

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/184386>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-20 and may be subject to change.

**Het belang van de rechtspraak
van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens
voor de wetgever**

**(The significance of
the European Court of Human Rights' case law
for the Legislator)**

speech by

Professor P.H.P.H.M.C. (Piet Hein) van Kempen

Hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht alsmede Hoogleraar Rechten van de Mens
Radboud Universiteit Nijmegen

at the

**Symposium
“60 years of the Council of Europe,
50 years of the European Court of Human Rights”**

2 november 2009

Eerste Kamer

Binnenhof 22

Den Haag

Meneer de Voorzitter,

Zeer gewaardeerde dames en heren,

Zowel vanuit historisch oogpunt, als vanuit het perspectief van het huidige internationale recht, hebben de Europese landen met de totstandbrenging van de Raad van Europa een ongekend waardevolle prestatie geleverd denk ik. Het hoogtepunt van die prestatie vormen ongetwijfeld het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (het EVRM) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dit Hof heeft niet alleen sinds tientallen jaren een grote positieve invloed op de wetgeving, rechtspraak en rechtspraktijk in Europa. Op het terrein van de mensenrechten is het ook zonder meer het gezaghebbendste rechtsprekende orgaan in de wereld en de invloed ervan strekt zich dan ook ver buiten Europa uit.

Tegelijkertijd lijkt het er echter sterk op dat de houding van veel Europese staten ten opzichte van het EVRM aan het verschuiven is. Ook in Nederland worden mensenrechten steeds meer benaderd als slechts minimum voorwaarden waaraan de staatsmachten moeten voldoen, en steeds minder als leidende fundamentele beginselen waarvan de vervulling een aspiratie is voor wetgeving, beleid en rechtspraktijk. Weliswaar wordt in parlementaire stukken met enige regelmaat naar uitspraken van het Europees Hof verwezen, maar dit gebeurt veelal om uit te leggen dat het EVRM niet aan het voorstel in de weg staat. Die verwijzingen zijn bovendien regelmatig tamelijk selectief, terwijl de uitleg die daarbij aan de jurisprudentie van het Hof wordt gegeven te vaak minimalistisch of zelfs eenzijdig is.

Om enkele voorbeelden te noemen: naar de positieve-verplichtingenrechtspraak (dat is de rechtspraak over onder meer plichten voor staten om burgers ook tegen elkaar te beschermen) wordt verwezen om verregaande, op mensenrechten inbreukmakende maatregelen te onderbouwen.¹ Maar ondertussen wordt die rechtspraak ten onrechte genegeerd in het *wetsvoorstel ter versterking van de positie van een burger die zich beroept op noodweer*.² En voor het *wetsvoorstel dat strekt tot het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen* wordt verwezen naar nauwelijks relevante rechtspraak, terwijl wel relevante uitspraken onvermeld blijven of restrictief worden

uitgelegd.³ Wat betreft de *strafvorderlijke terrorismewetgeving* is veronachtzaamd dat het Europees Hof graag inhoudelijke rechterlijke controle van opsporingsbevoegdheden ziet. En de kersverse afwijzing door de Minister van tussentijdse toetsing van levenslang, en daarmee handhaving van het huidige systeem, vertoont spanning met de Straatsburgse rechtspraak en is in strijd met een aanbeveling van de Raad van Europa.^{4/5}

Kortom, het EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof worden nauwelijks tot fundamenteel uitgangspunt genomen bij het ontwikkelen en opstellen van veel wetgeving, in elk geval op het terrein van het strafrecht.

Dit komt vanzelfsprekend niet ten goede aan de bescherming van mensenrechten in Nederland. Mij lijkt zelfs dat de wetgever zich hiermee te gemakkelijk kwijt van zijn taak om de rechten en vrijheden in het EVRM na te leven en adequaat te effectueren. Dat de mensenrechtenstandaard in veel landen lager is dan in Nederland, is in dit opzicht nauwelijks relevant. Want als dat de reden is om zelf niet alerter te worden, dan bewijst dit dat Nederland inderdaad is afgeleden. Evenmin steekhoudend hier is de tegenwerping dat de rechtspraak van het Europees Hof veelal te casuïstisch is om de wetgever werkelijk duidelijkheid te kunnen bieden. Weliswaar zijn de uitspraken van het Hof doorgaans inderdaad op de concrete omstandigheden van een specifieke zaak toegesneden, terwijl de context van de meeste van die zaken ook nog eens niet-Nederlandsrechtelijk is. Maar dit alles is slechts beperkt relevant.

