

EUR Research Information Portal

Protocol 16 EVRM gezien vanuit Nederlands strafrechtelijk perspectief

Publication status and date:

Published: 01/01/2018

Citation for the published version (APA):

Eckhardt, SA., & Bakker, S. (2018). Protocol 16 EVRM gezien vanuit Nederlands strafrechtelijk perspectief. *Nederlands Juristenblad (NJB)*, 2018(26), 1881-1888. <https://www.recht.nl/vakliteratuur/algemeen/artikel/444107/protocol-16-evrm-bezien-vanuit-nederlands-strafrechtelijk-perspectief/>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

Protocol 16 EVRM bezien vanuit Nederlands strafrechtelijk perspectief

Sari Eckhardt & Sven Bakker¹

Doordat Frankrijk recent als tiende lidstaat van de Raad van Europa het Zestiende Protocol bij het EVRM heeft geratificeerd, zal het protocol op 1 augustus 2018 in werking treden. Nederland heeft het protocol, dat het mogelijk maakt om ‘advisory opinions’ te vragen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, nog niet geratificeerd, maar heeft zich bij de totstandkoming actief opgesteld. Ratificatie is nabij: het goedkeuringswetsvoorstel ligt thans bij de Eerste Kamer. In deze bijdrage wordt de betekenis van het Zestiende Protocol in kaart gebracht met bijzondere aandacht voor strafrechtelijke kwesties.

Aanleiding: de toekomst van het EHRM

De totstandkoming van het Zestiende Protocol bij het EVRM (hierna: Protocol 16 EVRM of protocol) is onderdeel van een langdurig hervormingsproces en staat als zodanig niet op zichzelf. Dat hervormingsproces werd en wordt ingegeven door het grote ‘succes’ van het EHRM.² Er is hervorming nodig om van het EVRM en EHRM een toekomstbestendig mechanisme te maken. De oorsprong van het protocol ligt in de Derde Top van de Raad van Europa van mei 2005 waar de langetermijntoekomst van het EHRM op de agenda stond. Naar aanleiding hiervan werd een *Group of Wise Persons* verzocht na te denken over de toekomst van het EHRM. Deze groep kwam tot de conclusie dat het nuttig zou zijn om de hoogste nationale gerechten de bevoegdheid te geven advies te vragen aan het EHRM over de interpretatie van het EVRM. Dit resulteerde in het op 2 oktober 2013 tot stand gekomen Protocol 16 EVRM.³

Op 12 april 2018 heeft Frankrijk als tiende lidstaat Protocol 16 EVRM geratificeerd. Hierdoor is de drempel

van tien ratificaties voor inwerkingtreding van het protocol behaald. Nederland is actief betrokken geweest bij de totstandkoming van het protocol en het voorstel van Rijkswet tot goedkeuring van het protocol is op 16 mei 2017 aangenomen door de Tweede Kamer en ligt thans bij de Eerste Kamer.⁴

Deze situatie maakt verkenning van de betekenis van het protocol voor het Nederlandse recht relevant. Hoewel het protocol ook betekenis heeft voor de andere rechtsgebieden gaat het ons in deze bijdrage om de betekenis voor het strafrecht. Door deze beperking kan uitgebreider worden stilgestaan bij concrete voorbeelden waar Protocol 16 EVRM betrekking op zou kunnen hebben en kunnen de verschillende mogelijkheden die ontstaan, voor zowel de Nederlandse strafrechter als het EHRM, genuanceerd worden besproken. Dat laat onverlet dat een verkenning van de betekenis voor andere rechtsgebieden uiterst relevant kan zijn.⁵ Na een bespreking van de inhoud van het protocol, komen hierna diverse punten aan de orde die relevant zijn voor een schets van de bete-

Auteurs

1. Mr. S.A. Eckhardt is student-assistent bij de afdeling Strafrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam; mr. S.R. Bakker is wetenschappelijk docent en onderzoeker bij de afdeling Strafrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteurs danken prof. mr. P.A.M. Verrest en prof. mr. P.A.M. Mevis voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

Noten

2. Zie voor een overzicht van het hervormingsproces: M. O’Boyle, ‘The future of the European Court of Human Rights’, *German Law Journal* 2011/12, p. 1868-1876 of T. Voland & B. Schiebel, ‘Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?’, *Human Rights Law Review* 2017/17, p. 73-95.

3. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CETS nr. 214, Straatsburg, 2 oktober 2013.

4. De Eerste Kamercommissie voor Justitie en Veiligheid heeft op 18 april 2018 de memorie van antwoord ontvangen (*Kamerstukken I* 2017/18, 34235, B).

5. Zie bijv. voor het fiscaal recht: A.J.C. Perdaems, ‘Hoge Raad en grondrechten:

EHRM of Hof van Justitie EU?’, *WFR* 2017/15 en M. Pauwels, ‘Prejudiciële vragen’ aan het EHRM: heeft de Hoge Raad al een boodschappenlijstje opgesteld?’, *WFR* 2015/908.



Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens © Shutterstock

kenis van het protocol voor de Nederlandse strafrechtspleging: invulling en gebruik door de Nederlandse hoogste strafrechter en het EHRM, het gebruik van het protocol ter legitimatie van controversiële rechtspraak en de implicaties die het bestaan van Protocol 16 EVRM heeft in het licht van de verplichtingen van Nederland op grond van het EU-recht.

Protocol 16 EVRM

Protocol 16 EVRM behelst een uitbreiding van de huidige regeling van artikel 47 t/m 49 EVRM inzake de bevoegdheid van het EHRM tot het uitbrengen van adviezen. Deze huidige regeling is bijzonder gelimiteerd en leidde tot slechts twee adviezen sinds het bestaan van de regeling.⁶ De uitbreiding van de bevoegdheid tot het verstrekken

van adviezen komt voort uit de behoefte aan een vooraf – op nationaal niveau – werkend, normbepalend mechanisme en de wens om de werklast van het EHRM (daarmee) te verminderen.

