

Nieuwsbrief EHRC Updates 2020-09

Nummer 9, 2020

Redactie: J.H. Gerards, H. Morre, J. Krommendijk, S. Lambrecht, P. Ölçer, B. Aarrass, L.E. Burgers, P. Cannoot, L.R. Glas, C. Mak, D.A.G. van Toor en C. Van de Graaf.

INHOUDSOPGAVE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0414JUD007522910 14-04-2020

Dragan Petrović t. Servië, EHRM 14 april 2020, nr. 75229/10

Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

ECLI:CE:ECHR:2020:0404DEC000124918 17-03-2020

Shmelev e.a. t. Rusland, EHRM 17 maart 2020 (ontv.), nr. 41743/17

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2020:289 23-04-2020

Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, HvJ EU (GK) 23 april 2020, zaak C-507/18

Annotatie

Altıntaş t. Turkije (EHRM, nr. 50495/08) – Uitingsvrijheid in Turkse zaken over geweldsverheerlijking: procedurele of materiële toets?

P.E. de Morree

Annotatie

Hudorovič e.a. t. Slovenië (EHRM, nrs. 24816/14 en 25140/14) – Toegang tot schoon drinkwater voor Roma

C.M.S. Loven en L. Huijbers

Annotatie

Khadija Ismayilova t. Azerbeidzjan (nr. 2) (EHRM, nr. 30778/15) – Stelselmatige EVRM-schendingen in Azerbeidzjan

R. de Lange

Annotatie

Cînta v. Romania (EHRM, nr. 3891/19) – Maintaining Family Ties: Disability-Based Discrimination at the Strasbourg Court

A. Broderick

Annotatie

[Rinau v. Lithuania \(EHRM, nr. 10926/09\) – The political dimension of parental child abduction](#)

S. Florescu

Annotatie

[Mustafa t. Bulgarije \(EHRM, nr. 1230/17\) – Een zaak voor de militaire rechtbank?](#)

B. van Hoek

Annotatie

[Miasto Łowicz \(HvJ EU, gev. zaken C-558/18 en C-563/18\) – Grenzen aan bescherming rechterlijke onafhankelijkheid via prejudiciële procedure](#)

J.J.J. Sillen

Annotatie

[Saribekyan en Balyan t. Azerbeidzjan \(EHRM, nr. 35746/11\) – Gewapende conflicten, krijgsgevangenen, en de rechtsmacht van het EHRM](#)

F. Tan

RECHTSPRAAK

Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, HvJ EU (GK) 23 april 2020, zaak C-507/18

Een advocaat heeft tijdens een radio-uitzending gezegd dat hij bij zijn advocatenkantoor geen homoseksuele mensen wil aannemen. Op verzoek van een belangenbehartigingsorganisatie is hij veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan die organisatie. Het HvJ oordeelt dat dit soort uitingen binnen de werkingssfeer komt van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling bij arbeid en beroep (2000/78). Weliswaar botst een verbod met de vrijheid van meningsuiting, maar dat is gerechtvaardigd vanwege de doelstellingen van de richtlijn. Het is niet verplicht, maar wel mogelijk onder de richtlijn dat een belangenbehartigingsorganisatie hierover een procedure aanspant zonder dat er een identificeerbaar slachtoffer is.

De Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (Associazione) is een vereniging van advocaten die in rechte opkomt voor de rechten van lesbiennes, homoseksuelen, bi-, trans| en interseksuelen (LHBTI'ers). NH is een advocaat die tijdens een radio-interview heeft verklaard dat hij in zijn advocatenkantoor geen homoseksuele personen wil aannemen of laten werken. Op verzoek van de Associazione is hij veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 10.000 euro aan de Associazione. Na verwerping van het hoger beroep dat NH hiertegen had ingesteld, heeft NH cassatieberoep ingesteld. Daarbij is een aantal vragen opgekomen die de Corte suprema di cassazione nu aan het HvJ EU heeft voorgelegd.

De eerste vraag die het HvJ beantwoordt is of richtlijn 2000/78 van toepassing is op verklaringen van een persoon tijdens een radio-uitzending, die dus niet zijn gedaan in het kader van, bijvoorbeeld, een concrete sollicitatieprocedure. Het HvJ wijst er daarbij op dat de richtlijn tot doel heeft om een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van onder meer seksuele geaardheid, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden door iedereen een doeltreffende bescherming tegen

discriminatie op onder meer deze grond te bieden. Discriminatie op deze grond kan de verwezenlijking van de doelstellingen van het VWEU ondermijnen, vooral als het gaat om de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan, de vergroting van de economische en sociale cohesie en van de solidariteit, alsmede het vrij verkeer van personen. Ook concretiseert de richtlijn art. 21 Hv. Dit betekent dat het bereik van de richtlijn niet restrictief kan worden uitgelegd. Het HvJ wijst er verder op dat het in eerdere rechtspraak al heeft aangegeven dat discriminerende uitlatingen die niet direct in een wervingsprocedure zijn gedaan, ook binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2000/78 kunnen vallen. Het moet aantoonbaar zijn dat er een niet-hypothetisch verband is tussen de uitlatingen en de bij een werkgever geldende voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of een beroep. Relevant om dat te kunnen bepalen is allereerst de positie van de persoon die de verklaringen heeft afgelegd en de hoedanigheid waarin hij dat heeft gedaan. Daarbij geldt dat hij zelf een potentiële werkgever moet zijn of een beslissende invloed kan uitoefenen op het aanwervingsbeleid. In de tweede plaats zijn de aard en inhoud van de betrokken verklaringen relevant: zij moeten verband houden met de bij de werkgever geldende voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of een beroep en blijken geven van zijn bedoeling om te discrimineren. In de derde plaats moet rekening worden gehouden met de context waarin de verklaringen zijn afgelegd, namelijk of dit in besloten kring gebeurde of in het openbaar, en of ze via traditionele media of sociale netwerken in het publiek zijn verspreid. Het HvJ toont zich ervan bewust dat de werking van richtlijn 2000/78 op dit punt een beperking van de vrijheid van meningsuiting mee kan brengen zoals beschermd door art. 11 Hv. De vrijheid van meningsuiting is echter geen absoluut recht en kan worden beperkt op grond van art. 52 lid 1 Hv. De beperkingen die richtlijn 2000/78 oplevert eerbiedigen de wezenlijke inhoud van de vrijheid van meningsuiting doordat ze alleen beogen het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep te waarborgen en een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming tot stand te brengen. Ook is de richtlijn noodzakelijk om deze doelen te bereiken en moet het mogelijk zijn om uitingen zoals de genoemde te verbieden. Het is vervolgens aan de verwijzende rechter om te beoordelen of in dit geval aan de geformuleerde drie voorwaarden is voldaan.

In de tweede plaats gaat het HvJ in op de vraag of de Associazione een bevoegdheid had om de uitingen bij een rechter aan de orde te stellen. Art. 9 lid 2 van de richtlijn laat zien dat lidstaten weliswaar moeten zorgen dat verenigingen, organisaties of andere rechtspersonen die er een belang bij hebben dat de richtlijn wordt nageleefd, procedures moeten kunnen aanspannen met het oog op die naleving, maar de richtlijn vereist niet dat een vereniging als de Associazione een bevoegdheid krijgt om een gerechtelijke procedure aan te spannen als er geen identificeerbaar slachtoffer is. Wel mogen lidstaten op dit punt zelf bepalingen

vaststellen die voor de bescherming van het gelijkheidsbeginsel gunstiger zijn dan die van de richtlijn, zolang ze daarbij voldoende precieze regels stellen. De richtlijn verzet zich dan ook niet tegen een nationale regeling op grond waarvan een advocatenvereniging die tot doel heeft om LHTBI'ers in rechte te verdedigen automatisch bevoegd is om een gerechtelijke procedure in te stellen om de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen na te laten leven en in voorkomend geval schadevergoeding te verkrijgen, ook wanneer er geen identificeerbaar slachtoffer is.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 23-04-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:289

Zaaknummer: C-507/18

Rechters: K. Lenaerts, R. de Silva Lapuerta, J.C. J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, P.G. Xuereb, I. Jarukaitis, J. Malenovský, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, C. Toader, F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos en N. Piçarra

Wetsartikelen: 11 Hv, 21 lid 1 Hv, 53 lid 1 Hv, 3 lid 1 onder a Richtlijn 2000/78/EG, 8 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG, 9 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG, 11 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG en 15 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG

RECHTSPRAAK

Dragan Petrović t. Servië, EHRM 14 april 2020, nr. 75229/10

Een huiszoeking die bij klager heeft plaatsgevonden was volgens het EHRM gebaseerd op een voldoende zorgvuldig vormgegeven huiszoekingsbevel. Ook waren er voldoende procedurele waarborgen om een goede gang van zaken te garanderen. Er is volgens het Hof op dit punt dan ook geen schending van art. 8 EVRM. Bij klager is ook een DNA-sample afgenomen. Een meerderheid van zes leden van de Kamer is van oordeel dat daarvoor een ontoereikende wettelijke basis voorhanden was.

Klager werd verdacht van zware mishandeling van C., die als gevolg daarvan was overleden. In het kader van het strafrechtelijk onderzoek werd een huiszoeking gelast met het doel een paar schoenen te achterhalen dat zou kunnen passen in achtergelaten sporen bij de plaats waar de mishandeling had plaatsgevonden, en een zwarte leren jas die van die plaats was meegenomen. Daarnaast werd een bevel gegeven om wangslijm bij klager af te nemen ten behoeve van een DNA-sample.

Voor het EHRM heeft klager gesteld dat beide bevelen in strijd waren met het recht op respect voor het privéleven van art. 8 EVRM. Ten aanzien van de huiszoeking stelt het Hof vast dat daarmee inbreuk is gemaakt op het recht op respect voor de woning. De huiszoeking was voldoende bij wet voorzien en diende een legitiem doel. Ten aanzien van de proportionaliteit stelt het Hof vast dat er een duidelijk huiszoekingsbevel was afgegeven met een zeer specifiek doel om bepaalde voorwerpen te achterhalen. Ook de procedure tijdens de doorzoeking was zorgvuldig, nu zowel klager, diens advocaat en twee getuigen aanwezig waren geweest en er ondertekende verklaringen waren ten aanzien van de in beslag genomen voorwerpen. Op dit punt ziet het Hof dan ook geen schending van art. 8 EVRM.

Ten aanzien van het DNA-sample constateert het Hof daarentegen dat er geen voldoende specifieke wettelijke grondslag was om dit bevel op te kunnen baseren. Daarom is op dit punt wel sprake van een schending van art. 8 EVRM (6 stemmen tegen 1). Rechter S. Mourou-

Vikström heeft op dit punt een *dissenting opinion* aan de uitspraak toegevoegd waarin wordt beredeneerd dat een iets ruimere lezing van de nationale wetgeving zou maken dat er wel een voldoende wettelijke grondslag was.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0414JUD007522910

Zaaknummer: nr. 75229/10

Wetsartikelen: EVRM art. 8

RECHTSPRAAK

Shmelev e.a. t. Rusland, EHRM 17 maart 2020 (ontv.), nr. 41743/17

Naar aanleiding van een pilotuitspraak van het EHRM over de gevangenisomstandigheden in Rusland heeft Rusland in januari 2020 een Compensatiewet geïntroduceerd. Het Hof beoordeelt of die Compensatiewet in beginsel voldoende rechtsherstel kan bieden aan mensen in voorarrest en gevangenen na veroordeling. Dit zal inderdaad zo zijn voor de mensen die inmiddels weer zijn vrijgelaten uit voorarrest; hun zaken zijn niet-ontvankelijk wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen. Voor de klagers die nog in voorarrest zitten, of klagers die na veroordeling gevangen hebben gezeten of nog zitten, gelden in sommige gevallen andere maatregelen waarvan nog niet duidelijk is of ze toereikend zijn; daarover kan het Hof nu nog geen uitspraak doen.

Klagers zijn allen gedetineerd (geweest) in Russische detentie-inrichtingen. Sommigen van hen zitten/zaten in voorarrest, anderen zitten/zaten gevangen na een strafrechtelijke veroordeling. Zij hebben bij het Hof klachten ingediend over de overbevolking van de gevangenissen en over de gebrekkige mogelijkheden om hiervoor compensatie te verkrijgen.

Het Hof wijst erop dat het eerder, in de zaak *Ananyev t. Rusland*, een pilotuitspraak tegen Rusland heeft gedaan, waarin het Rusland heeft opgeroepen om op beide punten te voorzien in stelselmatige verbeteringen.[1] Het Hof wijst erop dat het ook sinds *Ananyev* nog zo'n 1700 klachten heeft ontvangen over de gevangenisomstandigheden in voorarrest en dat het in zo'n 100 gevallen een schending heeft vastgesteld van art. 3 EVRM. Op 10 januari 2020 heeft Rusland het Hof echter laten weten dat er een nieuwe Compensatiewet is aangenomen met het oog op het adresseren van de vastgestelde problemen. Het Hof beoordeelt de voorgelegde zaken in het licht van die nieuwe wetgeving om te zien of die voldoet aan de eisen van art. 3 en 13 EVRM. In dat verband geeft het allereerst een uiteenzetting van zijn vaste rechtspraak over

deze bepalingen in het kader van zaken over detentieomstandigheden. Vervolgens analyseert het de mogelijkheden waarin de nieuwe Compensatiewet voorziet. Het merkt op dat iedere gedetineerde vanaf januari 2020 een procedure bij de rechter kan instellen, tegen een bescheiden griffiegeld. De rechters kunnen compensatie toekennen zonder dat zij de schuld van een specifieke ambtenaar hoeven vast te stellen.

Het Hof acht de procedure die is voorzien in de Compensatiewet eenvoudig en toegankelijk en is van oordeel dat die geen excessieve last oplegt aan gedetineerden. Ook is er voorzien in een aantal procedurele waarborgen, waaronder waarborgen van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid, een recht op rechtsbijstand en een recht op behandeling binnen een korte termijn. De compensatiebedragen die de Compensatiewet mogelijk maakt zijn niet specifiek gedefinieerd, maar moeten worden gerelateerd aan factoren als de aard, lengte en consequenties van de detentie en de gezondheid van de klager. De memorie van toelichting noemt daarbij wel richtsnoerbedragen, die het Hof redelijk voorkomen. Gelet op dit alles is het Hof van oordeel dat de nieuwe Compensatiewet in beginsel een adequate en effectieve mogelijkheid kan zijn om compensatie te verkrijgen. Vervolgens beoordeelt het Hof hoe de toepassing van deze wet zich verhoudt tot verschillende groepen van klagers, die zich steeds in een iets andere situatie bevinden.

Bij het toekennen van compensatie geldt in het geval van voorarrest een grondoppervlakte van minimaal 4 m² als minimum en wordt vereist dat iedere gedetineerde tenminste een eigen slaapplek heeft. Daarmee is ook aan de minimale vereisten voldaan onder art. 3 EVRM.[2] Dit is anders in het geval van detentie na veroordeling, waarbij in de nationale wetgeving als minimum een grondoppervlakte van minimaal 2/2,5 m² per gedetineerde wordt vereist, hetgeen niet in overeenstemming is met de minimale vereisten van art. 3 EVRM.

Voor zover het gaat om klagers die in voorarrest hebben gezeten dat al is afgelopen en dat duidelijk in strijd is met zowel het EVRM als nationaal recht, is het Hof van oordeel dat de Compensatiewet in principe kan voorzien in voldoende rechtsherstel en dat deze weg dan ook moet worden benut. Deze klachten zijn dan ook niet-ontvankelijk wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen. Waar het echter gaat om gevallen waarin mensen nog in voorarrest zitten, wijst het Hof erop dat zich in Rusland sinds *Ananyev* ook verschillende andere relevante ontwikkelingen hebben voorgedaan. In het bijzonder zijn er veel gevallen waarin voorarresten zijn ingekort of eerder zijn beëindigd. Dit heeft ook het probleem van overbevolking van gevangenissen voor een deel kunnen bestrijden. De effectiviteit en de precieze gevolgen van deze maatregelen zijn echter nog niet bekend en het is ook niet duidelijk of enkele veranderingen in de procedures rondom het voorarrest maken dat sprake is van een voldoende effectief preventief rechtsmiddel. Het Hof besluit dan ook om de zaken waarin dit aan de orde is te communiceren aan de partijen met het verzoek om er verdere observaties

over in te dienen.

Waar het gaat om klagers die na veroordeling gevangen hebben gezeten, maakt het Hof onderscheid tussen de situatie waarbij hun omstandigheden duidelijk in strijd waren met zowel het EVRM als het nationale recht en de situatie waarbij alleen sprake is van een schending van het EVRM. Ten aanzien van de eerste groep zaken is het van oordeel dat de Compensatiewet hier in beginsel voldoende rechtsherstel kan bieden, zodat deze zaken niet-ontvankelijk zijn wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen. Ten aanzien van de tweede groep van zaken geldt ook hier dat er onvoldoende informatie voorhanden is om een definitief oordeel te kunnen geven over de klachten, zodat ook hier het Hof de zaak communiceert aan de partijen met het verzoek om observaties in te dienen. Ten aanzien van de groep mensen die nog gedetineerd is, besluit het Hof hetzelfde en ook deze zaken communiceert het aan de partijen.

[1] *Ananyev e.a. t. Rusland*, EHRM 10 januari 2012, nrs. 42525/07 en 60800/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0110JUD004252507, «EHRC» 2012/98 m.nt. Van Kalmthout.

