



**TvMR**

Tijdschrift voor Mensenrechten  
Driemaandelijks uitgave  
Verschijnt vier keer per jaar  
Aanbevolen citeerwijze: TvMR

ISSN 1379-0250

**Redactie**

*Hoofdreducteur:* Paul de Hert  
Eindredactie: Caroline De Geest  
Redactie: Benfquih-Mohammed Yousra,  
Charline Daelman, Willem Debeuckelaere,  
Dominique De Meyst, Marijke De Pauw,  
Annelies D'Espallier, Yves Haeck, Aagje leven,  
Veronique Joosten, Laurens Lavrysen, Michael  
Merrigan, Saila OualdChaib, Paul Pataer, Maxime  
Stroobant, Astrid  
Thienpont, Jozefien Van Caeneghem, Catherine  
Van De Heyning, Arne Vandenbogaerde,  
Nathalie Van Leuven, Andy Van Pachtenbeke

**Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw.**

Abonnement op TvMR? Bel 09/223.07.38

**Redactiesecretariaat**

Liga voor Mensenrechten vzw  
Gebroeders De Smetstraat 75, 9000 Gent  
tel: 09 223 07 38 – fax: 09 223 08 48  
e-mail: info@mensenrechten.be  
website: www.mensenrechten.be

**Redactionele samenwerking en disclaimer**

Het Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw. De redactie heeft een volstrekt autonoom statuut. Het TvMR strekt tot het aanmoedigen van het onderzoek naar actuele mensenrechtenthema's en het verspreiden van de kennis hierover. Voor publicatie aangeboden teksten, arresten en vonnissen en te bespreken boeken mogen rechtstreeks naar het redactiesecretariaat worden gestuurd. De redactie behoudt zich alle rechten voor de publicatie van ingezonden artikels, werken, advertenties, ed. te weigeren. Aan de totstandkoming van deze publicatie is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden de redactie en de uitgever geen verantwoordelijkheid. Elke auteur is verantwoordelijk voor zijn/haar eigen redactionele bijdragen.

**Lidmaatschap Liga voor Mensenrechten en jaaronnementen**

Lid + abonnement op Tijdschrift voor Mensenrechten: 35 €  
Lid + abonnement op Fatik, tijdschrift voor Strafbeeld en Gevangeniswezen: 40 €  
Lid + abonnement op beide tijdschriften: 70 €  
Steunend lid + abonnement op beide tijdschriften: 96 €  
Lid zonder abonnement: 5 € per jaar

rek.nr. BE34 0011 2701 3290

Het is ook mogelijk om, losgekoppeld van het lidmaatschap, een abonnement op de tijdschriften te bekomen.  
Meer informatie bij Liga voor Mensenrechten.

**TvMR online**

Je kan TvMR online raadplegen. De laatste vier nummers zijn beschikbaar voor abonnees. Vraag een login via tvmr@mensenrechten.be. Surf naar tvmr.mensenrechten.be

© Niets uit deze publicatie mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, elektronische gegevensdragers of welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande, uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uit respect voor mens en milieu wordt TvMR gedrukt op kringlooppapier en zonder vluchtige organische stoffen door Druk in de Weer, Gent.

**Mensenrechteninstituut "eindelijk" in zicht?**

Na kritiek van Amnesty International op dit vlak kondigde Minister Geens aan dat het dossier in een stroomversnelling was gekomen. Eerder dit jaar tikte de Verenigde Naties België nog op de vingers naar aanleiding van de tweede Universele Periodische Evaluatie (UPR) voor het uitblijven van een mensenrechteninstituut ondanks herhaaldelijke beloften van zowel de vorige als deze regering. Eerder dan een volledig nieuwe instelling op te richten, wordt er gedacht aan een overkoepelend orgaan dat de werking van de verschillende bestaande instellingen coördineert met een beperkt aantal eigen taken, zoals het toezicht op het optioneel protocol van het Verdrag voor de bescherming tegen foltering en onmenselijke behandeling (OPCAT).

**Turkije roept artikel 15 EVRM in**

Op 21 juli informeerde Turkije de Raad van Europa dat het maatregelen zou nemen in afwijking van het EVRM om het hoofd te bieden aan de noodtoestand naar aanleiding van de coup poging. Artikel 15 EVRM laat toe om de rechten en vrijheden van het Mensenrechtenverdrag tijdelijk in te perken. Deze beperkingen mogen niet verder gaan dan strikt noodzakelijk en of raken aan de absolute rechten (o.a. het verbod op foltering). Bovendien moeten de afwijkingen gepaard gaan met procedurele waarborgen om willekeur tegen te gaan. Terwijl dit artikel de afgelopen decennia slechts uitzonderlijk werd ingeroepen, werd het de afgelopen twee jaar verschillende malen ingeroepen (Oekraïne in 2014, Frankrijk in 2015 en nu Turkije). Turkije gaf de Raad van Europa echter (nog) geen lijst van maatregelen die het zal nemen in afwijking van het Verdrag. In de media sprak de Turkse regering wel over enkele maatregelen die de toets van artikel 15 EVRM alvast niet doorstaan, o.a. de herinvoering van de doodstraf. Secretaris-Generaal Thorbjørn Jagland reageerde alvast door te wijzen op de limieten van artikel 15 EVRM en de controle door het EHRM in individuele gevallen. Naar aanleiding van het verzoek publiceerde het EHRM een geüpdatet overzicht van de Straatsburgse rechtspraak over dit artikel. Er is weinig twijfel dat het Hof binnen afzienbare tijd over mogelijke inbreuken zal moeten oordelen gezien het grote aantal arrestaties en zorgelijke berichten van objectieve waarnemers.

**Big Brother Awards 2016**

De jury én het publiek vonden Facebook dit jaar de grootste privacy-schender van België. Hierdoor sleept het Amerikaanse sociale netwerkbedrijf 2 Big Brother Awards in de wacht. Facebook houdt ons allemaal (mede dankzij het kopen van WhatsApp) continue in de gaten. Wij hebben geen controle over wat zij doen met de vele persoonsgegevens die ze van ons verzamelen.

In de andere debatten werden de volgende conclusies getrokken;

- "Banken worden databanken maar cash blijft een mensenrecht!" werd er volmondig geconcludeerd bij het debat 'No cash, no privacy'. Cash wordt meer en meer verbannen uit winkels, zonder dat daar anonieme alternatieven voor in de plaats komen.
- "We hebben wél iets te verbergen, metadata liegen niet!" klonk het bij 'Dataretentiewet 2.0'. Sinds 4 mei 2016 is er een nieuwe dataretentiewet. Providers en telecommatenschappen zijn sindsdien verplicht al onze communicatiegegevens te bewaren voor het geval het gerecht of de staatsveiligheid erom vragen.
- "Justitie en pers moeten meer vertrouwen hebben in elkaar" volgens de debatteerders in het debat 'Horen, zien en zwijgen over strafonderzoeken'. De voors en tegens van het voorstel van politici dat wil voorkomen dat informatie over lopende strafonderzoeken bij journalisten – en dus bij het publiek – terecht komt werden tegen elkaar afgewogen.

## Breekt nood wet?

De Franse president Hollande riep de noodtoestand uit in zijn land vrijwel meteen na de aanslagen van 13 november 2015. "A la guerre comme à la guerre". Politiemensen kregen buitengewone bevoegdheden en rechterlijke controles vielen praktisch weg. Zo werden terroristen als het ware op hun wenken bediend. Het verzwakken van de rechtsstaat komt hen goed uit. Het uitroepen van de noodtoestand in vreedstijd is een teken van zwakte van een democratie.

