

ARTIKEL

Het EHRM als supranationaal constitutioneel hof

Een analyse van recente uitspraken over Artikel 8 EVRM

Bart van der Sloot

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) was ooit bedoeld als supranationale rechter die zich zou buigen over een beperkt aantal zaken betreffende schending van de absolute minimumvoorwaarden voor een menselijk bestaan. Langzamerhand zijn mensenrechten echter zo ver opgerekt dat vrijwel iedere juridische problematiek door het EHRM kan worden behandeld. Onlangs heeft het Hof besloten ook zaken in behandeling te nemen waarin geen concrete mensenrechtenschendingen op het spel staan; het toetst dan simpelweg of nationale wetten en nationaal beleid wel aan rechtsstatelijke randvoorwaarden voldoen. Handig volgens de een, een oneigenlijke oprekking van het mandaat volgens de ander.

Toen de Tweede Wereldoorlog net ten einde was, er zich in het oosten nog communistische dictaturen bevonden en in Zuid-Europa een aantal fascistische regimes aan de macht was, werd in 1950 door de Raad van Europa het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) aangenomen, in navolging van de Universele Verklaring van de Rechten uit 1948 van de Verenigde Naties (VN). Het unieke aan het EVRM was dat er een Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) werd geïnstalleerd, dat op de naleving van het Verdrag zou toezien.

Dat ging echter niet zonder slag of stoot. Toen het EVRM werd opgesteld, waren de delegaties van een flink aantal landen sceptisch over de nut en noodzaak van zo'n Hof. Zij waren onder meer bevreesd dat landen die mensenrechten op grote schaal schonden, niet geneigd zouden zijn naar een supranationaal Hof te luisteren, zij vreesden dat een dergelijk Hof te veel zou treden in de nationale rechtsorde en waarschuwden voor het toekennen van een individueel klachtrecht aan burgers, omdat dit kon leiden tot een vloedgolf aan klachten die het Hof zou verlammen.

Een Europees Hof en een Europese Commissie

Uiteindelijk werd ervoor gekozen om zowel een Europees Hof voor de Rechten van de Mens als een Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) op te richten. Alleen staten hadden direct toegang tot het Hof, wat betreft interstatelijke klachten. Klachten van natuurlijke personen, rechtspersonen (niet-zijnde gouvernementele instanties) en groepen mochten alleen bij de ECRM worden aangebracht. De Commissie ging uitsluitend over de ontvankelijkheid van klachten. Zelfs als de ECRM een klacht ontvankelijk had verklaard, dan nog hadden individuen, groepen en organisaties geen automatische toegang tot het EHRM. Het Hof bekeek slechts zaken die waren voorgelegd door een lidstaat of de Commissie zelf.



© Barnyz / Flickr

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg.

Het individuele klachtenrecht was dus sterk beperkt. Om aan de eisen van de sceptici tegemoet te komen, werd ook expliciet neergelegd dat alle nationale rechtsmiddelen eerst uitgeput moesten zijn alvorens een zaak onder het EVRM kon worden aangebracht en bovendien wezen voorstanders van een Europees mensenrechtenhof erop dat in het Verdrag slechts een klein aantal negatieve rechten van burgers stond, verbonden aan een aantal van de meest basale aspecten van het menselijk leven. Daarbij zou het EHRM niet fungeren als hof in vierde instantie, die de zaak in zijn geheel opnieuw in behandeling zou nemen; het Hof zou slechts een beperkte toets doen om te bekijken of de basale mensenrechten waren geschonden. Tot slot werd het sceptische landen toegestaan wel het Verdrag te ondertekenen, maar zich niet te onderwerpen aan de competentie van het EHRM.

