

Protocol 16 EVRM: advisering door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

J.H. GERARDS*

1. Inleiding

In het voorjaar van 2017 stemde de Tweede Kamer in met het voorstel tot goedkeuring van Protocol 16 bij het EVRM.¹ Hierdoor is de kans aanzienlijk dat Nederland tot de eerste tien staten gaat behoren die nodig zijn om het Protocol in werking te laten treden.² Daarmee ontstaat de mogelijkheid voor hoogste nationale rechters om principiële vragen over de interpretatie en toepassing van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) voor te leggen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof).

Over nut en noodzaak van de adviesprocedure van Protocol 16 is al heel wat gezegd en geschreven.³ Deze bijdrage richt zich dan ook vooral op de vraag welke uitleg de Nederlandse regering aan het Protocol heeft gegeven, net als op de argumenten die bij de behandeling van het goedkeuringsvoorstel in de Tweede Kamer zijn gewisseld. Voor een goed begrip daarvan is het nuttig om een overzicht te hebben van de inhoud van het Protocol. Dat overzicht volgt daarom in paragraaf 2. Paragraaf 3 besteedt aandacht aan de manier waarop de regering een aantal praktische uitvoeringspunten rondom het Protocol wil invullen. Paragraaf 4 gaat in op enkele meer fundamentele discussies die zijn gevoerd in het kader van de behandeling in de Tweede Kamer, met name over de doelstellingen en vermoede effectiviteit van het Protocol.⁴ Paragraaf 5 voorziet in een korte afronding.

2. Protocol 16 EVRM – een *tour d’horizon*⁵

Protocol 16 bij het EVRM geeft nationale rechters de mogelijkheid om het EHRM te vragen om advies.⁶ Niet alle rechters zullen deze bevoegdheid krijgen, maar alleen de hoogste gerechten, waarbij dus geen hoger beroep

wet-
geving

* Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards is hoogleraar fundamentele rechten aan de Universiteit Utrecht – zie www.uu.nl/medewerkers/jhgerards.

¹ Stemmingen 16 mei 2017, *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 1. Zie voor de tekst van het Protocol *Trb.* 2013, 241 en *Trb.* 2014, 74 (Nederlandse vertaling). Er waren ten tijde van schrijven van deze bijdrage (augustus 2017) 7 ratificaties geregistreerd.

² Zie voor de lijst van ondertekeningen en ratificaties <https://conventions.coe.int> > ETS nr. 214 en zie artikel 8, eerste lid, Pr16.

³ Zie de literatuurlijst achteraan deze bijdrage.

meer mogelijk is.⁷ Het is bovendien aan de staten zelf om te bepalen welke hoogste rechters de bevoegdheid zullen mogen uitoefenen.⁸

De adviesverzoeken moeten betrekking hebben op de interpretatie of toepassing van het EVRM.⁹ Daarbij mag het niet gaan om abstracte of hypothetische kwesties: de adviesverzoeken moeten voortkomen uit een concreet voorliggend geval.¹⁰ In verband daarmee moet de verzoekende rechter informatie aan het Hof verstrekken over de relevante juridische en feitelijke achtergronden van de voorliggende zaak, zodat het Hof voldoende context heeft om een goed advies te kunnen geven.¹¹

Het Hof is niet verplicht om het adviesverzoek in behandeling te nemen.¹² Een panel van vijf rechters van het Hof beslist hierover. In het Protocol is geen informatie opgenomen over de gronden voor het aannemen of weigeren van verzoeken; het vermeldt alleen dat het moet gaan om ‘questions of principle’.¹³ Wel moet een adviesverzoek uiteraard voldoen aan de hiervoor genoemde, formele criteria. Als bijvoorbeeld een lagere rechter een adviesverzoek stuurt, of als een rechter verzuimt voldoende feitelijke context te bieden, kan het panel een verzoek op die grond afwijzen. Protocol 16 bepaalt dat de redenen voor weigering van een adviesverzoek worden gepubliceerd.¹⁴

Wordt een adviesverzoek in behandeling genomen, dan beslist de Grote Kamer (zeventien rechters).¹⁵ Tijdens de behandeling van het adviesverzoek mogen de regering van de verzoekende staat en de mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa opmerkingen indienen.¹⁶ Als de President van het Hof dat nodig vindt, mag hij bovendien andere staten en personen toestemming geven om te interveniëren.¹⁷

Het uiteindelijke advies moet worden voorzien van een motivering en is openbaar.¹⁸ Is het advies niet unaniem, dan kunnen de afwijkende meningen worden gepubliceerd.¹⁹ In dit opzicht lijkt een advies op een ‘gewone’ uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM. Adviezen zijn echter niet bindend voor de rechter die erom heeft gevraagd.²⁰ Wel benadrukt de toelichtende tekst bij het Protocol dat er geen wezenlijk verschil is in rechtskracht tussen een interpretatie gegeven in een advies of in een uitspraak.²¹ Uitgangspunt daarbij is dat *res interpretata* of interpretatief gezag toekomt aan de vaste uitleg van het Hof, wat betekent dat die uitleg *de facto* bindend is voor de nationale autoriteiten van alle verdragstaten.²² De concrete toepassing van zo’n uitleg kan echter verschillen, nu daarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Dit is ook relevant voor de adviezen van het EHRM. In een advies zal het

4 Ten tijde van schrijven van deze bijdrage was het voorstel net voorgelegd aan de Eerste Kamer, waar op 20 juni 2017 een voorbereidend onderzoek heeft plaatsgevonden. Het voorlopig verslag was op dat moment nog in bewerking. Zie voor de actuele stand van zaken https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34235_goedkeuring_protocol_nr_16 (laatst geraadpleegd 15 augustus 2017).

5 Deze paragraaf is met enige wijzigingen overgenomen uit Gerards 2013.

6 Artikel 1 P16.

7 Artikel 10 P16; zie nader Gragl 2013, p. 231.

8 Idem.

9 Artikel 1, eerste lid P16.

10 Artikel 1, tweede lid P16.

11 Artikel 1, derde lid P16.

12 Artikel 2 P16.

13 De regering heeft wel ideeën over de vraag hoe de criteria moeten worden ingevuld; die komen aan de orde in paragraaf 4 van deze bijdrage.

14 Artikel 2, eerste lid P16.

15 Artikel 2, tweede lid P16.

16 Artikel 3 P16.

17 Artikel 3 P16.

18 Artikel 4 P16.

19 Artikel 4, tweede lid P16.

20 Artikel 5 P16.

21 Explanatory Memorandum (ETS-nr. 214), par. 27. Zie eerder EHRM 2012, par. 44.

22 Zie met nadere bronvermeldingen Bodnar 2014; Gerards 2014b, p. 21 e.v.; Gerards 2016, p. 38 e.v. Vgl. ook Paprocka & Ziolkowski 2015, p. 291.