Toen Anders Breivik moorddadig toesloeg in Noorwegen, reageerde premier Stoltenberg helemaal anders. Hij pleitte toen voor nog meer democratie en nog meer vrijheid. De honderden huiszoekingen, huisarresten en administratieve aanhoudingen in Frankrijk leverden nauwelijks meer veiligheid op. Integendeel. De miskleunen stapelden zich op en creëerden onveiligheid voor een hele reeks burgers. Over het povere resultaat van die acties werd ook met mondjesmaat gerapporteerd. Hoeft het nog gezegd dat de noodtoestand en het oorlogsklimaat discriminatie in de hand dreigen te werken: politiemensen richten hun acties vooral op mensen met een bepaalde religie en afkomst.

Ook in ons land dromen sommige politici luidop van het doen uitroepen van een noodtoestand ter bestrijding van terrorisme en radicalisme. Op korte termijn zal het een droom blijven. Het vergt immers een aanpassing van onze grondwet en ons huidig parlement heeft niet de macht om de grondwet in die richting te wijzigen.

Intussen besnuffelen onze regering en ons parlement wel de grenzen van de grondwet. De ene "terrowet" na de andere volgt elkaar op en scheppen half-geruisloos uitzonderingsmaatregelen voor uitzonderingstoestanden. Als het in Parijs regent...

Huiszoekingen 's nachts worden mogelijk, voorlopige hechtenissen worden verlengd, persoonsgegevens worden langer bewaard, de politie mag ook wapens dragen in privé situaties, uitingen van sympathie voor terroristen worden strafbaar, enkelbanden worden aangebracht als veiligheidsmaatregel en niet als strafmaatregel, enz. Niet alles is al in wetteksten omgezet, maar het voorbereidend werk is zo goed als klaar.

De grondtoon is gezet: de scheiding tussen de politieke macht en de rechterlijke macht wordt duchtig aangetast. Het protest daartegen klinkt relatief zwak en dat is minstens even verontrustend. Meer zelfs, in het willen tegengaan van radicale opvattingen en geloofspunten wordt zelfs de scheiding van Kerk en Staat even in quarantaine geplaatst. Onze ministers van onderwijs en justitie zouden mede willen bepalen wat in de opleiding van imams aan onze universiteit(en) aan bod zou moeten komen. Bij ons weten heeft de opleiding van seminaristen nooit last gehad van overheidsinmenging.

**Paul Pataer\***

\* Paul Pataer is redactielid van het Tijdschrift voor Mensenrechten.

## Het proces ter versterking van de VN verdragsorganen: een belangrijke stap voorwaarts, maar geen duurzame oplossing

Veronique Joosten\*

De *ad hoc* ontwikkeling van mensenrechtenverdragen in het kader van de Verenigde Naties (hierna: VN) en de toezichtmechanismen die toezien op de naleving van deze verdragen, de zogeheten verdragsorganen, zorgden voor een systeemcrisis: de verdragsorganen bleven overeind dankzij het feit dat een overgrote meerderheid van verdragspartijen hun rapporteringsverplichtingen niet vervulden, hetgeen onaanvaardbaar en onhoudbaar is. Om deze uitdaging het hoofd te bieden startte de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten (hierna: Hoge Commissaris) in 2009 een consultatieproces ter versterking van de verdragsorganen dat resulteerde in een baanbrekend rapport. Naast een analyse van de uitdagingen, reikt dit rapport een reeks, vaak verregaande oplossingen aan. Na twee jaren van moeizame onderhandelingen nam de Algemene Vergadering (hierna: AV), met de adoptie van resolutie 68/268 een aantal van deze voorstellen over en dan nog vaak in sterk afgezwakte versie. Na een korte schets van de *ad hoc* ontwikkeling van de toezichtmechanismen en de ermee verbonden systeemcrisis, geeft deze bijdrage de grote lijnen weer van - het resultaat van - het proces ter versterking van de verdragsorganen en van de resterende uitdagingen.

### De VN en mensenrechten

Door de gruwel van de Tweede Wereldoorlog stond de bescherming van mensenrechten hoog op de internationale agenda ten tijde van de oprichting van de VN. Zo hecht het Handvest, de VN-oprichtingsakte, veel belang aan de eerbiediging van de mensenrechten, maar geeft het een definitie noch een opsomming van deze rechten. Het opstellen van een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens was daarom het eerste initiatief van de VN op het vlak van mensenrechten. Op 10 december 1948 proclameerde de AV de Universele

Verklaring als '*het gemeenschappelijk door alle volkeren en alle naties te bereiken ideaal*'. De Universele Verklaring is geen bindend verdrag, maar is als een gezaghebbende interpretatie van de mensenrechtenbepalingen in het Handvest wel van groot moreel en politiek belang. Ze vormt de hoeksteen van het hedendaagse internationale recht inzake de bescherming van mensenrechten. Maar de naleving van de Verklaring werd niet aan een toezichtmechanisme onderworpen.

### Ad hoc totstandkoming van mensenrechtenverdragen

De verdere explicitering van de rechten en vrijheden in de Universele Verklaring gebeurde in een aantal internationale en regionale verdragen, die telkens wel een eigen toezichtmechanisme voorzagen. In de schoot van de VN kwamen doorheen de jaren verschillende verdragen ter bescherming van de mensenrechten tot stand. Het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van Alle Vormen van Rassendiscriminatie was het eerste verdrag dat het levenslicht zag in 1965. Eén jaar later werd de laatste hand gelegd aan het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten. Later volgden het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle Vormen van Discriminatie van Vrouwen (1979), het Internationaal Verdrag tegen Foltering en andere Wrede, Onmenselijke of Onterende Behandeling of Bestrafing (hierna: Folterverdrag) (1984), het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (1989), het Internationaal Verdrag inzake de Bescherming van de Rechten van Migrerende Werknemers en hun Gezinsleden (1990), het Internationaal Verdrag inzake de Bescherming van alle Personen tegen Gedwongen Verdwijningen (2006), en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (2006).

De bepalingen van deze verdragen zijn enkel bindend

\* Veronique Joosten werkt op de dienst mensenrechten van de FOD Buitenlandse Zaken en Ontwikkelingssamenwerking en is tevens wetenschappelijk medewerker aan de Faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen. Dit artikel geeft enkel de persoonlijke visie van de auteur weer.

voor de lidstaten die er partij bij worden. Alle inwoners van een verdragsstaat of alle personen die aan de wetgeving van die staat zijn onderworpen, genieten dan, zonder onderscheid, alle rechten die in de verdragen worden vermeld. Het aantal ratificaties is in de loop der jaren gestaag toegenomen, in die mate dat de meeste van bovenvermelde verdragen vandaag ruim meer dan 150 verdragspartijen tellen.

## Ad hoc ontwikkeling van verdragsorganen

Het toezicht op de naleving van de verplichtingen die een staat op zich neemt, is toevertrouwd aan speciaal daarvoor opgerichte toezichtorganen, ook wel de verdragsorganen (*'treaty bodies'*) genoemd. De bovenvermelde verdragen zelf – of eventueel een facultatief protocol – hebben deze toezichthoudende organen ingesteld. Momenteel bestaan er 9 comités die elk toezien op de naleving van één van de verdragen. Een buitenbeentje vormt het Subcomité ter preventie van foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing. Dit Subcomité werd opgericht door het Facultatief Protocol bij het Folterverdrag en oefent een preventief mandaat uit door middel van bezoeken aan plaatsen van detentie. Alle comités zijn samengesteld uit een specifiek aantal onafhankelijke, onbetaalde deskundigen die voor een periode van 4 jaren verkozen worden door de verdragspartijen. Elk Comité vergadert twee tot drie keren per jaar telkens gedurende twee of drie weken in Genève.<sup>2</sup>

