



**Universiteit
Utrecht**

MONTAIGNE CENTRUM
voor Rechtsstaat en Rechtspleging

Protocol 16 EVRM. Achtergronden, betekenis, effecten en ervaringen

Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards
Dr. C.M.S. (Claire) Loven LL.M

m.m.v.
Prof. dr. A.C. (Antoine) Buyse
E. (Elif) Erken LL.M

Utrecht, juli 2023

Dit onderzoek is verricht in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC).

Wetenschappelijke begeleidingscommissie

prof. dr. R.A. Lawson – Universiteit Leiden (voorzitter)

dr. L. Glas – Radboud Universiteit Nijmegen

mr. dr. M. den Heijer – Universiteit van Amsterdam

dr. N. Koffeman – Ministerie van Justitie en Veiligheid

dr. S. Zebregs – WODC (projectbegeleider)

Inhoudsopgave

Samenvatting	6
<i>Aanleiding</i>	6
<i>Onderzoeksaanpak</i>	6
<i>Evaluatie in het licht van de doelstellingen van Protocol 16</i>	7
<i>Dialogofunctie</i>	7
<i>Efficiencyfunctie</i>	7
<i>Naar een betere benutting van Protocol 16?</i>	8
Summary	9
<i>Background</i>	9
<i>Research approach</i>	9
<i>Evaluation in the light of the objectives of Protocol 16</i>	9
<i>Dialogue function</i>	10
<i>Efficiency function</i>	10
<i>Towards fuller utilisation of Protocol 16?</i>	10
1. Inleiding	12
1.1 <i>Aanleiding</i>	12
1.2 <i>Doel en vraagstelling van het onderzoek; afbakening</i>	13
1.3 <i>Aanpak en methoden</i>	14
1.4 <i>Leeswijzer</i>	15
2. Protocol 16 EVRM – een tour d’horizon	16
2.1 <i>Achtergrond en doelstellingen van Protocol 16</i>	16
2.1.1 <i>Totstandkomingsgeschiedenis en context</i>	16
2.1.2 <i>Hoofddoelen</i>	18
2.2 <i>Inrichting van de adviesprocedure</i>	19
2.2.1 <i>Formele en procedurele vereisten</i>	19
2.2.2 <i>Beslissing over behandeling van het adviesverzoek</i>	20
2.2.3 <i>Procedure rondom het advies</i>	21
2.2.4 <i>Procedure na het advies; rechtskarakter van de adviezen</i>	22
3. De adviesprocedure in de praktijk: de door het EHRM uitgebrachte adviezen	24
3.1 <i>Inleiding</i>	24
3.2 <i>Behandeling van de adviesverzoeken</i>	24
3.2.1 <i>Beslissing over het al dan niet behandelen van een adviesverzoek</i>	24
3.2.2 <i>Behandeling van adviesverzoeken</i>	26
3.2.3 <i>Procesverloop bij het EHRM</i>	27
3.3 <i>Vorm en inhoud van de uitgebrachte adviezen</i>	28
3.4 <i>Tussenconclusie</i>	30
4. Goedkeuring en implementatie in Nederland	31
4.1 <i>Inleiding</i>	31
4.2 <i>Procedure en praktische aspecten</i>	31
4.3 <i>Discussiepunten rondom de goedkeuring van Protocol 16 in Nederland</i>	32
4.3.1 <i>Dialogoog en subsidiariteit</i>	32
4.3.2 <i>Politiek vaarwater</i>	33

4.3.3 (Niet-)bindend karakter van de adviezen	33
4.3.4 Gevolgen voor de werklust bij het EHRM	34
4.3.5 Vertraging in de nationale procedure	34
4.3.6 Beperkte relevantie voor Nederland	35
4.3.7 Samenloop met de prejudiciële procedure voor het HvJ EU	35
4.4 Tussenconclusie	35
5. Ratificatie in andere landen	37
5.1 Inleiding	37
5.2 Argumenten en overwegingen in buitenlandse ratificatiedebatten	37
5.2.1 Dialoog en verbeterde grondrechtenbescherming	37
5.2.2 Subsidiariteit; invloed op nationale soevereiniteit en autonomie van rechters	38
5.2.3 (Niet-)bindend karakter van de adviezen	39
5.2.4 Gevolgen voor de werklust van het EHRM; procedure bij het EHRM	39
5.2.5 Gevolgen voor de nationale procedure	40
5.2.6 Nationale procedurele omstandigheden	40
5.2.7 Onzekerheid over de consequenties	41
5.3 Tussenconclusie	42
6. Adviesverzoeken in Nederland	43
6.1 Inleiding	43
6.2 Initiatief tot het indienen van een adviesverzoek	43
6.3 Overwegingen om geen adviesverzoeken in te dienen	44
6.3.1 Ontbreken van behoefte aan nadere EVRM-uitleg	44
6.3.2 Hoofdrol voor het EU-recht	46
6.3.3 Praktische overwegingen	46
6.4 Overwegingen en voorwaarden om in de toekomst een adviesverzoek in te dienen	48
6.5 Omgang met EHRM-adviezen	49
6.6 Tussenconclusie	49
7. Adviesverzoeken in andere staten	51
7.1 Inleiding	51
7.2 Overwegingen voor het indienen van een adviesverzoek	51
7.2.1 Initiatief en forumkeuze	51
7.2.2 Inhoudelijke overwegingen	51
7.2.3 Praktische overwegingen	52
7.2.4 Procedurele complicaties	53
7.3 Ervaringen met de procedure bij het EHRM	53
7.4 Implementatie van het advies	54
7.5 Tussenconclusie	54
8. Conclusie	56
8.1 Samenvatting van de bevindingen	56
8.1.1 Toepassing van de adviesprocedure door het EHRM	56
8.1.2 Discussiepunten betreffende de ratificatie van Protocol 16	56
8.1.3 Ervaringen en overwegingen van rechters bij de toepassing van het Protocol	57
8.2 Evaluatie in het licht van de doelstellingen van Protocol 16	57
8.3 Naar een betere benutting van Protocol 16?	59

Bibliografie.....	61
Bijlage 1. Respondenten	65
<i>Rechterlijke instanties in Nederland</i>	65
<i>Buitenlandse rechterlijke instanties</i>	65
<i>Buitenlandse ratificatiedebatten</i>	65
Bijlage 2. Vragenlijst adviesverzoeken Nederlandse gerechten	66
Bijlage 3. Vragenlijst adviesverzoeken buitenlandse gerechten	68
Bijlage 4. Vragenlijst ratificerende staten	72
Bijlage 5. Vragenlijst niet- of laat-ratificerende staten	74
Bijlage 6. Interviewleidraad mondelinge interviews (F2F of online)	76

Samenvatting

Aanleiding

Op 1 augustus 2018 is Protocol 16 (hierna ook wel 'Protocol') bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) in werking getreden. Vijf jaar later is het Protocol door 19 van de 46 lidstaten van de Raad van Europa geratificeerd, waaronder Nederland. In de landen die het Protocol hebben geratificeerd kunnen aangewezen hoogste gerechten een verzoek indienen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) om advies te krijgen over de uitleg of toepassing van het EVRM in een lopende zaak. Deze adviesprocedure heeft tot doel om de dialoog tussen de nationale hoogste rechters en het EHRM te versterken en daarmee te komen tot een betere bescherming van EVRM-rechten op nationaal niveau. Ook is de gedachte dat het aantal klachten bij het EHRM kan worden verminderd wanneer op nationaal niveau al goede mogelijkheden bestaan om de juiste toepassing van het EVRM te verzekeren.

De Nederlandse gerechten die bevoegd zijn om een adviesverzoek in te dienen (de Hoge Raad, de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en het Gemeenschappelijk Hof van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba) hebben tot nu toe nog geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het EHRM te verzoeken om een advies. Rechters in andere lidstaten hebben dit wel gedaan. Sinds de inwerkingtreding van Protocol 16 (en tot 1 juni 2023) zijn vanuit de staten die het Protocol hebben geratificeerd acht adviesverzoeken ingediend. Dit heeft tot nu toe geleid tot zes adviezen van het EHRM, namelijk naar aanleiding van twee verzoeken uit Armenië, twee uit Frankrijk, een uit Litouwen en een uit Finland. In één geval heeft het EHRM geweigerd het verzoek – gedaan vanuit Slowakije – in behandeling te nemen. Op 16 mei 2023 maakte het EHRM bekend dat een nieuw adviesverzoek is geaccepteerd voor behandeling, namelijk een verzoek dat is gedaan door de Belgische Raad van State.

Dit onderzoek richt zich op het identificeren en analyseren van de eerste ervaringen die op nationaal niveau zijn opgedaan met het Protocol. Meer specifiek is vanuit het WODC de vraag voorgelegd *hoe de invoering en toepassing van het Protocol 16 EVRM van het EVRM tot dusver verloopt en hoe de benutting van het Protocol kan worden verbeterd.*

Onderzoeksaanpak

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden zijn allereerst de achtergrond en doelstellingen van het Protocol, de inrichting van de adviesprocedure en de huidige toepassing van het Protocol door het EHRM in kaart gebracht. Daarnaast is gekeken naar mogelijke verklaringen voor de beperkte ondertekening en ratificatie van het Protocol op nationaal niveau. In dit verband zijn onder meer experts en regeringsbetrokkenen uit zes staten schriftelijk bevestigd aan de hand van een vragenlijst. Tot slot is onderzoek gedaan naar de manier waarop zowel binnen als buiten Nederland gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die het Protocol biedt en ervaringen met de adviesprocedure tot nu toe. Daarbij zijn semigestructureerde interviews gehouden met staatsraden, raadsheren, een advocaat-generaal en medewerkers bij de vijf hoogste gerechten in Nederland die bevoegd zijn tot het indienen van een adviesverzoek. Daarnaast zijn interviews afgenomen met rechters, griffiemedewerkers en/of advocaat-generaal bij de buitenlandse gerechten die een adviesverzoek hebben ingediend.

Het onderzoek richt zich op de ratificatie- en toepassingspraktijk tot 1 juni 2023. Dit betekent dat de evaluatie vijf jaar na de inwerkingtreding van het Protocol is afgesloten. Hierdoor is het aantal gegevens op basis waarvan conclusies kunnen worden getrokken relatief beperkt. Belangrijk is daarnaast dat dit onderzoek alleen betrekking heeft op de nationale praktijk en op de invulling die het EHRM heeft gegeven aan de adviesbevoegdheid middels de tot nu toe gegeven adviezen. De (ervaren) consequenties van Protocol 16 voor de praktijk van het EHRM vallen dus buiten het bereik van dit onderzoek.

Evaluatie in het licht van de doelstellingen van Protocol 16

Een belangrijk doel van het onderzoek was het evalueren van de invoering en toepassing van het Protocol 16 tot dusver. Deze evaluatie is uitgevoerd in het licht van de twee hoofddoelen van het Protocol: (1) het versterken van de dialoog tussen nationale hoogste rechters en het EHRM om zo te komen tot betere implementatie van het EVRM en (2) het vergroten van de efficiency van de klachtafhandeling bij het EHRM.

Dialoogfunctie

Uit het onderzoek naar de ratificatiedebatten blijkt dat er **veel discussie bestaat over de gevolgen van Protocol 16 voor de relatie tussen nationale en Europese rechters en voor de implementatie van het EVRM**. In nogal wat ratificatiedebatten is de zorg uitgesproken dat de procedure tot gevolg kan hebben dat het EHRM zich te veel gaat bemoeien met nationale grondrechtenkwesities. Daardoor zou Protocol 16 op gespannen voet staan met de nationale soevereiniteit en de primaire bevoegdheid om zelf invulling te geven aan het EVRM. Tot op zekere hoogte lijkt dit ook een overweging te zijn bij verschillende Nederlandse rechters, die kan verklaren waarom zij nog geen adviesverzoeken hebben ingediend. Verschillende respondenten bij de Nederlandse hoogste gerechten hebben aangegeven dat het primair aan henzelf is om het nationale recht uit te leggen en toe te passen. Dat maakt voor sommige rechters dat ze terughoudend zijn om het Protocol te benutten, al vinden ze het uitgangspunt wel goed.

Tegelijkertijd wijzen alle Nederlandse en buitenlandse rechters op de **meerwaarde van het Protocol als het gaat om nieuwe rechtsvragen die de kern van een voorgelegde zaak betreffen en waarover nog geen duidelijke EHRM-rechtspraak voorhanden is**. Vrijwel eensluidend zeggen zij dat het Protocol juist in die omstandigheden betekenis kan hebben. Het maakt het dan niet alleen gemakkelijker om een goed oordeel te geven in de nationale procedure, maar voorkomt ook dat individuele klagers op een later moment alsnog naar Straatsburg moeten gaan om duidelijkheid te krijgen over de uitleg van het EVRM.

Een argument dat bij de Nederlandse rechters nauwelijks naar voren komt, maar bij de buitenlandse rechters des te vaker, is dat **het EHRM extra legitimatie kan bieden in kwesties die op nationaal niveau leiden tot sterke ((rechts-)politieke) controverse**. Daarvoor is het Protocol eigenlijk niet bedoeld en deze functie is ook niet gemakkelijk verenigbaar met de notie van subsidiariteit. Het EHRM zelf heeft tot nu toe geen aanleiding gezien om adviesverzoeken van de hand te wijzen als ze duidelijk samenhangen met een nationale (rechts)politieke kwestie. Wel kiest het in die zaken voor een puur juridische benadering, waarbij het de politieke aspecten van de kwestie buiten beschouwing laat. Het is niet ondenkbaar dat het daarmee impliciet duidelijk probeert te maken dat de procedure er niet is om nationale politieke kwesties op te lossen. Zonder nader onderzoek bij het EHRM zelf blijft dit echter wat speculatief.

Al met al is op basis van het beperkte aantal gevraagde en uitgebrachte adviezen tot nu toe **niet goed te zeggen of de adviesprocedure positief bijdraagt aan de implementatie van het EVRM op nationaal niveau en het vergroten van de dialoog tussen nationale en Europese rechters**.

Efficiencyfunctie

Het onderzoek heeft verder uitgewezen dat er **grote twijfels bestaan over de efficiencyfunctie van Protocol 16**. In veel ratificatiedebatten is uitdrukkelijk betwijfeld of de procedure kan leiden tot reductie van het aantal individuele klachten dat het EHRM zou moeten behandelen. Integendeel: de behandeling van adviesverzoeken kan volgens veel betrokkenen een fors beroep doen op de toch al beperkte capaciteit van het EHRM, nu de verzoeken steeds moeten worden behandeld door de Grote Kamer. Ook Nederlandse rechters hebben aangegeven dit een relevante overweging te vinden als het gaat om de vraag of ze een adviesverzoek willen indienen.

De ingediende adviesverzoeken laten verder zien dat het vooralsnog niet gaat om kwesties waarbij grote aantallen vergelijkbare zaken aanhangig zijn. Eerder gaat het om **unieke zaken met een politiek karakter of om kwesties die betrekking hebben op heel specifieke onduidelijkheden in de bestaande EHRM-rechtspraak**. Veel Nederlandse respondenten bij de hoogste gerechten geven wel aan dat zij de meerwaarde van de procedure zien als het gaat om een vraagstuk

waarover veel wordt geprocedeerd. Doorslaggevend is voor hen uiteindelijk steeds de vraag of een adviesverzoek echt nodig is om duidelijkheid te krijgen in de voorliggende zaak. Of de adviesprocedure in de toekomst wel zal kunnen leiden tot efficiencyvoordelen, is op dit moment dus onzeker.

Naar een betere benutting van Protocol 16?

Naast een evaluatie van de invoering en toepassing van Protocol 16 tot dusver, heeft het onderzoek zich gericht op de vraag of de mogelijkheden van het Protocol in de toekomst beter kunnen worden benut.

Uit de interviews bij de Nederlandse hoogste gerechten is gebleken dat het deels praktische overwegingen zijn die in de weg staan aan het indienen van adviesverzoeken. Tegelijkertijd lijken die overkomelijk te zijn. Rechteren geven bijvoorbeeld aan dat het een uitdaging zal zijn om de adviesvragen zo te formuleren dat er een bruikbaar en zinvol advies uit volgt. Tegelijkertijd stellen zij dat er voldoende ervaring is met de prejudiciële procedure en voldoende kennis van het EVRM aanwezig is om goede adviesvragen te kunnen formuleren. Interne kaders of protocollen ontbreken vooralsnog, maar er is wel bereidheid om die te maken en met andere rechters in overleg te treden als concreet wordt overwogen om een adviesverzoek in te dienen. Ook de zorgen over de lange doorlooptijden en eventuele vertraging kunnen worden gerelativeerd: de duur van de adviesprocedure is vooralsnog korter dan die van de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). **De praktische bezwaren hoeven als zodanig dus niet in de weg te staan aan het indienen van een adviesverzoek.** Wel kan op basis van de ervaringen in andere staten worden aangenomen dat er bij het EHRM zelf nog wel iets kan verbeteren in de manier waarop invulling wordt gegeven aan de procedure, in het bijzonder als het gaat om de communicatie.

Daarnaast kan **een aantal criteria worden geformuleerd van meer inhoudelijke aard waaraan voldaan moet zijn om het indienen van een adviesverzoek zinvol te maken.** Deze criteria hangen samen met de verwachte meerwaarde van een EHRM-advies en de gepercipieerde kosten daarvan. De hieronder genoemde criteria worden breed ondersteund door zowel de Nederlandse respondenten als de buitenlandse rechters; de laatsten hebben aangegeven deze criteria ofwel al direct te hebben betrokken bij hun keuze om een adviesverzoek in te dienen, ofwel dat in de toekomst (nog beter) te zullen doen.

Aangenomen kan worden dat het zinvol is om een adviesverzoek in te dienen onder Protocol 16 als aan de volgende vier criteria is voldaan:

1. Het verkrijgen van een duidelijke EHRM-uitleg heeft voor de aanhangige zaak (en eventuele vergelijkbare zaken die bij lagere instanties aanhangig zijn) echt toegevoegde waarde. Die toegevoegde waarde kan er bijvoorbeeld zijn als er tegenstrijdige of inconsistente EHRM-rechtspraak is over de voorliggende materie of als er nog maar weinig EHRM-rechtspraak is over een bepaald onderwerp. Dat laatste kan zich onder andere voordoen bij nieuwe rechtsvragen die het EHRM nog niet heeft kunnen behandelen, zoals bij technologische kwesties of nieuwe opsporingsmethoden.
2. Een zaak roept een algemene uitlegvraag op die ook op basis van zorgvuldige analyse van EHRM-rechtspraak niet kan worden beantwoord en die gemakkelijk genoeg 'vertaalbaar' is naar een adviesverzoek. Relevant is ook of de zaak een zeker 'uitstralingseffect' heeft, in die zin dat het antwoord op de adviesvraag voor een groter aantal zaken (in binnen- en buitenland) relevant is.
3. De EVRM-kwestie vormt een kernaspect van de zaak.
4. Er zijn geen EU-rechtelijke aspecten aan de zaak verbonden; is dat wel zo, dan heeft de prejudiciële procedure bij het HvJ EU de voorkeur.

Deze vier criteria sluiten goed aan bij de genoemde hoofddoelen van het Protocol. Ze passen bovendien bij de taakverdeling tussen de nationale rechters en het EHRM en tussen het EHRM en het HvJ EU. Er is dan ook alle reden om deze criteria voor de toekomst tot uitgangspunt te nemen. Allicht zal dit niet leiden tot een veel groter aantal adviesverzoeken, maar dat is ook geen doel op zichzelf. Wel brengt het in acht nemen van deze criteria mee dat adviesverzoeken worden ingediend waar dat meerwaarde heeft en passend is.

Summary

Background

On 1 August 2018, Protocol 16 (hereinafter also referred to as 'Protocol') to the European Convention on Human Rights (ECHR) entered into force. Five years later, the Protocol has been ratified by 19 of the 46 member states of the Council of Europe, including the Netherlands. In the countries that have ratified the Protocol, designated highest courts can apply to the European Court of Human Rights (ECtHR) for an advisory opinion on the interpretation or application of the ECHR in a pending case. This advisory opinion procedure aims to strengthen the dialogue between national highest courts and the ECtHR, thereby enhancing the protection of ECHR rights at the national level. It is also considered that the number of complaints to the ECtHR can be reduced when the ECHR already can be applied correctly at the national level.

So far, the Dutch courts with competence to request an advisory opinion (the Supreme Court, the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State, the Central Appeals Tribunal, the Appeals Tribunal for Trade and Industry and the Joint Court of Aruba, Curaçao, Sint Maarten and of Bonaire, Sint Eustatius and Saba) have not made use of the possibility to request an advisory opinion from the ECtHR. This is different for judges in other states. Since the entry into force of Protocol 16 (and until 1 June 2023), eight requests for an advisory opinion have been submitted by states that have ratified the Protocol. This has so far resulted in six advisory opinions from the ECtHR, namely in response to two requests from Armenia, two from France, one from Lithuania and one from Finland. In one case, the ECtHR refused to consider the request. This request was made by a Slovakian court. On 16 May 2023, the ECtHR announced that a new request for an advisory opinion had been accepted for consideration, namely a request made by the Belgian Council of State.

This research focuses on identifying and analysing first experiences with the Protocol at the national level. More specifically, the question has been posed by the Research and Documentation Centre (WODC) as to **how Protocol 16 ECHR has been implemented and applied so far and whether its use can be improved**.