Hof waarschijnlijk eerst een algemene uitleg geven aan het EVRM, waarbij het *in abstracto* kan aangeven welke criteria en factoren moeten worden betrokken bij de interpretatie en toepassing van een EVRM-bepaling. Zoals het EHRM in een reactie zelf heeft aangegeven, is het waarschijnlijk dat die algemene uitleg ‘undeniable legal effects’ zal hebben.²³ Dat is anders voor het advies over de wijze waarop de nationale rechter deze criteria en factoren in de concrete casus zou kunnen toepassen. Dat concrete advies bindt de nationale rechter niet, zodat hij de omstandigheden van het geval anders kan wegen dan het Hof adviseert.

Ook als de adviesprocedure is gevolgd, kan nog een individuele klacht over de kwestie bij het Hof worden ingediend.²⁴ De individuele rechtszoekende kan bijvoorbeeld vinden dat de nationale rechter het EHRM-advies niet goed heeft toegepast, dat er onzorgvuldigheden in de procedure zijn geweest, of dat er andere EVRM-aspecten in zijn zaak speelden dan in het kader van een adviesprocedure zijn voorgelegd. Het kan daardoor gebeuren dat het EHRM zich tweemaal over dezelfde zaak moet buigen. Wel zal de invalshoek bij de tweede beoordeling een andere zijn. De vraag betreft dan immers de concrete toepassing van het EVRM en het advies van het EHRM in het individuele geval. Onderdelen van de klacht die het Hof al eerder in dezelfde vorm heeft behandeld, kan het bovendien niet-ontvankelijk verklaren.²⁵

3. Het goedkeuringsvoorstel

3.1 Inleiding

Het goedkeuringsvoorstel voor Protocol 16 is eenduidig geformuleerd:

‘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, waarvan de Engelse en de Franse tekst, en de vertaling in het Nederlands zijn geplaatst in Tractatenblad 2013, 241 en Tractatenblad 2014, 74, wordt goedgekeurd voor het gehele Koninkrijk.’²⁶

Protocol 16 bevat, zoals uit paragraaf 2 ook al bleek, wel de nodige ruimte om nadere invulling te geven aan de procedure.²⁷ Uit de kamerstukken blijkt dat de regering in dit verband enkele keuzes maakt en interpretaties geeft die belangrijk zullen zijn voor de toepassing van het Protocol. Het lijkt erop dat die interpretaties zijn gebaseerd op een aanvankelijk Nederlands-Noors voorstel dat aan de basis heeft gelegen van het

²³ EHRM 2012, par. 44.

²⁴ Vgl. Explanatory Memorandum, ETS-nr. 214, par. 26.

²⁵ Explanatory Memorandum, ETS-nr. 2014, par. 26; vgl. ook Thorarensen 2016, p. 95.

²⁶ *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 2.

²⁷ Vgl. ook Thorarensen 2016, p. 87.

uiteindelijke Protocol.²⁸ Tegelijkertijd blijkt uit documenten van het Europese stuurcomité voor de mensenrechten (het CDDH) dat sommige van de in dat voorstel neergelegde punten controversieel waren; ook zijn niet alle voorstellen ondersteund in de reactie die het EHRM heeft gegeven op het Protocol.²⁹ Dat maakt dat niet op alle punten zeker is dat de uitleg van de regering uiteindelijk zal worden gevolgd door het EHRM. Wel maakt dit het des te interessanter om de toelichtingen van de regering goed te bestuderen.

3.2 Welke rechters mogen een adviesverzoek indienen?

In de eerste plaats geeft de memorie van toelichting duidelijkheid over de vraag welke rechterlijke instanties bevoegd zullen zijn om adviesverzoeken aan het Hof te richten. Niet verrassend zijn dat de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, 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.³⁰ Dat het College voor de Rechten van de Mens niet is opgenomen, zoals D66 schijnbaar met enige verbazing opmerkte,³¹ is logisch omdat het College geen rechterlijke instantie is.³² Belangrijk is dat de regering vermeldde dat zij bij ratificatie een verklaring wil afleggen waarin zij uitlegt dat de genoemde gerechten niet bevoegd zijn om een advies te vragen als zij in een voorliggend geval niet in laatste instantie recht spreken.³³ De reden daarvoor is dat het in voorkomende gevallen mogelijk is dat nog cassatie wordt ingesteld bij de Hoge Raad, bijvoorbeeld als het gaat om uitspraken van de Centrale Raad, zodat de Hoge Raad in die zaken als hoogste rechter moet worden beschouwd.³⁴ Verder kwam bij de behandeling in de Tweede Kamer de vraag op of lagere rechters toch nog een rol kunnen krijgen, namelijk wanneer zij prejudiciële vragen stellen aan de Hoge Raad en er daarbij op aandringen dat de Hoge Raad een adviesverzoek indient.³⁵ De regering heeft benadrukt dat dat niet kan: volgens het Protocol kan een hoogste gerecht alleen een adviesverzoek indienen als de zaak *voor hem* aanhangig is.³⁶ Bij een prejudiciële procedure is dat niet het geval, omdat de zaak dan in behandeling blijft bij de lagere rechter. De Hoge Raad mag in dat geval dus geen adviesverzoek indienen bij het EHRM.

3.3 Procedureverloop bij adviesverzoek

De memorie van toelichting bevat verder een aantal verduidelijkingen ten aanzien van het Nederlandse procedureverloop als een adviesverzoek wordt overwogen en uiteindelijk wordt ingediend. Op de vraag wanneer en op welke gronden een nationale rechter kan besluiten tot het indienen van een verzoek, wordt nader ingegaan in paragraaf 4.3. Wanneer hij dit

28 Het voorstel draagt nummer DH-S-GDR(2009)004, maar lijkt niet digitaal raadpleegbaar. De kernpunten zijn wel terug te vinden in CDDH 2012 en EHRM 2012.

29 Zie resp. CDDH 2012 en EHRM 2012.

30 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

31 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 5, p. 5 (Verslag II).

32 Zie ook Paprocka & Ziolkowski 2015, p. 279.

33 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 6 (MvT).

34 Zie echter Paprocka & Ziolkowski 2015, p. 279-280, die stellen dat zo'n verklaring niet nodig en gelet op het doel van de procedure ook niet echt wenselijk is.