[2] *Muršić t. Kroatië*, EHRM (GK) 20 oktober 2016, nr. 7334/13, ECLI:CE:ECHR:2016:1020JUD000733413, «EHRC» 2017/49 m.nt. Hagens, waarin het Hof een minimum grondoppervlakte van 3 m² als minimum vereiste voor persoonlijke ruimte van een gedetineerde bevestigt.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 17-03-2020

ECLI: ECLI:CE:ECHR:2020:0404DEC000124918

Zaaknummer: nr. 41743/17

Wetsartikelen: EVRM art. 3, EVRM art. 13 en EVRM art. 35

ANNOTATIE

Altıntaş t. Turkije (EHRM, nr. 50495/08) – Uitingsvrijheid in Turkse zaken over geweldsverheerlijking: procedurele of materiële toets?

P.E. de Morree

1. Deze zaak draait om het verheerlijken van geweld. De klager was hoofdredacteur van een lokaal maandelijks tijdschrift. In 2007 plaatste hij een artikel over een gijzeling door een verboden links-extremistische groepering van drie Britse NAVO-medewerkers en de gewelddadige afloop daarvan, die precies 35 jaar daarvoor had plaatsgevonden. Met de gijzeling beoogde de groepering de executie te voorkomen van de drie belangrijke leiders van de groepering die ter dood waren veroordeeld. De gijzeling mondde uit in een belegering door het Turkse leger, waarbij de gijzelnemers weigerden zich over te geven en de drie NAVO-medewerkers executeerden. Uiteindelijk werden ook de gijzelnemers, op één na, gedood. In het artikel ter nagedachtenis aan deze gebeurtenissen werden de gijzelnemers omschreven als een groep jeugdige revolutionairen die waren ‘afgeslacht’ en voor altijd zullen voortleven als ‘idolen van de jeugd’. Van de brute executie door de gijzelnemers van de gegijzelde NAVO-medewerkers werd in het artikel geen melding gemaakt.

2. Als het gaat om discussie over historische gebeurtenissen laat het Hof over het algemeen ruimte voor discussie. Vaak zijn op de gebeurtenissen verschillende visies mogelijk en het is volgens het Hof ‘an integral part of freedom of expression to seek historical truth’.[1] Bijdragen aan een historisch debat, hoewel soms gevoelig en polemisch, dienen volgens het Hof in beginsel een algemeen belang.[2] Met uitzondering van de Holocaust, wat volgens het Hof een vaststaand feit is waarover geen discussie meer mogelijk is.[3] De discussie over historische gebeurtenissen moet echter wel binnen de grenzen van art. 10 EVRM worden gevoerd. Uitingen die geweld in een historische context rechtvaardigen of verheerlijken zijn volgens het EHRM niet toegestaan.[4]

3. In het kader van de toets van uitingen die geweld rechtvaardigen of verheerlijken in het licht van de vrijheid van meningsuiting in art. 10 EVRM verduidelijkt het Hof dat moet worden gekeken naar de volgende aspecten: 1) de politieke of sociale context waarin de uitingen zijn

gedaan, 2) de inhoud van de uiting: vormt die in de context waarin deze is gedaan een directe of indirecte oproep tot geweld of het rechtvaardigen of verheerlijken daarvan, en 3) kan de uiting direct of indirect oproepen tot gewelddadig handelen.[5] In de onderhavige zaak beoordeelt het Hof deze factoren als volgt. Wat de politieke of sociale context betreft, wijst het Hof erop dat het artikel precies 35 jaar na dato is gepubliceerd in een lokaal tijdschrift dat wordt uitgebracht in de provincie waarin de gijzeling plaatsvond en waar de gebeurtenissen nog steeds gevoelig liggen. De publicatie vond daarom plaats in een gespannen sociale context.[6] Over de inhoud merkt het Hof op dat de gewelddadige gijzelnemers worden afgeschilderd als 'helden' die tijdens de belegering door het Turkse leger zijn 'afgeslacht'. De manier waarop de gebeurtenissen worden beschreven moet volgens het Hof worden gelezen als het verheerlijken, of op zijn minst rechtvaardigen van geweld.[7] Tot slot brengt het artikel volgens het Hof het risico met zich dat jongeren die zich verbonden voelen met bepaalde (verboden) organisaties worden aangemoedigd om vergelijkbare gewelddadige acties te ondernemen als de in het artikel omschreven 'idolen van de jeugd'. [8] Het Hof concludeert vervolgens op basis van deze analyse dat de boete die aan Altintaş was opgelegd niet disproportioneel was en noodzakelijk in een democratische samenleving.

4. Opvallend in deze zaak is dat het Hof er expliciet voor kiest om een eigenstandige, materiële beoordeling uit te voeren van de uitingen in het artikel. Dat doet het Hof in dergelijke gevallen niet altijd. Zoals het Hof zelf aangeeft, zijn er twee manieren waarop het de vraag of er een schending van art. 10 EVRM heeft plaatsgevonden kan beoordelen. In sommige zaken beperkt het Hof zich tot het onderzoeken of de staat te goeder trouw, met zorg en op een redelijke manier heeft gehandeld.[9] Het Hof voert dan een procedurele toets uit, waarbij het beoordeelt of de nationale autoriteiten zich voldoende rekenschap hebben gegeven van de regels en principes die ten grondslag liggen aan art. 10 EVRM en zich hebben gebaseerd op een adequate interpretatie van de relevante feiten. In andere zaken, zoals de onderhavige, analyseert het Hof zelf de uiting en gaat het na of geweld wordt gerechtvaardigd of verheerlijkt en beperking van de vrijheid van meningsuiting dus gerechtvaardigd is.

5. In eerdere zaken heeft het Hof al eens op een rijtje gezet hoe het in Turkse zaken soms een materiële en soms een procedurele toets uitvoert in zaken betreffende het aanzetten tot of verheerlijken van geweld.[10] Recent nog heeft het Hof in de zaak *Özer t. Turkije* uitgelegd wanneer het kiest voor een procedurele en wanneer voor een materiële beoordeling.[11] Wanneer onduidelijk is of sprake is van het rechtvaardigen of verheerlijken van geweld, moet worden gekozen door een procedurele toets waarbij het Hof de motivering van de nationale autoriteiten beoordeelt.[12] Ook als de autoriteiten onvoldoende hebben gemotiveerd of niet bevredigend hebben beargumenteerd waarom veroordeling van de klager *in casu* terecht was, zal het Hof kiezen voor een procedurele benadering.[13]

6. In de zaak *Altıntaş* lijkt het Hof aan dit beoordelingskader nog een derde factor toe te voegen. Het Hof stelt dat het vooral voor een materiële benadering zal kiezen wanneer, los van de rechtvaardiging die de nationale autoriteiten hebben gegeven voor de beperking, overduidelijk is dat de uitingen moeten worden gekwalificeerd als het rechtvaardigen of verheerlijken van geweld en dus niet zouden moeten kunnen profiteren van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting.^[14] Wellicht wil het Hof gevallen waarin het van oordeel is dat een uiting geweld goedpraat als aanleiding gebruiken om de (inhoudelijke) grenzen van de vrijheid van meningsuiting te benadrukken. Zoveel uitspraken zijn er nu ook weer niet over het verheerlijken van geweld. Het evenwicht tussen aan de ene kant de vrije discussie die volgens het Hof gevoerd moet kunnen worden over (gewelddadige) historische gebeurtenissen en aan de andere kant het voorkomen dat verheerlijking van geweld nieuwe generaties aanspoort tot vergelijkbare gewelddadige acties is immers precair.

7. Met toevoeging van deze nieuwe factor lijkt het er op dat het toetsingskader op basis waarvan het Hof beslist hoe het Turkse zaken over het rechtvaardigen of verheerlijken van geweld in het licht van art. 10 EVRM zal afdoen als volgt luidt: 1) als overduidelijk is dat sprake is van het verheerlijken van of aanzetten tot geweld, zal het Hof, los van de beoordeling door de nationale autoriteiten, een eigenstandige, materiële beoordeling uitvoeren van de uiting; 2) als onduidelijk is of sprake is van het aanzetten tot of verheerlijken van geweld, zal het Hof zich beperken tot een procedurele toets en bekijken of de nationale autoriteiten voldoende en op een juiste wijze hebben gemotiveerd waarom de veroordeling terecht was in het licht van art. 10 EVRM; en 3) als de nationale autoriteiten onvoldoende hebben gemotiveerd of niet bevredigend hebben beargumenteerd waarom de veroordeling terecht was, zal het Hof kiezen voor een procedurele benadering om een schending aan te nemen van art. 10 EVRM.

8. Hoewel het te prijzen is dat het Hof tracht handvatten te geven voor de beoordeling van lastige zaken betreffende het rechtvaardigen of verheerlijken van geweld, is het de vraag of het gecreëerde toetsingskader hierin erg behulpzaam is. In één zaak kunnen immers meerdere van de door het Hof geïdentificeerde afwegingsfactoren een rol spelen die bovendien mogelijk verschillende kanten op wijzen. Dat was ook in de zaak *Altıntaş* het geval. Zo geven rechters Bårdson en Pavli in hun *dissenting opinion* aan dat de nationale rechter die *Altıntaş* veroordeelde nauwelijks heeft beargumenteerd hoe de relevante belangen tegen elkaar zijn afgewogen en zich daarbij evenmin op adequate wijze rekenschap heeft gegeven van de regels en principes die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof inzake art. 10 EVRM.^[15] Het is volgens de *dissenters* in zo'n geval niet aan het Hof om hier zijn eigen beoordeling voor in de plaats te stellen. Zoals het Hof in de hiervoor al genoemde zaak *Özer t. Turkije* aangaf is het ontbreken van een bevredigende motivering op nationaal niveau juist een reden om procedureel te toetsen. Alleen al op die grond had volgens de *dissenters* vervolgens een

schending van art. 10 EVRM moeten worden geconstateerd.[16]

9. Bovendien kan het artikel waarover het Hof zich *in casu* moet buigen volgens de *dissenters* op verschillende manieren worden gelezen. Het artikel schetst weliswaar een heroïsch beeld van de gijzelnemers en laat cruciale informatie over hun eigen handelen achterwege, maar uit de tekst blijkt niet met zoveel woorden dat de auteur de executie van de gijzelnemers goedkeurt. Ook roept het artikel niet direct op tot vergelijkbare gewelddadige acties tegen burgers of de politie. Uit het artikel kan dus niet ondubbelzinnig worden afgeleid dat het artikel het door de gijzelnemers gepleegde geweld rechtvaardigt of verheerlijkt. Ook dat is volgens de dissenters, verwijzend naar de criteria van het Hof in *Özer*, reden om juist in deze zaak procedureel te toetsen.[17]

10. Toch beoordeelt het Hof, op basis van een nieuwe beoordelingsfactor – omdat het meent dat overduidelijk sprake is van het verheerlijken, of op zijn minst rechtvaardigen, van geweld – dat *in casu* een materiële beoordeling op zijn plaats is. Daarmee komt het Hof uiteindelijk tot de conclusie dat geen sprake was van een schending van art. 10 EVRM. Dat is opvallend, nu de andere twee beoordelingsfactoren – onduidelijkheid of sprake is van het aanzetten tot of verheerlijken van geweld of onvoldoende motivering door de nationale rechter waarom de veroordeling terecht was – wellicht juist aanleiding hadden kunnen om te concluderen dat Turkije art. 10 EVRM heeft geschonden. Voor de uitkomst van de zaak maakt het dus nogal wat uit of materieel of procedureel wordt getoetst. Nu nog steeds niet goed kan worden verklaard waarom het Hof de ene keer procedureel en een andere keer materieel toetst, is het toetsingskader in Turkse zaken over het rechtvaardigen of verheerlijken van geweld nog niet erg bevredigend.

Mr. dr. P.E. de Morree, staatsrechtelijk adviseur bij de Raad van State

[1] *Chauvy e.a. t. Frankrijk*, EHRM 29 juni 2004, nr. 64915/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0629JUD006491501, par. 69.

[2] *Orban e.a. t. Frankrijk*, EHRM 15 januari 2009, nr. 20985/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0115JUD002098505, «EHRC» 2009/30 m.nt. Gerards, par. 35.

[3] *Lehideux en Isorni t. Frankrijk*, EHRM (GK) 23 september 1998, nr. 24662/94, ECLI:CE:ECHR:1998:0923JUD002466294, par. 47, *JB* 1999/3 m.nt. De Winter.

[4] Zie onder andere *Leroy t. Frankrijk*, EHRM 2 oktober 2008, nr. 36109/03, ECLI:CE:ECHR:2008:1002JUD003610903, «EHRC» 2008/134.

[5] Zie paragraaf 31 van de uitspraak.

[6] Zie paragraaf 32 van de uitspraak.

[7] Zie paragraaf 33 van de uitspraak.

[8] Zie paragraaf 34 van de uitspraak.

[9] Zie paragraaf 29 van de uitspraak.

[10] Zie o.a. *Gürbüz en Bayar t. Turkije*, EHRM 23 juli 2019, nr. 8860/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0723JUD000886013, «EHRC» 2019/208, par. 37.

[11] *Özer t. Turkije* (nr. 3), EHRM 11 februari 2020, nr. 69270/12, ECLI:CE:ECHR:2020:0211JUD006927012, «EHRC Updates» 2020-89.

[12] *Özer t. Turkije* (no. 3), reeds aangehaald, par. 30.

[13] *Özer t. Turkije* (no. 3), reeds aangehaald, par. 31.

[14] Zie paragraaf 30 van de uitspraak.

[15] *Altıntaş t. Turkije*, Opinion dissidente du juge Bårdsen, à laquelle se rallie le juge Pavli, par. 7-8.

[16] *Altıntaş t. Turkije*, Opinion dissidente, reeds aangehaald, par. 11.

[17] *Altıntaş t. Turkije*, Opinion dissidente, reeds aangehaald, par. 10.

ANNOTATIE

Hudorovič e.a. t. Slovenië (EHRM, nrs. 24816/14 en 25140/14) – Toegang tot schoon drinkwater voor Roma***C.M.S. Loven en L. Huijbers***

1. De klagers in *Hudorovič e.a.* zijn respectievelijk een groep personen woonachtig in de Roma-nederzetting Goriča en een groep personen woonachtig in de Roma-nederzetting Dobruška, beide gelegen in Slovenië. Deze twee groepen stellen voor het EHRM dat Slovenië in strijd handelt met art. 3 en art. 8 EVRM, omdat zij geen toegang hebben tot schoon drinkwater en de nederzettingen waarin zij wonen niet zijn aangesloten op een rioleringsstelsel. Daarnaast doen klagers een beroep op art. 14 EVRM in combinatie met art. 3 en 8 EVRM. In dit verband stellen klagers dat zij door de autoriteiten worden gediscrimineerd op grond van hun Roma-achtergrond en dat de autoriteiten onvoldoende aandacht hebben voor hun kwetsbare positie als leden van de Roma-gemeenschap. Deze klachten laten al zien dat aan onderhavige zaak tal van interessante aspecten kleven – hij gaat over toegang tot schoon drinkwater, positieve verplichtingen onder art. 3 en 8 EVRM en de kwetsbare positie van Roma. Dit wordt bevestigd door de uitspraak van het EHRM die boordevol discussieerbare overwegingen zit. In deze annotatie bespreken wij een drietal van deze overwegingen: de beslissing van het Hof om de toepasselijkheid van art. 8 EVRM in het midden te laten, de strenge voorwaarden die het Hof formuleert voor het ontstaan van een positieve verplichting (rekening houdend met een ruime beoordelingsmarge voor staten), en het geringe gewicht dat het Hof toekent aan de kwetsbare positie van Roma. We richten ons daarbij op de toegang tot schoon drinkwater, en laten de aspecten van deze zaak die zien op de toegang tot rioleringsvoorzieningen hier buiten beschouwing.

2. De klacht over een gebrek aan toegang tot schoon drinkwater roept allereerst de vraag op of deze materie binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM valt. Alhoewel het Hof eerder uitspraken heeft gedaan over bijvoorbeeld gezondheids- en milieurisico's als gevolg van vervuild grondwater door industriële activiteiten[1] en de aanleg van een kerkhof[2], is het de eerste keer dat het Hof de vraag moet beantwoorden of een recht op toegang tot schoon drinkwater (en rioleringsvoorzieningen) binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM valt. Dat het Hof nu deze vraag krijgt voorgelegd past in een internationale trend waarin in toenemende mate de

toegang tot schoon drinkwater als een mensenrecht wordt erkend.[3] Deze ontwikkeling beperkt zich niet tot internationale fora; ook de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa heeft meerdere malen benadrukt dat toegang tot schoon drinkwater een fundamenteel recht zou moeten zijn.[4] Onderhavige zaak was daarom voor het Hof een uitgelezen mogelijkheid om meer duidelijkheid te creëren over de toegang tot schoon drinkwater in het licht van het EVRM.

3. Het Hof laat deze kans echter grotendeels onbenut. Dit komt het duidelijkst naar voren in de conclusie over art. 8 EVRM. Het Hof overweegt dat ‘... even assuming that Article 8 is applicable in the instant case, there has been no violation of that provision’.[5] Het Hof laat dus in het midden of dit artikel van toepassing is in onderhavige zaak. Anders gezegd: alhoewel het Hof expliciet overweegt dat toegang tot schoon drinkwater als zodanig niet wordt beschermd door art. 8 EVRM, laat het de deur tegelijkertijd op een kier staan. Het overweegt namelijk dat een voortdurend en langdurig gebrek aan toegang tot schoon drinkwater dusdanige nadelige effecten kan hebben voor de gezondheid en de menselijke waardigheid dat de wezenlijke kern van het in art. 8 EVRM vervatte recht op respect voor het privéleven en de woning wordt geraakt. Wanneer aan deze strikte (*stringent*) voorwaarden is voldaan, sluit het Hof niet uit dat positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM kunnen ontstaan, en dat deze bepaling dus expliciet van toepassing is.