Research approach

To answer the research question, the background and objectives of the Protocol, the organisation of the advisory procedure and the current application of the Protocol by the ECtHR have been researched. In addition, possible explanations for the limited signing and ratification of the Protocol have been examined. To this end, experts and governmental stakeholders from six states, among others, have been asked to complete a qualitative questionnaire. Finally, research has been conducted into how the opportunities offered by the Protocol are being used both within and outside the Netherlands and into courts' experiences with the advisory procedure to date. Semi-structured interviews have been held with judges, an advocate-general and members of the registry at the five highest courts in the Netherlands competent to submit a request for an advisory opinion. Similarly, interviews have been conducted with judges, court clerks and/or advocate generals at the foreign courts that have submitted requests for an advisory opinion.

The present study has focused on ratification and application practices until 1 June 2023. This means that the evaluation is made just five years after the Protocol's entry into force. As a result, the data available for drawing conclusions is relatively limited. In addition, the study only covers national experiences with the advisory opinion procedure and the interpretation given by the ECtHR to the advisory opinion procedure in the opinions issued so far. The (perceived) consequences of Protocol 16 for the practice of the ECtHR are therefore beyond the scope of this study.

Evaluation in the light of the objectives of Protocol 16

An important aim of the study was to evaluate the implementation and application of Protocol 16 so far. This evaluation was carried out in light of the two main objectives of the Protocol: (1) to

strengthen the dialogue between highest national courts and the ECtHR and thereby achieve better implementation of the ECtHR and (2) to increase the efficiency of the ECtHR.

Dialogue function

The study of the ratification process at the national level showed that there is **much debate about the consequences of Protocol 16 for the relationship between national and European judges and for the implementation of the ECHR**. In quite a few ratification debates, concerns have been expressed that the procedure could result in the ECtHR becoming too involved in national fundamental rights issues. As a consequence, in some states it is felt that Protocol 16 is at odds with national sovereignty and the national primary power to interpret the ECHR. To some extent, this also seems to be a consideration among some Dutch judges. Several respondents at the Dutch highest courts indicated that it is primarily up to them to interpret and apply national law. For some judges, this makes them reluctant to use the Protocol, even though they value the ideas behind it.

At the same time, **all Dutch and foreign judges acknowledge the value and significance of the Protocol when it comes to new legal questions that go to the heart of a case presented and on which there is no clear ECtHR case law yet**. Not only does the procedure then make it easier to give a proper judgment in national proceedings, it also prevents individual complainants from having to go to Strasbourg at a later stage to obtain clarity on the interpretation of the ECHR.

An argument that was hardly presented by Dutch judges, but all the more often by foreign respondents, is that **the Protocol allows the ECtHR to provide extra legitimacy in relation to questions that lead to strong ((legal-)political) controversy at the national level**. Importantly, doing so is not one of the express aims of Protocol 16, nor is this function easily compatible with the notion of subsidiarity. The ECtHR itself has so far seen no reason to reject requests for an advisory opinion if they are clearly related to a national (legal) political issue. However, in such cases it has opted for a purely legal approach, leaving aside the political aspects of the matter. It is not inconceivable that it is thereby implicitly trying to make clear that the procedure is not aimed at resolving national political issues. However, without further research at the ECtHR, this remains somewhat speculative.

In sum, on the basis of the limited number of opinions requested and issued so far, **it cannot be concluded unequivocally whether the advisory procedure contributes positively to the implementation of the ECHR at the national level and to increasing dialogue between national and EU courts**.

Efficiency function

The study further has found that **the efficiency function of Protocol 16 can be seriously doubted**. In many ratification debates, it was expressly questioned that the procedure could lead to a reduction of the number of individual applications lodged at the ECtHR. Quite to the contrary: according to many stakeholders, the handling of requests for advisory opinions might put a considerable strain on the already limited capacity of the ECtHR, as the requests must always be handled by the Grand Chamber. Dutch judges have indicated that this is indeed a relevant consideration when it comes to submitting a request for an advisory opinion.

The submitted requests further show that these are not about issues that are central to a large number of similar, pending cases. Rather, they concern unique cases with a political character or issues concerning very specific ambiguities in existing ECtHR jurisprudence. Many Dutch respondents in the highest courts do indicate that they see the added value of the procedure if it concerns an issue that is the subject of much litigation. Nevertheless, for them it is ultimately always the question whether a request for an advisory opinion is really necessary to obtain clarity in the case at hand. Whether the advisory procedure could lead to efficiency gains in the future is therefore uncertain at present.

Towards an improved use of Protocol 16?

In addition to evaluating the implementation and application of Protocol 16 so far, the research has focused on whether the possibilities of the Protocol could be used more fully in the future.

Interviews with the Dutch highest courts have revealed that **it is partly practical considerations that stand in the way of submitting requests for advisory opinions. At the same time, these seem to be surmountable.** Judges have indicated, for example, that it will be a challenge to formulate a request in such a way that a useful and meaningful advice follows. At the same time, they have stated that there is enough experience with the preliminary ruling procedure and sufficient knowledge of the ECHR to formulate good requests. Similarly, internal regulations or protocols are lacking as yet, but there is a willingness to create them and to consult with other judges if a request for an advisory opinion is considered. Concerns about long processing times and possible delays can also be put into perspective: at present the duration of the advisory opinion procedure is shorter than the preliminary rulings procedure at the Court of Justice of the European Union (CJEU). As such, practical concerns do not have to stand in the way of submitting a request for an advisory opinion. However, based on experiences in other states, there appears to be room for improvement when it comes to the way in which the ECtHR deals with the procedure, especially when it comes to communication with the national courts.

In addition, a number of criteria of a more substantive nature can be formulated that have to be met to benefit from the possibilities of submitting a request for an advisory opinion. These criteria are related to the expected added value of an ECtHR advisory opinion and its perceived costs. The criteria listed below are strongly supported by both the Dutch respondents and the foreign judges; the latter indicated that they have either already directly taken these criteria into account in their decision to file a request for an advisory opinion or plan to do so (even better) in the future. Arguably, **there is value in submitting a request for an opinion under Protocol 16 if the following four criteria are met:**

1. Obtaining a clear ECtHR interpretation has real added value for the pending case (and possibly similar cases pending before lower courts). There may be added value, for example, if there is contradictory or inconsistent ECtHR case law on the matter at hand or if there is only limited ECtHR case law on a particular issue. The latter may occur, inter alia, in the case of new legal questions that the ECtHR has not yet been able to address, such as technological issues or new investigation methods.
2. A case raises a general question of explanation which cannot be answered even on the basis of careful analysis of ECtHR case law and which is 'translatable' easily enough to a request for an opinion. Also relevant is whether the case has a certain 'radiance effect', in the sense that the answer to the request for an opinion is relevant to a larger number of cases (at home and abroad).
3. The ECHR issue constitutes a core aspect of the case.
4. There are no EU law aspects to the case; if there are, the preliminary ruling procedure at the CJEU is preferred.

These four criteria fit well with the aforementioned main objectives of the Protocol. Moreover, they fit the division of tasks between national judges and the ECtHR and between the ECtHR and the CJEU. There is therefore every reason to make these criteria the starting point for the future. Perhaps this will not lead to a much higher number of requests for an advisory opinion, but that is not an end in itself either. **However, taking these criteria into account does mean that requests for an advisory opinion will be made where it adds value and is appropriate.**

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Op 1 augustus 2018 is Protocol 16 (hierna ook wel 'Protocol' of 'P16') bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) in werking getreden.¹ Inmiddels is het Protocol door 19 van de 46 lidstaten van de Raad van Europa geratificeerd.² Aangewezen hoogste gerechten in deze 19 lidstaten kunnen op grond van het Protocol een verzoek indienen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) om advies te krijgen over de uitleg of toepassing van het EVRM in een aanhangige zaak. Het Protocol heeft als doelstelling om de dialoog tussen de nationale hoogste rechters en het EHRM te vergemakkelijken en daarmee te komen tot een betere bescherming van EVRM-rechten op nationaal niveau.³ Ook is de gedachte dat het aantal klachten bij het EHRM kan worden verminderd wanneer op nationaal niveau al goede mogelijkheden bestaan om de juiste toepassing van het EVRM te verzekeren.⁴

Tot dusver hebben 19 van de 46 staten het Protocol geratificeerd. Daartegenover staan 6 staten die het Protocol wel hebben ondertekend, maar niet hebben geratificeerd. Op dit moment hebben 21 staten het Protocol niet ondertekend. Tot de niet-ondertekenende staten behoren landen als Dene-marken, Duitsland, Ierland, Oostenrijk, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland.

Vanuit de staten die het Protocol wel hebben geratificeerd zijn sinds de inwerkingtreding van Protocol 16 acht verzoeken om advisering ingediend. Op het moment van schrijven heeft het EHRM in zes zaken een advies kunnen geven, namelijk naar aanleiding van twee verzoeken uit Armenië, twee uit Frankrijk, een uit Litouwen en een uit Finland.⁵ In één geval heeft het EHRM geweigerd het verzoek – gedaan vanuit Slowakije – in behandeling te nemen.⁶ Op 16 mei 2023 maakte het EHRM bekend dat een nieuw adviesverzoek is geaccepteerd voor behandeling, namelijk een verzoek dat is gedaan door de Belgische Raad van State.⁷

Voor Nederland is Protocol 16 in werking getreden op 1 juli 2019. Toen was de goedkeuringsprocedure afgerond, was de goedkeuringswet in het Staatsblad verschenen en was de nodige informatie overgebracht aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa.⁸ Voor Nederland zijn de Hoge Raad, de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en het Gemeenschappelijk Hof van Aruba, Curaçao, Sint Maarten

¹ Trb. 2013, 241 en Trb. 2014, 74; ETS 214, zie www.conventions.coe.int.

² www.conventions.coe.int.

³ Zie in het bijzonder het *CDDH Final Report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, 15 februari 2012, CDDH(2012)R74 Addendum I, <https://rm.coe.int/168045fdc5>. Een uitgebreide beschrijving van de doelstellingen is te vinden in par. 2.1.2.

⁴ Idem.

⁵ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001; Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001; Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002; Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 april 2022, P16-2021-001; Advisory Opinion on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date, verzocht door de Franse Raad van State, EHRM (GK) 13 juli 2022, P16-2021-002; Advisory opinion on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the adoption of an adult, verzocht door het Finse Hooggerechtshof, EHRM (GK) 13 april 2023, P16-2022-001.

⁶ Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention, Request by the Supreme Court of the Slovak Republic, EHRM (Panel GK) 14 december 2020, P16-2020-001.

⁷ Zie persbericht van het EHRM van 16 mei 2023, 'The Court has accepted a request for an advisory opinion from the Belgian *Conseil d'État*', ECHR 148 (2023).

⁸ *Sfb.* 2019, 8; zie ook www.conventions.coe.int.

en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba bevoegd om adviesverzoeken in te dienen. Tot dusver heeft geen van deze gerechten gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

Tijdens het Nederlandse ratificatieproces van het Protocol zijn verschillende vragen en zorgen naar voren gekomen.⁹ Allereerst is zowel vanuit de Tweede Kamer als door verschillende wetenschappers de vraag gesteld of het systeem van advisering zijn doelstellingen daadwerkelijk weet te bereiken en of het niet zou kunnen leiden tot vergroting van de werklust bij het EHRM.¹⁰ Daarnaast was er wat onduidelijkheid over de verwachte toepassing van het Protocol door het EHRM. In het bijzonder waren er enige twijfels over het (formeel) niet-bindende karakter van adviezen en de manier waarop het EHRM daaraan invulling geeft.¹¹ Het EHRM heeft immers uitgesproken dat de adviezen in ieder geval gedeeltelijk *res interpretata*-werking kunnen hebben. Dat betekent dat de in adviezen geformuleerde algemene uitgangspunten en beginselen een bindend karakter hebben, ook al heeft het uiteindelijke advies dat bindende karakter niet. Dit roept de vraag op hoe de hoogste gerechten in de staten die gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheden die Protocol 16 biedt tot nu toe zijn omgegaan met de adviezen die het EHRM heeft gegeven. In het bijzonder is de vraag of zij in de uitspraken die zij na het advies hebben gedaan expliciet aandacht hebben besteed aan de niet-bindende werking van het advies en of zij het advies helemaal hebben opgevolgd of er (op onderdelen) van zijn afgeweken.

1.2 Doel en vraagstelling van het onderzoek; afbakening

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond – in het bijzonder de vragen die in het ratificatieproces in Nederland naar voren zijn gekomen – richt deze studie zich op het identificeren en analyseren van de eerste ervaringen die op nationaal niveau zijn opgedaan met het Protocol. Meer specifiek is vanuit het WODC de vraag voorgelegd *hoe de invoering en toepassing van Protocol 16 van het EVRM tot dusver verloopt en hoe de benutting van het Protocol kan worden verbeterd*.

In verband met de vragen die in het Nederlandse ratificatieproces zijn opgekomen en ter beantwoording van de centrale onderzoeksvraag wordt in het onderzoek allereerst gekeken naar mogelijke verklaringen voor de beperkte ondertekening en ratificatie van het Protocol op nationaal niveau. Daarbij worden de in het Nederlandse goedkeuringsproces gewisselde argumenten vergeleken met de overwegingen die in andere staten wel of juist niet hebben geleid tot ratificatie. Daarnaast wordt onderzocht hoe het EHRM in de adviezen tot nu toe invulling heeft gegeven aan het Protocol. Hierdoor wordt duidelijker hoe de adviesprocedure in de praktijk vorm krijgt. Tot slot wordt onderzoek gedaan naar de manier waarop zowel binnen als buiten Nederland gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die het Protocol biedt.

Het onderzoek richt zich op de ratificatie- en toepassingspraktijk tot 1 juni 2023. Ontwikkelingen die zich na deze datum hebben voorgedaan zijn niet meegenomen. Dit betekent dat de evaluatie vijf jaar na de inwerkingtreding is afgesloten; voor Nederland is het Protocol zelfs pas vier jaar in werking. Nu het vaak relatief lang duurt voor dit soort nieuwe procedures bekend wordt en ingeburgerd raakt, en de doorlooptijden zowel bij het EHRM als bij nationale rechters relatief lang zijn, kent het onderzoek beperkingen. In het bijzonder is pas voor vier van de inmiddels zeven ingediende en ontvankelijke adviesverzoeken de procedure op nationaal niveau helemaal afgerond. Daardoor is het aantal gegevens op basis waarvan conclusies kunnen worden getrokken over de nationale ervaringen relatief beperkt. Bij het waarden van de uitkomsten van dit onderzoek moet daar rekening mee worden gehouden.

Belangrijk is daarnaast dat dit onderzoek alleen betrekking heeft op de nationale praktijk en op de invulling die het EHRM heeft gegeven aan de adviesbevoegdheid middels de tot nu toe gegeven

⁹ Deze komen nader aan bod in hoofdstuk 4 van dit rapport.

¹⁰ Zie inbreng van de heer Groothuizen (D66) bij de parlementaire behandeling van het goedkeuringsvoorstel: *Kamerstukken II 2016/17, 34235, nr. 7, p. 8*. Zie verder o.m. J.H. Gerards, [‘Protocol 16 EVRM: baat het niet, dan schaadt het ook niet?’](#), *Montaigne Centrum Blog* 11 juli 2018.

¹¹ Zie met name de inbreng van de heer Koopmans (VVD) bij de parlementaire behandeling van het goedkeuringsvoorstel: *Kamerstukken II 2016/17, 34235, nr. 7, p. 7*.

adviezen. Het onderzoek richt zich uitdrukkelijk *niet* op de (ervaren) consequenties van Protocol 16 voor de praktijk van het EHRM zelf. Er zijn dan ook geen interviews afgenomen bij het EHRM, noch is gekeken naar cijfermatige gegevens over de werklust van het Hof of naar de manier waarop het EHRM in zijn rechtspraak naar de eigen adviezen verwijst. Daarvoor is een afzonderlijk evaluatieonderzoek nodig.

1.3 Aanpak en methoden

Om de centrale vraag van het onderzoek te beantwoorden zijn verschillende onderzoeksmethoden ingezet. Allereerst is een bronnenonderzoek uitgevoerd voor het in kaart brengen van de achtergrond en doelstellingen van het Protocol, de inrichting van de adviesprocedure en de huidige toepassingspraktijk van het Protocol door het EHRM. In dit onderzoek zijn in bijzonder de volgende documenten betrokken:

- Wetenschappelijke literatuur over doel en functie van het Protocol en over de eerste adviezen die het EHRM heeft uitgebracht.
- Beleidsdocumenten rondom de totstandkoming en toepassing van Protocol 16, zoals de *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention* (EHRM 18 September 2017), #5864582, beschikbaar via https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf
- Statistische informatie over aantallen adviezen en uitspraken bij het EHRM, zoals beschikbaar via de website van het EHRM (www.echr.coe.int > statistics) en de databank HUDOC (www.hudoc.echr.coe.int).
- De zes adviezen die het EHRM tot dusver heeft uitgebracht en de afwijzing van één adviesverzoek, zoals beschikbaar via de databank HUDOC en zoals becommentarieerd in diverse annotaties en blogposts.
- De uitspraken van de nationale hoogste rechters die om de zes uitgebrachte adviezen hebben verzocht, in zoverre deze beschikbaar en opvraagbaar zijn gebleken. Het gaat daarbij om vier rechterlijke uitspraken.

Ook voor de analyse van het Nederlandse goedkeurings- en implementatieproces van het Protocol is bronnenonderzoek uitgevoerd. In dit kader zijn kamerstukken rondom de ratificatie bestudeerd, aangevuld met literatuuronderzoek. Om de ratificatieprocedure in Nederland in breder perspectief te kunnen plaatsen en inzicht te verkrijgen in de beweegredenen van staten om het Protocol wel of niet te ratificeren zijn experts en regeringsbetrokkenen uit zes staten schriftelijk bevraagd aan de hand van een vragenlijst.¹² Het gaat dan om Albanië, België, Denemarken, Estland, Luxemburg en Noorwegen. Voor deze zes landen is gekozen omdat de nationale discussie er daar toe heeft geleid dat het Protocol niet is geratificeerd (Denemarken en Noorwegen), het proces van ondertekening en ratificatie relatief lang heeft geduurd (België en Luxemburg) of het proces juist vrij soepel is verlopen (Albanië en Estland). Daarnaast is er bij de selectie van de zes landen naar gestreefd enige geografische spreiding te waarborgen. Waar openbare informatie beschikbaar is over het ratificatieproces of de nationale discussies, is ook daaruit geput voor de analyse.

Om nationale ervaringen met de adviesprocedure in kaart te brengen zijn semigestructureerde interviews gehouden. Voor Nederland zijn interviews afgenomen met in totaal elf personen (staatsraden, raadsheren, een advocaat-generaal en medewerkers) bij de vijf hoogste gerechten die bevoegd zijn tot het indienen van een adviesverzoek. Het merendeel van deze interviews is op locatie afgenomen. In twee gevallen is online, via Microsoft Teams, met respondenten gesproken en in een geval is de vragenlijst schriftelijk ingevuld.

Naast de interviews bij Nederlandse hoogste gerechten, zijn interviews afgenomen met rechters, griffiemedewerkers en/of advocaat-generaal bij de buitenlandse gerechten die een adviesverzoek hebben ingediend. Het gaat dan om de (1) Franse Raad van State, (2) het Franse Hof van Cassatie, (3) het Armeense Constitutionele Hof, (4) het Armeense Hof van Cassatie, (5) het Litouwse

¹² Een lijst met de geraadpleegde experts en regeringsvertegenwoordigers is opgenomen in bijlage 1. Deze personen zijn gevonden door gebruik te maken van het netwerk van de onderzoekers en de begeleidingscommissie. De gebruikte vragenlijsten zijn opgenomen in bijlagen 4 en 5.

Administratieve Hoogrechtshof en (6) het Finse Hoogrechtshof. De interviews zijn online, via Microsoft Teams, afgenomen. Voor het Franse Hof van Cassatie en het Finse Hoogrechtshof is de vragenlijst schriftelijk ingevuld.

Een overzicht van de personen die als respondent hebben meegewerkt aan het onderzoek is te vinden in bijlage 1 bij dit rapport. Omdat niet alle respondenten hebben ingestemd met vermelding van hun naam of instantie in de eigenlijke tekst van het rapport, is ernaar gestreefd de onderzoeksbevindingen zo op te schrijven dat deze niet herleidbaar zijn tot de persoon of de organisatie waarvan informatie is verkregen.

Voor het afnemen van de interviews is gewerkt met een semigestructureerde vragenlijst.¹³ Dit betekent dat de vragen van tevoren zijn bepaald en op volgorde gezet en dat de interviewers gebruik hebben gemaakt van dezelfde vragenlijst om ervoor te zorgen dat interviews steeds op dezelfde manier konden worden aangepakt. Tegelijkertijd liet de aard van de vragenlijst ruimte voor het doorvragen op relevante punten en het aanvullen van onderwerpen door de respondenten.

Voor de interviews en schriftelijke uitvragen is ook een interviewleidraad opgesteld, waarin de aanpak van de interviews is uiteengezet en wordt toegelicht middels welke formulieren is gewaarborgd dat respondenten geïnformeerde toestemming kunnen geven. Ook staat daarin vermeld hoe met de verkregen informatie wordt omgegaan. Deze interviewleidraad is opgenomen als bijlage 6 bij deze studie.

