

Vergaderjaar 2018–2019

**34 235 (R2053)**

## **Goedkeuring van het op 2 oktober 2013 te Straatsburg tot stand gekomen Protocol nr. 16 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Trb. 2013, 241 en Trb. 2014, 74)**

**D TWEEDE HERDRUK<sup>1</sup>**

### **NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 5 november 2018

#### **1. Inleiding**

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van de vragen en opmerkingen van de leden van de CDA-fractie in het nader voorlopig verslag. Deze leden geven aan na lezing van de memorie van antwoord nog enkele vragen te hebben. In het onderstaande worden deze vragen beantwoord, mede namens de Minister van Buitenlandse Zaken en de Minister voor Rechtsbescherming. Waar dit bijdraagt aan de leesbaarheid worden vragen gebundeld beantwoord.

#### **2. Achtergrond prejudiciële procedure**

De leden van de CDA-fractie vragen waaruit de met Protocol nr. 16 beoogde dialoog tussen de nationale rechter en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) precies bestaat. Zij vragen waarin deze dialoog verschilt van een dialoog die er nu ook al is. Deze leden wensen te vernemen of het dialogische karakter erin is gelegen dat de nationale rechter kan afwijken van het advies van het EHRM en wat de zelfstandige betekenis is van het mogelijk maken van deze dialoog voor het aanvaarden van Protocol nr. 16.

De mogelijkheid tot het bevorderen van een dialoog tussen de nationale rechter en het EHRM is een van de overwegingen om over te gaan tot bekrachtiging van Protocol nr. 16. Andere overwegingen betreffen, onder meer, het bereiken van gunstige werklusteffecten voor het EHRM op langere termijn en het versterken van de positie van de nationale rechter als primaire toetser aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Onder een dialoog moet in dit verband worden begrepen de formele mogelijkheid die de hoogste nationale rechters en het EHRM hebben om standpunten en inzichten uit te wisselen over de uitleg en toepassing van het EVRM in het kader van bij die nationale rechters aanhangige zaken. Op

<sup>1</sup> in verband met het ontbreken van de laatste alinea bij publicatie van 34 235 (R2053) ek-D.

dit moment beschikt de Nederlandse rechter niet over formele instrumenten daartoe. Indien in een zaak vraagstukken rondom de uitleg van het EVRM aan de orde zijn, is het geheel afhankelijk van de keuze van procespartijen om dergelijke vraagstukken voor te leggen aan het EHRM. Dit kan pas aan de orde zijn nadat de nationale rechtsgang geheel is afgerond. De rol van de nationale rechter is op dat moment in die concrete zaak uitgespeeld. Van een wederzijdse uitwisseling van standpunten en inzichten door de nationale rechter en het EHRM is in dat geval geen sprake. Daardoor bestaat voor de nationale rechter bijvoorbeeld ook niet de mogelijkheid om in een concrete zaak rechtstreeks signalen af te geven aan het EHRM over onduidelijkheden met betrekking tot de interpretatie van het EVRM. Met Protocol nr. 16 wordt wel de mogelijkheid geboden tot een dergelijke rechtstreekse dialoog. De nationale rechter kan daarbij een eigen uitleg van het EVRM aan het EHRM voorleggen en daarbij in voorkomende gevallen wijzen op onduidelijkheden in de bestaande uitleg van het EVRM of praktische complicaties bij de toepassing van bestaande jurisprudentie in de rechtspraak. Daarop kan het EHRM reageren in zijn advies. Na advisering door het EHRM is het aan de nationale rechter om in de bij hem aanhangige zaak te beslissen over de wijze waarop toepassing wordt gegeven aan dat advies. Het staat de nationale rechter vrij om daarbij gemotiveerd af te wijken van het advies. Daarmee is de nationale rechter in de gelegenheid om te reageren op de overwegingen in het advies van het EHRM. Hierin komt de (versterkte) rol van de nationale rechter als primaire rechterlijke toetsers aan het EVRM tot uitdrukking. De dialoog tussen de nationale rechter en het EHRM komt derhalve niet specifiek tot uitdrukking in de mogelijkheid voor de nationale rechter om in zijn uitspraak af te wijken van het advies van het EHRM, maar in het geheel van interactie tussen beide rechtscolleges zoals hierboven beschreven.