## Een systeem dat uit zijn voegen barst

Sinds de oprichting van het eerste verdragsorgaan in 1970, is het systeem op een *ad hoc* wijze enorm gegroeid. Enkele cijfers tonen aan dat het systeem van de verdragsorganen hierbij uit zijn voegen is gebarsten. Sinds 2004 is het systeem verdubbeld in omvang met de oprichting van 4 nieuwe verdragsorganen. Het aantal experten dat zetelt in de comités steeg van 97 in 2000 naar 172 in 2012, terwijl de vergadertijd van de comités krom van 51 weken in 2000 naar 74 in 2012, hetgeen budgettaire implicaties met zich meebrengt. Van 2000 tot 2012 steeg het aantal ratificaties met meer dan 50%,

namelijk van 927 naar 1.586. Deze toename in ratificaties leidde niet tot een proportionele toename van periodieke rapporten die verdragspartijen indienden, wel integendeel: in 2012 rapporteerden slechts 16% van de verdragspartijen tijdig aan de comités en toch hadden 4 van de 9 comités in 2012 een aanzienlijke achterstand in de te behandelen rapporten<sup>3</sup>. Kortom, het systeem van de verdragsorganen bleef overeind door het feit dat een overgrote meerderheid van verdragspartijen hun rapporteringverplichtingen niet vervulden, hetgeen onaanvaardbaar en onhoudbaar is. Het betreft immers een vorm van straffeloosheid.

## Het rapport van de Hoge Commissaris

Deze systeemcrisis bleef niet onopgemerkt, al bleef een oplossing lange tijd uit. Zo wees de toenmalige Secretaris-generaal Kofi Annan in 2002 op de tekortkomingen van het verdragsstelsel in zijn rapport *'Strengthening of the UN: an agenda for further change'*.<sup>4</sup> De Secretaris-generaal verzocht de Hoge Commissaris om de verdragsorganen te consulteren over nieuwe, gestroomlijnde rapporteringprocedures.<sup>5</sup> Drie jaar later herhaalde de Secretaris-generaal zijn bezorgdheid in zijn rapport *'In larger freedom'*. Hij hernam zijn eerdere aanbeveling dat *'harmonized guidelines on reporting to all treaty bodies should be finalized and implemented so that these bodies can function as a unified system'*.<sup>6</sup> De nieuwe Hoge Commissaris, Louise Arbour, nam deze aanbeveling ter harte en ging zelfs een stap verder. In mei 2005 kondigde ze aan dat ze voorstellen zou ontwikkelen voor *'a unified standing treaty body'*.<sup>7</sup> Met dit voorstel greep de Hoge Commissaris terug naar een oud idee van Philip Alston, de onafhankelijke expert die in de jaren '80 door de Secretaris-generaal werd aangesteld om een studie uit te voeren naar het versterken van de lange termijn effectiviteit van het verdragsstelsel. Eén van zijn suggesties was om één toezichtorgaan te creëren voor alle verdragen.<sup>8</sup> Een conceptpaper van 22 maart 2006 werkt het voorstel van de Hoge Commissaris verder uit.<sup>9</sup> Dit ambitieuze idee stuitte op weerstand van de verdragsorganen zelf, en van heel wat verdragspartijen, en bleef dan ook een doodgeboren kind.

Ook de volgende Hoge Commissaris, Navanethem Pillay, sloot de ogen niet voor de systeemcrisis. In 2009

1 Variërend van 10 over 18 tot 23 of 25.

2 Zie United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *The UN Human Rights Treaty System, Fact sheet No. 30 Rev.1, Geneva, 2012, 74 p.*

3 Zie N. Pillay, *Strengthening the UN human rights treaty body system. A report by the UN High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2012, 9 en 17.*

4 UN Doc. A/57/387, para. 52.

5 *Ibidem.*

6 K. Annan, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all. Report of the Secretary-General, A/59/2005, para. 147.*

7 UN Doc. A/59/2005/Add.3, para. 147.

8 *See inter alia UN Doc. A/44/668.*

9 UN Doc. HRI/MC/2006/2.



waagde ze een nieuwe poging om tot een oplossing te komen door een reflectieproces ter versterking van de verdragsorganen te lanceren, waarbij Staten, experts van de comités en andere partners werden geconsulteerd. Op initiatief van België, diende de Benelux een schriftelijke bijdrage in, waarin onder meer werd gepleit voor de veralgemeende invoering van de vereenvoudigde rapportering en een interactieve dialoog die focust op 3 of 4 kwesties.<sup>10</sup> Deze inclusieve en participatieve consultatie leidde in 2012 tot de publicatie van een baanbrekend rapport 'Strengthening the UN human rights treaty body system'.<sup>11</sup>

In dit rapport identificeerde de Hoge Commissaris de uitdagingen waarmee de verdragsorganen worden geconfronteerd, waaronder niet-naleving van de verplichting tot rapportering door de verdragspartijen, achterstand in de te behandelen rapporten door de comités, capaciteitsproblemen bij de verdragspartijen, onvoldoende coherentie in de werking van de comités, en een nijpend tekort aan financiële middelen voor de werking van de comités.<sup>12</sup>

Daarnaast droeg de Hoge Commissaris een hele reeks oplossingen aan: een alomvattende kalender voor de rapportering; een vereenvoudigde procedure voor rapportering; een versterking van de individuele klachtenprocedure, de onderzoeksprocedure en de landenbezoeken; een versterking van de onafhankelijkheid en expertise van de leden van de comités; een capaciteitsversterking ter uitvoering van de verdragen, met onder meer de aanbeveling tot oprichting van permanente nationale rapporterings- en coördinatiemechanismen; en het vergroten van de visibiliteit en toegankelijkheid van de verdragsorganen, onder meer door webcasting.<sup>13</sup> Ditmaal bleven de voorstellen van de Hoge Commissaris geen dode letter, ook al liepen de onderhandelingen niet van een leien dakje.

## Resolutie 68/268 van de AV

Nog vóór de publicatie van het rapport, startte in New York een intergouvernamenteel proces dat na 2 jaren van moeilijke onderhandelingen culmineerde in de adoptie van resolutie 68/268 door de AV op 9 april 2014<sup>14</sup>. Omdat sommige landen vonden dat

het consultatieproces van de Hoge Commissaris onvoldoende de visies van de staten reflecteerden, lanceerde Rusland dit intergouvernamentele proces.<sup>15</sup> Hoewel de EU zelf slechts partij is bij 1 verdrag, met name het CRPD, besloten de EU en haar lidstaten tot een gemeenschappelijke EU positie in de onderhandelingen, waarbij de EU de versterking van de impact van de verdragsorganen op het nationaal niveau als einddoel beoogde en er over waakte dat de onafhankelijkheid van de verdragsorganen werd gerespecteerd.

### Werkmethoden

Deze landen, die zich verenigden in de zogeheten crossregionale groep (*the Cross-Regional Group*), beoogden in de eerste plaats de werkmethode van de verdragsorganen te hervormen. Zij waren van mening dat de ontwikkeling van een aantal praktijken en procedures door de verdragsorganen niet bevorderlijk waren voor de interactieve dialoog met de staten. Zij trachtten dan ook hun greep op het werk van de verdragsorganen te vergroten en hun onafhankelijkheid te beknotten. Zo bepleitten ze een meer formele rol voor staten in beslissingen over de werkmethode van de verdragsorganen en kwamen ze met het controversiële voorstel van een gedragscode en een ethische raad voor de onafhankelijke experts die in de comités zetelen. Anderen, waaronder de EU, verzetten zich tegen deze voorstellen en wensten geen inmenging in de onafhankelijkheid van de verdragsorganen.<sup>16</sup>

