

Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten | NJCM-Bulletin
Jaargang 51, nummer 1, 2026

ARTIKELLEN

- *T. Dekker & D. Ebinum*, De grenzen van het betoog: een beschouwing van het begrip 'laakbaarheid' in de context van artikel 11 EVRM 3
- *E. Gijsselaar & A. Kuiper*, Toepassing van het EVRM door de Nederlandse rechter 37
- *N. van de Pol & S. Ligthart*, Het recht op vrijheid van gedachte: een onderbelicht recht in de schijnwerpers 58
- *M. Breedijk & A. Yayla*, Kunt u ons de weg naar Straatsburg vertellen, meneer? 73
- *G. Nederbragt*, Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken in een nieuw licht 94
- *M. Bot*, Habermas, de democratische rechtsstaat en de Israël-uitzondering 113

ACTUALITEITEN

- *J. ter Braak, D. van Thiel, P. van der Heijden & N. van Tuijl*, Kroniek Mensenrechten en bedrijfsleven 135
- *M. Beijer, A. Pahladsingh & G. de Vries*, Kroniek EU en mensenrechten 147
- *M.S. Avramtcheva, B. Burger & J. Bossenbroek*, Tussen New York en Genève: VN-kroniek 155
- *L.P. Dijkers & A. Yayla*, Chroniques Strasbourgeoises 165
- *B.E.P. Myjer*, Myj/mering. Het EVRM een eigentijdse krasse knar die zijn verantwoordelijkheden echt wel kent. Ook tegenover 'eigen volk eerst' 177

DE GRENZEN VAN HET BETOOG

Een beschouwing van het begrip ‘laakbaarheid’ in de context van artikel 11 EVRM

Tirsa Dekker & Destiny Ebinum *

Samenvatting | In dit artikel staat het demonstratierecht ex artikel 11 EVRM centraal. Dit artikel vormt een kernwaarde van de democratische samenleving en een anker in het EVRM, nu het burgers in staat stelt om politieke verandering teweeg te brengen en mensenrechtenschendingen aan de kaak te stellen. Desondanks staat het demonstratierecht onder druk, hetgeen het gevolg is van toenemende regulering en subject van politieoptreden. Het is bovendien problematisch dat feitenrechters strafbaar gedrag tijdens demonstraties anders beoordelen. Om bij te dragen aan de rechtszekerheid en om een betere invulling te geven aan het begrip laakbaarheid, wordt in deze bijdrage een kritische analyse gemaakt van de EHRM jurisprudentie op het gebied van laakbaarheid.

Trefwoorden | Laakbaarheid, reprehensible act, artikel 11 EVRM, artikel 10 EVRM, demonstratierecht, geweld, wegblokkade.

DOI | 10.54195/NTM.26379

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

Op 4 november 2025 was het exact 75 jaar geleden dat het EVRM werd ondertekend. Met de oprichting van het EVRM werd, in reactie op de Tweede Wereldoorlog, een Europees mensenrechtenstelsel in het leven geroepen dat individuen beschermt tegen de macht en willekeur van politieke machthebbers.¹ Eén van de mensenrechten die het EVRM beschermt, is het recht op vrijheid van vreedzame vereniging, ook wel het demonstratierecht genoemd. Dit recht is neergelegd in artikel 11 EVRM en vloeit voort uit de vrijheid van meningsuiting, zoals gewaarborgd in artikel 10 EVRM.

Het bijzondere aan het recht om te demonstreren is dat het demonstratierecht een ankerpunt vormt binnen de reeks aan mensenrechten die zijn neergelegd in het EVRM en die het verdrag beoogt te beschermen. Wij noemen het demonstratierecht een ankerpunt omdat het niet alleen een mensenrecht *an sich* is, maar ook een cruciaal middel voor de waarborging van de andere mensenrechten die in het verdrag zijn opgenomen. Door gebruik te maken van het demonstratie-

■ Mr. T.J. Dekker is docent Vaardigheden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Mr. D.N. Ebinum is Strafrechtadvocaat bij Korvinus Zandt Bruinsma Rafik Advocaten.

1 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest (Staats- en bestuursrecht Wetenschap)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 2.2.1.1.

recht kan men immers gebeurtenissen en maatschappelijke uitdagingen aan de kaak stellen die (dreigen te) schuren met de overige grondrechten in het EVRM. Een gezonde democratie kan dan ook niet bestaan zonder het demonstratierecht. Burgers kunnen door te demonstreren invloed uitoefenen op de politieke macht en maatschappelijke verandering teweegbrengen.² Met het demonstratierecht kunnen dus, kort gezegd, de andere rechten die in het EVRM zijn neergelegd worden beschermd. Het demonstratierecht wordt door het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dan ook als één van de fundamenteën van de democratische samenleving gezien. Dit brengt met zich dat terughoudend omgegaan moet worden met beperkingen hiervan, zoals strafrechtelijk optreden tegen demonstraties.³ Tegelijkertijd is het demonstratierecht de afgelopen jaren onderwerp van maatschappelijke discussie en is het een veelgehoorde zorg dat het demonstratierecht onder druk staat. Zo signaleerde de Nationale Ombudsman in 2018 dat toenemende regulering en een strenger wordend optreden van de overheid het voor burgers lastiger maken om te demonstreren. Het demonstratierecht delft steeds vaker het onderspit ten opzichte van het belang dat wordt gehecht aan de openbare orde.⁴ Ook Amnesty International levert kritiek op het feit dat demonstraties in toenemende mate worden onderworpen aan (procedurele) regels en voorschriften.⁵ Daarnaast houdt het demonstratierecht ook de gemoederen in de politiek bezig. Er wordt bijvoorbeeld nagedacht over hoe er een scherper onderscheid kan worden gemaakt tussen vreedzame demonstraties enerzijds en anderzijds demonstraties die de openbare orde ernstig verstoren en daarmee strafrechtelijk optreden rechtvaardigen.⁶ Dat de politiek de nadruk legt op het beschermen van de openbare orde door het beperken het demonstratierecht, of door het nemen van extra maatregelen ten aanzien van het demonstratierecht, bleek opnieuw in 2025. Op 19 december van dat jaar bood het demissionaire kabinet een wetsvoorstel ter consultatie aan. Met dit voorstel wordt beoogd een algemeen verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding te introduceren in de Wet openbare Manifestaties (hierna: WOM). De wetgever wil met dit wetsvoorstel de veiligheidsbeleving van anderen waarborgen. Het gaat daarbij om personen die worden geconfronteerd met demonstranten die gezichtsbedekkende kleding dragen. Daarnaast zou het verbod de essentiële open communicatie bevorderen en wordt hiermee voorkomen dat er een bedreigende sfeer ontstaat die potentieel uitmondt in escalatie. Tegelijkertijd erkent het demissionaire kabinet dat het overgrote deel van demonstraties in Nederland zonder incidenten verloopt.⁷ Dit blijkt ook uit onderzoek. In mei 2025 bleek bijvoorbeeld uit onderzoek van de Inspectie Justitie en Veiligheid dat 97% van de demonstraties

2 *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law* (rapport van de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa), Straatsburg: Raad van Europa 2023, p. 53.

3 B. Roorda, *Het recht om te demonstreren: Een vergelijkende studie naar de betogingsvrijheid in Nederland, Duitsland en Engeland vanuit internationaalrechtelijk perspectief* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 20, met verwijzing naar EHRM 15 november 2007, 26986/03, par 114 (*Galstyan/Armenie*).

4 *Demonstreren, een schurend grondrecht?* (rapport van de Nationale ombudsman van 14 maart 2018), p.9. Zie voor dit thema ook: N. Swart & B. Roorda, 'De reikwijdte van het bijkans heilige demonstratierecht', *NJCM-bulletin* 2023, p. 28-30.

5 *Demonstratierecht onder druk. Regels en praktijk in Nederland moeten beter* (rapport van Amnesty International van november 2022), p. 5.

6 W. Al Ali, 'Links én rechts: alle partijen vinden dat het demonstratierecht onder druk staat. Maar ze twisten nog over de oorzaak', *NRC*, 21 januari 2025.

7 Wetsvoorstel Wijziging van de Wet openbare manifestaties in verband met de strafbaarstelling van het dragen van gezichtsbedekkende kleding bij demonstraties (*Kamerstukken 27674*), p. 2 (MvT).

geen risico vormt voor de openbare orde en veiligheid.⁸ Het demonstratierecht is volgens het EHRM niet absoluut. Op grond van artikel 11 lid 2 EVRM mag dit recht *in beginsel* worden beperkt ter bescherming van de openbare orde of ter voorkoming van strafbare feiten. De vraag of, en in welke mate, het fundamentele demonstratierecht van een burger daadwerkelijk mag worden beperkt door de overheid, hangt in belangrijke mate af van de vraag of het gedrag van de demonstrant tijdens de bijgewoonde demonstratie als 'laakbaar', oftewel als een serieuze verstoring van het 'normale' leven wordt gezien.⁹ Uit onderzoek van Pivaty blijkt echter dat de reikwijdte van het begrip laakbaarheid onduidelijk is en dat (feiten)rechters in Nederland dit begrip in de praktijk dan ook verschillend invullen, met alle gevolgen voor de rechtszekerheid van dien.¹⁰ Gevaarlijker nog is dat deze kennelijke onduidelijkheid kan leiden tot een *chilling effect*. Demonstranten kunnen zich daardoor geremd voelen om te demonstreren omdat zij niet weten hoe hun handelen zal worden ontvangen en of zij mogelijk strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld.

Deze bijdrage beoogt meer duidelijkheid te scheppen over het laakbaarheidsbegrip aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM. Meer specifiek wordt een antwoord geformuleerd op de volgende onderzoeksvraag: welke gezichtspunten omtrent de grenzen aan het demonstratierecht kunnen worden afgeleid uit de jurisprudentie van het EHRM en wat zeggen deze richtlijnen over de invulling van het begrip laakbaarheid?

Deze bijdrage vormt daarmee een aanvulling op de bestaande literatuur over de (strafrechtelijke) grenzen van het demonstratierecht binnen de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur. Het merendeel van deze literatuur concentreert zich op de grenzen die voortvloeien uit de nationale wet- en regelgeving, zoals de WOM of het Wetboek van Strafrecht. Tot op heden beschrijft de literatuur dan ook voornamelijk het spanningsveld tussen enerzijds de Nederlandse wet- en regelgeving en anderzijds het recht om te demonstreren. Hoewel dit voor de praktijk van belang is, blijft de invulling van het begrip laakbaarheid daarin onderbelicht.¹¹ Deze bijdrage focust zich dus niet op nationale wettelijke kaders zoals de WOM, maar op de meer overkoepelende, wetgevingsoverstijgende invulling van het laakbaarheidsbegrip zoals deze voortvloeit uit de jurisprudentie van het EHRM. De invulling van het begrip laakbaarheid is onzes inziens namelijk een fundamenteel vraagstuk dat van een geheel andere orde is: het ligt een niveau hoger dan de vraag hoe het demonstratierecht zich verhoudt tot Nederlandse wettelijke kaders. Dat het begrip laakbaarheid nadere duiding in de literatuur verdient, blijkt temeer nu er kennelijk onduidelijkheid bestaat over de invulling ervan.

De jurisprudentie van het EHRM waarin artikel 11 EVRM centraal staat, biedt belangrijke aanwijzingen voor het begrip laakbaarheid. Het EHRM heeft immers de taak om uitleg te geven

8 N.J. L. Swart e.a., *Het recht om te demonstreren in de democratische rechtsstaat: Onderzoek naar het Nederlandse demonstratierecht vanuit internationaalrechtelijk, empirisch, rechtsvergelijkend en rechtstheoretisch perspectief*, Den Haag: WODC, 2025, p. 1, met verwijzing naar: *Faciliteren of begrenzen? Perspectieven op de functie van politie bij demonstraties* (Rapport van Inspectie Justitie en Veiligheid), Den Haag: Inspectie Justitie en Veiligheid 2025, p. 95.

9 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 173 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

10 A. Pivaty, 'Het demonstratierecht en het strafrecht: waar ligt uiteindelijk de grens?', *DD* 2025/34, p. 508-510.

11 Zie ter illustratie de volgende artikelen: N. Rozemond, 'De strafrechtelijke grenzen van het demonstratierecht', *NTS* 2023/3 (p. 120-131); Swart & Roorda 2023 (*supra* noot 4), p. 28-50; M. van Emmerik, 'Juridische spelregels rond de demonstratievrijheid', in: W. Bernasco e.a., *Demonstraties: in wet en praktijk* (JV 2025/2, afl. 4), p. 11-29; N. Swart & B. Roorda, 'Beperkt de burgemeester de betogingsvrijheid te vergaand? Een analyse van de rechtspraak inzake demonstraties bij abortusklinieken', *NJB* 2023/1088, afl. 16, p. 1314-1321.

aan de betekenis van de rechten die uit het EVRM voortvloeien en dus ook om in zijn jurisprudentie te duiden hoe laakbaarheid moet worden begrepen.¹² De 75-jarige verjaardag van het EVRM vormt een mooi moment om terug te grijpen naar deze uitleggende rol. In deze bijdrage wordt daarom aan de hand van 26 uitspraken van het EHRM een antwoord geformuleerd op de centrale onderzoeksvraag. In de eerste plaats is een brede selectie gemaakt van arresten van na het jaar 2000 waarin artikel 11 EVRM één van de kernbepalingen vormde, door middel van een zoekslag op ‘artikel 11 EVRM’ via de filterfunctie van de databank van het EHRM (HUDOC) en aan de hand van het overzicht van relevante arresten in de *Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights 2025* (p. 23-24).¹³ Van het jaartalcriterium is afgeweken voor enkele leidende arresten die in de literatuur en in de EHRM-jurisprudentie frequent worden aangehaald in verband met het begrip laakbaarheid. Arresten waarin artikel 11 EVRM niet één van de kernbepalingen vormde, bijvoorbeeld wanneer vijf of meer EVRM-rechten aan de orde werden gesteld, hebben wij achterwege gelaten. Dit heeft geleid tot 46 arresten. Voor deze brede selectie hebben wij een schema opgesteld waarin per arrest in kaart is gebracht wat het inhoudelijk oordeel van het Hof was ten aanzien van de laakbaarheid van het gedrag en wat het thema van de zaak (het type gedraging) was. Dit maakte het mogelijk om verbanden te leggen en arresten te verwijderen waarin de focus primair lag op de vrijheid van vereniging, of waarin laakbaarheid niet centraal stond, bijvoorbeeld omdat de betrokkenheid van de demonstrant bij de laakbare gedraging(en) zelf ter discussie stond. Uiteindelijk resulteerde dit in een selectie van 26 uitspraken die bijdragen aan de vorming en feitelijke invulling van het begrip laakbaarheid.

Op basis van de 26 uitspraken kon een categorisering aangebracht worden, waarbij gedragingen werden ingedeeld in: toegestane gedragingen (niet laakbaar), evident laakbare gedragingen (de bovengrens) en drie categorieën daartussen die het grijze gebied markeren waarin gedragingen aan de orde komen die niet per definitie laakbaar, noch per definitie toelaatbaar zijn. Voordat we op deze categorieën ingaan, wordt eerst het wettelijk kader geschetst en de discussie rondom het begrip laakbaarheid behandeld.

De bijdrage is als volgt ingedeeld. In paragraaf twee bespreken wij allereerst het wettelijk kader van het demonstratierecht, waarbij de focus wordt gelegd op de rol van het laakbaarheidsbegrip binnen de systematiek van artikel 11 EVRM. Paragraaf drie behandelt de definitie van laakbaarheid, alsook de onduidelijkheid die bestaat over de concrete invulling van het begrip. In paragraaf vier zetten we gedragingen uiteen die door het EHRM als normaal demonstratiegedrag worden aangemerkt. In paragraaf vijf komt juist de bovengrens van het spectrum aan de orde: hierin wordt stilgestaan bij geweld en het aanzetten tot geweld als evident laakbaar demonstratiegedrag. Hierna volgen de verschillende categorieën aan gedragingen waarbij het aankomt op de weging van concrete gezichtspunten of bij dit type demonstratiegedrag de grens van laakbaarheid wordt gehaald. Achtereenvolgens zijn dat de wegblokkades (paragraaf zes), gedragingen in en rondom publieke nutsgebouwen (paragraaf zeven) en het dragen van beschermende kleding en/of uitrusting (paragraaf acht). Wij sluiten de bijdrage af met een conclusie.

12 Dat het EHRM belast is met de uitleg van de rechten die uit het EVRM voortvloeien volgt bijvoorbeeld uit: L. Huijbers, ‘Procedurale toetsing, het EHRM en rechtseenheid en diversiteit’, AA 2018/77, p. 77.

13 Zoals EHRM 26 april 1991, 11800/85 (Ezelin/Frankrijk).

2 Wettelijk kader

Het demonstratierecht volgt onder andere uit artikel 11 EVRM, waarin is bepaald dat eenieder recht heeft op vrijheid van vreedzame vergadering en vereniging.¹⁴ Het recht om te demonstreren is nauw verbonden met het recht op vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM.¹⁵ De bescherming van de eigen mening en het recht om die te uiten ligt namelijk aan de basis van artikel 11 EVRM.¹⁶ Zoals volgt uit de tekst van het artikel zelf, vallen alleen 'vreedzame' demonstraties onder de bescherming van artikel 11 EVRM. Demonstraties worden niet beschermd indien de organisatoren en deelnemers van de demonstratie *violent intentions* hadden, oftewel gewelddadige intenties.¹⁷ Hiervan is sprake indien de organisatoren of deelnemers naar de demonstratie gaan met de intentie om gewelddadige feiten te plegen of (aldaar) op te stoken tot geweld, waarvan de bewijslast op de autoriteiten rust.¹⁸ Deze situatie moet bovendien onderscheiden worden van de situatie waarin een demonstratie is georganiseerd met vreedzame intenties en er tijdens de demonstratie gewelddadige of strafbare feiten worden gepleegd. Het EHRM oordeelt dat een demonstratie zijn bescherming uit hoofde van artikel 11 EVRM niet verliest in het geval van sporadisch geweld of strafbare feiten die gedurende de demonstratie worden gepleegd.¹⁹ Het feit dat er tijdens de demonstratie geweld is gebruikt levert dan ook geen bewijs op dat de demonstraties met gewelddadige intenties is georganiseerd.²⁰ Ook het feit dat er een reëel risico bestond dat de demonstratie uit de hand zou lopen, maakt niet dat de demonstratie de bescherming van artikel 11 EVRM verliest.²¹ Het recht om vreedzaam te demonstreren is echter niet absoluut. Lid 2 van artikel 11 EVRM regelt dat het recht kan worden beperkt, indien de beperking bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het EVRM hanteert ten aanzien van het demonstratierecht dus een driestaptoets, die inhoudt dat beperkingen op het mensenrecht geoorloofd zijn indien 1) deze beperking is voorzien bij wet, 2) deze beperking een noodzakelijk doel dient en 3) deze beperking noodzakelijk is een democratische samenleving.²² De eerste

14 Het demonstratierecht volgt ook uit andere bronnen, zoals artikel 9 van de Nederlandse Grondwet en is in Nederland verder uitgewerkt in de Wet Openbare Manifestaties. In deze bijdrage staat logischerwijs het demonstratierecht uit artikel 11 EVRM centraal, nu het dit artikel is waaraan het EHRM toetst en de EHRM Jurisprudentie weer de basis vormt voor dit artikel. Het heeft echter ook praktische redenen. Op basis van artikel 120 Gw is het rechters verboden om te toetsen aan de grondwet, terwijl op basis van artikel 94 Gw rechters wel mogen toetsen aan het EVRM. Om die reden vormt artikel 11 doorgaans het toetsingskader in de rechtspraak.

15 M. van Emmerik, 'Juridische spelregels rond de demonstratievrijheid', in: W. Bernasco e.a., *Demonstraties: in wet en praktijk* (JV 2025/2, afl. 4), p. 17.

16 *Guide on article 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (Engelse versie), p. 6.

17 Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 10 en EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 92 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

18 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 92 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*) en Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 10-11.

19 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 94 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

20 Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 11.

21 Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 11.

22 Zie hierover meer uitgebreid Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 14-22 en Van Emmerik 2025 (*supra* noot 15), p. 21.

stap houdt in dat er moet worden gekeken of de beperking van het demonstratierecht een basis heeft in de wet, waaronder in principe begrepen de nationale wet- en regelgeving, mits toegankelijk en voorzienbaar.²³ De tweede stap ziet op de vraag of de beperking een van de in artikel 11 lid 2 EVRM limitatief opgesomde 'legitieme doelen' dient. De strafwetgeving is een voorbeeld van wetgeving die het demonstratierecht kan beperken, mits de beperking de derde stap kan doorstaan.

Niet iedere beperking die is voorzien bij wet en een legitiem doel dient is namelijk toelaatbaar. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid in een democratische samenleving staat centraal of de maatregel noodzakelijk en proportioneel is om het doel te bereiken en of het doel niet met een minder verstrekend middel bereikt kan worden.²⁴ Het EHRM verlangt in dit kader een belangenafweging tussen enerzijds de gerechtvaardigde doelen die met de beperking worden gediend met de beperking en anderzijds het belang van de vrijheid van meningsuiting bij wege van demonstratie.²⁵

Uit het voorgaande blijkt dat strafrechtelijk optreden en dus ook het opleggen van (strafrechtelijke) sancties naar aanleiding van strafbaar gedrag dat is gepleegd tijdens een demonstratie niet altijd geoorloofd is in het licht van artikel 11 EVRM. Het strafrechtelijk optreden moet ook de toets van artikel 11 lid 2 EVRM doorstaan, nu strafrechtelijk optreden (lees: oppakken, vervolgen en/of veroordelen) feitelijk een beperking is van het demonstratierecht.²⁶ In *Kudrevičius e.a./Litouwen* oordeelde het EHRM dat een vreedzame demonstratie in principe niet bedreigd mag worden met strafrechtelijke sancties en in het bijzonder niet met vrijheidsbenemende straffen.²⁷ Dit heeft te maken met het feit dat (ingrijpend) strafrechtelijk optreden naar aanleiding van een demonstratie een *chilling effect* kan hebben.²⁸ Het EHRM benadrukt dat een dergelijk *chilling effect* al kan ontstaan door het uiteendrijven van een demonstratie door de politie en de arrestatie van demonstranten, ook wanneer er geen strafvervolg plaatsvindt.²⁹ Enige terughoudendheid is gelet hierop dus geboden. Om te beoordelen of het (strafrechtelijk) ingrijpen van de staat in verhouding stond tot het nagestreefde doel, toetst het EHRM onder meer of de demonstrant zich schuldig heeft gemaakt aan een *reprehensible act* (laakbare gedraging). Wanneer het gedrag van de demonstrant als laakbaar wordt aangemerkt, beschikt de staat namelijk over een ruimere beoordelingsmarge om strafrechtelijk op te treden.³⁰ Dit impliceert tegelijkertijd dat het EHRM terughoudend is in zijn toetsing van de proportionaliteit van dit optreden tegen laakbaar gedrag. Daartegenover staat dat zolang de demonstrant zich niet laakbaar heeft gedragen, elke sanctie in beginsel onverenigbaar is met artikel 11 EVRM.³¹ De

23 Van Emmerik 2025 (*supra* noot 15), p. 21 en Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 15-16 en EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 108-110 (*Kudrevičius e.a. t. Litouwen*).

24 Van Emmerik 2025 (*supra* noot 15), p. 21.

25 Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 17 en EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 142-144 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

26 N. Swart, 'A man's house as his castle?'. Over het verdergaand beperken van demonstraties bij woningen', *NJCM-Bulletin* 2025, p. 50.

27 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 146 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

28 Swart 2025 (*supra* noot 26), p. 50 en Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 19-20.

29 Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 20.

30 Swart 2025 (*supra* noot 26), p. 50; EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 156 en 175 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

31 EHRM 26 april 1991, 11800/85, par. 53 (*Ezelin/Frankrijk*); EHRM 15 november 2007, 26986/03, par. 115 (*Galstyan/Armenië*).

kwalificatie van het gedrag als *laakbaar* gedrag, is dus cruciaal voor de mate waarin een demonstrant bescherming geniet onder de vrijheid van vergadering en vereniging.

3 Laakbaarheid

Zoals hiervoor is besproken vormt het begrip laakbaarheid binnen de rechtspraak van het EHRM een belangrijk criterium bij de beoordeling van beperkingen op het demonstratierecht. Dit begrip, wat in de volksmond zoveel betekent als afkeurenswaardigheid, is door het EHRM in *Ezelin/Frankrijk* voor het eerst als expliciet criterium neergelegd. Het EHRM oordeelde dat een persoon niet aan een sanctie kan worden onderworpen – zelfs niet aan de lichtere vorm van een disciplinaire straf – wegens deelname aan een betoging die niet is verboden, zolang die persoon zelf geen *reprehensible act*, oftewel een laakbare handeling had verricht.³² Het Hof gaf in deze zaak geen nadere duiding van dit begrip. In de daaropvolgende rechtspraak is het laakbaarheidsbegrip geleidelijk nader ingevuld. Het etiket laakbaarheid werd destijds gereserveerd voor ‘cases of violence or rejection of democratic principles’.³³ In *Kudrevičius e.a./Litouwen* is het laakbaarheidsbegrip geëvolueerd tot een breder en meer uitgewerkt toetsingskader. Het Hof definieert laakbaarheid in deze zaak als: ‘the intentional serious disruption, by demonstrators, to ordinary life and to the activities lawfully carried out by others, which disruption was more significant than that caused by the normal exercise of the right of peaceful assembly in a public place.’ (hierna te noemen: ‘de intentionele, ernstige verstoring van de rechten en belangen van anderen’).³⁴ Het Hof geeft hiermee een fundamenteel uitgangspunt weer: laakbaarheid vereist altijd een gedraging die duidelijk uitstijgt boven het niveau van normaal demonstratiegedrag. Dit impliceert dat een zekere mate van hinder, overlast of ongemak inherent is aan een demonstratie. In *Kudrevičius e.a./Litouwen* wordt dan ook niet voor niets benadrukt dat staten terughoudend om moeten gaan met de inperking van het demonstratierecht.³⁵

Hoewel het laakbaarheidsbegrip daarmee op fundamenteel niveau richtinggevend is, blijft zij voor de concrete toepassing ervan erg open en normatief van aard. De abstracte formulering maakt het begrip gevoelig voor uiteenlopende interpretaties. Dit blijkt ook uit de Nederlandse rechtspraak, waarin wordt opgemerkt dat de vraag of en wanneer er sprake is van een laakbare gedraging zich ‘niet in algemene zin laat beantwoorden’.³⁶ In de praktijk geven feitenrechters dan ook een verschillende invulling aan het begrip laakbaarheid. Pivaty illustreerde dit aan de hand van verschillende, in de kern vergelijkbare zaken.³⁷ Eén van die zaken betrof een sit-in in de lobby van het APG-pensioenfonds, gericht tegen de investeringen in de fossiele industrie. De Hoge Raad achtte dit onvoldoende om van laakbaar gedrag te spreken omdat er geen schade was toegebracht. Daarin speelde eveneens een rol dat zowel medewerkers als bezoekers het gebouw konden betreden en verlaten.³⁸ Een vergelijkbare benadering is te zien in een zaak waarin *Extinction Rebellion* ramen en deuren van de Rabobank had beplakt met posters tegen

32 EHRM 26 april 1991, 11800/85, par. 53 (*Ezelin/Frankrijk*).

33 EHRM 2 oktober 2001, 29221/95, 29225/95, par. 97 (*Stankov and the united Macedonian organization ilinden/Bulgaria*).

34 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 173 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

35 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 142 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

36 Zie bijv. HR 19 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1742, r.o. 2.3.7.

37 Pivaty 2025 (*supra* noot 10), p. 508-510.

38 Pivaty 2025 (*supra* noot 10), p. 509; HR 12 november 2024, ECLI:NL:HR:2024:1623, r.o. 2.4.1.

het agrarisch beleid van de bank. Vanwege het ontbreken van een gevaarlijke situatie en het feit dat de posters gemakkelijk te verwijderen waren, oordeelde het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat het gedrag niet laakbaar was.³⁹ In andere zaken met vergelijkbare feiten – behoudends enkele nuances – volgden echter tegenovergestelde conclusies. De Rechtbank Midden-Nederland kwalificeerde het beplakken van ramen en deuren van het Rabobankkantoor met posters tegen de fossiele industrie als een schending van het eigendomsrecht, waardoor de inbreuk op het demonstratierecht gerechtvaardigd was.⁴⁰ Hoewel de posters in deze zaak met behangplaksel werden opgeplakt, terwijl in de zaak van *Extinction Rebellion* afwasbare lijm werd gebruikt, is het niet geheel duidelijk wat hier de andere uitkomst rechtvaardigt.⁴¹ Er wordt in de bewijsoverweging van de rechtbank namelijk niet betrokken dat de posters lastig te verwijderen zouden zijn en/of blijvende schade hebben veroorzaakt.⁴² Ook het gieten van een olieachtige substantie over de trap bij de ingang van het hoofkantoor van Shell werd door de Hoge Raad als laakbaar aangemerkt. Dat de betogers voorbereidingen hadden getroffen om de olieachtige substantie te verwijderen en dat ook is gebleken dat dit opgeruimd kon worden zonder blijvende schade, deed hieraan geen afbreuk. Het feit dat de trap bij de ingang tijdelijk onbruikbaar was, werd doorslaggevend geacht.⁴³

Deze uiteenlopende beslissingen in soortgelijke zaken illustreren dat de grens tussen toelaatbare overlast en laakbaar gedrag nog altijd vaag is. Deze onduidelijkheid raakt uiteindelijk de demonstrant (in spé) het hardst. Concreet betekent het namelijk dat een demonstrant die van plan is om posters op een kantoorpand te plakken vooraf moeilijk kan inschatten of en onder welke omstandigheden dit toelaatbaar is. Het begrip kan daarmee potentieel leiden tot een *chilling effect*: uit vrees voor mogelijke juridische gevolgen zien demonstranten mogelijk af van het demonstreren of passen zij hun acties aanzienlijk aan, waardoor de uitoefening van het demonstratierecht feitelijk wordt beperkt.

Juist tegen deze achtergrond dient – voorafgaand aan de uitwerking van de concrete gezichtspunten in de hiernavolgende paragrafen – het fundamentele uitgangspunt in herinnering te worden gebracht dat demonstraties naar hun aard verstoring mogen zijn. Dit valt niet enkel af te leiden uit *Kudrevičius e.a./Litouwen*, maar wordt eveneens onderstreept door de *Venice Commission*. Die stelt dat een *peaceful assembly* ruim moet worden geïnterpreteerd en gedragingen omvat die schuren, aanstoot geven of tijdelijk de activiteiten van anderen hinderen of verstoren, zolang er geen sprake is van (dreiging met) geweld.⁴⁴ Dit toont wederom aan dat demonstreren vervelend mag zijn, waardoor laakbaar demonstratiegedrag noodzakelijkerwijs verder moet gaan dan enkel dat. Kort en goed: laakbaarheid vergt dat het gedrag uitstijgt boven het verstoringende gedrag dat mag worden verwacht bij demonstraties.

39 Pivaty 2025 (*supra* noot 10), p. 509; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4342, onder de kopjes ‘feiten en omstandigheden’ en ‘toepassing op de onderhavige zaak’.

40 Pivaty 2025 (*supra* noot 10), p. 509-510; Rb. Midden-Nederland 9 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5241, r.o. 6.3.

41 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4342, onder het kopje ‘feiten en omstandigheden’; Rb. Midden-Nederland 9 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5241, r.o. 4.3.

42 Rb. Midden-Nederland 9 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5241, r.o. 6.3.

43 Pivaty 2025 (*supra* noot 10), p. 509; HR 19 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1742, r.o. 2.4.2.

44 De *Venice Commission* is een onafhankelijk adviesorgaan van de Raad van Europa. De Commissie adviseert lidstaten over wetgeving en mensenrechtenstandaarden. Zie: Venice Commission, *Guidelines on freedom of peaceful assembly* (3de editie), 15 juli 2020, richtlijn 21, p. 15 en 16.

4 Niet-laakbare gedragingen

Om het begrip laakbaarheid concreter te maken, wordt eerst stil gestaan bij gedragingen die het EHRM evident niet als laakbaar aanmerkt. Door deze ondergrens scherp te stellen, wordt duidelijk waar de grens van het toelaatbare ligt en welke ruimte demonstranten in ieder geval toekomt. Het Hof is structureel terughoudend om demonstratiegedrag als laakbaar te kwalificeren. Laakbaarheid is pas aan de orde wanneer er sprake is van een intentionele, ernstige verstoring van de rechten en belangen van anderen. Uit de jurisprudentie van het EHRM zijn diverse voorbeelden van gedragingen af te leiden die weliswaar vervelend kunnen zijn, maar toch onder normaal demonstratiegedrag vallen. Hieruit kunnen grofweg twee duidelijke subcategorieën worden afgeleid: de eerste betreft het niet-naleven van formele regels. De tweede betreft uitingen die als provocerend, obscene en/of vulgair kunnen worden gekarakteriseerd, maar niet aanzetten tot geweld. Daarnaast zijn er gedragingen die het Hof niet als laakbaar kwalificeert, maar die zich niet laten vatten in een eenduidige categorie. In geen van deze gedragingen kan de extra dimensie gelezen worden die maakt dat de grens van het toelaatbare wordt overgeschreden, hetgeen in die zaken veelal samenhangt met het feit dat zij niet gepaard gaan met geweld of dreiging met geweld. De drie categorieën zullen hierna afzonderlijk worden besproken.

4.1 Niet-naleving van formele regels

De eerste categorie betreft het niet-naleven van formele regels. Het EHRM heeft herhaaldelijk duidelijk gemaakt dat het enkel overtreden van formele regels niet volstaat om een gedraging als laakbaar te kwalificeren. Dit blijkt uit zaken waarin demonstranten een politiebevel kregen om een niet-goedgekeurde demonstratie te beëindigen.⁴⁵ In dergelijke zaken valt op dat de nationale autoriteiten het doen voorkomen alsof het overtreden van het politiebevel voorop staat, terwijl hun werkelijke doel is om op te treden tegen het ontbreken van voorafgaande kennisgeving of goedkeuring van de demonstratie. Het Hof doorziet deze formalistische benadering en ziet hierin geen intentionele en ernstige en verstoring van de rechten en belangen van anderen, nu de nationale autoriteiten dit in de onderzochte zaken niet feitelijk hebben aangetoond. Dit komt duidelijk naar voren in *Ibrahimov e.a./Azerbeidzjan*, waarin een jeugdgroep demonstreerde voor de positie van politieke gevangenen, zonder dat zij deze demonstratie hadden aangemeld.⁴⁶ Er was geen enkele aanwijzing dat zij enige vorm van geweld hadden toegepast, gewelddadig overkwamen of een gevaar waren voor de openbare orde.⁴⁷ Hierdoor was het optreden van de politie in wezen gericht op het aan banden leggen van een ongeoorloofde demonstratie. Het EHRM oordeelde dat de handhaving van deze formele regels hier was verworden tot een doel op zich. Dit is niet verenigbaar met het uitgangspunt dat vreedzame demonstraties in beginsel moeten worden beschermd, ook zonder voorafgaande toestemming.⁴⁸

45 EHRM 11 februari 2016, 69234/11, 69252/11, 69335/11, par. 6-15 en par. 78-87 (*Ibrahimov e.a./Azerbeidzjan*); EHRM 6 september 2022, 67200/12, par. 2-36, par. 82-107 (*Bodalev/Rusland*); EHRM 26 november 2024, 49282/19, 50346/19, par. 5-17 en 52-54 (*Kotov/Rusland*).

46 EHRM 11 februari 2016, 69234/11, 69252/11, 69335/11, par. 6-15 (*Ibrahimov e.a./Azerbeidzjan*).

47 EHRM 11 februari 2016, 69234/11, 69252/11, 69335/11, par. 80 (*Ibrahimov e.a./Azerbeidzjan*).

48 EHRM 11 februari 2016, 69234/11, 69252/11, 69335/11, par. 79 (*Ibrahimov e.a./Azerbeidzjan*) met verwijzing naar EHRM 5 december 2006, 74552/01, par. 39 (*Oya Ataman/Turkije*).

Het EHRM trekt deze lijn door in *Kotov/Rusland*. Ook daar werd een demonstrant veroordeeld voor het negeren van een politiebevel tijdens een niet-goedgekeurde demonstratie.⁴⁹ Het Hof benadrukte dat de enkele vaststelling dat Kotov met circa 1500 deelnemers in de buurt van belangrijke overheidsgebouwen demonstreerde tegen politiek beleid, op zichzelf onvoldoende is om een gevaar voor de openbare orde aan te tonen. Nu de nationale autoriteiten het vermeende gevaar voor de openbare orde niet feitelijk hadden onderbouwd, oordeelde het Hof dat de grens van laakbaarheid niet werd gehaald. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat het ontbreken van kennisgeving of goedkeuring *an sich* als normaal demonstratiegedrag wordt gezien en dus toelaatbaar is.

4.2 Obsceniteit, vulgariteit en/of provocatie

De tweede categorie ziet op schokkende uitingen gedaan in het kader van een demonstratie. De demonstranten in *Schwabe en M.G./Duitsland* hielden voor een gevangenis banners omhoog met de tekst 'Free all now'. De autoriteiten interpreteerden deze uiting als een oproep tot het (met geweld) bevrijden van de gevangenen. Het Hof oordeelde echter dat de uitspraak neutraal was geformuleerd en dat er geen aanwijzingen bestonden dat hierin een oproep tot geweld besloten lag, waardoor de uiting niet laakbaar was.⁵⁰ Deze zaak veronderstelt dat nationale autoriteiten niet alleen bij het ontbreken van kennisgeving, maar ook bij provocerende uitingen niet te snel over dienen te gaan tot strafrechtelijk optreden. Dit geldt des te meer wanneer een uiting ambigu van aard is. Het enkele gegeven dat een dergelijke uiting, die voor meerdere interpretaties vatbaar is, een ontwrichtend effect op de samenleving *zou kunnen* hebben is onvoldoende. Tenzij nationale autoriteiten aantonen dat er daadwerkelijk sprake is van een intentionele en ernstige verstoring van de rechten en belangen van anderen, past dit binnen toelaatbaar demonstratiegedrag.

Een soortgelijke les volgt uit de zaak *Ouranio Toxo e.a./Griekenland*. Het ging in deze zaak om een politieke partij die opkwam voor de Macedonische minderheid in Griekenland en bij het hoofdkwartier een vlag ophing waar de naam van de partij niet alleen in het Grieks, maar ook in het Macedonisch op vermeld stond. Deze naam refereerde aan de Macedonische burgeroorlog. Hoewel de gemeenteraadsleden opriepen om hiertegen te protesteren en er in het partijgebouw diverse spullen in de brand zijn gestoken en vernield, werden de partijleden zelf vervolgd wegens het zaaien van verdeeldheid onder de bevolking.⁵¹ Het Hof erkende dat de vlag vijandige gevoelens opriep bij delen van de lokale bevolking en dat dit uiteindelijk tot geweld leidde, maar concludeerde tegelijkertijd dat de tekst op de vlag niet laakbaar was. In een pluriforme, democratische samenleving is het immers onvermijdelijk dat er spanningen ontstaan door politieke uitingen, maar dat betekent niet dat de handeling zelf automatisch laakbaar is.⁵² Niet voor niets wordt in het kader van uitingen in de context van een demonstratie in diverse uitspraken van het EHRM benadrukt dat het schadelijk is voor de democratische rechtsorde als uitingen zonder gewelddadige connotatie de kop in worden gedrukt, hoe schok-

49 EHRM 26 november 2024, 49282/19, 50346/19, par. 5-17 (*Kotov/Rusland*).

50 EHRM 1 december 2011, 8080/08, 8577/08, par. 6-12, par. 115 (*Schwabe and M.G./Duitsland*).

51 EHRM 20 oktober 2005, 74989/01, par. 9-22, par. 39 (*Ouranio Toxo e.a./Griekenland*).

52 EHRM 20 oktober 2005, 74989/01, par. 40-41 (*Ouranio Toxo e.a./Griekenland*).

kend deze uitingen ook zijn.⁵³ Met andere woorden: dat een uiting bij derden woede oproept of zelfs tot gewelddadige reacties leidt, betekent nog niet dat deze uiting als zodanig als laakbaar kan worden aangemerkt. Nationale autoriteiten moeten zich ook niet blindstaren op de ingetreden gevolgen van de uiting. Doorslaggevend is of de demonstrant met zijn handelen heeft beoogd een ernstige verstoring van het leven en de belangen van anderen teweeg te brengen, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de intentie van de demonstrant. Het gaat het EHRM immers om 'intentional serious disruption.'

Ook schokkende teksten in de vorm van vulgair taalgebruik vallen niet zonder meer buiten de grens van het toelaatbare. Dit blijkt uit *Peradze/Georgië*, waarin demonstranten tijdens een protest tegen het bouwproject Panorama banners omhooghielden met de tekst 'Panorama, my cock!'.⁵⁴ Hoewel deze uitspraak hoofdzakelijk ingaat op de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) en er niet expliciet wordt ingegaan op de vraag of dit vulgaire taalgebruik als laakbaar kan worden beschouwd, kan het antwoord op deze vraag wel impliciet worden afgeleid. Het Hof oordeelde namelijk dat het gebruik van vulgair taalgebruik op zichzelf niet automatisch aanstootgevend is onder artikel 10 EVRM, zolang dit in de context van een openbare demonstratie wordt gebruikt om een kwestie van algemeen belang aan de kaak te stellen.⁵⁵ De demonstranten in kwestie uitten kritiek op een kwestie van algemeen belang – een bouwproject – en de vorm van hun uiting kon bijdragen aan het punt dat zij wilden maken.⁵⁶

Deze hoge drempel voor laakbaar gedrag werkt niet alleen door in de inhoudelijke beoordeling van uitingen, maar ook in de wijze waarop het EHRM de relevante omstandigheden meeweegt. Zo wordt in *Fáber/Hongarije* expliciet stilgestaan bij omstandigheden die juist tegen de aanwezigheid van een 'intentional serious disruption' pleiten. Het tonen van een extreemrechtse vlag – een árpád-streepvlag – als tegendemonstratie bij een antiracisme demonstratie werd niet als laakbaar beschouwd omdat dit niet verder ging dan een zekere mate van provocatie. Het Hof benadrukte dat hiermee niet werd aangetoond dat de demonstratie *intentioneel* werd verstoord.⁵⁷ Als contra-indicaties noemde het Hof: 1) dat de tegendemonstranten zich op geruime afstand van de antiracisedemonstratie bevonden, 2) dat er geen aanwijzingen waren dat de tegendemonstranten voornemens waren zich naar die demonstratie te verplaatsen en 3) dat geen sprake was van bijkomende beledigende of bedreigende gedragingen. Het EHRM koppelde laatstgenoemd punt aan de lijn die eerder in *Ezelin/Frankrijk* is neergelegd: een persoon kan pas onderworpen worden aan een sanctie als die persoon een laakbare gedraging verricht.⁵⁸ Het enkel tonen van een provocerende vlag bereikt die drempel niet.⁵⁹

53 Zie bijvoorbeeld: EHRM 23 oktober 2008, 10877/04, par. 45 (*Sergey Kuznetsov/Rusland*); EHRM 21 oktober 2010, 4916/07 e.a., par. 80 (*Alekseyev/Rusland*) en EHRM 24 juli 2012, 40721/08, par. 37 (*Fáber/Hongarije*).

54 EHRM 15 december 2022, 5631/16, par. 5-15 (*Peradze e.a./Georgië*).

55 EHRM 15 december 2022, 5631/16, par. 44 (*Peradze e.a./Georgië*).

56 EHRM 15 december 2022, 5631/16, par. 45 (*Peradze e.a./Georgië*).

57 EHRM 24 juli 2012, 40721/08, par. 45 (*Fáber/Hongarije*).

58 EHRM 24 juli 2012, 40721/08, par. 46 (*Fáber/Hongarije*); EHRM 26 april 1991, 11800/85, par. 53 (*Ezelin/Frankrijk*).

59 EHRM 24 juli 2012, 40721/08, par. 47 (*Fáber/Hongarije*).

4.3 Overige gedragingen

Ten slotte zijn er gedragingen die niet in de voorgaande categorieën vallen maar evenmin laakbaar zijn. Allereerst betreft dit het maken van lawaai bij een demonstratie. In *Galstyan/Armenië* werd een demonstrant veroordeeld voor het verstoren van de openbare orde, onder meer vanwege het feit dat hij lawaai heeft gemaakt in de vorm van het roepen van slogans tegen de presidentsverkiezingen.⁶⁰ Het maken van lawaai viel volgens het Hof onder normaal demonstratiegedrag omdat er geen demonstratie voor te stellen is die niet met lawaai gepaard gaat. Het is pas laakbaar als dit gepaard gaat met het oproepen tot geweld.⁶¹ Ten tweede geldt dat een hongerstaking niet laakbaar is, nu deze vorm van demonstreren wederom niet verder gaat dan inherent is aan de normale uitoefening van een openbare demonstratie. Hiermee wordt er immers geen geweld berokkend aan personen of goederen.⁶² Tot slot kan worden gewezen op *Mesut Yildiz e.a./Turkije*, waarin het juist gaat om het niet-handelen.⁶³ De organisatoren van een demonstratie werden verantwoordelijk gehouden voor illegale uitingen van andere demonstranten, ondanks dat zij hier zelf niet aan deelnamen en pogingen deden deze te stoppen.⁶⁴ Het Hof oordeelde dat organisatoren niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor laakbaar gedrag van anderen en dat het niet kon worden gevegd dat organisatoren zich expliciet distantiëerden hiervan. Zolang de organisatoren zelf niet bijdragen, dat wil zeggen: dit aanmoedigen, hier actief aan deelnemen of hiertoe medeplichtig zijn, zijn zij gevrijwaard van enige strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁶⁵ Het Hof zet dus een streep door een redenering die raakt aan collectieve aansprakelijkheid. Net zoals zichtbaar bij de eerdere categorieën toont dit wederom aan dat het EHRM kijkt naar individueel handelen, de intentie die hierachter zit en concrete handelingen die maken dat de demonstrant te ver gaat, waarbij redelijk wat gedragingen evident niet laakbaar zijn. Hierna komt het andere uiterste aan bod: een categorie gedragingen die het Hof zonder meer als laakbaar kwalificeert en die daarmee de bovengrens laat zien.

5 De bovengrens van laakbaarheid

Zoals uit paragraaf 4 blijkt, is er een categorie aan gedragingen te onderscheiden waarvan het EHRM in principe oordeelt dat zij geen intentionele en ernstige verstoring vormen van de rechten en belangen van anderen. Het EHRM rekent deze gedragingen dus in principe tot normaal demonstratiegedrag, uitzonderingen daargelaten. Daartegenover staat dat er een categorie aan gedragingen bestaat die het EHRM categorisch als laakbaar aanmerkt en met die reden als de absolute bovengrens van laakbaarheid kan worden gezien. Het betreft geweld tegen personen en het aanzetten daartoe.

Hoewel geweld tegen personen en het aanzetten daartoe eigenlijk een categorie aan laakbare gedragingen betreft, blijkt uit de analyse van de jurisprudentie op dit punt dat het EHRM deze

⁶⁰ EHRM 15 november 2007, 26986/03, par. 18 (*Galstyan/Armenië*).

⁶¹ EHRM 15 november 2007, 26986/03, par. 113 en par. 116-117 (*Galstyan/Armenië*).

⁶² EHRM 10 september 2024, 21286/15 e.a. par. 70-73 (*Dianova e.a./Rusland*).

⁶³ EHRM 18 juli 2017, 8157/10 (*Mesut Yildiz e.a./Turkije*).

⁶⁴ EHRM 18 juli 2017, 8157/10 par. 5-11 en par 29-32 (*Mesut Yildiz e.a./Turkije*).

⁶⁵ EHRM 18 juli 2017, 8157/10 par. 34 (*Mesut Yildiz e.a./Turkije*), met verwijzing naar EHRM 18 juni 2013, 8029/07, par. 83 (*Gün e.a./Turkije*).

gedragingen onttrekt aan een zuivere laakbaarheidstoets. Het EHRM benadrukt in de jurisprudentie steeds en in verschillende bewoordingen dat geweld en het aanzetten daartoe laakbaar en ontoelaatbaar zijn. Het Hof verbindt daaraan steeds de conclusie dat geweld en het aanzetten daartoe ook anders beoordeeld mogen – of moeten – worden dan ander demonstratiegedrag. Uit de jurisprudentie volgt dan ook het beeld dat het EHRM niet beoordeelt óf het (aanzetten tot) geweld laakbaar was, maar dat het Hof steeds stelt dát geweld en het aanzetten daartoe laakbaar zijn. Het Hof laat daarbij in de beantwoording van de vraag of de gedraging laakbaar is weinig ruimte voor de context van het voorval. Toch is de context niet geheel irrelevant. Alhoewel de context niet wordt meegewogen in de beantwoording van de vraag of de gedraging laakbaar is, speelt deze wel een rol bij de vraag of het strafrechtelijke gevolg proportioneel was.

Dat geweld en het aanzetten tot geweld evident als laakbaar kunnen worden beschouwd, houdt verband met het feit dat geweld door het EHRM als antidemocratisch wordt gezien en dat antidemocratische methoden van protesteren volgens het Hof niet toelaatbaar zijn. Dit is niet onnavolgbaar. Het zou tegen de aard en het karakter van demonstraties als democratische middelen indruisen om ondemocratische methoden tijdens demonstraties toe te staan. Dus waar de methode van demonstreren de democratische beginselen in gevaar brengt, trekt het EHRM een streep. Deze streep trekt het EHRM dus in ieder geval wanneer er geweld wordt gebruikt of wordt aangezet tot geweld.

Geweld tegen goederen kan formeel tot de bovengrens worden gerekend omdat het EHRM geen onderscheid maakt tussen geweld tegen personen en goederen. Desondanks blijkt uit de jurisprudentie dat het EHRM minder stellig is ten aanzien van goederen en dat hierbij de context en de specifieke gedragingen wel een rol spelen bij de beoordeling van de laakbaarheid.

5.1 Geweld

Dat het EHRM geweld als bovengrens hanteert is onder andere terug te lezen in de uitspraak *Kudrevičius e.a./Litouwen*. In deze uitspraak oordeelde het Hof dat alle maatregelen die de vrijheid van vergadering en meningsuiting beperken, de democratie geen recht doen of deze zelfs in gevaar kunnen brengen, *behalve* wanneer sprake is van het aanzetten tot geweld of wanneer de democratische beginselen op een andere manier worden verworpen.⁶⁶ Het Hof plaatst situaties waarin wordt aangezet tot geweld of waarin de democratische beginselen door de demonstranten worden verworpen dus lijnrecht tegenover gevallen waarin dat niet gebeurt en waarin dus niet zonder meer strafrechtelijk mag worden opgetreden. In *Giuliani en Gaggio/Italië* en *Oya Ataman/Turkije* spreekt het EHRM zich op een vergelijkbare wijze uit over het gebruik van geweld door demonstranten. Het Hof stelt in deze uitspraken dat het op de weg van nationale autoriteiten ligt om ‘enige mate van tolerantie te laten zien’ tijdens demonstraties, zolang demonstranten zich niet schuldig maken aan geweld. Deze tolerantie is noodzakelijk om te voorkomen dat het demonstratierecht volledig wordt uitgehold.⁶⁷ Indien de demonstranten zich wel schuldig maken aan geweldshandelingen, is een beperking van artikel 11 EVRM daarentegen in principe gerechtvaardigd ter bescherming van de in artikel 11 lid 2 EVRM

66 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 145 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

67 EHRM 24 maart 2011, 23458/02, par. 251 (*Giuliani en Gaggio/Italië*); EHRM 5 december 2006, 74552/01, par. 39 (*Oya Ataman/Turkije*).

genoemde legitieme doelen, namelijk de preventie van strafbare feiten en de bescherming van de rechten van anderen.⁶⁸ Ook hier laat het EHRM weinig ruimte voor twijfel: indien geweld wordt gebruikt, is strafrechtelijk optreden en het beperken van het demonstratierecht dus in de regel gerechtvaardigd. Opnieuw lijkt het EHRM dus een absolute grens te trekken bij geweld.

De manier waarop het EHRM zich in deze uitspraken uitlaat over het gebruik van geweld, is steeds zo stellig dat het EHRM geweld buiten de sleutel van laakbaarheid lijkt te willen plaatsen. Waar andere gedragingen – zoals uit de hiernavolgende paragrafen zal blijken – steeds worden betrokken in een proportionaliteitstoets waarbij het EHRM zoekt naar een doorslaggevende factor zoekt voor de vraag of een gedraging laakbaar is, lijkt een dergelijke afweging bij de categorie van geweld (tegen personen) niet nodig. Het EHRM valt steeds terug op een “ja, tenzij”-redenering door te stellen dat staten tolerant moeten zijn ten aanzien van demonstraties, tenzij er geweld wordt gebruikt. In deze “ja, tenzij”-redenering wordt bovendien telkens betrokken dat demonstraties een groot goed zijn. Deze strenge beoordeling van geweld door het EHRM houdt wellicht verband met het gegeven dat het EHRM geweld op één lijn stelt met antidemocratische gedragingen. In *Kudrevičius e.a./Litouwen* oordeelde het EHRM immers dat het gebruiken van geweld tijdens een demonstratie een manier is waarop de democratische beginselen worden verworpen. De ratio achter deze buitencategorisering van geweld lijkt dan ook te zijn dat het democratische demonstratierecht niet mag worden uitgeoefend met antidemocratische middelen zoals geweld.

5.2 Aanzetten tot geweld

Naast het gebruik van geweld, wordt ook het aanzetten van anderen tot geweld door het EHRM in de hoofdregel als laakbaar bestempeld. In onder andere *Schwabe en M.G./Duitsland* en *Osmani e.a./ de voormalig Joegoslavische republiek Macedonië*, voegt het EHRM toe dat ook het aanzetten tot geweld op zichzelf als laakbaar wordt gezien.⁶⁹ In eerstgenoemde uitspraak stelt het EHRM dat nationale autoriteiten meer beoordelingsruimte hebben om de vrijheid van meningsuiting – die ten grondslag ligt aan het demonstratierecht – te beperken wanneer sprake is van aanzetten tot geweld tegen een individu, een groep of een ambtenaar.⁷⁰ Deze redenering sluit aan bij de redenering van het Hof ten aanzien van daadwerkelijk gebruik van geweld en wekt dus de indruk dat het Hof het aanzetten tot geweld in dezelfde categorie plaatst als het gebruik ervan. Het Hof stelt wederom vast dat staten normaal gesproken weinig ruimte hebben om de vrijheid van meningsuiting te beperken, maar plaatst daar vervolgens tegenover dat deze ruimte toeneemt zodra er is aangezet tot geweld.⁷¹ In *Osmani e.a./het voormalig Joegoslavisch republiek Macedonië* ging het om de vraag of een burgemeester met zijn uitlatingen en gedragingen had aangezet tot het gebruik van (gewapend) geweld tegen de politie. Het gewapende geweld had geleid tot dodelijke slachtoffers, gewonden en materiële schade.⁷² Het Hof benadrukte dat de vrijheid

68 EHRM 24 maart 2011, 23458/02, par. 251 (*Giuliani en Gaggio/Italië*).

69 Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 24.

70 EHRM 1 december 2011, 8080/08 en 8577/08, par. 113 (*Schwabe en M.G./Duitsland*); Council of Europe & European Court of Human Rights 2025 (*supra* noot 16), p. 24.

71 EHRM 1 december 2011, 8080/08 en 8577/08, par. 113 (*Schwabe en M.G./Duitsland*).

72 EHRM 11 oktober 2001, 50841/99, onder A (*Osmani e.a./Voormalig Joegoslavisch Republiek van Macedonië*).

van meningsuiting en vereniging van groot belang is en dat beperkingen hiervan strikt moeten worden getoetst. Tegelijkertijd oordeelde het Hof echter wel dat de inhoud van de uitlatingen moest worden beoordeeld om de vraag te kunnen beantwoorden of de uitlatingen van de burgemeester hadden aangezet tot geweld.⁷³ Uit deze redenering van het Hof volgt de conclusie dat ook aanzetten tot geweld door het EHRM in de regel als laakbaar wordt gezien en dat gedragingen en uitingen die aanzetten tot geweld anders behandeld mogen worden dan reguliere gedragingen en uitingen gedaan in de context van een demonstratie. Het EHRM maakt immers een onderscheid tussen gedragingen die terughoudend getoetst moeten worden enerzijds en gedragingen die aanzetten tot geweld anderzijds.

Het Hof oordeelde uiteindelijk dat de burgemeester een daadwerkelijke rol had gespeeld bij het veroorzaken van het geweld. Op basis hiervan oordeelde het Hof dat de nationale autoriteiten strafrechtelijk mochten optreden tegen de burgemeester in kwestie en dat er voldoende aanleiding was voor een veroordeling.⁷⁴ Hoewel aanzetten tot geweld *an sich* als laakbaar wordt beschouwd en het voor de laakbaarheidstoets niet redengevend is of dit gedrag daadwerkelijk tot geweld leidt, blijkt uit *Osmani e.a./het voormalig Joegoslavisch republiek Macedonië* wel een nuance. De daadwerkelijke consequenties spelen wel een rol in de proportionaliteitstoets.

Het feit dat geweld en het aanzetten daartoe de absolute bovengrens van laakbaarheid vormen is niet vreemd, nu uit de tekst van artikel 11 EVRM volgt dat alleen vreedzame protesten bescherming genieten. Uit het wettelijk kader bleek al dat demonstraties in hun geheel geen bescherming genieten van het EHRM, wanneer de demonstranten aantoonbare gewelddadige intenties hadden. Een trede lager bevindt zich kennelijk de situatie waarin demonstranten geen (bewijsbare) gewelddadige intenties hadden, maar er tijdens de demonstratie zelf dus wel gewelddadige feiten zijn gepleegd. Het Hof ziet dan geen ruimte voor het afkeuren van de gehele demonstratie, door deze buiten de reikwijdte van artikel 11 EVRM te laten vallen. De demonstratie zelf blijft dan dus beschermd. Tegelijkertijd beoordeelt het Hof het gedrag van de individuele geweldplegers wel als laakbaar, waardoor het geweld op een wijze alsnog wordt afgekeurd. Het strafrechtelijk optreden moet in die gevallen wel proportioneel zijn en de specifieke context van het geweld moet dus wel worden meegewogen, zoals uit *Barabano/Rusland* bleek. Wat betreft het aanzetten tot geweld volgt uit *Osmani e.a./het voormalig Joegoslavisch republiek Macedonië* dus ook dat de gevolgen van het handelen van de demonstrant moeten worden overwogen.

5.3 Geweld tegen goederen

Het EHRM spreekt in zijn uitspraken doorgaans over het afkeuren van *violence*, waarin geen onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen geweld tegen personen en geweld tegen goederen.⁷⁵ Dit impliceert dat geweld tegen goederen in de regel ook laakbaar is. Het EHRM is echter ten aanzien van geweld tegen goederen genuanceerder: niet iedere gedraging waarbij goederen zijn betrokken is dus per definitie laakbaar. De grens tussen laakbaar en niet-laakbaar geweld tegen

⁷³ EHRM 11 oktober 2001, 50841/99, onder 4c (*Osmani e.a./Voormalig Joegoslavisch Republiek van Macedonië*).

⁷⁴ EHRM 11 oktober 2001, 50841/99, onder 4c (*Osmani e.a./Voormalig Joegoslavisch Republiek van Macedonië*).

⁷⁵ Dit volgt uit de letterlijke bewoordingen die het EHRM gebruikt, die enkel spreekt over *violence*. Zie bijvoorbeeld EHRM 5 december 2006, 74552/01, par. 42 (*Oya Ataman/Turkije*); EHRM 24 maart 2011, 23458/02, par. 251 (*Giuliani en Gaggio/Italië*).

goederen is aan de orde in de uitspraak *Genov en Sabrinsk/Bulgarije*. Deze zaak betrof twee personen die een monument voor het hoofdkwartier van een politieke partij met graffiti hadden bespoten in roze en paars. Ook hadden zij hierop een politieke tekst geplaatst.⁷⁶ Het monument werd later schoongemaakt, maar het is niet bekend wie dit deed en hoeveel middelen hiervoor nodig waren.⁷⁷ Het Hof oordeelde dat in het geval van (publieke) monumenten strafrechtelijk optreden in principe gerechtvaardigd is wanneer het monument door de actie verwoest of beschadigd is geraakt.⁷⁸ Wanneer dit niet het geval is, kan die conclusie niet automatisch worden getrokken. In dat geval spelen andere factoren zoals de (sociale) waarde van het monument in kwestie, de waarden en ideeën die het monument vertegenwoordigt, de mate waarin het monument werd vereerd in de gemeenschap, de precieze aard van de ter discussie staande handeling, het idee daarachter en de boodschap die met het handelen gecommuniceerd werd.⁷⁹

In de zaak *Genov en Sabrinska/Bulgarije* was er door de graffiti echter wél schade aan het monument en stelde het Hof zich voor de vraag of de demonstranten het monument *irreversible harm*, oftewel onherstelbare schade, hebben toegebracht.⁸⁰ Hoewel de graffiti het monument visueel aantastte, was er volgens het Hof geen sprake van onherstelbare schade, nu de graffiti het monument zelf niet had beschadigd. Het kon immers volledig schoongemaakt worden en het was bovendien niet bewezen dat daarvoor een significante hoeveelheid middelen aangewend hoefde te worden.⁸¹

Uit deze uitspraak volgt dat het Hof een duidelijk onderscheid maakt tussen (publieke) monumenten en goederen die dat niet zijn en tussen (zonder de aanwending van significante middelen) herstelbare en onherstelbare schade. Bij het onderscheid tussen herstelbare en onherstelbare rol is daarbij belangrijk in hoeverre een significante hoeveelheid middelen moet worden ingezet om de schade ongedaan te maken.

De laakbaarheidsgrens wordt in deze uitspraak bovendien niet gehaald volgens het EHRM. Dat oordeel volgt, omdat volgens het EHRM niet is aangetoond dat er onherstelbare schade is toegebracht aan een publiek moment. De conclusie die hieruit kan worden getrokken is dat, wat goederen betreft, dat gedragingen pas laakbaar zijn wanneer zij onherstelbare schade toebrengen aan publieke momenten. Het feit dat vervolging en bestraffing voor het toebrengen aan schade aan niet-monumenten door het Hof minder snel als noodzakelijk in een democratische samenleving wordt gezien, en dus de beschadiging als minder verwerpelijk of laakbaar, volgt uit het feit dat het Hof een bijzondere betekenis toekent aan de beschadiging van monumenten. Het Hof oordeelt in *Genov en Sabrinska* dat bij de beschadiging van monumenten een rol speelt dat zij 1) doorgaans fysiek uniek zijn en een onderdeel uitmaken van het cultureel erfgoed van een samenleving en dat 2) in een democratische rechtsstaat de debatten rondom openbare monumenten worden opgelost via de daarvoor bestemde juridische kanalen en niet via geheime of gewelddadige middelen.⁸² Geconcludeerd kan worden dat bij goederen waarbij voorgaande punten geen rol spelen, de beschadiging ervan minder snel als laakbaar zou kunnen worden gezien.

76 EHRM 30 november 2021, 52358/15, par. 13 (*Genov en Sabrinska/Bulgarije*).

77 EHRM 30 november 2021, 52358/15, par. 17 (*Genov en Sabrinska/Bulgarije*).

78 EHRM 30 november 2021, 52358/15, par. 75 (*Genov en Sabrinska/Bulgarije*).

79 EHRM 30 november 2021, 52358/15, par. 76 (*Genov en Sabrinska/Bulgarije*).

80 EHRM 30 november 2021, 52358/15, par. 77-78 (*Genov en Sabrinska/Bulgarije*).

81 EHRM 30 november 2021, 52358/15, par. 78 (*Genov en Sabrinska/Bulgarije*).

82 EHRM 30 november 2021, 52358/15, par. 75 (*Genov en Sabrinska/Bulgarije*).

Uit de nuances die het Hof maakt ten aanzien van het geweld tegen goederen, in de uitspraak *Genov en Sabrinsk/Rusland*, volgt dat in het geval van geweld tegen goederen de gedragingen dus niet evident laakbaar zijn. Het enkele toepassen van geweld is niet doorslaggevend, maar andere factoren zoals de (on)herstelbaarheid van de schade die is aangericht. *Violence* omvat zuiver gezien dan ook alleen geweld tegen personen, wanneer *violence* als buitencategorie wordt gezien. Geweld tegen goederen bevindt zich een trede lager. Geweld tegen goederen is niet de enige categorie aan gedragingen waarin de laakbaarheid van de handeling niet als vanzelfsprekend wordt gezien door het EHRM. Hierna volgt dan ook de bespreking een drietal andere categorieën aan gedragingen waarbij de laakbaarheid niet evident is en het EHRM de gedragingen bij de beoordeling van de gedragingen laat afhangen van de concrete omstandigheden van de gedraging zelf.

6 Wegblokkades

De eerste categorie waarin deze minder eenduidige beoordeling aan de orde is, betreft de categorie wegblokkades een controversiële categorie. Het blokkeren van snelwegen en/of andere openbare wegen, is in principe een legitieme protestvorm en dus niet per definitie laakbaar.⁸³ Tegelijkertijd geldt dat wegblokkades door het EHRM streng worden getoetst. Het toetsingskader dat wordt toegepast volgt met name uit *Kudrevičius e.a./Litouwen*. Uit dit arrest blijkt dat ook gedragingen die niet gewelddadig zijn of aanzetten tot geweld, onder de noemer van laakbaarheid kunnen vallen. Bij wegblokkades speelt het volgens het EHRM namelijk primair een rol wat de schaal van de wegblokkade is en, als het om een grootschalige wegblokkade gaat, of deze een ernstige aantasting vormt van de rechten en belangen van anderen. In die gevallen staat het recht om te demonstreren op gespannen voet met het idee dat burgers op een normale manier gebruik moeten kunnen maken van de infrastructuur en met de verkeersveiligheid. De schaal wordt beoordeeld aan de hand van verschillende feitelijke gezichtspunten, zoals de feitelijk omvang van de wegblokkade en de eventuele aanwezigheid van bijkomstige, gevaarlijke gedragingen. Uit het toetsingskader kunnen naast de schaal echter ook andere gezichtspunten worden afgeleid, zoals de vraag of er ook minder ingrijpende middelen waren om het doel te bereiken. Deze factoren krijgen echter pas betekenis bij wegblokkades van aanzienlijke omvang en dienen, zoals wordt betoogd, dan ook niet ruimer worden toegepast.

6.1 De schaal van de wegblokkade

Wegblokkades als vorm van protest roepen in de praktijk veel ongenoegen op omdat ze tot verkeerschaos en gevaarlijke situaties kunnen leiden en dit ook geregeld doen. Zo heeft *Extinction Rebellion* de afgelopen jaren regelmatig de A12 geblokkeerd om te protesteren tegen de fossiele

⁸³ Zie onder meer EHRM 5 december 2006, 74552/01 (*Oya Ataman/Turkije*); EHRM 15 november 2007, 26986/03 (*Galstyan/Armenië*); EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, (*Kudrevičius e.a./Litouwen*); EHRM 16 januari 2025, 35834/22, par. 102 (*Bodson e.a./België*). Ook het VN-Mensenrechtencomité is hier duidelijk over, zie: VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 37 on Article 21 (Right on Peaceful Assembly)*, par 7.

industrie, waarbij het vaak meerdere uren duurde voordat de weg weer vrij was.⁸⁴ Ook in het kader van de boerenprotesten zijn de snelwegen diverse keren geblokkeerd, zoals in februari 2024. Meerdere snelwegen zijn toen geblokkeerd met tractoren en er zijn ook branden gesticht, wat leidde tot gevaarlijke situaties zoals voertuigbotsingen.⁸⁵

Het verwijt dat demonstranten die de (snel)weg blokkeren wordt gemaakt, is dat zij uit zijn op ernstige ontregeling van het maatschappelijk leven en dat zij daarmee de grenzen van het demonstratierecht overschrijden. Tegelijkertijd is een veelgehoord geluid dat demonstranten op deze manier moeten protesteren om hun politieke boodschap kracht bij te zetten, vooral wanneer andere demonstratievormen niet effectief zijn gebleken. Zo stelden betogers van *Extinction Rebellion* in reactie op de blokkade van de A12 in januari 2025: 'Wanneer de politiek faalt, is burgerlijke ongehoorzaamheid nodig. Daarom blokkeren wij vandaag de A12. De tijd van wachten is voorbij.'⁸⁶ Wegblokkades bevinden zich daarom bij uitstek op het spanningsveld tussen toelaatbaar demonstratiegedrag en laakbaar demonstratiegedrag.

Tegen deze achtergrond is het bij wegblokkades juridisch gezien van wezenlijk belang wat de fysieke omvang van de wegblokkade is en welke gevolgen zij heeft voor het verkeer. Hoe groter de impact immers is, hoe eerder sprake kan zijn van een intentionele en ernstige verstoring van de rechten en belangen van anderen. Dit blijkt uit de rechtspraak van het EHRM. In *Kudrevičius e.a./Litouwen* ging het om een boerenprotest tegen de prijzendaling van landbouwproducten en het uitblijven van toereikende subsidies.⁸⁷ In dat kader werden drie van de belangrijkste snelwegen voor meer dan 48 uur volledig geblokkeerd. Deze blokkades leidden tot langdurige verkeersontstoppingen, die volgens het EHRM aanzienlijke hinder voor goederentransport en particulier verkeer veroorzaakten.⁸⁸ Het Hof kwalificeerde deze acties als een 'opzettelijke en ernstige verstoring' die verder ging dan 'wat gebruikelijk is bij het normale uitoefenen van het recht op vreedzame vergadering' en achtte de daaruit voortvloeiende sancties verenigbaar met artikel 11 EVRM.⁸⁹ Het Hof zocht hierbij aansluiting bij de zaak *Barraco/Frankrijk*. In die zaak werd geoordeeld dat het herhaald volledig blokkeren van één snelweg tijdens een demonstratie die ongeveer vijf uur duurde en circa twee uur verkeershinder veroorzaakte de grenzen van het toelaatbare overschreed, temeer nu Barraco meerdere uren de gelegenheid had gekregen

84 Zo heeft de actiegroep in september 2023 bijna een maand lang elke dag de A12 geblokkeerd totdat er een Kamermotie was ingediend voor de afbouw van fossiele subsidies. Zie: 'XR stopt acties A12, Kamermeerderheid voor motie afbouwen fossiele subsidie', *NOS* 10 oktober 2023 beschikbaar via <https://nos.nl/artikel/2493572-xr-stopt-acties-a12-kamermeerderheid-voor-motie-afbouwen-fossiele-subsidie>. In september 2025 heeft de snelwegblokkade van de A12 ertoe geleid dat de A12 ter hoogte van de Utrechtsebaan uren stilstond en dat er 405 personen zijn gearresteerd. Zie: 'Utrechtsebaan na uren weer berijdbaar na blokkeeractie XR, 402 actievoerders aangehouden', *AD* 13 september 2025 beschikbaar via <https://www.ad.nl/binnenland/utrechtsebaan-na-uren-weer-berijdbaar-na-blokkeeractie-xr-402-actievoerders-aangehouden~abd3e2f8/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>.

85 S. Queckel, 'Eerste arrestaties na grimmige boerenacties: hulpverleners belaagd én in contact met asbest, politie schaal't op', *AD* 6 februari 2024 beschikbaar via <https://www.gelderlander.nl/binnenland/eerste-arrestaties-na-grimmige-boerenacties-hulpverleners-belaagd-en-in-contact-met-asbest-politie-schaalt-op~a69354df/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>.

86 'A12 Den Haag weer geopend na blokkade Extinction Rebellion: ruim vijfhonderd actievoerders aangehouden', *De Telegraaf* 5 april 2025 beschikbaar via telegraaf.nl/binnenland/a12-den-haag-weer-geopend-na-blokkade-extinction-rebellion-ruim-vijfhonderd-actievoerders-aangehouden/64079058.html#:~:text=XR%20demonstreerde%20om%20onvrede%20te,hen%20zijn%20inmiddels%20weer%20vrijgelaten.

87 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 13-22 en par. 161-165 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

88 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 169 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

89 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 173-174, par. 183 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

om op deze wijze te demonstreren.⁹⁰ Door deze vergelijking te maken benadrukte het Hof dat de gedragingen in *Kudrevičius e.a./Litouwen* des te meer als laakbaar kunnen worden aangemerkt.⁹¹

In *Bodson e.a./België* krijgt de schaal als gezichtspunt verdere invulling. Daar ging het om een snelwegblokkade die vijf uur duurde en een file van meer dan 400 kilometer veroorzaakte. Ook ging de snelwegblokkade gepaard met het opwerpen en in de brand steken van barricades.⁹² Het Hof benadrukte hier niet enkel de omvang, maar vooral het potentiële gevaar dat uitging van de snelwegblokkade.⁹³ Anders dan in *Kudrevičius e.a./Litouwen* werden de hulpdiensten belemmerd: er waren geen rijstroken beschikbaar voor ambulances.⁹⁴ Daarbij komt dat er rookvorming ontstond door de brandstichting.⁹⁵ Uit eerdere jurisprudentie van het EHRM valt bovendien af te leiden dat bij de beoordeling van de schaal ook meespeelt of er sprake is van een *volledige* of slechts een *gedeeltelijke* blokkade en in hoeverre de demonstranten de gelegenheid hebben gehad om hun standpunt kenbaar te maken. In *Barraco/Frankrijk* stelde het Hof vast dat het herhaald *volledig* blokkeren van één snelweg tijdens een protest van ongeveer vijf uur verder ging dan wat normaal is bij een demonstratie. Daarbij werd meegewogen dat de demonstranten gedurende meerdere uren hun boodschap konden overbrengen voordat de autoriteiten ingrepen.⁹⁶ Ook in een zaak waar een brug in Hongarije werd geblokkeerd, met ernstige verkeersontstopping in heel Boedapest tot gevolg, werd het volledige karakter van die blokkade vooropgesteld. Wederom werd meegewogen dat er een zekere mate van tolerantie vanuit de autoriteiten ging: pas na meerdere uren gingen zij over tot ontbinding van de demonstratie.⁹⁷

Uit deze rechtspraak volgt aldus dat de schaal van een wegblokkade wordt bepaald door een samenstel van factoren: 1) de fysieke omvang van de wegblokkade en de omvang van de hieruit voortvloeiende impact op het verkeer, 2) de aanwezigheid van bijkomende, gevaarlijke gedragingen, 3) het volledige of gedeeltelijke karakter van de wegblokkade en 4) de vraag of de demonstranten reeds voldoende gelegenheid hebben gehad om hun punt te maken. Wanneer een wegblokkade volledig is, meer dan vijf uur duurt, er honderden kilometers aan files zijn veroorzaakt, er daarnaast voorwerpen in de brand zijn gestoken en hulpdiensten er niet langs kunnen omdat de vluchtstrook is geblokkeerd, lijkt het gezien de hiervoor genoemde rechtspraak alleszins evident dat dit de stempel 'laakbaar' krijgt. Wat de precieze ondergrens is, is echter lastig te bepalen door het casuïstische karakter van de jurisprudentie. Het komt telkens aan op een feitelijke belangenafweging op basis van de hiervoor besproken factoren. Het EHRM geeft de relevante feiten van de wegblokkade bovendien niet altijd expliciet weer. Zo is in *Barraco/Frankrijk* onduidelijk hoe vaak de weg volledig werd geblokkeerd, hoe lang dit duurde en waar

90 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 172 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*); EHRM 5 maart 2009, 31684/05, par 47 (*Barraco/Frankrijk*).

91 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 173 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*); EHRM 5 maart 2009, 31684/05, par 47 (*Barraco/Frankrijk*).

92 EHRM 16 januari 2025, 35834/22, par. 6 (*Bodson e.a./België*).

93 EHRM 16 januari 2025, 35834/22, par. 97-114 (*Bodson e.a./België*).

94 EHRM 16 januari 2015, 35834/22, par. 98, 103-106, par. 112 (*Bodson e.a./België*).

95 EHRM 16 januari 2015, 35834/22, par. 31 (*Bodson e.a./België*).

96 EHRM 5 maart 2009, 31684/05, par. 5-17 en par. 47 (*Barraco/Frankrijk*) met verwijzing naar EHRM 7 oktober 2008, nr. 10346/05, par. 43 (*Eva Molnár/Hongarije*).

97 EHRM 15 december 2015, 41479/10, par. 40-41 (*Budaházy/Hongarije*).

de verkeershinder precies uit bestond.⁹⁸ Desondanks kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat laakbaarheid niet te snel aangenomen dient te worden bij een relatief beperkte wegblokkade. Denk bijvoorbeeld aan een wegblokkade die ‘slechts’ enkele uren duurt en een gedeeltelijk karakter heeft, waarbij de file lokaal is en niet veel langer duurt dan de blokkade zelf en er geen escalatie-elementen aanwezig zijn zoals brandstichting. In dat soort gevallen is de schaal naar ons inziens onvoldoende om te concluderen dat sprake is van een ernstige verstoring van het leven van anderen, hoewel het evenwel zeer vervelend is voor mensen die erdoor worden getroffen. Een uitzondering is als de wegblokkade zelf een excessieve omvang heeft, zoals in *Kudrevičius e.a./Litouwen*. Daar werden drie snelwegen langdurig geblokkeerd, waardoor de verkeershinder en de files meer dan 48 uur aanhielden. In een dergelijk geval zijn de overige factoren niet noodzakelijk om tot de conclusie te komen dat er sprake is van laakbaar handelen.

6.2 Het gebrek aan voorafgaande kennisgeving

Uit *Kudrevičius e.a./Litouwen* blijkt dat het gebrek aan voorafgaande kennisgeving een aanvullend gezichtspunt kan vormen bij de beoordeling van laakbaarheid wanneer er sprake is van een grootschalige wegblokkade. Het Hof merkte op dat Kudrevičius en de andere verzoekers geen melding hadden gemaakt van het verplaatsen van het boerenprotest van de aangewezen plekken naar de snelwegen. Bovendien beruste deze onaangekondigde verplaatsing volgens het EHRM niet op een dringende politieke noodzaak.⁹⁹ De ontevredenheid was immers verbonden aan aanhoudend politiek beleid dat al voor de vergunningverlening van de demonstratie bekend was. De ontevredenheid was dus niet terug te voeren op een plotselinge actie van de overheid.¹⁰⁰ Omdat de fysieke omvang van de blokkade en de hieruit voortvloeiende impact op het verkeer in *Kudrevičius e.a./Litouwen* extreem was, droeg het ontbreken van voorafgaande kennisgeving bij aan het verwijtbare karakter van de handeling. Juist omdat de actievoerders bereid waren om de weg te blokkeren totdat er politieke veranderingen in zouden treden, was het voor hen voorzienbaar dat dit tot ernstige verkeershinder zou leiden. In dat verband wordt hen impliciet verweten dat zij de autoriteiten niet vooraf op de hoogte hebben gesteld van hun plannen. De autoriteiten hadden hierdoor niet de mogelijkheid om te anticiperen op de grootschalige wegblokkade. Met andere woorden, dit gezichtspunt heeft pas betekenis in relatie tot de schaal van de wegblokkade. Hoe groter de schaal, hoe relevanter het wordt dat de demonstranten geen voorafgaande kennisgeving hebben geboden. Dat dit verzuim slechts een aanvullende rol heeft als er sprake is van een grootschalige wegblokkade, sluit bovendien aan bij het uitgangspunt dat de handhaving van formele regels geen doel op zich mag zijn.¹⁰¹ Wanneer sprake is van

⁹⁸ EHRM 5 maart 2009, 31684/05, (*Barraco/Frankrijk*).

⁹⁹ EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 166 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*). In eerdere jurisprudentie leidde de aanwezigheid van zo’n politieke noodzaak in het voordeel van de verzoeker, zij het dat er in die zaak enkel was nagelaten om kennis te geven van de demonstratie en er verder geen strafbare feiten werden gepleegd. Zie: EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 152 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*) met verwijzing naar EHRM 17 juli 2007, 25691/04, par. 36 (*Bukta e.a./Hongarije*).

¹⁰⁰ EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 166 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

¹⁰¹ EHRM 11 februari 2016, 69234/11, 69252/11, 69335/11, par. 79 (*Ibrahimov e.a./Azerbeidzjan*) met verwijzing naar EHRM 5 december 2006, 74552/01, par. 39 (*Oya Ataman/Turkije*).

een kleinschalige wegblokkade, zou de nadruk op het ontbreken van voorafgaande kennisgeving er namelijk toe leiden dat de handhaving van die formele regels wél een zelfstandig doel wordt. Als de wegblokkade van geringe omvang is dan kunnen er immers geen ernstige gevolgen voor het leven van anderen worden aangenomen. In de Nederlandse rechtspraak moet dan ook niet te veel gewicht worden gehangen aan het gebrek aan voorafgaande kennisgeving.

6.3 Subsidiariteit

Opvallend is dat het EHRM in het kader van wegblokkades in een aantal zaken expliciet benadrukt dat er ook andere, minder ingrijpende en legale middelen beschikbaar waren (zoals het procederen bij de bestuursrechter) om het doel van de demonstratie te bereiken.¹⁰² Dit veronderstelt dat een demonstrant pas over mag gaan tot een grootschalige wegblokkade wanneer alle minder ingrijpende middelen zijn benut. Dit is een sterk normatief gezichtspunt dat niet terug lijkt te komen bij andere categorieën. Het belang van eventuele alternatieve opties lijkt wederom pas relevant te zijn in relatie tot de schaal van de wegblokkade. Van alle onderzochte zaken, inclusief de daarin aangehaalde jurisprudentie, komen alternatieve opties uitsluitend aan de orde in *Kudrevičius e.a./Litouwen* en *Bodson e.a./België*, waarin grootschalige wegblokkades centraal stonden. In *Bodson e.a./België*, waarbij een file van 400 kilometer werd veroorzaakt, oordeelde het Hof als volgt:

‘Het Hof moet de belangrijke en soms zeer ernstige gevolgen van een totale blokkade van een grote snelweg voor andere, niet-betrokken personen niet uit het oog verliezen, met name met betrekking tot de door het Verdrag gegarandeerde rechten, aangezien deze gevolgen verder gaan dan het ongemak dat elk openbare demonstratie kan veroorzaken (...).’¹⁰³

Daarmee krijgt het laakbaarheidsbegrip een bredere maatschappelijke dimensie omdat de nadruk komt te liggen op het effect van dat handelen op de samenleving in zijn geheel, waaronder dus ook het belang om zonder al te veel hinder gebruik te kunnen maken van het verkeer valt.¹⁰⁴

Vanwege deze bredere, maatschappelijke dimensie is het begrijpelijk dat in de rechtspraak bij wegblokkades aandacht wordt geschonken aan de gevolgen voor medeburgers. Tegelijkertijd moet ervoor worden gewaakt dat de subsidiariteit een zelfstandige, normatieve rol gaat spelen bij kleinere wegblokkades of – als dit verder wordt doorgetrokken – bij andere demonstratievormen. Een toenemende aandacht voor de alternatieven die de demonstrant zou hebben is immers moeilijk te verenigen met het uitgangspunt dat een wegblokkade een legitieme protestvorm is.¹⁰⁵ Bovendien ligt hierin de veronderstelling besloten dat minder ingrijpende middelen daad-

102 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 168 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*); EHRM 16 januari 2015, 35834/22, par. 102 (*Bodson e.a./België*).