De Hoge Raad heeft in zijn jaarverslag over 2016 aangegeven dat de mogelijkheid tot het stellen van vragen aan het EHRM bijdraagt aan het vermijden van het risico dat hij een vraag van uitleg van het EVRM, waarop de jurisprudentie van het EHRM geen duidelijk antwoord biedt, op eigen gezag beantwoordt, en vervolgens jaren later blijkt dat het EHRM het EVRM op een andere wijze interpreteert. De Hoge Raad beschouwt in dat licht de invoering van Protocol nr. 16 in het genoemde jaarverslag als een welkome uitbreiding van de mogelijkheden tot communicatie met het EHRM.<sup>2</sup> In zijn jaarverslag 2017 herhaalt de Hoge Raad dit standpunt.<sup>3</sup> Tijdens de deskundigenbijeenkomst van 6 februari 2018 in het kader van de voorbereiding op het debat over de staat van de rechtsstaat heeft de President van de Hoge Raad de gunstige effecten van Protocol nr. 16 op de dialoog tussen de nationale rechter en het EHRM nogmaals benadrukt.<sup>4</sup> Bij gelegenheid van de inwerkingtreding van Protocol nr. 16 heeft ook de President van het EHRM aangegeven dat de invoering ervan de dialoog versterkt en een belangrijke ontwikkeling vormt in de bescherming van mensenrechten binnen Europa.<sup>5</sup>

De leden van de CDA-fractie vragen naar enkele concrete voorbeelden uit het recente verleden, waarin een adviesaanvraag aan de orde zou zijn geweest in kwesties waarin het gaat om grote aantallen zaken met vergelijkbare feiten en omstandigheden. Zij vragen over welke aantallen voor de nationale rechter aanhangige zaken het daarbij ging.

<sup>2</sup> Hoge Raad der Nederlanden, Jaarverslag 2016, 's-Gravenhage, juni 2017, pag. 5.

<sup>3</sup> <https://jaarverslaghogeraad.nl>.

<sup>4</sup> Kamerstukken I 2017/18, 34 775 VI, P, pag. 15 en 16.

<sup>5</sup> ECHR 276 (2018), «Entry into force of Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights», 1 augustus 2018 (<https://www.echr.coe.int>).

Als het gaat om concrete voorbeelden van kwesties waarin het gaat om (in potentie) grote aantallen zaken waarbij dezelfde of vergelijkbare feiten en omstandigheden of rechtsvragen aan de orde waren, kan met name worden gewezen op voorbeelden die het EHRM zelf heeft opgevoerd in het kader van de totstandkoming van Protocol nr. 16. In zijn *Reflection paper on the proposal to extend the court's advisory jurisdiction* geeft het EHRM enkele voorbeelden.<sup>6</sup> Allereerst wordt als voorbeeld genoemd of verwijzing van asielzoekers naar Griekenland in het kader van de zogenoemde Dublinovereenkomst in overeenstemming met het EVRM kon worden geacht. Deze principiële rechtsvraag speelde alleen al in Nederland in ongeveer 1.900 zaken.<sup>7</sup> Andere voorbeelden die het EHRM zelf geeft zien op vraagstukken over de belemmeringen in sommige jurisdicties om met personen van hetzelfde geslacht te trouwen, het beperken van een gang naar de rechter met een beroep op de soevereine immuniteit van een staat en de houdbaarheid in het licht van het EVRM van het belemmeren van de toegang tot een advocaat aan een verdachte die in voorlopige hechtenis is genomen.<sup>8</sup> Deze voorbeelden werden door het EHRM ontleend aan concrete zaken die bij hem aanhangig zijn geweest. Het EHRM heeft daarbij aangegeven dat in deze zaken principiële vragen aan de orde waren, die relevant waren voor vele lidstaten bij het EVRM, waarin met een adviesaanvraag in een vroegtijdig stadium duidelijkheid gegeven had kunnen worden.

