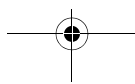
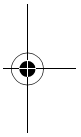
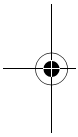
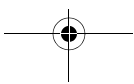
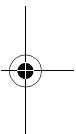
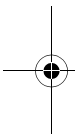
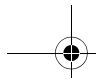


## Fundamentele waarden in het recht





# FUNDAMENTELE WAARDEN IN HET RECHT

*Rede, uitgesproken op 24 november 2006,  
ter gelegenheid van de benoeming tot hoogleraar in de Sanders wisselleerstoel  
voor Internationalisering, met als leeropdracht Rechten van de mens,  
aan de Erasmus Universiteit Rotterdam*

*door*

Wilhelmina Thomassen

Boom Juridische uitgevers  
Den Haag  
2007

© 2007 Wilhelmina Thomassen / Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische veeelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978 90 5454 808 9  
NUR 828

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

*Mijnheer de Rector Magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,*

## INLEIDING

In mijn verhaal van vanmiddag staat de vraag centraal of we in Nederland niet meer aandacht zouden moeten besteden aan Europa als waardengemeenschap. We hebben al meer dan vijftig jaar een Europese grondwet van fundamentele waarden die wordt gevormd door het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof), die tezamen het erfgoed van onze beschaving vormen.

## DE GESCHIEDENIS VAN DE RECHTEN VAN DE MENS

Door de eeuwen heen hebben denkers over de hele wereld en van uiteenlopende levensbeschouwingen geworsteld met vragen over de verhouding tussen individuen en de samenleving. Zij hebben nagedacht over de betekenis van de menselijke natuur, sociale rechtvaardigheid en de universele waarde van fundamentele beginselen.

Ideeën over algemene mensenrechten zijn niet alleen afkomstig uit een bepaald deel van de wereld, zoals het Westen, of verbonden met een bepaalde regeringsvorm, zoals liberale democratie, of met een tijdperk dat wij in Europa aanduiden als Verlichting, maar zijn het gezamenlijk erfgoed van vele culturen.

Zo benadrukte de Chinese filosoof Mo Zi 24 eeuwen geleden in zijn geschriften het belang van plicht, zelfopoffering en respect voor alle anderen, niet alleen voor leden van de familie of de clan, maar – in zijn woorden – ‘universeel over de wereld’.

Koning Hammurabi uit het oude Babylon formuleerde als een van de eersten in de geschiedenis rechtsnormen voor overheidshandelen gebaseerd op het beginsel van rechtvaardigheid.

Geschriften in het Sanskriet van vóór Christus spreken over de verantwoordelijkheid van heersers voor het welzijn van het volk, het recht van een mens om niet te lijden onder armoede of de daden van anderen. Zij gaan over de vrijheid van godsdienst, onpartijdige rechtspraak en sociale gelijkheid.

In de beschavingen van het Midden-Oosten en Afrika en de vroege beschavingen in Amerika vinden we filosofische geschriften over res-

pect voor de menselijke waardigheid, bescherming van individuen, ethisch gedrag tegenover anderen, sociale rechtvaardigheid, en recht en regels tegen willekeurige machtsuitoefening.

De islamitische filosoof Al-Farabi uit de tiende eeuw beschreef een model van een maatschappij waarin alle individuen rechten hadden en samenleefden in liefde en solidariteit met hun bureu.

Ook traditionele Afrikaanse samenlevingen hebben duidelijke concepten ontwikkeld over verdelende rechtvaardigheid en bescherming tegen misbruik van politiek gezag.<sup>1</sup>

In ons eigen land, waar hij vooral bekendheid heeft gekregen door zijn ontsnapping uit slot Loevestein in een dekenkist, heeft Hugo de Groot internationale vermaardheid gekregen als grondlegger van het internationale recht. In *De jure belli ac pacis* (Over het recht van oorlog en vrede, 1625) heeft hij uiteengezet dat er natuurrecht bestaat, onafhankelijk van politieke macht en gezagsdragers. Dit natuurrecht stond boven alle door de mens gecreëerde regeringen en diende als maatstaf voor de wetten en praktijken van ieder regime. Het gaf aan elk mens bepaalde rechten zoals gelijke behandeling ongeacht godsdienstige of burgerlijke status.

Na de Tweede Wereldoorlog hebben de rechten van de mens een dramatische verandering doorgemaakt doordat ze internationaal recht geworden zijn. De onmenselijkheden in die oorlog begaan maakten regeringen op wereldniveau vastbesloten om herhaling te voorkomen. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties (VN), waarin de fundamentele rechten van alle mensen in de wereld werden geformuleerd, kwam tot stand. De Verklaring werd aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN en had daardoor de potentie om, zoals Eleanor Roosevelt het uitdrukte, een internationale Magna Charta te worden voor alle mensen in de hele wereld. Europa bracht, voortbouwend op de Universele Verklaring, het EVRM tot stand, waarin respect voor de menselijke waardigheid en respect voor de democratie naast elkaar staan.<sup>2</sup> Respect voor het leven, de menselijke waardigheid en integriteit, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van geweten, recht op een eerlijk proces en respect voor privé- en familielevens. Deze fundamentele waarden vormen thans onderdeel van het positief geldende recht in Europa en in Nederland.

## HET EUROPESE HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

Net als voor alle andere rechten geldt ook voor mensenrechten dat het aankomt op de daadwerkelijke handhaving ervan. De op zichzelf revolutionaire verandering van de status van mensenrechten kon alleen betekenis krijgen door een duidelijk en daadkrachtig handhavingmechanisme. Dat waren de opstellers van het EVRM zich bewust toen ze tegelijk met het verdrag een onafhankelijk hof, het EHRM, in het leven riepen.

Iedere inwoner van Europa kan zich tot het Hof wenden om zich te beklagen over de schending van zijn fundamentele rechten, en het Hof kan de verantwoordelijke staat veroordelen om de gevolgen van die schending ongedaan te maken en schadevergoeding te betalen.<sup>3</sup> Het Comité van Ministers van de Raad van Europa, waarin alle 46 lidstaten zitting hebben, controleert de naleving van de uitspraken van het Hof. De rechten van de mens kregen daarmee tanden.<sup>4</sup>

Daarnaast en in het verlengde daarvan heeft het Hof een constitutionele taak.<sup>5</sup> Het EVRM is in zeer algemene bewoordingen gesteld, zodat het met een zekere creativiteit geïnterpreteerd moet worden. Het Hof heeft zich van deze taak gekwet in overeenstemming met de bedoeling van de opstellers van het EVRM, die wilden dat het effectief zou zijn. De aard van het Verdrag brengt mee dat zijn bepalingen zo moeten worden geïnterpreteerd en toegepast dat zij concrete en daadwerkelijke bescherming bieden.<sup>6</sup> Het Hof heeft niet alleen willen terugkijken naar een naziregime om herhaling te voorkomen, maar heeft ook om zich heen willen kijken in een tijd dat in een aantal Europese democratieën sprake was van ongekende welvaartsgroei. Het EVRM wordt door het Hof uitgelegd als een *living instrument* en naar *present-day conditions*. Dit betekent dat de reikwijdte van bepaalde rechten mede afhangt van de veranderende politieke en sociale context.

Ik geef een paar voorbeelden.

In een Parijse politiecel in de buitenwijk Bobigny wordt een arrestant, genaamd Selmouni, door de politie afgetuigd. Het Hof constateert schending van artikel 3 EVRM, dat marteling en onmenselijke en vernederende behandeling verbiedt, en kwalificeert de mishandeling als marteling. Het overweegt dat het in vergelijkbare gevallen voorheen mogelijk van onmenselijke behandeling zou hebben gesproken. Maar omdat bij een steeds hoger niveau van mensenbescherming vastbeslotenheid is vereist bij het vaststellen van schendingen van de fundamentele waarden, gebruikt het de ernstige kwalificatie 'marteling'.<sup>7</sup>

Een ander voorbeeld is de zaak van de ongeneeslijk zieke mevrouw Pretty, die een einde aan haar leven wilde maken. In deze zaak erkent het Hof de persoonlijke autonomie van een mens als een belangrijk beginsel dat in artikel 8 EVRM besloten ligt, en dat meebrengt dat de wijze waarop hij of zij wil doodgaan, moet worden gerespecteerd.<sup>8</sup>

In de zaak van Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk wijkt het Hof af van zijn eerdere jurisprudentie teneinde de juridische status van transseksuelen te versterken. Het overweegt daarbij dat, als het zijn dynamische benadering zou laten varen, het een rem zou kunnen worden op hervorming en verbetering.<sup>9</sup>

#### EUROPESE CONSTITUTIE VAN FUNDAMENTELE WAARDEN

De interpretatie die het Hof in de drie genoemde zaken van artikel 3 en artikel 8 heeft gegeven, is niet alleen ingevolge artikel 46 EVRM bindend voor de staat waartegen de klacht gegrond is verklaard, maar ook voor andere landen. Op grond van artikel 32 EVRM strekt zijn bevoegdheid zich uit tot alle kwesties die de interpretatie en de toepassing betreffen van het EVRM en de daarbij behorende protocollen.<sup>10</sup> Het Hof is ingesteld om de naleving van het EVRM door de lidstaten te bevorderen, en daaruit vloeit voort dat ook andere staten gebonden zijn aan de door het Hof daaraan gegeven interpretatie. Anders zou de Europese burger gedwongen zijn om langdurige en kostbare procedures te beginnen om een lidstaat die afwijkt alsnog in Straatsburg veroordeeld te krijgen.<sup>11</sup>

De bindende kracht van de interpretatie door het Hof voor de lidstaten van de Raad van Europa klemmt temeer omdat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG), dat het EVRM als een van de rechtsbronnen van het gemeenschapsrecht beschouwt, de jurisprudentie van het EHRM steeds explicieter erkent als richtinggevend voor de interpretatie van het EVRM.<sup>12</sup>

Een voorbeeld daarvan is het arrest Roquette Freres.<sup>13</sup> Het ging in die zaak om de uitleg van de door artikel 8 EVRM geboden bescherming tegen willekeurige of disproportionele inmenging door de overheid. Het HvJ EG overwoog dat voor de vraag in hoeverre die bescherming gold voor bedrijfsruimte, de jurisprudentie van het EHRM in aanmerking genomen moest worden. Het herzag zijn eerdere jurisprudentie om die in overeenstemming te brengen met het arrest Stes Colas en



anderen tegen Frankrijk, waarin het EHRM bedrijfsruimtes onder het begrip 'home' en 'domicile' had gebracht.<sup>14</sup>

Dat de twee Europese hoven een eenduidige interpretatie van het EVRM in Europa nastreven, komt ook tot uiting in hun regelmatige informele overleg waarin de recente jurisprudentie wordt besproken.