103 EHRM 16 januari 2015, 35834/22, par. 105 (*Bodson e.a./België*).

104 Zie: M. Mishra, ‘Legitimate’ Protest in European Human Rights Law: A Critical Reconstruction’, *Cambridge Law Review* 2022/2, p. 34-37. Hiermee lijkt afgestapt te worden van de laakbaarheidstoets in EHRM 26 april 1991, 11800/85, par. 53 (*Ezelin/Frankrijk*). Hier benadrukte het Hof dat artikel 11 EVRM pas kan worden beperkt wanneer een individu een laakbare gedraging pleegt, waarbij de focus ligt op de handeling zelf. In *Kudrevičius e.a./Litouwen* lijkt de nadruk echter meer te liggen op het effect van dat handelen op de samenleving in zijn geheel.

105 VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 37 on Article 21 (Right on Peaceful Assembly)*, par 7.

werkelijk effectief zouden zijn geweest, terwijl juist het uitblijven van effectiviteit vaak als reden wordt aangevoerd voor de opschaling naar een wegblokkade.¹⁰⁶ Het subsidiariteitsvereiste kan naar onze mening daarom slechts meewegen als context bij grootschalige wegblokkades – en dus niet als een zelfstandige en zwaarwegende factor.

6.4 Doelbewuste verkeersontstopping of slechts een neveneffect?

In het toetsingskader komt ook de vraag aan de orde of de verkeersontstopping doelbewust werd veroorzaakt, dan wel of dit slechts een neveneffect van de demonstratie was. In *Kudrevičius e.a./Litouwen* protesteerden boeren tegen het landbouwbeleid in Litouwen en oordeelde het EHRM dat de hevige gevolgen voor het verkeer voorzienbaar waren voor de demonstranten. Die voorzienbare verkeersontstoppingen werden bewust ingezet om druk uit te oefenen op de overheid. Door de snelwegen op te gaan, hoopten de demonstranten dat de overheid akkoord zou gaan met de landbouwsubsidies. Dat de demonstranten beoogden verkeershinder te veroorzaken en dat dit dus een doel op zich was, blijkt volgens het Hof uit het feit dat zij de wegblokkade direct beëindigden nadat zij succes hadden geboekt in de onderhandelingen.¹⁰⁷ Het Hof redeneerde dat in die omstandigheden geen sprake was van een onbedoeld neveneffect van een demonstratie, hetgeen nog wel binnen de grenzen van het toelaatbare zou vallen.¹⁰⁸ Evenals het ontbreken van voorafgaande kennisgeving en het subsidiariteitsvereiste, krijgt ook dit gezichtspunt pas betekenis wanneer de wegblokkade van een aanzienlijke schaal is. Zo komt dit in *Bodson e.a./België* tot uitdrukking door middel van de stevige bewoording dat het ging om het kwaadwillend, ernstig verstoren van het verkeer.¹⁰⁹ Die conclusie vloeide rechtstreeks voort uit het feit dat de snelwegblokkade vijf uur duurde, circa 400 kilometer file veroorzaakte en dat noodhulpdiensten werden belemmerd. Wanneer een blokkade daarentegen kort duurt en geen ingrijpende impact heeft op het wegverkeer, zal het feit dat de demonstrant wel een hevige impact voor ogen had niet redengevend zijn.

Bij dit gezichtspunt kunnen evenwel kanttekeningen worden geplaatst. Door het veroorzaken van verkeersontstoppingen als een zelfstandig doel te kwalificeren, lijkt het EHRM dit te ontkoppelen van het achterliggende politieke doel. Daarmee wekt het Hof de indruk dat het beogen van een grootschalige wegblokkade niet langer slechts een middel is om een politiek doel te bereiken, maar een zelfstandig en problematisch na te streven doel. Deze benadering kan echter ook anders worden begrepen. Het feit dat de wegblokkade in *Kudrevičius e.a./Litouwen* wordt ingezet om landbouwsubsidies af te dwingen en de overheid hiertoe ook daadwerkelijk overging na 48 uur aan wegblokkade, toont bijvoorbeeld juist aan dat het veroorzaken van een grote verkeersontstopping sterk verbonden en dienstig is aan het politieke doel. In die zin is het veroorzaken van verkeershinder niet los te zien van het politieke doel, maar daaraan ondergeschikt.

Nu dit gezichtspunt – net als het gebrek aan voorafgaande kennisgeving en subsidiariteit – geen zelfstandige norm lijkt te vormen en dus slechts context biedt bij grootschalige demonstra-

106 A.L.J.J. Hendrix & T.J. Scholten, 'Ongehoorzaam, doch rechtsgetrouw', in: B. Aarrass e.a. (red.), *De orde overzien. Opstellen voor prof.mr. A.E. Schilder*, Deventer: Wolters Kluwer 2025, par. 5.1.

107 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 13-22 en par. 170 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

108 EHRM 15 oktober 2015, 37553/05, par. 13-22 en par. 171 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*).

109 EHRM 16 januari 2015, 35834/22, par. 31 en 98 (*Bodson e.a./België*).

ties, lijkt dit kritiekpunt wellicht wat theoretisch. Ten aanzien van wegblokkades valt echter op dat het EHRM normatieve opvattingen als deze betreft in de noodzakelijkheidstoets, wat suggereert dat het EHRM in zijn algemeenheid erg kritisch is op deze protestvorm. De noodzakelijkheidstoets ziet dan niet enkel op de ernstige gevolgen voor het leven van anderen, maar raakt ook aan de vraag of een wegblokkade *an sich* een legitieme protestvorm is.¹¹⁰ Het EHRM zou deze spanning kunnen vermijden door in de noodzakelijkheidstoets uitsluitend in te gaan op de feiten en omstandigheden die maken dat een specifieke wegblokkade verdergaat dan wat bij een demonstratie in redelijkheid mag worden verwacht. De nadruk dient daarbij te liggen op de schaal en concrete impact van de wegblokkade (zie paragraaf 6.1.) en dus op feitelijke aspecten en niet op de afkeuring van zaken die inherent zijn aan wegblokkades als vorm van burgerlijke ongehoorzaamheid.¹¹¹ Het laakbaarheidsbegrip is met *Kudrevičius e.a./ Litouwen* reeds verruimd in die zin dat laakbaarheid niet pas aan de orde is als er sprake is van gewelddadig handelen. Indien in de noodzakelijkheidstoets daarnaast ook normatieve waardeoordelen over deze protestvorm worden betrokken, bestaat het risico dat dit onbedoeld doorwerkt in de nationale feitenrechtspraak, nog voordat de schaal en de gevolgen van de wegblokkade zijn vastgesteld. De Nederlandse feitenrechtspraak dient hiervoor waakzaam te zijn en, voor zover de doelbewustheid van het handelen wordt meegewogen, dit uitsluitend te doen bij evidente excessen. Hieronder verstaan wij wegblokkades waarin de ernst van de gevolgen voor derden zodanig is dat handhavend optreden zwaarder moet wegen dan het onbestraft laten van de demonstratie, bijvoorbeeld wanneer er gevaarzettend wordt gehandeld of als de wegblokkade dagen duurt. Daarbij dient steeds in het achterhoofd gehouden te worden dat een wegblokkade een legitieme protestvorm is en dus evenzogoed bescherming verdient onder artikel 11 EVRM. Te veel schaven aan dat idee kan negatief uitpakken voor het laakbaarheidsbegrip, in die zin dat het laakbaarheidsbegrip daarmee potentieel wordt verruimd tot een abstract moreel oordeel.

7 Essentiële diensten en overheidstaken

Een volgende categorie aan gedragingen waarover het EHRM zich geregeld uitspreekt is de bestorming en/of blokkade van gebouwen waarin essentiële publieke diensten worden uitgevoerd, zoals ziekenhuizen en gerechtsgebouwen en overheidsgebouwen. Deze gebouwen worden in het vervolg van deze bijdrage tezamen aangeduid als publieke nutsgebouwen.

De analyse van de jurisprudentie van het EHRM over deze categorie aan gedragingen is opvallend. Het Hof is in deze jurisprudentie namelijk veel concreter over de invulling van het begrip laakbaarheid en geeft concrete aanwijzingen voor welke gedragingen niet laakbaar zijn en welke gedragingen de laakbaarheidsgrens wel halen.

Het Hof schetst daarbij twee algemene uitgangspunten. Ten eerste dienen gedragingen op de openbare weg altijd terughoudend te worden beoordeeld omdat er rekening mee moet worden

¹¹⁰ De afkeuring van burgerlijke ongehoorzaamheid lijkt ook in de Nederlandse feitenrechtspraak betrokken te worden in de proportionaliteitstoets, zij het dat dit afgeleid wordt uit zaken waarin lokaalvredebreuk aan de orde is. Zie Hendrix & Scholten 2025 (*supra* noot 107), par. 5.2 met verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1888 en Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1359, m.nt. B. Arentz.

¹¹¹ Dat wegblokkades een vorm zijn van burgerlijke ongehoorzaamheid blijkt ook uit Hendrix & Scholten 2025 (*supra* noot 107), par. 5.2.

gehouden dat gedragingen op de openbare weg altijd enige mate van hinder, overlast en ongemak mogen veroorzaken. Het Hof refereert hiermee naar zijn algemene opvatting over normaal demonstratiegedrag, welke niet als laakbaar kan worden aangemerkt. Ten tweede vult het Hof in dat laakbaarheid aan de orde is wanneer de gedragingen binnen of buiten publieke nutsgebouwen ertoe leiden dat de normale taakuitoefening van deze gebouwen wordt verstoord, in die zin dat de publieke dienst niet meer geleverd kan worden of de taak niet meer kan worden uitgeoefend. Het Hof formuleert hier dus heel concreet wat er moet gebeuren voordat een gedraging binnen of buiten een publieknutsgebouw als laakbaar kan worden gekwalificeerd. Voor zover de normale taakuitoefening van de publieke nutsgebouwen niet wordt verstoord, kan het gedrag hooguit dus als hinderlijk worden bestempeld, hetgeen te verwachten is bij demonstraties en onder normaal demonstratiegedrag valt.

Daarbij volgt uit de concrete uitspraken dat deze laakbaarheidsgrens eerder wordt gehaald bij gedragingen die zich binnenin publieke nutsgebouwen afspelen dan bij gedragingen die buiten plaatsvinden.

7.1 Blokkades

In een tweetal geanalyseerde uitspraken spreekt het EHRM zich uit over de blokkades van publieke nutsgebouwen, waarmee wordt bedoeld dat de demonstranten zich ophielden voor of in de buurt van de gebouwen. In *Yilmaz Yildiz e.a./Turkije*, stond een groep demonstranten centraal die zich had opgehouden voor de ingang van een ziekenhuis, daar een persconferentie gaf en bevelen van de politie om weg te gaan negeerde.¹¹² Het Hof overwoog daartoe dat de demonstranten zich hadden verzameld buiten de door de autoriteiten toegelaten plekken met de intentie om te demonstreren over een kwestie van algemeen belang. Het Hof overweegt daarbij dat de demonstranten vreedzaam hadden gedemonstreerd en dat zij de toegang tot het ziekenhuis niet hadden verhinderd. De demonstranten hadden steeds bezoekers toegelaten tot het ziekenhuis.¹¹³

Het Hof oordeelde dat de vervolging en beboeting van deze demonstranten een inbreuk vormde op artikel 11 EVRM.¹¹⁴ Het Hof oordeelde in algemene zin dat een demonstratie op een publieke plek, ofwel de openbare weg, altijd enige mate van hinder aan het normale leven veroorzaakt en dat dit in de regel ook moet worden getolereerd.¹¹⁵ De redenering van het Hof dat demonstraties op de openbare weg enige mate van hinder moeten kunnen veroorzaken, maakte dat moest worden bekeken of er iets anders was dat de gedraging laakbaar maakte. Het Hof overwoog in het voordeel van de demonstranten dat de demonstratie vreedzaam – dus zonder geweld – was verlopen en dat de toegang tot het ziekenhuis niet was verhinderd. Dat het EHRM het gebruik van geweld als laakbaar ziet, was reeds bekend. Opvallender is dat het EHRM tijd besteed aan het feit dat de demonstranten de ingang van het ziekenhuis niet volledig hadden geblokkeerd en dat bezoekers nog steeds in staat waren geweest naar binnen

¹¹² EHRM 14 oktober 2014, 4524/06, par. 7-9, 11 en 44 (*Yilmaz Yildiz e.a./Turkije*).

¹¹³ EHRM 14 oktober 2014, 4524/06, par. 43 (*Yilmaz Yildiz e.a./Turkije*).

¹¹⁴ EHRM 14 oktober 2014, 4524/06, par. 49 (*Yilmaz Yildiz e.a./Turkije*).

¹¹⁵ EHRM 14 oktober 2014, 4524/06, par. 45 (*Yilmaz Yildiz e.a./Turkije*).

en buiten te kunnen.¹¹⁶ Door dit gegeven te betrekken in de vraag of de gedraging laakbaar is geweest, hint het EHRM er dus op dat het blokkeren van de toegang tot een publiek nutsgebouw zoals een ziekenhuis dus potentieel laakbaar is.

In *Bumbes/Roemenië* zag het Hof echter zo weinig concrete dreiging voor het functioneren van het overheidsgebouw in de buurt waarvan de demonstratie plaatsvond, dat het weer volstond met verwijzing naar de algemene regels over demonstraties in de openbare ruimte. In deze zaak werd een groep van vier demonstranten beboet door de politie omdat de groep zichzelf had vastgeketend aan de slagboom van de parkeerplaats van een overheidsgebouw, waardoor de toegang tot deze parkeerplaats was geblokkeerd.¹¹⁷ Tijdens hun demonstratie hielden zij protestborden in de lucht. Het feit dat de demonstranten op een openbare plek protesteerden, maar zo snel van de plek zijn verwijderd dat zij bijna geen tijd hadden gehad om hun meningen te uiten en vervolgens gearresteerd en beboet waren, maakt dat Het Hof zich genoodzaakt voelt om de uitgangspunten van artikel 11 EVRM en het belang daarvan nogmaals op te sommen.¹¹⁸ Het Hof benadrukt daarbij dat het handhaven van de formele regels rondom demonstraties, zoals de plicht de demonstratie vooraf aan te melden, geen doel op zich mag worden.¹¹⁹ De autoriteiten hadden zich te veel vastgehouden aan deze formele regels, terwijl bekeken had moeten worden of de demonstranten met hun handelen daadwerkelijk voor enige verstoring hadden gezorgd. Dat was niet was gebeurd, waardoor ook niet was aangetoond dat er sprake was van laakbaarheid.¹²⁰ Hoewel het Hof verschillende factoren de revue doet passeren, zoals de locatie van de demonstratie en de vraag of de demonstranten voldoende tijd was geboden om hun punt te maken, valt het Hof dus uiteindelijk vooral over het feit dat niet was aangetoond of de demonstranten daadwerkelijk voor enige opschudding of verstoring hadden gezorgd.

Het EHRM herhaalt in laatstgenoemde twee uitspraken zijn algemene standpunt dat gedragingen op de openbare weg altijd enige verstoring kunnen verzorgen en dat zij pas laakbaar zijn op het moment dat er verder wordt gegaan dan bij een normale demonstratie op de openbare weg kan worden verwacht. In *Bumbes/Roemenië* ziet het Hof vervolgens geen omstandigheden die de demonstratie op de openbare weg laakbaar konden maken. Het enkele weigeren te voldoen aan de bevelen van de politie, was hiervoor in ieder geval niet voldoende. Dit is een herhaling van het al gekende feit dat het niet naleven van formele regels onvoldoende is voor het afkappen van een demonstratie. In *Yilmaz Yildiz e.a./Turkije* doet het Hof echter een opzet om te formuleren wat ten aanzien van demonstraties op de openbare weg rondom publieke nutsgebouwen wel als laakbaar kan gelden. In deze zaak oordeelde het Hof onder andere dat laakbaarheid niet aan de orde was, omdat de demonstranten in deze zaak de bezoekers de toegang tot het ziekenhuis niet hadden verhinderd. Hierin ligt besloten dat het blokkeren van de ingang van een ziekenhuis, potentieel wel laakbaar is. De normale taakuitoefening van publieke nutsgebouwen als criterium bestond al ten aanzien van bestormingen en bezettingen, oftewel gedragingen die binnen publieke nutsgebouwen plaatsvonden.

116 EHRM 14 oktober 2014, 4524/06, par. 43 (*Yilmaz Yildiz e.a./Turkije*).

117 EHRM 3 mei 2022, 18079/15, par. 8 (*Bumbes/Roemenië*).

118 EHRM 3 mei 2022, 18079/15, par. 93 (*Bumbes/Roemenië*).

119 EHRM 3 mei 2022, 18079/15, par. 94 (*Bumbes/Roemenië*).

120 EHRM 3 mei 2022, 18079/15, par. 96-97 (*Bumbes/Roemenië*).

7.2 Bezettingen en bestormingen

In de zaak *Ekrem Can e.a./Turkije* beoordeelde het EHRM de bezetting van een gerechtsgebouw. Een groep van 23 personen, waaronder de verzoekers, was een gerechtsgebouw binnengegaan en had zichzelf opgesloten in een gang door metalen kasten voor de deuren te schuiven. In deze gang bevonden zich de griffie, verschillende verhoorkamers en rechtszalen.¹²¹ Ten tijde van de bezetting waren daar bovendien meerdere burgers en rechtbankmedewerkers aanwezig.¹²² De demonstranten schreeuwden leuzen, hingen een spandoek uit een raam op de gang en gooiden via dit raam verschillende pamfletten naar buiten.¹²³ De bezetting duurde ongeveer een uur, totdat de politie binnen kon dringen en een einde kon maken aan het protest. Het gedrag van de demonstranten had er toen al voor gezorgd dat verschillende zittingen die gepland stonden niet door konden gaan.¹²⁴ Het Hof concludeerde dat het politieoptreden noodzakelijk was. Het oordeelde dat de manier waarop de demonstranten hun demonstratie vormgaven niet alleen de openbare veiligheid verstoorde en een risico vormde voor de bescherming van de rechten en belangen van anderen die zich in het gerechtsgebouw bevonden, maar ook een essentiële publieke dienst – oftewel de ‘ordelijke rechtsbedeling’ had verstoord.¹²⁵ Hoewel het Hof de gedragingen niet expliciet als laakbaar kwalificeerde, kan er wel uit de overwegingen worden afgeleid dat het gedrag als zodanig moet worden beschouwd. De ernstige verstoring van de ordelijke rechtsbedeling rechtvaardigt volgens het Hof dezelfde conclusie als die bij laakbare gedragingen wordt getrokken: het normale werd verstoord op een wijze die verdergaat dan wat gebruikelijk is bij demonstraties.¹²⁶ Dit komt overeen met de kerndefinitie van laakbaarheid. In het geval de essentiële dienstlevering wordt verstoord, komt aan staten een ruimere beoordelingsmarge toe om te beoordelen of zij strafrechtelijk moeten ingrijpen.¹²⁷ Hoewel het Hof meerdere factoren meeweegt, lijkt de ernst van de verstoring van de essentiële publieke dienst doorslaggevend voor het oordeel dat dit gedrag laakbaar is.

In *Taranenko/Rusland* oordeelt het EHRM op een soortgelijke wijze over de bezetting van een overheidsgebouw. Deze uitspraak draaide om de bezetting van de receptiehal van het presidentiële regeringsgebouw, waarbij een groep demonstranten zich had opgesloten in een kantoor in deze hal.¹²⁸ Het Hof overwoog dat het gebouw weliswaar open was voor publiek, maar dat de demonstranten de toegangsprocedure niet hadden nageleefd. Zij passeerden namelijk de beveiliging, schreven zich niet in bij de receptie en wachtten niet in de rij om hun petitie in te dienen. In plaats daarvan hadden de demonstranten het gebouw bestormd, een bewaker aan de kant geduwd en waren zij over meubilair heen gesprongen, waarna zij zich op hadden gesloten in het lege kantoor.¹²⁹ Het Hof oordeelde dat deze bestorming – mede gelet op de grote hoeveelheid demonstranten – de medewerkers en bezoekers van het gebouw vrees had

121 EHRM 8 maart 2022, 10613/10, par. 5 (*Ekrem Can/Turkije*).

122 EHRM 8 maart 2022, 10613/10, par. 5 (*Ekrem Can/Turkije*).

123 EHRM 8 maart 2022, 10613/10, par. 6 (*Ekrem Can/Turkije*).

124 EHRM 8 maart 2022, 10613/10, par. 1, par. 82 (*Ekrem Can/Turkije*).

125 EHRM 8 maart 2022, 10613/10, par. 90 (*Ekrem Can/Turkije*).

126 EHRM 8 maart 2022, 10613/10, par. 91 (*Ekrem Can/Turkije*).

127 EHRM 8 maart 2022, 10613/10, par. 91 (*Ekrem Can/Turkije*).

128 EHRM 15 mei 2014, 19554/05, par. 6 (*Taranenko/Rusland*).

129 EHRM 15 mei 2014, 19554/05, par. 79 (*Taranenko/Rusland*).

kunnen aanjagen en het functioneren van het overheidsgebouw had kunnen verstoren.¹³⁰ Het Hof zag hierin de rechtvaardiging voor het daaropvolgende politieoptreden. Hoewel het Hof dus ook meeweegt dat de medewerkers en overige bezoekers angst werd aangejaagd, speelde opnieuw een rol dat de normale taakuitoefening van het overheidsgebouw (potentieel) werd verstoord.

Dat een bezetting of bestorming niet laakbaar is indien het leveren van de essentiële dienst of de normale taakuitoefening van de overheid niet wordt verstoord, wordt zichtbaar in de uitspraak *Kári Orrason e.a./IJsland*. In deze uitspraak ging het om een groep demonstranten die de lobby van het IJslandse parlamentsgebouw binnenging tijdens een demonstratie en na sluitingstijd van het gebouw weigerden te vertrekken.¹³¹ De demonstranten werden uiteindelijk met de harde hand uit het parlamentsgebouw verwijderd.¹³² Het Hof oordeelde in niet mis te verstane bewoordingen dat de demonstranten in kwestie zich niet schuldig hadden gemaakt aan enig laakbaar gedrag en dat zij geen gedrag hadden vertoond dat intentioneel en ernstig de rechten en belangen van anderen had verstoord, hoewel het Hof om anderen redenen toch tot de conclusie kwam dat artikel 11 EVRM niet was geschonden.¹³³ De uitkomsten in de zaken *Ekrem Can/Turkije* en *Taranenko/Rusland* enerzijds en *Kári Orrason e.a./IJsland* anderzijds, lopen uiteen. Dit terwijl in al deze zaken een essentieel publiek gebouw of een overheidsgebouw werd bezet. Het verschil kan mogelijk worden verklaard door het feit dat in laatstgenoemde zaak de normale taakuitoefening van het parlement niet in het gedrang was gekomen. Er was enkel hinder veroorzaakt voor de medewerkers van het parlamentsgebouw.¹³⁴ Wat ook meegespeeld kan hebben is dat er, in tegenstelling tot het geval in *Taranenko/Rusland*, niet zozeer sprake was van een bestorming, maar enkel van een bezetting. In *Taranenko/Rusland* besteedt het Hof namelijk expliciet aandacht aan de manier waarop de demonstranten het gebouw betraden en lijkt de laakbaarheid van hun handelen vooral hierin te liggen. Het Hof overwoog immers dat het bestormen van het gebouw, het passeren van de veiligheidscontroles, het wegduwen van de beveiligers en het zich niet aanmelden bij de receptie of aandienen van hun initiatief vrees bij andere bezoekers kon aanjagen en de normale taakuitoefening van het gebouw kon verstoren. Het Hof lijkt meer coulant te tonen ten aanzien van bezettingen, dan ten aanzien van bestormingen. Het ligt in de rede om aan te nemen dat dit komt omdat bestormingen sneller de normale taakuitoefening of de levering van een essentiële dienst belemmeren, of vrees kunnen aanjagen bij reguliere bezoekers. Een bestorming die deze gevolgen niet heeft, is dan ook niet laakbaar.

Uit de voorgaande drie uitspraken volgt duidelijk dat het EHRM ten aanzien van publieke nutsgebouwen kijkt naar de vraag of de normale taakuitoefening of dienstverlening van het gebouw is verstoord of niet. Steeds worden de gedragingen laakbaar geacht wanneer zij de normale taakuitoefening verstoren of de serieuze potentie hadden om de normale taakuitoefening te verstoren. Het EHRM geeft door de introductie van de normale taakuitoefening als criterium een hele concrete en objectieve invulling aan het begrip laakbaarheid.

Uit de tegenstelling tussen enerzijds *Ekrem Can/Turkije* en *Taranenko/Rusland* en *Kári Orrason e.a./IJsland* anderzijds kan echter ook worden afgeleid dat de laakbaarheid van de gedragingen

130 EHRM 15 mei 2014, 19554/05, par. 79 (*Taranenko/Rusland*).

131 EHRM 27 mei 2025, 29791/21 e.a., par. 5-7 (*Kári Orrason e.a./IJsland*).

132 EHRM 27 mei 2025, 29791/21 e.a., par. 7 (*Kári Orrason e.a./IJsland*).

133 EHRM 27 mei 2025, 29791/21 e.a., par. 57 (*Kári Orrason e.a./IJsland*).

134 EHRM 27 mei 2025, 29791/21 e.a., par. 57 (*Kári Orrason e.a./IJsland*).

niet ligt in het feit dat het overheidsgebouw of de dienst is getroffen, maar in het gegeven dat de dienst niet leverbaar is of de taak niet uitvoerbaar wordt. In alle drie de zaken werd immers een publiek nutsgebouw getroffen, maar niet in alle drie deze zaken kwam het Hof tot de conclusie dat er laakbaar was gehandeld. De kern van het verwijt dat het Hof maakt aan de demonstranten in de twee eerstgenoemde zaken is dat de normale taakuitoefening werd verstoord. Wat daar laakbaar aan is, is het gegeven dat andere burgers daardoor geen gebruik meer kunnen maken van deze dienst. Laakbaarheid betreft immers de intentionele, ernstige verstoring van de rechten en belangen van anderen. Waar het belang enkel het (on)gemak is van de medewerkers van een overheidsgebouw of de bezetting van een overheidsgebouw neemt het EHRM geen laakbaarheid aan. Voor een bestorming of bezetting van een overheidsgebouw of een gebouw voor publieke dienstverlening geldt dus dat de laakbaarheid ontstaat wanneer de taak of dienst wordt verstoord, waardoor anderen geen gebruik meer kunnen maken van die taak of dienst. Deze laatste conclusie onderschrijft ook opnieuw waarom gedragingen die zich buiten publieke nutsgebouwen en op de openbare wegen, ofwel blokkades, minder snel laakbaar zijn dan gedragingen die erbinnen plaatsvinden, zoals bestormingen en bezettingen. Wanneer demonstranten buiten staan, is de kans dat de belangen van anderen worden geraakt kleiner dan in het geval de demonstranten zich binnen bevinden tussen de overige aanwezigen. Wanneer demonstranten buiten blijven is er immers meer mogelijkheid en gelegenheid om de taakuitoefening van het gebouw of dienstverlening op zijn normale beloop te laten

8 Beschermende kleding en uitrusting

De laatste categorie van gedragingen die af te leiden is uit de onderzochte rechtspraak van het EHRM, betreft het gebruik van beschermende kleding en uitrusting. Deze categorie is beduidend kleiner dan wegblokkades of de bestorming of blokkade van gebouwen, maar is niettemin noemenswaardig. Het demissionair kabinet wil bovendien een verbod invoeren op het dragen van gezichtsbedekkende kleding bij demonstraties, waardoor dit onderwerp ook uiterst actueel is.¹³⁵ Kijkend naar de rechtspraak van het EHRM kunnen in dit verband twee gezichtspunten worden onderscheiden. Ten eerste is van belang of van de kleding of beschermende uitrusting, objectief gezien, een agressie-uitlokkend effect uitgaat. Ten tweede speelt de vraag of de kleding of beschermende uitrusting wordt ingezet met de intentie om de identiteit van de demonstrant te verhullen.

8.1 Agressie-uitlokkende werking

In de recente uitspraak *Russ/Duitsland* staat de vraag centraal of het dragen van een zelfgemaakt plastic vizier tijdens een demonstratie als laakbaar kan worden aangemerkt. Het betrof een eenvoudig geconstrueerd vizier, bestaande uit een stukje plexiglas dat de demonstrant met een

¹³⁵ 'Verbod op gezichtsbedekkende kleding bij demonstraties', rijksoverheid.nl, 19 december 2025 beschikbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2025/12/19/verbod-op-gezichtsbedekkende-kleding-bij-demonstraties>; Wetsvoorstel Wijziging van de Wet openbare manifestaties in verband met de strafbaarstelling van het dragen van gezichtsbedekkende kleding bij demonstraties (*Kamerstukken II* 27674).

rubberen band om zijn hoofd had gebonden.¹³⁶ De Duitse rechter veroordeelde de demonstrant voor het dragen van een beschermend wapen, hetgeen strafbaar is onder Duits recht.¹³⁷ Het EHRM oordeelde echter dat deze veroordeling in strijd was met artikel 11 EVRM. Doorslaggevend was dat het gerechtshof geenszins had aangetoond dat het vizier een agressie-stimulerend effect had, waarmee een gevaar voor de openbare veiligheid zou zijn ontstaan. Het enkele feit dat de demonstratie als geheel was geëscaleerd tot geweld, achtte het Hof daartoe onvoldoende.¹³⁸ Hieruit volgt dat beschermende uitrusting slechts als laakbaar kan worden aangemerkt wanneer uit concrete kenmerken blijkt dat de demonstrant uit is op geweld of op het uitlokken hiervan. Bij een eenvoudig zelfgemaakt vizier dat met een rubber bandje om het hoofd van de demonstrant is gebonden ligt een dergelijke conclusie minder voor de hand dan bij professionele beschermingsmiddelen, zoals schilden, martial-artsuitrusting, stalen helmen of gasmaskers.¹³⁹ Nationale rechters dienen bij eenvoudige constructies een indringende, kritische beoordeling te maken, iets wat in *Russ/Duitsland* niet voldoende is gebeurd.¹⁴⁰ De constructie van de uitrusting is dus van belang voor de mate waarin het EHRM een kritische beoordeling verwacht. Hoewel het Hof in deze zaak expliciet spreekt over ‘protective weapons’ en dus over beschermende uitrusting, laat de redenering zich, naar het ons voorkomt, ook goed vertalen naar kledingstukken die in de context van een demonstratie een vergelijkbare functie of uitstraling hebben. Bepaalde kleding kan immers ook de vraag oproepen of daarvan een agressiestimulerend effect gaat, bijvoorbeeld wanneer demonstranten gekleed zijn in zwarte motorpakken.

Tegelijkertijd biedt de rechtspraak tot op heden slechts beperkt houvast voor de vraag welke concrete kenmerken doorslaggevend zijn bij de vaststelling dat een demonstrant bij deze protestvorm geweld zal gebruiken of daartoe wil aanzetten. Dit is deels te verklaren doordat *Russ/Duitsland* een unieke zaak betreft, in die zin dat het ontbreken van gewelddadige, verbale uitingen ertoe leidt dat de aandacht volledig uitgaat naar de uitrusting als bron voor mogelijk geweld. Voor demonstranten is deze onduidelijkheid niettemin problematisch. Zij kunnen immers niet ten alle tijden voorzien welke betekenis anderen toedichten aan hun uitrusting. Daarom dient de agressie-uitlokkende werking terughoudend te worden toegepast. Een te ruime uitleg brengt het risico met zich mee dat subjectieve overwegingen doorslaggevend worden geacht, terwijl het juist moet gaan om een feitelijke beoordeling. Ook zou hierbij aansluiting gevonden kunnen worden bij de wijze waarop het EHRM omgaat met shockerende uitingen die ambigu van aard zijn. Zoals in paragraaf 4.2. aan de orde is gesteld, is het enkele gegeven dat een uiting een ontwrichtend effect op de samenleving *zou kunnen* hebben onvoldoende. Naar analogie kan worden betoogd dat het feit dat een derde aanstoot *zou kunnen* nemen aan een bepaalde beschermende uitrusting, eveneens onvoldoende is.

136 EHRM 20 mei 2025, 44241/20, par 6 (*Russ/Duitsland*).

137 EHRM 20 mei 2025, 44241/20, par 10 (*Russ/Duitsland*).

138 EHRM 20 mei 2025, 44241/20, par. 52, 53 en 56 (*Russ/Duitsland*).

139 EHRM 20 mei 2025, 44241/20, par. 53 (*Russ/Duitsland*).

140 EHRM 20 mei 2025, 44241/20, par. 53 (*Russ/Duitsland*).

8.2 Kenbaarheid

Ibragimova/Rusland bespreekt een ander aspect van deze categorie: het bedekken van het gezicht. Het Hof maakt duidelijk dat het dragen van gezichtsbedekkende kleding op zichzelf niet laakbaar is zolang de demonstrant zich niet onttrekt aan identificatie. Het enkele feit dat iemand een bivakmuts draagt, zoals in *Ibragimova/Rusland* aan de orde was, rechtvaardigt dus geen sanctie. In de zaak zelf droeg Ibragimova een gebreide groene bivakmuts tijdens een vreedzame demonstratie tegen de veroordeling van de punkgroep Pussy Riot.¹⁴¹ Het Hof oordeelde dat artikel 11 EVRM was geschonden, met als voornaamste reden dat zij haar identiteit kenbaar had gemaakt aan een journalist en dat er verder niet was gebleken dat zij op enig moment had geweigerd haar identiteit kenbaar te maken.¹⁴² Daarbij komt dat de nationale rechter geen rekenschap heeft gegeven van het feit dat de groene bivakmuts verband hield met de reden van de demonstratie.¹⁴³ Dit impliceert dat kleding die duidelijk verband houdt met het protest minder aanleiding geeft om te veronderstellen dat de demonstrant diens identiteit wil verhullen. Voorts betreft het EHRM dat de demonstratie volledig vreedzaam was verlopen en dat er geen verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding bestond in Rusland.¹⁴⁴

Voor de feitenrechter biedt dit arrest een concreet aanknopingspunt: bij gezichtsbedekkende kleding moet de nadruk liggen op objectieve aanwijzingen dat iemand diens identiteit wil verhullen en gaat het dus niet om het dragen van een gezichtsbedekkend kleding *an sich*. Als een demonstrant een bivakmuts, balaclava, sjaal of een ander verhullend kledingstuk draagt maar vervolgens openheid geeft over wie diegene is, dan is er in lijn met deze uitspraak niets aan de hand. Ook deze redenering kan breder worden toegepast: beschermende uitrusting, zoals een harnas, kan eveneens gebruikt worden om de identiteit te verhullen, maar alleen als er concrete aanwijzingen zijn dat dat de bedoeling was. In de Nederlandse context is dit een relevant punt, omdat het eerder besproken wetsvoorstel van het demissionair kabinet momenteel een algemeen verbod op gezichtsbedekkende kleding bij demonstraties voorstelt. Net zoals bij beschermende kleding en uitrusting die potentieel ingezet kan worden om geweld uit te lokken, moet bij beschermende kleding en uitrusting die potentieel ingezet kan worden om de identiteit te verhullen dus goed gekeken worden naar de context waarin dit gebeurt. Wanneer het onduidelijk is of genoemde intentie erachter zit en/of er contra-indicaties voor het tegendeel zijn, dan wordt de drempel van laakbaarheid niet gehaald.

9 Conclusie

In de uitspraak *Ezelin/Frankrijk* introduceerde het EHRM het laakbaarheidsbegrip, zonder dit nader te definiëren. Dit terwijl er sindsdien veel opgehangen wordt aan dit begrip, namelijk

¹⁴¹ EHRM 30 augustus 2025, 68537/13, par. 5-7 (*Ibragimova/Rusland*).

¹⁴² EHRM 30 augustus 2022, 68537/13, par. 36 (*Ibragimova/Rusland*).

¹⁴³ EHRM 30 augustus 2022, 68537/13, par. 33 (*Ibragimova/Rusland*). Een simpele zoekslag op de punkband Pussy Riot laat zien dat deze band bekend staat om de kleurrijke bivakmutsen die zij dragen. Zie: 'Last-Minute Halloween Costume Idea: Don a Balaclava for Pussy Riot', amnestyusa, 29 oktober 2012 beschikbaar via <https://www.amnestyusa.org/blog/last-minute-halloween-costume-idea-don-a-balaclava-for-pussy-riot/>.

¹⁴⁴ EHRM 30 augustus 2022, 68537/13, par. 34 en 36 (*Ibragimova/Rusland*).

niets minder dan de ruimte die staten hebben om (strafrechtelijk) op te treden tegen demonstratiegedrag. Pas in 2015, in de uitspraak *Kudrevičius e.a./Litouwen*, definieerde het EHRM expliciet wat laakbaarheid inhoudt. Volgens deze definitie ziet laakbaarheid op gedragingen die een intentionele en ernstige verstoring vormen van de rechten en belangen van anderen. Deze definitie is echter open en normatief van aard, waardoor zij op zichzelf onvoldoende houvast biedt voor de beoordeling van concrete gedragingen. In de jurisprudentie van het EHRM heeft het laakbaarheidsbegrip verder moeten uitdijen: sinds *Kudrevičius e.a./Litouwen* wordt in de jurisprudentie van het EHRM verder invulling gegeven aan het begrip. Nu het EHRM zeer casuïstisch te werk gaat en de laakbaarheid van de gedraging altijd wordt betrokken in een proportionaliteitstoets, kunnen er op basis hiervan geen absolute uitspraken gedaan over wat het EHRM wel en niet toelaatbaar acht tijdens demonstraties. Voor de feitenrechter is het, vooral in de schemergebieden waarin het moeilijk is om te bepalen wat net wel en wat niet het toelaatbaar is, dan ook geen eenvoudige opgave om het concrete demonstratiegedrag te staven aan die jurisprudentie.

Een fundamenteel uitgangspunt bij de beoordeling van laakbaarheid dat in ieder geval enige houvast biedt, is dat het moet gaan om gedragingen die op enige manier uitstijgen boven het niveau van normaal demonstratiegedrag. Demonstraties veroorzaken naar hun aard altijd enige vorm hinder, overlast of ongemak. Dit wrijvende karakter is inherent aan hun doel: burgers hoorbaar maken op de momenten dat burgers zich via de 'normale' politieke wegen niet gehoord voelen. Dit vormt de ondergrens: gedragingen die tot op zekere hoogte vervelend zijn en zodoende binnen de grenzen van normaal demonstratiegedrag blijven. Om te bepalen of een gedraging laakbaar is, moet dan ook steeds worden afgevraagd wat het is aan de gedraging dat het potentieel excessief hinderlijk, overlastgevend of ongemakkelijk wordt. De analyse van verschillende type demonstratiegedragingen die in dit onderzoek uiteen zijn gezet, biedt daarvoor een scala aan gezichtspunten die meer duidelijkheid geven over de invulling van dit begrip.

Voordat deze gezichtspunten per type gedraging worden uitgewerkt, is het overzichtelijk om de uiterste grenzen van dit begrip in kaart te brengen. De gedragingen in het grijze gebied kunnen vervolgens telkens worden gerelateerd aan deze uiterste grenzen. Een duidelijke trend in de jurisprudentie is dan ook dat het EHRM een ondergrens hanteert van gedragingen die normaal en in beginsel toelaatbaar zijn, en een bovengrens van gedragingen die evident laakbaar zijn.

Het EHRM kwalificeert diverse gedragingen als normaal demonstratiegedrag. Hieronder valt in ieder geval het niet voldoen aan formele regels, zoals het niet naleven van de kennisgevingsplicht. Ook het doen van schokkende of vulgaire uitspraken tijdens demonstraties, lawaai maken, hongerstakingen en het gedogen van gedragingen van (te ver gaande) acties van andere demonstranten zijn in de regel normaal demonstratiegedrag. De belangrijke rol die het demonstratierecht in de democratische rechtsstaat vervult, maakt ook dat het noodzakelijk is dat het een en ander mag gebeuren tijdens een demonstratie zonder dat daar enige consequentie aan wordt verbonden. Dat deze gedragingen als normaal demonstratiegedrag worden gezien, maakt echter niet dat het ondenkbaar is dat zij onder bepaalde omstandigheden laakbaar zijn. Geluidsoverlast kan zo heftig en veelomvattend zijn dat hierdoor de laakbaarheidsgrens wel wordt gehaald. Onzes inziens dient echter voorzichtig te worden omgegaan met de verheffing van deze gedraging van normaal naar laakbaar demonstratiegedrag.

Bij de bovengrens horen gedragingen die evident laakbaar zijn. Dit betreft het gebruik van geweld tegen personen en het aanzetten tot geweld tegen personen. Dat dit de bovengrens vormt

is niet vreemd, nu geweld en het aanzetten daartoe tot aan *Kudrevičius e.a./Litouwen* de enige gedragingen waren die als laakbaar werden bestempeld. Het EHRM plaatst van meet af aan geweld en het aanzetten daartoe lijnrecht tegenover gedrag dat gedoogd moet worden. Ook wordt in dat verband telkens benadrukt dat enige tolerantie ten aanzien van demonstraties noodzakelijk is en dat staten niet zomaar mogen optreden, behoudens wanneer er geweld wordt gebruikt of daartoe wordt aangezet. Het EHRM stelt geweld en het aanzetten daartoe gelijk aan antidemocratische gedragingen en ziet hiervoor geen ruimte tijdens demonstraties. Dit is begrijpelijk omdat geweld tijdens een demonstratie in strijd is met de democratische beginselen die het recht op demonstratie juist probeert te beschermen. Geweld en het aanzetten daartoe zijn daarom evident laakbaar. Dit is bovendien in overeenstemming met het gegeven dat enkel vreedzame demonstraties onder de reikwijdte van artikel 11 EVRM vallen en dat demonstraties dus niet met gewelddadige intenties mogen worden georganiseerd. Demonstraties die met vreedzame intenties worden georganiseerd, maar toch uitlopen op geweld, vallen onder de bescherming van artikel 11 EVRM. Tegen dit geweld kan dan via de weg van laakbaarheid worden opgetreden. Ten aanzien van de (individuele) geweldplegers kan namelijk worden geoordeeld dat zij laakbaar hebben gehandeld en dat hún individuele demonstratierecht (tot op zekere hoogte) mocht worden beperkt.

Het EHRM maakt in haar woordkeuze van *violence* geen onderscheid tussen geweld tegen personen en tegen goederen, wat impliceert dat geweld tegen goederen op dezelfde manier beoordeeld moet worden. Uit de jurisprudentie blijkt echter een genuanceerder beeld. Het EHRM maakt een onderscheid tussen (relatief gemakkelijk) herstelbare schade en onherstelbare schade, waarbij alleen het veroorzaken van onherstelbare schade als laakbaar wordt beschouwd. Daarnaast hanteert het EHRM is ook strengere beoordeling van gedragingen gericht tegen monumenten dan tegen niet-monumenten. Hierbij speelt het argument dat de laakbaarheid van de vernieling van een monument mede voortvloeit uit het feit dat het een *publiek* goed betreft. Het is echter onduidelijk of het EHRM hiermee bedoelt dat enkel het toebrengen van onherstelbare schade aan publieke monumenten laakbaar is. Samen genomen wijzen deze gezichtspunten erop dat onherstelbaar geweld tegen publieke monumenten doorgaans als laakbaar wordt beschouwd, terwijl herstelbaar geweld tegen monumenten en onherstelbaar geweld tegen niet-monumenten niet automatisch laakbaar zijn.

Nu de onder- en bovengrens zijn vastgesteld, kan per categorie worden gekeken wat dat 'extra stapje' is dat een gedraging laakbaar maakt. Uit de selectie aan arresten kunnen drie belangrijke categorieën worden onderscheiden: 1) gedragingen in en rondom publieke nutsgebouwen, 2) het dragen van beschermende kleding en/of uitrusting en 3) wegblokkades.

Ten aanzien van 1) gedragingen in en rondom publieke nutsgebouwen lijkt het EHRM een specifiek criterium te hanteren dan het zuivere laakbaarheids criterium (ofwel: het intentioneel en ernstig verstoren van de rechten en belangen van anderen). Voor deze categorie geldt dat de demonstratie de normale taakuitoefening van het publieke nutsgebouw niet mag verstoren. Een gedraging kan dus als laakbaar worden beschouwd als hierdoor de normale taakuitoefening of de verleende dienst wel wordt verstoord. Hoewel dit criterium aansluit op het algemene criterium dat gedragingen het normale leven niet mogen verstoren, legt het EHRM bij deze categorie dus duidelijker uit wanneer de gedragingen het normale leven verstoren en dus laakbaar zijn. Louter hinderlijke gedragingen bij een publiek nutsgebouw zoals een overheidsgebouw of een ziekenhuis zijn niet laakbaar en de gedragingen worden pas laakbaar wanneer zij ervoor zorgen dat de overheid haar taken niet meer kan uitvoeren of dat een ziekenhuis geen

zorg kan verlenen. De kern van het verwijt ligt hier, naar het ons voorkomt, niet in het onvermogen van de instantie om haar taak uit te voeren, maar in de beperking voor andere burgers om er gebruik van te maken. Het blokkeren van een ziekenhuis is niet vervelend omdat het ziekenhuis geen zorg kan verlenen, maar omdat mensen geen zorg kunnen ontvangen. Deze lezing strookt in ieder geval beter bij de gedachte dat laakbaarheid ziet op de verstoring van het leven van anderen.

Het EHRM komt ten aanzien van gedragingen die buiten publieke nutsgebouwen plaatsvinden minder snel tot de conclusie dat er sprake is van laakbaar gedrag. Deze gedragingen vinden plaats op de openbare weg, waar volgens het EHRM hinder, overlast en ongemak tot op zekere hoogte moeten worden verwacht. Dat betekent evenwel niet dat laakbaarheid is uitgesloten. Ook in deze gevallen kan het gedrag laakbaar zijn, maar daarvoor is nodig dat het gedrag buiten de verstoring van de normale taakuitoefening binnen veroorzaakt. Het is echter makkelijk om te voorkomen dat gedragingen buiten invloed hebben op hetgeen er binnen gebeurt, mits de demonstranten de toegang tot het gebouw niet volledig versperren. Gedragingen op de openbare weg rondom publieke nutsgebouwen zijn daarom minder snel laakbaar, tenzij zij alsnog tot gevolg hebben dat de normale taakuitoefening wordt verhinderd.

Ten aanzien van (2) het dragen van beschermende wapens en uitrusting kan uit een tweetal uitspraken een tweetal criteria worden afgeleid: de gedragen beschermende kleding en/of uitrusting mogen niet van dien aard zijn dat daarmee agressie wordt uitgelokt, en zij mogen niet worden gedragen met de intentie om de identiteit van de demonstranten te verhullen.

De laatste en meest controversiële categorie aan gedragingen betreft (3) de wegblokkades. Ten aanzien van wegblokkades hanteert het EHRM de normale toets dat de wegblokkade niet intentioneel en ernstig het leven en de belangen van anderen mag verstoren. Opvallend is echter dat het EHRM in de daadwerkelijke beoordeling van wegblokkades ook verschillende normatieve factoren betreft. Het EHRM beoordeelt naast de schaal van de wegblokkade – waaronder ook het eventuele gevaarzettende karakter valt – of de blokkade doelbewust is veroorzaakt dan wel enkel een neveneffect was van een andere gedraging. Ook hecht het EHRM waarde aan de vraag of er minder vergaande alternatieven voorhanden waren en of de formele regels, zoals de kennisgevingsplicht, zijn nageleefd. Deze benadering vormt een zorgwekkende ontwikkeling in de jurisprudentie van het EHRM, die niet zonder meer door de Nederlandse feitenrechtspraak zou moeten worden gevolgd. Het risico bestaat namelijk dat ook lichtere wegblokkades het label laakbaar krijgen, doordat de laakbaarheid wordt aangenomen op basis van omstandigheden die losstaan van de daadwerkelijke gevolgen van de blokkade voor het leven van anderen. De meeste waarde dient te blijven worden gehecht aan objectief meetbare gezichtspunten zoals de fysieke omvang van de wegblokkade, de gevolgen voor de infrastructuur, alsook eventuele gevaarzettende handelingen zoals brandstichting. Dit zijn namelijk de omstandigheden die invloed hebben op het versturende karakter van de demonstratie en de impact op het leven van anderen. Of de wegblokkade doelbewust was of enkel een neveneffect, is in dat licht niet relevant.

Wanneer te veel gezichtspunten worden betrokken in de beoordeling van de toelaatbaarheid van de wegblokkade, dan wordt bovendien miskend dat wegblokkades een legitieme protestvorm zijn en dat zij dus niet zonder meer laakbaar zijn. Wegblokkades zijn niet *an sich* laakbaar, maar er kan gedrag worden vertoond dat een stap erger is dan wat mag worden verwacht. Alleen in dat laatste geval is er sprake van laakbaarheid. Het verdient daarom aanbeveling om normatieve factoren, die de laakbaarheidstoets mogelijk ook onderwerpen aan meer subjectieve overwegin-

gen, zo veel mogelijk buiten de toets te houden om te voorkomen dat het laakbaarheidsbegrip verwatert. Dit geldt ten aanzien van de wegblokkades, waar op dit moment al een zorgelijke trend is te zien, maar zou ook als uitgangspunt moeten gelden voor andere vormen van protest.

TOEPASSING VAN HET EVRM DOOR DE NEDERLANDSE RECHTER

De voortschrijdende milieubescherming onder artikel 8 EVRM in hinderen overlastzaken en de aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat

Ellen Gijselaar & Anneloes Kuiper *

Samenvatting | In deze bijdrage wordt de veranderende rol van positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM in de Nederlandse civiele rechtspraak onderzocht. Historisch gezien hechtten Nederlandse rechters zelden waarde aan internationale verplichtingen in dergelijke zaken en vielen ze terug op de nationale normen inzake onrechtmatige daad en hinder. Partijen beroepen zich echter steeds vaker rechtstreeks op het EVRM, ondersteund door het monistische kader van de Nederlandse Grondwet dat directe toepassing van internationaal recht en het gebruik van de *common ground*-methode van het EHRM mogelijk maakt. De Nederlandse civiele rechtszaken, zoals die betreffende geluidshinder en geuroverlast, illustreren hoe artikel 8 EVRM wordt gebruikt om milieuschade aan te pakken die de persoonlijke levenssfeer aantast. Civiele rechters passen de *fair balance*-test toe, waarbij individuele rechten worden afgewogen tegen bredere publieke en regelgevende belangen. Auteurs bekritiseren de nationale toepassing van deze test. Deze is vaak te dun gemotiveerd en mist volwaardige aansluiting bij de EHRM-terminologie. Bovendien wordt in sommige gevallen oneigenlijk gebruikgemaakt van bepaalde terminologie, juist wanneer we deze internationale rol van de nationale rechter onderkennen.

Trefwoorden | Overheidsaansprakelijkheid, EVRM, positieve verplichting, hinder, overlast, fair balance, margin of appreciation, common ground, doorwerking internationaal recht

DOI | 10.54195/NTM.26380

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

De inbedding van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde is grotendeels geslaagd: burgers doen er een beroep op, rechters passen het Verdrag rechtstreeks toe en leiden er verplichtingen uit af. Nationale rechters vervullen zo (in potentie) een sleutelrol in de rechtsontwikkeling van het EVRM. Deze voortvarende, zelfstandige toepassing van een internationaal verdrag is niets nieuws voor de Nederlandse rechters.¹ Sterker nog, het is kenmerkend voor hun dubbelrol als handhaver van de internationale verplichtingen van de Staat² en als hoeder van nationaal en

■ Mr. dr. drs. Ellen Gijselaar is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. Anneloes Kuiper-Slendeboek is universitair docent internationaal en Europees aansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 B.A. Kuiper-Slendeboek, 'De Urgenda-zaak en de mogelijkheden voor internationale rechtspraak door de Nederlandse rechter in algemeen-belangacties', *TVP* 2019, p. 107. Vgl. M. Chébt, 'Rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende internationale verdragsbepalingen', in: T. Gerverdinck, J. van Heusden, I. Bij de Vaate & R. Kuiper (red.), *Wetenschappelijke Bijdragen*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 96.

2 Hof Den Haag 12 februari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:191 (*F-35 zaak*), r.o. 5.32: De rechter is verplicht tot een 'verdragsconforme uitleg' van internationaal recht, ongeacht of deze bepaling rechtstreekse werking heeft, hetgeen voortvloeit uit het beginsel dat een norm van nationaal recht nooit mag worden uitgelegd of toegepast op een wijze waardoor de Staat zijn volkenrechtelijke verplichtingen schendt.

internationaal recht: '[D]e moderne rechter [zoekt] oplossingen voor complexe grensoverschrijdende problemen waar hij tegen aanloopt in een open en meerlagige rechtsorde als de onze.'³

Aan de hand van een aantal recente procedures – waaronder de *Schiphol*-zaak⁴ over geluidshinder en de *Varkenshouderijen*-zaak⁵ over geuroverlast – illustreren we hoe Nederlandse civiele rechters de positieve verplichtingen uit artikel 8 EVRM in de nationale context interpreteren en toepassen. In deze procedures is het de taak van de rechter om individuele rechten van eisers af te wegen tegen bredere regelgevings- en milieukaders die de Staat hanteert. Tegelijk past de Nederlandse rechter een internationaal verdrag toe, waarvan de uitleg wordt beheerst door internationaalrechtelijke interpretatieregels. Uit de toegelichte procedures blijkt dat de Nederlandse rechter nog niet altijd optreedt als volwaardige EVRM-rechter: de samenwerking en actieve dialoog,⁶ zowel tussen Staatsorganen onderling als met het EHRM, die erop is gericht om tot een effectieve bescherming van EVRM-rechten te komen, blijft in hinder- en overlastzaken uit. Die dialoog kan plaatsvinden door een eigen uitleg aan het EVRM te geven, nu op die manier tot rechtsontwikkeling en verfijning kan worden gekomen.⁷ De rechter in hoger beroep, cassatie of in een soortgelijke zaak en het EHRM kunnen dan onderzoeken of de eerder gegeven interpretatie inderdaad de juiste was. Door deze werkwijze kan een beter wederzijds begrip ontstaan tussen rechters onderling en het EHRM over de beste manier om het EVRM uit te leggen.⁸ We onderzoeken welke mogelijke drempels hiervoor bestaan en hoe deze dialoog met het oog op de toepassing en ontwikkeling van artikel 8 EVRM beter tot zijn recht kan komen.

Hoewel er al veel is geschreven over de toetsing aan positieve verplichtingen⁹ uit het EVRM door de Nederlandse rechter, is er relatief weinig aandacht besteed aan zaken waarin enkel de *fair balance*-test uit artikel 8 EVRM centraal staat in zaken over hinder en geuroverlast. De overheid is in die gevallen (potentieel) de secundaire dader: zij heeft de schade niet zelf veroorzaakt, maar kan daarvoor wel verantwoordelijk zijn door positieve verplichtingen niet te vervullen.¹⁰ De vraag die wij stellen en beantwoorden is of de uitleg van de positieve verplichtingen door de civiele rechter in dergelijke zaken voldoet aan de eisen die uit het EVRM voortvloeien en zoals deze in de afgelopen decennia door het EHRM zijn ontwikkeld.¹¹ Om deze

3 R. van Gestel & M. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJ* 2015/17.

4 Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734; Hof Den Haag 25 februari 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:195 (tussenuitspraak).

5 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119; Hof Den Haag 25 maart 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:431.

6 J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (WODC-rapport), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2013, p. 67.

7 Zie met betrekking tot de dialoog tussen de nationale rechter en het EHRM: Gerards & Fleuren 2013 (*supra* noot 6), p. 10.

8 Zie met betrekking tot de dialoog tussen de nationale rechter en het EHRM: Gerards & Fleuren 2013 (*supra* noot 6), p. 46. Een goede en meer geformaliseerde manier wordt ook bevorderd door de procedure van Protocol 16 voor het vragen van advies door nationale rechters over de uitleg of toepassing van het EVRM in een lopende zaak.

9 Zie over positieve verplichtingen: V. Stoyanova, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford: Oxford University Press 2023.

10 Vgl. I. Giesen, 'Het privaatrecht als instrument in het publieke domein', *NJB* 2018/1645.

11 Het bestuursrecht is buiten beschouwing gelaten omdat dit rechtsgebied minder gericht is op het aansprakelijkheidsrecht. Uit eerdere publicaties volgt dat er een verschil is tussen de beide rechtsgebieden. Zo hanteert de Hoge Raad 'a more environmentally friendly' interpretatie van het EHRM dan de Afdeling Bestuursrechtspraak. Zie

vraag te beantwoorden kijken we ook naar de rol die de Nederlandse rechter vervult in relatie tot de internationale rechtsorde. In paragraaf 2 wordt eerst ingegaan op de doorwerking van internationaalrechtelijk verdragen en het EVRM in de nationale rechtsorde. Daarbij wordt beschreven met behulp van welke bronnen, mede in het licht van de *common ground*-methode, het EVRM in de nationale rechtsorde (minimaal) door de nationale rechter zou moeten worden geïnterpreteerd. Ook wordt aandacht besteed aan de rol van de *margin of appreciation*-doctrine. Vervolgens worden in paragraaf 3 de positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM uiteengezet, en geanalyseerd of de nationale rechterlijke interpretatie in overeenstemming is met het EVRM ('EVRM-proof') in de toepassing van de *fair balance*-test. In de laatste vijf jaren zijn er slechts enkele relevante zaken geweest: zaken met betrekking tot Schiphol,¹² het industrieterrein Schottegat¹³ en intensieve veehouderijen.¹⁴ Deze zaken worden betrokken in de analyse. In paragraaf 4 worden verbeterpunten aangedragen, zoals de motivering door rechter en wetgever en de vaststelling van het vereiste beschermingsniveau op een andere dan de gebruikelijke wijze.

Wij benadrukken dat het doordenken van de betekenis van mensenrechten niet uitsluitend aan het EHRM is voorbehouden: het is primair de verantwoordelijkheid van de Staat.¹⁵ Vanuit zijn subsidiaire functie oordeelt het EHRM slechts of die verantwoordelijkheid ook daadwerkelijk in acht is genomen.¹⁶ Het is dan ook aan de Nederlandse rechter om te bepalen welke implicaties de toegepaste positieve verplichtingen hebben. Daarbij is van belang dat de afwegingen en overwegingen die de nationale rechter doet, duidelijk naar voren worden gebracht.¹⁷ Alleen dan kan een dialoog tussen nationale rechters en het EHRM plaatsvinden; een mechanisme waardoor het EVRM kan evolueren en effectieve werking krijgt.

2 Toepassing en interpretatie van het EVRM in de Nederlands rechtsorde

Voor een goed begrip van de rol van de Nederlandse rechter in de meergelaagde rechtsorde, gaan we eerst in op de toepassing van internationaal recht en het EVRM in de Nederlandse rechtsorde (paragraaf 2.1) en de verschillende rollen van het EHRM en de Nederlandse rechter (paragraaf 2.2). Dit kader vormt het uitgangspunt voor paragraaf 4, waarin we reflecteren op de bespreking van de recente hinder- en overlastzaken (paragraaf 3).

J. Krommendijk, 'Beyond Urgenda: The role of the ECHR and judgments of the ECtHR in Dutch environmental and climate litigation', *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2022/31, p. 74.

12 Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734.

13 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167.

14 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119; Hof Den Haag 25 maart 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:431. Een zoektocht op rechtspraak.nl leert dat in de periode van 2021 t/m 2025 in zes uitspraken naar positieve verplichtingen op grond van het EVRM is verwezen. Gezocht is op de trefwoorden 'hinder', 'overlast', 'EVRM' en 'positieve verplichting'.

15 Vgl. Art. 1 EVRM.

16 Het subsidiariteitsbeginsel is vastgelegd in de preambule van het EVRM naar aanleiding van Protocol 15.

17 Een 'baseline standard' is dat 'reasons provided must be relevant and sufficient, which especially also allows for substantive review'. In dit formaat kan het Hof schendingen vaststellen vanwege gebrekkige motivering, maar ook, omgekeerd, vaststellen dat vermeende beperkingen of tekortkomingen worden weerlegd of gecompenseerd door de aangevoerde redenen. Zie hierover (met verwijzing naar relevant rechtspraak van het EHRM) F.P. Ölçer e.a., 'Reasoning of Judicial Decisions', in: K. Istrefi, Z. Ratniece, K. Tamuzs & K. Kamber (red.), *Companion to the European Convention on Human Rights*, Brill 2026.

2.1 Toepassing van het EVRM: verdragsinterpretatie

Internationaal recht wordt ontwikkeld en versterkt door de interpretatie en toepassing ervan in de nationale rechtsorde. Daarbij spelen nationale rechters een cruciale rol. De interactie tussen internationale en nationale rechtspraak is gangbare praktijk en leidt tot de verdere ontwikkeling en legitimering van het internationale recht:

[F]rom the perspective of the complex interplay between international and national courts, the international tribunals are dependent to a certain extent on national courts, because they need the latter's cooperation to implement their decisions. A national court that seriously applies international law sends a strong signal to international courts that the national court regards itself as an equal participant in the transnational lawmaking process and will not accept just any decision rendered by an international tribunal.¹⁸

Dit geldt ook voor het EVRM, dat voor implementatie, handhaving en herstel van inbreuken rekt op toepassing via het nationale recht, zowel in wetgeving als rechterlijke toetsing. Voor de effectieve toepassing van het EVRM is juist de toepassing via nationale rechtspraak van cruciaal belang.¹⁹ Belangrijker nog: van nationale rechters wordt verwacht dat zij hetzelfde beschermingsniveau bieden als het EHRM.²⁰

Voor de wijze waarop internationaal recht wordt toegepast is het nationale recht bepalend.²¹ Alle internationale verplichtingen waaraan de Nederlandse Staat is gebonden, behoren tot het objectieve recht en zijn bindend voor de staatsorganen.²² Dit betekent dat onder meer de wetgever, rechter en lokale overheden bij hun handelingen de internationale verplichtingen van de Staat in acht dienen te nemen.²³ In de rechtspraak wordt hieraan bijvoorbeeld uiting gegeven door de 'volkenrechtsconforme interpretatie': vanuit de veronderstelling dat de Staat zijn internationale verplichtingen wil nakomen, zal de rechter het nationale recht in overeenstemming met het internationale recht uitleggen of toepassen.²⁴ Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen geschreven of ongeschreven verplichtingen. De rechter zelf is ook gebonden aan internationale verplichtingen, zoals het waarborgen van bescherming onder artikel 2 en 8 EVRM.²⁵

In Nederland kunnen private partijen zich bij de rechter rechtstreeks op internationaal recht beroepen als de Staat daaraan is gebonden. De rechter kan bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties toepassen wanneer deze 'een ieder verbinden' (artikel

18 E. Benvenisti, 'Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts', *American Journal of International Law* 2008/102, p. 248-249.

19 Deze essentiële toegang tot nationale rechtsmiddelen wordt benadrukt in EHRM 21 februari 1986, 8793/79, par. 84 (*James e.a./VK*).

20 Gerards en Fleuren 2013 (*supra* noot 6), p. 74.

21 Artikel 27 WvV: het nationale recht mag niet in de weg staan aan de naleving van internationale verdragsverplichtingen.

22 J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter* (diss. Utrecht), 1996, p. 17; L.F.M. Besselink, 'Internationaal recht en nationaal recht', in: *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: TMC Asser Press 2007, p. 63.

23 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 19.

24 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.43.

25 C.C. van Dam, 'Shell/Milieudefensie: een norm zonder verplichting en schendingen zonder remedie', *AV&S* 2025/13, p. 67.

93 Grondwet).²⁶ Deze rechtstreekse werking kan ook betekenen dat nationaal recht hierdoor buiten toepassing wordt gelaten (artikel 94 Grondwet). Ook de rechtstreekse werking van positieve verplichtingen uit het EVRM vindt zijn grondslag in de monistische insteek van de artikelen 93 en 94 Grondwet. Een bekend voorbeeld is *Urgenda*, waarin de Hoge Raad artikelen 2 en 8 EVRM op evolutieve wijze interpreteerde en toepaste.²⁷ De criteria voor ‘rechtstreekse werking’ zijn gebaseerd op de internationale gewoonterechtelijke regels over verdragsinterpretatie uit het Weens Verdragenverdrag (WVV) en een concrete, gevalsafhankelijke beoordeling,²⁸ zo overwoog de Hoge Raad in *Rookverbod*:

‘De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van de art. 93 en 94 Gw, dient te worden beantwoord door uitleg daarvan. Die uitleg moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 [WVV] (...) Het gaat erom of [de inhoud van de bepaling] onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast. (...) Of van die [rechtstreekse] werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren.’²⁹

Het EHRM baseert de interpretatie van het EVRM op hetzelfde WVV,³⁰ onder meer³¹ aangevuld met de *common ground*-methode. Deze interpretatie bestaat uit de praktijk van Verdragsstaten.³² Om te bepalen of sprake is van convergentie van de nationale rechtsopvattingen hanteert het EHRM verschillende bronnen. Het verwijst regelmatig naar nationale rechtspraak en regelgeving.³³ Daarnaast bestaat het uit internationale instrumenten die de consensus over specifieke onderwerpen weergeven.³⁴

‘The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.’³⁵

26 Daarnaast moeten verdragen en besluiten zijn ‘bekendgemaakt’. Deze versie van de Grondwet trad in werking in 1983.

27 HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007 (*Urgenda*), r.o. 5.4 en 6.3.

28 M. Vetzo, ‘Eeniederverbindendheid en de constitutionele rol van de rechter: grensbepaling post-*Rookverbod*’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2025/16, p. 10.

29 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. Alkema (*Rookverbod*), r.o. 3.5.1-3.5.3.

30 Bijv.: EHRM 12 september 2012, 10593/08, par. 169 (*Nada/Zwitserland*).

31 In de rechtspraak van het EHRM is bijvoorbeeld een variant op de systematische interpretatiemethode zichtbaar. Zie over de interpretatiemethoden die het Hof hanteert bijvoorbeeld J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: University Press 2023, p. 140 e.v. Het EHRM heeft zich daarnaast genoodzaakt gezien om verschillende algemene beginselen, principes en leerstukken te ontwikkelen zoals autonome interpretatie, ‘casuistic approach’, dynamische interpretatie, de ‘margin of appreciation’-doctrine en een interpretatie die ‘practical and effective’ is. Zie daarover D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2023, p. 6-23 en Gerards & Fleuren 2023 (*supra* noot 6).

32 Zie artikel 31(1) WVV.

33 Gerards 2023 (*supra* noot 6), p. 159 e.v.

34 Zie artikel 31(2) WVV.

35 EHRM 12 november 2008, 34503/97, par. 85 (*Demir en Baykara/Turkije*).

Deze consensus wordt ook gevonden in niet-juridische en niet-bindende instrumenten, bijvoorbeeld de Rio Declaration³⁶ met milieuprincipes voor Staten, welke het EHRM gebruikt voor de interpretatie van artikel 8 EVRM:

‘In dit verband herinnert het EHRM aan het belang van het voorzorgsbeginsel (dat voor het eerst is vastgelegd in de Verklaring van Rio), “dat moet worden toegepast om bij alle activiteiten van de Gemeenschap een hoog niveau van bescherming van de gezondheid, de veiligheid van de consument en het milieu te waarborgen”’.³⁷

Ten derde wordt bij de *common ground*-methode van het EVRM door het EHRM ook rekening gehouden met ‘wetenschappelijke inzichten en algemeen aanvaarde standaarden’.³⁸ Voorbeelden hiervan zijn de uitgangspunten voor klimaatverandering in IPCC-rapporten³⁹ of de toegestane geluidshinderniveaus in richtlijnen van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO).⁴⁰

Het gebruik van deze instrumenten toont aan dat het EHRM internationale en nationale ontwikkelingen en normen kan en wil meenemen in de interpretatie van het EVRM. De Hoge Raad overweegt dat de Nederlandse rechter voor toepassing van het EVRM moet aansluiten bij deze interpretatiemethode.⁴¹ Het doel hiervan is de waarborgen uit het EVRM praktisch en effectief te laten zijn, ongeacht of deze worden toegepast door het EHRM of de nationale rechter. Bovendien kan in het feit dat de Verdragspartijen zich aan internationale instrumenten vrijwillig hebben gebonden, zowel door het EHRM als de nationale rechter een consensus worden gezien en een taak om het EVRM in coherentie met dit internationale recht te interpreteren en toe te passen. Voor de Nederlandse rechter betreft dit een bekende en bredere werkwijze dan enkel wanneer het EVRM is betrokken, aangezien deze door volkenrechtsconforme interpretatie het nationale recht altijd toepast en uitlegt in overeenstemming met internationaal recht waaraan de Staat is gebonden.⁴²

2.2 De beoordelingsmarge van het EHRM en de rol van de nationale rechter

Het EHRM heeft de taak het EVRM te interpreteren en toe te passen.⁴³ Dit brengt met zich dat de nationale rechter de bepalingen van het EVRM moet interpreteren op een manier die vergelijkbaar is met de interpretatie(normen) van het EHRM.⁴⁴ Verdragsstaten kunnen de

36 Rio Declaration, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 augustus 1992.

37 EHRM 27 januari 2009, 67021/01, par. 120 (*Tătar/Roemenië*) (vertaling Franse tekst door auteurs). Zie ook annotatie bij dit arrest: T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *AB* 2009, 285.

38 HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007 (*Urgenda*), r.o. 5.4.3.

39 EHRM 9 april 2024, 53600/20, par. 431-436 *KlimaSeniorinnen*.

40 EHRM 20 mei 2010, 61260/08, par. 60 (*Oluič/Kroatië*).

41 HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019: 2007 (*Urgenda*), r.o. 5.4.1-5.4.3.

42 Rb Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.43.

43 Artikel 32 EVRM.

44 HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.3.3.

rechtsontwikkeling van het EVRM bijsturen door te interveniëren in EHRM-zaken⁴⁵ of door op nationaal niveau de koers te verleggen, bijvoorbeeld door via de ‘onderbouwing van wetsvoorstellen nadrukkelijker en goed beargumenteerd deze dialoog te zoeken’.⁴⁶ Nationale rechters kunnen het EHRM vragen om ‘advies uit te brengen over principiële vragen inzake de uitlegging of toepassing van de rechten’.⁴⁷ Verdragsstaten mogen ook verdergaande bescherming bieden dan welke voortvloeit uit de bepalingen van het EVRM.⁴⁸

De taakverdeling tussen nationale wetgever en rechter kent een duidelijke balans, al zijn ‘bij de implementatie van internationaal recht (...) de rollen soms anders verdeeld’.⁴⁹ Dat geldt ook voor de toepassing van het EVRM. Artikel 93 en 94 Grondwet geven de rechter de bevoegdheid internationaal recht rechtstreeks toe te passen. Wanneer de nationale rechter de onverenigbaarheid van EVRM-bepalingen met nationaal recht constateert, kan hij dit op verschillende manieren oplossen. Hij kan een declaratoire uitspraak doen waarin wordt vastgesteld dat het nalaten of handhaven van bepaalde wetgeving onrechtmatig is wegens strijd met het EVRM en – zolang niet wordt bevolen om wetgeving met een bepaalde inhoud vast te stellen⁵⁰ – de wetgever verzoeken deze strijdigheid op te heffen.⁵¹ Andere oplossingen zijn een verdragsconforme interpretatie van nationaal recht geven, of de nationale wettelijke bepaling buiten toepassing laten.⁵² Voor de wetgever is hierbij van belang dat een deugdelijke motivering wordt gegeven van de redenen om tot dit besluit te komen, zodat duidelijk wordt of de wet moet worden aangepast of dat er sprake is van een uniek geval.⁵³ Het buiten toepassing laten van (formeel) nationaal recht ten faveure van het EVRM gebeurt op grond van artikel 94 Grondwet. Dit artikel staat niet toe dat nationaal recht buiten toepassing wordt gelaten wanneer de EVRM-uitleg door de nationale rechter leidt tot verdergaande bescherming dan op grond van EHRM-rechtspraak moet worden geboden.⁵⁴ Wordt er geen formele wetgeving buiten toepassing gelaten, dan kan de nationale rechter wel meer bescherming bieden dan het EHRM.⁵⁵

De rol van het EHRM is beperkter dan die van nationale rechter. Het EHRM is een internationaal hof, dat afhankelijk is van de goede trouw en samenwerking tussen de verdragsluitende Staten. Uitgangspunt bij opstelling van het EVRM was een handhaving van het bestaande beschermingsniveau.⁵⁶ Met het EVRM werd een Europese norm voor de bescherming van de

45 Voor zaken waarin eigen onderdanen partij zijn, kan een Staat schriftelijke conclusies indienen en deelnemen aan zittingen op grond van artikel 36 lid 1 EVRM. In andere zaken kunnen Staten hiertoe worden uitgenodigd door de President (artikel 36 lid 2 EVRM).

46 Tom Barkhuysen, ‘Het EHRM als bedreiging voor de trias politica: feit of fictie?’, *NJB* 2025/2425.

47 Artikel 1 lid 1 Protocol nr. 16.

48 Artikel 53 EVRM.

49 E.A. Alkema, *Over implementatie van internationaal recht – de internationale rechtsorde is de onze nog niet* (oratie Leiden), Universiteit Leiden: Faculteit Rechtsgeleerdheid 2005, p. 6.

50 HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019: 2007 (*Urgenda*), r.o. 8.2.6.

51 HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007 (*Urgenda*), r.o. 8.2.4.

52 De eerste route is de geprefereerde route, namelijk het voorkomen van conflicten. Het buiten toepassing laten van nationaal recht of wetgeving wordt gezien als ultieme remedie.

53 Dit wordt al besproken door J.H. Gerards, ‘Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?’, in: R. de Lange (red.), *Rechter en Wetgever. Preadviezen Staatsrechtconferentie Rotterdam*, Nijmegen: WLP 2008, p. 161-194, en is met de concrete toetsing uit het *Roekvoerbod*-arrest nog relevanter geworden.

54 HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, r.o. 3.9.

55 HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007 (*Urgenda*), r.o. 5.6.3-5.6.4.

56 R. Lawson, ‘Het EVRM als motor voor verandering’, *NJCM-Bulletin* 2021, p. 10-11.

mensenrechten bereikt waarin de ‘lowest common denominator’ wordt aangehouden.⁵⁷ Deze kleinste gemene deler berust op de instemming van soevereine Staten, met hun uiteenlopende culturele en juridische tradities en verschillende benadering van bepaalde mensenrechtenkwesaties. Het EHRM, als overkoepelende interpretator van het EVRM, heeft deze verschillen geïntegreerd door de doctrine van de *margin of appreciation* aan te nemen. De beoordelingsmarge die het EHRM aanhoudt kan meer of minder uitgebreid zijn, afhankelijk van onder meer het recht of de inbreuk die aan de orde is.⁵⁸ De marge is bedoeld als bescherming van de soevereiniteit van de verdragssluitende Staat ten opzichte van het EHRM en geeft hem de ruimte om te beslissen hoe de mensenrechten uit het EVRM in het nationale recht worden toegepast. Dit speelt met name bij de afweging tussen botsende EVRM-rechten of tussen individuele rechten en publieke belangen. Nationale rechters mogen zich echter niet laten beperken door deze beoordelingsmarge: ‘The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of the State at the domestic level.’⁵⁹

Nationale rechters kunnen en mogen de procedurele keuzes van de wetgever rechtstreeks beoordelen en nagaan of de rechten uit het EVRM daadwerkelijk in het nationale recht worden toegepast.⁶⁰ Daarom kan de *margin of appreciation*-doctrine in EVRM-zaken niet dienen als basis voor een beperking van de beoordeling door de nationale rechter.⁶¹ Integendeel: door deze beoordelingsmarge speelt het EHRM een subsidiaire rol ten opzichte van nationale autoriteiten. Dit vereist juist van nationale rechters dat zij vermeende schendingen van het EVRM door de eigen Staat(sorganen) met ‘particular rigour and care’ onderzoeken.⁶²

3 De positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM en toepassing via nationale rechtspraak

Voor de toepassing van artikel 8 EVRM moet door de rechter eerst worden vastgesteld of de (individuele) belangen binnen de werkingssfeer van dit artikel vallen. In milieuzaken wordt vervolgens beoordeeld of de hinder een minimumniveau heeft bereikt op basis van de ernst, de duur en de aard van de hinder. Als dat het geval is, wordt de *fair balance*-test toegepast om te bepalen of er een positieve verplichting bestaat. Het doel is om een redelijk evenwicht te vinden tussen de belangen die als geheel worden bekeken.

We bespreken het kader van artikel 8 EVRM zoals dit in de rechtspraak van het EHRM vorm krijgt in omgevingsgerelateerde situaties (paragraaf 3.1), de (algemene) toepassing van artikel

⁵⁷ Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2021, p 67-69.

⁵⁸ Gerards 2023 (*supra* not 6), p 278.

⁵⁹ EHRM 19 februari 2009, 3455/05 (*A e.a./VK*), par. 184.

⁶⁰ Art. 1 EVRM.

⁶¹ Concl. PG Langemeijer & Wissink 13 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887 (*Urgenda*), r.o. 2.39. Zie hierover ook L.R. Glas, ‘Margin of appreciation van het EHRM’, in: Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 465. Argumenten tegen transponering zijn beschreven in N. Jak & J. Vermont, ‘De Nederlandse rechter en de margin of appreciation’, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 132-133.

⁶² EHRM 7 februari 2013, 16574/08 (*Fabris/Frankrijk*), par. 72.

8 EVRM in Nederland (paragraaf 3.2) en tot slot de Nederlandse toepassing van de *fair balance*-test (paragraaf 3.3).

3.1 Het EHRM-kader

Artikel 8 EVRM heeft betrekking op de inbreuk op het recht op respect voor het privéleven. Om van zo'n inbreuk te kunnen spreken, dient allereerst sprake te zijn van een 'actual interference'.⁶³ Naast een inbreuk op het privéleven van een individu, kan het daarbij gaan om een inbreuk op 'the right to respect for the home'.⁶⁴ Dit recht omvat (ook) inbreuken 'that are not concrete or physical, such as noise, emissions, smells or other forms of interference'.⁶⁵

Zodra het Hof heeft vastgesteld dat een individueel belang binnen het bereik van artikel 8 EVRM valt, gaat het in omgevingsgerelateerde zaken na of de overlast een 'minimum level of severity' heeft bereikt.⁶⁶ Dit niveau wordt onder andere vastgesteld aan de hand van de intensiteit en duur van de overlast, en de fysieke en mentale effecten op de gezondheid en kwaliteit van leven van het individu. In dit verband geldt dat 'a serious breach may result in the breach of a person's right to respect for his home if it prevents him from enjoying the amenities of his home'.⁶⁷ Ook moet hierbij de 'general context of the environment' worden betrokken.⁶⁸ Er is geen sprake van een 'arguable claim' wanneer schade verwaarloosbaar is in vergelijking met de milieurisico's die inherent zijn aan het leven in iedere moderne stad⁶⁹ of wanneer het overlast betreft die niet verder dan de normale 'difficulties' van het leven met burens gaat.⁷⁰ In sommige gevallen wordt het 'minimum level' aangenomen omdat klager zich in een gebied bevindt dat officieel erkend als 'an acoustically saturated zone'.⁷¹ Daarbij wordt op basis van bewijs dat nationale of internationale normen worden overschreden, door het EHRM direct aangenomen dat artikel 8 EVRM van toepassing is. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de zaak *Oluić/Kroatië* waarin het om geluidsoverlast ging:

63 EHRM 9 juni 2005, 55723/00, par. 70 (*Fadeyeva/Rusland*); en meer recent EHRM 11 oktober 2022, 31612/09, par. 60 (*Pavlov e.a./Rusland*); EHRM 9 april 2024, 53600/20, par. 514 (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a./Zwitserland*). Deze vraag 'relates to the existence of a direct and immediate link between the alleged environmental harm and the applicant's private or family life or home'. Zie EHRM 2 december 2010, 12853/03, par. 66 (*Ivan Atanasov/Bulgarije*); en EHRM 14 februari 2012, 31965/07, par. 187 (*Hardy & Maile/VK*).

64 EHRM 8 juli 2003, 36022/97, par. 96 (*Hatton e.a./VK*).

65 EHRM 16 november 2004, 4143/02, par. 53 (*Moreno Gómez/Spanje*).

66 EHRM 10 februari 2011, 30499/03, par. 105 (*Dubetska e.a./Oekraïne*). Vgl. ook EHRM 9 december 1994, 16798/90, par. 51 (*López Ostra/Spanje*); EHRM 19 februari 1998, 14967/89, par. 60 (*Guerra e.a./Italië*); EHRM 9 juni 2005, 55723/00, par. 88 (*Fadeyeva/Rusland*); EHRM 4 september 2014, 42488/02, par. 77-84; (*Dzemyuk/Oekraïne*); EHRM 4 februari 2020, 44837/07, par. 22 (*Çiçek e.a./Turkije*); EHRM 1 december 2020, 17840/06, par. 32 (*Yevgeniy Dmitriyev/Rusland*); en meer recent EHRM 11 oktober 2022, 31612/09, par. 61 (*Pavlov e.a./Rusland*).

67 EHRM 24 april 2014, 27310/09, par. 136 (*Udovičić/Kroatië*). Dit geldt ook als 'no direct evidence of any actual damage having been caused to the applicant's health' kan worden aangenomen. Vgl. EHRM 10 mei 2022, 47987/15, par. 41 (*Solyanik/Rusland*).

68 EHRM 9 juni 2005, 55723/00, par. 69 (*Fadeyeva/Rusland*); EHRM 10 februari 2011, 30499/03, par. 105 (*Dubetska e.a./Oekraïne*); EHRM 14 februari 2012, 31965/07, par. 188 (*Hardy & Maile/VK*).

69 EHRM 9 juni 2005, 55723/00, par. 69 (*Fadeyeva/Rusland*).

70 EHRM 3 mei 2011, 6854/07, par. 98 (*Apanasewicz/Polen*); EHRM 14 oktober 2021, 75031/13, par. 151 (*Kapa e.a./Polen*).

71 EHRM 16 november 2004, 4143/02, par. 59 (*Moreno Gómez/Spanje*).

'The Court further notes that the level of noise exceeded the international standards as set by the World Health Organisation and most European countries (...) In view of the volume of the noise – at night and beyond the permitted levels – and the fact that it continued over a number of years and nightly, the Court finds that the level of disturbance reached the minimum level of severity which required the relevant State authorities to implement measures in order to protect the applicant from such noise.'⁷²

Wanneer is vastgesteld dat sprake is van een inbreuk op het privéleven en/of andere specifieke rechten, zoals het recht op respect voor de woning, hanteert het EHRM een *fair balance-test*.⁷³ Daarbij gaat het erom dat in zijn totaliteit bezien een redelijk evenwicht wordt gevonden tussen de betrokken belangen.⁷⁴ Het Hof maakt dan een afweging tussen enerzijds het belang van klager(s) om zoveel mogelijk te worden behoed voor de gevolgen van hinderlijke/belastende activiteiten voor het milieu en de omgeving, en anderzijds het economische en maatschappelijke belang dat gediend wordt met de desbetreffende activiteit.