Ondanks deze vaak tegengestelde visies en bijgevolg moeilijke onderhandelingen, leunt het eindresultaat dicht aan bij de oorspronkelijke benadering van de Hoge Commissaris. Zo moedigt resolutie 68/268 zowel de verdragsorganen als de verdragspartijen aan tot het gebruik van de zogeheten vereenvoudigde rapportering (*simplified reporting procedure*): in plaats van een traditioneel rapport dat artikel per artikel de naleving van het verdrag in kaart brengt, gevolgd door een vragenlijst die dient beantwoord te worden alvorens de interactieve dialoog met het betrokken comité kan plaatsvinden, wordt meteen een rapport op basis van een vragenlijst overgemaakt. België maakte voor het eerst gebruik van deze methode voor zijn rapport aan het Comité tegen Foltering.<sup>17</sup> Daarnaast worden de verdragsorganen aangemoedigd om hun werkmethode verder te harmoniseren, terwijl het

10 Zie <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/StatesPartiesSubmissions.aspx>.

11 Zie <http://www.2.ohchr.org/english/bodies/HRTD/docs/HCREportTBStrengthening.pdf>.

12 N. Pillay, o.c., Geneva, 2012, 20-28.

13 N. Pillay, o.c., Geneva, 2012, 37-93.

14 Zie voor een uitgebreide analyse C. BROECKER & M. O'FLAHERTY, *The outcome of the General Assembly's treaty body strengthening process. An important milestone on a longer journey*, Versoix, Universal Rights Group, 2014, 31p.

15 Dit gebeurde via resolutie 66/254, die slechts met 85 ja-stemmen werd aangenomen. Alle EU-lidstaten onthielden zich

16 C. Broecker en M. O'Flaherty, o.c., Versoix, Universal Rights Group, 2014, 16.

17 Zie CAT/C/BEL/Q/3 voor de vragenlijst, CAT/C/BEL/3 voor het Belgisch rapport en CAT/C/BEL/CO/3 voor de slotopmerkingen van het Comité na de interactieve dialoog met België, die plaatsvond op 5 en 6 november 2013.

belang van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de verdragsorganen wordt herbevestigd. Van de gevreesde gedragscode kwam gelukkig niets in huis. Helaas haalde ook de idee van een alomvattende kalender voor rapportering het niet, al laat de resolutie de deur op een kier voor verdere hervorming. Wel steunt de resolutie maatregelen ter versterking van de rol van de voorzitters van de comités, zowel om het stroomlijnen en harmoniseren van de werkmethode aan te moedigen als om bezorgdheden inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid aan te kaarten. Tot slot, verwijst de resolutie in vage termen naar de idee van de Hoge Commissaris om permanente nationale rapportering- en coördinatiemechanismen te creëren.<sup>18</sup>

## **Een financiële verdeelsleutel**

De belangrijkste verwezenlijking van resolutie 68/268 betreft het financiële plaatje. De AV is er in geslaagd besparingen te realiseren door een aantal beslissingen te nemen inzake de technische werking van de comités. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat 65% van de kosten voor de werking van de verdragsorganen betrekking heeft op de zogeheten conferentiekosten, i.e. het produceren van documenten en vertalingen en het voorzien van tolken. De belangrijkste kostenbesparende maatregel is de beslissing om minuten van de vergaderingen van de verdragsorganen uit te brengen in slechts 1 van de 6 VN-talen, al wordt voorzien in de mogelijkheid van een vertaling in 1 andere VN-taal op verzoek van de betrokken verdragspartij. Daarnaast kwamen staten overeen om een paginalimiet te voorzien voor hun eigen periodieke rapporten. Verder beperkt de resolutie de verdragsorganen tot het gebruik van maximum 3 VN-werktaal, hoewel het gebruik van een 4<sup>de</sup> taal op uitzonderlijke basis wordt toegelaten.

Deze 3 beslissingen generen een geschatte kostenbesparing van respectievelijk 5,5, 3,6 en 5,7 miljoen dollar per jaar. Kers op de taart is dat resolutie 68/268 een heraanwending en herinvestering voorziet van deze middelen, met name in bijkomende vergadertijd voor de comités om hun achterstand weg te werken en in capaciteitsopbouw voor verdragspartijen. De bijkomende vergadertijd, die concreet neerkomt op een verhoging van meer dan 20 weken per jaar, wordt verdeeld over de verschillende comités via een formule die door de EU werd voorgesteld. Het betreft een berekening op basis van het aantal rapporten en klachten dat elk comité over de laatste 4 jaren heeft ontvangen. Inzake capaciteitsopbouw, voorziet de resolutie in een

uitgebreid programma voor het Bureau van de Hoge Commissaris, met een jaarlijks budget van 4,5 miljoen dollar, om landen bij te staan in het opbouwen van hun capaciteit om hun verdragsverplichtingen uit te voeren.<sup>19</sup>

## **Verhoging van de visibiliteit en toegankelijkheid**

Hoewel het rapport van de Hoge Commissaris sterk de nadruk legt op het versterken van de toegankelijkheid van de verdragsorganen, blijft resolutie 68/268 hierover op de vlakte. Zo krijgt de idee van webcasting van de openbare vergaderingen van de comités slechts retorische steun. Concreet werden er geen fondsen voorzien voor de webcasting, hetgeen betekent dat het Bureau van de Hoge Commissaris aangewezen is op vrijwillige bijdragen. Opnieuw is de taal in de resolutie het resultaat van moeilijke onderhandelingen, met name inzake meertaligheid en inzake de vraag of toestemming van de betrokken verdragspartij vereist is voor webcasting. Positief is dat de resolutie aandacht besteedt aan de problematiek van intimidatie en represailles tegen personen of groepen die informatie verstrekken of contacten hebben met de comités. Aan de andere kant beveelt de resolutie aan om paginalimieten op te leggen aan de bijdragen van relevante belanghebbenden, zoals NGOs en nationale mensenrechteninstellingen, hoewel dergelijke bijdragen niet worden verwerkt en vertaald door de VN en dus geen impact hebben op het budget.<sup>20</sup>

## **Selectie van onafhankelijke experts**

De kwaliteit van de leden van de comités vormt sinds jaar en dag een uitdaging. Hoewel verdragspartijen geacht worden onafhankelijke experts met een erkende bekwaamheid inzake mensenrechten voor te dragen, zetelen er heel wat 'experts' die behoren tot de uitvoerende macht, met name actieve diplomaten en andere ambtenaren. Een analyse van de achtergrond van de comitéleden in 2012 onthulde dat maar liefst 55 van de 172 comitéleden tot de uitvoerende macht in hun land van origine behoorden.<sup>21</sup> Toch sluit resolutie 68/268 actieve diplomaten en ambtenaren niet uit om zich kandidaat te stellen. Verdragspartijen worden enkel aangemoedigd hun inspanningen verder te zetten om experts met een hoog moreel gezag en een erkende bekwaamheid en ervaring in mensenrechten voor te dragen.<sup>22</sup>

18 C. Broecker en M. O'Flaherty, o.c., *Versoix, Universal Rights Group*, 2014, 16-17 en 23.

19 C. Broecker en M. O'Flaherty, o.c., *Versoix, Universal Rights Group*, 2014, 20-21 en 23.

20 C. Broecker en M. O'Flaherty, o.c., *Versoix, Universal Rights Group*, 2014, 24.

21 Zie [http://www.geneva-academy.ch/docs/expert-meetings/ga\\_inbrief\\_web\(1\).pdf](http://www.geneva-academy.ch/docs/expert-meetings/ga_inbrief_web(1).pdf)

22 C. Broecker en M. O'Flaherty, o.c., *Versoix, Universal Rights Group*, 2014, 25-26.

## En de eindbalans?

Gelet op het feit dat vorige pogingen om de systeemcrisis het hoofd te bieden op niets uitliepen, kan het proces ter versterking van de verdragsorganen sowieso als een belangrijke stap voorwaarts worden beschouwd. Vooral de knopen die werden doorgesneden over de werkmethode van de comités en de ermee gepaard gaande herinvestering van vrijgekomen financiële middelen zouden tot een positieve impact moeten leiden op de efficiëntie en effectiviteit van de verdragsorganen. Meteen dient echter de kanttekening te worden gemaakt dat de huidige hervormingen geen

duurzame oplossing opleveren. Op termijn zal een meer diepgaande hervorming nodig zijn om de fundamentele gebreken in het verdragssysteem het hoofd te bieden, zelfs indien resolutie 68/268 integraal zou worden uitgevoerd.<sup>23</sup> En net hier wringt het schoentje. Resolutie 68/268 formuleert heel wat hervormingen in de vorm van aanbevelingen aan zowel de verdragsorganen als de verdragspartijen. Het komt aan hen toe om effectief werk te maken van de implementatie van de resolutie. Er is alvast een controlemoment ingebouwd: een evaluatie van de effectiviteit van de maatregelen genomen ter uitvoering van resolutie 68/268 is voorzien tegen 2020.

