

RUIMTE VOOR DE NATIONALE RECHTER BIJ DE TENUITVOERLEGGING VAN EHRM-UITSPRAKEN

Lize R. Glas

1. Inleiding

De uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, Hof) laten de Britse premier Cameron bepaald niet koud. Van één uitspraak zei hij 'physically ill' te worden, een andere deed zijn bloed koken. In deze verhitte toestand overweegt hij zelfs om tijdelijk uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM, Verdrag) te stappen om zo te kunnen ontsnappen aan een uitspraak van het Hof.¹ Britse rechters zijn minder heetgebakerd, maar ook zij uiten soms kritiek.² Ook in bijvoorbeeld Nederland, België en Rusland, en recent nog in Spanje, worden uitspraken van het Hof niet altijd enthousiast ontvangen.³ Volgens critici laat het Hof de nationale autoriteiten incidenteel of zelfs structureel onvoldoende bewegingsruimte om naar eigen inzicht de rechten in het EVRM te eerbiedigen.⁴

Uit deze kritiek blijkt dat de verhouding tussen het Hof en de nationale autoriteiten gespannen is. Zo'n spanningsverhouding is eigenlijk ook inherent aan het systeem van Europese mensenrechtenbescherming. Het Hof doet immers bindende uitspraken en geeft uniforme, autonome interpretaties van belangrijke grondrechtenbepalingen, terwijl het, in vergelijking met de nationale autoriteiten, minder kennis van nationale aangelegenheden heeft en minder democratische legitimiteit bezit. De kritiek van de laatste tijd stelt deze spanning op een problematische manier op scherp. De ontwijkende of zelfs afwijzende reactie van de Britse regering op een aantal uitspraken maakt bijvoorbeeld aannemelijk dat zij tot verminderde nationale inzet leidt. Op zijn beurt brengt verminderde nationale inzet de effectiviteit van het EVRM-systeem in gevaar, en dat dreigt vervolgens het beschermingsniveau van de mensenrechten in de Raad van Europa naar beneden te brengen.

Gelet hierop kan het Hof zijn ogen niet sluiten voor de kritiek. Dit geldt zelfs voor kritiek die, bijvoorbeeld in het geval van politici zoals Cameron, ongenueanceerd is en soms politiek gewin als uitgangspunt lijkt te hebben. Maar zeker geldt dit voor beter onderbouwde kritiek die het EVRM-systeem niet enkel wil ondergraven, maar juist wil verbeteren.⁵ Ik beoog in dit essay op eenzelfde manier te werk te gaan als de critici die deze laatste vorm van kritiek uiten. De waarde van het EVRM-systeem voor de bescherming van de mensenrechten is te groot om het enkel als een bedreiging te zien. Meer concreet poog ik een antwoord te vinden op de vraag hoe het Hof de aan het EVRM-systeem inherente spanning kan kanaliseren in het licht van de gegeven kritiek, opdat deze geen afbreuk doet aan de effectiviteit van het EVRM-systeem. Om het antwoord op die vraag zo praktisch en duidelijk mogelijk te maken beperk ik me in dit essay tot de relatie tussen het Hof en de nationale rechter wanneer de nationale rechter een EHRM-uitspraak ten uitvoer legt. De verhouding met andere staatsmachten, zoals de wetgever of bestuursorganen, komt niet verder aan de orde.

Alvorens hierop in te gaan, zal ik de verhouding tussen het Hof en de nationale rechter nader analyseren (paragraaf 2). Paragraaf 3 verduidelijkt de verplichtingen die staten hebben bij de tenuitvoerlegging van een EHRM-uitspraak, en zet uiteen welke rol de nationale rechter kan

¹ www.guardian.co.uk/society/2011/feb/01/prisoners-vote-may-elections-compensation-claims; www.thesun.co.uk/sol/homepage/news/politics/4900591/Qatada-makes-my-blood-boil-David-Cameron.html; <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/conservative/10342403/Britain-may-need-to-withdraw-from-European-Convention-on-Human-Rights-says-Cameron.html>.

² House of Lords 18 juli 2002, *R. v. Boyd* [2002] UKHL 31, par. 12.

³ Zie bijv. S. Adlof, 'Ophef in Spanje over Europees ETA-vonnis', *De Volkskrant* 22 oktober 2013.

⁴ Zie voor een overzicht van kritiek: J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (oratie), 2011, p. 5-6.

⁵ Bijv. J.H. Gerards & A. Terlouw (red.), *Amici Curiae; Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, 2012.

spelen in het naleven van de tenuitvoerleggingsverplichting. In paragraaf 4 geef ik mijn antwoord op de zojuist geïntroduceerde vraag.

2. Schets van de verhouding EHRM – nationale rechter

Zoals ik al aangaf, wordt de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechter grotendeels bepaald door spanning. In deze paragraaf licht ik dit verder toe. Daarnaast beschrijf ik een tweede bijzonder kenmerk van de verhouding, namelijk de noodzaak tot samenwerken.

2.1 Inherente spanning

De spanning tussen het nationale niveau en het EHRM, die inherent is aan het EVRM-toezichtssysteem, vindt zijn oorsprong in drie bronnen. De eerste spanningsbron, die bekend staat als het ‘countermajoritarian problem’, wordt veroorzaakt doordat het EHRM wetgeving kan beoordelen die is aangenomen door een direct democratisch gekozen meerderheid.⁶ Dit probleem is voor rechters welbekend: het speelt ook op nationaal niveau. Omdat dit probleem niet speelt in de verhouding tussen de Europese en nationale rechter vermeld ik het echter alleen volledigheidshalve. Belangrijker voor de onderlinge verhouding is de tweede spanningsbron: het Hof beoordeelt besluiten van nationale autoriteiten (inclusief rechters), terwijl het minder kennis heeft dan de nationale autoriteiten over bijvoorbeeld nationale wetgeving, gevoeligheden en beleid. Dit noem ik hierna het ‘kennisachterstandsprobleem’. De derde spanningsbron: het ‘uniformiteitsprobleem’, vloeit voort uit het feit dat het Hof het EVRM autonoom interpreteert en dus een eigen definitie geeft van begrippen als ‘eigendom’ en ‘burgerlijke rechten’. Het Hof is bovendien bevoegd tot het uitleggen van normen van het EVRM op een manier waardoor een uniform, Europabreed geldend minimumniveau voor de bescherming van grondrechten wordt gecreëerd.⁷ Bij het geven van dergelijke interpretaties is het moeilijk voor het Hof om rekening te houden met de eigenheid van de diverse groep van 47 Verdragsstaten. Deze diversiteit vloeit bijvoorbeeld voort uit de verschillen tussen common en civil law-systemen,⁸ tussen de voormalige Oostblokstaten en de westerse staten⁹ en tussen de wijze waarop staten omgaan met morele en ethische gevoeligheden.¹⁰ De relevantie van deze spanningsverhouding tussen uniformiteit en rekening houden met diversiteit lijkt misschien gering omdat EHRM-uitspraken formeel geen *erga omnes* werking hebben. Daardoor leggen zij geen juridische verplichting aan staten die geen partij zijn bij een zaak. In de praktijk is de spanning er echter wel degelijk, nu algemeen wordt geaccepteerd dat de uitspraken wel interpretatieve kracht of *res interpretata* toekomt en de staten gehouden zijn om rekening te houden met interpretaties die het Hof heeft gegeven in uitspraken tegen andere staten.¹¹ Voor het Hof is er daardoor steeds de uitdaging om te voorzien in een voor alle staten relevante uitleg van het EVRM, die tegelijkertijd rekening houdt met nationale verschillen.¹²

