans waar de schending van de mensenrechten voor de burgers niet onmiddellijk duidelijk is, wordt de kans groter dat de burgers hun "nationale tradities" gaan verdedigen tegen de Straatsburgse rechtspraak in. Zeker in deze tijden van sterker wordend nationalisme, bestaat het gevaar dat de burgers de Straatsburgse rechters als "wereldvreemd" of zelfs als "volksvreemd" zullen ervaren. In dat verband vormt de Lautsi-zaak een prachtige illustratie. In deze zaak oordeelde het Hof – o.i. volledig terecht – dat er in Italië in publieke scholen geen kruisbeelden mogen opgehangen worden. Een Finse atheïste, mevrouw Lautsi, vond het een schending van de geloofs/gewetensvrijheid dat haar kinderen voortdurend geconfronteerd werden, in een publieke school die nochtans neutraal behoort te zijn, met het symbool van één wel bepaalde religie. Na een lange lijdensweg in Italië, slaagde mevrouw Lautsi erin gelijk te halen in Straatsburg. Het Hof oordeelde onder meer dat een Staat niet de indruk moeten wekken dichter bij een religie te staan dan bij een andere.⁶⁰

Deze uitspraak werd in Italië op massaal ongeloof onthaald. De reacties van de krantenlezers op de websites waren overweldigend negatief. Op uitzondering van de politici van een kleine partij (*i Radicali*) na, keurden zowel politici van links als van rechts het arrest zeer sterk af. Het wekt dan ook weinig verwondering dat de Italiaanse Staat de doorverwijzing van de zaak naar de Grote Kamer gevraagd (en verkregen) heeft. Intussen zijn de pleidooien gehouden en wachten we op een definitieve uitspraak.

18. De Lautsi-zaak toont aan hoezeer bepaalde uitspraken van het Hof de loutere context van een individuele zaak overstijgen en een grote impact kunnen hebben op de nationale rechtsordes. Dat deze zaak letterlijk en figuurlijk een symbooldossier is, maakt het legitimiteitsconflict er alleen maar groter op. Juristen hebben de neiging om dergelijke dossiers bijna steeds vanuit een technisch perspectief te benaderen en missen daardoor uitgerekend deze legitimiteitsdimensie. Welnu, het is onze overtuiging dat de controverse waarin het EHRM beland is meer met dergelijke dossiers, waarin nationale tradities⁶¹ beoordeeld worden en waarin het dus in een legitimiteitsstrijd terecht komt die het logischerwijze niet kan winnen, te maken heeft dan met technische dossiers die misschien een grotere effectieve impact op de rechtsorde hebben. Deze situatie is natuurlijk paradoxaal: *in se* is het Hof, hoewel het natuurlijk onpartijdig behoort te zijn, bedacht als een waarborg voor de burger tegen het optreden van de nationale overheden. De burger zou het Hof dus eerder moeten zien als een bondgenoot. Het succes van het Hof bewijst dat die burger jarenlang de

⁶⁰ EHRM, arrest Lautsi van 3 november 2009, §. 56.

⁶¹ Wie de verdediging van de Italiaanse Staat, ten minste in de procedure voor de gewone kamer, analyseert, zal vaststellen dat ze in hoge mate gestoeld was op de overweging dat er hier een eeuwenoude traditie in vraag werd gesteld en dat zoiets niet de rol van het Hof was. Dat is wat men in de juridische argumentatie een argument *ad antiquitatem* noemt. De vraag is echter niet of een gedrag deel uitmaakt van een traditie, maar wel of een gedrag in overeenstemming is met het EVRM. Het loutere feit dat een gedrag traditioneel is, zegt niets over de juridische, laat staan morele, aanvaardbaarheid ervan. Zie: C. SUNSTEIN, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 67-93 (Hoofdstuk 3: "Against Tradition"), inzonderheid p. 87.

boodschap heeft begrepen. En wellicht doet hij dat nog steeds, ten minste wanneer hij er zelf voordeel kan uithalen. Maar op collectief vlak, lijkt er een beweging te ontstaan waarin burgers en overheden een soort tegennatuurlijke alliantie vormen tégen het Hof. Onder het voorwendsel van de verdediging van de nationale tradities, gaat men de vermeende bedilzucht van het Hof aanklagen. Dit fenomeen doet zich bij uitstek voor wanneer de nationale rechtsregels lato sensu worden aangeklaagd door minderheden, zoals de Lautsi-zaak aan toont. Daarmee wordt meteen ook duidelijk dat de idee van mensenrechten als "counter-majoritarian institutions" onder druk komt te staan.⁶² In een dergelijke situatie ligt het lot van de bescherming van de minderheid dus besloten in handen van de meerderheid. Daarmee zijn we terug bij af: de internationale bescherming van de rechten van de mens is immers precies ontstaan uit het besef dat nationale overheden, en dan met name nationale parlementen, onvoldoende waarborgen bieden aan de minderheid/minderheden tegen mogelijke *democratisch tot stand gekomen* schendingen van de mensenrechten.