<sup>23</sup> Zie ook C. Broecker en M. O'Flaherty, o.c., Versoix, *Universal Rights Group*, 2014, 27.



## Positieve of negatieve verplichtingen onder mensenrechtenverdragen: *what's the point, anyway?*

Laurens Lavrysen\*

Dit artikel is gebaseerd op mijn doctoraat *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*<sup>1</sup>, dat ik op 22 april 2016 verdedigde aan de Universiteit Gent en dat rond deze tijd zijn weg naar de boekhandel zou moeten vinden. In dit doctoraat focus ik op het gebruik van de concepten positieve en negatieve verplichtingen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In dit artikel wordt dit onderscheid, en het belang ervan voor de rechtspraak van het Hof, kort toegelicht. Nadien wordt uitgelegd waarom dit onderscheid problematisch is.

### Positieve en negatieve verplichtingen

Volgens de orthodoxe kijk op mensenrechten bestaan deze in de eerste plaats uit zogenaamde negatieve verplichtingen. Zulke verplichtingen vereisen dat de Staat zich onthoudt van acties die de mensenrechten van een individu aantasten. Zo mag de Staat zich niet bezondigen aan foltering en mag de Staat personen niet doden, in hun vrijheid of privacy aantasten of hun vrijheid van meningsuiting beperken, behalve in de gevallen die voldoen aan de in mensenrechtenverdragen voorziene uitzonderingsgronden.

Al in de jaren '70 aanvaardde het Europees Hof echter dat de in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) gegarandeerde rechten naast dergelijke onthoudingsplichten ook zogenaamde positieve verplichtingen omvatten, die vereisen dat Staten actief stappen ondernemen om mensenrechten te

beschermen. Een mijlpaalarrest is de zaak *Marckx t. België*, die betrekking had op het feit dat het moederschap van een ongehuwde vrouw, in tegenstelling tot dat van een gehuwde vrouw, niet automatisch werd toegekend op basis van het loutere feit van de geboorte van het kind, maar dat vereist was dat zij haar kind ging erkennen. Het Hof stelde een schending vast van het recht op eerbiediging van het gezinsleven (artikel 8 EVRM), omdat België in strijd had gehandeld met zijn positieve verplichting onder dit artikel om te garanderen dat een kind vanaf het moment van geboorte vanuit het oogpunt van de wet geïntegreerd is in zijn of haar familie.<sup>2</sup>

Het Hof heeft een ruime variëteit aan situaties onderzocht vanuit het oogpunt van positieve verplichtingen. Bijvoorbeeld zaken betreffende huiselijk geweld, waarin de vraag rijst of de Staat voldoende maatregelen genomen heeft om een vrouw te beschermen tegen haar gewelddadige partner.<sup>3</sup> Door de lens van positieve verplichtingen onderzoekt het Hof ook of de Staat voldoende maatregelen heeft genomen om het recht op eerbiediging van de woning en het privéleven van personen te beschermen tegen de hinder veroorzaakt door milieuvervuilende activiteiten.<sup>4</sup> Of de vraag of de weigering door de ziekteverzekering van een verzoek van een jongen die aan een neuromusculaire ziekte leidt om een robotarm terugbetaald te krijgen, die hem zou toelaten om een onafhankelijker leven te leiden, in overeenstemming is met het EVRM.<sup>5</sup> Al dit soort zaken betreft de vraag of de Staat het EVRM geschonden heeft, niet omwille van zijn handelingen, maar omwille van zijn nalaten om op een bepaalde wijze te handelen.

Hoewel het Hof ondertussen positieve verplichtingen heeft erkend in de context van omzeggens elk

\* Laurens Lavrysen is postdoctoraal onderzoeker aan het Human Rights Centre van de Universiteit Gent.

1 LAVRYSEN, L., *Human Rights in a Positive State – Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights* (Cambridge: Intersentia, 2016), 428 pp., € 95, ISBN 978-1-78068-425-3. Te bestellen op [www.intersentia.com](http://www.intersentia.com).

2 EHRM, 13 juni 1979, *Marckx t. België*, § 31.

3 Zie bvb. EHRM, 9 juni 2009, *Opuz t. Turkije*.

4 Zie bvb. EHRM, 9 oktober 2010, *Deés t. Hongarije*.

5 EHRM (onontv.), 8 juli 2003, *Sentges t. Nederland*.

verdragsartikel, blijven deze soort verplichtingen controversiëler dan de traditionele negatieve verplichtingen. Het klassieke tegenargument luidt dat de tekst van het EVRM geen afdoende tekstuele basis bevat voor het erkennen van positieve verplichtingen. De rechten uit het EVRM lijken inderdaad in de eerste plaats opgesteld met het oog op het beschermen van het individu tegen bepaalde handelingen door de Staat die zijn of haar rechten aantasten. Bij wijze van voorbeeld stelt artikel 8, para. 2 (het recht op eerbiediging van privé, familie- en gezinsleven) dat “[g]een inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht”, tenzij voldaan is aan de in deze paragraaf voorziene uitzonderingsgronden (legaliteit, legitimiteit en proportionaliteit).

Als juridische grond voor de erkenning van positieve verplichtingen wordt echter ofwel geargumenteed dat dergelijke verplichtingen vereist zijn om rechten te garanderen die niet louter “theoretisch of illusoir” zijn maar “praktisch en effectief”, ofwel wordt verwezen naar de algemene verplichting onder artikel 1 EVRM voor Staten om de in het EVRM omvatte rechten te garanderen. Dergelijke “dynamische en evolutieve” interpretatie van het EVRM botst echter met de visie van de voorstanders van een originalistische interpretatie, die zullen argumenteren dat aangenomen kan worden dat de *founding fathers* van het EVRM wel een expliciete juridische grondslag voor het bestaan van positieve verplichtingen in het Verdrag zouden opgenomen hebben indien ze dat gewild hadden. Andere kritieken betreffen de argumenten dat het Europees Hof zich via positieve verplichtingen zou bezondigen aan rechterlijk activisme, dat er een risico bestaat dat dergelijke verplichtingen geïnterpreteerd worden op een onrealistisch ruime wijze, dat er onvoldoende conceptuele grenzen zijn aan de omvang van dergelijke verplichtingen en dat de rechtspraak van het Hof onvoldoende voorzienbaar en consistent zou zijn in dit domein.<sup>6</sup>

## Methodologie

Kortom, het domein van positieve verplichtingen is een slagveld van juridische discussies en conceptuele onduidelijkheden dat wel een extra doctoraatsonderzoek kon gebruiken. In mijn doctoraat onderzoek ik hoe positieve verplichtingen geconceptualiseerd worden door het Hof, met een bijzondere focus op de afbakening tussen dit concept en het concept van negatieve verplichtingen en de implicaties van de keuze om een zaak vanuit het oogpunt van het ene of het andere soort verplichting

te onderzoeken. In de loop van mijn onderzoek heb ik een corpus van 2.618 zaken onderzocht waarin het Hof de notie van positieve verplichtingen heeft gebruikt, die ik geïdentificeerd heb via de online HUDOC-database van het Hof. Voor de vergelijking met de rechtspraak betreffende negatieve verplichtingen, heb ik mij gebaseerd op relevante zaken die ik geïdentificeerd heb aan de hand van de literatuur.