Volgens artikel 1 lid 1 van het protocol kunnen ‘hoogste rechterlijke instanties’ verzoeken om advies. Artikel 10 van het protocol regelt dat het de verdragspartijen zelf zijn die in een verklaring aanwijzen welke colleges van de lidstaat de hoogste rechtscolleges in de zin van het protocol zijn.⁷ Dat het de hoogste rechtscolleges betreft, hangt samen met de subsidiaire rol van het EHRM, op grond waarvan het wenselijk is dat eerst alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.⁸ Daarnaast dient een overvloed van adviesverzoeken te worden voorkomen. Bovendien wordt getracht het niveau waarop de dialoog tussen de rechters wordt gevoerd, te waarborgen.⁹ Lid 1 van artikel 1 van het protocol geeft het facultatieve en subsidiaire karakter van de adviesprocedure weer (‘instanties ... kunnen’).¹⁰ Er bestaat op geen enkele wijze een verplichting voor de nationale gerechten om een adviesverzoek in te dienen (in tegenstelling tot de procedure van prejudiciële vragen op grond van artikel 267 VWEU). Voorts is van belang *waarover* advies kan worden gevraagd. In artikel 1 lid 1 van het protocol is aangegeven dat het advies betrekking heeft op ‘principiële vragen inzake de uitlegging of toepassing van de rechten en vrijheden die zijn omschreven in het Verdrag of de protocollen daarbij’. Van belang is dat alleen advies kan worden gevraagd in de context van een bij de verzoekende rech-

De uitbreiding van de bevoegdheid tot het verstrekken van adviezen komt voort uit de behoefte aan een vooraf – op nationaal niveau – werkend, normbepalend mechanisme

terlijke instantie aanhangige zaak. Het is dus niet mogelijk advies te vragen over de uitleg of toepassing van het EVRM in een algemene, brede zin.

De procedure van de behandeling van de adviesaanvraag bij het EHRM is vastgelegd in artikel 2 en 4 van het protocol. Allereerst wordt door een college van vijf rechters van de Grote Kamer beoordeeld of het verzoek in behandeling kan worden genomen. Is dit het geval, dan brengt de Grote Kamer advies uit. Dat het uitbrengen van advies aan de Grote Kamer wordt overgelaten, komt voort uit de idee dat de Grote Kamer als constitutionele formatie van het EHRM de coherentie in de rechtspraak moet bewaken.¹¹ Er is geen tijdsbestek opgenomen waarbinnen het advies moet worden uitgebracht. Ondanks het ontbreken van zo'n termijn mag worden verwacht dat aan adviesverzoeken een hoge prioriteit wordt gegeven, gelet op de vertraging die wordt opgelopen in de nationale procedure, doordat deze wordt aangehouden in afwachting van het advies. In het strafrecht speelt bijvoorbeeld ook de kwestie dat verdachten in voorlopige hechtenis zitten, hetgeen het belang van hoge prioriteit onderstreept.

Artikel 5 van het protocol bepaalt dat de adviezen niet juridisch bindend zijn. Dat is logisch in zoverre het aan het nationale gerecht blijft om de zaak waarin advies is gevraagd af te doen. Blijkens de memorie van toelichting bij het goedkeuringswetsvoorstel wordt echter verwacht dat de zaak zal worden afgedaan met 'behoorlijke inachtneming' van het advies.¹² De adviezen hebben interpretatieve kracht (*res interpretata*) nu zij worden uitgesproken door de Grote Kamer van het EHRM. Gerards benadrukt dat de uitleg van het EVRM door het EHRM onderdeel is van het EVRM¹³ en ook uit de toelichtende tekst bij het protocol komt naar voren dat er geen wezenlijk verschil is in rechtskracht tussen een interpretatie gegeven in een advies of in een uitspraak.¹⁴ Dat geldt in ieder geval voor het deel van het advies waarin het EHRM, zonder toespitsing op de nationale casus, het EVRM uitlegt. Nederland accepteert over het algemeen de *res interpretata* van uitspraken van het EHRM en voelt zich ook gebonden ten aanzien van uitspraken die niet tegen Nederland zijn

gewezen.¹⁵ Bovendien neemt de adviesmogelijkheid natuurlijk niet weg dat de betrokken burger na de afdoening van zijn zaak op basis van dat advies, vervolgens een klacht kan indienen op de voet van artikel 34 EVRM. In zoverre heeft het EHRM altijd het laatste woord, als de betrokkene dat wil. Hoewel de adviezen formeel gezien niet bindend zijn, zijn de adviezen uitleg van het recht. Het is dit recht, de inhoud van het EVRM, op grond waarvan Nederland verplichtingen heeft c.q. waarmee bij de uitleg van nationale wetgeving rekening wordt c.q. moet worden gehouden.¹⁶ De betekenis van het advies is in zoverre, hoewel in de concrete zaak niet bindend, zwaarder dan de bewoordingen van het protocol suggereren.