§3. Een jurisprudentiële wending?

19. Hiervoor hebben wij de nadruk gelegd op een evolutie in de geesten, zowel in hoofde van de Lid-Staten, als van de academici, waarbij het EVRM/EHRM aan een erg kritisch onderzoek wordt onderworpen. De vraag rijst nu natuurlijk of die kritiek ook doorsijpelt in de rechtspraak van het Hof.

Het is opnieuw te vroeg om hier met zekerheid enige uitspraak over te doen. Bovendien is het bijzonder gevaarlijk om op basis van een slechts aantal arresten trends af te leiden en uitspraken over de toekomst te doen. Dat belet natuurlijk niet dat er geen indicaties kunnen gevonden worden die ons tot nadenken moeten stemmen.

20. De zaak die, wat ons betreft, een eye-opener is en in niet mis te verstane bewoordingen aangeeft dat men zich ook onder Straatburgse rechters vragen begint te stellen omtrent de eigen rol, is de zaak Taxquet, uitgesproken op 16 november 2010 door de Grote Kamer.⁶³

Zoals bekend, had het EHRM in de hoger reeds aangehaalde zaak Taxquet (gewone Kamer) vastgesteld dat de procedure voor het Hof van Assisen, zoals zij gevoerd werd ten tijde van de berechting van Taxquet, niet voldeed aan de voorwaarden van een eerlijk proces, zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM. Het Hof was met name van oordeel dat het gebrek aan motivering van de assisenbeslissingen de veroordeelde niet de mogelijk gaf te begrijpen waarom hij ver-

⁶² In een bijzonder kritisch en lezenswaardige commentaar op de Lautsi-zaak, schreef de advocaat Jelle Flo dat men het zich als vrijzinnige in Italië maar moet laten « welgevallen » dat katholicisme aanwezig is in het openbare leven en dat kruisbeelden in klaslokalen hangen. Zie: J. FLO, « Vespidae ultra vires », te vinden op <http://www.apache.be/wp-content/uploads/2010/01/100115-Vespidae-kort.pdf> laatst geraadpleegd op 9 februari 2011.

⁶³ EHRM [GC], arrest Taxquet tegen België van 16 november 2010.

oordeeld was. Bovendien betekende het tevens dat de het Hof van Cassatie zijn controletaak niet behoorlijk kon vervullen.

Het arrest van de Kamer zal, ironisch genoeg, zeker niet de geschiedenis in gaan als een van de best gemotiveerde arresten uit de rijke geschiedenis van het Hof. Daarvoor was het net iets te sibillijns geredigeerd. Bovendien waren de rechtsvergelijkende referenties niet altijd correct. Wat wel opviel, is dat het Hof een Europese tendens meende te ontwaren waarbij juryrechtspraak steeds meer wordt gemotiveerd.⁶⁴ De kern van de zaak is echter dat staten als België, maar ook als Ierland, het Verenigd Koninkrijk, Noorwegen en Frankrijk, die alle op een of ander niveau juryrechtspraak kennen, plots geconfronteerd werden met het feit dat een (belangrijk) deel van hun rechtsbedeling niet in overeenstemming was met het EVRM.

Voor België was het risico eerder klein – aangezien de jursrechtspraak sowieso slechts een klein deel van de procedures betreft – maar staten met een common-law rechtssysteem zaten natuurlijk wel in een lastig parket. Vandaar dat, naast Frankrijk, ook Ierland, en het Verenigd Koninkrijk zijn tussengekomen in de door België gevraagde procedure voor de Grote Kamer.

21. Het gaat er hier niet om de zaak Taxquet ten gronde te analyseren en er een strafrechttechnische doorlichting van te maken. Belangrijker lijkt het ons het contrast met het eerste arrest Taxquet, waar de Tweede Kamer van het Hof nog de indruk wekte te werken aan een soort "Europese standaard" van strafrechtprocedures, te benadrukken. In het arrest van de Grote Kamer, duikt plots een grote terughoudendheid op:

« 83. La Cour note que plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe connaissent l'institution du jury populaire, laquelle procède de la volonté légitime d'associer les citoyens à l'action de justice, notamment à l'égard des infractions les plus graves. Selon les Etats, et en fonction de l'histoire, des traditions et de la culture juridique de chacun d'eux, le jury se présente sous des formes variées qui diffèrent entre elles quant au nombre, à la qualification et au mode de désignation des jurés, ainsi que par l'existence ou non de voies de recours contre les décisions rendues (...). Il s'agit là d'une illustration parmi d'autres de la variété des systèmes juridiques existants en Europe, qu'il n'appartient pas à la Cour d'uniformiser. En effet, le choix par un Etat de tel ou tel système pénal échappe en principe au contrôle européen exercé par la Cour, pour autant que le système retenu ne méconnaisse pas les principes de la Convention (...). De plus, dans des affaires issues d'une requête individuelle, la Cour n'a point pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation litigieuse. Elle doit au contraire se limiter autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas dont elle est saisie (...).