35 VVD – *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 5, p. 2 (Verslag II).

36 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 7, p. 6 (NV II).

overweegt, is het volgens de regering wel zaak om hierover met de partijen te spreken, ook al gelet op de vertraging die een adviesverzoek zal opleveren in de behandeling. Als partijen bezwaar hebben, is het niettemin aan de nationale rechter om te beoordelen of hij het verzoek toch wil indienen.³⁷

Als de rechter eenmaal heeft besloten dat hij een adviesverzoek wil indienen, zal hij moeten zorgen voor voldoende informatie over de relevante juridische en feitelijke achtergronden van de voorliggende zaak. De stukken hierover mogen in het Nederlands worden opgesteld.³⁸ Daarbij moet in ieder geval aandacht worden besteed aan ‘de rechtsvraag van de aanhangige rechtszaak, de relevante feiten zoals die zijn vastgesteld in de nationale procedure, de relevante bepalingen van nationale wet- en regelgeving, de relevante verdragsbepalingen die in het geding zijn, een samenvatting van de juridische argumenten van de procespartijen, en zo mogelijk en voor zover gepast een verklaring inzake de analyse die het nationale gerecht zelf heeft gemaakt’.³⁹ Bij het maken van een voorlopige analyse moet de nationale rechter volgens de regering wel voorzichtig zijn om niet van partijdigheid te worden beschuldigd.⁴⁰ Het gerecht mag immers niet vooruitlopen op de uiteindelijke beoordeling die het zal geven wanneer het ook beschikt over het advies van het Hof. Verder acht de regering het redelijk dat de rechter de feitenbeschrijving voorlegt aan de partijen voordat hij die naar het EHRM stuurt. Daarbij is niet helemaal duidelijk wat er moet gebeuren als tussen de partijen discussie ontstaat over de weergave van de feiten. Gelet op de nadruk die is gelegd op de discretie van de rechter, mag worden aangenomen dat het dan aan hem is om besluiten te nemen.

3.4 Na het advies

Na zijn eigen procedure zal het Hof het advies rechtstreeks toesturen aan het verzoekende gerecht.⁴¹ Daaraan voegt de regering de belofte toe dat het ministerie van Veiligheid en Justitie zal voorzien in een vertaling in het Nederlands, die het binnen dertig dagen aan het bevoegde gerecht zal versturen.⁴² Het nationale gerecht moet vervolgens op basis van het advies zijn oordeel vormen over de zaak en daarover uitspraak doen, precies zoals het dat normaal gesproken ook doet. Zoals in paragraaf 2 al aan bod kwam, is het nationale gerecht daarbij gebonden aan de vaste uitleg zoals het EHRM die heeft gegeven.⁴³ De nationale rechter mag wel afwijken van de concrete voorstellen die het EHRM doet om deze vaste uitleg toe te passen in de omstandigheden van het geval. Naar aanleiding van dit gegeven is er bij de behandeling van het voorstel enige discussie geweest over de vraag hoe ‘open’ zo’n advies over de concrete zaak nu

37 *Idem*, p. 14. Dit is minder vanzelfsprekend dan het lijkt; zie nader Thorarensen 2016, p. 96.

38 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 7 (MvT). Zowel het Explanatory Memorandum bij het Protocol (par. 13) als de regering laten in het midden wie vervolgens verantwoordelijk is voor de vertaling van deze stukken in één van de officiële talen van het EHRM; daarover heeft het EHRM zichzelf al bezorgd getoond, omdat dit voor het Hof tot hoge kosten kan leiden; zie EHRM 2013, par. 14.

39 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 7 (MvT).

40 *Idem*.

41 Artikel 4, derde lid P16.

42 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 9 (MvT).

43 *Idem*, p. 10; zie ook par. 4.

44 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 4, p. 7/8. Ook in de literatuur is soms wel aangenomen dat de juridische betekenis groter zal zijn dan die van een 'gewoon' advies; zie bijv. Voland & Schiebel 2017, p. 83.

45 VVD, PvdA (*Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 5, p. 2-3 (Verslag II)); SGP (*Handelingen II 2016/17*, 73, item 7, p. 4).

46 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 7, p. 2-3 (Verslag II).

47 Gerards 2014b, par. 6. Vgl. ook *Kamerstukken II 2014/15*,

34235, nr. 7, p. 3 (Verslag II).

48 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 7, p. 9 (Verslag II); vgl. ook EHRM 2012, par. 42-46.

49 Bijv. CDA, D66

(*Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 5, p. 6 (Verslag II)). Zie over dit risico ook Thorarensen 2016, p. 92.

50 Dit wordt ondersteund door de regering; vgl. *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 8 (MvT); *Handelingen II 2016/17*, 73, item 7, p. 9. Ook het EHRM zelf ziet het belang hiervan; zie EHRM 2012, par. 39 en EHRM 2013, par. 13.

51 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 8 (MvT).

52 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 7, p. 8 (Verslag II). Dit wordt bevestigd door het Explanatory Memorandum, par. 7. Zie ook Thorarensen 2016, p. 89.

53 Dit kwam de Europese staten duur te staan, nu het HvJ hierin een argument vond om toetreding van de EU tot het EVRM op basis van het voorgenomen toetredingsakkoord af te wijzen; zie Advies 2/13 van het HvJ van 18 december 2015, *EHRC 2015/65* m.nt. J. Krommendijk, M.P. Beijer en J.W.C. van Rossem, *NJ 2015/140* m.nt. E.A. Alkema, par. 196-199

54 Sprake zou zelfs kunnen zijn van 'forum shopping' door de nationale rechter; zie Voland & Schiebel 2017, p. 89.

eigenlijk is. De Raad van State vreesde dat er in feite niet zoveel ruimte is om af te wijken van het EHRM-advies, nu de individuele klager daarna nog een klacht in Straatsburg kan indienen. De kans is volgens de Raad van State niet zo groot dat het EHRM dan een afwijking van zijn advies zal accepteren, waardoor het advies *de facto* bindend is.⁴⁴ Naar aanleiding van vragen hierover van bezorgde fracties,⁴⁵ heeft de regering laten weten dat waarschijnlijk niet zo'n vaart zal lopen en dat het Hof begrip zal hebben voor nationale afwegingen.⁴⁶ Deze analyse van de regering lijkt correct. Ook nu al toont het Hof begrip voor weloverwogen nationale afwijkingen van zijn rechtspraak, terwijl in paragraaf 2 bovendien is gewezen op het verschil in karakter tussen een adviesverzoek en een individuele klacht.⁴⁷ Dat de nationale rechter 'te allen tijde' kan afwijken van het advies, zoals de regering het formuleert, lijkt niettemin wat erg bond gesteld – voor afwijking zullen in ieder geval gegronde redenen moeten worden gegeven. Bovendien zal afwijking van de vaste interpretaties van het Hof aanzienlijk moeilijker liggen dan afwijking van de concrete adviezen over toepassing in het voorliggende geval.⁴⁸