### 3. Werklast

De leden van de CDA-fractie wijzen op een passage in de memorie van antwoord waarin wordt aangegeven dat het niet de verwachting is dat de nationale rechter veelvuldig gebruik zal maken van de mogelijkheid om advies te vragen aan het EHRM.<sup>9</sup> Deze leden vragen in dat verband waarin de veronderstelde voordelen van Protocol nr. 16 liggen voor het verminderen van de werklast van het EHRM.

De aan het woord zijnde leden wijzen er terecht op dat ook een adviesaanvraag op grond van Protocol nr. 16 een zekere werklast voor het EHRM met zich brengt. Dergelijke werklasteffecten zijn onvermijdelijk, in het licht van een zorgvuldige behandeling van de adviesaanvraag door het EHRM. De gunstige werklasteffecten voor het EHRM laten zich naar verwachting op een later moment zien. Wanneer in een zaak waarin het EHRM advies heeft uitgebracht de nationale rechter overeenkomstig het advies uitspraak doet, is de kans groter dat het EHRM daarin niet hoeft te oordelen in het kader van een klachtprocedure. Gunstige (werklast)effecten zijn te verwachten voor niet alleen het EHRM maar ook de hoogste nationale rechters en procespartijen wanneer de adviesmogelijkheid wordt ingezet in kwesties waarbij principiële rechtsvragen aan de orde zijn en/of wanneer vergelijkbare rechtsvragen, feiten en omstandigheden die raken aan de uitleg van het EVRM in meerdere zaken spelen. De nationale rechter kan gericht vragen stellen aan het EHRM over de uitleg van het EVRM, waardoor in een vroegtijdig stadium – namelijk nog in de fase van de nationale gerechtelijke procedure – richting kan worden gegeven aan de uitleg van het EVRM. Dit kan uiteindelijk bijdragen aan een beperking van de instroom van zaken bij het EHRM. Protocol nr. 16 is dan ook een van de maatregelen in het kader van het terugdringen van de werklast van

<sup>6</sup> ECHR, *Reflection Paper on the Proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, 2013, ref. no. 385038, pag. 7, nr. 31 (<https://echr.coe.int>).

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 710 VI, nr. 6, pag. 33 en Kamerstukken II 2010/11, 19 637, nr. 1397, pag. 1.

<sup>8</sup> ECHR, *Reflection Paper on the Proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, 2013, ref. no. 385038, pag. 7, nrs. 30 en 31 (<https://echr.coe.int>).

<sup>9</sup> Kamerstukken I 2017/18, 34 235 (R2053), B, pag. 3.

het EHRM. Daarbij is van belang dat een belangrijk deel van die werklust wordt veroorzaakt door gelijksoortige standaardzaken (*repetitive cases*).<sup>10</sup>

#### 4. Feitenrelaas

De leden van de CDA-fractie vragen wat de zin is van de adviesaanvraag en welke winst in termen van tijdsbeslag en werklust wordt geboekt, indien de nationale rechter na ontvangst van het advies van het EHRM de feiten anders kan vaststellen. Deze leden vragen voorts of de regering hier niet het belang van de vaststelling van de feiten c.q. het perspectief op die feiten onderschat. De aan het woord zijnde leden vragen voorts welke substantiële betekenis een advies van het EHRM kan hebben voor een nationale rechter wanneer de presentatie van de feiten er slechts toe dient het EHRM een context te bieden. Zij vragen welke zeefwerking er dan voor partijen te verwachten valt. Deze leden merken op dat het volgens hen ongelukkig is dat procespartijen niet het recht hebben om zelf een visie op de feiten te presenteren voor het EHRM, terwijl met het volgen van een adviesprocedure feitelijk de mogelijkheid om daarna het EHRM te adïëren wordt beperkt. De aan het woord zijnde leden vragen hierop een reactie van de regering.