⁶ A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962.

⁷ Zie art. 19 en 32 EVRM.

⁸ Bijv. Supreme Court 9 december 2009, *R v. Horncastle and Others* [2009] UKSC 14, par. 107.

⁹ Zie W. Sadurski, ‘Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe and the Idea of Pilot Judgments’, *HRLJ* 2009, p. 435-445.

¹⁰ Bijv. EHRM 10 april 2007, *Evans t. VK* (GK), nr. 6339/05, par. 79-81.

¹¹ Zie ter illustratie EHRM 29 april 2002, *Pretty t. VK*, nr. 2346/02, par. 75; J.P. Costa, ‘Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the states with a view to preparing the Interlaken Conference’, 3 juli 2009, www.echr.coe.int (zoek op memorandum, Interlaken), p. 6-7; EHRM 7 januari 2010, *Rantsev t. Cyprus en Rusland*, nr. 25965/04, par. 197; Verklaring van Interlaken, 19 februari 2010, par. B.4.c; Trajkovska, M. L., ‘Ways and means to recognise the interpretative authority of judgments against other states’, 1-2 oktober 2010, http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125_skopje.pdf; EHRM 22 mei 2012 (GK), *Scoppola t. Italië* (nr. 3), nr. 126/05, par. 93-96. Zie uitgebreid hierover ook J.H. Gerards, ‘The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of ‘shared responsibility’’, in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, par. 3.2.

¹² Zie daarover nader ook Gerards 2014, par. 2 en 3.

Gezien de drie spanningsbronnen is het bijna onvermijdelijk dat de nationale autoriteiten de EHRM-uitspraken kritisch bejegenen, al hoeft de kritiek niet altijd zo geprononceerd te zijn als die van Cameron. Meestal komt de nationale kritiek op uitspraken op een veel minder expliciete manier tot uitdrukking: nationale autoriteiten kunnen een uitspraak simpelweg negeren of de tenuitvoerlegging verregaand vertragen.¹³ Ook de nationale rechter blijkt niet altijd bereid om de uitspraken van het Hof zonder meer over te nemen. Vaak volstaat hij met een tamelijk minimalistische toepassing of hij past een EHRM-uitleg in ieder geval zoveel mogelijk aan de nationale rechtspraak en regelgeving aan. Hooggerechtshoven in onder meer het Verenigd Koninkrijk (VK), Duitsland en Frankrijk hebben daarnaast aangegeven dat zij weliswaar graag bereid zijn om EHRM-uitspraken te volgen, maar dat zij die toch altijd kritisch bejegenen. Waar nodig zullen zij hun eigen koers varen.¹⁴

De inherente spanning kan dus gemakkelijk leiden tot verminderde nationale inzet bij de tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken. Hoewel het Hof bedacht moet zijn op potentiële kritiek en niet-naleving, betekent juist het genoemde kennisachterstandsprobleem dat het voor het Hof lang niet altijd gemakkelijk is te voorspellen waar, wanneer en waarom die kritiek opkomt. Daardoor is het lastig daarop te anticiperen. Dit hoeft echter niet altijd een bedreiging voor het Hof te vormen. Integendeel: de spanning en kritiek kunnen het Hof ertoe aansporen zorgvuldige en uitgebalanceerde uitspraken te doen die rekening houden met de democratische legitimiteit van nationale autoriteiten, die steunen op nationale kennis en die ruimte laten voor diversiteit. Zo gezien is inherente spanning, net als het EVRM-systeem zelf, niet alleen een bedreiging, maar ook een kans.

2.2 Noodzaak tot samenwerken

De verhouding tussen het Hof en de nationale autoriteiten wordt daarnaast gekenmerkt door de noodzaak tot samenwerken voor het effectief functioneren van het EVRM-systeem.¹⁵ Deze noodzaak komt ondermeer voort uit het gegeven dat het Hof niet over de middelen beschikt om de implementatie van het Verdrag of de tenuitvoerlegging van een uitspraak af te dwingen. Uiteindelijk beslist de betrokken staat of daartoe wordt overgegaan.¹⁶ Door het gebrek aan dwangmiddelen is het Hof grotendeels aangewezen op een goede samenwerkingsverhouding met de nationale autoriteiten om hen ervan te overtuigen een uitspraak ten uitvoer te leggen. Daarnaast schrijft het Verdrag voor dat verantwoordelijkheden worden gedeeld: de nationale autoriteiten zijn primair verantwoordelijk voor de implementatie van het Verdrag, terwijl het Hof de rol heeft van toezichthouder en derhalve subsidiaire verantwoordelijkheid heeft.¹⁷ Om deze gedeelde verantwoordelijkheid goed te kunnen uitoefenen, is een zekere mate van samenwerking onontbeerlijk.¹⁸

¹³ Het kostte de Belgische wetgever acht jaar om wetgeving aan te passen na de *Marckx* uitspraak. Ook de rechters pasten hun rechtspraak niet aan, zie EHRM 9 november 1991, *Vermeire t. België*, nr. 12849/87, par. 25; Rusland betaalt billijke genoegdoening in Tsjetsjeense zaken, maar neemt geen andere maatregelen, zie C. Hillebrecht, 'Implementing International Human Rights Law at Home: Domestic Politics and the European Court of Human Rights', *HRR* 2012, p. 289; Sommige Duitse rechters weigerden *M. t. Duitsland* en *Haidn t. Duitsland* te volgen, totdat het Bundesverfassungsgericht hen een halt toe riep, zie G. Merkel, 'Case Note - Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision *Haidn v. Germany* of 13 January 2011', *GLJ* 2011, p. 975-977.