84. Il ne saurait donc être question ici de remettre en cause l'institution du jury populaire. En effet, les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs de l'article 6. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la voie suivie a conduit, dans un litige déterminé, à des ré-

⁶⁴ EHRM [GC], arrest Taxquet tegen België van 16 november 2010, §.43.

sultats compatibles avec la Convention, eu égard également aux circonstances spécifiques de l'affaire, à sa nature et à sa complexité. Bref, elle doit examiner si la procédure a revêtu, dans son ensemble, un caractère équitable (...) »⁶⁵

Wat opvalt is dat het Hof wel erg de nadruk legt op de verscheidenheid in de verschillende Europese Staten en bovendien uitdrukkelijk vermeldt dat het niet zijn taak is om te streven naar een Europese harmonisering. Wie deze paragrafen grondig leest, kan niet anders dan vaststellen dat het Hof zich erg bescheiden opstelt en lijkt te pleiten voor een houding van judicial restraint.

In dat verband is de zaak A. B. C. tegen Ierland⁶⁶ van 16 december 2010 misschien wel veel betekend. In deze zaak moest de Grote Kamer zich uitspreken over de verenigbaarheid van de Ierse abortuswetgeving met onder meer artikel 8 EVRM. Belangrijk om weten is dat de Kamer afstand van rechtsmacht had gedaan, zodat we het arrest van de Grote Kamer niet kunnen vergelijken met een eerder arrest van een Kamer.

In het kader van onze discussie, is het arrest van belang omdat het een nieuwe redenering omtrent de *margin of appreciation* introduceert. Traditioneel werd immers steeds beweerd dat wanneer er over een bepaald thema een consensus bestaat in de de rechtsordes van de Lid-Staten, de Staten over een minder ruime nationale appreciatiemarge zouden beschikken om van deze consensus af te wijken.

In deze zaak, wijkt de Grote Kamer echter af van deze rechtspraak. De Grote Kamer stelt immers vast dat er onder de Verdragspartijen een consensus bestaat over een (redelijk) liberale abortuswetgeving. Maar, zegt het Hof nu, het bestaan van een dergelijke consensus hoeft de nationale beleidsvrijheid van de staten niet noodzakelijk te beperken.⁶⁷ Met andere woorden, de Grote Kamer zet de deur open voor Ierland om er een van deze consensus afwijkende strengere wetgeving op na te houden. Het zal niet verbazen dat een aantal rechters hun afkeuring over deze houding heeft uitgedrukt.⁶⁸

Wat we dus vaststellen is, opnieuw, dat de Grote Kamer zich terughoudend gaat opstellen en bereid is om daarvoor een nieuwe interpretatie te geven aan de margin of appreciation-doctrine. Het lijkt wel alsof het Hof in de zaak A. B. C. aan Lord Hoffmann heeft willen tonen zijn boodschap begrepen te hebben en ze ter harte te willen nemen.

⁶⁵ EHRM [GC], arrest Taxquet van 16 november 2011, §§. 83-84 (onze nadruk).

⁶⁶ EHRM [GC], arrest A. B. C. tegen Ierland van 16 december 2010.

⁶⁷ EHRM [GC], arrest A. B. C. tegen Ierland van 16 december 2010, §. 236.

⁶⁸ Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni en Poalelungi.

IV. Conclusie

22. De conclusie van onze bijdrage kan kort zijn. We hebben vastgesteld dat in de eerste 50 jaar van het Europese mensenrechtenbeschermingssysteem, het succes van het EVRM exponentieel is toegenomen. Het EHRM heeft daar aanzienlijk toe bijgedragen door een extensieve en progressieve interpretatie van het Verdrag voor te staan.

We stellen echter vandaag vast dat er tekenen zijn die wijzen op een trendbreuk. Enerzijds dreigt het Hof slachtoffer te worden van het eigen succes. In dat opzicht is het illusoir te geloven dat de erg laagdrempelige toegang tot het Hof in de toekomst behouden zal kunnen blijven. Ongetwijfeld verliest het systeem daardoor een deel van zijn charme. Veel minder dan vroeger, zal het Hof in de toekomst bevrijdend en emancipatorisch zijn. Anderzijds kunnen we vaststellen dat het beginsel van een Mensenrechtenhof zelf steeds meer in vraag wordt gesteld. Sommige auteurs bepleiten terughoudendheid, maar anderen zijn radicaler in hun kritiek. Hoe het Hof op korte en middellange termijn met die kritiek zal omspringen blijft momenteel koffiedik kijken, maar feit is dat het Hof niet kan doen alsof de kritiek er niet is. We menen trouwens dat uit de recente arresten van de Grote Kamer af te leiden valt dat het Hof zich inderdaad terughoudender zal opstellen. Of dit een juiste inschatting is, zal de komende maanden blijken. We zullen zien.