Het na het advies van het EHRM anders vaststellen van de feiten in een zaak die aanhangig is bij de hoogste nationale rechter is niet aan de orde in gevallen waarin die nationale rechter geen feitenrechter is. In gevallen waarin in de nationale procedure de vaststelling van de feiten nog wel onderdeel vormt van de procedure kan op voorhand niet worden uitgesloten dat de nationale rechter na advies door het EHRM de feiten anders vaststelt. Dat wil nog niet zeggen dat de verwachting gerechtvaardigd is dat deze situatie zich in de praktijk regelmatig zal voordoen. Maar ook als die situatie zich wel voordoet, valt niet in zijn algemeenheid te zeggen dat er met een adviesaanvraag geen winst in termen van tijdsbeslag of werklust kan worden geboekt. De beantwoording door het EHRM van de aan hem voorgelegde rechtsvraag kan van dien aard zijn dat het eventueel anders vaststellen van de feiten door de nationale rechter geen invloed heeft op de eindbeslissing in de nationale zaak. Het feitenrelaas dient ertoe het EHRM een context te bieden waarbinnen hij een adviesaanvraag kan behandelen. Een voorliggende casus ondersteunt het EHRM bij het verwerven van een beeld van de feitelijke constellatie dat aan het verzoek om advies ten grondslag ligt. Aan het EHRM komt immers niet de taak toe om in abstracte termen nationale regelgeving te toetsen aan de in het EVRM en de protocollen bij het EVRM vastgelegde rechten en vrijheden. Het advies moet zich richten op vragen die in een concrete zaak zijn gerezen over uitleg van deze rechten en vrijheden.<sup>11</sup> Het is aan de nationale rechter om de in het advies van het EHRM uitgezette lijn toe te passen en te vertalen naar de nationale rechtsorde en de bij hem aanhangige zaak. Daarmee kan een advies door het EHRM dienen voor een bredere toepassing dan alleen in de concrete zaak die aan hem is voorgelegd. Als voorbeeld van een kwestie die zich zou lenen voor toepassing van het adviesrecht aan het EHRM is in het voorgaande genoemd de principiële vraag of verwijzing van asielzoekers naar Griekenland in het kader van de zogenoemde Dublinovereenkomst in overeenstemming met het EVRM kon worden geacht. Indien zo'n principiële rechtsvraag aan het EHRM ter advisering wordt voorgelegd, zal dat moeten gebeuren in een specifieke casus waarin deze vraag speelt.

<sup>10</sup> Report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH) *The longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights*, CDDH (2015)R84, Addendum I, nrs. 75–79.

<sup>11</sup> ECHR, *Reflection Paper on the Proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, 2013, ref. no. 385038, pag. 7, nr. 29 (<https://echr.coe.int>).

Die adviesaanvraag moet worden toegelicht met een beschrijving van de feiten in die specifieke, individuele zaak. Dat laat onverlet dat de advisering op het principiële, onderliggende vraagstuk een interpretatie kan geven aan het EVRM die verder reikt dan de betreffende casus. Ook aan de huidige jurisprudentie van het EHRM worden door onder meer nationale rechters gevolgtrekkingen verbonden die verder gaan dan alleen de specifieke zaak waarin het EHRM heeft beslist.