¹⁴ Zie voor een rechtsvergelijkende analyse op dit punt Gerards & Fleuren 2014; zie ook C.J. van de Heyning, 'The Natural 'Home' of Fundamental Rights Adjudication: Constitutional Challenges to the European Court of Human Rights', *YEL* 2012, p. 143-144.

¹⁵ T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Legal Protection against Violations of the European Convention on Human Rights: Improving (Co-)operation of Strasbourg and Domestic Institutions', *LJIL* 1999, p. 833-834; L. Garlicki, 'Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe', *IJCL* 2008, p. 511, 516, 521; L.R. Helfer, 'Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Right Regime', *EJIL* 2008, p. 158; C. Paraskeva, 'Returning the Protection of Human Rights to Where They Belong, At Home', *IJHR* 2008, p. 422; Brighton Verklaring, 2012, par. 3-4; Gerards 2014.

¹⁶ Zie voor een andere verklaring: Garlicki 2008, p. 511.

¹⁷ Art. 1 en 19 EVRM.

¹⁸ Vgl. Gerards 2014, par. 3.5.

3. De rol van nationale rechters bij de tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken

De tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken speelt een belangrijke rol waar het gaat om de onderlinge relatie tussen het Hof en de staten. Volgens artikel 46 EVRM is een uitspraak van het EHRM bindend voor de staat die partij is bij een zaak. De staat is verplicht deze ten uitvoer te leggen. Deze verplichting vangt aan op het moment dat een uitspraak een einduitspraak is;¹⁹ vanaf dan ziet het Comité van Ministers toe op de tenuitvoerlegging.²⁰ De daarop volgende tenuitvoerleggingsfase eindigt formeel wanneer het Comité van Ministers zijn taak beëindigd heeft door een eindresolutie aan te nemen waarin het vaststelt dat de staat alle maatregelen heeft genomen die nodig zijn om zich te houden aan de einduitspraak.²¹ De tenuitvoerleggingsverplichting omvat drie aspecten: de schending moet worden beëindigd, het slachtoffer moet rechtsherstel worden geboden en toekomstige schendingen moeten worden voorkomen.²² De staat is vrij om naar eigen inzicht invulling te geven aan deze verplichtingen, het gaat om een resultaatverplichting. De vraag die in deze paragraaf centraal staat is welke rol de nationale rechter speelt in het vervullen van deze verplichtingen.

Een eerste goede mogelijkheid tot tenuitvoerlegging is dat een al afgesloten nationale rechtszaak wordt herzien. Dit is een individuele maatregel, gericht op de klager, die tot doel heeft een schending te beëindigen en rechtsherstel te verschaffen wanneer een schending is veroorzaakt door een rechterlijke uitspraak of procedure. Dit instrument is vooral geschikt om rechtsherstel te bieden voor een veroordeling na een proces dat in strijd bleek te zijn met artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces), of na een beoordeling door een rechter die niet aan de artikel 6-vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid voldeed.²³ Herziening is niet alleen nuttig in strafrechtelijke zaken, maar kan ook aangewezen zijn in civiele of bestuursrechtelijke kwesties.²⁴

Ten tweede kan een rechter zijn eigen rechtspraak harmoniseren met een EVRM-uitspraak en op deze manier een bijdrage leveren aan de tenuitvoerlegging. Nationale rechters gebruiken dit instrument veelvuldig. Zo paste het Duitse Bundesverfassungsgericht bijvoorbeeld zijn rechtspraak aan naar aanleiding van de EHRM-uitspraak in *Von Hannover t. Duitsland*, waarin het Hof had geoordeeld dat de beslissing van de nationale rechters om publicatie van foto's van de klager toe te staan een schending opleverden van artikel 8 EVRM. Voor het EHRM was de aanpassing door het Bundesverfassungsgericht een belangrijke reden om in een daaropvolgende uitspraak, *Von Hannover (no. 2) t. Duitsland*, geen schending te vinden.²⁵ Harmoniserende interpretatie richt zich, anders dan heropening en herziening, niet alleen op het individuele geval van de klager, maar heeft een bredere strekking. Daardoor kan deze vorm van rechterlijke interventie helpen om toekomstige schendingen te voorkomen. Zeker als de rechter wetgeving die op het oog in strijd is met het EVRM uitlegt in overeenstemming met een nieuw EHRM-precedent.²⁶ Harmonisatie is daarnaast essentieel als de nationale rechtspraak de oorzaak is van een schending.

4. Ruimte voor de nationale rechter

4.1 Inleiding

¹⁹ Art. 44 en 46 lid 1 EVRM.

²⁰ Art. 46 lid 2 EVRM.

²¹ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, Regel 17.

²² EHRM 31 oktober 1995 (Art. 50), *Papamichalopoulos e.a. t. Griekenland*, nr. 14556/89, par. 34.

²³ EHRM 12 mei 2005, *Öcalan t. Turkije*, nr. 46221/99, par. 210.

²⁴ P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM*, 2003, p. 375, 397, 435. In het buitenland bestaat die mogelijkheid dan ook wel; zie daarover nader Gerards & Fleuren 2014.

²⁵ EHRM 17 februari 2012 (GK), nr. 40660/08 en 60641/08, par. 114, 125-126.

²⁶ Bijv. EHRM, *Vermeire t. België*, par. 25-26.

In paragraaf 2 heb ik uitgelegd dat het voor het EHRM belangrijk is om de kritiek op zijn uitspraken te kanaliseren en de voordelen van de bestaande spanningsverhouding optimaal te benutten. Daarbij kan het gebruik maken van de daar ook al genoemde mogelijkheden tot samenwerking en deling van verantwoordelijkheden met de nationale rechter. Volgens mij kan het Hof dit doen door de nationale rechter meer ruimte en een explicietere verantwoordelijkheid te geven om invulling te geven aan de tenuitvoerleggingsverplichting van art. 46 EVRM.

Zoals opgemerkt dragen de nationale autoriteiten primaire verantwoordelijkheid voor de implementatie van het EVRM. Terughoudendheid past bij de subsidiaire verantwoordelijkheid van het Hof. Dit is bijzonder belangrijk voor de tenuitvoerleggingsverplichting, omdat zij een resultaatsverplichting is waaraan de staten invulling geven. Beslissingsruimte is verder belangrijk omdat het de inherente spanning tussen het Hof en de staten kan verminderen - als het Hof bepaalde kwesties onbeslist laat of uitdrukkelijk overlaat aan de staten, is er immers minder reden om het Hof te beschuldigen van te grote bemoeienis en wordt recht gedaan aan het kennisachterstandsprobleem, het uniformiteitsdilemma en het 'countermajoritarian problem'.