1.4 Leeswijzer

In het licht van het doel en de centrale vraagstelling van het onderzoek komen in dit rapport verschillende onderwerpen aan bod. Ter inleiding biedt hoofdstuk 2 een beschrijving van de achtergrond en doelstellingen van het Protocol en een toelichting op de inrichting van de adviesprocedure. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de inmiddels door het EHRM uitgebrachte adviezen, oftewel op de toepassingspraktijk van het EHRM. In dit kader wordt onder meer aandacht besteed aan de redenen voor het wel of niet in behandeling nemen van een adviesverzoek en de inhoudelijke beoordeling van adviesverzoeken door het EHRM. In hoofdstuk 4 staat de goedkeuring van het Protocol in Nederland centraal, met als doel inzicht te bieden in de verschillende discussiepunten die speelden rondom de ratificatie van het Protocol in Nederland. Hoofdstuk 5 betreft een soortgelijke analyse van de beweegredenen en motieven die in andere landen hebben geleid tot relatief snelle, trage of volledig uitblijvende ratificatie. In hoofdstuk 6 wordt vervolgens de huidige toepassingspraktijk in Nederland beschreven aan de hand van de inzichten die naar voren zijn gekomen uit de interviews met de staatsraden, raadsheren, een advocaat-generaal en medewerkers bij de hoogste rechterlijke instanties die bevoegd zijn tot het indienen van een adviesverzoek, aangevuld met een analyse van wat hierover in rechterlijke uitspraken en in de literatuur is opgemerkt. In hoofdstuk 7 worden de bevindingen gepresenteerd uit de interviews met rechters en medewerkers bij buitenlandse gerechten die een adviesverzoek hebben ingediend. Ter afsluiting worden in hoofdstuk 8 de belangrijkste bevindingen op een rij gezet.

¹³ De vragenlijsten zijn te vinden in bijlagen 2 en 3.

2. Protocol 16 EVRM – een *tour d’horizon*¹⁴

2.1 Achtergrond en doelstellingen van Protocol 16

2.1.1 Totstandkomingsgeschiedenis en context

Protocol 16 maakt het voor aangewezen hoogste gerechten van de aangesloten staten mogelijk om het EHRM in een lopende zaak te vragen om hen advies te geven over de interpretatie of toepassing van het EVRM. Protocol 16 werd opgesteld en aangenomen naar aanleiding van een aantal ontwikkelingen en zorgen over de toekomstbestendigheid van het Hof en de tenuitvoerlegging van de EHRM-uitspraken op nationale niveau.

Die zorgen hingen (en hangen) in de eerste plaats samen met de grote zakenlast van het Hof en de beperkte capaciteit om die zaken te behandelen. Op zeker moment, in 2012, waren er bijna 160.000 klachten bij het Hof aanhangig.¹⁵ Ondanks vele inspanningen om de afhandeling van zaken te bespoedigen,¹⁶ is er ook nu nog een werkvoorraad van 75.000 te beoordelen zaken. Daar komen per jaar bovendien steeds weer zaken bij. In 2012 werden er zo’n 60.000 klachten per jaar geregistreerd bij het Hof; momenteel zijn het er zo’n 45.000 per jaar.¹⁷ Ook vanuit Nederland worden er jaarlijks tussen de 200 en 400 zaken aangebracht die aan een van de formaties van het EHRM worden toegewezen.¹⁸ De diversiteit van al deze klachten is groot: ze betreffen alle rechtsgebieden, van het strafrecht tot het bestuursrecht en van het huurrecht tot het civiele procesrecht. Veel Nederlandse zaken gaan bijvoorbeeld over migratie en asiel en over procedurele kwesties in bijvoorbeeld het strafrecht, maar er zijn ook principiële zaken over extraterritoriale toepassing van het EVRM, technische kwesties over pensioenen of fundamentele procedurele vragen over journalistieke bronbescherming.¹⁹ Die combinatie van factoren, samen met een bijzonder laag werkbudget, maakt dat de doorlooptijden bij het EHRM problematisch lang zijn en dat er grote druk staat op de beperkte capaciteit van het EHRM.

Een tweede relevante achtergrondfactor betreft de vaak gebrekkige tenuitvoerlegging van de uitspraken op nationaal niveau. In een aantal landen, zoals Nederland, wordt de implementatie meestal welwillend en voortvarend ter hand genomen, maar in sommige andere staten is de inbedding veel problematischer.²⁰ In verschillende landen slaagt men er niet of nauwelijks in een aantal systemische, structurele mensenrechtenproblemen op te lossen en goede rechtsbescherming te bieden of is de bereidheid om te handelen in overeenstemming met de uitspraken beperkt.²¹ Het is dan niet

¹⁴ Dit hoofdstuk is met de nodige actualisering en wijzigingen gebaseerd op Gerards 2013, Gerards 2017 en Gerards 2020.

¹⁵ CDDH 2015, par. 75.

¹⁶ Zie voor een overzicht o.m. Glas 2016; Glas 2020.

¹⁷ Statistische gegevens zijn te vinden via www.echr.coe.int > Statistics. Zie voor een recent overzicht *ECHR – Analysis of Statistics 2022*, via https://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2022_ENG.pdf.

¹⁸ Zie *ECHR – Analysis of Statistics 2022*, https://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2022_ENG.pdf, p. 13. Momenteel – per april 2023 – zijn er voor Nederland 95 zaken aanhangig (idem, p. 12). Het aantal klachten dat bij het EHRM wordt ingediend kan overigens groter zijn; veel zaken worden administratief afgehandeld omdat ze bijvoorbeeld niet aan de formele indieningsvereisten voldoen en komen dan nooit bij een formatie van het Hof terecht. Hiervan worden geen precieze statistieken per land gepubliceerd, maar in 2022 werden bijvoorbeeld in totaal 14.400 klachten administratief afgedaan (zie het genoemde document, p. 3). Het aantal daadwerkelijk ingediende klachten komt daarmee nog steeds neer op ongeveer 60.000 per jaar.

¹⁹ Zie bijv. EHRM 11 juni 2013 (ontv.), nr. 65542/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212 (*Stichting Mothers of Srebrenica e.a. t. Nederland*); EHRM 23 oktober 2012 (ontv.), nr. 34880/12, ECLI:CE:ECHR:2012:1023DEC003488012 (*Ramaer en Van Willigen t. Nederland*), «EHRC» 2013/46 m.nt. Leijten, «USZ» 2013/55 m.nt. Van der Mei, AB 2013, 43 m.nt. Leijten; EHRM 22 november 2013, nr. 39315/06, ECLI:CE:ECHR:2013:1122JUD003931506 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*), «EHRC» 2013/36 m.nt. Poppelaars, «NBSTRAF» 2013/408 m.nt. Verbaan, NJ 2013, 252 m.nt. Dommering; *Maassen t. Nederland*, 9 februari 2021, nr. 10982/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215, *EHRC Updates* 2021/63 m.nt. J.H. Crijns (via <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211404>); *Keskin t. Nederland*, EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000220516, *EHRC Updates* 2021/44 m.nt. D. van Toor (via <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211180>), NJ 2021/94 m.nt. W.H. Vellinga.

²⁰ Zie nader Lambrecht 2022; zie eerder ook al Kivalov 2012.

²¹ Idem.

vreemd dat (vermeende) slachtoffers van mensenrechten steeds weer naar het Hof stappen in de hoop daar de rechtsbescherming te krijgen die zij op nationaal niveau niet krijgen. Met zijn uitspraken kan het EHRM die rechtsbescherming in het individuele geval wel bieden, al kan het de onderliggende systeemproblemen nauwelijks oplossen: dat moet echt op nationaal niveau gebeuren.²² Om die reden wordt al geruime tijd geprobeerd om de verantwoordelijkheid voor EVRM-bescherming op nationaal niveau te versterken en wordt geëxperimenteerd met manieren om de nationale betrokkenheid bij die bescherming te vergroten.²³

Een derde factor die de positie en rol van het EHRM bepaalt betreft de spanning tussen effectieve rechtsbescherming en respect voor nationale soevereiniteit.²⁴ Als supranationaal mensenrechtenhof moet het EHRM vaak oordelen over complexe botsingen tussen grondrechten of over grondrechtenkwesies waarover de meningen binnen de Raad van Europa sterk uiteenlopen. Daarbij moet het streven naar een hoog niveau van grondrechtenbescherming, maar tegelijkertijd moet het rekening houden met de politieke realiteit in de staten. Op dit punt krijgt het Hof regelmatig kritiek te verduren. Sommigen vinden dat het Hof in zijn grondrechtenbescherming niet ver genoeg gaat, terwijl anderen stellen dat het Hof te weinig rekening houdt met zijn positie ten opzichte van de staten en zijn rol als rechter.²⁵ Vanuit de verantwoordelijke ministers van de landen van de Raad van Europa is deze spanning verschillende keren benadrukt. Zo spraken de ministers tijdens een belangrijke top in Brighton (2012) weliswaar hun expliciete steun uit voor het EVRM en het systeem van individueel klachtrecht bij het EHRM, maar benadrukten zij ook het uitgangspunt van soevereiniteit van de staten als het gaat om het reguleren van grondrechtenvraagstukken.²⁶ Het EHRM moet er volgens de ministers op toezien dat nationale regelgeving en besluiten verenigbaar zijn met het EVRM, maar dat moet het steeds doen met inachtneming van zijn 'subsidiare' positie ten opzichte van de verdragsstaten.

De totstandkoming van Protocol 16 moet tegen de achtergrond van de hierboven genoemde factoren worden begrepen. Er werd al langer nagedacht over de mogelijkheid om de interactie tussen nationale rechters en het EHRM te vergemakkelijken en te versterken. Gebleken is namelijk dat nationale rechters in het algemeen goede 'partners' van het EHRM zijn bij het ten uitvoer leggen van EHRM-uitspraken.²⁷ Zij spreken de 'taal' van het Hof vaak beter dan politieke actoren en zijn in staat om de uitspraken op een logische manier te incorporeren in hun eigen rechtspraak.²⁸ Ook kunnen zij soms 'tegendruk' geven via hun nationale uitspraken, op een manier waarop het EHRM daar goed op kan reageren.²⁹ Daardoor is in de praktijk sprake van een 'rechterlijke dialoog' die ten goede komt aan de bescherming van de EVRM-rechten met inachtneming van de onderlinge verhoudingen tussen het nationale en het supranationale niveau.³⁰

In 2006 werden de eerste concrete voorstellen gedaan om die dialoog verder te faciliteren door een adviesprocedure in het leven te roepen.³¹ Nationale rechters zouden dan nog tijdens een nationale gerechtelijke procedure het EHRM kunnen vragen om hen te adviseren over de juiste uitleg en toepassing van het EVRM. In 2009 volgde een Noors-Nederlands voorstel waarin de procedure werd uitgewerkt.³² Ook tijdens de ministeriële top in Izmir in 2011 werd er melding van gemaakt,³³ en

²² Idem.

²³ De verschillende verklaringen die zijn aangenomen tijdens de 'toppen' van Europese ministers laten dit duidelijk zien (Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012), Oslo (2014), Brussel (2015), Kopenhagen (2018)); zie voor een overzicht met alle verklaringen <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=>.

²⁴ Zie nader Gerards 2023, hoofdstuk 1.

²⁵ Zie nader Gerards & Terlouw 2012; Spijkerboer 2012; Myjer 2012; Piret 2012, p. 77 e.v.; Flogaitis, Zwart & Fraser 2013; Gerards & Fleuren 2014; Popelier & Lambrecht 2016.

²⁶ Verklaring van Brighton 2012, aangenomen tijdens de High Level Conference in Brighton (19-20 april 2012), https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, par. 12(d), par. 1-3.

²⁷ Zie nader Gerards 2014 en meer algemeen Gerards & Fleuren 2014. Zie ook Lambrecht 2022.

²⁸ Idem.

²⁹ Gerards 2014; Glas 2016.

³⁰ Idem.

³¹ Zie o.m. Swaanenburg-Van Roosmalen & Vermeulen 2019, p. 4-5.

³² Meeting DH-S-GDR, 28-30 januari 2009, DH-S-GDR(2009)004.

³³ Group of Wise Persons 2006; Verklaring van Izmir, aangenomen tijdens de High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights in Izmir (26-27 april 2011), par. D. Zie uitgebreider O'Leary & Eicke 2018, p. 2-4; Wąsek-Wiaderek 2019, p. 642-644.

een jaar later, tijdens een ministeriële top in Brighton, werd concreet voorgesteld om de uitvoering ter hand te nemen in de vorm van een nieuw protocol.³⁴ Dit werd Protocol 16, dat in dit rapport centraal staat.³⁵

2.1.2 Hoofddoelen

In de verschillende documenten rondom Protocol 16 en in wetenschappelijke literatuur zijn in essentie twee hoofddoelen voor het Protocol onderscheiden, die kunnen worden begrepen in het licht van de in de vorige subparagraaf besproken factoren:

1. Bevorderen van nationale bescherming en implementatie door dialoog | De adviesprocedure is eerst en vooral in het leven geroepen vanuit de gedachte dat nationale rechters het soms moeilijk vinden om het EVRM op de juiste manier toe te passen doordat er vragen kunnen bestaan over de correcte interpretatie. Het EHRM zou middels een advies kunnen helpen bij het beantwoorden van die vragen.³⁶ Zoals de preambule bij Protocol 16 vermeldt, zou dit kunnen leiden tot verbetering van de nationale implementatie van het EVRM.³⁷

De adviesprocedure sluit op dit punt aan bij de hierboven al genoemde gedachte dat nationale rechters een soort natuurlijke partners (kunnen) zijn van het EHRM en dat zij een gedeelde verantwoordelijkheid hebben voor het realiseren van voldoende grondrechtenbescherming in Europa.³⁸ Nationale rechters passen de EHRM-rechtspraak in het algemeen consciëntieus toe, ongeacht hun constitutionele bevoegdheden en ongeacht het meer monistische of dualistische karakter van het rechtssysteem.³⁹ Daarbij is geen sprake van eenrichtingsverkeer: op zijn beurt wordt het Hof in belangrijke mate beïnvloed door nationale rechtspraak.⁴⁰ Als het Hof een zaak beslist, is die op nationaal niveau in laatste instantie al door een hoogste gerecht beoordeeld en het Hof heeft zich gevoelig getoond voor die nationale beoordelingen.⁴¹ Een correcte EVRM-interpretatie waardeert het in het algemeen positief, maar als het EVRM onjuist is toegepast, kijkt het in het bijzonder naar de redenen die daarvoor zijn gegeven.⁴² Komt de onjuiste toepassing voort uit onzorgvuldigheid of onwil, dan is het Hof daarover kritisch.⁴³ Komt een afwijkende EVRM-toepassing daarentegen voort uit een weloverwogen beoordeling en is die sterk onderbouwd met argumenten, dan zal het Hof dit soms aanvaarden en mogelijk zelfs zijn eigen rechtspraak bijstellen.⁴⁴

De adviesprocedure sluit aan bij deze wisselwerking en beoogt die te faciliteren en te versterken.⁴⁵ Gesproken wordt dan ook wel van het 'dialoogprotocol'.⁴⁶ Nationale rechters kunnen in een relatief vroegtijdig stadium en uit eigen beweging immers de dialoog met het EHRM zoeken door adviesverzoeken voor te leggen. Op zijn beurt kan het EHRM hierop antwoorden door een algemene, richtinggevende interpretatie te geven.⁴⁷ De nationale rechter kan vervolgens zelf beoordelen hoe hij deze interpretatie in zijn eigen rechtssysteem inpast.⁴⁸ Dat past bij de primaire verantwoordelijkheid van de staten om de EVRM-rechten te beschermen en daarmee uiteindelijk ook bij de

³⁴ Dit is het zogenaamde 'package for subsidiarity'; zie Wąsek-Wiaderek 2019, p. 643. Zie ook uitgebreid Milner 2014.

³⁵ Zie nader bijv. Gerards 2013; Józwicki 2015, p. 185-186.

³⁶ Vgl. CDDH 2012, par. 52 en par. B.3; Verklaring van Brighton 2012, aangenomen tijdens de High Level Conference in Brighton (19-20 april 2012), https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf, par. 12(d); EHRM 2013, par. 4; zie ook Voland & Schiebel 2017, p. 80.

³⁷ Nader daarover o.m. Sicilianos 2014, p. 14; Józwicki 2015; Thorarensen 2016; Gerards 2019, par. 30 e.v.; Glas & Krommendijk 2022, p. 314. De genoemde auteurs hebben overigens ook gewaarschuwd tegen te hoge verwachtingen op dit punt; zie daarvoor bovendien Józwicki 2015, p. 205.

³⁸ Gerards 2014; Sicilianos 2014, p. 12-13.

³⁹ Gerards & Fleuren 2014, m.n. hoofdstuk 9; Lambrecht 2022.

⁴⁰ Zie nader Gerards 2014.

⁴¹ Zie bijv. *MGN Limited t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 2011, nr. 39401/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0118JUD003940104, «EHRC» 2011/69, m.nt. S. Smet & D. Voorhoof, par. 144-150.

⁴² Gerards 2014, par. 5.2.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Gerards 2014, par. 6.2.2-6.2.4

⁴⁵ Sicilianos 2014, p. 13.

⁴⁶ Lezing EHRM-president Spielman voor het CDDH, 27 juni 2013, #4439316, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/discours%20Spielmann%20EN.pdf>. Zie ook EHRM 2012, par. 9 en zie bijv. Dicosola, Facone en Spigno 2015, p. 1390-1391.

⁴⁷ Daarmee wordt de constitutionele functie van het EHRM versterkt; zie bijv. Moonen & Lavrysen 2021, p. 774.

⁴⁸ CDDH 2012, par. 3(d) en (f); EHRM, par. 6.

subsidiare functie van het Hof.⁴⁹ Een bijkomend voordeel is dat de uitleg van het EHRM niet alleen relevant zal zijn voor de hoogste rechter in de staat die om het advies heeft verzocht. Ook rechters in andere staten kunnen de door het EHRM voorgestelde uitleg en toepassing in hun uitspraken betrekken.⁵⁰ Op zijn beurt kan dat een betere nationale implementatie van het EVRM bevorderen.

2. *Efficiëntie* | Een tweede doel van het Protocol is om de zakenlast van het Hof indirect en op de langere termijn te verlichten.⁵¹ Daarbij is gewezen op de 'pedagogische' of constitutionele waarde van de adviezen van het EHRM. Zou het Hof er via zijn adviezen in slagen meer duidelijkheid te geven over de uitleg van het EHRM, dan kunnen nationale rechters de relevante criteria en factoren in hun eigen rechtspraak toepassen. Gebeurt dat goed, dan kunnen er meteen al minder zaken bij het Hof komen. Dat zal vooral het geval zijn als op nationaal niveau veel vergelijkbare zaken aanhangig zijn, die allemaal samenhangen met een grondrechtenvraagstuk waarover het Hof duidelijkheid kan geven. Die zaken kunnen met inachtneming van het advies van het Hof allemaal op nationaal niveau EVRM-conform worden afgedaan. De aanleiding voor mensen om dan nog een klacht in te dienen in Straatsburg kan daarmee worden weggenomen. Bovendien kan het Hof in dit soort situaties de alsnog ingediende individuele klachten gemakkelijk niet-ontvankelijk verklaren omdat ze al voldoende zijn beoordeeld door de nationale rechter.⁵²

Bij deze doelstelling hebben wetenschappers en rechters van het Hof de nodige vraagtekens gesteld. De procedure legt namelijk potentieel een fors beslag op de capaciteit van het Hof, zeker omdat adviesverzoeken door de Grote Kamer moeten worden behandeld en het veelal zal gaan om complexe vraagstukken.⁵³ Tegelijkertijd is het onwaarschijnlijk dat alle adviesverzoeken daadwerkelijk betrekking hebben op rechtsvragen die voor een (veel) groter aantal zaken relevant zijn.⁵⁴

2.2 Inrichting van de adviesprocedure

2.2.1 Formele en procedurele vereisten

In paragraaf 2.1 is aangegeven dat Protocol 16 is bedoeld om het hoogste nationale rechters mogelijk te maken om het EHRM om advies te kunnen vragen.⁵⁵ De belangrijkste reden voor deze beperking is dat moet worden voorkomen dat het Hof wordt overstelpt met adviesverzoeken.⁵⁶ Het is verder aan de staten om te bepalen welke hoogste rechters de bevoegdheid daadwerkelijk mogen uitoefenen.⁵⁷

De adviesverzoeken moeten betrekking hebben op de interpretatie of toepassing van het EVRM.⁵⁸ Daarbij mag het niet gaan om abstracte of hypothetische kwesties: de adviesverzoeken moeten voortkomen uit een concreet voorliggend geval.⁵⁹ In verband daarmee moet de verzoekende rechter informatie aan het EHRM verstrekken over de relevante juridische en feitelijke achtergronden van de voorliggende zaak, zodat het EHRM voldoende context heeft om een goed advies te kunnen geven.⁶⁰ Het Hof heeft in zijn praktijkleidraad voor Protocol 16-verzoeken (hierna: de *Guidelines*)

⁴⁹ Vgl. Józwicki 2015, p. 191; O'Leary & Eicke 2018, p. 4; Lemmens 2019, p. 694.

⁵⁰ Moonen & Lavrysen 2021, p. 774.

⁵¹ CDDH 2012, par. 52 en Appendix 5, par. 3(a) en (c); EHRM 2012, par. 2; Volland & Schiebel 2017, p. 79.

⁵² CDDH 2012, par. 52; Sicilianos 2014, p. 14.