Het bestaan van regelgeving is een factor waaraan een aanzienlijk gewicht toekomt in deze test.⁷⁵ Aangezien het vaak moeilijk is de sociale en technische aspecten van milieukwesties vast te stellen, acht het hof de betrokken overheden beter in staat om te bepalen welke aanpak het meest geschikt is. Bij de belangenafweging onder artikel 8 EVRM komt de Staat dan ook een ruime beoordelingsvrijheid toe.⁷⁶ Het EHRM zal in het algemeen niet snel ingrijpen. Als maatstaf om te beoordelen of de positieve verplichting al dan niet is vervuld, wordt *due diligence* gebruikt.⁷⁷ Dit duidt op het bestaan van een inspanningsverplichting: het nemen van alle redelijkerwijs mogelijke maatregelen teneinde een bepaald schadelijk gevolg zo veel mogelijk te voorkomen. In plaats van, of in aanvulling, op een inhoudelijke beoordeling kijkt het EHRM ook naar de kwaliteit en zorgvuldigheid van de nationale besluitvormingsprocedures.⁷⁸ Hier lijkt een kleinere *margin of appreciation* te gelden.⁷⁹

72 EHRM 20 mei 2010, 61260/08, par. 60 en 62 (*Oluič/Kroatië*).

73 Een gerelateerde vraag is de vraag met betrekking tot risico's en gevaar. Het Hof overweegt in *KlimaSeniorinnen* (wederom) dat bij gevaarlijke activiteiten, die kunnen resulteren in 'industrial or environmental disasters', artikel 2 EVRM van toepassing kan zijn, zelfs wanneer er geen levensbedreigende verwondingen zijn opgelopen. Bepalend is of de situatie een 'real and imminent risk to life' vormde. Zie daarover meer uitgebreid E.C. Gijselaar & B.A. Kuiper, 'KlimaSeniorinnen: eenzijdige dialoog in de meergelaagde rechtsorde', *O&A* 2024/62, p. 145. Er zijn ook omstandigheden denkbaar waarin (wetenschappelijk) onzekerheid bestaat over de precieze aard en omvang van risico's die zich (kunnen) verwezenlijken. Hier komt het voorzorgsbeginsel in beeld. Zie hierover E.C. Gijselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid. De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 177-179.

74 Zie bijvoorbeeld EHRM 8 juli 2003, 36022/97, par. 98 (*Hatton e.a./VK*).

75 Vgl. EHRM 21 februari 1990, 9310/81, par. 44 (*Powell & Rayner/VK*).

76 EHRM 8 juli 2003, 36022/97, par. 86 (*Hatton e.a./VK*).

77 EHRM 9 juni 2005, 55723/00, par. 128 (*Fadeyeva/Rusland*); EHRM 25 november 2010, 43449/02, 21475/04, par. 98 (*Mileva e.a./Bulgarije*); EHRM 13 juli 2017, 38342/05, par. 76 (*Jugheli e.a./Georgië*); en recent EHRM 9 april 2024, 53600/20, par. 538 (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a./Zwitserland*). Zie ook EHRM 24 januari 2019, 54414/13, 54264/15, par. 161 e.v. (*Cordella e.a./Italië*). In deze zaak gaat het over luchtvervuiling en gezondheidsrisico's door een staalfabriek. Het Hof merkt in deze zaak op dat de milieudecreten uit 2012 niet zijn geïmplementeerd en het milieuplan uit 2014 is uitgesteld naar 2023. Dit heeft ook tot inbreukprocedures wegens het niet naleven van de Richtlijn 2008/1/EG inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging geleid.

78 Zie hierover L.M. Huijbers, 'Procedurale toetsing, Het EHRM en rechtseenheid en diversiteit', *AA* 2018, p. 77-85.

79 EHRM 9 april 2024, 53600/20, par. 538 (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a./Zwitserland*); EHRM 8 juli 2003, 36022/97, par. 104 (*Hatton e.a./VK*).

De regelgeving die is ingevoerd om de door artikel 8 EVRM beschermde belangen te waarborgen, is alleen effectief wanneer deze (in beginsel) ook wordt gehandhaafd.⁸⁰ Het EHRM benadrukt dat het voorschrijven van regels ter bescherming van rechten van burgers weinig zin heeft wanneer deze in de praktijk niet worden gehandhaafd: 'Regulations to protect guaranteed rights serve little purpose if they are not duly enforced and the Court must reiterate that the Convention is intended to protect effective rights, not illusory ones.'⁸¹

De nationale bepalingen die invulling geven aan artikel 8 EVRM moeten zoals altijd praktische en effectieve bescherming bieden.⁸² Hierbij is voor de nationale rechter een rol weggelegd omdat hij zowel de mensenrechtenbescherming dient te waarborgen via de toetsing van de belangenafweging, als een actieve bijdrage levert aan de acceptatie en interpretatie van het EVRM.

3.2 Ontwikkelingen in de Nederlandse rechtspraak

Op het terrein van het privaatrecht kregen positieve verplichtingen tot voor kort weinig gewicht in de Nederlandse rechtspraak. Een beroep op positieve verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien, werd veelal eenvoudig terzijde geschoven.⁸³ De rechter beoordeelde doorgaans alleen of uit het EVRM een strengere zorgvuldigheidsnorm viel af te leiden dan uit de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW.⁸⁴ Daarin is de afgelopen jaren wel verandering gekomen: in Nederlandse uitspraken wordt steeds vaker expliciet en direct naar het EVRM verwezen.⁸⁵ Wellicht wordt minder vanzelfsprekend geacht dat het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen biedt om fundamentele rechten te beschermen. Daarnaast wordt er vaker een beroep gedaan op het EVRM, mede ingegeven door claims van non-gouvernementele organisaties (ngo's) die hun vorderingen rechtstreeks voor de Nederlandse rechter kunnen brengen wanneer zij menen dat de Nederlandse Staat zijn positieve verplichtingen verzaakt en de fundamentele rechten van individuen schendt of dreigt te schenden.⁸⁶

Nederlandse rechters passen artikel 8 EVRM ook toe in andere milieuzaken waarin (individuele) eisers zich beroepen op deze bescherming om vormen van hinder en overlast aan te pakken.

80 Zie over handhaving in de rechtspraak van het EHRM ook D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015, p. 245-258.

81 EHRM 16 november 2004, 4143/02, par. 61 (*Moreno Gómez/Spanje*). Zie voor dergelijke overwegingen ook EHRM 20 mei 2010, 61260/08, par. 63 e.v. (*Oluč/Kroatië*) en EHRM 16 januari 2018, 23383/12, par. 51 (*Cuenca Zarzoso/Spanje*).

82 Naast repressief optreden, laat het EHRM zich ook uit over preventief optreden (controleren op het naleven van de regels, met als doel ongewenste situaties op te sporen). In *Mileva e.a./Bulgarije* wordt bijvoorbeeld overwogen dat door de autoriteiten onvoldoende is gedaan 'to exercise their powers (...) to check the nuisances'. Ook in dit verband wordt weer gesproken over due diligence. Vgl. EHRM 25 november 2010, 43449/02, 21475/04, par. 99 (*Mileva e.a./Bulgarije*).

83 Gijselaar 2021 (*supra* noot 73), p. 137.

84 Gijselaar 2021 (*supra* noot 73), p. 137 onder verwijzing naar verschillende uitspraken, waaronder Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1061 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*), r.o. 5.53.

85 Zie met betrekking tot positieve verplichtingen: Gijselaar 2021 (*supra* noot 74), p. 137, 179-182; E.C. Gijselaar, 'Implementatie van positieve verplichtingen uit het EVRM door de civiele en strafrechter: zo makkelijk nog niet', *NJB* 2024/938, p. 1201. Krommendijk spreekt van a 'turn to rights', both in the sword and shield cases'. Zie Krommendijk 2022, p. 73.

86 De rol die belangenorganisaties kunnen spelen in nationale procedures met betrekking tot waarborging van EVRM-rechten, is ook door het EHRM erkend: EHRM 27 april 2004, 62543/00 (*Gorraiz Lizarraga e.a./Spanje*), par. 38.

Deze trend weerspiegelt een bredere ontwikkeling waarbij particuliere belangen worden beschermd tegen overheidsinmenging.⁸⁷ In de civiele zaken die wij hierna bespreken is enkel artikel 8 EVRM van toepassing. Deze zaken verschillen van *Urgenda*, *Aardbevingsschade Groningen* en *Klimaatzaak Bonaire*, waar artikel 8 in het licht staat van artikel 2 EVRM (recht op leven). De combinatie van deze artikelen leidt onder artikel 8 EVRM tot een zwaardere toets vanwege de levensbedreigende situatie.⁸⁸ Dat is anders in verschillende recente privaatrechtelijke hinder- en overlastzaken waarin de positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM (succesvol) worden ingeroepen om de mensenrechtelijke belangen van individuen te beschermen tegen inbreuk van derden. Deze zaken worden mede gebaseerd op andere, direct toepasbare internationale (verdrags)verplichtingen. Recent heeft het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Gemeenschappelijk Hof van Justitie) geoordeeld dat het land Curaçao ‘de hem toekomstige beoordelingsruimte heeft overschreden’. Het Land heeft ‘geen fair balance in acht genomen tussen enerzijds het recht van eisers op eerbiediging van hun grondrecht en anderzijds het belang van de samenleving als geheel bij onverminderd behoud van de activiteiten die voor de luchtverontreiniging zorgen’.⁸⁹ Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie acht daarbij onder meer van belang dat het Land heeft nagelaten om te voorzien in mogelijkheden om tot aanscherping van milieunormen voor de emissie van zwaveldioxide en fijnstof vanuit de ISLA-olieraffinaderij te komen.⁹⁰ In deze zaak wordt uitgegaan van WHO-guidelines om te bepalen of de aantasting van het grondrecht van artikel 8 EVRM ‘voldoende ernstig’ is.⁹¹ Dat staat in schril contrast tot de *Luchtvervuiling*-zaak,⁹² waarin de niet-naleving van de WHO-normen naar het oordeel van het Gerechtshof Den Haag binnen de aan de Staat toekomstende ‘margin of appreciation’ viel.⁹³ Zoals in paragraaf 4.2 zal blijken, is dergelijk gebruik van EHRM-terminologie om eigen terughoudendheid te motiveren in onze ogen oneigenlijk.

In de zaken waarin alleen artikel 8 EVRM aan de orde is, illustreren de *Schiphol*-zaak over geluidshinder en de *Varkenshouderijen*-zaak over geuroverlast hoe de Nederlandse rechter de

87 Dit betreft zogenoemde ‘verticalised cases’, C. Loven, ‘Verticalised’ cases before the European Court of Human Rights unravelled: An analysis of their characteristics and the Court’s approach to them’, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2020/38, pp 246-263.

88 HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007 (*Urgenda*), r.o. 5.2.4. In *Klimaatzaak Bonaire* overweegt de rechtbank bovendien (terecht) dat ‘het EHRM het niet passend [acht] om de op klassieke milieuzaken toegesneden jurisprudentie één op één toe te passen op klachten die samenhangen met klimaatverandering’. De eigen jurisprudentie is vanwege de fundamentele verschillen tussen klassieke milieuzaken en klimaatzaken inmiddels toegespitst op de specifieke context van klimaatverandering. Rb. Den Haag 28 januari 2026, ECLI:NL:RBDHA:2026:1344 (*Klimaatzaak Bonaire*), r.o. 10.9. Zie over de positieve verplichtingen in klimaatzaken Gijselaar & Kuiper 2024 (*supra* noot 73), p. 140-145.

89 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167, r.o. 2.11-2.20.

90 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167, r.o. 2.11.

91 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167, r.o. 2.8. Voor zover het Land heeft bedoeld te betogen dat in hoger beroep in plaats van aan de WHO-guidelines, aan de Europese normen moest worden getoetst, is daarin niet meegegaan. Vgl. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167, r.o. 3.16.

92 Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Luchtvervuiling*), r.o. 3.16-3.23.

93 Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Luchtvervuiling*), r.o. 3.20-3.23.

fair balance-test in de nationale context interpreteert en toepast. In deze zaken heeft de Rechtbank Den Haag in eerste instantie de taak om individuele mensenrechten van eisers af te wegen tegen bredere regelgevings- en milieukaders die de Staat hanteert.

3.3 *Fair Balance* in artikel 8 hinderzaken

Met betrekking tot het uitvoeren van de *fair balance*-toets valt op dat deze in *Schiphol* wordt voorafgegaan door een ongelukkige inleiding, waarin wordt gesteld dat het gaat om een afweging tussen de belangen van mensen die ernstige geluidshinder en slaapverstoring ondervinden door het luchtverkeer van en naar Schiphol, en alle overige belangen, in het bijzonder die van Schiphol en de luchtvaartmaatschappijen.⁹⁴ Vervolgens vindt (terecht) een uitgebreide toetsing plaats. Daaruit blijkt dat de belangen van een zeer aanzienlijk aantal mensen die ernstige hinder ervaren, niet zijn meegenomen in de onderzoeken waarop het beleid is gebaseerd, noch bij de totstandkoming van het zogenoemde Luchthavenverkeersbesluit (LVB). Bovendien wordt in het beleid consequent de hubfunctie van Schiphol vooropgesteld.⁹⁵ Ook is onvoldoende rekening gehouden met ontwikkelingen die zich in de loop van de tijd hebben voorgedaan en die van invloed zijn op de uitkomst van de belangenafweging.⁹⁶ Ten slotte licht de rechtbank uitgebreid toe waarom 'de wettelijke grondslag voor de inmenging in de door artikel 8 EVRM beschermde rechten van de omwonenden onvoldoende effectief is geïmplementeerd en wordt gehandhaafd'.⁹⁷ Bedoeld zal zijn dat geen sprake is van een effectief systeem.

Vermeldenswaardig in *Schiphol* zijn ten slotte de overwegingen over de mogelijkheid van effectieve rechtsbescherming. Terecht overweegt de rechtbank dat burgers op grond van artikel 13 EVRM recht hebben op een effectieve remediering van schendingen van artikel 8 EVRM. De rechtsmiddelen die vervolgens door de rechtbank worden aangehaald worden echter door het EHRM zelf in de materiële rechten ingelezen – en ook niet, zoals de rechtbank overweegt, in artikel 8 lid 2 EVRM.⁹⁸ Het gaat bij de beoordeling van 'the procedural aspect' van artikel 8 EVRM onder meer om de gebrekkige toetsing door de bestuursrechter in beroepen op handhavingsverzoeken en het geheel ontbreken van praktische en effectieve rechtsbescherming voor ernstig gehinderden die buiten de in de gelijkwaardigheidscriteria opgenomen geluidscontouren wonen.⁹⁹

De zaak *Varkenshouderijen* steekt schril af bij *Schiphol*. In *Varkenshouderijen* valt op dat de rechtbank betrekkelijk snel tot de conclusie komt dat sprake is van onrechtmatig handelen. De motivering hiervoor is echter summier. Naar het oordeel van de rechtbank is sprake van onrechtmatigheid

'in de gevallen van eisers die na intrek in de woning ondanks reducerende maatregelen zijn geconfronteerd met een stankoverlast die de 19,4 ou/m³ is gaan overschrijden en waarbij de kwaliteit van het milieu in

94 Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.26

95 Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.29.

96 Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.31-6.32.

97 Vgl. Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.33 e.v.

98 Zie bijvoorbeeld EHRM 10 november 2004, 46117/99, r.o. 119 (*Tapkyn e.a./Turkije*).

99 Vgl. Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.41.6 e.v.

en rond de woning van het individu dus “zeer slecht” is geworden, geen sprake meer is van een *fair balance* tussen economische belangen en de gezondheidsbelangen van het individu’.¹⁰⁰

Hoewel de rechtbank vervolgens nog overweegt dat de onrechtmatigheid van de Staat erin is gelegen dat ‘hij de vergunningverstreckende lagere overheden door te ruime wettelijke normen in de positie heeft geplaatst waarin zij ten koste van die eisers vergunningen mogen of moeten verstrekken die een te zware wissel trekken op de gezondheid van die individuen’, blijft onduidelijk waaruit de onrechtmatigheid precies blijkt. De overweging dat de kern van deze zaak is dat ‘de in 2006/2007 geïntroduceerde wetgeving de balans tussen de belangen van deze bewoners en de belangen van de intensieve veehouderij zoek is geraakt’, biedt geen verduidelijking.¹⁰¹ Verder wordt slechts in algemene bewoordingen gesteld dat niet is gebleken dat er ten aanzien van de overlast tijdig redelijke en passende individuele maatregelen zijn genomen. Ook overweegt de rechtbank enkel dat onduidelijk of, en of en zo ja welke, recente maatregelen verlichting hebben gebracht of op korte termijn zullen brengen.¹⁰²

Opvallend aan deze overwegingen is dat de rechter inhoudelijk weinig prijsgeeft van zijn juridische toetsing, terwijl dat juist in een zaak als deze – waarin sprake is van een nationale toepassing van artikel 8 EVRM – van grote waarde zou zijn geweest. In onze optiek is dit een gemiste kans. Een nadere onderbouwing van de onrechtmatigheid – bijvoorbeeld op basis van een onderzoek van Wageningen University¹⁰³ – had het oordeel niet alleen overtuigender, maar ook beter toetsbaar gemaakt. Bovendien wordt de rechtsontwikkeling pas zichtbaar wanneer de rechter zijn afweging expliciet maakt. Vervolgens kan dan tot een goed passend niveau van (inter)nationale mensenrechtenbescherming worden gekomen.

4 Nationale rechterlijke toetsing en drempels voor toepassing EVRM

De doorwerking van positieve verplichtingen is van belang voor een goede bescherming van individuele rechten. Hoewel de Nederlandse rechter gewend is om internationaal recht toe te passen, blijkt uit het voorgaande dat de rechtspraak van het EHRM kan meebrengen dat dit recht op een specifieke wijze moet worden geïnterpreteerd, bijvoorbeeld in het kader van de bescherming van artikel 2 en/of artikel 8 EVRM.¹⁰⁴ We zoomen verder in op de toepassing van artikel 8 EVRM. Daarbij is in de besproken gezondheids- en milieuzaken de *fair balance*-test van groot belang, maar deze wordt – door rechter en wetgever – niet altijd helder uitgevoerd of verwoord (paragraaf 4.1). Ook andere drempels voor de toepassing van artikel 8 EVRM worden door of voor de rechter opgeworpen, zoals de taakverdeling tussen Staat en rechter

100 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119, r.o. 4.21. Ook in hoger beroep wordt (ten aanzien van de ‘zeer extreme gevallen’) betrekkelijk snel de stap gezet van de vaststelling dat een zogenaamd ‘minimum level’ is overschreden, naar het oordeel dat onvoldoende (concrete) maatregelen zijn genomen en vervolgens naar de conclusie dat sprake is van onrechtmatig handelen. Hof Den Haag 25 maart 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:431, r.o. 6.17.

101 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Varkenshouderijen*), r.o. 4.21.

102 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Varkenshouderijen*), r.o. 4.23.

103 R.W. Melse, G.M. Nijeboer & N.W.M. Ogink, *Evaluatie geurverwijdering door luchtwassersystemen bij stallen; Deel 2: Steekproef rendement luchtwassers in de praktijk*, Wageningen Livestock Research, Rapport 1082.

104 Zoals HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*); HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*); en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*).

(paragraaf 4.2), het gebruik van internationale bronnen (paragraaf 4.3) en vermenging van positieve en negatieve verplichtingen. In beide gevallen worden redeneringen gebruikt die een EVRM-*proof* interpretatie in de weg staan.

4.1 Motivering als motor voor toepassing van artikel 8 EVRM

Omdat alleen ernstige feiten binnen het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM vallen, zal de rechter eerst moeten nagaan of de drempel van een ‘minimum level of severity’ is behaald. Wanneer partijen van mening verschillen over de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM,¹⁰⁵ kan bij de beantwoording van deze vraag aansluiting worden gezocht bij nationale of internationale normen. De dialoog met andere rechters over wat het minimum van EVRM-bescherming is, kan echter alleen plaatsvinden wanneer de rechter motiveert waarom het minimumniveau wel (of niet) wordt behaald. In *Varkenshouderijen* toetst de rechter het minimumniveau bijvoorbeeld aan de hand van de schaal voor milieukwaliteit die is ontleend aan het RIVM-rapport Geur en gezondheid.¹⁰⁶ Volgens de rechter is aan de drempel voldaan wanneer individuen min of meer permanent worden blootgesteld aan een woonomgeving waarvan de milieukwaliteit zeer slecht of extreem slecht is geworden en de milieugezondheidskwaliteit als onvoldoende of ruim onvoldoende wordt aangemerkt.¹⁰⁷

De rechter kan zijn taak om wetgeving aan de positieve verplichtingen op grond van het EVRM te toetsen vervolgens alleen vervullen wanneer hij beschikt over voldoende inzicht in de doelstellingen en de achtergrond van de betreffende wettelijke regeling.¹⁰⁸ Wanneer de wetgever geen inzicht geeft in de doelstellingen die aan de wettelijke regeling ten grondslag liggen, welke belangen zijn meegewogen en hoe tot de uiteindelijke afweging van belangen is gekomen, is dat een aanwijzing dat geen zorgvuldigheid is betracht bij de voorbereiding van de wettelijke regeling. Alleen al op dat punt kan de rechter de wetgever op de vingers tikken. Zo overwoog het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in de zaak over luchtverontreiniging dat het Land onvoldoende inzicht heeft gegeven in de door hem toegepaste belangenafweging:

¹⁰⁵ In *Schiphol* heeft de rechtbank niet gemotiveerd waarom sprake is van een inbreuk op artikel 8 EVRM. Dat kan verklaard worden uit het feit dat partijen niet van mening verschillen over de toepasselijkheid van deze bepaling. Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.3 e.v. Opvallend is voorts dat de rechtbank niet refereert aan ‘the right to respect for the home’, maar in plaats daarvan het recht op respect op fysieke en psychische integriteit centraal stelt. Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.9. Dat strookt niet met de eerder besproken rechtspraak van het EHRM op dit terrein.

¹⁰⁶ Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119, r.o. 4.15-4.16.

¹⁰⁷ Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119, r.o. 4.16 e.v. Waarom het hof een hogere maatstaf hanteert, volgt niet uit het arrest. Vgl. Hof Den Haag 25 maart 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:431, r.o. 6.15.

¹⁰⁸ Het EHRM stelt ook eisen aan het besluitvormingsproces. De besluitvormingsprocedure moet eerlijk (‘fair’) zijn en een gepaste aandacht schenken (‘afford due respect to’) aan de door artikel 8 EVRM beschermde belangen van individuen. Zie hierover ook D.J. Harris e.a 2023 (*supra* noot 31), p. 567. Recent nog heeft het EHRM geoordeeld dat er een procedurele verplichting bestaat ‘to conduct an adequate, timely and comprehensive environmental impact assessment (EIA) in good faith and based on the best available science before authorising a potentially dangerous activity that might be harmful to the individual’s right to effective State protection from the serious adverse effects of climate change on their lives, health, well-being and quality of life’. Zie EHRM 28 oktober 2025, 34068/21, par. 318 (*Greenpeace Nordic e.a./Noorwegen*).

‘Hoewel daartoe bij tussenvonnis uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld, heeft het Land op geen enkele wijze geconcretiseerd in hoeverre het belang van burgers in het benedenwindse gebied bij bescherming tegen aantasting van hun grondrecht een rol heeft gespeeld. In de door het Land overgelegde nota’s komt dat belang niet voor. Ook als louter economische aspecten in ogenschouw worden genomen, geldt dat het Land te weinig inzicht heeft gegeven in zijn afwegingen’.¹⁰⁹

Een dergelijke overweging kan de wetgever stimuleren om meer aandacht te besteden aan de kwaliteit en de kenbaarheid van zijn belangenafwegingen. Tegelijkertijd zou dit de taak van de rechter vergemakkelijken, omdat hij daardoor beter inzicht krijgt in de overwegingen die aan de belangenafweging ten grondslag liggen.¹¹⁰

Vervolgens dient de rechter te beoordelen of er een *fair balance* tussen de betrokken belangen in acht is genomen – en als in bestaande wetgeving geen (voldoende) rekening is gehouden met deze balans, aanwijzingen te geven aan de wetgever door te motiveren met welke normen en belangen rekening moet worden gehouden. De rechter kan oordelen dat onrechtmatig is gehandeld wanneer te weinig of juist te veel gewicht aan individuele en algemene belangen is toegekend of als de rechtsontwikkeling zover is voortgeschreden dat de door de wetgever gemaakte afweging niet (meer) verenigbaar is met een nieuw ontstane. Met de in paragraaf 3.3 beschreven motivering in Schiphol wordt de wetgever goed op de hoogte gesteld van de geconstateerde ‘fouten’ door de rechtbank. Dat is niet alleen van belang voor de dialoog tussen verschillende rechters, maar ook voor de dialoog tussen rechter en wetgever. Overigens kunnen naast regelgeving als factor in de *fair balance*-test ook feitelijke maatregelen in deze test worden betrokken. Daaraan besteedt het Gemeenschappelijk Hof van Justitie uitgebreid aandacht in zijn oordeel in de zaak over de luchtverontreiniging: de door de het Land aangedragen initiatieven kunnen niet afdoen aan het ontbreken van maatregelen in de voorbije jaren.¹¹¹

4.2 ‘Margin of appreciation’ in de nationale jurisprudentie

Nationale rechters beoordelen de gemaakte keuzes van de wetgever rechtstreeks en gaan na of de rechten uit het EVRM daadwerkelijk worden gewaarborgd. In *Varkenshouderijen* was de vraag of de huidige wetgeving kon blijven bestaan omdat deze een te hoge norm hanteerde voor vergunningverlening, terwijl ook tussen de particuliere partijen deze hogere norm systematisch werd overtreden en de vergunningsvoorschriften niet werden gehandhaafd. In *Schiphol* waren de geluidsnormen vastgelegd in wetgeving om het aantal vluchten vooraf te reguleren, maar hanteerde de Staat andere criteria – die niet in de wetgeving waren vastgelegd – voor anticiperende regulering en handhaving achteraf wanneer de daadwerkelijke overlast te groot zou zijn. In beide zaken voert de Staat op enig moment aan dat hij onder het EVRM een ruime beoordelingsmarge heeft, zodat de rechter de genomen maatregelen niet kan beoordelen.¹¹²

109 Zie bijvoorbeeld Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167, r.o. 2.17-2.18.

110 Vgl. Gerards 2008 (*supra* noot 53), p. 174-175.

111 Zie bijvoorbeeld Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167, r.o. 2.13-2.15 en 3.21.

112 Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 1.2, 6.28; Hof Den Haag 25 maart 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:431 (*Varkenshouderijen*), r.o. 6.1.

Wij beschouwen dit als een misplaatste argumentatie van de kant van de Staat. De beoordelingsmarge zoals toegepast door het EHRM is een kwestie van soevereiniteit tussen Staten in internationale betrekkingen, terwijl de relatie tussen nationale rechter en wetgever, hoewel deze evenwichtig dient te zijn en aan bepaalde nationale regels is gebonden, de toepassing van internationale mensenrechten niet mag beperken.¹¹³ Maar in beide besproken zaken verwacht de rechtbank in navolging van de Staat de internationale terughoudendheid van het EHRM met het inmengingsniveau van nationale rechters:

‘Een staat heeft vrijheid bij de keuze van de te nemen maatregelen (*“a wide margin of appreciation”*) (...) De rechter kan onderzoeken of de maatregelen die een staat neemt, redelijk en geschikt zijn. De rechter dient daarbij wel de zojuist genoemde *margin of appreciation* te respecteren; de staten hebben een bepaalde vrijheid van keuze in de manier waarop zij milieuoverlast aanpakken en *“are not required to implement any specific measure requested by individuals”*.’¹¹⁴

In de meeste rechtsordes houdt de scheiding der machten in dat rechtbanken zich niet mogen mengen in politieke besluitvorming over de wenselijkheid van het aannemen van wetgeving met een bepaalde, concreet omschreven inhoud.¹¹⁵ Dit is echter niet hetzelfde als het toepassen van de beoordelingsmarge zoals deze wordt gehanteerd door het EHRM, maar lijkt hiermee wel te worden verward. Deze marge is niet bedoeld om nationale wetgeving te beschermen tegen toetsing door de nationale rechter, noch om de praktische en effectieve waarborging van EVRM-rechten door nationale wetgeving minder verstrekkend te beoordelen. Daarom zou de Staat geen beroep moeten doen op de ruime *margin of appreciation* en zou de nationale rechter – als laatste instantie die hierover kan oordelen – een dergelijk beroep niet moeten honoreren.¹¹⁶ Overigens zijn wij van mening dat een indringende toetsing zonder meer aangewezen is wanneer sprake is van vergaande inbreuken op artikel 8 EVRM. Het gewicht van de betrokken belangen en de mate van aantasting van EVRM-rechten zijn daarbij relevant.¹¹⁷

113 Deze rechterlijk houding zit overigens ook in onze constitutionele cultuur ‘ingebakken’. Zie hierover Raad van State, *Ministeriele verantwoordelijkheid. Een ongevraagd advies*, Den Haag 2020.

114 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Varkenshouderijen*), r.o. 4.3-4.4. Zie ook: Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.29.1. Zie hierover ook Jak & Vermont 2007 (*supra* noot 61).

115 Ook onderkend door de rechtbank: Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Varkenshouderijen*), r.o. 4.6.

116 Zoals correct overwogen door de A-G Van Wees 11 juni 2024, ECLI:NL:PHR:2024:620, par. 4.25: ‘Daarbij moet wel worden bedacht dat het EHRM dergelijke marges laat aan de staat die partij is bij het EVRM en niet noodzakelijkerwijs aan de bestuursorganen van die staat. De rechter dient er, als effectief rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM, in eerste instantie op toe te zien dat de in het EVRM toegekende rechten en vrijheden niet worden geschonden. (...) Anders gezegd: de appreciatiemarge die het EHRM zelf aanlegt, kan niet in gelijke mate worden aangelegd door de nationale rechter. Dan komt immers een van de grondslagen van die appreciatiemarge – de nationale procedurele waarborgen – te vervallen.’

117 Zie met betrekking tot een dergelijke redenering in het bestuursrecht bijvoorbeeld: Conclusie 7 juli 2021 van A-G Widdershoven en Wattel over de evenredigheidstoets door de bestuursrechter, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

4.3 Common ground methode en de nationale bescherming van EVRM-rechten

Bij de interpretatie en toepassing van internationale verdragen wordt ook door nationale rechters gebruik gemaakt van internationale bronnen. Aan deze interpretatie-instrumenten voegt het EHRM wetenschappelijke inzichten en algemeen door de verdragsstaten aanvaarde normen toe. Deze bronnen ondersteunen de voortdurende ontwikkeling van (de mensenrechten uit) het EVRM.

Hoewel Nederlandse rechters de *common ground*-methode herkennen en toepassen, staan zij nog steeds terughoudend of onwetend tegenover de mogelijkheid om niet-juridische internationale normen te betrekken.¹¹⁸ In *Varkenshouderijen* bijvoorbeeld, overweegt de rechtbank dat artikel 8 EVRM geen grenswaarde – een maximumhoeveelheid geurhinder – vaststelt waarboven de Staat verplicht is redelijke en passende maatregelen te nemen.¹¹⁹ De rechtbank gaat vervolgens uit van algemene normen die door de Nederlandse wetgever zelf zijn opgesteld, met name vanwege ‘de vrijheid die de wetgever toekomt bij de vaststelling van de wettelijke normen’.¹²⁰ Ook hier lijkt de rechtbank terughoudend te zijn vanwege de ‘beoordelingsvrijheid’ van de Staat.¹²¹ Met behulp van de *common ground*-methode had de rechter ook een grenswaarde kunnen vaststellen op basis van internationale wetenschappelijke inzichten en algemeen door de verdragsstaten aanvaarde normen. Daarbij kan het aan de wetgever worden overgelaten om te beslissen welke maatregelen nodig zijn om te voldoen aan deze ontwikkeling van en verplichting uit hoofde van artikel 8 EVRM.¹²²

Dit kan enigszins ongemakkelijk lijken, aangezien Nederlandse gerechtelijke procedures gebaseerd zijn op het procedurele principe dat de partij die de bewering doet – er is een internationaal aanvaarde norm – deze ook moet bewijzen. In *Schiphol* werd deze norm echter door de partijen naar voren gebracht, maar door de rechtbank verworpen:

‘De WHO-richtlijnen zijn, zoals RBV zelf ook onderkent, niet bindend en het Unierecht laat lidstaten vooralsnog vrij om nationale geluidbelastingsindicatoren en daarmee verband houdende gegevens te hanteren – binnen de bindende parameters van de Richtlijn omgevingslawaaï. De eisen die het EVRM in dit kader aan overheidsoptreden stelt, verplichten de Staat ook niet om de WHO-richtlijnen te hanteren. (...) De rechtbank kan (...) niet bepalen dat aan deze maatregelen de WHO-richtlijnen ten grondslag worden gelegd en dat rekening gehouden wordt met (niet-equivalente) akoestische hinderfactoren. Hiertoe bestaat geen rechtsplicht, zodat het buiten de taak van de rechter valt om de Staat hiertoe te veroordelen.’¹²³

In *Urgenda* verwees de Hoge Raad expliciet naar *Oluič/Kroatië*, waarin het EHRM zich boog over een vermeende schending van artikel 8 EVRM vanwege geluidsniveaus die boven het toegestane niveau lagen. Om richtwaarden voor verschillende omgevingen vast te stellen, gebruikt het

118 Dit is ook zichtbaar in een eerdere zaak met betrekking tot luchtverontreiniging. Zie Hof Den Haag, 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915; Anders GEA Curaçao 26 augustus 2019, ECLI:NL:OGEAC:2019:172.

119 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Varkenshouderijen*), r.o. 4.10.

120 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Varkenshouderijen*), r.o. 4.12.

121 Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Varkenshouderijen*), r.o. 4.13. Vgl. J.A. Boer & L.M. Nijenhuis, annotatie bij Hof Den Haag 25 maart 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:431, AB 2025/144, p. 1052; D.G.J. Sanderink, annotatie bij Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Varkenshouderijen*), JB 2023/51.

122 Zie Hoge Raad 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 7.2.11, 7.3.3.

123 Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.46, 6.50.

EHRM hoofdstuk 4 van de ‘Guidelines for Community Noise’ en ‘Fact Sheet No. 258’ van de WHO.¹²⁴ Deze richtlijnen verwijzen naar de niveaus van de laagste schadelijke gezondheidseffecten in verschillende omstandigheden, terwijl de meeste Europese landen een nog lagere grenswaarde hebben vastgesteld.¹²⁵ Dit niveau wordt door het EHRM gebruikt om te bepalen of het recht van de verzoeker op grond van artikel 8 EVRM is geschonden.¹²⁶ Een gelijke maatstaf zou ook de nationale rechter moeten hanteren voor een effectieve waarborg van deze rechten.

4.4 Positieve versus negatieve verplichtingen

Naast de hiervoor beschreven drempels, blijkt het voor de nationale rechter nog lastig om het juiste EVRM-kader voor artikel 8 toe te passen. Soms is er sprake van vermenging van positieve en negatieve verplichtingen. Zo legt de rechtbank in *Schiphol* sterk de nadruk op artikel 8 lid 2 EVRM, terwijl deze bepaling strikt genomen niet van toepassing is: niet kan worden gesteld dat sprake is van een ‘interference’ door de Staat. De Staat is immers niet zelf de veroorzaker van de geluidshinder.¹²⁷ De nadruk had dan ook veeleer moeten liggen op de positieve verplichtingen van de Staat om de in artikel 8 lid 1 EVRM gewaarborgde rechten te beschermen tegen inmenging door derden. Hoewel de toepasselijke principes bij het vaststellen van een op de Staat rustende positieve verplichting om maatregelen te nemen ter bescherming van de in artikel 8 lid 1 EVRM genoemde rechten en bij de beoordeling van de vraag of inmenging in overeenstemming is met het tweede lid, ‘broadly similar’ zijn,¹²⁸ is er in het geval van positieve verplichtingen doorgaans geen sprake van een nauwkeurig afgebakende toetsingsstructuur. Juist om die reden was het wenselijker geweest wanneer de nationale rechter explicieter had aangesloten bij de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van positieve verplichtingen. Daarnaast valt op dat de toets inhoudelijk gezien niet logisch is opgebouwd. Voor de beoordeling in dit geding is het niet relevant of de Staat al dan niet zonder wettelijke basis handelt. De kernvraag is immers of de Staat een voldoende effectief reguleringskader in het leven heeft geroepen. In dat verband had vervolgens kunnen worden opgemerkt dat (slechts) wordt vooruitgelopen op een nieuw normen- en handavingsstelsel door anticiperend te handhaven.¹²⁹ Ook is relevant dat er met betrekking tot de gelijkwaardigheidscriteria¹³⁰ sprake was van een papieren werkelijkheid, die ver afstaat van de feitelijke situatie.¹³¹

124 EHRM 20 mei 2010, 61260/08, par. 29-31 (*Oluić/Kroatië*).

125 EHRM 20 mei 2010, 61260/08, par. 30 (*Oluić/Kroatië*).

126 EHRM 20 mei 2010, 61260/08, par. 60, 62 (*Oluić/Kroatië*).

127 De vraag kan rijzen of Schiphol als private onderneming kan worden beschouwd waarvan de gedragingen aan de staat kunnen worden toegerekend. Is daarvan sprake, dan is Schiphol als onderdeel van de staat direct aan het EVRM gebonden. Relevant is in ieder geval dat het ministerie van Financiën voor 69,77% eigenaar is. De gemeente Amsterdam beschikt over 20,03% en de gemeente Rotterdam over 2,20% van de aandelen. Zie voor een soortgelijke discussie met betrekking tot de NAM in de context van gaswinning: E.C. Gijselaar, R. Rijnhout & J.M. Emaus, ‘Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM’, AA 2014, p. 806-807.

128 EHRM 16 november 2004, 4143/02, par. 55 (*Moreno Gómez/Spanje*).

129 Vgl. Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.18.

130 De gelijkwaardigheidscriteria zijn bedoeld om ervoor te zorgen dat bij elk nieuw besluit de bescherming van de omgeving gelijkwaardig of beter was dan het oorspronkelijk besluit.

131 Vgl. Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.25.

5 Tot besluit

De doorwerking van artikel 8 EVRM in de nationale rechtsorde komt met een eigen toetsingskader. Een positieve ontwikkeling is dat de waarborgen uit dit artikel steeds vaker rechtstreeks worden toegepast door de Nederlandse rechter, in plaats van het nationale recht als uitgangspunt te nemen. Hierdoor wordt de kans verkleind dat EVRM-rechten buiten de belangenafweging blijven. Persoonlijke belangen mogen niet uit het oog worden verloren, zeker niet wanneer aan de andere kant van de weegschaal algemene economische belangen worden gelegd. In het verleden werd geregeld te snel aangenomen dat ‘met het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen worden geboden om fundamentele rechten te verzekeren.’¹³² De meer directe toepassing van internationaal recht door de nationale rechter verdient de voorkeur:¹³³ de hieruit voortvloeiende intensievere toetsing van het beschermingsniveau van fundamentele rechten is eveneens een positieve ontwikkeling van de afgelopen jaren. Wanneer het de taak van de nationale rechter is om effectieve en praktische waarborgen vast te stellen ter bescherming van de rechten uit hoofde van het EVRM, moet de rechter ook gebruik maken van de instrumenten die door het EHRM geschikt worden geacht. De maatstaf moet dan niet (enkel) het nationale kader van aanvaarde wettelijke normen zijn, maar de internationaal aanvaarde normen, om een vergelijkbaar niveau van bescherming te kunnen bieden als het EHRM.

De ontwikkeling van nationale jurisprudentie over het (leef)milieu op grond van artikel 8 EVRM vereist een zorgvuldige en context-specifieke benadering. Die is nog niet in alle gevallen zichtbaar. De toepassing van de ‘fair balance’-test is in sommige gevallen nog te dun gemotiveerd en mist volwaardige aansluiting bij de EHRM-methodologie. Bovendien wordt hiervan soms oneigenlijk gebruik gemaakt om in het nationale recht terughoudendheid te motiveren. Voor zowel de relatie tussen wetgever en rechter onderling, als tussen internationale en nationale rechter(s), is van belang dat duidelijk wordt gemotiveerd waarom wel of niet is voldaan aan de vereisten uit het EVRM. De rechter is nog zoekende in het duidelijk opschrijven van deze rechtstreekse toetsing aan uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen. Bij hinderzaken is vaak sprake van langdurige, wijdverspreide individuele schade, waardoor een evenwicht moet worden gevonden tussen individuele rechten en het algemeen belang. De juridische redenering moet nauwkeurig blijven, en kan de wetgever alleen behulpzaam zijn door de belangen en normen expliciet te maken die van belang zijn voor het (minimum) beschermingsniveau. Dit niveau evolueert door een dialoog tussen nationale rechters onderling en het EHRM en vereist een actieve, goed onderbouwde motivering, zodat de toetsing op grond van artikel 8 EVRM een effectieve waarborg en bescherming biedt, gelet op de specifieke aard van de milieuschade. Wanneer – zoals in *Varkenshouderijen* – bij het uitvoeren van de *fair balance*-test alleen algemene overwegingen worden weergegeven in de uitspraak, is het onduidelijk wat in de afweging is meegewogen en wat is opgeofferd – al dan niet terecht. Wij vinden een dergelijke onduidelijke motivering problematisch omdat dit het voor de volgende rechter lastig maakt om een soortgelijke afweging te maken die recht doet aan het beschermen van de EVRM-

132 Gijselaar 2021 (*supra* noot 73), p. 180-182.

133 Vergelijk: Gijselaar 2021 (*supra* noot 73), p. 182; B.A. Kuiper-Slendeboek, ‘Uitbreiding van het internationaal instrumentarium van de burgerlijke rechter; De ruimte voor doorwerking na het *Rookverbod*-arrest’, *NTBR* 2022/25, p. 206.

rechten.¹³⁴ Een goede motivering komt de transparantie van de genomen beslissing en wellicht de kwaliteit van de rechterlijke vonnissen ten goede. Bovendien is het met het oog op de rechtszekerheid van belang dat de rechter onduidelijkheden en twijfel over de uitleg van het EVRM wegneemt. Dat is niet alleen van belang toekomstige hinder- en overlastzaken, maar ook voor andere toekomstige zaken over klimaat, luchtkwaliteit en PFAS. Met de gegeven handvatten is er de komende jaren volop ruimte voor verbetering.

¹³⁴ Het gaat hierbij met name om rechters in eerste aanleg en hoger beroepsrechters. Op het niveau van de Hoge Raad zal dit probleem vermoedelijk minder snel voorkomen.

HET RECHT OP VRIJHEID VAN GEDACHTE

Een onderbelicht recht in de schijnwerpers

Naomi van de Pol & Sjors Ligthart *

Samenvatting | Artikel 9 EVRM beschermt het recht op vrijheid van gedachte, geweten, en godsdienst. Anders dan het recht op godsdienst en geweten, bleef het recht op vrijheid van gedachte lange tijd onderbelicht – zowel in de literatuur als de rechtspraak van het EHRM. Sinds enkele jaren neemt de wetenschappelijke aandacht voor dit recht toe, mede naar aanleiding van opkomende technologieën die diep kunnen ingrijpen in mentale toestanden, zoals gedachten, gevoelens, en intenties. In deze bijdrage bespreken we verschillende interpretaties van het recht op vrijheid van gedachte en verkennen we de mogelijke implicaties daarvan. Dit doen we aan de hand van drie typen mentale beïnvloeding: (1) dwangmedicatie, (2) algoritmische beïnvloeding via sociale media, en (3) neuromodulatie in de strafrechtspleging. Daarbij kijken we niet alleen naar de reikwijdte van het recht op vrijheid van gedachte, maar reflecteren we ook kritisch op het absolute karakter ervan.

Trefwoorden | [vrijheid van gedachte], [artikel 9 EVRM], [reikwijdte], [absoluut recht], [dwangmedicatie], [sociale media], [neurotechnologie]

DOI | 10.54195/NTM.26381

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

Het is inmiddels 75 jaar geleden dat het EVRM werd ondertekend. Eén van de destijds formeel erkende rechten betreft het recht op vrijheid van gedachte, dat samen met het recht op vrijheid van geweten en godsdienst is neergelegd in artikel 9 EVRM. Anders dan het recht op vrijheid van geweten en godsdienst, heeft het recht op vrijheid van gedachte de afgelopen 75 jaar een sluimerend bestaan geleid. De uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM/Hof) en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) waarin dit recht centraal stond, zijn op één hand te tellen.¹ Hierdoor is de bescherming van de vrijheid van *gedachte* – anders dan religieuze ideeën en gewetensovertuigingen – onzeker en beperkt gebleven.

Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de vrijheid van gedachte ex artikel 9 EVRM uitsluitend betrekking heeft op iemands *innerlijke* gedachtewereld.² Het behelst een recht om in vrijheid gedachten te vormen, te veranderen, en niet gestraft te worden enkel en alleen voor de dingen

■ Dr. Naomi van de Pol is universitair docent bij Utrecht University en onderzoeker bij University of Bergen. Dr. Sjors Ligthart is universitair hoofddocent en postdoc bij Tilburg University. Dit artikel is gefinancierd door de NWO (VI. Veni.231R.022 en VI.C.201.067).

1 Zie EHRM 2 juli 1997, 27868/95 (*Salonen/Finland*); ECRM 15 januari 1998, 30406/96 (*Nyysönen/Finland*); EHRM 29 april 2002, 2346/02 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 8 april 2021, 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 & 43883/15 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*).

2 Anders dan de vrijheid van geweten en godsdienst: ‘dit recht omvat tevens (...) de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen’.

die je denkt.³ De vrijheid om gedachten tot *uitdrukking* te brengen, bijvoorbeeld via spraak, geschrift, of gedrag, valt buiten de reikwijdte van artikel 9 en is onder meer beschermd door de vrijheid van meningsuiting ex artikel 10 EVRM.⁴ Los van enkele dystopische romans, zoals Orwells *1984*, heerste lange tijd het idee dat onze innerlijke gedachtewereld grotendeels ongenaakbaar is voor derden. Wat we denken, verlangen, hopen, en waarover we dromen, speelt zich hoofdzakelijk af in ons brein, dat met de schedel fysiek is afgeschermd van de buitenwereld. Zolang we onze gedachten niet uiten, hebben anderen daar in principe geen toegang toe en zal er weinig aanleiding bestaan te klagen over een vermeende schending van het recht op vrijheid van gedachte. Dit idee vinden we ook terug in de *travaux préparatoires* bij de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, waarin onder meer te lezen valt: ‘Nothing could affect the right to freedom of thought, which would always exist even if a stranglehold were kept on it by some external force’.⁵

Hoewel een dergelijke opvatting 75 jaar gelden wellicht redelijk leek,⁶ hebben ontwikkelingen in de (neuro)psychologie en neurowetenschappen inmiddels geleid tot een heel ander beeld: onze innerlijke gedachtewereld is bijzonder kwetsbaar voor inmengingen van buitenaf. Inmiddels weten we dat wat we denken, vinden, en welke beslissingen we nemen (vaak intuïtief en onbewust), op velerlei wijzen kan worden beïnvloed door externe factoren.⁷ Met de opkomst van moderne technologieën zijn de mogelijkheden om in te grijpen in andermans gedachtewereld sterk toegenomen en in een stroomversnelling beland. Te denken valt aan de opkomst van persuasieve technologie, hypernudges, microtargeting, dark patterns, en andere vormen van (online) manipulatie, zoals gamificatie en algoritmische beïnvloeding op sociale media.⁸ Daarnaast bestaat in de literatuur steeds meer aandacht voor neurotechnologie, waarmee hersenactiviteit – als afspiegeling van iemands mentale toestanden – direct kan worden gemonitord en/of gemoduleerd.⁹

Deze ontwikkelingen roepen fundamentele nieuwe ethische en juridische vragen op. Die vragen hebben onder meer betrekking op de mensenrechtelijke bescherming van onze ‘mentale vrijheid’. Waar de meeste mensenrechten in het EVRM namelijk traditioneel het zichtbare, fysieke domein van ons leven beschermen (lichamelijke integriteit, huisrecht, privacy van communicatie, godsdienstbelijdenis, meningsuiting), verdient juist het minder zichtbare, mentale domein nu en in de toekomst meer aandacht. Dit idee heeft geleid tot een levendig debat over de juridische normering van (opkomende) technieken die ons denken kunnen sturen.

3 S. Ligthart e.a., ‘Rethinking the Right to Freedom of Thought’, *Human Rights Law Review* 2022/22, p. 2; Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Ahmed Shaheed: Freedom of thought (5 oktober 2021), *UN Doc A/76/380*, par. 25-28.

4 Of, beter, in het Engels: the right to freedom of expression.

5 General Assembly, ‘Summary record of the 129th meeting’ (10 November 1948), *UN Doc A/C.3/SR.129*, p. 419. Zie ook J.C. Bublitz, ‘The Mind and Conscience Are the Person’s Most Sacred Possessions’, in: P. O’Callaghan B. Shiner (red.), *The Cambridge Handbook of Freedom of Thought*, Cambridge: CUP 2025; M. Scheinin, ‘Article 18’, in: G. Alfredsson & A. Eide (red.), *The Universal Declaration of Human Rights*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1999.

6 Al gold ook toen al dat innerlijke gedachten kwetsbaar waren voor, onder meer, manipulatie, zoals via propaganda en indoctrinatie.

7 Zie bijv. D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2011; R.H. Thaler & C. Sunstein, *Nudge*, New York: Ballantine Books 2011.

8 Zie bijv. F. Jongepier & M. Klenk (red.), *The Philosophy of Online Manipulation*, New York: Routledge 2022.

9 Zie bijv. N.A. Farahany, *The Battle for Your Brain*, New York: St. Martin’s Press 2023.

Het is dit debat dat het recht op vrijheid van gedachte sinds enkele jaren uit de schaduw heeft getrokken. Volgens velen is dit recht bij uitstek geschikt om robuuste – en in sommige gevallen zelfs absolute – bescherming te bieden tegen non-consensuele inmengingen in iemands mentale toestanden, zoals gedachten, intenties, verlangens, en gevoelens.¹⁰ Hoewel lange tijd onderbelicht, staat het recht op vrijheid van gedachte vandaag de dag vol in de schijnwerpers.¹¹

Sinds deze renaissance is er veel discussie over de uitleg van dit recht. Deze discussie is complex en kent meerdere met elkaar verbonden facetten. Een belangrijk onderdeel – dat tot dusver in de literatuur de meeste aandacht krijgt – betreft de *reikwijdte* van het recht. Het is vooralsnog onduidelijk wat het begrip ‘gedachte’ in juridische zin precies omvat, en daarmee ook wat het recht op vrijheid van gedachte in artikel 9 EVRM precies beschermt. In de literatuur worden zowel een ruime als een beperkte interpretatie van dit begrip bepleit, waarbij de precieze implicaties van deze interpretaties vaak in het midden blijven. In deze bijdrage onderzoeken we daarom in hoeverre artikel 9 EVRM daadwerkelijk bescherming kan bieden tegen non-consensuele inmengingen in iemands mentale toestanden, door verschillende interpretaties van het recht op vrijheid van gedachte te analyseren en te problematiseren, mede in het licht van het vaak vooronderstelde absolute karakter van dit recht. Het doel van dit artikel is niet om stelling in te nemen in dit debat – dat laat de beperkte omvang van dit artikel ook niet toe. Wel beogen we enkele relevante uitdagingen te markeren en handvatten te bieden voor verder onderzoek naar de interpretatie en toepassing van het recht op vrijheid van gedachte.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 bespreken we de betekenis van het recht op vrijheid van gedachte ex artikel 9 EVRM. In paragraaf 3 bespreken we twee mogelijke interpretaties van dit recht, die respectievelijk leiden tot een beperkte en ruime reikwijdte van artikel 9 EVRM. In paragraaf 4 worden deze interpretaties toegepast op drie typen inmengingen in de geest. Paragraaf 5 sluit af met enkele reflecties.

2 De vrijheid van gedachte: Een recht in opkomst

Artikel 9, lid 1 EVRM luidt, in de Nederlandse vertaling: ‘Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst’. Uit de tekst blijkt dat het artikel in essentie drie afzonderlijke, maar onderling verband houdende, rechten omvat: (1) de vrijheid van gedachte, (2) de vrijheid van geweten, en (3) de vrijheid van godsdienst. Deze vrijheden kennen telkens twee dimensies, namelijk een innerlijke dimensie, waarin gedachten en (geloofs)overtuigingen kunnen worden gevormd, behouden, en veranderd (*forum internum*), en een externe dimensie, waarin gedachten en overtuigingen tot uitdrukking kunnen worden gebracht (*forum externum*).¹² Zoals genoemd,

10 Voor discussie over het absolute karakter van dit recht, zie S. Ligthart, ‘Reconsidering the Absolute Nature of the Right to Freedom of Thought’, *Human Rights Law Review* 2025, 25(3).

11 Zie bijv. P. O’Callaghan & B. Shiner (red.), *The Cambridge Handbook of the Right to Freedom of Thought*, Cambridge: CUP 2025; M. Blitz & J.C. Bubltz, (red.), *The Law and Ethics of Freedom of Thought Vol. 2: Cognitive Liberty and Privacy*, Cham: Palgrave Macmillan 2026; M. Blitz & J.C. Bubltz (red.), *The Law and Ethics of Freedom of Thought, Vol. 1*, Cham: Palgrave Macmillan 2021.

12 P. O’Callaghan & B. Shiner, ‘The Right to Freedom of Thought in the European Convention on Human Rights’, *European Journal of Comparative Law and Governance* 2021/8, p. 113; D.J. Harris e.a., *Harris, O’Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2023, p. 578.

beschermt artikel 9 EVRM de vrijheid van *gedachte* enkel in de innerlijke dimensie.¹³ Hoewel het onderscheid tussen beide dimensies in de praktijk niet altijd scherp is af te bakenen,¹⁴ is het juridisch voornamelijk van wezenlijk belang: volgens de heersende dogmatiek genieten beide dimensies een verschillend beschermingsniveau. Terwijl bescherming in het *forum internum* veelal wordt gezien als absoluut, is de bescherming in het *forum externum* volgens artikel 9(2) EVRM relatief, dat wil zeggen, onderworpen aan beperkingen die bij wet zijn voorzien en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving voor een van de aldaar genoemde legitieme doelen.¹⁵

Het is niet zonder reden dat artikel 9 absolute bescherming geniet: de vrijheid om je eigen gedachte te ontwikkelen en om van (religieuze) opvattingen te veranderen wordt vaak beschouwd als bijzonder belangrijk – zowel voor de persoon zelf, als bron van vele andere rechten, en als fundament van een democratische samenleving.¹⁶ Zoals McCarthy-Jones het verwoordt: het verliezen van de innerlijke vrijheid van gedachte ‘is to lose our dignity, our democracy and our very selves’.¹⁷ Ondanks het onbetwiste belang van het recht op vrijheid van gedachte is de praktische relevantie ervan voornamelijk twijfelachtig. Tot op heden werd dit recht namelijk zelden toegepast door het EHRM, waardoor sommigen het ook wel hebben aangeduid als een ‘forgotten freedom’, waarbij is betoogd dat ‘the freedom of thought might be the only human right without practical application’.¹⁸

Veruit het grootste deel van de rechtspraak over artikel 9 EVRM betreft de vrijheid van *godsdienst*. Dit hangt deels samen met de zaken die door verzoekers aan het Hof worden voorgelegd, maar opvallend is dat ook in gevallen waar de feiten en omstandigheden aanleiding zouden kunnen geven tot toetsing aan de vrijheid van gedachte, de zaak uiteindelijk toch in de sleutel van andere rechten wordt geplaatst.¹⁹ Daarnaast bestond er de afgelopen decennia slechts zeer beperkte aandacht voor het recht op vrijheid van *gedachte* als zelfstandig recht, zowel in de academische literatuur als in de rapporten van commissies, raden of rapporteurs. Daarmee zijn de betekenis en reikwijdte van het recht op vrijheid van gedachte lange tijd onbepaald en onderbelicht gebleven.²⁰

Sinds de eeuwwisseling is hier langzaam maar zeker verandering in gekomen, onder meer vanuit discussies over de strikte regulering van psychoactieve stoffen die mensen juist in staat kunnen stellen hun eigen geest te verkennen of te verruimen, zoals psilocybine, LSD, en mescaline. Verschillende auteurs hebben gepleit dat het strikt verbieden van dergelijke geestverruimen-

13 Het uiten van gedachten valt onder meer onder de vrijheid van meningsuiting.

14 C.K. Roberts, *Freedom of Religion or Belief in the European Convention on Human Rights*, Cambridge: CUP 2023.

15 Zie ook artikel 10(2) EVRM, ten aanzien van het uiten van gedachten.

16 C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 235; O’Callaghan & Shiner 2026 (*supra* noot 12), p. 121-122; EHRM 25 mei 1993, 14307/88, par. 31 (*Kokkinakis/Griekenland*).

17 S. McCarthy-Jones, ‘The autonomous mind: The right to freedom of thought in the twenty-first century’, *Frontiers in Artificial Intelligence* 2019/2, p. 2.

18 D. Newman, ‘Freedom of Thought in Canada’, *European Journal of Comparative Law and Governance* 2021/8; Bublitz 2025 (*supra* noot 5), p. 15.

19 Bijvoorbeeld, zaken die door Teitgen in de *travaux préparatoires* van artikel 9 EVRM worden genoemd als onderdeel van de vrijheid van gedachte – de zogenaamde ‘abominable methods of police inquiry’ – worden vaak beoordeeld onder andere rechten, zoals onder artikel 3 of artikel 6 EVRM. Ook binnen artikel 9 wordt snel teruggegrepen op de vrijheid van religie, terwijl een zaak ook onder de vrijheid van gedachte had kunnen vallen. Bijv: EHRM 7 december 1976, 5095/71, 5920/72 & 5926/72 (*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen/Denemarken*).

20 J.C. Bublitz, ‘Freedom of Thought’, in: M. Sellers & S. Kirste (red.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht: Springer Nature B.V. 2023, p. 1048; N. van de Pol, *Protection of the Mind under the ECHR: An Analysis in Light of Emerging Neurointerventions in Criminal Justice* (diss. Universiteit Utrecht) 2026, p. 208.

de middelen een ongeoorloofde inbreuk maakt op de vrijheid van gedachte of, breder, op een recht op ‘cognitieve vrijheid’.²¹ De aandacht voor de vrijheid van gedachte is vooral de afgelopen jaren sterk verder toegenomen, met name in het licht van technologische ontwikkelingen die anderen in staat stellen diep in te grijpen in onze mentale binnenwereld, zoals met neurotechnologie. Academics uit verschillende disciplines, waaronder recht, ethiek, psychologie, en politieke theorie, bediscussiëren momenteel actief de inhoud en reikwijdte van het recht op vrijheid van gedachte.²² Ook binnen verschillende organen van de Verenigde Naties (VN) is de belangstelling voor de vrijheid van gedachte toegenomen. Zo publiceerde de VN Rapporteur on Freedom of Religion or Belief in 2021 voor het eerst een thematisch rapport over de vrijheid van *gedachte*. Daarin benoemt hij verschillende mogelijke schendingen van dit recht, waaronder de specifieke uitdagingen die moderne digitale en neurowetenschappelijke technologieën met zich brengen.²³ Een ander voorbeeld betreft het in 2024 gepubliceerde rapport van het Adviescomité van de VN Mensenrechtenraad over de relatie tussen opkomende neurotechnologie en mensenrechten, waarin de vrijheid van gedachte een prominente plaats inneemt.²⁴

3 De reikwijdte van de vrijheid van gedachte: Beperkt of ruim?

Ondanks de toegenomen belangstelling voor de vrijheid van gedachte blijven, door de langdurige onderbelichting ervan, de precieze betekenis en reikwijdte van dit recht na 75 jaar nog grotendeels onduidelijk. Er bestaan bijvoorbeeld verschillende interpretaties van het begrip ‘gedachte’, met uiteenlopende implicaties voor de bescherming die artikel 9 EVRM biedt. Om praktische toepassing van dit recht te stimuleren en te versterken, is het noodzakelijk de reikwijdte van artikel 9 te verduidelijken.

In deze paragraaf bespreken we twee mogelijke (algemene) interpretaties, die respectievelijk leiden tot een beperkte en ruime reikwijdte.²⁵ Om een goed begrip te krijgen van de implicaties van beide benaderingen *in concreto*, passen we deze in paragraaf 4 toe op drie typen inmengingen in de geest.

21 R.G. Boire, ‘On Cognitive Liberty (Part 1, 2, 3 and 4)’, *Journal of Cognitive Liberties* 1999-2003; C. Walsh, ‘Psychedelics and cognitive liberty’, *International Journal of Drug Policy* 2016/29, p. 80-87. In sommige landen, zoals in Tsjechië, Zwitserland, en Australië, zijn bepaalde psychedelica, zoals psilocybine, inmiddels gereguleerd, omdat ze mogelijk kunnen bijdragen aan de behandeling psychische klachten zoals bij depressie en PTSS. Zie NRC, ‘Nederland is nog niet zover, maar Tsjechië gaat paddotherapie legaliseren’ (21 oktober 2025).

22 Ligthart e.a. 2022 (*supra* noot 3), p. 1; Blitz & Bublit 2026 (*supra* noot 11); O’Callaghan & Shiner 2021 (*supra* noot 12); S. Alegre, *Freedom to Think*, London: Atlantic Books 2022.

23 Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief (*supra* noot 3).

24 Report of the Human Rights Council Advisory Committee (8 August 2024). *Impact, opportunities and challenges of neurotechnology with regard to the promotion and protection of all human rights*, UN Doc A/HRC/57/61.

25 Er bestaan meer interpretaties, waarvan de meeste zich bevinden ergens tussen de twee genoemde opvattingen in. Zie J.C. Bublit, ‘What is Thought? Interpreting and Constructing Article 18 ICCPR in light of the Vienna Convention’, in: Blitz & Bublit 2026 (*supra* noot 11).

3.1 Beperkte reikwijdte

Volgens sommige auteurs dient het begrip ‘gedachte’ in artikel 9 EVRM beperkt te worden uitgelegd. Dat wil zeggen: de term gedachte heeft in dit verband geen betrekking op alle mogelijke gedachten die we dagelijks hebben, zoals wat we denken over het weer, over de kleur sokken die we aandoen, of onze gedachte om zo direct een kopje koffie gaan drinken. De betekenis van ‘gedachte’ in artikel 9 is volgens sommigen daarentegen beperkt tot gedachten die een bepaalde mate van significantie hebben, zoals religieuze, politieke, filosofische, en culturele gedachten en overtuigingen. Alleen dergelijke ‘belangrijke’ of ‘zwaarwegende’ gedachten vallen onder het bereik van het absolute recht op vrijheid van gedachte, zo is betoogd.²⁶

De belangrijkste aanwijzing die deze interpretatie ondersteunt is te vinden in de rechtspraak van het EHRM. In *Campbell en Cosans/het Verenigd Koninkrijk*, een zaak waarin ouders klaagden over het gebruik van lijfstraffen op basisscholen, formuleerde het Hof een drempelcriterium om te bepalen welke overtuigingen (‘convictions’) absolute bescherming onder artikel 9 verdienen: ‘the word “convictions” (...) denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance’.²⁷ In *S.A.S./Frankrijk* lijkt het Hof deze benadering ook door te trekken naar het recht op vrijheid van gedachte. In de algemene overwegingen stelt het Hof dat ‘the right to freedom of thought, conscience and religion denotes *only* those views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance’.²⁸ Daarmee gaf het Hof te kennen dat enkel gekwalificeerde opvattingen die een bepaald niveau van overtuigingskracht, ernst, samenhang en belang bereiken, binnen de reikwijdte van artikel 9 EVRM vallen. Deze benadering is in de daaropvolgende jurisprudentie meermaals bevestigd.²⁹

Het door het Hof gestelde drempelcriterium wordt in de literatuur doorgaans uitgelegd als een strenge toets: een gedachte moet objectief als overtuigend, serieus, samenhangend en belangrijk kunnen worden aangemerkt.³⁰ Sinds 2014 heeft het Hof artikel 9 dan ook vrijwel uitsluitend van toepassing geacht in zaken met een religieus karakter – met uitzondering van enkele zaken over secularisme (wat, interessant genoeg, eveneens in nauwe relatie tot religie staat) en pacifisme (in de context van gewetensbezwaren tegen militaire dienstplicht).³¹ Daarentegen heeft het Hof zaken betreffende andersoortige overtuigingen buiten de reikwijdte van artikel 9 EVRM geplaatst. Het gaat daarbij onder meer om gezondheidsgerelateerde opvattingen (die bijvoorbeeld leidden tot een weigering om kinderen te laten vaccineren of om een verplichte

26 S. Ligthart, ‘What is Thought, or what Should it Be? – Reply to Bublitz’, in: Blitz & Bublitz 2026 (*supra* noot 11); Van de Pol 2025 (*supra* noot 20); S. Ligthart, *Coercive Brain-Reading in Criminal Justice: An Analysis of European Human Rights Law*, Cambridge: CUP 2022.

27 EHRM 25 februari 1982, 7511/76 & 7743/76, par. 36 (*Campbell en Cosans/Verenigd Koninkrijk*).

28 EHRM 1 juli 2014, 43835/11, par. 55 (*S.A.S./Frankrijk*).

29 Zie bijvoorbeeld EHRM 9 november 2021, 9476/19, par. 51 (*De Wilde/Nederland*); EHRM 8 juni 2021, 48329/19, par. 125 (*Ancient Baltic Religious Association “Romuva”/Litouwen*); EHRM 26 april 2016, 62649/10, par. 68 (*Izzettin Doğan e.a./Turkije*).

30 Zie bijv. Van de Pol 2026 (*supra* noot 20), p. 224; T. Wolff, ‘Cogency, Seriousness, Cohesion, and Importance: Assessing the Strasbourg Case-Law on Religion or Belief’, *Oxford Journal of Law and Religion* 2023/11.

31 Zie bijv. EHRM 5 december 2017, 57792/15, par. 35 (*Hamidović/Bosnië en Herzegovina*); EHRM 13 maart 2024, 18382/15, par. 45 (*Kanatlı/Turkije*).

ziektekostenverzekering te betalen),³² of om het zogenoemde Pastafarianisme (waarbij de verzoekster klaagde dat een pasfoto waarop zij met een vergiet op haar hoofd was afgebeeld, was afgewezen voor een nieuw identiteitsbewijs).³³ Weliswaar betroffen deze zaken vooral de manifestatie (forum externum) van de betreffende overtuigingen, maar het Hof oordeelde dat de onderliggende gedachten zelf als zodanig niet voldeden aan het drempelcriterium van ernst, samenhang, overtuigingskracht en belang, en dat artikel 9 reeds *daardoor* niet van toepassing was.

Naast de rechtspraak van het EHRM vindt een beperkte interpretatie van het recht op vrijheid van gedachte ook steun in de totstandkomingsgeschiedenis van dit recht. Tijdens de totstandkoming van artikel 18 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM) – dat als blauwdruk heeft gediend voor artikel 9 EVRM – werd bijvoorbeeld benadrukt dat het doel van deze bepaling was om zowel religieuze als niet-religieuze (maar wel gekwalificeerde) overtuigingen te beschermen. Zo stelde de vertegenwoordiger van de Verenigde Staten dat naast de vrijheid om een religieuze of filosofische overtuiging aan te hangen, ook culturele, wetenschappelijke, en politieke denkbeelden bescherming dienen te genieten. De vertegenwoordiger van Uruguay betoogde bovendien dat de vrijheid van gedachte in het bijzonder diende te worden uitgebreid naar de domeinen van politiek en wetenschap. Ten slotte benadrukte de Sovjet-vertegenwoordiger dat het recht op vrijheid van gedachte zowel religieus als wetenschappelijk en filosofisch denken omvatte.³⁴ Ook in de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten – dat tot doel had de beginselen van de UVRM juridisch bindend te maken en dat verwantschap vertoont met artikel 9 EVRM³⁵ – komt naar voren dat de nadruk lag op religieuze, wetenschappelijke, en agnostische *doctrines*, waarmee wordt bedoeld op een stelsel van overtuigingen, in het bijzonder politieke of religieuze, dat door een bepaalde groep wordt onderwezen en aanvaard.³⁶

Ondanks deze onderbouwing is een beperkte interpretatie van ‘gedachte’ evenwel niet onomstreden. Een belangrijk kritiekpunt houdt bijvoorbeeld verband met de moeilijkheid om vast te stellen of een bepaalde gedachte in een specifiek geval naar ‘objectieve’ maatstaven voldoet aan het vereiste niveau van overtuigingskracht, ernst, samenhang en belang, zoals dat in de rechtspraak van het EHRM is ontwikkeld. Aan de hand van welke factoren dient een rechter dit te beoordelen?³⁷ Daarnaast kan betwijfeld worden of gevestigde, *mainstream* religies

32 EHRM 8 april 2021, 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 & 43883/15, par. 335 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*); EHRM 26 maart 2024, 31757/23, par. 15 (*Nemcsok/Hongarije*); EHRM 26 april 2022, 1443/19, par. 17 (*De Kok/Nederland*).

33 Zie EHRM 9 november 2021, 9476/19, par. 54 (*De Wilde/Nederland*); Zie ook EHRM 22 november 2022, 20921/21, par. 10 (*Alm/Oostenrijk*); EHRM 22 november 2022, 61827/19, par. 12 (*Sager e.a./Oostenrijk*). Het Pastafarianisme (of: de Kerk van het Vliegend Spaghettimonster) is een beweging die zichzelf presenteert als religie, maar tegelijkertijd fungeert als kritiek op religie doordat ze vaak met gespeelde oprechtheid en eerbied wordt ingeroepen als een *reductio ad absurdum* van niet-verifieerbare theïstische claims. Zie L. Lee & S. Bullivant, *A Dictionary of Atheism*, Oxford: OUP 2016.

34 UN General Assembly, *Meeting records – 127th meeting* (9 november 1948), UN Doc A/C.3/SR.127, p. 3 & 12-13.

35 Council of Europe, *European Commission of Human Rights Preparatory Work on Article 9 of the European Convention on Human Rights*, (16 august 1956), DH(56)14, p. 18.

36 Zie bijv. UN General Assembly, *Seventeenth session – Official Records*, (5 December 1962) UN Doc A/C.3/SR.1026.

37 Bovendien kan worden betwijfeld of dit inderdaad ‘objectief’ dient te worden vastgesteld. Objectief ogenschijnlijk onbelangrijke gedachten kunnen voor een specifiek persoon van zeer grote betekenis zijn. Te denken valt aan bepaalde herinneringen, zoals aan een persoon of gebeurtenis, die iemands leven in sterke mate hebben gevormd.

wel daadwerkelijk aan deze eisen voldoen. Zoals Tim Wolff opmerkt: ‘is there an objectively credible relationship between oppressing Israelite slaves and having ten plagues visited upon your people? Or between behaving poorly and being reincarnated as a worm?’³⁸ Daarmee rijst onder meer de vraag of de door het EHRM gestelde criteria wel de juiste zijn om te bepalen of een gedachte of overtuiging bescherming toekomt.

3.2 Ruime reikwijdte

Met name in het licht van opkomende technologieën die onze gedachten kwetsbaar(der) maken voor inmenging van buitenaf, pleiten meerdere auteurs voor een ruime interpretatie van de term ‘gedachte’. Zowel Bublitz als Hertz wijzen in dit verband op artikel 31 lid 1 van het Verdrag van Wenen, dat bepaalt dat termen in verdragsartikelen moeten worden uitgelegd ‘overeenkomstig de gewone betekenis’ van die termen. Dit betekent volgens deze auteurs dat de term ‘gedachte’ in elk geval betrekking heeft op twee typen mentale verschijnselen: (1) mentale toestanden met inhoud – zoals herinneringen, verlangens, wensen, intenties, zorgen, oordelen, en overtuigingen – en (2) het proces van denken en redeneren dat kan resulteren in zulke mentale toestanden.³⁹ Het eerder genoemde rapport van VN Rapporteur on Freedom of Religion or Belief kan worden geïnterpreteerd als steun voor zo’n ruime interpretatie.⁴⁰ Daarin wordt onder meer gesteld:

‘Freedom of thought is simultaneously “profound and far-reaching”. It protects thoughts on “all matters”, whether about conscience, religion or belief or other topics, and results in one’s beliefs, opinions and expressions, whether vocalized or not. This includes thoughts within a religion, and thoughts that are non-religious.’⁴¹

De Rapporteur herhaalt hiermee een aantal overwegingen uit de General Comment No. 22 van het VN-Mensenrechtencomité,⁴² en gebruikt die overwegingen ter onderbouwing van een brede interpretatie van het recht, waarbij gedachten over vrijwel elk onderwerp bescherming genieten. Deze ruime interpretatie blijkt verder uit de voorbeelden die de Rapporteur later noemt van potentiële inbreuken op het recht op vrijheid van gedachte, zoals de gedwongen toediening van psychoactieve geneesmiddelen in het kader van de geestelijke gezondheidszorg. In andere

Zie ook B.P. Vermeulen, ‘Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten?’, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1992/21, p. 16-45.

38 Wolff 2023 (*supra* noot 30), p. 186.

39 Bublitz 2026 (*supra* noot 25); N. Hertz, ‘The human right to freedom of thought – operationalising a disputed right in the context of neurotechnologies’, *Human Rights Law Review* 2025/25. Zie ook P. O’Callaghan e.a., ‘The Right to Freedom of Thought: An Interdisciplinary Analysis of the UN Special Rapporteur’s Report on Freedom of Thought’, *The International Journal of Human Rights* 2024/28; F. Benziger, ‘The Right to Freedom of Thought under the European Convention on Human Rights’ in: O’Callaghan & Shiner 2025 (*supra* noot 12); S. Alegre, ‘Rethinking Freedom of Thought for the 21st Century’, *European Human Rights Law Review* 2017/3.

40 Ligthart e.a. 2022 (*supra* noot 3).

41 Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief (*supra* noot 3), par. 91.

42 Human Rights Committee, General Comment No 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion) (20 July 1993) *UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4*.

recente rapporten van de VN zijn soortgelijke voorbeelden te vinden, inclusief neuromarketing en gedwongen heropvoeding.⁴³

Ook binnen het kader van het EVRM is een aanwijzing voor een bredere interpretatie van de vrijheid van gedachte te vinden, namelijk in de *travaux préparatoires*. Daarin overwoog de Franse rapporteur Teitgen in de context van artikel 9 EVRM dat de vrijheid van gedachte als doel heeft om individuen te beschermen tegen schendingen door de staat, zoals gedwongen bekentenissen en ‘abominable methods of police enquiry or judicial process which rob the suspected or accused person of control of his intellectual faculties and of his conscience’.⁴⁴ Vooral het laatste deel van deze opmerking heeft ertoe geleid dat sommige auteurs Teitgens verklaring interpreteren als steun voor een brede interpretatie van de vrijheid van gedachte, die alle soorten gedachten en overtuigingen omvat, alsmede het denkproces zelf (controle over de intellectuele vermogens).⁴⁵ Inderdaad, Teitgen lijkt een ruimere interpretatie voor ogen te hebben gehad: de vrijheid van gedachte is niet slechts beperkt tot bepaalde *gedachten* in de zin van afzonderlijke, gekwalificeerde mentale toestanden, maar beschermt ook de vrijheid van *denken* als mentaal proces.

4 Mogelijke implicaties van een beperkte of ruimte reikwijdte: drie voorbeelden

Om een goed begrip te krijgen van de mogelijk implicaties van een beperkte of ruime interpretatie van de vrijheid van gedachte, bespreken we in deze paragraaf drie hypothetische – maar niet onrealistische – typen inmenging in iemands mentale leefwereld, die 75 jaar geleden mogelijk niet alle drie even scherp op het netvlies van de verdragsonderhandelaars stonden: 1) dwangmedicatie, 2) algoritmische beïnvloeding via sociale media, en 3) neuromodulatie in de strafrechtspleging. De voorbeelden worden telkens kort geïntroduceerd, gevolgd door een kritische bespreking van de bescherming die artikel 9 EVRM biedt op basis van een beperkte of ruime interpretatie.

4.1 Dwangmedicatie

Een aanzienlijk deel van het lijden van mensen met psychische problemen heeft te maken met hun gedachten. Daarom is psychiatrische behandeling soms uitdrukkelijk gericht op het beïnvloeden of veranderen van gedachten. Antipsychotica en antidepressiva kunnen bijvoorbeeld worden gebruikt om respectievelijk paranoïde en suïcidale gedachten te verminderen. Dergelijke behandelingen vinden in principe plaats met de vrijwillige, geïnformeerde toestemming van de patiënt. Echter, in veel rechtsstelsels is non-consensuele psychiatrische behandeling in uitzonderingsgevalLEN toegestaan – bijvoorbeeld wanneer er een onmiddellijk gevaar bestaat voor het welzijn van

43 Zie bijv. Impact, opportunities and challenges of neurotechnology with regard to the promotion and protection of all human right (*supra* noot 24), p. 6; International Bioethics Committee of UNESCO, Ethical Issues of Neurotechnology (2022), p. 4 & 54.

44 P. Teitgen, *Report to the Committee on Legal Affairs and Human Rights: ‘Establishment of a Collective Guarantee of Essential Freedoms and Fundamental Rights’*, (5 september 1949) Doc 77.

45 O’Callaghan & Shiner 2021 (*supra* noot 12), p. 128-129; Van de Pol 2026 (*supra* noot 20), p. 212.

de patiënt of van anderen. In Nederland kan dit bijvoorbeeld via de Wet verplichte ggz, of, als de persoon gedetineerd is, op grond van artikel 46d van de Penitentiaire beginselenwet.

Wanneer we uitgaan van de beperkte interpretatie van de vrijheid van gedachte zoals gehanteerd door het EHRM, is dit recht in principe niet van toepassing op het toedienen van dwangmedicatie in de psychiatrische zorg. De reden daarvoor is dat de gedachten die hierdoor worden beïnvloed veelal niet zullen voldoen aan de strenge, objectieve eis van ‘een bepaald niveau van overtuigingskracht, ernst, samenhang en belang’. Hoewel pathologische gedachten, zoals waanbeelden, het leven van de patiënt in belangrijke mate kunnen bepalen, kan worden betoogd dat zij, anders dan religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, doorgaans vluchtig zijn van aard; geen betrekking hebben op wezenlijke of diepgaande levensvragen; en geen stabiel of duurzaam geïntegreerd onderdeel vormen van iemands overtuigingsstelsel.

Dat ligt anders wanneer men uitgaat van een ruime interpretatie. In dat geval zal dwangmedicatie, in bepaalde gevallen, wel degelijk een inbreuk maken op het recht op vrijheid van gedachte. Immers, volgens de ruime benadering is dit recht van toepassing op non-consensuele inmengingen in elke mentale toestand met inhoud, alsmede op inmengingen in iemands ‘denken’ als mentaal proces. Het gebruik van psychoactieve dwangmedicatie, zoals antipsychotica om waanbeelden weg te nemen of om paranoïde doelgerichtheid (‘ik moet deze boodschap verspreiden’ of ‘ik moet deze handeling verrichten’) te temperen, zal in de ruime interpretatie dan ook evident een inbreuk vormen op het recht op vrijheid van gedachte. Aangezien dit recht volgens de heersende leer een absoluut recht is, leiden dergelijke inbreuken automatisch tot een schending. Zij zijn daarmee strikt ontoelaatbaar en onder geen enkele omstandigheid te rechtvaardigen.

Dit lijkt, in elk geval op het eerste oog, een onwenselijke uitkomst, aangezien bepaalde vormen van dwangmedicatie in sommige uitzonderingsgevallen noodzakelijk kunnen worden geacht, bijvoorbeeld om de veiligheid en gezondheid van de patiënt en anderen te waarborgen. Bovendien kan men betogen dat in bepaalde gevallen dwangmedicatie de vrijheid van gedachte van een patiënt juist beoogt te *bevorderen*, door mogelijke belemmeringen van vrij denken – zoals in een psychose – te verminderen.⁴⁶ Soms is het beïnvloeden of vormen van iemands gedachten een voorwaarde om *vrijheid* van denken te bereiken, herstellen, of te versterken. Naast het voorbeeld van de (onvrijwillige) psychiatrie valt te denken aan het leerplichtig onderwijs, verplichte resocialisatieprogramma’s in het strafrecht, of deradicalisering van personen met extremistisch gedachtegoed, bijvoorbeeld in het kader van een strafrechtelijke sanctie na veroordeling wegens een terroristisch misdrijf. Zou het recht op vrijheid van gedachte in zulke gevallen misschien toch de mogelijkheid moeten bieden om bepaalde inmengingen in die vrijheid te rechtvaardigen?⁴⁷ Of zou het recht op dit soort inmenging überhaupt niet van toepassing moeten zijn?

4.2 Algoritmische beïnvloeding via sociale media

Op sociale mediaplatforms, zoals Facebook, TikTok, en X, bepalen algoritmes welke content mensen te zien krijgen – met als doel de aandacht van gebruikers vast te houden en advertentie-

46 Ligthart e.a. 2022 (*supra* noot 3).

47 J.C. Bublit, Freedom of Thought as an International Human Right, in Blitz & Bublit 2026 (*supra* noot 11); Ligthart 2025 (*supra* noot 10).

inkomsten te maximaliseren. Hierbij geven algoritmes veelal bewust voorrang aan content die sterke emotionele reacties oproept, waardoor zij via de selectie van berichten die gebruikers te zien krijgen invloed uitoefenen op hun denken en gemoedstoestand. Zo blijkt uit onderzoek dat bepaalde algoritmen gevoelens van angst, woede, of afkeer jegens mensen met afwijkende meningen kunnen versterken, hetgeen kan leiden tot een positievere perceptie van politiek gelijkgezinden en een negatievere perceptie van politiek andersgezinden.⁴⁸

Algoritmische beïnvloeding via sociale media lijkt in de eerste plaats vooral in te spelen op *emoties* van gebruikers. Emoties kunnen worden gedefinieerd als psychologische activiteit die wordt gemedieerd door mentale toestanden, zoals iemands wensen en behoeften, en die bestaat uit een unieke subjectieve ervaring (een gevoel), een fysiologische toestand, en gedrag.⁴⁹ Onder zowel de beperkte als de ruime interpretatie van ‘gedachte’ vallen emoties in principe buiten de reikwijdte van het recht op vrijheid van gedachte: ze kwalificeren in elk geval niet als religieuze, levensbeschouwelijke, filosofische, politieke, of vergelijkbare gedachten die – objectief gezien – voldoen aan de vereiste mate van overtuigingskracht, ernst, samenhang en belang. Ook kwalificeren zij vermoedelijk niet als gedachten in bredere zin – ze missen immers propositionele of feitelijke inhoud en hebben betrekking op subjectieve gevoelens, niet op cognitieve representaties. Wel bestaat een relatie tussen beide concepten: emoties kunnen gedachten beïnvloeden en andersom. Bijvoorbeeld, gevoelens van angst kunnen leiden tot negatieve verwachtingen, terwijl bepaalde overtuigingen op hun beurt angst of frustratie kunnen oproepen. Samenvattend, algoritmen die ‘enkel’ emoties beïnvloeden vallen vermoedelijk niet binnen de reikwijdte van artikel 9 EVRM.⁵⁰

Echter, zoals hierboven besproken, kunnen algoritmen naast (of via) emoties ook andere mentale toestanden en processen beïnvloeden, zoals iemands politieke percepties. Het is denkbaar dat iemand door algoritmische selectie in een informatiefilter of ‘tunnel’ terecht komt, waardoor diens politieke overtuigingen geleidelijk veranderen. Een dergelijke vorm van beïnvloeding zou volgens zowel de beperkte als ruime interpretatie onder het bereik van de vrijheid van gedachte kunnen vallen. In de ruime benadering maakt het bovendien niet zoveel uit of een algoritme politieke, filosofische, of meer alledaagse gedachten en opvattingen beïnvloedt. Ook wanneer algoritmes meer triviale mentale toestanden veranderen, zoals de intentie om een bepaald product te kopen, kan het recht op vrijheid van gedachte volgens de ruime uitleg van toepassing zijn.

