

**Gepubliceerde bijdrage – Uitsluitend voor academisch gebruik.
Gelieve steeds te verwijzen naar de gepubliceerde versie :**

DE HERT P. & GUTWIRTH S., 'Grondrechten: vrijplaatsen voor het strafrecht? Dworkins Amerikaanse trumpmetafoor getoetst aan de hedendaagse Europese mensenrechten' in *Langs de randen van het strafrecht*, R.H. HAVEMAN & H.C. WIERSINGA (red.), E.G. Mijers Instituut-reeks 91, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, **2005**, 141-175

Grondrechten: vrijplaatsen voor het strafrecht? Dworkins Amerikaanse trumpmetafoor getoetst aan de hedendaagse Europese mensenrechten.

Paul De Hert & Serge Gutwirth

"Qui décide de la dérogation à la norme fixe celle-ci"¹

Inleiding

Ernstig ingaan op geschriften en denkbeelden van collega's is een geschikte wijze om hen hulde te brengen. Vanuit dit perspectief hebben we die hulde aan Tinneke Cleiren en Theo De Roos reeds gebracht in onze geschriften rond de juryrechtspraak.² Hierin waren zij onze gesprekspartners en tegenspelers. Samen verdedigden ze in het *Liber Amicorum 't Hart* een haast onmogelijk vol te houden standpunt: beseffende dat leken- en de juryrechtspraak in het westen overal bestaat behalve in Nederland, pleitten zij niettemin voor het behoud van die situatie.³ Nederland niet als gidsland, doch als koppige achterblijver binnen de grote groep Westerse landen die afstand nemen van een te groot vertrouwen in de professionele rechters. We delen deze positie geenszins, doch we hebben nog steeds het gevoel dat hun uitstekend onderbouwde, veelal theoretische argumenten voor het behoud van de Nederlandse situatie moeilijk te weerleggen zijn, wat respect afdwingt.

De redacteurs van deze bundel hebben het ons nu gemakkelijk gemaakt door het thema van de vrijplaats naar voor te schuiven als aanknopingspunt voor een huldestuk. Het thema ligt ons. In het verleden hebben we het bekeken vanuit meerdere perspectieven. Liefde, of beter vriendschap, bijvoorbeeld, is een

¹ J.-C. Paye, *La fin de l'Etat de droit. La lutte antiterroriste de l'état d'exception à la dictature*, Paris, La dispute, 2004, 211

² Zie H. Tubex & Paul De Hert (eds.), *Beschuldigde, sta op. Actueel debat over de juryrechtspraak*, in de reeks *Orde van de dag*, 2004/1, afl. 25, Mechelen, Kluwer, 98p.; P. De Hert, 'Leve de republiek, leve de jury. Historische, bewijstechnische, democratische en politieke argumenten', in M. Adams & P. Popelier (eds.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2004, 459-491. Zie ook: S. Gutwirth, 'Laypeople, legal professionals and other experts in court: a focus upon the jury', paper gepresenteerd op 21 oktober 2004 naar aanleiding van *testing expertise*, International colloquium organized by the Interuniversity Attraction pole-network 5.16, The loyalties of knowledge, Vrije universiteit Brussel, 10 p.

³ T. Cleiren & Th. De Roos, 'Democratisering van de strafrechtspleging' in K. Boonen, T. Cleiren, R. Foqué & Th. De Roos (eds.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 180-188.

maatschappelijk goed dat in een juridische vrijplaats *moet* worden opgeborgen.⁴ De idee van vrijplaatsen voor het strafrecht, of beter de aanvaarding van deze niet zo evidente idee, werd door ons onder de aandacht gebracht als contrast bij de idee van een Europees strafrecht zonder grenzen⁵ en bij de idee van een vergeldingsstrafrecht.⁶ Ook hebben we ons eraan gewaagd om de contrafaktische rechtsbegrippen te omschrijven als vrijplaatsen, waar de alteriteit tot uiting kan komen en in de balans kan worden gelegd.⁷

In onderhavige bijdrage gaan we in op de vraag of en hoe ook grondrechten als vrijplaatsen kunnen worden aangemerkt. Voor beide gehuldigden is leeftijd de aanleiding tot dit boek. Tijd brengt veranderingen en verandert ook. Aan de gehuldigden leggen we in dit geschrift de vraag voor of de grondrechten vandaag nog hetzelfde vertrouwen inboezemen als dertig jaar geleden. We werken hierbij uitvoerig met Ronald Dworkins *Taking Rights Seriously*, een mijlpaal van de rechtstheorie die bij beide gehuldigden in een vroege uitgave in de kast staat.

Taking strong rights seriously

Dworkins *Taking Rights Seriously*⁸ opent met een aantal hoofdstukken over wat we graag een 'professorendebat' noemen, met name de discussie over de tegenstelling tussen natuurrecht en positivisme, waarbij Dworkin een geheel eigen positie gaat innemen, ergens tussen deze twee stromingen. Misschien moeten we ooit eens zelf ingaan op deze hoofdstukken, maar tot op heden valt het ons vooral onprettig op dat juist deze stukken, waarin Dworkin de discussie aangaat met Hart en Austin, haast alle aandacht hebben opgezogen, terwijl er in het boek nog veel meer parels te rapen zijn.⁹ Zo is deze bijbel van de liberale politieke juridische theorie verplichte literatuur voor bestudering van thema's zoals de rechten van gewetensbezwaarden en het juridisch gedogen. De hoofdstukken over Rawls ('Justice and rights') en Mill ('Liberty and liberalism') blijven pertinent voor de begripsvorming over deze denkers. In het bijzonder voelen we ons aangesproken door de latere hoofdstukken in

⁴ Serge Gutwirth, 'Vriendschaps niet-recht. Ofte : *De l'amitié comme mode de vie*' in Koen Raes (Ed.), *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, *Tegenspraak Cahier* nr. 18, Gent, Mys & Breesch, 1998, 211-220

⁵ P. De Hert, 'Division of Competencies Between National and European Levels with Regard to Justice & Home Affairs', in J. Apap (ed.), *Justice and Home Affairs in the EU. Liberty and Security Issues after Enlargement*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Limited, 2004, 55-102

⁶ S. Gutwirth & P. De Hert, 'Vergelding: een kernbegrip van het strafrecht?' in A.H. Klip, A.L. Smeulders & M.W. Wolleswinkel (eds), *KriTies*, Liber Amicorum et amicarum voor prof. mr. E. Prakken, Deventer, Kluwer, 2004, 295-312.

⁷ S. Gutwirth, 'Een ander verhaal: over instrumentaliteit en rechtsbescherming', *Recht en Kritiek* 1991/4, vol. 17, 428-441; S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht*, VUBPress/MAKLU, Brussel/Antwerpen, 1993, 343 et seq. en S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Amsterdam/Den Haag, Cramwinckel/Rathenau Instituut, 1998, 54-57.

⁸ Wij gebruiken volgende editie: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen, Duckworth & Co, 1977, 371p.

⁹ In onze versie van de bundel (cf. vorige voetnoot) is tevens 'A Reply to Critics' (1978) als appendix opgenomen. Kenschetsend is dat van de acht kritieken die Dworkin adresseert, er slechts één, met name die van Raz *niet* handelt over de eerste hoofdstukken van *Taking Rights Seriously*.

de bundel waarin Dworkin zijn visie op fundamentele rechten geeft. Hoewel ook deze hoofdstukken niet onopgemerkt zijn voorbijgegaan,¹⁰ geloven we dat deze hoofdstukken aan een herontdekking en een kritische *relecture* toe zijn. Net als Rawls behoedt Dworkin zich ervoor om teveel metafysica te kleven aan de idee van fundamentele rechten.¹¹ Bij beide vinden we geen ondoordacht gebruik van begrippen zoals 'menselijke waardigheid', 'rechten van de mens' of 'rechten van de persoon'. Beide auteurs erkennen een beperkt omschreven categorie van 'mensenrechten',¹² maar verkiezen minder beladen omschrijvingen zoals 'politieke rechten' of 'fundamentele rechten'.¹³ Het ontbreken van een vaste (door God of de natuur gegeven) lijst van fundamentele rechten, maakt Dworkins rechtenbegrip geenszins arbitrair. Integendeel treffen we bij weinig auteurs een zo selectief en streng gebruik aan van de idee dat in sommige samenlevingen rechten als fundamenteel worden bestempeld. De toets die Dworkin toepast is bekend geworden door de omschrijving: *trumps*. Er is sprake van troefkaarten of "rechten in de sterke betekenis" wanneer ze de belangen die ze beschermen zwaarder doen wegen dan collectieve belangen en belangen die niet door rechten worden beschermd.¹⁴ Als een samenleving het bestaan erkent van fundamentele rechten, dan moet het, aldus Dworkin, gaan om rechten in de sterke betekenis, om *strong rights*. '(I)f rights make sense at all', schrijft Dworkin, 'then the invasion of a relatively important right must be a very serious matter. It means treating a man as less than a man, or as less worthy of concern than other men. The institution of rights rest on the conviction that this is a grave injustice, and that it is worth paying the incremental cost in social policy or efficiency that is necessary to prevent it'.¹⁵ De claim dat er in een samenleving fundamentele rechten bestaan, betekent dan ook dat een burger die rechten heeft *tegen de overheid*. In die zin moet de vrijheid van meningsuiting impliceren dat de overheid een burger het spreken niet mag beletten, zelfs wanneer zij gelooft dat dit spreken meer schade dan goeds zal berokkenen.¹⁶

¹⁰ Voor een discussie van de kritieken van o.a. Raz, MacCormick en Sandel op het rechtenbegrip van Dworkin, leze men Anthony Carty, 'L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine', *Droit et Société*, 1986, nr. 2.

¹¹ Zie over het rechtenbegrip bij Rawls: P. De Hert & S. Gutwirth, 'Rawls' Political Conception of Rights and Liberties. An Illiberal but Pragmatic Approach to the Problems of Harmonisation and Globalisation', *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, M. Van Hoecke (ed.), Oxford, Hart Publ., in the European Academy of Legal Theory Series, 2004, 317-357.

¹² Zie R. Dworkin, *o.c.*, 365.

¹³ Zie over het begrip 'politieke rechten' ook R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 4, 94. Voor Dworkin bestaat het recht niet alleen uit regels, doch ook uit beginselen (en *policies*). Vooral de genoemde beginselen zijn voor hem cruciaal en beschikken over 'weight'. Maar samen vormen die elementen juridische standaarden, die het sociale en morele weefsel van een samenleving uitdrukken en ertoe strekken de door de samenleving als belangrijk ervaren zaken te beschermen. Voor Dworkin zijn recht en moraal sterk verweven: de morele prioriteiten van een samenleving of cultuur zijn verwerkt in het recht. Deze morele prioriteiten zijn cultuurgebonden, waarmee Dworkin afstand neemt van de natuurrechtelijke idee dat er aan de rede gekoppelde universele, onveranderlijke en eeuwige waarden bestaan. De cruciaal ervaren belangen worden in een samenleving, toch zeker in een Westerse samenleving, gespecificeerd in termen van rechten, zoals bijvoorbeeld het recht op leven, vrije meningsuiting, vrijheid en menselijke waardigheid.

¹⁴ R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 4, 92 en Hoofdstuk 7, 190-191.

¹⁵ R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 7, 199.

¹⁶ R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 7, 190. In het verlengde hiervan kan worden geargumenteed worden dat rechten er niet zijn om waarden, maar om vrijheden te beschermen: cf. P. De

Het zou voor de overheid dus ook verkeerd zijn het recht op vrije meningsuiting in te trekken, zelfs indien zij ervan overtuigd is dat de meerderheid beter af zou zijn zonder.¹⁷ Fundamentele rechten vormen dan ook een complexe praktijk die het behartigen van het algemeen belang door de overheid moeilijker én duurder maakt. Maar we betalen die prijs, aldus Dworkin, omdat we aanvaarden dat ze belangrijke maatschappelijke projecten ondersteunen, meer bepaald (en afhankelijk van de levensvisie) menselijke waardigheid of gelijke zorg en respect.

Competing rights en andere uitzonderingen op sterke rechten

Dworkin invulling van het begrip fundamentele rechten als 'strong rights' betekent evenwel niet dat de overheid nooit het beschermde belang opzij kan zetten, doch de marge is erg klein. Uitgesloten is dat het belang moet wijken voor een bescheiden statelijk belang.¹⁸ Wel kan worden geargumenteed dat rechten alleen opzij geschoven kunnen worden om een catastrofe te voorkomen, of om rechten van anderen te beschermen. Ze kunnen ook onderdoen om een groot en concreet publiek voordeel mogelijk te maken, doch in dat het geval wordt het duidelijk, aldus Dworkin, dat de rechten in casu niet tot de meest fundamentele mogen worden gerekend.¹⁹

Dworkin bekijkt in detail de verschillende gronden die traditioneel worden aangevoerd om rechten te beperken. Telkens toont hij aan dat die gronden niet stroken met de idee van fundamentele rechten in de sterke betekenis en bijgevolg niet geldig kunnen worden ingeroepen in een samenleving die zich met zulke rechten verbindt.²⁰ De theorie dat beperkingen noodzakelijk zijn omwille van de nood om rechten van andere burgers te beschermen -de *competing rights* theorie- wordt door Dworkin bestempeld als de slechtst begrepen uitzonderingsgrond. Uit zijn analyse blijkt hoe gretig de overheid in de naam van bescherming van rechten van derden, uitzonderingen creëert op de rechten van burgers. Het is inderdaad de taak van de overheid om tussen te komen wanneer de uitoefening van rechten door de ene burger, de rechten van een andere burger aantast. Maar in de praktijk blijkt dat de staat, als een wolf in een schapenvacht, zich op deze uitzonderingsgrond gaat beroepen om niet legitieme uitzonderingsbelangen te behartigen. Deze usurpatie neemt de vorm aan van een beroep op het moreel recht van de meerderheid om de wetten toe te passen of nog het recht van een samenleving om een zeker niveau van orde en veiligheid te behouden.²¹ Deze verwarrende toepassing van

Hert & S. Gutwirth, "Tussen vrijheid en grondrechten. Een paradigmastrijd met blijvende actualiteitswaarde", *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2000/3, 205-214 en S. Gutwirth "Privacyvrijheid" een voorwaarde voor maatschappelijke diversiteit" [Privacy's freedom: a condition for social diversity" in *Eenheid en verscheidenheid in recht en rechtswetenschap*, A.M.P. Gaakeer & M. A. Loth (Red), *SI-EUR Reeks 28*, Arnhem, Kluwer/Gouda Quint, 2002, 95-138.

¹⁷ R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 7, 191

¹⁸ "There would be no point in the boast that we respect individual rights unless that involved some sacrifice, and the sacrifice in question must be that we give up whatever marginal benefits our country would receive from overriding these rights when they prove inconvenient" R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 7, 193

¹⁹ R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 7, 191-192.

²⁰ Dworkin ontwikkelt deze analyse in een hoofdstuk dat de vraag bekijkt of gewetensbezwaarden overheidsbevelen geldig kunnen negeren. In dat verband merkt Dworkin op dat een samenleving zich uitspreekt voor fundamentele rechten, niet mag uitgaan van zoiets als een algemene plicht tot gehoorzaamheid aan de overheid (p. 193)

²¹ R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 7, 194.

de theorie van de *competing rights* is vandaag meer dan actueel met de roep in Nederland en België om een grondrecht op veiligheid op te nemen in de Grondwet.²² Waanzin, aldus een visionaire Dworkin, die hierin een foute toepassing van de leer van de *competing rights* ziet. Immers, het bestaan van rechten tegen de overheid wordt op de helling gezet door een beroep te doen op een recht van de meerderheid.²³ Alleen een beroep door een concreet individu, op het eigen persoonlijk recht en dus niet op de belangen van een eventuele meerderheid van de medeburgers, kan in de weegschaal worden gelegd met een beroep op de theorie van de conflicterende rechten. Toegepast op de veiligheidsproblematiek betekent dit dat een burger die persoonlijk wordt bedreigd, een beroep kan doen op bescherming, doch niet een persoon die gesteld is op de rust in de buurt en hiervoor de tussenkomst van de overheid vraagt.²⁴

Nog steeds volgens Dworkin gaat een soortgelijke fout schuil achter de metafoor van de balans en de idee dat de overheid grondrechten moet afwegen aan het algemeen belang, en waar nodig een te ruime invulling van grondrechten moet bijsturen. Deze metafoor stelt met name de belangen van de meerderheid gelijk met een *competing right*, waarvan echter doorgaans geen sprake is.²⁵ Ook de noodtoestand of het onmiskenbaar voordeel ('decisive benefit') is een vaak opgerekte uitzonderingsgrond, aldus Dworkin. Een eerlijke test vormt de door Oliver Wendell Holmes beschreven 'clear and present danger' test, die impliceert dat het ingeroepen gevaar er één van tastbare omvang moet zijn.²⁶ Een verondersteld kwaad dat niet kan bewezen worden, is onvoldoende.

Uiteindelijk houdt Dworkin slechts drie uitzonderingsgronden over. Een fundamenteel recht kan worden beperkt wanneer aangetoond wordt dat de erdoor beschermde belangen slechts in geringe mate worden aangetast, of

²² Over deze discussie, die in Nederland ten dele beslecht is, lezen men: P. De Hert, 'Een grondrecht op veiligheid: waarom en met welk doel? Juridische duiding bij een maatschappelijk debat', bijdrage aan K., Rimanque (ed.), *Het recht op veiligheid*, Referaten van de achtste studiedag van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten (ICM) U. Antwerpen (UIA), 2001, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2002, 39-75; P. De Hert, 'Ontwikkelingen inzake veiligheid en vergelding: onderzoeksuitdagingen op het vlak van juridische argumentatie', in P.L. Bal, E. Prakken & G.E. Smaers (eds.), *Veiligheid of vergelding? Een bezinning over aard en functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Deventer, Kluwer, 2003, 57-78.

²³ 'The existence of a rights against the Government would jeopardized if the Government were able to defeat such a right by appealing to the right of a democratic majority to wrik its will. A right against the Government must be a right to do something even when the majority would be worse off for having it done. If we now say that society has a right to do whatever is in the general benefit, or the right to preserve whatever sort of environment the majority wishes to live in, and we mean that these are the sort of rights that provide justification for overruling any rights against the Government that may conflict, then we have anhillated the latter rights'; R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 7, 194.

²⁴ 'If, therefore, these laws do abridge someone else's moral right to protest, or his right to personal security, she cannot urge a competing right to justify the abridgement. She has no personal right to have such laws passed, and she has no competing right to have them enforced either'; R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 7, 195. Dit klinkt bijzonder actueel in het licht van de hedendaagse spanning tussen de 'oorlog tegen het terrorisme' en de bescherming van fundamentele rechten.

²⁵ Dworkin wijst elders op het asymmetrisch karakter van het strafproces. Door de geometrie van het strafprocesrecht is er van *competing rights* die tegenover mekaar staan geen sprake. Cf. R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 4, 100.

²⁶ R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 7, 195.

wanneer dit nodig is ter bescherming van een *competing right* in de sterke betekenis, of tenslotte wanneer er een bedreiging is van de samenleving die een kost zou veroorzaken in termen van de waardigheid en gelijkheid die de schending van het individueel recht overstijgen.²⁷ Toegepast op verbodsbepalingen op opruiende toespraken bij betogingen volgt hieruit dat deze geen geldige beperkingen van het recht op vrije meningsuiting vormen. Noch de idee van menselijke waardigheid noch die van gelijkheid laten de meerderheid toe de betogers op te leggen 'niet-provocatieve' uitdrukkingsmethoden te gebruiken.²⁸ De eerste uitzonderingsgrond is bijgevolg niet van toepassing. Het recht op vrijheid van meningsuiting wordt wel degelijk ernstig beperkt door bepaalde modaliteiten ervan te verbieden. De tweede en de derde uitzonderingsgrond zijn evenmin van toepassing als het vermeende risico (namelijk rellen door opruiend taalgebruik) en de impact van de toespraken op het gedrag van medebetogers speculatief en beperkt is. Alleen wanneer er een duidelijk en substantieel risico is dat een speech schade zal berokkenen aan een persoon of een eigendom, is een beperking toegelaten. Omwille van mogelijke schade rechten uitschakelen, betekent dat deze rechten worden overboord gegooid.²⁹ Terloops merken we op dat de redenering van Dworkin de vaak gehoorde stelling ontkracht dat figuren zoals Hirshi Alli en Theo van Gogh zelf minstens ten dele verantwoordelijk zijn voor gevolgen van hun standpunten inzake de Moslimreligie.

Trumps en opaciteit

Dworkin's idee van *trumps* is verwant aan wat wij in een aantal bijdragen met het concept 'opaciteit' (van het individu) hebben willen uitdrukken.³⁰ Kort samengevat hebben we vastgesteld dat de constitutioneelrechtelijke uitvoering van de democratische rechtsstaat zich bedient van twee soorten (juridisch-politieke) instrumenten. Enerzijds zijn er instrumenten bedacht om de transparantie, controleerbaarheid en *accountability* van machtshebbers en machtsuitoefening te organiseren en te verzekeren. Anderzijds worden instrumenten ingezet die strekken tot de niet-inmenging in individuele

²⁷ R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 7, 200-202.

²⁸ 'It might be said that the anti-riot law leaves him free to express these principles in a non-provocative way. But that misses the point of the connection between expression and dignity. A man cannot express himself freely when he cannot match his rhetoric to his outrage, or when he must trim his sails to protect values he counts as nothing next to those he is trying to vindicate. It is true that some political dissenters speak in ways that shock the majority, but it is arrogant for the majority to suppose that the orthodox methods of expression are the proper ways to speak, for this is a denial of equal concern and respect. If the point of the right is to protect the dignity of dissenters, then we must make judgements about appropriate speech with the personalities of the dissenters in mind, not the personality of the 'silent' majority for whom the anti-riot law is no restraint at all'; Dworkin, o.c., Hoofdstuk 7, 201.

²⁹ 'If rights make sense, then the degrees of their importance cannot be so different that some count not at all when others are mentioned'; Dworkin, o.c., Hoofdstuk 7, 204.

³⁰ Voor een volledige beschrijving zie P. De Hert & S. Gutwirth, 'Veiligheid en grondrechten. Het belang van een evenwichtige privacypolitiek', in E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2004, 585-630 en P. De Hert & S. Gutwirth, 'Making sense of privacy and data protection. A prospective overview in the light of the future of identity, location based services and the virtual residence' in IPTS-JRC, *Security and Privacy for the Citizen in the Post-September 11 Digital Age. A prospective overview. Report to the European Parliament Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs (LIBE)*, July 2003, IPTS-Technical Report Series, EUR 20823 EN, p. 111-162. Tevens : <ftp://ftp.jrc.es/pub/EURdoc/eur20823en.pdf>

aangelegenheden en bijgevolg de opaciteit van het individu beschermen, zoals fundamentele rechten.

Instrumenten van transparantie zijn gericht op het kanaliseren van legitiem geachte machtsuitoefening. Zij zijn verbonden met de principes van de democratische rechtsstaat die strekken tot het beperken en regulering van gelegitimeerde staatsmacht door mechanismen van controle door de burgers, andere staatsmachten en speciaal daartoe opgerichte organen. Deze instrumenten hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat zij trachten publieke (en private) spelers te dwingen tot *good practices* door te focussen op de transparantie van besluitvormingsprocessen die uiteraard een *conditio sine qua non* voor accountability en een verantwoording verschuldigd en aflegend bestuur. Het systeem van *checks and balances* installeert bijvoorbeeld de wederzijdse transparantie van de staatsmachten, terwijl de *accountability* van het bestuur ten aanzien van de burgers een vrije en gemakkelijke toegang tot overheidsinformatie en het bestaan van laagdrempelige controle en participatieprocedures veronderstelt. Terzake kunnen eveneens onafhankelijke gespecialiseerde organen of watchdogs worden opgericht die de opdracht hebben het doen en laten van de overheid in een bepaald gebied te controleren.

Instrumenten van opaciteit schermen de individuen af tegen inmengingen van de staat (en van andere private actoren). Zij creëren een sfeer waarbinnen het individu een geprivilegieerde status geniet, hierbij gehoor gevend aan een kernbetrachting van de democratische rechtsstaat, met name het bevorderen van een (politieke) orde die wordt aangedreven door individuele vrijheid. De ideeën achter deze instrumenten kunnen nog het best worden verduidelijkt door de functie van de zogenaamde eerste generatie rechten van de mens in herinnering te brengen. Doorheen de erkenning en positivering van mensenrechten legden de revoluties van de 17de-18de eeuw in Engeland, de Verenigde Staten en Frankrijk de basis voor een scherpere scheiding tussen de publieke en de private sferen.³¹ Fundamentele rechten werden gedacht als een schild of een buffer tegen de staatsmacht. Hun constitutionele verankering heeft dan ook bijgedragen tot de creatie van een sfeer van individuele autonomie en zelfbepaling, waarbinnen de burger zichzelf kan zijn (wat overigens de voorwaarde vormt voor zijn/haar participatie aan het publieke leven). Doorheen de fundamentele rechten werden de individuen als macht en houder van vrijheden en prerogatieven erkend. En spiegelgewijs werden grenzen aan de staatsinmenging juist getrokken door de erkenning van de individuele autonomie.