De adviezen hebben interpretatieve kracht (*res interpretata*) nu zij worden uitgesproken door de Grote Kamer van het EHRM

Het protocol heeft een tweeledige doelstelling.¹⁷ Ten eerste beoogt het protocol de dialoog tussen het EHRM en de nationale autoriteiten te bevorderen en de tenuitvoerlegging van het EVRM in de nationale rechtsorders te verbeteren in overeenstemming met het beginsel van subsidiariteit.¹⁸ Ten tweede beoogt dit protocol bij te dragen aan de werklastvermindering van het EHRM. Vooral kwesties waarmee het nationale gerecht (potentieel) stelselmatig wordt geconfronteerd, worden verwacht met het protocol te kunnen worden 'weggehouden' bij het EHRM. Door het uitbrengen van één advies (in plaats van heel veel klachtprocedures over hetzelfde punt) kan de onduidelijkheid op het punt van uitleg van het EVRM worden wegge-

6. EHRM, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*, Straatsburg, 12 februari 2008 en EHRM, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights* (No. 2), Straatsburg 22 januari 2010. Daarnaast was er nog één verzoek om een advies, maar het EHRM achtte zich niet bevoegd om zich uit te laten over de kwestie: EHRM, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion*, Straatsburg, 2 juni 2004.

7. De Nederlandse regering stelt voor om aan te wijzen: de Hoge Raad der Nederlanden, de Afdeling bestuursrechtspraak van

de Raad van State, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, vergelijk *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, 3, p. 5-6.

8. J. de Herdt, 'Het zestiende toegevoegd protocol bij het EVRM: een bijkomende garantie voor de mensenrechten in de strafprocedure?', *Nullum crimen* 2017/4, p. 340.

9. Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Straatsburg, 2 oktober 2013, par. 8.

10. Tevens staat het een nationaal gerecht vrij om een ingediende adviesaanvraag in te trekken: *Kamerstukken II* 2014/15, 34235,

3, p. 6.

11. De Herdt 2017, p. 344.

12. *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, 3, p. 9.

13. J.H. Gerards, 'Advisory opinions, preliminary rulings and the new protocol no. 16 to the European Convention of Human Rights', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014/21, p. 635.

14. Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Straatsburg, 2 oktober 2013, par. 27.

15. J.H. Gerards & J. Fleuren, 'The Netherlands', in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgements of the ECtHR in national case-*

law, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2014, p. 237.

16. De twijfels van de VVD over het de facto bindende karakter van de adviezen resulteerde in een motie, die werd verworpen (*Handelingen II* 2016/17, 34235, 8).

17. In de literatuur worden kritische vragen gesteld omtrent in hoeverre de doelstellingen wel zullen worden gehaald. Zie bijv. O'Boyle 2011; Gerards 2014; K. Dzehtsiarou & N. O'Meara, 'Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?', *Legal Studies* 2014/34, p. 444-468 of Voland & Schiebel 2017.

18. *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, 3, p. 1.

nomen en kunnen alle vergelijkbare zaken nationaal, maar wel EVRM-conform, worden afgedaan.

Invulling en gebruik door de Nederlandse hoogste strafrechter en het EHRM

De betekenis van het protocol voor het Nederlandse strafrecht wordt onder meer bepaald door de wijze waarop de Nederlandse hoogste strafrechter gebruik zal gaan maken van de adviesbevoegdheid, de wijze waarop het EHRM invulling geeft aan de adviesbevoegdheid en wat de hoogste strafrechter vervolgens met die adviezen kan of wil doen. Dat de hoogste nationale rechters behoefte hebben aan een dergelijke bevoegdheid, lijkt door het EHRM min of meer te worden verondersteld. Bij die constatering kunnen vraagtekens worden geplaatst. Zo nemen de procedures bij het EHRM thans veel tijd in beslag, hetgeen de nationale rechter ervan zou kunnen weerhouden de procedure aan te houden in afwachting van het advies van het EHRM. Sommigen voorspellen zelfs een schending van artikel 6 EVRM, doordat het EHRM met de adviesprocedure bijdraagt aan verlenging van de nationale procedure.¹⁹

Sommigen voorspellen zelfs een schending van artikel 6 EVRM, doordat het EHRM met de adviesprocedure bijdraagt aan verlenging van de nationale procedure

Uit de jurisprudentie blijkt dat de Nederlandse strafwet wordt getoetst aan en uitgelegd aan de hand van het EVRM. Zo bijvoorbeeld op het gebied van de toepassing van de strafbepalingen van de Leerplichtwet 1969,²⁰ de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting²¹ en (de motivering van) de beslissing op verzoeken tot het horen en oproepen van getuigen.²²

Op dit punt bestaat (kennelijk en voldoende) ruimte voor de Nederlandse strafrechter, waar met regelmaat 'gebruik' van wordt gemaakt. Dat wil zeggen dat de Nederlandse rechter de algemene lijnen die het EHRM uitzet, (reeds) gebruikt bij de uitleg van nationale wetgeving in een concrete situatie. Op die manier wordt nationale wetgeving onder verwijzing naar het EVRM/EHRM van nadere uitleg voorzien, zonder dat daarvoor advies uit Straatsburg nodig is. Bij deze thema's kan men zich afvragen of de nieuwe adviesmogelijkheid meerwaarde zou hebben gehad. Mogelijk is het thema de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf een voorbeeld waarin een adviesmogelijkheid, zou deze reeds hebben bestaan, wel van betekenis zou zijn geweest.

De Hoge Raad nam in het tussenarrest²³ strijdigheid met artikel 3 EVRM aan, gegeven de wijze van tenuitvoer-

legging van de straf, en deed dit onder verwijzing naar eisen die door het EHRM zijn gesteld in de uitspraak *Čačko/Slowakije*.²⁴ Indien de Hoge Raad toen de mogelijkheid had advies te vragen aan het EHRM, zou dit een situatie zijn die zich voor advies van het EHRM had geleend. Nu de Hoge Raad die mogelijkheid niet had, was hij genoodzaakt bij de beoordeling van de Nederlandse situatie aansluiting te zoeken bij rechtspraak die wel ziet op artikel 3 EVRM, maar niet in het bijzonder is geweest naar aanleiding van de Nederlandse situatie, terwijl het juist bij de executie van die straf daar wel op aankomt. In een adviesprocedure wordt een Nederlandse situatie voorgelegd met omschrijving van de relevante nationale wetgeving, feitelijke elementen en problemen met betrekking tot de uitleg van het verdrag.²⁵ Hierdoor is het voor de Hoge Raad vervolgens niet een kwestie van 'aansluiting zoeken bij', maar weet hij door het advies beter hoe het EVRM in de nationale rechtsorde moet worden toegepast.