4. Met deze overweging stelt het Hof als het ware een *minimum level of severity* vast dat moet worden bereikt om art. 8 EVRM van toepassing te laten zijn. Dit doet het Hof vaker wanneer het kijkt naar de effecten van bepaalde maatregelen of activiteiten op iemands privéleven om te bepalen of art. 8 EVRM van toepassing is.[6] Tegelijkertijd lijkt het Hof de lat erg hoog te leggen waar het gaat om toegang tot schoon drinkwater. Zoals hiervoor aangegeven moet voor toepasselijkheid van art. 8 EVRM immers de wezenlijke kern van die bepaling worden geraakt. Het is dan ook niet onterecht dat rechter Pavli in zijn *partly dissenting opinion* betoogt dat het moeilijk te begrijpen is dat het Hof eerder heeft overwogen dat bijvoorbeeld geluidsoverlast door bars en discotheken[7] binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM valt, maar dat het Hof in onderhavige zaak weigert te concluderen dat het gebrek aan toegang tot schoon drinkwater van dusdanige ernst is dat art. 8 EVRM van toepassing is, terwijl juist schoon drinkwater essentieel is voor de mens om te kunnen overleven.[8] Dit is nog vreemder in het licht van een ander punt dat Pavli benadrukt, namelijk dat toegang tot schoon drinkwater een relatief recht is. Dit betekent dat de positieve verplichting van staten om toegang tot schoon drinkwater te garanderen beperkt in omvang kan zijn, en dat altijd een afweging kan worden gemaakt tussen het individuele belang en het algemeen belang. De terughoudende opstelling van de meerderheid om geen onredelijke last op staten te willen leggen, is daarom volgens Pavli onjuist. Pavli is dan ook van mening dat het Hof had moet erkennen dat toegang tot schoon

drinkwater binnen het bereik van art. 8 EVRM valt.[9] Het is ons bovendien niet duidelijk wat het verschil in behandeling van de zaak zou zijn geweest als het EHRM wél expliciet toegang tot schoon drinkwater onder de reikwijdte van art. 8 EVRM had laten vallen.

5. Wat betreft het oordeel over de toepasselijkheid van art. 8 EVRM kan nog het volgende worden opgemerkt. Het eindoordeel dat ‘even assuming that Article 8 is applicable, there has been no violation in the instant case’[10] is niet uniek. Het Hof past een dergelijke redenering wel vaker toe.[11] Met deze minimalistische benadering (*judicial minimalism*) kan het EHRM moreel sensitieve en complexe sociaaleconomische vraagstukken zoveel mogelijk uit de weg gaan en tegelijkertijd toch een vinger aan de pols houden.[12] Dit betekent echter niet dat deze benadering wenselijk is. Strikt genomen is de rechtsmacht van het Hof namelijk beperkt tot de rechten die in het EVRM zijn vervat.[13] Dit impliceert dat het Hof zich wel degelijk eerst moet uitspreken over de toepasselijkheid van een EVRM-bepaling, voordat het kan oordelen over een mogelijke schending. Eveneens levert een dergelijke benadering onduidelijkheid op over de beschermingsreikwijdte van het EVRM én de verplichtingen van staten. Daarom pleit dit, net als de argumenten die naar voren zijn gebracht door rechter Pavli, voor een explicietere stellingname van het Hof wat betreft de toepasselijkheid van art. 8 EVRM.

6. Ondanks de terughoudendheid van het Hof volgt uit deze uitspraak dat in sommige uitzonderlijke situaties een positieve verplichting voor staten kan bestaan om toegang tot schoon drinkwater te garanderen. Volgens onze analyse kunnen drie denkstappen in de redenering van het Hof worden onderscheiden die doorslaggevend zijn voor het uiteindelijke oordeel dat art. 8 EVRM niet is geschonden. In de eerste plaats is er de hoge lat die het EHRM legt voor het doen ontstaan van de positieve verplichting, daarnaast is er het feit dat dezelfde factoren een rol spelen in het bepalen of de positieve verplichting is *ontstaan* als in het vaststellen van de *omvang* van deze verplichting, en ten derde is er de ruime beoordelingsmarge die het Hof aan de Sloveense autoriteiten laat.

7. Allereerst benadrukt het EHRM dat alleen in zeer uitzonderlijke situaties een verplichting ontstaat voor staten om schoon drinkwater te garanderen. Het overweegt dat ‘when these *stringent conditions* are fulfilled, the Court is unable to exclude that a convincing allegation may *trigger* the State’s positive obligations under that provision [cursivering CL en LH]’.[14] De logische vraag is dan: welke situaties zijn ernstig genoeg om een verplichting te doen ontstaan om toegang tot schoon drinkwater te garanderen? Hoewel het Hof zelf in eerste instantie alleen verwijst naar de situatie (1) dat er serieuze risico’s zijn voor de gezondheid en menselijke waardigheid, bijvoorbeeld als gevolg van voortdurend en langdurig gebrek aan schoon drinkwater,[15] volgen uit de inhoudelijke beoordeling van de zaak nog eens twee situaties waarin overheidsinstanties verplicht kunnen worden om toegang tot schoon drinkwater te garanderen: (2) wanneer het nodig is om materiële ongelijkheden tussen

groepen weg te halen[16] en (3) wanneer personen volledig afhankelijk zijn van de overheid, bijvoorbeeld omdat zij in extreme armoede verkeren of gevangenen zijn.[17]

8. Voorts blijkt uit de beoordeling van het Hof dat de factoren voor het bepalen of een positieve verplichting voor het garanderen van toegang tot schoon drinkwater is *ontstaan* eveneens meespelen in het vaststellen van de *omvang* van deze verplichting.[18] Het Hof noemt drie factoren die in dit verband van belang zijn: de specifieke omstandigheden van de getroffen personen, het wettelijke kader en de economische en sociale situatie in een land. Dat deze factoren zowel een rol spelen bij het doen ontstaan van de verplichting als bij het bepalen van de omvang ervan, betekent dat wanneer individuen kwetsbaar en afhankelijk zijn van de staat, er niet alleen sneller een verplichting ontstaat voor overheidsinstanties om hun rechten te verzekeren, maar ook dat die verplichting omvattender is. Maar andersom geldt ook dat wanneer individuen zelfredzamer zijn, er géén verplichting is voor de staat, en als die er toch is, is deze dermate beperkt dat zelden sprake zal zijn van een schending van art. 8 EVRM.

9. In de derde plaats is het van cruciaal belang dat het Hof de Sloveense autoriteiten een ruime *margin of appreciation* laat. Dit is op zichzelf niet gek; het is vaste EHRM-rechtspraak dat staten een ruime beoordelingsmarge toekomt in sociaaleconomische kwesties. Waar deze zaak echter wel afwijkt van de eerdere rechtspraak is, dat het Hof zich (vrijwel) volledig tot deze vaststelling beperkt. Een vergelijking met de positieve verplichting in deze zaak en eerdere Roma-huisvestingszaken verduidelijkt dit.[19] Net als onderhavige zaak zijn deze eerdere zaken onder art. 8 EVRM behandeld, gaan ze over sociaaleconomische situaties, en gaan ze ook over positieve verplichtingen. Terwijl het EHRM zich in onderhavige zaak beperkt tot het benoemen en toepassen van het algemene beginsel dat '[i]n socio-economic matters such as housing the margin of appreciation available to the State is necessarily a wide one' [20], voegt het er in de Roma-huisvestingszaken consequent aan toe dat 'the margin of appreciation left to the authorities will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of fundamental or "intimate" rights'. [21] Met *intimate rights* verwijst het Hof naar rechten die van centraal belang zijn voor de identiteit, zelfbeschikking, fysieke en morele integriteit van individuen, het onderhouden van sociale contacten en het hebben van een vaste en veilige plaats in de samenleving. Huisvesting van Roma wordt als een dusdanig 'intiem' recht gezien, omdat de specifieke levenswijze van Roma samenvalt met hun identiteit en traditie.[22] Staten hebben in het kader van huisvesting van Roma dan ook een kleinere beoordelingsmarge, en zelfs de positieve verplichting om hun levenswijze te faciliteren.[23] Met andere woorden, in Roma-huisvestingszaken *pur sang* kiest het EHRM voor een kernrechtenbenadering.[24] In onderhavige zaak wordt zo'n kernrechtenbenadering niet gekozen, noch lijken beoordelingsmarge-verkleinende factoren te worden meegenomen.

10. Nu hangt het gebrek aan een kernrechtenbenadering in deze zaak nauw samen met het feit dat het EHRM het recht op toegang tot schoon drinkwater, zoals hiervoor besproken, niet expliciet erkent. Maar zoals het Hof ook zelf opmerkt kan een langdurig tekort aan schoon drinkwater wel degelijk afbreuk doen aan de *kern* van het privéleven en genot van een woning. Toegang tot schoon drinkwater is dus misschien niet als zodanig een *intimate right*, maar kan in ernstige gevallen wel een van de beschermde kernrechten onder art. 8 EVRM raken. Wanneer dus is vastgesteld dat er langdurig gebrekkige toegang tot schoon drinkwater is en dit nadelige gevolgen heeft voor de gezondheid dan zou een kernrechtenbenadering gekozen moeten worden. Dat zou logischerwijs ook betekenen dat in dergelijke situaties de beoordelingsmarge (veel) kleiner zou moeten zijn. Deze benadering lijkt het Hof echter niet te kiezen. Het houdt vast aan de idee dat: ‘the States must be accorded wide discretion in their assessment of those priorities and the legislative choices they make, given their wide margin of appreciation in socio-economic matters. That discretion must also apply to the concrete steps aimed at ensuring everyone has adequate access to water, such as the adoption of a national water strategy, national and local implementation projects of any such strategy, or, indeed, the provision of water from the public water distribution system to individual households.’[25]

11. Het is tegen de achtergrond van de ruime beoordelingsmarge voor de Sloveense autoriteiten, de factoren die zowel van belang zijn voor het ontstaan als de omvang van de positieve verplichting, en de noodzaak voor de klagers om aan te tonen dat hun situatie dermate ernstig is dat de Sloveense autoriteiten hadden moeten optreden, dat het Hof de zaak inhoudelijk beoordeelt. Dat het Hof de lat hoog legt voor het doen ontstaan van een positieve verplichting wordt daarbij bevestigd door de conclusie dat de omstandigheden in de twee nederzettingen niet tot serieuze risico’s hebben geleid voor de gezondheid van klagers. Zo overweegt het Hof dat ‘while the applicants complained of frequent diseases ..., they neither made any concrete submissions to that effect nor presented evidence in support of their claims’.[26] Met andere woorden, aan de eerste hiervoor besproken omstandigheid voor het ontstaan van een positieve verplichting (zie randnr. 7) is niet voldaan. Dit is een opvallende conclusie gelet op de bevindingen van de voormalige Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, Nils Muižnieks, dat de meeste Roma in Dobruška (een van de twee nederzettingen waar de klagers woonden) hun water haalden uit een stroom die besmet was met rioolwater en afval van een vleesverwerkingsbedrijf en dat dit leidde tot ziektes, zoals diarree en huiduitslag.[27]

12. Eveneens als gevolg van de gekozen benadering ligt de nadruk in deze zaak niet op het *effectief genot* van de rechten onder art. 8 EVRM, maar op de vraag of het genot ervan *realiseerbaar* was. Zo overweegt het Hof, net als de Sloveense autoriteiten,[28] dat ‘... the

applicants remained in their respective settlements by choice'[29] en benadrukt het de eigen verantwoordelijkheid van klagers: '... no financial or other assistance, such as the purchase of another water tank, appears to have been requested by the applicants from the municipal authorities since 1999 for the purpose of acquiring a more regular water supply';[30] '... in the Court's opinion they were themselves responsible for verifying whether they would be able to connect to the public water supply system and for taking steps to ensure their individual connection';[31] '... the applicants were not prevented from making use of their social benefits, that allowed them to provide for their essential needs to employ solutions such as installing private water tanks or systems for collecting rainwater';[32] en '...the applicants did not argue that they were in any way, financially or otherwise, prevented from installing their own septic tanks or employing other solutions alternative to the public sewerage system'[33].

Doorslaggevend was dus dat klagers zelf hun situatie hadden kunnen verbeteren. De Roma in deze zaak ontvingen bijstand (*social benefits*), waardoor een zeker basisniveau van levensonderhoud gegarandeerd was, en zij dus niet in een situatie van extreme armoede verkeerden waardoor zij volledig van de staat afhankelijk waren voor het realiseren van hun rechten.[34] Dit betekent dat er dus geen positieve verplichting bestaat vanwege de afhankelijke positie van deze Roma (zie de derde omstandigheid in randnr. 7).

13. Het is echter de vraag hoe de nadruk op het zelf realiseren van rechten zich verhoudt tot de kwetsbare positie waarin Roma zich bevinden. Het Hof benadrukt dit zelf ook in zijn uitspraak. Zo overweegt het dat staten aandacht moeten besteden aan de bijzondere levensstijl van Roma, en dat zij – in het kader van art. 14 EVRM – rekenschap moeten geven dat Roma vanwege hun sociale positie soms extra ondersteuning nodig zullen hebben om op gelijke voet te kunnen genieten van hun mensenrechten.[35] Bij toepassing van deze algemene beginselen overweegt het Hof bovendien dat 'a considerable part of the Roma population in Slovenia, who live in illegally built settlements that are often removed from the densely populated areas with a public water-distribution system, face greater obstacles than the majority in accessing basic utilities' en geeft het aan dat 'these factors and the possible need for concrete measures tailored to the applicants' specific situation will form part of the Court's assessment of the circumstances of the present case'.[36] Aan de tweede hiervoor besproken grondslag voor het ontstaan van een positieve verplichting, namelijk het bestaan van materiële ongelijkheden tussen groepen, lijkt dus voldaan te zijn. Waar het gaat om de omvang van deze verplichting zien we echter dat de ruime beoordelingsmarge in het voordeel van de Sloveense autoriteiten uitpakt. Zo merkt het Hof bijvoorbeeld op dat hoewel de Sloveense autoriteiten niet altijd langdurige en ideale oplossingen hebben geboden, de verschillende gemeenten zich wel rekenschap hebben gegeven van de kwetsbare positie van klagers en een zekere mate van actieve inzet (*a degree of active engagement*) hebben getoond in het kader van hun bijzondere behoeften. Eveneens volgt de conclusie dat: '[a]s regards the

State's own legal and financial obligations in this regard, the Court takes the view that, while it falls upon the State to address the inequalities in the provision of access to safe drinking water which disadvantage Roma settlements, this cannot be interpreted as including an obligation to bear the entire burden of providing running water to the applicants'.[37] Daarnaast speelt de Sloveense sociale en economische context hier duidelijk een rol. Zo merkt het Hof op dat een aanzienlijk deel van de Sloveense populatie dat in afgelegen gebieden woont geen toegang heeft tot het publieke watervoorzieningssysteem en dat dit ook geldt voor de gemeenten waarin de twee Roma-nederzettingen zijn gelegen. Met andere woorden, de klagers waren niet slechter af dan anderen. Dit alles resulteert in de conclusie dat de Sloveense autoriteiten voldoende hebben gedaan om de toegang tot schoon drinkwater voor klagers te verzekeren en zij daarbij hun kwetsbare positie voldoende in acht hebben genomen. De vraag blijft echter of het Hof tot een andere conclusie was gekomen als het een kleinere beoordelingsmarge had toegekend, en of het dan meer aandacht zou hebben besteed aan de specifieke situatie waar klagers zich in bevonden en minder aandacht aan de sociale en economische situatie in Slovenië.

14. Bovenstaande bespreking laat zien dat aan onderhavige zaak tal van interessante aspecten kleven, en dan hebben wij ons nog beperkt tot een aantal punten. Dit zijn niet alleen aspecten die interessante vraagstukken oproepen voor grondrechtjuristen, maar ook punten die het Hof duidelijk confronteren met nieuwe vraagstukken waarover het laatste woord nog niet is gezegd. In dit licht en gelet het feit dat op bepaalde overwegingen van het Hof nogal wat valt af te dingen, maakt deze zaak dan ook grote kans om door te worden verwezen naar de Grote Kamer.

C.M.S. Loven, promovenda bij het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging,
Universiteit Utrecht

L.M. Huijbers, beleidsadviseur bij het College voor de Rechten van de Mens

[1] *Dubetska e.a. t. Oekraïne*, EHRM 10 februari 2011, nr. 30499/03, ECLI:CE:ECHR:2011:0210JUD003049903.

[2] *Dzemyuk t. Oekraïne*, EHRM 4 september 2014, nr. 42488/02, ECLI:CE:ECHR:2014:0904JUD004248802, «EHRC» 2014/242.

[3] Ook het Hof is zich bewust van deze ontwikkeling, zoals blijkt uit de uitgebreide uiteenzetting van ontwikkelingen binnen het internationale recht (zie par. 52-75). Voor een uitgebreide studie naar het recht op toegang tot schoon drinkwater zie D. Misiedjan, *Towards a sustainable human right to water: supporting vulnerable people and protection water resources*

(Intersentia 2019).

[4] Zoals door het Hof uiteen wordt gezet in par. 64-65 van onderhavige uitspraak.