Het Hof blijft bestaan, de Commissie wordt opgeheven

Dit model heeft een tijd lang stand gehouden, maar heeft zich langzaam maar zeker getransformeerd. Als voorbeeld zal hier dienen de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van artikel 8 van het EVRM. De meeste staten hebben inmiddels hun bedenkingen ten aanzien van de bevoegdheid van het EHRM laten varen. De Commissie is opgeheven en het staat niet-staatelijke klagers vrij zich direct tot het EHRM te wenden. Interstatelijke klachten spelen geen rol van betekenis, het EHRM heeft geoordeeld dat groepen als zodanig geen klachtrecht hebben en dat ten aanzien van artikel 8 EVRM, bevattende het recht op privacy, rechtspersonen niet of slechts in uitzonderlijke omstandigheden een klachtrecht toekomt.

(Niet)ontvankelijkheid klachten voor het Hof

Per saldo kunnen dus alleen natuurlijke personen klagen over een schending van hun privacy. Daarbij worden alleen klachten ontvankelijk verklaard als het individu directe en aanmerkelijke schade kan aantonen. Ter illustratie: onderstaande klachten worden niet-ontvankelijk verklaard:

- *In abstracto*-klachten : klachten over een wet of beleid als zodanig, zonder dat de klager daarvan directe schade heeft ondervonden.^[1]

- *A priori*-klachten: klachten over schade die nog niet, maar mogelijk in de toekomst kan worden geleden.^[2]
- Hypothetische klachten: klachten over schade waarvan een individu denkt die te hebben geleden, maar daar niet zeker van is.
- Een *actio popularis* oftewel een class action, waarin een klager niet opkomt voor zijn eigen belang, maar voor het belang van anderen of voor de samenleving als geheel.^[3]
- Klachten over minimale schade.^[4]

De klachten over het recht op privacy zijn dus beperkt tot die van individuen, waarin zij zelf direct schade hebben ondervonden. Waar het EVRM dus aanvankelijk zag op het tegengaan van grotere, maatschappelijke misstanden zoals die begaan werden door totalitaire regimes, daar zijn nu klachten juist teruggebracht tot puur persoonlijke belangen. Daarbij komt dat de materiële reikwijdte helemaal niet meer is beperkt tot een aantal essentiële voorwaarden voor een menselijk bestaan – volgens het EHRM is eigenlijk alles een mensenrecht en valt vrijwel ieder belang onder de bescherming van artikel 8 EVRM.^[5] of het nu gaat om stankoverlast, ontslag van werk of een mogelijke schending van het portretrecht. Individuen hebben niet alleen negatieve rechten, die bescherming bieden tegen inmengingen van derden, maar juist ook positieve rechten om hun persoonlijkheid en leven in te richten naar eigen wens; staten hebben positieve plichten om burgers in die wens te faciliteren.

Het EHRM is ook in toenemende mate bereid op te treden als hof in vierde instantie, of althans, veel van de feitelijke context en omstandigheden van het geval opnieuw te overwegen of van een andere connotatie te voorzien.



© Adrian Grycuk / Wikimedia Commons

Rechtszaal van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg.

De nadruk op het individu, zijn subjectieve rechten en persoonlijke belangen werkt betrekkelijk goed voor traditionele privacyvraagstukken. Alhoewel het altijd lastig is om schade te materialiseren en te kwantificeren – welke schade volgt uit het binnentreden van een woning als er geen eigendommen worden meegenomen en geen informatie over de inrichting van de woning aan derden wordt doorgegeven? – is het doorgaans relatief eenvoudig om een inbreuk te constateren. De meeste privacy-schendingen zijn duidelijk

afgebakend in persoon, tijd en plaats. Om zeven uur 's ochtends trad de politie het huis van meneer De Bruijn binnen; van 9 oktober tot 11 november is de telefoon van mevrouw De Wit afgeluisterd.