Opaciteitsinstrumenten zijn essentieel normatief van aard in de zin dat de (grond)wetgever door hun gebruik, in de plaats van het individu, keuzen maakt over wat wenselijk en onwenselijk is met betrekking de individuele vrijheid. Met zulke instrumenten stelt de (grond)wetgever duidelijke en harde normen. Keuzen over de manier waarop vrijheidsbelangen moeten worden afgewogen aan andere belangen worden dan in abstracto gemaakt.³² Deze

³¹ Dat wordt overigens bevestigd door historisch onderzoek, zie *Histoire de la vie privée*, P. Aries & G. Duby (eds) Volume 4: *De la Révolution à la Grande Guerre*, M. Perrot (ed.), Paris Seuil, 1987, 637 p.

³² Hieraan weze nog toegevoegd dat de opaciteitsinstrumenten niet noodzakelijkerwijs de vorm moeten aannemen van een mensenrechtelijke bepaling in een nationale of internationale grondwettelijke tekst. Het instituut van de onderzoeksrechter bijvoorbeeld, dat wordt geregeld door het straf(proces)recht is een mooie illustratie van een

collectieve en normatieve dimensie van de opaciteitsinstrumenten verduidelijkt de complexe verhoudingen tussen de rechten van de mens en de individuele vrijheid. Het schadebeginsel als criterium om ontoelaatbare schendingen van de individuele vrijheid te identificeren, wijkt hier voor een meer formeel criterium. Een *ad hoc* belangenafweging wordt vervangen door een categorische. Opaciteitsinstrumenten maken de afloop van conflicten meer voorspelbaar: de belangenafweging wordt op voorhand beslecht.

Opaciteit en vrijplaatsen

Opaciteitsinstrumenten zijn van een heel andere orde dan transparantieinstrumenten. Terwijl de laatste gericht zijn op de controle en de kanalisering van legitieme machtsuitoefening strekken de eerste tot de bescherming van burgers tegen een illegitieme en excessieve machtsuitoefening. De transparantieinstrumenten houden rekening met het feit dat de verleidingen tot machtsmisbruik en -afwending groot zijn en maken het voor de burgers en speciaal daartoe opgerichte watchdogs mogelijk om de wijze waarop macht wordt aangewend na te gaan. De opaciteitsinstrumenten bepalen dan weer wat in principe niet tot het bereik van de overheid en private actoren behoort, en derhalve meteen ook wat zo belangrijk wordt geacht dat het moet worden afgeschermd tegen publieke en private inmengingen. Aan de ene kant is er een gereguleerde aanvaarding ('ja, maar onder voorwaarden ...'), aan de andere vinden we verbodsbepalingen, die doorgaans uitzonderingen voorzien ('neen, tenzij uitzonderlijke voorwaarden worden voldaan ...').

Het onderscheid tussen *opaciteit* en *transparantie* behoort tot de intuïtief aanvaardbare ideeën van het Westerse constitutionalisme. Eén en ander wordt treffend geïllustreerd door een passage uit de Memorie van Toelichting bij het huidige Wetboek van Strafvordering. In deze passage stelde de toenmalige minister van justitie dat de noodzaak om aan de strafprocesrechtelijke handhaving een rechtsbeschermend karakter te geven op tweevoudige wijze vorm kan worden gegeven. In onze terminologie stelde hij het parlement voor de volgende keuze: hetzij beperking van bevoegdheden (opaciteit), hetzij ruime bevoegdheden mits *accountability* (transparantie).³³

opaciteitsinstrument in de mate dat het een duidelijke en harde keuze belichaamt betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In common law systemen bestaat zo'n instituut echter niet. En zelfs de grondwetten van continentaal-Europese landen (België en Nederland) houden het zwijgen over de onderzoeksrechter niettegenstaande zijn positie in het strafprocesrecht cruciaal is. Er is strikt genomen geen fundamenteel recht op een strafrechtelijk onderzoek gevoerd door een onderzoeksrechter, maar er bestaat wel een geheel van regels dat zo'n recht doen bestaan.

³³ Cf. Bijl. Hand. TK, zitting 1913-1914, nr. 286. Vaststelling van het Wetboek van Strafvordering, Memorie van Toelichting: 'Een goed ingericht strafproces moet zooveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen. (...) Met het doel den vermoedelijk schuldige te vatten en gevangen te houden kunnen maatregelen worden getroffen, welke de belangen van niet-schuldigen, van derden, zeer ernstig kunnen schaden. Bij elke regeling van het strafproces vertoont zich een zoodanig conflict en moet dus naar eene verzoening tusschen tegenstrijdige belangen worden gestreefd. Die verzoening kan op tweeërlei wijze worden verkregen. Men kan aan de vervolgende Overheid hare rechten zoo zuinig mogelijk toebedeelen, haar niet meer macht toekennen dan streng noodzakelijk, ten einde op die wijze de belangen van de individuen zoo min mogelijk te treffen, en dan daartegenover ook de rechten van het individu bij het optreden van die Overheid aan zeer beperkende maatregelen binden, d.w.z. men kan uit wantrouwen tegenover beide partijen, aan beide niet meer bevoegdheden toekennen dan even noodzakelijk is. Of

Het werd uiteindelijk de laatste optie, wat ook de wens van de initiatiefnemende minister was: 'De voordelen van eene regeling in laatstbedoelden geest liggen voor de hand en bij de samenstelling van het Ontwerp is er dan ook naar gestreefd, de wederzijdsche bevoegdheden te omschrijven naar het in de tweede plaats aangegeven beginsel. Alleen op die wijze kan eene krachtige repressie worden verkregen en toch worden verzekerd, dat zij niet meer dan noodig individuele rechten aantast of in gevaar brengt'.³⁴ De crimineel of de verdachte heeft, aldus de minister, geen recht op een vrijplaats in het strafprocesrecht dat aan de politie 'zodanige ruime bevoegdheden' geeft dat er voor enige 'totemaanspraak' of claim op een vrijplaats geen ruimte meer kan zijn. Er is evenwel reden om te twifelen aan de stelligheid van de gemaakte keuze. Het strafprocesrecht blijft een vindplaats van opaciteitsregelingen en het bevat ook effectief meerdere vrijplaatsen,³⁵ waar nodig voorzien van extra bescherming via het materieel strafrecht.³⁶ Maar toch kan de stelling -zeker in het door een verharding van het strafrecht gekenmerkte huidige tijdperk³⁷- in zijn algemeenheid geen grond ontzegd worden, hoezeer de gemaakte keuze voor een in principe grenzeloos strafprocesrecht zorgen baart.

Wenden we de blik af van beide strafwetboeken en kijken we nu naar het felle en gloedvolle licht dat wordt uitgestraald door de Grondwet en de Europese mensenrechtelijke teksten. Kunnen we in deze hogere rechtsbronnen *trumps*, vrijplaatsen of bronnen van opaciteit aantreffen? De hoger gemaakte analyse over laat uitschijnen van wel. Grondrechtelijke teksten zijn bij uitstek bronnen van opaciteit, zo lijkt het. Het is evenwel risicovol om Dworkins Amerikaanse

men kan, vertrouwende op het beleid der personen, die met de vervolgingstaak zijn belast, hun ook tegenover de bijzondere personen alle bevoegdheden verleenen, welke zij naar de omstandigheden kunnen behoeven, doch dan tevens aan alle bij het onderzoek betrokkenen zooveel mogelijk rechten verleenen als met het belang van het onderzoek slechts even bestaanbaar is. Men kan ruime rechten toekennen aan politie en justitie, doch de uitoefening ervan, voorzover dit mogelijk is, stellen onder de controle van den onafhankelijken rechter, tegen de beslissing van den lageren beroep open stellen op den hoogereren rechter, er voor zorgen, dat iedere betrokkene in zijne belangen door den rechter kan worden gehoord, hem voor de behartiging van die belangen toestaan zich ten allen tijde met een raadsman te beraden. M.a.w. men kan beproeven het noodzakelijke compromis op zoodanige wijze te vinden, dat aan de vervolging alle rechten worden gegeven, die zij voor hare taak behoeft, aan de verdachte en aan de verdediging alle bevoegdheden, welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen'.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Het quasi-verbod op nachtelijke zoekingen in woningen, de strenge voorwaarden voor het onderzoek aan en in het lichaam, de beperkingen gesteld aan het DNA-onderzoek (niet op privacygevoelig materiaal), ... het zijn voorbeelden die erop wijzen dat ook de strafprocesrechter de behoefte heeft gevoeld om bepaalde grenzen te trekken, eerder dan open grenzen te creëren getemperd door wat accountability mechanismen.

³⁶ Cf. de aparte titel ambtsmisdrijven (Boek 2) respectievelijk ambtsovertredingen (Boek 3). Zo stelt artikel 370 Sr. dat het onrechtmatig doorzoeken van een woning een strafbare feit kan opleveren: '1. De ambtenaar die, met overschrijding van zijn bevoegdheid of zonder inachtneming van de bij de wet bepaalde vormen, in de woning of het besloten lokaal of erf, bij een ander in gebruik, diens ondanks binnentreedt of, wederrechtelijk aldaar vertoevende, zich niet op de vordering van of vanwege de rechthebbende aanstonds verwijderd, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie. 2. Met gelijke straf wordt gestraft de ambtenaar die ter gelegenheid van een huiszoeking met overschrijding van zijn bevoegdheid of zonder inachtneming van de bij de wet bepaalde vormen, geschriften, boeken of andere papieren onderzoekt of in beslag neemt'.

³⁷ Zie P. J.P. Tak, *The Dutch criminal justice system. Organisation and operation*, 2003, Second revised edition, The Hague, WODC, 13-14.

theorie zonder meer te transponeren naar de Europese context.³⁸ Zelf hebben we in onze analyse over de nood aan opaciteit in een samenleving steeds het normatief, principieel karakter van de analyse beklemtoond. Ten behoeve van beide gehuldigden, allebei actief betrokken (geweest) bij de rechtspraktijk, als raadsheer of leidinggevende bij het Ministerie van Justitie, gaan we nu in op de vraag of de genoemde lichtbronnen hun hogere positie in het recht ook verdienen. Durft Europa een kaartspel aan met *trumps*?

Troeven en voorwaardelijke rechten in Europa

De door Dworkin gemaakte analyse is geënt op het Amerikaanse recht en ze refereert steeds naar de Amerikaanse *Constitution*. Dit erg stabiel document werd in 1788 aangenomen en regelt onder meer de instellingen van de nieuwe staat. Opvallend is dat dit belangrijke document, dat onder meer vormt geeft aan de idee van *check and balances*, geen grondrechten bevat. Deze kwamen er wel bij, twee jaar later, in 1791, met de zgn. *Bill of Rights*, een tekst onder de vorm van een reeks amendementen bij de Amerikaanse grondwet. Onder deze amendementen vinden we de vrijheid van geloof, meningsuiting, pers en vergadering, en het recht van een beklaagde in een strafzaak om de aanklacht te kennen en getuigen te horen. Met name het *First Amendment* speelt tot op heden een cruciale rol in zaken aangaande de vrijheid van meningsuiting. Opvallend is de absolute toon van de formulering van het *First Amendment*, dat schijnbaar geen beperking door de staat toelaat. Dworkins idee van *strong rights* kan dan ook niet beter dan aan de hand van dit recht geïllustreerd worden.

In Europa vormt het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) dé referentietekst voor het grondwettelijke analysewerk. Deze bewust selectieve kopie van de Universele Verklaring voor de rechten van de mens (*infra*), werd in 1950 aangenomen door de Raad van Europa en werd in 1953 van kracht. De opgenomen rechten hebben betrekking op o.m. slavernij, vrijheid van de persoon, eerlijk proces, vrijheid van gedachte en geloof, huwelijk en gezinsleven. De reikwijdte van het Europees verdrag werd beperkt tot de meer klassieke rechten uit de Universele Verklaring, met name rechten die een onthouding van de staat vragen en wier afdwingbaarheid, onder voorbehoud van de later ontwikkelde leer van de positieve verplichtingen, in vergelijking met de sociaal-economische rechten, eenvoudiger te toetsen is.³⁹ Deze selectie, gefocust op klassieke, in principe 'sterke' rechten, maakt met andere woorden een krachtige, coherente benadering mogelijk van de rechtenproblematiek op het Europees continent. Die coherentie blijkt onder meer uit het gegeven dat het EVRM geen hiërarchie in de beschermde rechten aanbrengt.⁴⁰ Dat zou, aldus Lawson, ook blijken uit de rechtspraak van het Europees Hof dat in zijn rechtspraak 'ervoor terugdeinst' de verdragsrechten

³⁸ Er is nog een tweede reserve: Dworkin geeft zelf aan dat hij bijna uitsluitend schrijft over privaatrechtelijke onderwerpen, en minder over constitutioneel recht en strafrecht. Cf. R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 4, 94.

³⁹ Zie meer in detail met verwijzingen: R.A. Lawson, '50 jaar EVRM in vogelvlucht', in R.A. Lawson, & E. Myer (eds.), *50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, NJCM-Uitgeverij, Leiden, 2000, (3-22), 7-8.

⁴⁰ R.A. Lawson, 'Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn?', in P.D. Duys & P.D.J. van Zeben, *Via Straatsburg. Opstellen ter gelegenheid van de benoeming van Prof. Mr. B.E.P. Myer*, Nijmegen, Wolf Legal Publihers, 2004, (181-207), 189.

te hiërarchiseren.⁴¹ Die thesis vindt ogenschijnlijk bijval in het arrest *Klass* uit 1975, waarin het Hof zich buigt over de kwestie van de toegelaten beperkingen op de verdragsrechten die blijken de tekst van het verdrag erg verschilt (*infra*), en stelt dat nationale bevoegdheden om inbreuk te maken op door de conventie gewaarborgde rechten eng moeten worden geïnterpreteerd.⁴²

Wij geloven nochtans dat zowel de tekst van het verdrag als de rechtspraak van het Hof een hiërarchie uitdrukken. Beginnen we met het eerste punt: 'Zijn alle verdragsrechten volgens de tekst van het verdrag even fundamenteel?'. Het is opvallend dat niet alle mensenrechten in de tekst even zwaar wegen of even sterk gelden. Verscheidene rechten worden door nadere bepalingen beperkt. Zo voorziet het EVRM, formeel gesproken, drie regimes die elk toepasselijk zijn op verschillende door het verdrag erkende rechten. Het sterkste regime is dat van de '*notstandsfeste*' rechten, rechten waarvan nooit kan worden afgeweken. Deze 'harde kern' rechten zijn opgesomd in artikel 15 § 2 EVRM, met name het recht op leven (behalve ingeval van dood tengevolge van rechtmatige oorlogshandelingen) (artikel 2 EVRM), het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3 EVRM), het slavernijverbod (artikel 4 EVRM) en de vrijwaring tegen terugwerkende kracht van strafbepalingen (artikel 7 EVRM). Van deze rechten kan nooit worden afgeweken, zelfs niet in de door artikel 15 § 1 EVRM beschreven uitzonderlijke nood- of oorlogstoestand die het voor elke verdragstaat mogelijk maakt om de andere in het verdrag neergelegde rechten tijdelijk op te schorten (voor zover de opschorting nodig is voor herstel van de orde). Deze rechten vormen als het ware een *humanitair minimum*.⁴³

⁴¹ *Ibid.*

⁴² EHRM, 6 september 1978 (*Gerhard Klass e.a. t. Duitsland*), par. 42. Eveneens: EHRM, 25 maart 1983 (*Reuben Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 97. Drie jaar voordien, in de Golderzaak 1975, maakte het Hof een eind aan een andere onzekerheid door te beslissen dat de verdragsrechten geen andere uitzonderingen verdraagt dan deze vermeld in de tekst. Ter rechtvaardiging van sommige beperkingen op de grondrechten van gedetineerden, werd door de lidstaten te Straatsburg lange tijd de theorie van de 'impliciete beperkingen' aangevoerd: gedetineerden zouden krachtens deze theorie strikter kunnen worden beperkt in hun vrijheid die zij putten uit artikel 8 EVRM. In het Golderarrest, neemt het Hof duidelijk afstand van de theorie van de impliciete beperkingen. Rechten van gedetineerden zijn evenwaardig aan die van andere individuen. Maatregelen t.a.v. gevangenen moeten altijd steunen op de voorwaarden van legaliteit, legitimiteit en noodzakelijkheid. De hoedanigheid van gedetineerde is op zich geen grond voor een privacyinbreuk zoals het onderscheppen van briefwisseling; EHRM, 21 februari 1975 (*Sidney Golder t. Verenigd Koninkrijk*), par. 37-40. De opsomming van uitzonderingsvoorwaarden in artikel 8 lid 2 EVRM heeft dus een limitatief karakter. Dit standpunt werd sindsdien meermaals bevestigd, onder meer in de arresten *Silver, Campbell en Fell*, *Boyle en Rice* en *Schönenberger en Durmaz* : EHRM, 25 maart 1983 (*Reuben Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM, 28 juni 1984 (*Campbell en Fell*); EHRM, 27 april 1988 (*Boyle en Rice*); EHRM, 20 juni 1988 (*Schönenberger en Durmaz*). Zie ook: G. Smaers, 'De toepassing van het EVRM op de strafuitvoeringsfase', *Panopticon*, 1991, 32-38; J. Vande Lanotte & Y. Haeck. e.a., *Het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, Deel 1, 207-212. Zie nochtans de kritische evaluatie in J. Velu & R. Ergec, *La convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 681. Noot i.v.m. de verwijzingen naar de arresten van het Hof te Straatsburg : wij beperken deze verwijzingen tot de datum van de uitspraak en de naam van de partijen; op basis hiervan kunnen de arresten gemakkelijk worden opgespoord op <http://www.echr.coe.int/>. Precieze verwijzingen naar de tekst van de arresten gebeurt aan de hand van de paragrefering van de uitspraken.

⁴³ De spiegel van deze 'harde kern' van rechten zijn de *onverjaarbare misdaden tegen de menselijkheid*, die er steeds op neerkomen dat het mens-zijn van een andere wordt ontkend. Ze ontkennen van andermans behoren tot de menselijke gemeenschap. Misdaden tegen de

Het tweede en derde systeem van grondrechtenbeperking in het EVRM omvatten de overige rechten. Deze zijn in vergelijking met de eerste groep allemaal voorwaardelijke rechten. Allereerst is er het systeem voor alle andere dan 'harde kern' rechten: deze kunnen worden beperkt en opgeschort onder het regime van de algemene noodtoestand (artikel 15 § 1).⁴⁴ Voor sommige van deze voorwaardelijke rechten geldt bovendien nog een derde systeem van beperkingen. Het gaat om de rechten die in artikelen 8 tot 11 EVRM zijn opgenomen, met name het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven, de gewetens- gedachte- en godsdienstvrijheid, de vrijheid meningsuiting en de vrijheid van vergadering en vereniging. Deze rechten worden telkens verwoord in bepalingen bestaande uit twee paragrafen, waarbij de tweede paragraaf een opsomming bevat van bijkomende toegelaten beperkingsgronden. Eén en ander wordt duidelijk wanneer men er de tekst van één van deze bepalingen bijneemt. Zo erkent artikel 8 § 1 EVRM een recht op eerbiediging van het privé-leven, het gezinsleven, het huis en de briefwisseling. De formulering en inhoud van deze bepaling, steunt grotendeels op artikel 12 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens van 10 december 1948,⁴⁵ maar de Europese mensenrechtenwetgever heeft er een tweede paragraaf bijgeschreven. Voluit luidt artikel 8 EVRM:

'1. Eén ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen'.

In zaken betreffende de artikelen 8-11 EVRM zal het Europees Hof in principe steeds eerst nagaan of het wel degelijk het recht vastgesteld in de eerste paragraaf was dat werd beperkt, en dan zal het controleren of de beperkingen tegemoet komen aan de in de tweede paragraaf opgesomde voorwaarden. Over de manier waarop het Hof deze beperkingsgronden beoordeelt, vallen er weliswaar hele boekwerken te schrijven, maar dat is het punt hier niet. Hier is het belangrijk te wijzen op het feit dat de verdragsteksten ten aanzien van de fundamentele rechten in deze vier bepalingen *de voorwaardelijke*

mensheid beschermen dan ook tegelijk eenieders singulariteit én eenieders behoren tot de mensheid, in haar mens-zijn, in zijn menselijkheid.

⁴⁴ Zie over de wijze waarop de Straatsburgse organen toezicht uitoefenen op het gebruik van artikel 15 EVRM door de lidstaten en over de daarbij aan hen gelaten 'margin of appreciation': J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, (575p.), 15-22.

⁴⁵ 'Niemand zal het voorwerp zijn van willekeurige inmengingen in zijn privaat leven, zijn familie, zijn woning, of zijn briefwisseling, noch van een aanslag op zijn eer en zijn faam. Een ieder heeft recht op de bescherming van de wet tegen dergelijke inmengingen of aanslagen' (artikel 12 Universele Verklaring van de rechten van de mens, 10 december 1948, *B.S.*, 31 maart 2488). Men leze hierover J. Velu & R. Ergec, 'Convention Européenne des Droits de l'Homme', *R.P.D.B.*, tome 17 (Complément VII), 1990, oktober, 161; C. Russo, m.m.v. P. Trichilo & F. Marotta, 'Article 8, § 1' in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L.E. Pettiti, E. Decaux & P.H. Imbert (eds.), Parijs, Economica, 1995, 305-306.

mogelijkheid opent voor een staat om zijn beleidskeuzen te doen predomineren op de eerbiediging van rechten. De beperking van de rechten is hier in tegenstelling tot de noodtoestand van artikel 15 EVRM moeilijk nog uitzonderlijk te noemen.⁴⁶

Deze korte analyse van de tekst van het EVRM,⁴⁷ die een constitutionele waarde heeft en een mensenrechtelijke Europese openbare heeft opgericht, toont mooi aan dat er minstens impliciet een rangorde bestaat tussen de beschermde rechten en dat de meeste fundamentele rechten niet absoluut zijn. De gedachte achter het Europese mensenrechtenrecht schijnt te zijn dat fundamentele rechten niet effectief kunnen zijn zonder een *orde* die de vrijheid juist mogelijk maakt. Het is erom te doen *tegenwichten* te handhaven waarbij de fundamentele rechten een bepaald gewicht in de schaal leggen, tegenover de rechten van anderen maar ook tegenover allerlei aan het algemeen belang verwante doelstellingen. Alleen van een eerde beperkt aantal fundamentele rechten kan worden gezegd dat zij, althans wat hun verdragrechtelijke formulering betreft, de werking hebben van de hoogste troef. Zij zijn de uitzondering. Voor de andere rechten zijn relationele evenwichtsoefeningen ingebouwd.

Onduidelijkheid over een recht op grondrechten voor de crimineel

Hoewel *Taking Rights Seriously* meerdere hoofdstukken bevat ter verdediging van gewetensbezwaarden en andere mensen die strafbepalingen negeren omwille van eigen morele principes, is Dworkin zelf onduidelijk over de meer algemene vraag of uit onrechtmatig gedrag rechtsaanspraken kunnen worden geput. Hij opent zijn boek immers met een goedkeurende bespreking van *Riggs v. Palmer* waarin de idee van rechtsmisbruik wordt toegepast in het nadeel van de crimineel.⁴⁸ Daarentegen citeert hij instemmend de uitspraak 'beter honderd schuldigen vrij, dan één onschuldige veroordeeld',⁴⁹ en ook zet hij een frontale aanval in op een bij 'conservatieven' levende gedachte dat het beginsel dat burgers de wet moeten respecteren primeert op het respect voor individuele rechten.⁵⁰ Deze gedachte, aldus Dworkin, gaat voorbij aan het

⁴⁶ In principe kunnen deze rechten dus worden beperkt én krachtens de noodtoestand van artikel 15 EVRM en krachtens hun 'eigen' beperkingsgronden. In de praktijk is het zo dat in verband met deze rechten wordt teruggevallen op het soepelere stelsel van de beperkingsgronden dat kan gelden in 'normale tijden' en geen tijdslimieten voorziet, zelfs wanneer de toestand misschien zou kunnen omschreven worden als een noodtoestand ex art. 15 EVRM, zoals bv. in EHRM, 6 september 1978 (*Gerhard Klass e.a. t. Duitsland*).