Ten eerste vanwege een principieel-juridisch punt. Van belang is dat de naleving en effectuering van het EVRM primair toevalt aan de staat. De staat is in dit opzicht dus geheel zelfstandige verantwoordelijk en behoort hierbij ook het initiatief te nemen. Het Straatsburgse toezicht kan en behoort slechts een subsidiaire rol te vervullen. Dat de staat zijn verantwoordelijkheid neemt voor de bescherming van de mensenrechten en deze niet van het Hof laat afhangen, is temeer noodzakelijk juist omdat het Europees Hof over individuele zaken oordeelt, en dus wetgeving als zodanig moeilijk kan beoordelen, laat staan dat het de effecten van het totaal aan wetgeving adequaat kan beteugelen. Dat is een belangrijke vaststelling. Dit betekent immers ook dat het uitblijven van 'veroordelingen' door het Hof van Nederland niet zonder meer betekent dat de wetgeving en rechtspraak geheel in overeenstemming

met de rechten van de mens is. De rapporten van het *Europees Comité ter Preventie van Foltering* en van de *Europese Commissaris voor de Rechten van de Mens* illustreren dit overigens ook. Daarmee bewijzen deze organen hun waarde binnen de Raad van Europa nog eens, ook voor Nederland.

Wat betreft de verantwoordelijkheden die de staat aldus heeft, geldt dat deze eerst en vooral door de wetgever moeten worden opgepakt. Het is immers de wetgever die door wetgeving het fundamentele kader voor de rechtspraak dient te bieden. Daarbij komt dat de wetgever – gelet op de *Trias Politica* – ook principieel ruimere mogelijkheden voor een ruimhartige uitlegging en toepassing van de verdragsrechten heeft dan de nationale rechter.

En dan is er nog een tweede punt, over de praktijk van de uitspraken van het Europees Hof. Deze zijn wat betreft de beslissing over de zaak weliswaar casuïstisch van aard, maar daar staat tegenover dat zeker de belangrijkste uitspraken doorgaans een onderdeel ‘general principles’ bevatten. Daarin worden de algemene uitgangspunten en beginselen voor het onderwerp van de zaak uiteengezet. Bovendien geeft het Europees Hof onder het kopje ‘Relevant Law and Practice’ uitgebreide overzichten van voor het onderwerp relevante internationale regelgeving en jurisprudentie. Duidelijke voorbeelden daarvan bieden de uitspraken van de grote kamer in de zaken *S. & Marper tegen het Verenigd Koninkrijk*⁶ (over opslag van onder meer vingerafdrukken en DNA materiaal) en *Salduz tegen Turkije*⁷ (over de raadsman bij politieverhoor). Met dergelijke uitspraken biedt de Straatsburgse rechter goede algemene aanknopingspunten voor de wetgever om een regeling op het desbetreffende terrein vanuit mensenrechtelijk oogpunt te doordenken en uit te werken. Ook dit illustreert dat het Europees Hof niet alleen van belang is voor de Raad van Europa, maar dat het totaal aan instrumenten van de Raad andersom ook de waarde en kracht van de rechtspraak van het Hof versterkt.

Mijn conclusie is dus dat de wetgever uitdrukkelijker vanuit de fundamentele grondbeginselen van de rechten van de mens moet en kan werken dan nu gebeurt. Het zou er bij analyse van Straatsburgse rechtspraak minder om moeten gaan om vast te stellen of de voorgestelde regelgeving gelet op het EVRM nog net toelaatbaar is, en meer om regelgeving tot stand te brengen die daadwerkelijk aan mensenrechtelijke

uitgangspunten tegemoet komt. Dit geldt overigens voor de wetgever als geheel, en dus zeker niet alleen voor de regering. Ook het parlement heeft bij de controle van de regering een eigen verantwoordelijkheid om mensenrechten te waarborgen.

Ondertussen betekent dit mijns inziens niet dat de wetgever het Europees Hof immer en altijd blind dient te volgen. Dat de wetgever primair en zelfstandig verantwoordelijk is voor de effectuering van mensenrechten, betekent ook dat hij autonoom zal moeten doordenken hoe en in welke mate rechten en vrijheden de regelgeving kunnen bepalen. Het kan aldus zijn dat de wetgever op grond van overtuigende argumentatie tot andere inzichten of afwegingen komt dan het Europees Hof. In dat geval dient de Straatsburgse rechtspraak niet te worden genegeerd, maar behoort te worden uitgelegd waarom een andere benadering wenselijk of zelfs noodzakelijk is. Ook daarmee kan de wetgever dan in positieve zin bijdragen aan adequate verwezenlijking van mensenrechten en de betekenis van het EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof.