3.5 Redelijke termijn

Een andere kwestie is wat de gevolgen zijn van de vertraging in de nationale procedure die het vragen van een advies veroorzaakt. In het bijzonder hebben sommige fracties de vraag gesteld of de nationale rechter (of uiteindelijk zelfs het EHRM) de duur van die procedure moet meerekenen voor de redelijke-termijneisen van artikel 6 EVRM.⁴⁹ De Raad voor de Rechtspraak heeft de duur van de behandeling ingeschat op twee jaar, waarbij hij er rekening mee houdt dat het Hof adviesverzoeken waarschijnlijk met voorrang zal behandelen.⁵⁰ Volgens de regering is het aannemelijk dat de daardoor veroorzaakte vertraging in de nationale procedure niet hoeft te worden meegerekend voor de redelijke termijn, net zomin als dat het geval is wanneer er prejudiciële vragen zijn voorgelegd aan het Hof van Justitie.⁵¹ Mocht het de hoogste rechter allemaal toch te lang gaan duren, dan kan hij het adviesverzoek bovendien altijd nog intrekken.⁵²

3.6 Samenloop EU-EVRM

Een heikel punt bij het Protocol is de mogelijke samenloop met een prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie van de EU. Het Protocol zelf noch de toelichting zegt iets over de onderlinge verhouding tussen de twee Europese hoven.⁵³ Het bevat dan ook geen antwoord op de vraag wat er moet gebeuren als een nationale rechter eerst een advies vraagt aan het Straatsburgse Hof en dan nog een keer prejudiciële vragen voorlegt aan het Luxemburgse Hof, of andersom, of tegelijkertijd.⁵⁴ Ook de regering ging in haar memorie van toelichting niet in op deze kwestie. Daarop

kreeg zij commentaar van de Raad van State,⁵⁵ maar ook de uiteindelijke memorie van toelichting bevat hierover geen informatie. In het Kamerdebat vroeg de SP of de procedure voor het Hof van Justitie van de EU voorrang zou moeten hebben omdat het daarbij gaat om een ‘verplichte’ procedure, maar opnieuw liet de minister de vraag onbeantwoord.⁵⁶ Niettemin lijkt het antwoord vrij duidelijk.⁵⁷ Als zich al de situatie voordoeft waarin een nationale rechter besluit zich te richten tot beide hoven, zal het EHRM kunnen weigeren het adviesverzoek in behandeling te nemen als anders de autonomie van het EU-recht zou worden aangetast.⁵⁸ Zou het besluiten het verzoek toch in behandeling te nemen, dan zouden de Europese hoven hun uitleg zo goed mogelijk af moeten stemmen.⁵⁹ Mocht de samenloop uiteindelijk toch leiden tot divergerende uitleg, dan staat niets de nationale rechter in de weg om opnieuw vragen en adviesverzoeken tot verheldering in te dienen.⁶⁰ Dit probleem lijkt dus overwegend theoretisch van aard te zijn.

3.7 Effecten op wetgeving en beleid

De adviezen van het Hof kunnen een bredere relevantie hebben dan alleen voor de onderliggende rechtszaak. Het is niet ondenkbaar dat aanpassingen van wetgeving of beleid nuttig of nodig zijn om recht te kunnen doen aan de EHRM-uitleg, juist omdat de adviesverzoeken vaak op principiële en belangrijke kwesties betrekking zullen hebben. Hoewel de regering dit afraadde,⁶¹ heeft de Tweede Kamer daarom een motie-Özütok geaccepteerd die de regering verzoekt om haar te informeren wanneer een advies is verschenen.⁶² De Kamer kan dan eventueel met de regering in debat gaan over de consequenties van dat advies.

4. Inhoudelijke discussieonderwerpen

4.1 Dialoog en taakverdeling tussen het EHRM en nationale rechters

De voornaamste doelstelling van het instrument van de adviesverzoeken is om een rechtstreekse dialoog op gang te kunnen brengen tussen nationale rechters en het EHRM.⁶³ Gezegd is wel dat waar het gaat om de effectieve bescherming van de EVRM-rechten – in veel staten een punt van grote zorg – een belangrijke sleutel is gelegen in het versterken van deze onderlinge relatie tussen nationale rechters en het EHRM. De ervaring heeft geleerd dat de onderlinge relatie tussen nationale rechters en het EHRM meestal vrij goed is.⁶⁴ Zij spreken dezelfde taal, ze werken in een vergelijkbare omgeving en ze staan op eenzelfde manier tegenover individuele zaken. De dialoog is daarbij een kritische. Er zijn nogal wat

55 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 4, p. 9

56 *Handelingen II 2016/17*, 73, item 7, p. 6.

57 Zie uitgebreider Callewaert 2015, p. 58 e.v.

58 Callewaert 2015, p. 61; Thorarensen 2016, p. 98.

59 Callewaert 2015, p. 60.

60 Vgl. Voland & Schiebel 2017, p. 89.

61 *Handelingen II 2016/17*, 73, item 7, p. 12.

62 *Kamerstukken II 2016/17*, 34235, nr. 11; *Handelingen II 2016/17*, 75, item 14, p. 1.

63 Preamble Protocol 16; CDDH 2012, par. B.3; EHRM 2012, par. 6-9; EHRM 2013, par. 4; zie verder Gerards 2013 en 2014; Paprocka & Ziolkowski 2015, p. 277. Zie ook reeds de Brighton Verklaring, High Level Conference about the Future of the ECtHR, 19-20 april 2012, par. 12(d). Uitgebreid over de achtergronden: Dzehtsariou & O’Meara 2014, p. 453 e.v.; Voland & Schiebel 2017, p. 75 e.v.

64 Zie nader Gerards 2014b, p. 71 e.v.

voorbeelden bekend van nationale rechters die in hun uitspraken onvrede hebben geuit over uitspraken van het EHRM, waarna het EHRM die kritiek uiterst serieus nam en waar nodig zijn uitleg bijstelde.⁶⁵ In andere gevallen is het EHRM gemotiveerd bij zijn eigen uitleg gebleven en verwacht het van nationale rechters dat zij die overnemen.⁶⁶ Ook dat blijkt vaak te gebeuren: uiteindelijk blijken nationale rechters er meestal goed in te slagen de uitleg van het EHRM op een passende manier in de eigen, nationale rechtsorde in te passen.⁶⁷ Op zijn beurt heeft dat vervolgens een grote waarde voor de implementatie van het EVRM in ruimere zin in de nationale rechtsorde.⁶⁸ Die onderlinge relatie procedureel te versterken is daarom precies wat het Protocol beoogt te doen.