⁴⁷ Wat hierboven staat is natuurlijk erg schematisch en het houdt geen rekening met het feit dat de toepassing van deze drie regimes onderhevig is aan de interpretatie van de draagwijdte zowel van de rechten ('Waar beginnen en eindigen bv. foltering, slavernij en privacy?') en van de wettige beknottingen ('Wanneer is er sprake van noodtoestand?', 'Welke beperkingen van de vrijheid van meningsuiting zijn noodzakelijk in een democratische samenleving?').

⁴⁸ 115 N.Y., 506, 22 N.E. 188 (1889). Zie R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 2, 23. De zaak betrof een kleinzoon aan wie door zijn rijke grootvader bij testament een aanzienlijk fortuin werd overgemaakt. De grootvader hertrouwt echter na het opmaken van zijn testament, waarop de kleinzoon zijn grootvader vermoordt en vervolgens zijn erfdeel opeist. Ondanks het gegeven dat het recht in New York geen regel bevatte om aan deze 'ongewenste' claim tegemoet te komen, weigerde de rechters in te gaan op dit verzoek op grond van het beginsel dat ze terugvonden in het rechtssysteem volgens hetwelk niemand voordeel kan halen uit een misdrijf of fout ('no one can profit from his own wrong').

⁴⁹ R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 7, 200.

⁵⁰ 'If a law, even a bad law, is left unenforced, then respect for law is weakened, and society as a whole suffers. So an individual loses his moral right to speak when speech is made criminal,

fundamenteel karakter van deze rechten en is slechts gebaseerd op 'an appeal to general utility', wat een onvoldoende beperkingsgrond vormt.

De vraag of een crimineel grondrechten heeft is o.i. op een gevaarlijke wijze theoretisch onderbelicht ('untheorized') gebleven in het grondrechtelijk recht. Intuïtief blijken velen akkoord met de idee dat grondrechten er alleen voor de 'goeden' zijn. In vele discussies over *law and order* wordt (nog steeds) beargumenteerd dat misdadigers, laat staan terroristen, geen grondrechten hebben, omdat deze laatste niet strekken tot het beschermen van onwettelijkheden. Constitutioneel is de gedachte evenwel niet onmiddellijk af te dwingen omdat grondrechten doorgaans op algemene wijze zijn geformuleerd ('eenieder'). Bovendien wijst het bestaan van procedurele strafprocesrechtelijke grondrechten erop dat de vermoedelijke crimineel grondrechten kan invoeren. Sommige tegenstanders van grondrechten voor criminelen, ook in Nederland, wensen daarom de bestaande grondwetten aan te passen.⁵¹ Anderen zijn van oordeel dat de bestaande grondrechten reeds doordrongen zijn van de idee dat het niet nastrevenswaardig is om rechten aan criminelen te geven. Als er dan al strafrechtelijke grondrechten zijn, dan zijn die volgens hen geïnspireerd door de idee dat onschuldigen te beschermen en de waarheidsvinding te ondersteunen.⁵²

De relevantie voor ons onderwerp is evident, want met de gedachte dat criminelen geen recht hebben op grondrechtelijke bescherming vervalt de idee van vrijplaats in het strafrecht. De eerstgenoemde gedachte is o.i. onverenigbaar met de idee van grondrechten in de sterke betekenis als een rechtsbescherming die primeert op de belangen van de staat en van de meerderheid. Rechtsstatelijk behoeft het geen betoog dat door het wegnemen van de grondrechten van criminelen, een blanco cheque wordt gegeven aan de vervolgingsinstellingen.

Het stilzwijgen over deze nochtans essentiële kwestie in het bestaande mensenrechtenrecht is eerder verontrustend. Daarenboven suggereert artikel 17 EVRM dat het rechtsmisbruik van grondrechten kan worden gesanctioneerd: activiteiten die ertoe strekken de grondrechten van het verdrag teniet te doen of verdergaand te beperken dan voorzien, kunnen niet rekenen op de bescherming van het Verdrag.⁵³ Het artikel is erg dubbelzinnig en het heeft daardoor relatief weinig impact op de toepassing van het EVRM.⁵⁴

and the Government must, for the common good and for the general benefit, enforce the law against him' (R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 7, 193).

⁵¹ Zo bepleitte voorzitter Verhagen van het CDA fractie in de Tweede Kamer voor een aanpassing van de Nederlandse Grondwet, om naar Duits model, bepaalde grondrechten te kunnen ontnemen van individuen de rechtsstaat omver willen werpen. Cf. 'Neem extremisten grondrechten af', *NRC Handelsblad*, 24 december 2004.

⁵² Voor een illustratie m.b.t. het Amerikaans recht, leze men A.R. Amar, *The Constitution and Criminal Procedure. First Principles*, New Haven and London, Yale U.P., 1997.

⁵³ Artikel 17 EVRM luidt: 'Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien'.

⁵⁴ F. Jacobs & R. White, *The European convention on human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 310-312; Pierre Le Mire, 'Article 17' in L.-E. Pettiti, E. Décaux & P.-H. Imbert (Dir.) *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999 (2e édition), 509-522 & J.-F. Rennucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2002, 537-540; Yves Haeck, 'Artikel 17. Verbod van rechtsmisbruik', in in Johan Vande Lanotte & Yves Haeck (ed.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar*, Vol. II, Antwerpen,-Oxford Intersentia, 2004, 241-274.

Toch zegt het wat het zegt en verbiedt het bijgevolg niet alleen staten, doch ook groepen en personen misbruik te maken van verdragsrechten. De bepaling heeft met andere woorden een *boomerangeffect*: wie een persoon zijn democratische rechten wil ontzeggen, wordt er zelf van beroofd.⁵⁵ Hoewel de bepaling in het licht van de historische ervaring van het fascisme gerechtvaardigd kan worden, is het gevaar niet ondenkbeeldig dat ze door het creëren van een loyaliteitsplicht ten aanzien van de democratische rechtsstaat, gehanteerd wordt door staten om aan personen rechten te ontzeggen anders dan op basis van de 'normale' beperkingsgronden. Het grote belang van grensbewaking door de organen van Straatsburg is bijgevolg evident. Tot dusver is de bepaling hoofdzakelijk gebruikt om extremistische partijen, fascisten en negationisten het beroep op artikel 10 EVRM te ontzeggen.⁵⁶ Tot dusver werd de bepaling alleszins nog niet ingeroepen om gedetineerden (of misdadigers) door het verdrag beschermde rechten te ontzeggen. Dit lijkt logisch enerzijds omdat misdadigers doorgaans geen misdaden plegen met als doel de door het verdrag beschermde rechten te niet te doen⁵⁷ en anderzijds omdat gedetineerde veroordeelden opgesloten worden onder de verantwoordelijkheid van de staat en dan bijgevolg geen gevaar meer voor de staat zijn. Volgens een vrij unanieme rechtsleer kan de bepaling alleen worden ingeroepen in het kader van expressieve rechten, zoals deze vervat in artikel 8 tot 11 EVRM, doch *niet* de processuele rechten vervat in artikel 5 en 6 EVRM en voor de 'notstandsfeste' rechten.⁵⁸

Vastgesteld kan worden dat artikel 17 EVRM bestaat en dat het kan worden ingeroepen tegen individuen. Omdat de tekst in beginsel geen enkel verdragsrecht uitsluit is het derhalve niet onmogelijk dat de bepaling in de toekomst wordt aangewend om rechten van verdachten te beperken. In het verleden hebben we reeds de degens gekruist met auteurs die dit een aantrekkelijke gedachte vinden.⁵⁹ De gedachte dat procesrechten er zijn ten behoeve van de waarheidsvinding en niet zozeer ten behoeve van de bescherming van de positie van de crimineel, verklaart tevens de -in *Funke*

⁵⁵ Yves Haeck, *l.c.*, 246.

⁵⁶ Het meest recent overzicht van zaken zoals *X* (1963), *Kommunistische Partei Deutschlands* (1975), *Glimmerveen & Hagenbeek* (1979), *Kühnen* (1988), *Lehideux & Isorni* (1998), *F.Kaptan* (2001) en *Garaudy* (2003): Yves Haeck, *l.c.*, 246-256.

⁵⁷ 'It is always a question of the purpose for which the rights *are used* (...) Hence, Article 17 cannot be used to deprive an individual of his political freedom simply on the ground that he has supported a totalitarian government in the past. It follows also that even persons engaging in terrorist activities for subversive ends cannot be deprived of their protection under the Convention' (onze cursivering); F. Jacobs & R. White, *o.c.*, 312.

⁵⁸ Yves Haeck, *l.c.*, 260-262.

⁵⁹ P. De Hert & S. Gutwirth, 'Controletechnieken op de werkplaats (deel 1): een stand van zaken', *Oriëntatie*, april 1993/4, 93-109. In België hekelt vooral Rogier De Corte het invoeren van schendingen van de privacy door personen die strafrechtelijk worden vervolgd. In 'De achterkant van privacy. Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid?' (*NJW*, 2003, 798-810) argumenteert hij dat dieven, verkrachters, overvallers en dronken chauffeurs zich niet kunnen beroepen op een schending van de privacy bij hun identificatie of bewijsvoering om te ontsnappen de gevolgen van hun eigen gedrag en bijgevolg aan hun straf. Helemaal te veel wordt het voor Rogier De Corte wanneer de indruk wordt gewekt dat het probleem niet bij de pleger van het misdrijf ligt, doch wel bij 'de snoodaard die het misdrijf heeft vastgelegd via één of andere 'moderne' techniek zoals een beeld- of geluidsband' (zie p. 798). Voor De Corte is het misdrijf het probleem, en niet de manier waarop het wordt bewezen of opgespoord. Zo er nog kan worden gesproken van respect van de privacy van de misdadiger, dan is deze voor De Corte in elk geval geheel van ondergeschikt belang.

(1993)⁶⁰ nog niet geïmpliceerde- restrictieve interpretatie van het zwijgrecht in *Saunders* (1996). Wat vooral schijnt te tellen bij het zwijgrecht is dat de crimineel geen valse of foute informatie geeft. Dat zijn/haar lichaam tegen zijn/haar wil in wordt gebruikt als bewijsstuk is niet van enig grondrechtelijk belang, aldus het Europees Hof.⁶¹ Tenslotte is in de Europese rechtspraak de gedachte aanwezig dat een overheid een crimineel kan tappen/afluisteren en bespieden via observanten, *ook zonder wettelijke basis*, omdat 'een crimineel zich daar nu eenmaal aan kan verwachten'. Meer algemeen is die gedachte één van de factoren die het succes van het criterium van de 'reasonable expectations of privacy' verklaart. Tom Blom laat niet na in zijn prachtige analyse van het privacygrondrecht in de Amerikaanse, Europese en Nederlandse rechtspraak aan te wijzen, dat de gedachte ingang heeft gevonden dat criminelen geen recht hebben op privacy en er zich dus ook niet aan kunnen verwachten.⁶²

Artikel 10 EVRM: fundamenteel als gevolg van de rechtspraak

In het voorgaande deelden we de grondrechten vermeld onder artikel 8 tot 11 EVRM in bij de zwakst beschermde van het Europese mensenrechtelijke systeem. Verrassend genoeg, in het licht van zijn historisch belang en in vergelijking met de formulering van het Amerikaanse *First Amendment*, deelt ook het recht op vrije meningsuiting in dit 'minder fundamenteel lot'. Er is niets verkeerd met de eerste paragraaf die ook voor Amerikanen vertrouwd in de oren klinkt.⁶³ Neen, de problemen schuilen veeleer in de tweede paragraaf die zoals gezien een opsomming geeft van mogelijke legitieme beperkingsgronden.⁶⁴ Afhankelijk van de telling kunnen zeven tot elf belangen als geldig motief tot beperking worden ingeroepen, waarvan er slechts twee (de bescherming van de goede naam en de rechten van anderen) begrepen kunnen worden vanuit de theorie van de *competing rights*. Net zoals voor de overige artikelen met beperkingsgronden (8, 9 en 11 EVRM) kan zowat elk

⁶⁰ EHRM, 25 februari 1993 (*Funke t. Frankrijk*) par. 44.

⁶¹ 'The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing'; EHRM, 17 december 1996 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*), par.69). Over *Saunders* zie nog *infra*.

⁶² T. Blom, 'Privacy, EVRM en (straf)rechtshandhaving', in C.H. Brants, P.A.M. Mevis & E. Prakke (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, 210.

⁶³ Artikel 10, paragraaf 1 EVRM: 'Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep-, en bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen'.

⁶⁴ Artikel 10, paragraaf 2 EVRM: 'Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen'.

statelijk belang terzake voldoen. Dit staat in flagrant contrast met de gebalde tekst van het *First Amendment*.

Deze opvallende vaststelling wordt in de praktijk getemperd door de grote waakzaamheid van het Europees Hof dat in de regel streng toekijkt op statelijke beperkingen van artikel 10 EVRM. Bij die controle kijkt het of de inmenging voorzien is bij wet (legaliteitstoets), een legitiem doel nastreeft (legitimitéitstoets) en noodzakelijk is in een democratische samenleving (noodzakelijkheidstoets).⁶⁵

Dit laatste criterium is de kern van heel wat arresten van het Straatsburgse Hof. Zijn aandacht gaat daarbij vooral uit naar de term 'nodig' en minder naar het begrip 'democratische samenleving'. Dat is op zich niet zo eigenaardig, want beperkingen van grondrechten moeten in de eerste plaats bekeken worden vanuit rechtsstatelijk perspectief. Het valt dan ook op dat het Hof in zijn uitspraken over dit democratiecriterium beginselen vernoemt zoals pluralisme, rule of law en toegang tot een rechter die niet zozeer voortspruiten uit de eis van democratie, dan wel uit de rechtsstatelijkheidseis.⁶⁶

Bij de toetsing van het begrip 'noodzakelijkheid' stelt het Hof meerdere eisen. In de eerste plaats moet elke beperking van het recht van vrije meningsuiting beantwoorden aan een 'pressing social need' of 'besoin social impérieux'. Deze eis, geïntroduceerd in *Handyside*, vloeit ten dele voort uit de taalkundige analyse van het begrip 'noodzakelijk' in datzelfde arrest. 'Noodzakelijk', aldus het Hof, is meer dan nuttig, redelijk of wenselijk, doch minder dan 'absoluut noodzakelijk' (artikel 2, lid 2 EVRM), 'strikt noodzakelijk' (artikel 6, lid 1 EVRM) en 'strikt vereist' (artikel 15, lid 1 EVRM).⁶⁷ Aan deze eis worden er in *Handyside* nog twee toegevoegd.⁶⁸ Tweede element is het pertinentiecriterium. Om noodzakelijk te zijn moet een maatregel uiteraard relevant zijn ten aanzien van het te bereiken doel. Het Hof zal derhalve nagaan of de aangevochten maatregel nuttig, relevant en toereikend is om het beoogde doel te bereiken.⁶⁹ Derde en vaak decisief element is het proportionaliteitscriterium.⁷⁰

⁶⁵ Een positieve toetsing aan de drie criteria, maakt dat de inmenging in overeenstemming is met het EVRM. Eén negatieve toetsing maakt een inmenging onverenigbaar. Frequent wordt daarbij vastgesteld dat een wettelijke basis voor een inmenging ontbreekt of dat de derde toets, met name van de noodzaak in een democratische samenleving ontbreekt.

⁶⁶ Voor een overzicht van de rechtspraak m.b.t. dit begrip: J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 190-191.

⁶⁷ EHRM, 7 december 1976 (*Richard Handyside t. Verenigd Koninkrijk*), par. 48. Zie ook *N.J.*, 1978, nr. 236. Deze zaak uit 1976 betreft een Brits uitgever die vervolgd wordt wegens het uitgeven van 'het kleine rode boekje voor de jeugd'. In de zaak zal het Hof de handelwijze van de Britse overheden verenigbaar achten met artikel 10 EVRM.

⁶⁸ EHRM, 7 december 1976 (*Handyside*), par. 48-50.

⁶⁹ Meer in detail over deze eis: J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 194-195.

⁷⁰ Meer in detail over deze eis: J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 195-197. Hier is het de essentiële vraag of er een redelijke verhouding bestaat tussen de aantasting van het recht enerzijds en de legitieme doelstelling die nagestreefd wordt anderzijds. Hoe sterker deze laatste is, hoe groter de inbreuk kan zijn. Uiteraard is deze afweging zeer moeilijk, zelfs subjectief. Toch heeft het Hof enkele werkmethodes die het vaak hanteert. Zo gaat het Hof soms na of alternatieve en lichtere inbreuken een gelijkwaardig resultaat kunnen bereiken. Als dergelijke alternatieven voorhanden zijn, is het duidelijk dat de inbreuk niet proportioneel is. Frequent wordt ook gebruik gemaakt van een rechtsvergelijkende oefening, waarbij wordt nagegaan hoe in andere landen een gelijkaardig probleem wordt opgelost. Het gegeven dat heel wat andere landen een gelijkaardige oplossing hanteren, zo benadrukt het Hof, is weliswaar geen definitief argument om de inbreuk toelaatbaar te vinden, maar in de praktijk speelt deze vaststelling wel een belangrijke rol ('consensusprincipe').

Wij zijn om meerdere redenen niet erg onder de indruk van de logica, de coherentie en het systematisch karakter van het door het Hof gecreëerde toetsingskader. Hierop komen we terug bij de bespreking van artikel 8 EVRM. Het punt dat ons treft is dat het Hof de rechten in artikel 10 EVRM heel belangrijk acht, dat vaak ook met zoveel woorden zegt, en dan logischerwijs ook komt tot een voor de lidstaten redelijk strenge rechtspraak. Recent werd bijvoorbeeld een rechterlijk verbod op vergelijkend reclame onverenigbaar geacht met artikel 10 EVRM wegens een te ruim karakter van de reclame.⁷¹ Eveneens werd een door de gevangenisoverheden genomen maatregel naar aanleiding van een manuscript met *insulting* en *grossly offensive* taalgebruik aan een zeer strenge toets onderworpen in de lijn van Dworkins demonstratie, met name in *Yankov t. Bulgarije*.⁷² Yankov, een gedetineerde, had in een manuscript kritiek geuit op het gevangeniswezen en geschreven over het onvoldoende voedsel, het vloeken en schreeuwen van de cipiers op bepaalde tijdstippen. Toen hij de tekst wou overhandigen aan zijn advocaat werd hij in beslag genomen en werd hij gesanctioneerd met zeven dagen opsluiting in een strafcel. Hoewel het Hof niet bestreed dat er sprake was van kwetsend taalgebruik, stelde het niettemin dat de overheid hier haar appreciatiemarge te buiten was gegaan door met een aantal factoren geen rekening te houden. Ten eerste vermeldde de sanctiebeslissing nergens welke passages in de tekst als lasterlijk werden beschouwd. Ten tweede ging het om een literaire tekst die substantiële kritiek op het gerechtelijk apparaat omvatte, zodat de overheid terughoudend had moeten zijn in haar reactie. Ten derde was de tekst niet verspreid en ook niet klaar voor publicatie. Ten vierde moeten ambtenaren (met name in de gevangenisadministratie) hun taak uitoefenen in functie van professionele overwegingen, zonder zich te laten beïnvloeden door hun persoonlijk gevoel, b.v. een belediging. *In casu* was er geen reële bedreiging voor het vertrouwen van het publiek in de ambtenaren. Het Hof besloot dat de sanctie niet evenredig was.

Er zijn hiernaast ook een reeks arresten tegen Turkije aan te wijzen waarin het Hof op een erg Amerikaanse of Dworkiniaanse wijze, een veroordeling wegens aansporing tot haat of geweld bestempelt als een schending van de vrije meningsuiting.⁷³ Het criterium van de reële dreiging of de ernst van de dreiging verklaart waarom het Hof maatregelen ten aanzien van aanhangers van de shari'ah in *Müslüm Gündüz t. Turkije* niet en in *Refah* wél verenigbaar acht met de vrijheid van meningsuiting.⁷⁴ Tenslotte is er het recente arrest

⁷¹ EHRM, 11 december 2003 (*Krone Verlag GmbH & Co KG (nr. 3) t. Oostenrijk*).

⁷² EHRM, 13 november 2003 (*Yankov t. Bulgarije*).

⁷³ Zie: Eva Brems, 'Europees Hof voor de Rechten van de Mens: Rechtspraakoverzicht 2003', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek Recht (T.B.P.)*, 2004, nr. 9, (573-579), 578.

⁷⁴ Resp. EHRM, 4 december 2004 (*Müslüm Gündüz t. Turkije*) en EHRM (Grote Kamer), 13 februari 2003 (*Refah Partisi e.a. t. Turkije*). Het Hof baseert het onderscheid echter op de ernst van de dreiging die van de voorstellen in kwestie uitgaat. In het geval van de Refah-partij was er een reële kans dat de partij voldoende aanhang zou verwerven om haar voorstellen in werkelijkheid om te zetten. De partij kon dus geldig een partijverbod worden opgelegd. In het geval van Müslüm Gündüz, leider van een Islamitische sekte, was er geen vergelijkbare dreiging aanwezig. Zijn strafrechtelijke veroordeling wegens aansporing tot geweld en haat in de context van een discussieprogramma met andere deelnemers aan het debat, werd dan ook niet als verenigbaar met het EVRM beschouwd. Zie meer uitvoerig: Eva Brems, *l.c.*, 578.

Scharsach en News Verlagsgesellschaft t. Oostenrijk,⁷⁵ waarin het gebruik van de term 'Nazi' om een politicus te typeren niet onverenigbaar werd geacht. Hoewel het Nazi-lidmaatschap van de politicus door de journalist niet kon worden bewezen met feiten, kon het wel aannemelijk worden gemaakt. Het waardeoordeel, gesteund op enkele indicïën, werd bijgevolg omschreven als een *fair comment* en in tegenstelling tot een eerdere zaak,⁷⁶ werd daarom een schending van artikel 10 EVRM door het veroordelend land vastgesteld.

Ruime statelijke marges bij Artikel 8 EVRM: de legitimeringsgronden

We zouden de werkelijkheid geweld aandoen door uitsluitend het lof te zingen van de bestaande artikel 10 EVRM-rechtspraak. In meerdere zaken betreffende handelsreclame en oneerlijke concurrentie wordt inderdaad teruggevallen op heel wat minder vergaande toetsingscriteria, waarbij de margeleer (*infra*) ertoe leidt dat de normale eisen worden ingeruild voor een erg magere belangenafweging.⁷⁷ In *Chorherr* (1993) lag een bestuurlijke aanhouding voor van een demonstrant die tijdens een militaire parade in Wenen pamfletten had verspreid tegen een geplande aankoop van nieuwe gevechtsvliegtuigen voor de Oostenrijkse luchtmacht.⁷⁸ De casus is gelijkaardig aan de door Dworkin beproven *Chicago-riots* zaak. Het verschil in benadering is evenwel opvallend. Het Europees Hof toetst in deze zaak, waar verder niets spectaculair gebeurde, de aanhouding bijzonder afstandelijk, losjes oordelend dat klager had kunnen weten dat hij ordeverstoringen zou kunnen veroorzaken en dat de gehanteerde beperkingen van de vrijheidsbeperkingen niet excessief waren. Schokkenbroek ziet geen andere verklaring voor de gemaakte toetsing dan de wil van de Europese rechters om hun nationale collega's speelruimte te geven.⁷⁹

De voorbeelden van zwakkere artikel 10 EVRM-toetsingen zijn echter beperkt naar aard: zij betreffen steeds oneerlijke concurrentie en betogingen. De vaststelling blijft dat inzake vrije meningsuiting *ook* in Europa nauwlettend op overheidsvingeren wordt toegekeken.⁸⁰ Dat is heel anders wat betreft de

⁷⁵ EHRM, 13 november 2003 (*Scharsach en News Verlagsgesellschaft t. Oostenrijk*).

⁷⁶ EHRM, 21 maart 2000 (*Wabl t. Oostenrijk*): geldige veroordeling wegens smaad omdat de term gebruikt was in een zaak die niets met extreem-rechts te maken had en dit in een land als Oostenrijk waar het gebruik van de term bijzonder gevoelig ligt. Zie meer uitvoerig: Eva Brems, *l.c.*, 579.

⁷⁷ Voor een bespreking van artikel-10 EVRM-arresten zoals *Markt Intern* (1989), *Groppera Radio* (1990), *Hadjianastassiou* (1992) en *Chorherr* (1993): J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 152-161.

⁷⁸ EHRM, 25 augustus 1993 (*Chorherr t. Oostenrijk*).