Tegelijk moet daarbij worden opgemerkt dat de bereidheid van de Nederlandse rechter om te verzoeken om een advies ook afhangt van het nut van het EHRM-advies. Niet in iedere Nederlandse strafzaak is advies van het EHRM nodig. Enerzijds kan het EVRM in een Nederlandse zaak een belangrijk element zijn, maar is er geen principiële rechtsvraag die een veelheid aan zaken meebrengt. Anderzijds zijn er zaken waarin een advies niets toevoegt, omdat reeds een uitgekristalliseerde lijn in de jurisprudentie bestaat. De jurisprudentie over de uitleg van de redelijke termijn uit artikel 6 EVRM kan tot op zekere hoogte als voorbeeld worden gezien.²⁶ De uitleg van dit begrip is van belang in strafzaken, maar een advies heeft op dit punt geen meerwaarde.

De mate van bereidheid door de Nederlandse rechter om te verzoeken om een advies hangt vervolgens, als gezegd, ook samen met de wijze waarop het EHRM invulling zal gaan geven aan de adviesbevoegdheid. De vraag hoe het EHRM invulling geeft aan de adviesbevoegdheid, komt op vanwege de subsidiaire rol die het EHRM in het hele EVRM-mechanisme heeft. De idee is immers dat nationale autoriteiten better placed zijn om beleidskeuzes te maken en mensenrechten te beschermen op een manier die het beste past bij de nationale constitutionele tradities. Deze (vorm van) *margin of appreciation* is uiteraard niet onbegrensd, maar ook ten aanzien van Protocol 16 EVRM geldt dat het EHRM een subsidiaire rol heeft.²⁷

De vraag is of het EHRM in de adviezen blijkt geeft van de subsidiaire rol dan wel of het EHRM in de advisering daadwerkelijk sturing zal gaan geven. Wanneer het advies zich beperkt tot algemeenheden, is het immers de vraag of de Nederlandse rechter geholpen is ten aanzien van het punt dat tot het adviesverzoek leidde en komt de beoogde dialoog nauwelijks tot stand. Dat zal de rechter dan ook minder aanleiding geven in volgende zaken nog om advies te vragen. Dat gevaar is niet ondenkbaar, want het is niet te verwachten dat het EHRM zich in zijn advies inlaat met de individuele zaak en het EHRM zal bij toepassing van het protocol zeker ook de nationale tradities van de betrokken lidstaten respecteren. De Minister van Justitie en Veiligheid gaf op 18 april 2018 aan dat hij verwacht dat het EHRM de lijn die is ingezet in *S.A.S./Frankrijk*²⁸ betreffende het boerkaverbod, voortzet. Die lijn brengt mee dat ook in zaken waar een meer principiële

vraagstuk of een gevoelige kwestie speelt, het EHRM een terughoudende opstelling aanneemt en een ruime mate van nationale beleidsvrijheid laat.²⁹

Een gevoelige kwestie zou de strafrechtelijke vervolging van een politicus wegens uitingsdelicten kunnen zijn.³⁰ In de Nederlandse situatie kan deze gevoeligheid bijvoorbeeld spelen ten aanzien van de (tweede) zaak *Wilders*, als deze tot cassatie zou leiden.³¹ Indien om een advies wordt verzocht, zijn diverse scenario's mogelijk. Het EHRM zou zich in het advies, vanwege de gevoeligheid van het thema, zodanig op de vlakte kunnen houden dat de nationale hoogste rechter weinig handvatten krijgt toegereikt voor zijn uitspraak. Het EHRM zou ook na een algemene uitleg van de vrijheid van meningsuiting, kunnen aangeven hoe de Nederlandse rechter de algemene criteria en factoren zou kunnen toepassen in de concrete casus.³² Het EHRM richt zich immers op zaken waarin rechtsgoederen worden bedreigd die het EHRM in het bijzonder aan het hart gaan, zoals het voorkomen van directe gevaren voor de democratie, de bescherming tegen geweld c.q. rassendiscriminatie en het waarborgen van een pluriforme samenleving.³³ Bovendien heeft het EHRM bijvoorbeeld in de zaak *Féret/België*³⁴ laten zien dat het zich in dergelijke zaken kan en wil uitspreken.

In het geval van de zaak *Wilders* is het niet ondenkbaar dat het EHRM, in een toch uiterst politiek gevoelige zaak, zou kunnen adviseren over de kwestie in hoeverre uitlatingen door Nederlandse politici worden beschermd door de vrijheid van meningsuiting ex artikel 10 EVRM. De Nederlandse rechter kan op basis van de algemene criteria en factoren tot een andere afweging komen,³⁵ maar het EHRM is op dat moment genoodzaakt zich uit te laten in politiek gevoelige zaken. Ook Gerards geeft aan dat het EHRM moeilijk kan volstaan met een minimalistisch antwoord wanneer het een expliciete casus betreft waarin een uiterst politiek gevoelig punt naar voren komt.³⁶ In zo'n geval zou het EHRM zijn discretionaire bevoegdheid kunnen gebruiken om verzoeken om advies af te houden c.q. heel algemeen te antwoorden op vragen die te zeer betrekking hebben op 'gevoelige' kwesties. Daardoor raakt het EHRM in de advisering in mindere mate betrokken bij belangrijke interpretatiepunten, terwijl dat nu juist wel het doel is van het protocol.