⁵³ Zie bijv. Sicilianos 2014, p. 20; Gerards 2013, p. 518; Dzehtsariou & O'Meara 2014, p. 468; Józwicki 2015, p. 197-198. Dit risico wordt nog versterkt nu sommige staten veel rechters bevoegd hebben verklaard om adviesverzoeken in te dienen; O'Leary & Eicke (2018, p. 5) en Wąsek-Wiaderek (2019, p. 648) wijzen er bijvoorbeeld op dat Roemenië, naast het hooggerechtshof en het constitutionele hof, ook vijftien gerechtshoven bevoegd heeft verklaard. Daardoor is er een aanzienlijk potentieel voor het voorleggen van adviesverzoeken, al is het nog maar de vraag of daarvan ook echt gebruik zal worden gemaakt.

⁵⁴ Józwicki 2015, p. 198.

⁵⁵ Art. 1 P16.

⁵⁶ *Explanatory Memorandum*, par. 8; zie ook O'Leary & Eicke 2018, p. 5. Zie voor de ingewikkeldheden die dit vereiste voor sommige staten oplevert (vooral die met een constitutioneel hof), Dicosola, Fasone & Spigno 2015, p. 1404 e.v.

⁵⁷ Art. 10 P16; zie ook *Explanatory Memorandum*, par. 8 en vgl. Sicilianos 2014, p. 16. Zie voor de lijsten van bevoegd verklaarde gerechten <https://conventions.coe.int>, CETS-nr. 214 > Reservations and declarations.

⁵⁸ Art. 1 lid 1 P16. Zie voor een verdere uitwerking van de verschillende vereisten Gerards 2021.

⁵⁹ Art. 1 lid 2 P16.

⁶⁰ Art. 1 lid 3 P16; Regel 92 lid 2 Reglement van het Hof; *Guidelines* par. 12-13. Zie ook O'Leary & Eicke 2018, p. 9-10.

benadrukt hoe belangrijk een goede informatievoorziening is.⁶¹ Alleen als het voldoende inzicht heeft in de voorliggende zaak kan het nuttige en waardevolle adviezen geven over de interpretatie en toepassing van het EVRM.⁶² Het Hof geeft de nationale rechters dan ook in overweging om pas een adviesverzoek in te dienen als alle relevante feiten en rechtsvragen in de zaak zijn geïdentificeerd.⁶³ De vraag in hoeverre rechters dit uit eigen beweging mogen of moeten doen en in hoeverre de partijen in een zaak bij het indienen en formuleren van het adviesverzoek worden betrokken wordt in het Protocol zelf niet beantwoord.⁶⁴ Dit is aan de beoordeling door de bevoegde gerechten overgelaten.

Adviesverzoeken mogen worden opgesteld in de eigen, officiële taal die wordt gebruikt in de procedure voor het nationale hoogste gerecht. Als dat niet het Engels of het Frans is (de officiële werktalen van het Hof), dan moet het verzoekende gerecht wel voorzien in een vertaling in een van die talen.⁶⁵ Aan de adviesprocedure op grond van Protocol 16 zijn verder geen kosten verbonden. Als dergelijke kosten wel ontstaan op het nationale niveau (bijvoorbeeld om te voorzien in een vertaling van stukken), is het niet aan het Hof om daar een oplossing voor te vinden.⁶⁶

2.2.2 *Beslissing over behandeling van het adviesverzoek*

Het EHRM is niet verplicht om het adviesverzoek in behandeling te nemen.⁶⁷ Een panel van vijf rechters van het Hof beslist hierover. Als een panel een verzoek voor zich krijgt, zal het allereerst bekijken of het voldoet aan de gestelde formele en procedurele vereisten.⁶⁸ Als bijvoorbeeld een verzoek is ingediend door een gerecht dat niet op de lijst staat of als het nationale gerecht te weinig informatie heeft gegeven over de achtergronden voor en de behoefte aan een bepaald advies, dan kan het panel weigeren om het verzoek in behandeling te nemen. Datzelfde geldt als het panel ontdekt dat een verzoek niet daadwerkelijk voortkomt uit of onvoldoende samenhangt met een op nationaal niveau aanhangige procedure.⁶⁹

Protocol 16 bevat geen informatie over eventuele inhoudelijke gronden voor weigering van adviesverzoeken. In het Protocol wordt opgemerkt dat het moet gaan om principiële kwesties ('questions of principle') over de interpretatie of toepassing van het EVRM, maar gesteld is bijvoorbeeld niet dat het (potentieel) zou moeten gaan om vragen over systemische, structurele of repetitieve grondrechtenproblemen.⁷⁰ Verwacht werd dat panels hun oordeel zouden baseren op criteria die vergelijkbaar zijn met de gronden die het gebruikt om te beslissen over verzoeken om een hogere voorziening op grond van art. 43 EVRM.⁷¹ Volgens die bepaling kan een zaak die door een Kamer is beoordeeld in een aantal situaties worden voorgelegd aan de Grote Kamer, namelijk als de zaak belangrijke vragen oproept met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het EVRM; als de zaak aanleiding vormt tot het aanpassen van vaste rechtspraak; of als de zaak betrekking heeft op een onderwerp van algemeen belang.⁷²

Min of meer in het verlengde hiervan heeft het Hof in de *Guidelines* uitgelegd dat een adviesverzoek kan worden voorgelegd aan het Hof als het betrekking heeft op een nieuwe kwestie van EVRM-recht, als de feiten van de zaak zich niet lijken te lenen voor een gemakkelijke nationale toepassing van het EVRM of als de EHRM-rechtspraak op een bepaald punt inconsistent lijkt te zijn.⁷³

⁶¹ *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure*, aangenomen door het Plenaire Hof op 18 september 2017 en geactualiseerd op 18 oktober 2021, https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.

⁶² *Guidelines*, par. 13.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ O'Leary & Eicke 2018, p. 10-11.

⁶⁵ Regel 34 lid 7 Reglement van het Hof; *Guidelines*, par. 18.

⁶⁶ Regel 95 Reglement van het Hof; *Guidelines*, par. 23. Zie ook Sicilianos 2014, p. 22.

⁶⁷ Art. 2 P16.

⁶⁸ Regel 93 lid 3 Reglement van het Hof; *Guidelines*, par. 7.

⁶⁹ *Guidelines*, par. 6. Zie ook Sicilianos 2014, p. 18; Glas & Krommendijk 2021, randnr. 10.

⁷⁰ Zie Group of Wise Persons 2006, p. 339; Sicilianos 2014, p. 17.

⁷¹ Zie verder Gragl 2013, p. 234; Gerards 2014, p. 514; Giannopoulos 2015, p. 339-40; Józwicki 2015, p. 193-194; Paprocka & Ziółkowski 2015, p. 287-88; O'Leary & Eicke 2018, p. 7.

⁷² Zie ook EHRM 2012, par. 20, 22 en 30.

⁷³ *Guidelines*, par. 5.

Eén van de open vragen rondom het Protocol was of en hoe het panel deze criteria zou hanteren in zijn beoordeling van adviesverzoeken.⁷⁴ Een ander vermoeden dat is uitgesproken was namelijk dat het EHRM staten niet zou willen ontmoedigen om adviesverzoeken in te dienen.⁷⁵ Daarom zou het EHRM mogelijk ook verzoeken aanvaarden die eigenlijk niet zo goed passen binnen de hiervoor genoemde criteria, in ieder geval in de beginperiode van 'gewenning' aan de adviesprocedure.⁷⁶

De onduidelijkheid over de te hanteren ontvankelijkheidscriteria zal in de loop van de tijd kunnen worden opgelost, omdat Protocol 16 voorschrijft dat het Panel zijn oordelen tot afwijzing van een adviesverzoek openbaar maakt en voorziet van een motivering.⁷⁷ Het Hof zelf heeft echter al voor de inwerkingtreding van het Protocol gewaarschuwd dat die motivering niet uitgebreid zal zijn.⁷⁸ De bedoeling is vooral om frictie met de nationale rechter te voorkomen door uit te leggen waarom diens verzoek toch niet zal worden gehonoreerd.⁷⁹ In paragraaf 3.2 van dit rapport wordt verder ingegaan op de manier waarop het Hof tot nu toe met deze materie is omgegaan en hoe een oordeel van het EHRM over ontvankelijkheid van een adviesverzoek wordt gemotiveerd.

2.2.3 Procedure rondom het advies

Wordt een adviesverzoek in behandeling genomen, dan is de Grote Kamer (zeventien rechters) bevoegd om het advies te schrijven.⁸⁰ Daarbij moet de Grote Kamer prioriteit geven aan de advisering, al zijn er geen termijnen gesteld.⁸¹ Als het nationale gerecht van oordeel is dat het verzoek een nog grotere urgentie heeft, kan het dit gemotiveerd meedelen aan het Hof.⁸² Het is dan aan het Hof om te bepalen of een nog verder versnelde behandeling inderdaad is aangewezen.⁸³

De President van de Grote Kamer kan het verzoekende gerecht verzoeken om aanvullende informatie aan te leveren als dat nodig wordt gevonden om het verzoek te kunnen behandelen. Daarnaast kan de President de partijen bij de nationale procedure uitnodigen om schriftelijke observaties in te dienen en, als dat passend is, om deel te nemen aan een hoorzitting.⁸⁴ Tijdens de behandeling van het adviesverzoek mogen de regering van de verzoekende staat en de mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa opmerkingen indienen.⁸⁵ Als de President van het Hof dat nodig vindt, mag hij bovendien andere staten en personen toestemming geven om te interveniëren.⁸⁶ De reden daarvoor is vooral dat een adviesverzoek een vraagstuk aan de orde kan stellen dat ook voor andere staten en actoren van belang kan zijn.⁸⁷

Volgens de *Guidelines* beperkt het uiteindelijke advies van het Hof zich strikt tot het ingediende verzoek.⁸⁸ Dat betekent dat het Hof niet de feiten van een zaak beoordeelt en zich niet uitspreekt over de waarde van de stellingen van partijen.⁸⁹ Hoe het Hof in zijn adviezen zou omgaan met de uitlegkwesties en hoe het doctrines zoals de *margin-of-appreciation*-doctrine daarin zou betrekken, was van te voren lastig te voorspellen. Hetzelfde geldt voor de vraag of het Hof bepaalde vragen onbeantwoord zou kunnen laten, of (en in hoeverre) het adviesvragen zou kunnen herformuleren en of het Hof *ex officio* EVRM-bepalingen aan de orde kan stellen die in het adviesverzoek niet

⁷⁴ Of eventuele andere criteria; zie daarvoor bijv. Gerards 2017. Zie ook Glas & Krommendijk 2021, randnr. 2.

⁷⁵ Vgl. Glas & Krommendijk 2022, p. 324, die het hebben over een periode van 'confidence-building'. Zie ook bijv. Dicosola, Fasone & Spigno 2015, p. 1407.

⁷⁶ Vgl. Swaanenburg-Van Roosmalen & Vermeulen 2019, p. 11.

⁷⁷ Art. 2 lid 1 P16.

⁷⁸ EHRM 2013, par. 9.

⁷⁹ Sicilianos 2014, p. 21.

⁸⁰ Art. 2 lid 2 P16.

⁸¹ Regel 93 lid 2 Reglement van het Hof in samenhang met Regel 41 Reglement van het Hof; zie ook O'Leary & Eicke 2018, p. 12.

⁸² *Guidelines*, par. 15; O'Leary & Eicke 2018, p. 14.

⁸³ *Guidelines*, par. 29; O'Leary & Eicke 2018, p. 14.

⁸⁴ Art. 3 P16; Regel 94 lid 3 Reglement van het Hof.

⁸⁵ Art. 3 P16; Explanatory Memorandum, par. 14; EHRM 2012, par. 36; Gragl 2013, p. 238-39.

⁸⁶ Art. 3 P16.

⁸⁷ Sicilianos 2014, p. 24.

⁸⁸ *Guidelines*, par. 6.2.

⁸⁹ *Idem*.

expliciet genoemd zijn.⁹⁰ Evenmin staat er enig detail in het Protocol of de *Guidelines* over de manier waarop en de mate waarin interventies van andere staten of derden in een advies moeten worden betrokken.⁹¹ Op basis van de tot nu toe uitgebrachte adviezen wordt in paragraaf 3.3 nader ingegaan op de praktijk daarbij.

Het uiteindelijke advies wordt voorzien van een motivering en is openbaar.⁹² De uitgebreidheid van de motivering zal afhangen van de vraag of het advies gaat over een nieuw onderwerp of eerder om een vrij eenvoudige uitleg van precedënten.⁹³ Is het advies niet unaniem, dan kunnen de afwijkende meningen worden gepubliceerd.⁹⁴ In dit opzicht lijkt een advies op een 'gewone' uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM.

2.2.4 Procedure na het advies; rechtskarakter van de adviezen

Adviezen zijn niet bindend voor de rechter die erom heeft gevraagd.⁹⁵ Als het hoogste nationale gerecht eenmaal is geïnformeerd over het advies, kan het dus zelf beslissen of het dit wel of niet wil volgen.⁹⁶ De *Guidelines* die het Hof heeft opgesteld voor de procedure verzoeken de nationale rechter wel om het Hof te informeren over het aan het advies gegeven gevolg en om het te voorzien van een kopie van de definitieve uitspraak of beslissing.⁹⁷

Tegelijkertijd benadrukt de toelichtende tekst bij het Protocol dat er geen wezenlijk verschil in rechtskracht is tussen een interpretatie die is gegeven in een advies of in een uitspraak.⁹⁸ Uitgangspunt is dat er *res interpretata* of interpretatief gezag toekomt aan de vaste uitleg van het EVRM door het Hof, wat betekent dat die uitleg *de facto* bindend is voor de nationale autoriteiten van alle verdragsstaten.⁹⁹ Een gevestigde uitleg van het EVRM vormt in feite onderdeel van het EVRM als zodanig, en heeft daarmee een vergelijkbare bindende kracht als de EVRM-bepalingen zelf. De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa heeft dit principe van *res interpretata* al in 2000 erkend, in 2010 gevolgd door de ministers van alle verdragsstaten in de Verklaring van Interlaken.¹⁰⁰ Nu de rechtswerking van de adviezen van het Hof vergelijkbaar is met die van de uitspraken, hebben ook de algemene beginselen zoals geformuleerd in de adviezen dit karakter van *res interpretata*.¹⁰¹ Twee rechters bij het EHRM hebben gesuggereerd dat de algemene beginselen die in adviezen worden neergelegd zelfs een hogere precedentwaarde kunnen hebben dan die in reguliere uitspraken van kamers en comités van het Hof.¹⁰²

In de praktijk betekent dit voor de adviezen dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de algemene uitleg- en toepassingsbeginselen die het Hof benoemt en het daadwerkelijk advies over de concrete toepassing daarvan op de feiten van de voorliggende zaak. De algemene beginselen zullen gezag van interpretatie hebben en zijn daarmee *de facto* bindend voor de nationale rechter – niet alleen in de staat waar is verzocht om een advies, maar ook in andere staten.¹⁰³ Negeren of verwerpen van deze beginselen zou in strijd komen met het EVRM.¹⁰⁴ Alleen de concrete toespitsing van deze uitleg op de feiten is daadwerkelijk adviserend.

⁹⁰ Zie o.m. Dzehtsariou & O'Meara 2014, p. 466; O'Leary & Eicke 2018, p. 13; Vogiatzis 2021, p. 148.

⁹¹ O'Leary & Eicke 2018, p. 16.

⁹² Art. 4 P16.

⁹³ Sicilianos 2014, p. 22.

⁹⁴ Art. 4 lid 2 P16.

⁹⁵ Art. 5 P16.

⁹⁶ Art. 5 P16; *Guidelines*, par. 6.2.

⁹⁷ *Guidelines*, par. 31.

⁹⁸ Explanatory Memorandum, par. 27. Zie eerder EHRM 2012, par. 44.

⁹⁹ Bodnar 2014; Gerards 2014, p. 21 e.v.; Józwicki 2015, p. 194; Paprocka & Ziółkowski 2015, p. 291.

¹⁰⁰ Zie PACE Resolutie 1226/2000, par. 3 en de Verklaring van Interlaken – Actieplan, aangenomen tijdens de High Level Conference in Interlaken (19 februari 2010), https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf, par. B.4.c.

¹⁰¹ EHRM 2013, par. 44.

¹⁰² O'Leary & Eicke 2018, p. 9.

¹⁰³ EHRM 2013, par. 5 en 44; zie ook Volland & Schiebel 2017, p. 83.

¹⁰⁴ Dit geldt overigens ook voor de rechters in staten die niet zelf bij het adviesverzoek zijn betrokken. Zie hierover nader Bodnar 2014, p. 223-262; Gerards 2023, p. 97-99. Zie ook CDDH 2012, par. 20(b).

Ook als de nationale hoogste rechter het Hof heeft verzocht om een advies, blijft de mogelijkheid voor de individuele partijen bestaan om na afronding van de nationale procedure een klacht in te dienen bij het Hof.¹⁰⁵ Het kan immers gebeuren dat de nationale rechter het advies niet opvolgt en dat een individu in het ongelijk wordt gesteld.¹⁰⁶ Ook kunnen individuen het belangrijk vinden dat het Hof nog een keer naar hun zaak kijkt omdat zij van mening zijn dat de nationale rechter het advies van het Hof verkeerd heeft geïnterpreteerd of toegepast. Een derde aanleiding om alsnog een individueel verzoekschrift in te dienen bij het Hof kan zijn dat de individuele klager aspecten van de zaak relevant acht die niet in het adviesverzoek aan de orde zijn gesteld.

Als een individuele klacht wordt ingediend nadat er ook een adviesprocedure is geweest, betekent dit dat het Hof zich twee keer over dezelfde feitelijke kwestie moet uitspreken.¹⁰⁷ Wel zal het perspectief in beide gevallen anders zijn. Zo zal het in de individuele zaak bijvoorbeeld gaan om de correctheid van de nationale uitleg of toepassing van het advies van het Hof, en niet zozeer om de eerder gegeven EVRM-interpretatie. Als het Hof van oordeel is dat er sprake is van te significante overlap, dan kan het bovendien beslissen om een aantal aspecten van de zaak niet-ontvankelijk te verklaren omdat het zich daarover al eerder heeft uitgesproken.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Explanatory Memorandum, par. 26.

¹⁰⁶ Idem. Zie hierover ook Lemmens 2019, p. 703; Glas & Krommendijk 2022, p. 332.

¹⁰⁷ Overigens heeft Sicilianos (2014, p. 27) erop gewezen dat zich ook een andere situatie kan voordoen, namelijk dat het Hof een adviesverzoek krijgt voorgelegd dat betrekking heeft op eenzelfde onderwerp als een aantal al aanhangige individuele klachten. Zijn voorgestelde oplossing is om in die gevallen ofwel voorrang te geven aan de behandeling van het adviesverzoek en vervolgens de individuele zaken onder verwijzing naar de algemene uitlegbeginselen in het advies af te laten doen door een Comité van drie rechters, ofwel een verzoek om een advies te weigeren om niet vooruit te lopen op de beslissing in een individuele zaak.

¹⁰⁸ Explanatory Memorandum, par. 26; Thorarensen 2016, p. 79-100. Op die manier kan het ook voorkomen dat het advies dat het heeft gegeven alsnog indirect bindend wordt, namelijk als het zou oordelen dat de staat door te handelen in strijd met het advies ook in strijd heeft gehandeld met het EVRM; zie daarover Milner 2014, p. 45 en 47-48.

3. De adviesprocedure in de praktijk: de door het EHRM uitgebrachte adviezen

3.1 Inleiding

Per 1 juni 2023 heeft het EHRM zes adviezen uitgebracht en één adviesverzoek afgewezen. Aangezien Protocol 16 op 1 augustus 2018 in werking is getreden, betekent dit dat het EHRM tot nu toe gemiddeld 1,2 adviezen per jaar heeft uitgebracht. Dit aantal valt in het niet bij het aantal uitspraken dat het EHRM ieder jaar doet in individuele klachtprocedures.¹⁰⁹ Ook is het een vrij beperkt aantal wanneer het wordt vergeleken met het aantal Grote Kameruitspraken dat per jaar wordt gedaan. In 2022 lag dit aantal bijvoorbeeld op negen.¹¹⁰ Kijkend naar de doorlooptijd van de adviesprocedure valt dan weer op dat deze aanzienlijk korter is dan die van een klachtprocedure. Gemiddeld duurt het 2,3 maanden voordat een panel van vijf rechters beslist of een adviesverzoek wordt geaccepteerd. Tussen het indienen van het adviesverzoek en het uiteindelijke advies zit gemiddeld 11,5 maand.

De zes adviezen zijn uitgebracht op verzoek van het Franse Hof van Cassatie, het Armeense Constitutioneel Hof, de hoogste bestuursrechter in Litouwen, het Armeense Hof van Cassatie, de Franse Raad van State en het Finse Hooggerechtshof. De vragen die het EHRM op verzoek van deze rechters heeft moeten beantwoorden zijn zeer uiteenlopend van aard. In het kort gaat het over de juridische erkenning van ouderschap bij een draagmoederschapconstructie (artikel 8 EVRM), het gebruik van gelede normstellingen en het verbod van terugwerkende kracht in het strafrecht (artikel 7 EVRM), een beperking van het passief kiesrecht (artikel 3 Protocol 1 EVRM), verjaringstermijnen voor handelingen die kwalificeren als marteling (artikel 7 EVRM), de ongelijke behandeling van bepaalde verenigingen (artikel 14 jo. artikel 1 Protocol 1 EVRM) en de procedurele status en rechten van een biologische moeder in de adoptieprocedure van een volwassen kind (artikelen 6 en 8 EVRM). Het enige adviesverzoek dat tot op heden door het EHRM is afgewezen betreft een verzoek van het Slowaakse Hooggerechtshof over de eisen die uit artikel 2, 3 en 6 EVRM voortvloeien wat betreft onafhankelijkheids- en onpartijdigheidswaarborgen in het strafrechtelijk vooronderzoek.