⁷⁹ 'Tenslotte is ook het argument dat klager op zijn vingers had kunnen natellen dat er onrust zou optreden en een politieoptreden zou volgen, ronduit dubieus. Een verwijzing naar het jurisprudentiële adagium dat vrijheid van meningsuiting ook ziet op uitingen die 'offend, shock or disturb' is in dit arrest voelbaar afwezig. Hoe reëel is het voorts om klager, die met nog één ander iemand liep te demonstreren temidden van een menigte van 50.000 mensen, te verwijten dat hij ongeregelheden heeft uitgelokt? Mijn inziens is het alleen maar logisch dat hij voor het uitdragen van zijn in Oostenrijk kennelijk afwijkende mening de meest effectieve gelegenheid uitkoos: een militaire parade ter viering van de dertigste verjaardag van de Oostenrijkse neutraliteitspolitiek en de veertigste van het einde van de Tweede Wereldoorlog' (J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 160).

⁸⁰ Schokkenbroek laat ook niet na om *Chorherr* te contrasteren met *Ezelin* (EHRM, 26 april 1991), eveneens een zaak over demonstratievrijheid, waarin het Hof door een strenge toetsing

toetsing van beperkingen op de overige rechten uit de artikel 8 tot 11-groep. Teveel worden beperkingen op deze rechten globaal behandeld en te weinig worden verschillen belicht. In het bijzonder zijn we getroffen door de grote verschillen die bestaan tussen de rechtspraak in verband met respectievelijk artikel 10 en 8 EVRM. Hoewel er nauwelijks verschillen bestaan in de formulering van de beperkingen tussen de tekst van beide bepalingen, blijkt uit de Straatsburgse rechtspraak dat de rechten van artikel 8 EVRM, in het bijzonder het privacygrondrecht, veel minder sterk worden beschermd.

In de eerste plaats enten we deze vaststelling op de ruime uitlegging door de organen van Straatsburg van de in artikel 8 EVRM opgenomen lijst van de beperkingsgronden, die op zich reeds al erg ruim is. Algemene maatstaven krijgen we van Straatsburg nooit en in elke zaak blijft het Hof bij de analyse van het concrete geval.⁸¹ Dat is bijzonder ongelukkig want de ontwikkeling van dergelijke maatstaven is niet alleen best mogelijk, maar ook noodzakelijk om te vermijden dat het fundamenteel karakter van een grondrecht wordt afgebouwd. Neem bijvoorbeeld de 'bescherming van de moraal en goede zeden'. Deze legitimeringsgrond is zeker niet ongevaarlijk. Ruime toepassing ervan houdt het risico van willekeur in (vanwege een bepaalde meerderheid in een samenleving). Ongetwijfeld zou Dworkin zich kunnen vinden in de algemene maatstaf waarbij wordt onderscheiden tussen handelingen die de goede zeden zodanig bedreigen dat bescherming nodig is, en handelingen die dergelijk bedreigend karakter ontberen, maar slechts de morele criteria van de meerderheid aantasten zonder deze evenwel te vernietigen.⁸²

Vergelijkt men dit laatste met de casuïstische aanpak van het Hof dan zou men zich de vraag kunnen stellen of het hier nog steeds over grondrechten gaat. Niet alleen weigert het Hof algemene maatstaven te ontwikkelen, ook legt het de doelcriteria die op zich reeds ruim bemeten zijn breed uit.⁸³ Zo vertoont het Hof een uitgesproken behoefte om heel snel aan te nemen dat iets de bescherming van de moraal dient. Het wijst een uniforme betekenis van het begrip af en aanvaardt dat het kan verschillen naargelang plaats en tijd.⁸⁴ In 1981, overweegt het Hof dat de regulering van seksueel gedrag via het strafrecht noodzakelijk kan zijn in een democratische samenleving ter bescherming van de moraal (goede zeden) én ter bescherming van de rechten en vrijheden van derden.⁸⁵ Het Hof verduidelijkt dat beide legitimeringsgronden ten dele overlappen.⁸⁶ Het begrip 'bescherming van de

een vrijwel absolute bescherming aan de betogingvrijheid geeft. Zie J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 147-148 & 160.

⁸¹ J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 184-185.

⁸² Vgl. S. Leader, 'Le droit au respect de la vie privée, la mise en oeuvre de la morale et la fonction judiciaire: un débat', *Rev.I.E.J.*, 1991, afl. 26, 1-22.

⁸³ J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 189.

⁸⁴ EHRM, 7 december 1976 (*Richard Handyside t. Verenigd Koninkrijk*), par. 48. Zie ook *N.J.*, 1978, nr. 236.

⁸⁵ EHRM, 22 oktober 1981 (*Jeffrey Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), par. 47 juncto 49. Meer bepaald oordeelde het Hof dat de Noord-Ierse zedenwetgeving poogde de burger te beschermen tegen wat beledigend of kwetsend is en waarborgen te creëren tegen uitbuiting en het in het verderf storten van anderen, in het bijzonder van hen die extra kwetsbaar zijn omdat zij jong zijn, fysiek of geestelijk zwak, onervaren, of lichamelijk, juridisch of economisch afhankelijk.

⁸⁶ Kritisch over de geringe bereidheid van het Hof om de doelcriteria onderling af te bakenen: J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 188-189.

moraal' strekt tot de bescherming van de ethiek of morele standaarden van de samenleving, maar kan ook slaan op de morele belangen of het welzijn van een bepaald deel van de samenleving, bijvoorbeeld de jongeren.⁸⁷ Op deze wijze zal men natuurlijk altijd wel een bevolkingsdeel vinden wiens moraal wordt beschermd door een bepaalde overheidshandeling. De willekeurigheid van het resultaat blijkt ook uit de rechtspraak waarin onder 'rechten van derden' niet alleen grondrechten, laat staan rechten, doch ook (loutere) belangen van anderen wordt begrepen.⁸⁸ Het hoeft geen betoog dat dit weinig recht doet aan de idee van grondrechten of fundamentele rechten, zijnde rechten welke zodanig fundamenteel worden geacht dat ze een bijzondere, hogere positie toegewezen krijgen.

De combinatie van een ruime tekst met een ruime uitleg maakt dat in de praktijk nagenoeg elke mogelijke vrijheidsbeperking als EVRM-compatibel kan worden beschouwd. Hierdoor geeft de legitimitetoets quasi nooit aanleiding tot belangrijke rechtspraak, en zijn belang bij de beoordeling van inmengingen in de rechten vervat in artikel 8 EVRM, is dan ook eerder gering.⁸⁹ Het Hof besteedt aan de toets van de legitimiteit van de nagestreefde doeleinden, zeker in vergelijking met artikel 10 EVRM-zaken, in de meeste gevallen amper aandacht en het neemt snel vrede met de door de staat naar voor gebrachte redenen, zelfs indien deze zeer algemeen geformuleerd zijn.⁹⁰ In *Abdulaziz en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk* (1985) aanvaardt het Hof beperkingen van het familieleven van in Engeland werkende vreemdelingen omwille van de bescherming van de arbeidsmarkt als 'legitimate aim'.⁹¹ De casus illustreert treffend Dworkins these de heersende standaarden in een samenleving (de *moral fabric* van een maatschappij), niet alleen bestaan uit abstract geformuleerde rechten, doch ook uit andere belangen zoals bijvoorbeeld vrijhandel, waarvan men op grond van de door de rechtspraak en wetgeving verleende bescherming kan vaststellen dat ze

⁸⁷ EHRM, 22 oktober 1981 (*Jeffrey Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), par. 47. De 'bescherming van de rechten en vrijheden van derden' in de zin dat een groep individuen of een categorie van individuen wordt bedoeld, vormt bijgevolg een deelaspect van de bescherming van de moraal (EHRM, 22 oktober 1981 (*Jeffrey Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), par. 47 *in fine*).

⁸⁸Zie onder meer EHRM, 20 november 1989 (*Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beerman*), par. 31 met dissenting opinion van rechter De Meyer. Men leze: J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 184-185 & 152.

⁸⁹ Vgl. H. Krabbe., 'Artikel 8. De eerbiediging van het privé-leven', in A. Hartevelt, B. Keulen, & H. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1992, 136; J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 184.

⁹⁰ Zie bv. EHRM, 26 maart 1987 (*Torsten Leander*), par. 49, waar deze kwestie in vier regels wordt afgedaan. In de artikel 10 EVRM-zaak *Vogt* uit 1995 werd een ontslag ter discussie gesteld van een lerares talen in een middelbare school, bij wijze van tuchtsanctie voor haar actieve betrokkenheid bij de Communistische partij (EHRM, 26 september 1995 (*Dorothea Vogt t. Duitsland*)). Bij de analyse van de verenigbaarheid van het ontslag met artikel 10 EVRM, stelt het Hof dat de inbreuk legitiem is in de zin van het verdrag. Overheidsdiensten vormen, aldus het Hof, een garantie voor de grondwet en de democratie. Ook wordt herinnerd aan de nachtmerrie van het nazisme en het Duitse geloof in de 'wehrhafte Demokratie'. De precieze finaliteit wordt evenwel niet aangewezen, hoewel de Duitse regering er niet minder dan drie had aangewezen: bescherming van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid en van de rechten van derden (Vgl. EHRM, 26 september 1995 (*Dorothea Vogt t. Duitsland*), par. 51 en 49).

⁹¹ EHRM, 28 mei 1985 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*), par. 79. Op deze grond werden door het Verenigd Koninkrijk aan de echtgenoten van klaagsters het recht ontzegd om zich blijvend te vestigen bij hun echtgenoten.

evenzeer als fundamenteel gelden.⁹² Natuurlijk weten we dat allemaal wel, maar het inzicht strookt slecht met onze retoriek van fundamentele rechten.⁹³

Ruime statelijke marges bij Artikel 8 EVRM: de margin of appreciation

In de tweede plaats blijkt de zwakte van de artikel 8 EVRM-toets vergeleken met deze van artikel 10 EVRM uit het gebruik door het Hof van de *margin of appreciation* doctrine. Deze leer houdt in dat de nationale overheden over een zekere interpretatieruimte beschikken bij de toepassing van bepaalde verdragsrechten.⁹⁴ Niet alleen heeft het Europees Hof slechts een subsidiaire positie, doch ook worden de staten geacht beter te zijn geplaatst om een oordeel te geven over de noodzaak van beperkende maatregelen.⁹⁵ Op grond van deze doctrine laat het Hof bewust een appreciatiemarge open voor de staten om de voorwaarden te bepalen waaronder staten zich inmengen in de conventierechten. Aan de basis van de leer ligt de vaststelling van de Straatsburgse (toenmalige) commissieleden dat sommige termen in het verdrag eerder vaag zijn en dat precies daarom een marge aan de staten moet gelaten worden bij de toepassing van de verdragsbepalingen.⁹⁶ In acht genomen dat het kwalificeren van verdragsbepalingen als 'vaag' niet vanzelfsprekend is (*supra*), valt er wel wat te zeggen voor deze opstelling die recht doet aan het gegeven van constitutionele verscheidenheid binnen Europa⁹⁷ en verklaart waarom de omschrijving van het EVRM als 'slechts' een

⁹² R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 4, 94.

⁹³ Dworkin zegt ook nergens dat die andere standaarden moeten primeren op de fundamenteel geachte standaarden erkend in de grondwetten en mensenrechtenverklaringen.

⁹⁴ Men leze: J. Schokkenbroeck, 'De margin of appreciation-doctrine in de jurisprudentie van het Europese Hof', in *Veertig jaar EVRM*, (NJCM-special 1990), 41-58; R. Macdonald, 'The margin of Appreciation', in R. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 83-124; J. Vande Lanotte & Y. Haeck e.a., *Het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, Deel 1, 187-188; E. Kastanas, *Unité et diversité: Notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1996, 480p. Over de verhouding van deze theorie met de leer der positieve verplichtingen: R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de faire balance-test (deel 1)', *NJCM*, 1995, nr. 5, 567-573.

⁹⁵ Dit laatste argument wordt het *Better position*-argument genoemd. Over de tweevoudige ratio achter de margeleer: J.G.C. Schokkenbroeck, *o.c.*, 204-206.

⁹⁶ De theorie van de marge van appreciatie van de nationale overheden bij het moduleren van rechten en vrijheden, ontwikkeld in enkele arresten uit de jaren zeventig. De wortels van de leer liggen in de rechtspraak m.b.t. artikel 14 en 15 van het Verdrag. Geleidelijk is de toepassing van de doctrine uitgebreid, niet alleen naar de toetsing aan de beperkingsrechten van de vrijheidsrechten, maar ook naar de toetsing aan de artikelen 5 en 6 EVRM en naar de positieve verplichtingen welke uit de verdragsrechten kunnen voortvloeien. Meer uitvoerig over de ontstaansgeschiedenis van de leer, waarvan de fundamenteen worden gelegd in het Commissierapport in de Belgische Taalzaken (1965): J.G.C. Schokkenbroeck, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*, *o.c.*, 14 en 64-241.

⁹⁷ De leer kan dus worden gestoeld op het feit dat het waarborgsysteem van het Verdrag een subsidiair karakter heeft t.o.v. de nationale bescherming van de grondrechten, die in de eerste plaats door de nationale overheden moeten worden verzekerd. Het gebruik dat de nationale overheden van deze handelingsvrijheid maken, wordt a posteriori aan de vereisten van het verdrag getoetst door Straatsburg (K. Rimanque, 'Noodzakelijkheid in een democratische samenleving - een begrenzing van beperkingen aan grondrechten', in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, deel II, 1225 en 1226 met

internationale ondergrens voor de Europese mensenrechtenbescherming niet zonder meer inacceptabel is.

Sinds het arrest *Engel e.a.*, dat overigens door de Roos werd geannoteerd, moduleert het Hof zijn toetsingsrecht onder de vlag van de leer van de appreciatiemarge in functie van bepaalde factoren, waarbij het in sommige gevallen zijn toetsing beperkt tot een marginale toetsing die een grote beoordelingsvrijheid laat aan de lidstaten.⁹⁸ Acht jaar later, met name in *Rasmussen* (1984), is deze doctrine volledig 'uitgebroed' en komt het Hof tot de overweging dat het bestaan van een gemeenschappelijke norm (*common ground*) zulke factor vormt. Is er geen Europese norm aanwezig, dan is de Straatsburgse controletoeets beperkt, marginaal of minder stringent.⁹⁹ In 1985 wordt hieraan in *Abdulaziz* nog een element toegevoegd. Niet alleen het overeenstemmen van wetgeving én beleid in de lidstaten, doch ook de vaststelling dat een land rond een thema prioritair beleid voert, vormt een factor in de beoordeling.¹⁰⁰ Het verschil in toetsing en in omvang van de beoordelingsvrijheid valt dus te verklaren uit de aan- of afwezigheid van gemeenschappelijke elementen in de wetgeving *of het beleid* van de verdragsstaten en uit het gewicht dat in de visie van het Hof aan zodanige wetgeving of beleidsdoelen wordt gehecht door de verdragsstaten.¹⁰¹ De margeleer van *Rasmussen* en *Abdulaziz* wordt in de daaropvolgende jaren verder verfijnd door toevoeging van nog meer factoren. Zo gaat het Hof voortaan de marge ook laten afhangen van de aard van het verdragsrecht dat in het geding is en de ernst van de inbreuk op de uitoefening van het grondrecht.¹⁰²

verw.) Over constitutioneel pluralisme: P. De Hert, 'John Rawls on Constitutionalism and the Charter of Fundamental Rights of the European Union', in W.P. Heere (ed.), *From Government to Governance. The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System*, Proceedings of the Sixth Hague Joint Conference held in The Hague, The Netherlands on 3-5 July 2003, Den Haag, TCM Asser Press, 2004, 441-453. Er weze hieraan toegevoegd dat een klacht in Straatsburg slechts ontvankelijk is na uitputting van de nationale rechtsmiddelen.

⁹⁸ EHRM, 8 juni 1976 (*Engel and others*), par. 72. Zie ook: J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 27; Th.A. de Roos, 'Mensenrechten in Battle Dress', noot bij *Engel* en anderen in R.A. Lawson, & E. Myer (eds.), o.c., 39-60.

⁹⁹ 'The Court has pointed out in several jugements that the Contracting States enjoy a certain 'margin of appreciation' in assessing whether and to what extent difference in otherwise similar situations justify a different treatment in law (...). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States'; EHRM, 28 november 1984 (*Rasmussen t. Denemarken*), par. 40.

¹⁰⁰ EHRM, 28 mei 1985 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*), par. 79. Omdat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen zo'n belangrijk aandachtspunt vormt in het beleid van de lidstaten, weegt het argument van de bescherming van de arbeidsmarkt in deze zaak niet door.

¹⁰¹ J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 30.

¹⁰² Meer in detail: J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 206-208. In *Dudgeon* bijvoorbeeld wordt strikt getoetst omdat homoseksualiteit betrekking heeft op een van de meest intieme aspecten van het privacyrecht. Daarom moeten er, aldus het Hof bijzonder ernstige redenen zijn om geldig dit grondrecht te beperken: 'However, not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation. The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particular serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8' (EHRM, 22 oktober 1981 (*Jeffrey Dudgeon t. Ierland*), par. 52).

Vaak wordt kritisch gewezen op het schijnbaar willekeurig karakter van de margeleer.¹⁰³ Ons inziens zijn ook de uitgangspunten van de leer zelf vatbaar voor kritiek. In 1986 merkte Alkema over de focus op oude wetgeving in *Rasmussen* op dat deze weinig fraai overkomt vergeleken met de dynamisch-evolutieve wijze van uitleg in andere arresten zoals bijvoorbeeld *Marckx*.¹⁰⁴ Factoren zoals de ernst van het feit en de aard van het grondrecht zijn geen factoren die gerechtvaardigd kunnen worden vanuit de tweevoudige ratio van de margedoctrine, met name het subsidiaire karakter van het EVRM-toezicht en het inzicht dat nationale instanties beter geplaatst zijn om grondrechteninbreuken te beoordelen.¹⁰⁵ Een factor zoals de ernst van het feit speelt bij de belangenafweging welke eerder thuishoort in de proportionaliteitstoets ingevolge de 'necessity'-vereiste van artikel 8 § 2 EVRM.¹⁰⁶

De margejurisprudentie leert dan ook hoe beperkt de rol is van het Europees Hof als behoeder van fundamentele rechten. Toetsing van de door de nationale overheden ingeroepen motieven ter beperking van de vrijheden komt in vele gevallen slechts op de tweede plaats, terwijl het vrijwaren van constitutioneel pluralisme en constitutionele autonomie primeert. Maar vanuit een sluitend grondrechtenperspectief is er natuurlijk geen plaats voor deze leer die alles te maken heeft met de supranationale positie van het Staatsburgse mensenrechtenhof. Grondrechten zijn, zoals Dworkin argumenteert, immers *trumps* die inroepbaar zijn tegen de overheid en de meerderheid, en dus ook, zeker in het kader van een Europees verdrag ter bescherming van de mensenrechten, tegen een Europese meerderheid. Dworkin trekt juist ten strijde tegen rechters die bij het ontbreken van duidelijke regels beroep doen op hun eigen rechtvaardigheidsgevoel of op beleidsmatige overwegingen. Via fundamentele rechten wordt juist een maatschappelijk gebied afgebakend waarin het denken in termen van te bereiken beleidsdoeleinden ('generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community') plaats moet maken voor een denken in termen van beginselen, al dan niet gepositieerd in grondrechten.¹⁰⁷

¹⁰³ Zie uitvoerig J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 13-241. Het Hof en de (toenmalige) Commissie laten niet in alle gevallen een appreciatiemarge. De marge wordt vaak, niet altijd, gelaten wanneer over een bepaald rechtsprobleem geen gemeenschappelijke Europese maatstaven bestaan (*infra*), maar toch kan niet voorbij de vaststelling worden gegaan, dat Straatsburg de theorie, ondanks pogingen tot systematisering, zelden rechtlijnig toegepast, wat tot weinig consistente rechtspraak leidt. In de *Stjerna t. Finland*-zaak (1994) over het recht op naamsverandering toetst de Commissie de afwijzing van Stjerna's verzoek om naamsverandering zonder de 'margin' ook maar één keer te noemen terwijl het Hof omwille van de onderlinge verschillen in de Europese lidstaten wél een marge toekent (cf. R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de faire balance-test' (deel 2), *NJCM*, 1995, nr. 6, 745). Dergelijke verschillen in beoordeling wekken de indruk dat de theorie in feite enkel een stok achter de deur vormt van het Hof om in functie van de wil en de kracht, al dan niet een grondige controle van de voorgelegde zaak, uit te voeren (J. Vande Lanotte & Y. Haecq. e.a., *o.c.*, 187-188).

¹⁰⁴ EEA, noot bij *Rasmussen*, *N.J.*, 1986, 4; J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 28. We zullen later zien dat alleen deze laatste interpretatiemethode volgens Dworkin geldig kan worden toegepast in een grondrechtenperspectief.

¹⁰⁵ J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 209-211.

¹⁰⁶ J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 211.

¹⁰⁷ R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 2, 22-23.

De margeleer zorgt er evenwel voor dat het Hof niet in alle gevallen tot een volledige toetsing van grondrechtenbeperkingen overgaat.¹⁰⁸ Deze afstandelijke houding van het Hof kan weliswaar verdedigd worden in het licht van de 'vaagheid' van sommige verdragsbepalingen en in het licht van verdragsrechtelijke positie van het Hof, waardoor het niet het karakter heeft van een 'normaal' grondwettelijk hof.¹⁰⁹ Minder acceptabel is evenwel de verruiming van de leer van de appreciatiemarge tot ongeveer *alle* verdragsbepalingen, dus ook deze die niet 'vaag' zijn.¹¹⁰ Inacceptabel ook is de vaststelling dat in de praktijk weinig Europese landen inspanningen leveren om boven die grens te blijven.¹¹¹ Zichzelf respecterende staten, dat wil zeggen staten die fundamentele rechten ook fundamenteel achten, kunnen o.i. niet anders dan boven die ondergrens te gaan. Dat volgt niet alleen uit de verdragsverplichtingen zelf voort,¹¹² het volgt evenzeer uit het wezen zelf van de fundamentele rechten, als rechten tegen de overheid die slechts uitzonderlijk mogen worden beperkt.

Onze zorg betreft in het bijzonder de impact van de margeleer op het privacygrondrecht vervat in artikel 8 EVRM. Dit recht is bij uitstek relevant voor het strafrecht. Waar rechten zoals die van 10 EVRM expressieve rechten zijn, zijn die vervat in artikel 8 EVRM in de eerste plaats afweerrechten die vaak tijdens de strafprocedure in het gedrang komen. Te weinig wordt beklemtoond dat de margeleer in het bijzonder wordt gehanteerd om de statelijke belangen bij beperkingen van het privacygrondrecht te vrijwaren. *Klass* vormt een vroege toepassing van de leer van de appreciatiemarge. Met verwijzing naar onder meer de *De Wilde*zaak en de *Golder*zaak, stelt het Hof hier dat het niet haar rol is om uit te maken wat het beste beleid is in de strijd tegen misdaad en terrorisme.¹¹³ Van Dijk en Van Hoof, protagonisten binnen de rechtsleer die kritisch staat tegenover de margeleer, spreken erover als 'een besmettelijke ziekte', waarachter een 'raison d'état' benadering van het Hof schuil gaat, die haar toelaat om door de staten aangevoerde belangen zwaarder te laten wegen dan de grondrechten van het verdrag die niet meer als uitgangspunt worden genomen.¹¹⁴ Het resultaat is een quasi-soevereine beslissingsmacht voor staten op het vlak van strafprocesrechtelijke bevoegdheden wanneer hiervoor maar een wettelijke basis wordt gecreëerd.¹¹⁵

¹⁰⁸ De Straatsburgse uitspraken zijn bijgevolg nooit meer dan een ondergrens van rechtenbescherming. Als er al een veroordeling wordt uitgesproken van een land, dan is er doorgaans zeker wat aan de hand.

¹⁰⁹ Vergelijk J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 239-240.

¹¹⁰ Zie hierover de auteurs aangehaald door J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 20.

¹¹¹ Vgl. met R.A. Lawson, 'Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn?', *l.c.*, 199.

¹¹² Men leze R.A. Lawson, *l.c.*, 204 over de verdragsverplichtingen om het verdrag zo uit te leggen dat de rechten 'practical and effective zijn' en om verdragsschade aan slachtoffers geheel te herstellen (*restitutio in integrum*).

¹¹³ EHRM, 6 september 1978 (*Gerhard Klass e.a. t. Duitsland*), par. 49.

¹¹⁴ P. Van Dijk & G. Van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1990, 407. 665-666.

¹¹⁵ Zoals van Dijk in verband met huiszoekingen heeft gesteld: 'Zolang de desbetreffende nationale wetgeving dat mogelijk maakt, kunnen de nationale autoriteiten immers bij iedere concrete, maar ook bij iedere nog vrij vage verdenking van een misdrijf de woning doorzoeken van verdachten'; P. Van Dijk, 'Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland: de eerbiediging van het familie- en gezinsleven op grond van artikel 8 EVRM', *NJCM-bulletin*, 1994, 433.