Er schuilt bij de toepassing van de adviesbevoegdheid ook een zeker gevaar dat het EHRM voor het karretje van de nationale gerechten wordt gespannen ter legitimatie van controversiële rechtspraak

Ter legitimatie van controversiële rechtspraak?

Enigszins omgekeerd gezegd schuilt bij de toepassing van de adviesbevoegdheid ook een zeker gevaar dat het EHRM voor het karretje van de nationale gerechten wordt gespannen ter legitimatie van controversiële rechtspraak. Doordat een principiële vraag kan worden voorgelegd aan het EHRM nog voordat de zaak nationaal is afgedaan, bestaat voor de nationale strafrechter en dus ook voor de Nederlandse Hoge Raad, de mogelijkheid – om in termen van Gerards te spreken – 'de hete aardappel' door te schuiven.³⁷ Zij betoogt dat met regelmaat naar het EHRM wordt gewezen ter legitimatie van of als excuus voor controversiële wetgeving of een controversiële rechterlijke uitspraak. Het advies van het EHRM zou op eenzelfde wijze kunnen worden gebruikt. De regering brengt daar tegenin dat controversiële kwesties thans middels de gewone klachtprocedure ook bij het EHRM komen.³⁸ De adviesprocedure bij het EHRM is echter een procedure die zich bij uitstek leent voor de situatie waarin de Nederlandse hoogste strafrechter zelfstandig kan besluiten de weg naar Straatsburg te zoeken. Hij is daarbij niet afhankelijk van de betrokkene zoals in de verzoekschriftprocedure bij het EHRM. Aan de andere kant is het wenselijk dat ook in controversiële zaken op een gegeven moment een doorbraak wordt geforceerd. Of die doorbraak wordt geforceerd door de Hoge Raad zelf of middels verwijzing naar het EHRM, lijkt in mindere mate relevant te zijn voor de

19. Voland & Schiebel 2017, p. 85.

20. Vgl. HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1338, NJ 2015/278, m.nt. P.A.M. Mevis.

21. Vgl. HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:220, NJ 2017/259, m.nt. E.J. Dommering (*Mein Kampf*).

22. Vgl. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1015, NJ 2017/440, m.nt. T. Kooijmans.

23. HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325, NJ 2016/348, m.nt. T. Kooijmans.

24. EHRM 22 juli 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0722JUD004990508 (*Čačko/Slowakije*).

25. Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for*

the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Straatsburg, 2 oktober 2013, par. 12.

26. HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578, m.nt. P.A.M. Mevis.

27. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 23.

28. EHRM 1 juli 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511 (*S.A.S./Frankrijk*).

29. *Kamerstukken I 2017/18*, 34235, B, p. 5.

30. Zie over de rol van het EHRM in zaken betreffende politici ook R. Lawson, 'Wild,

wilder, wildst', *NJCM-bulletin* 2008, afl. 4, p.469-484.

31. Tegen het vonnis Rb. Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014 zijn zowel Wilders als het openbaar ministerie in hoger beroep gegaan. De behandeling door het Hof Den Haag laat nog op zich wachten als gevolg van een toegewezen wrakingsverzoek.

32. J.H. Gerards, 'Protocol 16 EVRM: advisering door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *TvCR* 2017/4, p. 308.

33. Zie in dit kader: L.A. van Noorloos, *Hate speech revisited. A comparative and historical perspective on hate speech law in the*

Netherlands and England & Wales, Cambridge: Intersentia 2011.

34. EHRM 16 juli 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ9038, NJ 2009/412, m.nt. E.J. Dommering (*Féret/België*).

35. In een eerdere zaak tegen een politicus liet de HR zich overigens inspireren door de rechtspraak van het EHRM: zie HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583, NJ 2015/108, m.nt. N. Rozemond (*Felster*).

36. Gerards 2017, p. 318.

37. Gerards 2017, p. 318.

38. *Kamerstukken II 2016/17*, 34235, 7, p. 11.

boodschap die ervan uitgaat: de wet zoals die thans geldt, is onduidelijk of heeft een ongewenste uitwerking. Het is altijd nog de wetgever die het laatste woord heeft, ook met de komst van Protocol 16. Daar komt wel bij dat de Nederlandse wetgever in principe geen wetgeving maakt die niet in lijn is met het EVRM.

Wanneer wij een blik over de grens werpen, kan het protocol een in mindere mate in Nederland aan de orde zijnde ontwikkeling teweegbrengen, in het bijzonder ten aanzien van de lidstaten waar een minder EVRM-conforme werkwijze wordt gehanteerd. In dat geval biedt het de hoogste rechters een instrument beweging te forceren, wanneer politici en bestuursorganen niet geneigd zijn in overeenstemming met het EVRM te handelen. Hoewel hier vanwege constitutionele punten kritiek op valt te leveren, biedt het protocol wellicht een opening om verandering te brengen, in die zin dat het adviesverzoek rechters een mogelijkheid biedt een bepaald niveau van mensenrechtenbescherming af te dwingen. Zulks is alleen 'wenselijk' voor zover de wetgever dit nalaat.

Problematische samenloop met EU-recht?