Het klopt dat aan procespartijen in de zaak waarin een nationale rechter advies vraagt niet zonder meer het recht toekomt om in de adviesprocedure bij het EHRM een standpunt kenbaar te maken. Op grond van artikel 3 van Protocol nr. 16 kan het EHRM evenwel besluiten om, in het belang van een goede rechtsbedeling, procespartijen uit te nodigen tot schriftelijk commentaar of tot het bijwonen van een hoorzitting. In het *Explanatory Report* bij het Protocol is aangegeven dat het de verwachting is dat op grond van die bepaling procespartijen door het EHRM zullen worden uitgenodigd deel te nemen aan de voorbereidingen op het advies.<sup>12</sup> In een opinie in het kader van de totstandkoming van Protocol nr. 16 heeft ook het EHRM zelf aangegeven dat het voor de hand ligt dat procespartijen door hem worden betrokken in de adviesprocedure.<sup>13</sup> Het enkele feit dat in een zaak door het EHRM een advies is uitgebracht staat er verder niet aan in de weg dat een procespartij na de uitspraak in die zaak door de hoogste nationale rechter een klachtprocedure aanhangig maakt bij het EHRM. Indien in zo'n zaak de betreffende procespartij met toepassing van artikel 3 van Protocol nr. 16 is gehoord door het EHRM en de nationale rechter heeft beslist in de lijn van het advies van het EHRM, is de kans evenwel groot dat deze partij met toepassing van artikel 35 EVRM niet-ontvankelijk wordt verklaard of dat de zaak met toepassing van artikel 37 EVRM van de rol wordt geschrapt.

De leden van de CDA-fractie vragen hoe zij zich een advies van het EHRM moeten voorstellen, wanneer de regering erover spreekt dat Protocol nr. 16 de mogelijkheid van advies door het EHRM wil introduceren los van een vaststelling van de feiten c.q. met door de rechter als context meegegeven feiten. Deze leden merken op dat het EHRM in uitspraken een onderscheid maakt tussen «*general principles*» die het van belang acht voor de uitspraak in de voorliggende zaak, en de «*application of these principles to the present case*». De aan het woord zijnde leden vragen of het hier slechts gaat om de formulering van de relevante *general principles* en zo ja, wat daarvan de meerwaarde is, of dat het gaat om een interpretatie waarbij de slechts als context meegegeven feiten een substantiële rol spelen.

Terecht merken leden van de CDA-fractie op dat het EHRM in uitspraken een onderscheid maakt tussen enerzijds algemene uitgangspunten die hij hanteert bij de interpretatie van het EVRM (*general principles*) en anderzijds de toepassing van die algemene uitgangspunten op de aanhangige zaak (*application of these principles*). Het adviesrecht dat met Protocol nr. 16 wordt ingevoerd, richt zich met name op de interpretatie van het EVRM (*general principles*). Het is vervolgens aan de nationale rechter om deze algemene uitgangspunten toe te passen op een bij hem aanhangige zaak.

<sup>12</sup> Explanatory Report bij Protocol No. 16, nr. 20 (<https://www.echr.coe.int>).

<sup>13</sup> ECHR, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, 2013, nr. 10 (<https://www.echr.coe.int>).

## 5. Procedure na advisering en eventuele effecten

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar de passage in de memorie van antwoord waarin wordt ingegaan op enerzijds een correcte interpretatie van het EVRM in een zaak waarin advies wordt gevraagd aan het EHRM en anderzijds de mogelijkheden van de nationale rechter om bij de vraag of hij het advies in de bij hem aanhangige zaak wil volgen, rekening te houden met de nationale cultuur en de sociaaleconomische en politieke achtergrond. Deze leden geven aan op dit punt behoefte te hebben aan nadere duiding. Zij vragen of het klopt dat het in het huidige bestel aan het EHRM is gelaten of aan de nationale autoriteiten een *margin of appreciation* toekomt en of het niet de omgekeerde wereld is om dat aan de nationale autoriteiten zelf over te laten.