Ik betoog daarbij overigens niet dat het Hof alsmaar meer ruimte moet geven aan de nationale rechter of andere nationale autoriteiten, zoals sommige critici betogen. Het EVRM-systeem biedt alleen kansen wanneer het soms ook een bedreiging vormt voor de nationale beslissingsruimte, d.w.z. als het die beslissingsruimte inperkt op een manier die de nationale autoriteiten (op het eerste gezicht) niet zo aanstaat. Bovendien is het soms nodig, zoals ik hieronder laat zien, om op een bepaald punt streng te zijn om vervolgens toegieflijker te kunnen zijn. Niettemin denk ik dat het waardevol is als het EHRM sterker inzet op het bieden van ruimte en het geven van verantwoordelijkheden aan de nationale rechter.

Om zo concreet mogelijk te kunnen aangeven welke kansen er op dit punt bestaan, leg ik hieronder vrij gedetailleerd uit hoe het Hof de nationale rechter voldoende of meer ruimte kan geven in de tenuitvoerleggingsfase. Deze invulling is voornamelijk ingegeven door de manier waarop het Hof en de nationale autoriteiten zich tot elkaar verhouden, zoals geschetst in paragraaf 2, en gaat afzonderlijk in op herziening en harmoniserende interpretatie, de twee manieren waarop de nationale rechter betrokken kan raken in de tenuitvoerleggingsfase, zoals beschreven in paragraaf 3.

4.1 Ruimte voor de nationale rechter: herziening

4.1.1 Bevel tot herziening

De eerste relevante vraag inzake herziening is, of een nationale rechter de ruimte moet hebben om zelf te kunnen beslissen of hij een zaak herziet en, of de nationale wetgeving bepalend kan zijn bij het geven van de bevoegdheid tot herziening. Ik stel voor dat dit niet altijd zo zou moeten zijn: volgens mij moet het Hof in zijn dictum soms eisen dat een nationale rechter een zaak herziet. Juist op dit punt moet het streng zijn. De reden hiervoor is dat in sommige zaken mijns inziens alleen herziening een EVRM-schending effectief kan beëindigen en daadwerkelijk rechtsherstel kan bieden.²⁷ Het alternatief, billijke genoegdoening, is dan ontoereikend.²⁸ Een voorbeeld is de zaak *Nechiporuk en Yonkalo t. Oekraïne*.²⁹ Daarin vond het Hof dat het recht op een eerlijk proces was geschonden omdat de veroordeling van de klager was gebaseerd op bekentenissen die verkregen waren door marteling. In zo'n zaak is herziening noodzakelijk om rechtsherstel te kunnen bieden: alleen dan kan immers worden nagegaan of de veroordeling ook

²⁷ Hier wordt niet in gegaan de vorm van herziening, zie hiervoor: Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (red.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, 1999.

²⁸ Aldus ook T. Spronken, 'Sitting on the ruins of justice, redress for the plaintiff after Strasbourg; reconsideration instead of review', in: Barkhuysen, van Emmerik & van Kempen 1999, p. 260; Aanbeveling (2000)2 van het Comité van Ministers; E. Lambert Abdelgawad, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, 2008, p. 18-19.

²⁹ EHRM 21 april 2004, nr. 42310/04, par. 260-261.

zonder gebruikmaking van het in strijd met het EVRM verkregen bewijs stand houdt. Een schadevergoeding kan in ieder geval niet volstaan, zeker niet als de betrokkenen vervolgens gewoon in de gevangenis blijven zitten. Een ander voorbeeld is de zaak *Van Mechelen e.a. t. Nederland*, waar, zonder de anonieme getuigenis die in strijd kwam met artikel 6 lid 3 EVRM, de klagers niet veroordeeld hadden kunnen worden.³⁰ In dergelijke situaties heeft de nationale rechter zijn primaire verantwoordelijkheid zo vergaand verzaakt dat het Hof grenzen en eisen moet stellen. Een dwingende uitspraak op dit punt vormt weliswaar een bedreiging voor de beslissingsvrijheid van de nationale autoriteiten, maar voor het Hof is het een kans om de bescherming van de EVRM-rechten effectief te waarborgen. Het bieden van discretionaire vrijheid aan de nationale rechter op dit punt zou de effectiviteit van het EVRM-systeem eerder verminderen dan vergroten en is daarom onwenselijk. Bovendien is de kans op een escalatie in de onderlinge verhoudingen tussen het Hof en de staten ook weer niet zo groot wanneer het Hof herziening alleen verplicht stelt in zaken waarin dat vanwege de aard van de schending duidelijk wenselijk of noodzakelijk is voor rechtsherstel.³¹

Natuurlijk blijft een belangrijk probleem wel dat voor herziening op nationaal niveau meestal een uitdrukkelijke bevoegdheidsgrondslag nodig is. Als die in wetgeving ontbreekt, staat de nationale rechter met lege handen, ook al heeft het Hof nog zo uitdrukkelijk aangegeven dat herziening nodig is. Ik kom daar later op terug.

Aan mijn voorstel dat het Hof herziening moet kunnen bevelen kleven zeker nadelen. De klager moet na een vaak langdurige nationale en EHRM-procedure weer verder procederen op nationaal niveau tijdens herziening. Dit is een reëel probleem, maar het is grotendeels onvermijdelijk omdat in de zaken die ik voor ogen heb, zoals ik eerder schreef, alleen herziening een EVRM-schending effectief kan beëindigen. Om aan dit bezwaar tegemoet te komen zou het Hof een bevel tot herziening wel selectief kunnen inzetten. Ten eerste zou het Hof enkel herziening kunnen bevelen als de klager dat inderdaad wil, of zou het een keuzemogelijkheid aan de klager kunnen laten: herziening of een hogere compensatie voor de geleden schade. In het dictum van *Lungoci t. Roemenië* deed het Hof al iets vergelijkbaars: het beval herziening als de klager dat wenste en kende de klager daarbij 5.000 euro billijke genoegdoening toe.³² Ten tweede zou het Hof herziening kunnen eisen binnen een bepaalde termijn en billijke genoegdoening kunnen toekennen als herziening niet binnen die termijn plaatsvindt. Ook daarvan zijn in de rechtspraak al voorbeelden te zien, zij het in een andere context. Zo eiste het Hof in het dictum van *Bijelić t. Montenegro en Servië* dat Montenegro binnen een bepaalde termijn een nationale rechtelijke uitspraak ten uitvoer zou leggen en gaf het aan dat, wanneer dit niet zou lukken, de staat de twee klagers 92.000 euro moest betalen in plaats van de 4.500 euro die hen bij geslaagde handhaving toe kwam.³³