[5] Par. 159.

[6] Bijvoorbeeld om te bepalen of nadelige effecten van industriële activiteiten (e.g. *Dubetska e.a. t. Oekraïne* (nr. 1); *Fadeyeva t. Rusland*, EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00, ECLI:CE:ECHR:2005:0609JUD005572300, «EHRC» 2005/80 m.nt Janssen, *M&R* 2005/10, nr. 97, m.nt Kamminga) of geluidsoverlast door vliegtuigen (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 8 juli 2003, nr. 36022/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003602297, «EHRC» 2003/71 m.nt. Janssen) binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM vallen.

[7] *Moreno Gómez t. Spanje*, EHRM 16 november 2004, nr. 4143/02, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD000414302, «EHRC» 2005/12 m.nt. Janssen, *AB* 2004/453 m.nt. Barkhuysen, *JB* 2005/2, m.nt. Jansen.

[8] *Hudorovič e.a. t. Slovenië*, Partly dissenting opinion of Judge Pavli joined by Judge Kuris, par. 6.

[9] *Hudorovič e.a. t. Slovenië*, Partly dissenting opinion of Judge Pavli joined by Judge Kuris, par. 5.

[10] Par. 159. Het Hof past eenzelfde overweging toe ten aanzien van de klacht over art. 14 EVRM in combinatie met art. 8 EVRM (par. 162) en de klacht over art. 3 EVRM (par. 167).

[11] Zie bijvoorbeeld *Vo t. Frankrijk*, EHRM (GK) 8 juli 2004, nr. 53924/00,

ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD005392400, «EHRC» 2004/86 m.nt. Bomhoff en Hendriks, *AB* 2005/10 m.nt. Van Beers (toepasselijkheid art. 2 EVRM); *Maurice t. Frankrijk*, EHRM (GK) 6 oktober 2005, nr. 11810/03, ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD001181003 (toepasselijkheid art. 8 EVRM); *Wanner t. Duitsland*, EHRM (ontv.) 23 oktober 2018, nr. 26892/12, ECLI:CE:ECHR:2018:1023DEC002689212, «EHRC» 2019/61 (toepasselijkheid art. 10 EVRM). Zie hierover ook J.H. Gerards en H.C.K. Senden, 'The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights', 7 *International Journal of Constitutional Law* 2009 (4), p. 619-653.

[12] Zie 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 en J. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law: A comparative analysis* (Intersentia 2014), p. 13-93, p. 62-70, en voor meer

over ontwijkingsstrategieën in “hard cases”, zie L.M Huijbers, *Process-based fundamental rights review: practice, concept and theory* (Intersentia 2019), p. 310-314.

[13] Art. 34 EVRM.

[14] Par. 116.

[15] Par. 116 en 157

[16] Par. 142.

[17] Par. 149.

[18] ‘Existence of any such positive obligation and its eventual *content* are necessarily determined by the specific circumstances of the persons affected, but also by the legal framework as well as by the economic and social situation of the State in question’ [cursivering CL en LH] (par. 116).

[19] Voor een uitleg over de EHRM-jurisprudentielijn in huisvestingszaken over Roma en reizigers, zie L.M. Huijbers, ‘Het woonwagenbeleid in Nederland vanuit mensenrechtelijk perspectief’ 2015 *NTM/NJCM-Bulletin* 40(4), p. 387-417.

[20] Par. 141.

[21] Bijv. *Winterstein e.a. t. Frankrijk*, EHRM 17 oktober 2013, nr. 27013/07, ECLI:CE:ECHR:2013:1017JUD002701307, «EHRC» 2014/31 m.nt. Henrard, par. 148(I).

[22] *Winterstein e.a.*, par. 142.

[23] *Winterstein e.a.*, par. 148.

[24] Zie hierover ook A.E.M. Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 242-248.

[25] Par. 144.

[26] Par. 157.

[27] Par. 72.

[28] Par. 108 en 129.

[29] Par. 148.

[30] Par. 151.

[31] Par. 152.

[32] Par. 156.

[33] Par. 157.

[34] Par. 149.

[35] Par. 142.

[36] Par. 143.

[37] Par. 156.

ANNOTATIE

Khadija Ismayilova t. Azerbeidzjan (nr. 2) (EHRM, nr. 30778/15) – Stelselmatige EVRM-schendingen in Azerbeidzjan***R. de Lange***

1. Dit is een tweede arrest in een zaak van de onderzoeksjournaliste Ismayilova, een ‘civil society activist’, die door de Azerbeidzjaanse overheid strafrechtelijk vervolgd werd om redenen die meer met haar werk te maken hadden dan met daadwerkelijk gepleegde strafbare feiten.[1] Zo werd zij onder andere beschuldigd van het aanzetten van een collega tot zelfmoord. Deze collega diende daarover een klacht in, die hij later weer introk.

2. Deze tweede uitspraak van het EHRM in Ismayilova’s zaak ontleent zijn belang aan de manier waarop het Hof met de klacht over schending van art. 18 EVRM omgaat, en aan de uitspraak over mogelijke schending van art. 10 EVRM. Uitgangspunt voor het Hof met betrekking tot art. 18 EVRM, zo blijkt uit par. 67 van *Khadija Ismayilova*, zijn de principes die het in de kameruitspraak in *Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan* heeft uiteengezet.[2] Er moet volgens art. 5 eerste lid onder c EVRM een ‘redelijke verdenking’ zijn om te kunnen rechtvaardigen dat klaagster in voorlopige hechtenis werd genomen, en dat moet natuurlijk op het niveau van de feitenvaststelling duidelijk worden. Het EHRM ontkomt er dan ook niet aan om – in lijn met zijn eigen uitgangspunten – de feiten na te lopen. Dat staat wel op gespannen voet met het uitgangspunt dat het Hof geen ‘vierde instantie’ is, hetgeen betekent dat de feiten op nationaal niveau moeten worden vastgesteld door de aldaar competente organen. Met betrekking tot art. 18-schendingen is het daarom meestal zo dat – zoals in *Merabishvili t. Georgië*[3] – het Hof niet zelf feiten vaststelt, maar vooral ingaat op wat er op nationaal niveau is foutgegaan bij de feitenvaststelling. In par. 68 e.v. van *Ismayilova* gaat het Hof in op de in deze zaak relevante feiten. Meteen al in par. 71 komt het echter met een interessante constatering: ondanks een specifiek verzoek van het EHRM is de regering van Azerbeidzjan niet over de brug gekomen met documenten die betrekking hebben op de tegen de klaagster ingestelde strafvervolging. Aangezien het Hof wel geloof hecht aan de verklaring van de vermeend suïcidale collega dat hij de klacht tegen haar wilde intrekken, rest volgens het Hof geen andere conclusie dan dat deze collega door de autoriteiten was gedwongen tot een valse

verklaring (par. 74).

3. Nieuw is dat het Hof aanvaardt dat art. 18 EVRM is geschonden omdat het gedrag van de overheid van Azerbeidzjan in deze zaak sterke overeenkomsten vertoont met het gedrag in andere situaties die al onderwerp van klachten in Straatsburg zijn geweest en waarin het Hof schendingen van verschillende verdragsartikelen heeft bevonden. Wat betreft de art. 18-klacht past het Hof in par. 110 e.v. als gezegd de *Merabishvili*-criteria toe, aangevuld met de *Navalnyy*-criteria[4]. Het constateert dat er geen sprake is van een *plurality of purposes*, omdat in dit geval een redelijke verdenking van een strafbaar feit jegens klaagster ontbrak. Ook het feit dat het doel van de vrijheidsbeneming niet voorkwam in art. 5 eerste lid onder c, is niet genoeg om tot een schending van art. 18 te concluderen, zoals het Hof in par. 112 vaststelt. Maar: bijzonder in deze zaak is dat het feitenpatroon goed past in datgene wat ook in andere arresten in soortgelijke zaken door het EHRM is vastgesteld: klaagster is een bekende onderzoeksjournalist, er was een valse beschuldiging tegen haar geuit, en zij werd bestookt met stigmatiserende stellingen door publieke ambtsdragers.[5] Bovendien is het duidelijk dat verschillende mensenrechtenactivisten en ‘civil society’-activisten door de overheid zijn lastiggevallen, gearresteerd en beschuldigd van vergelijkbare feiten. Hieruit concludeert het Hof als volgt: ‘Thus, the totality of the above circumstances indicates that the authorities’ actions were driven by improper reasons and that the actual purpose of the impugned measures was to silence and to punish the applicant for her journalistic activities. In the light of these considerations, the Court finds that the restriction of the applicant’s liberty was imposed for a purpose other than that prescribed by Article 5 § 1 (c) of the Convention.’[6] Er is dus sprake van een schending van art. 18 EVRM.

4. In het kader van de beoordeling van de klacht en de stelselmatigheid van de schending wijst het Hof er en passant ook op dat op de overheid van Azerbeidzjan een positieve verplichting rust om ervoor te zorgen dat Ismayilova haar rechten uit art. 10 EVRM kan uitoefenen. Haar positie als journalist geeft haar bijzondere aanspraken niet alleen op het punt van uitingsvrijheid maar ook op het punt van vrijheid van nieuwsgaring. Het Hof constateert dat het in zijn arrest in een eerdere zaak tegen dezelfde klaagster, Ismayilova, uit 2019 ter zake al een schending heeft vastgesteld.[7] Een afzonderlijk onderzoek van de klacht over schending van art. 10 is dan in *Ismayilova* (Nr. 2) niet meer nodig.

Roel de Lange

Hoogleraar Staatsrecht en vergelijkend staatsrecht

Erasmus Universiteit Rotterdam

- [1] De samenvatting van het arrest was al te vinden in EHRC Updates 2020-0100.
- [2] *Ilgar Mammadov t. Azerbeidzjan*, EHRM 22 mei 2014, nr. 15172/13, ECLI:CE:ECHR:2014:0522JUD001517213, «EHRC» 2014/174, par. 87-90. De Grote-Kameruitspraak in die zaak – waarnaar het Hof in het hier besproken arrest niet verwijst - is EHRM (GK) 29 mei 2019, nr. 15172/13, ECLI:CE:ECHR:2019:0529JUD001517213, «EHRC» 2019/156 m.nt. Glas.
- [3] *Merabishvili t. Georgië*, EHRM (GK) 28 november 2017, nr. 72508/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1128JUD007250813, «EHRC» 2018/41 m.nt. Tan en Mačkić.
- [4] *Navalnyy t. Rusland*, EHRM (GK) 15 november 2018, nr. 29580/12 en 4 andere, ECLI:CE:ECHR:2018:1115JUD002958012, «EHRC» 2019/34 m.nt. De Morree.
- [5] Zie *Khadija Ismayilova t. Azerbeidzjan* (nr. 2), par. 117.
- [6] *Khadija Ismayilova t. Azerbeidzjan* (nr. 2), par. 119.
- [7] *Khadija Ismayilova t. Azerbeidzjan*, EHRM 10 januari 2019, nrs. 65286/13 en 57279/14, ECLI:CE:ECHR:2019:0110JUD006528613, «EHRC» 2019/86 m.n.t McGonagle.

ANNOTATIE

Cînța v. Romania (EHRM, nr. 3891/19) – Maintaining Family Ties: Disability-Based Discrimination at the Strasbourg Court**A. Broderick**

1. Disability-based discrimination in matters related to family and parenthood is pervasive, and is often based on entrenched stereotypes concerning the perceived inability of parents with disabilities to care for their children. Article 23 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD or UN Convention) requires States Parties to take effective and appropriate measures to eliminate such discrimination. On the whole, the CRPD endorses the ‘paradigm shift’ from the outdated medical model of disability – which perceives of the inability of people with disabilities to participate in society as the ‘inevitable result of their own impairment rather than as a consequence of any disabling and discriminatory barriers in society’[1] – to the ‘social-contextual model’[2] of disability. This version of the social model views disability as an *interaction* between persons with impairments and widespread barriers in society (physical barriers, as well as legal and attitudinal barriers, among others).

2. The European Court of Human Rights (ECtHR or Strasbourg Court) has consistently ruled that the European Convention on Human Rights (ECHR) is a living instrument that ‘must be interpreted in the light of present-day conditions’.[3] In that regard, the Strasbourg Court pays attention to the ‘consensus and common values emerging from the practices of European States and specialised international instruments’, as well as ‘the evolution of norms and principles in international law’.[4] Since the entry into force of the CRPD, there have been ‘growing synergies’[5] between the Strasbourg Court’s jurisprudence and the norms in the UN Convention, particularly with regard to the right to non-discrimination. The ECtHR has affirmed that it views the CRPD as embracing ‘a European and worldwide consensus on the need to protect people with disabilities from discriminatory treatment’.[6] Following *Glor v. Switzerland*,[7] in which the ECtHR stated that national authorities have a considerably reduced margin of appreciation with regard to disability discrimination,[8] in *Alajos Kiss v. Hungary*[9] the Strasbourg Court outlined its standard of ‘strict scrutiny’ in the context of

disability, linking it to the ‘considerable discrimination’ which individuals with (certain types of) disabilities – psychosocial (mental) disabilities – have encountered in the past.[10]

3. In the recent Chamber judgment of *Cînta v. Romania*,[11] the ECtHR put into practice its standard of strict scrutiny, when it addressed the sensitive issue of the withdrawal of parental rights from a biological parent with a psychosocial disability (‘mental illness’) during divorce and custody proceedings. In that case, the Court held that there had been a violation of Articles 8 and 14 ECHR (on the rights to respect for private and family life, and non-discrimination, respectively) in the context of court-ordered restrictions related to the contact that the applicant, Marcel Dan Ciînta, a, was allowed to have with his four-year old daughter.

4. The case before the ECtHR originated in a domestic court decision, and a subsequent appeal by the applicant of that decision, which restricted contact between the applicant and his daughter, only allowing him to see her two evenings per week in a public place and in the presence of his wife. The relevant domestic courts’ decisions were based partly on medical evidence demonstrating that the applicant had a psychosocial disability, as well as on statements from the applicant’s wife alleging his inability to take care of their child. The domestic courts also based their decisions on the testimony of the mother of the applicant’s wife, who complained that he had been physically and psychologically aggressive towards his wife on account of his condition, and on his daughter’s allegations of certain ‘negative behaviour’ on the part of her father.[12]

5. With regard to the breach of Article 8 ECHR, the Strasbourg Court accepted that it was common ground between the parties that there was an interference with the applicant’s right to respect for his family life pursuant to Article 8(1) ECHR. The Court also accepted that the domestic courts’ decisions were taken in accordance with the law and pursued a legitimate aim, namely the protection of the rights of others, which called for the protection of the child’s best interests. The essential question for the Court to determine was whether the interference was ‘necessary in a democratic society’ under Article 8(2) ECHR. In its examination of the complaint raised under Article 8, the Strasbourg Court ruled that there was nothing in the domestic courts’ decisions that indicated the risk that the applicant supposedly posed for his child; nor was there a genuine assessment of the allegations that he had exhibited negative behaviour towards his daughter.[13] Moreover, the Court ruled that it could not find any elements in the domestic courts’ decisions that would explain how those courts had established or assessed the child’s best interests, including in setting the contact schedule, in light of the fact that the relationship between the applicant and his wife remained tense.[14] The Court also observed that no alternative means of maintaining family ties had been explored by the domestic authorities, such as supervised contact sessions involving the child-protection authority.[15] This demonstrates the importance placed by the ECtHR on the

adoption of positive measures on the part of Contracting States, as also emphasised in the previous case of *S.S. v. Slovenia*.^[16]

6. In *Cînta*, the ECtHR ruled that reliance on the applicant's mental illness as a relevant factor in the decision-making process 'was not accompanied by a genuine domestic assessment of his current situation'.^[17] Thus, the ECtHR held that it could not but conclude that 'the applicant was perceived as a threat because of his mental illness without further consideration to the concrete circumstances of the case and the family situation'.^[18] On this point, the Court distinguished the circumstances of the case from those in *S.S. v. Slovenia*, where the Court had previously found that the withdrawal of the applicant's parental rights had not been based on her psychiatric diagnosis, but on her consequent inability to take care of her child. By contrast, in *Cînta*, the ECtHR took into account the fact that the domestic courts had been presented with evidence that the applicant had not suffered 'any episode of psychiatric decompensation caused by his mental illness in the recent past'.^[19] The ECtHR also ruled that the lack of expert reports concerning the applicant's 'mental condition' at the time that the domestic courts examined his action substantially 'limited the factual assessment of his caring skills, vulnerability and mental state at the material time'.^[20]

7. In finding a violation of Article 8 ECHR and in reflecting on the balancing of interests in the case, the Strasbourg Court focused on the absence of safeguards in the decision-making processes at the domestic level. The Court ruled that the domestic decisions did not 'ensure that the applicant's current state of health was properly assessed and that all views and interests were duly taken into account'.^[21] In that light, it is not surprising that a breach of Article 8 was established, particularly given findings of a breach of Article 8 in previous case law that touched upon similar issues.^[22]

8. What is novel in this judgment is the finding of a breach of Article 14 ECHR, in conjunction with Article 8 – given the Court's dismissal of Article 14 claims in its previous case law on similar matters^[23] – and the attendant reversal of the burden of proof. As is well established, Article 14 affords protection against differential treatment, without an objective and reasonable justification – that is, if it does not pursue a legitimate aim or if a 'reasonable relationship of proportionality' cannot be established between the means employed and the aim sought to be realised. In spite of the Government's argument that the domestic courts had not treated the applicant differently from any other person, including his wife (who also had a psychosocial disability in the past, although not at the time of the relevant proceedings),^[24] the Court agreed with the applicant. The latter had argued that he had been placed in a less favourable situation than a person without a mental illness on account of his condition and was considered to represent an inherent danger to his child, without any assessment of the evolution of his illness or its symptoms.