Protocol 16 beoogt te voorzien in een *ex ante* procedure over de uitleg en toepassing van bepalingen uit het EVRM. Op grond van artikel 267 VWEU bestaat een vergelijkbare, maar niet gelijke, pendant voor het EU-recht.³⁹ Deze prejudiciële procedure neemt aan belang toe voor het strafrecht, nu de EU zich door middel van verdragen en richtlijnen (steeds meer) begeeft op het terrein van bijvoorbeeld advocatenbijstand, slachtofferrechten, recht op vertaling, informatie en stukken uit het dossier, alsmede op het terrein van specifieke delicten als uitingsdelicten, witwassen, drugsbestrijding, mensenhandel, corruptie en kinderpornografie.⁴⁰

De samenloop van de procedures op grond van artikel 267 VWEU met Protocol 16 EVRM is gelegen in de omstandigheid dat mensenrechten zowel onderdeel zijn van het EU-recht als van het EVRM

Er is in zoverre een verschil in uitgangspunt dat op basis van artikel 267 VWEU voor het Nederlandse gerecht de verplichting kan bestaan een prejudiciële vraag te stellen.⁴¹ En anders dan het advies van het EHRM op grond van Protocol 16 is de prejudiciële beslissing van het HvJ EU bindend, hetgeen betekent dat (de gerechten van) de lidstaten gehouden zijn aan de uitleg die door het HvJ EU aan het EU-recht is gegeven.⁴² De samenloop van de procedures op grond van artikel 267 VWEU met Protocol 16 EVRM is gelegen in de omstandigheid dat mensenrechten zowel onderdeel zijn van het EU-recht als van het EVRM.

Door het naast elkaar bestaan van beide trajecten in de beide kolommen van het Europese recht, rijst de vraag wat de gevolgen zijn voor de nationale (straf)rechter in geval van mogelijke samenloop tussen de twee modaliteiten, wanneer bijvoorbeeld een mensenrecht zowel onderdeel is van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie als het EVRM (en aan de overige voorwaarden voor de procedures is voldaan).⁴³ Gelet op de verschillen zou de nationale rechter bijvoorbeeld zijn voorkeur voor een bepaalde procedure kunnen laten spreken. Op die manier is op nationaal niveau een zekere vorm van *forum shopping*⁴⁴ door de rechter mogelijk die eruit bestaat dat 1. de rechter een forum kan kiezen dat hij van waarde acht voor zijn oordeel over de zaak; 2. dat die keuze meestal beredeneerd zal zijn en zich duidelijk zal opdringen en 3. dat er echter onderwerpen zijn waarover de rechter – zij het vanuit een verschillende invalshoek – zowel het HvJ EU als het EHRM zou kunnen raadplegen.

Op Europees niveau dreigt verschil in rechtspraak en mogelijk zelfs rechtsonzekerheid als twee hoogste rechters over dezelfde materie verschillende uitspraken doen en/of verschillende jurisprudentie ontwikkelen. Het gevaar van onduidelijkheid bij de nationale rechter en nationale instanties ligt op de loer als jurisprudentie van beide hoven uiteenloopt. Bij verstandig gebruik van de verschillende modaliteiten hoeft dit punt van samenloop niet onmiddellijk problemen op te lossen.

Voor wat betreft het mogelijke gevaar van *forum shopping* door de hoogste nationale rechter is van belang dat de Afdeling advisering van de Raad van State in een advies aangaf dat het niet wenselijk is dat de Nederlandse rechter bij de twee hoven tegelijkertijd uitleg van een bepaalde bepaling vraagt. Immers mag worden verwacht dat het in de meeste gevallen om een rechtsvraag zal gaan die in eerste instantie duidelijk primair aan het HvJ EU of aan het EHRM gesteld zou moeten worden. De Afdeling advisering van de Raad van State adviseerde de minister om in te gaan op de verhouding tussen de adviesprocedure op grond van Protocol 16 EVRM en de prejudiciële procedure bij het HvJ EU.⁴⁵ In zijn antwoord gaf de Minister van Justitie toe dat wordt onderkend dat een adviesaanvraag op grond van het protocol kan samenlopen met de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen. Het is in dat geval primair aan de nationale rechter hoe in het specifieke geval om dient te worden gegaan met de (mogelijke) samenloop van procedures.⁴⁶ We hebben niet op voorhand signalen dat de Nederlandse hoogste rechter(s) op dit punt niet adequate afwegingen en keuzes zouden maken. Wel moet worden herhaald dat voor de prejudiciële vragen aan het HvJ EU de verplichting geldt dat te doen. En we stellen ook vast dat er in dezelfde materie (de toepassing van materieel en formeel Europees strafrecht bij bestuurlijke boetes bijvoorbeeld) in Nederland meer hoogste rechters zijn. Hun onderlinge beleid ter zake van de samenloop moet natuurlijk niet uiteen gaan lopen. Waar nodig zullen overleg en afstemming nodig zijn.

Voor wat betreft de samenloop van jurisprudentie van beide hoven moet erop worden gewezen dat ook onder het huidige recht, zonder Protocol 16, het al mogelijk is dat de Europese hoven zich min of meer gelijktijdig buigen over dezelfde materie en rechtsvragen (moeten) buigen of over instrumenten in elkaars domeinen.⁴⁷ Een

voorbeeld waarin sprake is van wederzijdse beïnvloeding van rechtspraak betreft de materie van het Europees Aanhoudingsbevel (EU-recht) in relatie tot de menswaardigheid van detentieomstandigheden (vooral EVRM-recht) in het kader van overleveringszaken.⁴⁸ De vraag kan rijzen of een lidstaat die – op grond van bevindingen van het CPT en daarop gebaseerde, door het EHRM geconstateerde schendingen van artikel 3 EVRM betreffende het detentieklimaat in een bepaalde lidstaat – ernstige bedenkingen heeft c.q. moet hebben bij de detentieomstandigheden in de overlevering verzoekende andere lidstaat, waarop de EVRM-klacht betrekking had, zich op grond van die Straatsburgse jurisprudentie genoodzaakt moet voelen om overlevering te weigeren, vanwege mogelijke strijd met artikel 3 EVRM.⁴⁹ Naar EU-recht is de vraag of dat weigeren in die situatie geen schending van een EU-verplichting impliceert, omdat de betreffende lidstaat dient uit te gaan van het (EU-)beginsel van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning, hetgeen uitwerking kan hebben op de beoordeling of sprake is van schending van artikel 4 van het Handvest van de Grondrechten van de EU.⁵⁰

De te hanteren toetsen, de vigerende beoordelingskaders en de te maken afwegingen in het EU-recht verschillen van die in het EVRM-recht.⁵¹ Het is heel wel denkbaar dat de adviesprocedure gaat bijdragen aan de wederzijdse beïnvloeding van rechtspraak en wellicht de afstemming die daaruit kan voortvloeien.