In sommige gevallen kan algoritmische beïnvloeding dus onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM vallen, wat potentieel verstrekkende implicaties heeft voor huidige praktijken. Politieke percepties, maar ook allerlei andere opvattingen, intenties, en voorkeuren, worden vandaag de dag voortdurend beïnvloed door online en offline media en reclame. Het is evident dat niet alle politieke podcasts, nudges, reclamespotjes, of pop-ups op grond van artikel 9 verboden moeten worden, maar het is de vraag waar de grens ligt. Sommige auteurs pleiten voor een strikte benadering in dit verband. Zo schrijft Susie Alegre:

48 S. Milli e.a., ‘Engagement, user satisfaction, and the amplification of divisive content on social media’, *PNAS Nexus* 2025/4.

49 L. Ningjian, ‘Emotion’, in: Z. Kan (red.), *The ECPH Encyclopedia of Psychology*, Singapore: Springer 2024, p. 458.

50 In sommige gevallen is artikel 8 EVRM, dat respect voor privéleven beschermt, mogelijk relevanter. Artikel 8 EVRM biedt een bredere relatieve bescherming van de geest (bijvoorbeeld via mentale integriteit en mentale privacy), terwijl Artikel 9 EVRM specifiek niet geopenbaarde gedachten absoluut beschermt.

'Behavioural microtargeting is of particular concern because it aims to interfere with our thoughts for political gain and is a threat to the foundations of our democracies. But the right to freedom of thought is absolute, so, arguably, any technology designed to manipulate the way we think or feel would not be permissible, irrelevant of the ultimate goal. This has significant implications for marketers and advertisers but also for governmental use of "nudge technology" to make us behave as better citizens.'⁵¹

Het valt te betwijfelen of een zo strikte benadering overtuigt,⁵² bijvoorbeeld omdat zij op gespannen voet kan komen te staan met de vrijheid van meningsuiting van adverteerders en marketeers. Deze discussie illustreert in elk geval dat nieuwe vormen van mentale beïnvloeding nieuwe vragen oproepen over de interpretatie en implicaties van het recht op vrijheid van gedachte – hetgeen aanleiding geeft om kritisch te reflecteren op bestaande praktijken en om hun impact op de vrijheid van gedachte te heroverwegen. Daarnaast geeft deze discussie ook aanleiding om, voor de interpretatie van artikel 9 EVRM, niet alleen te kijken naar wat precies als gedachte zou moeten gelden, maar ook te onderzoeken welke vormen van beïnvloeding in voldoende mate iemands vrijheid van gedachte beperken om te spreken van een inbreuk op dit recht.⁵³ Zo kan worden betoogd dat algoritmische beïnvloeding een stevigere beperking vormt van de vrijheid van gedachte dan bijvoorbeeld traditionele media of advertenties, omdat algoritmische beïnvloeding gebaseerd is op persoonlijke data en dus zeer gericht en indringend kan opereren, en daarnaast subtiel en continu plaatsvindt waardoor het voor gebruikers moeilijker te doorzien en te vermijden is. Kortom, dit voorbeeld illustreert dat, voor de toepasbaarheid van het recht op vrijheid van gedachte, mogelijk niet alleen de typen gedachten relevant zijn die worden beïnvloed, maar ook doorslaggevend kan zijn op welke wijze die beïnvloeding plaatsvindt, c.q., hoever zij iemands vrijheid van denken daadwerkelijk inperkt.⁵⁴

4.3 Neuromodulatie in de strafrechtspleging

Rehabilitatie van gedetineerden speelt een steeds belangrijkere rol binnen het strafrecht. Gezien de complexiteit van oorzaken van criminaliteit en het voorkomen van recidive, wordt rehabilitatie doorgaans op diverse manieren vormgegeven. Een essentieel onderdeel van rehabilitatie betreft het bewerkstelligen van mentale veranderingen bij gedetineerden. Dit kan bijvoorbeeld plaatsvinden via psychotherapeutische interventies, zoals agressieregulatietherapie, cognitieve gedragstherapie, of verslavingszorg. Daarnaast worden ook farmacologische middelen toegepast, zoals (gedwongen) toediening van psychoactieve of antiliberale medicijnen om seksuele driften te onderdrukken en seksuele fantasieën te verminderen.⁵⁵ Een mogelijke ontwikkeling in de nabije toekomst is de toepassing van (gedwongen) hersenstimulatie met neurotechnologie (of: neuromodulatie), om bijvoorbeeld agressie te verminderen, empathische vermogens te vergroten, en/of

51 Alegre 2017 (*supra* noot 39), p. 228.

52 M.D. Evans, *Religious liberty and international law in Europe*, Cambridge: CUP 1997, p. 295.

53 Van de Pol 2026 (*supra* noot 20), p. 236.

54 Zie hierover J.C. Bublitz, 'Why means matter', in: Vincent, N.A., Nadelhoffer, T. & McCay, A. (red.), *Neurointerventions and the Law: Regulating Human Mental Capacity*, New York: OUP 2020.

55 J. Bijlsma & S. Ligthart, 'Medische interventies ter preventie van recidive', *RM Themis* 2022/2; L. Forsberg, 'Antiliberale Interventions and Human Rights', *Human Rights Law Review* 2021/21, p. 384.

het morele besef van de verkeerdheid van gewelddadig gedrag te versterken.⁵⁶ Zo rapporteerde een Rotterdamse onderzoeksgroep dat transcraniële *direct current* stimulatie (tDCS) van een bepaald hersengebied in staat bleek zelfgerapporteerde agressie binnen een forensische populatie te verminderen.⁵⁷ In de literatuur is ook het gebruik van diepe hersenstimulatie gesuggereerd voor de behandeling van zedendelinquenten, om seksuele behoefte te verminderen.⁵⁸

Wanneer neuromodulatie mentale toestanden zoals seksuele fantasieën beïnvloedt, kan het recht op vrijheid van gedachte in elk geval onder de ruime interpretatie van toepassing zijn. Dit betekent dat artikel 9 EVRM in dat geval de gedwongen toepassing van neurotechnologie met dergelijke mentale effecten in absolute termen verbiedt. Echter, in huidige onderzoeken ziet dit soort toepassing van neurotechnologie met name op het beïnvloeden van mentale fenomenen zoals impulsiviteit, empathie, of de neiging tot agressie. Dit soort mentale eigenschappen zullen naar verwachting niet binnen de reikwijdte van het recht op vrijheid van ‘gedachte’ vallen – ook niet in de ruime interpretatie. Dergelijke *gedragskenmerken* of *neigingen* tot bepaald gedrag kwalificeren immers niet als mentale toestanden met inhoud. Ook staan zij ver af van wat in het dagelijks spraakgebruik wordt bedoeld met de term ‘gedachte’.

De vraag kan gesteld worden of het wenselijk is dat artikel 9 EVRM niet van toepassing is op dit soort vormen van neuromodulatie in de strafrechtspleging. Hoewel er niet *direct* gedachten worden veranderd, kan het direct veranderen van bijvoorbeeld agressie of empathie wel *indirect* allerlei gedachten beïnvloeden (en mogelijk zelfs meer gekwalificeerde gedachten, zoals politieke overtuigingen – bijvoorbeeld door meer empathie zou iemand andere politieke opvattingen kunnen ontwikkelen). Het Adviescomité van de VN-Mensenrechtenraad erkent bijvoorbeeld dat neurotechnologie niet noodzakelijkerwijs ‘actual thoughts’ beïnvloedt of onthult, maar dat ‘the physical and mental processes of a person’s inner sphere can be altered in ways similar to “brainwashing”’, wat een risico vormt voor de vrijheid van gedachte.⁵⁹ Dit roept de vraag op of het problematisch is dat juist interventies die op duidelijke en directe wijze het brein en de geest beïnvloeden – en daarmee indirect mogelijk ook impact hebben op gedachten – buiten de reikwijdte van het absolute recht op vrijheid van gedachte vallen.⁶⁰

56 Zie bijv. R. Knehans e.a., ‘Modulating Behavioural and Self-Reported Aggression with Non-Invasive Brain Stimulation: A Literature Review’, *Brain Sciences* 2022/12; O. Choy, A. Raine, & H. Hamilton, ‘Stimulation of the Prefrontal Cortex Reduces Intentions to Commit Aggression’, *Journal of Neuroscience* 2018/38.

57 C.S. Sergiou, e.a., ‘Transcranial direct current stimulation targeting the ventromedial prefrontal cortex reduces reactive aggression and modulates electrophysiological responses in a forensic population’, *Biological Psychiatry: Cognitive Neuroscience and Neuroimaging* 2022/7, p. 95.

58 J. Fuss e.a., ‘Deep brain stimulation to reduce sexual drive’, *Journal of Psychiatry and Neuroscience* 2015/40, p. 429-431.

59 Weliswaar met een focus op neurotechnologie. Zie bijv: Impact, opportunities and challenges of neurotechnology with regard to the promotion and protection of all human rights (*supra* noot 24); International Bioethics Committee of UNESCO (*supra* noot 43).

60 Andere, weliswaar relatieve, rechten, zijn vermoedelijk wel van toepassing in dit soort situaties, zoals het recht op mentale integriteit, autonomie, en privacy uit artikel 8 EVRM; Van de Pol 2026 (*supra* noot 20); S. Ligthart, E. Dore-Horgan & G. Meynen, *Minds, Freedoms and Rights: On Neuro rehabilitation in Criminal Justice*, Cambridge: CUP 2025.

5 Reflectie en afsluiting

75 jaar na de ondertekening van het EVRM komt gedachtevorming over het recht op vrijheid van gedachte langzaam maar zeker op gang. Veel van de discussie richt zich op de reikwijdte van dit recht, en meer in het bijzonder op de interpretatie van de term ‘gedachte’. In lijn daarmee heeft deze bijdrage de implicaties onderzocht van twee mogelijke interpretaties van deze term, die respectievelijk leiden tot een beperkte en ruime uitleg van het recht op vrijheid van gedachte.

Uit de besproken voorbeelden blijkt dat een ruime reikwijdte van ‘gedachte’ als voordeel heeft dat artikel 9 EVRM in de praktijk vaker van toepassing zal zijn, bijvoorbeeld op verschillende vormen (en effecten) van algoritmische beïnvloeding – hetgeen de potentie heeft bestaande rechtsbescherming te versterken. Tegelijkertijd laten de casussen (vooral de voorbeelden van dwangmedicatie en algoritmische beïnvloeding) zien dat een ruime interpretatie, in combinatie met het vasthouden aan het absolute karakter van artikel 9, in de praktijk vermoedelijk tot problemen leidt, en daardoor mogelijk niet overtuigt. Met een ruime reikwijdte zullen immers veel hedendaagse praktijken die ingrijpen vrijheid van in mentale toestanden een inbreuk maken op het absolute recht op gedachte, en daarmee *ipso facto* verboden worden. Dit geldt ook voor praktijken die veelal worden beschouwd als noodzakelijk in een democratische rechtsorde en/of de vrijheid van gedachte juist beogen te bevorderen, zoals verplicht onderwijs, bepaalde vormen van dwangmedicatie, en rehabilitatie. Dit kan ertoe leiden dat rechters het absolute recht op vrijheid van gedachte uiteindelijk liever niet toepassen, en in plaats daarvan een klacht beoordelen in het licht van, bijvoorbeeld, het gekwalificeerde recht op respect voor het privéleven.

Een beperkte interpretatie van ‘gedachte’ lijkt daarom, gezien het absolute karakter van artikel 9 EVRM, op het eerste gezicht logischer. Toch toont het voorbeeld van neuromodulatie dat een te beperkte uitleg mogelijk niet strookt met onze intuïties: bepaalde paradigmatische voorbeelden van inbreuken op de vrijheid van gedachte, zoals neuromodulatie om mensen minder agressief te maken (denk aan *Clockwork orange*-achtige situaties), zouden dan immers buiten de reikwijdte van dit recht vallen. Een dergelijke nauwe interpretatie sluit weliswaar aan bij de rechtspraak van het EHRM, maar leidt ertoe dat het recht op vrijheid van gedachte ook in de toekomst nauwelijks zal worden toegepast. Het recht op vrijheid van gedachte als dode letter in het EVRM: dat zou in het licht van de huidige, alsmaar toenemende mogelijkheden om in te grijpen in andermans opvattingen, ideeën en denkbeelden wat ons betreft onwenselijk zijn.

De voorgaande bespreking maakt duidelijk dat een discussie die zich uitsluitend richt op de reikwijdte van het recht op vrijheid van gedachte onvoldoende is voor een volledig begrip van dit recht. Alle drie de besproken voorbeelden (dwangmedicatie, algoritmische beïnvloeding, en neuromodulatie in de strafrechtspleging) laten zien dat de interpretatie van het begrip ‘gedachte’ weliswaar bepalend is voor de toepasbaarheid van artikel 9 EVRM, maar dat de reikwijdte van dit recht niet los kan worden gezien van het absolute karakter ervan. Om de komende 75 jaar onze vrijheid van gedachte effectief te beschermen, is het dus noodzakelijk om niet alleen te denken en te discussiëren over de inhoud en grenzen van het begrip ‘gedachte’, maar ook over de wenselijkheid en houdbaarheid van de veronderstelling dat het recht op vrijheid van gedachte een absoluut recht is, of zou moeten zijn.⁶¹

61 Ligthart 2025 (*supra* noot 10).

In recente publicaties zijn verschillende suggesties gedaan om de praktische toepasbaarheid van het recht op vrijheid van gedachte te stimuleren, door een minder absolute benadering van dit recht te verkennen. Een uitgebreide bespreking daarvan valt buiten het bestek van deze bijdrage, maar de belangrijkste overwegingen kunnen kort worden genoemd. Zo is in de literatuur herhaaldelijk geopperd een alternatief drempelcriterium te ontwikkelen voor de toepasbaarheid van het absolute recht op vrijheid van gedachte.⁶² Naar analogie van de eis van een ‘minimale mate van ernst’, zoals die geldt voor de toepasbaarheid van het absolute verbod op onmenselijke en vernederende behandeling, is voorgesteld ook voor inbreuken op het recht op vrijheid van gedachte een minimale mate van ernst of intensiteit te eisen. Een dergelijke drempel zou het mogelijk maken om, naast de aard van de gedachte zelf (zoals de soort of inhoud ervan – waar de huidige drempel van ‘a certain level of cogency, seriousness, cohesion, and importance’ in essentie op ziet), ook andere factoren te betrekken bij het beoordelen van de vraag of iemands vrijheid van gedachte zodanig wordt aangetast dat sprake is van een inbreuk op artikel 9 EVRM. Als aanvullende relevante factoren zijn onder meer voorgesteld: de wijze waarop een inmenging in iemands gedachte plaatsvindt, het doel van die inmenging en de kwetsbare positie van het slachtoffer. Een dergelijke benadering creëert voor rechters iets meer speelruimte in het bepalen van de toepasbaarheid van het recht op vrijheid van gedachte. Net zoals in het kader van artikel 3 EVRM, zal een dergelijke drempel een relatieve component toevoegen aan het ‘absolute’ recht op vrijheid van gedachte in artikel 9 EVRM.

Een alternatieve benadering, die sinds kort aandacht krijgt in de literatuur, is om een beperkt aantal impliciete beperkingen (*inherent limitations*) op bepaalde elementen van het recht op vrijheid van gedachte te accepteren, mits deze de ‘kern’ van dit recht respecteren.⁶³ Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden overwogen om iemands vrijheid van gedachte te herstellen of te bevorderen wanneer die persoon zelf niet in staat is om vrij geïnformeerd in te stemmen met de betreffende interventie, of om een dreigend en ernstig gevaar dat de betrokkene voor zichzelf of anderen vormt te voorkomen, bijvoorbeeld via dwangmedicatie.

Beide benaderingen beogen de praktische toepasbaarheid van een ‘min of meer’ absoluut recht op vrijheid van gedachte te stimuleren en tegelijkertijd overbescherming door dit recht te voorkomen. Door deze en andere facetten van het recht op vrijheid van gedachte te (her)overwegen, kan een recht dat lange tijd onderbelicht is gebleven opnieuw richtinggevend worden voor de bescherming van onze mentale vrijheid.

62 Van de Pol 2026 (*supra* noot 20), p. 239; Ligthart, Dore-Horgan & Meynen 2025 (*supra* noot 60); Hertz 2025 (*supra* noot 39); Bublit 2026 (*supra* noot 5); E.O. Yildirim, ‘The Mind and the Law: A Contextualized Framework for Freedom of Thought under the European Convention on Human Rights’, in: Blitz & Bublit 2026 (*supra* noot 11).

63 Ligthart 2025 (*supra* noot 10); Bublit 2025 (*supra* noot 47).

KUNT U ONS DE WEG NAAR STRAATSBURG VERTELLEN, MENEER? Vertegenwoordiging van kinderen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: stand van zaken na 75 jaar EVRM

Mieke Breedijk & Ayla Yayla *

Samenvatting | Dit artikel bespreekt de vertegenwoordiging van kinderen in EHRM-procedures. Het betoogt dat de huidige procedurele waarborgen onvoldoende zijn om het beste belang van kinderen daadwerkelijk te laten meewegen in de belangenafweging door het Hof. Het EHRM gaat er doorgaans van uit dat een vertegenwoordiger met *locus standi* de mening van het kind, inclusief perspectief op diens eigen belangen, correct aan het Hof overbrengt. Belangenconflicten tussen beiden kunnen daaraan in de weg staan. De *locus standi* van een vertegenwoordiger en het hoorrecht van kinderen moeten daarom van elkaar worden onderscheiden. Deze bijdrage bepleit dat in de *Rules of Court* wordt vastgelegd dat vertegenwoordigde kinderen recht hebben op een eigen advocaat, die verantwoordelijk is voor het overbrengen van hun mening en belangen aan het EHRM.

Trefwoorden | EHRM, EVRM, IVRK, vertegenwoordiging van kinderen, locus standi, hoorrecht, belangenconflict, separate advocaat, Rules of Court van het EHRM (met name regels inzake vertegenwoordiging), effectieve rechtsbescherming, zich ontwikkelende vermogens, beste belang van het kind, Artikel 34 EVRM, artikel 35 EVRM, artikel 12 (lid 2) IVRK, Artikel 1 EVRM, artikel 36 lid 2 EVRM, artikel 3 lid 1 IVRK, artikel 5 IVRK

DOI | 10.54195/NTM.26382

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

‘A child does not become a ‘person’ only when they reach the age of majority; children are persons, and therefore included in ‘everyone’.¹ Dit schreef Jean-Paul Costa in 2009 als president van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Hij gaf hiermee aan dat ingevolge artikel 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM)² kinderen alle rechten en vrijheden genieten die door het EVRM worden gegarandeerd, op dezelfde wijze als volwassenen. Ook het VN-Kinderrechtenverdrag (hierna: IVRK)³ en de bijbehorende facultatieve protocollen⁴ erkennen dat kinderen zelfstandige dragers van mensenrechten zijn. Maar, zoals voormalig EHRM-rechter Isabelle Berro-Lefèvre opmerkte: ‘The fact

■ Mr. W.A.H. Breedijk, zelfstandig kinderrechtenjurist en lid van de werkgroep Jeugdrecht van het NJCM, mr. A. Yayla, docent publiekrecht Hogeschool Leiden en lid van de werkgroep Jeugdrecht van het NJCM. De auteurs willen Daniela Stojkovic bedanken voor haar bijdrage aan dit artikel.

1 J.P. Costa, ‘Foreword’, in: M. de Boer-Buquicchio (red.), *International justice for children*, Council of Europe Publishing 2009, p. 5.

2 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens, 4 november 1950, *Trb.* 1954, p. 194.

3 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, New York, 20 november 1989, *Trb.* 1990, p. 170.

4 Het derde facultatieve protocol is voor dit artikel het meest relevant: Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind betreffende een communicatieprocedure, New York 19 december 2011, *Trb.* 2012, 1, in werking getreden op 14 april 2014.

that children have rights on paper does not mean much, if we do not make their rights an effective reality.⁵ Om de rechten van kinderen daadwerkelijk te verwezenlijken, moeten er doeltreffende rechtsmiddelen beschikbaar zijn om eventuele schendingen te herstellen.⁶ In veel landen zijn kinderen voor het starten van gerechtelijke procedures, het instellen van hoger beroep en toegang tot procesdossiers echter afhankelijk van hun wettelijk vertegenwoordiger(s), doorgaans hun ouder(s) of voogd(en).⁷ Ook in het Nederlandse civiele (personen- en familie)recht zijn kinderen tot op heden in beginsel procesonbekwaam.⁸

Voor procedures voor het EHRM geldt een andere regeling: op grond van artikel 34 EVRM heeft 'any person' het recht om een klacht bij het Hof in te dienen. Dit recht omvat ook kinderen, ongeacht hun procespositie in nationale procedures.⁹ Hoewel kinderen procesbekwaam zijn voor het EHRM, worden zij in de praktijk doorgaans door volwassenen, meestal hun ouders, vertegenwoordigd, met name in procedures op grond van artikel 8 EVRM.¹⁰ Vooral in dergelijke familie- en jeugdrechtszaken doen zich echter vaak (potentiële) belangenconflicten voor tussen de vertegenwoordiger en het kind.¹¹ Daardoor kunnen de meningen en belangen van de vertegenwoordiger en het kind van elkaar verschillen en die van het kind ondergesneeuwd raken.¹² Om ervoor te zorgen dat het EHRM in de te maken belangenafweging het 'beste' belang van het kind meeneemt, is het noodzakelijk de bevoegdheid om namens een kind een klacht bij het EHRM in te dienen, de *locus standi*, te onderscheiden van de verplichting van de vertegenwoordiger om, in het kader van het 'hoorrecht' van een kind, diens mening, inclusief het perspectief op de eigen belangen, correct aan het EHRM over te brengen.¹³

Het hoorrecht wortelt in (artikel 12 lid 2 van) het IVRK. Dit artikel betoogt dat de vertegenwoordiging van kinderen in EHRM-procedures meer in lijn moet worden gebracht met dit invloedrijke verdrag. Niet omdat het EHRM daaraan in juridische zin is gebonden, maar omdat het Hof het EVRM niet in een vacuüm kan interpreteren. Het moet rekening houden met relevante internationale verdragen zoals het IVRK.¹⁴ In deze bijdrage staat, naast de *locus standi* van vertegenwoordigers, de vraag centraal hoe het hoorrecht van kinderen in procedures voor het EHRM het best kan worden gewaarborgd. In navolging van de baanbrekende uitspraak

5 I. Berro-Lefèvre, 'Children's access to the European Court of Human Rights: Building a Europe for and with Children', in: M. de Boer-Buquicchio (red.), *International Justice for Children*, Council of Europe Publishing 2009, beschikbaar via: https://www.coe.int/t/dg3/children/justicespeeches/berro_en.asp.

6 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 5 (2003). *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/5, par. 24.

7 UN Human Rights Council, 'Access to justice for children', *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35, par. 37.

8 Vgl. art. 1:245 lid 4 jo. art. 253i lid 1 BW vertegenwoordigen de ouder(s) met gezag de minderjarige in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte.

9 I. Berro-Lefèvre, 'Improving children's access to the European Court of Human Rights', in: Council of Europe, *International justice for children*, Strasbourg: Council of Europe Publishing 2008, pp. 69-78, p. 70.

10 C. Mol, *The Child's Right to Participate in Family Law Proceedings according to International and European Human Rights Law. Represented, Heard or Silenced?*, Cambridge: Intersentia 2002 (diss. Universiteit Utrecht), par. 6.2.

11 Zie onder meer: C. Fenton-Glynn, 'Children, Parents and the European Court of Human Rights', *European Human Rights Law Review* 2019, par. 4; A. ulo Margaleti & I. Simovi, 'Child Representation in Cases Before the European Court of Human Rights', *Pravni vjesnik* 40/2024, nr. 3, p. 31-53.

12 C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 257.

13 C. Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), par. 4. Zie ook EHRM 10 september 2019, 37283/13, (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), concurring opinion rechters Koskelo en Nordén, par. 10.

14 EHRM 4 oktober 2012, 43631/09 (*Harroudj/Frankrijk*), par. 42.

van het Hof in *A. en B./Kroatië* (2019) pleit dit artikel ervoor dat kinderen die in procedures voor het EHRM worden vertegenwoordigd, moeten worden bijgestaan door een eigen, onafhankelijke advocaat.¹⁵

De bijdrage is als volgt opgebouwd: paragraaf 2 geeft een overzicht van de door het IVRK geïnspireerde ontwikkeling van het kinderrechtenperspectief in de rechtspraak van het EHRM. In paragraaf 3 komt de relatie tussen het IVRK en het EVRM aan bod en wordt het in het IVRK neergelegde hoorrecht uiteengezet. Voor zover relevant voor de vertegenwoordiging van kinderen in EHRM-procedures, beschrijft paragraaf 3.2 kort hoe de vertegenwoordiging van kinderen in Nederland is geregeld. Paragraaf 4 bespreekt vervolgens de door het EHRM in zijn rechtspraak ontwikkelde criteria voor de *locus standi* van ouders (par. 4.1 en 4.2) en derden (par. 4.3 en 4.4) die (mede) namens een kind een klacht bij het EHRM indienen. Ook de gevolgen van het hebben van *locus standi* voor het hoorrecht van de vertegenwoordigde kinderen wordt besproken. Paragraaf 5 gaat in op een vijftal aandachtspunten: de ontzegging van *locus standi* aan een vertegenwoordiger (5.1), de door kinderen te geven toestemming voor vertegenwoordiging (5.2), de voorgestelde benoeming en taak van de separate advocaat (5.3) en het belang van een voortvarende behandeling van EHRM-procedures waarbij kinderen zijn betrokken (5.4). De laatste deelparagraaf gaat over kinderen die niet bij de EHRM-procedure worden betrokken (5.5). Paragraaf 6 bevat de conclusie en vormt het sluitstuk van dit artikel.

2 Het kinderrechtenperspectief in de rechtspraak van het EHRM

Op 4 november 1950 ondertekenden de lidstaten van de Raad van Europa het EVRM in Rome. Het EHRM werd ruim negen jaar later operationeel: sindsdien heeft 'ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen' het recht om een klacht in te dienen tegen een verdragsstaat over een vermeende schending van EVRM-rechten.¹⁶ Dit recht geldt ook voor kinderen,¹⁷ hoewel het EVRM niet is opgesteld met kinderrechten in gedachten.¹⁸ De eerste door kinderen ingediende verzoekschriften dateren uit de jaren zeventig van de vorige eeuw.¹⁹ Door de ontvankelijkheid van deze klachten aan te nemen, was het EHRM het eerste internationale rechtsorgaan dat de procesbekwaamheid van kinderen erkende.²⁰ Het beginsel dat kinderen zelfstandige dragers van rechten en vrijheden zijn, sijpelde pas door in de rechtspraak van het EHRM na de adoptie van het IVRK in 1989 en vooral na de totstand-koming in 2011 van het derde facultatieve protocol bij het IVRK,²¹ dat voorziet in een individu-

15 EHRM 20 juni 2019, 7144/15 (*A. en B./Kroatië*), par. 3.

16 Art. 34 EVRM. Zie ook art. 1 EVRM dat verdragsstaten verplicht de rechten en vrijheden van 'een ieder' die onder hun rechtsmacht valt, te verzekeren.

17 Onder een kind wordt verstaan: ieder mens jonger dan achttien jaar, tenzij de meerderjarigheid vgl. het op het kind toepasselijke recht eerder wordt bereikt (art. 1 IVRK). In het EVRM zelf staan slechts twee verwijzingen naar kinderen: in art. 5 lid 1 sub d en art. 6 lid 1 EVRM.

18 Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), par. 1.1.

19 EHRM 19 december 1974, 6753/7 (*X. en Y./Nederland*) en EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*), par. 19.

20 L. Graziani, 'Access to Justice: A Fundamental Right for All Children', in: T. Liefwaard & J. Sloth-Nielsen (red.), *Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, Brill/Nijhoff 2017, p. 125-141.

21 T. Helland & R. Hollekim, 'The Convention on the Rights of the Child's imprint on Judgements from the European Court of Human Rights: A Negligible Footprint?', *Nordic Journal of Human Rights* 2023, nr. 2, p. 215-227.

eel klachtrecht.²² Zo overwoog het Hof in 2015 in *M. en M./Kroatië*: '[Children] lack the full autonomy of adults but are, nevertheless, subjects of rights (see the Preamble to the Optional Protocol [...] to the Convention on the Rights of the Child [...] on a communications procedure.'²³ De toenemende aandacht van het EHRM voor het kinderrechtensperspectief ziet zowel toe op hun vertegenwoordiging voor het Hof als op de toekenning van eigen rechten en vrijheden, los van die van hun ouders.²⁴

Een voorbeeld van hoe dit laatste in het verleden beperkt was, blijkt uit *X. en Y./Nederland*, een zaak uit 1974.²⁵ Hierin klaagde een Nederlands meisje, dat op haar veertiende samen met haar vriendje was weggelopen, over het feit dat zij gedwongen was terug naar huis te keren. De klacht was volgens de inmiddels afgeschafte Europese Commissie voor de Rechten van de Mens kennelijk ongegrond:

[T]he obligation of children to reside with their parents and to be otherwise subjected to a particular control is necessary for the protection of children's health and morals, although it might constitute, from a particular child's point of view, an interference with his or her own private life'.

Volgens een andere uitspraak, *Nielsen/Denemarken* uit 1988, mocht een moeder haar twaalf jaar oude zoon laten opnemen in een psychiatrisch ziekenhuis, enkel omdat hij niet bij haar wilde wonen.²⁶ Pas in latere uitspraken, zoals bijvoorbeeld in *Osman/Denemarken* uit 2011, waarin een vijftienjarig meisje tegen haar wil door haar vader naar Kenia was gestuurd, erkende het EHRM dat kinderen een eigen recht hebben op *private and family life*.²⁷

Wat betreft de vertegenwoordiging van kinderen in EHRM-procedures, geldt dat de weg naar Straatsburg voor hen nog altijd moeilijk begaanbaar is. Het Hof aanvaardt weliswaar de eigen procesbevoegdheid van kinderen onder artikel 34 EVRM,²⁸ maar erkent tegelijkertijd dat hun positie om een zorgvuldige overweging vraagt en dat kinderen mogelijk niet beschikken over 'an age or capacity to authorise any steps to be taken on their behalf in any real sense.'²⁹ Kinderen moeten, zo overwoog het Hof in (onder meer) *Strand Lobben e.a./Noorwegen*, over het algemeen op anderen vertrouwen om hun vorderingen in te dienen en hun belangen te behartigen.³⁰ Uit onderzoek blijkt dat kinderen, als ze al bij het EHRM aankloppen, dit vooral doen in zaken die samenhangen met migratie, geweld of het jeugdstrafrecht.³¹ In familie- en jeugdrechtelijke EHRM-procedures treden kinderen zelden op als zelfstandige klagers.³²

22 Helland & Hollekim 2023, (*supra* noot 21).

23 EHRM 3 september 2015, 10161/13 (*M. en M./Kroatië*), par. 171.

24 Zie ook A.F. Jacobsen, 'Children's Rights in the European Court of Human Rights – An Emerging Power Structure', *International Journal of Children's Rights*, 24, 2016/14, p. 548-574.

25 EHRM 26 maart 1985, 8978/80 (*X. en Y./Nederland*), par. 119.

26 EHRM 28 november 1988, 10929/84 (*Nielsen/Denemarken*), par. 13.

27 EHRM 14 juni 2011, 38058/09 (*Osman/Denemarken*), par. 42.

28 Mol 2022 (*supra* noot 10), p. 126.

29 Bijv. EHRM 16 juli 2002, 56547/00 (*P., C. en S./Verenigd Koninkrijk*), The Court's Assessment concerning P. and C's standing to represent S. before the Court, par. A.; EHRM 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), par. 156.

30 EHRM 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), par. 156.

31 Graziani 2017 (*supra* noot 20), p. 130-131.

32 Mol 2022 (*supra* noot 10), par. 6.2.

Wat het hoorrecht betreft, overwoog de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in 1985, vóór de totstandkoming van het IVRK, in *D./Duitsland* dat een moeder namens haar zoon mocht optreden, omdat in het algemeen de belangen van een ouder en kind met elkaar zouden samenvallen.³³ In 1994 merkte rechter Bonnici in zijn *concurring opinion* bij *Kroon e.a./Nederland*, een afstammingszaak, op dat de eigen belangen van het kind om wie de zaak draaide onterecht buiten beeld waren gebleven.³⁴ In 1997, in *X., Y. en Z./het Verenigd Koninkrijk*, een zaak die ging over de erkenning van een kind door een transseksuele ouder, was rechter Pettiti in zijn *concurring opinion* de eerste die voorstelde om in geval van een belangenconflict tussen ouders en kind voortaan een eigen advocaat aan het kind toe te wijzen.³⁵ Het duurde tot 2019 voordat het EHRM daaraan, in *A. en B./Kroatië*, gehoor gaf.³⁶ In deze zaak, die in paragraaf 4.1 nader aan bod komt, verzocht het EHRM de Kroatische Orde van Advocaten om een eigen advocaat toe te wijzen aan een meisje van zes jaar oud dat door haar moeder werd vertegenwoordigd.³⁷

Voor de *locus standi* van een vertegenwoordiger geldt dat het EHRM in zijn rechtspraak diverse criteria en ad-hoc-oplossingen heeft ontwikkeld, die in paragraaf 4 zullen worden besproken. Daarbij moet volgens het Hof een te beperkende of puur technische benadering worden vermeden,³⁸ vooral omdat anders het risico bestaat dat (een aantal van) de belangen van het kind niet aan bod komen, waardoor het kind rechtsbescherming zou missen.³⁹ Dit uitgangspunt heeft ertoe geleid dat het EHRM naast ouders met gezag in de loop der tijd ook niet-wettelijk vertegenwoordigers bevoegd heeft verklaard om namens een kind een klacht bij het Hof in te dienen: een ouder zonder gezag, een tante, een advocaat en een non-gouvernementele organisatie (hierna: ngo). Een voorbeeld van een zaak waarin een ngo, met een beroep op de buitengewone omstandigheden van het geval, bevoegd werd geacht een kind met een verstandelijke handicap te vertegenwoordigen, is *L.R./Noord-Macedonië*.⁴⁰ Deze zaak komt in paragraaf 4.4 aan de orde.

3 De vertegenwoordiging van kinderen voor het EHRM in het licht van het IVRK

Er bestaan meerdere Europese en internationale kinderrechteninstrumenten die gezamenlijk het juridisch kader vormen voor wat betreft de vertegenwoordiging van kinderen in gerechtelijke procedures.⁴¹ Binnen dit kader speelt, naast het EVRM, het IVRK een centrale rol, vanwege

33 EHRM 11 juli 1985, 10812/84 (*D./Duitsland*), par. 219.

34 EHRM 27 oktober 1994, 18535/91 (*Kroon e.a./Nederland*), *concurring opinion* van rechter Bonnici, par. 2.

35 'It would no doubt be desirable for [the Commission and] the Court to suggest to the parties that a lawyer be instructed specifically to represent the interests of the child alone', EHRM 22 april 1997, 21830/93 (*X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*), *concurring opinion*.

36 EHRM 20 juni 2019, 7144/15 (*A. en B./Kroatië*), par. 3.

37 EHRM 20 juni 2019, 7144/15 (*A. en B./Kroatië*), par. 3.

38 EHRM 19 juli 2024, 16206/19 (*Savinovskikh e.a./Rusland*), par. 55.

39 EHRM 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), par. 157.

40 EHRM 23 januari 2020, 38067/15 (*L.R./Noord-Macedonië*), par. 53-54.

41 Naast het IVRK zijn voor de vertegenwoordiging van kinderen met name van belang: Comité van Ministers van de Raad van Europa: Convention on the Exercise of Children's Rights (1996) en Guidelines on Child-Friendly Justice (2010), en International Association of Youth and Family Judges and Magistrates (IAYFJM), Guidelines on Children in Contact with the Justice System (2017). In EHRM 9 december 2024, 2068/24 (*M.P. e.a./Griekenland*),

de nagenoeg universele ratificatie van het verdrag en de brede, aanhoudende invloed en impact die het heeft op de bescherming en bevordering van kinderrechten.⁴² Het IVRK maakt echter geen deel uit van het EVRM en het EHRM is geen partij bij het IVRK. Het EHRM is juridisch gezien dan ook niet gebonden aan het IVRK,⁴³ hoewel er volgens het Hof een wederkerige, harmonieuze relatie tussen beide verdragen bestaat.⁴⁴ In zaken die kinderen betreffen, gebruikt het EHRM het IVRK, inclusief de facultatieve protocollen, *General Comments* en *Concluding Observations*, in toenemende mate als referentiekader en interpretatiemiddel.⁴⁵ Deze ontwikkeling hangt samen met de *living instrument doctrine*, waarbij het EHRM het EVRM niet in een vacuüm, maar in het licht van de *'present-day conditions'* interpreteert.⁴⁶ Dit doet het Hof door zowel rekening te houden met veranderende normen van nationaal en internationaal recht als met de praktijk en mate van consensus binnen de verdragsstaten.⁴⁷

Met het oog op de vertegenwoordiging van kinderen voor het EHRM bespreekt paragraaf 3.1 artikel 12 IVRK, *General Comment* (hierna: GC) 12 over het recht van het kind om te worden gehoord⁴⁸ en GC 14 over het recht van het kind zijn belangen de eerste overweging te laten zijn.⁴⁹ In paragraaf 3.2 wordt een kort overzicht gegeven van de Nederlandse wetgeving met betrekking tot de vertegenwoordiging van kinderen in civiele procedures. De wijze waarop deze vertegenwoordiging is geregeld, werkt door wanneer in het kader van een EHRM-procedure een advocaat voor een kind uit Nederland moet worden aangewezen, zoals in paragraaf 5.3 wordt besproken.

3.1 IVRK

Het IVRK bevat geen expliciete bepaling over de proces(on)bekwaamheid van kinderen.⁵⁰ Om die procesonbekwaamheid deels te compenseren, is artikel 12 in het IVRK opgenomen, een destijds zeer revolutionair artikel. In dit artikel staat dat kinderen het recht hebben om hun

par. 100, verwees het EHRM recent naar: Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Recommendation CM/Rec (2025)4 on the protection of the rights and best interests of the child in parental separation*.

42 Er zijn 196 verdragstaten, alleen de VS heeft het IVRK niet geratificeerd.

43 Helland & Hollekim 2023 (*supra* noot 21).

44 EHRM 2 februari 2021, 22457/16 (*X. e.a./Bulgarije*), concurring opinions.

45 Artikel 53 EVRM, zie ook EHRM 4 oktober 2012, 43631/09 (*Harroudj/Frankrijk*), par. 42. Zie voor een nader overzicht Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), par. 1.

46 Voor het eerst aangehaald in EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*), par. 31. Later meermaals herhaald, zie bijv. EHRM 15 mei 2007, 38972/06 (*Giusto, Bornacin en V./Italië*), par. 2.a.

47 EHRM 2 februari 2021, 22457/16, concurring opinions (*X. e.a./Bulgarije*). Zie met betrekking tot de margin of appreciation bijv. EHRM 9 september 2025, 2068/24 (*M.P. e.a./Griekenland*), par. 85.

48 UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009). *The right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12.

49 UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013). *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14.

50 Het VN-Kinderrechtencomité bereidt momenteel wel een nieuw GC voor over toegang tot het recht (access to justice) en remedies, UN Committee on the Rights of the Child, draft General Comment No. 27 on children's right to access to justice and to an effective remedy. Dit concept blijft in dit artikel buiten beschouwing. Op de definitieve tekst kan niet worden vooruitgelopen, aangezien er n.a.v. het concept honderden bijdragen en consultatieresultaten zijn aangeleverd. Voor het analyseren, verwerken en integreren daarvan is geen tijdslimiet gesteld (vgl. de laatste update van 26 september 2025 op de website van de OHCHR (<https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2025/call-submissions-draft-general-comment-no-27-childrens-right-access-justice>)).

mening (*views*) te geven in zaken die hen aangaan. Dit zogenoemde hoorrecht is aangemerkt als een ‘*general principle*’ van het IVRK en maakt duidelijk dat een kind moet worden beschouwd als een zelfstandig drager van rechten.⁵¹ Kinderen die in staat zijn een eigen mening te vormen, moeten volgens artikel 12 lid 2 IVRK in de gelegenheid worden gesteld om die mening in gerechtelijke procedures, ongeacht de aard daarvan, rechtstreeks met de rechter te delen of via een vertegenwoordiger aan de rechter te laten overbrengen.

Het hoorrecht is met name uitgewerkt in GC 12, terwijl ook GC 14 enkele relevante paragrafen bevat.⁵² In GC 12 noemt het VN-Kinderrechtencomité verschillende soorten vertegenwoordigers, zoals ouders, advocaten of andere personen (bijvoorbeeld jeugdbeschermers). Daarnaast kan een ‘*appropriate body*’ de mening van een kind overbrengen, maar het comité weidt niet verder uit over deze mogelijkheid.⁵³ Het wijst in GC 12 wel uitdrukkelijk op het risico van een belangenconflict tussen het kind en diens ouder(s) als vertegenwoordiger(s) en benadrukt dat het van ‘*utmost importance*’ is dat een vertegenwoordiger de mening van het kind ‘*correctly*’ aan de rechter overbrengt. Het betekent dat de vertegenwoordiger de mening van het kind niet mag vervangen door de eigen mening, ook niet wanneer hij de mening van het kind niet in diens belang acht.⁵⁴

Daarbij geldt tevens dat een vertegenwoordiger uitsluitend de belangen (*interests*) van het kind mag vertegenwoordigen en niet die van ouder(s) of instellingen.⁵⁵ Het is belangrijk deze verplichting niet te verwarren met de taak van de rechter om de *best interests* (hierna: het beste belang) van het kind te beoordelen en vast te stellen, zoals neergelegd in artikel 3 lid 1 IVRK.⁵⁶ De mening van het kind is een van de factoren die de rechter daarbij in acht moet nemen.⁵⁷ Het gewicht dat deze aan die mening hoort toe te kennen, is afhankelijk van de leeftijd en rijpheid van het kind (art. 12 lid 1 IVRK). In de door de rechter te maken afweging van de belangen van alle procespartijen, dient vervolgens hoge prioriteit te worden toegekend aan het door de rechter vastgestelde beste belang van het kind.⁵⁸ Ook het EHRM erkent dat het beste belang van het kind in de belangenafweging voorop dient te staan.⁵⁹

Indien de mening van het kind, met inbegrip van het perspectief op de eigen belangen, verschilt van die van diens vertegenwoordiger, moeten de autoriteiten volgens GC 14 zo nodig

51 UN Committee on the Rights of the Child, GC 12 (*supra* noot 48), par. 18; S. Rap, ‘Het recht om gehoord te worden: General Comment No. 12 nader beschouwd’, *Tijdschrift Jeugdrecht in de Praktijk*, 2017, nr. 2, p. 17.

52 UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009). *The right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12.; UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013). *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14.

53 Een kind zou vgl. het VN-Kinderrechtencomité de wijze waarop het wil worden gehoord zelf moeten kunnen kiezen. Bij de praktische uitvoering daarvan worden echter vraagtekens gezet, zie Mol 2022 (*supra* noot 10).

54 ulo Margalet & Simovi 2024 (*supra* noot 11), p. 48.

55 UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009). *The right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12, par. 35-37.

56 De officiële Nederlandse vertaling van ‘best interests of the child’ in artikel 3 lid 1 IVRK is ‘belangen van het kind’.

57 De diverse factoren die daarbij een rol (kunnen) spelen staan in UN Committee on the Rights of the Child: UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013). *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14, par. 48-84.

58 HR 28 november 2025, ECLI:NL:HR:2025:1799 (prejudiciële beslissing).

59 Zie EHRM 7 augustus 1996, 17383/90 (*Johansen/Noorwegen*), par. 64 en par. 78; EHRM 6 juli 2010, 41615/07 (*Neulinger en Shuruk/Zwitserland*), par. 84; EHRM 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), par. 204 en par. 206.

een separate vertegenwoordiger, een neutrale en onafhankelijke persoon, voor het kind benoemen, zoals een bijzondere curator (*guardian ad litem*, soms ook *curator*, *tutor* of *ad hoc legal guardian* genoemd).⁶⁰ Volgens het VN-Kinderrechtencomité dient deze de mening van het kind tijdens de procedure eveneens correct aan de rechter over te brengen.⁶¹ Daarnaast hoort er in geval van een (mogelijk) belangenconflict tussen de procespartijen tevens een advocaat (*legal representative*) voor het kind te worden aangesteld, maar alleen indien het beste belang van het betreffende kind in de procedure door de rechter moet worden beoordeeld en vastgesteld.⁶² Wat precies onder een (mogelijk) belangenconflict moet worden verstaan, is niet gedefinieerd.

Het VN-Kinderrechtencomité heeft zich (nog) niet duidelijk uitgelaten over de vraag of en zo ja, wanneer, een separate vertegenwoordiger, naast het perspectief van het kind op diens belangen, tevens het eigen perspectief op die belangen mag inbrengen.⁶³ Dit laatste is in veel Europese landen, ook in Nederland, de gebruikelijke gang van zaken.⁶⁴ Er bestaat discussie over,⁶⁵ maar het lijkt in lijn met het IVRK dat een vertegenwoordiger het eigen perspectief op de belangen van een kind alleen aan de rechter mag overbrengen indien het kind niet het vermogen of de wil heeft om zelf een mening te vormen of te uiten. In het kader van de taakopvatting van de voor een kind optredende advocaat speelt het concept van de zich ontwikkelen vermogens van het kind, zoals vastgelegd in artikel 5 IVRK, een niet te verwaarlozen rol. Het concept houdt in dat er, naarmate een kind ouder wordt, steeds meer rekening moet worden gehouden met diens groeiende inzicht in de eigen belangen en capaciteit om zelfstandig beslissingen te nemen (zie ook par. 5.3).⁶⁶ Dit staat los van de verplichting van de vertegenwoordiger om de mening van het kind correct over te brengen.

60 UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013). *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14, par. 90. Het ontbreekt aan een gemeenschappelijke en eenduidige terminologie in de relevante internationale kinderrechteninstrumenten, zie Mol 2022 (*supra* noot 10). Zie ook K. Kolstad Kvalf, 'The Child as a Legal Actor: Access to Justice, Procedural Capacity and the Right to Adequate Representation', *International Journal of Children's Rights*, Brill Nijhoff 2025, 33, p. 466.

61 Het VN-Kinderrechtencomité gebruikt ook termen als 'adequaat' en 'accuraat'. Zie ook UN Committee on the Rights of the Child, *Views concerning B.J. and P.J. v. Czech Republic* (Communication No. 139/2021, CRC/C/93/D/139/2021), aangenomen op 15 mei 2023.

62 In hun concurring opinion bij EHRM 10 september 2019 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*) verwijzen rechters Koskela en Nordén naar UN Committee on the Rights of the Child: General Comment No. 14 (2013). *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14, par. 96.

63 W.A.H. Breedijk, 'In de schijnwerpers: jurisprudentie van het VN-Kinderrechtencomité. De vertegenwoordiging van kinderen in juridische procedures', *Tijdschrift voor Jeugdrecht* 2025, nr. 4, p. 164-169.

64 M. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijers-reeks nr. 335. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 119-122. Zie ook Mol 2022 (*supra* noot 10), p. 21-27.

65 Bruning 2020 (*supra* noot 64). Zie ook Mol 2022 (*supra* noot 10), p. 21-27. Art. 12 IVRK kan dan overigens toepassing missen.

66 UN Committee on the Rights of the Child (11 oktober 2023). *Statement on article 5 of the Convention on the Rights of the Child*.

3.2 De vertegenwoordiging van kinderen in Nederlandse civiele procedures

Ook in Nederlandse civiele procedures zijn kinderen in beginsel procesonbekwaam, hoewel de wet enkele uitzonderingen kent.⁶⁷ Daar waar kinderen procesbekwaamheid missen, zijn het in eerste instantie de ouder(s) of voogd(en)⁶⁸ die namens hen een gerechtelijke procedure aanhangig kunnen maken. In geval van een (potentieel) belangenconflict kan de rechter echter een bijzondere curator voor het kind benoemen (art. 1:250 BW). Dit kan uitsluitend indien het (wezenlijke) conflict de verzorging en opvoeding van het kind raakt en de rechter de benoeming, ambtshalve of op verzoek, in het belang van het kind acht. Er bestaat geen recht op een bijzondere curator: de rechtspraak laat zien dat verzoeken tot benoeming van een bijzondere curator lang niet altijd worden ingewilligd.⁶⁹ Alleen in afstammingszaken is de rechter verplicht om ambtshalve een bijzondere curator voor het kind te benoemen (art. 1:212 BW).⁷⁰

In de Nederlandse context wordt het bestaan van een (mogelijk) belangenconflict tussen het kind en de ouder(s) aangenomen, wanneer de laatste(n) niets ondernemen ('stilzitten'), hun kind niet kunnen of willen vertegenwoordigen of wanneer ze het belang dat op het spel staat verschillend waarderen. Er kan ook sprake zijn van een conflict tussen de ouders onderling, waardoor het kind (mogelijk) 'klem' komt te zitten of 'verloren' raakt.⁷¹ Dit doet zich vooral voor in het kader van complexe scheidingen.

Het hoorrecht van kinderen wordt in het Nederlandse personen- en familierecht ingevuld door kinderen vanaf acht jaar de gelegenheid te bieden direct door de rechter te worden gehoord.⁷² Indien kinderen worden vertegenwoordigd, rust de verantwoordelijkheid om de mening (de 'stem') van het kind te laten horen, inclusief diens perspectief op de eigen belangen, op de ouder(s) of op de bijzondere curator als separate vertegenwoordiger. In Nederlandse familie- en jeugdrechtszaken heeft een kind doorgaans geen recht op een eigen (toegevoegde) advocaat.⁷³

4 De vertegenwoordiging van kinderen voor het EHRM volgens het EVRM

Een door of namens een kind bij het EHRM ingediende klacht moet voldoen aan de ontvankelijkheidsvereisten van de artikelen 34 en 35 van het EVRM. Zo moet het kind zelf rechtstreeks en persoonlijk zijn getroffen door de vermeende rechtenschending (art. 34 EVRM)⁷⁴ en alle passende en effectieve nationale rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput (art. 35 lid 1 EVRM). Deze eis is

67 Het conceptwetsvoorstel versterking rechtsbescherming in de jeugdbescherming verruimt de mogelijkheden voor kinderen vanaf twaalf jaar om zelfstandig als formele procespartij op te treden, net als de mogelijkheden voor informele toegang tot de rechter.

68 Omwille van de leesbaarheid wordt in het vervolg van dit artikel alleen 'ouder(s)' geschreven, maar hetzelfde geldt voor voogd(en).

69 I. Pieters, 'De bijzondere curator anno 2022. In de rug gedekt door de wet?', *FJR* 2022/26, p. 19-31; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10776.

70 Bruning 2020 (*supra* noot 64). Hetzelfde geldt overigens voor de situatie zoals beschreven in art. 1:250 lid 2 BW.

71 Mol 2022 (*supra* noot 10), p. 38; HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535, r.o. 3.5.2; Minister van Justitie, Kamerbrief 4 december 2003, *Kamerstukken II* 2003/04, 29200 VI, 116, p. 3.

72 Dit geldt sinds 2025 (*Kamerstukken II* 2024/25, 31839, nr. 1027, 17 oktober 2024) en zal met ingang van 1 juni 2026 bij alle rechtbanken en hoven zijn ingevoerd.

73 Tenzij het gaat om gesloten jeugdhulp (art. 6.12 Jeugdwet).

74 EHRM 7 mei 2024, 24228/18 (*Biba/Albanië*), par. 32; Graziani 2017 (*supra* noot 20), p. 130.

niet van toepassing indien er op nationaal niveau geen toegankelijk rechtsmiddel beschikbaar was dat genoegdoening kon bieden en een redelijke kans op succes had.⁷⁵ De procesonbekwaamheid van kinderen volgens het nationale recht hoeft daarom geen beletsel te zijn voor de ontvankelijkheid van een bij het EHRM ingediende klacht, al is het wel een complicerende factor.⁷⁶

Over het 'horen' van de mening van kinderen is noch in het EVRM noch in de *Rules of Court* iets opgenomen. Het EHRM is, zoals reeds toegelicht, juridisch gezien niet aan het IVRK gebonden. Dit betekent dat het Hof zich, in tegenstelling tot verdragsstaten, niet aan artikel 12 IVRK hoeft te houden. Het EHRM wijst staten er echter regelmatig op, bijvoorbeeld in *M. en M./Kroatië*, dat artikel 12 IVRK en GC 12 vereisen dat kinderen die in staat zijn om een mening te vormen, door de staat moeten worden gehoord zodat zij hun mening kunnen uiten.⁷⁷ In het kader van het adagium 'practice what you preach' en de door het EHRM te maken afweging van de rechten en belangen van alle bij de procedure betrokken partijen, is het opvallend dat in EHRM-procedures de mening, inclusief het perspectief op de eigen belangen, van vertegenwoordigde kinderen zo weinig aan bod komt.⁷⁸ Kinderen hebben tot op heden slechts in een beperkt aantal zaken de mogelijkheid gekregen om hun mening, via een eigen advocaat, aan het EHRM kenbaar te maken. Over het algemeen gaat het EHRM er kennelijk nog steeds van uit dat ouders en andere vertegenwoordigers de mening en belangen van de betrokken kinderen (correct en volledig) zullen overbrengen.⁷⁹

Wanneer er sprake is van vertegenwoordiging voor het EHRM, moet de vertegenwoordiger bevoegd zijn om namens het kind op te treden. De vereisten voor deze *locus standi* zijn in de rechtspraak van het EHRM ontwikkeld. Daarbij geldt dat het meestal ouders zijn die mede namens hun kind een klacht bij het EHRM indienen, teneinde hun eigen belangen te verdedigen en wat zij als de belangen van hun kind beschouwen.⁸⁰ Paragraaf 4.1 gaat over de *locus standi* van ouders met gezag en paragraaf 4.2 over de *locus standi* van ouders zonder gezag. De *locus standi* van natuurlijke personen anders dan ouders en van ngo's komen daarna aan bod (par. 4.3 resp. par. 4.4). In de deelparagrafen wordt tevens besproken hoe invulling wordt gegeven aan het hoorrecht van de vertegenwoordigde kinderen.

4.1 Ouders met gezag

Het EHRM acht ouders met gezag, als wettelijk vertegenwoordigers van hun kind, het meest geschikt om namens hun kind een klacht bij het Hof in te dienen en diens mening en belangen in de procedure te vertegenwoordigen.⁸¹ Het bestaan van een (potentieel) belangenconflict tussen

75 EHRM 16 december 1999, 24724/94 (*T./Verenigd Koninkrijk*), par. 55; EHRM 15 april 2025, 45644/18 (*Van Slooten/Nederland*), par. 33; EHRM 28 februari 2019, 19951/16 (*H.A. e.a./Griekenland*), par. 143.

76 Berro-Lefèvre 2008 (*supra* noot 9); Graziani 2017 (*supra* noot 20), p. 130.

77 EHRM 3 september 2015, 10161/13 (*M. en M./Kroatië*), par. 181.

78 EHRM 3 september 2015, 10161/13 (*M. en M./Kroatië*), par. 181. Zie ook EHRM 8 januari 2021, 80117/17 (*C./Kroatië*), concurring opinion van rechter Koskelo, par. 4-5.

79 Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), par. 4.

80 Berro-Lefèvre 2009 (*supra* noot 5).

81 EHRM 1 december 2009, 9733/05 (*Eberhard en M./Slovenië*), par. 88. Zie ook Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), par. 4.

de ouder met gezag en het kind of tussen de ouders onderling staat deze vertegenwoordiging doorgaans niet in de weg. Het Hof lijkt daarbij onvoldoende oog te hebben voor de reële mogelijkheid dat ook de mening en belangen van de vertegenwoordigende ouder met gezag en die van het kind uiteen kunnen lopen.⁸² In die gevallen brengt vertegenwoordiging het risico met zich mee dat de mening en belangen van het kind ondersneeuwen of worden gebruikt om de belangen van de vertegenwoordigende ouder te benadrukken.⁸³ Wat dat betreft zette het EHRM in 2019 een grote stap vooruit in de eerder aangehaalde zaak *A. en B./Kroatië*.⁸⁴ Daarin oordeelde het Hof voor het eerst in zijn geschiedenis dat er een separate advocaat moest worden toegewezen aan een zesjarig, als medeklager opgevoerd meisje.

In deze zaak beschuldigde de moeder, die gezag had, haar ex-partner van seksueel misbruik van hun jonge dochter. De Kroatische autoriteiten stonden na onderzoek een omgangsregeling toe, waarna de moeder mede in naam van haar dochter een klacht bij het EHRM indiende. Het EHRM onderkende het (risico op een) belangenconflict, bepaalde dat de advocaat van de moeder de dochter niet mocht vertegenwoordigen en verzocht de Kroatische Orde van Advocaten om een eigen advocaat voor het meisje aan te wijzen 'to submit observations on behalf of the second applicant [het kind B.] so that her rights and interests are duly presented and taken into account.'⁸⁵ Deze advocaat droeg volgens rechter Wojtyczek in zijn *concurring opinion* informatie en argumenten aan die in de procedure niet eerder door de moeder of de Kroatische staat waren genoemd.⁸⁶

In *C./Kroatië* deed het EHRM geen verzoek tot benoeming van een eigen advocaat voor het betreffende kind.⁸⁷ In deze zaak uit 2020 trad de moeder, die ten tijde van het indienen van de klacht bij het EHRM tijdelijk gezag had, niet op in eigen naam, maar uitsluitend als vertegenwoordiger van haar minderjarige zoon, C.⁸⁸ De (gegrond verklaarde) klacht stelde dat C. in de met de complexe scheiding samenhangende nationale procedures door de rechter had moeten worden gehoord. Ten aanzien van de *locus standi* van de moeder overwoog het EHRM dat er, gelet op het onderwerp en doel van de klacht, geen belangenconflict tussen moeder en zoon bestond. Rechter Koskelo betwistte in haar *concurring opinion* of de moeder het 'beste belang' van haar zoon wel kon vertegenwoordigen. Daarbij wees ze op het onderliggende conflict tussen de ouders, het emotionele misbruik van het kind door de moeder en hun symbiotische relatie. In haar optiek had het EHRM een '*unbiased representative*' voor C. moeten benoemen.⁸⁹

Het EHRM maakte in *A. en B./Kroatië* terecht onderscheid tussen de *locus standi* van de moeder, die als wettelijk vertegenwoordiger bevoegd was namens haar dochter een klacht in te dienen, en het hoorrecht. De verantwoordelijkheid om de mening en belangen van haar dochter

82 ulo Margaletti & Simovi 2024, p. 32; Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), p. 8.

83 Zie bijv. EHRM 20 juni 2019, 7144/15 (*A. en B./Kroatië*), *concurring opinion* Wojtyczek, par. 5: 'If there is a conflict between the two parents, there is a strong risk that the rights of the child will be invoked in an instrumental way with the purpose of detrimentally affecting the interests of the other parent.'

84 EHRM 20 juni 2019, 4144/15 (*A. en B./Kroatië*).

85 EHRM 20 juni 2019, 7144/15 (*A. en B./Kroatië*), par 2-3 en *concurring opinion* rechters Koskelo, Eicke en Ilievski, par. 13.

86 EHRM 20 juni 2019, *concurring opinion* rechter Wojtyczek (*A. en B./Kroatië*), par. 5.

87 EHRM 8 oktober 2020, 80117/17 (*C./Kroatië*).

88 C. was ten tijde van de indiening van de klacht 11 of 12 jaar oud blijkt uit de uitspraak.

89 EHRM 8 oktober 2020, 80117/17 (*C./Kroatië*), *concurring opinion* rechter Koskelo, par. 4.

aan het EHRM over te brengen werd toevertrouwd aan haar advocaat.⁹⁰ Gezien het inherente risico op conflicterende meningen en belangen in familie- en jeugdrechtzaken, zou in EHRM-procedures standaard een separate vertegenwoordiger, een eigen advocaat, aan kinderen moeten worden toegewezen, ook indien ze door hun ouder met gezag worden vertegenwoordigd.⁹¹ Indien er in de context van een complexe scheiding sprake is van een ernstig loyaliteitsconflict en/of blootstelling aan vervreemdend gedrag van een ouder (al dan niet met gezag), kan dit de mening van het kind beïnvloeden of vervormen.⁹² In dit soort gevallen kan het benoemen van een gedragsdeskundige, naast een advocaat, uitkomst bieden.

4.2 Ouders zonder gezag

Of (biologische) ouders die hun kind op grond van het nationale recht niet mogen vertegenwoordigen, wel bevoegd zijn om namens het kind een klacht bij het EHRM in te dienen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁹³ Een kind kan zich volgens het EHRM in beginsel, of zelfs vooral, tot het Hof wenden indien het wordt vertegenwoordigd door een ouder die in conflict is met de nationale autoriteiten, en die, wegens strijd met de door het EVRM gewaarborgde rechten, kritiek heeft op hun beslissingen en gedrag.⁹⁴ In *Strand Lobben e.a./Noorwegen*⁹⁵ mocht de biologische moeder, die zich verzette tegen de adoptie van haar vijfjarige zoon,⁹⁶ hem als medeklager opvoeren. Volgens het EHRM zou anders het risico bestaan dat (een aantal van) de belangen van het kind niet aan bod zouden komen, waardoor hij rechtsbescherming zou missen.⁹⁷ In *Eberhard en M./Slovenië*, een oudere zaak uit 2009, oordeelde het Hof anders. De vader zonder gezag, die mede namens zijn dochter een klacht had ingediend over de omgangsregeling, verkreeg geen *locus standi* en mocht de procedure enkel in eigen naam voortzetten.⁹⁸ Het onderwerp en doel van de klacht kunnen volgens het EHRM eveneens een rol spelen bij het al dan niet toekennen van *locus standi* aan een ouder zonder gezag.⁹⁹

Het EHRM kent de vertegenwoordigende ouder zonder gezag geen *locus standi* toe als zich een (potentieel) belangenconflict voordoet tussen deze ouder en het kind.¹⁰⁰ Het Hof heeft het bestaan van dergelijke conflicten, op basis van in nationale procedures aangevoerde feiten,

90 Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), par. 4, p. 10. Zie ook de concurring opinion rechters Koskelo en Nordén bij EHRM 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*).

91 M. Bruning & C. Mol, 'Child Participation in International and Regional Human Rights Instruments', *Intersentia* 2021, p. 13-40. Zie ook Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Recommendation CM/Rec(2025)5 on the protection of the rights and best interests of the child in care proceedings*, par. 164.

92 Zie EHRM 14 maart 2017, 36216/13 (*K.B./Kroatië*). Voor de wijze waarop nationale autoriteiten dit zouden kunnen vaststellen, zie: Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Recommendation CM/Rec(2025)4 on the protection of the rights and best interests of the child in parental separation*, o.a. par. 40, 42, 51 en 56; Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Recommendation CM/Rec(2025)5 on the protection of the rights and best interests of the child in care proceedings*, o.a. par. 29, 33, 40-42, 45-46 en 72.

93 EHRM 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), par. 156.

94 Zie bijv. EHRM 20 januari 2022, 53471/17 (*E.M. e.a./Noorwegen*), par. 64.

95 EHRM 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), par. 1-2 en 4.

96 Ten tijde van het indienen van de klacht bij het EHRM.

97 EHRM 10 september 2019, 37283/13 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), par. 157.

98 Zijn eigen klacht werd wel ontvankelijk verklaard. EHRM 1 december 2009, 9733/05 (*Eberhard en M./Slovenië*).

99 Zie bijv. EHRM 18 oktober 2022, 25133/20 en 3185/20, par. 62 (*A. e.a./IJsland*).

100 Zie EHRM 10 september 2019, 37283/13, par. 158 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*).

aangenomen in situaties waarin sprake was van mishandeling, seksueel misbruik of verwaarlozing van het kind door (een van) de ouders of van ernstige loyaliteitsconflicten en manipulatie van het kind als gevolg van conflicten of geweld tussen de ouders onderling.¹⁰¹ Zo ontzegde het EHRM de moeder, die het gezag over haar twee kinderen was kwijtgeraakt, in *A. e.a./IJsland* uit 2022 *locus standi* wegens een belangenconflict. Aangezien ze haar kinderen onvoldoende had beschermd tegen seksueel misbruik door de vader, mocht ze hen in de procedure voor het EHRM niet vertegenwoordigen.¹⁰² In de hiervoor aangehaalde zaak *Strand Lobben e.a./Noorwegen* nam het Hof geen belangenconflict aan, wat ertoe leidde dat de moeder de mening en belangen van het kind mocht representeren. Rechters Koskelo en Nordén betoogden in hun *concurring opinion* dat er wel degelijk sprake was van een belangenconflict. Volgens hen had er voor de zoon een ‘separate and independent representative’ moeten worden benoemd, zodat deze de (eigen) belangen van het kind aan het EHRM had kunnen overbrengen.¹⁰³ Daarbij merkten ze op: ‘It appears clear to us [...] that the present legal framework governing proceedings before the Court is not adequate to meet the needs of ensuring that children are able to have both access to and appropriate, non-conflicted representation in proceedings before the Court.’¹⁰⁴ Tot op heden zijn de *Rules of Court* op dit punt nog steeds ongewijzigd. Het is onbekend waarom het EHRM geen gehoor geeft aan de oproep structureel te borgen dat kinderen door een separate en onafhankelijke vertegenwoordiger moeten worden bijgestaan.

4.3 Natuurlijke personen anders dan ouders

Het EHRM erkent dat ook derden namens een kind een zaak bij het Hof mogen aanbrengen. Zo werd in *S.P., D.P. en A.T./het Verenigd Koninkrijk locus standi* toegekend aan de advocaat die de kinderen in de nationale procedures had bijgestaan.¹⁰⁵ Een andere belangrijke uitspraak in dit verband is *N.Ts. e.a./Georgië*.¹⁰⁶ In deze zaak oordeelde het EHRM dat een tante haar drie neefjes in de procedure mocht vertegenwoordigen. De nationale rechter had bevolen dat ze in verband met het overlijden van hun moeder, tegen hun wil, terug moesten naar hun biologische vader. Het EHRM beoordeelde de *locus standi* van de tante aan de hand van drie cumulatieve voorwaarden: (1) een nauwe band tussen vertegenwoordiger en kind, (2) een reëel risico dat het kind anders zonder rechtsbescherming blijft en (3) het ontbreken van een belangenconflict.¹⁰⁷ Het EHRM herhaalde deze criteria in *T.A. e.a./Moldavië*. In deze zaak uit 2021

101 Een voorbeeld van een mogelijk belangenconflict wegens manipulatie komt voor in EHRM 25 november 2014, 10140/13, o.a. par. 62, 75, 85 en 87 (*Kruškić/Kroatië*). Voor belangenconflicten tussen ouders onderling, zie bijv.: EHRM 14 maart 2017, 36216/13, (*K.B. e.a./Kroatië*); EHRM 16 januari 2020, 29419/17 (*Jurišić/Kroatië*); EHRM 7 juli 2022, 8000/21 (*Jurišić/Kroatië*, nr. 2). Zie ook: C. Mol, ‘Het mensenrechtelijke kader inzake de procespositie van de minderjarige: normen voortvloeiend uit het IVRK, het EVRM en andere Europese bronnen’, *Tijdschrift voor Familierecht* 2022, nr. 5-6, p. 128–130.

102 EHRM 18 oktober 2022, 25133/20 en 3185/20, par. 64 (*A. e.a./IJsland*).

103 EHRM 10 september 2019 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), *concurring opinion* rechters Koskelo en Nordén, par. 9.

104 EHRM 10 september 2019 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*), *concurring opinion* rechters Koskelo en Nordén, par. 10.

105 EHRM 20 mei 1996, 23715/94, ‘The Law, Article 25 (Art. 25) of the Convention: validity of the application’ (*S.P., D.P. en A.T./Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), par. 4.

106 EHRM 2 februari 2016, 71776/12, o.a. par. 50, 51, 55-61 (*N.Ts. e.a./Georgië*).

107 EHRM 2 februari 2016, 71776/12, par. 55-61 (*N.Ts. e.a./Georgië*).

mochten de grootouders mede in naam van de kleinzoon die ze al langdurig verzorgden, een klacht indienen wegens de gedwongen terugkeer van het kind naar zijn biologische vader.¹⁰⁸

Hoewel het EHRM over het algemeen een ruime opvatting van vertegenwoordiging hanteert, blijft het op dit punt terughoudend. Dat blijkt bijvoorbeeld uit *V.D. e.a./Rusland*, waarin een voormalige pleegmoeder namens een ernstig gehandicapt kind, R., dat ze negen jaar had verzorgd, een klacht had ingediend.¹⁰⁹ Deze richtte zich tegen het feit dat de biologische ouders het gezag over R. hadden teruggekregen, waarna de pleegmoeder geen toegang meer kreeg tot het kind. Het EHRM overwoog dat de pleegmoeder geen *locus standi* had: er was geen sprake van biologische verwantschap en R. had ouders die zijn belangen konden behartigen.¹¹⁰ Het derde vereiste, de afwezigheid van een belangenconflict, kwam niet aan de orde. R. zelf was niet gehoord. Zijn eigen mening, vooropgesteld dat hij gezien zijn handicap in staat (en bereid) was deze te vormen en te uiten, bleef daardoor buiten beeld.

Ook in EHRM-procedures waarin kinderen door natuurlijke personen anders dan ouders worden vertegenwoordigd, dient onderscheid te worden gemaakt tussen hun *locus standi* en het hoorrecht van kinderen. Om hen daadwerkelijk effectieve toegang tot en bescherming van hun EVRM-rechten te bieden, zou het criterium dat artikel 34 EVRM niet te beperkend of technisch mag worden geïnterpreteerd, nog ruimer moeten worden toegepast. Ten aanzien van het waarborgen van het hoorrecht zou, naast de toewijzing van een separate advocaat, voor bijzonder kwetsbare kinderen die niet in staat zijn een mening te vormen of (verbaal) te uiten, eventueel ook een gedragsdeskundige moeten kunnen worden aangewezen.

4.4 Ngo's

In 2020 sprak het EHRM zich in *L.R./Noord-Macedonië* uit over de vertegenwoordiging van L.R. door een ngo.¹¹¹ In deze zaak was L.R., een kind met een verstandelijke handicap en gehoor- en spraakproblemen, door zijn ouders in de steek gelaten. Hij werd vervolgens onder voogdij gesteld en geplaatst in een instelling voor lichamelijk gehandicapte kinderen, waar hij op onmenselijke en vernederende wijze werd verzorgd en behandeld. Het maakte dat het Helsinki Comité voor Mensenrechten (hierna: HCHR) contact zocht met de autoriteiten, aangifte deed bij het Openbaar Ministerie en een klacht indiende bij het EHRM. HCHR had L.R. een aantal keren in de instelling bezocht, maar niet vertegenwoordigd in de nationale procedures en de ngo had ook geen schriftelijke toestemmingsverklaring kunnen overleggen. Hoewel *locus standi* zonder zo'n verklaring alleen, aldus het EHRM in *Centre for Legal Resources namens Valentin Campeanu/Roemenië*, onder 'buitengewone omstandigheden' kan worden toegestaan,¹¹² verkreeg HCHR in *L.R./Noord-Macedonië locus standi*. Voortbouwend op *Centre for Legal Resources namens Valentin Campeanu*, identificeerde het EHRM vijf criteria die kunnen bijdragen aan de vaststelling van de vereiste buitengewone omstandigheden: (1) de kwetsbaarheid van het slachtoffer; (2)

108 EHRM 30 november 2021, 25450/20 (*T.A. e.a./Republiek van Moldavië*).

109 EHRM 9 september 2019, 72931/10 (*V.D. e.a./Rusland*).

110 In 2024 werd aan de transgenderpleegouder in EHRM 9 oktober 2024, 16206/19 (*Savinovskikh e.a./Rusland*), par. 77-78, wel *locus standi* toegekend.

111 EHRM 23 januari 2020, 38067/15 (*L.R./Noord-Macedonië*).

112 EHRM 17 juli 2014, 47848/08, par. 112-113 (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Campeanu/Roemenië*).

de aard van de klacht; (3) de kans dat de wettelijk vertegenwoordiger zelf een verzoek indient; (4) het contact tussen het kind en de vertegenwoordiger en (5) de betrokkenheid bij de nationale procedures.¹¹³

Door een beroep te doen op de buitengewone omstandigheden van het geval, lijkt de *locus standi* van een ngo voor het EHRM vooral af te hangen van de bereidheid van het Hof om uitzonderingen toe te staan.¹¹⁴ Het IVRK biedt dienaangaande geen nadere handvatten (par. 3.1). Een bijkomend probleem is dat zich ook bij het toekennen van *locus standi* aan een ngo een belangenconflict kan voordoen: de ngo streeft mogelijk strategische doelen na die niet per se hoeven samen te vallen met de mening en belangen van het vertegenwoordigde kind. Rechter Wojtyczek pleit daarom in zijn kritische *concurring opinion* bij *L.R./Noord-Macedonië* voor het benoemen van een separate vertegenwoordiger, een onafhankelijke *curator an ad litem*, wanneer een ngo namens een kind optreedt. In zijn *concurring opinion* in *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Roemenië* vroeg rechter Pinto de Albuquerque al aandacht voor de vraag hoe structureel kan worden gewaarborgd dat mensen met een beperking worden vertegenwoordigd voor het EHRM.¹¹⁵ Door in *L.R. tegen Noord-Macedonië* een beroep te doen op de 'uitzonderlijkheid' van de gevonden oplossing, lijkt het EHRM het nemen van een besluit over deze fundamentele vraag te hebben uitgesteld.¹¹⁶

Indien het EHRM de ngo geen *locus standi* toekent om namens het kind op te treden, is de klacht van de baan, omdat een ngo meestal niet zelf door de vermeende rechtenschending is getroffen. In sommige gevallen is een ngo echter de enige die voor de rechten en belangen van een kind opkomt, zoals in *L.R./Noord-Macedonië* en *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Roemenië* het geval was. Hoewel het EHRM artikel 34 EVRM niet restrictief of technisch interpreteerde, kende het Hof zichzelf in beide zaken een brede beoordelingsvrijheid toe. Deze benadering zou er in andere gevallen toe kunnen leiden dat zeer kwetsbare kinderen de toegang tot het EHRM wordt ontzegd. Een mogelijke schending van hun rechten blijft dan ongemoeid.¹¹⁷ Dit kan alleen worden ondervangen door een ruime toepassing van artikel 34 EVRM. Door in de *Rules of Court* vast te leggen dat kinderen die worden vertegenwoordigd recht hebben op een eigen advocaat (en eventueel op een gedragsdeskundige), kan worden gewaarborgd dat het beste belang van het kind in de belangenafweging door het EHRM voorop wordt gesteld.

5 De vertegenwoordiging van kinderen voor het EHRM: aandachtspunten

Alvorens te concluderen, volgen in deze paragraaf nog vijf aandachtspunten die raken aan de vertegenwoordiging van kinderen in procedures voor het EHRM. Het eerste deel kaart de kwestie

¹¹³ Zie EHRM 23 januari 2020, 38067/15, par. 46-54 (*L.R./Noord-Macedonië*).

¹¹⁴ G. Erdem Turkelli, 'Who can represent a child (with disabilities) before the ECtHR? Locus Standi requirements and the issue of curator ad litem in L.R. v. North Macedonia', *Strasbourgobservers.com*, 27 februari 2020, beschikbaar via <https://strasbourgobservers.com/2020/02/27/who-can-represent-a-child-with-disabilities-before-the-ecthr-locus-standi-requirements-and-the-issue-of-curator-ad-litem-in-l-r-v-north-macedonia/>.

¹¹⁵ EHRM 17 juli 2014, 47848/08 (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Roemenië*), *concurring opinion* rechter Pinto de Albuquerque.

¹¹⁶ Erdem Turkelli 2020 (*supra* noot 114).

¹¹⁷ EHRM 17 juli 2014, 47848/08 (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Roemenië*), *concurring opinion* rechter Pinto de Albuquerque.

aan dat het ontzeggen van *locus standi* aan de vertegenwoordiger van het kind betekent dat diens mening en belangen buiten beeld blijven. Paragraaf 5.2 borduurt daarop voort en bespreekt het belang dat kinderen op de hoogte zijn van de vertegenwoordiging en dat ze daarvoor, via hun separate advocaat, toestemming moeten geven. In paragraaf 5.3 wordt de voorgestelde benoeming en taak van de separate advocaat voor vertegenwoordigde kinderen toegelicht, terwijl paragraaf 5.4 stelt dat EHRM-procedures waarbij kinderen zijn betrokken met voortvarendheid moeten worden behandeld. De laatste deelparagraaf stipt het feit aan dat kinderen niet altijd worden betrokken bij een procedure die hen aangaat.

5.1 Het ontzeggen van *locus standi* aan een vertegenwoordiger

Het ontzeggen van *locus standi* aan de vertegenwoordiger van een kind in een procedure die mogelijk gevolgen voor het kind heeft,¹¹⁸ zoals in *A. e.a./IJsland* en *V.D. e.a./Rusland*,¹¹⁹ kan ertoe leiden dat de eigen mening en belangen van het kind buiten beeld blijven.¹²⁰ Het EHRM neemt immers de klacht van de vertegenwoordiger, in eigen naam, wel in behandeling, terwijl het kind als procespartij wegvalt (*disappearing party*).¹²¹ Ook daarom is het belangrijk om in het kader van de vertegenwoordiging van kinderen in EHRM-procedures onderscheid te maken tussen *locus standi* en hoorrecht. Als het kind medeklager is, kan het EHRM in de te maken belangenafweging rekening houden met diens eigen mening en belangen. Soms beoordeelt het EHRM het bestaan van een (mogelijk) belangenconflict tussen de vertegenwoordiger en het kind pas tijdens de inhoudelijke behandeling van de zaak.¹²² Dat is tot op zekere hoogte een aanbevelenswaardige oplossing, omdat het kind dan bij de procedure betrokken blijft. Het probleem met betrekking tot het hoorrecht is daarmee echter niet opgelost: het EHRM gaat immers nog steeds uit van de mening en belangen van het kind zoals de vertegenwoordiger deze aan het Hof presenteert en/of van hetgeen daaromtrent is vastgesteld in de nationale procedures. Het criterium dat een vertegenwoordiger in geval van een belangenconflict geen *locus standi* heeft, zou gezien het voorgaande moeten worden geschrapt. De daarmee samenhangende zorgen en bezwaren kunnen worden ondervangen door in de *Rules of Court* op te nemen dat kinderen met hun vertegenwoordiging moeten instemmen, zoals hierna zal worden besproken.

118 In EHRM 8 oktober 2020, 80117/17, par. 58-63 (*C./Kroatië*), was het kind, vertegenwoordigd door de moeder met gezag, de enige klager. Als aan haar geen *locus standi* zou zijn toegekend, had het EHRM de zaak niet in behandeling kunnen nemen.

119 EHRM 15 november 2022, 25133/20 and 31856/20 (*A. e.a./IJsland* en *V.D. e.a./Rusland*).

120 Rechters Keller en Pastor Vilanova signaleerden dit probleem ook in hun concurring opinion bij EHRM 18 december 2018, 76598/12 (*Khusnutdinov en X./Rusland*). Zie ook EHRM 10 september 2019, 37283/13, par. 157 (*Strand Lobben e.a./Noorwegen*).

121 C. Loven, 'A. and B. v. Croatia and the Concurring Opinion of Judge Wojtyczek: The Procedural Status of the 'Disappearing Party'', *Strasbourgobservers.com* 16 juli 2019, beschikbaar via <https://strasbourgobservers.com/2019/07/16/a-and-b-v-croatia-and-the-concurring-opinion-of-judge-wojtyczek-the-procedural-status-of-the-disappearing-party/>.

122 Dit was bijv. het geval in EHRM 18 december 2018, 76598/12 (*Khusnutdinov en X./Rusland*). Ook dan kan de namens het kind ingediende klacht overigens alsnog worden verklaard, zoals in EHRM 15 november 2022, 25133/20 and 31856/20 (*A. e.a./IJsland*) en (*V.D. e.a./Rusland*) gebeurde.

5.2 Toestemmingsvereiste voor vertegenwoordiging

Het komt regelmatig voor dat er namens een kind een klacht bij het EHRM wordt ingediend zonder diens medeweten en/of zonder diens geïnformeerde toestemming.¹²³ Dit was bijvoorbeeld het geval in *Khusnutdinov en X./Rusland*.¹²⁴ In deze zaak uit 2018 diende de biologische vader mede namens zijn veertienjarige dochter, met wie hij al jaren geen contact meer had, een klacht in bij het EHRM.¹²⁵ Het meisje was na de dood van haar moeder door haar grootouders opgevangen en wilde niet meer terug naar haar vader. Gelet op de door het Hof gehanteerde criteria voor vertegenwoordiging, kende het EHRM *locus standi* aan de vader toe, waardoor hij de klacht mede namens zijn dochter kon indienen. Het vereiste dat er geen belangenconflict mag bestaan, kwam in dit verband (nog) niet aan de orde.¹²⁶

Uitgaande van het kinderrechtenspectief, valt er het een en ander tegen het oordeel van het EHRM in te brengen.¹²⁷ Het tegen haar wil en wensen vertegenwoordigen van de veertienjarige X., die tijdens de langdurige procedure bovendien meerderjarig werd, lijkt strijdig te zijn met het concept van de zich ontwikkelende vermogens van een kind. Het is ook de vraag of vertegenwoordiging van een kind zonder toestemming overeenkomt met de taak van een vertegenwoordiger in het kader van het in het IVRK neergelegde hoorrecht: het correct overbrengen van de mening en belangen van het kind.¹²⁸ Ter vergelijking: het klachtenprotocol bij het IVRK¹²⁹ bevat een 'veiligheidsventiel' om te voorkomen dat het klachtrecht van kinderen wordt misbruikt.¹³⁰ Een in het kader van dit protocol ingediende klacht is niet-ontvankelijk wanneer de expliciete toestemming van het kind ontbreekt, tenzij de vertegenwoordiger het ontbreken van toestemming kan rechtvaardigen, waarbij onder meer de leeftijd en rijpheid van het kind een rol spelen, en het VN-Kinderrechtencomité het in behandeling nemen van de klacht in het beste belang van het kind acht.¹³¹

Een andere (oudere) zaak die het belang van toestemming benadrukt is *Raw e.a./Frankrijk*, een internationale kinderontvoeringszaak uit 2013.¹³² Daarin kende het EHRM aan een moeder *locus standi* toe om haar twee zonen in de procedure te vertegenwoordigen. De klacht van de

123 C. Mol 'Strengthening Child Participation Rights in the Case Law of the ECtHR: A Plea to Consider Child Participation Systematically From a Children's Rights Perspective', *Human Rights in Context*, 1 maart 2022.