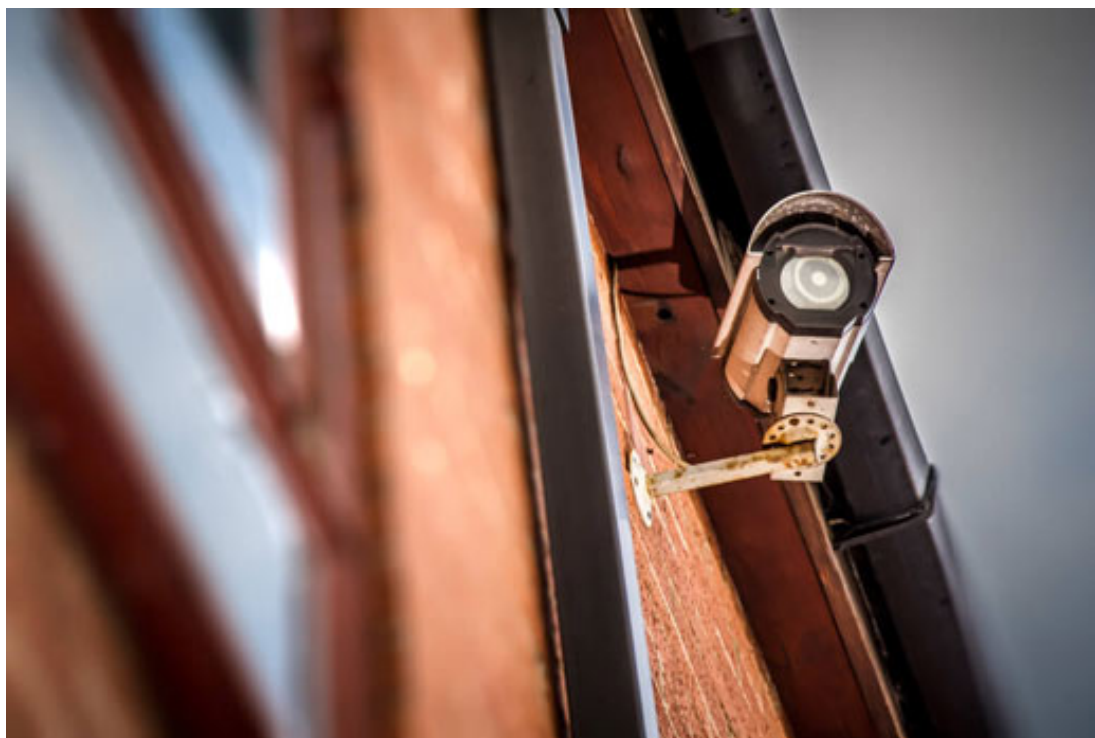
Het EHRM is ook in toenemende mate bereid op te treden als hof in vierde instantie

Dit ligt echter anders bij moderne privacyvraagstukken, die vaak draaien om grote gegevensverzamelingsprocessen. Deze zijn nauwelijks in tijd, ruimte en persoon af te bakenen en vormen een structureel en voortdurend onderdeel van de handelingen en gedragingen van overheidsdiensten, bedrijven of burgers. Als voorbeeld kan dienen de talloze camera's die op vrijwel elke straathoek van grote steden zijn te vinden. Bij dit soort toepassingen is het individu incidenteel – de camera's filmen niet een specifieke persoon of een specifieke groep mensen. Ze filmen iedereen, overal en altijd die zich binnen het bereik van de camera's bevinden. Hoe kan een individu in zo'n geval hard maken dat hij specifiek, individueel en concreet is geraakt – welke inbreuk is er geweest en op welk recht?

Een diametraal tegenovergestelde ontwikkeling

Daarom heeft het EHRM recentelijk een diametraal tegenovergestelde ontwikkeling ingezet, waarin het Hof juist zaken beoordeelt waar helemaal geen persoonlijke schade is geleden, waar het juist gaat om een *in abstracto*-klacht, waar er *a priori* wordt geklaagd, waar opgekomen wordt voor een algemeen, maatschappelijk belang en waar burgerrechtenorganisaties mogen klagen over een schending van het recht op privacy.