In andere gevallen en bij andere thema's kan en zal zo'n afstemming misschien minder gemakkelijk voor de hand komen te liggen. Een mogelijk uiteenlopende uitleg en interpretatie van (beperking van) grondrechten brengt hoe dan ook een onwenselijke situatie met zich. De verhouding tussen het EU-recht en het EVRM, komt daarmee onder druk te staan.⁵² Dit kan het geval zijn, terwijl artikel 267 lid 3 VWEU voorrang eist ten opzichte van nationaal recht. Dit nationaal recht omvat mede door lidstaten gera-

tificeerde internationale afspraken, zoals Protocol 16 EVRM. Daarnaast ontstaat er onduidelijkheid over de situatie, wanneer het verzoek om een advies mede betrekking heeft op EU-recht. Op die manier zou het EHRM zich kunnen of moeten gaan uitlaten over het EU-recht, hetgeen afbreuk kan doen aan de procedure van artikel 267 VWEU.

Door Protocol 16 wordt een actieve rol van het EVRM 'naar voren gehaald' in de procedure, hetgeen 'slechts' bevorderlijk is voor de effectiviteit van rechtsbescherming als de vergelijkbare figuur in het EU-recht daartoe in voorkomende gevallen waarin hetzelfde thema aan de orde is, ruimte biedt en de onderlinge verhouding en afstemming werkbaar zijn. Men mag verwachten dat in dat kader met nadere afstemming tussen de beide hoven het nodige 'onheil' kan worden voorkomen. Er zijn geen inspanningen bekend die tot nog toe hebben geleid tot nadere vormen van concrete afstemming of duidelijkheid voor de situatie nadat Protocol 16 EVRM in werking zal zijn getreden. Maar als we ook op dit punt een blik werpen op de bestaande verhoudingen, dan kan worden vastgesteld dat het EHRM tot nu toe respectvol is omgegaan met de reikwijdte van de bevoegdheden van het HvJ EU,⁵³ mede op basis waarvan het niet voor de hand ligt dat het EHRM het zou toestaan wanneer gerechten *forum shoppen* of op een andere manier misbruik maken van de samenloop van de procedures. Gerards wijst op de mogelijkheid die het EHRM heeft om te weigeren het adviesverzoek in behandeling te nemen als daarmee de autonomie van het EU-recht wordt aangetast.⁵⁴ Mocht het EHRM het verzoek wel in behandeling nemen, dan zouden de hoven hun uitleg zo goed mogelijk moeten afstemmen. Bovendien is het EHRM terughoudend in *setting general principles* zodat ruimte voor nadere invulling blijft bestaan. Omwille hiervan lijkt het onwaarschijnlijk dat het EHRM gebruik maakt van de mogelijkheid een afwijkend advies af te geven wanneer tussen beide hoven nog geen consensus bestaat. Hooguit is het advies vatbaar voor een andere interpretatie.⁵⁵

39. Zie voor een overzichtelijke uiteenzetting van beide mechanismen: T.N.B.M.

Spronken, 'Redactioneel. Prejudiciële vragen', *NbSr* 2018/139, p. 465-468.

40. Zie nader: T. Spronken, 'Straatsburg of Luxemburg', *NJB* 2015/1732, afl. 34, p. 2341.

41. Zie over de reikwijdte van deze verplichting nader: HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, (*CILFIT/Ministry of Health*). Zo is er geen sprake van een verplichting indien er geen ruimte voor twijfel kan bestaan (*acte clair*) of uitleg reeds is gegeven (*acte éclairé*) en zijn hoogste rechters bij twijfelgevallen verplicht en lagere rechters bevoegd om een prejudiciële vraag te stellen.

42. Hoewel in het VWEU of VEU nergens expliciet is aangegeven dat lidstaten zich aan die uitleg moeten houden, wordt deze impliciete verplichting over het algemeen aangenomen. Het *Bundesverfassungsge-*

richt wijdt meer aandacht aan dit uitgangspunt.

43. Zie in dit kader ook: Perdaems 2017, p. 80-84.

44. Zie T. Streinz, 'Forum Shopping between Luxembourg and Strasbourg?', *VerfBlog*, 17 juni 2014, te raadplegen via: <https://verfassungsblog.de/forum-shopping-zwischen-luxemburg-und-strasbourg/>.

45. *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, 4, p. 10.

46. *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, 3, p. 4.

47. Het EHRM heeft in dit kader de factsheet 'Case-law concerning the European Union' opgesteld, raadpleegbaar via www.echr.coe.int/Documents/FS_European_Union_ENG.pdf.

48. Vergelijk EHRM 10 juni 2015, 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 en 64586/13, (*Varga e.a./Hongarije*); HvJ EU 5 april 2016,

C-404/15 en C-659/15 PPU,

ECLI:EU:C:2016:198 (*Aranyosi & Căldăraru*); EHRM 25 april 2017,

61467/12, 39516/13, 48213/13 en

68191/13 (*Rezmives e.a./Roemenië*) en

EHRM 23 november 2017, 5433/17

(*Domjan/Hongarije*).