Protocol nr. 16 heeft als kern dat het EHRM een advies geeft aan een hoogste nationale rechter, op diens verzoek, over de interpretatie van het EVRM op basis van de feiten en omstandigheden die spelen in een specifieke, bij die nationale rechter aanhangige zaak. Het EHRM doet daarmee nadrukkelijk geen uitspraak in die betreffende zaak. Het EHRM zet in adviezen algemene lijnen uit. Die lijnen moeten vervolgens via de nationale rechter een plaats krijgen in de nationale rechtsorde. Die rechtsordes kunnen soms behoorlijk verschillen. Het is, na ontvangst van dat advies, daarom aan de nationale rechter om de in dat advies uitgezette interpretatielijnen van het EHRM om te zetten (te vertalen) naar de nationale rechtsorde. Bij deze vertaalslag is het aan de nationale rechter om rekening te houden met de nationale cultuur en sociaaleconomische en politieke achtergrond van zijn land. De hoogste nationale rechter is daartoe bij uitstek aangewezen, gezien diens taak tot het bevorderen van uniformiteit in rechterlijke uitspraken.

Het beginsel van subsidiariteit vloeit voort uit (de systematiek van) het EVRM zelf. Dit beginsel is ook vastgelegd in de aanvullende overweging bij de preambule van het EVRM waarin Protocol nr. 15 voorziet. In die overweging is neergelegd dat de bij het EVRM aangesloten staten, in overeenstemming met het beginsel van subsidiariteit, de primaire verantwoordelijkheid hebben de rechten en vrijheden te waarborgen die in het EVRM en de protocollen daarbij zijn omschreven en dat zij daarbij over een beoordelingsmarge beschikken. Indien de vragen van de aan het woord zijnde leden ertoe strekken te informeren of de nationale autoriteiten van de bij het EVRM aangesloten staten de primaire verantwoordelijkheid hebben om de in het EVRM vastgelegde rechten en vrijheden te waarborgen, en of hen daarbij een *margin of appreciation* toekomt, dan luidt het antwoord bevestigend.<sup>14</sup> De primaire verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten is onderworpen aan het toezicht door het EHRM, als *subsidiar* mechanisme.

## 6. Bekrachtiging

De leden van de CDA-fractie vragen hoe de regering er tegenover staat om te wachten met de bekrachtiging van Protocol nr. 16 om eerst van ervaringen van andere lidstaten te leren.

Op 1 augustus 2018 is Protocol nr. 16 inwerking getreden, nadat tien bij het EVRM aangesloten staten het protocol hebben geratificeerd. In de memorie van antwoord is reeds ingegaan op de sterke Nederlandse

<sup>14</sup> De *margin of appreciation* geldt bij nagenoeg alle bepalingen van het EVRM, uitgezonderd de rechten die zijn neergelegd in de artikelen 2, 3, 5, eerste lid, en 7 EVRM (respectievelijk het recht op leven, het folterverbod, het slavernijverbod en het retroactiviteitsverbod).

betrokkenheid bij de totstandkoming van Protocol nr. 16.<sup>15</sup> Invoering van het protocol sluit ook goed aan bij de door de Eerste Kamer aangenomen motie-Franken c.s., waarin de regering werd verzocht om zich, in overeenstemming met de lange traditie van het Nederlandse mensenrechtenbeleid, te blijven inzetten voor de mensenrechten conform haar verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM.<sup>16</sup> Daarnaast wordt vanuit de rechtspraak de invoering van het instrument verwelkomd; verwezen zij naar het hierboven aangehaalde standpunt van de Hoge Raad. Gelet hierop, en op de eerder besproken verwachte gunstige effecten van Protocol nr. 16, ligt het niet voor de hand de bekrachtiging aan te houden totdat andere bij het EVRM aangesloten staten ervaring hebben opgedaan met de toepassing ervan.

De Minister van Justitie en Veiligheid,  
F.B.J. Grapperhaus

---

<sup>15</sup> Kamerstukken I 2017/18, 34 235 (R2053), B, pag. 2.

<sup>16</sup> Kamerstukken I 2011/12, 32 735, C.