De zienswijze van het Hof dat de marge ook kan afhangen van de aard van het verdragsrecht dat in het geding is en de ernst van de inbreuk op de uitoefening van het grondrecht, vormde een volgende mokerslag voor het fundamenteel karakter van het privacygrondrecht ten aanzien van strafprocesrechtelijke belangen en veiligheidsbelangen. In *Leander* werd een ruime beoordelingsmarge vastgesteld omdat de inbreuk in kwestie, de geheime registratie van persoonsgegevens door politie- en veiligheidsdiensten, de klager niet verhinderde een privé-leven volgens zijn eigen keuze te leiden én omdat het nationale veiligheidsbelang nu eenmaal zwaar moet wegen.¹¹⁶ Terecht wordt op deze rechtspraak kritiek uitgeoefend.¹¹⁷ Kan niet elk verdragsrecht op een of andere wijze als belangrijk voor het individu omschreven worden? Wordt niet al te snel gestapt over de schade voor Leander, die tenslotte zijn baan verloor? Eigenlijk zegt het Hof dat bepaalde vormen van informatieverzameling door de politie niet erg belangrijk zijn. Analooq aan de Nederlandse camerajurisprudentie van de Hoge Raad,¹¹⁸ afgekeurd door de wetgever, zou dit waardeoordeel leiden tot een systematische 'downgrading' door het Europees Hof van klachten over politiepraktijken met gegevensopslag en camerabewaking.¹¹⁹ Bovendien vormen de Straatsburgse uitspraken waarin wordt gesteld dat de toepassing van artikel 8 EVRM afhankelijk van de aard van de politiegegevens of van het soort gebruik dat de politie maakt van beelden van burgers, een flagrante ontkenning van beginselen die we vandaag onder de noemer 'informatieprivacy' terugvinden in de persoonsgegevensbeschermingsrecht ei het bijzonder de Wet Bescherming Persoonsgegevens.¹²⁰

Artikel 8 EVRM als transparant gemaakte vrijplaats (vervolg)

¹¹⁶ EHRM, 26 maart 1987 (*Leander*), par. 48. De klager had zich in casu een betrekking in overheidsdienst zien weigeren op grond van het feit dat hij een zogenaamd 'veiligheidsrisico' vormde. Deze beoordeling was onder meer gebaseerd op gegevens over zijn persoon (ondermeer vroegere politieke activiteiten) die waren opgeslagen in een geheim en voor hem ontoegankelijk politieregister. Het Hof stelde zeer dat het opslaan van gegevens met betrekking tot het privé-leven van een persoon en a fortiori het doorgeven daarvan aan anderen, zonder dat betrokkene daarvan bovendien op de hoogte is of enige inzage heeft in die gegevens, een duidelijke inbreuk vormt op het recht op privacy. Gezien de inmenging in casu evenwel gerechtvaardigd kon worden in het belang van de nationale veiligheid, werd geen schending van artikel 8 vastgesteld. De *Leander* uitspraak, met name dat een ruime marge moet worden erkend op het gebied van nationale veiligheid, wordt doorgedrooken in *Hadjianastassiou* (EHRM, 16 december 1992), een artikel 10 EVRM-arrest betreffende een militair die militaire informatie bekend maakt. Zie J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 158.

¹¹⁷ J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 129 & 131-132.

¹¹⁸ Zie voor een bespreking P. De Hert & S. Gutwirth, 'Cameratoezicht, veiligheid en de Wet Persoonsregistraties', *Recht en kritiek*, 1995/3, 218-250.

¹¹⁹ Voor een bespreking P. De Hert, *Privacy en het gebruik van visuele technieken door burger en politie.*, Brussel, Politeia Uitgeverij, 1998, 178p.

¹²⁰ Onze vaststelling dat de margeleer in het bijzonder nadelig werkt voor in de praktijk minder fundamenteel geachte rechten, zoals deze vervat in artikel 8 EVRM, wordt ogenschijnlijk tegengesproken door *Niemietz*; EHRM, 16 december 1992 (*Niemietz t. Duitsland*). In deze zaak wordt een huiszoeking in een advocatenbureau op grond van een zeer algemeen opgesteld zoekingsbevel strijdig geacht met het grondrecht op bescherming van woning en de privacy, zonder enige verwijzing naar de margeleer. Terecht wijst Schokkenbroek op het grote belang dat het Hof hecht aan de speciale positie van de advocaat als wezenlijke schakel in het rechtsbedrijf en op de gevolgen van een schending van zijn beroepsgeheim (door de zoeking) voor de rechten van *artikel 6 EVRM*; J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 170-171.

In de derde plaats steunen we onze vaststelling over de inferieure positie van de artikel 8 EVRM-rechten, op de ronduit soepele invulling van de eis dat beperkingen voorzien moeten zijn bij 'wet'. Hoewel het in het *Klass* (1978) luidde dat nationale bevoegdheden om inbreuk te maken op door de conventie gewaarborgde rechten eng moeten worden geïnterpreteerd,¹²¹ werd dit gebod tot een strikte interpretatie van de grondrechten ten dele teruggeschroefd in de arresten *Kruslin* en *Huvig* (1990) waar een grote ruimte werd gelaten aan jurisprudentiële interpretaties ter concretisering van artikel 8 lid 2 EVRM.¹²² Het Hof geeft in deze 'continentale' arresten aan dat niet alleen in *Common Law*, maar ook op het continent een belangrijke plaats toekomt en mag toekomen aan de rechter bij het interpreteren van het nationaal recht. Deze verruiming van wetsbegrip, die voor kritiek vatbaar is,¹²³ en ook niet gevolgd wordt door andere supranationale mensenrechtshoven,¹²⁴ is voor het strafprocesrecht geen goede zaak. De meeste Europese landen ontberen immers een met artikel 1 Sv. vergelijkbare bepaling. Ondanks de solide verankering van het legaliteitsbeginsel in het Nederlandse strafprocesrecht, heeft de geschiedenis van de camerarechtspraak in Nederland bewezen dat rechters gevangen in een glijdend schaalmechanisme erg snel aannemen dat er voor opsporingspraktijken een voldoende basis bestaat in het nationaal recht.¹²⁵

Tenslotte, en ten vierde, blijkt de inferieure positie van de artikel 8 EVRM-rechten binnen het geheel van de grondrechten, en in bijzonder in vergelijking met de artikel 10 EVRM-rechten, uit de soepelere noodzakelijkheidstoets die het Hof hier doorgaans toepast. Hoewel de drie door het Hof in *Handyside* gestelde eisen m.b.t. de noodzakelijkheidvoorwaarde overgenomen worden in de daaropvolgende artikel 8 EVRM-arresten,¹²⁶ kan vastgesteld worden dat in de sfeer van artikel 8 EVRM de eis van dringende maatschappelijke behoefte en de eis van relevantie en toereikendheid weggelaten worden, en alleen de proportionaliteitseis wordt genoemd.¹²⁷ In de voor het strafprocesrecht essentiële principezaken *Klass* (1978) en *Malone* (1984) ontbreken zelfs alledrie de genoemde criteria en focust het Hof bij de noodzakelijkheidstoets (uitsluitend) op het bestaan van adequate en effectieve waarborgen tegen misbruiken.¹²⁸ Zelfs wanneer de eisen toch worden genoemd als uitgangspunt, dan nog worden ze zelden serieus bekeken en steunen de arresten in verband met de toepassing van artikel 8 EVRM doorgaans op een eenvoudige belangenafweging waarbij statelijke belangen (en dus meerderheidsbelangen)

¹²¹ EHRM, 6 september 1978 (*Gerhard Klass e.a. t. Duitsland*), par. 42. Eveneens: EHRM, 25 maart 1983 (*Reuben Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 97.

¹²² EHRM, 24 april 1990 (*Huvig t. Frankrijk*), par. 28; EHRM, 24 april 1990 (*Kruslin t. Frankrijk*), par. 29.

¹²³ Hierover: P. Blontrock. & P. De Hert, 'Telefoontap: Tournet, Peureut, Hüvig, Kruslin et les autres', *Rechtskundig Weekblad*, 1991-1992, 868.

¹²⁴ Over het standpunt van het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens: J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 179.

¹²⁵ L. Keyser-Ringnalda. & K. Rozemond, 'Het hellend vlak argument in strafrechtelijke discussies', *Delikt & Delinkwent*, 1993, vol. 23, 621-649.

¹²⁶ O.m. EHRM, 18 februari 1991 (*Abderahman Moustaquim t. België*), par. 43; EHRM, 24 maart 1988 (*Stig en Gun Olsson t. Zweden (nr. 1)*), par. 67; 8 juli 1987 (*EHRM, W. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 60.

¹²⁷ Zie uitvoerig: J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 193.

¹²⁸ Zie *infra*.

worden afgewogen met het recht van het individu.¹²⁹ Daarbij worden de door de staat aangevoerde belangen, minstens even zwaar geacht, zoniet zelfs een tikkeltje zwaarder (door het benadrukken van de beleidsvrijheid van de staten).

In het verleden hebben we er reeds op gewezen dat de evenredigheidstoets geen volwaardig alternatief is voor de noodzakelijkheidstoets.¹³⁰ Daarbij lieten we ons opnieuw vooral leiden door het gebruik van deze begrippen door het Hof. In de rechtsleer, vooral in de Duitstalige waar het proportionaliteitscriterium quasi heilig is verklaard, worden aan dit criterium allerlei eigenschappen toegedicht, die bij nader inzien *nooit* als zodanig erkend worden door het Europees Hof. Zo gaan diverse schrijvers ervan uit dat uit de proportionaliteitseis volgt dat een maatregel geschikt moet zijn om het gestelde doel te bereiken. Hoewel deze invulling logisch is, blijkt zij voor de Europese rechters al een brug te ver. In de context van artikel 15 EVRM, meer bepaald in *Brannigan & McBride* (1993), merkte het Hof op dat het niet zijn taak is om in de plaats van de betrokken regering te oordelen over wat de meest gepaste of opportune maatregelen zijn.¹³¹ Zulke opstelling valt enigszins te rechtvaardigen vanuit de doctrine van de appreciatiemarge die aan lidstaten moet worden gelaten,¹³² maar draagt op evidente wijze niet bij tot een strikte toetsing van lidstaten die het privacygrondrecht of enig ander grondrecht beperken.

Ook de evenzeer voor de hand liggende eis van subsidiariteit, met name of het vooropgestelde doel van de beperking niet had kunnen bereikt worden door een maatregel die de gewaarborgde vrijheid in mindere mate zou aangetast hebben, ontbreekt in hoge mate in de aanwending door het Europees Hof van de proportionaliteitstoets.¹³³ Schokkenbroek vindt de afwezigheid van de subsidiariteitstoets niet meer dan normaal in het licht van *Handyside* waar het Hof oordeelde dat 'noodzakelijkheid' meer is dan nuttig, doch minder dan 'strikt noodzakelijke' of 'onontbeerlijk'.¹³⁴ O.i. is het taalkundig te billijken om bij de vraag naar de noodzaak van een maatregel te kijken naar het bestaan van alternatieven. Vastgesteld moet worden dat het Hof in meerdere arresten wel degelijk kijkt naar de vraag of er geen minder drastische alternatieven zijn.¹³⁵ Recent werd deze subsidiariteitstoets in *Hatton* voor het eerst op expliciete wijze toegepast.¹³⁶ De overheid dient inbreuken op de rechten van burgers zoveel mogelijk te beperken door alternatieve oplossingen te

¹²⁹ Vgl. J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 193-194. De meeste door deze auteur besproken arresten hebben betrekking op artikel 8 EVRM.

¹³⁰ Paul De Hert, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch Uitgeverij, 1998, (367p.), 37-44. Zie eveneens: J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 197-203.

¹³¹ Cf. EHRM, 26 mei 1993, (*Brannigan & McBride*), par. 59. Zie voor eenzelfde stellingname in andere arresten: J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 197-198.

¹³² Zie J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 19 & 198.

¹³³ Het lijkt nochtans *common ground* in meerdere lidstaten om bijvoorbeeld de toepassing van aftapwetgeving afhankelijk te maken niet alleen van de eis van proportionaliteit, doch ook van subsidiariteit. Men leze: Jean Pradel, 'Criminal Evidence', in J.F. Nijboer & W.J.J.M. Sprangers (eds.), *Harmonisation in Forensic Expertise. An Inquiry into the Desirability of and Opportunities for International Standards*, Amsterdam, Thela Thesis, 2000, (411-429). 423.

¹³⁴ J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 199.

¹³⁵ Zie J.G.C. Schokkenbroek, *o.c.*, 199 met verw.

¹³⁶ EHRM 2 oktober 2001 (*Hatton t. Verenigd Koninkrijk*; *NJB* 2001, 2189 en 2190, nr 51).

vergelijken en vervolgens te trachten haar doelen te bereiken 'in the least onerous way as regards human rights', aldus het Hof. Met instemming stellen we vast dat deze verscherpte toetsing ook in latere arresten navolging krijgt en ook dat er in de sfeer van artikel 8 EVRM terug wat kwistiger wordt omgesprongen met de vermelding van de eis dat een beperking moet beantwoorden aan een 'pressing social need'.¹³⁷

Nu nog wachten op een uitspraak waaruit blijkt dat artikel 8 EVRM werkelijk iets vermag tegen een opsporende overheid.

De rechtvaardigheid van het schenden van een vrijplaats

Het arrest *Khan* doet ons vrezen voor een langdurig uitblijven van zulke rechtspraak. In dit arrest van 12 mei 2000 oordeelde het Europees Hof unaniem dat het aanbrengen van af luisterapparatuur en de opname van het gesprek waaraan de verdachte deelnam een schending was van het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op privacy, en dat hiertegen geen effectief rechtsmiddel openstond in het Verenigd Koninkrijk, zodat ook artikel 13 EVRM was geschonden.¹³⁸ De schending van artikel 8 hoefde evenwel, aldus het Hof, daarom geen gevolg te hebben voor de strafprocedure. Immers, de eis van eerlijkheid van de strafprocedure gesteld in artikel 6 EVRM is gerealiseerd wanneer de strafprocedure als geheel eerlijk is. Het Hof oordeelt niet over toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs als zodanig, maar bekijkt slechts of in dit geval, alle omstandigheden in aanmerking genomen, sprake was van een eerlijk proces. En dit nu, zegt een Hofmeerderheid van 6 tegen 1, was het geval. De vaststelling dat een privacy schending heeft plaatsgevonden zegt dus eigenlijk niets over de eerlijkheid van een daaropvolgend strafproces.

Elders zijn we breed ingegaan op de argumenten van het Hof, op de gretigheid waarmee nationale rechters van de *Khan* jurisprudentie hebben gebruik gemaakt om het topisch karakter van het privacyrecht en het leerstuk van het onrechtmatig bewijs te ontmantelen en op de onbevredigende situatie die deze rechtspraak creëert door geen alternatieve sanctievormen aan te reiken tegen burgers en overheidsambtenaren die bewijs verzamelen door privacyregels met de voeten te treden.¹³⁹ Deze zaak, die echo's heeft in recente arbeidsjurisprudentie over het surfen naar pornosites of privé-gebruik van netpost,¹⁴⁰ is niet van aard om de verdediging in strafzaken te motiveren om

¹³⁷ EHRM, 28 januari 2003 (*Peck t. Verenigd Koninkrijk*): ter beschikking stellen van beeldmateriaal verzameld met camerabewaking op de openbare weg aan de audiovisuele media schendt proportionaliteittoets of noodzakelijkheidtoets in artikel 8 EVRM omdat er alternatieven bestonden voor de gemeente om haar doelstelling (publiciteit voor camerabewaking) te realiseren. Zie ook EHRM, 17 juli 2003, (*Craxi (no. 2) t. Italië*), par.124 (geen 'pressing social need, geen proportionaliteit en dus ook geen noodzakelijkheid om niet relevant privé-materiaal te publiceren in krant over lopende rechtszaak).

¹³⁸ EHRM, 12 mei 2000 (*Khan v. Verenigd Koninkrijk*), *NJCM-Bulletin* 2000, 1255-1261 m.nt. Myjer. Deze uitspraak bouwt voort op EHRM 12 juli 1988 (*Schenk vs. Zwitserland*).

¹³⁹ De Hert, P. & Koops, B.-J., 'Privacy is nog steeds een grondrecht. Pleidooi voor de uitsluiting van onrechtmatig bewijs', *Ars Aequi*, 2001, december, (vol. 50), 972-975. Zie ook S. Gutwirth, 'Een korte reactie over de proceduralisering van substantiële rechten' in W. Debeuckelaere en D. Voorhoof (Eds), *En toch beweegt het recht, Tegenspraak-cahier 23*, Brugge, Die Keure, 2003, 255-257

¹⁴⁰ Ook hier wordt niet bestreden dat er in een conflict privacybelangen spelen en wordt aan die vaststelling vervolgens nauwelijks enig gewicht gehecht. Zo oordeelde de Hoge Raad op 27 april 2001 over een verkoopster die betrappt was met een verborgen, onaangekondigde camera die kassahandelingen filmde: 'Nu enerzijds [verweerster] aldus een gerechtvaardigd belang

op te komen tegen onrechtmatig bewijs.¹⁴¹ In *Khan* vraag het Europees Hof ons het privacyrecht af te leggen en te begrijpen dat de verdachte voortaan geen rechtstreekse privacyclaims kan stellen ten aanzien van de overheid. De wet vormt voortaan geen vrijplaats meer: politiefunctionarissen die buitenwettelijk opsporen wordt geen strobreed in de weg gelegd.

Privacy verliest alzo in strafzaken zijn praktisch belang. In de zeer recente post-*Khan* rechtspraak is er daarom een tendens aan te wijzen bij de procederende partijen om traditionele privacyproblemen zoals de inzet van band- en video-opnamen en undercoveragenten te koppelen aan het recht op een eerlijk proces uitgewerkt in artikel 6 EVRM. Het arrest *Allen* van 5 november 2002 was het eerste arrest waaruit kon worden afgeleid dat deze verdedigingstactiek loont.¹⁴² Recente arresten zoals *Rowe and Davis*,¹⁴³ *Dowsett*¹⁴⁴ en *Edwards and Lewis*¹⁴⁵ tonen aan dat een beroep op noties zoals 'eerlijk proces', 'zwijgrecht' en 'openbaarheid' meer slagkracht hebben tegen de inzet van geheime (undercover-) maatregelen. In het arrest *Perry* staat dan weer een wat mysterieuze paragraaf waarin het Hof deze tactiek schijnbaar wil

had door middel van een videocamera opnamen te maken, zonder haar werknemers tevoren te waarschuwen, terwijl anderzijds de opnamen slechts de gedragingen van het personeel bij de kassa betroffen, moet worden aangenomen dat, ook indien [verweerster] aldus een inbreuk op het privé leven van [eiseres] zou hebben gemaakt, dit nog niet betekent dat dit bewijsmateriaal in een procedure als de onderhavige niet mag worden gebruikt.' Ook de Advocaat-generaal in deze zaak oordeelt, onder verwijzing naar het arrest *Khan* (!), dat onrechtmatig verkregen bewijs niet het gevolg heeft dat dit niet mag worden gebruikt. Cf. Hoge Raad, 27 april 2001, *Rechtspraak.nl*, ELRO-nummer AB1347, <http://www.rechtspraak.nl/uitspraak/frameset.asp?ui_id=25087>. Zie verder bijvoorbeeld Arbeidsrechtbank Brussel, 2 mei 2000, *Computerrecht* 2001, nr. 1, p. 26-29, m.nt. Casaer; Kantonrechter Emmen 29 november 2000, *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 2000 (1), nr. 4, p. 17-19. In de laatste uitspraak wordt een afweging van belangen gemaakt zonder dat werd nagegaan of de twee op het spel staande belangen een grondrechtelijke status toekomt. Integendeel zou men uit de volgende paragraaf verkeerdelijk kunnen afleiden dat dergelijke status aan privacy niet toekomt: 'privacy op de werkplek is een relatief begrip. Er bestaat een gradatie tussen het recht op privacy op de werkplek en het recht van een onderwijsinstelling niet met seksactiviteiten in verband te worden gebracht. Bij een afweging van belangen prevaleert het laatste'. Een overzicht van rechtspraak inzake netpost- en internettoezicht geeft: P. De Hert, 'Internetrechten in het bedrijf. Controle op e-mail en Internetgebruik in Belgisch en Europees perspectief', *Auteur&Media*, 2001, nr. 1, 110-116. Zie ook de verschillende bijdragen in het themanummer van het tijdschrift *Privacy & Informatie* (jaargang 2002, nr. 1).

¹⁴¹ Cf. P. De Hert & B.-J. Koops, *l.c.*, 972-975.

¹⁴² EHRM, 5 november 2002 (*Allen t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁴³ EHRM, 16 februari 2002 (*Rowe and Davis*): schending van artikel 6 lid 1 jo. lid 3 EVRM (afscherming van informatie waarvan wordt erkend dat het 'material' en relevant is ondermijnt het recht op een eerlijk proces, in het bijzonder het recht op voldoende tijd en faciliteiten om een verdediging voor te bereiden).

¹⁴⁴ EHRM, 24 juni 2003 (*Dowsett t. Verenigd Koninkrijk*): schending van artikel 6 lid 1 jo. lid 3 EVRM (afscherming van informatie waarvan wordt erkend dat het 'material' en relevant is ondermijnt het recht op een eerlijk proces, in het bijzonder het recht op voldoende tijd en faciliteiten om een verdediging voor te bereiden).

¹⁴⁵ EHRM, 22 juli 2003 (*Edwards and Lewis t. Verenigd Koninkrijk*): schending van artikel 6 lid 1 EVRM (klacht over vermeende uitlokking en gebrek aan toegang tot het bewijs. Hof is niet van oordeel dat de procedure die is gebezigd om de kwesties van inzage verlening in bewijs en uitlokking in overeenstemming is met de vereisten om te voorzien in adversaire procedures en gelijkheid van wapenen en adequate waarborgen in zich bevatte (incorporated) om de belangen van de beklaagden te beschermen).

ontraden en welbewust kiest om bepaalde privacyproblemen niet via artikel 6 EVRM, doch via artikel 8 EVRM te benaderen.¹⁴⁶

De procedurele rechten in het EVRM als trumps?

Het EVRM erkent naast substantiële rechten (bv. in de artikelen 8 tot 11) ook procedurele rechten zoals het recht op rechterlijke controle bij de vrijheidsbeneming (artikel 5 EVRM), het recht op een eerlijk proces (artikel 6) en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13 EVRM).¹⁴⁷ Het belang van deze rechten is opvallend groot, wat mag blijken uit het grote aandeel arresten dat erop betrekking heeft. Ook de tekst van het EVRM laat geen twijfel over hun belang bestaan. Niet alleen bevatten deze erg lange bepalingen veel concrete procedurele waarborgen, maar ook worden ze opgehangen aan centrale begrippen met een open karakter zoals 'eerlijk proces' en 'effectief rechtsmiddel', welke garant staan voor een evolutieve interpretatie van het Hof waarbij nog meer concrete procedurele waarborgen worden 'gevonden'.

Toch toont de rechtspraak van Straatsburg aan dat ook in het kader van artikel 6 EVRM speelruimte blijft bestaan. Hierboven werd reeds kort stil gestaan bij de opstelling van het Hof in *Saunders* waarbij het zwijgrecht vooral zou dienen om te verhinderen dat de crimineel valse of foute informatie zou geven. Dat zijn lichaam tegen zijn wil in wordt gebruikt als bewijsstuk is bijgevolg niet grondrechtelijk relevant, aldus Straatsburg. Artikel 6 § 1 EVRM wordt dus niet geschonden wanneer de verdachte wordt gedwongen materiaal te leveren dat onafhankelijk van zijn wil bestaat, zoals een bloestaal of haarwortels, omdat dwang hier geen invloed heeft op de kwaliteit van het bewijsmateriaal.¹⁴⁸ Ook nam het Hof aan dat de rechter in bepaalde gevallen toch negatieve gevolgen mag koppelen aan de weigering van de verdachte om mee te werken aan het onderzoek. In de zaak *Murray* (1996) had de strafrechter het stilzwijgen van de beklaagde opgevat als een aanwijzing van schuld, omdat de vervolgende partij over overtuigende bewijzen beschikte. Het Europees Hof achtte artikel 6 § 1 EVRM niet geschonden omdat de zaak kon worden betiteld als een *prima facie case*, of een zaak die steunt op zodanig sterk bewijsmateriaal dat er over de schuld van de verdachte weinig of geen twijfel bestaat.¹⁴⁹ Lichaam, noch stilzwijgen vormen bijgevolg een geldige en verdedigde vrijplaats.