Het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het EHRM, kan dus worden beschouwd als een Europese Constitutie van fundamentele waarden.

### MARGIN OF APPRECIATION

Dat de interpretatie van het EVRM door het Hof bindend is, neemt niet weg dat de lidstaten van de Raad van Europa een zekere discretionaire bevoegdheid hebben om aan de bescherming van de fundamentele rechten van hun onderdanen op eigen wijze vorm te geven. Deze discretionaire bevoegdheid speelt in het bijzonder een rol wanneer belangen moeten worden afgewogen, hetgeen in een moderne pluriforme samenleving vaak het geval is. Het in de jurisprudentie van het EHRM ontwikkelde leerstuk van de *margin of appreciation* gaat ervan uit dat nationale autoriteiten het krachtenveld in hun eigen samenleving het beste kennen. Daardoor zijn zij beter dan de internationale rechter in staat om te beoordelen in hoeverre het noodzakelijk is om fundamentele belangen te reglementeren ten gunste van andere zwaarwegende belangen.

Een van de eerste zaken waarin de betekenis van deze doctrine wordt uitgelegd is de *Handyside case*. Deze zaak tegen het Verenigd Koninkrijk gaat over de inbeslagneming door de politie van het rode boekje voor scholieren waarin passages voorkwamen over seksuele voorlichting die als obscene werden aangemerkt. De uitgever vond de inbeslagneming in strijd met de persvrijheid en meende, anders dan de Britse autoriteiten, dat de veroordeling niet noodzakelijk was in een democratische samenleving ter bescherming van de goede zeden, omdat het rode boekje vrijelijk circuleerde in andere Europese landen.

Het Hof overwoog dat het niet mogelijk is om in de rechtsstelsels van de verschillende lidstaten een uniforme opvatting te vinden over het begrip goede zeden. Het stelde vast dat nationale autoriteiten in beginsel in een betere positie verkeren dan de internationale rechter om een mening te geven over de exacte inhoud van wat de goede zeden in hun land inhouden, en te beslissen of die het noodzakelijk maken om de vrijheid van meningsuiting te beperken.<sup>15</sup>

Een ander voorbeeld is de eerdergenoemde zaak van mevrouw Pretty. Mevrouw Pretty, die nog slechts enkele weken te leven had en die wist dat zij aan ademen zou overlijden, wilde haar dood bespoedigen. Als gevolg van haar slechte fysieke conditie was zij daartoe niet meer in staat. Haar man wilde haar helpen, maar zou zich daarmee schuldig maken aan een misdrijf. Mevrouw Pretty wilde van de Britse autoriteiten de garantie dat haar man niet strafrechtelijk zou worden vervolgd. Die garantie kreeg zij niet en daarover klaagde zij in Straatsburg.

Hoewel het Hof haar recht op persoonlijke autonomie als voortvloeiend uit artikel 8 EVRM erkende, achtte het de strafbaarstelling van hulp bij zelfdoding in zijn algemeenheid legitiem als uitwerking van de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting<sup>16</sup> van de staat om het leven van zieke en zwakke mensen te beschermen tegen mogelijke druk van anderen om een einde aan hun leven te maken. Bij de afweging van deze twee fundamentele beginselen weegt die laatste verplichting zwaar. In die omstandigheden komt aan de nationale autoriteiten het oordeel toe of uitzonderingen op een strafrechtelijk verbod kunnen worden toegelaten. Dat valt binnen hun margin of appreciation. Het Hof onderzoekt wel of de beperking van de persoonlijke autonomie niet buiten proportie is. Het stelt dan vast dat in vergelijkbare gevallen voor hulp bij zelfdoding bij uitzichtloos lijden in het Verenigd Koninkrijk in het verleden slechts voorwaardelijke straffen waren opgelegd. In die omstandigheden blijft de weigering door de Britse autoriteiten volgens het Hof binnen de hun toekomstige margin of appreciation en kan zij worden beschouwd als noodzakelijk in een democratische samenleving.<sup>17</sup>

Nog een voorbeeld van de werking van de margin of appreciation is de zaak van Leyla Sahin tegen Turkije. Het Hof aanvaardt het oordeel van het Constitutionele Hof in Turkije, dat het verbod op het dragen van de islamitische hoofddoek door studentes op een neutrale universiteit een geoorloofde inbreuk was op de vrijheid van het individu om zijn godsdienst in het openbaar te kunnen belijden. Het Hof kent daarbij veel waarde toe aan de specifieke historische en politieke achtergrond van de secularisering van de Turkse staat.<sup>18</sup>

Ook hier onderzoekt het Hof uiteindelijk of de beperking van het recht van een mens om zijn godsdienst te belijden in concreto buiten proportie is. Het Hof stelt vast dat klagster op de universiteit verder voldoende gelegenheid had om haar geloof te belijden. In die omstandigheden bleef het verbod binnen de aan de staat toekomstige margin of appreciation. Vanwege de grote rol die de margin of appreciation

hier speelt, kan uit het arrest niet worden afgeleid dat een verbod van de islamitische hoofddoek op scholen in andere Europese landen ook aanvaardbaar is.

Uit het voorgaande volgt dat de interpretatie van het EVRM door het Hof bindend is, maar dat, zodra sprake is van botsende belangen, de nationale autoriteiten een zekere beleidsvrijheid hebben.

Deze beleidsvrijheid speelt geen rol bij artikel 2, het recht op leven, artikel 3, het martelverbod en het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel van artikel 7 EVRM. Deze rechten lenen zich door hun absolute karakter niet voor een belangenafweging.

Voorts is de margin of appreciation niet onvoorwaardelijk of onbegrensd. De beperking van fundamentele waarden moet voldoen aan een aantal eisen die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld op basis van de tekst van een aantal artikelen van het EVRM, in het bijzonder de artikelen 8, 9, 10 en 11. Een beperking moet een legitiem doel dienen en een duidelijke wettelijke grondslag hebben. Daarnaast moet zij noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, waarvan de belangrijkste maatstaven zijn ruimdenkendheid, verdraagzaamheid en proportionaliteit.

Ten slotte mag een beperking nooit zover gaan dat het door het EVRM gegarandeerde recht van zijn essentie wordt beroofd. Het Hof houdt toezicht op het gebruik dat een staat van de margin of appreciation maakt.<sup>19</sup>

Samenvattend komt het leerstuk erop neer dat het Hof geen uniforme oplossingen wil opleggen of alle modaliteiten van elk recht wil regelen. Daarentegen is het uitsluitend aan het Hof om het EVRM te interpreteren en de juridische vragen die daarbij worden opgeroepen, te regelen.<sup>20</sup>

## CONSTITUTIONALISERING VAN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE

Het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het EHRM, is dus ook richtinggevend voor de Nederlandse rechtsorde. Anders gezegd, het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM tezamen kunnen worden aangeduid als een voor Nederland geldende Constitutie van fundamentele waarden. Ingevolge artikel 26 van de Vienna Convention on the Law of Treaties moeten verdragen te goeder trouw worden uitgevoerd, artikel 1

EVRM bepaalt dat de lidstaten aan iedereen die zich onder hun jurisdictie bevindt, de rechten en vrijheden van het EVRM moeten garanderen, en ingevolge de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet moet het EVRM worden toegepast als nationaal recht.<sup>21</sup> Voorts is de jurisprudentie van het EHRM ingevolge de artikelen 32 en 46 EVRM bindend.

In dat verband heeft het EVRM de taken en verantwoordelijkheden van de Nederlandse rechter radicaal veranderd. De inhoud van bepalingen op verschillende rechtsterreinen – het burgerlijk recht, het strafrecht en het administratieve recht – wordt niet meer alleen bepaald door specifieke wetten, maar ook door het EVRM. Rechtsvinding is daardoor niet langer de toepassing van een wettelijke norm of nationaal ongeschreven recht op de feiten in de voorliggende zaak. De rechter zal steeds de norm moeten vaststellen in het licht van het Europese recht en de norm zelf op zijn toelaatbaarheid met het oog op het Europese recht moeten toetsen.<sup>22</sup> De nationale rechter heeft dus een belangrijke rol gekregen bij de harmonisering van nationaal en internationaal recht. Deze ontwikkeling van rechterlijke (grond)wetgeving, die in de meeste West-Europese democratieën heeft plaatsgevonden, is niet zonder kritiek gebleven. Men spreekt wel eens van een *gouvernement des juges*. Maar is wat zich de laatste decennia heeft afgespeeld, niet in de eerste plaats een toename van de macht van het constitutionele *recht*?