In mijn onderzoek hanteer ik de methode van de juridische deconstructie<sup>7</sup>, die als uitgangspunt heeft dat juridische tegenstellingen – zoals het verschil tussen positieve en negatieve verplichtingen – geen natuurlijk gegeven zijn maar menselijke constructies, die geconstrueerd worden voor bepaalde doelen in bepaalde contexten. Een eerste stap in de juridische deconstructie is het identificeren van juridische tegenpolen waarvan de ene pool boven de andere “geprivilegieerd” wordt, bijvoorbeeld door aan te tonen dat de ene pool een hogere status heeft dan de andere of dat de ene pool als normaal wordt beschouwd en de andere als de uitzondering. De volgende stap in juridische deconstructie is aan te tonen dat juridische tegenpolen zich ten aanzien van elkaar in een relatie van wederkerige afhankelijkheid en wederkerig verschil verhouden: het zoekt verschil in vermeende gelijkenissen en gelijkenissen in vermeende verschillen. In deze fase probeert men bijvoorbeeld aan te tonen dat de voor het onderscheid geleverde verantwoordingen zichzelf ondermijnen of dat de afbakening tussen verschillende categorieën onduidelijk is of in strijd met de geleverde verantwoording. Hieronder zal ik illustreren hoe het Hof negatieve over positieve verplichtingen privilegieert en hoe het onderscheid tussen beide gedeconstrueerd kan worden.

## Privilegiëren negatieve over positieve verplichtingen

Mijn onderzoek toont aan dat het Hof op verschillende wijzen negatieve over positieve verplichtingen privilegieert. Ten eerste construeert het Hof negatieve verplichtingen als wezenlijke verplichtingen onder het EVRM, terwijl positieve verplichtingen geconstrueerd worden als eerder uitzonderlijk van aard. Bijvoorbeeld in de hierboven besproken *Marckx*-zaak oordeelde het Hof dat artikel 8 EVRM “essentieel” tot doel heeft om het individu tegen willekeurige inmenging door de Staat te beschermen, maar dat bovenop deze “*primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life.*”<sup>8</sup> Bovendien suggereert het Hof dat, in tegenstelling

6 Voor een overzicht van de kritieken, zie sectie 1.2. van mijn doctoraat.

7 Voor een uitstekende introductie tot de methode, zie J. Balkin, “Deconstruction’s Legal Career”, *Cardozo Law Review*, 2005-2006, nr. 2, p. 719-40.

8 *EHRM*, 13 juni 1979, *Marckx t. België*, § 31.

tot negatieve verplichtingen, het bestaan van positieve verplichtingen niet vanzelfsprekend bevonden wordt, maar gerechtvaardigd moet worden in een concrete zaak. In de zaak *Rees* oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat “in determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual.”<sup>9</sup>

Een tweede opvallend verschil tussen positieve en negatieve verplichtingen betreft de verschillende structuur van de analyse door het Hof in de context van de artikelen 8-11 EVRM: het recht op eerbiediging van privé- en familielevens, de godsdienstvrijheid, de vrijheid van meningsuiting en de verenigings- en vergaderingsvrijheid. Wat negatieve verplichtingen betreft, gaat het Hof steeds na of een inmenging “bij de wet voorzien” is (legaliteitstoets), in het belang is van een van de in deze artikelen opgesomde legitieme doelen (legitimitéistoets) en “noodzakelijk in een democratische samenleving” om het nagestreefde doel te dienen (proportionaliteitstoets). In plaats van een gestructureerde driestappentoets, gaat het Hof bij positieve verplichtingen echter enkel na of er, alles in overweging genomen, een *fair balance* gerespecteerd werd tussen de belangen van het individu en die van de samenleving als een geheel.<sup>10</sup> Noch legaliteit, noch legitimiteit zijn dus afzonderlijk doorslaggevende toetsen. In tegenstelling tot bij negatieve verplichtingen, kan bovendien elk belang ingeroepen worden als rechtvaardiging voor het nalaten door de overheid om het betrokken mensenrecht te beschermen, en niet louter de in het verdragsartikel opgesomde belangen.

Een derde verschil huist in de toepassing van de *margin of appreciation* doctrine. De *margin of appreciation* wordt door het Hof gebruikt als een metafoor voor de toetsingsintensiteit die het hanteert om het gedrag van een Staat te evalueren. Wanneer de *margin* breed is zal de toetsing van het Hof aan het EVRM slechts marginaal zijn, terwijl deze toetsing streng is in geval van een beperkte *margin*. Het Hof laat vaak een bredere *margin* bij zaken betreffende positieve verplichtingen dan bij zaken betreffende negatieve verplichtingen, louter omwille van het feit dat deze zaken betrekking hebben op positieve verplichtingen.<sup>11</sup>

Ten slotte is ook de toepassing van de proportionaliteitstoets minder streng bij positieve dan bij negatieve verplichtingen. In tegenstelling tot zaken

betreffende negatieve verplichtingen, benadrukt het Hof bij zaken betreffende positieve verplichtingen bijvoorbeeld vaak dat deze verplichtingen niet geïnterpreteerd mogen worden op een wijze die een *impossible or disproportionate burden* op de autoriteiten plaatst.<sup>12</sup> Het Hof maakt tevens vaak gebruik van de notie van “redelijkheid”, wanneer een zaak betrekking heeft op positieve verplichtingen. In de zaak *Communist Party of Russia*, stelt het Hof bijvoorbeeld dat, wat positieve verplichtingen betreft, “the State is only required to take those measures which are ‘reasonably available.’”<sup>13</sup> In zaken betreffende negatieve verplichtingen heeft het Hof daarentegen de notie van “redelijkheid” expliciet verworpen als een te lichte vorm van proportionaliteitstoetsing, en hamert het in plaats daarvan op het feit dat een inmenging een *pressing social need* moet beantwoorden om te voldoen aan de “noodzakelijk in een democratische samenleving” toets<sup>14</sup> - een *pressing social need* die tevens niet vereist wordt bij positieve verplichtingen.

## Deconstructie positieve en negatieve verplichtingen

Kortom, het verschil tussen positieve en negatieve verplichtingen doet er wel degelijk toe. Dit is evenwel problematisch omdat het onderscheid tussen beide types verplichtingen verre van vanzelfsprekend is. Het onderscheid bouwt voort op twee andere onderscheiden, zijnde het onderscheid tussen publieke autoriteiten en private entiteiten en het onderscheid tussen een handeling en een stilzitten. Een zaak zal enkel onderzocht worden vanuit het oogpunt van negatieve verplichtingen wanneer de verzoeker klaagt over het feit dat een handeling van een publieke autoriteit zijn of haar mensenrechten heeft geschonden. Wanneer de klacht betrekking heeft op het stilzitten van een publieke autoriteit of op een handeling of stilzitten van een private entiteit, zal ze onderzocht worden vanuit het oogpunt van positieve verplichtingen.