Een andere vraag die zich in dit kader opwerpt betreft de haalbaarheid van mijn voorstel. Een eerste vraag is of het Hof juridisch gezien herziening kan bevelen zonder dat de verdragsstaten collectief de verantwoordelijkheid nemen om het Verdrag te wijzigen. Dit zou nodig zijn indien het Verdrag het Hof niet toestaat herziening te eisen in het dictum van een uitspraak. Het is duidelijk dat het Verdrag het Hof niet expliciet de bevoegdheid geeft om herziening te eisen. Op dit moment is alleen met zoveel woorden de mogelijkheid gegeven om billijke genoegdoening toe te kennen aan de klager.³⁴ Desondanks beveelt het Hof in het dictum van pilot-uitspraken wel algemene maatregelen, soms inclusief een deadline,³⁵ en individuele maatregelen in andere uitspraken, zoals in *Bijelić* en *Lungoci*. Het Hof heeft deze praktijk ontwikkeld zonder verdragwijziging en op grond van artikel 46 EVRM.³⁶ Gelet daarop is het

³⁰ EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93 e.a.

³¹ Een Aanbeveling (2000)2 van het Comité van Ministers kan als leidraad dienen om te beoordelen of herziening nodig is.

³² EHRM 26 januari 2006, nr. 62710/00, par. 3(a) (dictum)

³³ EHRM 28 april 2009, nr. 11890/05, par. 5 (dictum).

³⁴ Art. 41 EVRM.

³⁵ Procesreglement, regel 61 lid 4.

³⁶ Zie over dit artikel par. 3 van dit essay.

aannemelijk dat een verdragswijziging niet noodzakelijk is voor mijn voorstel. Als het Hof nu al de staten kan bevelen dat zij een veroordeling tot levenslang omzetten in een straf die in overeenstemming is met de EHRM-principes,³⁷ of dat zij binnen een jaar een systeem voor schadevergoedingen opzetten voor mogelijk 25.000 personen,³⁸ waarom zou het Hof op basis van artikel 46 EVRM geen herziening kunnen eisen?

Het Hof zal zijn huidige benadering dan overigens wel moeten aanpassen, nu het in verschillende zaken heeft geoordeeld dat het geen rechtsbevoegdheid heeft om herziening te bevelen. Vooralsnog heeft het zich beperkt tot de constatering dat herziening een passende maatregel zou zijn.³⁹ Ook heeft het Hof geoordeeld dat het geen schending kan vaststellen omdat een zaak niet is herzien na een eerdere constatering van een EVRM-schending door het Hof.⁴⁰ Toch laat ook de huidige rechtspraak al wel wat ruimte. Opmerkelijk genoeg, en in tegenspraak met de hiervoor genoemde benadering, eist het Hof soms zelfs al dat een zaak wordt herzien of dat een strafmaat wordt aangepast, zelfs in het dictum.⁴¹

Een verder punt van haalbaarheid noemde ik al even. De situatie kan zich voordoen dat de nationale rechter op grond van het nationale recht geen bevoegdheid heeft om een uitspraak te herzien, zodat het weinig zin heeft om een bevel tot herziening te geven. Als dat het geval is, moet het Hof vooral ook de wetgever aansporen tot handelen. Aangezien het Hof wel vaker verplicht tot introductie of aanpassing van wetgeving is het niet ondenkbaar dat het dit ook doet met betrekking tot herziening.⁴² Overigens geldt wel dat de nationale wetgevers nu al een verantwoordelijkheid hebben op dit punt, ook zonder concreet bevel van het Hof. Het EVRM verplicht de staten er immers toe om hun rechtssysteem zo in te richten dat rechters de Verdragsverplichtingen kunnen nakomen.⁴³ Er zijn echter nog maar weinig staten die herziening, naast in het strafrecht, ook in het civiele of het bestuursrecht toestaan.⁴⁴ Nederland is hiervan een voorbeeld.⁴⁵ Wetswijzigingen moeten in alle staten, inclusief Nederland, dan ook snel worden doorgevoerd.

4.1.2 Ruimte bij herziening

In het voorgaande ben ik alleen ingegaan op de vraag of het Hof de nationale rechter een bevel tot herziening zou moeten kunnen opleggen. Een volgende vraag is wat de mate van beslissingruimte is waarover de nationale rechter moet beschikken wanneer hij een zaak opnieuw beoordeelt na herziening. Mijns inziens zou deze ruimte onbeperkt moeten zijn: alle elementen van bewijs en alle rechtsgronden zouden opnieuw in de beoordeling moeten worden betrokken. Het Hof zou dus geen zeggenschap moeten hebben over de conclusie die de nationale rechter trekt in een herziene zaak, maar zou alleen mogen aangeven dat herziening nodig is. Dergelijke bewegingsruimte is om verschillende redenen wenselijk. Ten eerste omdat in de beoordeling van een zaak door het Hof dan wel de nationale rechter, andere factoren een rol kunnen spelen, waardoor zij verschillende beslissingen kunnen nemen. De nationale rechter moet bijvoorbeeld, vooral in civiele zaken, meer dan de Europese rechter, uitspraak doen in 'multipolaire' situaties. Dat wil zeggen dat hij rekening moet houden met de belangen van derden die wel in het nationale proces, maar niet in de EHRM-zaak betrokken zijn.⁴⁶ Ook kunnen de feitelijke en juridische omstandigheden zijn veranderd nadat het Hof uitspraak heeft gedaan; ook hier moet de nationale rechter rekening mee houden.⁴⁷ Terughoudendheid van het Hof op

³⁷ EHRM 17 september 2009, *Scoppola t. Italië (nr. 2)* (GC), nr. 10249/03, par. 6(a) (dictum).

³⁸ EHRM, 26 juni '12, *Kurić e.a. t. Slovenië*, nr. 26828/06, par. 342, 9 (dictum).

³⁹ Bijv. EHRM 30 juni 2009, *VgT (nr. 2)*, nr. 32772/02, par. 88-89.

⁴⁰ EHRM 8 juli 2003, *Lyons e.a. t. VK*, nr. 15227/03.