9. Having established that the applicant had made out a *prima facie* case of discrimination, the Court went on to reverse the burden of proof,[25] and to determine whether the differential treatment was justified. In that regard, the Strasbourg Court noted that although the applicant's mental illness was not the only element taken into account by the domestic courts, it was present at all stages of the decision-making process.[26] The ECtHR therefore concluded that the applicant's mental illness was a 'decisive factor' leading to the decision to limit his contact with his daughter[27] – a threshold used in other case law.[28] The Court reiterated its finding that the domestic courts had not properly assessed the applicant's mental health in restricting his contact with his daughter, and therefore held that the respondent State had not put forward convincing reasons such as to rebut the presumption of discrimination against the applicant on the ground of his disability.[29]

10. Notably, the finding of discrimination within the Strasbourg Court was not unanimous, and was subject to a statement of dissent by Judges Mourou-Vikström and Ravarani, who deemed that there were insufficient elements present in the case to conclude that there had been discrimination.[30] In this light, one must at least question whether the ECtHR may have merged consideration of whether a *prima facie* case of discrimination had been established with application of the objective justification test, a trend identified in the Strasbourg Court's jurisprudence by Arnardo[tir].[31]

11. It is furthermore apt to reflect on the influence that the CRPD played in the Strasbourg Court's finding of discrimination in *Cința*. The Court noted that the CRPD, to which the respondent State is a Party, 'recognises all individuals with disabilities as full subjects of rights and as rights holders'.[32] In finding a violation of the ECtHR's non-discrimination norm, the Strasbourg Court noted that 'the international community has consistently strived for better and more coherent protection for the rights of persons with mental illness and mental disabilities'.[33] Moreover, the Court expressly took into account the international standards and recommendations cited earlier in its judgment, and gave consideration to important human rights norms underlying the principles of equality and non-discrimination, including respect for dignity and equal opportunities for persons with psychosocial disabilities. The ECtHR also cited the CRPD extensively in the context of relevant international law, and mentioned the recent General Comment No. 6 (on equality and non-discrimination) of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD Committee).[34] Moreover, for the first time, the ECtHR referred[35] explicitly to the CRPD's human rights model of disability – which recognises that disability is a social construct and that impairments must not be taken as a legitimate ground for the denial or restriction of human rights[36] – and to its model of inclusive equality, which embraces (among others) a recognition dimension, to combat stereotyping of people with disabilities.[37]

12. The CRPD therefore arguably played a key role in the Court's finding of discrimination in the case. Furthermore, certain elements of the *Cînta* judgment reflect the UN Convention's tenets, including Article 23(4) CRPD, which was mentioned by the ECtHR. That Article provides that 'in no case shall a child be separated from parents on the basis of a disability of either the child or one or both of the parents'. In that connection, the ECtHR ruled that the fact that the applicant's mental health featured in the courts' assessment did not, in itself, raise an issue under Article 14 ECHR. However, it held that relying on mental illness as the decisive element – *or even as one element among others* – may amount to discrimination when, in the specific circumstances of the case, the mental illness does not have a bearing on the individual's ability to take care of their child.[38] The Court's decision in this regard differs from its previous pronouncement in *S.S. v. Slovenia*, where the claim under Article 14 ECHR was rejected as manifestly ill-founded on the basis that there was a 'lack of any indication in the present case that the applicant was divested of her parental rights on the *sole* basis of her mental health diagnosis'.[39]

13. In *Cînta*, the Strasbourg Court also laid emphasis on the adoption by Contracting States of positive steps in assisting applicants with disabilities to maintain personal and family ties with their children. In that connection, the ECtHR stated that it was 'of particular relevance' that 'mentally-ill persons must receive appropriate assistance from the State in the performance of their child|rearing responsibilities'.[40] This finding is in line with Article 23(2) CRPD, which requires States Parties to render 'appropriate assistance' to persons with disabilities in the performance of their child-rearing responsibilities. Moreover, it reflects the approach adopted by the Court in previous cases, such as *S.H. v. Italy*[41] and *S.S. v. Slovenia*. As pointed out in the Concurring Opinion of Ad Hoc Judge Zalar (joined by Judge Motoc) in *S.S. v. Slovenia*, this approach by the ECtHR 'is a well-established standard in the case-law regarding cases of serious interference in the family life of vulnerable parents'.[42]

14. Furthermore, the Strasbourg Court's assessment in *Cînta* was, as in all child-related cases, guided by the child's best interests, which is in accordance with Article 23(4) CRPD, pursuant to which States Parties must ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child.

15. Notably, in contrast to the CRPD, which adopts an empowering approach to disability,[43] the Strasbourg Court once again[44] invoked the language of vulnerability to justify 'special consideration' for the rights of 'mentally-ill persons'.[45] Peroni and Timmer rightly argue that the ECtHR's use of the concept of 'group vulnerability' addresses and redresses different aspects of inequality in a more substantive manner.[46] Other authors even argue that

‘vulnerability reasoning provides an avenue for engaging with the susceptibility of disabled persons to discrimination and stigmatization’,[47] and that such ‘engagement makes plain that, to avoid stereotyped reasoning, parental adequacy must be judged not by the fact that a parent belongs to the class of persons with a mental disability, but by the actual performance of individual disabled parents on a case-by-case basis’.[48] While it is certainly true that vulnerability analysis has increased protection in individual disability cases under the ECHR, and the Court has even invoked the idea of group vulnerability to read positive obligations into ECHR rights,[49] the use of language based on the perceived inherent vulnerability of individuals with disabilities themselves is arguably not compliant with the CRPD’s social-contextual model of disability and runs the risk of further stigmatisation of those individuals.[50]

16. On the whole, however, the judgment in *Cînta v. Romania* is positive in its outcome. The withdrawal of parental rights has been described as ‘an extreme measure, running counter to the right of biological parents and children to enjoy a family life together’.[51] In the case of individuals with disabilities, parental rights are all too often denied or limited. Thus, although the Strasbourg Court’s construction of the finding of discrimination has been called into question by the dissenting judges in the case itself, the ruling sends out a strong signal towards domestic authorities that disability-based discrimination in the sphere of family and private life is contrary to the ECHR.

Dr. Andrea Broderick

Assistant Professor, Department of International and European Law, Maastricht University

National Director and EMA Director, Global Campus of Human Rights (Venice)

[1] A. Broderick, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities: The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Intersentia, 2015), p. 1.

[2] A. Broderick, cited above, p. 77.

[3] See, for example, *Tyrer v. United Kingdom*, ECtHR 25 April 1978, no. 5856/72, ECLI:CE:ECHR:1978:0425JUD00585672, par. 31. See A. Mowbray, ‘The Creativity of the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review*, 2010, p. 57–79.

[4] *Opuz v. Turkey*, ECtHR 9 June 2009, no. 33401/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102, «EHRC» 2009/97 case comment Westendorp, par. 164.

[5] D. Ferri and A. Broderick, 'The European Court of Human Rights and the "Human Rights Model of Disability": Convergence, Fragmentation and Future Perspectives' *European Yearbook on Human Rights*, 2019, p. 261-294, p. 264.

[6] *Glor v. Switzerland*, ECtHR 30 April 2009, no. 13444/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0430JUD001344404, «EHRC» 2009/79, par. 53.

[7] *Glor v. Switzerland*, cited above.

[8] *Glor v. Switzerland*, cited above, par. 84.

[9] *Alajos Kiss v. Hungary*, ECtHR 20 May 2010, no. 38832/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0520JUD003883206, «EHRC» 2010/83 case comment Timmer.

[10] *Alajos Kiss v. Hungary*, cited above, par. 44.

[11] *Cînta v. Romania*, ECtHR 18 February 2020, no. 3891/19, ECLI:CE:ECHR:2020:0218JUD000389119.

[12] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 53.

[13] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 74.

[14] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 52.

[15] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 55.

[16] *S.S. v. Slovenia*, ECtHR 20 October 2018, no. 40938/16, ECLI:CE:ECHR:2018:1030JUD004093816.

[17] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 74.

[18] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 74.

[19] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 48.

[20] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 51.

[21] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 57.

[22] See, for instance, *Kacper Nowakowski v. Poland Kocherov*, ECtHR 10 January 2017, no. 32407/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0110JUD003240713, «EHRC» 2017/67; *A.K. and L. v. Croatia*, ECtHR 08 January 2013, no. 37956/11, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD003795611, «EHRC» 2013/162 case comment De Graaf. For an analysis of a finding of discrimination in the

disability field, outside of the context of family and private life, see A. Broderick, 'Enver Sahin v Turkey: Verbod op discriminatie op grond van handicap, recht op onderwijs, VN-Gehandicaptenverdrag, doeltreffende aanpassingen' *European Human Rights Cases*, 2018, p. 106-127.

[23] See, for instance, *Kocherov and Sergeyeva v. Russia*, ECtHR (GC) 29 March 2016, no. 16899/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0329JUD001689913, «EHRC» 2016/161 case comment Bruning. For a commentary on the Article 14 aspects of that claim, see C. Heri, 'Silence as Acquiescence: On the Need to Address Disability Stereotyping in Kocherov and Sergeyeva v. Russia', May 12 2016, Strasbourg Observers, <https://strasbourgobservers.com/2016/05/12/silence-as-acquiescence-on-the-need-to-address-disability-stereotyping-in-kocherov-and-sergeyeva-v-russia/#_ftnref3>.

[24] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 64.

[25] The reversal of the burden of proof has featured in other cases, such as *D.H. and Others v. the Czech Republic*, ECtHR (GC) 13 November 2007, no. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500, «EHRC» 2008/5 case comment Hendriks.

[26] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 67.

[27] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 69.

[28] See, *mutatis mutandis*, related to the ambit of alleged discrimination on the basis of sexual orientation, *E.B. v. France*, ECtHR (GC) 22 January 2008, no. 43546/02, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602, «EHRC» 2008/44 case comment Gerards.

[29] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 78-80.

[30] *Cînta v. Romania*, cited above, Statement of dissent by Judges Mourou-Vikström and Ravarani.

[31] Oddnyl Mjoll Arnardottir, 'Non-discrimination Under Article 14 ECHR: The Burden of Proof' *Scandinavian Studies in Law*, 2007, p. 13-39, p. 17.

[32] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 75.

[33] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 76.

[34] CRPD Committee, General Comment 6, UN Doc. CRPD/C/GC/6 (2018).

[35] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 31.

[36] CRPD Committee, General Comment 6, cited above, para. 9. See generally T. Degener, 'A New Human Rights Model of Disability', in V. Della Fina, R. Cera and G. Palmisano, (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (2017), p. 41.

[37] CRPD Committee, General Comment 6, cited above, para. 11.

[38] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 68. Emphasis added.

[39] *S.S. v. Slovenia*, cited above, par. 108. Emphasis added.

[40] *Cînta v. Romania*, cited above, par. 76.

[41] *S.H. v. Italy*, ECtHR 13 October 2015, no. 52557/14, ECLI:CE:ECHR:2015:1013JUD005255714, «EHRC» 2015/244.

[42] *S.S. v. Slovenia*, ECtHR 20 October 2018, no. 40938/16, ECLI:CE:ECHR:2018:1030JUD004093816, Concurring Separate Opinion of Ad Hoc Judge Zalar, joined by Judge Motoc.

[43] A. Broderick, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities: The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Intersentia, 2015), p. 320. On the vulnerable subject, see, M.A. Fineman, 'The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition', *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008, p. 1-23; see also L. Peroni and A. Timmer, 'Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law', *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p.1056-1085.

[44] On the use of group vulnerability analysis, see *Alajos Kiss v. Hungary*, cited above, par. 42.

[45] *Cînta v. Romania*, cited above, 77.

[46] L. Peroni and A. Timmer, cited above, p. 1056. Emphasis in original.

[47] C. Heri, cited above.

[48] C. Heri, cited above.

[49] See *ZH v. Hungary*, ECtHR 08 November 2012, no. 28973/11, ECLI:CE:ECHR:2012:1108JUD002897311, par. 31. See also par. 138 of *Đorđević v. Croatia*, ECtHR 24 July 2012, nr. 41526/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0724JUD004152610, where the Court used similar language.

[50] See the arguments of the European Disability Forum in *Dordević v. Croatia*, cited above, par. 133. Maria Roche, ‘Failure to Stop Disability Harassment’ October 9 2012 <<https://www.localgovernmentlawyer.co.uk/adult-social-care/307-adult-care-features/11934-failure-to-stop-disability-harassment>>.

[51] *S.S. v. Slovenia*, ECtHR 20 October 2018, nr. 40938/16, ECLI:CE:ECHR:2018:1030JUD004093816, Concurring Separate Opinion of Ad Hoc Judge Zalar, joined by Judge Motoc, par. 24.

ANNOTATIE

Rinau v. Lithuania (EHRM, nr. 10926/09) – The political dimension of parental child abduction

S. Florescu

1. The topic of parental child abduction has been a frequent occurrence before the ECtHR, with the Court having so far delivered over 80 judgments or inadmissibility decisions.
2. Even after such a rich jurisprudence, and presumably a well-established case-law with two Grand Chamber judgments,[1] child abduction remains a contentious field both before the ECtHR and outside this forum. The case of *Rinau* is a good opportunity to illustrate the existing debates in the field of international family law and to highlight the areas where judges may act as well as those which are outside the scope of (national) judicial control. Having these two considerations in mind, this case note will first briefly outline the relevant international instruments at play and reiterate the legal standards which have emerged under the ECtHR case law (and which the Court has applied in the case of *Rinau*). This is a useful exercise, since, as will be shown in the second part, there is a risk of the legal standards being overlooked due to the highly gendered and political debates on child abduction.
3. The core instrument regulating parental child abduction remains the 1980 Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (“The Hague Convention”) adopted within the framework of the Hague Conference of Private International Law. In short, this instrument provides that whenever a child has been taken across international borders in breach of existing custody agreements, that child is to be returned to the country of habitual residence. The aim is to restore jurisdiction to these authorities which will decide on the attribution of custody, access rights or any other substantive matters concerning the child. There are limited exceptions to this return mechanism. Relevant to the fact pattern in *Rinau* is Article 13 (b) of the Hague Convention which provides that a child shall not be returned if there is a grave risk that the return will expose her to psychological harm or otherwise place her in an intolerable situation.
4. In 2003, the EU passed the so called Brussels II bis Regulation[2] which maintained the

Hague Convention mechanism set out above but ‘reinforced’ it in several respects. One of the additions was that within the European Union a non return order under Article 13 (b) of the Hague Convention could be overridden by the courts in the state of habitual residence. In other words, within the EU the rule that the child should return to the country of habitual residence is even stronger than it is under the Hague Convention.[3]

5. Even despite the aforementioned international instruments which essentially aim at simplifying the procedures so as to achieve the smooth return of children to their countries of habitual residence, the case of *Rinau* is a good, albeit unfortunate, example of a family having used all of the possibilities afforded to them and ultimately failing to secure the return of the child legally.

6. The fact pattern in *Rinau* shows a convoluted sequence of judgments from two countries as well as from the CJEU. Ms Rinau had retained the child in Lithuania. The father of the child, a German national, sought his daughter’s return to Germany and applied for a return order under the Hague Convention. The authorities in Lithuania initially refused the return but subsequently found that there is no obstacle to the child going to her father in Germany. Meanwhile, litigation on custody was pending in Germany. The German courts also issued a certificate seeking to overrule the initial non-return order of the Lithuanian courts. The Lithuanian courts then filed the first preliminary reference on this topic to the Court of Justice of the European Union. Even after the final decisions of the Lithuanian courts ordering that the child should go back to her father in Germany and after numerous failed attempts to enforce such orders, the child did not return to Germany. This finally happened when the father took the child to Germany himself without waiting for the completion of the formal enforcement process. All in all, there had been more than 30 judgments rendered in the span of 2 years by courts in Lithuania and Germany.

7. The facts in *Rinau* show that the issue of the return of a child to her country of habitual residence is fraught with difficulties. Mechanisms such as the Hague Convention or the Brussels II bis which seek to simplify the proceedings are not always that straightforward. The question then is, what is the role of the ECtHR in this field? How and when can national judges use the ECtHR case-law in connection with child abduction proceedings? Is there an overlap in jurisdiction between the ECtHR and CJEU? The aim of this case-note is not to provide an in-depth analysis of all these issues but rather to synthesize the position of the ECtHR as reiterated in the case of *Rinau*.

8. As mentioned in the introduction, highlighting the legal test applied by the ECtHR is important considering that cross border family cases are deeply emotional for all parties. The Hague Convention mechanism requires national judges to assess future or potential risk to

the child, assessment which by its very nature is sensitive. The ECtHR case-law can then offer a good insight for national judges as to the procedural requirements of the ‘grave risk of harm’ exception.

9. From the perspective of the ECtHR, and as laid down in the *Rinau* case, Hague Convention applications for the return of children give rise to two obligations under Article 8 ECHR (the right to family life).