¹⁴⁶ EHRM, 17 juli 2003, (*Perry t. Verenigd Koninkrijk*), par. 48: 'Issues relating to the fairness of the use of the evidence in the trial must also be distinguished from the question of lawfulness of the interference with private life and are relevant rather to Article 6 than to Article 8. It recalls in this context its decision on admissibility of 26 September 2002 in which it rejected the applicant's complaints under Article 6, observing that the obtaining of the film in this case was a matter which called into play the Contracting State's responsibility under Article 8 to secure the right to respect for private life in due form'.

¹⁴⁷ Merken we op dat de twee laatstgenoemde rechten oorspronkelijk complementair zijn opgevat.

¹⁴⁸ EHRM, 17 december 1996 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*), *Reports of judgments and decisions*, 1996-VI, 2044, par. 74.

¹⁴⁹ EHRM, 8 februari 1996 (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*), *Reports of judgments and decisions*, 1996-I, 30, par. 45. Uit het arrest volgt niet dat het stilzwijgen van de verdachte de waarde heeft van een bekentenis en de verdachte zijn onschuld moet aantonen om aan een veroordeling te ontsnappen. Wel mag dit stilzwijgen worden geïnterpreteerd als een element dat bewijsgegevens waarover justitie reeds beschikt, geloofwaardiger maakt. De rechter mag de passieve houding van de verdachte tegen hem gebruiken, op voorwaarde dat het Openbaar Ministerie gegevens aanbrengt die op zich reeds volstaan om een veroordeling te staven.

Een naïeve gebruiker van het EVRM zou tenslotte in een strafzaak met telefoontapbewijs een zekere taakverdeling verwachten. De democratische noodzaak van en de vraag of er een wettelijke basis is voor de tap zouden dan aan bod komen in een artikel 8 EVRM-toets en de meer procedurele kwesties in een artikel 6 EVRM-toets. De rechtspraak van het Hof geeft evenwel een geheel ander beeld. Artikel 8 EVRM-analyses worden verdrongen in procedurele kwesties.¹⁵⁰ Steeds meer blijkt het respecteren van een reeks procedurele voorwaarden -i.v.m. transparantie, onpartijdigheid, toegankelijkheid, ...- een essentiële conditie te zijn voor een rechtmatige beperking van een door het verdrag erkend substantieel recht zoals het communicatiegeheim. Substantiële rechten worden procedureel opgevuld.¹⁵¹ In dezelfde zin stellen Tulkens en Van Drooghenbroeck vast dat de rechtspraak van het Hof ervoor gezorgd heeft dat de twee categorieën in elkaar zijn gevloeid (*compénétration*).¹⁵²

Hoewel deze evolutie naar proceduralisering van substantiële grondrechten ook positief kan worden geduid in termen van objectivering en onpartijdigheid,¹⁵³ baart ze toch zorgen, met name in verband met het reële

¹⁵⁰ Schokkenbroek is van oordeel dat het niet toevallig is dat juist bij artikel 8 EVRM proceduralisering optreedt: 'Rechtsstatelijke eisen als rechtszekerheid en juridische bescherming tegen willekeurig optreden van de overheid hebben een bijzondere relevantie waar het gaat om handelingen die het individu min of meer bij verrassing 'overvallen' in zijn privé-sfeer (huiszoekingen, af luisteren, onderscheppen van correspondentie, etc.). Voorzienbaarheid van het recht (normering van discretionaire bevoegdheden) is hier wellicht, juist omdat de concrete inbreuk op het grondrecht de burger in zekere zin overvalt, van groter belang dan bij 'actieve' vormen van grondrechtenuitoefening die zich extern manifesteren (meningsuitingen, betogingen, uitdragen van religieuze opvattingen)'; J.G.C. Schokkenbroek, o.c., 183.

¹⁵¹ P. De Hert, 'Strafrecht en privacy. Op zoek naar een tweede adem', *Rechtshulp. Maandblad voor de sociale praktijk*, 2003/10, 41-54.

¹⁵² Zo schrijven zij dat 'chacune des dispositions conventionnelles consacrant un droit substantiel est susceptible de secréter des garanties d'ordre procédural contribuant à l'effectivité du droit concerné et attachées davantage aux processus décisionnels qu'aux décisions proprement dites'; Fr. Tulkens & S. Van Drooghenbroeck, 'La cour européenne des droits de l'homme depuis 1980. Bilan et orientations' in *En toch beweegt het recht*, W. Debeuckelaere & D. Voorhoof (eds.), *Tegenspraak-cahier 23*, Brugge, Die Keure, 2003, 224.

¹⁵³ Tulkens en Van Drooghenbroeck stellen dat deze evolutie kan bijdragen tot de objectiviteit en de geloofwaardigheid van de controle door het Hof omdat het erdoor op 'afstand' van de zaak wordt geplaatst. Vooraleer zich over de grond van de zaak uit te spreken, waarbij de discussie over de *margin of appreciation* van de staat meespeelt, zal het Hof immers nagaan of aangeklaagde beslissing formeel gesproken behoorlijk en eerlijk tot stand is gekomen. Dit zou overigens ook tegemoet komen aan de subsidiariteit van de internationale toetsing (Fr. Tulkens & S. Van Drooghenbroeck, *l.c.*, 225). Aan het beklemtonen van de substantiële inhoud van de in het verdrag erkende rechten zijn inderdaad gevaren verbonden. Zulke werkwijze veronderstelt immers de invulling en omschrijving van deze rechten door het Hof, en dat kan alleen maar via de bepaling van de waarden die aan het EVRM ten grondslag liggen. Maar welke zijn deze waarden? Welke betekenis hebben de begrippen 'democratie' en 'rechtsstatelijkheid' die tenslotte het kader van de 'fundamentele rechten en vrijheden' aangeven? Aan welke politieke filosofie beantwoordt het verdrag: is het streefdoel de vestiging van een liberale rechtsorde waarin individuele vrijheid centraal staat, dan wel republikeinse - of zelfs communautaristische- rechtsorde waarin de publieke zaak predomineert? Of is het iets tussen beide: een polyfonische of relationele rechtsorde? Dat de bepaling van de waarden 'achter' het verdrag misschien beter niet aan het Hof worden overgelaten blijkt schrijnend uit het *Laskey* arrest inzake sadomasochistische seksualiteit: aan het begin van deze uitspraak bevestigt het Hof dat seksualiteit geniet van privacybescherming maar het werpt uit eigen beweging (!) de vraag op of hier wel een zaak betreffende het privé-leven aan de orde is, gezien het aanzienlijk aantal personen dat bij de seksuele activiteiten betrokken is ... Seksualiteit met

risico op formalisering, bureaucratisering en vooral met een depolitisering van mensenrechtelijke kwesties. Het tegemoet komen aan formele *constraints* is immers nooit een onoverkomelijke hindernis. Dat blijkt mooi uit de Straatsburgse telefoontaprechtspraak (*Klass, Malone, Huvig, Kruslin, ...*) die heeft geleid tot het vooropstellen van een gedetailleerde lijst voorwaarden waaraan een rechtmatige aftap moet voldoen. Maar de keerzijde van de medaille is dat de door artikel 8 EVRM gestelde vraag naar de noodzakelijkheid van zulke praktijken in een democratische samenleving op de achtergrond is verdwenen: als de tapmaatregel maar beantwoordt aan alle vooropgestelde formele waarborgen ... Proceduralisering kan dus leiden tot uitholling van de erkende rechten.¹⁵⁴

Er is meer. Proceduralisering van de substantiële rechten leidt bovendien en eveneens tot verwatering van de procedurele standaarden voorzien in de procedurele rechten. Zo aanvaardde het Hof in *Klass* (1978) een geheime telefoontap omdat het vond dat aan de voorwaarden van artikel 8 EVRM was voldaan. Hierop voortbouwend - er dus vanuit gaand dat een tapmaatregel geheim én legitiem kan zijn - kwam het tot de conclusie dat er ook geen schending van artikel 6 EVRM kon zijn, hoewel dit artikel voorziet in een recht op controle door een rechter waarvan in de gecontesteerde Duitse wetgeving geen sprake was. De bevinding van het Hof is des te opmerkelijker daar artikel 6 EVRM helemaal geen uitzonderingen voorziet. Samen met François Rigaux kan worden geconcludeerd dat '(e)n développant son raisonnement à partir de l'équilibre entre la règle et l'exception dans l'article 8 la Cour introduit la même exception dans les articles 6 et 13 qui ne la connaissent pas'.¹⁵⁵ Kortom, de interpretatie van het substantieel recht op privacy leidt tot de verflauwing van de procedurele waarborgen van het eerlijk proces.¹⁵⁶

Soms gebeurt die relativering van procedurele rechten zonder dat er substantiële rechten bij betrokken zijn. Zo bevat de tweede paragraaf van artikel 6 EVRM het recht op het vermoeden van onschuld voor de verdachte tot dat een rechter over zijn zaak uitspraak heeft gedaan. Alle Europese landen hanteren evenwel algemene of bijzondere vermoedens van schuld waarbij de bewijslast op de schouders van de verdachte valt.¹⁵⁷ In *Salabiaku* (1988) werden deze vermoedens, die Pradel terecht omschrijft als uitzonderingen op

velen - dus 'abnormale' seksualiteit - zou vanuit die optiek geen bescherming verdienen. Gelukkig betwiste geen van de partijen de toepasbaarheid van artikel 8 EVRM zodat het Hof hierover geen punt kon maken. Over deze zaak zie P. De Hert & S. Gutwirth, 'Editoriaal: Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme', *Panopticon*, 1998/4, 279-286.

¹⁵⁴ P. De Hert, 'Strafrecht en privacy. Op zoek naar een tweede adem', *l.c.*, 45-52.

¹⁵⁵ Fr. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel/Parijs, Bruylant/L.G.D.J., 1990, 201. Tevens : P. De Hert, *Artikel 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin woonst en communicatie*, C.D.P.K.-Libri 4, Gent, Mys & Breesch, 1998, 342-343.

¹⁵⁶ In de hoger besproken *Khan* uitspraak (2000) gebeurt het tegendeel! Hier stelt het Hof dat de geheime tapmaatregel wel degelijk indruist tegen artikel 8 EVRM, maar dat dit nog niet betekent dat de strafprocedure in zijn geheel oneerlijk is geworden. En wel intendeel: in casu vindt het Hof dat, alles bij elkaar genomen, de schending van het substantieel recht op privacy niet automatisch impliceert dat het procedureel recht op een eerlijk proces is geschonden. De schrikwekkende conclusie is dat Justitie een grondrecht mag schenden om iemand te veroordelen ...

¹⁵⁷ Zie voor een kort overzicht: Jean Pradel, 'Criminal Evidence', *l.c.*, 414-415.

de onschuldregel, door het Hof verenigbaar geacht met de nochtans absoluut opgestelde tweede paragraaf van artikel 6 EVRM.¹⁵⁸

Het is zeer de vraag of deze door het Europese Hof toegelaten uitzonderingen op artikel 6 EVRM, die niet berusten op een absolute noodzaak, doch alleen de handhaving van statelijke belangen beogen te vergemakkelijken, beantwoorden aan Dworkins strikte criteria voor legitieme beperkingen van grondrechten vormen. Het troefkarakter van de formele fundamentele rechten in Europa wordt erdoor ongetwijfeld ondermijnd. Het is voor Amerikaanse oren onvoorstelbaar dat het Hof in *Klass* tapwetgeving heeft gebillijkt waarop geen controle door een klassieke rechter wordt voorzien. Het gegeven dat in de Verenigde Staten ook wordt getapt, maar dan steeds onder controle van een rechter bewijst dat hier geen absoluut noodzakelijke beperking voorligt die van aard is te verklaren dat afgeweken wordt van een verdragstekst. Hetzelfde geldt voor de verschillende vormen van uitzonderingen op het onschuldvermoeden en de vaak verwante uitzonderingen op het zwijgrecht. Ook deze uitzonderingen beogen uitsluitend het bewijswerk van politie en justitie te vergemakkelijken. De onmisbaarheid van deze vermoedens wordt door niemand verdedigd.

Wellicht hoeft op deze bevinding dat Europa te gemakkelijk het vrijplaatskarakter van de formele grondrechten ondergraaft, één uitzondering gemaakt te worden, met name voor de arresten *S.W. t. Verenigd Koninkrijk* en *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, allebei uit 1995 en betrekking hebbende op de procedurele rechten vervat in artikel 7 EVRM. In deze zaken liggen feiten voor die zonder meer passen in de door Dworking beschreven uitzondering van de *competing rights* (supra). Artikel 7 EVRM verbiedt staten zwaardere straffen op te leggen dan die welke ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing waren en ook feiten te bestraffen die ten tijde van het handelen niet strafbaar waren. Het antwoord van het Hof kwam er in 1995. In beide zaken oordeelt het Hof dat artikel 7 EVRM niet wordt geschonden door de Britse rechter die het common law-beginsel van de echtelijke onschendbaarheid van de man in geval van verkrachting, verbreekt en een veroordeling uitspreekt.¹⁵⁹ De aanpak van deze zaak door het Hof illustreert op zeer treffende wijze het soort Herculesachtige rechtsvinding op grond van

¹⁵⁸ Zie hierover in detail: P. De Hert, 'Artikel 6 lid 2 EVRM ('het vermoeden van onschuld' en 'het recht om zichzelf niet te incrimineren') in Johan Vande Lanotte & Yves Haeck (ed.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar*, Antwerpen,-Oxford Intersentia, 2004, 519-581

¹⁵⁹ EHRM, 22 november 1995 (*S.W. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM, 22 november 1995 (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook *N.J.*, 1997, nr. 1, noot Kn.; *R.T.D.H.*, 1996, 459 ev., noot S. Van Drooghenbroeck; *A.J.D.A.*, 1996, 445 ev.; *Ars Aequi*, 1996, 508, noot J. De Hullu. Zie voor een uitvoerige analyse met bespreking van de wetenschappelijke commentaren: P. De Hert, 'Liefde en mensenrechten. Europese rechtspraak', in K. Raes (ed.), *Liefde's onrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 78-103. In de zaak *C.R. t. Verenigd Koninkrijk* lag een klacht voor van een man die 1990 door een Britse rechter was veroordeeld wegens poging tot verkrachting en mishandeling van zijn echtgenote. De man was binnengebroken in het huis van de ouders van de vrouw, waar deze vertoefde in afwachting van een scheiding. De uitspraak werd in beroep en in de procedure voor het House of Lords in stand gehouden. In de zaak *S.W. t. Verenigd Koninkrijk* lag een klacht voor van een man die in 1991 veroordeeld werd wegens verkrachting, bedreiging met de dood en mishandeling van zijn echtgenote. De rechter in deze zaak beschouwde de uitspraak van het Hof van beroep in eerstgenoemde zaak (*C.R.*) als precedent.

beginselen die door Dworkin in zijn eerste hoofdstukken van *Taking Rights Seriously* wordt voorgestaan.¹⁶⁰

Volgens het Europees Hof vormt het legaliteitsbeginsel uit artikel 7 EVRM, een essentieel element van de rechtsstaat. Het artikel behoort tevens tot de 'harde kern'-rechten die zelfs tijdens de noodtoestand van art. 15 dienen te worden gerespecteerd. Het beginsel speelt daarom een eersterangsrol in de uitlegging van het verdrag. Het moet zo geïnterpreteerd worden dat het een effectieve bescherming biedt tegen willekeurige vervolgingen en veroordelingen. Ondanks dit vrij absoluut karakter, geeft het Hof nochtans een bijzondere betekenis aan het beginsel 'nullum crimen, nulla poena sine lege', dat de kern uitmaakt van artikel 7 EVRM. Verwijzend naar eerdere jurisprudentie, verduidelijkt het Hof dat dit beginsel weliswaar verwijst naar een formeel wetsbegrip, maar dat de rechtsonderhorige rekening moet houden met de rechterlijke interpretatie van elke strafbepaling. De geleidelijke ontwikkeling van het strafrecht door rechterlijke interpretatie en de aanpassing ervan aan gewijzigde omstandigheden is daarom niet strijdig met deze bepaling op voorwaarde dat deze ontwikkeling coherent blijft met de wezensbestanddelen van het misdrijf en redelijk voorspelbaar is.¹⁶¹ In casu, beslisten Britse rechters dat het woord 'unlawful' in de Britse wettelijke definitie van verkrachting overbodig was en hen er niet van kon weerhouden om een anachronistische en beledigende common law-fictie van de 'marital immunity' af te schaffen. Het Europees Hof analyseert deze uitspraken en stelt vast dat ze een waarneembare lijn in de Britse rechtspraak voortzetten (die op zijn beurt in lijn is met de werkzaamheden van de Law Commission). De rechtsonderhorige had dus kunnen weten dat het privilege niet langer bestond.¹⁶² De Britse rechters handelden niet in strijd met artikel 7 EVRM. Een beetje buiten zijn rol, voegt het Europees Hof aan deze analyse een emotioneel geladen beschouwing toe. Het vernederend karakter van

¹⁶⁰ Dworkin presenteert zijn boek in de eerste hoofdstukken als een aanval op het positivisme en de idee van 'judicial discretion', zijnde de idee dat rechters geconfronteerd met het stilzwijgen van de wet ('hard cases') zonder meer willekeurig te werk (kunnen) gaan. Voor Dworkin is dergelijke discretie een vorm van onaanvaardbare plaatsovername door de rechter van de wetgevende rol. Rechters, aldus Dworkin behoeven geen rechtsregels te maken. Een rechtssysteem bevat immers steeds een principieel, aan 'principles', gebonden antwoord. Beginselen verplichten de rechter om een zekere en specifieke beslissing te nemen, wat hun discretionaire bevoegdheid beperkt. De hierboven besproken *Riggs v. Palmer* zaak, waarin de rechter niet kon terugvallen op regels, maar wel op beginselen, illustreert dit. Het is de taak van de rechter om niet alleen de regels te kennen, doch ook op zoek te gaan naar de beginselen van het rechtssysteem. Deze morele proposities zijn kunnen afgeleid worden uit de zgn. 'moral fabric of society' en uit 'past official acts', een begrip waaronder Dworkin zowel wetten, rechterlijke beslissingen als grondwetsbepalingen rekent. In tegenstelling tot wat de positivisten beweren bestaat het recht dus uit meer dan alleen regels en hoeft het dus niet zo te zijn dat er willekeur ontstaat bij het stilzwijgen van de wet. Integendeel. Dworkin gaat op provocatieve wijze stellen dat er voor elke casus een 'right answer' is op de vraag welke partij in het gelijk zal worden gesteld. Dat is niet steeds eenvoudig en daarom introduceert Dworkin rechter Hercules, een hypothetische genie begiftigd met een talent op het vlak van analyse en het vermogen om een exhaustieve verantwoording te geven voor beslissingen in een 'hard case', en dit op grond van een beginsel. Om zulks te doen, dient Hercules vooreerst de 'soundest theory of law possible' te construeren. Deze theorie geeft de morele en politieke verantwoording voor de regels en instellingen die het recht uitmaken van zijn rechtssysteem.

¹⁶¹ EHRM, 22 november 1995 (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 34; EHRM, 22 november 1995 (*S.W. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 36.

¹⁶² EHRM, 22 november 1995 (*S.W. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 43; EHRM, 22 november 1995 (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 41.

verkrachting, aldus het Hof, is dermate evident dat veroordeling van een man wegens poging tot verkrachting van zijn vrouw niet in strijd is met artikel 7 EVRM. 'Het loslaten van de immuniteit van de echtgenoot is in overeenstemming met een geciviliseerd beeld van het huwelijk en de fundamentele doelstellingen van het verdrag, te weten het respect voor de menselijke waardigheid'.¹⁶³

Artikel 3 EVRM als trump ?

Het grondrecht op bescherming van het privé-leven is van meet af aan geconcipieerd als een recht dat de overheid in bepaalde situaties legitiem kan schenden; in de tweede paragraaf worden hiertoe de contouren uitgetekend. Artikel 3 EVRM is daarentegen absoluut geformuleerd en luidt kort en bondig: 'Niemand mag onderworpen aan foltering en noch aan onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen'. Deze verdragsbepaling wordt zeer fundamenteel geacht en laat ogenschijnlijk geen enkele beperking toe. De tekst is op dit punt zelfs resoluter opgesteld dan die van artikel 2 EVRM inzake het recht op leven.¹⁶⁴ Ook de mogelijkheid voor verdragsstaten om onder bepaalde voorwaarden de noodtoestand in te roepen (overeenkomstig artikel 15 EVRM) kan niet worden aangewend om eventuele beperkingen van artikel 3 EVRM te legitimeren. Verdragsrechtelijk kan de politie dan ook niet, zelfs onder de moeilijkste omstandigheden, -denken we maar aan de bestrijding van terrorisme-, overgaan tot foltering en andere praktijken die gelijkgesteld kunnen worden met onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen.

In het arrest *Ierland t. het Verenigd Koninkrijk* uit 1978¹⁶⁵ gaat het Europees Hof nader in op de in artikel 3 EVRM gebruikte definities. 'Foltering' wordt gedefinieerd als een opzettelijke onmenselijke behandeling die zeer ernstige en wrede pijn veroorzaakt. Onder 'onmenselijke behandeling' begrijpt het Hof het feit aan een mens intense mentale of fysieke pijn op te leggen. Tenslotte wordt een 'vernederende behandeling' omschreven als een van nature slechte behandeling die bij het slachtoffer angst, ongerustheid of minderwaardigheid opwekt, met de bedoeling deze te vernederen en zijn fysieke of morele

¹⁶³ 'Le caractère par essence avilissant du viol est si manifeste qu'on ne saurait tenir le résultat des décisions de la Court of Appeal et de la Chambre des lords -d'après lesquelles le requérant pouvait être reconnu coupable de viol quelles que fussent ses relations avec la victime- pour contraires à l'objet et au but de l'article 7 de la Convention, qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, des condamnations ou des sanctions arbitraires (par. 35 ci-dessus). De surcroît, l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaine' (EHRM, 22 november 1995 (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 42; EHRM, 22 november 1995 (*S.W. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 44).

¹⁶⁴ Artikel 2 EVRM - Recht op leven luidt: '1. Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet. 2. De beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied ingeval zij het gevolg is van geweld, dat absoluut noodzakelijk is: a. ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld; b. teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand, die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen; c. teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken'.

¹⁶⁵ EHRM, 18 januari 1978 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

weerstand te breken.¹⁶⁶ We merken op dat deze definities niet zijn opgenomen in de tekst zelf van het verdrag. Ze zijn door de Europese rechters uitgewerkt in een aantal belanghebbende arresten.¹⁶⁷ Daar is constitutioneel niets mis mee. Integendeel rekent Dworkin interpretatie en invulling van grondwettelijke rechten tot de onvermijdelijke taken van de rechter geconfronteerd met grondwetteksten die zowel precieze als vage bepalingen bevatten.¹⁶⁸ Meer zelfs, de idee dat sommige grondrechten, zoals deze met betrekking tot wettelijkheid, gelijkheid en wreedheid 'vaag' heten, verworpt hij, omdat dergelijke uitspraken voorbij gaan aan het onderscheid tussen *concepts* en *conceptions*. Fundamentele rechten zijn concepten, aldus Dworkin. Wat wil dit zeggen?

We maken een zijsprong naar het werk van de Tilburgse hoogleraar Wibren van der Burg die grondrechten idealen noemt. Mensenrechtenteksten dienen beschouwd te worden als een plaats om bepaalde idealen te verankeren. De internationale ontwikkeling van de mensenrechten vormt also een voortgaande verheldering en verwezenlijking van achterliggende idealen zoals het respect voor de menselijke waardigheid, rechtvaardigheid en vrijheid.¹⁶⁹ Interessant aan deze voorstellingswijze is het realisme. Zo leren we dat idealen geen doelen vormen. Doelen kunnen immers gerealiseerd worden, idealen nooit.¹⁷⁰ Het gericht zijn op idealen maakt dat het nooit helemaal lukt ze te verwezenlijken.¹⁷¹ De inhoud van idealen is nooit uitputtend vast te leggen in regels, gedragsvoorschriften en dergelijke. Er is bovendien altijd een *betekenissurplus*. Bij elke poging tot interpretatie moeten we onderkennen dat we slechts een deel van het ideaal geformuleerd hebben. Elke keer als we denken het ideaal goed te pakken te hebben, blijkt na een tijdje dat er toch nog dimensies aan vastzitten die we niet onderkend hebben.¹⁷²

Een minder euforische, maar vergelijkbare gedachte treffen we aan bij Dworkin. Als ik mijn kinderen aanleer niet unfair te zijn, aldus Dworkin, dan

¹⁶⁶ Hieraan weze toegevoegd dat het Europees Comité ter Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (CPT) anders omspringt met deze terminologie. CPT aanvaardt dat onmenselijke behandeling ook uit de omstandigheden kan voortvloeien, zonder opzet vanwege de verantwoordelijken. Aldus heeft CPT stelselmatig de combinatie van overbevolking, gebrek aan sanitair en gebrek aan activiteiten in gevangenissen als onmenselijk en vernederend beschouwd. Het valt op dat het Straatsburgse Hof steeds meer met de werkzaamheden van CPT rekening houdt (zie nog infra). Cf. S. Gutwirth & S. Snacken, 'Hoeveel onrechtmatigheid is onmenselijk of vernederend? Noot bij *Aerts t. België*, E.H.R.M. 30 juli 1998', *ICM-Jaarboek Mensenrechten 1998-2000*, Antwerp, MAKLU, 2002, 154-161.