⁴¹ Bijv. EHRM, *Lungoci t. Roemenië*, par. 3(a) (dictum) en EHRM, *Scoppola t. Italië (nr. 2)*, par. 6(a) (dictum).

⁴² Hartwig 2005, p. 886.

⁴³ EHRM 28 juli 1999, *Bottazzi t. Italië* (GC), nr. 34884/97, par. 22; EHRM, *VgT (nr. 2)*, par. 97.

⁴⁴ Hartwig 2005, p. 883.

⁴⁵ Art. 457 Sv.

⁴⁶ Explanatory Report bij Aanbeveling (2000)2, par. 15; Bundesverfassungsgericht 14 oktober 2004, 2 BvR 1481/04, par. 50, 58; Lambert Abdelgawad 2008, p. 18; Paraskeva 2008, p. 433.

⁴⁷ Bundesverfassungsgericht 14 oktober 2004, par. 50, 62; Hartwig 2005, p. 887.

het punt van de inhoud van de herziening past ook goed bij de taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechter. Het stellen van grenzen, namelijk het verplicht stellen van herziening, vloeit rechtstreeks voort uit de toezichtrol van het Hof. Verdere invulling geven aan de manier waarop de nationale rechter zich vervolgens beweegt binnen die grenzen niet. Bovendien is al vermeld dat het Hof alleen een resultaatsverplichting kan opleggen. Dat betekent dat het Hof wel het resultaat van tenuitvoerlegging, namelijk herziening, kan expliciteren, maar niet de weg daar naartoe.⁴⁸ Dit betekent dat de nationale rechter tijdens herziening een relatief grote *margin of appreciation* toekomt. Er ligt al een EHRM-uitspraak waarop hij kan steunen en waarmee hij rekening moet houden, maar voor het overige is hij vrij om een eigen oordeel te vellen.

Om dit voorstel te verwezenlijken en de nationale rechter dus voldoende ruimte te geven bij herziening, moet het Hof zelf wel het een en ander aanpassen in zijn huidige rechtspraakbenadering. Momenteel eist het Hof namelijk dat een herziene zaak in overeenstemming is met de 'conclusions and spirit' van zijn uitspraak, waarbij het vaak vergaande eisen stelt aan de manier waarop een rechter een zaak beoordeelt.⁴⁹ *Emre t. Zwitserland (nr. 2)* is een voorbeeld van hoe het niet moet. In deze zaak ging het Hof uitvoerig in op de afwegingen van de nationale rechter tijdens herziening en legde het uit welke beoordeling 'the most natural' zou zijn geweest.⁵⁰ Dat bleek een beoordeling te zijn die heel dicht aanlag tegen de beoordeling die het Hof zelf had gegeven in de eerste zaak *Emre* en waarbij nauwelijks een andere weging van belangen mogelijk was. Door een zo grote mate van overeenstemming te vereisen met de eigen benadering en door te eisen dat de nationale rechter alle EHRM-overwegingen overneemt, is sprake van een vergaande beperking van diens bewegingsvrijheid. Dat is in duidelijke tegenspraak met de belangen die zijn gediend met een meer onbeperkte ruimte voor de nationale rechter tijdens herziening.

Natuurlijk is er wel iets te zeggen voor het stellen van enige eisen aan de inhoud van de herziening, gelet op de noodzaak van goede bescherming van fundamentele rechten. Het gaat er hier om een goed midden te vinden. Het EHRM zou wel kunnen vereisen dat bij herziening zijn bevindingen in acht worden genomen. Daarnaast mag het terughoudend toetsen of de nationale rechter het hoofdpunt van zijn eerdere constatering van een schending in acht heeft genomen teneinde te voorkomen dat het beschermingsniveau te zeer afneemt.

Hiermee is duidelijk dat de nationale rechter eveneens verantwoordelijkheid toekomt als het Hof mijn voorstel zou volgen. Alhoewel hij een grote bewegingsruimte heeft bij herziening, moet de beoordeling wel van een zodanig niveau zijn dat het Hof erop kan vertrouwen dat verdere bemoeienis inderdaad niet nodig is. De nationale rechter moet de overwegingen van het Hof grondig analyseren en zich afvragen op welke wijze zij relevant zijn tijdens de herbeoordeling.⁵¹ De nationale rechter mag een EHRM-uitspraak dus nooit systematisch en zonder reflectie ten uitvoer leggen.⁵² Hij moet altijd de keuzes die hij maakt motiveren en er, indien relevant, voor zorgen dat de herziene uitspraak aan artikel 6 EVRM voldoet en daarnaast geen andere schendingen herhaalt of veroorzaakt.⁵³

4.3 Ruimte voor de nationale rechter: harmoniserende interpretatie weigeren

4.3.1 Redenen voor een meer autonome houding van de nationale rechter

In paragraaf 3 gaf ik aan dat harmoniserende interpretatie een belangrijke manier is om uitvoering te geven aan EHRM-uitspraken. In het licht van de spanningsverhouding tussen de staten en het EHRM is een interessante vraag of het Hof de nationale rechters de ruimte moet geven om juist te *weigeren* om tot harmonisatie over te gaan. Ik beantwoord deze vraag

⁴⁸ De uitspraak stippelt deze weg wel enigszins uit.

⁴⁹ EHRM 11 oktober 2011, *Emre t. Zwitserland (nr. 2)*, nr. 5056/10, par. 68.

⁵⁰ par. 73.

⁵¹ Zie ook Bundesverfassungsgericht 14 oktober 2004, par. 64-65, 69-70.

⁵² Bundesverfassungsgericht 14 oktober 2004, par. 50, 59, 68.

⁵³ Aldus ook Paraskeva 2008, p. 433.

bevestigend in drie omstandigheden die ik hieronder uiteenzet.⁵⁴ De mogelijkheid om harmoniserende interpretatie te weigeren en in plaats daarvan een eigen, nationale interpretatie te geven is een goede uitlaatklep voor spanning. Anders dan herziening, die alleen op de situatie van de individuele klager ziet, heeft harmoniserende interpretatie immers een veel bredere uitwerking, met mogelijk grote gevolgen voor de betrokken staat. Als het EHRM harmoniserende interpretatie verplicht zou stellen, zou dit gemakkelijk tot een escalatie van de spanning leiden. Er zijn bovendien enkele meer inhoudelijke redenen om te pleiten voor een meer 'autonome' opstelling van de nationale rechter jegens het Hof.