10. First, states are under a positive obligation to secure the prompt return of children. Even though the Hague Convention sets out a term of 6 weeks, for the ECtHR longer periods for adjudication do not necessarily amount to a violation of Article 8 ECHR. For example, in the present case domestic courts took five months to issue the return order. The ECtHR did *not* consider this a breach of the state’s positive obligation to act promptly. On the basis of previous case law it appears that the ECtHR considers periods exceeding one year to breach the length of proceedings requirement.[4]

11. Secondly, domestic authorities are under a procedural obligation to effectively examine allegations of grave risk of harm. Effective examination implies that domestic courts need to take seriously the allegations of harm brought by the abducting parent. In other words, automatic or quasi-automatic return orders may equally result in breaches of Article 8 ECHR. That being said, the claim that separation of a child from her mother amounts in and of itself to a grave risk of harm is not acceptable. The issue of separation between the abducting parent and the child will be taken into account under Article 8 ECHR, if there is an *objective impossibility* for the parent to return with the child to the country of habitual residence. In the *Rinau* case, there was not such an objective impossibility for several reasons. The criminal proceedings brought against the mother in Germany had been discontinued. The father showed that he was willing to cooperate to secure the safe return of the child, including by providing financial means for travelling and settling to both mother and child. Furthermore, there was no indication that the German authorities could not properly adjudicate the substance of the custody disputes. For all these reasons the ECtHR did not find a violation of Article 8 ECHR on these grounds.

12. The novelty in the *Rinau* case lies however in the level of political influence exerted in Lithuania. This is the first child abduction case where the ECtHR has expressly dealt with the issue of political pressure. The Court highlighted that it is not only the courts who must observe the standards of Article 8 ECHR, but the members of the executive and legislative as well.

13. While mobilization of press is not unusual for child abduction cases[5], *Rinau* is

exceptional in the level of involvement of press and public authorities. This is perhaps to be attributed to the fact that the abducting mother was herself a politician. However, the pressure exerted on courts and bailiffs who should have enforced the return orders was tremendous. The lawfulness of the court judgments were openly questioned by politicians, the Ombudsman for Children's Rights, the director of the Child Care Authority, and the Chairman of the Parliamentary Committee on Human Rights. Moreover, the Law of Citizenship had been changed in direct relation to the child, and the Government passed a resolution covering the mother's costs for the legal proceedings. The justification for the mobilization against returning the child to Germany revolved around two main issues. One was the issue of motherhood and that children belong with their mothers. The gendered dimension of the case is visible also in the submissions before the ECtHR where the Lithuanian government claimed that the case involved 'a child's painful return to the father and thus her inevitable separation from the mother'. The second issue was that of protection of Lithuania's nationals. Public authorities claimed on several occasions that their aim was to protect Lithuanian children from being taken away to foreign countries.

14. Considering the amount of pressure on the national courts and bailiffs it is hardly surprising that the ECtHR found a violation of Article 8 ECHR. More broadly however, it is worth recalling that these debates, and especially the gender dimension are common in child abduction cases.[6] It should also not be forgotten that gender does play a role, with an overwhelming proportion of abductors being mothers and many of them claiming to be victims of domestic violence.[7] The ECtHR rightly condemned the Lithuanian authorities for their attitude in the present case. Gender alone can never be a sufficient justification for not returning a child to her country of habitual residence, and for taking such a wide array of (extra)judicial actions to prevent the child from returning. These actions result in transforming cases from cases where the best interests of children should be central to cases about their parents' interests. That being said, national authorities should also keep in mind that under the ECHR they are required to carefully analyze allegations of grave risk of harm and provide reasoned decisions if return is refused. Combining expediency with careful balancing of interests may be easier said than done, nevertheless if the Hague Convention is to be truly about children such balance is worth seeking to achieve.

Simona Florescu, PhD Fellow, The Child Law Department, Leiden Law School.

[1] *X v Latvia*, ECtHR (GC) 26 November 2013, no 27853/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1126JUD002785309, «EHRC» 2014/96 case comment Curry-Sumner; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, ECtHR (GC) 6 July 2010, no 41615/07, ECLI:CE:ECHR:2010:0706JUD004161507, «EHRC» 2010/93 case comment Rutten.

[2] Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *Official Journal L* 338 , 23/12/2003 P. 0001 – 0029.

[3] For a more detailed analysis of this mechanism see P.Beaumont , L. Walker, J Holliday, 'Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU', *Journal of Private International Law*, 12(2), 2010, 211-260.

[4] *M.R. v Ukraine* 22 May 2018, 63551/13, ECLI:CE:ECHR:2018:0522JUD006355113, par. 60; *Karrer v Romania* 21 February 2012, no 16965/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0221JUD001696510.

[5] B. de Hart, M. Altena, 'A multicultural family drama.' In: C. Rass, M. Ulz (eds) *Migration ein Bild geben. Migrationsgesellschaften*. Springer VS, Wiesbaden, 2018.

[6] Ibid.

[7] N. Lowe & V. Stephens, 'A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report', *hcch.net*.

ANNOTATIE

Mustafa t. Bulgarije (EHRM, nr. 1230/17) – Een zaak voor de militaire rechtbank?

B. van Hoek

1. In deze annotatie wordt de uitspraak van het EHRM in de zaak *Mustafa t. Bulgarije* gebruikt om de Nederlandse militaire strafrechtspraak nader te bezien. Allereerst bespreek ik kort de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van militaire rechtbanken. Daarna besteed ik aandacht aan de uitoefening van rechtsmacht van militaire rechtbanken over burgers.

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

2. Het EHRM herhaalt in deze uitspraak het uitgangspunt dat de uitoefening van strafrechtsmacht over militairen door een militaire rechtbank niet in strijd is met het EVRM zolang de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM zijn gewaarborgd.[1]

3. De onafhankelijkheid stelt het EHRM mede vast aan de hand van ‘the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence’.[2] Met betrekking tot de onpartijdigheid overwoog het EHRM al eerder dat ‘[...]it should be assessed by means of an objective approach, which involves ascertaining whether it afforded sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect.’[3]

4. Klager stelt in deze zaak dat aan deze eisen niet is voldaan. Het EHRM acht deze klacht gegrond omdat de Bulgaarse militaire rechters deel uitmaken van de militaire organisatie, een militaire rang bekleden en ze onderworpen zijn aan de militaire tucht. Ook weegt het EHRM mee dat twee militair officieren als lekenrechter deel uitmaken van het rechtscollege. Aldus oordeelt het EHRM dat de militaire rechtbank niet gelijkwaardig is aan een civiele rechtbank.[4]

5. De Nederlandse militaire strafrechtspraak is beduidend anders georganiseerd dan in Bulgarije. In de zaak *Jaloud t. Nederland* heeft het EHRM geoordeeld dat de onafhankelijkheid

van het militair lid in de meervoudige militaire kamer, met het oog op art. 2 EVRM, voldoende is gewaarborgd in de Nederlandse wetgeving.[5] Dit werd nogmaals bevestigd in de zaak *Mustafić-Mujić e.a. t. Nederland*.[6]

Rechtsmacht over burgers

6. Het EVRM sluit niet uit dat een militaire rechtbank zich buigt over strafbare feiten die door een burger zijn gepleegd, maar het EHRM is van oordeel dat de uitoefening van rechtsmacht door een militaire rechtbank over burgers alleen in uitzonderlijke omstandigheden in overeenstemming kan worden geacht met art. 6, eerste lid, EVRM.[7]

7. Het EHRM zet de lijn voort dat een verdragsstaat niet kan volstaan met een abstracte wettelijke bepaling waarin de bevoegdheid van een militaire rechtbank over burgers wordt geregeld. Per geval moet worden beoordeeld of er dringende redenen (*compelling reasons*) zijn om de zaak aan een militaire rechtbank voor te leggen in plaats van aan een civiele rechtbank.[8] In deze zaak overwoog het EHRM dat van een dringende reden geen sprake was.

8. De heer Mustafa werd veroordeeld wegens grensoverschrijdende criminele activiteiten en vrijgesproken voor het leiding geven aan een criminele organisatie. De reden dat zijn zaak door de militaire rechtbank werd afgedaan, was de omstandigheid dat één van de medeverdachten militair was.[9] Hiermee werd uitvoering gegeven aan art. 396 van het Bulgaarse Wetboek van Strafvordering waarin is bepaald dat de militaire rechtbank exclusieve rechtsmacht uitoefent over militairen alsook over burgers die in deelneming met militairen strafbare feiten plegen.[10] Hoewel de Bulgaarse wetgeving de mogelijkheid biedt om strafzaken met betrekking tot criminele organisaties voor te leggen aan een gespecialiseerde rechtbank, stond art. 411a van het Bulgaarse Wetboek van Strafvordering een overdracht van de zaak naar een civiele rechtbank in de weg. Volgens dit wetsartikel gaat de bevoegdheid van de militaire rechtbank namelijk voor op de bevoegdheid van een gespecialiseerde rechtbank.

9. Het EHRM verwijt de Bulgaarse regering dat het geen onderzoek heeft gedaan naar de concrete omstandigheden van het geval. De Bulgaarse regering betoogde dat de zaak tegen de heer Mustafa onlosmakelijk was verbonden met de strafzaken tegen de andere deelnemers, waardoor afhandeling door dezelfde rechter in de rede lag. Het EHRM werpt de Bulgaarse regering echter tegen dat niet ook andere factoren zijn meegewogen, zoals het feit dat slechts één medeverdachte de status van militair had en een verband tussen de strafbare feiten en de krijgsmacht ontbrak.[11]

10. De internationale tendens is om de rechtsmacht van militaire rechtbanken over burgers zoveel mogelijk te beperken. De Human Rights Committee stelt zich op het standpunt dat

‘[t]rials of civilians by military or special courts should be exceptional, i.e. limited to cases where the State party can show that resorting to such trials is necessary and justified by objective and serious reasons, and where with regard to the specific class of individuals and offences at issue the regular civilian courts are unable to undertake the trials.’[12] Dezelfde visie wordt uitgedragen door de Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers.[13] Ook de Special Rapporteur of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights zit op deze lijn (Decaux Principles)[14]. In 2018 heeft een internationale groep van rechtsgeleerden, voortbouwend op Decaux Principles, een nadere studie uitgevoerd en draft principles opgesteld (Yale Draft Principles).[15]

11. Het EHRM oordeelde al eerder dat ‘[t]he power of military criminal justice should not extend to civilians unless there are compelling reasons justifying such a situation, and if so only on a clear and foreseeable legal basis.’[16] Principle 6 van de Yale Draft Principles geeft een limitatieve opsomming van situaties waarin rechtsmacht van de militaire rechter over burgers binnen dit kader past. De eerste situatie is dat het humanitair oorlogsrecht de rechtsmacht over burgers expliciet toestaat of nodig acht. De tweede situatie betreft burgers die deel uitmaken van de krijgsmacht of de krijgsmacht buiten het grondgebied van de zendstaat volgt en ter plaatse geen geschikte burgerrechter beschikbaar is. Is deze burger eenmaal terug in zijn land, dan kan de militaire rechter oordelen over strafbare feiten die zijn gepleegd terwijl hij zich in de hiervoor beschreven (tweede) situatie bevond alsook wanneer de burger strafbare feiten heeft gepleegd in de tijd dat hij was gemilitariseerd.

12. Gelet op de internationale tendens om militaire rechters geen rechtsmacht te laten uitoefenen over burgers loont, het de moeite om kort stil te staan bij de vraag in hoeverre de militaire kamer van rechtbank Gelderland rechtsmacht kan uitoefenen over burgers.[17]

13. De bevoegdheid van de militaire kamer wordt bepaald door de persoon (status) van de verdachte op het moment dat het strafbare feit wordt gepleegd. Is de verdachte op dat moment militair, dan is de militaire kamer bij uitsluiting van andere rechtbanken bevoegd de strafzaak af te doen.[18] Dit wettelijk uitgangspunt lijdt uitzondering als de militair een strafbaar feit begaat in deelneming met een burger.[19] Deze uitzondering is gebaseerd op twee uitgangspunten. De eerste is dat “deelnemers aan een strafbaar feit door dezelfde rechter worden berecht”.[20] Het tweede uitgangspunt is dat “[b]erechting van niet-militairen door de militaire rechter behoort strikt te worden beperkt tot de bijzondere groepen van personen, genoemd in art. 2 van deze wet [annotator: militairen].”[21]

14. Het uitgangspunt in de Nederlandse militaire strafwetgeving is dus in overeenstemming met de internationaal-juridische inzichten over de rechtsmacht van militaire rechters over burgers.

15. Dat de militair in geval van deelneming aan strafbare feiten de burger volgt, betekent niet dat de militaire kamer geen rechtsmacht uit kan oefenen over burgers. Art. 2 Wet militaire strafrechtspraak biedt namelijk de mogelijkheid om in tijd van oorlog kennis te nemen van strafbare feiten die zijn gepleegd door burgers die binnen de Nederlandse krijgsmacht een vitale functie vervullen, ongeacht of zij deze functie binnen of buiten het grondgebied van het Koninkrijk doen.[22] Daarnaast oefent de militaire kamer rechtsmacht uit over burgers die in tijd van oorlog deel uitmaken van de Nederlandse krijgsmacht en buiten het grondgebied van het Koninkrijk een strafbaar feit plegen (bv. geestelijk verzorgers).[23] Dit geldt ook voor burgers die in tijd van oorlog buiten het grondgebied van het Koninkrijk de krijgsmacht volgen en bij gevangenneming door de vijand de status van krijgsgevangenen krijgen (bv. oorlogscorrespondenten).[24] Tot slot is de militaire kamer bevoegd om kennis te nemen van strafbare feiten door wie ook begaan in door de Nederlandse krijgsmacht bezet gebied, voor zover kennisneming daarvan in overeenstemming is met de regels door het volkenrecht erkend.[25]

16. De achtergrond van deze wettelijke bepaling is dat de in art. 2 Wet militaire strafrechtspraak genoemde burgers ‘in een feitelijke positie [kunnen] komen te verkeren, welke in grote mate overeenkomt met die van de militair. De rechter die over deze burgers te oordelen krijgt, moet zich in die positie kunnen inleven en voorts inzicht hebben in de eisen die het militaire apparaat in oorlogsomstandigheden aan hen mag en moet stellen.’[26]

17. Zo op het eerste oog is de Nederlandse wetgeving in lijn met de jurisprudentie van het EHRM en de Yale Draft Principles. De in art. 2 Wet militaire strafrechtspraak beschreven situaties kunnen gelden als *compelling reasons*, ook is sprake van een *clear and foreseeable legal basis*. Mogelijk is deze conclusie te voorbarig als het gaat om de burgers die vitale functies vervullen, omdat (nog) niet duidelijk is welke functies als zodanig zijn aangemerkt.[27]

18. Het EHRM stelt ook dat ‘[t]he existence of such reasons [annotator: *compelling reasons*] must be substantiated in each specific case’.[28] De vraag is welke ruimte art. 2 Wet militaire strafrechtspraak biedt om af te wijken van het in dit artikel geformuleerde uitgangspunt als de concrete situatie hiertoe aanleiding geeft.

Bas van Hoek

[1] *Ergin t. Turkije* (nr. 6), EHRM 4 mei 2006, nr. 47533/99, ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD004753399, «EHRC» 2006/79, par. 40.

[2] *Ergin t. Turkije* (nr. 6), EHRM 4 mei 2006, nr. 47533/99, ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD004753399, «EHRC» 2006/79, par. 38.

- [3] *Ergin t. Turkije* (nr. 6), EHRM 4 mei 2006, nr. 47533/99,
ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD004753399, «EHRC» 2006/79, par. 38.
- [4] *Mustafa t. Bulgarije*, EHRM 28 november 2019, nr. 1230/17,
ECLI:CE:ECHR:2019:1128JUD000123017, par. 43.
- [5] *Jaloud t. Nederland*, EHRM (GK) 20 november 2014, nr. 47708/08,
ECLI:CE:ECHR:2014:1120JUD004770808, «EHRC» 2015/35 m.nt. De Lange.
- [6] *Mustafić-Mujić e.a. t. Nederland*, EHRM (ontv.) 30 augustus 2016, nr. 49037/15,
ECLI:CE:ECHR:2016:0830DEC004903715, «EHRC» 2017/18.
- [7] *Ergin t. Turkije* (nr. 6), EHRM 4 mei 2006, nr. 47533/99,
ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD004753399, «EHRC» 2006/79, par. 44.
- [8] *Ergin t. Turkije* (nr. 6), EHRM 4 mei 2006, nr. 47533/99,
ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD004753399, «EHRC» 2006/79, par. 47.
- [9] *Mustafa t. Bulgarije*, EHRM 28 november 2019, nr. 1230/17,
ECLI:CE:ECHR:2019:1128JUD000123017, par. 44.
- [10] *Mustafa t. Bulgarije*, EHRM 28 november 2019, nr. 1230/17,
ECLI:CE:ECHR:2019:1128JUD000123017, par. 14.
- [11] *Mustafa t. Bulgarije*, EHRM 28 november 2019, nr. 1230/17,
ECLI:CE:ECHR:2019:1128JUD000123017, par. 46.
- [12] Human Rights Committee, General Comment No. 32, CCPR/C/GC/32, 21 August 2007,
par. 22, p. 6.
- [13] UN Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, 7 August 2013,
A/68/285, par. 46-56.
- [14] UN Special Rapporteur of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of
Human Rights on the Issue of the Administration of Justice through Military Tribunals, 13
January 2006, E/CN.4/2006/58, principle 5.
- [15] Yale Draft Principles governing the Administration of Justice Through Military Tribunals,
Principle 6, p. 13.
- [16] *Ergin t. Turkije* (nr. 6), EHRM 4 mei 2006, nr. 47533/99,
ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD004753399, «EHRC» 2006/79, par. 47.