De destijds door Fortuyn bepleite afschaffing van artikel 1 van de Grondwet kan de Nederlandse bestuurder, wetgever en rechter niet ontheffen van de verplichting om discriminatie tegen te gaan. Die verplichting vloeit rechtstreeks voort uit artikel 14 EVRM en het onlangs in werking getreden Twaalfde Protocol.

Nog niet zo lang geleden stelde een bewindspersoon herinvoering van de doodstraf in Nederland voor. Maar als dat zou gebeuren, komt Nederland in strijd met het bij het EVRM behorende Zesde Protocol.

Niet alleen de rechter, maar ook het bestuur en de wetgever zijn aan de constitutionele beginselen van het EVRM gebonden. Daarbij is van belang dat het EVRM niet alleen beschermt tegen te veel overheidsinmenging, maar dat een lidstaat ingevolge artikel 1 EVRM ook verplicht is om met beleid, wetgeving en handhaving de verwezenlijking van de in het EVRM gegarandeerde rechten veilig te stellen. Deze interpretatie van artikel 1 EVRM door het Hof verlangt een actieve houding van het bestuur en van de wetgever en wordt aangeduid als de leer van de positieve verplichtingen.<sup>23</sup>

In de jurisprudentie van het EHRM wordt op grond van dit leerstuk bijvoorbeeld aangenomen dat artikel 2 de overheid verplicht om maatregelen te treffen om iemands leven te beschermen als dat wordt bedreigd en om, als iemand om het leven is gekomen door geweld, een diepgaand en onafhankelijk onderzoek in te stellen dat erop gericht is herhaling te voorkomen, en de verantwoordelijken aan te wijzen en te bestraffen.<sup>24</sup>

Uit artikel 9 EVRM, dat de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst beschermt, leidt het Hof de positieve verplichting van de staat in een pluriforme samenleving af om op neutrale en onpartijdige wijze de uitoefening van verschillende religies en levensbeschouwingen naast elkaar mogelijk te maken.<sup>25</sup>

Het antidiscriminatiebeginsel van artikel 14 EVRM verplicht de staat om, als daar aanleiding toe is, te onderzoeken of daden van geweld racistisch gemotiveerd zijn.<sup>26</sup> En uit artikel 1 EVRM vloeit voort dat de staat aansprakelijk kan zijn voor mensenrechtenschendingen door derden. Dat betekent dat een gebrekkig functionerend kinderschermingssysteem de staat verantwoordelijk kan maken voor kindermishandeling.<sup>27</sup>

De constitutionalisering van de Nederlandse rechtsorde via het EVRM betreft alle onderdelen van het staatsapparaat en elk onderdeel heeft een eigen verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking van de in het EVRM neergelegde fundamentele waarden.

## IMPLEMENTATIE VAN EUROPESE RECHTSPRAAK IN NEDERLAND

Die gezamenlijke verantwoordelijkheid geldt ook voor de tenuitvoerlegging van de door het Hof tegen Nederland gewezen arresten.

In de zaak Said tegen Nederland oordeelde het Hof op 16 juni 2005 dat uitzetting naar Eritrea van de heer Said, die stelde uit het leger te zijn gedeserteerd, een schending zou zijn van de verplichting van de Nederlandse staat om hem te beschermen tegen mogelijke executie in Eritrea.<sup>28</sup> De minister had het verhaal van Said onbetrouwbaar gevonden. De Raad van State onderzocht die betrouwbaarheid niet zelf, maar volstond ermee te onderzoeken of de minister in redelijkheid tot haar oordeel had kunnen komen. Het Hof daarentegen onderzocht de zaak wél ten volle en mede op basis van eigen onderzoek concludeerde het

dat bij uitzetting naar Eritrea het leven van Said wel degelijk een reëel gevaar liep.

Na deze uitspraak is Nederland ingevolge artikel 46 EVRM verplicht om af te zien van uitzetting zolang de situatie in Eritrea voor Said bedreigend is. Dit is dus een boodschap aan het bestuur.

Daarnaast ziet de rechter zich voor de vraag gesteld of hij zich wellicht minder afstandelijk van het bestuur moet opstellen als het gaat om de vraag of fundamentele rechten zijn geschonden.

Voorts zal het bestuur zich de vraag kunnen stellen of het onderzoek naar de veiligheid in twijfelachtige landen moet worden verbeterd, en als dat nodig is, zal de wetgever ter voldoening aan zijn positieve verplichtingen maatregelen moeten nemen om soortgelijke problemen te voorkomen.<sup>29</sup>

In de zaak Bocos Cuesta tegen Nederland werd een man beschuldigd van onzedelijke contacten met kinderen van een jaar of acht in een speeltuin.<sup>30</sup> Op grond van een beschrijving door de kinderen was Bocos Cuesta gearresteerd en werd hij via spiegelconfrontatie bij de politie door de kinderen aangewezen als de man in de speeltuin. In de strafzaak werd zijn verzoek om de kinderen te horen door de rechter afgewezen omdat de kinderen te jong waren, en werd hij veroordeeld op basis van hun verklaringen bij de politie. In cassatie hield de veroordeling stand. Het EHRM daarentegen gaf Bocos Cuesta gelijk, omdat hij noch zijn raadsman de politieverhoren had kunnen bijwonen. Ook waren de verhoren niet op video vastgelegd om ze in de rechtszaal op hun betrouwbaarheid te kunnen toetsen. Het Hof vond dat Bocos Cuesta geen eerlijk proces had gehad.

Deze uitspraak heeft tot gevolg dat in Nederland een herziening van de strafzaak tegen Bocos Cuesta zal moeten plaatsvinden. Meer in zijn algemeenheid zal de uitspraak ertoe moeten leiden dat de rechter in het vervolg voorzichtiger omgaat met verklaringen van getuigen die niet door de verdediging konden worden ondervraagd. Voor de wetgever kan het betekenen dat hij nog eens onderzoekt of de regels betreffende het bewijs in strafzaken aanscherping behoeven. Ook zou hij in het arrest aanleiding kunnen vinden om, ter bescherming van de verdedigingsrechten en de efficiency van het strafproces, de raadsman van een verdachte bij politieverhoren toe te laten of de politie te verplichten alle verhoren op video vast te leggen.

In de zaak Rodrigues tegen Nederland werd Nederland veroordeeld omdat het een Braziliaanse vrouw wilde uitzetten die in Nederland had

samengewoond met een Nederlandse man, en die, nadat de relatie beëindigd was, haar kind samen met haar schoonouders opvoedde.<sup>31</sup> De rechter had haar niet de ouderlijke macht gegeven om te voorkomen dat zij haar kind naar Brazilië mee zou nemen. Dat werd als schadelijk voor het kind beschouwd.

Mevrouw Rodrigues had zich in Nederland beroepen op artikel 8 EVRM dat respect voor haar *family life* garandeert. Dit werd door de minister van de hand gewezen. Zij meende dat mevrouw Rodrigues in overleg met de vader van het kind haar *family life* met haar kind ook in Brazilië kon uitoefenen. Het eigenlijke probleem was dat mevrouw Rodrigues de regels niet had nageleefd. Zij had verzuimd om een verblijfstitel aan te vragen toen zij naar Nederland kwam om samen te gaan wonen met haar Nederlandse vriend. De Nederlandse regering stelde zich op het standpunt dat het economische belang van Nederland zich ertegen verzette dat *family life* dat ontstaan was tijdens illegaal verblijf, tot een verblijfstitel kon leiden.

Gelet op de consequenties van de uitzetting voor het *family life* van mevrouw Rodrigues en haar kind bestempelde het Hof dit als *excessive formalism*, omdat aan het voortgezet verblijf van mevrouw Rodrigues na het verbreken van haar relatie niets in de weg zou hebben gestaan als zij haar verzoek wel tijdig had ingediend. Artikel 8 EVRM was geschonden.

Deze veroordeling van Nederland betekent dat de minister mevrouw Rodrigues alsnog een vergunning tot verblijf zal moeten geven.

Daarnaast ligt het op de weg van rechter, bestuur en wetgever om te onderzoeken of maatregelen van structurele aard nodig zijn. Is alleen in deze zaak sprake van *excessive formalism* of is wijziging van beleid, wet of rechtspraak nodig?<sup>32</sup>

## HET PUBLIEKE DEBAT

Voor de daadwerkelijke bescherming van fundamentele waarden is de zichtbaarheid ervan in het publieke debat onmisbaar. Daarom is het jammer dat de belangstelling voor wat er in Straatsburg gebeurt, zo beperkt is. *Den Haag Vandaag* is nooit aangevuld met *Straatsburg Vandaag*. Toch zijn in de jurisprudentie van het EHRM de principes te vinden waaraan wij bij het zoeken naar oplossingen in onze eigen samenleving gebonden zijn. Maar vooral bevat de jurisprudentie de neerslag van een reeds langer dan vijftig jaar durend debat over de

wijze waarop in de inmiddels 46 rechtsculturen van Europa met fundamentele waarden wordt omgegaan. Daar zouden wij inspiratie uit kunnen opdoen. Het EVRM kan ons debat zowel begrenzen als verdiepen.