Toch was er in de Tweede Kamer nogal wat discussie over deze doelstelling. De fracties van vooral PVV en SGP toonden zich bepaald niet enthousiast over het EVRM in het algemeen en over rechterlijke toetsing aan het EVRM in het bijzonder. Zij vrezen dat een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan al te gemakkelijk wetgeving opzij zal zetten die na debat in het parlement is vastgesteld.⁶⁹ Als het dan ook nog een 'outsider' is die dat doet, achten zij dat bijzonder schadelijk voor de democratie. Hier speelt duidelijk het oeroude – en langzaam wat erg afgekloven – debat over de rol van de rechter en de verhouding tussen democratie en rechtsstaat.⁷⁰ In de Tweede Kamer is dat debat weer in stevige termen gevoerd, waarbij minister Blok overigens het EHRM verdedigde, ondanks zijn eigen eerdere kritische uitlatingen over dit onderwerp.⁷¹ In meerderheid bleek de Tweede Kamer nog steeds voorstander van de idee van rechterlijke controle op de fundamentele rechten die in het EVRM zijn vastgelegd. Verder was er een debatje in de Tweede Kamer over de vraag of, gelet op zijn doelstelling, het Protocol voor Nederland eigenlijk wel relevant is. Inderdaad geldt dat Nederlandse rechters het goed doen als het gaat om EVRM-implementatie en -toepassing.⁷² De behoefte aan effectieve implementatie, en dus aan een effectieve dialoog tussen EHRM en nationale rechters, is waarschijnlijk veel groter in staten waarin structurele problemen bestaan met de EVRM-toepassing, zoals Rusland of Turkije. Daar zou het Protocol potentieel goede diensten kunnen bewijzen, vooral als nationale rechters bereidwilliger blijken te zijn om de EHRM-uitleg te volgen dan nationale politici of bestuursorganen (wat overigens nog maar af te wachten valt; het Russische constitutionele hof heeft zich de laatste jaren bijvoorbeeld bepaald een lastige gesprekspartner getoond⁷³). Verschillende fracties vroegen zich daarom af of niet eerder zou moeten worden geïnvesteerd in ratificatie van het Protocol door die staten dan in ratificatie door Nederland⁷⁴ – iets waarvan de regering constateerde dat het buiten haar macht ligt⁷⁵.

65 Idem.

66 Idem.

67 Helfer 2008; Gerards & Fleuren 2014, p. 358 e.v.; Gerards 2017 (te verschijnen).

68 Zie nader Helfer 2008;

Gerards 2017 (te verschijnen).

69 Of, in de woorden van de PVV: 'zoals een hongerige tijger zijn prooi verslindt, zo hebben de rechters van het EHRM wetten, zoals wij die in de Kamer op democratische wijze hebben gemaakt, buiten werking gesteld' (*Handelingen II 2016/17*, 73, item 7, p. 2).

70 CDA bracht nog een ander argument in, namelijk dat mensenrechten ten koste kunnen gaan van de positie van slachtoffers (*Handelingen II 2016/17*, 73, item 7, p. 6).

71 *Handelingen II 2016/17*, 73, item 7, p. 8 en 10.

72 Vgl. Gerards & Fleuren 2014, p. 258.

73 Zie uitgebreider en met verwijzingen mijn noot bij EHRM 20 juni 2017, nrs. 67667/09 en 2 andere (*Bayev e.a. t. Rusland*), EHRC 2017/158.

74 CDA – *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 7, p. 10 (Verslag II), p. 4; PVV – *Handelingen II 2016/17*, 73, item 7, p. 3.

75 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 7, p. 10 (Verslag II).

Dat de problemen elders groter zijn, betekent echter nog niet dat ratificatie voor Nederland niet nuttig zou zijn. De regering benadrukte in dit verband vooral het belang van de goede taakverdeling die met het Protocol wordt bewerkstelligd. Het uitgangspunt van het EVRM-systeem is dat van subsidiariteit, wat betekent dat EVRM-bescherming primair door de nationale autoriteiten moet worden geboden.⁷⁶ Tegelijkertijd ligt er in het EVRM uitdrukkelijk een uitleg- en toezichtstaak voor het EHRM vast.⁷⁷ Zoals de regering en de Raad van State hebben benadrukt, maakt het dialoogprotocol het mogelijk dat ieder de eigen taken goed kan uitoefenen, in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel.⁷⁸ De discussie in de Tweede Kamer betrof vervolgens de vraag hoe die taakverdeling zou worden beïnvloed door het Protocol. De vrees van enkele Kamerleden en ook van de Raad van State is dat de eigen ruimte voor de nationale rechter beperkt is vanwege het res interpretata dat aan de algemene uitleg van het EHRM toekomt.⁷⁹ De regering heeft echter benadrukt dat dat een onjuiste veronderstelling is. Zij zag geen reden om aan te nemen dat de nationale rechter door het adviesprotocol opeens wél aan de leiband zou gaan lopen van het EHRM, of dat het EHRM de nationale rechter veel minder ‘margin of appreciation’ zou laten bij adviesverzoeken dan bij uitspraken.⁸⁰ Integendeel, de waarde van het Protocol is er volgens de regering juist in gelegen dat de nationale rechter bij een adviesverzoek de regie kan nemen in de dialoog met Straatsburg, doordat hij zelf het adviesverzoek kan vormgeven en duidelijk kan maken welke vragen hij graag beantwoord wil zien.⁸¹ Hij kan de dialoog daardoor meer naar zijn hand zetten dan wanneer een individuele klacht wordt voorgelegd.⁸²

4.2 Werklast

Een tweede potentiële functie van het Protocol is de vermindering van de zakenlast van het EHRM.⁸³ Zowel de Raad van State als verschillende fracties toonden zich echter bevreesd dat op korte termijn de adviesverzoeken wel degelijk tot een extra belasting zullen leiden – het zogenaamde ‘boeggolfeffect’.⁸⁴ De opstellers van het Protocol, en in lijn daarmee de regering, hebben in reactie op dit soort veronderstellingen benadrukt dat het Protocol op de middellange tot lange termijn toch kan bijdragen tot het verminderen van het aantal klachten dat bij het EHRM terecht komt.⁸⁵ Daarbij baseert de regering zich op de veronderstelling dat bepaalde principiële en moeilijke uitlegkwesities tot veel vergelijkbare zaken kunnen leiden. Als het Hof die allemaal als individuele klacht voor zich krijgt, heeft het daar veel werk aan. Een adviesverzoek maakt het mogelijk dat één kwestie al in een vroegtijdig stadium aan het Hof wordt voorgelegd, zodat het daarover een gezaghebbend advies kan geven. De nationale rechters kunnen dat advies dan niet alleen in de concrete zaak toepassen,

76 Zie nader Gerards 2014b, p. 17 e.v.

77 Idem; zie artikel 32 EVRM.

78 Zie de preambule bij het Protocol en zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 4, p. 4. Vgl. ook Thorarensen 2016, p. 80. Zie kritischer hierover Gerards 2014a.