- [17] G.L. Coolen, *Militair straf- en tuchtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 168.
- [18] Zie art. 55 Wet op de rechterlijke organisatie en art. 2 Wet militaire strafrechtspraak.
- [19] Art. 4, eerste lid, Wet militaire strafrechtspraak
- [20] *Kamerstukken II* 1982/83, 17 804 [R1228], nr. 5, p. 17.
- [21] *Kamerstukken II* 1982/83, 17 804 [R1228], nr. 5, p. 17.
- [22] Art. 2, derde lid, sub 1 Wet militaire strafrechtspraak. Zie ook *Kamerstukken II* 1982/83, 17 804 [R1228], nr. 5, p. 12.
- [23] Art. 2, derde lid, sub 2 Wet militaire strafrechtspraak. De regering liet bij de behandeling van het wetsvoorstel ter vernieuwing van de militaire strafrechtspraak in het midden of geestelijk verzorgers bij de krijgsmacht onder artikel 2, derde lid, sub 2 of 3 vallen. *Kamerstukken II* 1985/86, 17 804[R 1228], nr. 10, p. 12.
- [24] Art. 2, derde lid, sub 3 Wet militaire strafrechtspraak. Zie ook art. 84 Verdrag van Genève betreffende de behandeling van krijgsgevangenen (*Trb.* 1951, nr. 74).
- [25] Art. 2, derde lid, sub 4 Wet militaire strafrechtspraak; de term ‘volkenrecht’ doelt op art. 64 en 66 Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd (*Trb.* 1951, nr. 75).
- [26] *Kamerstukken II* 1965-66, 8706, nr. 3, p. 7.
- [27] J.J.M. van Hoek, Commentaar op art. 2 WMSR, in: M.M. Dolman (red.), *Militair Straf- en Tuchtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.
- [28] *Ergin t. Turkije* (nr. 6), EHRM 4 mei 2006, nr. 47533/99, ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD004753399, «EHRC» 2006/79, par. 47.

ANNOTATIE

**Miasto Łowicz (HvJ EU, gev. zaken C-558/18 en C-563/18) –
Grenzen aan bescherming rechterlijke onafhankelijkheid
via prejudiciële procedure*****J.J.J. Sillen*****1. Inleiding**

In deze zaak wordt het Hof opnieuw gevraagd zich uit te spreken over de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen. Prejudiciële verwijzingen van twee verschillende Poolse rechters liggen aan dat verzoek ten grondslag. Deze rechters vrezen dat de beslissingen die zij in de bij hen aanhangige zaken willen nemen, zullen leiden tot disciplinaire procedures tegen hen, omdat die beslissingen naar verwachting tegen het zere been zullen zijn van de regerende politieke meerderheid in Polen. De eerste zaak betreft een vordering van een Poolse gemeente op de Schatkist (de nationale overheid). De tweede zaak gaat over de vraag of bepaalde verdachten in een strafzaak in aanmerking komen voor strafvermindering, omdat zij met de stafrechtelijke autoriteiten hebben meegewerkt door de ten laste gelegde feiten te bekennen. Met hun prejudiciële verwijzingen vragen de rechters het Hof of het Poolse tuchtrechtelijke regime voor rechters in overeenstemming is met het Unierechtelijke beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid.

Volgens de verwijzende rechters is het Poolse tuchtrechtelijke regime om drie redenen problematisch.[1] Ten eerste wijzen zij op de samenstelling van de disciplinaire kamer van het Poolse Hooggerechtshof die (soms in eerste aanleg, soms in hoger beroep) bevoegd is van tuchtzaken tegen rechters kennis te nemen. De rechters in deze kamer worden benoemd door de President van de Republiek op voordracht van de Raad voor de rechtspraak. Volgens de verwijzende rechters is die raad niet van 'de politiek' onafhankelijk, omdat als gevolg van een wetswijziging uit 2017 de vijftien rechterlijke leden van die raad niet langer worden benoemd door rechters ('door hun gelijken'), maar door de Poolse Tweede Kamer.[2] Ten tweede beslist deze raad sinds die wetswijziging zelf over het beroep tegen de tuchtrechtelijke overplaatsing van een rechter naar een andere rechtsprekende formatie. Deze sanctie kan worden opgelegd door de gerechtspresidenten, waarvan er velen zijn benoemd door de zittende minister van

Justitie. Ten derde beschikt de minister van Justitie zelf over vergaande bevoegdheden ten aanzien van tuchtrechtelijke procedures: (1) hij wijst de functionaris aan die als aanklager fungeert in tuchtzaken tegen rechters in de gewone rechtbanken, (2) hij kan een tuchtrechtelijk onderzoek tegen rechters beginnen en de tuchtfunctionaris dwingen een tuchtprocedure te starten, (3) hij kan ad hoc tuchtfunctionarissen benoemen en (4) hij kan de rechters aanwijzen die als tuchtrechter fungeren. ‘De verwijzende rechters zijn van mening’, zo vat het Hof hun bezwaren samen, ‘dat de aldus ingerichte tuchtprocedures de wetgevende en de uitvoerende macht een middel geven om rechters wier beslissingen hun niet bevallen, op een zijspoor te zetten en om de door hen te geven rechterlijke beslissingen te beïnvloeden doordat het vooruitzicht van een tuchtprocedure voor hen een afschrikwekkende werking heeft.’[3]

In dit arrest verklaart het Luxemburgse Hof de prejudiciële vragen van de Poolse rechters niet-ontvankelijk. Ondanks die niet-ontvankelijkverklaring is deze beslissing belangrijk. Ten eerste maakt het Hof duidelijk dat het toepassingsbereik van het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid ruim is, maar dat de bevoegdheid van de nationale rechter beperkt is om aan het Hof prejudiciële vragen te stellen over de verenigbaarheid van nationale maatregelen met dat beginsel. Ten tweede spreekt het Hof zich in deze uitspraak – in een obiter dictum – duidelijk uit over de vrijheid die nationale rechters moeten hebben om prejudiciële vragen te stellen. Ook die overweging is interessant, zeker in het licht van recente ontwikkelingen in Polen. Ik bespreek beide elementen.

2. Het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid in een prejudiciële procedure

In deze zaak herhaalt het Hof het ruime toepassingsbereik van het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid, dat (mede) in art. 19, eerste lid, tweede alinea, VEU tot uitdrukking komt. Het overweegt dat die bepaling – en dus ook dat beginsel – van toepassing is ‘ten aanzien van iedere nationale instantie die kan worden aangezocht om als rechter te oordelen over vraagstukken die de toepassing of de uitlegging van het Unierecht betreffen en dus behoren tot gebieden die onder dat recht vallen’.[4] Het beginsel is dus van toepassing op elke rechterlijke instantie die geroepen kan zijn het Unierecht toe te passen, ook als het geschil dat deze instantie moet beslechten een zuiver nationaal karakter heeft. Beslissend voor de toepasselijkheid van het Unierechtelijke beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid is dus niet de aard van het geschil, maar de vraag of de rechter die het geschil beslecht – in deze of een andere zaak – bevoegd is Unierecht toe te passen. Sinds *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* is dat vaste jurisprudentie.[5] Nu de verwijzende rechters geroepen kunnen zijn het Unierecht toe te passen, vallen zij onder het beschermingsbereik van het genoemde beginsel. Het Poolse verweer dat het Hof onbevoegd zou zijn om kennis te nemen van de prejudiciële verzoeken, omdat de vragen uitsluitend betrekking hebben op het nationale recht,

slaagt daarom niet.[6]

Dat het beginsel van toepassing is, wil echter niet automatisch zeggen dat de nationale rechter het Hof via de prejudiciële procedure kan vragen het beginsel uit te leggen. Die bevoegdheid bestaat immers alleen als de verwijzende rechterlijke instantie die uitlegging ‘noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis’, zo bepaalt art. 267 VwEU. Hoewel de bepaling subjectief is geredigeerd (de bevoegdheid van de verwijzende rechter om een vraag te stellen bestaat als die rechter zo’n uitlegging ‘noodzakelijk acht’), legt het Hof die bepaling objectief uit. Vereist is dat de uitlegging van het Unierecht door het Hof ‘objectief noodzakelijk is voor de door de verwijzende rechter te nemen beslissing’, zo is vaste jurisprudentie van het Hof.[7] Dat was bijvoorbeeld het geval in *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*. De verwijzende rechter moest in die zaak beoordelen of de verlaging van de salarissen van rechters verenigbaar was met de rechterlijke onafhankelijkheid. ’s Hofs interpretatie van het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid was daarmee beslissend voor de uitkomst in die zaak. En in *A.K. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Hoge Raad)* moest de verwijzende rechter de vraag beantwoorden of de rechterlijke instantie die volgens de wet bevoegd was om het geschil te beslechten, wel onafhankelijk was en, zo nee, of hij dan zelf van het geschil moest kennisnemen. Ook in die zaak was de uitleg van het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid dus bepalend voor de uitkomst in die zaak.[8] Dat verband tussen het antwoord op de gestelde prejudiciële vraag en de beslissing in de concrete zaak ontbreekt hier. Of het Poolse tuchtrechtelijk regime voor rechters met het Unierecht verenigbaar is, is weliswaar voor de behandelend rechter relevant, maar verandert niets aan wat de beslissing in de bij hem aanhangige zaak hoort te zijn. Anders gezegd: of het tuchtrechtelijke regime al dan niet met het Unierecht verenigbaar is, bepaalt niet of in de ene zaak de Poolse Schatkist een bedrag schuldig is aan de gemeente en, in de andere zaak, of bepaalde verdachten strafvermindering moeten krijgen. Omdat dit verband tussen prejudiciële vraag en de te nemen beslissingen ontbreekt, verklaart het Hof die vraag niet-ontvankelijk.

Het voorgaande betekent overigens geenszins dat het Hof zich in het geheel niet zou kunnen uitspreken over de verenigbaarheid van het Poolse tuchtrechtelijke regime voor rechters. Ten eerste kunnen in toekomst prejudiciële vragen aan het Hof worden gesteld waarin de uitlegging van dat beginsel in het licht van die tuchtprocedure wèl noodzakelijk is. In theorie zou dat kunnen gebeuren als de tuchtrechter zelf zo’n vraag zou stellen. Het ligt echter niet voor de hand dat dit gebeurt, nu deze tuchtrechters zijn aangewezen door hetzij de minister van Justitie, hetzij door de (politiek gekleurde) Raad voor de rechtspraak. Meer voor de hand ligt het daarom dat zo’n vraag het Hof bereikt door een rechter die zich gemangeld voelt door dat nieuwe tuchtrecht. Deze zou het Hof dan bijvoorbeeld kunnen vragen of hij zich op grond van het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid onbevoegd moet verklaren

van een bepaalde zaak kennis te nemen, omdat hij als gevolg van dreigende tuchtrechtelijke sancties zich niet vrij voelt het geschil te beslissen zoals hij wil. Ten tweede kan het Hof zich over de verenigbaarheid van het Poolse tuchtrechtelijke regime met het Unierecht uitspreken in een inbreukprocedure op grond van art. 258 VwEU.[9] Die procedure is – anders dan de prejudiciële procedure – geen hulpmiddel voor de rechter om een geschil te beslechten, maar geeft de Europese Commissie (of een van de lidstaten) de mogelijkheid de lidstaten te dwingen het Unierecht na te komen. Zo'n inbreukprocedure over het Poolse tuchtrechtelijk regime is reeds aanhangig en naar de uitkomst daarvan wordt met spanning uitgekeken.[10]

De niet-ontvankelijkverklaring van de prejudiciële vragen in de hier besproken zaak is teleurstellend genoemd. Zo schreef Spieker op Verfassungsblog dat 's Hof's restrictieve benadering van de prejudiciële procedure 'seems to exclude especially those judges from the preliminary reference procedure, which are most affected. Further, a judge, who is subject to disciplinary measures, could challenge these measures before another court, which then could refer the matter to the CJEU. This imposes an unnecessary detour upon affected judges.'[11] Ik ben dat niet met hem eens. De aantasting van de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen is ernstig en zij verdient onze blijvende aandacht. En ook het lot van de verwijzende rechters uit dit arrest is niet te benijden. Toch is deze uitspraak goed. Het staat volgens mij buiten kijf dat geen enkel antwoord op de gestelde prejudiciële vragen de beslissing zou hebben gewijzigd in de bij de verwijzende rechters aanhangige zaken. Dat het Hof deze vragen wél in een andere context of procedure zou kunnen beantwoorden, betekent echter niet dat de weigering van het Hof om dat in deze zaak te doen, verkeerd is. Integendeel. Aan de hervormingen van de Poolse rechterlijke organisatie ligt – heel kort gezegd – ten grondslag, dat volgens de regerende meerderheid de Poolse rechters vermomde (communistische) politici zijn. Als het Luxemburgse Hof van oordeel is dat die hervormingen onverenigbaar zijn met het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid, dan doet het er goed aan zélf elke schijn te vermijden dat het politiek bedrijf. Het zorgvuldig in acht nemen van de eigen bevoegdheids- en procedureregels is daarvoor een eerste vereiste. En precies dat doet het Hof naar mijn oordeel met deze uitspraak.

3. Tuchtrechtelijke aansprakelijkheid wegens het stellen van prejudiciële vragen

Hoewel met de niet-ontvankelijkverklaring van de prejudiciële vragen de zaak is afgedaan, gaat het Hof – ten overvloede – in op hetgeen is voorgevallen nádat de rechters de onderhavige prejudiciële vragen indienden. Beide rechters zijn toen door de Poolse tuchtfunctionaris opgeroepen om (onder meer) schriftelijk te verklaren over een mogelijk door hen gepleegde 'bevoegdheidsoverschrijding'. Deze zou erin bestaan dat de door hen gestelde prejudiciële vragen in strijd met art. 267 VwEU zijn ingediend.[12] Deze tuchtrechtelijke onderzoeken waren reeds beëindigd voordat het Hof arrest wees. Zij hadden

uitgewezen dat de onderhavige vragen niet konden worden gekwalificeerd als het disciplinaire vergrijp van ‘schending van de waardigheid van het ambt’.[13]

Dit voorval is voor het Hof aanleiding om zich in een obiter dictum uit te spreken over de rechtmatigheid van tuchtprocedures tegen rechters wegens het stellen van prejudiciële vragen. Die overwegingen zijn met name van belang nu de Poolse wetgever rond de jaarwisseling de zogenoemde ‘muilkorfwet’ (muzzle law) heeft aangenomen, waarin allerlei nieuwe disciplinaire vergrijpen voor rechters zijn geformuleerd.[14] Eén van de nieuwe vergrijpen luidt: het ondermijnen van ‘de legitimiteit’ van rechters. Maakt een rechter zich daaraan schuldig, dan kan hij disciplinair worden ontslagen. Deze muilkorfwet is een rechtstreeks gevolg van de eerder genoemde zaak A.K. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Hoge Raad) van afgelopen november. Naar aanleiding van die prejudiciële beslissing oordeelde een (gewone) kamer van de Poolse Hoge Raad, dat de nieuwe tuchtkamer van diezelfde Hoge Raad niet onafhankelijk was vanwege (kort gezegd) de wijze waarop de leden van die kamer waren benoemd.[15] Voortaan is uitsluitend een nieuwe kamer van de Poolse Hoge Raad (die is samengesteld op voorstel van de gereorganiseerde Raad voor de rechtspraak) bevoegd om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters te beoordelen. Feitelijk betekent de introductie van dit nieuwe disciplinaire vergrijp dat het stellen van prejudiciële vragen aan het Luxemburgse Hof door Poolse rechters over het Unierechtelijk beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid, kan leiden tot het ontslag van de verwijzende rechter.

In zijn obiter dictum herhaalt het Luxemburgse Hof eerst de functie van de prejudiciële procedure: deze moet de eenvormige uitlegging, coherentie en de volle werking en autonomie van het Unierecht verzekeren.[16] Reeds uit art. 267 VwEU volgt dat het nationale recht de rechter niet mag beletten gebruik te maken van zijn bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen.[17] Het Hof concludeert vervolgens: ‘Nationale bepalingen waaruit zou voortvloeien dat nationale rechters kunnen worden blootgesteld aan tuchtprocedures omwille van het feit dat zij het Hof om een prejudiciële beslissing hebben verzocht, zijn derhalve niet toelaatbaar.’[18] Het Hof beschouwt dat verbod – terecht – als een waarborg die voortvloeit uit het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid.[19] Wat dit betekent, zegt het Hof niet, maar het laat zich raden: de Poolse muilkorfwet is in strijd met het Unierecht.

Met de inhoud van dit obiter dictum ben ik het geheel eens. Dat geldt echter niet voor het feit dat het Hof zo’n vergaande overweging ten overvloede in zijn uitspraak opneemt. Eerst motiveert het Hof omstandig waarom het de prejudiciële vragen van de verwijzende Poolse rechters niet mag beantwoorden, namelijk omdat hun beantwoording niet noodzakelijk is voor de door deze rechters te nemen beslissing. Dat het Hof zich vervolgens wél – geheel ten overvloede, en dus zonder noodzaak – met krachtige bewoordingen uitspreekt over onderdelen van de Poolse muilkorfwet (zonder die overigens te noemen), is inconsequent.

Een obiter dictum als dit bergt bovendien het gevaar in zich dat Polen het Hof ervan zal betichten zich niet aan de grenzen van de eigen bevoegdheid te houden. Zeker in zaken als deze is dat het laatste, wat het Hof zou moeten willen.

J.J.J. Sillen is hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit.

[1] Par. 7-14.