124 EHRM 18 december 2018, 76598/12, par. 5-47 (*Khusnutdinov en X./Rusland*).

125 Vgl. EHRM 18 december 2018, concurring opinion rechters Keller en Pastor Vilanova (*Khusnutdinov en X./Rusland*), had het meisje, dat inmiddels meerderjarig was geworden, alsnog van de klacht op de hoogte moeten worden gesteld, met aan haar de keuze al dan niet met de vertegenwoordiging in te stemmen.

126 Dit aspect kwam wel bij de merites aan bod.

127 EHRM 18 december 2018, 76598/12, par. 5-47 (*Khusnutdinov en X./Rusland*).

128 UN Committee on the Rights of the Child, *Views concerning B.J. and P.J. v. Czech Republic* (Communication No. 139/2021, CRC/C/93/D/139/2021) aangenomen op 15 mei 2023.

129 UN Committee on the Rights of the Child, Derde Facultatief Protocol bij het IVRK betreffende een communicatieprocedure.

130 Kolstad Kvalr 2025 (*supra* noot 60), p. 472.

131 De leeftijd van het kind kan een rechtvaardiging opleveren: van kinderen van vier jaar oud wordt bijv. niet verwacht dat ze toestemming geven (UN committee on the Rights of the Child, D.P. (author) and K.R./Zwitserland, par. 10.4, CRC/C/99/150/2021, mei 2025. J. Doek 'Communications with the Committee on the Rights of the Child under Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility', *Report on the Decisions of the Committee on Admissibility: Summary and Comments*, Leiden Children's Rights Observatory Papers No. 4. August 2025.

132 EHRM 7 juni 2013, 10131/11, par. 2-5 (*Raw e.a./Frankrijk*).

moeder was gericht op hun terugkeer naar haar, terwijl duidelijk was dat de kinderen niet bij haar wilden wonen, maar bij hun vader wilden blijven.¹³³ De oudste zoon werd tijdens de procedure meerderjarig. Het EHRM verzocht hem, via de ngo die namens de moeder en de kinderen optrad, een toestemmingsverklaring te overleggen voor de vertegenwoordiging door de moeder. De ngo kon het Hof niet voorzien van een dergelijke verklaring, waarna het EHRM de door de moeder namens deze zoon ingediende klacht niet-ontvankelijk verklaarde.

In deze context is ook de recente en opmerkelijke zaak *A.P. en A.M./Tsjechië* van belang.¹³⁴ Daarin was de twaalfjarige A.M. door haar moeder als medeklager opgevoerd. De moeder was het na een complexe scheiding niet eens met de toewijzing van het gezag aan de vader. Na aanvang van de procedure voor het EHRM verzocht het Hof de Tsjechische Orde van Advocaten om een advocaat aan A.M. toe te wijzen. Deze advocaat liet het EHRM vervolgens weten dat A.M. geen interesse had in de procedure, waarna het EHRM haar klacht van de rol schrapte en alleen die van de moeder behandelde.¹³⁵ Het lijkt waarschijnlijk dat het EHRM, in lijn met het IVRK, om een separate advocaat had verzocht wegens het bestaan van een belangenconflict tussen de moeder en de ‘*highly traumatised*’ A.M.¹³⁶ De reactie van (de advocaat van) A.M. illustreert de noodzaak om kinderen die in EHRM-procedures worden vertegenwoordigd door een separate advocaat te laten bijstaan.

5.3 Benoeming en taak van de separate advocaat voor kinderen

Volwassenen zijn in beginsel verplicht zich in procedures voor het EHRM te laten bijstaan door een advocaat zodra het EHRM de ingediende klacht in behandeling heeft genomen.¹³⁷ Voor kinderen die worden vertegenwoordigd geldt deze eis niet. Een kind wordt in de procedure voor het EHRM doorgaans door de advocaat van diens vertegenwoordiger bijgestaan. Deze advocaat wordt geïnstrueerd en betaald door de vertegenwoordiger, waartegen rechter Koskelo in haar *concurring opinion* bij C. tegen Kroatië ageert: ‘[T]he examination of the complaint on the basis of submissions made under instructions by the mother, rather than by an unbiased representative of the child, is problematic.’¹³⁸ Mede daarom bepleit paragraaf 4 van deze bijdrage, in navolging van *A. en B./Kroatië* en *A.P. en A.M./Tsjechië*,¹³⁹ het standaard toewijzen van een separate advocaat aan een kind dat in procedures voor het EHRM wordt vertegenwoordigd.¹⁴⁰

In hun *concurring opinion* bij *A. en B./Kroatië* stellen rechters Koskelo, Eicke en Ilievski echter dat het op verzoek van het EHRM laten benoemen van een separate advocaat voor een kind

133 EHRM 7 juni 2013, 10131/11, par. 4 (*Raw e.a./Frankrijk*).

134 EHRM 5 september 2024, 22216/20, par. 12-13; de feiten en omstandigheden zijn te vinden in par. 1-11, (*A.P. en A.M./Tsjechische Republiek*).

135 EHRM 5 september 2024, 22216/20, par. 12 (*A.P. en A.M./Tsjechische Republiek*).

136 Het is daarbij onduidelijk of de aangewezen advocaat optrad als guardian ad litem (GC 14 par. 90) of als advocaat (GC 14 par. 96). Mogelijk is dit afhankelijk van de toepasselijke nationale wetgeving.

137 Art. 38 EVRM en EHRM Rules of Court (Rule 36), zoals laatst gewijzigd op 15 september 2025.

138 Par. 4 van de *concurring opinion* van rechter Koskelo in EHRM 8 oktober 2020, 80117/17 (*C./Kroatië*).

139 EHRM 20 juni 2019, 7144/15 (*A. en B./Kroatië*) en (*A.P. en A.M./Tsjechië*).

140 Met betrekking tot het vergoeden van de kosten van een advocaat (legal aid) is in chapter XII van de Rules of Court een regeling opgenomen die ook voor kinderen geldt. Zie daarvoor bijv. EHRM 17 oktober 2006, 52067/99, par. 69-70 (*Okkali/Turkije*), in samenhang met de Guidelines on Child-Friendly Justice (*supra* noot 41), par. 88.

in de meeste gevallen te laat is om diens beste belang te beschermen.¹⁴¹ Ze menen dat het om die reden beter is als de nationale autoriteiten na ontvangst van de ingediende klacht direct een ‘legal guardian/separate representative’ of ‘curator ad litem’¹⁴² voor het kind benoemen. Eventueel kan volgens hen de in de nationale procedures benoemde *legal guardian/separate representative* het kind in de procedure voor het EHRM bijstaan. In Nederland zou in een dergelijk geval de bijzondere curator, indien benoemd, kunnen worden ‘doorgeschoven’, mits deze tevens advocaat is. Dat is echter niet altijd zo (par. 3.2).

Het is de taak van een voor een kind in een EHRM-procedure optredende separate advocaat om het kind, gelet op diens kwetsbaarheid, te ondersteunen, te informeren en juridisch bij te staan, in overeenstemming met de zich ontwikkelende vermogens van het kind.¹⁴³ Daarnaast moet de advocaat, als separate vertegenwoordiger, de mening van het kind, inclusief diens perspectief op de eigen belangen, correct aan het EHRM overbrengen. Uit de *Rules of Court* zou moeten blijken dat deze verplichting zowel geldt voor de inhoudelijke aspecten van het geschil als voor de vraag of het kind toestemming geeft voor de vertegenwoordiging (zie voor dit laatste paragraaf 5.2). Het zou in de *Rules of Court* duidelijk gemaakt moeten worden dat het in beginsel geen belangenbehartiging betreft, zoals de *concurring opinions* bij *A. en B./Kroatië* lijken te suggereren, maar het correct overbrengen van de mening van het kind. Alleen indien de advocaat en de eventueel benoemde gedragsdeskundige optreden voor een kind dat niet bereid of in staat is een mening te vormen of (verbaal) te uiten, ligt het voor de hand dat zij de mening en belangen van het kind zelf zo goed mogelijk inschatten en delen met het EHRM.¹⁴⁴

5.4 Tijdsverloop

Eerder in dit artikel is besproken dat het EHRM juridisch gezien niet is gebonden aan (artikel 12 van) het IVRK en dat kinderen in de procedure voor het EHRM geen recht hebben om door het Hof te worden gehoord.¹⁴⁵ Om de mening van het kind toch mee te nemen in de vaststelling van diens beste belang, dat vervolgens voorop hoort te staan in de afweging van de belangen van alle betrokken partijen, baseert het EHRM zich op de mening van het kind zoals door diens vertegenwoordiger naar voren is gebracht. Daarnaast destilleert het Hof die mening uit de nationale procedures. Procedures voor het EHRM nemen doorgaans echter jaren in beslag. Het tijdsverloop kan ertoe leiden dat de mening en belangen van een kind veranderen, mede gezien de zich ontwikkelende vermogens van kinderen. Om die reden oordeelde het Hof in *Moog/Duitsland* dat van een verdragsstaat kan worden gevergd dat deze een kind na het verstrijken

141 Zo ook Fenton-Glynn 2019 (*supra* noot 11), par. 4, p. 10.

142 Rechter Wojtyczek in zijn *concurring opinion* bij EHRM 20 juni 2019, 7144/15 (*A. en B./Kroatië*). Het is onduidelijk wie met deze termen precies worden bedoeld, zoals vaker als het gaat om terminologie over vertegenwoordiging (*supra* noot 60). Zie ook Mol 2022 (*supra* noot 10).

143 Zie bijv. EHRM 8 oktober 2020, 80117/17, par. 76 (*C./Kroatië*), waarin wordt verwezen naar de Convention on the Exercise of Children’s Rights en de Guidelines on Child-Friendly Justice, *supra* noot 41) Zie daarover ook Bruning e.a. 2020 (*supra* noot 64).

144 UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 1. *Article 12: Equal recognition before the law*, CRPD/C/GC/1, 19 May 2014, par. 29b.

145 Er vindt in EHRM-procedures lang niet altijd een hoorzitting plaats. Het horen van de (advocaten van) partijen in zaken waarbij kinderen zijn betrokken, kan achter gesloten deuren plaatsvinden.

van zestien maanden opnieuw hoort.¹⁴⁶ Het komt ook voor dat vertegenwoordigde kinderen tijdens de procedure voor het EHRM meerderjarig worden, zoals bijvoorbeeld het geval was in *Raw/Frankrijk* en *Khusnutdinov en X./Rusland*. Het is gezien de zich ontwikkelende vermogens van kinderen en het tijdsverloop, zoals Berro-Lefèvre opmerkte,¹⁴⁷ aanbevelenswaardig om in procedures waarbij kinderen zijn betrokken standaard gebruik te maken van de in artikel 41 van de *Rules of Court* genoemde mogelijkheid om zaken met voorrang te behandelen.¹⁴⁸

5.5 Kinderen die niet in de procedure worden betrokken

Het komt voor dat kinderen door de klager niet bij de procedure voor het EHRM worden betrokken. De klager treedt dan uitsluitend in eigen naam op, terwijl de procedure het kind wel aangaat, diens rechten en belangen daarin een rol spelen en de uitspraak gevolgen kan hebben voor het (leven en de toekomst van het) betrokken kind.¹⁴⁹ Zo wijzen rechters Keller en Pastor Vilanova er in hun *concurring opinion* bij *Khusnutdinov/Rusland* op dat de dochter niets leek af te weten van de door haar vader aangespannen procedure voor het EHRM.¹⁵⁰ Dit is geen unieke kwestie: in zijn *concurring opinion* bij *A. en B./Kroatië* merkt rechter Wojtyczek op dat ook ouders soms niet op de hoogte zijn van de indiening van een klacht bij het EHRM. In deze zaak had de door de moeder aanhangig gemaakte EHRM-procedure gevolgen voor de rechten en belangen van de vader. Het feit dat hij niet in staat was gesteld deze te verdedigen, is volgens rechter Wojtyczek een schending van de beginselen van procedurele rechtvaardigheid. Het EHRM heeft op grond van artikel 36 lid 2 EVRM de mogelijkheid om de onwetende ouder te informeren en uit te nodigen diens zienswijze kenbaar te maken, zoals recent gebeurde in *M.P. e.a./Griekenland*, een zaak over internationale kinderontvoering.¹⁵¹ Het verdient overweging om in de *Rules of Court* op te nemen dat ook kinderen in voorkomende gevallen op de hoogte moeten worden gesteld van een bij het EHRM ingediende klacht, met inbegrip van de mogelijkheid om, bijgestaan door een separate advocaat, hun visie te geven.

6 Conclusie

In dit artikel is uiteengezet dat kinderen in de praktijk problemen ervaren om net zoals volwassenen bij het EHRM op te komen voor hun rechten. Om te waarborgen dat deze ‘papieren’ rechten de komende 75 jaar van het EVRM meer tot leven komen, is het essentieel dat het EHRM de autonomie en de zich ontwikkelende vermogens van kinderen erkent. Kinderen hebben op grond

¹⁴⁶ EHRM 6 oktober 2016, 23280/08 (*Moog/Duitsland*).

¹⁴⁷ '[S]uch priority treatment may be granted, inter alia, to applications raising serious issues of an urgent, topical and/or irreversible nature. These include applications concerning children's rights.', Berro-Lefèvre 2009 (*supra* noot 5).

¹⁴⁸ Zie bijv. EHRM 6 juli 2021, 47220/19 (*A.M. e.a./Rusland*); EHRM 28 februari 2022, 25450/20 (*T.A. e.a./Republiek van Moldavië*). In beide uitspraken wordt in de procedurele aanhef verwezen naar art. 41 van de *Rules of Court*.

¹⁴⁹ T. Liefwaard, 'Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda', *International Journal of Children's Rights*: Brill Nijhoff 2019, p. 206.

¹⁵⁰ EHRM 18 december 2018, 76598/12 (*Khusnutdinov/Rusland*), *concurring opinion* rechters Keller en Pastor Vilanova.

¹⁵¹ EHRM 9 december 2025, 2068/24, par. 24 (*M.P. e.a./Griekenland*).

van het EVRM, ongeacht hun leeftijd en rijpheid, het recht om zelf een klacht bij het EHRM in te dienen. Ze kunnen dit net als volwassenen, met bijstand en ondersteuning van een advocaat, in eigen naam doen. Dat gebeurt regelmatig in zaken die samenhangen met bijvoorbeeld migratie, geweld en het jeugdstrafrecht. Kinderen kunnen daarnaast, aan de hand van door het EHRM ontwikkelde criteria, door een vertegenwoordiger als (mede)klager worden opgevoerd, zoals doorgaans het geval is in familie- en jeugdrechtszaken.

Ook daarbij gaat het vaak om kwesties die impact hebben op het leven en de toekomst van kinderen. Het beste belang van deze kinderen hoort dan de eerste overweging te zijn in de door het EHRM te maken afweging van alle betrokken belangen.¹⁵² In deze context is het noodzakelijk om in procedures die het kind aangaan en waarin diens rechten en belangen een rol spelen, hun mening, inclusief perspectief op de eigen belangen, aan het EHRM kenbaar te maken. Indien dit in artikel 12 IVRK vastgelegde hoorrecht niet is gewaarborgd, bestaat het risico dat het EHRM aanneemt dat de mening en belangen van het kind en diens vertegenwoordiger overeenkomen. Deze aanname negeert de positie van het kind als zelfstandig drager van mensenrechten en is met name problematisch wanneer er sprake is van een (potentieel) belangenconflict tussen het kind en de vertegenwoordiger of, vooral in gezag en omgangsprocedures na een (complexe) scheiding, tussen de ouders onderling.

Hoewel het EHRM daarvoor in de afgelopen 75 jaar geleidelijk meer oog heeft gekregen, is er tot op heden vooral voor gekozen om dit ‘gat’ in de bescherming van de rechten van kinderen niet structureel te borgen. Het is hoopgevend dat het EHRM in de zaken *A. en B./Kroatië en A.P. en A.M./Tsjechië* onderscheid maakte tussen de *locus standi* van een vertegenwoordiger en de verantwoordelijkheid voor het overbrengen van de mening en belangen van het kind aan het EHRM: deze taak werd in beide zaken aan een separate advocaat toegewezen. In de tussenliggende uitspraak in *Strand Lobben e.a./Noorwegen* werd de *locus standi* van de biologische moeder erkend, maar werd geen eigen advocaat aan het kind toegewezen, ondanks dat er wel degelijk sprake was van conflicterende belangen. In de *Rules of Court* zou daarom moeten worden opgenomen dat kinderen die in procedures voor het EHRM worden vertegenwoordigd, standaard dienen te worden bijgestaan door een eigen, onafhankelijke, door de nationale autoriteiten benoemde, gespecialiseerde advocaat.

Als diens separate vertegenwoordiger moet deze voor het kind benoemde advocaat de mening van het kind correct aan het EHRM overbrengen. Dit zou zowel ten aanzien van de toestemming voor de vertegenwoordiging als van de inhoudelijke aspecten van het geschil moeten gelden. Daarnaast dient de advocaat het kind juridisch bij te staan, te informeren en te ondersteunen, met inachtneming van diens groeiende inzicht in de eigen belangen en capaciteit om zelfstandig beslissingen te nemen. Als een kind geen mening wil uiten of daartoe (verbaal) niet in staat is, dient de advocaat, eventueel bijgestaan door een gedragsdeskundige, de eigen mening en belangen van het kind zo goed mogelijk in te schatten en over te brengen. Zonder advocaat ‘[t]he input and participation of a child [...] will be limited and the court will miss critical information’, aldus de vorig jaar overleden kinderrechtenpionier Michael Freeman.¹⁵³ Laten we hopen dat kinderen met de bijstand van kinderrechtenadvocaten de weg naar Straatsburg de komende 75 jaar beter weten te vinden.

152 Recommendation CM/Rec(2025)4 on the Protection of the Rights and Best Interests of the Child in Parental Separation (*supra* noot 92), par. 21.

153 M. Freeman, *A Magna Carta for Children? Rethinking Children's Rights*, Cambridge University Press, 2020, p. 232.

HET NEMO-TENETURBEGINSEL IN STRAFZAKEN IN EEN NIEUW LICHT

Een toetsingskader op basis van drie decennia rechtsontwikkeling door het EHRM

Gertjan Nederbragt *

Samenvatting | Dat een verdachte niet verplicht kan worden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling is een van de grondbeginselen van het strafprocesrecht. In 1993 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dit beginsel ingelezen in artikel 6 EVRM. Sindsdien is er discussie in de Nederlandse rechtsliteratuur over de interpretatie van de Europese rechtspraak, wat de rechtszekerheid van de verdachte niet ten goede komt. Dit artikel werpt een nieuw licht op het leerstuk. Op basis van fundamenteel rechts-wetenschappelijk onderzoek naar de jurisprudentie van het EHRM wordt een toetsingskader gepresenteerd. Aan de hand daarvan wordt de discussie in de Nederlandse rechtsliteratuur en de rechtspraak van de Hoge Raad becommentarieerd. De in de Nederlandse rechtsliteratuur ervaren onduidelijkheid kan onder andere worden verklaard door een onjuiste interpretatie van een aantal maatgevende arresten van het EHRM.

Trefwoorden | [Strafrecht], [Nemo-tenetur], [Artikel 6 EVRM], [Toetsingskader], [Bewijs], [Wilsafhankelijkheid]

DOI | 10.54195/NTM.26383

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

Het EVRM bevat niet alleen materiele mensenrechten (zoals het discriminatieverbod, de vrijheid van meningsuiting en recht op privacy), maar ook formele rechten. Zo gaat het recht op een eerlijk proces, neergelegd in artikel 6 EVRM, onder andere over de onschuldpresumptie, het recht zich te verdedigen en het recht op onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Hoewel niet expliciet vermeld in artikel 6 EVRM, maakt ook het voor het strafrechtelijke bewijsrecht belangrijke nemo-teneturbeginsel onderdeel uit van dat artikel. Het beginsel komt erop neer dat iemand niet verplicht kan worden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling. In het Nederlandse strafrecht is het beginsel (deels) uitgewerkt in artikel 29 Wetboek van Strafvordering (Sv) als de verklaringsvrijheid en het zwijgrecht van de verdachte.

Het nemo-teneturbeginsel, ook wel het verbod op gedwongen zelfincriminatie genoemd, kent in de Europese strafrechtelijke mensenrechtencontext een lange geschiedenis, al bestrijkt die niet de volle 75 jaar dat het EVRM bestaat. Het was uiteindelijk in 1993 dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, hierna: hof) in de zaak *Funke* tegen *Frankrijk* het nemo-teneturbeginsel inlas in artikel 6 lid 1 EVRM.¹ In de ruim dertig jaren die volgden heeft het Hof tientallen zaken behandeld die betrekking hadden op het nemo-teneturbeginsel. Het

■ Mr. ir. G. Nederbragt is in 2023 *cum laude* op dit onderwerp afgestudeerd aan de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit. Voor zijn scriptie ontving hij in datzelfde jaar de jaarlijkse scriptieprijs van de faculteit.

1 G. Knigge, annotatie bij EHRM 25 februari 1993, 10828/84, par. 1, NJ 1993/485 (*Funke/Frankrijk*). Vervolgens expliciet door het Hof zelf in EHRM 8 februari 1996, 18731/91, par. 45 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

is, gezien het geringe aantal zaken in de beginjaren en het casuïstische karakter ervan begrijpelijk dat de Europese jurisprudentie aanvankelijk veel ruimte voor interpretatie liet. Maar zou inmiddels niet verwacht mogen worden dat dit leerstuk voldoende is uitgekristalliseerd? Kennelijk niet, want de rechtspraak van het Hof blijft de nodige vragen oproepen in de Nederlandse rechtsliteratuur en er wordt door diverse auteurs nog altijd geen eenduidige lijn in ontdekt.²

De Hoge Raad concludeerde in 2021 dat het niet in strijd is met het nemo-teneturbeginsel als een verdachte gedwongen wordt om met zijn vingerafdruk zijn smartphone te ontgrendelen om zo bewijs in de strafzaak tegen hem te kunnen verzamelen.³ Zowel voorafgaand aan als na afloop van deze uitspraak werd uitgebreid over deze casus gediscussieerd.⁴ Daarna is de uitspraak via de Innovatiewet Strafvordering tijdelijk gecodificeerd in artikel 558 Sv.⁵ De modernisering van het Wetboek van Strafvordering beoogt blijvend in de mogelijkheid van gedwongen biometrische ontgrendeling door de verdachte te voorzien.⁶ In de memorie van toelichting wordt door de wetgever verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad om te onderbouwen dat het voorgestelde wetsartikel geen strijd zal opleveren met het nemo-teneturbeginsel.⁷ Maar als er tegelijkertijd nog zoveel discussie is rond deze casus en de Europese jurisprudentie in het algemeen, hoe stevig is dan het fundament onder de concept-wetgeving? En hoeveel rechtszekerheid heeft een verdachte die zich beroept op het recht om niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken?

Ondertussen heeft het Hof in 2022 geoordeeld in de zaak *De Legé tegen Nederland*.⁸ Ligthart pleit naar aanleiding van dit arrest voor een theoretische beschouwing in de Nederlandse context op de ratio en reikwijdte van het beginsel. Hij voert hiervoor onder andere aan dat de rechtspraak van het Hof altijd achterloopt, wat knelt vanwege nieuwe opsporingsmethoden.⁹ Waar Ligthart als het ware een vlucht naar voren neemt en voorstelt om afstand te nemen van het Hof, kies ik voor een diametraal andere benadering. Aanleiding is dat het Hof in *De Legé* voor het eerst

2 Zie voor een overzicht bijvoorbeeld D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel, Rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* 2016/1, p. 28. Recenter spreekt Ligthart van 'paradoxen in de Straatsburgse rechtspraak', zie: S.L.T.J. Ligthart, 'Nemo tenetur: naar de ontwikkeling van een nationaal theoretisch beginsel?', *RM THEMIS* 2023-2, p. 110.

3 HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

4 Onder andere A. Bood, 'Geef ze een vinger ... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/36, p. 2744-2748; L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/6, p. 400-403; M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *NJB* 2019/6, p. 404; D.A.G. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo-teneturbeginsel; Reactie op Boods "Geef ze een vinger ..."', *NJB* 2019/6, p. 405-407; A. Bood, 'Naschrift', *NJB* 2019/6, p. 408-409; J.S. Nan, 'Rechtspraak; nemo tenetur en de smartphone', *TBS&H* 2019/2, p. 115-117. Zie voor reacties op het arrest onder andere J.M. Reijntjes, annotatie bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, *NJ* 2021/120, par. 7; D.A.G. Van Toor & T. Beekhuis, annotatie bij HR 9 februari 2021 ECLI:NL:HR:2021:202, *Computerrecht* 2021/63, par. 3-5; J.S. Nan, 'Een probleem rondom het nemo teneturbeginsel?', *Boom Strafbblad* 2021/4, p. 121.

5 *Staatsblad* 2022, 276.

6 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 2. Het gaat om art. 2.7.43, lid 2 (nieuw) Sv.

7 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 591-592.

8 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 60-68 en par. 74-78 (*De Legé/Nederland*).

9 Ligthart 2023 (*supra* noot 2), p. 119.

spreekt van een *general approach* voor het nemo-teneturbeginsel,¹⁰ wat lijkt te impliceren dat het Hof zelf een coherente toepassing van zijn jurisprudentie ziet.

Ik neem *De Legé* als leidraad en analyseer, op basis van een grammaticale en systematische interpretatie, in detail de eerdere Europese rechtspraak in retrospectief. Dat leidt tot een verdere inkleuring en verfijning van de hoofdlijn die het Hof in *De Legé* schetst en levert in paragraaf twee een toetsingskader op voor het nemo-teneturbeginsel in strafzaken zoals dat wordt gewaarborgd door artikel 6 lid 1 EVRM. Vervolgens ga ik in paragraaf drie in op een aantal aspecten uit de discussie over het nemo-teneturbeginsel in de Nederlandse rechtsliteratuur en op de Nederlandse rechtspraak. Daaruit blijkt dat in Nederland sprake is van een onvolledige lezing van het cruciale *Saunders-arrest*¹¹ en een onderwaardering van het belang van de fase waarin bewijsmateriaal wordt verkregen. Dit heeft geleid tot een onjuiste interpretatie van het wils(on)afhankelijkheids-criterium en een verkeerde uitleg van een aantal maatgevende arresten van het Hof. Deze bijdrage sluit in paragraaf vier af met de conclusie.

2 Toetsingskader van het EHRM voor het nemo-teneturbeginsel in strafzaken

Het recht op een eerlijk proces biedt in het strafrecht bescherming aan de verdachte tegen de macht van de staat, specifiek het Openbaar Ministerie, waar het vervolgingsmonopolie ligt. Het borgen van de autonomie van de verdachte stelt hem onder andere in staat om zelf zijn proceshouding te kiezen. Het zwijgrecht en de verklaringsvrijheid maken hier onderdeel van uit en deze zijn in Nederland neergelegd in artikel 29 Sv. Het nemo-teneturbeginsel is echter ruimer en beschermt de verdachte ook tegen het op onrechtmatige wijze, onder dwang, verkrijgen van bewijs van de verdachte. Artikel 29 Sv bevat niet dit aspect van het nemo-teneturbeginsel, zodat de Hoge Raad zich voor de toepassing in Nederland bedient van de jurisprudentie van het Hof. Die is van belang, omdat ook in het EVRM het nemo-teneturbeginsel niet expliciet is opgenomen, maar door het Hof ingelezen is in artikel 6 EVRM.

Artikel 6 lid 1 EVRM ziet in de eerste plaats op het recht op een eerlijk proces, zowel in civiele en bestuursrechtelijke zaken als in strafzaken. Hoewel het artikel naar de letter slechts spreekt van een eerlijke en openbare behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, kan het in geval van strafzaken ook van toepassing zijn op de daaraan voorafgaande onderzoeks- en opsporingsfase.¹² Volgens het Hof valt het nemo-teneturbeginsel onder artikel 6 EVRM, omdat het beoogt gerechtelijke dwalingen als gevolg van ongeoorloofde dwang te voorkomen. Die dwang moet gericht zijn op het verkrijgen van bewijsmateriaal,¹³ wat vaak plaatsvindt in de onderzoeks- en opsporingsfase. Wanneer het Hof van oordeel zou zijn geweest dat de onderzoeks- en opsporingsfase in strafzaken niet onderhevig zouden zijn aan toetsing aan artikel 6 lid 1 EVRM, dan was toetsing aan het nemo-teneturbeginsel onder de vlag van dit artikel slechts beperkt mogelijk geweest.

10 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15 (*De Legé/Nederland*), aanduiding boven par. 63-68. In eerdere uitspraken heeft het EHRM het over 'general principles'.

11 EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

12 EHRM 26 januari 2021, 73313/17 en 20143/19, par. 120 (*Zličić/Servië*). Meer uitgebreid, zie EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, par. 253 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

13 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 63-64 (*De Legé/Nederland*).

Het Hof heeft in nemo-teneturzaken speciale aandacht voor zaken waarin andere rechten uit het EVRM zijn geschonden,¹⁴ zoals het recht op privacy (artikel 8 EVRM) en (met name) het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (artikel 3 EVRM).¹⁵ Wanneer het verbod op foltering is geschonden, dan is volgens het Hof het proces bij voorbaat oneerlijk als gebruik wordt gemaakt van aldus verkregen verklaringen of fysiek bewijs (*real evidence*).¹⁶ Wanneer er geen sprake is van foltering, maar evengoed van een onmenselijke of vernederende behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, dan leidt dit in geval van verklaringen onverkort tot een oneerlijk proces. Voor fysiek bewijs hangt het in dat geval van de omstandigheden af of artikel 6 EVRM is geschonden: bepalend is of de onmenselijke of vernederende behandeling van invloed is op de uitkomst van het proces.¹⁷

In *De Legé* benoemt het Hof achtereenvolgens de voorwaarden voor de toepasbaarheid,¹⁸ de uitzonderingsgrond¹⁹ en de toetsingscriteria.²⁰ De hoofdregel kan als volgt worden samengevat: als een casus aan de voorwaarden voor toepasbaarheid voldoet en de uitzonderingsgrond niet van toepassing is, dan dient de casus inhoudelijk getoetst te worden aan een aantal criteria. Het betekent ook dat als aan de voorwaarden is voldaan, maar de uitzonderingsgrond wél van toepassing is, dat de inhoudelijke toetsing achterwege blijft, omdat de casus buiten het bereik van het nemo-teneturbeginsel valt. Hoewel dit enigszins triviaal lijkt, is het belangrijk om deze hoofdlijn te benadrukken, omdat het onderscheid tussen de uitzonderingsgrond en de toetsingscriteria in de rechtsliteratuur niet altijd scherp wordt gemaakt.

Deze drie aspecten van het toetsingskader worden hieronder in meer detail uitgewerkt.

2.1 Voorwaarden voor toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel

Om aan een toetsing aan het nemo-teneturbeginsel toe te komen, moet aan twee voorwaarden zijn voldaan: er moet sprake zijn van een vorm van dwang door de autoriteiten en de dwang moet ofwel erop gericht zijn om belastend bewijs tegen de verdachte te verkrijgen, ofwel buiten de strafrechtelijke context zijn uitgeoefend, waarna het zo verkregen materiaal als bewijs wordt ingebracht.²¹ Het Hof noemt drie voorbeelden van dwang in de strafrechtelijke context die tot problemen kunnen leiden: het afdwingen van getuigenissen, het uitoefenen van fysieke of mentale druk – vaak in strijd met artikel 3 EVRM – om fysiek bewijs of verklaringen te verkrijgen en kunstgrepen om informatie te ontlokken.²²

14 Zie bijvoorbeeld EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 95 (*Jalloh/Duitsland*) en EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 163 (*Gäfgen/Duitsland*).

15 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 98-99 (*Jalloh/Duitsland*).

16 EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 166, 167 en 173 (*Gäfgen/Duitsland*), EHRM 26 januari 2021, 73313/17 en 20143/19, par. 119 (*Zličić/Servië*).

17 EHRM 26 januari 2021, 73313/17 en 20143/19, par. 119 (*Zličić/Servië*). Voor het eerst in EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 178 (*Gäfgen/Duitsland*).

18 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 65 en 74 (*De Legé/Nederland*).

19 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 67 en 75 (*De Legé/Nederland*).

20 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 68 en 78 (*De Legé/Nederland*).

21 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 65 en 74 (*De Legé/Nederland*); EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 42-43 (*Weh/Oostenrijk*). Het Hof gebruikt in *De Legé* de meer algemene term belastende informatie, maar doelt hiermee op bewijsmateriaal, zie bijvoorbeeld de aansluitende paragraaf 66.

22 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 64 (*De Legé/Nederland*).

De strafrechtelijke context, en daarmee de mogelijkheid voor het invoeren van de bescherming van het recht op een eerlijk proces onder artikel 6 lid 1 EVRM, vangt aan op het moment dat sprake is van een *criminal charge*, volgens de invulling die daar door het Hof aan wordt gegeven.²³ In het Nederlandse strafrecht houdt een *criminal charge* in dat vervolging is ingesteld. Volgens het Hof is dat niet slechts het geval als de autoriteiten formeel iemand hebben medegedeeld dat hij als verdachte is aangemerkt, maar tevens wanneer diens situatie substantieel is aangetast.²⁴ Het gaat er aldus om dat in materiële zin sprake is van feitelijke vervolging. Voorbeelden van zaken waarin een beroep gedaan wordt op het verbod op gedwongen zelfincriminatie, maar waar het Hof constateert dat geen sprake is van feitelijke vervolging zijn de zaken *Weh tegen Oostenrijk* en *Van Weerelt tegen Nederland*.²⁵ In beide zaken gaat het Hof dan ook in het geheel niet in op de uitzonderingsgrond en de toetsingscriteria. In de zaak *Choudhary* is volgens het Hof geen sprake van dwang wat leidt tot niet-ontvankelijkheid.²⁶ Als feitelijke vervolging is ingesteld dan is het nemo-tenetur ook van toepassing op parallele procedures buiten de strafrechtelijke context, zie bijvoorbeeld de zaken *Shannon*²⁷ en *Marttinen*.²⁸

2.2 Uitzondering op de bescherming – Saunders-criterium

De tweede stap die het Hof in *De Legé* noemt is het onderzoeken of sprake is van een geval dat buiten het bereik valt van de bescherming die het nemo-teneturbeginsel biedt.²⁹ Deze uitzondering is door het Hof geïntroduceerd in de zaak *Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk*. De uitzondering – hierna aangeduid als ‘het Saunders-criterium’ of ‘de (Saunders-)uitzondering’ – houdt in dat:

‘The right not to incriminate oneself (...) 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.’³⁰

De uitzondering op de bescherming geldt derhalve voor bewijsmateriaal dat onder uitoefening van dwang op de verdachte is verkregen en dat aan specifieke kenmerken voldoet. In de literatuur

23 Zie bijvoorbeeld EHRM 20 oktober 1997, 82/1996/671/893, par. 42 (*Serves/Frankrijk*), EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, par. 249 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

24 Voor het eerst in een zaak over gedwongen zelfincriminatie op deze manier door het Hof toegelicht in EHRM 20 oktober 1997, 82/1996/671/893, par. 42 (*Serves/Frankrijk*).

25 EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 54 (*Weh/Oostenrijk*), EHRM 16 juni 2015, 784/14, par. 62 (*Van Weerelt/Nederland*). Een verschil tussen beide zaken is dat het Hof in *Weh* oordeelt dat er geen sprake is van een schending van art. 6, lid 1 EVRM, terwijl de zaak *Van Weerelt* kennelijk ongegrond wordt verklaard. Daarbij dient opgemerkt te worden dat de zaak *Van Weerelt* geen *judgement* is, waarin een zaak door het Hof inhoudelijk wordt behandeld, maar een *decision*, waarin alleen uitspraak wordt gedaan over de ontvankelijkheid. Gezien de aanvullende overwegingen in EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 55-56 (*Weh/Oostenrijk*) zag het Hof kennelijk aanleiding om deze zaak wel inhoudelijk te behandelen.

26 EHRM 4 mei 1999, 40084/98 (*Choudhary/Verenigd Koninkrijk*).

27 EHRM 4 oktober 2005, 6563/03, par. 38 (*Shannon/Verenigd Koninkrijk*).

28 EHRM 21 april 2009, 19235/03, par. 73 (*Marttinen/Finland*).

29 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 67 en 75 (*De Legé/Nederland*).

30 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

is vooral veel aandacht voor de in het criterium expliciet genoemde wilsonafhankelijkheid van het materiaal, met een focus op documenten. Over het algemeen wordt door auteurs gesteld dat documenten wilsonafhankelijk zijn, wat leidt tot problemen bij het interpreteren van diverse arresten. Uit de gedetailleerde analyse van *Saunders* en latere rechtspraak kan echter worden afgeleid dat voor de wils(on)afhankelijkheid van documenten, en daarmee de vraag of de uitzondering van toepassing is een onderbelicht aspect van belang is, namelijk de fase waarin het bewijsmateriaal is verkregen: tijdens de feitelijke vervolging of daaraan voorafgaand.

In de *Saunders*-passage worden naast documenten ook andere voorbeelden genoemd. Daarom wordt eerst ingegaan op de soorten bewijsmateriaal, daarna op de twee fasen en ten slotte op de wils(on)afhankelijkheid.

2.2.1 Het soort bewijsmateriaal

Bij het nemo-teneturbeginsel draait het in de eerste plaats om het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen tijdens een verhoor en om niet te worden gedwongen om een verklaring af te leggen.³¹ Het Hof heeft er echter een ruimere betekenis aan gegeven, door er ook gevallen onder te scharen waarin door de autoriteiten dwang werd uitgeoefend om fysiek bewijs (*real evidence*) te kunnen verkrijgen.³²

Wanneer sprake is van afgedwongen verklaringen geldt de uitzondering niet en is het nemo-teneturbeginsel van toepassing.³³ In het *Saunders*-criterium blijkt dit al omdat het Hof als voorbeelden uitsluitend fysiek bewijs noemt en niet ook verklaringen van de verdachte. In de zaak *Saunders* gaat het om het gebruik tijdens de strafrechtelijke procedure van door *Saunders* afgelegde verklaringen, die tijdens een niet-punitief onderzoek zijn verkregen.³⁴ De Britse staat voert als argument aan dat (onder andere) onder dwang verkregen zelfbelastende verklaringen niet altijd zijn uitgesloten van het bewijs.³⁵ In het *Saunders*-criterium lijkt het Hof te preciseren welk materiaal buiten de reikwijdte van het beginsel valt. Het herformuleert het argument van de Britse staat, zonder daarbij verklaringen te noemen. Het Hof maakt zo de weg vrij om over te gaan op de inhoudelijke behandeling van de zaak en richt zich vervolgens ook uitsluitend op de verklaringen die door *Saunders* zijn afgelegd.³⁶ Dat het nemo-teneturbeginsel onverkort van toepassing is op verklaringen, is ook in latere rechtspraak terug te zien: in gevallen van

31 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 110 (*Jalloh/Duitsland*).

32 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 111 (*Jalloh/Duitsland*).

33 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 75 (*De Legé/Nederland*).

34 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 67 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

35 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 62 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*): 'Nor does it follow from an acceptance of the privilege that the prosecution is never to be permitted to use in evidence self-incriminating statements, documents or other evidence obtained because of the exercise of compulsory powers. Examples of such permitted use include the prosecution's right to obtain documents pursuant to search warrants or samples of breath, blood or urine.'

36 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*): 'In the present case the Court is only called upon to decide whether the use made by the prosecution of the statements obtained from the applicant by the inspectors amounted to an unjustifiable infringement of the right.'

onder dwang verkregen verklaringen gaat het Hof rechtstreeks over op de inhoudelijke toetsing.³⁷

Fysiek bewijs moet onderscheiden worden van lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek. Zulk lichaamsmateriaal valt volgens het Saunders-criterium buiten het toetsingskader. Er zijn nauwelijks zaken waarin een beroep gedaan wordt op het nemo-tenetur-beginsel in geval van gedwongen afname van lichaamsmateriaal.³⁸ Waar het afgenomen lichaamsmateriaal nader onderzocht wordt en dus een indirect karakter heeft, is fysiek bewijs rechtstreeks belastend materiaal. In de Saunders-passage worden documenten als voorbeeld genoemd en in veel zaken die het Hof heeft behandeld gaat het inderdaad om documenten. Belastingdocumenten vormen hierbij een aparte categorie.³⁹ Alleen in de zaak *Jalloh* oordeelt het Hof over andersoortig fysiek bewijsmateriaal. Het Hof concludeert dat het door toediening van een braakmiddel verkregen drugsbolletje niet moet worden geclassificeerd als lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek, maar als fysiek bewijsmateriaal.⁴⁰

2.2.2 De fase waarin fysiek bewijsmateriaal onder dwang is verkregen

In de zaak *Weh* verwoordt het Hof voor het eerst expliciet dat onderscheid moet worden gemaakt naar het moment waarop de dwang is uitgeoefend, buiten of voorafgaand aan, of tijdens de feitelijke vervolging.⁴¹ Dit speelt geen rol voor verklaringen (waarbij altijd een inhoudelijke toetsing plaatsvindt) en lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek, maar bij fysiek bewijs ligt dit duidelijk anders. Kijken we met de blik van het tijdsaspect opnieuw naar het *Saunders*-arrest, dan valt in de letterlijke lezing van de Saunders-passage op dat het Hof de verleden tijd gebruikt (*documents acquired*), terwijl het eerder door de Britse staat aangevoerde argument⁴² in de tegenwoordige tijd is geformuleerd en als een recht van de aanklager (*the prosecution's right to obtain documents*).

Vertaald naar de fase waarin de dwang wordt uitgeoefend gaat de Britse staat uit van een situatie van feitelijke vervolging. De herformulering door het Hof impliceert dat de Saunders-uitzondering voor documenten slechts van toepassing is op gevallen waarbij de dwang, het bevelschrift, al eerder is uitgeoefend, dus voorafgaand aan de feitelijke vervolging. En bovendien dat die documenten ook daadwerkelijk verkregen (*acquired*) moeten zijn. Het gaat immers om het gebruik ervan in de strafzaak (*the use in criminal proceedings*) en documenten die niet in bezit zijn van de vervolgende autoriteit kunnen ook niet als bewijs worden ingebracht. Deze grammaticale uitleg is niet eerder aan de Saunders-passage gegeven. Het gaat in deze lezing dus om

37 Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, 34720/97 (*Heaney en McGuinness/Ierland*) en EHRM 21 december 2000, 34720/97 (*Quinn/Ierland*); EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*).

38 Zie voor een concrete zaak EHRM 15 juni 1999, 43486/98 (*Tirado Ortiz en Lozano Martin/Spanje*), waarin het Hof concludeert tot niet-ontvankelijkheid.

39 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 65-73 (*De Legé/Nederland*).

40 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 113 (*Jalloh/Duitsland*): '(...) as with the impugned measures in *Funke* and *J.B. v. Switzerland*, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant's will. Conversely, the bodily material listed in *Saunders* concerned material obtained by coercion for forensic examination (...)'.
 41 EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 42-43 (*Weh/Oostenrijk*).

42 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

documenten die reeds in bezit zijn van de (vervolgende) autoriteiten op het moment dat de feitelijke vervolging aanvangt. Slechts die documenten vallen buiten het bereik van de bescherming van het nemo-teneturbeginsel.

Dit betekent ook dat documenten, die tijdens de feitelijke vervolging onder dwang worden verkregen, niet onder de Saunders-uitzondering vallen, zodat het gebruik ervan inhoudelijke getoetst dient te worden. Voor specifieke gevallen waarin belastingdocumenten worden gevorderd tijdens de feitelijke vervolging, heeft het Hof echter een uitzondering op bovenstaande regel geformuleerd, hierna het De Legé-criterium genoemd. In *De Legé* gaat het Hof aan de hand van een aantal eerdere zaken expliciet in op gevallen waarin dwang in de vorm van boetes wordt uitgeoefend om documenten te verkrijgen in de context van het fiscaal strafrecht.⁴³ Als in de vervolgingsfase de dwang is gericht op het verkrijgen van specifieke reeds bestaande (*pre-existing*) belastingdocumenten, dan is de Saunders-uitzondering toch van toepassing en is geen inhoudelijke toetsing vereist. Dit in tegenstelling tot het (tijdens de feitelijke vervolging) uitoefenen van dwang om documenten te verkrijgen waarvan het bestaan vermoed wordt, maar waarvan de autoriteiten niet zeker zijn (een *fishing expedition*).⁴⁴

Een in de literatuur veelbesproken belastingzaak is die van *J.B. tegen Zwitserland*.⁴⁵ Het Hof stelt vast dat in deze zaak sprake is van feitelijke vervolging,⁴⁶ zodat dat de Saunders-uitzondering volgens bovenstaande lezing in beginsel niet van toepassing is. De verdachte in die zaak kan er niet zeker van zijn dat hij niet zal worden vervolgd voor belastingontduiking op basis van door hem nog te verstrekken documenten⁴⁷ en het Hof is er daarom niet van overtuigd dat geen sprake is van een *fishing expedition*.⁴⁸ Aan het De Legé-criterium is dus niet voldaan en het Hof stelt vervolgens een schending vast.⁴⁹ Het had daar niet toe kunnen overgaan als via het De Legé-criterium de Saunders-uitzondering alsnog van toepassing was geweest.

Hoewel het belang van het moment waarop de dwang wordt uitgeoefend voor al naar voren komt in de jurisprudentie van het Hof over documenten, geldt het mijns inziens vooral het fysieke bewijsmateriaal. Aangezien de opsomming van bewijsmateriaal in de Saunders-passage niet limitatief is, zoals blijkt uit het gebruik van de woorden *inter alia*, kan beredeneerd worden dat hetzelfde geldt voor fysiek bewijs, anders dan documenten. Zo valt het drugsbolletje in de zaak *Jalloh* niet onder de uitzondering, omdat er al sprake is van feitelijke vervolging op het moment dat het braakmiddel onder dwang wordt toegediend.

2.2.3 De wils(on)afhankelijkheid van het bewijsmateriaal

De voorbeelden van bewijsmateriaal in de Saunders-passage vallen volgens het Hof allemaal in de categorie materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat. Over de wilsonafhankelijkheid van lichaamsmateriaal bestaat weinig discussie en ook is duidelijk dat dit bewijsmateriaal onder

43 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 69-73 (*De Legé/Nederland*).

44 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 76 (*De Legé/Nederland*).

45 EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B./Zwitserland*).

46 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 49 (*J.B./Zwitserland*). In EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 42 (*Weh/Oostenrijk*) noemt het Hof de zaak *J.B.* ook expliciet als voorbeeld.

47 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 66 (*J.B./Zwitserland*).

48 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 69 (*J.B./Zwitserland*); EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 71 (*De Legé/Nederland*).

49 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 71 (*J.B./Zwitserland*).

(geoorloofde) dwang mag worden verkregen.⁵⁰ Vanuit de in de vorige paragraaf gepresenteerde lezing kan de vraag naar de wilsafhankelijkheid van fysiek bewijs precies beantwoord worden op basis van het moment waarop dit onder dwang is verkregen:

- Materiaal dat voorafgaand aan de feitelijke vervolging is verkregen op grond van een bevel bestaat als zodanig, omdat het reeds in bezit is van de vervolgende autoriteit ten tijde van de feitelijke vervolging. Dit materiaal is weliswaar als gevolg van dwang vervaardigd maar niet met het oog op het gebruik ervan in een strafrechtelijke procedure en is daarom wilsonafhankelijk.
- Materiaal dat tijdens de feitelijke vervolging nog niet in bezit is van de vervolgende autoriteit en dat wordt gevorderd om te dienen als belastend bewijsmateriaal, kan kennelijk niet zonder medewerking van de verdachte worden verkregen. Het bestaat mogelijk in fysieke zin, maar daarvan is de vervolgende autoriteit niet zeker. Daarmee is dit bewijsmateriaal wilsafhankelijk, is de Saunders-uitzondering niet van toepassing en dient het gebruik ervan inhoudelijk getoetst te worden. Uitzondering hierop vormt materiaal waarvan de vervolgende autoriteit wél zeker is van het bestaan.

Bovenstaande is een andere benadering dan waar veel auteurs vanuit gaan. Zij kijken bij het bepalen van de wils(on)afhankelijkheid uitsluitend naar het soort materiaal, ongeacht het moment waarop dit in handen is gekomen van de autoriteiten. Dat leidt tot conclusies die contrair zijn aan het oordeel van het Hof, zelfs in twee zaken waarin het expliciet ingaat op de wilsafhankelijkheid van bewijsmateriaal. In de eerste zaak *J.B.* voert de Zwitserse staat aan, dat iemand (ook) verplicht kan worden tot medewerking om tachograafgegevens en bloed- en urinemonsters af te staan.⁵¹ Het Hof volgt deze redenering niet, omdat het door de staat genoemde materiaal weliswaar aan het Saunders-criterium van wilsonafhankelijkheid voldoet, maar de documenten in deze zaak van een andere aard zijn.⁵² Het Hof concludeert dat het nemo-teneturbeginsel is geschonden. Zou het Hof tot de conclusie zijn gekomen dat de documenten in deze zaak wilsonafhankelijk waren, dan was de Saunders-uitzondering van toepassing geweest en zou het Hof niet aan een inhoudelijk oordeel zijn toegekomen. De enige logische conclusie die verbonden kan worden aan de woorden ‘van een andere aard’ is dat het Hof hiermee zegt dat het bij de in deze zaak gevorderde documenten gaat om wilsafhankelijk materiaal.

In de tweede zaak *Jalloh* benoemt het Hof dat het drugsbolletje gekwalificeerd zou kunnen worden (*could be considered*) als wilsonafhankelijk materiaal, maar ziet dit toch anders (*however*).⁵³ Het Hof voert vervolgens drie argumenten aan waarom het drugsbolletje fysiek bewijsmateriaal is, dat onder dwang is verkregen tegen de wil van de verdachte, en waarom het niet op een

50 Wanneer de toegepaste dwang in strijd is met art. 3 EVRM vervalt echter de uitzondering en is het verbod op gedwongen zelfincriminatie van toepassing, zie EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 67 (*De Legé/Nederland*).

51 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 29 (*J.B./Zwitserland*).

52 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 68 (*J.B./Zwitserland*): ‘(...) the present case does not involve material of this nature which, like that considered in Saunders, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person (...)’.

53 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 113 (*Jalloh/Duitsland*): ‘In the Court’s view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant’s body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings. However, there are several elements which distinguish the present case from the examples listed in Saunders.’

lijn is te plaatsen met lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek.⁵⁴ Het Hof benoemt daarna expliciet dat het nemo-teneturbeginsel op deze zaak van toepassing is.⁵⁵ Daarmee valt deze zaak niet onder de Saunders-uitzondering, zodat het Hof vervolgens tot inhoudelijke toetsing aan het nemo-teneturbeginsel overgaat en een schending constateert.⁵⁶ Dat veel auteurs het drugsbolletje in de zaak *Jalloh* als wilsonafhankelijk bestempelen pas geheel niet bij het eigen oordeel van het Hof en de inhoudelijke toetsing die daarop volgt. Voor het Hof is er ook nadien geen twijfel dat deze zaak op een lijn valt te plaatsen met de zaken *Funke* en *J.B.* en dus niet als uitzondering gezien moet worden.⁵⁷ Een parallel met die zaken is dat de dwang wordt uitgeoefend tijdens de feitelijke vervolging. Ook hier, en in het algemeen, geldt dat het Hof slechts aan een inhoudelijk oordeel kan toekomen, wanneer sprake is van wilsafhankelijk bewijsmateriaal.

2.3 Inhoudelijke toetsing – *Jalloh*-criteria

De zaak *Funke tegen Frankrijk* is de eerste zaak waarin het Hof een schending van het nemo-teneturbeginsel schaaft onder artikel 6 lid 1 EVRM. Een aantal jaren later verduidelijkt het Hof dat in de zaak *Funke* de mate van dwang onverenigbaar was met artikel 6 EVRM, omdat de essentie van het verbod op gedwongen zelfincriminatie teniet werd gedaan.⁵⁸ Deze formulering wordt in navolgende uitspraken door het Hof vaker herhaald⁵⁹ en vormt de maatstaf bij de inhoudelijke toetsing aan het beginsel. Hoewel meestal gerefereerd wordt aan het *Jalloh*-arrest⁶⁰ formuleerde het Hof al een aantal jaren eerder in de zaak *Allan tegen het Verenigd Koninkrijk* drie factoren aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van een schending van de essentie van het verbod op gedwongen zelfincriminatie.⁶¹ Dit zijn de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen materiaal in de verdere procedure.⁶²

In *Jalloh* noemt het Hof als vierde factor het publieke belang van het onderzoek naar en de bestraffing van het strafbare feit.⁶³ In eerdere en latere rechtspraak laat het Hof dit niet als aanvullende factor terugkeren. Wel haalt het Hof regelmatig het publieke belang aan in zijn inhoudelijke overwegingen.⁶⁴ In sommige zaken benoemt het Hof dit als algemeen criterium

54 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 113-116 (*Jalloh/Duitsland*).

55 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 116 (*Jalloh/Duitsland*).

56 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117-122 (*Jalloh/Duitsland*).

57 EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 54 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*).

58 EHRM 8 februari 1996, 18731/91, par. 49 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

59 'The degree of compulsion applied will be incompatible with Article 6 where it destroys the very essence of the privilege against self-incrimination.' Bijvoorbeeld recent nog in EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 68 (*De Legé/Nederland*).

60 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 101 (*Jalloh/Duitsland*).

61 EHRM 5 november 2002, 48539/99, par. 44 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

62 Hoewel het Hof spreekt van factoren, worden deze in de literatuur vaak aangeduid als de *Jalloh*-criteria. Ik hanteer beide begrippen, met de kanttekening dat het niet gaat om criteria, maar slechts om gezichtspunten die in de inhoudelijke toetsing een rol spelen.

63 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117 (*Jalloh/Duitsland*).

64 Zie bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 74 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 57 (*Heaney en McGuinness/Ierland*) en EHRM 21 april 2009, 19235/03, par. 74 (*Marttinen/Finland*).

bij de beoordeling of sprake is van een eerlijk proces, waarbij opgemerkt wordt dat het publieke belang niet kan rechtvaardigen dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel wordt geschonden.⁶⁵ In twee zaken gaat het Hof pas in op het publieke belang, nadat hij heeft geconstateerd dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel is geschonden.⁶⁶ Al met al lijkt het publieke belang als vierde factor geen vaste voet aan de grond te hebben gekregen.

Ten aanzien van de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen materiaal in de verdere procedure zijn er per factor geen scherpe toetsingscriteria aan te wijzen. Evenmin maakt het Hof duidelijk of het de factoren cumulatief of alternatief betreft bij de toetsing. In sommige gevallen beschouwt het Hof in zijn oordeel alle drie de factoren,⁶⁷ in andere gevallen is de mate van dwang voldoende om een schending van de essentie vast te kunnen stellen.⁶⁸ Recent heeft het Hof benadrukt dat het gebruik van het verkregen materiaal een cruciale factor is.⁶⁹

Het gaat de omvang van dit artikel te buiten om een gedetailleerde analyse te geven van de toepassing door het Hof van de drie criteria in de jurisprudentie. De rechtspraak lijkt op dit punt nog sterk casuïstisch, zodat het toetsingskader op dit aspect diffuus overkomt.

2.4 Samenvatting – beslisboom

Het in deze paragraaf geschetste toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel is gebaseerd op rechtspraak van het Hof die zich uitstrekt over dertig jaar. Het Hof heeft in die periode niet zozeer het toetsingskader gewijzigd, maar wel aangevuld en steeds scherper neergezet. Het uitgangspunt dat de aanklager zijn zaak rond moet krijgen zonder gebruik te maken van bewijs dat onder dwang tegen de wil van de verdachte is verkregen, heeft het Hof in de zaak *Saunders* geformuleerd en is daarna vaak aangehaald.⁷⁰ De kern van de inhoudelijke toetsing, namelijk dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel niet mag zijn geschonden, staat daarbij sinds de zaak *Funke* centraal.

Voor alle zaken die ik in dit onderzoek heb betrokken om het toetsingskader te beschrijven geldt dat aan de hand van het toetsingskader kan worden verklaard hoe het Hof tot zijn oordeel is gekomen. In enkele gevallen lijkt het Hof van zijn eigen lijn af te wijken, bijvoorbeeld in *Jalloh*,

65 EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, par. 252 en 274 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 97 (*Jalloh/Duitsland*).

66 EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 55-57 (*Heaney en McGuinness/Ierland*); EHRM 21 april 2009, 19235/03, par. 73-74 (*Marttinen/Finland*). In beide gevallen reageert het Hof hiermee op door partijen ingebrachte argumenten. Opvallend genoeg is dat in de zaak *Jalloh* juist niet het geval.

67 EHRM 5 november 2002, 48539/99, par. 52 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117-122 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 55-60 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 maart 2009, 4378/02, par. 104 (*Bykov/Rusland*).

68 *Funke*, concreet gemaakt in EHRM 8 februari 1996, 18731/91, par. 49 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 55 (*Heaney en McGuinness/Ierland*); EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 56 (*Quinn/Ierland*); EHRM 21 april 2009, 19235/03, par. 73 (*Marttinen/Finland*).

69 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 68 (*De Legé/Nederland*).

70 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 68 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*). Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 40 (*Heaney en McGuinness/Ierland*); EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 64 (*J.B./Zwitserland*); EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 100 (*Jalloh/Duitsland*) en EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 66 (*De Legé/Nederland*).

waar hij het publieke belang bij het onderzoek naar en de bestrafing van het strafbare feit als vierde factor bij de inhoudelijke toetsing introduceert, maar dit wordt daarna niet door het Hof herhaald in andere arresten.

Niet in iedere uitspraak van het Hof is het gehele toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel terug te vinden. Het Hof beperkt zich telkens tot de voor de betreffende casus relevante aspecten, zodat het soms stappen in de beoordeling overslaat of onbesproken laat. Dit is bijvoorbeeld het geval in zaken waarin niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepasbaarheid. Er vindt dan geen verdere behandeling plaats, zoals in de zaak *Weh*, waar geen sprake is van een feitelijke vervolging. In zaken die gaan over onder dwang verkregen verklaringen, slaat het Hof de vraag of de Saunders-uitzondering van toepassing is over, omdat die zaken altijd inhoudelijk getoetst moeten worden.⁷¹ En in zaken waarin de Saunders-uitzondering geldt of het De Legé-criterium van toepassing is, is inhoudelijke toetsing niet nodig.⁷²

De eerste zaak waarin het Hof de structuur van het toetsingskader heeft geschetst is de zaak *Jalloh tegen Duitsland* uit 2006.⁷³ In 2022 heeft het Hof dit nogmaals gedaan in de zaak *De Legé tegen Nederland*.⁷⁴ Beide uitspraken kunnen beschouwd worden als overzichtsarresten en vormen de basis voor het toetsingskader. Om het gehele toetsingskader inzichtelijk te maken kan het samenvattend worden weergegeven in een beslisboom, zie figuur 1.

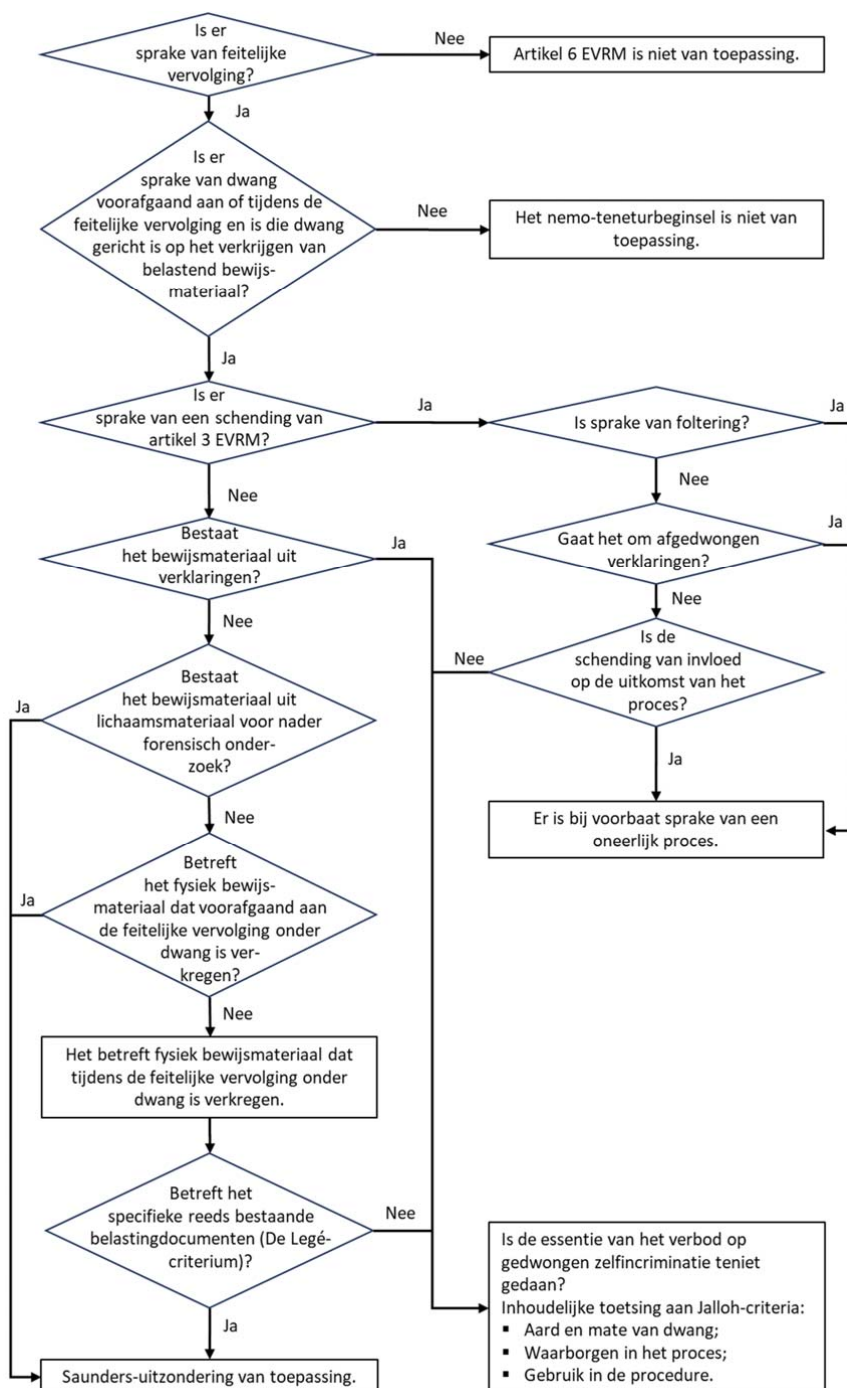
71 Bijvoorbeeld EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 maart 2009, 4378/02 (*Bykov/Rusland*).

72 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 84-86 (*De Legé/Nederland*).

73 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 100-102 (*Jalloh/Duitsland*).

74 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 60-68 en par. 74-78 (*De Legé/Nederland*).

Figuur 1. Beslisboom toetsingskader nemo-teneturbeginsel in strafzaken



3 Reflectie op de Nederlandse rechtsliteratuur en de rechtspraak van de Hoge Raad over het nemo-teneturbeginsel

Voor toepassing van het nemo-teneturbeginsel richt de Hoge Raad zich op de jurisprudentie van het Europees hof. Dat is noodzakelijk, omdat het Wetboek van Strafvordering niet voorziet in een wettelijk kader. Maar ook geldt op grond van artikelen 93 en 94 Gw dat over het algemeen zowel voor het EVRM als voor de arresten van het Hof sprake is van rechtstreekse werking. Om de rechtszekerheid van de verdachte te waarborgen mag er geen licht zitten tussen enerzijds de verdragsbepaling en de nadere invulling daarvan door het Hof en anderzijds de nationale toepassing. Bij zijn interpretatie van Europese wetgeving heeft de Hoge Raad uiteraard een zelfstandige positie, maar hij laat zich wel voeden door de rechtswetenschappelijke literatuur. En die is nu juist onderling verdeeld en bovendien kritisch op de rechtspraak van het Hof. Daarom schets ik in deze paragraaf, op basis van een literatuurstudie en analyse van relevante jurisprudentie, de discussie in de literatuur en de ontwikkeling van de rechtspraak door de Hoge Raad. En met het toetsingskader in de hand reflecteer ik daarop.

3.1 Rechtsliteratuur

In de beginperiode wordt de Saunders-passage verschillend geïnterpreteerd. Zo geeft Feteris een uitleg die in lijn is met het toetsingskader,⁷⁵ heeft Lenos een onderzoekende benadering⁷⁶ en gaat Knigge ervan uit dat de documenten in *Funke* wilsonafhankelijk zijn.⁷⁷ Later neemt het gezichtspunt dat documenten wilsonafhankelijk zijn de overhand.⁷⁸ De focus in de Nederlandse rechtsliteratuur is sowieso sterk gericht op de wils(on)afhankelijkheid. Van Toor constateert dat in de rechtspraak van het Hof alle combinaties voorkomen: zowel bij gevallen van wilsafhankelijk materiaal, als bij wilsonafhankelijk materiaal komen volgens hem zaken voor waar wél, of juist géén schending werd vastgesteld.⁷⁹ Volgens Zeeman is sprake van ‘een gevaarlijk onvolledige lezing’ van de Saunders-passage die leidt tot de onterechte conclusie dat documenten niet onder de nemo-teneturbescherming vallen.⁸⁰ Hiermee doelt hij op auteurs die spreken

75 M.W.C. Feteris, ‘Bij controleonderzoek weigeren inlichtingen te verstrekken en bescheiden over te leggen: gevolgen voor belastingheffing en boete’, annotatie bij HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, BNB 2002/27, par. 3.

76 E.E.V. Lenos, ‘De inlichtingenplicht van het EHRM met betrekking tot het zwijgrecht’, annotatie bij EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (J.B./Zwitserland), NJCM-Bulletin 2002, p. 613.

77 G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, 19187/91 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), NJ 1997/699, par. 1.

78 E.J. Koops & L. Stevens, ‘J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur’, DD 2003/33, p. 290 en 293; L. Stevens, ‘Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest’, DD 2007/54, p. 685; Conclusie A-G P.C. Vegter HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 7; D.A.G. van Toor, ‘Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel: is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden gerechtvaardigd?’, Strafbblad 2013/4, p. 319; Van Toor 2016 (*supra* noot 2), p. 30, D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 393. Anders, zie: J.W. Zwemmer, annotatie bij HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1130, NJ 2015/265 (KB-Lux), par. 2.

79 Van Toor 2016 (*supra* noot 2), p. 30, Van Toor 2017 (*supra* noot 78), p. 394.

80 A. Zeeman, *Dulden of meewerken? Een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur-beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing* (diss. Rotterdam), Oud-Turnhout: Gompel & Svacina, par. 5.3.5.

over documenten in het algemeen, in plaats van specifiek over die documenten, die al eerder, voorafgaand aan de feitelijke vervolging op grond van een bevel zijn verkregen.

De analyse van Van Toor kan mijns inziens geen standhouden. Immers, zoals ook in paragraaf twee aangegeven, hoe zou het Hof tot een schending kunnen komen in zaken waarin sprake is van wilsonafhankelijk materiaal, wanneer datzelfde Hof met het *Saunders*-arrest juist beoogd heeft om wilsonafhankelijk materiaal buiten het toepassingsbereik van het nemo-teneturbeginsel te plaatsen? Met andere woorden, als het Hof de *Saunders*-uitzondering van toepassing verklaart, zal hij niet ook nog tot inhoudelijke toetsing overgaan.⁸¹ De verklaring zit in de zaken die Van Toor als voorbeeld noemt, namelijk *J.B. en Jalloh*. Zowel hij, als ook andere auteurs⁸² gaan uit van de wilsonafhankelijkheid van het materiaal in die zaken, terwijl, zoals uit de analyse in de vorige paragraaf blijkt, het Hof het bewijs in beide zaken als wilsonafhankelijk materiaal bestempelde.

Van Toor introduceert verder het onderscheid in een *means-based* en een *material-based* benadering.⁸³ In de *means-based* benadering biedt het nemo-teneturbeginsel bescherming tegen bepaalde handelingen om bewijs te verkrijgen, in de *material-based* benadering beschermt het tegen gedwongen verkrijging van een bepaald soort bewijs.⁸⁴ Het *Saunders*-criterium bevat volgens Van Toor beide benaderingen,⁸⁵ maar volgens hem en anderen is het nemo-teneturbeginsel primair *means-based* en speelt het soort bewijs alleen een rol bij de mate van dwang die toelaatbaar is.⁸⁶ Ik deel de mening dat beide benaderingen in de EHRM-jurisprudentie terug te vinden zijn. De *material-based* benadering voert de boventoon bij de *Saunders*-uitzondering, terwijl het *Jalloh*-criterium over de aard en mate van dwang *means-based* is. Wat in de *material-based* benadering van Van Toor mijns inziens ontbreekt is dat het moment waarop dwang wordt uitgeoefend bij documenten en ander fysiek bewijs een rol speelt. Het Hof heeft verder benadrukt dat het gebruik van bewijs een cruciale factor is. Wat dat betreft zou gesteld kunnen worden dat het toetsingskader niet alleen *material-based* en *means-based* is, maar tevens 'use-based'.

In de Nederlandse zaak van de met een vingerafdruk ontgrendelde smartphone bestaat er in de rechtsliteratuur geen discussie over de wilsonafhankelijkheid van de vingerafdruk, maar bij het geoorloofde gebruik van de aldus verkregen informatie op de smartphone worden door

81 Omgekeerd geldt dat in zaken waarin het Hof een inhoudelijke toetsing doet er dus géén sprake kan zijn van de *Saunders*-uitzondering.

82 P. de Haas & A.B. Vissers, 'Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!', *Tijdschrift Formeel Belastingrecht*, 2014/1, p. 87; S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo teneturbeginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad'; *DD* 2019/16, p. 222-223; Nan 2021 (*supra* noot 4), p. 124, Ligthart ziet het later voor *J.B.* wel goed, maar voor *Jalloh* niet, Ligthart 2023 (*supra* noot 2), p. 111.

83 Voor het eerst in D.A.G. Van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017/2, p. 3-11.

84 Van Toor 2013 (*supra* noot 78), p. 318.

85 Van Toor 2013 (*supra* noot 78), p. 318.

86 Van Toor 2013 (*supra* noot 78), p. 320, De Haas & Vissers 2014 (*supra* noot 82), p. 95; Van Toor 2016 (*supra* noot 2), p. 35. Ook E.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel. Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Meppel: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 85 wijst in deze richting. Voor een andere mening, zie Feteris 2002 (*supra* noot 75), par. 4.

sommigen wel vraagtekens gezet.⁸⁷ De rechtbank houdt er rekening mee dat de smartphone wilsafhankelijke gegevens kan bevatten,⁸⁸ maar vrijwel alle auteurs zijn van mening dat het materiaal op de smartphone wilsonafhankelijk is,⁸⁹ waarbij sommigen het soort materiaal aanmerken als verklaringen.⁹⁰ In deze discussie moet allereerst onderscheid worden gemaakt tussen de vingerafdruk die toegang geeft tot de smartphone en de informatie op de smartphone, die als daadwerkelijk bewijsmateriaal kan dienen.⁹¹ De nadruk ligt in de literatuur en rechtspraak bij de vingerafdruk. Dat deze wilsonafhankelijk is, doet mijns inziens niet ter zake, omdat de vingerafdruk niet het bewijs vormt dat uiteindelijk gebruikt wordt. Het zijn de gegevens op die telefoon die mogelijk belastend materiaal zijn. Bij het ontgrendelen van een smartphone met een vingerafdruk lijkt mij vooral de mate van toegepaste dwang relevant. Zolang dit niet in strijd is met artikel 3 EVRM, komt dit in het toetsingskader aan de orde bij het Jalloh-criterium over de aard en mate van dwang. Voorafgaand aan die inhoudelijke toetsing zal van de informatie op de smartphone eerst zelfstandig beoordeeld moeten worden of dit aan de Saunders-uitzondering voldoet.

Dat roept de vraag op om wat voor soort materiaal het gaat. Als deze informatie inderdaad gekwalificeerd kan worden als verklaring, zoals door sommige auteurs aangeduid, dan dient toetsing plaats te vinden aan de Jalloh-criteria. De Saunders-uitzondering is immers niet van toepassing op verklaringen. Wellicht bedoelen auteurs met 'verklaringen' iets anders dan het Hof voor ogen heeft. In dat geval verdient het mijns inziens de voorkeur een andere term te hanteren, om begripsverwarring te voorkomen. Als de informatie op de smartphone wordt beschouwd als fysiek bewijs, dan is dit bewijs dat wordt verkregen op het moment dat de feitelijke vervolging is aangevangen. Daarnaast is het De Legé-criterium niet van toepassing op het materiaal op de smartphone, omdat deze is beperkt tot specifieke reeds bestaande belastingdocumenten.

Kortom, de Saunders-uitzondering is niet van toepassing op het materiaal dat zich bevindt op de met een vingerafdruk ontgrendelde smartphone van een verdachte, ongeacht de kwalificatie als verklaring of als fysiek bewijs. Daaruit volgt dat het materiaal op de smartphone binnen de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel valt en toetsing aan de Jalloh-criteria dient plaats te vinden.

87 Zie bijvoorbeeld Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie-Koops 2018), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 459, p. 105-106 en Reijntjes 2021 (*supra* noot 4), p. 2165-2166, Van Toor is eerder wel stellig dat dit is toegestaan, zie Van Toor 2017 (*supra* noot 83), p. 7.

88 Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.

89 Van Toor 2019 (*supra* noot 4), p. 406-407, D.A.G. van Toor, annotatie bij Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, *Computerrecht* 2019/94, p. 209, Ligthart 2019 (*supra* noot 82), p. 232, Nan 2019 (*supra* noot 4), p. 117. Anders: Bood 2018 (*supra* noot 4), p. 2745-2746.

90 Bood 2018 (*supra* noot 4), p. 2745-2746: 'bekennende verklaringen', Van Toor 2019 (*supra* noot 4), p. 406-407: 'vastgelegde verklaringen', Nan 2019 (*supra* noot 4), p. 117.

91 Zie ook Bood 2018 (*supra* noot 4), p. 2747.

3.2 De Hoge Raad

In de beginperiode concludeert de Hoge Raad uit het *Saunders*-arrest terecht dat het recht van een verdachte om niet aan zijn eigen veroordeling te hoeven meewerken geen absoluut recht is⁹² en dat een onder dwang afgelegde verklaring niet mag worden gebruikt voor een boeteoplegging.⁹³ Daarentegen valt het vorderen van registratiebladen tijdens de verdenkingsfase en het gebruik van (eerder verkregen) belastingdocumenten voor een boeteoplegging volgens de Hoge Raad niet onder de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM.⁹⁴ Dat laatste klopt wel, maar een vordering van fysiek bewijsmateriaal, anders dan specifieke reeds bestaande belastingdocumenten, tijdens de vervolgingsfase valt wel onder de bescherming en een dergelijke casus dient volgens het toetsingskader getoetst te worden aan de Jalloh-criteria.

Aanvankelijk is de Hoge Raad terughoudend ten aanzien van de wils(on)afhankelijkheid. In het *Tripod*-arrest oordeelt de Hoge Raad dat in een strafzaak niet de wilsafhankelijkheid van een document centraal dient te staan, maar 'het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte'.⁹⁵ Maar in het arrest *Van Weerelt*, komt hij hier op terug door een vrij duidelijke instructie te geven over het gebruik van wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal voor de belastingheffing en voor fiscale beboeting of strafvervolgging.⁹⁶ In het arrest *KB-Lux* bepaalt de Hoge Raad bovendien dat de vraag of sprake is van wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk materiaal afhangt van de aard van het materiaal, namelijk 'of het in fysieke zin 'bestaat' onafhankelijk van de wil van de betrokkene'.⁹⁷

Opvallend is dat de Hoge Raad in geen van de in de vorige alinea genoemde arresten refereert aan de zaak *Jalloh*, terwijl dat ten tijde van het *KB-Lux*-arrest toch al negen jaar oud is. En in die tussenliggende tijd zijn de criteria uit *Jalloh* in de literatuur veelvuldig aangehaald. Waar het Hof in *Jalloh* het volledige toetsingskader schetst en zowel de inhoudelijk toetsing als de Saunders-uitzondering benoemt, duikt de Hoge Raad juist dieper in het Saunders-criterium van de wils(on)afhankelijkheid. Verschillende auteurs betwijfelen of deze invulling van de Hoge Raad wel in lijn is met die van het Hof.⁹⁸ Ik sluit me daarbij aan.

In de Nederlandse zaak met de ontgrendelde smartphone oordelen zowel de rechtbank als de Hoge Raad dat de gedwongen ontgrendeling rechtmatig was, omdat het ging om 'gegevens die al in de smartphone waren vastgelegd' en om 'slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte'.⁹⁹ Nan en Van Toor kunnen zich hier in vinden en Nan loopt daarbij de Jalloh-criteria langs.¹⁰⁰ Annotator Reijntjes is van mening dat de Advocaat-Generaal te weinig argumenten verzameld heeft die pleiten tegen het oordeel van de rechtbank.¹⁰¹ Wel

92 HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, NJ 1998/173, r.o. 5.2.

93 HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, BNB 2002/27, m.nt. M.W.C. Feteris, r.o. 3.4.

94 HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, NJ 1998/173, r.o. 5.3, HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, BNB 2002/27, m.nt. M.W.C. Feteris, r.o. 3.5.

95 HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

96 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer (*X/De Staat*), r.o. 3.9.

97 HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1130, NJ 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer (*KB-Lux*), r.o. 4.4.2.

98 De Haas & Vissers 2014 (*supra* noot 82), p. 113, Van Toor 2016 (*supra* noot 2), p. 41. Nadien ook Nan 2019 (*supra* noot 4), p. 116-117 en Nan 2021 (*supra* noot 4), p. 127.

99 Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2., HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3, NJ 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

100 Nan 2019 (*supra* noot 4) p. 117; Van Toor 2019 (*supra* noot 89), p. 209; Nan 2021 (*supra* noot 4), p. 121.

101 Reijntjes 2021 (*supra* noot 4), p. 2165.

heeft de Hoge Raad gehoor gegeven aan de oproep om meer aandacht te besteden aan het *Jalloh*-arrest,¹⁰² al roept de manier waarop hij dit doet ook kritiek op.¹⁰³

Dat ruim vijftien jaar na dato eindelijk het *Jalloh*-arrest een plek krijgt in de Nederlandse jurisprudentie is winst. De door de Hoge Raad geciteerde passage uit het *Jalloh*-arrest omvat echter vrijwel het gehele toetsingskader,¹⁰⁴ zonder dat daar enige verdere concrete toepassing op de casus op volgt in het arrest. Hij loopt niet de *Jalloh*-criteria langs, terwijl de noodzaak daartoe is gebleken uit mijn eerdere analyse van deze casus en zoals Nan dat wel doet. Geconcludeerd kan worden dat het toetsingskader zoals het Hof dat voor ogen heeft nog niet volledig is geland in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

4 Conclusie

Al sinds het EHRM in 1993 uitspraak deed in het *Funke*-arrest roept zijn rechtspraak over het nemo-teneturbeginsel, zoals dat wordt gewaarborgd door artikel 6 lid 1 EVRM, in de Nederlandse rechtsliteratuur vragen op. Tot op de dag van vandaag worden verschillende invalshoeken en interpretaties gegeven. Dit artikel beschrijft op een eenduidige wijze het toetsingskader van het Hof, gebaseerd op een grammaticale en systematische interpretatie van de rechtspraak van het Hof. Vervolgens is een aantal bestaande invalshoeken en interpretaties in de Nederlandse rechtsliteratuur en de rechtsontwikkeling door de Hoge Raad beschreven en becommentarieerd vanuit het afgeleide toetsingskader van het Hof.

De jurisprudentie van het Hof over het verbod op gedwongen zelfincriminatie blijkt goed in een overkoepelend toetsingskader samen te vatten, zie figuur 1, waar het is weergegeven als beslisboom. Per casus beperkt het Hof zich tot de relevante aspecten uit het toetsingskader. Het Hof loopt als het ware de beslisboom af. Voorwaarden voor de toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel zijn dat sprake is van feitelijke vervolging en van dwang binnen of buiten de strafrechtelijke context, gericht op het verkrijgen van bewijs. Specifieke aandacht besteedt het Hof aan gevallen waarin de dwang een schending oplevert van het verbod op foltering (artikel 3 EVRM).

Het soort bewijsmateriaal en het moment waarop dit onder dwang is verkregen, voorafgaand of tijdens de feitelijke vervolging, bepalen of het materiaal wilsonafhankelijk dan wel wilsafhankelijk is. De Saunders-uitzondering op de bescherming geldt voor wilsonafhankelijk bewijsmateriaal en is van toepassing op onder dwang verkregen lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek, op documenten die voorafgaand aan de feitelijke vervolging zijn verkregen door de vervolgende autoriteit en op specifieke reeds bestaande belastingdocumenten. Wat niet onder de Saunders-uitzondering valt, zijn afgedwongen verklaringen en fysiek bewijsmateriaal dat onder dwang wordt gevorderd op het moment dat al van feitelijke vervolging sprake is. Zulk materiaal is wilsafhankelijk. In die gevallen vindt toetsing aan het nemo-teneturbeginsel plaats aan de hand van de drie *Jalloh*-factoren: de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen bewijs in het strafproces. Wanneer hieruit volgt

102 Reijntjes 2021 (*supra* noot 4), p. 2166.

103 Reijntjes 2021 (*supra* noot 4), p. 2166 spreekt van ‘plakken en knippen’ en Nan 2021 (*supra* noot 4), p. 121 van ‘een beetje een lui arrest’.