79 Bijv. VVD – *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 1.

80 *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 2-3 (NV II).

81 *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 9 en 11.

82 Niet alle Kamerleden geloven hier overigens in; zie SGP – *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 11.

83 Zie bijv. CDDH 2012, par. 3a, maar ook 4b en 4c; EHRM 2012, par. 13-16; Gerards 2013, p. 518; Gerards 2014a, p. 647 e.v.

84 *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 9.

85 CDDH 2012, par. 3a; *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 4 (Verslag II).

maar ook in alle andere, vergelijkbare zaken. Als dat op een overtuigende en goede manier gebeurt, komen die zaken uiteindelijk niet bij het EHRM terecht. In het concrete geval is dan immers al gezorgd voor EVRM-conformiteit.⁸⁶ Of, zoals de Staten van Aruba het in hun Verslag bij het goedkeuringsvoorstel weergaven: in veel gevallen kan het Protocol mensen een kostbare en langdurige gang naar Straatsburg besparen.⁸⁷

Op zichzelf lijkt deze redenering overtuigend, maar toch zijn er wat bezwaren te noemen.⁸⁸ De grote belasting die repetitieve zaken met zich brengen is inmiddels met slimme procedurele maatregelen bij het Hof een heel stuk verminderd. Bovendien was eerder al duidelijk dat veel repetitieve kwesties meestal niet hun grondslag vonden en vinden in een onduidelijke uitleg van het Hof, maar in een structureel nationaal probleem, zoals te trage nationale rechterlijke procedures of gebrekkige gevangenisomstandigheden.⁸⁹ Het geven van extra of snellere uitleg door het Hof lost dergelijke problemen niet op. Een tweede punt is dat de huidige, weer iets toegenomen zakenlast vooral verklaard wordt door het ahangig zijn van veel individuele zaken die potentieel gegrond zijn, maar die feitelijk of technisch best ingewikkeld liggen.⁹⁰ Principiële uitlegvragen leveren dergelijke zaken meestal niet op, maar het individuele klacht-recht vergt wel dat het EHRM er een oordeel over geeft. Ook die belasting vermindert niet door ondertekening van het Protocol. Een derde zorg is dat het Protocol tot extra belasting van het Hof kan leiden vanwege de zwaarte van de procedure.⁹¹ Alle nationale adviesverzoeken moeten door een panel van vijf rechters worden beoordeeld, dat dan gemotiveerd uitspraak moet doen. Als een zaak door de screening komt, is het aan de Grote Kamer om de kwestie te beoordelen. Dat vergt nogal wat van het Hof, zeker als de (overigens niet nader geadstrueerde) verwachting van de Raad voor de Rechtspraak wordt bewaarheid dat alleen al de Centrale Raad en Afdeling bestuursrechtspraak samen per jaar zo'n zes tot zeven verzoeken zullen indienen.⁹²

Op dit punt lijken de kritische fracties dus gelijk te hebben dat het Protocol nauwelijks zal leiden tot een veel lagere werkdruk bij het Hof.⁹³ Terecht heeft de regering dan ook benadrukt dat dit doel uiteindelijk van ondergeschikt belang zou moeten zijn in discussies over het Protocol. Het is de hierboven besproken dialoogfunctie die voorop staat.⁹⁴

4.3 Gronden om een adviesaanvraag in te dienen (of te weigeren)

Nogal wat discussie was er in de Tweede Kamer over de vraag op welke gronden het EHRM zou mogen weigeren om een adviesverzoek in behandeling te nemen en, in het verlengde daarvan, op welke gronden een nationale rechter zou kunnen besluiten om een adviesverzoek in te dienen.

86 *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 9.

87 *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 6.

88 Zie uitgebreider Gerards 2013, p. 518; Dzehtsariou & O'Meara 2014, p. 459; Gerards 2014a, p. 647 e.v.; Voland & Schiebel 2017, p. 85. In de Tweede Kamer toonden vooral VVD, PvdA, CDA en D66 zich kritisch hierover (*Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 5, p. 2-4 (Verslag II)).

89 Dzehtsariou 2013.

90 EHRM 2017, p. 13-14.

91 Zie reeds de zorgen van een aantal CDDH-leden (CDDH 2012, par. 4) en zie EHRM 2012, par. 13. Vgl. ook de opmerkingen van D66: *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 5, p. 6 (Verslag II). Zie in deze zin ook Dzehtsariou & O'Meara 2014, p. 459 en Voland & Schiebel 2017, p. 85, hoewel de laatste erop wijzen dat er zeker in het begin niet veel zaken te verwachten zijn.

92 Impliciet ontkent de regering dat het om deze volumes zou gaan; zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 8 (NV II).

93 Zie ook al Gerards 2013, p. 518; Gerards 2014a, p. 647 e.v.

94 *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 4 (NV II).

Zoals opgemerkt in paragraaf 2, bevat het Protocol daarover weinig informatie – het meldt alleen dat sprake moet zijn van ‘questions of principle’.⁹⁵ Volgens de regering heeft de rechter volledige discretie om te beoordelen of hij een vraag wil voorleggen.⁹⁶ Daarbij zal hij zelf een inschatting moeten maken van het nut van een adviesverzoek, ook gelet op de tijd en energie die dit kost. Toch staat deze discretionaire bevoegdheid niet helemaal los van de selectiecriteria die het Hof uiteindelijk zal gebruiken om te beslissen welke verzoeken het in behandeling zal nemen. Weigert het EHRM immers stelselmatig bepaalde typen adviesverzoeken, dan zal het voor de nationale rechter al snel duidelijk zijn dat hij het daarmee niet hoeft te proberen.