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt aan de hand van de door het EHRM uitgebrachte adviezen en de motivering van het afgewezen verzoek besproken hoe de adviesprocedure tot nu toe in de EHRM-praktijk vorm heeft gekregen. Hierbij wordt zowel aandacht besteed aan overwegingen voor het wel of niet in behandeling nemen van een adviesverzoek en de benadering die het Hof bij de behandeling kiest (paragraaf 3.2) als aan de vorm en inhoud van de uitgebrachte adviezen (paragraaf 3.3).

3.2 Behandeling van de adviesverzoeken

3.2.1 *Beslissing over het al dan niet behandelen van een adviesverzoek*

In paragraaf 2.2.2 is besproken dat zowel het Protocol als het *Explanatory Memorandum* weinig duidelijkheid verschaffen over eventuele inhoudelijke gronden voor weigering van adviesverzoeken. Het enige dat volgt uit deze documenten is dat een adviesvraag moet gaan over principiële kwesties met betrekking tot de interpretatie of toepassing van het EVRM. Het EHRM heeft zichzelf van deze onduidelijkheid bewust getoond. In dit verband heeft het overwogen dat zijn verplichting om de beslissing tot afwijzing van een adviesverzoek te motiveren mede bedoeld is om meer duidelijkheid te bieden over de uitleg van het vereiste van 'principiële kwesties'.¹¹¹ Nu vooralsnog maar in één geval een adviesverzoek niet is aanvaard, heeft het Hof die duidelijkheid maar in beperkte mate kunnen bieden. Een verklaring hiervoor is dat de motiveringsplicht alleen geldt voor het afwijzen

¹⁰⁹ In 2022 heeft het EHRM in 4168 zaken een uitspraak gedaan en 35.402 klachten niet-ontvankelijk verklaard of van de rol geschrapt (EHRM, *Analysis of statistics 2022*, januari 2023).

¹¹⁰ EHRM, *Annual report 2022*, januari 2023, p. 35.

¹¹¹ Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention, verzocht door het Slowaakse Hooggerechtshof, EHRM 14 december 2020, P16-2020-001, par. 13. Dit is ook in overeenstemming met het Explanatory Memorandum waarin wordt opgemerkt dat het aan het EHRM is om verder duidelijkheid te verschaffen over het type vraag dat gesteld mag worden op basis van art. 1 P16.

van een adviesverzoek.¹¹² Wanneer een adviesverzoek wordt geaccepteerd hoeft het panel deze beslissing niet te motiveren.

Uit de motivering van de afwijzing van het adviesverzoek van het Slowaakse Hooggerechtshof kan wel het een en ander worden afgeleid over de gevallen waarin het EHRM een adviesverzoek al dan niet in behandeling zal nemen. In zijn beoordeling van het Slowaakse adviesverzoek over de eisen die uit artikel 2, 3 en 6 EVRM voortvloeien wat betreft onafhankelijkheid- en onpartijdigheidswaARBorgen voor strafrechtelijk vooronderzoek haalt het bevoegde panel van het Hof allereerst artikel 1 van Protocol 16 aan, waarin is bepaald dat een adviesverzoek principiële vragen moet bevatten over de interpretatie of toepassing van het EVRM in een concrete zaak.¹¹³ Ook roept het panel paragraaf 6.2 van de *Guidelines* in herinnering, waaruit volgt dat de principiële vragen door de verzoekende rechter noodzakelijk moeten worden geacht om de zaak te kunnen beslechten.¹¹⁴ Na deze algemene overwegingen beslist het panel het deel van het adviesverzoek over artikel 2 en 3 EVRM niet te behandelen, omdat de nationale procedure primair betrekking heeft op de eerlijkheid van het proces in het licht van artikel 6 EVRM. Ook zou de informatie die het Hof tot zijn beschikking heeft geen aanwijzingen bevatten waaruit blijkt dat de partijen een beroep hebben gedaan op artikel 2 en 3 EVRM. Dit deel van het adviesverzoek wordt dus afgewezen omdat het geen betrekking heeft op punten die rechtstreeks verband houden met de lopende procedure op nationaal niveau.¹¹⁵ Vervolgens besluit het panel ook het deel van het adviesverzoek dat ziet op artikel 6 EVRM niet in behandeling te nemen. Volgens het panel heeft het Slowaakse Hooggerechtshof zelf in een overzichtsarrest al relevante handvatten geboden voor beantwoording van de vraag, waardoor het bieden van een richtsnoer door het EHRM niet meer nodig is.¹¹⁶

Deze overwegingen van het panel ten aanzien van het Slowaakse verzoek laten zien dat de reden voor afwijzing van het adviesverzoek niet zozeer schuilt in het feit dat het adviesverzoek geen principiële kwestie betreft, maar erin is gelegen dat de vraag onvoldoende rechtstreeks verband houdt met de nationale procedure en dat een advies niet noodzakelijk wordt geacht voor de nationale rechter om tot een oordeel in de zaak te kunnen komen.¹¹⁷ Dit betekent dat het Hof nog geen gelegenheid heeft gezien om via beslissingen over het afwijzen van adviesverzoeken de hiervoor vermelde onduidelijkheid over 'principiële kwesties' weg te nemen.

Een andere formele reden om een adviesverzoek niet in behandeling te nemen kan erin zijn gelegen dat de nationale rechter onvoldoende inzicht heeft gegeven in de feiten van de voorliggende zaak.¹¹⁸ Dit kan ingewikkeldheden opleveren in gevallen waarin bij een adviesverzoek sprake is van een 'dubbele' verwijzing. Zo'n dubbele verwijzing kan zich in sommige staten voordoen wanneer een lagere rechter prejudiciële vragen stelt aan een constitutioneel hof en dat constitutionele hof vervolgens een adviesverzoek indient in Straatsburg. In die gevallen zijn de feiten vaak nog niet definitief vastgesteld. Uit de uitgebrachte adviezen blijkt dat dit tot dusver niet in de weg heeft gestaan aan het in behandeling nemen van een adviesverzoek. Wel kan het gevolgen hebben voor de aanpak van het Hof. Wanneer de feiten nog niet vaststaan, baseert het Hof zich op de feiten zoals die door zo'n nationaal constitutioneel hof zijn gepresenteerd. Vervolgens zal het aan de feitenrechter op nationaal niveau zijn om de feiten daadwerkelijk vast te stellen en het antwoord van het constitutioneel hof (in het licht van het advies van het EHRM) hierop toe te passen.¹¹⁹

¹¹² Art. 2(1) P16; Explanatory Memorandum, par. 15.

¹¹³ Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention, verzocht door het Slowaakse Hooggerechtshof, EHRM 14 december 2020, P16-2020-001, par. 16.

¹¹⁴ *Idem*, par. 17.

¹¹⁵ *Idem*, par. 19.

¹¹⁶ *Idem*, par. 22-23.

¹¹⁷ Zie ook *Glas & Krommendijk 2021*, randnr. 10; zij zijn overigens kritisch over de beslissing tot afwijzing, onder meer vanwege de weinig uitgebreide motivering.

¹¹⁸ Zie hierover nader par. 2.2.1.

¹¹⁹ Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, par. 49.

3.2.2 Behandeling van adviesverzoeken

Zoals bij de bespreking van de afwijzing van het Slowaakse adviesverzoek al aan de orde is gekomen, leidt het Hof uit de artikelen 1, eerste lid, en 2 van het Protocol af dat een advies beperkt moet zijn tot punten die rechtstreeks verband houden met de zaak die aanhangig is op nationaal niveau.¹²⁰ Op basis hiervan acht het Hof zich bevoegd om vragen te herformuleren of samen te voegen, bijvoorbeeld wanneer vragen heel algemeen van aard zijn.¹²¹

Verder heeft het Hof overwogen dat ook nadat een panel van vijf rechters een adviesverzoek heeft goedgekeurd, de Grote Kamer de bevoegdheid behoudt om te oordelen dat bepaalde vragen niet voldoen aan de eisen van artikel 1 van Protocol 16.¹²² Ook na goedkeuring van een adviesverzoek door een panel van vijf rechters kan de Grote Kamer dus nog steeds beoordelen of de vragen uit een adviesverzoek kwalificeren als een principiële vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het EVRM, of een advies wordt gevraagd in een concrete zaak en of de verzoekende rechter zijn verzoek heeft gemotiveerd en informatie heeft verschaft over de juridische en feitelijke achtergrond van de zaak.¹²³

In het advies over gelede normstellingen in het strafrecht besloot de Grote Kamer bijvoorbeeld om twee van de vier adviesvragen niet te beantwoorden, omdat deze vragen geen rechtstreeks verband hielden met de procedure op nationaal niveau. Meer specifiek ging het om vragen met betrekking tot een algemene uitleg van het legaliteitsvereiste dat is opgenomen in het tweede lid van de artikelen 8 tot en met 11 EVRM, terwijl het Hof geen reden zag om aan te nemen dat deze bepalingen een rol speelden in de procedure op nationaal niveau. Vanwege het ontbreken van een voldoende verband met de procedure op nationaal niveau zou een antwoord op de vragen abstract en algemeen van aard zijn en daarmee vielen deze vragen volgens het Hof buiten het bereik van de adviesprocedure.¹²⁴

Ook in het advies over beperking van het passief kiesrecht besloot de Grote Kamer een van de twee adviesvragen niet te beantwoorden. Dit keer was de reden dat de vraag verband hield met problemen die de nationale autoriteiten ondervonden bij het implementeren van een eerdere uitspraak van het Hof; het wetgevingsproces omtrent de implementatie van deze uitspraak was nog niet afgerond.¹²⁵ Het Hof wees behandeling van deze vraag af omdat de adviesprocedure niet is bedoeld als een instrument in de tenuitvoerleggingsprocedure.¹²⁶

Naast het niet beantwoorden van een of meer vragen blijkt de Grote Kamer er soms ook voor te kiezen om vragen te beantwoorden die strikt genomen niet zijn gesteld door de verzoekende rechter. Het Hof doet dat bijvoorbeeld door eerst te adviseren over een voorvraag die het van belang acht voor het beantwoorden van de adviesvraag. In de zaak over het maken van onderscheid tussen

¹²⁰ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, par. 26; Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002, par. 62; Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 april 2022, P16-2021-001, par. 54; Advisory opinion on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the adoption of an adult, verzocht door het Finse Hooggerechtshof, EHRM (GK) 13 april 2023, P16-2022-001, par. 45.

¹²¹ Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, par. 45.

¹²² Idem, par. 47.

¹²³ Idem, par. 47.

¹²⁴ Idem, par. 53-56. Voor een kritische analyse van deze beslissing zie Cnossen & Gerards 2020, randnrs. 11-12.

¹²⁵ Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002, par. 98-100.

¹²⁶ Idem, par. 63. Broeksteeg, Glas en Krommendijk hebben bij deze beslissing wel twijfels geplatst, omdat ze zich afvragen of de vraag daadwerkelijk ging over de adequaatheid van de tenuitvoerlegging van een eerdere uitspraak (Broeksteeg, Glas & Krommendijk 2021, randnr. 5).

verenigingen had de verzoekende rechter zich bijvoorbeeld beperkt tot de vraag wat de relevante criteria zijn om te beoordelen of een door de wetgever gemaakt onderscheid gerechtvaardigd is in de zin van artikel 14 juncto artikel 1 Protocol 1 EVRM. Het Hof achtte het niettemin van belang om eerst uit te leggen hoe de nationale rechter zou moeten beoordelen of artikel 14 juncto artikel 1 Protocol 1 van toepassing is op het gemaakte onderscheid en op basis van welke criteria de nationale rechter moet beoordelen of het gaat om gelijke gevallen.¹²⁷

3.2.3 Procesverloop bij het EHRM

Uit de in de adviezen opgenomen beschrijving van de procedure bij het EHRM blijkt dat in vijf van de zes advieszaken de regering van de verzoekende staat gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om tijdens de behandeling van het adviesverzoek opmerkingen in te dienen. De mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa heeft tot nu toe geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. In één van de advieszaken hebben andere staten als derde partij geïnterveneerd.¹²⁸ In deze zaak en twee andere zaken hebben ook maatschappelijke organisaties toestemming gekregen om als derde partij te interveniëren.¹²⁹ In vijf van de zes advieszaken hebben partijen die betrokken zijn in de procedure op nationaal niveau schriftelijke opmerkingen ingediend.¹³⁰

Zoals in paragraaf 2.2.3 is besproken staat in het Protocol noch in de *Guidelines* iets vermeld over de manier waarop en de mate waarin interventies van andere staten of derden in een advies moeten worden betrokken. Hoewel in tegenstelling tot reguliere uitspraken de adviezen geen samenvatting bevatten van de inhoud van de interventies, verschaffen de adviezen op dit punt wel meer duidelijkheid. Met betrekking tot de interventies heeft het Hof overwogen dat het bij het formuleren van het advies terdege rekening houdt met de ontvangen opmerkingen, maar dat het in een adviesprocedure het niet als zijn taak ziet om op alle opmerkingen te reageren of de basis voor het advies uitgebreid uit een te zetten.¹³¹ Om dit te rechtvaardigen benadrukt het Hof dat het hoofddoel van de adviesprocedure is om de verzoekende rechter handvatten te bieden en daarmee in staat te stellen het EVRM te respecteren bij het doen van een uitspraak.¹³²

¹²⁷ Advisory Opinion on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date, verzocht door de Franse Raad van State, EHRM (GK) 13 juli 2022, P16-2021-002, par. 57.

¹²⁸ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001.

¹²⁹ Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001; Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 april 2022, P16-2021-001.

¹³⁰ Dit was alleen niet het geval in Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002.

¹³¹ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, par. 34; Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, par. 51; Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002, par. 67; Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 april 2022, P16-2021-001, par. 55; Advisory opinion on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the adoption of an adult, verzocht door het Finse Hooggerechtshof, EHRM (GK) 13 april 2023, P16-2022-001, par. 46.

¹³² Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, par. 34; Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the

Uit de beschrijving van de procedure volgt verder dat alle adviesprocedures schriftelijk zijn gevoerd. Het Hof heeft dus geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een hoorzitting te organiseren.¹³³

3.3 Vorm en inhoud van de uitgebrachte adviezen

De adviezen die het EHRM tot nu toe heeft uitgebracht bieden inzicht in de inhoudelijke beoordeling van een adviesverzoek en in de vorm die de adviezen uiteindelijk aannemen.

Wat betreft de vorm kan worden opgemerkt dat de zes uitgebrachte adviezen eenzelfde opbouw kennen. Eerst wordt kort de procedure bij het EHRM beschreven, gevolgd door een weergave van de gestelde adviesvragen. Vervolgens wordt de achtergrond van de procedure op nationaal niveau geschetst en wordt een overzicht gegeven van de relevante nationale en internationale wetgeving. Vaak worden daarna de bevindingen gepresenteerd uit een rechtsvergelijkend onderzoek dat het Hof heeft uitgevoerd in het kader van het adviesverzoek. De kern van het advies wordt gevormd door de argumentatie. Daarbij geeft het Hof in het algemeen eerst een overzicht van de algemene uitgangspunten die het in zijn eerdere rechtspraak over het voorliggende onderwerp heeft geformuleerd en waarvan kan worden aangenomen dat er het karakter van *res interpretata* aan wordt toegekend. Vervolgens beargumenteert het Hof hoe in het licht van die algemene uitgangspunten de gestelde adviesvragen moeten worden beantwoord. De adviezen worden afgesloten met een dictum waarin het advies wordt samengevat. Daarbij wordt inzicht gegeven in de stemverhoudingen binnen de Grote Kamer ten aanzien van de verschillende adviesvragen. Ook bevat een aantal adviezen *separate opinions* van rechters die het niet eens zijn met de uitkomst of de redenering van de meerderheid van de Grote Kamer.¹³⁴ De opbouw van de adviezen is hiermee dus zeer vergelijkbaar met de opbouw van uitspraken van de Grote Kamer in individuele klachtprocedures.

Wanneer het gaat om de inhoudelijke behandeling van het adviesverzoek, herhaalt en benadrukt het Hof consistent de uitgangspunten zoals die volgen uit Protocol 16 en de bijbehorende documenten.¹³⁵ Zo is een van de inmiddels vaste overwegingen van het Hof dat het niet de bevoegdheid heeft om de feiten van een zaak of de standpunten van partijen te beoordelen, noch om een uitspraak te doen over de uitkomst van de op nationaal niveau gevoerde procedure.¹³⁶ In het verlengde

standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, par. 51; Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002, par. 67; Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 april 2022, P16-2021-001, par. 55; Advisory opinion on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the adoption of an adult, verzocht door het Finse Hooggerechtshof, EHRM (GK) 13 april 2023, P16-2022-001, par. 46.

¹³³ Art. 3 P16; Explanatory report, par. 21.

¹³⁴ Tot nu toe zijn alle adviezen unaniem aangenomen, maar er is twee keer een rechter geweest die liever een andere redenering aan het advies ten grondslag had willen leggen. Zie de concurring opinion van rechter Sarvarian bij Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001 en de concurring opinion van rechter Harutyunyan bij Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 april 2022, P16-2021-001.

¹³⁵ Zie voor een uitgebreide beschrijving par. 2.2.

¹³⁶ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, par. 25; Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002, par. 61; Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 april 2022, P16-2021-001, par. 53; Advisory opinion on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the

hiervan heeft het Hof in zijn adviezen benadrukt dat het niet het doel van de adviesprocedure is om de zaak te verplaatsen naar het Hof, maar om de verzoekende rechter handvatten ('guidance') te geven om de zaak op nationaal niveau te kunnen beslechten.¹³⁷

Ditzelfde uitgangspunt is zichtbaar in de inhoudelijke beantwoording van de adviesvragen. In tegenstelling tot een uitspraak in een klachtprocedure, waarin het Hof eerst een aantal algemene uitlegbeginselen formuleert en die vervolgens toepast op de feiten van de zaak, beperkt het Hof zich in adviezen tot de formulering van algemene uitlegbeginselen.¹³⁸ Hierdoor hebben de adviezen een relatief hoog abstractieniveau.¹³⁹ De uiteindelijke toepassing van de algemene uitlegbeginselen op de feiten van de zaak laat het Hof aan de nationale rechter.¹⁴⁰ Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het advies over het gebruik van gelede normstellingen en het verbod van terugwerkende kracht in het strafrecht en het advies over het maken van onderscheid tussen bepaalde verenigingen. In het eerste advies overweegt het Hof dat het gebruik van gelede normstellingen op zichzelf niet in strijd is met artikel 7 EVRM. Van cruciaal belang is wel dat burgers moeten kunnen voorzien welk gedrag strafbaar is, waarmee ook gelede normstellingen moeten voldoen aan de eisen van duidelijkheid en voorzienbaarheid. Volgens het Hof is de meest effectieve manier om aan deze eisen te voldoen door in de strafbepaling waarin de gelede normstelling zijn oorsprong vindt expliciet te verwijzen naar de achterliggende bepaling(en). Verder moet de strafbepaling de (strafbepalende) bestanddelen van de strafbaarstelling bevatten, zodat in de achterliggende bepaling(en) de strafbaarstelling enkel verder kan worden uitgewerkt.¹⁴¹ Dit zijn de algemene uitgangspunten die in het advies worden geformuleerd. Het Hof laat het aan de nationale rechter om te beoordelen of aan de eisen is voldaan.¹⁴² Een vergelijkbare aanpak is zichtbaar in het advies over het maken van onderscheid tussen bepaalde verenigingen. In dat advies laat het Hof het aan de verzoekende rechter, de Franse Raad van State, om te beoordelen of het gemaakte onderscheid in overeenstemming is met artikel 14 jo. artikel 1 Protocol 1 EVRM.¹⁴³ Het advies van het EHRM biedt enkel een beoordelingskader voor deze beoordeling.¹⁴⁴

adoption of an adult, verzocht door het Finse Hooggerechtshof, EHRM (GK) 13 april 2023, P16-2022-001, par. 44.

¹³⁷ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, par. 25; Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, par. 43; Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002, par. 61; Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 april 2022, P16-2021-001, par. 53; Advisory opinion on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the adoption of an adult, verzocht door het Finse Hooggerechtshof, EHRM (GK) 13 april 2023, P16-2022-001, par. 44.

¹³⁸ Dit is door Gerards en Mak al opgemerkt bij het eerste advies dat het EHRM uitbracht (Gerards & Mak 2019, randnr. 11). Zie ook Buyse 2019 en Lavrysen 2019.

¹³⁹ Met betrekking tot het advies over gelede normstellingen stelden Cnossen en Gerards bijvoorbeeld dat het EHRM inhoudelijk advies geeft, maar dit op een zodanig abstractieniveau doet dat het de hete aardappel in feite gewoon terugspeelt naar het constitutionele hof (Cnossen & Gerards 2020, randnr. 8).

¹⁴⁰ Deze aanpak heeft in de literatuur kritiek gekregen; zie bijv. Buyse 2019; Lavrysen 2019; Lavrysen 2020.

¹⁴¹ Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, par. 70-74. Zie ook Cnossen & Gerards 2020, randnrs. 22-23.

¹⁴² Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, par. 74.

¹⁴³ Advisory Opinion on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date, verzocht door de Franse Raad van State, EHRM (GK) 13 juli 2022, P16-2021-002, par. 111.