Over de reikwijdte en de begrenzing van de vrijheid van meningsuiting bijvoorbeeld bestaat een rijke Straatsburgse jurisprudentie, waaruit kan worden afgeleid dat die vrijheid niet inhoudt dat je iedereen mag beledigen totdat de rechter dat verbiedt, een opvatting die in Nederland wel eens wordt verkondigd. Artikel 10 EVRM bepaalt dat het uitoefenen van de vrijheid van meningsuiting plichten en verantwoordelijkheden meebrengt. Dat geldt in het bijzonder als privépersonen die geen publieke rol spelen, het lijdend voorwerp van de uiting zijn. Ook moet de vrijheid van meningsuiting blijkens de jurisprudentie van het Hof worden afgewogen tegen de rechten van anderen, zoals het door artikel 8 beschermde recht op bescherming van de reputatie, een recht dat door het Hof is erkend in het arrest *Cumpana en Mazare tegen Roemenië*.<sup>33</sup> En tegen het recht op *private life*, eveneens beschermd onder artikel 8 EVRM, zoals dat gebeurde in de zaak van prinses Caroline van Monaco, die in een restaurant op de foto was gezet door een Duits boulevardblad.<sup>34</sup>

Maar als het gaat om de persvrijheid, het bespreken van vraagstukken van algemeen belang en het bekritisieren van machthebbers, dan moet de overheid op zeer grote afstand blijven. Dat geldt ook voor de vrijheid van politieke vereniging van artikel 11 EVRM, die door het Hof wordt gezien als een collectieve uitoefening van de vrijheid van meningsuiting, die slechts in uitzonderlijke gevallen aan banden mag worden gelegd.<sup>35</sup>

Maar evenmin als de vrijheid van meningsuiting is deze vrijheid absoluut. Zij kan worden beperkt ter bescherming van fundamentele rechten en de democratie zelf. Het Hof gaat ervan uit dat de vrijheid van politieke partijen alleen dan bescherming verdient als de nagestreefde veranderingen in overeenstemming zijn met fundamentele democratische beginselen.<sup>36</sup> Beslissend voor de rechtvaardiging van het verbieden van een politieke partij is dan of deze partij een werkelijke bedreiging is.<sup>37</sup> Dat laatste werd aangenomen ten aanzien van de Welzijnspartij in Turkije, die invoering van de sharia tot doel had en daar actief campagne voor voerde. Het Hof meent dat de sharia onverenigbaar is met de fundamentele beginselen van de democratie, zoals bedoeld in het EVRM. Beginselen als pluralisme in de politiek of de ontwikkeling van publieke vrijheden hebben er geen plaats in. De sha-



ria komt niet overeen met de waarden van het EVRM. Dit geldt in het bijzonder voor het straf- en strafprocesrecht, de wettelijke regels over de status van vrouwen en de manier waarop de sharia – om godsdienstige redenen – in alle aspecten van het persoonlijke en publieke leven doordringt. Een politieke partij die zich richt op het invoeren van de sharia in een lidstaat van de Raad van Europa, past in de opvatting van het Hof niet bij het democratische ideaal dat aan het EVRM ten grondslag ligt.<sup>38</sup> Ook al neemt het Hof bij zijn oordeel in deze zaak de politieke en sociale context van de betreffende lidstaat, Turkije, in aanmerking, de in het arrest uitgezette beginselen hebben ook hun waarde voor de Nederlandse discussie.

Had het debat over de met terugwerkende kracht verdwenen nationaliteit van Hirsi Ali niet aan kwaliteit gewonnen als dat meer in de sleutel van fundamentele rechten was gezet? Er is gesproken over de impact van het beginsel ‘regels zijn regels’ en men was het eens dat het ongewenst is als iemand ter verkrijging van de Nederlandse nationaliteit een onjuiste naam opgeeft. Het EVRM bood aanknopingspunten voor een meer principiële discussie. In hoeverre vormt het laten vervallen<sup>39</sup> van de nationaliteit in verband met mogelijke repercussies op iemands sociale leven een inbreuk op zijn of haar persoonlijke levenssfeer en sociale identiteit, beide beschermd onder artikel 8 EVRM?<sup>40</sup> Hoe zit het met de proportionaliteit? Was er, zeker na zoveel tijdsverloop, nog sprake van een evenredige verhouding tussen het op zichzelf legitieme doel om leugens bij de verkrijging van een paspoort af te straffen en het gebruikte middel waardoor iemand met terugwerkende kracht haar nationaliteit verloor, met alle mogelijke onzekerheden voor haar sociale bestaan van dien?<sup>41</sup>

Soortgelijke vragen spelen een rol bij de uitzetting van kinderen die het grootste deel van hun leven in Nederland hebben doorgebracht. Op 7 oktober 2006 stond in het NRC Handelsblad het verhaal van Angelo, een 15-jarige jongen die met zijn ouders en oudere zus in een krappe caravan woont in een asielzoekerscentrum. Hij is sinds december 1996, tien jaar geleden, toen hij 5 jaar oud was, naar Nederland gekomen. Sinds zijn komst in Nederland kampt hij met zeer ernstige chronische lichamelijke en psychische problemen. Zijn emotionele ontwikkeling heeft zwaar te lijden onder de onzekerheid over zijn toekomst. Angelo heeft het gevoel dat hij en zijn familie waardeloos zijn. Hij heeft enige malen te kennen gegeven dat hij niet meer wilde leven. Het gezin is uitgeprocedeerd en moet terug naar Liberia, waar het, via Marokko, vandaan kwam. Angelo wil niet terug. Hij is nog nooit in

Liberia geweest. De vraag die zich opdringt, is hoe het zit met het door deze minderjarige aan artikel 8 EVRM te ontlene fundamentele recht op persoonlijke ontplooiing en sociale identiteit, en of in dat verband deze uitzetting niet disproportioneel is ten opzichte van het doel, te weten het economische welzijn van het land. Daarbij zal mede in aanmerking moeten worden genomen hoe het na tien jaar zit met de positieve verplichtingen van de staat om die fundamentele rechten te beschermen.<sup>42</sup>

Ook in de publieke discussie in Nederland rond het verbieden van de boerka in de 'openbare ruimte' spelen Europese constitutionele beginselen geen grote rol. Toch zou dat wel moeten. Als het dragen van dit gewaad voor iemand onderdeel uitmaakt van het belijden van haar godsdienst, dan vormt het verbieden daarvan immers een inbreuk op die vrijheid (art. 9 EVRM). Ook het recht op respect voor private life (art. 8 EVRM) speelt een rol. Daarvan uitgaande kan zo'n inbreuk alleen gerechtvaardigd zijn als daarmee bepaalde belangen worden beschermd, zoals de openbare veiligheid, de openbare orde, de gezondheid, de goede zeden of de rechten van anderen. En ook dan kan een verbod van de boerka alleen door de beugel als dat verbod proportioneel is ten opzichte van het doel. Om dat te beoordelen moet duidelijk zijn om welk doel het precies gaat. De proportionaliteit zal mede afhangen van de omvang van het verbod. Moet dat gelden in alle openbare gebouwen? In supermarkten? In het stadhuis bij het loket van de vreemdelingendienst? Op straat? Uiteindelijk zal ook moeten worden uitgelegd in hoeverre beginselen als ruimdenkendheid en verdraagzaamheid een rol hebben gespeeld bij de beantwoording van die vraag.

## EUROPA ALS WAARDENGEMEENSCHAP

Voor de zichtbaarheid van fundamentele waarden in het publieke debat is van belang dat bestuurders, politici, overheidsfunctionarissen en rechters, die in dit opzicht een voorbeeldfunctie kunnen vervullen, in hun publieke functioneren hun oriëntatie op deze internationaal geldende constitutionele beginselen duidelijk laten blijken. Door fundamentele waarden te benoemen en door uit te leggen welke rol ze hebben gespeeld bij keuzes en voorstellen, worden ze een vanzelfsprekend ijkpunt. Het is niet nodig om op zoek te gaan naar verloren Nederlandse waarden. Die waarden zijn niet verloren, integendeel, ze

zijn op het niveau van het Europese recht erkend. Waar het om gaat, is dat deze waarden daadwerkelijk worden toegepast en verdedigd.