¹⁶⁷ Voor een overzicht: P. Hert, 'Voor wie ze soms geweld aandoen. Politie en mensenrechten' in G. Duhaut, P. Ponsaers, G. Pyl & R. Van De Sompel (eds), *Voor verder onderzoek. Essays over de politie en haar rol in onze samenleving. - Pour suite d'enquête. Essais sur la police et son rôle dans notre société*, Politeia, Brussel, 2002, 75-102.

¹⁶⁸ R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 5 ('Constitutional Cases'), 133.

¹⁶⁹ W. Van Der Burg, *De verbeelding aan het werk. Pleidooi voor een realistisch idealisme*, Kampen, Agora, 2001, 23 en 28.

¹⁷⁰ W. Van Der Burg, o.c., 34.

¹⁷¹ W. Van Der Burg, o.c., 37.

¹⁷² W. Van Der Burg, o.c., 31. Vgl. 'Mensenrechten zijn altijd maar voor een deel gecodificeerd geweest en laten zich naar mijn mening ook maar ten dele codificeren. Van het ander deel zou men kunnen zeggen dat het bestaat uit idealen die richting hebben gegeven aan de codificatie en die richting blijven geven aan de implementatie en interpretatie'; M. De Bonth, 'Het recht op ontwikkeling. Mensenrechten in ontwikkeling' in W. Van Der Burg & F. Brom (red.), *Over idealen. Het belang van idealen in recht, moraal en politiek*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, 156.

verwacht ik twee belangrijke zaken. Ten eerste, wens ik dat ze mijn opdracht niet alleen toepassen op de voorbeelden van 'unfairness' die ik in mijn hoofd heb, doch ook op situaties waaraan ik oorspronkelijk niet gedacht had, doch die tevens om toepassing van de regel vragen. Bovendien, en ten tweede, aanvaard ik zelf mijn inzichten over 'unfairness' te veranderen, wanneer mijn kinderen aantonen dat een situatie die ik interpreteer als 'unfair' in feite 'fair' is of omgekeerd. 'I might say that I meant the family to be guided by the *concept* of fairness, not by any specific *conception* of fairness I might have had in mind'.¹⁷³

Toegepast op het begrip 'wreedheid' en het grondwettelijk verbod in de Amerikaanse Grondwet op een 'wrede straf', betekent het voorgaande dat het geenszins 'liberaal' of 'activistisch' is voor de Supreme Court om vandaag de doodstraf als een zodanig verboden straf te omschrijven, terwijl deze straf een niet in vraag gestelde standaard was op het ogenblik van het uitschrijven van diezelfde Grondwet.¹⁷⁴ Dworkin acht zo'n bevraging van maatschappelijke praktijken perfect geoorloofd. Van groot belang daarbij is zijn klemtoon op verantwoording die daarbij moet worden afgelegd : 'Can the Court, responding to the framers' appeal to the concept of cruelty, now defend a conception that does not make death cruel? Those who ignore the distinction between concepts and conceptions, but who believe that the Court ought to make a fresh determination of whether the death penalty is cruel, are forced to argue in a vulnerable way. They say that ideas of cruelty change over time, and that the Court must change what the Constitution enacted. But in fact the Court can enforce what the Constitution says only by making up its own mind about what is cruel, just as my children, in my example, can do what I said only by making up their own minds about what is fair. If those who enacted broad clauses had meant to lay down particular conceptions, they would have found the sort of language conventionally used to do this, that is, they would have offered particular theories of the concepts in question'.¹⁷⁵

Begrippen zoals 'foltering', 'onmenselijk' en 'vernederend' zijn dus geen eeuwige vastomlijnde begrippen, maar zij zijn historisch, contextueel en steeds opnieuw te construeren. In de zaak *Tyrer* stelde het Hof te Straatsburg terecht dat het EVRM dynamisch moet worden uitgelegd. Concreet werd in

¹⁷³ R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 5 ('Constitutional Cases'), 134.

¹⁷⁴ R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 5 ('Constitutional Cases'), 135-136.

¹⁷⁵ R. Dworkin, *o.c.*, Hoofdstuk 5 ('Constitutional Cases'), 136. Stippen we aan dat het Hooggerechtshof in de Verenigde Staten aangekondigd heeft om zich in 2005 te zullen buigen over de vraag of de doodstraf voor minderjarigen nog langer als grondwettelijk kan worden beschouwd. Samen met Somalië zijn de Verenigde Staten nog het enige land waar minderjarigen op de death row kunnen terechtkomen. Er is evenwel een trendbreuk: slechts drie deelstaten hebben de afgelopen tien jaar minderjarigen geëxecuteerd. In negen andere deelstaten bestaat de straf nog, maar werd deze sinds 1994 niet meer uitgevoerd. Het Hooggerechtshof zal kijken of er een 'nationale consensus' is ontstaan over een eventueel verbod op de executie, vergelijkbaar met de eensgezindheid van het Hof toen het om de doodstraf voor zwakbegaafden ging. Executie werd toen door zes van de negen rechters als een door de Amerikaanse Grondwet verboden 'wrede en ongebruikelijke straf' gezien. Bij een zaak in 2002 noemden vier van de negen rechters (dus nog steeds een minderheid) de doodstraf voor mensen jonger dan 18 jaar 'inconsistent met de zich ontwikkelende normen van fatsoen in een geciviliseerde maatschappij. Maar drie conservatieve rechters noemden eerder dat jaar het bewijs voor een groeiende consensus 'pijnlijk zwak' en menen dat de grondwet het besluit tot straffen overlaat aan staten, aanklagers en jury's. Men leze: M.J., 'Hooggerechtshof VS spreken zich in 2005 uit over doodstraf minderjarigen', *De Morgen*, 5 januari 2005.

deze zaak geoordeeld dat ook stokslagen in scholen art. 3 EVRM kunnen schenden en kunnen worden beschouwd als een 'vernederende bestraffing'.¹⁷⁶ In de zaak *Costello-Roberts* die handelde over lijfstraffen in privé-scholen, werd dan weer geen schending van het verbod op vernederende behandeling vervat in art. 3 EVRM vastgesteld, omdat de vier slagen met het buigzaam riet op de broek van de leerling niet van die aard waren dat een minimaal niveau van ernst overschreden werd.¹⁷⁷ In dezelfde zaak wordt er op gewezen dat het bepalen van de minimale grens in elk geval opnieuw moet bekeken worden, waarbij de duur, de fysieke en mentale gevolgen, leeftijd, gezondheid en geslacht een rol spelen.

Die criteria speelden ook een rol in het *Henaf*-arrest waarin het Hof een onmenselijke behandeling zag in het boeien van een vijfenzeventigjarige gedetineerde opgenomen in een ziekenhuis voor een klieroperatie.¹⁷⁸ Behoudens handboeien werd de man, volgens een vaste praktijk, tijdens de nacht met een enkelketting vastgeklonken aan het ziekenhuisbed en bewaakt door twee politieagenten voor zijn kamer. Het Hof baseerde zijn uitspraak onder meer op factoren zoals de leeftijd en gezondheidstoestand van de betrokkene, het ontbreken van antecedenten die wezen op een veiligheidsrisico, en op het oordeel van de gevangenisdirecteur die opdracht had gegeven voor een normale bewaking.¹⁷⁹ Interessant in verband met de rechtsvinding theorie verdedigd door Dworkin is de observatie van het Hof dat het verder gaat op de lijn uitgezet in het *Selmouni*-arrest,¹⁸⁰ door de bescherming van artikel 3 EVRM ruim te interpreteren. Het Hof stelt met zoveel woorden dat sommige praktijken die men vroeger buiten het toepassingsgebied van artikel 3 sloot, in het licht van de huidige samenleving als onmenselijk moeten worden bestempeld.¹⁸¹

Kritischer wordt er in de rechtsleer gereageerd op een bepaald onderdeel van de *Henaf* toetsing, met name daar waar het Hof oordeelt dat Henafs behandeling onmenselijk was omdat ze onevenredig is in het licht van de

¹⁷⁶ EHRM, 25 april 1978 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM, 29 oktober 1992 (*Y. t. Verenigd Koninkrijk*) (schending vastgesteld door de commissie, minnelijke regeling vastgesteld door het hof). Men leze: M. Van Emmerik, 'Lijfstraffen op Engelse privé-scholen', *NJCM*, 1993, nr. 5, 570 ev.

¹⁷⁷ EHRM, 25 maart 1993 (*Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk*); *JCP*, 1994, II, nr. 22262, noot P. Maziere.

¹⁷⁸ EHRM, 27 november 2003 (*Henaf t. Frankrijk*).

¹⁷⁹ Ook baseerde het Hof zich op de aanbevelingen van het Comité ter Voorkoming van Foltering van de Raad van Europa (CPT), dat naar aanleiding van een bezoek aan Franse gevangenen in het voorjaar van 2000 had aanbevolen om een einde te stellen aan de vaste praktijk om gedetineerden in het ziekenhuis aan een bed vast te maken.

¹⁸⁰ EHRM, 28 juli 1999 (*Selmouni t. Frankrijk*).

¹⁸¹ 'In this connection, the Court reiterates that, 'having regard to the fact that the Convention is a 'living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions'' (see the following judgments: *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31; *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161, p. 40, § 102; and *Loizidou v. Turkey*, 23 March 1995, Series A no. 310, pp. 26-27, § 71), it has held: '... certain acts which were classified in the past as 'inhuman and degrading treatment' as opposed to 'torture' could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies' (see *Selmouni*, cited above, § 101). As that statement applies to the possibility of a harsher classification under Article 3, it follows that certain acts previously falling outside the scope of Article 3 might in future attain the required level of severity'; EHRM, 27 november 2003 (*Henaf t. Frankrijk*), par. 55.

veiligheidsvereisten.¹⁸² Deze toets staat op een gespannen voet met het absolute karakter van het verbod van onmenselijke behandeling. Indien een bepaalde behandeling binnen het toepassingsgebied van artikel 3 EVRM valt, kunnen geen rechtvaardigingsgronden worden ingeroepen en is er *steeds* sprake van een schending.¹⁸³ In feite omzeilt het Hof het absolute karakter van artikel 3 EVRM door de evenredigheidsvereiste te hanteren bij de evaluatie of een behandeling al dan niet voldoende ernstig is om onder art. 3 EVRM te vallen. Hoewel het alzo bekomen uitgangspunt ('wat onmenselijk is in een situatie, kan toegelaten zijn in een andere situatie') in de commentaren redelijk wordt geacht, is er toch bezorgdheid: 'Door de deur open te zetten voor een evenredigheidstoetsing tussen de behandeling enerzijds en de redenen ervoor anderzijds, zou men sommige overheden wel eens kunnen steunen in een redenering die b.v. bepaalde vormen van foltering toestaat om informatie te vergaren waarmee terroristische aanslagen kunnen worden voorkomen'.¹⁸⁴

De evenredigheid van foltering en het gebruik van foltermateriaal

Recent werd Alberto Gonzales, door de Amerikaanse president bij wijze van beloning, benoemd tot *U.S. attorney-general*.¹⁸⁵ Gonzales was Bushs belangrijkste jurist in de voorbije jaren, auteur van een *White House*-memo, opgesteld in januari 2002, gericht aan de president met de boodschap dat de Al-Qaeda gevangenen niet onder toepassing van de Geneefse Conventies vielen.¹⁸⁶ Ook is hij medeverantwoordelijke voor een in een 2002 uitgebrachte juridische studie waarin de deur open werd gezet voor 'harde

¹⁸² 'In the instant case, having regard to the applicant's age, to his state of health, to the absence of any previous conduct giving serious cause to fear that he represented a security risk, to the prison governor's written instructions recommending normal and not heightened supervision and to the fact that he was being admitted to hospital the day before an operation, the Court considers that the use of restraints was disproportionate to the needs of security, particularly as two police officers had been specially placed on guard outside the applicant's room' (EHRM, 27 november 2003 (*Henaf t. Frankrijk*), par. 56).

¹⁸³ Eva Brems, *l.c.*, 573. Deze auteur merkt op dat deze redenering enkel lijkt terug te komen wanneer het gaat om de behandeling van gevangenen en verwijst daarbij naar EHRM, 20 juli 2001 (*Caloc t. Frankrijk*), *Reports of judgments and decisions*, 2000-IX.

¹⁸⁴ Eva Brems, *l.c.*, 573.

¹⁸⁵ Edward Alden, 'Gonzales defends policy on detainees', *Financial Times*, 7 januari 2005, 4. Zie ook E. Leser, 'Les deux faces d'Alberto Gonzales', *Le Monde*, 18.01.2005 (<http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3230,36-394737,0.html>). Zie minder uitvoerig: 'Beoogd Amerikaans Justitieminister Alberto Gonzales is nu echt tegen martelen', *De Morgen*, 14 januari 2005.

¹⁸⁶ De Geneefse conventies bevatten de rechten van krijgsgevangenen. De Amerikaanse regering beschouwt evenwel haar Iraakse en Afghaanse gevangenen niet als krijgsgevangenen, maar als vijandelijke strijders, waarop de conventies haar inziens niet van toepassing zijn. A. Gonzales 'a joué un rôle majeur dans la décision américaine d'"oublier" les conventions de Genève relatives au traitement des prisonniers et de considérer qu'elles étaient en tout cas inapplicables aux militants d'Al-Qaïda et aux talibans. Dans un rapport du 25 janvier 2002 sur le statut des prisonniers capturés en Afghanistan et envoyés à Guantanamo, Alberto Gonzales écrit que la guerre contre le terrorisme a créé "un nouveau paradigme" et "rend obsolètes les limites strictes aux interrogatoires de prisonniers ennemis fixées par les conventions de Genève". Utiliser la base de Guantanamo à Cuba comme centre de détention, permet, selon lui, de se placer hors de portée de la loi et des tribunaux américains', E. Leser, 'Les deux faces d'Alberto Gonzales', *Le Monde*, 18.01.2005 (<http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3230,36-394737,0.html>).

ondervragingstechnieken' door de Amerikaanse troepen in Irak.¹⁸⁷ Volgens deze 'torture memos' opgesteld door het *Justice Department's Office of Legal Counsel* heeft de Amerikaanse president de inherente bevoegdheid om marteling te bevelen. Op de vraag of andere staatshoofden dan de Amerikaanse ook zo'n inherente martelbevoegdheid hebben weigerde hij eenvoudigweg te antwoorden. De memo's werden omwille van publieke verontwaardiging een jaar later ingetrokken en het Amerikaanse Supreme Court ontkrachtte ondertussen de redenering als zou het Amerikaanse recht niet van toepassing zijn op de gevangenen in Guantanamo Bay gevangenis op Cuba.¹⁸⁸ Tegenwoordig wordt geargumenteed dat de vernederingen en folteringen in de Abu Ghraib gevangenis en in Guantanamo het werk zijn van een aantal corrupte individuen. Ook worden op dit ogenblik worden enkele van de betrokken Amerikaanse militairen vervolgd of werden ze reeds veroordeeld. In de ogen van de Amerikaanse publieke opinie zijn het helden die voor kleinigheden worden achtervolgd. Door het voorstellen van de martelingen als de fout van gewone soldaten, blijft de verantwoordelijkheid van de Amerikaanse regering evenwel buiten schot.

Het voorgaande vormt niet het einde van de democratische rechtsstaat die de Verenigde Staten zeker zijn. De martelrichtlijnen zijn ondertussen aangepast en via de rechter worden een belangrijk aantal mistoestanden rechtgezet.¹⁸⁹ Wel is een gevoelige slag toegebracht aan het fundamenteel ('heilig') karakter van het martelverbod. Recent stelde *Human Rights Watch* de Amerikaanse voorbeeldfunctie voor de rest van de wereld aan de kaak.¹⁹⁰ Egypte heeft inmiddels zijn uitzonderingswetgeving (met belangrijke beperkingen van de fundamentele rechten) verlengd met verwijzing naar de Amerikaanse Patriot Wetgeving. Rusland verwijst naar Abu Ghraib om het martelen door lagere soldaten in Tsjechenië af te doen als individuele fouten. De nieuwe Iraakse veiligheidsdiensten maken zich schuldig aan systematische folteringen en andere vormen van misbruik van gedetineerden.¹⁹¹ De Verenigde Staten hebben de wereld geleerd dat de 'oorlog tegen het terrorisme' mag worden

¹⁸⁷ Minister van Defensie Rumsfeld gaf toestemming om gedetineerden met honden te bedreigen en de onderzeeërmethode toe te passen, waarbij de gevangene het gevoel heeft te zullen verdrinken. Bovendien worden veel mensen in Irak aangehouden zonder juridisch mandaat en zonder mogelijkheid om een raadsman te zien. Minstens elf mensen worden incommunicado gehouden. In Afghanistan, waar soortgelijke maatregelen werden genomen, vielen door deze vorm van detentie reeds zes doden. Stippen we aan dat de VS ook verdachten heeft uitgeleverd aan landen als Oezbekistan, Egypte en Syrië waar martelingen standaard zijn. Cf. Catherine Vuylsteke, 'Abu Graib is gevolg van beleid', *De Morgen*, 14 januari 2005.

¹⁸⁸ Op deze militaire basis op Cuba houden de Verenigde Staten sinds begin 2002 ruim 540 mensen vast, die ze ervan verdenken voor Al-Qaeda of de Taliban te hebben gestreden.

¹⁸⁹ Joyce Hens Green, een Amerikaanse rechter oordeelde op 30 januari 2005 dat gevangen op de marinebasis Guantanamo Bay (gelegen buiten het Amerikaanse grondgebied) hun detentie mogen aanvechten bij de federale rechtbanken in de Verenigde Staten. In juni 2004 bepaalde het Hooggerechtshof al dat de gevangen tegen hun detentie in beroep mogen gaan, maar liet in het midden hoe de gevangen van dit recht gebruik moesten maken. Zie 'Tribunalen VS illegaal', *NRC-Handelsblad*, 1 februari 2005.

¹⁹⁰ Cf. www.hrw.org/wr2k5 en guardian.co.uk/world. Zie ook: R. Norton-Taylor, 'Bush under fire on human rights', *The Guardian (International edition)*, 14 januari 2005 en 'VS slecht voor rechten mens', *NRC Handelsblad*, 14 januari 2005.

¹⁹¹ Human Rights Watch, *The New Iraq? Torture and ill-treatment of detainees in Iraqi custody*, via www.hrw.org. Zie ook: 'Human Rights Watch: Iraakse politie foltert gevangenen', *NRC*, 25 januari 2005.

gebruikt als een nieuw excuus om mensenrechten te negeren.¹⁹² De gevolgen laten zich raden. Cuba heeft reeds gesteld dat de Bush administratie voortaan over geen morele autoriteit meer beschikt om zich uit te spreken over mensenrechtenschendingen elders.¹⁹³

Recent zijn ook al foto's opgedoken van martelingen en vernederende handelingen door Britse soldaten in Irak. Opnieuw volgde een veroordeling door de betrokken gezagdragers én de boodschap dat het om individuele misstappen gaat.¹⁹⁴ Opnieuw is de geloofwaardigheid van dit standpunt twijfelachtig. Toen de *UK Court of Appeal* in augustus 2004 oordeelde dat bewijs verzameld via marteling *kan* worden gebruikt in een Britse rechtszaak op voorwaarde dat de Britse staat dit zelf niet heeft voortgebracht ('procured it or connived in it'), was de reactie van de *Home Secretary* David Blunkett: 'we unreservedly condemn the use of torture and have worked hard with our international partners to eradicate this practice. However, it would be irresponsible not to take appropriate account of any information which could help protect national security and public safety'.¹⁹⁵

Lawson merkte recent op dat het EVRM, in tegenstelling tot art. 15 VN-Verdrag tegen Foltering, geen expliciete regel bevat tot uitsluiting van bewijs in een rechtszaak van door foltering verkregen verklaringen.¹⁹⁶ Na *Khan* is de vraag of deze regel ook in het EVRM moet worden gelezen, meer dan pertinent. Lawson noemt meerdere arresten waarin het Europees Hof het erg bijzonder karakter van artikel 3 EVRM onderstreept,¹⁹⁷ en wijst op de doorwerking van het verdragsrecht bij de interpretatie van andere verdragsbepalingen. Denkbaar is bijgevolg, aldus de auteur, dat het gebruik van martelmateriaal een proces *unfair* maakt in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁹⁸ Lawson eindigt zijn analyse met een grondig uitgewerkte kritiek op de *Khan*-rechtspraak en wijst op de grote verschillen met *Schenk*, waarop het Hof de *Khan*-doctrine bouwde. De analyse kan ons moeilijk gerust stellen. Het dilemma is meer dan evident. Als het Hof in de toekomst foltermateriaal uitsluit dan geeft het aan dat verdragsrechten zoals deze vervat in artikel 8 EVRM van minder groot belang zijn voor de democratische rechtsstaat. Als

¹⁹² Aldus An Roth aangehaald door R. Norton-Taylor, 'Bush under fire on human rights', *The Guardian (International edition)*, 14 januari 2005.

¹⁹³ R. Norton-Taylor, 'Bush under fire on human rights', *The Guardian (International edition)*, 14 januari 2005

¹⁹⁴ 'M. Blair juge épouvantables les photos de tortures en Irak', *Le Monde*, 21 januari 2005. Ditmaal ligt geen memo aan de basis van de feiten, maar wordt gewezen over het gebrek aan opleiding van de soldaten én een volks racisme dat inherent zou zijn aan de bevolkingsgroepen waaruit het Brits leger rekruteert.

¹⁹⁵ Audrey Gillan, 'Judges in row over torture ruling. Courts can hear evidence if abusers are not British: Judges in row over torture ruling', *The Guardian*, 12 augustus 2004, via <http://www.guardian.co.uk/print/0%2C3858%2C4991428-111274%2C00.html>; 'Court rules that evidence gathered using torture can be used' via <http://www.statewatch.org/news/2004/aug/06uk-torture.htm>. Het beroep was ingediend door tien personen, opgesloten voor onbepaalde tijd onder *the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, zonder enig recht op kennisname van het bewijsmateriaal *à charge*. Tegen de uitspraak is beroep aangetekend bij de *House of Lords*.

¹⁹⁶ R.A. Lawson, 'Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn?', *l.c.*, 181-205.

¹⁹⁷ Onder meer in *Chahal* (1996), *Tyrer* (1978), *Tomasi* (1992), *Soering* (1989), *Al-Adsani* (2001) en *Mamatkulov* (2003). Dit overzicht is meer dan interessant, ook voor voorliggende bijdrage, omdat het Hof door artikel 3 EVRM als vindplaats van 'one of the most fundamental values' te omschrijven, aangeeft dat de andere rechten in de Conventie van minder groot belang zijn.

¹⁹⁸ R.A. Lawson, 'Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn?', *l.c.*, 188-189.

het Hof daarentegen het gebruik van foltermateriaal ook billijkt in een rechtszaak, dan is diezelfde rechtsstaat natuurlijk ook niet verder geholpen.