Ter illustratie wijs ik nogmaals op de zaak *Salduz tegen Turkije*, over de raadsman bij politieverhoor. Enerzijds is duidelijk dat het Europees Hof en allerlei internationale instrumenten graag een raadsman voor en tijdens het verhoor zien. Dat zou dan ook het uitgangspunt moeten zijn wanneer de wetgever een nieuwe regeling gaat opstellen; er dient dus niet meteen zuinig te worden bekeken in hoeverre het Hof nog ruimte laat om het recht zo beperkt mogelijk te houden. Anderzijds valt op dat het Europees Hof het recht op toegang tot een raadsman bij het verhoor mede steunt op het belang bij het voorkomen van foltering. Dat belang lijkt zelfs mede relevant voor de reikwijdte die het Hof uiteindelijk aan het recht zal geven. Die grondslag is in relatie tot de praktijken in bepaalde Europese landen zonder meer begrijpelijk, maar is veel minder van toepassing op Nederland, aangezien van dergelijke praktijken in Nederland nog altijd niet is gebleken. Nederland zou daarom aan het Hof kunnen uitleggen waarom het deze grondslag niet in aanmerking wil nemen bij het bepalen van de omvang en inhoud van nieuwe wetgeving hierover. Uiteraard dienen we dan wel het folterverbod – zoals alle mensenrechten! – strikt in acht te blijven nemen.

Ik dank u hartelijk voor uw aandacht!

¹ Zie reactie op het advies *Tussen oorlog en vrede. Kader voor een balans tussen vrijheidsrechten en veiligheid* van de Raad voor het openbaar bestuur, *Kamerstukken II 2006–2007*, 30 800 VII, nr. 53, p. 3 (Brief en Kabinetsreactie). Zie al eerder bijvoorbeeld de verantwoording van vrijheidsbepalende bestuursmaatregelen vanuit de door het EHRM gestelde positieve plicht tot bescherming van burgers: *Kamerstukken II 2005–2006*, 30 566, nr. 3, p. 9 en 10.

² *Kamerstukken 2007-2008*, 31 407, nr. 3 (MvT), Voorstel van wet van de leden Teeven en Weekers tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering ter versterking van de positie van een burger die zich beroept op noodweer.

³ Zie *Kamerstukken* 30 538. Zie i.h.b. II, nr. 3, p. 6-7 (MvT), en vervolgens II, nr. 7 (MvT zoals gewijzigd n.a.v. het advies van de RvS), waarin de verwijzing naar de uitspraak-*Öneryildiz* niet meer voorkomt. De Raad van State (II, nr. 5, p. 2) stelde dat deze uitspraak niet dwingt tot vergroting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, waartoe men verwijst naar de uitspraken EHRM 21 november 2001, *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk*, appl. 35763/97, en EHRM 3 juni 2004, *De Jorio/Italië*, appl. 73936/01. Deze uitspraken (de eerste houdt in dat het V.K. niet hoeft te voorzien in een civielrechtelijk rechtsmiddel om schadevergoeding te verkrijgen van Koeweit vanwege foltering door de autoriteiten aldaar, de tweede handelt over immuniteit en aansprakelijkheid van een parlementariër) kunnen niet de algemene conclusie dragen of ondersteunen 'dat strafrechtelijke immuniteit van de overheid door het EHRM gerespecteerd wordt mits er een effectief alternatief is voor onafhankelijk toezicht.' Andere wel relevante uitspraken, zoals ECtHR 22 februari 2005, *Rowley/het VK*, Appl. 31914/03, par. 1.

⁴ Zie EHRM (GK) 12 februari 2008, *Kafkaris/Cyprus*, Appl. 21906/04, resp. Committee of Ministers of the Council of Europe, Resolution (76) 2 *On the treatment of long-term prisoners* of 17 February 1976.

⁵ En bij de wet Aangeschermdde getuigen wordt de meest relevante rechtspraak niet genoemd. Genoemd had bijvoorbeeld moeten worden EHRM 27 oktober 2004 (Grote Kamer) en 22 juli 2003 (Kamer, vierde sectie), *Edwards & Lewis/het VK*, Appl. nrs. 39647/98 en 40461/98.

⁶ EHRM (GK) 4 december 2008, *S. & Marper/het VK*, Appl. 30562/04 en 30566/04.

⁷ EHRM (GK) 27 November 2008, *Salduz/Turkije*, Appl. 36391/02.