Over de vraag welke criteria het EHRM zal hanteren, bestaat nog maar weinig duidelijkheid.⁹⁷ Zo staat niet vast of het Hof de bevoegdheid heeft om adviesverzoeken te weigeren om redenen van werklast. De Raad van State heeft benadrukt dat het gaat om een volledig vrije bevoegdheid van het Hof, zodat het de vrijheid heeft om bij overmatige werklast adviesverzoeken buiten behandeling te laten.⁹⁸ De regering gaat ervan uit dat werklast juist geen autonome reden voor het Hof mag zijn om een adviesverzoek te weigeren.⁹⁹ Of het Hof dit met de regering eens zal zijn, moet worden afgewacht.¹⁰⁰ Hoe dan ook, in de praktijk zullen vooral de inhoudelijke selectiecriteria van belang zijn. In commentaren op het Protocol is veelal aangenomen dat die vergelijkbaar zullen zijn met de gronden waarop momenteel een panel van vijf rechters kan besluiten een zaak voor te leggen aan de Grote Kamer.¹⁰¹ Dat kan wanneer sprake is van belangrijke vragen die de interpretatie en toepassing van het EVRM betreffen, die aanleiding kunnen vormen tot herziening van bestaande rechtspraak, of die een onderwerp van algemeen belang betreffen.¹⁰² In de memorie van toelichting benadrukt de regering echter dat het Protocol op dit punt bewust niet in dezelfde bewoordingen is geformuleerd als de relevante EVRM-bepaling.¹⁰³ Dat impliceert dat er *andere* inhoudelijke criteria kunnen zijn voor het Hof om te beslissen over een adviesverzoek, maar nog onbekend is welke dat dan zouden kunnen zijn. Het lijkt erop dat de regering van mening is dat adviesverzoeken vooral kans maken als zij betrekking hebben op een bredere problematiek, die potentieel tot veel vergelijkbare procedures zal kunnen leiden.¹⁰⁴ Een voorbeeld dat zij noemt is dat van de uitleg van de Dublinverordening, waarbij de vraag is of asielzoekers die via een andere EU-lidstaat de EU zijn binnengekomen en daarna naar Nederland zijn doorgereisd, mogen worden teruggestuurd naar die andere lidstaat.¹⁰⁵ Dat mag van het EHRM niet als de omstandigheden in die lidstaat mensonterend zijn voor asielzoekers.¹⁰⁶ Als blijkt dat in Nederland veel asielzoekers zich op deze rechtspraak beroepen als het gaat om een situatie waarover het Hof zich nog niet heeft kunnen

95 Dit begrip is gebaseerd op een eerder rapport over dit onderwerp, dat het huidige Protocol heeft geïnspireerd: *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 10 November 2006, SAGES(2006)06 EN Final, par. 86. Vgl. EHRM 2012, par. 27. Zie ook Giannopoulos 2015, p. 339.

96 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 7, p. 4 (NV II), p. 8. Vgl. ook Thorarensen 2016, p. 90.

97 Ook al omdat het EHRM zich hierover eerder verdeeld toonde; zie EHRM 2012, par. 28-29. Zie ook Thorarensen 2016, p. 91.

98 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 4, p. 6.

99 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 7 (MvT).

100 Hierover zegt het EHRM in zijn eerdere reflectie en opinie niets; zie EHRM 2012, 2013.

101 Bijv. Gragl 2013, p. 234; Gerards 2013, p. 514;

Giannopoulos 2015, p. 339-340; Paprocka & Ziółkowski 2015, p. 287-288.

102 Artikel 43, tweede lid EVRM. Zie nader Gerards 2017b.

103 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 6.

104 *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 3, p. 3 (MvT)

105 Idem.

106 Zie bijv. EHRM (GK) 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S. t. Griekenland & België*), *JV 2011/68* m.nt. H. Battjes,

EHRC 2011/42 m.nt. A. Woltjer, *RV 2011/2* m.nt. K. Zwaan en

EHRM (GK) 4 november 2014, nr. 29217/12 (*Tarakhel t.*

Zwitserland), *JV 2014/384* m.nt. H. Battjes, *EHRC 2015/33* m.nt.

J.R. Groen.

uitspreken, zou het nuttig kunnen zijn als de Afdeling bestuursrecht-spraak in één van die gevallen een adviesverzoek kan indienen en de vergelijkbare zaken tijdelijk kan aanhouden. Het EHRM kan dan een uitleg geven die voor alle zaken relevant is, zodat die vervolgens veel sneller kunnen worden afgedaan.

Volgens de regering is voor selectie van een adviesverzoek dus relevant of een kwestie potentieel tot een groot aantal vergelijkbare zaken zal leiden. De vraag blijft wel of dit ook echt de manier zal zijn waarop het EHRM de bevoegdheid zal uitleggen. Het Hof heeft immers alle vrijheid om de keuze te kunnen maken: in het Protocol zelf liggen geen criteria vast. Bovendien heeft het Hof zelf weinig enthousiast gereageerd op de suggestie om alleen bij potentiële ‘bulkzaken’ adviesverzoeken in behandeling te nemen.¹⁰⁷ Dat zou betekenen dat nationale hoogste rechters ook om uitleg kunnen vragen wanneer een zaak sterk principieel van aard is en een belangrijke nieuwe kwestie betreft, ook al zijn er dan niet heel veel vergelijkbare zaken. Uiteindelijk zal het aan het EHRM zijn om hierover via zijn gemotiveerde afwijzing van verzoeken duidelijkheid te verschaffen.

4.4 Het EHRM in politiek vaarwater?

Een laatste, en met het vorige thema verwant discussieonderwerp betreft de vraag hoe groot het risico is dat nationale rechters vooral gevoelige, politieke kwesties zullen doorschuiven. Als dat gebeurt, zou het EHRM daardoor in een lastig parket kunnen worden gebracht, vooral nu het toch al vaak wordt bekritiseerd om zijn controversiële uitspraken. De regering ziet hier nauwelijks een risico en noemt het speculatief,¹⁰⁸ de Raad van State – en in diens vaarwater een aantal fracties – maken zich hier meer zorgen over.¹⁰⁹

Speculatie is in deze kwestie natuurlijk onvermijdelijk. Het is simpelweg niet mogelijk om goed te voorzien hoe een nieuw instrument als dit door nationale rechters zal worden gebruikt. Niettemin: niet iedere hoogste rechter zal het gemakkelijk vinden om een oordeel te vellen over de grondwettigheid van – bijvoorbeeld – controversiële of politiek gevoelige vraagstukken over levenslange gevangenisstraffen, kiesrecht voor gedetineerden, een verbod op huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht, stringente abortusregels etc. Niet ondenkbaar is dat zo’n hoogste rechter de hete aardappel dan maar al te graag doorschuift naar het Hof.¹¹⁰ Net zoals ook in Nederland regelmatig het argument ‘het moet nu eenmaal van Straatsburg’ als legitimatie (of excuus) wordt gebruikt om controversiële wetgeving door te voeren, kan het advies vervolgens worden gebruikt om een legitimatie te vormen voor een uiteindelijk controversiële rechterlijke uitspraak. Het argument van de regering dat politiek controversiële kwesties ook voor het Hof kunnen komen via de gewone klachtprocedure

¹⁰⁷ EHRM 2012, par. 27 e.v.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 4, p. 7 (Nader rapport).