De eerste reden houdt verband met de in paragraaf 2 besproken kennisachterstands- en uniformiteitsproblemen en met de wijze waarop deze problemen afbreuk kunnen doen aan de kwaliteit van EHRM-uitspraken.⁵⁵ Een uitspraak kan getuigen van onvoldoende kennis van het relevante nationale rechtssysteem of onvoldoende rekening houden met de diversiteit in de Verdragsstaten. Daarnaast kan een uitspraak simpelweg onduidelijk of inconsistent zijn. Het kan bijvoorbeeld, vanwege het casuïstische karakter van de EHRM-uitspraken, onduidelijk zijn welke algemene conclusies de nationale rechter aan de uitspraak moet verbinden. Wanneer de nationale rechter op grond van één van deze punten weigert zijn rechtspraak in overeenstemming te brengen met die van het Hof, geeft hij een duidelijk signaal aan het Hof. Als het Hof dit signaal vervolgens oppakt en zijn rechtspraak aanpast, verbetert dit de kwaliteit van zijn eigen uitspraken. De uitspraken zijn op vollediger kennis is gestoeld, houden meer rekening met diversiteit of zijn duidelijker en consistent. Of harmonisatie in de praktijk kan leiden tot kwaliteitsverbetering is natuurlijk wel afhankelijk van de vraag of de nationale rechter een zaak voor zich krijgt waarin hij harmonisatie kan weigeren en van de vraag of het Hof de kans krijgt de kritiek van de nationale rechter te verwerken. Het Hof heeft deze kans wanneer een individuele klager een EHRM-zaak aanbrengt als reactie op een weigering van de nationale rechter om door middel van harmonisatie een eerdere EHRM-uitspraak ten uitvoer te leggen. In de vervolgzaak kan het Hof, in het licht van de kritische nationale rechtspraak, zijn eerdere rechtspraak aanpassen. Deze kans bestaat ook wanneer een zaak wordt verwezen naar de Grote Kamer.

De tweede reden voor een meer autonome houding van de nationale rechter houdt verband met de noodzakelijke samenwerking in het EVRM-systeem. De weigering tot harmonisatie lijkt op het eerste gezicht een weigering tot samenwerking, maar kan ook als een manier van samenwerking worden beschouwd. Juist omdat er een samenwerkingsverhouding bestaat, moet het Hof 'ruimte laten voor pogingen van de nationale rechter [om het] te bewegen van de dwaling zijns weegs terug te keren'.⁵⁶ In het bijzonder past een autonoom oordelende nationale rechter ook bij de idee van het delen van verantwoordelijkheden: wanneer de nationale rechter van mening is dat het Hof zijn verantwoordelijkheid niet op de juiste manier is nagekomen, neemt hij zijn eigen verantwoordelijkheid door het Hof hierop te wijzen en geen uitvoering te geven aan een EHRM-uitspraak. Als het Hof daarop vervolgens weer reageert, ontstaat een wisselwerking die uiteindelijk positief kan bijdragen aan de onderlinge verhoudingen tussen staten en EHRM, en dat komt uiteindelijk ten goede aan de effectiviteit van het EVRM-beschermingssysteem.

4.3.2 Wanneer mag de nationale rechter een harmoniserende interpretatie weigeren?

⁵⁴ Aldus ook S.K. Martens, 'Het Europese EHRM voor de Rechten van de Mens en de nationale rechter', *NJCM-Bulletin* 2000, p. 758-759; G. Corstens, 'De veranderende constitutionele rol van de rechter', in: M. Diamant e.a. (red.), *The Powers that Be. Op zoek naar nieuwe checks and balances in de verhouding tussen wetgever, bestuur, rechter en media in de veellagige rechtsorde*, 2013, p. 88.

⁵⁵ Aldus ook P.H.P.H.M.C. van Kempen & R. van Elst, 'Ongehoorzaamheid van de strafrechter aan het EHRM en HvJEG. Gemotiveerde afwijking van Europese rechtspraak en de noodzaak tot dialoog', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter. Rechters versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, 2006, p. 253, 262-263.

⁵⁶ Martens 2000, p. 759.

Als gezegd denk ik dat er drie omstandigheden zijn die een weigering tot harmoniserende interpretatie kunnen rechtvaardigen. In de eerste plaats kan een nationale rechter tot de conclusie komen dat het Hof als gevolg van het kennisachterstandsprobleem tot een uitspraak is gekomen die blijk geeft van een misvatting van het nationale recht.⁵⁷ De misvatting moet wel dermate belangrijk zijn dat het Hof zonder de misvatting waarschijnlijk geen schending had gevonden. De Britse rechter stelde bijvoorbeeld vast dat, wanneer het stelsel van militaire rechtbanken 'more fully' was uitgelegd aan het Hof in de zaak *Morris*, het Hof geen schending van artikel 6 EVRM had gevonden.⁵⁸ Naar aanleiding van de meer volledige uitleg over een waarborg waarover de Kamer niet was geïnformeerd, paste de Grote Kamer de EHRM-jurisprudentie aan.⁵⁹

De tweede omstandigheid bestaat wanneer het Hof een uniforme en autonome EVRM-uitleg geeft die grote moeilijkheden creëert vanwege de lokale omstandigheden en constitutionele waarden waarmee de nationale rechter wordt geconfronteerd.⁶⁰ Weigering op grond van het in paragraaf 2 besproken uniformiteitsprobleem is in overeenstemming met het standpunt van het Italiaanse, Britse en Duitse Hooggerechtshof: zij weigeren een EHRM-uitspraak te volgen die onvoldoende waarde hecht aan of rekening houdt met fundamentele nationale beginselen en rechten.⁶¹ Het Britse Supreme Court bijvoorbeeld was bezorgd of het Hof in *Al-Khawaja en Tahery*, een zaak over het gebruik van *hearsay* bewijs, de 'particular aspects of our domestic process' voldoende op waarde had geschat. Het Supreme Court vond het vooral problematisch dat de EVRM-rechtspraak aangaande artikel 6 lid 3 sub d EVRM (het ondervragingsrecht van de verdediging) zich grotendeels had ontwikkeld in zaken afkomstig uit civil law-systemen.⁶² Het Supreme Court besloot daarom zijn rechtspraak niet in overeenstemming te brengen met die van het EHRM. Uiteindelijk koos de Grote Kamer van het EHRM een meer flexibele benadering, zoals voorgesteld door het Supreme Court, en oordeelde dat in uitsluitende of beslissende mate steunen op *hearsay* bewijs niet automatisch een schending oplevert van artikel 6 EVRM.⁶³