In dit verband is opmerkelijk en zorgwekkend dat onlangs namens de Nederlandse regering is voorgesteld om het Handvest van Fundamentele Rechten van de Europese Unie uit een toekomstige afgeslankte Europese Grondwet te schrappen. Het is nu juist dit Handvest dat het Europa van de burger belichaamt. Naast een aantal sociale rechten van de burger omvat het Handvest de in het EVRM vervatte rechten.<sup>43</sup> Op een enkel punt biedt het zelfs meer bescherming aan de burger. Het garandeert bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces, ook in procedures die volgens de jurisprudentie van het Hof buiten het bereik van artikel 6 EVRM vallen, zoals veel ambtenarengeschillen, uitzettingsprocedures en procedures over belastingen.<sup>44</sup> Het Handvest maakt duidelijk dat de Europese instellingen rekening moeten houden met fundamentele rechten en vrijheden van burgers. Het is een signaal dat al het EU-beleid en -recht gemeenschappelijke waarden dient te respecteren. Het bespreken van de EU-besluitvorming in het licht van die beginselen, zowel op het Europese als op het nationale niveau, kan bijdragen aan het begrenzen van de macht van de EU-instellingen. Het Handvest is in het belang van de burger. Voor zover Europa al op de Nederlandse politieke agenda staat, lijkt de aandacht zich in hoofdzaak te concentreren op Europa als economische gemeenschap. Er is in de politiek ten onrechte nagenoeg geen aandacht voor Europa als waardengemeenschap.<sup>45</sup>

## CONSTITUTIONALISERING VAN HET DEBAT

Het belang van zichtbaarheid van fundamentele waarden in het publieke debat geldt ook voor de rechterlijke besluitvorming. De constitutionele taak die de rechter door het EVRM heeft gekregen, vraagt om meer openheid, omdat bij de interpretatie van beginselen de rechter macht uitoefent in de levens van meer mensen dan alleen die van de procespartijen.

Een transparanter systeem, zonodig met *dissenting opinions*, waarin ook de argumenten van de minderheid bekend worden gemaakt, zou de kwaliteit van de rechtspraak, de rechtsontwikkeling en het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak kunnen dienen. En de kans is groot dat het de interesse van de burger in het debat over die fundamentele waarden vergroot.<sup>46</sup>

Ook een grotere zichtbaarheid van het debat tussen rechter, wetgever, bestuur en burger op een formeel niveau zou een bijdrage kunnen leveren aan de constitutionalisering van het Nederlandse debat. In dit verband verdient een eigenaardigheid van de Nederlandse rechtscultuur de aandacht. De constitutionalisering van de Europese rechtsorde is in veel Europese landen gepaard gegaan met een toenemend belang van de Grondwet. In die landen is rechterlijke interpretatie van de nationale Grondwet, meestal door de speciaal daarvoor opgerichte constitutionele hoven, de geschreven Grondwet gaan aanvullen en soms gaan vervangen. En deze Grondwet werd tegelijkertijd geïnterpreteerd in het licht van het EVRM.<sup>47</sup>

Deze ontwikkeling is bij ons achterwege gebleven als gevolg van het toetsingsverbod van art. 120 van de Grondwet. De toegenomen invloed van het EVRM leek daardoor in Nederland misschien te veel op een proces waarbij regels van buiten werden opgelegd, versterkt wellicht door het nogal gesloten karakter van de rechterlijke besluitvorming. De vervlechting van Grondwet en internationaal erkende waarden zou zichtbaarder moeten zijn. Het publieke debat is gediend met opheffing van het toetsingsverbod en met de aanwijzing van een als zodanig zichtbare Constitutionele rechter die bij de interpretatie van de Grondwet en het internationale constitutionele recht in staat is tot een overtuigende wijze van argumenteren, zonodig ook door het publiceren van *dissenting opinions*.<sup>48</sup>

Ook de universiteiten hebben een bijdrage te leveren aan de zichtbaarheid van de fundamentele waarden in het recht en van Europa als waardengemeenschap. Zij doen dat door de ontwikkelingen in de samenleving te onderzoeken en te becommentariëren en deze waarden in het publieke debat in te brengen.

Maar de belangrijkste taak van universiteiten is het inleiden van jonge juristen in de verworvenheden en fundamenten van onze samenleving. Zij moeten de instrumenten aangereikt krijgen om het debat in de juiste kaders te plaatsen.

Belangrijk is daarbij dat het EVRM niet wordt opgevat als een technisch-juridische truc. Waar het om gaat, is dat de in het EVRM neergelegde waarden serieus genomen worden en dat bij de voorbereiding en toepassing van rechtsregels gepoogd wordt om het recht te laten samenvallen met rechtvaardigheid. De constitutionalisering van het internationale recht vraagt van juristen dat zij kennis van het internationale recht en commitment aan hun omgeving kunnen combineren.

## DANKWOORD

Ik ben aan het einde gekomen van mijn betoog en besluit met een woord van dank.

Het is een eer voor mij om de Sanders wisselleerstoel voor Internationalisering te mogen bezetten. Het geeft mij de mogelijkheid om de ervaring die ik als rechter in het EHRM heb opgedaan, te delen met studenten en wetenschappers. Daarvoor ben ik de Erasmus Universiteit, en in het bijzonder de decaan van de juridische faculteit Marc Loth zeer erkentelijk.

Ik dank ook de collega's van de Erasmus Law School, die mij hun vertrouwen hebben gegeven.

Daarnaast sta ik in het krijt bij al degenen wier manier van denken of leven een onmisbare rol hebben gespeeld bij de vorming van mijn visie op het recht.

Maar vooral ben ik dank verschuldigd aan Jaap en Eddie, mijn familie en mijn vrienden. Zonder hen zou ik de inspiratie hebben gemist die mij hierheen heeft gebracht.

## Noten

1. Ontleend aan het mooie boek van Paul Gordon Lauren, *The Evolution of International Human Rights*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2003.
2. De preambule van het EVRM luidt als volgt: 'Reaffirming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the human rights upon which they depend.'
3. Art. 41 EVRM bepaalt dat het Hof schadevergoeding kan vaststellen die door de staat aan de klager moet worden betaald. In de laatste jaren is het Hof er meermalen toe overgegaan om, overeenkomstig het principe dat herstel zo veel mogelijk moet bestaan in restitutio in integrum, te bepalen welke concrete maatregelen een staat moet treffen om de geconstateerde schending ongedaan te maken. Voorbeelden daarvan zijn de zaak Assanidze tegen Georgië, EHRM 8 april 2004, appl.no. 71503/01, waarin het Hof bepaalde dat een illegaal in de separatistische republiek Azari gedetineerde man onmiddellijk moest worden vrijgelaten. Hetgeen ook gebeurde. Een ander voorbeeld is de zaak Ilascu e.a. tegen Moldavië en Rusland, EHRM 8 juli 2004, appl.no. 48787/99 waarin het Hof bepaalde dat deze twee staten alle nodige maatregelen moesten treffen om een einde te maken aan de illegale detentie van de klagers in Transnistrië en om hen in vrijheid te stellen. In de zaak Broniowski tegen Polen, EHRM 22 juni 2004, appl.no. 31443/96, verplichtte het Hof de Poolse staat gepaste bestuurlijke of wettelijke maatregelen te nemen om het eigendomsrecht te erkennen van de klager en van alle klagers in soortgelijke zaken waarin het Hof nog geen uitspraak had gedaan. Ook als dat niet terugkomt in het *dictum* geeft het Hof richtlijnen aan

de lidstaten. Zie bijv. Scordino tegen Italië (no. 1), EHRM 29 maart 2006, appl.no. 36813/97, in welk arrest het Hof opsomt aan welke eisen van aard en kwaliteit een *effective remedy* voor de burger tegen *undue delay* moet voldoen.

4. Het stelsel van individueel klachtrecht (art. 34 EVRM) vormt een wezenlijk onderdeel van het Europese beschermingssysteem. Bij de totstandkoming van het Veertiende Protocol, dat organisatorische maatregelen bevat om aan de werklust van het EHRM het hoofd te kunnen bieden, is het belang van dit individuele klachtrecht nog eens onderstreept. Paragraaf 10 van de Explanatory Report bij Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention zegt: 'At the same time – and this was one of the major challenges in preparing the present protocol – it was vital that reform should in no way affect what are rightly considered the principal and unique features of the Convention system. These are the judicial character of the European supervision and the principle that any person claiming to be the victim of a breach of the rights and freedoms protected by the Convention may refer the matter to the Court (right of individual application).' Ook in het op 15 november 2006 verschenen Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers (CM (2006) 203) wordt het belang van het individuele klachtrecht benadrukt: 'The right of individual application enshrined in Articles 34 and 35 of the Convention is the most distinctive feature of this control mechanism. The Court is the only international court to which any individual, non-governmental organisation or group of individuals have access for the purpose of enforcing their rights under the Convention. The right of individual application is today both an essential part of the system and a basic feature of European legal culture in this field.'

Zie ook W. Thomassen, 'Het individuele klachtrecht moet behouden blijven! Over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en zijn toekomst', *NJCM-bulletin* 2003-1, p. 11-18.

5. Zie *Loizidou tegen Turkije*, EHRM 23 maart 1995, Series A, nr. 310 en *Bankovic e.a. tegen België en 16 anderen*, EHRM 12 december 2001 (dec.), appl.no. 52207/99 § 80.
6. *Loizidou tegen Turkije*, zie noot 5.
7. *Selmouni tegen Frankrijk*, EHRM 28 juli 1999, appl.no. 25803/94, § 101: 'The Court has previously examined cases in which it concluded that there had been treatment which could only be described as torture (see the *Aksoy* judgment cited above, p. 2279, § 64, and the *Aydın* judgment cited above, pp. 1891-92, §§ 83-84 and 86). However, having regard to the fact that the Convention is a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" (see, among other authorities, the following judgments: *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31; *Soering* cited above, p. 40, § 102; and *Loizidou v. Turkey*, 23 March 1995, Series A no. 310, pp. 26-27, § 71), the Court considers that certain acts which were classified in the past as "inhuman and degrading treatment" as opposed to "torture" could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.'
8. *Pretty tegen het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 april 2002, appl.no. 2346/02, § 61 ' (...) Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.'
9. *Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, appl.no. 28957/95: '(...) since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved (see, amongst other authorities, the *Cossey* judgment, p. 14, § 35, and *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, judgment of 28 May 2002, to be published in ECHR 2002-, §§ 67-68). It is of crucial importance that the

Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement (see the above-cited *Stafford v. the United Kingdom* judgment, § 68). The Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting State to assess “in the light of present-day conditions” what is now the appropriate interpretation and application of the Convention (see the *Tyrer v. the United Kingdom* judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, § 31, and subsequent case-law).’