¹⁰⁹ *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 4, p. 5.

¹¹⁰ Zie nader Gerards 2013, p. 518; Gerards 2014a, p. 646.

maakt dat niet anders.¹¹¹ Het punt is nu juist dat de procedure nationale rechters bij uitstek een mogelijkheid biedt om heikele kwesties naar het Hof door te schuiven. Hoe vaak dit zal gebeuren, en hoe gemakkelijk het Hof dit zal laten gebeuren, is niet te voorzien. Maar dát de procedure ruimte laat voor dit soort ‘politiek’ gebruik staat buiten kijf.¹¹²

5. Besluit

Zoals gezegd heeft de Tweede Kamer het goedkeuringsvoorstel op 16 mei 2017 aangenomen. CDA, GroenLinks, SP, PvdA, PvdD en DENK stemden voor, terwijl SGP, PVV, het Forum voor Democratie, 50Plus, ChristenUnie en VVD tegen stemden. Het ging dus om een nipte meerderheid (de voorstemmers zijn goed voor 83 zetels), met een duidelijke verdeeldheid op de assen progressief/kosmopolitisch en conservatief/nationalistisch.

Verrassend is dat niet, gelet op de sterke relatie van dit onderwerp met de huidige, uitgesproken controverser over de rol van (internationale) rechters en grondrechtenbescherming. Niettemin werd de motie van lid Markuszower (PVV) tot opzeggen van het EVRM alleen ondersteund door het Forum voor Democratie. De enige motie die is aangenomen, betreft het voorstel om de adviezen van het EHRM in door Nederlandse rechters aangebrachte kwesties te rapporteren in het parlement, zodat men daar kan bezien of er aanleiding is maatregelen te treffen in de sfeer van wetgeving of beleid.

Als ook de Eerste Kamer instemt met het voorstel (wat gelet op de huidige zetelverdeling en de stemverdeling in de Tweede Kamer aannemelijk is), is het wachten alleen nog op ratificatie door twee andere staten. Pas als tien staten tot goedkeuring zijn overgegaan, kan het Protocol immers in werking treden. In termen van uitvoering is er dan nog heel wat werk aan de winkel, zowel voor de Nederlandse hoogste rechters, die een intern beleid zullen moeten ontwikkelen als het gaat om het voorleggen van adviesverzoeken, als voor het EHRM, dat moet nadenken over de te hante-re criteria en over de eventuele afstemming met het HvJ. Vermoedelijk zal het echter nog wel een paar jaar duren voordat de eerste adviezen van het EHRM verschijnen. Het is dus nog even afwachten hoe de vele speculaties en verwachtingen ten aanzien van de werking van het Protocol uitpakken.

¹¹¹ Zie daarvoor *Kamerstukken II 2014/15*, 34235, nr. 7, p. 11 (NV II).

¹¹² Een mogelijke oplossing voor het EHRM is om het adviesverzoek in dit soort gevallen te herformuleren, maar dat zal veel vergen van de diplomatieke vaardigheden; zie Dzehtsariou & O’Meara 2014, p. 466.

Literatuur

Bodnar 2014

A. Bodnar, 'Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings', in Y. Haeck en E. Brems (red.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* (Springer, 2014), p. 223-262

Callewaert 2015

J. Callewaert, 'Protocol No. 16 and EU Law', in: *Mélanges en l'Honneur de / Essays in Honour of Dean Spielmann*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2015, p. 57-63

CDDH 2012

CDDH (Steering Committee on Human Rights), *Report on measures to enhance relations between the Court and national courts – Extending the Court's jurisdiction to give advisory opinions*, Straatsburg, 15 februari 2012, CDDH(2012)R74 Addendum I, Appendix V

Dzehtsariou 2013

K. Dzehtsariou, 'Interaction between the European Court of Human Rights and member States: European consensus, advisory opinions and the question of legitimacy', in: S. Flogaitis e.a. (red.), *The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar: Cheltenham 2013, p. 116-146

Dzehtsariou & O'Meara 2014

K. Dzehtsariou & N. O'Meara, 'Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-control?', 34 *Legal Studies* 2014, p. 444-468

EHRM 2012

EHRM, *Reflection paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, Straatsburg 2012, http://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf

EHRM 2013

EHRM, *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*, Straatsburg 2013, http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf

EHRM 2017

EHRM, *Annual Report 2016*, Straatsburg: EHRM 2017, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_ENG.pdf

Gerards 2013

J.H. Gerards, 'Protocol 16 en adviserend door het EHRM', *Asiel & Migrantenrecht* 2013 (10), p. 513-519

Gerards 2014a

J.H. Gerards, 'Advisory opinions, preliminary rulings and the new Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights – a comparative and critical appraisal', 21 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014 (4), p. 630-651

Gerards 2014b

J.H. Gerards, 'The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of “shared responsibility”', in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (red.), *Implementation of the ECHR and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 13-94

Gerards & Fleuren 2014

J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014

Gerards 2016

J.H. Gerards, 'De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten', in: *Hybride bestuursrecht*, Preadvies Vereniging voor Bestuursrecht (VAR) 2016, p. 11-85

Gerards 2017 (te verschijnen)

J.H. Gerards, 'The Paradox of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights' Transformative Power', *Kutafin University Law Review* 2017 (te verschijnen)

Gerards 2017b

J.H. Gerards, 'Artikel 43. Verwijzing naar de Grote Kamer', in *Sdu Commentaar EVRM*, via <https://opmaat.sdu.nl>, laatst bijgewerkt juli 2017

Giannopoulos 2015

D. Giannopoulos, 'Considerations on Protocol No. 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?', 16 *German Law Journal* 2015, p. 337-350

Gragl 2013

P. Gragl, '(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16', 38 *European Law Review* 2013, p. 229-247

Helfer 2008

L.R. Helfer, 'Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime', 19 *European Journal of International Law* 2008, p. 125-159

Paprocka & Ziółkowski 2015

A. Paprocka & M. Ziółkowski, 'Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights', 11 *European Constitutional Law Review* 2015 (2), p. 274-292

Thorarensen 2016

B. Thorarensen, 'The advisory jurisdiction of the ECtHR under Protocol No. 16: enhancing domestic implementation or a symbolic step?', in: O.M. Arnardóttir & A.C. Buyse (red.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU, and national legal orders*, Routledge 2016, p. 79-100

Voland & Schiebel 2017

Th. Voland & B. Schiebel, 'Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?', 17 *Human Rights Law Review* 2017, p. 73-95