De derde en laatste omstandigheid bestaat wanneer een EHRM-uitspraak onduidelijke of inconsistente principes verkondigt, waardoor de kwaliteit van de Europese rechtspraak in het geding komt en waardoor het soms onduidelijk is hoe tenuitvoerlegging moet plaatsvinden.⁶⁴ Een Britse rechter kwalificeerde bijvoorbeeld de EHRM-uitspraak *Saunders* als 'unsatisfactory and less than clear' en 'unconvincing' omdat het onduidelijk bleef of het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel absolute rechten waren.⁶⁵ De nationale rechters trokken daarom hun eigen lijn en oordeelden dat deze rechten beperkt kunnen worden. Het Hof heroverwoog zijn positie naar aanleiding van de kritiek en nam de Britse lijn over.⁶⁶

4.3.3 Wie doet wat?

Mijn voorstel met betrekking tot harmoniserende interpretatie vereist dat zowel de nationale rechter als het Hof verantwoordelijkheid nemen. Het Hof moet niet enkel waarde hechten aan de bindende kracht van zijn uitspraken op grond van artikel 46 lid 1 EVRM, maar moet

⁵⁷ Aldus ook M.H. Arden, 'Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe', *YEL* 2010, p. 9-10; N. Bratza, 'The Relationship between the UK Courts and Strasbourg', *EHRLR* 2011, p. 512.

⁵⁸ House of Lords, *R. v. Boyd*, par. 12.

⁵⁹ EHRM 16 december 2003, *Cooper t. VK* (GC), nr. 48843/99, par. 124-125.

⁶⁰ Aldus ook Lord Kerr, 'The Conversation between Strasbourg and National Courts - Dialogue or Dictation?', *Irish Jurist* 2009, p. 12.

⁶¹ Van de Heyning 2010, p. 143-144.

⁶² Supreme Court, *R. v. Horncastle and Others*, par. 11, 107.

⁶³ EHRM 15 december 2011, *Al-Khawaja en Tahery t. VK* (GC), nr. 26766/05, 22228/06, par. 147.

⁶⁴ Aldus ook Bratza 2011, p. 512.

⁶⁵ Privy Council 5 december 2000, *Brown v. Stott* [2003] 1 AC 681.

⁶⁶ M. Birdling, 'Self-incrimination Goes to Strasbourg: *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*', *IJEP* 2008, p. 58-90.

uitdrukkelijk ruimte laten voor een dialoog met zijn nationale rechterlijke partners.⁶⁷ De hierboven besproken voorbeelden uit de Britse rechtspraak laten al zien dat het Hof inderdaad waarde hecht aan deze dialoog.⁶⁸ Volgens voormalig Hofpresident Bratza is het adagium 'Strasbourg has spoken, the case is closed' ook zeker niet hoe de Europese rechters hun eigen rol zien en die, in de context van zijn betoog, het Britse Hogerhuis ziet. Veeleer betoogt hij dat het 'right and healthy' is wanneer nationale rechters zich vrij voelen om EHRM-uitspraken te bekritisieren.⁶⁹

Ook de nationale rechter komt een verantwoordelijkheid toe. Hij moet zich realiseren dat het weigeren van harmoniserende interpretatie op gespannen voet staat met het Verdrag, aangezien weigering in strijd kan komen met de artikel 46-verplichting. Rechters mogen dan ook alleen op een verantwoorde wijze rebelleren. Het al te gemakkelijk of veelvuldig afwijken van EHRM-uitspraken tast de autoriteit en uiteindelijk de effectiviteit van het EVRM-systeem aan en brengt de Europese rechtseenheid en rechtszekerheid in gevaar.⁷⁰ Verantwoorde rebellie houdt in dat nationale rechters in beginsel het Hof volgen en alleen in de zojuist uiteengezette omstandigheden afwijken. Daarnaast moeten zij een afwijking uitvoerig motiveren. Alleen dan kan het Hof immers worden overtuigd zijn rechtspraak aan te passen.⁷¹ Zo is weigering niet een vorm van conflict, maar een manier om verantwoordelijkheid te nemen in een samenwerkingsverhouding waarbij de primaire verantwoordelijkheid bij de nationale autoriteiten ligt. De rechters vallen het Hof niet aan of af, maar gaan een dialoog aan met als doel de kwaliteit van de EHRM-rechtspraak te vergroten en samen te werken.⁷²

5. Slot

Het Hof kan de inherente spanning die tussen zichzelf en de nationale rechter bestaat in de tenuitvoerleggingsfase beteugelen door enerzijds soms te verplichten tot herziening van een nationale procedure, maar anderzijds de nationale rechter meer vrij te laten tot zijn eigen conclusies te komen. Daarnaast moet de nationale rechter in drie omstandigheden de ruimte krijgen om te weigeren zijn eigen rechtspraak in lijn te brengen met die van het Hof. Op deze manier kan worden voorkomen dat de drie spanningsbronnen die kenmerkend zijn voor de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechter, de effectiviteit van het EVRM-systeem ondermijnen en daarmee uiteindelijk de bescherming van de mensenrechten in de Raad van Europa in gevaar brengen. Bovendien dragen deze oplossingen bij aan een positieve uitkomst van de spanning: verhoogde kwaliteit van de EVRM-uitspraken en betere samenwerking. Op die manier bezien hoeft de spanningsverhouding tussen het Hof en de nationale rechter geen bedreiging te zijn, net zomin als de kritiek op dat Hof een bedreiging hoeft te zijn. In plaats daarvan kunnen spanning en kritiek het EVRM-systeem helpen de kansen te benutten die het biedt ter verbetering van de mensenrechtenbescherming in de Raad van Europa.

⁶⁷ Omdat ik bij herziening wel de bindende kracht van Artikel 46 voorop stel en voorstel dat het Hof bindende eisen stelt, spreek ik daar niet van dialoog.

⁶⁸ Omdat alle voorbeelden betrekking hebben op common law-concepten uit het VK, getoetst aan art. 6 EVRM, is het onzeker of het EHRM in andere zaken ook welwillend tegenover kritiek zal staan.

⁶⁹ Bratza 2011, p. 512.

⁷⁰ Aldus ook Martens 2000, p. 264; Kempen & van Elst 2006, p. 759-760.

⁷¹ Aldus ook Martens 2000, p. 264; Kempen & van Elst 2006, p. 263; Supreme Court, *R v. Horncastle and Others*, par. 11; Bratza 2011, p. 512.

⁷² Aldus ook EHRM, *Al-Khawaja en Tahery t. VK*, Concurring Opinion of Judge Bratza, par. 2.