¹⁴⁴ Zie ook Askin 2023.

Het Hof maakt in de argumentatie van zijn adviezen daarnaast melding van de *margin-of-appreciation*-doctrine. Daarmee maakt het duidelijk hoeveel speelruimte de nationale rechter heeft bij de uiteindelijke toepassing van de algemene rechtspraakcriteria in de concrete omstandigheden van het geval. In het advies over de juridische erkenning van een ouder-kindrelatie bij uit draagmoederschap geboren kinderen overwoog het Hof bijvoorbeeld dat het naar nationaal recht mogelijk moet zijn om de relatie tussen het kind en de wensmoeder juridisch erkend te krijgen. Voor de manier waarop de juridisch erkenning precies vorm moet krijgen geldt volgens het Hof dat staten een vrij ruime beoordelingsmarge hebben, waardoor hierover op nationaal niveau keuzes kunnen worden gemaakt. Specifieker betekent dit dat ook adoptie door de wensmoeder een mogelijke manier kan zijn om de juridische erkenning te realiseren, zolang een dergelijke procedure voldoet aan de eisen van promptheid en effectiviteit en in overeenstemming is met de belangen van het kind.¹⁴⁵ Of dit het geval is, moet de verzoekende nationale rechter beoordelen.¹⁴⁶

Het voorgaande laat zien dat het Hof – zeker in meer controversiële kwesties – in zijn adviezen alleen piketpaaltjes slaat. Het is aan de nationale rechters om binnen de afgebakende ruimte en met inachtneming van de geformuleerde criteria eigen keuzes te maken.

3.4 Tussenconclusie

De tot nu toe uitgebrachte adviezen en de beslissing tot afwijzing van het Slowaakse adviesverzoek laten zien dat het EHRM in de toepassing van de adviesprocedure nauw aansluit bij de inrichting van de adviesprocedure zoals die is vastgelegd in het Protocol en aanverwante documenten. Bij het wel of niet in behandeling nemen van adviesverzoeken laat het Hof zwaar meewegen of de vragen voldoende rechtstreeks verband houden met de nationale procedure en of antwoord op de vragen noodzakelijk is voor de nationale rechter om tot een oordeel in de zaak te kunnen komen. Wat daarnaast duidelijk is geworden uit de adviezen is dat de Grote Kamer zich, ook nadat het panel een adviesverzoek heeft geaccepteerd, nog steeds bevoegd acht om bepaalde vragen niet in behandeling te nemen of te herformuleren, of juist zelf een vraag toe te voegen.

De vorm en opbouw van de adviezen is zeer vergelijkbaar met die van uitspraken van de Grote Kamer in individuele klachtprocedures. Wanneer het aankomt op de inhoudelijke beoordeling is wel een duidelijk verschil zichtbaar, in die zin dat de adviezen een relatief hoog abstractieniveau kennen en het Hof zich beperkt tot de formulering van algemene uitlegbeginselen. De toepassing wordt uitdrukkelijk aan de nationale rechter gelaten, die daarbij vaak ook nog een zekere *margin of appreciation* oftewel beoordelingsvrijheid krijgt toebedeeld. Het Hof doet dus niet meer dan de verzoekende rechter enig richtsnoer te bieden om de zaak op nationaal niveau te beslechten.

¹⁴⁵ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, par. 55.

¹⁴⁶ Zie ook Buyse 2019; Gerards en Mak 2019; Lavrysen 2019.

4. Goedkeuring en implementatie in Nederland¹⁴⁷

4.1 Inleiding

Voor Nederland lag de inwerkingtredingsdatum van Protocol 16 op 1 juli 2019 – toen was de goedkeuringsprocedure afgerond, was de goedkeuringswet in het Staatsblad verschenen en was de nodige informatie overgebracht aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa.¹⁴⁸ Mede doordat Protocol 16 EVRM enige ruimte laat om een nationale invulling aan de procedure te geven,¹⁴⁹ bevatten de goedkeuringswet en de parlementaire geschiedenis daarvan een aantal interessante elementen. Uit de kamerstukken blijkt dat de regering enkele keuzes heeft gemaakt die lijken te zijn gebaseerd op het oorspronkelijke Nederlands-Noors voorstel dat aan de basis lag van het Protocol.¹⁵⁰ Daarnaast is tijdens de behandeling van de goedkeuringswet een uitgebreide discussie gevoerd in de Tweede Kamer. In beide Kamers was er verdeeldheid over het voorstel. De Tweede Kamer nam het goedkeuringsvoorstel op 16 mei 2017 aan. Uiteindelijk stemden CDA, D66, GroenLinks, SP, PvdA, PvdD en DENK stemden voor, terwijl SGP, PVV, Forum voor Democratie, 50Plus, ChristenUnie en VVD tegen stemden. De Eerste Kamer deed het voorstel af als hamerstuk, waardoor er geen stemming plaatsvond.¹⁵¹ Wel werd daar de PVV, de SGP en de ChristenUnie aantekening verleend, wat betekent dat zij, als er wel een stemming zou hebben plaatsgevonden over een wetsvoorstel, tegen zouden hebben gestemd.

Om een goed inzicht te krijgen in de Nederlandse discussie en de manier waarop Nederlandse hoogste gerechten in de afgelopen vier jaar zijn omgegaan met hun nieuwe bevoegdheid, is het de moeite waard om de gemaakte keuzes en de gevoerde discussies in enig detail te bespreken. Hierna wordt daarom allereerst ingegaan op een aantal keuzes die zijn gemaakt rondom de procedure en aan een aantal praktische aspecten (paragraaf 4.2). In paragraaf 4.3 wordt aandacht besteed aan de meer inhoudelijke discussies en de argumenten die daar zijn gewisseld.

4.2 Procedure en praktische aspecten

De memorie van toelichting bij de goedkeuringswet geeft allereerst duidelijkheid over de vraag welke rechterlijke instanties bevoegd zijn om adviesverzoeken aan het Hof te richten. Dat zijn:

5. de Hoge Raad
6. de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
7. de Centrale Raad van Beroep
8. het College van Beroep voor het bedrijfsleven
9. het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.¹⁵²

Bij de ratificatie is een verklaring afgelegd waarin de regering 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.¹⁵³ In voorkomende gevallen is het namelijk mogelijk dat nog cassatie wordt ingesteld bij de Hoge Raad, bijvoorbeeld als het gaat om uitspraken van het Gemeenschappelijk Hof en de Centrale Raad, zodat de Hoge Raad in die zaken als hoogste rechter moet worden beschouwd. Vooral voor het Gemeenschappelijk Hof betekent dit dat de bevoegdheid om adviezen te verzoeken grotendeels is beperkt tot diens rol op bestuursrechtelijk terrein, nu bijvoorbeeld voor civielrechtelijke zaken cassatieberoep bij de Hoge Raad mogelijk is.

¹⁴⁷ Dit hoofdstuk is een bewerkte versie van Gerards 2017.

¹⁴⁸ *Stb.* 2019, 8; zie ook www.conventions.coe.int.

¹⁴⁹ Vgl. ook Thorarensen 2016, p. 87.

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ Zie Verslag EK 2018/2019, nr. 10, item 5.

¹⁵² MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 3, p. 5-6.

¹⁵³ MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 3, p. 6. Zie over dit criterium nader Sicilianos 2014, p. 16; O'Leary & Eicke 2018, p. 5.

De memorie van toelichting bevat verder een aantal verduidelijkingen ten aanzien van het Nederlandse procedureverloop als een adviesverzoek wordt overwogen. Wanneer een bevoegd gerecht dit overweegt, is het volgens de regering allereerst 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.¹⁵⁴

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 volgens de regering in het Nederlands worden opgesteld.¹⁵⁵ De regering heeft in het midden gelaten wie verantwoordelijk is voor de vertaling van deze stukken in één van de officiële talen van het EHRM.

In het adviesverzoek moet volgens de memorie van toelichting 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'.¹⁵⁶ Bij het maken van een voorlopige analyse moet de nationale rechter volgens de regering wel voorzichtig zijn om niet van partijdigheid te worden beschuldigd.¹⁵⁷ Het gerecht mag immers niet vooruitlopen op de uiteindelijke beoordeling die het zal geven wanneer het 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. Uit de memorie van toelichting blijkt overigens niet wat er moet gebeuren als tussen de partijen discussie ontstaat over de weergave van de feiten.

Als het EHRM de adviesprocedure heeft afgerond, wordt het advies rechtstreeks toegestuurd aan het verzoekende gerecht.¹⁵⁸ Mocht een advies door een Nederlandse rechter zijn verzocht, dan blijkt uit de memorie van toelichting dat het ministerie van Justitie en Veiligheid zal voorzien in een vertaling in het Nederlands, die het binnen dertig dagen aan het bevoegde gerecht zal versturen.¹⁵⁹ Volgens de regering mag vervolgens worden verwacht dat het nationale gerecht 'met behoorlijke inachtneming van het door het Hof gegeven advies' zijn oordeel over de zaak vormt en uitspraak doet.¹⁶⁰

4.3 Discussiepunten rondom de goedkeuring van Protocol 16 in Nederland

In het debat in het parlement rondom de goedkeuring van Protocol 16 zijn verschillende discussiepunten opgekomen. De diverse discussiepunten en de verwachtingen die in het goedkeuringsproces zijn uitgesproken ten aanzien van het Protocol passeren hieronder de revue. Vraagstukken en risico's die wel in de literatuur zijn opgeworpen, maar die in het Nederlandse debat geen specifieke rol spelen, komen hierna niet verder aan bod.¹⁶¹

4.3.1 Dialoog en subsidiariteit

In paragraaf 2.1.2 is gebleken dat de voornaamste doelstelling van Protocol 16 is om een rechtstreekse dialoog op gang te brengen tussen nationale rechters en het EHRM.¹⁶² In de Tweede Kamer

¹⁵⁴ Dit is minder vanzelfsprekend dan het lijkt; zie nader Thorarensen 2016, p. 96.

¹⁵⁵ MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 3, p. 7.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Art. 4 lid 3 P16.

¹⁵⁹ MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 3, p. 9.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Zie daarvoor bijv. Dicosola, Fasone & Spigno 2015, p. 1405 e.v., waar zij ingaan op het strategische gebruik dat hoogste rechters in sommige staten kunnen maken van het protocol om hun positie te bepalen ten opzichte van die van andere nationale hoogste rechters. Voor zover relevant komen deze punten wel aan de orde in par. 6.4, waar nader wordt ingegaan op de overwegingen die hoogste rechters zelf aandragen om adviesverzoeken bij het EHRM neer te leggen.

¹⁶² Preambule Protocol 16; CDDH 2012, par. B.3; EHRM 2012, par. 6-9; EHRM 2013, par. 4; zie verder Gerards 2013 en 2014; Paprocka & Ziółkowski 2015, p. 277. Zie ook reeds de Brighton Verklaring, High Level Conference

was er nogal wat discussie over deze doelstelling. Naar zeggen van de fracties van de PVV en SGP zou het Protocol tot gevolg kunnen hebben dat een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan democratisch gelegitimeerde wetgeving opzij zou kunnen zetten.¹⁶³ Een meerderheid in het parlement was daarentegen juist voorstander van de idee van rechterlijke controle op de EVRM-rechten, of die nu plaatsvindt via het EHRM of door de nationale rechter.¹⁶⁴

Een aanverwant debat betrof de subsidiaire positie van het EHRM, waarvan in hoofdstuk 2 ook al melding werd gemaakt. De regering benadrukte op dit punt dat het uitgangspunt van het EVRM-systeem is dat grondrechtenbescherming primair door de nationale autoriteiten moet worden geboden,¹⁶⁵ maar zij erkende wel dat in het EVRM uitdrukkelijk een uitleg- en toezichtstaak voor het EHRM vast is gelegd.¹⁶⁶ Zowel volgens de regering als volgens de Afdeling Advisering van de Raad van State is de waarde van het Protocol dat ieder gerecht zijn eigen taken goed kan uitoefenen, in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel.¹⁶⁷ De vrees van enkele Kamerleden en ook van de Raad van State was niettemin dat de eigen ruimte voor de nationale rechter beperkt zou kunnen worden vanwege het karakter van *res interpretata* dat aan de algemene uitleg van het EHRM toekomt.¹⁶⁸ De regering merkte echter op geen reden te hebben om aan te nemen dat de nationale rechter door Protocol 16 opeens strakker 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.¹⁶⁹ Integendeel, zo benadrukte de regering: de nationale hoogste gerechten zouden middels een adviesverzoek zélf de regie kunnen nemen in de dialoog met Straatsburg door duidelijk te maken welke vragen zij graag beantwoord willen zien.¹⁷⁰ Zij zouden de dialoog daardoor meer naar hun hand kunnen zetten dan wanneer een individuele klacht wordt voorgelegd.¹⁷¹

4.3.2 Politiek vaarwater

Een tweede discussieonderwerp betrof het risico dat nationale rechters gevoelige, politieke kwesties via een adviesverzoek zouden gaan doorschuiven naar het Hof.¹⁷² Het EHRM zou daardoor in een lastig parket kunnen worden gebracht, vooral nu het toch al vaak werd bekritiseerd om zijn uitspraken. Zowel de Afdeling Advisering van de Raad van State als een aantal fracties maakten zich hier zorgen over.¹⁷³ De regering zag hier echter nauwelijks een risico en noemde het speculatief.¹⁷⁴ Controversiële kwesties zouden bovendien ook al via de reguliere individuele klachtenprocedure bij het Hof terecht kunnen komen.¹⁷⁵ Hoe vaak het Hof zou worden gevraagd om in politieke kwesties te adviseren, en hoe gemakkelijk het Hof dit zou laten gebeuren, was op dat moment nog niet te voorzien.

4.3.3 (Niet-)bindend karakter van de adviezen

Zoals in hoofdstuk 2 aan bod is gekomen, is het nationale gerecht bij de interpretatie en toepassing van een advies op grond van Protocol 16 gebonden aan de vaste uitleg zoals het EHRM die heeft gegeven.¹⁷⁶ Van de concrete voorstellen die het EHRM doet om deze vaste uitleg toe te passen in

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.

¹⁶³ 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).

¹⁶⁴ *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 8 en 10.

¹⁶⁵ Zie nader Gerards 2014, p. 17 e.v.

¹⁶⁶ Idem; zie art. 32 EVRM.

¹⁶⁷ Zie de preambule bij het Protocol en zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 4, p. 4. Vgl. ook Thorarensen 2016, p. 80.

¹⁶⁸ Bijv. *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 1 (VVD).

¹⁶⁹ NEV II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 2-3.

¹⁷⁰ *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 9 en 11.

¹⁷¹ Niet alle Kamerleden geloven hier overigens in; zie *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 11 (SGP).

¹⁷² Zie hierover ook Gerards 2017, p. 318; Eckhardt & Bakker 2018, p. 1885; Glas & Krommendijk 2022, p. 329.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 4, p. 5.

¹⁷⁴ Nader Rapport, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 4, p. 7 en 11. Ook Glas & Krommendijk (2022, p. 333-334) hebben aangegeven dit risico beperkt te achten.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ Idem, p. 10. Zie hierover ook par. 1.2.4.

de omstandigheden van het geval mag de nationale rechter wel afwijken. Naar aanleiding van dit gegeven is er bij de behandeling van het goedkeuringsvoorstel enige discussie gevoerd over de vraag hoe 'open' zo'n advies nu eigenlijk is. De Afdeling Advisering van de Raad van State merkte op dat er in feite niet zoveel ruimte zou zijn om af te wijken van het EHRM-advies, nu de individuele klager daarna nog een klacht in Straatsburg kan indienen. De kans zou volgens de Raad van State niet zo groot zijn dat het EHRM dan een afwijking van zijn advies zou accepteren. Daardoor zou ook het advies zelf *de facto* toch bindend kunnen blijken.¹⁷⁷ Naar aanleiding van vragen hierover van verschillende fracties,¹⁷⁸ liet de regering weten hierover weinig zorgen te hebben; zij verwachtte dat het Hof begrip zou hebben voor nationale afwegingen.¹⁷⁹

De regering erkende wel dat de adviezen van het Hof door het *res-interpretata*-karakter van de adviezen een bredere relevantie kunnen hebben dan alleen voor de onderliggende rechtszaak. Het achtte het 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 ontraadde,¹⁸⁰ heeft de Tweede Kamer vervolgens een motie-Özütok geaccepteerd die de regering verzoekt om haar te informeren wanneer een advies is verschenen.¹⁸¹ De Kamer zou dan met de regering in debat kunnen gaan over de consequenties van het advies.

4.3.4 Gevolgen voor de werklast bij het EHRM

In paragraaf 2.1.2 kwam aan de orde dat de opstellers van het Protocol verwachtten dat de procedure – op de langere termijn – zou kunnen leiden tot een vermindering van de zakenlast van het EHRM.¹⁸² Zowel de Raad van State als verschillende fracties toonden zich echter bevreesd dat op korte termijn de adviesverzoeken wel degelijk tot een extra belasting zouden leiden – het zogenaamde 'boeggolfeffect'.¹⁸³ Het (met prioriteit) behandelen van de adviesverzoeken zou nogal wat vergen van het Hof.

In haar reactie hierop benadrukte de regering dat bepaalde principiële en moeilijke uitlegkwesties tot veel vergelijkbare zaken kunnen leiden.¹⁸⁴ Als het Hof die allemaal als individuele klacht voor zich zou krijgen, zou het daar veel werk aan hebben. Een adviesverzoek zou het mogelijk maken dat zo'n kwestie al in een vroegtijdig stadium aan het Hof wordt voorgelegd, zodat het daarover een gezaghebbend advies zou kunnen geven. De nationale rechters zouden dat advies dan niet alleen in de concrete zaak kunnen toepassen, maar ook in alle andere, vergelijkbare zaken. Als dat op een overtuigende en goede manier zou gebeuren, hoeven die zaken uiteindelijk niet bij het EHRM terecht te komen.¹⁸⁵ Of, zoals de Staten van Aruba het in hun Verslag bij het goedkeuringsvoorstel weergaven: in veel gevallen zou het Protocol mensen een kostbare en langdurige gang naar Straatsburg kunnen besparen.¹⁸⁶

4.3.5 Vertraging in de nationale procedure

Een andere kwestie betrof de gevolgen van de vertraging in de nationale procedure die het vragen van een advies onvermijdelijk zou veroorzaken.¹⁸⁷ In het bijzonder stelden sommige fracties de vraag of de nationale rechter (of uiteindelijk zelfs het EHRM) de duur van die procedure zou moeten

¹⁷⁷ *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; Swaanenburg-Van Roosmalen & Vermeulen 2019, p. 10.

¹⁷⁸ Verslag II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 5, p. 2-3 (VVD, PvdA); *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 4 (SGP).

¹⁷⁹ Verslag II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 2-3.

¹⁸⁰ *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 12.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34235, nr. 11; *Handelingen II* 2016/17, 75, item 14, p. 1.

¹⁸² Zie bijv. CDDH 2012, par. 3a, maar ook 4b en 4c; EHRM 2012, par. 13-16; Gerards 2013, p. 518. Zie ook Verslag II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 4.

¹⁸³ *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 9.

¹⁸⁴ Verslag II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 4.

¹⁸⁵ *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 9.

¹⁸⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 6.

¹⁸⁷ Zie nader Józwicki 2015, p. 200.

meerekenen voor de redelijke-termijneisen van artikel 6 EVRM.¹⁸⁸ In een in het kader van de goedkeuringsprocedure uitgebracht advies schatte de Raad voor de Rechtspraak de duur van de behandeling in op twee jaar.¹⁸⁹ De regering achtte het echter 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.¹⁹⁰ Mocht het de hoogste rechter allemaal toch te lang duren, dan zou hij het adviesverzoek bovendien altijd nog kunnen intrekken.¹⁹¹

4.3.6 Beperkte relevantie voor Nederland

Een ander debat in de Tweede Kamer betrof de vraag of het Protocol, gelet op zijn doelstelling, voor Nederland wel relevant zou zijn. Nederlandse rechters zouden het immers heel goed doen als het gaat om EVRM-implementatie en -toepassing. De behoefte aan effectieve implementatie, en dus aan een effectieve dialoog tussen EHRM en nationale rechters, zou volgens een aantal fracties veel groter zijn in staten waarin structurele problemen bestaan met de EVRM-toepassing, zoals Azerbeidzjan of Turkije. Zij vroegen zich daarom af of niet eerder zou moeten worden geïnvesteerd in ratificatie van het Protocol door die staten dan in ratificatie door Nederland¹⁹² – iets waarvan de regering constateerde dat het buiten haar macht lag¹⁹³.

4.3.7 Samenloop met de prejudiciële procedure voor het HvJ EU

Tot slot werd een discussie gevoerd over de mogelijke samenloop met een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie in Luxemburg. Noch het Protocol zelf, noch de toelichting zegt iets over de onderlinge verhouding tussen de twee Europese hoven.¹⁹⁴ Het Protocol 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.¹⁹⁵ De regering ging in haar memorie van toelichting niet in op deze kwestie.¹⁹⁶ In het Kamerdebat vroeg de SP of de procedure voor het Hof van Justitie voorrang zou moeten hebben omdat het daarbij gaat om een 'verplichte' procedure, maar de minister liet ook deze vraag onbeantwoord.¹⁹⁷ De Afdeling Advisering van de Raad van State gaf in haar advies wel aan dat het niet wenselijk zou zijn dat rechters bij de twee hoven tegelijkertijd te rade zouden gaan.¹⁹⁸ De regering gaf uiteindelijk aan het aan de gerechten zelf over te laten om te beoordelen hoe zij hiermee zouden moeten omgaan.¹⁹⁹

4.4 Tussenconclusie

Het voorgaande illustreert dat er in het Nederlandse ratificatieproces tal van discussiepunten op tafel zijn gekomen. Deels waren de discussies inhoudelijk van aard, vooral als het gaat om de meerwaarde

¹⁸⁸ Bijv. Verslag II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 5, p. 6 (CDA, D66). Zie over dit risico ook Thorarensen 2016, p. 92; Eckhardt & Bakker 2018, p. 1884.