[2] De samenstelling van deze Kamer van de het Hoogerechtshof was voorwerp van de zaak A.K. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Hoge Raad), HvJ EU (GK) 19 november 2019, zaak C-585/18 en gev. zaken C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, «EHRC Updates» 2020-48 m.nt. Sillen.

[3] Par. 14.

[4] Par. 34.

[5] Associação Sindical dos Juízes Portugueses, HvJ EU (GK) 27 februari 2018, zaak C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, «EHRC» 2018/72 m.nt. Krommendijk.

[6] Par. 31 en 36-37.

[7] Par. 44.

[8] Par. 49-52.

[9] Zie ook par. 47.

[10] Zaak C-791/19

[11] L.D. Spieker, 'The Court gives with one hand and takes away with the other: The CJEU's judgment in Miasto Łowicz', VerfBlog 26 maart 2020, <https://verfassungsblog.de/the-court-gives-with-one-hand-and-takes-away-with-the-other/>.

[12] Par. 21. Zie ook de Conclusie van A-G Tanchev, ov. 45-49,

[13] Par. 54.

[14] Zie [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-PI\(2020\)002-e&lang=fr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-PI(2020)002-e&lang=fr).

[15] A.K. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Hoge Raad), HvJ EU (GK) 19 november 2019, zaak C-585/18 en gev. zaken C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982,

«EHRC Updates» 2020-48 m.nt. Sillen.

[16] Par. 55.

[17] Par. 57.

[18] Par. 58.

[19] Par. 59.

ANNOTATIE

**Saribekyan en Balyan t. Azerbeidzjan (EHRM, nr. 35746/11)
– Gewapende conflicten, krijgsgevangenen, en de
rechtsmacht van het EHRM*****F. Tan***

1. De zaak *Saribekyan en Balyan t. Azerbeidzjan* gaat om de dood van de Armeense Manvel Saribekyan in een Azerbeidzjaanse gevangenis. Volgens het officiële Azerbeidzjaanse onderzoek had hij zelfmoord gepleegd door ophanging, maar klagers – de nabestaanden – en de Armeense staat als interveniënt, zijn het daarmee oneens. Volgens hen is Manvel doodgefolterd, en was het onderzoek daarnaar gebrekkig. Wat de zaak juridisch belangwekkend maakt, is dat Azerbeidzjan en Armenië al lange tijd verwickeld zijn in een gewapend conflict over de Nagorno-Karabakh regio, dat eerder ook al voorwerp van geschil is geweest voor het EHRM.[1] In de onderhavige zaak speelt dit ook een rol, want Azerbeidzjan stelt dat het Manvel Saribekyan heeft gearresteerd toen die illegaal de grens was overgestoken, en van plan was geweest een bomaanslag te plegen in Azerbeidzjan, als lid van de Armeense strijdkrachten. Hij zou daarom krijgsgevangene zijn geweest, waarop de Geneefse Conventies en het internationaal humanitair recht (ook wel humanitair oorlogsrecht (HOR)) van toepassing zijn – *niet* het EVRM. Azerbeidzjan stelt dan ook dat de zaak buiten de rechtsmacht van het EHRM valt. Dat is een opvallende stellingname die in deze noot verder wordt uitgelicht.

2. Allereerst hoe het verder ging in de zaak. Armenië en klagers betwisten het Azerbeidzjaanse standpunt. Zij voeren aan dat Manvel helemaal geen lid van de Armeense strijdkrachten was, maar een herder, dat er al sinds 1994 geen actief gewapend conflict meer gaande was, en dat zelfs als dat wel zo was geweest, dat de toepasselijkheid van het EVRM – en daarmee de rechtsmacht van het Hof – niet kan aantasten.

3. Het EHRM stelt voorop dat internationale mensenrechten en internationaal humanitair recht elkaars toepasselijkheid geenszins uitsluiten, zoals ook het Internationaal Gerechtshof al sinds de jaren '90 duidelijk heeft gemaakt,[2] en het wijst erop dat het al eerder in zaken uitspraak heeft gedaan die voortvloeiden uit gewapende conflicten. De lijn in de

jurisprudentie houdt in, zo legt het Hof uit onder verwijzing naar de zaken *Varnava e.a. t. Turkije* en *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*,^[3] dat de bepalingen van het EVRM voor zover als mogelijk kunnen worden uitgelegd in het licht van internationaal recht, en het HOR in het bijzonder. In de onderhavige zaak, echter, acht het Hof de Geneefse Conventies helemaal niet van toepassing. Sinds 1994 is een staakt-het-vuren afgekondigd, en hoewel dat met regelmaat wordt geschonden en er nog gewapende strijd plaatsvindt, was dat ten tijde van het onderhavige voorval niet zo. Getoetst naar de feitelijke maatstaven die de Geneefse Conventies voorschrijven, is daarom niet gebleken van het bestaan van een gewapend conflict waarop het HOR van toepassing is. Daarom, zo concludeert het Hof, is er geen reden aan te nemen dat het geen rechtsmacht zou hebben.

4. Deze overwegingen van het Hof zijn met name interessant om wat het Hof *niet* zegt. De huidige stand van zaken onder het internationaal recht, is kortgezegd als volgt.

Mensenrechten en internationaal humanitair recht zijn gelijktijdig van toepassing tijdens gewapende conflicten. De vraag is dan ook meer *hoe* de twee rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden en samen toegepast dienen te worden, dan *of* mensenrechten van toepassing zijn tijdens een gewapend conflict.^[4] Dat maakt de overwegingen van het EHRM opmerkelijk: dát mensenrechtenrecht van toepassing is tijdens gewapende conflicten, is een lang en breed gesloten discussie.^[5] Alle relevante rechters, van het Internationaal Gerechtshof,^[6] tot het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens,^[7] het VN-Mensenrechtencomité,^[8] de Afrikaanse Commissie voor de Rechten van Mensen en Volkeren,^[9] en nationale rechters,^[10] hebben dit aanvaard. En, cruciaal natuurlijk, ook in de praktijk van het EHRM zelf is dat het geval.^[11] Dus, waarom volstaat het EHRM niet met deze overwegingen, om op grond daarvan het rechtsmachtverweer van Azerbeidzjan af te wijzen? Zelfs *als* er sprake was geweest van een gewapend conflict, was het EVRM daarop immers wel degelijk van toepassing geweest, en had het EHRM daarover rechtsmacht gehad.

5. Grofweg zie ik twee mogelijkheden. Eén is dat het EHRM een nieuwe weg beoogt in te slaan, waarbij voortaan het EVRM niet langer toepasselijk wordt geacht tijdens gewapende conflicten waarop HOR van toepassing is. In het concept voor de Kopenhagen-verklaring van 2018 werd door Denemarken geopperd dat de Verdragsstaten het Hof deze kant op zouden laten bewegen.^[12] Met de Grote Kameruitspraak in *Georgië t. Rusland* (nr. 2) in het verschiet – de zitting had alweer plaats in mei 2018 – is niet uitgesloten dat het Hof een nieuwe afslag neemt.^[13] Toch lijkt dat zeer onwaarschijnlijk. Dan zou het EHRM in deze zaak immers niet hoeven te verwijzen naar zijn eerdere jurisprudentie, waarin het eenduidig het EVRM van toepassing achtte tijdens gewapende conflicten, en ook gewoon rechtsmacht uitoefende. Bovendien zou het volledig afwijken van de hierboven aangehaalde jurisprudentie van alle andere relevante rechters, en is de overweging hierover niet in de definitieve Kopenhagen-

verklaring terechtgekomen.

6. Dat laat mogelijkheid nummer twee: óf HOR van toepassing is, en of een gewapend conflict bestond, beïnvloedt niet de *toepasselijkheid*, maar de *interpretatie* van het EVRM. Als er sprake is van een gewapend conflict is, kan dat van belang zijn voor de contextuele uitleg van EVRM-rechten. Een gewapend conflict beperkt de Staat immers feitelijk in zijn mogelijkheden grondrechten effectief te beschermen. Een contextuele benadering die die omstandigheid in acht neemt, kan Staten daarom de benodigde ademruimte bieden.[14] Dat geldt ook voor de uitoefening van positieve verplichtingen, zoals de procedurele onderzoeksverplichtingen die ook in de onderhavige zaak een rol spelen.[15] De conflictsituatie kan het doen van effectief onderzoek feitelijk bemoeilijken, maar alle *redelijke* stappen moeten worden gezet.[16] Daarnaast zal de toepasselijkheid van HOR, zoals gezegd, de juridische interpretatie van het EVRM kunnen beïnvloeden. In *Hassan* ging de Grote Kamer daarin zelfs zo ver, dat de limitatieve gronden waarop het recht op vrijheid beperkt mag worden, werd opgerekt. Tijdens internationale gewapende conflicten, en als de Staat daarop een expliciet beroep doet bij het EHRM, mag de Staat strijders en burgers in detentie nemen op grond van het HOR.[17] Dat wordt dan gezien als een ‘impliciete opschorting’ van art. 5 EVRM. Het zou daarom best kunnen dat het Hof hier beoordeelt of er sprake was van een gewapend conflict omdat dat mede de beoordeling van de zaak kan bepalen, hoewel het dan gek blijft dat het dat doet in het kader van het bepalen van zijn rechtsmacht. Bovendien vraag ik mij af of de toepasselijkheid van HOR in deze zaak tot een ander inhoudelijk oordeel had geleid.

7. Ten eerste, er is geen art. 5-klacht ingediend, dus de *Hassan*-uitbreiding van detentiegronden is niet van toepassing. Ook lijkt Azerbeidzjan niets in die trant beargumenteerd te hebben, en volstond het ermee de rechtsmacht van het Hof te betwisten. Ten tweede, voor zowel de materiële als de procedurele verplichtingen, zou toepassing van het humanitair oorlogsrecht tot dezelfde uitkomst leiden. De foltering en dood van krijgsgevangenen en andere gedetineerden is ook onder het HOR verboden, en is daaronder bovendien rechtstreeks strafbaar gesteld als oorlogsmisdrijf. Verder vereist ook het HOR dat Staten een effectief onderzoek instellen naar oorlogsmisdrijven en schendingen in zijn algemeen, en naar de dood of verwonding van gevangenen in het bijzonder.[18] En, ten slotte, zelfs de contextuele weging waarin de omstandigheid van een gewapend conflict tot een wat meer ontspannen toetsing kan leiden, gaat hier niet op. Waar het Hof namelijk iets soepeler kijkt naar hoe onderzoeksverplichtingen zijn volbracht tijdens (extraterritoriale) gewapende conflicten, omdat het doen van effectief onderzoek nu eenmaal wordt bemoeilijkt door de omstandigheden, speelt dat in deze zaak geen rol. Ook al zou het geheel hebben plaatsgevonden tegen de achtergrond van een gewapend conflict, Manvel Saribekyan is omgekomen (en gefolterd) in een Azerbeidzjaanse cel, waar Azerbeidzjan dan ook volledige

controle heeft. Dan spelen overwegingen die een onderzoek bemoeilijken geen rol. Sterker nog, voor gevangenen hebben staten een extra zorgplicht, en is de verplichting dus des te sterker. Dat is óók zo onder het humanitaire oorlogsrecht, dus er is ook in het geheel geen juridisch argument te ontleen aan het bestaan van een gewapend conflict, dat zou maken dat deze zaak anders beoordeeld zou moeten worden dan het EHRM heeft gedaan: schending, materieel en procedureel, van zowel het recht op leven als het folterverbod.

8. Hoewel wel vaker wordt aangenomen dat het humanitaire oorlogsrecht en internationale mensenrechtenverdragen met elkaar op gespannen voet staan, is dat niet altijd het geval. Deze zaak biedt een voorbeeld waar mensenrechtenschendingen duidelijk ook schendingen van het HOR inhouden. Waar de twee wel uiteenlopen, is het een goede zaak dat het EHRM meeweegt of er sprake is van een gewapend conflict, en dan in zijn interpretatie het HOR in acht neemt. Niettemin is het serieus nemen van een rechtsmachtverweer op basis van het (beweerdelijk) bestaan van een gewapend conflict, een stap terug. Het Inter-Amerikaanse Hof maakt al tijden korte metten met deze verweren, en daaraan zou het EHRM een voorbeeld moeten nemen. Dat biedt twee voordelen. Ten eerste bevestigt het glashelder dat het EVRM, en de bescherming van het EHRM, zich uitstrekken over conflictsituaties. Ten tweede zal dat, hopelijk, Staten ertoe brengen inhoudelijk in te gaan op de vraag in hoeverre zij EVRM-rechten kunnen waarborgen tijdens gewapende conflicten, en hoe het EVRM en het HOR zich tot elkaar verhouden. Dat kan het EHRM houvast bieden in het ontwikkelen van zijn verdere jurisprudentie op dit terrein. Ik denk daarbij aan het voorbeeld van extraterritoriale toepasselijkheid van het EVRM. Regeringen hebben veel te lang volstaan met een pleidooi dat het EVRM toepassing mist buiten hun grondgebied, zonder verder mee te denken met het Hof over hoe EVRM-rechten beschermd en verwezenlijkt kunnen worden waar Staten rechtsmacht uitoefenen buiten hun grondgebied. Dan staat het EHRM er alleen voor in de ontwikkeling van het recht, terwijl een goede dialoog tussen de Staten en het Hof in dit soort zaken, vooral waar de expertise op het gebied van het HOR misschien beperkt is, de richting van de jurisprudentie ten goede zouden komen.^[1] Wellicht kan dit ook het kritiekpunt neutraliseren, dat het Hof steeds maar verder pioniert zonder dat daarvoor draagvlak bestaat. Uiteindelijk zal het van twee kanten moeten komen. Het Hof kan een duidelijk signaal geven door dit soort rechtsmachtverweren direct af te wijzen, zonder daaraan veel woorden vuil te maken. En Staten moeten hun verantwoordelijkheid nemen, en serieuze argumenten aandragen over de bescherming van mensenrechten tijdens gewapende conflicten. Dat past ook bij hun rol als primaire beschermheren van de mensenrechten in Europa.

F. Tan, promovendus aan de Universiteit Leiden.

[1] Zie de twee recente Grote Kameruitspraken *Sargsyan t. Azerbeidzjan*, EHRM (GK) 16 juni

2015, nr. 40167/06, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD004016706; *Chiragov e.a. t. Armenië*, EHRM (GK) 16 juni 2015, nr. 13216/05, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD001321605; *Sargsyan t. Azerbeidzjan*, EHRM (GK) 12 december 2017 (billijke genoegdoening), nr. 40167/06, ECLI:CE:ECHR:2017:1212JUD004016706; *Chiragov e.a. t. Armenië*, EHRM (GK) 12 december 2017 (billijke genoegdoening), nr. 13216/05, ECLI:CE:ECHR:2017:1212JUD001321605, «EHRC» 2018/45.

[2] IGH 8 juli 1996 (Advisory Opinion), *I.C.J. Reports* 1996, p. 226 (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*), par. 25.

[3] *Varnava e.a. t. Turkije*, EHRM (GK) 18 september 2009, nrs. 16064/90 e.a., ECLI:CE:ECHR:2009:0918JUD001606490, «EHRC» 2010/3 m.nt. Van der Velde, par. 185; *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 16 september 2014, nr. 29750/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0916JUD002975009, «EHRC» 2014/258 m.nt. De Lange, par. 102-104.

[4] Zie bijv. Daragh Murray e.a., *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press 2016.

[5] H. Duffy, 'Harmony or conflict? The interplay between human rights and humanitarian law in the fight against terrorism' in: L.J. van den Herik & N.J. Schrijver (red.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order. Meeting the Challenges*, Cambridge University Press 2013, p. 486.

[6] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, reeds aangehaald, par. 25.

[7] IAHRM 30 november 2012 (Preliminary Objections, Merits and Reparations), *Inter-American Court of Human Rights Series C* No 259 (*Santo Domingo Massacre t. Colombia*), par. 24.

[8] VN-Mensenrechtencomité 30 oktober 2018, CCPR/C/GC/36 (*General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*), par. 64.

[9] ACHPR 18 november 2015, Adopted during the 57th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights (*General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)*), par. 32-35. Beschikbaar op <https://www.refworld.org/docid/5e67c9cb4.html>.

[10] Bijv. in het Verenigd Koninkrijk, Court of Appeal (Civil Division), *Serdar Mohammed & Others v Secretary of State for Defence*; en in Nederland Hoge Raad 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. Ryngaert & Spier, AA m.nt. Castermans & Demper (*Mothers of Srebrenica*).

[11] *Varnava e.a. t. Turkije en Hassan t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald.

[12] Zie

https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf; voor commentaar, zie Alice Donald & Philip Leach, *A Wolf in Sheep's Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten*, EJIL:Talk! 21 februari 2018, te raadplegen op <https://www.ejiltalk.org/a-wolf-in-sheeps-clothing-why-the-draft-copenhagen-declaration-must-be-rewritten/>.

[13] nr. 38263/08.

[14] Zie bijv. *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 55721/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, «EHRC» 2011/156 m.nt. Den Heijer, par. 164.

[15] *Jaloud t. Nederland*, EHRM (GK) 20 november 2014, nr. 47708/08, ECLI:CE:ECHR:2014:1120JUD004770808, «EHRC» 2015/35 m.nt. De Lange, par. 186.

[16] *ibid.*

[17] *Hassan t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, par. 104.

[18] Art. 121 GC III en art. 131 GC IV.

[19] Zie ook Françoise Hampson, 'Article 2 of the Convention and Military Operations during Armed Conflict' in Lawrence Early e.a. (red.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights. Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom. In Honour of Michael O'Boyle*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.