104 Alleen het De Legé-criterium ontbreekt.

dat de essentie van het verbod op gedwongen zelfincriminatie teniet werd gedaan, dan is sprake van een schending.

Een belangrijk verschil tussen de rechtspraak van het Hof en de Nederlandse rechtsliteratuur en jurisprudentie is dat in Nederland de nadruk steeds meer is komen te liggen op de wils(on)afhankelijkheid, die gekoppeld is aan de Saunders-uitzondering, terwijl het Hof dit aspect sinds het *Jalloh*-arrest plaatst in de bredere context van het toetsingskader. Bovendien wordt de wilsonafhankelijkheid verondersteld van materiaal, waarvan het Hof zelf zegt dat het wilsafhankelijk materiaal betreft (respectievelijk de tijdens de feitelijke vervolging gevorderde (belasting)documenten in de zaak *J.B.* en het drugsbolletje in de zaak *Jalloh*). Dit als gevolg van een onvolledige of onjuiste lezing van de overwegingen van het Hof.

In de recente discussie over de gedwongen ontgrendeling van de smartphone wordt door auteurs zelfs gesteld dat verklaringen (op de smartphone) wilsonafhankelijk zijn. Wanneer auteurs met het begrip ‘verklaringen’ iets anders bedoelen dan het Hof voor ogen heeft, verdient het aanbeveling een andere term te hanteren, om begripsverwarring te voorkomen. Verder ligt de nadruk op de wilsonafhankelijkheid van de vingerafdruk, terwijl het materiaal op de smartphone uiteindelijk als bewijs kan dienen en de vingerafdruk slechts toegang geeft tot dat materiaal. Dat het *Jalloh*-arrest via de zaak met de ontgrendelde smartphone nu zijn intrede heeft gemaakt in de jurisprudentie van de Hoge Raad, maakt nog niet dat het toetsingskader van het Hof volledig is geland.

Wat mede een verklaring is voor de vragen die de jurisprudentie van het Hof in de Nederland rechtsliteratuur oproept, is de lezing door Nederlandse auteurs van de Saunders-passage. Zeeman wijst in dit verband op een onvolledige lezing, waarbij auteurs voor de uitzondering op de toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel uitgaan van documenten in het algemeen, in plaats van specifiek die documenten, die eerder (voorafgaand aan de feitelijke vervolging) door de autoriteiten zijn verkregen. De interpretatie van Zeeman sluit goed aan bij het toetsingskader, dat uitgaat van een inhoudelijke toetsing voor fysiek bewijsmateriaal dat tijdens de feitelijke vervolging is afgedwongen. Dit geldt niet alleen voor documenten maar ook voor ander fysiek bewijsmateriaal, zoals het drugsbolletje in de zaak *Jalloh*.

De verklaring van de in de Nederlandse rechtsliteratuur benoemde onduidelijkheid in de jurisprudentie van het Hof heeft mijns inziens vier oorzaken, die met elkaar samenhangen. De eerste is de sterke focus in Nederland op de wils(on)afhankelijkheid van onder dwang verkregen bewijsmateriaal. Het tweede punt betreft de onvolledige lezing van de Saunders-passage voor documenten. Daarmee samen hangt, ten derde, de onderwaardering van het belang van de fase waarin bewijsmateriaal door de vervolgende autoriteit is verkregen. De vierde en laatste oorzaak is de onjuiste interpretatie van (met name) de arresten *J.B.* en *Jalloh*, waarvan in de Nederlandse rechtsliteratuur volgens auteurs sprake is van wilsonafhankelijk materiaal terwijl het Hof dit anders ziet en vervolgens een schending constateert.

Het toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel in strafzaken, zoals ook samengevat in figuur 1, geeft duidelijk de consistente lijn in de jurisprudentie van het Hof weer. Samen met de reflectie die daarop voortbouwt, werpt dit een nieuw licht op de jurisprudentie van het Hof en de discussie daarover in Nederland.

HABERMAS, DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT EN DE ISRAËL-UITZONDERING

Naar een daadwerkelijk kritische theorie van de mensenrechten¹

Michiel Bot *

Samenvatting | Op 13 november 2023 publiceerde Jürgen Habermas een ‘stellingname’ dat het alle perken te buiten ging om genocidale motieven toe te dichten aan Israël’s optreden in Gaza; de genocidebeschuldiging zou zelfs antisemitisch zijn. De stellingname leidde tot kritiek van wetenschappers die Habermas verweten een uitzondering voor Israël te maken op de universele principes van de mensenrechten en de democratische rechtsstaat. Dit artikel sluit zich aan bij deze kritiek, maar betoogt dat Habermas’ Israël-uitzondering in lijn is met de consistente naoorlogse Duitse politiek om de ‘speciale relatie’ tussen Duitsland en Israël als ‘Staatsräson’ (*raison d’état*) te laten prevaleren boven mensenrechten en rechtsstatelijkheid. Daarna laat het artikel zien dat Habermas’ ‘kritische’ theorie van de democratische rechtsstaat gebaseerd is op een koloniaal narratief over de Europese beschavingsgeschiedenis dat West-Europese natiestaten een uitzonderingspositie toedicht. Het werk van Walter Benjamin, een van Habermas’ voorgangers in de Frankfurter Schule, biedt een vruchtbaardere basis voor een kritische theorie van de mensenrechten.

Trefwoorden | Jürgen Habermas, genocide, protest, uitingsvrijheid, censuur, antisemitisme, racisme, *Staatsräson*, democratische rechtsstaat, noodtoestand, Carl Schmitt, Walter Benjamin

DOI | 10.54195/NTM.26384

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

Op 13 november 2023 publiceerde Jürgen Habermas samen met drie collega’s een ‘stellingname’. Ze stelden dat het alle perken te buiten ging om genocidale motieven toe te dichten aan Israël’s optreden in Gaza; de genocidebeschuldiging zou zelfs antisemitisch zijn. De stellingname leidde tot veel kritiek, onder meer van wetenschappers die Habermas verweten een uitzondering voor Israël te maken op de universele principes van de mensenrechten en de democratische rechtsstaat. Dit artikel sluit zich aan bij deze kritiek, maar betoogt dat sommige critici de aard van Habermas’ Israël-uitzondering onjuist interpreteren.

Sommige wetenschappers zien deze uitzondering namelijk als een logische, psychologische en/of morele inconsistentie in zijn denken, en hopen hem door het blootleggen van deze vermeende inconsistentie te overtuigen om de mensenrechten van iedereen te verdedigen, inclusief de mensenrechten van de Palestijnen. Ik betoog echter dat Habermas’ Israël-uitzondering in lijn is met de consistente naoorlogse Duitse politiek om de ‘speciale relatie’ tussen Duitsland en Israël als ‘Staatsräson’ (*raison d’état*) te laten prevaleren boven mensenrechten en rechtsstatelijk-

1 Met dank aan Yolande Janssen, de deelnemers aan het Jurisprudence and Legal Philosophy seminar van Tilburg University en de deelnemers aan het onderzoekscolloquium Rechtsfilosofie van de Radboud Universiteit voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

■ Dr. mr. Michiel Bot is universitair hoofddocent law and humanities aan Tilburg University.

heid, en dat de Israël-uitzondering vanaf het begin van de Bondsrepubliek de regel is van het Duitse buitenlandbeleid.

Daarna ga ik nog een stap verder, en beargumenteer ik dat Habermas' en Duitslands consistente Israël-uitzondering op de mensenrechten en de rechtsstaat zelf ook niet uitzonderlijk is. Ik laat zien dat Habermas' theorie van de democratische rechtsstaat gebaseerd is op een narratief over de Europese beschavingsgeschiedenis dat West-Europese natiestaten een uitzonderingspositie toedicht. In de slotparagraaf betoog ik dat het werk Walter Benjamin, een van Habermas' voorgangers in de Frankfurter Schule, een vruchtbaardere basis biedt voor een kritische theorie van de mensenrechten.

Ik begin met een gedetailleerde interpretatie van Habermas' stellingname en de kritiek op deze stellingname. In paragraaf twee bespreek ik de rehabilitatie van het controversiële begrip *Staatsräson* in de context van de Duits-Israëlsche betrekkingen sinds het begin van de 21e eeuw. Ik laat zien dat Habermas' stellingname dezelfde logica volgt als een motie van de Bundestag uit 2019 waarin de mondiale beweging voor boycott, desinvestering en sancties tegen Israël in verband wordt gebracht met antisemitisme, en waarin de inperking van de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vergadering van de BDS-beweging in Duitsland wordt 'verwelkomd'. Ik beargumenteer dat deze logica een toepassing is van de antiliberaal constitutionele theorie van Carl Schmitt. In paragraaf 3 betoog ik dat Habermas' stellingname niet alleen in overeenstemming is met de Duitse rehabilitatie van het begrip *Staatsräson*, maar ook met een koloniaal narratief over de 'westerse beschaving' waarmee Habermas betekenis geeft aan zijn rechtstheorie. In paragraaf 4 laat ik zien dat Habermas' rechtstheorie en het koloniale narratief waarmee deze theorie onlosmakelijk verbonden is een breuk vormen met de uitgangspunten van de kritische theorie van de Frankfurter Schule, waarvan Habermas nog steeds als de belangrijkste 'tweede generatie' vertegenwoordiger wordt gezien. Ik sluit af met een pleidooi om terug te keren naar de eerdere uitgangspunten van de kritische theorie, door middel van een interpretatie van enkele passages uit de geschiedfilosofische thesen van Walter Benjamin, een prominent lid van de 'eerste generatie' van de Frankfurter Schule.

2 Habermas' stellingname

Op 13 november 2023 publiceerde Jürgen Habermas samen met drie collega's een '*Stellungnahme*' op de website van de Goethe-Universiteit. De *Stellungnahme* verscheen zowel in het Duits als in het Engels en had als titel 'Grundsätze der Solidarität'/'Principles of Solidarity'.² De Engelse versie luidde als volgt:

'The current situation created by Hamas' extreme atrocity and Israel's response to it has led to a cascade of moral and political statements and protests. We believe that amidst all the conflicting views being expressed, there are some principles that should not be disputed. They are the basis of a rightly understood solidarity with Israel and Jews in Germany.

2 Nicole Deitelhoff, Rainer Forst, Klaus Günther en Jürgen Habermas, 'Grundsätze der Solidarität: Eine Stellungnahme/Principles of Solidarity: A Statement', normativeorders.net, 13 november 2023.

The Hamas massacre with the declared intention of eliminating Jewish life in general has prompted Israel to strike back. How this retaliation, which is justified in principle, is carried out is the subject of controversial debate; principles of proportionality, the prevention of civilian casualties and the waging of a war with the prospect of future peace must be the guiding principles. Despite all the concern for the fate of the Palestinian population, however, the standards of judgement slip completely [verrutschen die Maßstäbe der Beurteilung jedoch vollends] when genocidal intentions are attributed to Israel's actions.

In particular, Israel's actions in no way justify anti-Semitic reactions, especially not in Germany. It is intolerable that Jews in Germany are once again exposed to threats to life and limb and have to fear physical violence on the streets. The democratic ethos of the Federal Republic of Germany, which is orientated towards the obligation to respect human dignity, is linked to a political culture for which Jewish life and Israel's right to exist are central elements worthy of special protection in light of the mass crimes of the Nazi era. The commitment to this is fundamental to our political life. The elementary rights to freedom and physical integrity as well as to protection from racist defamation are indivisible and apply equally to all. All those in our country who have cultivated anti-Semitic sentiments and convictions behind all kinds of pretexts and now see a welcome opportunity to express them uninhibitedly must also abide by this.³

De stellingname was opmerkelijk, omdat meer dan 800 wetenschappers met expertise in het internationaal recht, conflictstudies en genocidestudies een maand eerder al de noodklok hadden geluid, omdat

'The Palestinian population of Gaza appears to be presently subjected by the Israeli forces and authorities to widespread killing, bodily and mental harm, and unviable conditions of life – against a backdrop of Israeli statements which evidence signs of intent to physically destroy the population'.⁴

Om er slechts een voorbeeld uit te lichten: de Israëlische minister van Defensie Yoav Gallant had verklaard dat 'we are fighting human animals and we act accordingly'; aangekondigd dat hij 'had removed every restriction' voor het leger; en beloofd dat 'we will eliminate everything'.⁵ Het Internationaal Gerechtshof zou weliswaar pas op 26 januari 2024 oordelen dat Israël alle mogelijke maatregelen moest nemen om genocide te voorkomen.⁶ Maar voor de achthonderd bovengenoemde wetenschappers waren de uitspraken van Israëlische politici en militairen, in combinatie met de 2329 gedode en 9042 gewonde Palestijnse slachtoffers in de eerste week na de aanslagen van 7 oktober, op 15 oktober 2023 al aanleiding om een openbare waarschuwing af te geven over de mogelijkheid dat Israël genocide pleegde in Gaza, waarbij zij staten herinnerden aan hun plicht om alles in het werk te stellen om dit te voorkomen.⁷ Het Internationaal Gerechtshof oordeelde in januari 2024 inderdaad dat er een reëel risico was dat Israël genocide pleegde in Gaza,⁸ en talloze mensenrechtenorganisaties zoals Al-Haq,⁹ Amnesty International,¹⁰

3 Deitelhoff et al. 2023 (*supra* noot 2).

4 'Public Statement: Scholars Warn of Potential Genocide in Gaza', twailr.com, 17 oktober 2023.

5 'Public Statement: Scholars Warn of Potential Genocide in Gaza', twailr.com, 17 oktober 2023.

6 IGH 26 januari 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip* (Zuid-Afrika/Israel), 78.

7 'Public Statement: Scholars Warn of Potential Genocide in Gaza', twailr.com, 17 oktober 2023.

8 IGH 26 januari 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip* (Zuid-Afrika/Israel).

Human Rights Watch¹¹ en B'Tselem¹² hebben inmiddels geconcludeerd dat Israël genocide pleegt in Gaza.

2.1 Kritiek op de stellingname

'Principles of Solidarity' leidde tot verschillende kritische reacties.¹³ De meest persoonlijke reactie was een open brief aan Habermas van Midden-Oostenwetenschapper Asef Bayat, waarin hij zijn diepe teleurstelling uitsprak.¹⁴ Bayat vertelde dat Habermas en hij elkaar hadden ontmoet in 1998, toen Habermas gasthoogleraar was aan de American University in Caïro. 'Everyone was enthusiastic to hear you', schreef Bayat, omdat '[y]our ideas on the public sphere, rational dialogue and democratic life were like a breath of fresh air in a time when Islamists and autocrats in the Middle East were stifling free expression under the guise of "protecting Islam".' Ook nu, vervolgde Bayat, '[y]our seminal ideas about truth and communicative action, cosmopolitanism, equal citizenship, deliberative democracy and human dignity remain immensely important.' Maar, schreef Bayat: '[y]our formulation of, and fixation on, German exceptionalism leaves practically no room for conversation about Israel's policies and Palestinian rights. When you confound criticisms of 'Israel's actions' with 'antisemitic reactions,' you are encouraging silence and stifling debate.' Met zijn open brief confronteerde Bayat Habermas met wat hij als een tegenstrijdigheid zag: 'your Eurocentrism, German exceptionalism and the closure of free debate about Israel and Palestine to which you contribute would appear to contradict [your] seminal ideas.'¹⁵

2.2 De stellingname als autoriteitsargument

Door te stellen dat Habermas zijn eigen ideeën tegensprak, interpreteerde Bayat 'Principles of Solidarity' als een argument. De stellingname beargumenteerde echter niet dat het toeschrijven van genocidale intenties aan Israëls acties in Gaza niet voldeed aan de 'standards of judgment'. Habermas en zijn collega's gingen bijvoorbeeld niet in op de argumenten van de bovengenoemde

9 *How to Hide a Genocide: The Role of Evacuation Orders and Safe Zones in Israel's Genocidal Campaign in Gaza*, Al-Haq, 2024.

10 'You Feel Like You Are Subhuman': Israel's Genocide Against Palestinians in Gaza, Amnesty International, 2024.

11 *Extermination and Acts of Genocide: Israel Deliberately Depriving Palestinians in Gaza of Water*, Human Rights Watch, 2024.

12 *Our Genocide*, B'Tselem, July 2025.

13 'Human Dignity for All: A Response to "Principles of Solidarity. A Statement"', Publicseminar.org, 22 november 2023; Asef Bayat, 'Juergen Habermas Contradicts His Own Ideas When It Comes to Gaza', Newlinesmag.com, 8 december 2023; Hamid Dabashi, 'Thanks to Gaza, European Philosophy Has Been Exposed as Ethically Bankrupt', middleeasteye.net, 18 januari 2024; Azmi Bishara, 'Gaza: Moral Matters in Hard Times', *Al-Muntaha* 2024/7, p. 8-29; Nadia Bou Ali, 'Critical Apologetics: On Rainer Forst's Noumenal Power', *Historicalmaterialism.org*, 2025; Irfan Ahmad, 'Habermas as an Ethnic Thinker Par Excellence: On Critique, Palestine, and the Role of Intellectuals', *Teaching in Higher Education* 2025/30, p. 1343-1362; Wolfgang Streeck, 'A Matter of State: The Politics of German Anti-Antisemitism', *European Journal of Social Theory* 2025/28, p. 40-47.

14 Bayat 2023 (*supra* noot 13).

15 Bayat 2023 (*supra* noot 13).

800 wetenschappers dat de uitspraken van Israëlische politieke en militaire leiders konden worden aangemerkt als uitingen van genocidale intenties volgens de juridische maatstaven die zijn vastgelegd in de jurisprudentie over het Genocideverdrag van het Internationaal Gerechtshof. In plaats daarvan poneerden Habermas en zijn collega's simpelweg dat de beoordelingsmaatstaven zelf 'volledig afgleden' (*verrutschen vollends*) wanneer er genocidale intenties werden toegeschreven aan het optreden van Israël in Gaza. 'Principles of Solidarity' was een stellingname, en de stelling die Habermas en zijn collega's innamen was het opschorten van de mensenrechten die ten grondslag liggen aan de publieke sfeer, zoals de vrijheid van meningsuiting, in naam van 'bijzondere' principes die de basis vormden van 'a rightly understood solidarity with Israel and Jews in Germany'.

De stellingname poneerde wat als 'correct begrepen solidariteit' gold, en plaatste de beginselen die de basis vormden voor deze solidariteit buiten de grenzen van de legitieme discussie door te stellen dat ze 'should not be disputed'. De stellingname poneerde dat Hamas 'declared [an] intention of eliminating Jewish life in general', hoewel Hamas nooit zoiets had verklaard. De stellingname poneerde dat het 'optreden van Israël' in Gaza een reactie was op 'de extreme wreedheid van Hamas', in plaats van de aanvallen van 7 oktober te beschrijven als reactie op de zestien jaar durende belegering, periodieke bombardementen en gewelddadige onderdrukking van protesten in Gaza door Israël zoals de March of Return van 2018-2019,¹⁶ of als reactie op de zoveelste oorlogsverklaring in wat historicus Rashid Khalidi de 'hundred years' war on Palestine' heeft genoemd.¹⁷ Het was al vrijwel onmogelijk geworden om in het Europese of Noord-Amerikaanse publieke debat te verwijzen naar de aanvallen van Palestijnse gewapende groeperingen op Israëlische militaire bases, nederzettingen en een muziekfestival op 7 oktober 2023 zonder het epitheton 'gruwelijk' te gebruiken, maar Habermas en zijn collega's gingen nog verder door het geweld helemaal buiten elke vergelijkende schaal te plaatsen: de Duitse versie van de verklaring spreekt van de 'an Grausamkeit nicht zu überbietenden Angriff der Hamas' ('de aanval van Hamas die niet te overtreffen is in gruwelijkheid').¹⁸ De stellingname poneerde dat het Israëlische optreden in Gaza een daad van 'vergelding' was die 'in beginsel gerechtvaardigd' was, zonder zelfs maar te vermelden wat dat beginsel precies was (meer dan 100 wetenschappers merkten in een andere open brief op dat de stellingname geen enkele verwijzing bevatte naar 'principles of international legal standards';¹⁹ het internationale (humanitaire) recht en de mensenrechten zijn inderdaad volledig afwezig in 'Principles of Solidarity'). Ten slotte insinueerde de stellingname zonder verdere uitleg dat het toedichten van genocidale intenties aan Israëls optreden in Gaza antisemitisch was en Joden in Duitsland blootstelde aan 'bedreigingen voor lijf en leven'. (De derde alinea van de verklaring, over antisemitisme, begint met het bijwoord *insbesondere*, maar wat volgt is geen nadere specificatie van wat eraan voorafging en heeft er ook geen logisch verband mee.)

'Principles of Solidarity' was dus een stellingname over de discussie in plaats van een stellingname *in* de discussie. Habermas nam stelling als 'intellectuele en morele autoriteit',²⁰

16 VN Mensenrechtenraad 28 februari 2019, 'Report of the independent international commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory', A/HRC/40/74.

17 Rashid I. Khalidi, *The Hundred Years' War on Palestine*, Profile Books, 2020.

18 Deitelhoff et al. 2023 (*supra* noot 2).

19 'Human Dignity for All' (*supra* noot 13).

20 Joschka Fischer, '„Eine Intellektuelle und Moralische Autorität“: Joschka Fischer im Gespräch mit Birgit Kolkmann', *Deutschlandfunkkultur.de* 18 juni 2009.

als ‘een van ‘s werelds meest invloedrijke filosofen’.²¹ Hij schortte samen met zijn collega’s de regels van de publieke sfeer op door een Israël-uitzondering te poneren op de vrijheid van meningsuiting en het internationale recht.

3 Habermas’ *Staatsräson*: Uitzonderingstoestand voor de publieke sfeer

Als stellingname die de regels van de publieke sfeer opschortte door een Israël-uitzondering op de vrijheid van meningsuiting te poneren, leek ‘Principles of Solidarity’ sterk op een motie van de Duitse Bundestag uit 2019, die de vrijheid van meningsuiting en vergadering opschortte van mensen die opriepen tot boycot, desinvestering en sancties (‘BDS’) tegen Israël totdat Israël zich zou houden aan het internationale recht en de universele beginselen van de mensenrechten.²² De motie, die aanvankelijk was opgesteld door de extreemrechtse Alternative für Deutschland maar uiteindelijk door vrijwel alle partijen werd gesteund, had als titel ‘Der BDS-Bewegung entschlossen entgegentreten – Antisemitismus bekämpfen’. De resolutie stelde dat ‘de argumentatie en de methoden van de BDS-beweging antisemitisch zijn’ en ‘verwelkomde’ het feit dat ‘tallose gemeenten al hadden besloten om de BDS-beweging financiële steun en het gebruik van gemeenschappelijke ruimtes te weigeren’.²³ Om deze opschorting van de grondrechten op vrijheid van meningsuiting en vergadering te rechtvaardigen, beriep de resolutie zich op de ‘*Staatsräson*’: ‘De veiligheid van Israël maakt deel uit van de *Staatsräson* van ons land.’²⁴ In deze paragraaf zal ik laten zien op wat voor manier dit controversiële concept opnieuw geïntroduceerd is in Duitsland sinds het begin van deze eeuw, in de context van de Duits-Israëlische betrekkingen.

3.1 *Staatsräson* en de liberale rechtsstaat

Het begrip *Staatsräson* (‘raison d’état’) heeft zijn oorsprong in de Italiaanse Renaissance (‘ragion di stato’), en een beroep op dit begrip wordt meestal geassocieerd met het laten prevaleren van een vermeende noodzaak of een vermeend staatsbelang boven de wet.²⁵ In 1980 memoreerde de Duitse staatsrechtsgesleerde Helmut Rumpf dat het 19^e-eeuwse liberalisme het begrip *Staatsräson* als fundamenteel in strijd met de rechtsstaat zag, en dat *Staatsräson* in de tweede helft van de 20^e eeuw geassocieerd was geraakt met fascistische, Nazistische en autoritaire ‘terugvallen’ in Europa’s absolutistische verleden.²⁶ Rumpf betoogde echter dat ook liberale rechtsordes een begrip van *Staatsräson* bevatten, omdat *Staatsräson*, als ‘existentieel beginsel, een basisbeginsel

21 Bayat 2023 (*supra* noot 13).

22 Alle vertalingen vanuit het Duits naar het Nederlands zijn van de auteur, tenzij anders aangegeven. Bundestag, ‘Der BDS-Bewegung Entschlossen Entgegentreten – Antisemitismus Bekämpfen: Antrag Der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP Und Bündnis 90/Die Grünen’, May 15, 2019; ‘Palestinian Civil Society Call for BDS’, BDS Movement, 9 juli 2005, via: <https://bdsmovement.net/call>.

23 Bundestag (*supra* noot 21).

24 Bundestag (*supra* noot 21).

25 Alain Pons, ‘Stato, ragion di stato, reason of state’, in Barbara Cassin (red.), *Dictionary of Untranslatables*, Princeton University Press, 2014, p. 1054-1057.

26 Helmut Rumpf, ‘Die Staatsräson im Demokratischen Rechtsstaat’, *Der Staat* 19, nr. 2 (1980), p. 273-292, p. 273.

[*Urprinzip*] van de staat' was.²⁷ Daarom was het volgens Rumpf noodzakelijk om het begrip *Staatsräson* te 'rehabiliteren', en het te richten op de bescherming van de 'geest van de grondwet'.²⁸

Rumpf's pleidooi voor rehabilitatie van het controversiële begrip was in lijn met de theorieën die zijn leermeester en vriend,²⁹ staatsrechtsgeleerde en 'kroonjurist van het Derde Rijk'³⁰ Carl Schmitt, meer dan een halve eeuw eerder had ontwikkeld.³¹ Twee jaar eerder had Rumpf al een pleidooi voor rehabilitatie van Schmitt's staatsrechtelijke theorieën gepubliceerd, die volgens Rumpf volledig los stonden van zijn omarming van het Nazisme direct nadat Hitler de macht overnam in 1933.³² Ik zal in deze paragraaf betogen dat de 21^e-eeuwse Duitse rehabilitatie van het begrip *Staatsräson* in de context van de Duits-Israëlische betrekkingen een toepassing is van Schmitt's antiliberaal theorieën over de verhouding tussen politiek en recht.

3.2 *Staatsräson* in Angela Merkels toespraak in de Knesset in 2008

Het begrip *Staatsräson* staat centraal in het Duitse politieke discours over de Duits-Israëlische betrekkingen sinds 2008, toen Angela Merkel het gebruikte in haar toespraak in het Israëlische parlement ter gelegenheid van de zestigste verjaardag van het uitroepen van de Israëlische staat door Ben-Gurion, de eerste premier. Merkel, de eerste Duitse bondskanselier die was uitgenodigd om in de Knesset te spreken, zei: 'Elke regering en elke bondskanselier voor mij waren gecommitteerd aan de speciale historische verantwoordelijkheid van Duitsland voor de veiligheid van Israël. Deze historische verantwoordelijkheid van Duitsland is onderdeel van de *Staatsräson* van mijn land'.³³ Merkels toespraak ging over het uitzonderlijke karakter van de Duits-Israëlische betrekkingen vanwege de herinnering aan de Holocaust: 'Duitsland en Israël zijn en blijven op een bijzondere manier – voor altijd – verbonden door de herinnering aan de shoah'. Merkel bracht in herinnering dat Israëlische paspoorten jarenlang de frase 'geldig voor alle landen behalve Duitsland' bevatten. Het feit dat Israëlische paspoorten geen uitzondering meer maakten voor reizen naar Duitsland, maakte volgens Merkel de betrekkingen tussen Duitsland en Israël echter niet minder uitzonderlijk:

'Politici als Konrad Adenauer, Willy Brandt en Helmut Kohl zijn in staat geweest om het schijnbaar onmogelijke mogelijk te maken: de voltooiing van de eenheid van Duitsland in vrede en veiligheid en daarmee de verzoening van het Europese continent. Uit de ervaring dat het onmogelijke mogelijk kan worden, kunnen wij de vastberadenheid [*Entschlossenheit*]³⁴ en het vertrouwen putten dat elke inspanning

27 Rumpf, 'Die Staatsräson im Demokratischen Rechtsstaat', p. 285.

28 Rumpf, 'Die Staatsräson im Demokratischen Rechtsstaat', p. 292.

29 Reinhard Mehring, *Carl Schmitt: A Biography*, Polity, 2014, p. 422, 431 en 509.

30 Peter M.R. Stirk, *Carl Schmitt, Crown Jurist of the Third Reich: On Preemptive War, Military Occupation and World Empire*, E. Mellon Press, 2006.

31 Schmitt discusses the concept of *Staatsräson* in most detail in Carl Schmitt, 'Remarks on Friedrich Meinecke's Machiavellism: The Doctrine of Raison d'état and Its Place in Modern History', vertaald uit het Duits en gepubliceerd in *Max Weber Studies* 2017/17, p. 54-63.

32 Helmut Rumpf, 'Carl Schmitt und der Faschismus', *Der Staat* 1978/17, p. 233-243.

33 Angela Merkel, 'Rede von Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel vor der Knesset am 18. März 2008 in Jerusalem', 18 maart 2008, bundesregierung.de.

34 Vgl. het gebruik van het woord '*entschlossen*' in de titel van de anti-BDS-motie van de Bundestag.

loont die het Midden-Oosten een grote stap dichterbij een vreedzame samenwerking brengt. Of om het met de bekende woorden van David Ben-Gurion te zeggen: “Wie niet in wonderen gelooft is geen realist”. Als wij vandaag, op de 60e verjaardag van de stichting van de staat Israël, naar de Duits-Israëlsche betrekkingen kijken, dan weten we: zijn uitspraak is net zo realistisch als waar gebleken. Ja, het zijn bijzondere, unieke betrekkingen, met eeuwigdurende verantwoordelijkheid voor het verleden, met gemeenschappelijke waarden, met wederzijds vertrouwen, met grote solidariteit voor elkaar en met vereend vertrouwen, in die geest vieren we het jubileum van vandaag.³⁵

Volgens Merkel vonden de bijzondere betrekkingen tussen Duitsland en Israël hun oorsprong in het uitzonderlijke geweld van de Holocaust en werden ze ‘verzoend’ door leiders die in wonderen geloofden, die de uitzonderlijke verantwoordelijkheid van Duitsland erkenden en naar die verantwoordelijkheid handelden, met name door middel van militaire steun. Merkels toespraak, die herhaaldelijk verwees naar de nucleaire capaciteit van Iran, werd inderdaad kracht bijgezet door de levering van atoom-onderzeeboten aan de Israëlsche marine.³⁶

3.3 *Staatsräson* en Carl Schmitts theorie van soevereiniteit en ‘politieke theologie’

Met haar gebruik van theologische begrippen als ‘verzoening’ en ‘wonder’, en met haar rehabilitatie van het begrip *Staatsräson*, nam Merkel het standpunt in van de soeverein³⁷ zoals Carl Schmitt dit had gedefinieerd in *Politische Theologie* (1922).³⁸ Schmitt had de soeverein gedefinieerd als ‘degene die beslist over de uitzonderingstoestand’.³⁹ Volgens Schmitt was soevereiniteit een ‘grensbegrip’.⁴⁰ De soeverein stond volgens Schmitt buiten de rechtsorde, maar behoorde er toch toe vanwege zijn of haar de facto politieke bevoegdheid om te beslissen over de uitzonderingstoestand. Volgens Schmitt was het politieke begrip van de soeverein een secularisatie van het theologische begrip van de goddelijke soeverein, en was het politieke begrip van de uitzonderingstoestand een secularisatie van het theologische begrip van het wonder. Schmitt had opgemerkt dat ‘alle tendensen van de moderne ontwikkeling van de rechtsstaat zijn gericht op de afschaffing van de soeverein in deze zin’,⁴¹ maar had gewaarschuwd dat deze ‘liberale’ pogingen om de soeverein af te schaffen of ‘radicaal te onderdrukken’,⁴² die hij bekritiseerde als een ‘strijd tegen het politieke’ als zodanig,⁴³ zich vroeg of laat zouden wreken, en zouden leiden tot wat

35 Merkel 2008 (*supra* noot 33).

36 Shir Hever, ‘BDS Suppression Attempts in Germany Backfire’, *Journal of Palestine Studies* 2019/48, p. 87.

37 Ralf Michaels plaatst hier een kanttekening bij: hij interpreteert Merkel’s ‘explicit formulation to commit herself to Israel’s existence and security “as Chancellor”’ als erkenning van de scheiding der machten. Ralf Michaels, ‘Israels Sicherheit und Existenz zwischen Staatsräson und Rechtsstaatsprinzip’, *Recht und Politik* 2023/59, p. 37. Merkel drukt hier echter als hoogste vertegenwoordiger van Duitsland een consistent principe van het Duitse buitenlandbeleid uit.

38 Zie ook Carl Schmitt, ‘Remarks on Friedrich Meinecke’s Machiavellism: The Doctrine of Raison d’état and Its Place in Modern History’, *Max Weber Studies* 2017/17, p. 54–63.

39 Carl Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot 2021, p. 13.

40 Schmitt 2021 (*supra* noot 38), p. 13.

41 Schmitt 2021 (*supra* noot 38), p. 14.

42 Schmitt 2021 (*supra* noot 38), p. 52. Schmitt ontleent deze term, die een centrale rol speelt in de psychoanalyse, aan de laatste pagina van Hans Kelsens *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* uit 1920; Schmitt 2021 (*supra* noot 38), p. 29.

43 Schmitt 2021 (*supra* noot 38), p. 68.

je in een Engelstalig psychoanalytisch vocabulaire een 'return of the repressed with a vengeance' noemt.⁴⁴

Hoe verhouden Merckels beroep op *Staatsräson* en Schmitts antiliberaal constitutionele theorie zich tot het werk van Habermas? Het filosofische project van Habermas is een schoolvoorbeeld van wat Schmitt beschouwde als de dominante moderne, liberale en antipolitieke tendensen om soevereiniteit af te schaffen. Habermas verwierp Schmitts definitie van soevereiniteit expliciet in zijn boek *Faktizität und Geltung (Between Facts and Norms)* uit 1992, waarin hij het idee ontwikkelde van een 'communicatief fluïde soevereiniteit van burgers [die] tot uiting komt in de macht van publieke discoursen die voortkomen uit autonome publieke sferen, maar vorm krijgen in de beslissingen van democratische, politiek verantwoordelijke wetgevende organen'.⁴⁵ In scherpe tegenstelling tot Schmitts definitie van soevereiniteit als een grensbegrip, waarbij de gepersonifieerde soeverein buiten de rechtsorde staat maar er toch deel van uitmaakt, bleef Habermas' begrip van 'volkssoevereiniteit als procedure' volledig binnen de constitutionele orde.⁴⁶

De anti-BDS-motie van het Duitse parlement en Habermas' stellingname in 'Principles of Solidarity' zijn echter (pogingen tot) soevereine beslissingen zoals Schmitt die definieerde. In plaats van deel te nemen aan de uitoefening van 'volkssoevereiniteit als procedure', waren de anti-BDS-motie en 'Principles of Solidarity' pogingen om beslissingen te nemen over 'wat het algemeen belang of het staatsbelang, de openbare veiligheid en orde, *le salut public* enz. inhoudt' (Schmitt), en over de noodzakelijke maatregelen om dit te beschermen, met name de opschorting van de normale 'procedure'.⁴⁷ De anti-BDS-motie had weliswaar geen directe kracht van wet, maar was wel als beslissing geformuleerd ('der Bundestag wolle beschließen; 'der Bundestag stellt fest'), en de titel bevat het woord 'entschlossen' of vastberaden ('der BDS-beweging entschlossen entgegenzutreten'). Zo plaatste de Duitse Bundestag zichzelf in een positie die in ieder geval sterke associaties oproept met de Schmittiaanse soeverein, want de Duitse rechtsorde machtigde de Bundestag niet om de grondrechten van BDS-activisten op te schorten. Op een vergelijkbare manier plaatsten Habermas en zijn collega's zich gedeeltelijk buiten de publieke sfeer. Volgens Habermas' eigen theorie staan de procedurele normen van de publieke sfeer namelijk alleen open discussies tussen vrije en gelijke burgers toe, en is de enige rationaliteit de 'publieke rede' die in die discussies naar voren komt.⁴⁸ Dit was het hele doel van Habermas' 'pragmatistische' filosofie: om de rationaliteit en de moraal te 'redden' na het wegvallen van 'transcendentale' bronnen als 'God', 'De Natuur' of 'De Geschiedenis', stelde Habermas dat rationaliteit en moraal inherent zijn aan de menselijke communicatie en aan de instituties (zoals de publieke sfeer) en de mensenrechten die die communicatie mogelijk maken.

44 Schmitt ontwikkelt dit laatste argument verder in *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, 1932.

45 Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, 1998, p. 186. Mijn vertaling uit het Engels.

46 Habermas 1998 (*supra* noot 44), p. 463.

47 Schmitt 2021 (*supra* noot 38), p. 13.

48 Zie bijvoorbeeld Habermas' samenvatting uit 1964 van de theorie die hij ontwikkelde in *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (MIT Press: 1991 (1962)): Habermas, 'The Public Sphere: An Encyclopedia Article', vertaling Sara en Frank Lennox, *New German Critique* 3, 1974, p. 49-55.

4 De *nomos* van de internationale rechtsorde van democratische natiestaten en het narratief van de *Zivilisationsbruch*

Aan het begin van zijn essay uit 1982 ‘*Nomos and Narrative*’ schreef rechtsgeleerde Robert Cover:

‘We inhabit a *nomos* – a normative universe. (...) No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live.’⁴⁹

In deze paragraaf ga ik in op Habermas’ conceptualisering van een internationale orde van liberaal-democratische natiestaten, waarin de uitoefening van politieke macht wordt gelegitimeerd en gerationaliseerd door redenerende en discussiërende nationale ‘publieken’. Ik zal betogen dat Habermas zijn conceptualisering van deze orde baseert op een onhoudbaar narratief over wat hij de ‘westerse beschaving’ noemt. Ik zal laten zien dat Habermas’ narratief van de ‘westerse beschaving’ uitsluitend draait om de ontwikkeling van liberaal-democratische natiestaten in Europa, terwijl het de geschiedenis van slavernij, kolonialisme en imperialisme verloochent. Verder representeert Habermas’ narratief de Holocaust als een tijdelijke afdwaling van de ‘westerse beschaving’ door Duitsland, en biedt het verzoening voor deze afdwaling door deze publiekelijk te herdenken als een unieke ‘beschavingsbreuk’, en door de Israëlische staat onvoorwaardelijk te steunen. Ik zal betogen dat Habermas’ stellingname om het toeschrijven van genocidale bedoelingen aan Israëls optreden in Gaza taboe te verklaren niet in tegenspraak is met zijn eigen ideeën, maar juist volledig in overeenstemming is met zijn narratief van de ‘westerse beschaving’ dat betekenis geeft aan, en onlosmakelijk verbonden is met zijn politieke theorie en zijn rechtstheorie.

4.1 Duitslands steun aan Israël als voorwaarde om weer deel uit te maken van de ‘beschaafde wereld’

Rechtswetenschapper Ralf Michaels heeft opgemerkt dat na de ineenstorting van het Derde Rijk ‘de toelating van de Bondsrepubliek tot de gemeenschap van staten in wezen gekoppeld was aan een vorm van verzoening’ en dat ‘de legitimering van een post-Nazistische Bondsrepubliek niet gerechtvaardigd kon worden zonder erkenning van de Israëlische staat als een veilige plek voor Joodse Holocaustoverlevenden’ en zonder financiële steun van Duitsland aan die staat.⁵⁰ Wat Michaels in neutrale bewoordingen omschreef als de ‘gemeenschap van staten’ is wat in het internationaal recht vaak wordt aangeduid als de gemeenschap van ‘beschaafde naties’ of ‘beschaafde volken’, of als de ‘beschaafde wereld’.⁵¹ Zo verwijzen zowel het statuut van het

49 Cover, Robert M. ‘The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: *Nomos and Narrative*’, *Yale Law School Faculty Scholarship Series* 1983/97, p. 4-5.

50 Michaels 2023 (*supra* noot 36), p. 38. Zie hierover ook Daniel Marwecki, *Germany and Israel: White Washing and State Building*, Hurst 2025.

51 Tijdens het opstellen van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens werd de term ‘beschaafde naties’ uiteindelijk vervangen door de term ‘gemeenschap van naties’. Schabas, *The International Legal Order’s Colour Line: Racism, Racial Discrimination, and the Making of International Law*, Oxford University Press 2023, p. 5.

Internationaal Gerechtshof als het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens naar ‘de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend’. Hoewel de huidige internationale rechtsorde alle VN-lidstaten als beschaafde volken erkent, was de internationale rechtsorde gedurende het grootste deel van haar bestaan gebaseerd op het fundamentele onderscheid tussen ‘beschaafde’ ‘Europese’ volken en hun ‘onbeschaafde’ tegenhangers.⁵²

In zijn boek *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950) analyseerde Carl Schmitt het internationale recht als een ruimtelijke indeling van de wereld. Schmitt liet zien dat het internationale recht vanaf de Middeleeuwen een geografische scheiding tot stand bracht. Aan de ene kant was er het ‘beschaafde’ Europees grondgebied, waar ‘oorlog werd omgevormd tot een relatie tussen gelijkwaardige en soevereine staten’ die werden geregeerd door wetten en juridische instellingen die vernietigingsoorlogen inperkten. Aan de andere kant classificeerde het internationale recht het ‘onbeschaafde’, ‘niet-Europese deel van de aarde’ ‘als vrije ruimte, als een gebied dat openstond voor Europese bezetting en expansie’, waar ‘geweld vrijelijk en meedogenloos kon worden gebruikt’.⁵³ William Schabas merkt op dat de beperking van de toepasselijkheid van recht dat geweld inperkte tot Europees grondgebied aan het begin van de twintigste eeuw nog steeds springlevend was:

‘Lurking behind the reference to ‘civilized peoples’ in (...) the 1899 and 1907 Hague Conventions was the implication that the laws and customs of war did not apply universally. One of the classic norms of this body of law was the prohibition of so-called dum-dum or hollow tipped bullets. At the 1899 Hague Conference, the British opposed a prohibition on such ammunition, which had been developed in colonial India to stop ‘fanatical tribesmen’. Major-General Sir John Ardagh told the Conference that while in ‘civilized war’ a soldier hit by a bullet withdraws from the battlefield, ‘[i]t is very different with a savage’ who ‘continues on, and before anyone has time to explain to him that he is flagrantly violating the decisions of the Hague Conference, he cuts off your head’. (...) According to the 1914 British military manual, ‘the rules of International Law apply only to warfare between civilised nations . . . They do not apply in wars with uncivilized States and tribes.’⁵⁴

Het is belangrijk om deze genealogie van het internationaal recht in herinnering te brengen, omdat de ‘gemeenschap van staten’ waartoe de Duitse Bondsrepubliek na de Tweede Wereldoorlog toetrad nog grotendeels werd gedomineerd door het Europese imperialisme, en omdat politieke Zionisten van Theodor Herzl tot David Ben-Gurion, net als hun Europese medestanders, de Israëlische staat altijd expliciet voorgesteld hadden als koloniaal project.⁵⁵ Voor de Zionisten en voor de Europese koloniale machten die hen steunden, had Palestina dezelfde status die alle niet-Europese gebieden tussen de zestiende en het begin van de twintigste eeuw hadden: legitiem koloniaal veroveringsgebied dat buiten de beschaving lag.

52 Schabas 2023 (*supra* noot 50), p. 1.

53 Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker & Humblot 1988, p. 54 en 62. De citaten zijn ook te vinden op p. 87 en 94 van de Engelse vertaling: *The Nomos of the Earth in the Jus Publicum Europaeum*, Telos Press, 2003.

54 Schabas 2023 (*supra* noot 50), p. 6.

55 Ilan Pappé, *Ten Myths About Israel*, Verso 2017, p. 41-49. Zo schreef Theodor Herzl aan Cecil Rhodes, de imperialistische ondernemer en stichter van de Britse kolonie Rhodesië: ‘You are being invited to help make history (...) It doesn’t involve Africa, but a piece of Asia minor; not Englishmen, but Jews. How, then, do I happen to turn to you since this is an out-of-the-way-matter for you? How indeed? *Because it is something colonial.*’ Geciteerd in Erakat, *Justice for Some: Law and the Question of Palestine*, Stanford University Press 2019, p. 28 (cursief toegevoegd door Erakat).

4.2 Habermas' narratief over de 'westerse beschaving'

De 'legitimering' van de juridische en politieke orde van liberale democratische natiestaten staat centraal in het theoretische project van Habermas,⁵⁶ en het concept van de 'westerse beschaving' vormt de kern van het narratief dat Habermas heeft ontwikkeld om de toelating van Duitsland tot de gemeenschap van natiestaten te legitimeren. Habermas' beschrijving van de 'westerse beschaving' als een succesverhaal over de West-Europese natiestaat als verlichte politieke structuur die erin slaagde om nationale gezamenheidszin te combineren met de universele principes van rede, mensenrechten en democratie, gaat echter volledig voorbij aan de manier waarop de 'westerse beschaving' zichzelf eeuwenlang heeft gerepresenteerd, namelijk als het tegendeel van de 'onbeschaafde' ander.⁵⁷ Habermas' narratief over de 'westerse beschaving' gaat zelfs volledig voorbij aan de eeuwenlange koloniale genealogie van dit begrip. Het narratief is daarmee een schoolvoorbeeld van wat filosoof Charles Mills een 'epistemology of ignorance' heeft genoemd.⁵⁸ Volgens Mills heeft de cultivering van een epistemologie van onwetendheid ervoor gezorgd dat het 'mondiale politieke systeem van witte suprematie' in de meeste delen van de wereld kon voortbestaan na het formele einde van het kolonialisme, en nadat openlijk racistische rechtvaardigingen voor dit systeem veel van hun legitimerende kracht hadden verloren. De *epistemology of ignorance*, zo betoogt Mills, houdt witte suprematie in stand door middel van conceptuele verwarring en door empirisch en historisch bewijs voor de 'wereldwijde kleurlijnen' onzichtbaar te maken voor witte mensen. Gloria Wekkers' begrip 'witte onschuld' beschrijft een vergelijkbaar mechanisme in de Nederlandse context.⁵⁹

Habermas ontwikkelde zijn narratief over de 'westerse beschaving' aan het eind van de jaren tachtig tijdens de zogenaamde *Historikerstreit*, waarin hij terecht kritiek uitte op de 'normalisering van het verleden'⁶⁰ door revisionistische historici⁶¹ die een 'positieve' Duitse nationale identiteit wilden construeren door 'geschiedenis te schrijven die zich leent voor affirmatie', bijvoorbeeld door Nazi-Duitsland af te schilderen als slachtoffer van Sovjetagressie en door te suggereren dat Auschwitz niet meer was dan een imitatie van de Goelag.⁶² Tegen deze historici stelde Habermas dat Auschwitz een 'breuk' in de (westerse) 'beschaving' betekende en als zodanig moest worden herinnerd.

In een artikel met als titel 'Historisch bewustzijn en posttraditionele identiteit: De oriëntatie op het Westen van de Bondsrepubliek' stelde Habermas dat het Duitse enthousiasme voor het Nazisme voortkwam uit een 'anticivilisatorische, antiwesterse onderstroom in de Duitse traditie'.⁶³ Habermas stelde echter dat de (West-)Duitsers na de 'schok' van Auschwitz tot het

56 Habermas, *Legitimation Crisis*, Beacon Press 1975.

57 Schabas 2023 (*supra* noot 50).

58 Charles Mills, *The Racial Contract*, Cornell University Press 1997; Mills, 'White Ignorance', in: S. Sullivan & N. Tuana (red.), *Race and Epistemologies of Ignorance*, SUNY Press 2007; Mills, 'Global White Ignorance', in: M. Gross & L. McGoey (red.), *Routledge International Handbook of Ignorance Studies*, Routledge 2015.

59 Wekker, *White Innocence: Paradoxes of Colonialism and Race*, Duke University Press 2016. In 2017 in het Nederlands vertaald en uitgegeven als *Witte onschuld* bij Amsterdam University Press.

60 'Keine Normalisierung der Vergangenheit', in Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung*, Suhrkamp 1987, p. 11-17.

61 'Vom öffentlichen Gebrauch der Historie', in Habermas 1987 (*supra* noot 59), p. 137-58.

62 'Geschichtsbewußtsein und posttraditionale Identität: Die Westorientierung der Bundesrepublik' in Habermas 1987 (*supra* noot 59), p. 159-79, p. 163. Dat het begrip *Westorientierung* een contradictio in terminis is, lijkt Habermas te ontgaan.

63 Habermas 1987 (*supra* noot 59), p. 161. Habermas citeert hier Theodor Adorno.

historische besef waren gekomen dat ze ten onrechte een *Sonderweg* waren ingeslagen die Duitsland had afgezonderd van de 'westerse beschaving'. In de eerste naoorlogse jaren, zo stelde hij, hadden de Duitsers 'geleidelijk hun voorbehoud tegenover de politieke cultuur en de maatschappelijke communicatievormen van het Westen opgegeven'.⁶⁴ Hun 'historisch bewustzijn' had hen ertoe gebracht de 'westerse' 'democratische rechtsstaat' te omarmen en hun traditionele nationalisme in te ruilen voor een 'posttraditionele identiteit' die was gebaseerd op een 'constitutioneel patriottisme' [*Verfassungspatriotismus*] dat nationale verbondenheid succesvol combineerde met de universele verlichtingswaarden van democratie en mensenrechten.⁶⁵ Habermas betoogde in een polemieek tegen de 'apologetische tendensen' van de revisionistische historici dat 'de onvoorwaardelijke openstelling van de Bondsrepubliek voor de politieke cultuur van het Westen de grote intellectuele prestatie is van ons naoorlogse tijdperk, waarop mijn generatie trots kan zijn'.⁶⁶

Habermas stelde echter dat het *Verfassungspatriotismus* in Duitsland pas vorm had kunnen krijgen 'na – en door – Auschwitz'.⁶⁷ Het constitutioneel patriottisme dat de Duitsers in staat stelde weer trots te zijn op hun identiteit, werd gebaseerd op de publieke herinnering aan Auschwitz als een 'unieke' breuk in de westerse beschaving. Habermas beschreef de breuk van Auschwitz als volgt:

'Hier is iets gebeurd dat tot dan toe niemand voor mogelijk had gehouden. Hier is de diepe laag van solidariteit tussen alles wat een menselijk gelaat heeft door elkaar geschud; de integriteit van deze diepe laag werd tot dan toe voorondersteld zonder dat men het zag, ondanks alle natuurlijke beestachtigheden in de wereldgeschiedenis. Op dat moment werd een band van naïviteit verbroken – een naïviteit waaruit tradities zonder meer hun autoriteit putten, waarmee historische continuïteiten zich überhaupt voedden. Auschwitz heeft de voorwaarden voor het voortbestaan van historische levensrelaties veranderd – en niet alleen in Duitsland'.⁶⁸

Het probleem met dit narratief is echter dat het impliceert dat de 'westerse beschaving' 'de diepe laag van solidariteit tussen alles wat een menselijk gelaat heeft' intact had gelaten tijdens eeuwen van slavernij en imperialisme. Het narratief staat haaks op het werk van antikoloniale denkers zoals Aimé Césaire, die het Nazisme analyseerde als een 'terugslag' (*choc en retour*) van het koloniale geweld dat 'de zogenaamde Europese beschaving – de "westerse" beschaving – zoals die door twee eeuwen van heerschappij van de bourgeoisie is gevormd' de gekoloniseerden had aangedaan.⁶⁹ Hannah Arendt ontwikkelde een vergelijkbaar argument: zij beschreef de Holocaust als een 'boomerang effect' van het Europees imperialisme.⁷⁰ Verschillende wetenschappers hebben Habermas bekritiseerd omdat zijn 'rhetoric subtly serves (...) to absolve the

64 Habermas 1987 (*supra* noot 59), p. 162.

65 Habermas 1987 (*supra* noot 59), p. 167.

66 'Eine Art Schadensabwicklung' in Habermas 1987 (*supra* noot 59), p. 115-158, p. 135.

67 Habermas 1987 (*supra* noot 59), p. 135.

68 Habermas 1987 (*supra* noot 59), p. 163.

69 Aimé Césaire, *Discourse sur le colonialisme*, Présence Africaine 2004, p. 7 (vertaling MB).

70 Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt 1951. Arendt gebruikt de term 'boomerang effect' bijvoorbeeld op p. 155 en 206. Zie hierover mijn artikel, 'The Condition of "Savages"? Statelessness, Politics, and Race in Hannah Arendt's *Origins of Totalitarianism*', in *The Statelessness and Citizenship Review* 2019/1, p. 195-213.

West from its own obvious complicity, not only in Germany's war crimes, but also in the long narrative of Western imperial power' (Vincent Pecora).⁷¹

4.3 Habermas' narratief over de 'westerse beschaving' als grondslag voor 'constitutioneel patriottisme'

Literatuurwetenschapper Edward Said wees er op dat Habermas zelf had erkend dat hij niets te zeggen had over 'anti-imperialist en anti-capitalist struggles in the Third World', en dat hij simpelweg aan een interviewer had geantwoord: 'I am aware of the fact that this is a eurocentrically limited view'. Daaruit concludeerde Said dat Habermas' 'stunning (...) silence' over imperialisme geen vergissing was, maar 'a deliberate abstention'.⁷²

Toch werd Habermas' narratief over de 'westerse beschaving' het centrale narratief van de 'herinneringscultuur' die ten grondslag ligt aan het Duitse 'constitutionele patriottisme'.⁷³ Bovendien verspreidde wat literatuurwetenschapper Michael Rothberg 'de overwinning van het Habermasiaanse perspectief' noemde zich na de hereniging van Duitsland en na het einde van de Koude Oorlog ook buiten Duitsland, en werd de herdenking van de Holocaust als unieke 'beschavingsbreuk' een toetssteen van de Amerikaanse, Israëlische, Duitse en Europese politieke cultuur'.⁷⁴ Rothberg wijst bijvoorbeeld op de opening van het Holocaust Memorial Museum in Washington en de wereldwijde populariteit van Steven Spielbergs film *Schindler's List* in 1993; op de oprichting van de International Holocaust Remembrance Alliance in 1998,⁷⁵ die in 2000 stelde dat '[t]he Holocaust fundamentally challenged the foundations of civilization' en dat '[t]he unprecedented character of the Holocaust will always hold universal meaning',⁷⁶ en naar de opening van het Holocaustmonument in Berlijn in 2005.⁷⁷ Rothberg stelt dan ook dat 'the singularity of the Holocaust becomes linked (...) with a cosmopolitan memory and a universal regime of human rights that seeks to undermine the kind of narrow nationalism Habermas found in [his opponents in the historians' struggle of the 1980s]'.⁷⁸

4.4 De tweede *Historikerstreit* en het 'nieuwe' antisemitisme

In 2020 brak er een tweede *Historikerstreit* uit, '*Historikerstreit 2.0*', nadat een lokale politicus had opgeroepen om de openingslezing te annuleren van de in Zuid-Afrika gevestigde Kameroenese

71 Geciteerd in Michael Rothberg, 'Comparing Comparisons: From the Historikerstreit to the Mbembe Affair', geschichtedergegenwart.ch, 23 september 2020.

72 Edward Said, *Culture and Imperialism*, Vintage 1994, p. 278.

73 A. Dirk Moses, 'The German Catechism', geschichtedergegenwart.ch, 23 mei 2021.

74 Rothberg 2020 (*supra* noot 70).

75 Bij de oprichting heette de IHRA de Taskforce for International Cooperation on Holocaust Education, Remembrance and Research. De naam werd in 2012 veranderd in IHRA.

76 'Stockholm Declaration', holocaustremembrance.com.

77 De verspreiding van de Duitse Holocaust herinneringscultuur in de jaren 90 van de vorige eeuw en aan het begin van de 21e eeuw is onder meer geanalyseerd in: Hilene Flanzbaum, *The Americanization of the Holocaust*, Johns Hopkins University Press 1999; en Daniel Levy and Natan Sznaider, *The Holocaust and Memory in the Global Age*, Temple University Press 2006.

78 Rothberg 2020 (*supra* noot 70).

filosoof Achille Mbembe op het internationale culturele festival *Ruhr-Triennale*, waarbij hij Mbembe beschuldigde van antisemitisme.⁷⁹ Afgezien van Mbembes handtekening op een petitie die tien jaar eerder opriep tot een academische boycot van Israël, was de steen des aanstoots een aantal passages uit Mbembes boek *Politiques de l'inimitié* uit 2016, waarin hij vergelijkingen maakte tussen de Zuid-Afrikaanse apartheid, de Israëlische bezetting van Palestina en de Holocaust.⁸⁰ Volgens Felix Klein, de met antisemitismebestrijding belaste vertegenwoordiger van de Duitse bondsregering die de beschuldigingen tegen Mbembe verder verspreide, waren deze vergelijkingen antisemitisch omdat ze 'de Holocaust relativeerden'.⁸¹

Kleins stigmatisering van Mbembe leidde ertoe dat zevenendertig vooraanstaande Joodse academici opriepen tot het ontslag van Klein als hoofd van de uitgebreide bureaucratie⁸² die de Duitse regering in 2018 had opgetuigd om antisemitisme te bestrijden. Deze relatief nieuwe 'anti-antisemitismebureaucratie' hanteerde overigens de 'non-legally binding working definition of antisemitism' van de International Holocaust Remembrance Alliance, die berucht is omdat de 'illustratieve voorbeelden' die bij de definitie worden gegeven vooral over Israël gaan, en het makkelijk maakt om kritiek op Israël als antisemitisch te bestempelen.⁸³ De beschuldigingen tegen Mbembe leidden tot een lawine van opiniestukken en wetenschappelijke artikelen, maar Klein behield zijn functie en veel andere wetenschappers die kritiek op Israël hadden geuit – met name andere wetenschappers van kleur zoals Jasbir Puar en Anna-Esther Younes⁸⁴ en antizionistische Joodse wetenschappers zoals Judith Butler en Nancy Fraser – werden aangevallen met soortgelijke beschuldigingen van 'Israel-related antisemitism'.⁸⁵

Wetenschappers als Puar en Younes hebben echter opgemerkt dat 'moslim'-migranten al het belangrijkste doelwit waren geworden van de Duitse 'war on antisemitism' sinds de aanslagen van 2001 op het World Trade Center in New York City en het Pentagon.⁸⁶ 2001 was ook het jaar waarin het begrip *Staatsräson* voor het eerst werd gebruikt in het Duitse publieke debat in de context van de Duits-Israëlische betrekkingen.⁸⁷ In een opiniestuk waarin hij zich verzette tegen het idee van neutraliteit in internationale betrekkingen, betoogde Jacques Schuster, toenmalig voorzitter van de Zentralrat der Juden in Deutschland en hoofdredacteur van de rechtse *Welt am Sonntag*, dat Duitsland geen 'gelijke afstand tot de Israëlische democratie en de Palestijnse autocratie' moest bewaren, maar in plaats daarvan 'een gevoel voor de *Staatsräson*

79 Michael Rothberg, 'Lived Multidirectionality: "Historikerstreit 2.0" and the Politics of Holocaust Memory', in *Memory Studies* 2022/15, p. 1316–1329.

80 Achille Mbembe, *Politiques de l'inimitié*, La Découverte 2016. Zie voor een Engelse vertaling van een gedeelte van dit boek met de aanstootgevende passages: Mbembe, 'The Society of Enmity', in *Radical Philosophy*, november / december 2016.

81 'Why Achille Mbembe Was Accused of Anti-Semitism', *Deutsche Welle*, 30 april 2020.

82 'The Strange Logic of Germany's Antisemitism Bureaucrats', in *Jewish Currents*, spring 2023.

83 Rebecca Ruth Gould, 'Legal Form and Legal Legitimacy: The IHRA Definition of Antisemitism as a Case Study of Censorship', in *Law, Culture and the Humanities* 2022/18, p. 153–86.

84 Jasbir Puar, 'Citation and Censorship: The Politics of Talking About the Sexual Politics of Israel', in *Feminist Legal Studies* 2011/19, p. 133–142.

85 Anna-Esther Younes, 'Fighting Anti-Semitism in Contemporary Germany', in *Islamophobia Studies Journal* 2020/5, p. 249–266, p. 250.

86 Younes 2020 (*supra* noot 84), p. 251.

87 Michaels 2023 (*supra* noot 36), p. 34.

van de Bondsrepubliek en een gevoel voor de solidariteit tussen democratieën' moest cultiveren.⁸⁸

Het discours over de *Staatsräson* en de projectie van antisemitisme op 'moslim' migranten kwamen in 2017 samen, toen Martin Schulz, de leider van de Sociaal-Democratische Partij (SPD), in een televisiedebat met Angela Merkel zei: 'Er zijn bijvoorbeeld jonge Palestijnse mannen die naar ons toe komen, die zijn opgegroeid met een diepgeworteld antisemitisme, aan wie in duidelijke taal moet worden gezegd: "Er is alleen plaats voor jullie in dit land als jullie accepteren dat Duitsland een land is dat Israël beschermt, dat dat onze *Staatsräson* is."'⁸⁹ In 2018 stelde CDU/CSU-politicus Stephan Habarth wettelijke maatregelen voor: 'We moeten ons ook resoluut verzetten tegen het antisemitisme van migranten met een Arabische achtergrond en uit Afrikaanse landen. Er moet worden verwezen naar preventieve middelen en alle middelen van repressie, tot en met de mogelijkheid van wettelijke uitzetting uit Duitsland.'⁹⁰ En op 14 november 2023, als reactie op de enorme protesten tegen de Israëlische genocide op de Palestijnen in Gaza, diende de CDU/CSU een voorstel in voor een 'wet ter beëindiging van het verblijf en ter voorkoming van de naturalisatie van antisemitische buitenlanders', waarin stond:

'In Duitsland werden en worden de afschuwelijke terreurdaden van Hamas die in strijd zijn met het internationale recht over het algemeen terecht veroordeeld. Sinds de dag van de aanval op Israël vinden er echter ook weerzinwekkende bijeenkomsten en demonstraties plaats op de Duitse straten, waar schaamteloos vreugde wordt geuit over de dood van Joden en waar een angstaanjagende hoeveelheid antisemitisme aan het licht komt. Ook op sociale netwerken wordt steeds vaker opgehitst tegen Joden en wordt het bestaansrecht van de staat Israël betwist. (...) Omdat het hier overduidelijk voor een niet onbelangrijk deel gaat om migranten uit de landen van Noord-Afrika en het Nabije en Midden-Oosten, waar antisemitisme en vijandigheid jegens Israël een speciale voedingsbodem hebben, alsook om hun nakomelingen, moeten de instrumenten van het verblijfs-, asiel- en nationaliteitsrecht (...) consequenter worden ingezet dan tot nu toe het geval is geweest.'⁹¹

De voorgestelde maatregelen 'voor een betere bescherming tegen een verdere versterking en uitbreiding van het uit het buitenland "geïmporteerde" antisemitisme' omvatten onder meer het afhankelijk stellen van het verkrijgen van de Duitse nationaliteit van een verklaring (*Bekennnis*) dat men het bestaansrecht van Israël erkent en een verklaring (*Erklärung*) dat de aanvrager van naturalisatie geen activiteiten tegen het bestaan van de staat Israël ontplooit of heeft ontplooid.⁹² De voorgestelde maatregelen omvatten ook intrekking van het staatsburgerschap van mensen met een dubbele nationaliteit die veroordeeld zijn voor een misdrijf met antisemitische motief.

Net als 'Principles of Solidarity' drie weken eerder, stigmatiseerde dit voorstel de protesten tegen de Israëlische aanval op de Palestijnen in Gaza als antisemitisch. Terwijl de laatste zin van 'Principles of Solidarity' alleen *suggereerde* dat de antisemieten migranten waren (in plaats van te schrijven dat *iedereen* zich aan de genoemde beginselen diende te houden, verwezen

88 Jacques Schuster, 'Äquidistanz zu Israel?', in *Die Welt*, 4 augustus 2001.

89 Geciteerd in Ruth Fruchtmann, 'Brief an Martin Schulz', *juedische-stimme.de*, 14 september 2017.

90 Geciteerd in Younes 2020 (*supra* noot 84), p. 250.

91 Deutscher Bundestag, 14 november 2023 ('Entwurf eines Gesetzes zur Beendigung des Aufenthalts und Verhinderung der Einbürgerung antisemitischer Ausländer: Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU').

92 Deutscher Bundestag 2023 (*supra* noot 90).

Habermas en zijn collega's naar '*degenen in ons land* die antisemitische gevoelens en overtuigingen hebben gecultiveerd'),⁹³ was het wetsvoorstel expliciet in zijn projectie van antisemitisme op 'migranten uit de landen van Noord-Afrika en het Nabije en Midden-Oosten'. Deze projectie van antisemitisme op migranten vloeit gemakkelijk voort uit Habermas' narratief over de beschavingsbreuk. Volgens dit narratief hebben de Duitsers zich immers onvoorwaardelijk gecommitteerd aan de universele Verlichtingswaarden van de westerse beschaving (democratie, constitutionalisme), maar migranten hebben deze ontwikkeling niet doorgemaakt, dus moeten ze met de macht van de wet in het gareel worden gebracht. Dit narratief is een versie van het oude narratief van liberaal racisme dat de universele waarden van de Verlichting altijd heeft weten te verzoenen met het Europese imperialisme, door weliswaar te erkennen dat er natuurlijk maar één menselijk ras bestaat, maar tegelijk te stellen dat zwarte en bruine mensen nog niet het stadium van 'beschavingsontwikkeling' hebben bereikt waarin ze als vrij en gelijkwaardig kunnen worden behandeld.⁹⁴

4.5 De 'nieuwe' 'beschavingsbreuk'

Ondanks de vermeende uniciteit van de Holocaust werd het concept van de *Zivilisationsbruch* opnieuw gemobiliseerd in de context van de aanslagen van 7 oktober.⁹⁵ De Israëlische historicus Hillay Zmora gebruikte het concept van de *Zivilisationsbruch* in een interview waarin hij schaamteloos sprak over zijn propagandawerk om de mythen van 'verbrande baby's' en 'mensen die de hoofden van degenen die ze onthoofden als aktetassen met zich meedragen' te verspreiden in de Europese en Noord-Amerikaanse media.⁹⁶ De Holocaust had in het midden van de twintigste eeuw geen precedent, beweerde Zmora, maar wat 'ongekend' was aan de aanslagen van 7 oktober was dat:

'De moordpartijen bijna *vorzivilisatorisch* leken – het feit dat de moordenaars zo *schadenfroh* waren, dat ze zo extatisch verliepen. We weten dat de SS-troepen hun daden verborgen hielden en massaal alcohol dronken om ze te kunnen verwerken. Hier hebben we te maken met iets heel anders, namelijk het gevoel van extase, de volledige onverschilligheid en zelfgenoegzaamheid, wanneer het gaat om het doden van mensen en het doen van de ergste dingen die men zich kan voorstellen.'⁹⁷

Hoewel de Nazi's vreselijke misdaden begingen, stelde Zmora, *beseften* ze tenminste dat ze iets vreselijks deden. De aanslagen van 7 oktober waren daarentegen 'ongekend' in die zin dat op

93 Deitelhoff et al. 2023 (*supra* noot 2). Azmi Bishara merkt deze insinuatie eveneens op in Bishara 2024 (*supra* noot 13). Wolfgang Streeck schrijft dat de frase 'convictions and sentiments' de werkdefinitie van antisemitisme van de International Holocaust Remembrance Alliance lijkt te hanteren: 'Antisemitism is a certain perception of Jews, which may be expressed as hatred toward Jews', 'What is Antisemitism?' holocaustremembrance.com; Streeck 2025 (*supra* noot 13), p. 45.

94 Frantz Fanon, *Les damnés de la terre*, La Découverte 2002 (1961), p. 158.

95 Deborah Hartmann en Tobias Ebbrecht-Hartmann, 'Essay zum Angriff der Hamas', in *Die Tageszeitung* 4 november 2023; Ingo Way, 'Gräueltaten der Hamas – „Dinge, die wir uns nicht vorstellen können“: Interview mit Hillay Zmora'; Cicero.de, November 18, 2023; Wolfgang Geiger, 'Der 7. Oktober 2023: Ein Neuer Zivilisationsbruch', *Juedischegeschichte.de*, 22 mei 2024.

96 Way 2023 (*supra* noot 94).

97 Way 2023 (*supra* noot 94).

‘een doodscultus’ leken en ‘een soort *vorzivilisatorischer Geist*’ aan de dag legden die ‘beschaafde mensen niet kunnen begrijpen of in begrippen vatten’.⁹⁸

De Duitse historicus Wolfgang Geiger zag ook ‘een nieuwe *Zivilisationsbruch*’, en net als Zmora suggereerde Geiger dat deze nieuwe ‘historische cesuur’ nog erger was dan de Holocaust.⁹⁹ Volgens Geiger was de reden dat SS-troepen de noodzaak voelden om hun misdaden te verbergen echter niet dat ze zich ervoor schaamden, maar dat hun ‘180 graden omkering van moraliteit (...) nog steeds verschilde van de moraliteit van een groot deel van hun eigen bevolking, zelfs inclusief partijleden’.¹⁰⁰ Geiger stelde daarentegen dat het ongekenste aan de aanslagen van 7 oktober was dat ‘dit keer (...) een bloedbad in de ware zin van het woord kon worden gepleegd onder de ogen van het wereldpubliek [*Weltöffentlichkeit*], zonder dat een meerderheid van dat publiek reageerde volgens zijn eigen morele, politieke en juridische normen [*Maßstäbe*].’¹⁰¹

5 De Israël-uitzondering waarin we leven is de regel: Kritische theorie terugwinnen van conformisme

Het is verleidelijk om het recyclen van het begrip van de *Zivilisationsbruch* in het Duitse publieke discours te bekritisseren als tegenstrijdig met de stelling over de singulariteit van de Holocaust. Ik wil echter betogen dat Geiger gelijk had toen hij de reactie van een meerderheid van het wereldpubliek op de aanval van Israël op Gaza – protest tegen de genocide – beschouwde als een beschavingsbreuk of ‘historische cesuur’, net zoals Habermas gelijk had toen hij stelde dat de beoordelingsmaatstaven volledig *verruichten* op het moment dat er genocidale intenties werden toegeschreven aan het optreden van Israël. De principes van de solidariteit tussen ‘beschaafde’ natiestaten die onvoorwaardelijke steun voor Israël eisten, *zijn* inderdaad volledig *verruicht* nu een aanzienlijk publiek over de hele wereld uitschreeuwt dat Israël genocide pleegt op het Palestijnse volk, *ondanks* de manipulatie van de publieke opinie door politici en traditionele media in het Mondiale Noorden en ondanks de censuur en de repressie.¹⁰² Deze massale breuk met de principes van de solidariteit die Habermas voorstond, is inderdaad ongekenst, en vindt steun in de tussenuitspraak van het Internationaal Gerechtshof en de rapporten van talloze NGO’s.

In zijn postuum gepubliceerde geschiedfilosofische thesen (‘Über den Begriff der Geschichte’, 1940) schreef Walter Benjamin: ‘In elk tijdperk moet opnieuw worden geprobeerd om de traditie te bevrijden van een conformisme dat haar dreigt te overweldigen.’¹⁰³ Als we deze stelregel uit een van de beroemdste kritisch-theoretische teksten serieus nemen, ligt het voor de hand om deze in de eerste plaats toe te passen op de traditie van de kritische theorie zelf. Benjamin was een van de centrale figuren van de zogenaamde eerste generatie van de Frankfurter Schule,

98 Way 2023 (*supra* noot 94).

99 Geiger 2024 (*supra* noot 94).

100 Geiger 2024 (*supra* noot 94).

101 Geiger 2024 (*supra* noot 94).

102 Twee NGO’s die de verschillende vormen van repressie en censuur van protesten tegen de genocide het uitgebreid hebben gedocumenteerd en rechtsbijstand verlenen zijn Palestine Legal in de Verenigde Staten en het European Legal Support Center in Nederland. Palestinelegal.org en elsc.support.

103 Walter Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte*, Suhrkamp 2010, p. 33.

samen met Theodor W. Adorno, Max Horkheimer en Herbert Marcuse. Habermas wordt algemeen beschouwd als de leidende figuur van de tweede generatie,¹⁰⁴ en Rainer Forst, een van de medeondertekenaars van 'Principles of Solidarity' en een student van Habermas, als lid van de derde generatie.¹⁰⁵ Habermas had in de jaren zestig al afstand genomen van de revolutionaire horizon van de kritische theorie, die het kapitalisme als een van de hoofdoorzaken had beschouwd van onderdrukking en politieke irrationaliteit. In plaats daarvan werd hij de belangrijkste theoreticus van de naoorlogse verzorgingsstaat in West-Europa, die volgens hem niet beschermd hoefde te worden tegen het kapitalisme als zodanig, maar alleen tegen de uitwassen of totaliserende neigingen ervan.

Maar met het verbod op een publieke discussie over de vraag of de 'gerechtvaardigde' 'vergelding' van Israël een genocide vormde, op een moment dat de hoogste politieke en militaire leiders van Israël openlijk vernietigingsretoriek gebruikten en het Israëlische leger in vijf weken tijd al meer dan 10.000 Palestijnen had gedood, lieten Habermas en zijn collega's niet alleen de belangrijkste aspiratie van de kritische theorie los, om politieke irrationaliteit en politiek geweld te begrijpen. Ze legitimeerden rechtstreeks het censuurregime van de Duitse regering en haar 'onvoorwaardelijke' militaire, economische, diplomatieke en politieke steun aan de staat die het geweld pleegde. En terwijl interdisciplinaire analyses van antisemitisme centraal stonden in de kritische theorie van de eerste generatie, trivialiseerden Habermas en zijn collega's het begrip antisemitisme door te insinueren, zonder zelfs maar te doen alsof ze beargumenteerden, dat het antisemitisch was om genocidale bedoelingen toe te schrijven aan het optreden van Israël in Gaza. Zo veranderden Habermas en zijn collega's de emancipatoire intellectuele traditie waaruit hun werk voortkwam in wat Benjamin een 'instrument van de heersende klassen' noemde.¹⁰⁶

Benjamins geschiedfilosofische thesen bevatten een fundamentele kritiek, niet alleen op het soort beschavingsnarratief dat Habermas propageert, maar ook op de *nomos* van liberaal-constitutionele natiesaten die door dit narratief ideologisch worden ondersteund. De fundamentele tegenstrijdigheid tussen Benjamins thesen en Habermas' politiek- en rechtstheoretische project komt het duidelijkst naar voren in these 8, die ik hier in zijn geheel citeer:

'De traditie van de onderdrukten leert ons dat de uitzonderingstoestand waarin we leven de regel is. We moeten tot een begrip van geschiedenis komen dat hiermee overeenkomt. Dan zal het tot stand brengen van een echte uitzonderingstoestand voor onze ogen als onze taak verschijnen; en onze positie in de strijd tegen het fascisme zal daardoor verbeteren. Het fascisme heeft vooral ook een kans omdat tegenstanders het tegemoet treden in naam van de vooruitgang die ze als de historische norm zien. – De verbazing dat de dingen die we in de 20e eeuw meemaken "nog steeds" mogelijk zijn, is *niet* filosofisch. Het is geen begin van een inzicht, of het moest het inzicht zijn dat het idee van geschiedenis waarop het berust onhoudbaar is.'¹⁰⁷

Benjamins These was een kritiek op het liberale begrip van geschiedenis dat hij niet alleen onfilosofisch vond, maar ook politiek ineffectief in de strijd tegen het fascisme (in Benjamins

104 Robin Celikates en Jeffrey Flynn, 'Critical Theory (Frankfurt School)', gepubliceerd op 12 december 2023 in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, plato.stanford.edu.

105 Joel Anderson, 'The "Third Generation" of the Frankfurt School', *Intellectual History Newsletter* 2000/22.

106 Benjamin 2010 (*supra* noot 102), p. 33.

107 Benjamin 2010 (*supra* noot 102), p. 35.

kritische theorie zijn denken en politiek handelen onlosmakelijk met elkaar verbonden).¹⁰⁸ Volgens dit liberale begrip van geschiedenis was het fascisme een uitzonderlijke terugval op de opwaartse curve van de historische vooruitgang. Benjamin betoogde dat een dergelijk begrip van geschiedenis alleen in stand kon worden gehouden door de traditie van de onderdrukten te negeren (vgl. Charles Mills' begrip van *epistemic ignorance* of Gloria Wekkers' begrip van witte onschuld). Voor Benjamin, die de geschiedfilosofische thesen schreef terwijl hij op de vlucht was voor de Nazi-regering die na Hitlers aantreden de noodtoestand had afgekondigd, was het noodzakelijk om een begrip van geschiedenis te ontwikkelen dat onder ogen zag dat 'de uitzonderingstoestand waarin we leven' paradoxaal genoeg geen uitzondering, maar de regel was. De traditie van de onderdrukten, zo betoogde Benjamin, leerde ons dat de opschorting van de liberale rechtsorde zelf de historische norm was. Om een voorbeeld te geven: in *The Origins of Totalitarianism* analyseerde Hannah Arendt hoe het structureel opschorten van het recht in de koloniën, die grotendeels bij decreet werden bestuurd en waar de uitzonderingstoestand altijd al de regel was, leidde tot de vernietiging van de rechtsstaat in Europa.¹⁰⁹ Daarom vereiste de strijd tegen het fascisme volgens Benjamin het tot stand brengen van een 'echte' uitzonderingstoestand op deze liberale rechtsorde, zoals antikoloniale en abolitionistische tijdgenoten van Benjamin zoals W.E.B. Dubois of Anton de Kom eveneens beoogden.

6 Conclusie: Breken met een racistisch idee van 'westerse beschaving'

Dit inzicht van Benjamin wordt gemist door liberale critici van de 'Israël-uitzondering op de vrijheid van meningsuiting', zoals Asef Bayat met zijn teleurstelling over Habermas' 'Principles of Solidarity'. Mijn analyses van 'Principles of Solidarity' en van het Duitse discours over *Staatsräson* suggereren dat de normalisering van genocide niet effectief kan worden bestreden op de manier die Bayat voorstelt: Habermas en zijn aanhangers confronteren met de tegenstrijdigheid van 'progressief zijn, behalve als het om Israël gaat' ('PEP': 'progressive except for Palestine') en een beroep doen op de normen van de liberale publieke sfeer om aan te dringen op 'morele consistentie'. De Israël-uitzondering op de vrijheid van meningsuiting die 'Principles of Solidarity' belichaamt is namelijk, historisch gezien, helemaal niet incompatibel met de liberale publieke sfeer. Zoals Wendy Willems en anderen hebben laten zien,¹¹⁰ hebben Europese liberale publieke sferen *altijd – stelselmatig –* uitzonderingen gemaakt voor uitingen die de imperialistische, raciaal-kapitalistische orde fundamenteel ter discussie stelden, zoals bijvoorbeeld in de Nederlandse geschiedenis de censuur van antikoloniale schrijvers en activisten als Soewardi Soerjaningrat,¹¹¹ Pramoedya Ananta Toer of Anton de Kom¹¹² door de Nederlandse overheid laat zien.

108 Michael Löwy benadrukt dit herhaaldelijk in Löwy, *Fire Alarm: Reading Walter Benjamin's 'On the Concept of History'*, Verso 2016, bijvoorbeeld op p. 33-34.

109 Dit idee komt verschillende keren terug in het tweede deel, 'Imperialism' in *The Origins of Totalitarianism*. Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 5 ('The Political Emancipation of the Bourgeoisie') en hoofdstuk 7 ('Race and Bureaucracy').

110 Wendy Willems, 'The Reproduction of Canonical Silences: Re-Reading Habermas in the Context of Slavery and the Slave Trade', in *Communication, Culture, and Critique*, 2022, p. 1-8.

111 Benedict Anderson, *Imagined Communities*, Verso 1991, p. 116-119; James T. Siegel, *Fetish, Recognition, Revolution*, Princeton University Press 1997, p. 26-37.

112 Anton de Kom, *Wij slaven van Suriname*, Atlas Contact 2009, p. 157-169; Alice Boots en Rob Woortman, *Anton de Kom: Biografie*, Atlas Contact 2016, p. 99-135.

Een accuraat begrip van hoe de Israël-uitzondering op de vrijheid van meningsuiting juist in lijn is met de geschiedenis van de publieke sfeer is cruciaal voor het tot stand brengen van een daadwerkelijke uitzonderingstoestand in de raciaal-kapitalistische, politiek-theologische 'beschaving' die de genocide op de Palestijnen normaliseert. Een daadwerkelijke uitzonderingstoestand tot stand brengen zou kunnen betekenen: witte onwetendheid, witte onschuld, en de verloochening van de koloniale geschiedenis doorbreken. De 'morele autoriteit' van Habermas verwerpen. De Israëlische staat boycotten, die al bij zijn oprichting de uitzonderingstoestand heeft uitgeroepen en die deze uitzonderingstoestand nooit heeft beëindigd.¹¹³ En het laten *verrutschen* van de beginselen van de solidariteit die, zoals Habermas' 'Principles of Solidarity', genocide ontkennen of rechtvaardigen.

113 Eyal Sivan en Armelle Laborie, *Un boycott légitime: Pour le BDS universitaire et culturel de l'État d'Israël*, La fabrique 2016, p. 137-140.

KRONIEK MENSENRECHTEN EN BEDRIJFSLEVEN

Januari 2025 – december 2025

Jonas ter Braak, Daan van Thiel, Paul van der Heijden & Noa van Tuijl ·

Samenvatting | In deze periodieke bijdrage signaleert en analyseert de NJCM-werkgroep Mensenrechten en Bedrijfsleven actuele juridische en beleidsmatige ontwikkelingen op nationaal, Europees en internationaal niveau. Daarbij staat de wisselwerking tussen ondernemingsactiviteiten en mensenrechtelijke verantwoordelijkheden centraal. De kroniek richt zich op nieuwe wet- en regelgeving, rechtspraak, beleidsinitiatieven en andere normstellende kaders die relevant zijn voor het bedrijfsleven en mensenrechten. Met oog op de soms relevante voorgeschiedenis van een aantal onderwerpen in de kroniek beslaat de bekeken periode eenmalig een jaar. Hierna zullen de gebruikelijke drie maanden worden gehanteerd. Vanwege de lopende wetgevingstrajecten zal een aantal onderwerpen in de kroniek een terugkerend karakter krijgen.

DOI | 10.54195/NTM.26386

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Internationaal

VN-verdrag inzake bedrijven en mensenrechten (*UN Treaty on Business and Human Rights* – Verdrag)

De onderhandelingen over een bindend VN-verdrag inzake bedrijven en mensenrechten bevinden zich in een gevorderd stadium. Ze worden gevoerd binnen de *Open-ended Intergovernmental Working Group* (IGWG) van de VN-Mensenrechtenraad.¹ Het Verdrag schept een kader dat staten verplicht om ondernemingen aansprakelijk te stellen voor mensenrechtenschendingen bij hun eigen activiteiten en in hun waardeketens.² Dit is afwijkend van de niet-bindende *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPs). De elfde sessie van de IGWG vond plaats van 20 tot 24 oktober 2025. De gesprekken bouwden voort op consultaties die in 2025 werden gehouden over de rechten van slachtoffers (artikel 4), toegang tot rechtsmiddelen (artikel 7) en aansprakelijkheid en jurisdictie (artikelen 8 en 9).