¹⁸⁹ Dit werd ondersteund door de regering; vgl. MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 3, p. 8; *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 9. Ook het EHRM zelf ziet het belang hiervan; zie EHRM 2012, par. 39; EHRM 2013, par. 13.

¹⁹⁰ MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 3, p. 8. Zie in deze zin ook Swaanenburg-van Roosmalen & Vermeulen 2019, p. 16; Glas & Krommendijk 2022, p. 323.

¹⁹¹ Verslag II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 8. Dit wordt bevestigd door het *Explanatory Memorandum*, par. 7. Zie ook Thorarensen 2016, p. 89.

¹⁹² Verslag II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 10 (CDA), p. 4; *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 3 (PVV).

¹⁹³ Verslag II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 10.

¹⁹⁴ Het HvJ EU vond hierin een argument 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 & J.W.C. van Rossem, *NJ* 2015/140 m.nt. E.A. Alkema, par. 196-199. Zie ook Dicosola, Fasone & Spigno, p. 1412-1413.

¹⁹⁵ Zie over deze scenario's en de mogelijkheden voor nationale rechters van 'forum shopping' wel Gerards 2014b; Eckhardt & Bakker 2018, p. 1886; Volland & Schiebel 2017, p. 89; Lemmens 2019, p. 707 e.v.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 4, p. 9

¹⁹⁷ *Handelingen II* 2016/17, 73, item 7, p. 6. Deze oplossing is overigens vaker voorgesteld als mogelijkheid om de blokkade van toetreding van de EU tot het EVRM te overwinnen; zie bijv. Peers 2014; Józwicki 2015, p. 204.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 4, p. 10.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 3, p. 4. Zie ook Eckhardt & Bakker 2018, p. 1886.

die werd toegekend aan een constructieve dialoog over grondrechten tussen nationale hoogste rechters en het EHRM. Voor een ander deel waren de argumenten meer praktisch en hadden ze te maken met de onzekere effecten van het Protocol. Niet duidelijk was op het moment van ratificatie bijvoorbeeld hoeveel behoefte er aan de dialoogprocedure zou zijn, welke gevolgen dit zou kunnen hebben voor aanhangige nationale procedures, wat de consequenties zouden zijn voor het EHRM en hoe de prejudiciële procedure en de adviesprocedure zich tot elkaar zouden verhouden. Evenmin was op het moment van ratificatie duidelijk hoe vaak nu echt gebruik gemaakt zou gaan worden van de procedure. Enerzijds waren er vrij hoge verwachtingen, anderzijds was de gedachte dat de behoefte aan helderheid juist voor Nederlandse rechters vrij klein zou zijn. Dit maakt het extra interessant om te onderzoeken hoe in de praktijk met de nieuw gecreëerde bevoegdheid wordt omgegaan. Die vraag komt aan de orde in hoofdstuk 6 en 7 van dit rapport.

5. Ratificatie in andere landen

5.1 Inleiding

Niet alleen in Nederland, maar ook in veel andere landen is er discussie geweest rondom de ratificatie van het Protocol. In 27 staten heeft die discussie ertoe geleid dat het Protocol (nog) niet is ondertekend en/of geratificeerd, zoals in Denemarken en Noorwegen.²⁰⁰ In andere landen heeft het proces van ondertekening en ratificatie lang geduurd. In België bijvoorbeeld werd het Protocol, dat in oktober 2013 werd opengesteld voor ondertekening, op 8 november 2018 ondertekend. Pas vijf jaar later, op 1 maart 2023, trad het Protocol voor België in werking. In een derde groep van staten verliep het ratificatieproces vrij vlot. Zo ondertekenden Albanië en Estland het Protocol in 2014 en volgde de goedkeuring daar in respectievelijk 2015 en 2017. Luxemburg ondertekende het Protocol relatief laat, namelijk in 2018, maar bekrachtigde het vervolgens in 2020. Vooral in de staten die het Protocol vrij snel na ondertekening hebben goedgekeurd bestond er in het parlement ook weinig bezwaar tegen de adviesprocedure. In Estland werd de goedkeuring van het Protocol door een aanzienlijke meerderheid gesteund. Het parlement van Estland, dat bestaat uit 101 parlementariërs, nam de goedkeuringswet bijvoorbeeld aan met 80 stemmen voor en 7 stemmen tegen; niemand onthield zich van stemming; 14 leden waren niet bij de stemming aanwezig. In Luxemburg werd de goedkeuring volgens de rapportages zelfs unaniem gesteund. In België is het voorstel behandeld door de parlementaire Commissie voor Buitenlandse Betrekkingen. Weliswaar duurde het Belgische ratificatieproces lang, maar er was uiteindelijk aanzienlijke steun voor: het wetsontwerp tot goedkeuring werd door de commissie aangenomen met 10 stemmen voor en 3 onthoudingen.²⁰¹

De vaak wat grillige processen en de grote verschillen tussen de lidstaten van de Raad van Europa laten zien dat het Protocol niet oncontroversieel is. In het licht van het debat in Nederland kan het interessant zijn om te weten welke overwegingen en discussies in andere landen zijn opgekomen en welke argumenten van belang zijn geweest bij het niet, laattijdig of juist wel ondertekenen en/of ratificeren van het Protocol. Om die overwegingen te achterhalen, zijn ten behoeve van deze studie experts en regeringsbetrokkenen uit zes staten schriftelijk bevraagd. Het gaat dan om de hierboven al genoemde landen Albanië, België, Denemarken, Estland, Luxemburg en Noorwegen.²⁰² De bevindingen uit de schriftelijke rapportages van de respondenten worden hieronder thematisch weergegeven. Waar openbare informatie beschikbaar is over het ratificatieproces of de nationale discussies, is ook daaruit geput. Alleen in die gevallen is de weergegeven informatie ook tot de betreffende staat herleidbaar.

5.2 Argumenten en overwegingen in buitenlandse ratificatiedebatten

5.2.1 *Dialog en verbeterde grondrechtenbescherming*

In vrijwel alle onderzochte nationale ratificatiedebatten is als belangrijkste meerwaarde van het Protocol naar voren gebracht dat het de (constructieve) dialoog kan bevorderen tussen de (rechterlijke colleges in de) staten en het EHRM. Daarnaast is vanuit veel van de onderzochte landen geweten op het voordeel dat grondrechtenkwesies al op nationaal niveau kunnen worden opgelost. Eén respondent merkte op dat daardoor het niveau van grondrechtenbescherming kon worden verbeterd, terwijl een andere benadrukte dat dit een debat kon bevorderen over een universeel begrip van mensenrechten en het systeem van het EVRM dichter bij de burger kan brengen.

In verschillende landen is verder gewezen op het voordeel voor procespartijen van duidelijkheid over een grondrechtenkwesie zonder dat zij zelf de langdurige procedure bij het EHRM hoeven te

²⁰⁰ Per 1 juni 2023 hebben van de 46 lidstaten van de Raad van Europa 19 staten het Protocol geratificeerd. Er zijn 6 staten die het Protocol wel hebben ondertekend, maar niet hebben geratificeerd, waaronder Noorwegen. Van de 46 lidstaten hebben 21 staten het Protocol niet ondertekend, waaronder Denemarken. Zie voor de actuele stand van ondertekening en ratificatie www.conventions.coe.int.

²⁰¹ Zie Wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, Verslag namens de Commissie voor Buitenlandse Betrekkingen, 25 mei 2022, Doc. 55 2631/002, p. 9-10.

²⁰² Voor een uitgebreide beschrijving van de methoden zij verwezen naar par. 1.3.

voeren. Zo is in de Noorse discussie (die overigens niet heeft geleid tot ratificatie) vermeld dat het voor partijen voordelig kan zijn als om een advies wordt gevraagd, omdat het na een einduitspraak van de hoogste nationale rechter lang kan duren voordat het EHRM zich uitspreekt over een individuele klacht.²⁰³ In de tussentijd kan het nationale recht veranderen, zonder dat daarbij rekening kan worden gehouden met het oordeel van het EHRM. Als er dan uiteindelijk wel een oordeel van het EHRM komt, kunnen de gevolgen daarvan voor de betrokken partijen en anderen in een vergelijkbare positie onduidelijk kunnen zijn. Die situatie zou kunnen worden voorkomen als al tijdens de lopende procedure om een advies wordt gevraagd.

Dat via de adviesprocedure meer mensenrechtenvraagstukken al op nationaal niveau kunnen worden opgelost zou bovendien niet alleen gunstig kunnen zijn voor de partijen, maar ook voor de staat, omdat via zo'n advies kan worden voorkomen dat het EHRM in bepaalde gevallen alsnog een schending van het EVRM door die staat constateert in een individuele klachtprocedure.²⁰⁴

Daarnaast is als argument opgeworpen dat de adviezen de kwaliteit van het nationale rechtssysteem als geheel ten goede zou kunnen komen. Specifiek voor Noorwegen is erop gewezen dat het daar nu voor de nationale hoogste rechter mogelijk is om bepaalde principiële kwesties in het midden te laten omdat het internationale recht geen eenduidige uitkomst voorschrijft.²⁰⁵ Dat is nu bijvoorbeeld het geval in klimaatzaken. Een adviesverzoek bij het EHRM zou kunnen helpen om de interpretatie van het internationale recht te verhelderen en zou daarmee tot eenduidiger en duidelijker nationale rechtspraak kunnen leiden. Overigens heeft dit argument in Noorwegen geen aanleiding gegeven tot ratificatie.

In tegenstelling tot de regeringen van de ratificerende staten zag de Deense regering geen meerwaarde van het Protocol voor dialoog en rechtsbescherming.²⁰⁶ De Deense Hoge Raad had in een advies aan de regering al opgemerkt dat de adviesprocedure voor Deense hoogste rechter onnodig was. De Hoge Raad had niet het idee zo'n procedure te missen of behoefte te hebben aan nadere uitleg van het EVRM. Daarnaast verwachtte de Hoge Raad dat adviesverzoeken waarschijnlijk alleen in uitzonderlijke gevallen zouden worden ingediend.²⁰⁷ De Deense minister van Justitie omarmde deze overwegingen en besloot dat er op dat moment geen reden was om het protocol voor te leggen voor ratificatie.

5.2.2 Subsidiariteit; invloed op nationale soevereiniteit en autonomie van rechters

In verschillende staten zijn discussies gevoerd in termen van het subsidiariteitsbeginsel. De argumenten blijken daarbij twee kanten uit te gaan. In de eerste plaats is in een aantal nationale discussies gewezen op de voordelen van het Protocol vanuit het perspectief van subsidiariteit.²⁰⁸ In twee staten bestond enthousiasme voor de grotere mate van participatie die het Protocol aan nationale rechters en andere nationale spelers biedt in de EHRM-procedure, zeker in vergelijking met de individuele klachtprocedure. Tegelijkertijd is in verschillende staten juist de vrees uitgesproken voor een al te grote bemoeienis van het EHRM met het nationale recht en een gebrek aan respect voor het subsidiariteitsbeginsel, de nationale soevereiniteit en de autonomie van nationale hoogste rechters. In België vreesden sommige politici er zelfs voor dat het EHRM adviezen zou kunnen geven die een aantasting zouden vormen van de nationale democratie.²⁰⁹ Ook bestond bij sommigen de angst dat het EHRM al te zeer sturend zou kunnen worden als er veel adviesverzoeken aan het Hof

²⁰³ Haukeland Fredriksen 2021.

²⁰⁴ Bijv. Deens Mensenrechteninstituut, *Raadpleging over Protocol Nr. 16 bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, 3 september 2013, via https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/researchpublications/hoeringsssvar/høringsvar_afgivet_i_2013/september_2013/90_b_emrk_protokol_16.pdf.

²⁰⁵ Haukeland Fredriksen 2021.

²⁰⁶ Zie Justitsministeriet – Lovafdelingen [Afdeling Wetgeving van het Ministerie van Justitie van Denemarken], *Notits om protokol nr. 16 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* [Mededeling betreffende Protocol nr. 16 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens], 9 mei 2016, Retsudvalget 2015-16 REU Alm.del Bilag 362 Offentligt, via <https://www.ft.dk/samling/20151/almdel/REU/bilag/362/1646344/index.htm>.

²⁰⁷ Idem, met citaat uit het advies van de Deense Hoge Raad.

²⁰⁸ Zie bijv. Wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, Verslag namens de Commissie voor Buitenlandse Betrekkingen, 25 mei 2022, Doc. 55 2631/002, p. 4-5.

²⁰⁹ Idem, p. 9.

zouden worden gericht.²¹⁰ Dat zou vooral een probleem kunnen zijn als de adviezen strikt zouden worden geformuleerd en er weinig interpretatieruimte voor de nationale rechter zou overblijven.

In Denemarken lijkt een dergelijke discussie over de verhouding tussen de nationale hoogste rechters en het EHRM een belangrijke verklaring te zijn voor het uitblijven van ratificatie. Het Deense Mensenrechteninstituut had in een advies aan de regering aangeraden om het Protocol goed te keuren, niet alleen omdat het een constructieve dialoog zou bevorderen, maar ook omdat het Protocol het risico zou kunnen verminderen dat Deense hoogste rechters met hun oordeel ingaan tegen de uitspraken van het EHRM – iets dat al een aantal keer is voorgekomen.²¹¹ De Deense Hoge Raad gaf echter aan geen behoefte te hebben aan de adviezen van het EHRM, een standpunt dat de Deense regering heeft ondersteund.²¹²

Respondenten hebben verder gewezen op de algemene politieke en beleidscontext binnen bepaalde staten als verklaring voor het uitblijven van ratificatie. Niet ondenkbaar is volgens hen dat het ontbreken van enthousiasme voor het Protocol een algemene politieke trend en het rechterlijk klimaat in de staat reflecteert. Naar zeggen van deze respondenten hebben politici moeite met de idee dat bevoegdheden worden overgedragen aan een supranationaal niveau. In één staat hebben politieke partijen in de afgelopen jaren zelfs gepleit voor opzegging van het EVRM omdat de impact op het nationale recht en beleid te groot zou zijn. Ook lijkt er in deze staat een algemeen bezwaar te zijn tegen actieve samenwerking met Europese en internationale instellingen. In een dergelijk klimaat is het moeilijk om steun te vinden voor ratificatie.

5.2.3 (Niet-)bindend karakter van de adviezen

In verschillende staten is in discussies aan de orde gekomen dat de adviezen van het EHRM niet bindend zijn, maar dat de interpretatieve beginselen wel een zekere rechtskracht hebben. Eén respondent wees er daarbij op dat moeilijk is in te zien hoe een nationale rechter deze beginselen zou kunnen toepassen in de concrete zaak zonder tot dezelfde conclusie te komen als het EHRM in een advies. Een andere respondent merkte op dat de uitkomst die het Hof in zijn advies voorstelt waarschijnlijk ook de uitkomst zal zijn die het in een eventuele individuele klachtprocedure zal bereiken. Het zou volgens deze respondent daarom verstandig zijn als nationale rechters het advies van het Hof zouden opvolgen. Alleen al daardoor achtten deze respondenten de adviezen (indirect) toch vrij sterk bindend. Weliswaar heeft deze factor in de nationale discussies geen heel grote rol gespeeld, maar benoemd is deze dus wel.

Het Deense Mensenrechteninstituut gaf in zijn advies over de ratificatie van Protocol 16 overigens aan het juist jammer te vinden dat de adviezen niet bindend zijn.²¹³ Als een nationale rechterlijke instantie een advies niet volgt, kan het immers noodzakelijk of aangewezen zijn voor een individuele partij om alsnog een klacht in te dienen bij het EHRM. Als de adviezen wel bindend zouden zijn, zou het Comité van Ministers van de Raad van Europa zich over de niet-naleving ervan kunnen buigen. Dat zou het EHRM kunnen ontlasten. In hoeverre dit argument in Denemarken of elders een rol heeft gespeeld in het ratificatiedebat, is op basis van de verkregen rapportages niet te zeggen.

5.2.4 Gevolgen voor de werklust van het EHRM; procedure bij het EHRM

De potentiële gevolgen voor de werklust van Protocol 16 voor het EHRM worden verschillend ingeschat en beoordeeld. In enkele staten is in discussies naar voren gekomen dat de zakenlast zou

²¹⁰ Idem, p. 5.

²¹¹ Menneskeret [Mensenrechteninstituut van Denemarken], Høring om protokol nr. 16 til den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, *Raadpleging over Protocol Nr. 16 bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, 3 september 2013, via https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/researchpublications/hoeringssvar/horingssvar_afgivet_i_2013/september_2013/90_b_emrk_protokol_16.pdf.

²¹² Justitsministeriet – Lovafdelingen [Afdeling Wetgeving van het Ministerie van Justitie van Denemarken], *Notits om protokol nr. 16 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* [Mededeling betreffende Protocol nr. 16 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens], 9 mei 2016, Retsudvalget 2015-16 REU Alm.del Bilag 362 Offentligt, via <https://www.ft.dk/samling/20151/almdel/REU/bilag/362/1646344/index.htm>.

²¹³ Menneskeret [Mensenrechteninstituut van Denemarken], Høring om protokol nr. 16 til den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, *Raadpleging over Protocol Nr. 16 bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, 3 september 2013, via https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/researchpublications/hoeringssvar/horingssvar_afgivet_i_2013/september_2013/90_b_emrk_protokol_16.pdf.

kunnen worden verminderd als de procedure goed wordt gebruikt, nu nationale rechters interpretatievragen al in een vroeg stadium bij het EHRM kunnen voorleggen en het advies in hun uitspraken kunnen betrekken. Daardoor zouden uiteindelijk minder individuele klachten (met name in repetitieve of triviale zaken) tegen de betreffende staat kunnen worden ingediend. Veel betekenis heeft dit argument in de discussies ogenschijnlijk niet gehad. Alleen een lid van de parlementaire commissie in België heeft opgemerkt dat het beperkte aantal adviezen dat tot dat moment (mei 2022) was uitgebracht duidelijk maakte dat van de gehoopte voordelige gevolgen voor de werkdruk bij het Hof maar weinig terecht leek te komen.²¹⁴

In Denemarken heeft het Mensenrechteninstituut in een advies aan de regering gewezen op risico van vergroting van werklast bij het EHRM, vooral doordat er na het advies nog een mogelijkheid bestaat om een individuele klacht in te dienen.²¹⁵ Dat zou onnodig veel tijd gaan kosten, nu volgens het Mensenrechteninstituut de kans groot is dat het EHRM in lijn oordeelt met de nationale rechter na een advies. De meerwaarde van zo'n klacht zou dus beperkt zijn. Het aantal in te dienen klachten achteraf zou kunnen worden verholpen als ook de procespartijen de mogelijkheid zouden krijgen om zelf observaties in te dienen in de adviesprocedure.²¹⁶ Nu Denemarken ervoor heeft gekozen het Protocol vooralsnog niet te ratificeren, is geen opvolging gegeven aan dit advies.

5.2.5 Gevolgen voor de nationale procedure

In een aantal staten is als bezwaar tegen de adviesprocedure opgeworpen dat deze zou kunnen leiden tot een langdurigere nationale procedure. Het advies van het EHRM zal immers worden afgewacht voordat uitspraak kan worden gedaan. Ook zou de werklast van de nationale hoogste gerechten hierdoor mogelijk worden vergroot. Zo is er in Denemarken op gewezen dat het een fors beslag zou leggen op de beschikbare tijd en capaciteit van de Deense hoogste gerechten als partijen zouden vragen om een adviesverzoek in te dienen.²¹⁷ Ook in België hebben sommige politici melding gemaakt van de extra kosten die gepaard zouden gaan met het opstellen van een adviesverzoek²¹⁸ Volgens één van de respondenten kostte het in het ratificatieproces de nodige tijd en energie om betrokken actoren ervan te overtuigen dat het nut van de adviesprocedure voldoende zou opwegen tegen de nadelen in termen van langere duur van de nationale procedure.

Tegelijkertijd is er in een andere staat op gewezen – overigens zonder nadere argumentatie – dat ratificatie zou kunnen leiden tot versnelling van nationale procedures over grondrechten. Een Noorse expert heeft eveneens aangevoerd dat het Protocol tijdbesparend kan zijn voor hoogste rechters als er goed gebruik van wordt gemaakt.²¹⁹ Het argument is daarbij dat debatten en deliberaties over principiële vragen in grote kamers en plenaire zittingen veel tijd in beslag nemen. Als sommige van deze vragen naar het EHRM zouden kunnen worden verwezen, zou het Noorse Hooggerechtshof volgens hem kunnen volstaan met de behandeling van de zaken in een gewone kamer, waardoor gerechtelijke middelen zouden vrijkomen om meer zaken op andere rechtsgebieden te behandelen.