10. Art. 32 EVRM luidt: ‘1. The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34 and 47. 2. In the event of dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide.’
11. In dit verband is interessant de zaak Timothy Upton tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 11 april 2006, appl.no. 29800/04 (dec.), waarin een klacht tegen het Verenigd Koninkrijk niet-ontvankelijk werd verklaard omdat de klager in strijd met art. 35 lid 1 EVRM de nationale rechtsmiddelen niet had uitgeput. Klager had zijn claim, die duidelijk in strijd was met nationale jurisprudentie, niet aan the Court of Appeal voorgelegd. Het EHRM was van oordeel dat hij dat wel had moeten doen om zo the Court of Appeal de gelegenheid te geven om te onderzoeken of die nationale jurisprudentie nog wel houdbaar was in het licht van de zaak Pla and Puncherneau tegen Andorra, EHRM 13 juli 2004, appl. no. 69498/01, waar min of meer dezelfde rechtsvraag aan de orde was.
12. Zie bijv. voor een vergelijking van de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EG op het gebied van *property rights*: Koen Lenaerts & Kristien Vanvoorden, ‘The right to property in the case-law of the Court of Justice of the European Communities’, lezing tijdens het International Colloquium ‘Property and human rights’, Leuven, 23-25 August 2006, gepubliceerd in Keure/Bruylant, Brugge/Brussel, 1 januari 2007.
13. Case C-94/00, [2002] ECR I-9011, §. 29.
14. Stes Colas e.a. tegen Frankrijk, EHRM 16 april 2002, appl.no. 37971/97, [2002] ECHR 421.
15. Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 7 december 1973, ECHR, A 24, § 48: ‘(...) By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, state authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion to the exact content of those requirements [of moral] as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ intended to meet them (...)’
16. Zie over het leerstuk van de positive obligations noot 23.
17. Pretty tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, § 76-78.
18. Leyla Sahin tegen Turkije, EHRM 10 november 2005, nr. 44774/98, § 115.
19. Afhankelijk van de aard van het recht en de verschillende belangen die op het spel staan, is het toezicht van het Hof op de door de nationale autoriteiten gemaakte belangenafweging meer of minder streng. Zo is de beleidsvrijheid van een staat om de reikwijdte van het recht op respect voor *private life* van art. 8 EVRM te beperken klein als het gaat om onderwerpen die het intieme persoonlijke leven betreffen zoals seksualiteit. In het arrest Dudgeon tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 22 oktober 1981, appl. no. 7525/76, overweegt het Hof in § 52: ‘(...) It is an indisputable fact, as the Court stated in the Handyside judgment, that “the view taken... of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era,” and that “by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of those requirements” (p. 22, § 48). However, not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation. The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2).’

Die beleidsvrijheid is ruimer als het gaat om onderwerpen waar ingewikkelde en technische aspecten een rol spelen, zoals bij geluidsoverlast, die eveneens een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in art. 8 EVRM kan vormen. Wanneer de ruimte voor de nationale autoriteiten groot is, spitst het toezicht van het Hof zich toe op de kwaliteit van het beslissingsproces op nationaal niveau. In de zaak Hatton e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 8 juli 2003, appl.no. 36022/97, waar omwonenden klaagden over geluidsoverlast als gevolg van de uitbreiding van nachtvluchten op Heathrow, vond het Hof dat de autoriteiten op serieuze wijze met alle verschillende belangen waren omgegaan, en oordeelde daarom dat art. 8 niet was geschonden.

In de zaak Fadeyeva tegen Rusland, EHRM 2 juni 2005, appl.no. 7785/01 daarentegen werd wel een schending van art. 8 EVRM geconstateerd, omdat de belangen van de omwonenden van een grote vervuilende staalfabriek niet voldoende serieus waren genomen. Het betrof een fabriek met ongeveer 60.000 werknemers, midden in een dichtbevolkte stad. De uitstoot van giftige stoffen overschreed de in de wet vastgestelde veiligheidsnormen en om die reden had de staat een bufferzone ingesteld waarbinnen niemand mocht wonen. Deze wettelijke maatregelen werden evenwel niet gehandhaafd. Mevrouw F. had sinds 1982 met haar gezin en met duizenden anderen binnen die zone gewoond. Zij klaagde bij het Hof dat de overheid haar geen vervangende woonruimte had aangeboden, hoewel de nationale rechter had vastgesteld dat zij recht had op herhuisvesting op kosten van de overheid. Het Hof oordeelde dat de Russische overheid ondanks het feit dat de fabriek de milieuvoorschriften niet naleefde, geen effectieve maatregelen had genomen om de omwonenden te beschermen. Er was dus geen redelijke afweging gemaakt tussen de op het spel staande belangen.

20. Zie ook Fr. Tulkens en L. Donnay, 'L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?', *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2006, p. 3-23. De doctrine van de margin of appreciation heeft geleid tot veel discussie in de literatuur. Tegenstanders menen dat het leerstuk in strijd is met het karakter van de dynamische mensenrechtenbescherming (*living instrument, present-day conditions*) die het Hof voorstaat.

Luzius Wildhaber, President van het EHRM gedurende de periode van 1 november 1998 tot 19 januari 2007, is van oordeel dat de lidstaten niet vrij zijn om hun eigen interpretatie van de reikwijdte van de in het EVRM gegarandeerde rechten en vrijheden te geven. 'The margin of appreciation is sometimes misunderstood as being a discretion available to the States to resort to the measures that would otherwise constitute infringements or violations of the guaranteed rights and freedoms. That is not so. It is simply a recognition that the Convention does not impose uniform solutions and that, in some domains and to some degree, countries may behave differently, regulate differently the enjoyment of a Convention right, apply different restrictions, without violating the Convention' (L. Wildhaber, 'The Margin of Appreciation in National Law and the Law of the Strasbourg Institutions', rede uitgesproken op 1 juni 2000, ter gelegenheid van de conferentie van presidenten van hoogste rechtscolleges en procureurs-generaal van de lidstaten van de Europese Unie).

De zaak Vo tegen Frankrijk, EHRM 8 juli 2004, appl.no. 53924/00, zou mijns inziens kunnen worden gezien als een uitzondering op het beginsel dat het bij uitsluiting aan het Hof is om het EVRM te interpreteren en de juridische vragen die daarbij worden opgeroepen, te regelen. Het Hof zag af van een uitspraak over de vraag of het ongeboren leven kan worden gelijkgesteld met 'leven' als bedoeld in art. 2. Het Hof overwoog in § 82: 'It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a "living instrument which must be interpreted in the light of present day conditions".' Zie ook de verschillende *separate opinions* bij dit arrest.



21. Art. 26 van de Vienna Convention on the Law of Treaties luidt: 'Art. 26. *Pacta sunt servanda*. Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.'  
Art. 93 van de Nederlandse Grondwet luidt: 'Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.'  
Artikel 94 luidt: 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'
22. Hoewel uit art. 94 van de Grondwet wordt afgeleid dat de rechter verplicht is om nationale bepalingen buiten toepassing te laten ten gunste van een regel van internationaal recht, komt dit niet vaak voor. Waar de rechter zich bij de rechtsvinding vooral mee bezighoudt, is de interpretatie van een nationale regel in het licht van het internationale recht.
23. Zie over de leer van de *positive obligations*, in de serie Human Rights Law in perspective: Alastair Mowbray, 'The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights', Oxford: Hart Publishing 2004.
24. Zie o.a. Mahmut Kaya tegen Turkije, EHRM 28 maart 2000, appl.no. 2235/93 en Kilic tegen Turkije, EHRM 28 maart 2000, appl.no. 22492/93. Art. 2 EVRM kan de staat verplichten tot strafrechtelijke vervolging van politiek verantwoordelijken als sprake is van ernstige nalatigheid van de overheid bij het treffen van effectieve maatregelen tegen milieuvuiling, die dodelijke gevolgen heeft. Aldus oordeelde het Hof in de zaak Oneryildiz tegen Turkije, EHRM (GC) 18 juni 2002, appl.no. 48939/99, toen in een wijk van Istanbul een vuilnisbelt met gevaarlijke stoffen was ontploft met dodelijke gevolgen voor omwonenden. De onderzoeksplicht, die ook geldt in zaken waar een verdenking van onmenselijke behandeling of marteling (art. 3 EVRM) bestaat, ziet op het tegengaan van *impunity* (straffeloosheid). Het gebrek aan bewijs voor betrokkenheid van de staat bij de dood of bij marteling van mensen maakt de staat toch verantwoordelijk als deze geen onderzoek heeft ingesteld waarbij de onderste steen boven is gekomen.
25. Leyla Sahin tegen Turkije (zie noot 18): '107. The Court has frequently emphasised the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed (see *Manoussakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1365, § 47; *Hassan and Tchaouch v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; *Refah Partisi and Others*, judgment cited above, § 91) and that it requires the State to ensure mutual tolerance between opposing groups (*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, *Reports* 1998-I, § 57). Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other (*Serif v. Greece*, no. 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX).'
26. Nachova e.a. tegen Bulgarije, EHRM 6 juli 2005, appl.no. 43577/98: '160. (...) [W]hen investigating violent incidents and, in particular, deaths at the hands of State agents, State authorities have the additional duty to take all reasonable steps to unmask any racist motive and to establish whether or not ethnic hatred or prejudice may have played a role in the events. Failing to do so and treating racially induced violence and brutality on an equal footing with cases that have no racist overtones would be to turn a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights. A failure to make a distinction in the way in which situations that are essentially different are handled may constitute unjustified treatment irreconcilable with Article 14 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV). In order

to maintain public confidence in their law enforcement machinery, Contracting States must ensure that in the investigation of incidents involving the use of force a distinction is made both in their legal systems and in practice between cases of excessive use of force and of racist killing (...).'