Tijdens deze elfde sessie betroffen de voornaamste geschilpunten de reikwijdte van het Verdrag (artikel 3), de jurisdictie van nationale rechtbanken (artikel 9) en de vorm van ondernemingsaansprakelijkheid (artikel 8). Een groep staten, waaronder Zuid-Afrika en Ecuador, is voorstander van een verplichtend kader dat ook binnenlandse ondernemingen met grensover-

- Mr. J. ter Braak is docent Europees en internationaal recht aan de Hogeschool van Amsterdam, mr. dr. D.P.L. van Thiel is Strategisch adviseur van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, prof. mr. P.F. van der Heijden is emeritus-hoogleraar internationaal arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en N. van Tuijl is Rijkstrainee.

1 Resolutie 26/9 van de VN-Mensenrechtenraad (14 juni 2014), *Un Doc A/HRC/RES/26/9*.

2 Naast de 'eigen' activiteiten wordt ook gekeken naar die van ketenpartners, zowel *upstream* (denk aan leveranciers) als *downstream* (zoals distributie of klanten).

schrijdende waardeketens omvat. Echter, de Europese Unie en enkele westerse staten pleitten voor een complementaire benadering, waarmee aansluiting wordt gezocht bij bestaande regionale regels waaronder de *EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD, zie ook onder voor meer info). Op dit punt verdient opmerking dat de Europese Unie blijft deelnemen aan de onderhandelingen als waarnemer zonder onderhandelingsmandaat, aangezien de EU-lidstaten nog geen gezamenlijk standpunt hebben vastgesteld. De ontwerp teksten voor het Verdrag voorzien in een verplichting voor staten om nationale wetgeving vast te stellen op het gebied van mens- en milieugerichte *due diligence* verplichtingen, inclusief mechanismen voor toegang tot rechtsmiddelen en herstel.

Het voorzitterschap van de IGWG zal in het voorjaar van 2026 een *Zero Draft Consolidated Text* voorleggen aan de VN-Mensenrechtenraad. Dit zal de basis vormen voor de volgende onderhandelingsronde. Tijdens de twaalfde sessie in oktober 2026 wordt beslist of de onderhandelingen overgaan naar een artikel-voor-artikelbespreking. In aanloop naar de twaalfde sessie van de IGWG in oktober 2026 vinden meerdere intersessionele thematische consultaties plaats vanaf februari. Relevante ontwikkelingen krijgen vanzelfsprekend aandacht in een volgende kroniek.

ICJ Advisory Opinion on the Right to Strike

Na afloop van de hoorzittingen in oktober 2025 buigt het Internationaal Gerechtshof (IGH), op verzoek van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO), zich momenteel over de adviesvraag of het recht om te staken is inbegrepen in het recht op vrijheid van vereniging, zoals beschermd door ILO Conventie 87 betreffende de vrijheid van vereniging en de bescherming van het recht zich te organiseren.³ Ook het eerder ingediende standpunt van Nederland, dat deze interpretatie bevestigt, werd tijdens de hoorzittingen openbaar gemaakt. De procedure vloeit voort uit een jarenlange controverse binnen de tripartiete ILO tussen overheden, werkgevers- en werknemers-vertegenwoordigers over de interpretatie van Conventie 87, die het recht op vrijheid van vereniging en het recht om zich te organiseren voor werknemers en werkgevers beschermt. Sinds de jaren vijftig zien de ILO-toezichtsorganen het stakingsrecht als noodzakelijk onderdeel van de vrijheid van vakvereniging. Werkgeversorganisaties betwistten dit eerst niet maar sinds 2012 wel, met het argument dat het woord stakingsrecht niet expliciet vermeld staat in Conventie 87. Bij gebrek aan consensus binnen de ILO werd de kwestie voorgelegd aan het IGH, conform artikel 37 van de ILO-Constitutie.⁴

Centraal staat de vraag of het stakingsrecht, hoewel niet expliciet vermeld, voortvloeit uit het doel en de strekking van Conventie 87. De toezichtspraktijk van de ILO heeft dat standpunt consequent ingenomen, met verwijzing naar het belang van collectieve actie voor de bescherming van werknemersbelangen.⁵ Zonder stakingsrecht verwordt 'collective bargaining' tot 'collective begging'.⁶ Tegenstanders, waaronder sommige staten en werkgeversorganisaties, betogen dat

3 IGH, Conclusion of the public hearings held from 6 to 8 October 2025, zie IGH, Press release, 8 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.icj-cij.org/case/191>.

4 De adviesvraag werd op 10 november 2023 door de *Governing Body* van de ILO ingediend, zie ILO, Press release, 10 november 2023, beschikbaar via <https://www.ilo.org/resource/news/gb/349/ilo-governing-body-closes-key-decisions-include-endorsement-global>.

5 ILO, *Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association*, 2023, par. 753-761.

6 Zie hiervoor de uitspraak van het Duitse *Bundesarbeitsgericht*, 10 juni 1980, in zaak I AZR 822/79.

deze interpretatie de verdragsbepalingen te ruim uitlegt en de nationale beleidsvrijheid ondermijnt. De verandering in standpunt van de werkgevers sinds 2012 is vermoedelijk ook toe te schrijven aan het gegeven dat het ILO Conventie 87 behoort tot de tien fundamentele verdragen van de ILO, die sinds 2010 terug te vinden zijn in de *OECD Guidelines voor multinationals*, in de *UN Guiding Principles for Business and Human Rights*, en in de *Global Compact Guidelines*. Allemaal 'soft law' waar grote bedrijven zich, anders dan verdragsstaten, aan gebonden hebben. Als dat laatste (zelfgekozen binding) het geval is, wordt 'soft law' bij de rechter nogal eens 'hard law'.⁷

Een positief advies van het IGH zou de internationale rechtsgrondslag van het stakingsrecht versterken en nationale wetgevers en rechters aanzetten tot een ruimere bescherming van collectieve actie. Het advies zou bovendien richtinggevend kunnen zijn voor regionale mensenrechteninstanties. Een restrictieve lezing door het IGH zou daarentegen het normatieve gezag van de ILO-toezichtssystemen kunnen verzwakken en staten meer speelruimte geven om stakingen te beperken.

In Nederland wordt het stakingsrecht door de Hoge Raad, bij gebreke van nationale wetgeving, sinds 1986 gekoppeld aan artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest, dat, in tegenstelling tot ILO Conventie 87, rechtstreekse werking in civilibus heeft, zodat vakbonden zich daarop in zaken tegen de werkgever direct kunnen beroepen. Na publicatie van het advies van het IGH (naar verwachting in 2026) zal de ILO moeten bepalen hoe zij het advies omzet in beleids- of normstellende maatregelen. Voor staten die partij zijn bij Conventie 87, waaronder Nederland, rijst de vraag hoe hun nationale regelgeving omtrent het stakingsrecht zich verhoudt tot de uitleg van het Hof en/of aanpassing nodig zal zijn.

Europees

EU Ontbossingsverordening (*Deforestation Regulation* – EUDR)

De *Regulation on Deforestation-free Products* (EUDR), die op 29 juni 2023 in werking was getreden, wordt vereenvoudigd met een uitgesteld toepassingsdatum van één jaar. Dit voorstel werd in december 2025 goedgekeurd door zowel het Europees Parlement als de Raad. Voor grote en middelgrote ondernemingen worden de verplichtingen uit de EUDR van toepassing per 30 december 2026. Voor kleine en micro-ondernemingen wordt dit van toepassing vanaf 30 juni 2027. Hierbij is afgesproken dat de Europese Commissie uiterlijk 30 april 2026 een verslag indient over de impact en administratieve lasten van de wet. De verordening beoogt te waarborgen dat alleen ontbossingsvrije goederen op en van de EU-markt worden gebracht, zowel bij productie, import als export. Het gaat daarbij om producten die worden gezien als de voornaamste veroorzakers van ontbossing, denk aan runderen, palmolie, soja, cacao, koffie, rubber en hout. De EUDR is ook van groot mensenrechtelijk belang, nu bij de beoordeling van risico's niet alleen milieugegevens worden betrokken, maar ook schendingen van mensenrechten die met ontbossing of bosdegradatie verband houden.

7 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/ Shell*), r.o. 4.4.9-11.

De EUDR markeert mogelijk een keerpunt door bindende *due diligence*-verplichtingen op te leggen aan bedrijven die bepaalde grondstoffen en producten op de EU-markt brengen of uitvoeren. Kernverplichting onder de EUDR is dat ondernemingen alleen producten mogen verhandelen die legaal zijn geproduceerd én vrij zijn van ontbossing en bosdegradatie (artikel 3 EUDR). Zij dienen hiertoe geografische informatie over de herkomst van de producten te verzamelen, te analyseren en voorafgaand aan markttoelating een zorgvuldigheidsverklaring in te dienen bij de bevoegde autoriteiten (artikel 4-9 EUDR).

Vanuit het bedrijfsleven is deze verordening veelvuldig bekritiseerd. Er wordt onder andere gesteld dat die *'too burdensome'* is, oneerlijk/ slecht voor de Europese concurrentiepositie en bovendien zijn doel voorbijsticht. De Europese Commissie is, in het licht van het Draghi rapport,⁸ gevoelig voor kritiek vanuit de bedrijfshoek en heeft om die reden in april 2025 verschillende vereenvoudigingen ingevoerd om de administratieve lasten van de richtlijn te verminderen. Zo mogen bedrijven bestaande zorgvuldigheidsverklaringen hergebruiken bij herimport van goederen, kunnen gemachtigde vertegenwoordigers verklaringen indienen namens bedrijvengroepen en mogen verklaringen jaarlijks in plaats van per zending worden ingediend. Voor kleine en micro-ondernemingen zal er een versimpelde onderzoeksverplichting naar de herkomst van producten en grondstoffen gaan gelden. Als gezegd zijn deze aanpassingen goedgekeurd eind 2025.

Eerder was het landgebonden risicobeoordelingssysteem, dat de Europese Commissie op 23 mei 2025 publiceerde, onderwerp van discussie. In deze benchmark-lijst worden landen ingedeeld met een 'laag', 'standaard' of 'hoog' risico (artikel 29 EUDR). Deze indeling bepaalt de reikwijdte van de zorgplicht van bedrijven en de intensiteit van het toezicht. De kritiek van het Europees Parlement op drie risiconiveaus richt zich met name op een gebrek aan transparantie en ineffectiviteit. De Commissie heeft niet duidelijk gemaakt hoe de risico-indicatoren zijn gewogen. Daarnaast zou de classificatie gebaseerd moeten zijn op actuele gegevens en regelmatig moeten worden bijgewerkt, maar de huidige data zijn verouderd. Ook zijn belangrijke ontbossingshaarden, zoals in Brazilië en Indonesië, als 'standaard' ingedeeld, terwijl alleen gesanctioneerde landen (Belarus, Rusland, Myanmar, Noord-Korea) als hoog risico gelden. Politieke factoren lijken de beoordeling te beïnvloeden. Tenslotte bestaat er ook nog de twijfel of drie risicocategorieën wel voldoende zijn om de verschillende risico's, vooral binnen grote landen, te dekken. Binnen landen kunnen aanzienlijke regionale verschillen bestaan, maar de classificatie behandelt landen als geheel.

In Nederland zijn de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) en de Douane verantwoordelijk voor de uitvoering. De NVWA voert inspecties uit bij handelaars, importerende, producerende en exporterende bedrijven die onder de EUDR vallen. De Douane zal controles bij de import en export (artikel 26 EUDR) uitvoeren. Ze controleren bijvoorbeeld of goederen vergezeld gaan van bovengenoemde zorgvuldigheidsverklaring.

8 Op 9 september 2024 bood Mario Draghi het adviesrapport genaamd *'The future of European competitiveness'* aan Europese Commissie aan. Inconsistente en restrictieve (duurzaamheids)regelgeving worden hierin aangemerkt als belemmeringen voor het concurrentievermogen en innovatie, beschikbaar via https://commission.europa.eu/topics/competitiveness/draghi-report_en.

EU-Omnibus

In februari 2025 presenteerde de Europese Commissie het zogenoemde Omnibus I-pakket, gericht op herziening en stroomlijning van recent vastgestelde EU-duurzaamheidswetgeving. Het pakket ziet onder meer op de *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) en de *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD), twee instrumenten die beogen ondernemingen te verplichten tot transparantie en zorgvuldigheid ten aanzien van mensenrechten en milieu in mondiale waardeketens. Het Omnibus I-pakket kent een tweesporige opzet. Enerzijds is er een procedureel voorstel voorgesteld en aangenomen dat de toepassing van bepaalde rapportage- en zorgvuldigheidsverplichtingen tijdelijk uitstelt. Anderzijds wordt onderhandeld over inhoudelijke wijzigingen die betrekking hebben op de reikwijdte en normatieve invulling van de CSRD en de CSDDD. Deze onderhandelingen bevinden zich begin 2026 in een afrondende fase en worden gekenmerkt door aanzienlijke institutionele verdeeldheid. Op 9 december 2025 werd een voorlopig politiek akkoord bereikt tussen de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie over dit voorstel. Na juridische controles en vertalingen volgt naar verwachting begin 2026 de definitieve goedkeuring.

Deze ontwikkelingen zijn relevant, omdat de CSDDD een expliciete koppeling legt tussen de (juridische) verantwoordelijkheid van ondernemingen en de bescherming van internationaal erkende mensenrechten. Wijzigingen in toepassingsdrempels, *due diligence*-standaarden en aansprakelijkheidsmechanismen hebben directe juridische gevolgen voor de rechtspositie van bedrijven en derde-belanghebbenden binnen waardeketens.

Het vastgestelde 'stop-the-clock'-voorstel voorziet in uitstel van de toepassing van de CSRD en een verschuiving van de eerste implementatiefase van de CSDDD. Voor de CSRD betekent dit dat de rapportageverplichtingen voor bedrijven over de boekjaren 2025 en 2026 met twee jaar wordt uitgesteld. De termijn voor omzetting van de CSDDD in nationale wetgeving is daarnaast uitgesteld met een jaar tot juli 2028 en ondernemingen dienen pas vanaf juli 2029 aan de regels te voldoen. Hoewel dit uitstel de implementatiedruk voor ondernemingen vermindert, roept het vragen op over de normatieve werking van de richtlijnen in de overgangsperiode. Vanuit mensenrechtelijk perspectief betekent het uitstel dat de beoogde preventieve en beschermende werking van de CSRD en CSDDD tijdelijk beperkt blijven. Voor Nederland betekent dit daarnaast dat de implementatie van de nationale regelingen (zoals de Wet internationaal verantwoord ondernemen, WIVO) opnieuw afgestemd moet worden op de gewijzigde EU-verplichtingen, met mogelijke aanpassingen in tijdslijnen en concrete wettelijke eisen.

De inhoudelijke Omnibus-voorstellen richten zich in belangrijke mate op het verhogen van toepassingsdrempels. Daarmee zou een aanzienlijk deel van de ondernemingen die onder de oorspronkelijke richtlijnen vielen, buiten het bereik van de CSRD en de CSDDD komen te vallen. Voor wat betreft de CSRD betekent dit dat enkel nog ondernemingen met meer dan duizend werknemers én een netto-omzet van meer dan € 450 miljoen binnen de reikwijdte vallen. Kleinere bedrijven die onder het oorspronkelijke regime vielen, worden daarmee grotendeels uitgezonderd.

Voor wat betreft de CSDDD is de reikwijdte nog verder uitgehold. Alleen ondernemingen binnen de EU met minstens € 1.5 miljard omzet (voorheen € 450 miljoen) en meer dan 5.000 werknemers (voorheen duizend) vallen onder de CSDDD. Voor ondernemingen van buiten de EU geldt alleen het omzetcriterium van € 1.5 miljard (voorheen € 450 miljoen). Daarnaast is de ketenbenadering van de CSDDD ook afgezwakt. Hoewel bedrijven zich nog steeds conform de *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPs) en richtlijnen van de *Organisation*

for Economic Co-operation and Development (OESO-richtlijnen) dienen te richten op de onderdelen in hun keten met de grootste risico's ten aanzien van mensen- en milieurechten, hoeven zij niet langer de gehele keten tot in detail in kaart te brengen. Een verkenning op basis van beschikbare informatie is voldoende. Wat deze verplichting tot 'een verkenning' precies inhoudt is nog onduidelijk. Op basis van deze informatie dient een onderneming een inschatting te maken waar de kans op en ernst van negatieve effecten het grootst is. Een bedrijf moet hier vervolgens wel diepgaand onderzoek naar verrichten. Als op meerdere plekken in de keten het risico tot negatieve effecten ten aanzien van mensenrechtenschendingen even hoog wordt ingeschat, mogen zij zich eerst richten op risico's bij hun directe zakenpartners.

Deze beperking raakt in het bijzonder de ketenbenadering van de CSDDD, die juist beoogt risico's te adresseren waar deze zich feitelijk voordoen, ongeacht de plek in de keten of de omvang van de onderneming. De voorgestelde handhaving van een risico- en op ernst gebaseerde *due diligence*-benadering sluit aan bij internationale normen zoals de UNGPs en de OESO-richtlijnen. Tegelijkertijd beperken aanvullende drempels voor informatieverzoeken aan zakenpartners de praktische doorwerking van deze benadering, wat de mogelijkheid tot effectieve risico-identificatie en -mitigatie kan ondergraven.

Een ander aandachtspunt betreft de herformulering van verplichtingen rondom klimaattransitieplannen. Door het accent te verleggen naar een open norm van redelijke inspanningen, ontstaat ruimte voor uiteenlopende interpretaties en nationale implementatieverschillen. Dit kan afbreuk doen aan de rechtszekerheid en aan de afdwingbaarheid van klimaatgerelateerde verplichtingen.

Het loslaten van een geharmoniseerd civielrechtelijk aansprakelijkheidsregime onder de CSDDD versterkt deze fragmentatie (in het oorspronkelijke voorstel konden slachtoffers ondernemingen via de civiele rechter aansprakelijk stellen). Slachtoffers van mensenrechtenschendingen blijven daardoor aangewezen op nationale bestuursrechtelijke handhaving door nationale toezichthouders (in Nederland wordt dit de Autoriteit Financiële Markten, AFM), wat leidt tot uiteenlopende niveaus van rechtsbescherming binnen de Europese Unie.

Het Omnibus I-pakket markeert een volgend hoofdstuk in de ontwikkeling van het Europese en nationale kader voor maatschappelijk verantwoord ondernemen. De recente aanpassingen brengen het risico met zich dat de CSDDD en de CSRD worden uitgehold, met name voor personen en gemeenschappen die afhankelijk zijn van effectieve zorgvuldigheidsverplichtingen in internationale waardeketens. Vooruitkijkend is van belang dat de nationale wetgevers oog houden voor (beleids)coherentie binnen de Unie, maar ook met internationale mensenrechten-normen en sociale rechten. Een uniforme en rechtszekere toepassing van duurzaamheidsnormen blijft essentieel, zowel voor de bescherming van mensenrechten wereldwijd, alsmede de regeldruk en -toepassing voor ondernemingen.

EU-Dwangarbeidsverordening (Forced Labour Regulation – FLR)

Met de inwerkingtreding van de Verordening inzake een verbod op met dwangarbeid vervaardigde producten op de interne markt (*EU Forced Labour Regulation*, hierna: FLR) op 13 december 2024, heeft de Europese Unie een belangrijke stap gezet in de bestrijding van moderne slavernij en dwangarbeid. De FLR verbiedt het in de handel brengen, aanbieden of uitvoeren van producten die geheel of gedeeltelijk zijn vervaardigd met behulp van dwangarbeid. Dit verbod geldt

ongeacht de plaats van productie, binnen of buiten de EU. De FLR wordt afdwingbaar 14 december 2027, drie jaar na de formele inwerkingtreding. Vanaf die datum kunnen producten die (gedeeltelijk) zijn vervaardigd met gebruik van dwangarbeid daadwerkelijk van de interne markt worden geweerd.⁹

De FLR staat niet op zichzelf, maar vormt een aanvulling op de voorgestelde CSDDD. Terwijl de CSDDD zich richt op de zorgplicht van zeer grote ondernemingen, heeft de FLR een bredere werkingssfeer en is zij van toepassing op alle ondernemingen, ongeacht omvang of sector. Hiermee wordt beoogd dwangarbeid effectiever uit wereldwijde waardeketens te weren, ook waar de reikwijdte van de CSDDD ontoereikend zou zijn.

Ter ondersteuning van bedrijven publiceert de Europese Commissie uiterlijk 14 juni 2026 richtsnoeren en een database met risicogebieden en risicoproducten. Deze databank moet bevoegde autoriteiten helpen bij risicogestuurd toezicht. Bij vermoedens van dwangarbeid buiten de EU is de Commissie verantwoordelijk voor onderzoek; binnen de EU ligt die taak bij de nationale autoriteiten. Vastgestelde schendingen kunnen leiden tot een verbod, terugroeping of verwijdering van het betrokken product. Besluiten van nationale autoriteiten hebben op grond van wederzijdse erkenning (artikel 114 VWEU) werking in alle lidstaten.

Hoewel de FLR als een belangrijke stap kan worden gezien, rijzen er niettemin zorgen over de implicaties voor mensenrechten. Zo vereist de FLR niet dat bedrijven herstelmaatregelen nemen voor slachtoffers voordat een importverbod wordt opgeheven. Daarmee wijkt zij af van de UNGPs *Principle 22*, die herstel juist als essentieel beschouwt. *Anti-Slavery International* en *het European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) benadrukt dat het ontbreken van verplichte herstelmaatregelen het risico met zich meebrengt dat bedrijven zich eenvoudigweg terugtrekken uit risicovolle regio's zonder verantwoordelijkheid te nemen voor de geleden schade.¹⁰ Het expliciet koppelen van herstel aan het opheffen van verboden wordt pas bij de herziening van de verordening in 2029 overwogen. Daarnaast zal de effectiviteit van de FLR mede afhankelijk zijn van een tijdige implementatie van de CSDDD. Met oog op de afzwakking van de CSDDD, ontstaat mogelijk (rechts)onzekerheid over wat van bedrijven wordt verwacht bij het voorkomen van dwangarbeid in hun ketens. Daarnaast vereist effectieve handhaving van de FLR een substantiële versterking van de capaciteit, zowel bij de Europese Commissie als bij de bevoegde handhavingsautoriteiten van de lidstaten. Ontbreekt het aan voldoende middelen en structurele coördinatie, dan bestaat het risico dat de verordening in de praktijk slechts beperkte werking zal hebben.¹¹

9 Conform artikel 36 VWEU, in samenhang met douaneregelgeving zoals Verordening (EU) 2019/1020).

10 V. McCullagh, B. Vanpeperstraete en C. Bailey, 'Understanding the EU Forced Labour Regulation: Assessment and Recommendations', European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), 2025, beschikbaar via <https://www.ecchr.eu/en/publication/understanding-the-eu-forced-labour-regulation/>.

11 H. de Rengervé, 'EU Adopts New Regulation to Curtail Forced Labor', Human Rights Watch, 19 november 2024, beschikbaar via <https://www.hrw.org/news/2024/11/19/eu-adopts-new-regulation-curtail-forced-labor>.

European Model Clauses

De *European Working Group for Responsible and Sustainable Supply Chains* (de Werkgroep), een expertgroep uit het *Responsible Contracting Project* (RCP),¹² werken momenteel aan de *European Model Clauses* (EMCs) voor duurzaam en verantwoord contracteren in toeleveringsketens. Met de consultatie afgerond in 2025 wordt de eerste officiële versie verwacht in 2026. In juli 2024 publiceerde de werkgroep een *Zero Draft* van de EMCs.¹³ Deze modelbepalingen zijn bedoeld om bedrijven te ondersteunen bij het naleven van de CSDDD en andere ketenwetgeving zoals de Duitse *Supply Chain Act*, de Franse *Corporate Duty of Vigilance law* en de Noorse *Transparency Act*. De EMCs zijn geïnspireerd op de Amerikaanse *Model Contract Clauses* van de *American Bar Association*, maar zijn aangepast aan het Europese rechtskader. Het doel is om contractuele *due diligence* te verbeteren, met oog voor mensenrechten en milieunormen (ofwel *human rights and environmental due diligence*, hierna: HREDD). Dit gebeurt onder meer door middel van substantiële mensenrechtenverplichtingen voor zowel kopers als leveranciers op te nemen in contracten.

De juridische grondslag van de EMCs rust op drie pijlers: de CSDDD, de UNGP's en de *OECD Guidelines for Responsible Business Conduct* (2023). In het bijzonder bepaalt artikel 18 van de CSDDD dat modelcontractbepalingen een nuttig instrument kunnen vormen bij het nakomen van de richtlijnverplichtingen.¹⁴ De EMCs geven hieraan praktische invulling, met name aan artikelen 10 en 11, die bepalen dat bedrijven passende contractuele bepalingen moeten opnemen in hun relaties met ketenpartners, mits deze eerlijk, redelijk en niet-discriminerend zijn. Concreet doen de EMCs dit door uit te gaan van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van koper en leverancier bij het uitvoeren van HREDD. Ten tweede, door remediatie te verkiezen boven de beëindiging van contracten. Ten derde door gerichte ondersteuning (vooral bij mkb-partijen) bij de uitvoering van HREDD. Ten vierde, door informatie-uitwisseling en toegang tot klachtenmechanismen contractueel vast te leggen.

De EMCs markeren een belangrijke verschuiving in het contractuele *due diligence*-denken. In tegenstelling tot traditionele clausules, die vaak slechts steunen op garanties en eenzijdige beëindigingsrechten, gaan de EMCs uit van een gedeelde verantwoordelijkheid voor de uitvoering van HREDD. Tegelijk onderkent de Werkgroep dat deze modelbepalingen geen vervanging (mogen) zijn voor een integraal *due diligence*-beleid, maar wel een essentieel hulpmiddel. De EMCs zijn daarmee een beweging weg van risico-afwenteling, en richting gezamenlijke verantwoordelijkheid voor mensenrechten en milieu in bedrijfsrelaties.

12 Het RCP, opgericht in 2022, is een non-profit initiatief dat is ondergebracht bij de Rutgers *Law School*. Het RCP maakt *open-access* instrumenten zoals modelcontractclausules en gedragscodes voor bedrijven ten behoeve van HREDD.

13 European Working Group for Responsible and Sustainable Supply Chains, *Introduction to the Zero Draft for Consultation: The European Model Clauses (EMCs) for Responsible and Sustainable Supply Chains*, juli 2024, beschikbaar via https://www.responsiblecontracting.org/_files/ugd/fcee10_ab31cbc7b9eb4572a7f9321bc4d5a208.pdf

14 De eerder besproken CSDDD verplicht bepaalde grote ondernemingen tot het uitvoeren van *due diligence* op het gebied van mensenrechten en milieubescherming. Het doel is om mensenrechtenschendingen en milieuschade in de toeleveringsketen te identificeren, te adresseren en te voorkomen.

*Nationaal***Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten**

De Wet Toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten (WTTA) heeft als doel om via een vergunningstelsel misstanden en mensenrechtenschendingen in de uitzendsector te voorkomen. Het wetsvoorstel werd eind 2025 goedgekeurd door de Eerste Kamer en inwerkingtreding van de wet is gepland per 1 januari 2027. De toelatingsplicht treedt in werking op 1 januari 2028, vanaf welke datum het in Nederland verboden is om arbeidskrachten ter beschikking te stellen zonder de vereiste goedkeuring.

Deze nationale wet voorziet aldus in de invoering van een toelatingsstelsel voor bedrijven die arbeidskrachten ter beschikking stellen, zoals uitzendbureaus en andere personeelsuitleners,¹⁵ en heeft als doel de positie van arbeidskrachten, in het bijzonder arbeidsmigranten, te versterken en oneerlijke concurrentie binnen de uitzendsector tegen te gaan.¹⁶ De Nederlandse Autoriteit Uitleenmarkt (NAU) wordt de centrale uitvoerder van het nieuwe toelatingsstelsel. Zij beoordeelt de aanvragen voor toelating, beslist over vergunningverlening en publiceert een openbaar register van toegelaten uitleners.

Het toelatingsstelsel wordt geïntegreerd in de bestaande Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). Tot de voorwaarden voor toelating behoren onder meer het overleggen van een geldige Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG), het storten van een waarborgsom van € 100.000 en het aantoonbaar voldoen aan een vastgesteld normenkader, waarin onder andere eisen zijn opgenomen op het gebied van administratie, arbeidsvoorwaarden en naleving van regelgeving. Daarnaast rust op inleners de verplichting om te verifiëren of een uitlener is toegelaten; het is op grond van artikel 7 WTTA verboden arbeidskrachten in te lenen van niet-toegelaten aanbieders. De Nederlandse Arbeidsinspectie houdt krachtens artikel 9 WTTA toezicht op de naleving van de wet en is bevoegd om bij overtredingen bestuurlijke boetes op te leggen.

Dagvaarding Milieudefensie/ING

Milieudefensie heeft in april 2024 een klimaatzaak aangespannen tegen ING, op basis van onrechtmatige daad vanwege vermeende schending van de zorgplicht om klimaatverandering tegen te gaan. Juridisch interessant zijn onder meer de toepassing van het *Shell*-arrest op de financiële sector, de rol van duurzaamheids-verplichtingen in civiele aansprakelijkheid en de vraag in hoeverre banken verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor emissies in hun financieringsportefeuille. Zeker gelet op de rol van niet-statelijke actoren zoals ING in de bescherming van mensenrechten op basis van hun *Corporate Responsibility to Respect*.¹⁷

Kortgezegd eist Milieudefensie van ING dat zij haar totale emissies in 2030 halveert en in de daaropvolgende jaren blijft verminderen conform nieuwe wetenschappelijk inzichten. Daarnaast dient ING emissies in acht vervuilende sectoren te reduceren volgens het *Net Zero Emissions by 2050 Scenario* van het Internationaal Energieagentschap. Ook moet ING de financiering van

15 *Kamerstukken II* 2023/24, 36446, nr. 2.

16 *Memorie van Toelichting, Kamerstukken II* 2023/24, 36446, nr. 3.

17 *UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Principles* 11-13 (2012).

nieuwe olie- en gasprojecten staken en van grote gefinancierde ondernemingen een deugdelijk klimaatplan eisen.¹⁸ Belangrijk in deze is de onderbouwing van deze genoemde eisen. Zo stelt Milieudefensie dat niet-statelijke actoren een rol hebben te vervullen in het tegengaan van klimaatverandering. Voor banken reserveert zij een sleutelrol in de transitie naar een duurzame economie. Deze rol is tweeledig: allereerst strekt deze tot het uitsluiten van de financiering van bepaalde broeikasgasintensieve economische activiteiten. Daarnaast strekt die tot financiering van meer duurzame projecten.¹⁹ Naast die sleutelrol benadrukt Milieudefensie de afwezigheid van absolute reductiedoelstellingen van ING, die een *fair share* zouden weerspiegelen voor een *Global North*-bank. Voor de grondslag voor gevaarzettend handelen wijst Milieudefensie naar de op ING toepasselijke zorgvuldigheidsnorm uit het *Shell*-arrest. Hier wees het Hof op (1) de ernst van de dreiging, (2) de bijdrage aan het ontstaan van de dreiging en (3) de capaciteit om bij te dragen aan het bestrijden van de dreiging.²⁰ Het laatste punt betreft een 'poortwachters-element', waarbij de mogelijkheid om bij te dragen aan de oplossing centraal staat, ongeacht de mate van veroorzaking.

Deze dagvaarding illustreert een verschuiving in focus van belangenorganisaties naar *systemic enablers* bij het aanpakken van de onderliggende oorzaken van klimaatverandering. Waar eerder de rol van staten ter discussie stond (*F35*, *Urgenda*, *Neubacher*, *KlimaSeniorinnen*) keert *public interest litigation* (bij monde van Milieudefensie) naar private actoren zoals Shell en nu dus ING. De komende zaak tegen ING zal een belangrijke testcase zijn voor klimaatrechtzaken tegen financiële instellingen.

Implementatiewet anti-SLAPP-richtlijn

Op 24 juni 2024 heeft de Europese Unie de Anti-SLAPP Richtlijn aangenomen, gericht op de bescherming van journalisten, mensenrechtenorganisaties en andere deelnemers aan het publieke debat tegen strategische rechtszaken tegen publieke deelname (SLAPPs). Deze rechtszaken worden vaak door bedrijven ingesteld of gefinancierd en zijn vaak bedoeld om de vrijheid van meningsuiting en publieke participatie te beperken. Nederland heeft deze richtlijn vertaald naar nationale wetgeving via het Wetsvoorstel implementatie Anti-SLAPP Richtlijn en moet worden geïmplementeerd vóór 7 mei 2026.

De richtlijn en de bijbehorende implementatiewet bouwen voort op fundamentele rechten, zoals artikel 10 van het EVRM, en sluiten aan bij internationale normen, waaronder de OESO-richtlijnen. Kerninstrumenten zijn de *early dismissal*-procedure, de omkering van de bewijslast en mogelijkheden voor kostenverhaal. Het belang van de richtlijn laat zich al illustreren in de zaak *Greenpeace International vs. Energy Transfer* (2025). Greenpeace werd in de VS aangeklaagd voor vermeende betrokkenheid bij protesten tegen de *Dakota Access Pipeline*, met een geëiste schadevergoeding van meer dan \$ 660 miljoen. De organisatie beriep zich op de EU Anti-SLAPP Richtlijn in Nederland om schadevergoeding en proceskosten terug te vorderen. Zonder de Anti-SLAPP-richtlijn zou een Nederlandse rechter geen bevoegdheid hebben om deze schadeclaims

18 Dagvaarding Milieudefensie tegen ING, 28 maart 2025, p. 312 e.v.

19 Dagvaarding Milieudefensie tegen ING, 28 maart 2025, p. 160-161.

20 Gerechtshof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099.

tegen Amerikaanse bedrijven te beoordelen.²¹ Tegelijkertijd wijst de literatuur op uitdagingen: De nationale uitvoering kan verschillen door uiteenlopende interpretaties van begrippen zoals ‘kennelijk ongegronde vorderingen’, aangezien dit begrip niet is gedefinieerd in de richtlijn. Dit kan leiden tot inconsistenties in de bescherming van journalisten en ‘NGO’s in grensoverschrijdende situaties.²²

Overzicht relevant publicaties Nationaal Contactpunt OESO-richtlijnen²³

Indigenous Federations uit Peru/Pluspetrol

Op 3 september 2025 publiceerde het Nederlandse Nationaal Contactpunt (NCP) onder de OESO-Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen (OESO-Richtlijnen) zijn eindverklaring in de zaak tegen energiebedrijf Pluspetrol. In deze instantie dienden vier Peruaanse inheemse federaties op 9 maart 2020 een klacht in tegen het bedrijf. De klacht zag op tekortkomingen in het milieu- en mensenrechten *due diligence*-proces, de gebrekkige openbaarmaking van informatie, fiscale praktijken en de gebrekkige stakeholder-dialoog.

Het NCP oordeelde dat Pluspetrol op meerdere punten niet conform de OESO-Richtlijnen heeft gehandeld, specifiek met het oog op transparantie, milieusanering en het betrekken van inheemse gemeenschappen. Het NCP stelt vast dat ontoereikende *due diligence*-procedures rond milieu-impact en stakeholderconsultatie leiden tot schendingen van fundamentele rechten, waaronder het recht op een schoon, gezond en duurzaam milieu, het recht op informatie en het recht op vrije, voorafgaande en geïnformeerde toestemming zoals erkend in ILO-Verdrag nr. 169 en het VN-Verdrag inzake de Rechten van Inheemse Volkeren. Het NCP benadrukte dat Pluspetrol weigerde deel te nemen aan een bemiddelingstraject en slechts beperkt medewerking verleende, terwijl de OESO-procedures nou juist bedoeld zijn om samenwerking en dialoog bevorderen. Door expliciet te verwijzen naar gebreken in transparantie en betrokkenheid van inheemse gemeenschappen, bevestigt het NCP dat ondernemingen onder de OESO-Richtlijnen niet enkel verplicht zijn negatieve impact te vermijden, maar ook een positieve herstelverantwoordelijkheid dragen voor reeds veroorzaakte schade.

Het NCP deed aanbevelingen om de transparantie te verbeteren, de bedrijfsvoering in lijn te brengen met internationale standaarden, en herstelmaatregelen te treffen voor eerder veroorzaakte schade. Een follow-up van de uitvoering van deze aanbevelingen staat gepland voor september 2026.

21 B. van Houtert, ‘The Anti-SLAPP Directive in the context of EU and Dutch private international law: Improvements and (remaining) challenges to protect SLAPP targets’, *NIPR*2024/4, p. 670.

22 Van Houtert 2024 (*supra* noot 23), p. 657.

23 Het NCP is een onafhankelijk orgaan van het ministerie van Buitenlandse Zaken dat klachten behandelt over mogelijke schendingen van de OESO-Richtlijnen, bijvoorbeeld op het gebied van mensenrechten of milieu. Partijen kunnen er terecht wanneer een bedrijf de richtlijnen mogelijk niet naleeft. Hun aanbevelingen zijn niet bindend.

Follow-up van de Eindverklaring FNV/Just Eat Takeaway.com

Op 23 juli 2025 publiceerde het NCP een *follow-up* naar aanleiding van een melding van FNV tegen *Just Eat Takeaway.com*. De melding betrof een vermeende schending van de OESO-richtlijnen via de Israëlische dochteronderneming 10bis. Volgens FNV voldeed de vakbond Histadrut aan de wettelijke eisen om 10bis-werknemers te vertegenwoordigen, maar weigerde het bedrijf overleg tussen de partijen. Daarnaast zou het management vakbondsactiviteiten hebben belemmerd.

Op 22 juli 2021 oordeelde het NCP dat de melding nader onderzoek verdiende en bood het een dialoog aan tussen FNV en *Just Eat Takeaway.com*. FNV ging akkoord, maar *Just Eat Takeaway.com* weigerde. In de eindverklaring van 22 maart 2023 concludeerde het NCP dat *Just Eat Takeaway.com* niet in lijn handelde met de OESO-richtlijnen en had moeten overleggen met de Israëlische vakbond Histadrut. Het NCP adviseerde het bedrijf een sociale dialoog op te starten, werknemers te informeren over vakbondsrechten en overleg te voeren met FNV over zijn *due diligence*-verantwoordelijkheden.

Na publicatie van de verklaring liet *Just Eat Takeaway.com* in de media weten de aanbevelingen niet te zullen opvolgen. Hoewel daarop overleg met de overheid volgde, blijkt uit recente opvolging dat meerdere aanbevelingen nog steeds niet zijn uitgevoerd: overleg met de FNV en de Israëlische vakbond ontbreekt. Het bedrijf stelt wel verbeteringen te hebben doorgevoerd, maar deze zijn door het NCP niet geverifieerd.

KRONIEK EU EN MENSENRECHTEN

November 2025 – januari 2026

Malu Beijer, Aniel Pahladsingh & Guus de Vries *

Samenvatting | Deze kroniek signaleert en becommentarieert de belangrijkste mensenrechtelijke ontwikkelingen in de EU, met nadruk op mensenrechtelijk relevante beleidsontwikkelingen en institutionele ontwikkelingen. Daarnaast is er regelmatig aandacht voor mensenrechtelijke ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU.

DOI | 10.54195/NTM.26387

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Inleiding

In de laatste maand van het jaar stonden de discussies in Brussel met name in het teken van Oekraïne. Tijdens de Europese Raad van 18 december 2025 spraken de regeringsleiders opnieuw over de mogelijkheden om extra financiering vanuit EU-zijde rond te krijgen. Er werd gesproken over een plan op tafel om de 210 miljard euro aan bevroren Russische tegoeden te gaan gebruiken als lening aan Oekraïne. België voerde hiertegen in het bijzonder groot verzet, omdat het merendeel van de bevroren tegoeden in Europa wordt vastgehouden door Euroclear, een bedrijf dat in België is geregistreerd. België vreesde daardoor grote financiële en juridische risico's te lopen als het plan zou worden aangenomen. Uiteindelijk 'won' premier De Wever zijn strijd en gaf de Europese Raad akkoord voor een alternatief plan. Via een (gezamenlijke) lening die wordt gefinancierd op de kapitaalmarkten en wordt gedekt door de EU-begroting zal een bedrag van 90 miljard euro aan Oekraïne worden geleend voor de jaren 2026 en 2027.¹ De Europese Raad heeft ook afgesproken om te blijven nadenken over de mogelijkheden voor herstelbetalingen die op basis van de opbrengsten uit de bevroren Russische tegoeden zouden kunnen worden gedaan. De discussie zal daarom ook in 2026 nog verder worden voortgezet.

Deze kroniek opent met een beschouwing van het jaarrapport van het EU-Grondrechtenagentschap (juni 2025), dat net buiten de vorige editie van deze kroniek viel. Verder sloot het Hof van Justitie in Luxemburg (traditiegetrouw) het jaar af door een hele reeks aan zaken af te doen. In deze kroniek wordt een selectie van een aantal van de belangrijkste uitspraken van het Hof van Justitie in december 2025 besproken. Deze zaken zien op de erkenning van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht, de onafhankelijkheid van het Poolse Constitutionele Tribunaal, evenals de schendingen van fundamentele beginselen van Unierecht door dit Hof, de verantwoor-

■ Mr. dr. M.P. Beijer is senior beleidsmedewerker bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en daarnaast research fellow bij de Radboud Universiteit. Mr. A. Pahladsingh is senior EU-jurist bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, rechter-plaatsvervanger bij de rechtbanken Rotterdam en Amsterdam. Mr. G.B.M. de Vries is beleidsmedewerker bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en tevens buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit. De auteurs schrijven deze kroniek op persoonlijke titel.

1 Dit kwam tot stand op basis van artikel 20 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) (grondslag voor nauwere samenwerking tussen de lidstaten). Hongarije, Slowakije en Tsjechië besloten hieraan geen deel te nemen.

delijkheden van Frontex bij gezamenlijke terugkeeroperaties en de Deense wet op de volkshuisvesting.

Jaarrapport over 2024 van het EU-Grondrechtenagentschap

In juni 2025 zijn het jaarverslag (beter bekend als *Fundamental Rights Report*) van het Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten (hierna: FRA) en de daarmee samenhangende preadviezen gepubliceerd.² In dit rapport worden de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van fundamentele rechten in 2024 omschreven, zowel in positieve als negatieve zin. Het FRA begint zijn verslag met een duidelijke waarschuwing: als gevolg van de sociaaleconomische omstandigheden en de veranderingen in het geopolitieke landschap staan fundamentele rechten in de EU onder druk. In het bijzonder wijst het FRA op de conflicten die op dit moment het wereldtoneel tergen, zoals het conflict in het Midden-Oosten en de Russische agressie tegen Oekraïne. De oorlog in Gaza zorgt volgens het FRA voor een toenemende mate van antisemitisme en moslimhaat, terwijl als gevolg van de oorlog in Oekraïne miljoenen ontheemden in de EU verblijven. Daarnaast blijft racisme en discriminatie voor veel mensen de dagelijkse realiteit. FRA baseert die conclusie op zijn eigen onderzoek naar patronen van racisme en discriminatie gericht tegen joden, moslims, zwarten, Roma, migranten en LHBTIQ+-personen. Dit vindt voornamelijk plaats op socialemediaplatformen. Het FRA noemt Nederland, samen met België en Duitsland, als land waarin in het bijzonder een stijging van online haat, geweld- en doodsb bedreigingen op te maken is. Verder wijst het FRA op de moeilijke sociaaleconomische omstandigheden binnen de EU, die onder andere wordt beïnvloed door de stijgende energieprijzen. Dit kan volgens het FRA leiden tot energiearmoede en ongelijkheid in de hand spelen.

In 2024 vonden daarnaast diverse verkiezingen plaats, wereldwijd en binnen de EU, waaronder ook de verkiezingen voor het Europees Parlement in juni 2024. Het FRA neemt ook Nederland onder de loep als het gaat om de mogelijkheden voor personen met een beperking om volwaardig deel te nemen aan verkiezingen. Sinds 2019 zijn er positieve ontwikkelingen geweest, maar in Nederland bleek dat ongeveer 25% van de stemlokalen niet of slecht toegankelijk waren.

Positieve ontwikkelingen die het FRA in zijn jaarverslag onder de aandacht brengt zien op de ontwikkelingen om digitale technologieën te reguleren. In 2024 is de Digitaaldienstenverordening van kracht gegaan.³ Deze verordening stelt regels voor het handelen van aanbieders van onlinediensten, waaronder socialemediaplatformen. Een kernverplichting betreft het verwijderen van illegale onlinecontent, waaronder haatdragende uitlatingen, nadat iemand het platform wijst op die content. Dergelijke onlinehaat kan ingrijpende gevolgen hebben voor de geestelijke gezondheid en het welzijn van betrokkenen. De verplichting om illegale content te verwijderen kan een tegenwicht bieden tegen racisme en discriminatie die vooral online plaatsvindt. Het FRA wijst er ook op dat men nog steeds werkt aan de toetreding van de EU tot het EVRM. De toetreding moet zorgen voor meer consistentie in de toepassing van fundamentele rechten binnen de EU-lidstaten, wat de effectiviteit ten goede komt. Wij hebben dit proces in eerdere

² Verslag over de Grondrechten – 2025, Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, 10 juni 2025.

³ Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (Digitaaldienstenverordening).

edities uitgebreid besproken. Nieuwste ontwikkeling in dit proces is dat de Europese Commissie inmiddels, op grond van artikel 218, elfde lid VWEU, een adviesaanvraag heeft gedaan bij het EU-Hof om te oordelen over de nieuwe concept Toetredingsovereenkomst.⁴

Voor wat betreft Nederland staat het FRA in positieve zin ook nog stil bij het in werking treden van de Wet seksuele misdrijven. Deze wet heeft onder meer het nieuwe strafbare feit van schuld aanranding geïntroduceerd. Daarnaast is het delict verkrachting aangepast, zodat daaronder ook schuldverkrachting valt. Daarvan is sprake als er zwaarwegende redenen bestaan om aan te nemen dat de seksuele handelingen tegen de wil van het slachtoffer zijn verricht. Het FRA benoemt dat de inzet van agenten in burger al voor de eerste veroordelingen op grond van deze nieuwe wet hebben gezorgd.⁵

Het rapport somt ook een aantal adviezen op aan de Europese Commissie en EU-lidstaten gedaan om het niveau van de bescherming van fundamentele rechten te verhogen. Dit jaar hebben deze adviezen in het bijzonder betrekking op de eerbiediging van fundamentele rechten bij verkiezingen, de effectieve bescherming van vrouwelijke slachtoffers van geweld en de uitvoering en het gebruik van het EU-handvest op nationaal niveau. Volgens het FRA moeten de Europese Commissie en de EU-lidstaten meer financiële middelen ter beschikking stellen om de integriteit van EU-verkiezingen te waarborgen, en moeten EU-lidstaten de structuren versterken om melding te doen van criminaliteit en nationale mensenrechteninstellingen om op volwaardig niveau te kunnen deelnemen aan het wetgevingsproces in de EU-lidstaten.

Erkenning van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht

Op 25 november 2025 oordeelde het Hof van Justitie dat lidstaten een huwelijk tussen twee Unieburgers van gelijk geslacht, gesloten in een andere lidstaat waar zij hun recht van vrij verkeer en verblijf hebben uitgeoefend, moeten erkennen.⁶ Het Hof deed deze prejudiciële uitspraak in een Poolse zaak van twee Poolse mannen die in Duitsland verbleven en van hun recht op vrij verkeer gebruik hadden gemaakt. Zij trouwden in Duitsland. Terug in Polen erkende de Poolse overheid dit huwelijk niet. Volgens de Poolse grondwet kan een huwelijk alleen worden gesloten tussen een man en een vrouw.

Volgens het Hof van Justitie is de weigering tot erkenning van het huwelijk in strijd met het recht op vrij verkeer en verblijf (artikel 21, eerste lid, Werkingsverdrag van de EU) en het recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven (artikel 7 van het EU-Handvest van de grondrechten).⁷ Het Hof verwijst voor die laatste constatering naar verschillende uitspraken die het EHRM al vanaf 2023 deed over de weigering van de Poolse autoriteiten om huwelijken van gelijke geslacht te erkennen. Het EHRM oordeelde dat artikel 8 EVRM een positieve verplichting oplegt aan lidstaten om een rechtskader in te voeren dat juridische erkenning en bescherming van koppels van hetzelfde geslacht waarborgt en dat Polen heeft

4 Europese Commissie, commission decision on a request for an opinion of the Court of Justice pursuant to article 218(11) TFEU in relation to the draft agreement providing for the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 25 juli 2025.

5 Rb. Rotterdam, 2 oktober 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:9612.

6 HvJ EU 25 november 2025, C-713/23, (*Wojewoda Mazowiecki*).

7 HvJ EU 25 november 2025, C-713/23, (*Wojewoda Mazowiecki*), par. 54 en 67.

nagelaten dit rechtskader te bieden.⁸ Volgens het Hof van Justitie moeten Unieburgers er zeker van zijn dat zij hun gezinsleven, opgebouwd in een andere lidstaat, kunnen voortzetten bij terugkeer naar de lidstaat waar zij vandaan komen. De weigering van de erkenning kan volgens het Hof ernstige administratieve, professionele en persoonlijke ongemakken opleveren waardoor de echtgenoten zich genoodzaakt kunnen zien als alleenstaanden verder te gaan leven.⁹

Lidstaten zijn daarmee verplicht om het huwelijk dat is gesloten in een andere lidstaat te erkennen. Volgens het Hof is dit niet in strijd met de nationale identiteit (artikel 4, tweede lid, EU-Verdrag) en is ook geen sprake van een bedreiging van de openbare orde van de lidstaten. Het Hof benadrukt dat lidstaten niet verplicht worden huwelijken van gelijk geslacht in hun nationale recht wetgeving op te nemen. Lidstaten hebben ook enige beoordelingsvrijheid voor de wijze waarop ze het huwelijk erkennen. Tegelijkertijd moet dit er volgens het Hof niet toe leiden dat de erkenning onmogelijk of zeer moeilijk wordt gemaakt en dat discriminatie vanwege seksuele geaardheid plaatsvindt.¹⁰ Van discriminatie is volgens het Hof sprake als een lidstaat de mogelijkheid tot erkenning die openstaat voor koppels van verschillend geslacht niet ook openstelt voor koppels van gelijk geslacht. In Polen is het mogelijk de huwelijkse akte over te schrijven in het Poolse register en die mogelijkheid moet Polen dan ook volgens het Hof zonder onderscheid gaan toepassen.

Onafhankelijkheid van het Poolse Constitutionele Tribunaal en schending van fundamentele EU- beginselen

Op 18 december deed het Hof van Justitie uitspraak in een zaak over het Poolse Constitutionele Tribunaal.¹¹ De Commissie startte in december 2021 een inbreukprocedure tegen Polen vanwege twee uitspraken van het Tribunaal waarin dat Tribunaal verschillende bepalingen van het EU-Verdrag strijdig met de Poolse grondwet achtte en uitdrukkelijk de voorrang van het Unierecht op het spel zette. Volgens het Poolse Tribunaal had het Hof van Justitie met uitspraken over het recht op effectieve rechterlijke bescherming haar bevoegdheden overschreden.¹² Een belangrijke aanleiding voor de inbreukprocedure vormde voor de Commissie ook de onregelmatigheden in de benoeming van drie rechters en de president van het Poolse Tribunaal in 2015 en 2016 waardoor dit Tribunaal volgens de Commissie sindsdien geen onafhankelijk en onpartijdig gerechtshof meer vormt.¹³

Om te beginnen had het Poolse Tribunaal volgens het Hof van Justitie in strijd gehandeld met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming (artikel 19, eerste lid, EU-Verdrag), doordat het Poolse Tribunaal de bevoegdheid van nationale rechters om de rechtmatigheid van de benoemingsprocedures voor rechters te toetsen, waaronder ook de besluiten van de (gepolitiseerde) Poolse Raad voor de Rechtspraak, en om uitspraken over gebreken in die procedures

8 EHRM 12 december 2023, 11454/17, par. 113, 123 en 124 (*Przybyszewska e.a./Polen*); EHRM 19 september 2024, 58828/12, par. 20, 25, 26 en 29 (*Formela e.a./Polen*); en EHRM 24 april 2025, 53662/20, par. 11, 14-19 (*Andersen/Polen*).

9 HvJ EU 25 november 2025, C-713/23, par. 44, 51 en 52 (*Wojewoda Mazowiecki*).

10 HvJ EU 25 november 2025, C-713/23, par. 69-75 (*Wojewoda Mazowiecki*).

11 HvJ EU 18 december 2025, C-448/23, (*Commissie/Polen*).

12 HvJ EU 8 april 2020, C-791/19, (*Commissie/Polen*); en HvJ EU 6 oktober 2021, C-487/19 (*W. Ż*).

13 Zie ook het persbericht van de Commissie van 15 februari 2023, via: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_23_842/IP_23_842_EN.pdf.

te doen, opzij heeft geschoven.¹⁴ Ook schond het Poolse Tribunaal het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming doordat het de voorlopige maatregelen van het Hof van Justitie weigerde te erkennen.¹⁵ Volgens het Hof van Justitie worden hiermee wezenlijke kenmerken van de Unie aangetast, omdat de beginselen van autonomie, voorrang, doeltreffendheid en eenvormige toepassing van het Unierecht en de bindende werking van de rechtspraak van het Hof door het Poolse Tribunaal opzij zijn gezet.

Volgens het Hof van Justitie kan Polen geen beroep doen op de grondwettelijke identiteit om zich te onttrekken aan de in artikel 2 van het EU-Verdrag neergelegde gemeenschappelijke waarden (rechtsstaat, effectieve rechtsbescherming en onafhankelijkheid van de rechterlijke macht) die onderdeel uitmaken van de identiteit van de Unie zelf en waartoe Polen vrijwillig is toegetreden.¹⁶ Nationale rechterlijke instanties kunnen niet eenzijdig de omvang en de grenzen van de aan de Unie toegekende bevoegdheden bepalen. Bij twijfels over de omvang en de bevoegdheden van de Unie, de geldigheid van handelingen van de Unie en miskenning van de eerbiediging van de nationale identiteit, is het noodzakelijk dat die twijfels van nationale rechterlijke instanties via een prejudiciële procedure in een dialoog met het Hof van Justitie worden weggenomen.¹⁷

In navolging van de uitspraken van het EHRM in 2021 en 2022, concludeert het Hof van Justitie ook dat de onregelmatigheden in de benoeming van drie rechters en de president van het Constitutionele Tribunaal in 2015 en 2016 ertoe leidt dat het Tribunaal niet voldoet aan de vereisten van een bij wet ingestelde rechter die onafhankelijk en onpartijdig is (artikel 19, eerste lid, EU-Verdrag en artikel 47 EU-Handvest).¹⁸

Het Hof van Justitie volgt, in navolging van ook het advies van Advocaat-Generaal Spielmann, de Commissie in deze inbreukprocedure daarmee volledig.

Gezamenlijke terugkeeroperatie gecoördineerd door Frontex

Op 18 december 2025 heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) geoordeeld dat Frontex (de grensbewakingsdienst van de EU) verantwoordelijk kan worden gehouden voor de zogeheten pushback van een Syrisch gezin.¹⁹ Het Hof oordeelt dat het Gerecht in een eerder arrest ten onrechte heeft beslist dat Frontex enkel technische en operationele steun aan de lidstaten verleende en niet hoefde te verifiëren of er een terugkeerbesluit bestond. In deze zaak stond de vraag centraal of de gezamenlijke verantwoordelijkheid tussen de EU-agentschap en de lidstaten kan leiden tot gedeelde ('hoofdelijke') aansprakelijkheid van de EU voor schade die wordt veroorzaakt doordat het agentschap verplichtingen niet-nakomt.

De aanleiding van deze zaak is een gezamenlijke terugkeeroperatie die door Frontex werd gecoördineerd en waarbij een gezin van Syrische Koerden, bestaande uit twee ouders en vier kinderen, per vliegtuig van Griekenland (een EU-lidstaat) naar Turkije (geen EU-lidstaat) werd

14 HvJ EU 18 december 2025, C-448/23, par. 105-126 (*Commissie/Polen*).

15 HvJ EU 18 december 2025, C-448/23, par. 129-142 (*Commissie/Polen*).

16 HvJ EU 18 december 2025, C-448/23, par. 174-180 en 191-193 (*Commissie/Polen*).

17 HvJ EU 18 december 2025, C-448/23, par. 211-233 (*Commissie/Polen*).

18 EHRM 7 mei 2021, 4907/18, par. 281, 289 en 290 (*Xero Flor/Polen*); en EHRM 15 maart 2022, 43572/18, par. 277 (*Grzęda/Polen*).

19 HvJ EU 18 december 2025, C-679/23P, (*WS and Others v Frontex (Opération de retour conjointe)*).

teruggestuurd. Het Syrische gezin werd in een door Frontex gecoördineerde terugkeeroperatie vanuit Griekenland naar Turkije teruggevlogen nog voordat zij asiel hadden kunnen aanvragen in Griekenland. De Griekse autoriteiten hadden daarbij ook geen terugkeerbesluit genomen ten aanzien van het gezin. Frontex stelde echter dat zij geen verplichting had om dit te controleren. De gezinsleden betogen dat de materiële en immateriële schade die zij hebben geleden, is veroorzaakt door het onrechtmatig handelen – of beter gezegd, het niet-handelen – van het Europees Grens- en kustwachtagentschap (Frontex) voor, tijdens, en na die terugkeeroperatie, waardoor een aantal van hun grondrechten is geschonden. Zij verzoeken het EU-Hof om Frontex ertoe te veroordelen hun een schadevergoeding te betalen.

In Griekenland had het gezin te kennen gegeven internationale bescherming te willen aanvragen. Zij klagen bij het EU-hof omdat hun overdracht naar Turkije volgens hen een onrechtmatig *refoulement* (*pushback*) vormde en hun grondrechten bij deze overdracht werden geschonden. Ze betogen met name dat als Frontex had voldaan aan zijn verplichting om de eerbiediging van de grondrechten en het beginsel van *non-refoulement* tijdens deze operatie te waarborgen, deze rechten niet zouden zijn geschonden en het gezin niet naar Turkije zou zijn teruggestuurd, maar internationale bescherming in de Europese Unie zou hebben gekregen. Op 6 september 2023 heeft het Gerecht het beroep van het gezin afgewezen wegens het ontbreken van een causaal verband tussen het vermeende onrechtmatige gedrag van Frontex en de geleden schade, zonder de overige aansprakelijkheidsvoorwaarden te beoordelen.²⁰ Volgens het Gerecht kon Frontex, aangezien dit geen bevoegdheid heeft om terugkeerbesluiten ten gronde te beoordelen of verzoeken om internationale bescherming te onderzoeken, niet aansprakelijk worden gesteld voor schade in verband met de terugkeer van deze personen naar Turkije.

In de tegen dat arrest ingestelde hogere voorziening vernietigt het Hof grotendeels het arrest van het Gerecht en verwijst het de zaak terug naar het Gerecht. In zijn arrest merkt het Hof allereerst op dat het Unierecht Frontex een reeks verplichtingen oplegt die erop gericht zijn de eerbiediging van de grondrechten te waarborgen in het kader van gezamenlijke terugkeeroperaties. Bovendien herinnert het Hof eraan dat deze operaties alleen betrekking mogen hebben op personen die onderworpen zijn aan schriftelijke en uitvoerbare terugkeerbesluiten. Frontex had dus moeten nagaan of er dergelijke terugkeerbesluiten zijn vastgesteld voor alle personen die een lidstaat voornemens is terug te sturen via gezamenlijke terugkeeroperaties, om te garanderen dat deze operaties het beginsel van *non-refoulement* eerbiedigen.

Dit is de eerste schadeclaim die tegen Frontex is ingesteld bij het HvJEU voor zijn rol bij *pushbacks*, die illegaal zijn en in strijd met de grondrechten. Het Hof geeft de Syrische familie dus gelijk en oordeelt dat het Gerecht ten onrechte heeft aangenomen dat Frontex enkel technische en operationele steun aan de lidstaten verleende en niet hoefde te verifiëren of er een terugkeerbesluit bestond. Bovendien is het Hof van oordeel dat het Gerecht eveneens blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat eventuele schendingen van grondrechten die plaatsvinden tijdens een terugvlucht uitsluitend de verantwoordelijkheid van de gastlidstaat zijn, met uitsluiting van elke aansprakelijkheid van Frontex. Het Hof vernietigt daarom grotendeels het bestreden arrest en verwijst de zaak terug naar het Gerecht voor een nieuwe uitspraak waarbij rekening wordt gehouden met de verplichtingen van Frontex met

20 HvJ EU (Gerecht) 6 september 2023, T-600/21 (WS e.a./European Border and Coast Guard Agency (Frontex)).

betrekking tot de bescherming van de grondrechten van de personen voor wie gezamenlijke terugkeeroperaties worden ondernomen.

Deense wet op de volkshuisvesting

Deze huisvestingszaken gaan over stedelijke transformatiegebieden in Kopenhagen. Een Deense wet legt de verplichting op om ontwikkelingsplannen op te stellen met het oog op het vermindere van het percentage sociale gezinswoningen in woongebieden die onder meer worden gekenmerkt door het feit dat het aandeel 'immigranten en hun nakomelingen uit niet-westerse landen' dat in de afgelopen vijf jaar in de gebieden heeft gewoond tot boven de 50% is gestegen. Bepaalde wijken zijn door de Deense overheid in 2018 aan te merken als 'hard gettogebied' (parallele samenlevingen; nu ('transformatiegebied')), omdat zij relatief armer waren en groten-deels werden bewoond door wat de Deense wet omschrijft als 'immigranten en hun nakomelingen uit niet-westerse landen'.

Door de gebieden aan te merken als transformatiegebied is het mogelijk om sociale huurcontracten op te zeggen. Aan de huurders wordt permanente herhuisvesting aangeboden. De bedoeling van de Deense autoriteiten is om 'gettowijken' te diversifiëren. Een Deense rechter twijfelt echter of een en ander verenigbaar is met Richtlijn 2000/43/EG (gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming) en wil weten of er sprake kan zijn van directe of indirecte discriminatie op grond van etnische afstamming en stelt enkele prejudiciële vragen aan het Hof.

Het begrip 'etnische afstamming' wordt niet gedefinieerd in Richtlijn 2000/43/EG. Het Hof stelt dat het begrip etnische afstamming

'voortspruit uit de gedachte dat maatschappelijke groepen worden gekenmerkt door met name een gemeenschappelijke nationaliteit, religie, taal, culturele en traditionele achtergrond, en gemeenschappelijke levensomstandigheden'. Deze lijst van criteria is niet uitputtend en de etnische afstamming kan niet op basis van één criterium worden vastgesteld 'maar moet integendeel berusten op een reeks elementen waarvan sommige objectief, en andere subjectief van aard zijn'.²¹

Met betrekking tot de vraag of de Deense wet directe discriminatie inhoudt, merkt het Hof op dat het betrokken criterium doorslaggevend lijkt te zijn om vast te stellen welke 'transformatiegebieden' worden geraakt door de vermindering van het aantal sociale gezinswoningen. Het is echter aan de nationale rechter om te onderzoeken of dit criterium een verschil in behandeling op grond van de etnische afstamming van de meerderheid van de bewoners van deze gebieden inhoudt, waardoor de bewoners van die gebieden minder gunstig worden behandeld dan de bewoners van vergelijkbare gebieden waar het percentage immigranten niet tot boven de 50% is gestegen.

Mocht de nationale rechter vaststellen dat deze wet geen directe discriminatie vormt, dan moet hij ook nagaan of deze wet indirecte discriminatie veroorzaakt. Dit zou het geval zijn wanneer de wet weliswaar schijnbaar neutraal is geformuleerd of wordt toegepast, maar in de praktijk een bijzonder nadeel veroorzaakt voor personen die tot bepaalde etnische groepen

²¹ HvJ EU 13 februari 2025, C-417/23, par. 72-73.

behoren. In die context herinnert het Hof eraan dat dit nadeel niet noodzakelijkerwijs maar één etnische afstamming hoeft te raken. Als de nationale rechter vaststelt dat de betrokken wet een dergelijk bijzonder nadeel veroorzaakt, moet hij ook onderzoeken of de betrokken wet het door de Deense regering aangevoerde doel van algemeen belang nastreeft, namelijk het oplossen van problemen in verband met de sociale samenhang en de integratie in het kader van het Deense stelsel van sociale huisvesting, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. Dit betekent met name dat wordt vastgesteld of deze wet, met zijn verplichting om ontwikkelingsplannen vast te stellen, de doelstelling nastreeft om de sociale samenhang op coherente en stelselmatige wijze te bevorderen, ook al geldt deze verplichting niet voor woonwijken die slechts van ‘transformatiegebieden’ verschillen door het feit dat hun inwoners niet overwegend ‘immigranten en hun nakomelingen uit niet-westerse landen’ zijn. Bij het onderzoek van de rechtvaardiging wordt rekening gehouden met het grondrecht op eerbiediging van de woning.

TUSSEN NEW YORK EN GENÈVE: VN-KRONIEK Oktober - december 2025

Margarita Avramtcheva, Bram Burger & Janneke Bossenbroek *

Samenvatting | Deze kroniek beschrijft de gebeurtenissen in de diverse mensenrechtenorganen van de Verenigde Naties (VN) en belangrijke gerelateerde onderwerpen van oktober tot december 2025. In deze kroniek is er in het bijzonder aandacht voor de ontwikkelingen in Gaza en Soedan, die als eerste aan bod komen in de kroniek. Daarna komen de politieke organen – de Veiligheidsraad en de Mensenrechtenraad – en vervolgens de gespecialiseerde Comités die toezien op de naleving van de verschillende VN-mensenrechtenverdragen aan bod.

DOI | 10.54195/NTM.26388

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Soedan

VN-Rassendiscriminatiecomité

Experts van het Rassendiscriminatiecomité hebben op 9 december 2025 ernstige zorgen geuit over de situatie in Soedan.¹ Het gaat hierbij specifiek om gerichte acties tegen leden van de etnische gemeenschappen Fur, Masalit en Zaghawa, gepleegd door de Rapid Support Forces (RSF) en geallieerde strijdkrachten in El Fashir, Noord-Darfoer. In de beslissing geeft het Comité aan dat Soedan wordt geconfronteerd met één van de grootste ontheemdings-crisis ter wereld, met 7,2 miljoen ontheemden en meer dan drie miljoen vluchtelingen in buurlanden. Deze situatie wordt verder verergerd door hongersnood en een ineenstorting van de humanitaire hulpverlening, aldus experts.²

De val van El Fasher op 26 oktober 2025, na een beleg van meer dan 540 dagen, werd gevolgd door berichten over toenemende mensonterende taalgebruik, haatzaaien, etnisch gemotiveerde schendingen en misbruik van mensenrechten, met name door de RSF en geallieerde strijdkrachten. In deze verontrustende situatie maakt het Comité zich specifiek zorgen over de volgende daden:

‘etnisch gemotiveerde moorden, foltering, executies, willekeurige detentie van burgers; wijdverbreid en systematisch gebruik van verkrachting en andere vormen van seksueel en gender-gerelateerd geweld als oorlogswapen; aanvallen op gezondheidsvoorzieningen, waaronder het doden van patiënten en gewonden,

- M.S. Avramtcheva rondde een LL.M. Public International Law af aan de Universiteit van Oslo en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. B. Burger rondde een LL.M. Public International Law af aan de Universiteit Leiden en een LL.M. in International Human Rights & Environmental Law aan de University of New South Wales en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. J.A. Bossenbroek rondde een LL.M. Public International Law af en een LL.M. Strafrecht aan de Universiteit Utrecht en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel.

1 Decision 2 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 5 december 2025.

2 Decision 2 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 5 december 2025; ‘Sudan must address ethnic violence and prevent further escalation, UN committee warns’, OHCHR 9 december 2025.

en het ontzeggen van toegang tot gezondheidszorg; en opzettelijke aanvallen op humanitaire hulpverleners en blokkades van humanitaire hulp.³

Verder uitte het Comité zorgen over het geïntensiveerde geweld en schendingen en misbruiken van mensenrechten in de Kordofan regio, in het licht van de gevechten tussen de Soedanese Armed Forces (SAF) en de RSF en geallieerde strijdkrachten.⁴

Gezien bovenstaande zorgen spoort het Comité Soedan aan om effectieve maatregelen te nemen om verdere escalatie en schendingen van mensenrechten te voorkomen, met name het stoppen van etnisch gemotiveerd geweld, het aanzetten tot haatzaaiing en het gebruik van mensonterende taal.⁵ Ook vraagt het Comité de autoriteiten om onderzoek in te stellen naar de genoemde berichten en vermoedelijke schendingen en slachtoffers te compenseren, ongeacht de etniciteit van de slachtoffers of daders.⁶ Verder vraagt het Comité Soedan om mee te werken aan de onafhankelijke internationale onderzoekscommissie voor Soedan, zeker gezien de situatie in El Fasher.⁷ Ten slotte roept het Comité alle partijen in het conflict om het geweld onmiddellijk te stoppen en een staakt-het-vuren in te lassen, zodat overgegaan kan worden tot een inclusieve dialoog tussen verschillende gemeenschappen in Soedan om tot een oplossing van het conflict te komen.⁸

Mensenrechtenraad

Op 14 november 2025 vond de 38^{ste} Speciale Sessie van de Raad plaats, volledig gewijd aan het conflict in en om El Fasher, in Soedan.⁹ Deze sessie is georganiseerd op verzoek van het Verenigd Koninkrijk, Noord Ierland, Duitsland, Ierland, Nederland en Noorwegen.¹⁰ Al eerder is dit conflict in Soedan geanalyseerd in deze kroniek,¹¹ waarbij werd ingegaan op het zeer zorgwekkende rapport van de VN-onderzoekscommissie voor Soedan.¹² In het rapport is

3 Decision 2 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 5 december 2025; 'Sudan must address ethnic violence and prevent further escalation, UN committee warns', *OHCHR* 9 december 2025.

4 Decision 2 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 5 december 2025; 'Sudan must address ethnic violence and prevent further escalation, UN committee warns', *OHCHR* 9 december 2025.

5 Decision 2 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 5 december 2025; 'Sudan must address ethnic violence and prevent further escalation, UN committee warns', *OHCHR* 9 december 2025.

6 Decision 2 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 5 december 2025; 'Sudan must address ethnic violence and prevent further escalation, UN committee warns', *OHCHR* 9 december 2025.

7 Decision 2 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 5 december 2025; 'Sudan must address ethnic violence and prevent further escalation, UN committee warns', *OHCHR* 9 december 2025.

8 Decision 2 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 5 december 2025; 'Sudan must address ethnic violence and prevent further escalation, UN committee warns', *OHCHR* 9 december 2025.

9 'Human Rights Council to Hold Special Session on the Human Rights Situation in and around El Fasher, Sudan on 14 November', *OHCHR* 7 november 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2025/11/human-rights-council-hold-special-session-human-rights-situation-and?sub-site=HRC.

10 'Human Rights Council to Hold Special Session on the Human Rights Situation in and around El Fasher, Sudan on 14 November', *OHCHR* 7 november 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2025/11/human-rights-council-hold-special-session-human-rights-situation-and?sub-site=HRC.

11 *NTM-NJCM-Bull.* 2025, Jrg. 50, nr. 1, p. 94.

12 'Findings of the investigations conducted by the Independent International Fact-Finding Mission for the Sudan into violations of international human rights law and international humanitarian law, and related crimes, committed in the Sudan in the context of the conflict that erupted in mid-April 2023', *OHCHR* 23 oktober 2024, A/HRC/57/CRP.6.

geadviseerd om, overeenkomstig resolutie 1556 (2004) van de Veiligheidsraad en daaropvolgende resoluties, het bestaande wapenembargo in Darfur uit te breiden naar heel Soedan om de levering van wapens, munitie en andere logistieke of financiële steun aan de strijdende partijen in te dammen en verdere escalatie te voorkomen.¹³ Echter is hier geen gehoor aan gegeven; de *Rapid Support Forces* (RSF) hebben in april 2025 het vluchtelingenkamp Zamzam aan de voet van de stad El Fasher ingenomen, waarbij meer dan duizend burgers om het leven zijn gekomen en 400.000 inwoners van het kamp (weer) ontheemd zijn geraakt.¹⁴ Het verzoek voor het houden van een Speciale Sessie is gebaseerd op signalen van massale schendingen van het humanitair oorlogsrecht door de RSF en gelieerde strijdkrachten worden begaan bij de inname van El Fasher op 26 oktober.¹⁵ In zijn openingswoord van de Sessie noemde Hoge Commissaris Volker Türk dat er massamoorden op burgers, etnisch gerichte executies, seksueel geweld waaronder groepsverkrachtingen, en andere wreedheden plaats hebben gevonden.¹⁶

De sessie concludeerde met de aanname van resolutie A/HRC/S-38/L.1, waarbij de al bestaande onderzoekscommissie voor Soedan wordt opgeroepen om waar mogelijk, alle personen te identificeren van wie er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat zij verantwoordelijk zijn voor vermeende schendingen van mensenrechten, en om inspanningen te ondersteunen om ervoor te zorgen dat de daders van de vermeende schendingen ter verantwoording worden geroepen.¹⁷ In december 2025 is er meer informatie vrijgekomen over de verschrikkingen die daar zijn begaan, waarbij op satellietbeelden vermeende stapels lijken te zien zijn op 150 locaties, aldus onderzoekers van de Amerikaanse Universiteit Yale.¹⁸ Expert van de onderzoekscommissie, Mona Rishmawi, noemt in haar verklaring aan de Raad tijdens de Speciale Sessie dat deze grootschalige mensenrechtenschendingen voorkomen hadden kunnen worden, aangezien zij het directe gevolg zijn aan decennialange straffeloosheid.¹⁹ Zij geeft aan dat de partijen die deze brutaliteit steunen middels het financieren en bewapenen van deze groepen de macht en plicht hebben om hier een einde aan te maken; zij hebben een bijzondere verantwoordelijkheid. Adama Dieng, Special Gezant van de Afrikaanse Unie voor de preventie van genocide en massale

- 13 'Findings of the investigations conducted by the Independent International Fact-Finding Mission for the Sudan into violations of international human rights law and international humanitarian law, and related crimes, committed in the Sudan in the context of the conflict that erupted in mid-April 2023', *OHCHR* 23 oktober 2024, A/HRC/57/CRP.6.
- 14 'Report of OHCHR Sudan Country Office on the offensive of the Rapid Support Forces on Zamzam IDP camp, North Darfur (11-13 April 2025): "Three days of terror with no safe refuge"', *OHCHR* 18 december 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/documents/country-reports/report-ohchr-sudan-country-office-offensive-rapid-support-forces-zamzam.
- 15 'Sudan: UN experts appalled by reports of mass atrocities, unlawful killings and sexual violence in El Fasher', *OHCHR* 7 november 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/11/sudan-un-experts-appalled-reports-mass-atrocities-unlawful-killings-and
- 16 'Human Rights Council Calls for Urgent Inquiry into Recent Alleged Violations of International Law Committed in and Around El Fasher, Sudan', *OHCHR* 14 november 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2025/11/human-rights-council-calls-urgent-inquiry-recent-alleged-violations?sub-site=HRC.
- 17 'Human Rights Council Calls for Urgent Inquiry into Recent Alleged Violations of International Law Committed in and Around El Fasher, Sudan', *OHCHR* 14 november 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2025/11/human-rights-council-calls-urgent-inquiry-recent-alleged-violations?sub-site=HRC.
- 18 '150 stapels lijken te zien in Sudanese stad Al-Fasher: "Het is een slachthuis"', *NOS* 16 december 2025, beschikbaar via nos.nl/collectie/14007/artikel/2594835-150-stapels-lijken-te-zien-in-sudanese-stad-al-fasher-het-is-een-slachthuis.
- 19 'Statement by Mona Rishmawi, Expert Member of the UN Fact-Finding Mission for the Sudan, to the 38th Special Session of the Human Rights Council on the human rights situation in and around El-Fasher', *OHCHR* 14 november 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/ffm-sudan/index.

wreedheden, riep landen op om onmiddellijk een einde te maken aan de instroom van wapens en strijders naar Soedan.²⁰ Soedan zelf beschuldigd de Verenigde Arabische Emiraten (VAE) voor het steunen van deze groepen, waarop de VAE ontkennend heeft gereageerd tijdens de Speciale Sessie.²¹ Nederland zet zich in voor het beëindigen van het conflict door bijvoorbeeld in EU-verband sancties tegen de RSF-top te steunen (alsook aanvullende sancties) en door de situatie met relevante bilaterale partners, zoals de VAE, te bespreken.²²

Gaza/Israël

Afgelopen november heeft de Veiligheidsraad resolutie 2803 aangenomen, waarin het door de Verenigde Staten opgestelde *Comprehensive Plan to End the Gaza Conflict of September 2025* (met onthoudingen van China en Rusland) werd aangenomen.²³ Het plan omvat drie belangrijke kernpunten (momenteel allemaal geldig tot 31 december 2027), waaronder de oprichting van een 'Board of Peace' (BoP), een internationale overgangsregering en een internationale stabilisatiemacht (ISF). De BoP zal de installatie van een tijdelijk overgangsbestuur faciliteren via een technocratisch, apolitiek Palestijns comité.²⁴ Dit bestuur zal verantwoordelijk zijn voor de dagelijkse demilitarisering en het bestuur van Gaza en zal bestaan uit gekwalificeerde Palestijnen en internationale deskundigen, onder toezicht van de BoP. De BoP zal worden geleid en voorgezeten door president Donald J. Trump en andere huidige en voormalige staatshoofden, waaronder Tony Blair.²⁵ Er zal een 'economisch ontwikkelingsplan van Trump' worden opgesteld om Gaza te 'herbouwen en nieuw leven in te blazen' door middel van 'doordachte en spannende investerings- en ontwikkelingsvoorstellen'.²⁶ De ISF zal, in overeenstemming met het internationaal recht, worden ingezet als oplossing voor de interne veiligheid op lange termijn door middel van een gezamenlijk commando met troepen van deelnemende BoP-staten, in nauw overleg met Egypte, Israël en de onlangs gescreende en getrainde Palestijnse politiemacht. De troepenmacht zal helpen bij het beveiligen van grensgebieden, het stabiliseren van Gaza door demilitarisering, het vernietigen en voorkomen van de wederopbouw van militaire, terroristische en offensieve infrastructuur, het buiten gebruik stellen van wapens, het beschermen van burgers en het coördineren van humanitaire corridors. Uit het plan volgt ook dat Israël Gaza niet zal

20 'Human Rights Council Calls for Urgent Inquiry into Recent Alleged Violations of International Law Committed in and Around El Fasher, Sudan', *OHCHR* 14 november 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2025/11/human-rights-council-calls-urgent-inquiry-recent-alleged-violations?sub-site=HRC.

21 'Human Rights Council Calls for Urgent Inquiry into Recent Alleged Violations of International Law Committed in and Around El Fasher, Sudan', *OHCHR* 14 november 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2025/11/human-rights-council-calls-urgent-inquiry-recent-alleged-violations?sub-site=HRC.

22 'Kamerbrief over ontwikkelingen in El Fasher in Soedan', *Rijksoverheid* 24 november 2025, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2025/11/24/kamerbrief-inzake-ontwikkelingen-el-fasher-soedan.

23 Resolutie 2803 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (17 november 2025), S/RES/2803; VN, 'Security Council in Review November 2025', SCPCRB/SCAD november.

24 Resolutie 2803 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (17 november 2025), S/RES/2803; VN, 'Security Council in Review November 2025', SCPCRB/SCAD november.

25 Resolutie 2803 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (17 november 2025), S/RES/2803; VN, 'Security Council in Review November 2025', SCPCRB/SCAD november.

26 Resolutie 2803 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (17 november 2025), S/RES/280; VN, 'Security Council in Review November 2025', SCPCRB/SCAD november.

bezetten of annexeren. Naarmate de ISF-controle en stabiliteit tot stand brengt, zullen de Israëlische strijdkrachten zich terugtrekken uit Gaza, op basis van overeengekomen afspraken, om nog steeds mijlpalen te bepalen en tijdschema's in verband met demilitarisering.²⁷

VN-secretaris-generaal Antonio Guterres en partijen zoals de EU hebben de diplomatieke inspanningen nadrukkelijk geprezen en reageerden positief op de overeenkomst, terwijl er kritiek volgde vanuit NGO's en experts.²⁸ Francesca Albanese (de VN-speciaal rapporteur voor de Palestijnse gebieden) verklaarde dat zij 'diep verbaasd was dat de Veiligheidsraad zijn reactie niet baseerde op het internationaal recht inzake de mensenrechten, met inbegrip van het recht op zelfbeschikking, het internationaal humanitair recht, het VN-Handvest en de duidelijke jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof'.²⁹ Al-Haq en andere NGO's hebben verder kritiek geuit op de resolutie, omdat deze de VS een wettelijk mandaat geeft voor controle over Gaza, ernstige schendingen van het VN-Handvest legitimeert en Gaza onder onbeperkte buitenlandse controle plaatst, in plaats van op te roepen tot en te zorgen voor een onmiddellijke en onvoorwaardelijke beëindiging van de onwettige bezetting, zoals geëist door het Internationaal Gerechtshof in zijn advies uit 2024.³⁰ Bovendien vinden zij het plan een model van economische exploitatie, omdat het steunt op het plan 'Economic Peace to Prosperity' uit 2020, waarin Gaza wordt gezien als een 'Mediterranea Hub' en de resolutie taal gebruikt zoals 'Gaza stimuleren', en 'spannende ontwikkelingsideeën'.³¹

VN-Mensenrechtenraad

De 60^e sessie van de Mensenrechtenraad (hierna: Raad) heeft van 8 september tot 8 oktober 2025 plaatsgevonden. Naast de aangenomen resolutie die een nieuwe onafhankelijke bewijzenbank voor mensenrechtenschendingen in Afghanistan oprichtte, focuste de Raad zich ook op de situatie in Venezuela en Gaza.³²

De VN-onderzoekscommissie voor Venezuela publiceerde op 22 september 2025 een rapport waarin de commissie waarschuwt dat politiek gemotiveerde vervolging in 2025 is voortgezet

27 Resolutie 2803 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (17 november 2025), S/RES/2803; VN, 'Security Council in Review November 2025', SCPCRB/SCAD november.

28 'Israel/Palestine: statement by the High Representative on behalf of the European Union on the Comprehensive Plan to end the Gaza Conflict', *European Council of the European Union* 10 oktober 2025; 'Al-Haq Trump Trilogy Part III: The "Comprehensive Plan to End the Gaza Conflict" ("20-point plan")', *Al-Haq* 10 december 2025.

29 'UN Security Council resolution a violation of Palestinian right of self-determination and UN Charter, UN expert warns', *OHCHR* 19 november 2025.