Op 20 december 2004 werd de voormalige vice-korpschef van de politie in Frankfurt Wolfgang Daschner veroordeeld tot een voorwaardelijke boete wegens het ongeoorloofd uitoefenen van dwang. Normaal gesproken staat daarop een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar, maar omwille van bijzondere omstandigheden werd Daschner een lichtere straf opgelegd. Hij dreigde geweld te gebruiken tegen de verdachte om deze te dwingen de verblijfplaats van een ontvoerde jongen bekend te maken. De jongen was toen al omgebracht, maar dat kon de politie toen nog niet weten. De boete van 10.800 euro is voorwaardelijk opgelegd. Een hoofdcommissaris die de verdachte daadwerkelijk bedreigde, heeft een voorwaardelijke boete van 3600 euro opgelegd gekregen. Overigens is Daschners carrière door deze zaak voorbij en komt er nog een disciplinaire zaak tegen hem.¹⁹⁹

De bekendmaking begin 2003 van Daschners ongeoorloofde verhoormethode zorgde voor een stroom van protesten en waarschuwingen. Van het verflauwen en rekbaar maken van het folterverbod zou een precedentwerking uitgaan. Tegelijk kreeg de politieman veel steunbetuigingen, omdat de zorg om het leven van de elfjarige jongen ten grondslag lag aan zijn besluit.²⁰⁰ Tijdens het proces stelde de raadsheer van Daschner dat deze had moeten kiezen tussen de menselijke waardigheid van het ontvoerde kind en de menselijke waardigheid van de ontvoerder. De menselijke waardigheid van de ontvoerder, werd aldus deze partij, maar in beperkte mate geschonden. Daar tegenover stond het feit dat het slachtoffer zich in levensgevaar bevond.²⁰¹

Het is interessant om Dworkins toetsingscriteria op deze casus toe te passen. Deze criteria komen erop neer dat voor 'strong rights' alleen concrete en directe gevaren mogen leiden tot beperkingen. In strafzaken, zeker bij geweldsdelicten, is deze voorwaarde snel gerealiseerd en blijft er van het fundamenteel karakter snel weinig over. Toepassing van dit criterium lijkt in lijn te liggen met de door het Europees Hof geïntroduceerde proportionaliteitstoets bij toepassing van artikel 3 EVRM. Ons komt het voor dat het *Daschner*-argument niet te snel aanvaard mag worden. Achter fundamentele rechten gaat een historische ervaring schuil. Het toelaten van 'matige fysische dwang' werd in Israël in 1987 door de Landau-commissie toegelaten. Binnen de kortste keren werd 80 tot 90 procent van alle gedetineerde Palestijnen gemarteld. Dit zou pas ophouden nadat het Hooggerechtshof in 1999 deze praktijk onwettig verklaarde. Mensen slaan immers niet door bij 'matige' druk, daar zijn andere ondervragingsmethoden voor nodig.²⁰²

¹⁹⁹ 'Milde straf voor agent die dreigde met marteling', *NRC-Handelsblad*, 20 december 2004. Zie ook: 'Boete voor politieman die dreigde met folter', 20 december 2004 en 'Politieagent terecht voor dreiging met folter', 18 november 2004 via <http://www.duitslandweb.nl/search/index.html> Zie ook <http://www.dw-world.de/dw/article/0,1564,1433653,00.html>; <http://www.libertypost.org/cgi-bin/readart.cgi?ArtNum=79030> en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4021659.stm>

²⁰⁰ Elizabeth Zimmermann, 'German police, judges argue for admissibility of torture', 8 maart 2003 via <http://www.wsws.org/articles/2003/mar2003/tort-mo8.shtml>

²⁰¹ Cf. 'Milde straf voor agent die dreigde met marteling', *NRC-Handelsblad*, 20 december 2004.

²⁰² Catherine Vuylsteke, 'Abu Graib is gevolg van beleid', *De Morgen*, 14 januari 2005.

Fundamentele rechten of procedurele regels?

Dworkins *Taking Rights Seriously* kan beschouwd worden als een rechtstheoretische verdediging van het zogenaamde *Warren Court*. Het is geweten dat het Supreme Court onder leiding van Chief Justice Warren in de jaren zestig baanbrekend werk heeft verricht op het terrein van de constitutionele vernieuwing.²⁰³ Te denken valt aan de uitspraken op terreinen zoals de vrijheid van meningsuiting, privacy en de scheiding van kerk en staat.²⁰⁴ Ook op het terrein dat we hier bekijken, met name dat van het strafrecht, zijn belangrijke uitspraken aan te wijzen. Zo werd het recht op bijstand van een advocaat bij de verdediging ruim geïnterpreteerd om het ook van toepassing te maken op politieverhoren.²⁰⁵

Ook de theorie dat onrechtmatig bewijs uit het proces moet worden geweerd, is van rechterlijke origine. In 1914 besliste het Supreme Court dat materiaal dat in strijd met het voorschrift van het vierde amendement -en dus onrechtmatig- is verkregen, niet in rechte als geldig bewijsmateriaal kan worden aanvaard.²⁰⁶ In 1961²⁰⁷ oordeelde de meerderheid bovendien dat deze *exclusionary rule* diende te worden beschouwd als 'an essential part of the right to privacy', waarop tot incorporatie werd besloten.²⁰⁸ Aanvullend bij het reeds vermelde recht op bijstand door een raadsman bij een verhoor door de politie werd in 1966 bepaald dat verdachten alvorens door de politie te worden ondervraagd er op moeten worden gewezen dat zij het recht hebben om te zwijgen en om rechtsbijstand te vragen, op straffe van ontoelaatbaarheid van verkregen verklaringen als bewijs (de *Miranda rules*).²⁰⁹

De rechtspraak van het *Warren Court* heeft om begrijpelijke redenen ook weerstanden opgeroepen. Nixon, bijvoorbeeld, maakte van een conservatieve bijsturing (door benoemingen van rechters) en terugkeer naar een strikte 'originalist' lezing van de Grondwet een actiepoint tijdens zijn verkiezingen.

²⁰³ A. Verbeke, *Elementen van Anglo-Amerikaans recht. Een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 193.

²⁰⁴ Th. Koopmans, 'The roots of judicial activism', in F. Matscher & H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln, Karl Heymanns Verlag, 1988, 317-327. Over de term *judicial activism*: A. Verbeke, o.c., 316.

²⁰⁵ Supreme Court, *Escobedo v. Illinois*, *United States Supreme Court Reports (U.S.)*, 1964, vol. 378, 478. Vgl. met de rechtspraak van het grondwettelijk hof in Frankrijk: J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Parijs, Dalloz, 1995, 184.

²⁰⁶ Supreme Court, *Weeks v. United States*, *United States Supreme Court Reports (U.S.)*, 1914, vol. 232, 383.

²⁰⁷ 'We hold that all evidence obtained by searches and seizures in violation of the Constitution is, by that same authority, inadmissible in a state court. Since the Fourth Amendment's right of privacy has been declared enforceable against the States through the Due Process Clause of the Fourteenth, it is enforceable against them by the same sanction of exclusion as is used against the Federal Government' (Supreme Court, *Mapp v. Ohio*, *United States Supreme Court Reports (U.S.)*, 1961, vol. 367, 643). Men leze: G. Gunther, o.c., 437.

²⁰⁸ Deze uitspraak volgde twaalf jaar op een uitspraak waarin de incorporatie van de *exclusionary rule* nog verworpen werd wegens niet fundamenteel genoeg. Cf. Supreme Court, *Wolf v. Colorado*, *United States Supreme Court Reports (U.S.)*, 1949, Vol. 338, 25. In deze zaak incorporeerde het Hof het vierde amendement in de *due process clause* van het veertiende amendement, maar het maakte daarbij een uitzondering voor de *exclusionary rule*. Over de *exclusionary rule*: B. George, 'Due Process Rights of the Criminal Defendant in the Pre-Trial Phase', *Nouvelles Etudes Pénales*, 1989, nr. 8, 26-28.

²⁰⁹ Supreme Court, *Miranda v. Arizona*, *United States Supreme Court Reports (U.S.)*, 1966, vol. 348, 436. Over de *Miranda rule*: B. George, l.c., 29-32.

Dworkin gaat uitgebreid in op de argumenten van deze jurist-president en toont aan de hand van het onderscheid tussen 'concept' en 'conceptions' aan dat grondwetten vereisen dat rechters ze invullen en dat beschuldigingen over 'liberale' of 'activistische' lezingen van grondwetten bijgevolg niet getuigen van inzicht in het constitutioneel recht.²¹⁰ Dat neemt niet weg dat Nixon zijn zin heeft gekregen, want het gaat natuurlijk ook in de andere richting. Het is gekend dat vooral gedurende de periode van de *Burger Court* (1970-1986) een aantal correcties werden uitgevoerd op het acquis van de *Warren Court*, onder meer op het vlak van de *Miranda-rules* en de *exclusionary rule* waaraan talrijke uitzonderingen werden gekoppeld.²¹¹ Gevolg van deze rechtspraak is dat een deel van de statelijke rechtbanken in de Verenigde Staten sommige 'nieuwe' grondrechten zoals deze m.b.t. de *exclusionary rule* niet meer als fundamentele rechten beschouwen, doch slechts als procedureregels.²¹²

Dit is een goed startpunt voor een eerste toekomstscenario, met name één dat de *mérite* heeft van de duidelijkheid. Laten we gewoon ophouden met onszelf wijs te maken dat er fundamentele rechten bestaan in onze samenleving die door minderheden, in casu de verdachten, kunnen worden ingeroepen tegen de wil in van de meerderheid. Richard Posner heeft een bijzondere verklaring voor de verschuivingen die opgetreden zijn als gevolg van de rechtspraak van de *Burger Court*.²¹³ Samengevat komt zijn stelling hierop neer dat de *Bill of Rights* van meet af aan de grondwet van de kleine eigenaars is geweest, en niet die van de crimineel. Chief Justice Warren miskende dit oorspronkelijk opzet en de correctie door Chief Justice Burger was dan ook niets meer dan een logisch antwoord op een vrijmoedige rechterlijke opstelling die geen rekening had gehouden met het kostenplaatje in termen van betaalbaarheid en de veiligheid voor de kleine bezitter.²¹⁴ De rechten van de verdediging die door de *Warren Court* werden toegevoegd, zijn m.a.w. geen rechten *semper et ubique*, maar rechten die kunnen worden ingetrokken.

Net als de analyse van Hobbes, dient deze van Posner ernstig genomen te worden, niet zozeer als richtingaangevend model, maar als een kritische commentaar die helpt bepaalde evoluties te begrijpen zoals ze zich werkelijk voordoen, ook al stoken ze niet met een bepaalde humanistische inclinatie tot geloof in een proces van historische vooruitgang.²¹⁵ Lang voor Posner, in de

²¹⁰ Zie R. Dworkin, o.c., Hoofdstuk 5 ('Constitutional Cases'), 131-149.

²¹¹ Men leze onder meer Ch. Blakesly, 'The Role and Impact of Constitutionalism, Constitutional Courts & Supreme Courts on the Evolution & Development of Criminal Justice Systems: The Strange Trip in the U.S.', *Nouvelles Etudes Pénales*, 1998, nr. 17, 279-300; Ch. Whitebread, 'The Burger Court's Counter-Revolution in Criminal Procedure', *Washburn L.J.*, 1985, Vol. 24, 471-474. Een uittreksel van dit laatste artikel is tevens opgenomen in Y. Kamisar, W. Lafave & J. Israel, *Basic Criminal Procedure*, St Paul, West Publishing Co., 1994 (eighth edition), 116-118. Deze terugtred geeft aanleiding tot pleidooien om minder te werken met de federale Constitutie, en meer met het tamelijk onontgonnen terrein van het constitutionele recht in de deelstaten. Cf. J. Sauveplanne & G. Steenhoff, 'Verenigde Staten van Amerika. Inleiding in het Amerikaans Recht', in D. Kokkini-Iatridou, e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1988, 576.

²¹² Zie B. Latzer, *State Constitutions and Criminal Justice*, New York, Greenwood Press, 1991, 34-35.

²¹³ O.m. in R. Posner, 'An Economic Perspective on Basic Rights. The Costs of Enforcing Legal Rights', *East European Constitutional Review*, 1995, vol. 4, nr. 3, 71-83.

²¹⁴ R. Posner, l.c., 75.

²¹⁵ Vgl. R. Weisberg, 'Criminal Procedure Doctrine: Some Versions of the Skeptical', *J.Crim.L. & C.*, 1985, vol. 76, 832-838. Een uittreksel van dit artikel is tevens opgenomen in Y.

periode 1806-1810, had Benjamin Constant eveneens, zij het met minder leedvermaak, de vinger al gelegd op de menselijke drijfveer van het eigenbelang die maakt dat mensen weinig aandacht hebben voor de rechten van de verdachte en van de crimineel. Een bescherming tegen machtsmisbruik van de overheid wordt op dit punt niet gevreesd, aldus Constant. Machtsmisbruik wordt afgedaan als een vergissing. Niet de bescherming van de individuele vrijheid, maar die van het individuele eigendom ligt de mensen nauw aan het hart, aldus Constant. Een en ander verklaart waarom, ondanks de Franse revolutie, de bescherming van de individuele vrijheid door de erkenning van procedurele grondrechten nooit een kwestie van het allergrootste belang is geweest.²¹⁶

Afronding: machteloosheid én voorzichtigheid met Dworkins analyse

Hierboven zijn we op zoek gegaan naar de aanwezigheid van vrijplaatsen in het Europese mensenrechtenrecht in dialoog met Dworkins kenschetsing van fundamentele rechten als *strong rights* of *trumps*. Dit laatste impliceert volgens Dworkin, en dat ligt in de lijn van zijn uitgesproken liberalisme, dat fundamentele rechten uitzonderlijk en alleen in een zeer beperkt aantal gevallen moeten wijken voor andere *competing rights* of voor andere, maar dan zeer stringente, algemene belangen. Zulke fundamentele rechten zijn dan ook vrijplaatsen omdat ze *tegen* inmengingen van de overheid en tegen meerderheidsbetrachtingen kunnen worden gemobiliseerd zonder dat hiervoor verantwoording of legitimatie is verschuldigd. Het vrije individu is de drijfkracht van de liberale democratische rechtsstaat, en daardoor beschikt het over een reeks *trumps* die functioneren als limieten aan en tegen het overheidshandelen.

We zijn echter niet vrolijk geworden van onze speurtocht naar vrijplaatsen, *trumps* en opaciteitsregelingen in het EVRM. Hierboven stelden we immers vast dat niet alleen het verdrag zelf voorziet in de mogelijke afbouw van vrijplaatsen zoals privacy, gewetensvrijheid, uitingsvrijheid en vergaderingsvrijheid, maar ook dat het Straatsburgse Hof via een reeks technieken, zoals o.m. de appreciatiemarge, de proceduralisering en de proportionaliteit, zelfs erg klassieke *trump* rechten, zoals die uit de artikelen 2, 3, 5, 6 en 7 EVRM, zorgwekkend blootstelt aan de gedachte dat alles relatief is en dus ook de grondrechten.

Denken over de grondrechten vandaag geeft een gevoel van machteloosheid. De grote verwachtingen van de jaren zestig-zeventig worden niet ingelost, en vele debatten blijken juist niet gestuurd vanuit het concept van de fundamentele rechten, de troeven die zij horen te zijn en de opaciteit die zij zouden moeten verschaffen. Een recente studie wijst op een tendens binnen het normatieve landschap tot ont-symbolisering van juridische normen. Het recht wordt steeds meer ontwikkeld louter als een instrument van regulatie en steeds minder als een symbolische en betekenisvolle rechtsbeschermende

Kamisar, W. Lafave & J. Israel, *o.c.*, 118-121. Weisberg merkt op dat empirisch bewijsmateriaal voor Posners kostenanalyse ontbreekt. Niettemin helpt Posner om bepaalde doctrinale stellingnamen over strafprocedure, zoals deze leven en gehanteerd worden in de rechtsbeoefening, te begrijpen.

²¹⁶ B. Constant, *Principes de politique applicable à tous les gouvernements* (1806-1810), E. Hofmann (ed.), Hachette, Paris, 1997, Boek V, H.I, 87-88..

instantie.²¹⁷ Zo'n instrumentalisering voltrekt zich o.i. ook in het mensenrechtenrecht dat als 'ultieme bewaarder van sociale waarden' aan substantie verliest. Uit het arrest *Khan* spreekt bijvoorbeeld een grote meegaandheid van het Europees Hof ten aanzien van de door lidstaten gevoerde criminele politiek. Deze houding spreekt zoals gezegd ook uit andere stellingnamen met betrekking tot andere verdragsrechten. Dworkins rechtentheorie lijkt vandaag niet meer in staat om de Europese rechtspraktijk begrijpelijk voor te stellen. De kracht en betekenis van fundamenteel geachte normen blijkt niet meer uit de gevolgen dat eraan gehecht worden. Vrijplaatsen ten aanzien van illegitiem én legitiem overheidsoptreden zullen klaarblijkelijk elders moeten worden gezocht. Onze overheidsvriendelijke samenleving begrijpt de 'dwingende maatschappelijke noodzaak' van dergelijke concepten niet langer.

Dworkins analyse treft ons als bijzonder coherent. Als een samenleving beweert dat sommige rechten fundamenteel zijn, aldus Dworkin, wat moet dat dan betekenen? Dworkins rechtentheorie wil in de eerste plaats descriptief zijn en uitgangspunten tot op het bot doordenken. De vraag of *strong rights* noodzakelijk zijn, staat minder centraal, hoewel Dworkin doorlopend aangeeft dat het antwoord positief moet zijn. De machteloosheid waarvan sprake hoger, kan worden gerelativeerd door de vraag te stellen of mensenrechtelijke vrijplaatsen wel als *trumps* in de absolute zin moeten worden begrepen.

Zelf hebben wij verkozen om de mensenrechtelijke vrijplaats ruimer te conceptualiseren dan Dworkin, met name door in te spelen op de essentiële dubbele binding van de vrijheid in een democratische samenleving: de individuele vrijheid is alleen maar denkbaar in het kader van een orde die zijn vrijplaats verzekert. Vandaar dat we denken dat het niet kan volstaan om de vrijheid *alleen* vanuit een individueel perspectief te conceptualiseren, zonder ze ook tegelijk te verbinden aan het de orde die ze mogelijk maakt. Dat betekent niet dat de mensenrechtelijke vrijplaats uit den boze is, integendeel, het toont aan dat deze vrijplaats een wezensvoorwaarde is, uitgerekend omdat ze fragiel is. Om dit uit te drukken bedienen wij ons van het conceptenpaar opaciteit en transparantie. Enerzijds is er opaciteit van het individu, anderzijds is er transparantie van de macht wanneer er geen opaciteit is deze macht afblokt. Het ene heeft zonder het andere geen zin. Is er geen opaciteit van het individu, dan ligt de transparante en procedureel correcte dictatuur in het vizier. Is er te veel opaciteit, dan dreigt de ontbinding van de constructie of de orde die de bestaansvoorwaarden creëert voor diezelfde opaciteit en de vrijheid die ze beschermt. Opaciteit van het individu en transparantie van de macht houden elkaar in evenwicht en ijken elkaar wederzijds. Opaciteitsregels zijn steeds normatief: zij trekken de limiet van het overheidsbereik. Instrumenten van transparantie beperken en reguleren het legitieme overheidshandelen *binnen* zijn legitiem bereik. Problemen ontstaan dan ook wanneer transparantieinstrumenten worden aangewend om het ingrijpen van de overheid *over* de opaciteitslimiet te legitimeren. Uiteraard zijn de twee categorieën niet statisch, maar het betekent wel dat het overschakelen van een

²¹⁷ A. Franssen, J.-L. Genard, L. Van Campenhoudt, Y. Cartuyvels & J. Marquet, *Justitie in vraag gesteld. Onderzoekconcept omtrent de verwachtingen van de burgers ten aanzien van Justitie*. Brussel: DWTC, 2000.

opaciteitsregime naar een transparantieregime een expliciete en zwaarwichtige politiek-morele keuze veronderstelt.

Wij denken bijgevolg dat de concepten die wij voorstellen de mogelijkheid openen om de hedendaagse plaats van fundamentele rechten goed te duiden, omdat het verflauwen van opaciteitsnormen nooit eindeloos kan worden doorgetrokken. Zonder privé sfeer, zonder sfeer van opaciteit en non-interventie, waarin individuen zichzelf kunnen zijn en ongemoeid relaties kunnen aanknopen, kunnen zij geen burgers worden die op voldragen en onafhankelijke wijze aan de publieke zaak kunnen participeren. Zelfs een auteur als David Brin, die met verve verdedigt dat een democratische en vrije samenleving het best is gediend met de totale wederzijdse transparantie van alle actoren (zowel private als publieke) waarin iedereen (overheid en burgers) tegelijkertijd wordt gezien en op de anderen toeziet, moet *toch* aanvaarden dat er een kern van 'privacy' dient te bestaan.²¹⁸ In de mate dat macht, zoals Foucault argumenteerde, een strategische situatie is waardoor een individu anders gaat handelen dan het spontaan zou doen, komt de 'opaciteit van het individu' erop neer dat de weerstand in die machtsverhouding in bescherming wordt genomen. Indien macht een *conduite des conduites* is, dan is er inderdaad steeds een cruciaal moment, het moment van weerstand, waarop met de mogelijkheid van ander gedrag wordt afgerekend.²¹⁹ Het is de bescherming van dat moment, zelfs t.a.v. volstrekt transparant gemaakte en aanspreekbare macht, die de democratische rechtsstaat maakt.

Zowel de Roos als Cleiren hebben in hun carrière geschreven over mensenrechten.²²⁰ Toch ligt daar niet hun hoofdactiviteit. De Roos heeft als strafpleiter en luis in de pels van de macht steeds kritisch meegedacht met allerlei nieuwe ontwikkelingen en vaak vanuit een intern perspectief ('hoe verhouden nieuwe ontwikkelingen zich met het bestaande strafrecht?') positie genomen. Cleiren heeft zich op vrolijke wijze gebogen over een geheel nieuw toetsingskader voor strafrechtelijk overheidsoptreden, met name de beginselen van behoorlijke procesorde, dewelke vanuit hun publiekrechtelijke, algemeen geldige logica een stijgend succes kennen. Beide hebben samen een departementale strafrechtskoers uitgezet in de voorbije tien jaar, waarbij de focus op mensenrechten *niet* centraal stond. Dit is een opvallende keuze in het

²¹⁸ D. Brin, *The transparent society. Will technology force us to choose between privacy and freedom*, Perseus publ., 1999, 378 p.

²¹⁹ FOUCAULT M., 'Deux essais sur le sujet et le pouvoir', in DREYFUS H. & RABINOW P., *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1984, 313-314: "L'exercice du pouvoir (...) est un ensemble d'actions sur des actions possibles: il opère sur le champ de possibilités où vient s'inscrire le comportement de sujets agissants: il incite, il induit, il facilite ou rend plus difficile, il élargit ou limite, il rend plus ou moins probable; à la limite il contraint ou empêche absolument; mais il est bien toujours une manière d'agir sur un ou sur des sujets agissants, et ce tant qu'ils agissent ou qu'ils sont susceptibles d'agir. Une action sur des actions"

²²⁰ Zie onder meer Th. A. de Roos, 'Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid, individuele schuld en mensenrechten', in P.D. Duys & P.D.J. van Zeben, *Via Straatsburg. Opstellen ter gelegenheid van de benoeming van Prof. Mr. B.E.P. Myer*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, 5-14 en C.P.M. Cleiren, 'Het geweten van het strafrecht', in P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken (eds.) *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1993, 63-80.

Nederlandse landschap,²²¹ en één die in het licht van deze bijdrage kan worden verdedigd. Wellicht heeft deze keuze met hun aard te maken. Beide zijn gedreven vechtbazen die zich nooit neerleggen bij een gegeven ontwikkeling of situatie. We kunnen ons goed voorstellen dat ze allebei morgen, bijvoorbeeld, het civiel recht omhelzen wanneer blijkt dat dit beter in staat is dan hedendaagse toetsingskaders om het strafrecht te ijken.

²²¹ Vergelijk het met de Groningse strafrechtsjuristen die alle strafrechtelijke mensenrechtenzaken becommentariëren in het *N.J. (Nederlandse Jurisprudentie)* en met het universitair kartel achter *Legitieme strafvordering* die een nieuw strafprocesrecht wensen te concipiëren op de idee (niet: 'op de praktijk') van de mensenrechten: 'Dat wij daarbij in eerst instantie die uitgangspunten zoeken in de rechten van de mens, zal niet verbazen. In relatie tot de strafrechtspleging kan het concept mensenrechten evenwel op verschillende manieren worden opgevat. Veelal vormen het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (en in het bijzonder de artikelen 5, 6 en 8) en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de mens het kader waarbinnen juridisch strafrechtelijk onderzoek wordt verricht. Evenmin als het ons in eerste instantie om het positieve rechte gaat, is het ons alleen te doen om de rechten en vrijheden die in het EVRM worden opgesomd of de wijze waarop deze door het EHRM worden geïnterpreteerd. Als we het hebben over uitgangspunten en grondslagen, dat gaat het om de waarden die zulke rechten vertegenwoordigen en de betekenis daarvan in een rechtsstaat, ook -en vooral- als daarin de strafrechtspleging aan grote verandering onderhevig is. Laten we zegge, mensenrechten in de ruime zin waarin ze ook kunnen worden opgevat: als normatieve ondergrens in de verhouding tussen individu en staat, die vertaald wordt in garanties die in het recht verankerd zijn' (C.H. Brants, P.A.M. Mevis & E. Prakken, 'Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw', in C.H. Brants, P.A.M. Mevis & E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, 2).