'161. The Grand Chamber would add that the authorities' duty to investigate the existence of a possible link between racist attitudes and an act of violence is an aspect of their procedural obligations arising under Article 2 of the Convention, but may also be seen as implicit in their responsibilities under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 2 to secure the enjoyment of the right to life without discrimination (...).'

27. Z. e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 10 mei 2001, appl.no. 29392/95.
28. Said tegen Nederland, EHRM 5 juli 2005, appl.no. 2345/02.
29. In zaken betreffende de uitzetting van vluchtelingen waar art. 2 of art. 3 EVRM aan de orde is, oefent het Hof een streng toezicht uit, omdat het gaat om de meest wezenlijke mensenrechten (*core rights*). Dat betekent op de eerste plaats dat het Hof als uitgangspunt voor zijn beoordeling neemt het moment van uitzetting en dus niet de datum van de beslissing van de minister zoals die aan daaropvolgende rechterlijke beslissingen ten grondslag heeft gelegen. In termen van Nederlands administratief procesrecht: als een vreemdeling nog niet daadwerkelijk is uitgezet, toetst het Hof *ex nunc* en niet *ex tunc*.  
Voorts neemt het Hof in dat soort zaken bij zijn onderzoek niet alleen feiten in aanmerking die aan de nationale instantie bekend waren of bekend konden zijn maar ook feiten die pas na de laatste beslissing op nationaal niveau zijn gebleken. Zie Said (noot 28), § 48-50. Bij onderzoek naar de vraag of art. 3 EVRM door uitzetting wordt geschonden, zal de rechter dan ook niet kunnen volstaan met een marginale toets van de beslissing van de minister. Er dient een volledige toets van de feiten plaats te vinden en de rechter zal voorts acht moeten slaan op feiten die pas later in de procedure worden aangevoerd.  
Ten behoeve van een daadwerkelijke bescherming op nationaal niveau zou het nationale procesrecht zonnodig in het licht van deze internationaalrechtelijke maatstaven (*ex nunc*; volledig feitenonderzoek) moeten worden geïnterpreteerd en aangepast. Effectieve mensenrechtenbescherming dient op nationaal niveau gegarandeerd te zijn. Het EHRM dient niet te worden belast met zaken die op nationaal niveau naar de maatstaven van het Hof onvoldoende zijn onderzocht. Dat vloeit voort uit het subsidiariteitsbeginsel dat aan het Europese beschermingsmechanisme ten grondslag ligt, alsook uit de diverse aanbevelingen van de Raad van Europa en het Hof zelf over de noodzaak van een effectief beschermingsmechanisme op nationaal niveau, teneinde het Hof zo veel mogelijk te ontlasten (zie bijv. Recommendation Rec (2004) 6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies en EHRM Scordino tegen Italië, zie noot 3).
30. Bocos Cuesta tegen Nederland, EHRM 10 november 2005, appl. no. 54789/00.
31. Rodrigues Da Silva en Hoogkamer tegen Nederland, EHRM 21 januari 2006, appl.no. 50435/99.
32. Over de reikwijdte van deze uitspraak zijn door de leden van de Tweede Kamer Klaas de Vries en Timmermans van de PvdA vragen gesteld aan de minister. Deze heeft geantwoord: 'De jurisprudentie van het Hof is zeer casuïstisch en aan ontwikkelingen onderhevig. Door de Nederlandse administratieve en rechterlijke praktijk worden deze ontwikkelingen op de voet gevolgd. Dat sluit echter de mogelijkheid niet uit dat de nationale autoriteiten, bij afweging van de betrokken belangen, aan de specifieke omstandigheden van een geval, ander gewicht toekennen dan het Hof vervolgens doet. De mening van het Hof als zou er in dit geval sprake zijn van "excessive formalism" deel ik dan ook niet. Omdat zij de conclusies van het Hof in deze zaak niet deelt, heeft de regering besloten een verzoek tot intern appel in te dienen. Ik zie in deze uitspraak (...) niet op voorhand aanleiding om het beleid inzake gezinshereniging aan te passen. Zoals eerder opgemerkt wordt in de beslissingspraktijk rekening gehouden met uitspraken van het Hof. Ik zal daarom zorgvuldig nagaan of volstaan kan worden met nieuwe instructies of dat een beleidswijziging toch wenselijk of noodzakelijk moet worden geacht. In dat laatste geval breng ik uw Kamer hiervan uiter-

- aard op de hoogte' (Handelingen Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 2005-2006, nr. 1486). Inmiddels heeft het EHRM het verzoek tot intern appel van de Nederlandse regering afgewezen, zodat de uitspraak in de zaak Rodrigues definitief is. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is de minister niet teruggekomen op de vraag of als gevolg van de uitspraak wijzigingen in het beleid wenselijk of noodzakelijk zijn geworden.
33. *Cumpana en Mazare tegen Roemenië*, EHRM 17 december 2004, appl.no. 33348/96, § 91: 'The Court must also ascertain whether the domestic authorities struck a fair balance between, on the one hand, the protection of freedom of expression as enshrined in Article 10, and, on the other hand, the protection of the reputation of those against whom allegations have been made, a right which, as an aspect of private life, is protected by Article 8 of the Convention (see *Chauvy and Others*, cited above, § 70 *in fine*). That provision may require the adoption of positive measures designed to secure effective respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, § 57, ECHR 2004-VI, and *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1505, §§ 61-62).'
34. *Von Hannover tegen Duitsland*, EHRM 24 juni 2004, no. 59320/00, ECHR 2004-VI.
35. *United Communist Party e.a. tegen Turkije*, EHRM 30 januari 1998, nr. 133/1996/752/45: '42. The Court reiterates that notwithstanding its autonomous role and particular sphere of application, Article 11 must also be considered in the light of Article 10. The protection of opinions and the freedom to express them is one of the objectives of the freedoms of assembly and association as enshrined in Article 11 (see, among other authorities, the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, p. 23, § 57, and the *Vogt v. Germany* judgment of 26 September 1995, Series A no. 323, p. 30, § 64).'
- '43. That applies all the more in relation to political parties in view of their essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy (see paragraph 25 above). As the Court has said many times, there can be no democracy without pluralism. It is for that reason that freedom of expression as enshrined in Article 10 is applicable, subject to paragraph 2, not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb (see, among many other authorities, the *Vogt* judgment cited above, p. 25, § 52). The fact that their activities form part of a collective exercise of freedom of expression in itself entitles political parties to seek the protection of Articles 10 and 11 of the Convention.'
- '46. Consequently, the exceptions set out in Article 11 are, where political parties are concerned, to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties' freedom of association. In determining whether a necessity within the meaning of Article 11 § 2 exists, the Contracting States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision embracing both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts (...).'
36. *Refah Partisi (The Welfare Party) e.a. tegen Turkije*, 13 februari 2003, appl. no. 41340/98: '97. The Court has also defined as follows the limits within which political organisations can continue to enjoy the protection of the Convention while conducting their activities (*ibid.*, p. 27, § 57): "(...) one of the principal characteristics of democracy [is] the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome. Democracy thrives on freedom of expression. From that point of view, there can be no justification for hindering a political group solely because it seeks to debate in public the situation of part of the State's population and to take part in the nation's political life in order to find, according to democratic rules, solutions capable of satisfying everyone concerned.'
- '98. On that point, the Court considers that a political party may promote a change in the law or the legal and constitutional structures of the State on two conditions: firstly, the means used to that end must be legal and democratic; secondly, the change proposed

must itself be compatible with fundamental democratic principles. It necessarily follows that a political party whose leaders incite to violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds (see *Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 49, ECHR 2002-II, and, *mutatis mutandis*, the following judgments: *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, nos. 29221/95 and 29225/95, § 97, ECHR 2001-IX, and *Socialist Party and Others v. Turkey*, judgment of 25 May 1998, Reports 1998-III, pp. 1256-57, §§ 46-47).'

'99. The possibility cannot be excluded that a political party, in pleading the rights enshrined in Article 11 and also in Articles 9 and 10 of the Convention, might attempt to derive therefrom the right to conduct what amounts in practice to activities intended to destroy the rights or freedoms set forth in the Convention and thus bring about the destruction of democracy (see *Communist Party (KPD) v. Germany*, no. 250/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 222). In view of the very clear link between the Convention and democracy (see paragraphs 86-89 above), no one must be authorised to rely on the Convention's provisions in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society. Pluralism and democracy are based on a compromise that requires various concessions by individuals or groups of individuals, who must sometimes agree to limit some of the freedoms they enjoy in order to guarantee greater stability of the country as a whole (see, *mutatis mutandis*, *Petersen v. Germany* (dec.), no. 39793/98, ECHR 2001-XII).