Het betreft hier dan voornamelijk zaken betreffende *mass surveillance*-programma's van inlichtingendiensten, waarin bijvoorbeeld het internetgedrag of telefoonverkeer van alle of grote groepen burgers stelselmatig wordt gecontroleerd. Het probleem hierbij is dat burgers vaak niet weten of zij schade hebben ondervonden van dergelijke programma's (omdat zij niet weten of de inlichtingendienst hun gedrag heeft gemonitord) en dergelijke schade ook lastig te substantiëren is – welke schade heeft een gemiddelde burger nu bijvoorbeeld van de af luisterpraktijken van de NSA ondervonden? Daarom heeft het Hof al sinds de jaren '80 van de vorige eeuw kleine uitzonderingen geformuleerd op het vereiste van persoonlijke en directe schade.



© CWCS Managed Hosting / Flickr

Het EHRM heeft recentelijk een ontwikkeling ingezet, waarin het Hof juist zaken beoordeelt waar het onder andere gaat over een schending van het recht op privacy.

De zaak-Zakharov

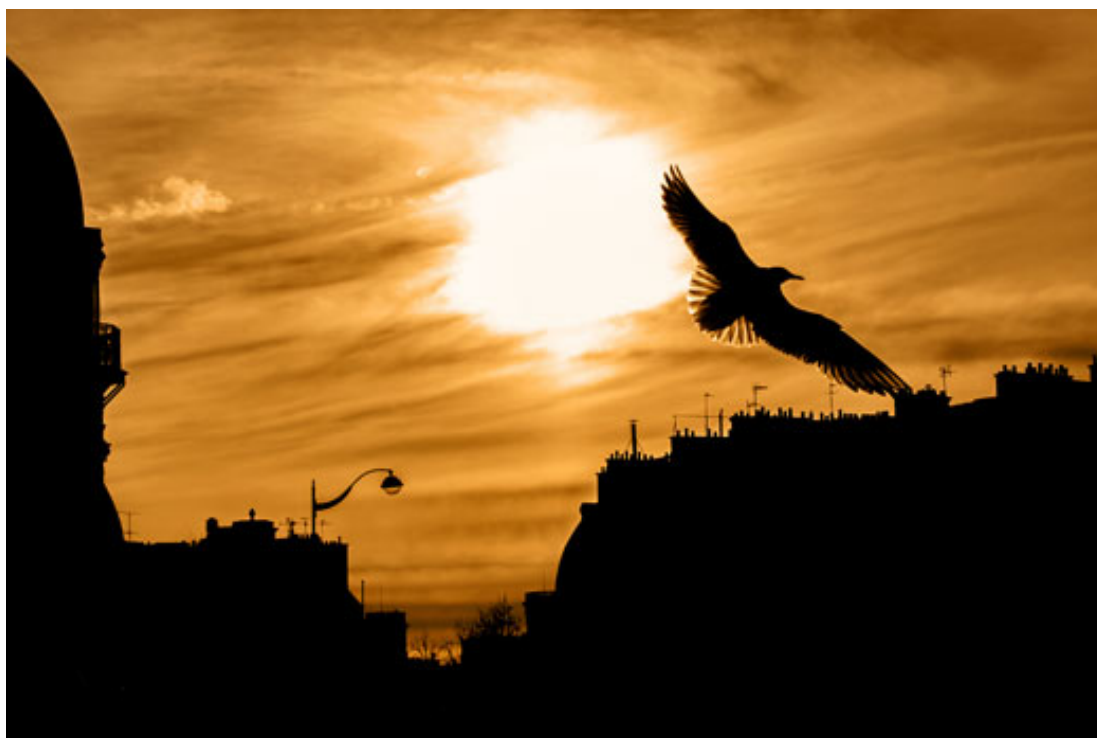
Het is echter pas in de zaak Zakharov tegen Rusland uit december 2015 dat het EHRM expliciet heeft erkend dat in dit soort zaken ook *in abstracto*-claims, over het bestaan van dergelijke afluisterprogramma's en het gebrek van rechterlijke en democratische waarborgen als zodanig, ontvankelijk moeten worden verklaard:

“ *In such circumstances the menace of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication through the postal and telecommunication services, thereby constituting for all users or potential users a direct interference with the right guaranteed by Article 8. There is therefore a greater need for scrutiny by the Court and an exception to the rule, which denies individuals the right to challenge a law in abstracto, is justified. In such cases the individual does not need to demonstrate the existence of any risk that secret surveillance measures were applied to him. By contrast, if the national system provides for effective remedies, a widespread suspicion of abuse is more difficult to justify.*”^[6]

Opmerkelijk is dat het EHRM in dit soort zaken vooral toetst of de wetten en het beleid als zodanig goed zijn. Dit is gekoppeld aan het vereiste ‘quality of law’, waarin het Hof wetten toetst op een aantal rechtstatelijke grondbeginselen:

“*“Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.”^[7]*

Bij de ‘quality of law’ beoordeelt het Hof of wetten als zodanig voldoende waarborgen bieden tegen machtsmisbruik, door bevoegdheden duidelijk in te kaderen, voorwaarden te stellen aan het gebruik daarvan, rechtsmiddelen neer te leggen voor burgers en te zorgen voor afdoende parlementaire en rechterlijke controle. Juist hier ontbreekt het immers vaak aan bij machtstoekenning aan inlichtingendiensten, zoals onlangs ook duidelijk werd in het debat naar aanleiding van de nieuwe Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten,^[8] waarin onder meer de zogenoemde sleepnet-bevoegdheid is neergelegd.



© Vincent Anderlucci / Flickr

In Frankrijk kan de hoogste rechter parlementaire wetten toetsen op rechtsstatelijkheid, nog voordat ze in werking zijn getreden of in de praktijk zijn toegepast.

Waar het EHRM voorheen slechts toekwam aan de beoordeling van dit ‘quality of law’-criterium als de klager kon aantonen direct en individueel getroffen te zijn, daar kan het Hof sinds de zaak Zakharov wetten en beleid als zodanig beoordelen op hun rechtsstatelijkheid, zonder dat er sprake hoeft te zijn van een concrete mensenrechtenschending. Het EHRM treedt

hier dus in feite op als een soort constitutioneel hof, zoals dat onder meer gebruikelijk is in landen als Duitsland en Frankrijk, waar de hoogste rechter parlementaire wetten kan toetsen op rechtsstatelijkheid, nog voordat ze in werking zijn getreden of in de praktijk zijn toegepast.

Voor het Hof geldt het 'quality of law'-vereiste: daarbij beoordeelt het Hof of wetten als zodanig voldoende waarborgen bieden tegen machtsmisbruik

Deze ontwikkeling wordt bevestigd doordat het Hof zelf termen gebruikt die op de term 'constitutionaliteit' zijn geënt, zoals de 'conventionaliteit' van wetten en over 'convention-compatibility' van beleid.^[9] "The abstract review of 'conventionality' is the review of the compatibility of a national law with the Convention independently of a specific case where this law has been applied (for the use of the word 'conventionality')."^[10] Dit doet het Hof ook in toenemende mate in zaken die niet over *mass surveillance*-activiteiten van inlichtingendiensten gaan:

“*The particular interest of the Vallianatos and Others case is that the Grand Chamber performs an abstract review of the 'conventionality' of a Greek law, while acting as a court of first instance. The Grand Chamber not only reviews the Convention compliance of a law which has not been applied to the applicants, but furthermore does it without the benefit of prior scrutiny of that same legislation by the national courts. In other words, the Grand Chamber invests itself with the power to examine in abstracto the Convention compliance of laws without any prior national judicial review.*"^[11]

Impact voor Nederlandse rechtspraak

Hiermee is het Hof dus een nieuwe, andere weg ingeslagen. Waar het aanvankelijk voornamelijk keek naar persoonlijke belangen, daar ziet het in dit soort zaken op een pure abstracte toetsing van wetten en beleid op rechtsstatelijkheid en 'conventionaliteit'. Het toetst deze wetten niet eens als Hof in vierde instantie, maar is onder omstandigheden bereid dat te doen als Hof in eerste instantie. Een klager kan dan dus direct wetten aan het EHRM voorleggen, zonder eerst de nationale rechtsmiddelen te hebben uitgeput. Of deze trend zal doorzetten is nog niet zeker, net zoals het onduidelijk is welke impact de nieuwe benadering zal hebben voor de Nederlandse rechtspraak.