49. Zie in dit kader ook J.M. Bener, 'Detentie in de Europese Unie', *Sancties* 2018, afl. 2, p. 75-83.

50. Zie ook V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering. Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 186-195; W. van Balle-gooij, *The Nature of Mutual Recognition in European Law. Re-examining the Notion from an Individual Rights Perspective With a View to Its Further Development in the Criminal Justice Area* (diss. Maastricht), Cambridge/ Antwerp/Portland: Intersentia

2015, p. 273-275.

51. Zie hieromtrent en over de verschuivingen binnen de te maken afwegingen: T. van den Brink & T. Marguery, 'Hogere evenwichtskunst in het Europees Aanhoudingsbevel. Meer rechtsbescherming en ook meer Europa?', *SEW* 2018/20, p. 46-54.

52. De toetreding van de EU tot het EVRM (die nog steeds niet is geschied) maakt deze kwestie niet eenvoudiger, vergelijk art. 6 lid 2 VEU.

53. Voland & Schiebel 2017, p. 92.

54. Gerards 2017, p. 313.

55. M. Dicosola, C. Fasone & I. Spigno, 'The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinions Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European and the Inter-American System', *German Law Journal* 2015/16, p. 1410.

Het protocol vormt een instrument voor de Nederlandse hoogste rechter om te proberen controversiële punten ‘door te schuiven’ naar het EHRM of positiever geformuleerd: om het EHRM te betrekken in de Nederlandse strafzaak

Omgekeerd bepaalt lid 3 van artikel 52 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dat het EU-recht ruimere bescherming kan bieden dan het EVRM. Ook omdat – gelet op de kenmerken van Protocol 16 – de vraag kan worden opgeworpen of de adviesprocedure wel zo vaak zal worden ingeroepen ten opzichte van het aantal malen dat de procedure op basis van artikel 267 VWEU wordt ingezet,⁵⁶ mag, zoals gezegd, bij verstandig beleid en overleg van en tussen de beide hoogste Europese rechters worden verwacht dat te grote verschillen en interpretatie van bepaalde thema's worden vermeden. Al blijft het ‘spannend’ omdat het EU-recht nu eenmaal op fundamenteel andere uitgangspunten is gebaseerd dan het EVRM en de Europese Unie met name voor andere doelen is op- en ingericht dan de Raad van Europa.

Afsluiting

De mogelijkheid om advies te vragen aan het EHRM over de uitleg of toepassing van de rechten en vrijheden die zijn omschreven in het Verdrag (en de protocollen daarbij) vormt een nieuw figuur in het Europese recht die de ingezette hervorming van het EHRM meer kleur geeft. In deze bijdrage is een blik geworpen op de betekenis die Protocol 16 EVRM heeft c.q. kan hebben, met bijzondere aandacht voor het Nederlandse strafrecht. Die betekenis is in kaart gebracht aan de hand van drie aspecten: invulling en gebruik door de Nederlandse hoogste strafrechter en het EHRM, de mogelijkheid controversiële rechtspraak te legitimeren en de samenloop met het EU-recht.

Het protocol zal in Nederlandse strafzaken de hoogste strafrechter de mogelijkheid bieden het EHRM in een eerder stadium te betrekken. Hierdoor kan het EHRM een nadrukkelijker rol gaan spelen in strafzaken en dus ook in politiek gevoelige kwesties, zoals uitingsdelicten en de levenslange gevangenisstraf. Ook kunnen hierdoor EU-rechtelijke thema's, zoals overlevering en witwassen, samenkomen met het EVRM voor de Nederlandse hoogste strafrechter. Dat betekent tegelijkertijd dat Nederlandse wetgeving ‘concreter’ kan worden uitgelegd aan de hand

van het EVRM. Het EHRM zal vermoedelijk in een advies niet alleen de algemene lijnen uitzetten over het in het geding zijnde recht, maar ook de Nederlandse rechter adviseren hoe om te gaan met de Nederlandse situatie. Hoewel het protocol dergelijke wegen opent, valt niet met zekerheid te zeggen of het EHRM zich op zo'n indringende manier met nationale aangelegenheden gaat bemoeien. Het weerhoudt zich immers van inmenging met de nationale rechtsorde en heeft een subsidiaire rol. Tegelijkertijd is er aanleiding af te vragen of het EHRM ‘er mee wegmtrekt’ om zich van dergelijke inmenging afzijdig te houden. Het protocol vormt in ieder geval een instrument voor de Nederlandse hoogste rechter om te proberen controversiële punten ‘door te schuiven’ naar het EHRM of positiever geformuleerd: om het EHRM te betrekken in de Nederlandse strafzaak. Hoe het EHRM daar mee omgaat en hoe ver het daar in gaat, zal moeten blijken.

Voor wat betreft de samenloop in specifieke gevallen met de procedure van prejudiciële vragen aan het HvJ EU, spreken wij de wens om verduidelijking en afstemming uit. Voor de Nederlandse strafrechter is nog geen helderheid gecreëerd aangaande de verhouding tussen (en eventuele volgorde van) beide figuren, behalve dat het aan hem is om die afweging te maken. Bestaande internationale kaders kunnen slechts tot op zekere hoogte voorkomen dat de nationale rechter zal *forum shoppen* en het protocol geeft blijk van de steeds problematischere samenloop van het EVRM en het EU-recht met beide een eigen hof. De beide hoven kunnen de nationale (straf) rechters een dienst bewijzen door onderling de dialoog aan te gaan: veellagige grondrechtenbescherming is slechts effectief als de hoven zich realiseren dat het niet ieder voor zich is.⁵⁷ •

⁵⁶. Gerards 2014, p. 642-643 en P. Wattel, 'Het EVRM is te belangrijk', *NJB* 2016/945, afl. 19, p. 1327.

onder HvJ EU 17 december 2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, EHRC 2016/107.

⁵⁷. Vergelijk M.A. Fierstra in zijn annotatie