Het probleem is echter dat geen van beide onderscheiden analytisch voldoende afgebakend is, als een gevolg waarvan de grens tussen positieve en negatieve verplichtingen vervaagt. Het probleem van de afbakening tussen publieke autoriteiten en private entiteiten rijst in het bijzonder bij zogenaamde “hybride” entiteiten, bijvoorbeeld in situaties waarin actoren die formeel gezien privaatrechtelijk zijn bepaalde activiteiten

9 EHRM, 17 oktober 1986, *Rees t. het Verenigd Koninkrijk*, § 37.

10 EHRM, 8 juli 2003, *Hatton e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, § 98.

11 EHRM, 3 februari 2009, *Women on Waves e.a. t. Portugal*, § 40.

12 Zie bvb. EHRM, 2 december 2008, *K.U. t. Finland*, § 48.

13 EHRM, 19 juni 2012, *Communist Party of Russia e.a. t. Rusland*, § 123.

14 Zie EHRM, 26 April 1979, *Sunday Times t. het Verenigd Koninkrijk* (no. 1), § 62.

van publiek belang uitoefenen. Voor dergelijke situaties heeft het Hof een complexe lijst van criteria uitgewerkt in de zaak *Kotov*.<sup>15</sup> Het Hof zal in het bijzonder kijken naar de wijze van aanstelling, het uitgeoefende toezicht en de *accountability*, de doelstellingen, de machten en de functies van dergelijke entiteit. Al deze criteria kunnen echter in meerdere of mindere mate wijzen op het feit dat een entiteit een publieke autoriteit is, en het is onduidelijk wat de verhouding tussen de verschillende criteria is en hoe het Hof een zaak zou beslissen wanneer sommige criteria in de ene richting en andere in de andere richtingen wijzen. In mijn doctoraat argumenteer ik dat er geen natuurlijk onderscheid bestaat tussen publieke autoriteit en private entiteiten dat aan de hand van de *Kotov*-criteria "ontdekt" kan worden. De notie van "publieke autoriteit" werd immers door het Hof geconstrueerd met het specifieke doel voor ogen om in bepaalde zaken directe staatsverantwoordelijkheid toe te rekenen – een kwestie die niet los gezien kan worden van de normatieve vraag wat men als de gepaste rol van de Staat beschouwt in een bepaald domein.<sup>16</sup>

Evenmin als het onderscheid tussen publieke autoriteiten en private entiteiten, bestaat er een natuurlijk en waterdicht onderscheid tussen een handeling of een stilzitten. In de complexe realiteit zijn handelingen en stilzitten onlosmakelijk met elkaar verbonden, en zal de vraag hoe men het gedrag van de overheid analyseert afhangen van de keuze voor het relevante juridische aanknopingspunt. Veel zaken kunnen beschouwd worden vanuit het oogpunt van positieve of negatieve verplichtingen, louter door bepaalde aspecten van deze zaken extra te benadrukken of net te minimaliseren. Mijn doctoraat bevat een waslijst van voorbeelden van hoe een zaak betreffende positieve verplichtingen even goed zou kunnen geanalyseerd worden vanuit het oogpunt van negatieve verplichtingen en vice versa.

Ter illustratie volstaat het klassieke voorbeeld van een publieke school die een boek verwijderd uit de bibliotheek: is dit louter een beëindiging van de voorziening van dit boek of is dit een actieve handeling om het eerder beschikbare niveau van informatie te beperken?<sup>17</sup> In het eerste geval rijst de vraag of er een positieve verplichting op de staat rustte om dit boek in de eerste plaats te voorzien, in het tweede geval zal dit onderzocht worden vanuit het oogpunt van een negatieve verplichting. Het verschil hangt voornamelijk af van de keuze van de *baseline*: vergelijkt men de situatie voor het boek in de bibliotheek geplaatst werd (een positieve verplichting) of vergelijkt men met de

*status quo* (een negatieve verplichting)? De keuze hangt in de eerste plaats af van de vraag of men het normatief significant vindt dat het boek zich in tussentijd in de bibliotheek bevond of niet.

Mijn onderzoek toont aan dat het Hof vaak de *baseline* legt op het niveau van de *status quo*. Dit is echter problematisch doordat de keuze voor de *status quo* als *baseline* abstractie maakt van de wijze waarop de Staat vaak in de eerste plaats actief heeft bijgedragen tot de creatie van de *status quo*. Een voorbeeld betreft de rechtspraak betreffende transseksuelen, waarin het Hof de vraag, of de Staat verplicht is om een geslachtsverandering juridisch te erkennen, onderzoekt vanuit het oogpunt van een positieve verplichting om het bestaande geboorteregistersysteem aan te passen.<sup>18</sup> Hierbij verliest het Hof uit het oog dat het de Staat was die in de eerste plaats actief had gehandeld om het bestaande geboorteregistersysteem te introduceren en om in zijn rechtssysteem het bewijs van iemands geslacht juridisch relevant te maken, waardoor de aandacht gevestigd wordt op de tegenstrijdigheid tussen de sociale en juridische realiteit van de betrokken transseksueel. In een "positieve" Staat, waar de overheid op zowat alle vlakken regulerend en sturend tussenkomt, zullen publieke autoriteiten zowat altijd hebben bijgedragen tot de creatie van de *status quo*. Hierdoor is het een fictie om aan te nemen dat een mensenrechtenschending louter aan het stilzitten van een zuiver passieve Staat te wijten is.

Kortom, tegen de achtergrond van een "positieve" Staat, is het onhoudbaar om aan te nemen dat men netjes een onderscheid kan maken tussen mensenrechtenschendingen die respectievelijk te wijten zijn aan een handeling of een stilzitten van de overheid. Het onderscheid zal afhangen van de gehanteerde *baseline*, die onvermijdelijk de complexiteit van de realiteit zal reduceren. Afhankelijk van de keuze van *baseline* kan hetzelfde gedrag van de Staat als een handeling of een stilzitten beschouwd worden, waardoor de grenzen tussen positieve en negatieve verplichtingen voor manipulatie vatbaar zijn en onzeker worden.

15 EHRM, 3 april 2012, *Kotov t. Rusland*.

16 Zie bvb. de zaak EHRM (ontv.), 1 maart 2005, *Wóś t. Polen*, waarin de Polish-German Reconciliation Foundation beschouwd werd als een publieke autoriteit, in de eerste plaats omdat compensatie voor oorlogsschade volgens het Hof een taak was die de Staat zelf behoorde te behartigen.

17 Zie S. Kreimer, "Allocational Sanctions: the Problem of Negative Rights in a Positive State", *University of Pennsylvania Law Review*, 1983-1984, nr. 6, p. 1325.

18 Zie bvb. EHRM, 17 October 1986, *Rees t. het Verenigd Koninkrijk*.

## Conclusie

Mijn onderzoek heeft aangetoond dat noch het verschil tussen publieke autoriteiten en private entiteiten, noch het verschil tussen een handeling en een stilzitten zwart/wit is, maar dat er een grijze zone tussen de tegenpolen van beide dichotomieën bestaat, wat op zijn beurt de grenzen tussen positieve en negatieve verplichtingen doet vervagen. Dit maakt het des te problematisch dat het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen dermate belangrijk is voor de juridische methodologie van het Hof. Ik roep het Hof daarom op

om zoveel mogelijk dezelfde juridische methodologie te hanteren in de respectieve gebieden van positieve en negatieve verplichtingen, bijvoorbeeld door onder artikelen 8-11 EVRM de driestappentoets zowel in zaken betreffende negatieve als zaken betreffende positieve verplichtingen toe te passen. Op die manier zou het belang van de vraag, of een zaak de ene of de andere soort verplichting betreft, verdwijnen. Dit zou het Hof toelaten het gedrag van de Staat op een meer holistische wijze benaderen, waardoor het rechtstreeks kan focussen op de fundamentele vraag wat het gepaste beschermingsniveau is in een bepaalde zaak.