Wel is duidelijk dat dit druk zet op artikel 120 van de Nederlandse Grondwet, waarin is vervat: "De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen." De principiële keuze om in Nederland niet de rechter maar het parlement te laten oordelen over de interpretatie van de grondwet en de rechtmatigheid van wetten, wordt door de nieuwe benadering van het EHRM betekenisloos. Het Hof kan in de toekomst mogelijk alle wetten op

rechtsstatelijkheid en ‘conventionaliteit’ toetsen. Of dat een wenselijk gevolg zal hebben, valt te bezien; in ieder geval is opmerkelijk dat het EHRM zichzelf hiermee wederom een bevoegdheid toekent die niet in het Verdrag zelf is neergelegd.

De democratische legitimatie voor deze bevoegdheid ontbreekt dus, wat zich op zichzelf misschien weer slecht verhoudt tot het idee van rechtsstatelijkheid. Aangezien deze nieuwe ontwikkeling nog relatief onbekend is, zijn er weinig landen of commentatoren die zich hier over hebben uitgesproken. Zodra het EHRM de nieuwe benadering vaker toepast en deze meer bekendheid geniet, zal dit vermoedelijk veranderen. Waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voorheen voornamelijk beoordeelde of de uitvoerende macht haar werk goed deed, door na te gaan of concrete machtsinzet een mensenrecht van een concreet persoon schond of niet, daar zal het EHRM voortaan voor een deel ook op de stoel van de wetgevende macht gaan zitten en beoordelen of wetten en beleid als zodanig wel deugdelijk zijn.

Bart van der Sloot is senior onderzoeker aan het Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Universiteit Tilburg. Dit artikel is deels gebaseerd op: B. van der Sloot, *Privacy As Virtue: Moving Beyond the Individual in the Age of Big Data*, Antwerpen: Intersentia, 2017.

Noten

[1] ECtHR, *Lawlor v. The United Kingdom*, application no. 12763/87, 14 juli 1988.

[2] ECmHR, *Taura and others v. France*, application no. 28204/95, 4 december 1995.

[3] ECtHR, *Asselbourg and 78 others and Greenpeace Association-Luxembourg v. Luxembourg*, application no. 29121/95, 29 juni 1999.

[4] De *de minimis*-regel, artikel 35 EVRM.

[5] B. van der Sloot, ‘Privacy as personality right: why the ECtHR’s focus on ulterior interests might prove indispensable in the age of Big Data’, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015-80 (27 februari 2015), pp. 25-50.

[6] ECtHR, *Roman Zakharov v. Russia*, application no. 47143/06, 4 december 2015, § 171.

[7] ECtHR, *Malone v. the United Kingdom*, application no. 8691/79, 2 augustus 1984.

[8] Stb. 2017, 317 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

[9] ECtHR, Kennedy v. the United Kingdom, application no. 26839/05, 18 mei 2010; ECtHR, Suso Musa v. Malta, application no. 42337/12, 23 July 2013; ECtHR, Orchowski v. Poland, application no. 17885/04, 22 oktober 2009; ECtHR, S.A.S. c. France, application no. 43835/11, 1 juli 2014; ECtHR, Duong v. Czech Republic, application no. 21381/11, 14 januari 2016; ECtHR, Maslak and Michalkova v. Czech Republic, application no. 52028/13, 14 januari 2016.

[10] ECtHR, Vallianatos and others v. Greece, judge pinto de Albuquerque-- (partly concurring, partly dissenting opinion) Applications nos. 29381/09 and 32684/09, 7 november 2013.

[11] Ibid.

Auteurs



Bart van der Sloot

Senior onderzoeker bij het Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Universiteit Tilburg ▶

(<https://www.tilburguniversity.edu/webwijs/show/b.vdrsloot/>)