In that context, the Court considers that it is not at all improbable that totalitarian movements, organised in the form of political parties, might do away with democracy, after prospering under the democratic regime, there being examples of this in modern European history.'

'102. In addition, the Court considers that a State cannot be required to wait, before intervening, until a political party has seized power and begun to take concrete steps to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy, even though the danger of that policy for democracy is sufficiently established and imminent. The Court accepts that where the presence of such a danger has been established by the national courts, after detailed scrutiny subjected to rigorous European supervision, a State may "reasonably forestall the execution of such a policy, which is incompatible with the Convention's provisions, before an attempt is made to implement it through concrete steps that might prejudice civil peace and the country's democratic regime".'

*Id.* Parti Socialiste de Turquie (STP) et autres c Turquie, EHRM 12 november 2003, nr. 26482/95.

37. *Communist Party of Turkey and others v. Turkey* (zie noot 35): '54. (...) Accordingly, in the absence of any concrete evidence to show that in choosing to call itself "communist", the *TBKP* had opted for a policy that represented a real threat to Turkish society or the Turkish State, the Court cannot accept that the submission based on the party's name may, by itself, entail the party's dissolution.'

38. *Refah Partisi* (zie noot 36): '123. The Court concurs in the Chamber's view that sharia is incompatible with the fundamental principles of democracy, as set forth in the Convention:

"72. Like the Constitutional Court, the Court considers that sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it. The Court notes that, when read together, the offending statements, which contain explicit references to the introduction of sharia, are difficult to reconcile with the fundamental principles of democracy, as conceived in the Convention taken as a whole. It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status

of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts. (...) In the Court's view, a political party whose actions seem to be aimed at introducing sharia in a State party to the Convention can hardly be regarded as an association complying with the democratic ideal that underlies the whole of the Convention.

124. The Court must not lose sight of the fact that in the past political movements based on religious fundamentalism have been able to seize political power in certain States and have had the opportunity to set up the model of society which they had in mind. It considers that, in accordance with the Convention's provisions, each Contracting State may oppose such political movements in the light of its historical experience.

125. The Court further observes that there was already an Islamic theocratic regime under Ottoman law. When the former theocratic regime was dismantled and the republican regime was being set up, Turkey opted for a form of secularism which confined Islam and other religions to the sphere of private religious practice. Mindful of the importance for survival of the democratic regime of ensuring respect for the principle of secularism in Turkey, the Court considers that the Constitutional Court was justified in holding that Refah's policy of establishing sharia was incompatible with democracy (see paragraph 40 above).'

39. De juridische redenering in deze en soortgelijke zaken hield in dat als gevolg van het opgeven van een onjuiste naam een constitutief element aan het naturalisatie-KB kwam te ontvallen, zodat dit geacht werd nooit rechtsgevolgen te hebben gehad. Het woord 'ontnemen' geeft niettemin aan wat in zo'n situatie *de facto* gebeurt.

40. In de zaak *Pretty* (zie noot 8) somt het Hof een aantal elementen op van 'private life' als bedoeld in art. 8 EVRM. § 61: 'the concept of "private life" is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Serie A no. 91, p. 11, § 22). It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity (see *Mikulic v. Croatia*, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-I. (...). Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see, for example, *Burghartz*, cited above, opinion of the Commission, p. 37, § 47, and *Friedl v. Austria*, judgment of 31 January 1995, Series A no. 305-B, opinion of the Commission, p. 20, § 45).'

Uitzetting van een persoon die al lange tijd in een land woont en daar geworteld is in de samenleving, kan een inbreuk zijn op diens *private life*, zie *Slivenko* tegen Letland, GC, appl.no. 48321/99, EHRM 9 januari 2003, CEDH 2002-II, § 95: 'The Court further observes that the case-law has constantly treated the expulsion of long-term residents under the head of "private life" as well as that of "family life", some importance being attached in this context to the degree of social integration of the persons concerned (see for example, *Dalia v. France*, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, pp. 88-89, paras 42-45).' Zie ook *Uner* tegen Nederland, EHRM 18 oktober 2006, appl.no. 46410/99. Uit *Slivenko* zou kunnen worden afgeleid dat ook het aan iemand willekeurig onthouden van de nationaliteit van het land waar hij/zij woont een probleem kan opleveren onder art. 8 EVRM (§ 100). In *Sisojeva* tegen Letland, EHRM 16 juni 2005, appl.no. 60654/00 leidt het Hof uit art. 8 af dat een staat na langdurig verblijf van een immigrant bepaalde positieve verplichtingen heeft ten aanzien van het legaliseren van diens verblijf (§ 108). Na het uitspreken van deze rede is deze zaak door de Grand Chamber van de rol geschrapt omdat door de autoriteiten een oplossing was geboden (EHRM 15 januari 2007, appl.no. 60654/00).

41. De minister baseerde zich klaarblijkelijk op vaste jurisprudentie van de Raad van State en de Hoge Raad dat een Naturalisatiebesluit waarin onjuiste persoonsgegevens zijn opgenomen, geen rechtsgevolg heeft, behoudens bijzondere omstandigheden. Ook na de invoering van art. 14 van de Rijkswet op het Nederlanderschap, dat voor de intrekking van het Nederlanderschap in een belangenafweging voorziet, was deze jurisprudentie gehandhaafd. Het debat concentreerde zich op de vraag of sprake was van bijzondere omstandig-

## 30 WILHELMINA THOMASSEN

heden. Zie Hoge Raad 11 november 2005, RO4/127HR, LJN AT7542, met noot van G.R. de Groot.

42. Zie noot 39.
43. Art. 52 van het Handvest van Fundamentele Rechten van de EU bepaalt dat voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door dit verdrag aan worden toegekend, maar dat dit niet verhindert dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.
44. Art. 41 van het Handvest van Fundamentele Rechten van de EU luidt: '1. Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union.' Dit recht wordt dus niet, zoals ten aanzien van art. 6 EVRM, beperkt tot procedures betreffende de 'determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him'. Zie voor de jurisprudentie van het EHRM op de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op ambtenarenzaken Pellegrin tegen Frankrijk, EHRM 8 december 1999, appl.no. 28541/95, op uitzettingszaken Maaouia tegen Frankrijk, EHRM 5 oktober 2000, appl.no. 399652/98 en voor belastingzaken Ferrazini tegen Italië, EHRM 12 juli 2001, appl.no. 44759/98.
45. Zie over het negeren van Europa in Nederland Ad Geelhoed, voormalig advocaat-generaal bij het Europese Hof van Justitie in Luxemburg in een interview in het NRC Handelsblad van 30 september/1 oktober 2006, onder de kop: 'Het lelijke beest zit al in de woonkamer'. Hij zegt daarin onder meer: 'de burgers zijn compleet verwaarloosd door de nationale politieke elites' en: 'Je zult het debat over de Europese integratie terug moeten brengen in de nationale politieke arena's. Doe je dat niet, dan vergroot je de nationale machtsillusie. Je kunt de fictie niet volhouden dat degene die nationale verkiezingen wint, aan de macht komt, terwijl die macht op een heleboel terreinen eigenlijk niet veel meer is dan invloed.'
46. Zie recentelijk Michael Kirby (High Court of Australia), 'Judicial Dissent – common law and civil law traditions', in *Law Quarterly Review* 2007. Hij schrijft daarin o.m.: 'The notion of law as a rule handed down by people in authority to be obeyed simply because it is pronounced as such, is one that has fewer supporters in common law countries today than was formerly the case. Whether law is made by Parliament, in the Executive Government or in the courts, the necessity that it be transparently made and openly expressed, explained and justified is now commonly accepted.  
In this feature of law in contemporary society that has led to the growth in English-speaking countries of an enlarged administrative law; the proliferation of judicial and constitutional review; the enactment of freedom of information, ombudsman and administrative tribunal legislation; and the increased insistence on the necessity of providing reasons for judicial and administrative decisions.  
In this context, the provision of dissenting opinions is simply one more step in the process of governmental transparency. The assertive, seemingly dogmatic, style of judicial reasoning in the traditional civil law countries is rather unsatisfying, even dismaying, to those brought up in the more transparent and discursive approach of the reasoning of common law courts.'  
Zie ook: Wilhelmina Thomassen, 'Het geheim van de raadkamer en de dissenting opinion', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 686-690.
47. Zie voor deze ontwikkeling en de verhouding tussen constitutional courts en supreme courts recentelijk: Lech Garlicki, 'Constitutional Courts versus Supreme Courts', binnenkort gepubliceerd in *International Journal of Constitutional Law* (I\*CON) 2007/1.
48. Het argument dat de Grondwet aan vernieuwing toe is en dat opheffing van het toetsingsverbod dus geen zin heeft, deugt niet. Het toetsingsverbod heeft onder meer het ongewenste effect gehad dat de Hoge Raad niet is geaccepteerd als lid van de Europese Associatie van Constitutionele rechters, hetgeen neerkomt op een verminderde invloed van Nederland in Europa. Opheffing van het toetsingsverbod vergroot de zichtbaarheid van de Grondwet en verhindert niet dat die Grondwet vervolgens wordt verbeterd.