## Pilootarrest tegen België voor slechte behandeling van geïnterneerden: een trieste primeur

EHRM 6 september 2016, nr.73548/13, *W.D. t. België*

Catherine Van de Heyning\*

**De zaak *W.D. t. België* betekent een zoveelste veroordeling door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voor het falende interneringsbeleid. Ditmaal nam het Hof echter geen genoegen met een veroordeling, maar sprak het eerste pilootarrest tegen België uit. België krijgt twee jaar de tijd om de koers te wijzigen en het interneringsbeleid te verbeteren zodat het de toets van het EVRM doorstaat.**

### Feiten en veroordeling

W.D. werd in 2007 geïnterneerd in Merksplas voor zedenfeiten. Uit het psychiatrisch onderzoek bleek dat hij pedofiele neigingen had en een autistische spectrumstoornis waarbij een grote kans op recidive bestond. Op verschillende tijdstippen verzette W.D. zich tevergeefs tegen de verdere detentie. Zijn verzoeken voor een behandeling in een door het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (VAPH) erkende instelling was evenmin succesvol omdat er geen plaats was in deze instellingen of vanwege zijn psychiatrisch profiel.

Het EHRM oordeelde dat de internering van W.D. op verschillende vlakken in strijd was met het EVRM. In de eerste plaats oordeelde het EHRM dat W.D. slachtoffer was van een onmenselijke behandeling (artikel 3 EVRM) door zijn langdurige internering zonder adequate medische supervisie en zonder enige realistische kans op reïntegratie of een verandering in zijn situatie. Het Hof hield daarbij rekening met het personeelstekort en de overbevolking in de interneringsfaciliteit van Merksplas, gebrekkige kwaliteit en continuïteit van de behandelingen, en een structureel gebrek aan capaciteit aan psychiatrische instellingen buiten de gevangenis.

In tweede instantie besloot het EHRM tot een schending van artikel 5 §1 EVRM doordat de modaliteiten van de detentie niet afgestemd zijn op de doelstelling hiervan. De interneringsfaciliteit kwam niet tegemoet aan het verzoek van W.D. om hem te behandelen voor zijn seksueel deviant gedrag. Bovendien werd de behandeling buiten de gevangenis, die reeds in 2009 in het vooruitzicht was gesteld, nooit gerealiseerd door een gebrek aan opvangcapaciteit. Bovendien belemmerde het wettelijk kader de opvang van W.D. op basis van zijn psychiatrisch profiel in verschillende VAHP-instellingen.

Tot slot besloot het Hof tot een schending van artikel 5 §4 EVRM (het recht op een tijdige rechtelijke toetsing van de detentie) en artikel 13 EVRM (het recht op een effectief rechtsmiddel). Het Hof stelde vast dat de beslissing van de hoge commissie tot bescherming van de maatschappij van 2015 om W.D. over te brengen naar een VAPH-instelling nog steeds niet was uitgevoerd. W.D. was gedwongen om civielrechtelijke procedures te starten om de uitvoering af te dwingen. Geen enkele procedure voorzag in een adequaat rechtsmiddel nu deze niet leiden tot een verbetering van de situatie van W.D. door het structureel gebrek aan adequate instellingen en gebrekkige behandeling binnen de psychiatrische vleugels van gevangenissen. De monetaire schadevergoeding die W.D. kon krijgen, was in zijn situatie geen effectief rechtsmiddel.

### Eerste pilootarrest tegen België

Het EHRM sprak in deze zaak een pilootarrest uit op basis van artikel 46 EVRM. In 2004 ontwikkelde het Hof een mechanisme, als antwoord op de vele repetitieve individuele zaken die het gevolg zijn van dezelfde systematische en structurele schending van het EVRM.<sup>1</sup> Het Hof zal in dat geval slechts één zaak behandelen en de andere, gelijkaardige zaken tijdelijk schorsen. Het

\* Dr. Catherine Van de Heyning is advocate en onderzoekster aan de universiteit Antwerpen.

<sup>1</sup> EHRM 22 juni 2004, nr. 31443/96, *Broniowski t. Polen*. Artikel 61 van de interne regels van het Hof (*Rules of the Court*) voorziet vandaag expliciet in deze procedure. .



Hof wijst in de pilootzaak de onderliggende redenen voor de schending aan en geeft de lidstaat een termijn om deze structurele tekortkomingen te remediëren en een effectief rechtsmiddel op nationaal niveau te voorzien. Indien de lidstaat hier niet in slaagt, zullen de geschorste zaken herleven en zal het EHRM alsnog in deze individuele zaken de overheid veroordelen.

De vele veroordelingen door het EHRM voor het Belgische interneringsbeleid<sup>2</sup>, het stijgend aantal nieuwe verzoeken en blijvende structurele redenen voor deze veroordelingen, overtuigden het EHRM in W.D. om een pilootarrest uit te spreken. Het Hof erkent dat België de laatste jaren inspanningen leverde die de behandeling van geïnterneerden op langere termijn zal verbeteren door in de wet van 5 mei 2014<sup>3</sup> de finaliteit van internering te omschrijven alsook en nieuwe instellingen voor delinquenten met een psychische stoornis te openen of in het vooruitzicht te stellen. Het EHRM benadrukt echter dat België ook op korte termijn de rechten in artikel 3 en 5 EVRM moet waarborgen. In het bijzonder maant het Hof België aan om het aantal delinquenten met een psychiatrische stoornis die in een interneringsfaciliteit verblijven zonder behandeling te verminderen en een aangepaste behandeling te garanderen.

## Dieptepunt of keerpunt?

België heeft met dit pilootarrest een trieste primeur te pakken. Het EHRM geeft België een termijn van twee jaar om de inspanningen voor een humaan interneringsbeleid op te drijven. De Belgische overheid nam met de Potpourri III-wet een nieuwe stap naar een beter regelgevend kader.<sup>4</sup> Deze wettelijke inspanningen moeten zich nu vertalen op het terrein met een gecoördineerde aanpak tussen het federale niveau en de gemeenschappen, de inzet op een aangepaste en meer frequente behandeling binnen de psychiatrische vleugels, een uitbreiding van de plaatsen zowel in de psychiatrische vleugels als de VAPH-instellingen. Mensen en middelen dus. Indien België er niet in slaagt om structurele verbeteringen op het terrein te realiseren, mogen we ons binnen 2 jaar verwachten aan een nieuwe reeks aan veroordelingen.

2 Zie o.a. de reeks van veroordelingen op 9 januari 2014 (*Van Meroye, Oukili, Caryn, Moreels, Gelaude, Plaisier, Saadouni en Lankester*) en de gevoegde zaken van 3 februari 2015 (*Smits e.a. en Vander Velde en Soussi e.a.*).

3 Wet van 5 mei 2014 betreffende de internering, BS 9 juli 2014, 52159.

4 Wet van 4 mei 2016 houdende internering en diverse bepalingen van justitie, BS 13 mei 2016, 31338.

## Minder vrijheid voor meer veiligheid?

Steeds meer maatregelen genomen in naam van veiligheid, beperken onze vrijheid. Hoeveel vrijheid willen we op - of afgeven voor veiligheid? En welke maatregelen garanderen de bescherming van beiden?

**DONDERDAG 24 NOV 2016**  
**18u30 – 20u30**

VUB, pleinlaan 2, 1050 Brussel  
Volg aanduiding op de campus,  
aula aankondiging via Facebook

### PROGRAMMA

- Debat tussen panel en publiek op basis van stellingen
- In- en uitleiding: Jos Vander Velpen, voorzitter Liga voor Mensenrechten
- Moderator: Prof. Dr. Els Dumortier, Research Team Crime & Society VUB
- Panelleden zijn o.m. Kristof Clerix (Knack), Prof. Dr. Sofie De Kimpe (CRIS, VUB), Prof. Dr. Paul De Hert (FRC, VUB), Prof. Dr. Jean-Marc Piret (rechtsfilosofie VUB), Jessika Soors (deradicaliseringsambtenaar Vilvoorde)

Meer info:  <http://bit.ly/2eUXKpz>



LIGA VOOR  
MENSENRECHTEN



VRJIE  
UNIVERSITEIT  
BRUSSEL