30 'Al-Haq Trump Trilogy Part III: The "Comprehensive Plan to End the Gaza Conflict" ("20-point plan")', *Al-Haq* 10 december 2025; 'A Guide to the Gaza Peace Deal', *Council on Foreign Relations* 19 november 2025; 'Policy Brief, The Gaza Peace Plan: The UNSC Draft Resolution as a New Form of Occupation Contravening International Law', *Law for Palestine* 13 november 2025.

31 'Al-Haq Trump Trilogy Part III: The "Comprehensive Plan to End the Gaza Conflict" ("20-point plan")', *Al-Haq* 10 december 2025; 'A Guide to the Gaza Peace Deal', *Council on Foreign Relations* 19 november 2025; 'Policy Brief, The Gaza Peace Plan: The UNSC Draft Resolution as a New Form of Occupation Contravening International Law', *Law for Palestine* 13 november 2025.

32 'Human Rights Council Concludes Sixtieth Regular Session after Adopting 35 Resolutions, One Decision and One President's Statement', *OHCHR* 8 oktober 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/meeting-summaries/2025/10/human-rights-council-concludes-sixtieth-regular-session-after-adopting-35?sub-site=HRC.

door Maduro, ook tegen personen die opkomen voor mensenrechten en fundamentele vrijheden.³³ De autoriteiten hebben geleidelijk 2.006 van de 2.220 mensen vrijgelaten die tijdens de protesten na de verkiezingen van 2024 waren gearresteerd (waaronder ook 220 kinderen tussen dertien en zeventien jaar oud), maar tegelijkertijd gingen ze door met repressie en selectieve arrestaties.³⁴ De missie heeft minstens tweehonderd nieuwe arrestaties gedocumenteerd van kritische stemmen, oppositiefiguren of personen die als zodanig worden beschouwd.³⁵ Volgens het rapport hebben veiligheidsdiensten gedetineerden onderworpen aan marteling, zoals het verstikken met een plastic zak, schoppen, stompen of slagen met knuppels, het dreigen met verkrachting en het toedienen van elektrische schokken aan de genitaliën.³⁶ Rechtbanken negeerden klachten over deze daden, evenals de Venezolaanse Ombudsman en het Openbaar Ministerie, die geen enkel onderzoek instelden.³⁷ Op 11 december publiceerde de VN-onderzoeksmis­sie nog een rapport waarin wordt geconcludeerd dat de functionarissen van de Bolivariaanse Nationale Garde (GNB) van Venezuela zich al meer dan tien jaar schuldig hebben gemaakt aan ernstige mensenrechtenschendingen en misdaden tegen de menselijkheid.³⁸ Het rapport beschrijft hoe de Venezolaanse doctrine van ‘nationale veiligheid’ militaire en politiefuncties heeft samengevoegd, waardoor de militarisering van de openbare veiligheid wordt gelegitimeerd en de rol van de GNB wordt uitgebreid in operaties gericht op sociale controle en interne repressie.³⁹ De sterk gecentraliseerde commandostructuur – onder leiding van de president van de republiek als opperbevelhebber van de Bolivariaanse Nationale Strijdkrachten – heeft de uitvoering van onwettige acties mogelijk gemaakt zonder effectieve interne controlemechanismen of verantwoordingsplicht.⁴⁰ Al eerder is de situatie in Venezuela geanalyseerd in deze kroniek, waarbij ook het diplomatieke conflict tussen Nederland en Venezuela vanwege deze mensenrechtenschendingen aan bod is gekomen.⁴¹

33 ‘Venezuela: The only hope for victims to find justice lies with the international community, says UN Fact-Finding Mission’, *OHCHR* 22 september 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/09/venezuela-only-hope-victims-find-justice-lies-international-community-says?sub-site=HRC.

34 ‘Venezuela: The only hope for victims to find justice lies with the international community, says UN Fact-Finding Mission’, *OHCHR* 22 september 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/09/venezuela-only-hope-victims-find-justice-lies-international-community-says?sub-site=HRC.

35 ‘Venezuela: The only hope for victims to find justice lies with the international community, says UN Fact-Finding Mission’, *OHCHR* 22 september 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/09/venezuela-only-hope-victims-find-justice-lies-international-community-says?sub-site=HRC.

36 ‘Venezuela: The only hope for victims to find justice lies with the international community, says UN Fact-Finding Mission’, *OHCHR* 22 september 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/09/venezuela-only-hope-victims-find-justice-lies-international-community-says?sub-site=HRC.

37 ‘Venezuela: The only hope for victims to find justice lies with the international community, says UN Fact-Finding Mission’, *OHCHR* 22 september 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/09/venezuela-only-hope-victims-find-justice-lies-international-community-says?sub-site=HRC.

38 ‘Venezuela: Bolivarian National Guard responsible for systematic violations and crimes against humanity, UN Fact-Finding Mission says’, *OHCHR* 11 december 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/12/venezuela-bolivarian-national-guard-responsible-systematic-violations-and.

39 ‘Venezuela: Bolivarian National Guard responsible for systematic violations and crimes against humanity, UN Fact-Finding Mission says’, *OHCHR* 11 december 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/12/venezuela-bolivarian-national-guard-responsible-systematic-violations-and.

40 ‘Venezuela: Bolivarian National Guard responsible for systematic violations and crimes against humanity, UN Fact-Finding Mission says’, *OHCHR* 11 december 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/12/venezuela-bolivarian-national-guard-responsible-systematic-violations-and.

41 *NTM-NJCM-Bull.* 2025, Jrg. 50, nr. 1, p. 94.

VN-Kinderrechtencomité

Het VN-Kinderrechtencomité heeft Frankrijk verantwoordelijk bevonden voor het schenden van de rechten van kinderen van migranten in een rapport onder artikel 13 van het optionele protocol van het Kinderrechtenverdrag. Het optionele protocol behoort als onderdeel tot het Kinderrechtenverdrag, maar wordt door een deel van de lidstaten onderschreven. Het Comité gaf aan dat deze kinderen huisvesting wordt ontzegd, geen basiszorg ontvangen en leven in omstandigheden die kunnen worden aangemerkt als vernederend en als in strijd met de menselijke waardigheid.⁴² In het gepubliceerde rapport concludeerde het Comité dat veel kinderen worden behandeld als volwassenen na gebrekkige onderzoeksprocedures om hun leeftijd vast te stellen. Door deze tekortkomingen worden kinderen systematisch uitgesloten van de aan hun toebehorende bescherming, aangezien ze de uitslag van het onderzoek moeten aanvechten via een rechter; een procedure die tot wel acht maanden kan duren. Gedurende deze maanden worden de kinderen aan hun lot overgelaten en moeten ze vaak overleven op straat, aangezien er in opvangcentra geen plaats is.⁴³ Het Comité heeft verschillende aanbevelingen gedaan aan Frankrijk, waaronder het opnemen van het voordeel van de twijfel over de minderjarigheidsstatus en het garanderen van adequate huisvesting, toegang tot voedsel en gezondheidszorg.⁴⁴ Frankrijk heeft ondertussen gereageerd op de aanbevelingen en verschillende maatregelen getroffen om opvolging te geven aan de aanbevelingen.⁴⁵

VN-Rassendiscriminatiecomité

Het comité uitte zorgen over de recente bilaterale overeenkomst tussen het Verenigd Koninkrijk, Noord-Ierland en de republiek Mauritius aangaande de Chagosarchipel. Volgens het Comité zou deze namelijk resulteren in langdurige schendingen van de rechten van de Chagossiaanse gemeenschap.⁴⁶ The Chagosarchipel is in 1965 afgescheiden van Mauritius en werd onder het bereik van het Verenigd Koninkrijk geplaatst. In de daaropvolgende jaren werd de Chagossiaanse gemeenschap gedwongen van de eilanden te vertrekken om plaats te maken voor de bouw van

42 'Report on the inquiry concerning France conducted under article 13 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure', CRC/C/FRA/IR/1, 3 oktober 2025; 'France responsible for grave and systematic violations of rights of unaccompanied migrant children, UN committee finds', *OHCHR* 16 oktober 2025.

43 'Report on the inquiry concerning France conducted under article 13 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure', CRC/C/FRA/IR/1, 3 oktober 2025; 'France responsible for grave and systematic violations of rights of unaccompanied migrant children, UN committee finds', *OHCHR* 16 oktober 2025.

44 'Report on the inquiry concerning France conducted under article 13 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure', CRC/C/FRA/IR/1, 3 oktober 2025; 'France responsible for grave and systematic violations of rights of unaccompanied migrant children, UN committee finds', *OHCHR* 16 oktober 2025.

45 'Inquiry concerning France conducted under article 13 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, Observations of France', CRC/C/FRA/OIR/1, 3 oktober 2025.

46 Decision 1 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination; 'UK and Mauritius' Chagos agreement raises concerns over Chagossian people's rights, UN committee warns', *OHCHR* 8 december 2025.

een Amerikaans-Britse militaire basis.⁴⁷ Hun situatie bleef onopgelost tot een advies van het Internationale Gerechtshof in 2019, waarin het losmaken van de Chagosarchipel van Mauritius in strijd met het recht tot zelfbeschikking van de Chagossiaanse gemeenschap werd bevonden en het Verenigd Koninkrijk werd verplicht om controle over het gebied zo snel mogelijk te beëindigen.⁴⁸

De nieuwe bilaterale overeenkomst voorziet in de overdracht van de soevereiniteit over de archipel aan Mauritius en wordt gepresenteerd als een maatregel om het advies van het Internationaal Gerechtshof en resolutie 73/295 van de Algemene Vergadering ten uitvoer te leggen.⁴⁹ Ondanks het feit dat de overeenkomst nog in werking moet treden, is het Comité verontrust dat Mauritius volgens de overeenkomst het eiland Diego Garcia voor 99 jaar aan het Verenigd Koninkrijk zou 'verhuren', met een mogelijkheid tot veertig jaar verlenging.⁵⁰ In dat kader voorkomt de overeenkomst de terugkeer van het Chagossiaanse volk naar het eiland Diego Garcia, en belet het om hun culturele rechten uit te oefenen en cultureel erfgoed te behouden, ondanks de mogelijkheid om een hervestingsprogramma op de andere eilanden van de archipel op te starten.⁵¹ In dat kader roept het Comité Mauritius en het Verenigd Koninkrijk op om ratificatie van de overeenkomst op te schorten en een dialoog aan te gaan met de Chagossiaanse gemeenschap om toestemming te verkrijgen, met inachtneming van de mensenrechten, waaronder het recht tot zelfbeschikking.⁵²

Op 24 december jl. heeft het Comité daarnaast alle lidstaten wederom opgeroepen om concrete actie te ondernemen en aanbevelingen te implementeren, naar aanleiding van conclusies uit een eerdere zaak aangespannen door Palestina tegen Israël.⁵³ Deze oproep volgde na de publicatie van het eerste onderzoek en bijhorende conclusies door een ad hoc onafhankelijke schikkingscommissie van het Comité in 2024, die zich met name richtte op beschuldigingen van rassendiscriminatie tegen de Palestijnen.⁵⁴ Deze commissie concludeerde dat segregatie tussen Joodse en niet-Joodse gemeenschappen, de uitbreiding van nederzettingen, beperkingen op bouwvergunningen en de sloop van huizen bijdragen aan systematische discriminatie van Palestijnen en de kansen op een vreedzame oplossing van het conflict ondermijnen. Vervolgens gaf de commissie concrete aanbevelingen aan Israël, Palestina en overige lidstaten.⁵⁵ In de

47 Decision 1 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination; 'UK and Mauritius' Chagos agreement raises concerns over Chagossian people's rights, UN committee warns', *OHCHR* 8 december 2025.

48 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965', Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95. Deze uitspraak is later tevens bekrachtigd door de AVVN middels resolutie 73/295.

49 Decision 1 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination; 'UK and Mauritius' Chagos agreement raises concerns over Chagossian people's rights, UN committee warns', *OHCHR* 8 december 2025.

50 Decision 1 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination; 'UK and Mauritius' Chagos agreement raises concerns over Chagossian people's rights, UN committee warns', *OHCHR* 8 december 2025.

51 Decision 1 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination; 'UK and Mauritius' Chagos agreement raises concerns over Chagossian people's rights, UN committee warns', *OHCHR* 8 december 2025.

52 Decision 1 (2025), Committee on the Elimination of Racial Discrimination; 'UK and Mauritius' Chagos agreement raises concerns over Chagossian people's rights, UN committee warns', *OHCHR* 8 december 2025.

53 'State of Palestine v Israel: UN anti-racism panel calls on States to act', *OHCHR* 24 december 2025.

54 'Report of the ad hoc conciliation commission on the inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel under article 11 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination', CERD/C/113/3, 21 augustus 2024.

55 'Report of the ad hoc conciliation commission on the inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel under article 11 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination', CERD/C/113/3, 21 augustus 2024.

huidige oproep geeft het Comité aan dat het adresseren van deze aanbevelingen vraagt om een voortdurende betrokkenheid die verder gaat dan de twee partijen in de zaak.⁵⁶ ‘De internationale gemeenschap heeft een fundamentele rol in het adresseren van rassendiscriminatie. Wanneer Staten willens en wetens rassendiscriminatie door een andere Staat tolereren, terwijl ze verplicht zijn dit niet te doen, kunnen zij zelf aansprakelijk worden gesteld onder internationaal recht’, aldus een expert.⁵⁷

Het VN-Comité voor de bescherming van de rechten van migrerende werknemers en hun familieleden (CMW)

Het CMW hield zijn 41ste zitting en keurde de rapporten over Honduras, Indonesië en Mauritanië goed. In alle drie de staten verwelkomde het CMW wetgevende of beleidshervormingen die wijzen op een sterkere politieke betrokkenheid bij het verdrag, waaronder de hervormingen van het migratiebeleid en de verbeterde bescherming in Mauritanië. Verder sprak het CMW over de uitbreiding van de politieke rechten van migrerende werknemers in Indonesië en het nieuwe, op mensenrechten gebaseerde migratiebeleid en de regularisatiemaatregelen van Honduras.⁵⁸ Tegelijkertijd heeft het Comité herhaaldelijk zijn bezorgdheid geuit over de praktische toepassing van deze wettelijke beschermingsmaatregelen voor migranten, met name wat betreft het waarborgen tegen uitzetting, onethische werving en uitbuiting, en toegang tot justitie en sociale bescherming voor migranten in kwetsbare situaties.⁵⁹ Bovendien publiceerde het Comité, in samenwerking met het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (CERD), zijn zevende en achtste algemene opmerking (38e en 39e algemene aanbeveling met het CERD) over richtsnoeren voor de uitbanning van xenofobie jegens migranten en personen die als zodanig worden beschouwd.⁶⁰ De gezamenlijke algemene aanbevelingen en opmerkingen toonden aan hoe xenofobie in samenlevingen en instellingen werkt en onevenredig grote gevolgen heeft voor migranten. Door juridische interpretatie, beleidsrichtlijnen en mensenrechtennormen te combineren, boden de twee comités staten praktische instrumenten om discriminatie te ontmantelen, inclusie te bevorderen en de duurzame ontwikkelingsdoelstellingen te bevorderen.⁶¹

56 ‘State of Palestine v Israel: UN anti-racism panel calls on States to act’, *OHCHR* 24 december 2025.

57 ‘State of Palestine v Israel: UN anti-racism panel calls on States to act’, *OHCHR* 24 december 2025.

58 ‘In Dialogue with Honduras, Experts of the Committee on the Rights of Migrant Workers Commend Honduras on Progress in Defending Migrants Rights, Raise Issues Concerning Hondurans Deported from the United States and Family Reunification’, *CMW* 8 december 2025; ‘In Dialogue with Indonesia, Experts of the Committee on Migrant Workers Praise Law Promoting Indonesian Migrant Workers’ Right to Vote, Raise Issues Concerning Unethical Recruitment Practices and Online Scam Operations in South-East Asia’, *CMW* 3 december 2025; ‘Experts of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers Hail Mauritania’s Efforts to Overcome Migration Challenges, Raise Questions on Bilateral Agreements on Migration and the Deportation of Irregular Migrants’, *CMW* 2 december 2025.

59 ‘UN Committee on Migrant Workers publishes findings on Honduras, Indonesia, and Mauritania’, *CMW* 16 december 2025.

60 ‘UN Committee on Migrant Workers publishes findings on Honduras, Indonesia, and Mauritania’, *CMW* 16 december 2025.

61 ‘Committee on the Rights of Migrant Workers Opens Forty-First Session, Adopts Joint General Comments and Recommendations on Eradicating Xenophobia Towards Migrants and Others Perceived as Such’, *CMW* 1 december 2025.

VN-Comité voor economische, sociale en culturele rechten (CESCR)

Het CESCR hield in september 2025 zijn 78e zitting, tijdens welke het de rapporten en bevindingen van Chili, Colombia, de Democratische Volksrepubliek Laos, Nederland, de Russische Federatie en Zimbabwe heeft beoordeeld.⁶² Met betrekking tot Nederland constateerde het comité het volgende.⁶³ Het comité uitte zijn bezorgdheid over de huisvestingscrisis, over berichten over tekortkomingen bij de handhaving van anticorruptie-maatregelen en over discriminatie op de arbeidsmarkt. Deze drie punten werden onderbouwd door te wijzen op het aanzienlijke tekort aan woningen (meer dan 390.000 woningen) en de sterke stijging van de huurprijzen, en dat ongeveer een kwart van de migranten die werk zoeken, te maken heeft met discriminatie bij sollicitatieprocedures.⁶⁴ Deskundigen riepen Nederland ook op om een alomvattende nationale anticorruptie-strategie met duidelijke doelstellingen, tijdschema's en toezichtmechanismen vast te stellen en te zorgen voor een effectieve verantwoordingsplicht en sancties voor corruptie-gerelateerde misdrijven.⁶⁵ Ten slotte betreunde het Comité dat er geen verdere informatie werd verstrekt over Caribisch Nederland vanwege de afwezigheid van functionarissen uit Curaçao en Sint Maarten.⁶⁶

Ten slotte publiceerde het CESCR zijn General Comment (nr. 27) over hoe staten ontwikkeling kunnen waarborgen en tegelijkertijd de planeet kunnen beschermen voor toekomstige generaties in het licht van de toenemende bedreigingen voor het milieu.⁶⁷ Het Comité bevestigde dat een schoon, gezond en duurzaam milieu een essentiële voorwaarde is voor het genot van economische, sociale en culturele rechten. In de opmerking worden de negatieve gevolgen van milieuvervuiling voor de uitoefening van sociaaleconomische rechten en worden de verplichtingen van de staten die partij zijn bij het IVESCR verduidelijkt. Daarin tracht het Comité richtsnoeren te geven voor de uitvoering van deze rechten op een manier die rekening houdt met ecologische beperkingen en de eindigheid van natuurlijke hulpbronnen.⁶⁸

62 'Committee on Economic, Social and Cultural Rights Opens Seventy-Eighth Session', *CESCR* 8 september 2025.

63 'Experts of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights Commend the Netherlands' Educational Achievements, Ask about Discrimination against Migrant Workers and the Housing Shortage', *CESCR* 18 september 2025; 'Seventh periodic report submitted by the Netherlands under articles 16 and 17 of the Covenant', *CESCR* 1 juli 2022, E/C.12/NLD/7.

64 'Experts of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights Commend the Netherlands' Educational Achievements, Ask about Discrimination against Migrant Workers and the Housing Shortage', *CESCR* 18 september 2025; 'Seventh periodic report submitted by the Netherlands under articles 16 and 17 of the Covenant', *CESCR* 1 juli 2022, E/C.12/NLD/7.

65 'UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights publishes findings on Chile, Colombia, Laos, Netherlands, Russia, and Zimbabwe', *CESCR* 29 september 2025.

66 'Seventh periodic report submitted by the Netherlands under articles 16 and 17 of the Covenant', *CESCR* 1 juli 2022, E/C.12/NLD/7.

67 'General comment No. 27 (2025) on economic, social and cultural rights and the environmental dimension of sustainable development (advance unedited version)', *CESCR* 26 september 2025, E/C.12/GC/27.

68 'General comment No. 27 (2025) on economic, social and cultural rights and the environmental dimension of sustainable development (advance unedited version)', *CESCR* 26 september 2025, E/C.12/GC/27; 'Development cannot be achieved on dying planet, UN committee issues new guidance', *CESCR* 30 september 2025.

CHRONIQUES STRASBOURGEOISES

November 2025 – Januari 2026

Lucas Dikker & Ayla Yayla *

Samenvatting | Wie aan Straatsburg en de mensenrechten denkt, denkt aan de jurisprudentie van het EHRM. Er gebeurt echter meer mensenrechtelijks in Straatsburg. In deze kroniek wordt verslag gedaan van activiteiten, beslissingen, aanbevelingen en standpunten van alle andere organen die zich binnen het raamwerk van de Raad van Europa bezighouden met mensenrechtenkwesties.

DOI | 10.54195/NTM.26389

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Introductie

In deze editie van de *Chroniques Strasbourgeoises* is er onder meer aandacht voor de ministeriële conferentie over het EVRM en migratie die op 10 december 2025 plaatsvond, de voortdurende schrijnende situatie in Gaza, het conflict tussen Oekraïne en Rusland en vrouwenrechten. Er is met name zorgwekkend nieuws. We trappen daarom af met een aantal positieve gebeurtenissen. Zo won de Europese Commissie voor Democratie door Recht, informeel bekend als de Commissie van Venetië, op 8 september 2025 de De Sanctis prijs voor mensenrechten. De Commissie van Venetië is een raadgevend orgaan met betrekking tot constitutionele vraagstukken. De Commissie kreeg de De Sanctis prijs voor, zo leest het juryrapport, 'haar bijdrage aan het beschermen van de democratie ... in een tijd waarin sympathie groeit voor systemen die de verworvenheden van de liberale democratie beperken'.¹

De Europese dag voor talen vond op 26 september 2025 voor de 25^{ste} keer plaats. Op die dag wordt de linguïstische en culturele diversiteit van Europa gevierd. Voor Alain Berset, de secretaris-generaal van de Raad van Europa, herinnerde de feestelijke dag aan het belang van het leren van talen voor democratische participatie, inclusie en onderling begrip.² Ook werd in september voor de dertiende keer de Václav Havel prijs uitgereikt.³ De prijs wordt toegekend aan iemand die zich buitengewoon voor mensenrechten heeft ingezet. Dit keer kreeg de Oekraïense journalist Maksym Butkevych de prijs toegekend. Butkevych is journalist van beroep, en is onder meer mede-oprichter van Zmina, een Oekraïens mensenrechtencentrum. Butkevych was

■ Mr. L.P. Dikkers is junior docent en promovendus bij de Radboud Universiteit. Mr. A. Yayla is docent publiekrecht bij de Hogeschool Leiden.

1 'Venice Commission receives the De Sanctis Prize for Human Rights', 15 september 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/venice-commission-receives-the-de-sanctis-prize-for-human-rights>.

2 'The European Day of Languages: celebrating 25 years of motivating Europe to learn languages', 25 september 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-european-day-of-languages-celebrating-25-years-of-motivating-europe-to-learn-languages> en Raad van Europa, 'A quarter of a century in, the European Day of Languages has become a unique tradition', 25 september 2025 beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/a-quarter-of-a-century-in-the-european-day-of-languages-has-become-a-unique-tradition>.

3 '2025 Václav Havel Prize awarded to Ukrainian journalist and human rights defender Maksym Butkevych', 29 september 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/2025-vaclav-havel-prize-awarded-to-ukrainian-journalist-and-human-rights-defender-maksym-butkevych-1>.

zijn hele leven pacifist, maar trad na de Russische inval in Oekraïne tot het Oekraïense leger toe. Hij werd door Rusland gevangengenomen en kwam na twee jaar vrij bij een uitruil van gevangenen. Bij de prijsuitreiking memoreerde de voorzitter van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa (PACE), Theodoro Rousopoulos, dat de andere genomineerden voor de prijs niet geheel toevallig ook journalist van beroep zijn. ‘Zonder recht op vrijheid van meningsuiting en een vrije, onafhankelijke pers, is er geen echte democratie’, concludeerde hij.

Ministeriële conferentie over het EVRM en migratie

In 2025 is de discussie over het EVRM en migratie sterk geïntensifieerd. We informeerden u in eerdere edities al over de door de regeringsleiders van negen lidstaten van de Raad van Europa ondertekende brief aangaande dit onderwerp.⁴ Die brief, gepubliceerd op 22 mei 2025, uitte kritiek op het EVRM en de interpretatie die daaraan wordt gegeven door het EHRM, met name wat betreft migratie. Volgens de brief werpt het EVRM onwenselijke obstakels op bij het voeren van strenger migratiebeleid. Tegen deze achtergrond werd er op 10 december 2025 – ironisch genoeg op internationale mensenrechtendag – een ‘informele ministeriële conferentie’ over dit thema georganiseerd.⁵ Hiermee wordt de politieke discussie over migratie en het EVRM binnen het institutionele raamwerk van de Raad van Europa getild.

Op de conferentie werd door 27 staten, waaronder Nederland, naast de conclusies een apart *joint statement* uitgebracht.⁶ Het statement benoemt dat de regeringen van de betrokken lidstaten de plicht hebben om de mensenrechten van hun bevolking te beschermen, maar dat die rechten onder druk staan door ‘mensen die misbruik van onze gastvrijheid maken door zich schuldig te maken aan ernstige misdrijven, mensenhandel’, en ‘het instrumentaliseren van migranten’. Die uitdagingen, zo stelt het statement, waren tijdens het opstellen van het EVRM niet te voorzien, of zijn inmiddels geïntensifieerd. Het statement is daarmee te zien als voortzetting van de in mei gepubliceerde open brief. Meer specifiek hekelt het statement de obstakels die het EVRM opwerpt bij het uitzetten van migranten die veroordeeld zijn voor ernstige misdrijven. Ook roept het statement op om de reikwijdte van artikel 3 EVRM – over onmenselijke en vernederende behandeling – te beperken tot de ernstigste gevallen zodat lidstaten niet beperkt worden bij het uitzetten van migranten die voor ernstige misdrijven zijn veroordeeld. Verder benoemt het statement dat, zolang mensenrechten gewaarborgd worden, het EVRM geen belemmeringen zou moeten opwerpen voor migratiedeals met niet-lidstaten.⁷

4 Zie de Chroniques Strasbourgeoises in NTM 50-3 2025 en NTM 50-4 2025; de brief is beschikbaar via https://rivista.eurojus.it/una-lettera-aperta-per-chiudere-le-porte-la-pressione-governativa-sulla-corte-europea-dei-diritti-umani-per-una-riforma-della-giurisprudenza-in-materia-di-migrazione-e-cont/?utm_source=chatgpt.com&generate_pdf=10206.

5 ‘Council of Europe ministers to discuss migration and the European Convention on Human Rights’, 10 december 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-ministers-to-discuss-migration-and-the-european-convention-on-human-rights-1>.

6 ‘Joint Statement delivered to the Conference of Ministers of Justice of the Council of Europe, 10 december 2025’, beschikbaar via https://um.fi/statements/-/asset_publisher/6zHpMjnolHgl/content/joint-statement-delivered-to-the-conference-of-ministers-of-justice-of-the-council-of-europe-10-december-2025-1/35732

7 Voor een uitgebreide bespreking, zie Andrew Forde en Alice Donald, ‘Countdown to Chişinău: The Risk of Politicising the ECHR over Migration’, EJIL:Talk, 19 december 2025, beschikbaar via <https://www.ejiltalk.org/countdown-to-chisinau-the-risk-of-politicising-the-echr-over-migration/>.

De conclusies die uiteindelijk door de 46 lidstaten van de Raad van Europa werden aangenomen waren diplomatieker geformuleerd dan het statement van de 27 staten.⁸ Bovendien waren ze minder concreet. Niettemin worden in deze conclusies ook (irreguliere) migratie en de beweerdelijke gevolgen daarvan geproblematiseerd. De conclusies roepen verder het Comité van Ministers op om een politieke verklaring over deze thematiek voor te bereiden, maar laten grotendeels onbesproken wat er in zo'n verklaring zou moeten staan.⁹ Het *Steering Committee for Human Rights* (CDDH) publiceerde op 6 januari 2026 een document van zo'n twintig pagina's voor met 'potentiële basiselementen' voor de politieke verklaring.¹⁰ Het CDDH stelt onder meer voor om in zo'n verklaring de 'serieuze en complexe uitdagingen' van irreguliere migratie te benoemen, en om een paragraaf op te nemen waarin de terughoudendheid van het EHRM bij het vaststellen van een schending van artikel 3 EVRM bij het uitzetten van een persoon wordt verwelkomd.¹¹

Op deze ontwikkelingen werd in verschillende blogs kritisch gereageerd.¹² Hoewel het statement en de conclusies in algemene bewoordingen stellen het EVRM en het EHRM te willen respecteren, lijkt het tegendeel het geval te zijn. Riemer en Acconciamezza beargumenteren bijvoorbeeld dat de ontwikkelingen sinds de brief van negen lidstaten van de Raad van Europa in mei 2025 op gecalculeerde wijze de druk op het EHRM opvoeren, met als doel migratie te *framen* als veiligheidsprobleem in plaats van een onderwerp dat betrekking heeft op mensenrechten.¹³ Forde en Donald schrijven dat het door 27 staten ondertekende statement veel terrein prijsgeeft aan radicaal-rechtse partijen door het EVRM als fundamenteel obstakel voor strengere grenscontroles te typeren. Volgens de auteurs wordt op die manier permanente schade aan het EVRM toegebracht.¹⁴ In volgende edities houden we u op de hoogte van de ontwikkelingen hieromtrent.

8 'Informal Ministerial Conference, 10 december 2025, Conclusions', beschikbaar via <https://rm.coe.int/informal-ministerial-conference-10-december-2025-conclusions/488029b843>.

9 Zie hierover ook de bespreking in L. Glas, 'An Exceptional Ministerial Conference on the ECHR and 'Migration Challenges'', ECHR Blog, 11 december 2025, beschikbaar via <https://www.echrblog.com/2025/12/an-exceptional-ministerial-conference.html>.

10 Steering Committee for Human Rights, 'Possible Issues for Inclusion in a Political Declaration', 6 januari 2026, beschikbaar via <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-possible-issues-for-inclusion/48802a16c7>.

11 Zie voor een uitgebreidere bespreking C. Heri, 'CDDH Publishes Elements for the Chişinău Declaration on Migration', ECHR Blog 9 januari 2026, beschikbaar via <https://www.echrblog.com/2026/01/cddh-publishes-elements-for-chisinau.html>.

12 Zie de hierboven aangehaalde blogs. Zie verder o.a. J. Krommendijk en L. Sophie Moller, 'A Divided Response to Migration – On the Council of Europe's December Meeting', *Verfassungsblog* 15 December 2025, beschikbaar via <https://verfassungsblog.de/a-divided-response-to-migration/>; L. Riemer en L. Acconciamezza, 'From "Original Intentions to "Unforeseeable Change of Circumstances": The 2025 Escalation of Pressure Towards the ECtHR', *EJIL:Talk*, 5 januari 2026, beschikbaar via <https://www.ejiltalk.org/fromoriginalintentionstounforeseeablechangeofcircumstances/>.

13 Riemer en Acconciamezza 2026 (*supra* noot 12).

14 A. Forde en A. Donald, 'Countdown to Chişinău: The Risk of Politicising the ECHR over Migration', *EJIL:Talk*, 19 december 2025, beschikbaar via <https://www.ejiltalk.org/countdown-to-chisinau-the-risk-of-politicising-the-echr-over-migration/>.

Gaza en Israël: mensenrechten, wapenstilstand en internationale druk

In Straatsburg hield men zich ook opnieuw bezig met de verschrikkingen in Gaza. Tijdens een spoeddebat heeft de PACE opnieuw opgeroepen tot het onmiddellijk beëindigen van de humanitaire crisis in Gaza. PACE bekritiseerde zowel het opzettelijk en gericht schieten op burgers en de grootschalige vernietiging van civiele infrastructuur als ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht en herhaalde de oproep tot de onmiddellijke en onvoorwaardelijke vrijlating van gijzelaars. Ook werd een permanente wapenstilstand geëist en de toegang tot humanitaire hulp benadrukt, met speciale aandacht voor de veiligheid van journalisten die in conflictgebieden werken. De parlementsleden wezen erop dat de uitbreiding van militaire operaties in Gaza-stad sinds augustus 2025 het lijden van de bevolking aanzienlijk heeft verergerd en dat de blokkade van voedsel en medische hulp een bewuste schending van het internationaal humanitair recht vormt. Daarnaast werd het hoge aantal gedode en gewonde journalisten veroordeeld, evenals aanvallen op de geweldloze Sumud-vloot die humanitaire hulp wilde leveren. De parlementsleden riepen de lidstaten op om speciale programma's te ontwikkelen voor de rehabilitatie van Palestijnse kinderen.¹⁵

Kort na dit debat gaf Secretaris-Generaal Berset een verklaring over de overeenkomst tussen Israël en Hamas.¹⁶ Berset verwelkomde de wapenstilstand en stelde dat deze voor het eerst in twee jaar een pad naar vrede biedt. Tegelijkertijd benadrukte Berset dat de hoge menselijke tol, vooral voor burgers, volgens hem wijst op ernstige schendingen van mensenrechten en het internationaal recht. Hij riep alle partijen op om extremisme en geweld te verwerpen en samen met elkaar en met de internationale gemeenschap te werken aan het herstel van vertrouwen tussen de partijen, zodat de internationale rechtsorde kan worden hersteld. Volgens Berset moet de bescherming van menselijke waardigheid en de versterking van democratische veiligheid centraal staan in dit proces, en moet een tweestatenoplossing worden nagestreefd als de enige haalbare basis voor een rechtvaardige en duurzame vrede.¹⁷

Internationale Claimcommissie en Register voor schade voor Oekraïne: stappen naar gerechtigheid voor Oekraïne

Ook wat betreft het conflict in Oekraïne zijn er een aantal updates. Het register van schade voor Oekraïne (RD4U) heeft recent twee nieuwe claimcategorieën geopend voor gedwongen overplaatsing of deportatie van kinderen en volwassenen, als gevolg van internationaal onrechtmatige handelingen van de Russische Federatie sinds 24 februari 2022. Claims kunnen worden ingediend

15 'Israel must stop targeting journalists and civilians in Gaza and allow unhindered delivery of humanitarian aid, says Parliamentary Assembly', 2 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/israel-must-stop-targeting-journalists-and-civilians-in-gaza-and-allow-unhindered-delivery-of-humanitarian-aid-says-parliamentary-assembly>.

16 Op 9 oktober 2025 gingen Israël en Hamas akkoord met de eerste fase van het Amerikaanse plan voor een einde aan het conflict in Gaza.

17 'Statement of Secretary General Alain Berset on the Gaza agreement', 9 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/statement-of-secretary-general-alain-beret-on-the-gaza-agreement>.

door of namens de betrokken personen, inclusief minderjarigen via hun ouders, en moeten bewijs van de overplaatsing of deportatie bevatten.¹⁸

Daarnaast kwamen deelnemers van het RD4U bijeen in Straatsburg om de voortgang van het werk en de voorbereidingen van de toekomstige Claimcommissie te bespreken. De Raad van Europa zet zich in voor verantwoording, compensatie en steun voor de wederopbouw van Oekraïne. Tot nu toe zijn ongeveer 65.000 claims ingediend, verspreid over 13 van de 43 voorziene categorieën, en worden gemiddeld 200 claims per dag toegevoegd.¹⁹

Thórdís Kolbrún Reykjardóttir, speciaal gezant van de secretaris-generaal van de Raad van Europa voor de situatie van Oekraïense kinderen, benadrukte dat deze nieuwe claimcategorieën een erkenning vormen van het trauma en de rechten van de jongste slachtoffers en een essentiële stap zijn richting gerechtigheid en verantwoording van de Russische Federatie. Volgens haar is effectieve bescherming van Oekraïense kinderen cruciaal voor een duurzame wederopbouw van het land en een rechtvaardige, blijvende vrede.²⁰

In december 2025 werd verder in Den Haag een Internationale Claimcommissie opgericht om de ingediende claims te beoordelen en compensatie vast te stellen. Deze commissie vormde het tweede deel van het compensatiemechanisme en werd opgezet binnen het kader van de Raad van Europa, waarbij ook andere landen en regionale organisaties konden deelnemen. De commissie zal onafhankelijk beslissen over de claims en het bedrag van eventuele compensatie vaststellen, zodra de conventie voor deze commissie is geratificeerd door 25 staten en voldoende middelen beschikbaar zijn voor de eerste werkzaamheden.²¹

Het mechanisme werkt in drie stappen. Ten eerste verzamelt en registreert het eerdergenoemde RD4U claims van individuen, organisaties en overheidsinstanties in Oekraïne, inclusief bewijs van schade. Het kan hierbij gaan om claims variërend van sterfgevallen, vermissingen, marteling, seksueel geweld, vrijheidsberoving, tot gedwongen verplaatsing van kinderen en volwassenen, en schade aan eigendommen. Ten tweede beoordeelt de Internationale Claimcommissie deze claims inhoudelijk op hun gegrondheid en eventuele compensatie. Ten slotte kan een compensatiefonds worden opgericht om de vastgestelde schade daadwerkelijk uit te keren. Volgens Berset vormen het RD4U en de Internationale Claimcommissie belangrijke instrumenten om verantwoor-

18 'Register of Damage for Ukraine announces launch of claims categories concerning the forcible transfer or deportation of children and adults', 18 september 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/register-of-damage-for-ukraine-announces-launch-of-claims-categories-a.2.8-à.2.9-forcible-transfer-or-deportation-of-children-and-adults-1>.

19 'Register of Damage for Ukraine: progress reported and more categories added', 17 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/register-of-damage-for-ukraine-progress-reported-and-more-categories-added>.

20 'Register of Damage for Ukraine announces launch of claims categories concerning the forcible transfer or deportation of children and adults', 18 september 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/register-of-damage-for-ukraine-announces-launch-of-claims-categories-a.2.8-à.2.9-forcible-transfer-or-deportation-of-children-and-adults-1>.

21 'Committee of Ministers approves draft convention establishing an International Claims Commission for Ukraine', 22 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/committee-of-ministers-approves-draft-convention-establishing-an-international-claims-commission-for-ukraine>; 'Council of Europe and Netherlands conference to launch International Claims Commission for Ukraine', 12 december 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-conference-to-launch-international-claims-commission-for-ukraine>.

ding af te dwingen voor de oorlogsmisdaden van de Russische Federatie, gerechtigheid te bieden aan slachtoffers en bij te dragen aan een rechtvaardige en duurzame vrede in Oekraïne.²²

Kinderrechten en rehabilitatie van kinderen in Oekraïne

Naast de ontwikkelingen rondom het RD4U voor Oekraïne, richt de Raad van Europa zich steeds nadrukkelijker op de bescherming en rehabilitatie van de meest kwetsbare slachtoffers: kinderen. Tijdens de internationale conferentie Negotiating Peace for Ukraine: International Law Dimensions and Implications op 3 oktober in Vilnius riep Thórdís Kolbrún Reykford Gylfadóttir op tot meer aandacht, middelen en inspanningen voor de opvang en herstellzorg van de duizenden kinderen die tijdens de oorlog uit Oekraïne werden weggevoerd naar Rusland, Wit-Rusland of de tijdelijk bezette gebieden. Het terugbrengen van de kinderen is slechts een eerste stap; jarenlange ondersteuning zal nodig zijn om de trauma's van deze kinderen te verwerken. Gylfadóttir benadrukte dat naast politieke en financiële steun ook directe betrokkenheid van professionals en vrijwilligers essentieel is voor herstel en vertrouwen. Nederland kan bijdragen door programma's te steunen voor terugkeer, traumabegeleiding en psychosociale zorg.²³

Vervolgens behandelde de speciaal gezant tijdens een bijeenkomst van het Parlementaire Netwerk over de situatie van Oekraïense kinderen in Tallinn de fysieke en psychologische rehabilitatie van oorlogskinderen. Zij wees erop dat toegang tot medische zorg, traumaverwerking en herintegratie in familie en gemeenschap cruciaal zijn en dat veel professionals onvoldoende zijn opgeleid in zorg met betrekking tot traumaverwerking en kinderrechten. Tegelijkertijd kondigde zij aan dat het RD4U voor Oekraïne een nieuwe categorie van claims zal openen voor gebrek aan toegang tot gezondheidszorg en onderwijs. Gylfadóttir benadrukte dat financiële ondersteuning nodig blijft om training en hulpverlening op grote schaal mogelijk te maken en riep lidstaten op politieke wil te tonen en middelen in te zetten. Nederland kan zich hierbij aansluiten door kennisdeling en financiële steun te faciliteren en zo bij te dragen aan effectieve rehabilitatieprogramma's.²⁴

Ten slotte markeerde de speciaal gezant op 20 november, Wereldkinderdag, opnieuw de situatie van Oekraïense kinderen die lijden onder de oorlog. Ze bracht in herinnering dat tienduizenden kinderen werden ontvoerd, vaak illegaal zijn geadopteerd, en dat hun rechten ernstig werden geschonden. Tegelijkertijd wees zij op internationale juridische stappen, zoals het vonnis van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 9 juli 2025 waarin Rusland werd veroordeeld voor de illegale deportatie van kinderen.²⁵ Gylfadóttir benadrukte dat de

22 'Committee of Ministers approves draft convention establishing an International Claims Commission for Ukraine', 22 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/committee-of-ministers-approves-draft-convention-establishing-an-international-claims-commission-for-ukraine>; 'Council of Europe and Netherlands conference to launch International Claims Commission for Ukraine', 12 december 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-conference-to-launch-international-claims-commission-for-ukraine>.

23 'We need efforts, funds and people to free children of Ukraine, care for them and rehabilitate them', says Council of Europe Special Envoy at an event in Vilnius', 6 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/we-need-efforts-funds-and-people-to-free-children-of-ukraine-care-for-them-and-rehabilitate-them-says-council-of-europe-special-envoy-at-an-event-in-vilnius>.

24 'Trauma-informed care of children vital for reconstruction of Ukraine', 20 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/trauma-informed-care-of-children-vital-for-reconstruction-of-ukraine>.

25 Zie EHRM 9 juli 2025, 8019/16, 43800/14, 28525/20 en 11055/22 (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

nieuwe claimcategorie voor gedwongen overplaatsing of deportatie van kinderen een belangrijke stap is in het waarborgen van verantwoording en herstel. Zij sloot af met een oproep aan alle betrokkenen om de veiligheid, terugkeer en psychosociale ondersteuning van deze kinderen te prioriteren, zodat zij in een toekomst zonder oorlog kunnen opgroeien. Nederland kan hieraan bijdragen door samenwerking te zoeken binnen het kader van het RD4U en internationale programma's voor bescherming en rehabilitatie van kinderen actief te steunen.²⁶

Vrouwenrechten en democratie: de strijd tegen gendergerelateerd geweld

Democratie rust op het fundamentele principe dat iedereen gelijke rechten en waardigheid verdient en veilig en vrij kan leven. Terwijl democratieën wereldwijd voor nieuwe uitdagingen staan, worden vrouwenrechten steeds vaker ter discussie gesteld. Op de vooravond van de internationale dag voor de uitbanning van geweld tegen vrouwen, op 25 november 2025, werd door Alain Berset herhaald dat geen enkele vrouw in angst zou moeten leven. Zoals ook in eerdere kronieken is benadrukt, heeft het Verdrag van Istanbul in de afgelopen jaren een belangrijke invloed gehad in versterking van bescherming van vrouwen tegen geweld.²⁷

Tijdens de opening van het jaarlijkse congres van de *Gender Equality Commission* van de Raad van Europa werd opnieuw duidelijk hoe problematisch genderongelijkheid in het publieke domein is. Bjørn Berge, plaatsvervangend secretaris-generaal van de Raad van Europa, wees erop dat wereldwijd slechts 27 landen een vrouwelijke staatshoofd of regeringsleider kennen, terwijl 103 landen nooit een vrouw aan de top hebben gehad. Ook waar vrouwen ministeriële functies bekleden, blijven zij grotendeels uitgesloten van invloedrijke portefeuilles zoals defensie, buitenlandse zaken en financiën. Volgens Bjørn Berge is er niet alleen sprake van stilstand, maar zelfs van een terugval in gendergelijkheid. Ondanks wettelijke maatregelen zoals genderquota en antidiscriminatiewetgeving worden vrouwen in de politiek nog steeds geconfronteerd met disproportionele vormen van intimidatie, uitsluiting en geweld. Seksisme en geweld, zowel online als offline, ontmoedigen vrouwen om het publieke ambt te betreden of daarin actief te blijven. Dit vormt niet alleen een schending van mensenrechten, maar tast ook de fundamenten van een goed democratisch bestuur aan. Met de opkomst van digitale technologieën en kunstmatige intelligentie neemt de schaal en impact van intimidatie verder toe.²⁸

26 'World Children's Day: Statement of the Special Envoy on the situation of children of Ukraine', 20 november 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/world-children-s-day-statement-of-the-special-envoy-on-the-situation-of-children-of-ukraine>.

27 Middels het Verdrag van Istanbul zijn al belangrijke stappen gezet in het verbeteren van wetgeving en praktijk tegen gendergerelateerd geweld, zoals het vaststellen van consensustermijnen bij verkrachting, de oprichting van specialistische opsporings- en vervolgingsteams en de uitbouw van ondersteuningsdiensten voor slachtoffers. Ondanks deze vooruitgang blijven vrouwen in veel landen echter structureel blootstaan aan geweld, waardoor hun veiligheid en deelname aan het publieke leven wordt belemmerd. Zie verder 'No woman should live in fear of violence', 24 november 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/no-woman-should-live-in-fear-of-violence->.

28 Gemanipuleerde beelden en desinformatie kunnen zich in seconden verspreiden. Zo kan er geen sprake zijn van een volwaardige democratie zolang de helft van de bevolking, waaronder vrouwen, geen gelijke toegang heeft tot het publieke leven, structureel geweld ervaart of effectief het zwijgen wordt opgelegd. Zie 'Silencing women in public life is harming democracy', 17 september 2025, beschikbaar via: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/silencing-women-in-public-life-is-harming-democracy>.

Tegen deze achtergrond krijgt ook de Nederlandse omgang met geweld tegen vrouwen nadere aandacht. Volgens het expertorgaan van de Raad van Europa dat toeziet op de naleving van het Verdrag van Istanbul (GREVIO), heeft Nederland de afgelopen jaren belangrijke stappen gezet om geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld te voorkomen en slachtoffers beter te beschermen. In een recent thematisch rapport wijst GREVIO op aanpassingen in het strafrecht, nationale actieplannen tegen onder meer seksueel geweld en femicide, en inzet op preventie en bewustwording.²⁹ Tegelijkertijd laat het rapport zien dat structurele tekortkomingen blijven bestaan. De capaciteit van opvangvoorzieningen is ontoereikend, gespecialiseerde ondersteuning voor vrouwen die te maken hebben met meervoudige discriminatie schiet tekort en het gender gerelateerde karakter van huiselijk geweld wordt in wetgeving en praktijk nog onvoldoende erkend. Dit heeft directe gevolgen voor de bescherming van vrouwen en hun kinderen, onder meer bij beslissingen over gezag en omgang na geweld. GREVIO benadrukt dat effectieve bescherming niet kan bestaan zonder daadkrachtige handhaving. Noodbevelen bij acuut gevaar moeten sneller en ruimer inzetbaar zijn en meldingen van verkrachting en seksueel geweld dienen consequent te worden opgevolgd, zonder procedures die vrouwen ontmoedigen om aangifte te doen. Daarmee raakt de naleving van het Verdrag van Istanbul niet alleen aan individuele veiligheid, maar ook aan de vraag in hoeverre vrouwen in Nederland daadwerkelijk in staat zijn om veilig en gelijkwaardig deel te nemen aan het maatschappelijke en publieke leven.³⁰

De Raad van Europa en sociale rechten

Voorts waren er de afgelopen periode bij de Raad van Europa wederom enkele noemenswaardige gebeurtenissen met betrekking tot sociale rechten. Zo werd door de PACE op 2 oktober 2025 een resolutie aangenomen aangaande het recht op huisvesting, vastgelegd in artikel 31 van het Europees Sociaal Handvest. De resolutie stelt vast dat het recht op huisvesting onder druk staat, onder meer door verschillende conflicten, financialisering van huisvesting (het steeds dominanter worden van financiële instellingen, overwegingen en belangen), hoge kosten voor levensonderhoud en een tekort aan huisvesting. Dergelijke problemen zijn ook Nederland niet vreemd.³¹ De resolutie roept staten daarom op om huisvesting als een recht te behandelen in plaats van als product, om meer te investeren in publieke huisvesting, en om een lange termijnstrategie gebaseerd op het recht op huisvesting te ontwikkelen om dakloosheid tegen te gaan.³²

Daarnaast vond op 15 oktober 2025 een conferentie over de bescherming van gezondheid plaats. Startpunt was dat gezondheid een mensenrecht is. De Raad van Europa houdt zich bezig met een brede variëteit aan activiteiten met betrekking tot gezondheid; van ethisch gebruik van kunstmatige intelligentie bij behandelingen tot het juridisch definiëren van de grens tussen

29 'Council of Europe on preventing and combating violence against women and domestic violence, Building trust by delivering support, protection and justice: First thematic evaluation report, GREVIO 2025', beschikbaar via: <https://rm.coe.int/first-thematic-evaluation-report-on-the-netherlands/488028f8df>.

30 'Clearer understanding of domestic violence still needed in the Netherlands', 21 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/violence-against-women-netherlands-legal-and-policy-changes-praised>.

31 Zie bijv. het rapport van de VN Speciale Rapporteur inzake adequate huisvesting van 2 april 2024 (A/HRC/55/53/Add. 1).

32 PACE, 'Analysis and guidelines to guarantee the right to housing', resolutie 2626, aangenomen op 2 oktober 2025, beschikbaar via <https://pace.coe.int/en/files/35696/html>.

vrijheid van meningsuiting en medische disinformatie. De Raad van Europa doet haar best om te reageren op verschillende factoren die invloed hebben op het recht op gezondheid, waaronder sociale ongelijkheid, aantasting van het milieu, demografische ontwikkelingen en crises zoals pandemieën en gewapende conflicten.³³

Verder was het op 17 oktober 2025 de internationale dag voor de uitbanning van armoede. De conferentie van internationale 'NGO's organiseerde ter ere van die dag een ceremonie in Straatsburg. Onder meer António Guterres, secretaris-generaal van de VN, Bjørn Berge, plaatsvervangend secretaris-generaal van de Raad van Europa, en Olivier de Schutter, lid van het Europees Comité voor Sociale rechten en VN Rapporteur voor extreme armoede en mensenrechten, waren aanwezig. Die laatste bracht in herinnering dat het feit dat mensen die armoede ervaren rechten hebben, betekent dat zij dus geen 'passieve begunstigten' zijn van publieke liefdadigheid, maar in plaats daarvan recht hebben op ondersteuning, de staat ter verantwoording kunnen roepen, en betrokken dienen te worden bij het vinden van adequate oplossingen voor problemen samenhangend met sociale rechten.

Implementatienieuws

Tot slot: het Comité van Ministers kwam op 2 tot 4 december 2025 weer bijeen om de implementatie van uitspraken van het EHRM te bezien. In die bijeenkomst heeft het Comité voor het eerst de implementatie van de uitspraak in de zaak tussen Oekraïne en Nederland tegen Rusland overwogen. Het EHRM stelde op 9 juli vorig jaar onder meer vast dat Rusland het recht op leven van de inzittenden van vlucht MH-17 heeft geschonden door die vlucht neer te halen. Ook stelde het EHRM een patroon van door Rusland gepleegde mensenrechtenschendingen in Oekraïne vast.³⁴ Die beslissing was volgens Alain Berset een belangrijke stap om Rusland ter verantwoording te roepen voor de oorlog tegen Oekraïne.³⁵ Hoewel Rusland al enkele jaren geen EVRM lidstaat meer is, ziet het Comité van Ministers nog toe op het adresseren van de mensenrechtenschendingen die plaatsvonden in de periode dat Rusland wel nog partij was.³⁶ Rusland heeft echter de communicatie met het Comité van Ministers verbroken, en voorziet dus ook niet in updates over de implementatie van deze of andere zaken.³⁷ Daarmee lijkt het onwaarschijnlijk dat Rusland gehoor zal geven aan de uitspraken van het EHRM en de verzoeken van het Comité van Ministers. Niettemin roept het Comité van Ministers Rusland nogmaals op om de uitspraak volledig te implementeren. Het EHRM stelde onder meer vast dat Rusland

33 'Advancing health as a human right', 15 oktober 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/advancing-health-as-a-human-right>.

34 Zie EHRM 9 juli 2025, 8019/16, 43800/14, 28525/20 en 11055/22 (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

35 'Accountability must be ensured for MH17 downing and Russian invasion', 8 december 2025, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/accountability-must-be-ensured-for-mh17-downing-and-russian-invasion>.

36 Comité van Ministers, 'Resolution on legal and financial consequences of the cessation of membership of the Russian Federation in the Council of Europe', CM/Res(2022)3, aangenomen op 23 maart 2022, beschikbaar via [https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:\[%220900001680a5ee2f%22\],%22sort%22:\[%22CoEValidationDate%20Descending%22}\]](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:[%220900001680a5ee2f%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22}]).

37 Comité van Ministers, CM/Del/Dec(2025)1545/H46-34, aangenomen op 4 december 2025, beschikbaar via [https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:\[%2209125948802992d4%22\],%22sort%22:\[%22CoEValidationDate%20Descending%22}\]](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:[%2209125948802992d4%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22}]), par. 2; zie ook EHRM 30 november 2022, 8019/16, 43800/14 en 28525/20, (*Oekraïne en Nederland/Rusland*).

verplicht is om mensen die op Oekraïens grondgebied gevangen werden genomen vrij te laten. Ook dient Rusland mee te werken aan het inwerkingstellen van een mechanisme waarmee de kinderen die van Oekraïens grondgebied werden getransporteerd naar gebieden onder Russische controle kunnen worden geïdentificeerd, het herstel van contact tussen die kinderen en hun families, en het herenigen van de kinderen met hun families. Met betrekking tot MH-17 herinnert het Comité van Ministers Rusland aan de verplichting om aan het onderzoek naar het neerhalen van de vlucht mee te werken, de plicht een heldere verklaring van hun rol daarbij te bieden, en aan de plicht bewijs over te dragen.³⁸

38 Comité van Ministers, CM/Del/Dec(2025)1545/H46-34, aangenomen op 4 december 2025, beschikbaar via [https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:%2209125948802992d4%22,%22sort%22:%22CoEValidationDate%20Descending%22%7D](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:%2209125948802992d4%22,%22sort%22:%22CoEValidationDate%20Descending%22%22%7D).

MYJ/MERING

Het EVRM een eigentijdse krasse knar die zijn verantwoordelijkheden echt wel kent. Ook tegenover ‘eigen volk eerst’.

Egbert Myjer *

Samenvatting | In zijn allerlaatste (en daarom wat lange) My/jmering myjmert oud EHRM-rechter Egbert Myjer over de 75-ste verjaardag van het EVRM. Wat in de preambule van het EVRM stond verwoord is ook nu nog onverkort van toepassing. Het EHRM heeft van zijn taak (toepassen en interpreteren van het EVRM) echt geen rommeltje gemaakt. Het is een eigentijdse krasse knar die zijn verantwoordelijkheden echt wel kent. Maar hoe moet het dan met die ‘eigen volk eerst’-geluiden?

DOI | 10.54195/NTM.26390

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Vooropmerking

Dit is mijn laatste Myjmering voor het *NTM/NJCM-Bull.* Voor de laatste keer ook wat langer dan normaal. Ik heb nu in alle vijftig jaargangen stukjes geschreven en dan is dit een gouden moment om er mee te stoppen. Voor alle duidelijkheid: dit is mijn eigen keus. Dank aan de leden van de redactie die mij, zeker toen ik zelf geen lid meer was van de redactie, nooit (althans niet kenbaar) bij mijn Myjmeringen de wetenschappelijke maat hebben genomen. Ook dank voor hun soms uiterst nuttige suggesties om de tekst her en der aan te vullen of in te korten. Dank tot slot aan de lezers die mij zelfs af en toe spontaan lieten weten Myjmeringen op prijs te stellen. Ik beschouw het als een voorrecht dat ik heb mogen bijdragen aan dit altijd inspirerende bulletin/tijdschrift. En even een caveat bij deze laatste Myjmering. Ik heb deze kopij eind december 2025 afgesloten, nadat ik al een paar keer de tekst had moeten aanvullen in verband met nieuwe ontwikkelingen. Het gaat ineens allemaal wel erg hard.

Op 4 november 1950 werd het EVRM aangenomen. De (bij Protocol 15 met een laatste verduidelijkende zin aangevulde) preambule geeft kort aan waarom dat gebeurde en wat de bedoeling was. Ik citeer dat nu maar eens voluit:

‘Gelet op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens die op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is afgekondigd; Overwegende, dat deze Verklaring ten doel heeft de universele en daadwerkelijke erkenning en toepassing van de rechten die daarin zijn nedergelegd te verzekeren; Overwegende, dat het doel van de Raad van Europa is het bereiken van een grotere eenheid tussen zijn Leden en dat een van de middelen om dit doel te bereiken is de handhaving en de verdere verwezenlijking van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden;

Opnieuw haar diep geloof bevestigende in deze fundamentele vrijheden die de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de wereld en welker handhaving vooral steunt, enerzijds op een waarlijk

- Prof. mr. B.E.P. Myjer is oud-rechter van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg en emeritus bijzonder hoogleraar mensenrechten aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

democratische regeringsvorm, anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens waarvan die vrijheden afhankelijk zijn;

Vastbesloten om, als Regeringen van gelijkgestemde Europese staten, die een gemeenschappelijk erfdeel bezitten van politieke tradities, idealen, vrijheid en heerschappij van het recht, de eerste stappen te doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde rechten;

Bevestigend dat de Hoge Verdragsluitende Partijen, in overeenstemming met het beginsel van subsidiariteit, de primaire verantwoordelijkheid hebben de rechten en vrijheden die in dit Verdrag en de Protocolen daarbij zijn omschreven te waarborgen en dat zij daarbij over een beoordelingsmarge beschikken, die onderworpen is aan het toezicht door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zoals opgericht in dit Verdrag.'

Aan die 75^{ste} verjaardag is her en der binnen de Raad van Europa veel aandacht besteed. Zo vond op 14 maart 2025 in Straatsburg een grote internationale conferentie plaats over *The European Convention on Human Rights as a living instrument*. Op de echte verjaardag, 4 november, vond in het gebouw van het EHRM een plechtige ceremonie plaats, waarin onder meer werd gesproken door de nieuwe president van het EHRM, de Fransman Mattias Guyomar, en de SG van de Raad van Europa, Alain Bersert.

En in eigen land was er bijvoorbeeld op 4 november een herdenkingsbijeenkomst op het ministerie van Justitie en Veiligheid met onder meer bijdragen van Reinier van Zutphen en Rick Lawson. Op 14 november vond in Utrecht een mini-symposium plaats over 75 jaar EVRM. Daaropvolgend sprak de Nederlandse rechter in het EHRM, Jolien Schukking, de SIM Peter Baehr-lezing uit.

In een vorige Myjmering¹ gaf ik commentaar op een recente actie van negen lidstaten van de Raad van Europa om te komen tot een 'open minded conversation' over de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot vreemdelingen. Mijn conclusie was dat dat ongehoord was. Inmiddels heeft dat initiatief een opmerkelijk vervolg gekregen.

Op initiatief van de SG van de Raad van Europa werd op 10 december 2025 – let wel: op de Dag van de Mensenrechten – een informele ministeriele conferentie gehouden om te discussiëren over migratie en het EVRM.² Het resulteerde in een door de ministers van justitie van alle 46 lidstaten aangenomen beslissing een politieke verklaring over dat onderwerp te doen opstellen:

- a. Prepare a draft political declaration reaffirming the obligation to ensure the effective enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the Convention to everyone within the jurisdiction of member States in the context of the contemporary challenges posed both by irregular migration and by the situation of foreigners convicted by serious offences, taking duly into account in particular governments' fundamental responsibility to ensure national security and public safety;
- b. Reiterate its support for the elaboration of a new recommendation on deterring and fighting the smuggling of migrants, with full respect for their human rights;
- c. Consider how the Council of Europe, including through the possible creation of an inter-governmental committee, can best address pressing migration issues and related policies;

1 Myjmering: *de plotselinge oproep tot een open-minded conversation. Is het EHRM echt te activistisch in het beschermen van vreemdelingen?*, in: *NTM/NJCM Bull.* 2025, p. 379-383.

2 Lize Glas, *An Exceptional Ministerial Conference on the ECHR and 'Migration Challenges'*, via: echrblog.com, 11 december 2025.

- d. Encourage the Secretary General to engage in discussions at an international level relating to migration.

Geruststellend is wel dat deze beslissing wordt vooraf gegaan door een aantal paragrafen waarin wordt herbevestigd dat de lidstaten een 'deep and abiding commitment' hebben naar het EVRM en het EHRM, en waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar het gestelde in de 2023 Reykjavik Declaration en in de eerdere gelijksoortige Verklaringen (2018: Copenhagen, 2015 Brussel, 2012 Brighton, 2011 Izmir en 2010 Interlaken).

De verdere uitwerking ligt nu bij het CDDH – het *steering committee on human rights* – dat eind maart 2026 met een tekst moet komen die dan in mei 2026 op de volgende formele sessie (in Chisinau) van het Comité van Ministers zou kunnen worden aangenomen. 27 Lidstaten hebben aan die beslissing, met verwijzing naar die eerdere oproep van negen lidstaten, een *joint statement* toegevoegd. In dat Statement wordt aangegeven dat deze lidstaten:

'consider imperative that the Convention framework is fit to adress today's challenges, most notably in order to meet the following challenges:

- *Expulsion of foreigners convicted of serious crimes;*
- *Clarity about inhuman and degrading treatment;*
- *Innovative and durable solutions to adress migration;*
- *Decision making in migration cases;*
- *Instrumentalisation of migration.'*

Daarbij wordt nog eens aangegeven dat het voor de interpretatie en toepassing van het EVRM noodzakelijk is rekening te houden met beginselen als 'subsidiarity, shared responsibility, proportionality, the 'de minimis' principle, the living instrument doctrine' en 'the concept of "democracy capable of defending itself" preventing abuse of fundamental rights and freedoms by hostile regimes or individual applicants with ulterior motives.' Bij de *living instrument doctrine* wordt nader uitgelegd 'taking appropriate account of the developments, both factual and legal, that have evolved significantly in recent decades and were unforeseen at the time the Convention was drafted.'³

Dat laatste is inderdaad een nieuwe invulling van die doctrine, waarbij wordt voorgesteld het ook toe te passen als een reden tot beperking van de werkingssfeer.

Uit het feit dat 27 landen het joint statement hebben ondertekend kan worden afgeleid dat de actie van de negen steun heeft gekregen van achttien andere landen, waaronder Nederland. Aan de andere kant laat het ook zien dat de hardere lijn die in de actie van de negen werd gepropageerd door heel veel landen niet werd gedeeld, waaronder Duitsland en Frankrijk, en landen als Griekenland, Turkije en Spanje die nu net met zoveel migranten te maken hebben. En het is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk dat de demissionaire regering van Nederland nu net wel mee tekende bij dat statement.⁴

Uit de omstandigheid dat de ministers van justitie van de 46 lidstaten het nodig vinden nader te discussiëren over migratie en mensenrechten kan tenminste worden afgeleid dat er

3 Andrew Forde en Alice Donald, *Countdown to Chisinau: The risk of Politising the ECHR over Migration*, via: ejiltalk.org, 19 december 2025.

4 Zie uitgebreid: Lize Glas en Jasper Krommendijk, 'Ook Nederland wil dat het EHRM zijn migratiestandpunt herzie', via: Nederlandrechtsstaat.nl, 18 december 2025.

blijkbaar vrij algemeen wordt verondersteld dat bepaalde groepen vreemdelingen nog te veel een geslaagd beroep kunnen doen op rechten van de mens.

Het kan overigens allemaal veel zorgelijker. In de eerder genoemde Myjmering schreef ik al even over de manier waarop in 2012 in het Verenigd Koninkrijk in *The Times* was bericht naar aanleiding van een onwelkome uitspraak van het EHRM: 'Britain threatens exit from European Court of Human Rights as Home Office mix-up over deadline lets Abu Quatada win again.' Was dat een wellicht wat overspannen reactie, thans heeft in het Verenigd Koninkrijk de Reform UK (Farage) het opzeggen van het EVRM blijkbaar als eerste prioriteit gesteld. En zelfs de Conservatieve Partij heeft inmiddels bij monde van oppositieleidster Kemi Badenoch laten weten van plan te zijn het EVRM te willen opzeggen.⁵ Ook hier wordt aangegeven dat het allemaal gaat om de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot het toelaten van vreemdelingen.

Sinds het schrijven van die in noot 1 genoemde Myjmering is er ook in Nederland nog veel meer zorgelijks gebeurd. Een week na de voorbeeldige Week van de Rechtsstaat (9-16 september 2025) werden tijdens de Algemene Politieke Beschouwingen op 17 en 18 september 2025 allerlei populistische uitlatingen gedaan over 'eigen volk eerst' en de noodzaak van een asielstop of tenminste het inperken daarvan. Daarbij moet wel worden aangetekend dat die Beschouwingen met het vooruitzicht op de Algemene Verkiezingen van 29 oktober 2025 wellicht voornamelijk moeten worden gezien als aangescherpte verkiezingspraatjes. Maar toch. Later die week, op 20 september 2025, vond in Den Haag de zo genoemde 'Els-Rechts demonstratie' plaats waarbij tegelijkertijd de meest walgelijke gewelddadigheden werden gepleegd door extreemrechtse clubjes en hooligans. Ook werden NSB-vlaggen gedragen en werd de Hitler-groet gebracht.

En in de aanloop naar de Algemene Verkiezingen was migratie een van de belangrijkste discussiepunten.

In berichtgeving en commentaren in de media op de Haagse extreemrechtse gewelddadigheden (zie vooral het uitgebreide achtergrondverhaal in NRC 29 september 2025) kwam ook aan de orde hoeveel mensen van kleur voelden hoe de woede van de Haagse demonstratie op hen was gericht. Asielzoekers, migranten, maar ook in Nederland geboren personen met een niet-witte huidskleur. Of ze nu Surinaams-Hindoestaanse achtergrond hebben, Marokkaanse of Turkse wortels, allemaal voelden ze dat de woede waarop deze demonstratie dreef, ook tegen hen was gericht.

Het verloop van de extreemrechtse (anti-)demonstratie in Den Haag leidde wel tot een debat in de Tweede Kamer en tot vrij algemene uitingen van verontwaardiging over de daar gepleegde gewelddadigheden.

Terzijde: Ik kon het – met een knipoog naar een oude uitspraak van Van Kooten en De Bie: 'Indien de Indianen een wat strenger immigratiebeleid hadden gevoerd, dan was het nu niet zo'n puinhoop geweest in Amerika' – niet nalaten even te denken aan de tijden dat onze Nederlandse voorvaders, maar ook die in andere Westerse landen, naar andere delen van de wereld voeren om zich daar te verrijken ten koste van de 'eigen volkeren' in die delen van de wereld. Het Nederlandse woord 'apartheid' geeft beeldend aan hoe de eigen volkeren in Zuid-

5 Alice Donald, 'A Badge of Dishonour: Will the UK Conservatives Follow the Far-Rights Towards ECHR Withdrawal?' via: [Verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de), 29 september 2025, <https://verfassungsblog.de/badge-of-dishonour/>, DOI: 10.17176/20250929-152006-0; en even later: Joshua Rozenberg, *How UK could leave ECHR*, via: <https://rozenberg.substack.com/> Blog: 'A lawyer writes', 6 oktober 2025.

Afrika ooit door de witte indringers werden behandeld. Zoiets geeft toch een speciale connotatie aan 'eigen volk eerst'-gedachten. Zonder de koloniale acties was Nederland ongetwijfeld minder welvarend geworden. En nu moeten migranten uit andere landen vooral niet ook van onze welvaart willen komen profiteren.

Hoe dan ook: uit de zomerpeiling 2025 van het *The Hague Centre for Strategic Studies* blijkt dat tot de top-3 in Nederland gepercipieerde kwetsbaarheden als meest zorgwekkend wordt ervaren de versplinterde samenleving, verdeeldheid, polarisatie en gebrek aan gedeeld perspectief. En inderdaad: een meerderheid maakt zich zorgen over internationale ontwikkelingen zoals migratiestromen. Let wel: het uitspreken van die zorg in de peiling mag niet achteraf gelijk worden gesteld met de hierboven vermelde radicaal-rechtse uitlatingen over 'eigen volk eerst'.

Nederland is nu een multiculturele samenleving. Toegegeven, dat is het nog niet lang. Ybo Buruma geeft in zijn magistrale boek *De onvoltooide Rechtsstaat. Tijdgeest en Recht 1813-2025*, Prometheus 2025, een nuttig overzicht. In zijn hoofdstuk over de culturele revolutie (1970-1995) schrijft hij:

'Nederland is in 1970 een 'wit' land: slechts 1,2 procent van de bevolking heeft een niet-westerse migratieachtergrond en het grootste deel van die mensen heeft zijn wortels in Indonesië. Dat verandert in de loop van deze periode. Bijna onmiddellijk na de onafhankelijkheid van Suriname in 1975 neemt de immigratie van Surinaamse en ook Antilliaanse rijksgenoten naar Nederland drastisch toe. Bovendien worden na een eerdere golf van hier vooral tijdelijk werkende Italiaanse, Spaanse en Griekse gastarbeiders vanaf de late jaren zestig ook Turkse en Marokkaanse arbeiders geronseld. Ondanks een wervingsstop van mediterrane werknemers volgt een groei van het Turkse en Marokkaanse bevolkingsdeel als gevolg van de Wet op de gezinshereniging (1974). Het is het begin van de multiculturele samenleving.'⁶

Het is voor een beter begrip van de huidige situatie nuttig om recente cijfertjes op een rijtje te zetten. Ik citeer hier wat achtergrondinformatie van het CBS (20-12-2024):

Hoeveel inwoners hebben een herkomst buiten Nederland?

Op 1 januari 2024 bestond de bevolking uit 17,9 miljoen inwoners. 83,8 procent van de bevolking is in Nederland geboren. Bij het grootste van hen zijn beide ouders ook in Nederland geboren (72,1 procent). Bij een kleiner deel is één ouder in het buitenland geboren (6,3 procent) of zijn beide ouders in het buitenland geboren (5,3 procent). 16,2 procent van de bevolking is zelf in het buitenland geboren en naar Nederland gemigreerd.

Wat is de herkomst van migranten en de tweede generatie?

Van alle migranten is ongeveer een derde in Europa en twee derde buiten Europa geboren. Van hen zijn de meesten van Turkse, Surinaamse of Marokkaanse herkomst. Ook is een betrekkelijk grote groep afkomstig uit (overig) Azië.

Bij de (in Nederland geboren) tweede generatie verschilt de verdeling van herkomstlanden naar het geboorteland van de ouders. Van de groep met één in het buitenland geboren ouder, is iets meer dan de helft van Buiten-Europese herkomst. Ongeveer een zesde van hen heeft een ouder die in Indonesië is geboren. Van de groep met twee in het buitenland geboren ouders, is een ruime meerderheid van Buiten-Europese herkomst. Zij hebben vaak een Turkse of Marokkaanse herkomst.

6 Ybo Buruma, *De onvoltooide Rechtsstaat. Tijdgeest en Recht 1813-2025*, Prometheus 2025.

Hoeveel immigranten komen naar Nederland?

In 2023 immigreerden 336 duizend mensen naar Nederland. Dat waren er 67 duizend minder dan in 2022. Daarnaast emigreerden 198 duizend mensen uit Nederland, 19 duizend meer dan een jaar eerder.

In totaal vestigden zich in 2023 dus meer mensen in Nederland dan er vertrokken. Het migratiesaldo (de immigratie minus de emigratie) bedroeg +137 duizend mensen. Van 2003 tot en met 2007 was het migratiesaldo negatief: er waren minder immigranten dan emigranten.

Een immigrant is iemand die vanuit het buitenland naar Nederland is gekomen, en die hier bij een gemeente staat ingeschreven. Asielzoekers tellen pas als immigrant als ze een (tijdelijke) verblijfsvergunning hebben, of als ze langer dan een half jaar in een asielzoekerscentrum wonen en zich hebben ingeschreven.’

Een groot deel van immigranten bestaat uit arbeidsmigranten, en in mindere getalen uit studenten en/of personen uit andere EU-landen. En er zijn asielzoekers. Asiel wordt verleend bij de aanwezigheid van een gegronde reden om in het land van herkomst te vrezen voor vervolging wegens ras, godsdienst, nationaliteit, politieke overtuiging, of van een gegronde reden om te vrezen voor doodstraf of executie, marteling of onmenselijke of vernederende behandeling in het land van herkomst. Het percentage afwijzingen op een asielverzoek verschilt van jaar tot jaar.

Uit die cijfers kan in elk geval de conclusie worden getrokken dat de bevolking van Nederland al lang niet meer bestaat uit slechts personen met een witte huidskleur. Sommige FvD-tegenstanders van het toelaten van migranten spreken evenwel van het gevaar van ‘omvolking’: dat het Nederlandse volk als zodanig uit Nederland zou verdwijnen.

Maar meer in het bijzonder lijkt de nadruk van ‘eigen volk eerst’ zich te richten op ‘eerste generatie’ vreemdelingen die – al dan niet met behulp van mensensmokkelaars – naar Nederland zijn gekomen zonder op enige manier te voldoen aan de eisen voor asieltoewijzing (van wie sommigen na eerst al in een ander EU-land tevergeefs een beroep te hebben gedaan op asielverlening), op uitgeprocedeerde vreemdelingen die dan maar onderduiken en vooral niet weggaan. En voorts op (kinderen van) immigranten met een verblijfstatus die ernstige strafbare feiten plegen. En ook op toelating van gezinsleden van toegelaten vreemdelingen in het kader van gezinshereniging. De pijlen richten zich dan op het EHRM dat met betrekking tot toelating van vreemdelingen een onvoldoende restrictieve interpretatie zou geven aan het EVRM.⁷

Korthedshalve verwijs ik allereerst naar de opmerkingen die ik heb gemaakt in de in noot 1 vermelde Myjmering. De eerste verantwoordelijkheid om het EVRM toe te passen ligt bij de lidstaten. Zij hebben daarbij een ‘margin of appreciation’ die onderworpen is aan het toezicht door het EHRM. Het EHRM heeft in de loop der tijden inderdaad ook moeten oordelen over zaken met betrekking tot immigratie.⁸ Een samenvatting is te vinden op www.echr.coe.int (ECHR-KS), waarin bij de *case-law guides* ook een uitgebreide *Guide on Immigration* staat opgenomen. De inhoudsopgave geeft een goed overzicht over welke punten het EHRM zich heeft uitgelaten:

7 Zie bijv.: Rik Rutten, ‘Conservatief Europa ruikt kans om de macht van rechters in te perken’, *NRC* 12 oktober 2025.

8 Let wel. Van het totaal aantal gedane klachten wordt maar een klein percentage überhaupt ontvankelijk verklaard en inhoudelijk beoordeeld. En de meeste arresten zijn in repetitieve zaken. Zie laatstelijk: European Court of Human Rights, *Annual Report 2024*, Judicial Activities.

- ‘- access to the territory and procedures;
- entry into the territory of the respondent State;
- substantive and procedural aspects of cases concerning expulsion, extradition and related scenarios;
- prior to the removal and the removal itself;
- other case scenarios
- procedural aspects of applications before the Court.’

En verder zijn er nog wat factsheets over onderwerpen als ‘detention of migrant children, health and immigration, summary returns of migrants and or asylum seekers (“push backs”), discrimination and immigration.’

Ook de *Press Unit* van het EHRM heeft in juli 2025 n.a.v. 75 jaar EVRM een zeer informatief *factsheet* uitgegeven: *75 years of the European Convention on Human Rights. Focus On: Immigration*. Daarin wordt onder meer vermeld: ‘The proportion of applications submitted to the Court which concern immigration matters is low. Among the cases pending before the Court, 1,5% relate to immigration.’

De EVRM-rechten die in zaken met betrekking tot vreemdelingen het meest aan de orde zijn, zijn de artikelen 2 (recht op leven), 3 (verbod van foltering), 4 (verbod van slavernij en dwangarbeid), 5 (recht op vrijheid en veiligheid), 8 (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven), artikel 2 Protocol 4 (vrijheid van verplaatsing) en 4 (verbod van collectieve uitzetting van vreemdelingen).

Wie de moeite neemt serieus kennis te nemen van de jurisprudentie van het EHRM kan ook talloze voorbeelden vinden waarin het EHRM aangeeft begrip te hebben voor het ongemak in een lidstaat met betrekking tot bijvoorbeeld illegale vreemdelingen of in relatie tot (al wel toegelaten) vreemdelingen die zich hebben schuldig gemaakt aan ernstige misdrijven. Feit blijft dat, wanneer een vreemdeling ressorteert onder de rechtsmacht van een lidstaat, die vreemdeling ook (zonder discriminatie) aanspraak kan maken op de rechten en vrijheden van het EVRM. Het meest prangend komt dat naar voren als de vreemdeling bij terugzending naar het land van herkomst gevaar loopt voor zijn lijf (recht op leven) of leden (verbod van foltering).

Het EHRM doet waarvoor het is ingesteld: controle op de naleving van de verplichtingen die de lidstaten op zich hebben genomen. De rechtsmacht van het EHRM strekt zich uitdrukkelijk uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het EVRM (artikel 32 EVRM). En daarin past ook het verbod tot discriminatie (artikel 14 EVRM).

En heus, het komt regelmatig voor dat er ook binnen het EHRM verschillend wordt geoordeeld over een aan het EHRM voorgelegde kwestie. Dat is dan ook via de zogenaamde *separate opinions* duidelijk kenbaar. En bij ernstige vragen betreffende de interpretatie van het EVRM kan een Kamer afstand doen van rechtsmacht ten gunste van de Grote Kamer (artikel 30 EVRM). Ook bestaat in uitzonderlijke gevallen na een Kamer-uitspraak de mogelijkheid van verwijzing naar de Grote Kamer (artikel 43 EVRM).

Maar zou dan voor het EHRM niet bepalend moeten zijn wat de democratisch gekozen meerderheid in een land vindt? Het antwoord op die vraag is simpelweg nee. In een democratische rechtsstaat wordt een democratisch gekozen meerderheid beperkt door grondrechten. Dat is ook goed terug te vinden in de drie pijlers waarop de Raad van Europa rust: *democracy, rule of law, human rights*. Een democratisch genomen beslissing zal moeten voldoen aan grondrechten.⁹

9 Zie ook de voorlaatste Myjmering: ‘Meeste stemmen gelden echt niet altijd’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2025, p. 489-492.

En onze eigen Grondwet kent de algemene bepaling: *De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat*. Hoofdstuk 1 van de Grondwet noemt in de artikelen 1-23 die grondrechten.

Toch maar even voor alle duidelijkheid: het EVRM eist echt niet dat iedere vreemdeling die dat wil maar in Nederland moet worden toegelaten. Maar bij gevaar voor lijf en leden bij terugzending naar het land van herkomst is er in het algemeen geen weg terug. Dat geldt ook voor lieden die hier ernstige strafbare feiten hebben gepleegd. En meer in het algemeen: zolang nog sprake is van minderjarigheid bij zo'n crimineel zou ook het recht op gezinsleven een verbanning in de weg kunnen staan.

Dat laat onverlet dat ik me volledig kan voorstellen dat het de rechtsorde extra schokt als een asielzoeker een ernstig strafbaar feit pleegt. En dat het irriteert wanneer uitgerekend asielzoekers in een AZC zich niet gedragen en strafbare feiten plegen of overlast veroorzaken. Wie vraagt of heeft gevraagd om hulp heeft, dunkt mij, een extra verantwoordelijkheid zich te blijven gedragen.

Dat bij lidstaten een wellicht groeiende onvrede bestaat over de omstandigheid dat vreemdelingen hun toevlucht zoeken tot hun landen en dat men daartegen maatregelen wil nemen, is niet onbegrijpelijk. Maar men kan juist bij mensenrechten niet met verschillende maten rekenen.

In haar indrukwekkende toespraak bij de opening van het academisch jaar aan de Vrije Universiteit (op 1 september 2025) over Wereldburgerschap, stelt Sigrid Kaag:

'Het verhaal van eigen volk eerst lijkt sterk op een overlevingsmechanisme in onzekere tijden. We zijn daarbij zelfs terechtgekomen in de overtreffende trap van deze notie, met bizarre beweringen over doelbewuste "omvolking" – waarbij een volk zelfs bedreigd zou worden in haar eigen voortbestaan. Deze sfeer legt helaas een pijnlijk tekort bloot aan medemenselijkheid, tolerantie, inclusie en pure nieuwsgierigheid naar de ander, de onbekende maar niet onbeminde.

We lijken af te stevenen op een samenleving waarin het normaal is om de ander de schuld te geven, en eindeloos de maat te nemen. En in extremis de ander kwaad toe te dichten in plaats van de ander te ontmoeten, erkennen en zelfs een beetje leren begrijpen – omdat we nu eenmaal verbonden zijn.'

Soms zou ik lieden die in Nederland een beroep doen op voorbeeldige joods-christelijke tradities – waarin islamieten niet zouden passen – willen aanraden nog eens na te denken aan die wijze basisregel uit Matheus 7-11: *Behandel anderen dus steeds zoals je zelf zou willen dat anderen jullie behandelen*. Een tekst die zoveel positiever klinkt dat het negatief geformuleerde gezegde: *Wat jij niet wilt dat U geschiedt doe dat dan ook een ander niet*.

In het jaar dat het EVRM 60 werd reikte op 29 mei 2010 de toenmalige Nederlandse minister-president Balkenende aan het EHRM de *Four Freedoms Award* uit. Dat gebeurde 'not only to express our appreciation for the Court's service to democracy and freedom in the past, but also on behalf of future generations.'

Het laatste woord over het EHRM was daar natuurlijk niet gezegd. In een opvolgend kabinet was men ineens veel kritischer en vond ook in sommige media een heftige discussie plaats over het in de ogen van sommigen te activistische EHRM.¹⁰

10 Voor de liefhebber van de kopjes van ingezonden stukken en commentaren in de kranten uit die tijd verwijs ik naar B.E.P. Myjer, *Het leest als een boek. Over opmerkelijke daden van een rechter, mensenrechten die vooral voor andere landen zouden zijn bedoeld, perifere zaken en wolfisering*, Wolf Legal Publishers 2011.

Let wel: discussie is nooit weg. Maar het is noodzakelijk dat wel te doen tegen de achtergrond van wat staat vermeld in de hierboven afgedrukte preambule van het EVRM. Met inachtneming van wat het betekent een democratische rechtsstaat te zijn.

Het EVRM is nu 75 geworden. En wat mij betreft zijn de woorden van Balkenende nog onverkort op zijn plaats.

Het is een eigentijdse krasse knar die zijn verantwoordelijkheden echt kent. Ook tegenover 'eigen volk eerst'-oprispingen.