5.2.6 Nationale procedurele omstandigheden

In verschillende staten bleken aanpassingen nodig van de nationale procedureregels om de inwerkingtreding van Protocol 16 te faciliteren. Zo moest in sommige staten de wetgeving worden

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ Menneskeret [Mensenrechteninstituut van Denemarken], Høring om protokol nr. 16 til den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, *Raadpleging over Protocol Nr. 16 bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, 3 september 2013, via https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/researchpublications/hoeringssvar/horingssvar_afgivet_i_2013/september_2013/90_b_emrk_protokol_16.pdf.

²¹⁶ Die mogelijkheid bestaat overigens al, zoals aan de orde is gekomen in par. 2.2.3.

²¹⁷ Justitsministeriet – Lovafdelingen [Afdeling Wetgeving van het Ministerie van Justitie van Denemarken], *Notits om protokol nr. 16 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* [Mededeling betreffende Protocol nr. 16 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens], 9 mei 2016, Retsudvalget 2015-16 REU Alm.del Bilag 362 Offentligt, via <https://www.ft.dk/samling/20151/alm.del/REU/bilag/362/1646344/index.htm>.

²¹⁸ Zie Wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, Verslag namens de Commissie voor Buitenlandse Betrekkingen, 25 mei 2022, Doc. 55 2631/002, p. 5.

²¹⁹ Haukeland Fredriksen 2018.

aangepast om de aangewezen hoogste gerechten ook naar nationaal recht bevoegd te maken om een adviesverzoek in te dienen. In België lijkt een kwestie rondom de nationale bevoegdheidsverdeling tussen hoogste gerechten zelfs de belangrijkste verklaring te zijn voor de lange duur van het goedkeuringsproces. De vraag kwam namelijk al snel op hoe de adviesprocedure zou moeten worden ingepast in de verhoudingen tussen het Belgische Grondwettelijk Hof en de hoogste Belgische rechters die ook een bevoegdheid tot toetsing aan de Grondwet hebben: het Hof van Cassatie en de Raad van State.²²⁰ Uiteindelijk was de uitkomst van de discussie hierover, in de woorden van de Memorie van Toelichting, dat '[h]et Hof van Cassatie en de Raad van State ... verplicht [zijn] eerst het Grondwettelijk Hof te raadplegen en zich te schikken naar dit antwoord, alvorens een verzoek om advies te richten aan het Europees Hof'.²²¹

5.2.7 Onzekerheid over de consequenties

Ten slotte komt uit veel van de rapportages naar voren dat er op nationaal niveau veel onzekerheid bestaat over de gevolgen van de adviesprocedure. Sommige staten willen eerst zien hoe de adviesprocedure in de praktijk vorm krijgt en welke consequenties die heeft, voordat ze concreet overwegen om het Protocol te ratificeren. Daarbij speelt in niet-ratificerende staten tot op zekere hoogte ook mee dat er onvoldoende basis is om politici te overtuigen van het nut van ratificatie als andere, vergelijkbare en gelijkgezinde staten nog niet tot goedkeuring zijn overgegaan. Dat kan ertoe leiden dat staten op elkaar wachten. In reactie daarop is het argument naar voren gebracht dat ratificatie een voorbeeldfunctie zou kunnen hebben. Zo zou ratificatie door een staat als Noorwegen enige druk kunnen uitoefenen op de lidstaten van de Raad van Europa die tot dusver niet zo geïnteresseerd zijn in het Protocol.²²² Door dit soort argumenten heeft de Noorse regering zich overigens nog niet laten overtuigen. Hoewel in 2021 een nieuw kabinet is aangetreden, heeft ook dat kabinet nog geen aanstellen gemaakt om tot ratificatie over te gaan.²²³

In dit verband valt op dat in België, dat het Protocol pas ratificeerde toen de eerste twee adviezen al waren gegeven, in openbare stukken geen melding wordt gemaakt van de adviezen en de aanpak van het Hof daarin. Dit is des te verrassender omdat er wat aarzelingen bestonden over de manier waarop het EHRM met zijn bevoegdheid zou omgaan. Zouden de adviezen erg strikt en precies worden geformuleerd, dan zou er volgens de regering weinig interpretatieruimte voor de staten kunnen overblijven en dat zou problematisch kunnen zijn.²²⁴ Kennelijk heeft de aanpak van het Hof in de eerste twee adviezen toch geen merkbare invloed gehad op het debat.

Eén respondent wees erop dat de verwachtingen ten aanzien van de scherppte van de adviezen tot nu toe niet echt zijn uitgekomen. De adviezen bieden veel ruimte aan de nationale rechter om deze toe te passen in de eigen nationale context. De adviezen houden volgens deze respondent vooralsnog een goed midden tussen richting bieden en algemeen van aard zijn. Daarbij moet er volgens deze respondent bovendien rekening mee worden gehouden dat ook het Hof zelf nog wat zoekend is als het gaat om de vormgeving van de adviezen. In een andere staat is erop gewezen dat een belangrijke vernieuwing van de procedure is gelegen in het feit dat er gemotiveerde ontvankelijkheidsbeslissingen door het panel worden gegeven. Doordat bovendien duidelijk is of de adviezen unaniem zijn of alleen door een meerderheid worden ondersteund, en doordat het mogelijk is om *separate opinions* toe te voegen, zou meer duidelijkheid kunnen ontstaan over de betekenis van een advies. Voor staten die het Protocol nog moeten ratificeren, zou dit soort nuances van betekenis kunnen zijn.

²²⁰ Zie over dit debat in algemene zin Popelier 2016. Zie specifiek voor Protocol 16 Wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, Memorie van Toelichting en Advies Raad van State, 14 april 2022, Doc. 55 2631/001.

²²¹ Idem, p. 6.

²²² Haukeland Fredriksen 2018.

²²³ Haukeland Fredriksen 2021. Zie over de plannen van het daaraan voorafgaande kabinet Kolsrud 2018.

²²⁴ Wetsontwerp houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013, Memorie van Toelichting, 14 april 2022, Doc. 55 2631/001, p. 5.

5.3 Tussenconclusie

Het bovenstaande overzicht van de discussies in zes Europese staten maakt duidelijk dat daar veel van de argumenten en zorgen zijn benoemd die ook in de Nederlandse goedkeuringsprocedure een rol speelden. In de meeste landen is in ieder geval enige discussie gevoerd over de voordelen van het Protocol in termen van dialoog, verbeterde rechtsbescherming, minder belasting voor procespartijen, subsidiariteit en vermindering van de werkbelasting van het Hof, en over de nadelen ervan in termen van impact op nationale (rechterlijke) soevereiniteit en autonomie, kosten en vertragingen in de nationale procedure en verhoging van de werklast.

In de staten die het Protocol (nog) niet hebben geratificeerd, lijkt vooral een rol te spelen dat de meerwaarde van de adviesbevoegdheid relatief beperkt wordt gevonden, terwijl er wel grote zorgen bestaan over de onduidelijke consequenties van de adviezen en de risico's voor nationale soevereiniteit en autonomie. Vooral in deze staten bestaat de wens om de kat uit de boom te kijken en af te wachten hoe de procedure zich ontwikkelt en welke andere staten het Protocol ratificeren.

Voor België wordt de lange duur van de ratificatieprocedure vooral verklaard vanuit de vraag hoe de bevoegdheid van hoogste rechters om adviesverzoeken te vragen zich verhoudt tot de respectievelijke bevoegdheden van die hoogste rechters en het Belgische Grondwettelijk Hof om in grondrechtzaken te toetsen aan de Grondwet. Dat vraagstuk doet zich in Nederland niet voor, althans zolang er geen constitutioneel hof wordt ingesteld.

In de staten die snel tot ratificatie zijn overgegaan zijn de goedkeuringsprocessen zonder uitzondering snel en soepel verlopen. Weliswaar zijn ook daar wat zorgen naar voren gebracht, maar van uitgebreide discussies is daar zelden sprake geweest. Net zomin als in Nederland hebben de tegenargumenten daar bovendien tastbare belemmeringen opgeleverd.

Interessant is ten slotte dat in geen van de rapportages van de nationale respondenten uitgebreid is ingegaan op de samenloop met de prejudiciële procedure voor het HvJ EU. Hoewel soms wel is gespeculeerd dat dit punt de ratificatiedebatten zou kunnen beïnvloeden,²²⁵ en dit punt in het Nederlandse goedkeuringsdebat inderdaad aan de orde kwam, komt dat uit de rapportages voor de onderzochte zes staten niet naar voren.

²²⁵ Haukeland Fredriksen 2018.

6. Adviesverzoeken in Nederland

6.1 Inleiding

In zijn advies over de goedkeuring van Protocol 16 merkte de Raad voor de Rechtspraak op te verwachten dat alleen al de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) samen per jaar zo'n zes tot zeven verzoeken bij het EHRM zouden indienen.²²⁶ Die verwachting is tot nu toe niet bewaarheid: sinds het Protocol voor Nederland op 1 juli 2019 in werking is getreden, is vanuit Nederland geen enkel adviesverzoek voorgelegd aan het EHRM. Wel leverde een eerdere zoektocht van Lize Glas en Jasper Krommendijk (tot 1 mei 2021) elf zaken op waarin melding werd gemaakt van de adviesprocedure.²²⁷ Ten behoeve van de onderhavige studie is hun onderzoeksmethode herhaald voor de meest recente periode (1 mei 2021 – 1 mei 2023) en voor zover relevant zijn hun bevindingen op dit punt aangevuld. In die periode werd de procedure vermeld in vier zaken, waarvan er twee op hetzelfde onderwerp betrekking hadden. In een van die vier zaken ging het om een uitspraak van de CRvB, in de andere gevallen betrof het conclusies van Advocaten-Generaal (AG's) bij de Hoge Raad. Dit laat al zien dat de procedure in de meeste gevallen wordt genoemd in een conclusie van een AG bij de Hoge Raad. In de conclusies waarin melding werd gemaakt van de adviseringsmogelijkheid gebeurde dat steeds omdat de partijen hadden gesteld dat het EHRM moest worden verzocht om een advies. De AG's en de CRvB wezen in deze periode deze suggestie vrijwel steeds van de hand omdat er geen gerede aanleiding zou zijn om de kwestie aan het EHRM voor te leggen.²²⁸ Maar in één geval adviseerde een AG de Hoge Raad in een korte overweging om het EHRM te verzoeken om een advies op grond van Protocol 16.²²⁹ De belastingkamer van de Hoge Raad volgde de conclusie op dit punt niet en beoordeelde de zaak zelf; een motivering voor deze keuze ontbreekt.

Dit korte cijfermatige overzicht laat zien dat de adviesprocedure vooralsnog niet in trek is bij de bevoegde hoogste gerechten. Om meer inzicht te krijgen in hun overwegingen om de procedure (nog) niet te benutten, zijn semigestructureerde interviews afgenomen met in totaal tien staatsraden, raadsheren, een AG en medewerkers van de vijf hoogste gerechten die bevoegd zijn tot het indienen van adviesverzoeken.²³⁰ Hieronder volgt een overzicht van de belangrijkste lijnen en inzichten die uit de gevoerde gesprekken kunnen worden afgeleid. Deze gegevens zijn aangevuld met informatie die naar voren is gekomen uit de eerder door Glas en Krommendijk uitgevoerde analyse.²³¹ Daarnaast is gebruikgemaakt van een vraagpuntennotitie die Marjolein Swaanenburg-van Roosmalen en Ben Vermeulen hebben opgesteld ten behoeve van een gezamenlijk symposium van de aangewezen hoogste gerechten op donderdag 18 april 2019 in Den Haag.²³²

6.2 Initiatief tot het indienen van een adviesverzoek

Voor alle rechterlijke instanties is aangegeven dat tenminste in algemene termen wel eens is gesproken over de vraag of het nuttig zou kunnen zijn om een adviesverzoek in te dienen bij het EHRM. De mogelijkheden die het Protocol daartoe biedt worden op zichzelf positief gewaardeerd. Partijen blijken de hoogste rechter wel eens uit te nodigen om een adviesverzoek in te dienen, maar dat

²²⁶ Impliciet ontkende de regering dat het om deze volumes zou gaan; zie NEV II, *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, nr. 7, p. 8.

²²⁷ Glas & Krommendijk 2022.

²²⁸ Zie CRvB 4 augustus 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1701, r.o. 3.3.4; Conclusie AG Harteveld van 4 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:887, ov. 3.25; Conclusie AG Aben van 10 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:21, ov. 30; Conclusie AG Harteveld van 28 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:344, ov. 4.14; Conclusie AG Harteveld van 28 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:351, ov. 7.17.

²²⁹ Conclusie AG Ettema van 16 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:611, ov. 3.35; HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351.

²³⁰ Een uitgebreide beschrijving van de methoden is gegeven in par. 1.3. Een overzicht van de respondenten is opgenomen in bijlage 1.

²³¹ Glas & Krommendijk 2022; in hun onderzoek zijn uitspraken in de periode juni 2019-mei 2021 verwerkt. Zij hebben daarbij in rechtspraak.nl gezocht op de trefwoorden 'Protocol 16'; '16^e Protocol', 'zestiende protocol'; 'advisory opinion & EHRM'; 'adviesverzoek & EHRM'.

²³² Swaanenburg-van Roosmalen & Vermeulen 2019.

gebeurt niet vaak. Als mogelijke verklaring voor het beperkte aantal verzoeken van partijen wordt genoemd dat procespartijen nog niet zo bekend zijn met de adviesprocedure. Zij kennen de prejudiciële procedure meestal veel beter en als ze al om nadere uitleg vragen, baseren ze dit daarom meestal op EU-recht.

Als er wel een van partijen afkomstige uitnodiging is, geven respondenten aan die kritisch te beoordelen. In veel gevallen is een dergelijke uitnodiging van partijen slecht uitgewerkt of kan een zaak worden afgedaan zonder dat op de uitnodiging wordt ingegaan. In ieder geval zijn de hoogste rechters tot nu toe steeds tot de conclusie gekomen dat een zaak zich niet goed leent voor een adviesverzoek, dat er geen bijzondere kwesties zijn die raken aan de uitleg van het EVRM of dat er te weinig tijd is om een advies van het EHRM af te wachten.²³³

Respondenten geven aan dat ze wel uit eigen beweging een adviesverzoek zouden willen indienen als een zaak zich daarvoor leent. Voor de meeste gerechten geldt echter dat er tot nu toe geen aanleiding is geweest om concreet na te denken over een adviesverzoek. Bij één gerecht heeft zich een zaak voorgedaan waarbij het indienen van een adviesverzoek serieus is overwogen, omdat een belangrijk EHRM-precedent over een cruciaal element van de zaak geen duidelijkheid bod. Daarbij is eerst intern nader onderzoek gedaan naar de mogelijkheden die het Protocol biedt, naar de eisen die worden gesteld aan een adviesverzoek, naar de gevolgen die het gebruik van de procedure zou hebben en naar de eventuele samenloop met een prejudiciële procedure bij het HvJ EU. Uiteindelijk hebben de rechters de keuze gemaakt voor een strategie om de zaak af te doen waarvoor de nadere uitleg van het EVRM niet nodig was. Daardoor verdween de optie van een adviesverzoek uit beeld.

Geen enkele bevoegde rechterlijke instantie beschikt momenteel over een intern protocol of richtlijnen voor het indienen van adviesverzoeken, zoals die er vaak wel zijn voor prejudiciële vragen. Bij één hoogste rechter is wel een intern advies gevraagd over de omstandigheden waarin het indienen van een adviesverzoek zinvol zou kunnen zijn. Dat advies is binnen de rechterlijke organisatie toegankelijk en kan worden geraadpleegd als rechters overwegen om de adviesprocedure te benutten. Andere respondenten hebben aangegeven te willen wachten tot een concreet verzoek wordt overwogen en pas dan te bekijken of op basis van de ervaringen een richtsnoer kan worden opgesteld. Daarnaast gaf een respondent aan dat bij inwerkingtreding van Protocol 16 voor Nederland tussen de hoogste rechters is afgesproken dat als een van hen concreet overweegt het Straatsburgse Hof om advies te vragen, dit met de andere hoogste rechters zal worden besproken en afgestemd.²³⁴

6.3 Overwegingen om geen adviesverzoeken in te dienen

Uit de interviews is naar voren gekomen dat er drie hoofdoverwegingen zijn voor het niet indienen van een adviesverzoek. Kort gezegd gaat het om (a) het ontbreken van behoefte aan nadere uitleg van het EVRM; (b) de grote rol die het EU-recht (en de prejudiciële procedure bij het HvJ EU) in grondrechtzaken speelt; en (c) praktische overwegingen, zoals de vermoede lange duur van de adviesprocedure. Deze drie overwegingen komen hierna nader aan bod.

6.3.1 Ontbreken van behoefte aan nadere EVRM-uitleg

Het uitgangspunt van verschillende respondenten is dat de hoogste rechter in principe zelf bepaalt hoe het recht (en dus ook het EVRM) luidt en dat deze daarbij zelf de nodige uitleg aan dat recht geeft. Sommige respondenten hebben laten doorschemeren dat de adviesprocedure zich wat ongemakkelijk verhoudt tot de rechterlijke autonomie om het nationale recht uit te leggen en toe te passen. Eén respondent legde het zo uit dat het uitgangspunt van het Protocol weliswaar is om een open dialoog te bevorderen tussen nationale rechters en het EHRM, maar dat de Nederlandse hoogste rechters dat niet altijd zo ervaren. Zij zien het EHRM niet zozeer als een logische gesprekspartner als wel als een controlerende instantie.

²³³ Dit blijkt zowel uit de interviews als uit de conclusies van AG's en uit rechterlijke uitspraken; zie met voorbeelden van de periode 2019-2021 Glas & Krommendijk 2022, p. 336 e.v. en zie recenter bijv. Conclusie AG Hartevelde van 28 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:344, ov. 4.14 en Conclusie AG Hartevelde van 28 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:351, ov. 7.17.

²³⁴ Overigens vond op 18 april 2019 al een gezamenlijk symposium plaats van de aangewezen hoogste gerechten om de werking en betekenis van het protocol te bespreken; zie Swaanenburg-Van Roosmalen & Vermeulen 2019.

Er is vertrouwen dat Nederlandse rechters beschikken over voldoende kennis van en inzicht in de EHRM-rechtspraak om dat voor het EVRM te kunnen doen.²³⁵ Daardoor is er eigenlijk alleen ruimte voor het indienen van een adviesverzoek als dat écht nodig is om duidelijkheid te krijgen, maar ook dan spelen de eigen autonomie en positie op de achtergrond mee. In de enige zaak waarin een adviesverzoek blijkt de gevoerde interviews concreet is overwogen, was bijvoorbeeld van belang dat het ging om een specifieke EVRM-kwestie waarover nog geen duidelijkheid bestond in de rechtspraak. Een van de overwegingen bij de betrokken rechterlijke instantie was dat de betrokken individuele partij – als die in het ongelijk gesteld zou zijn – mogelijk alsnog een individuele klacht zou kunnen indienen bij het EHRM. Zou het EHRM dan tot een andere uitleg komen dan de Nederlandse hoogste rechter, dan zou dat worden opgevat als ‘nat gaan’.

Vanuit één hoogste gerecht kwam de opmerking dat het alleen nuttig is om een adviesverzoek in te dienen als de verwachting er is dat de rechter echt iets zal kunnen en willen doen met het antwoord. Als daarover twijfel bestaat – bijvoorbeeld als de rechter een antwoord denkt te krijgen waarop deze niet zit te wachten – achtten de respondenten bij dit gerecht het beter om de procedure niet te benutten en de zaak zelf af te doen. Andersom zouden sommige respondenten het heel vervelend vinden als ze een adviesverzoek zouden indienen en een panel van het EHRM het niet-ontvankelijk zou verklaren; dat zou een blamage zijn voor de verzoekende rechter.

Veel EHRM-rechtspraak beschikbaar | Vrijwel alle respondenten hebben erop gewezen dat er over de meeste grondrechtenonderwerpen al een grote hoeveelheid EHRM-rechtspraak voorhanden is.²³⁶ Het komt in de praktijk vooral aan op het systematiseren van die rechtspraak en het daaruit destilleren van de toepasselijke factoren en criteria. Zaken waarin een nieuwe of zeer principiële kwestie rondom de uitleg of toepassing van het EVRM speelt doen zich volgens de respondenten maar zelden voor, al noemen veel respondenten uiteindelijk toch kwesties waarin enige verduidelijking nuttig zou kunnen zijn. Verder kunnen sommige zaken al op grond van nationaal recht worden afgedaan, zodat een uitleg van het EVRM niet noodzakelijk is om de voorgelegde rechtsvragen te beantwoorden.²³⁷

Verwachte mismatch tussen behoefte en advies | Een gerelateerde overweging is dat bij een adviesverzoek de zaak uit handen wordt gegeven en het moeilijk is te voorspellen waar het EHRM mee gaat komen – er is een zeker risico dat het EHRM met de zaak ‘aan de haal gaat’. De uitspraken van het EHRM zijn bovendien vaak erg verbonden met de feiten, zo benadrukten verscheidene respondenten. Deze respondenten spraken de verwachting uit dat ook de adviezen nogal gericht zullen zijn op bepaalde feitenconstellaties, ook al omdat Protocol 16 vergt dat de nationale rechter de nodige informatie geeft over het achterliggende geschil en de feiten zoals die zich daarin voordoen. Op nationaal niveau spelen daarentegen soms alleen nog rechtsvragen en is proces techniek erg belangrijk.²³⁸ Een zaak waarin EVRM-kwesties spelen is daardoor soms heel precies afgekaderd en heeft nauwelijks nog betrekking op de toepassing van het recht op de feiten. Daardoor is voor deze respondenten onduidelijk of een advies de gewenste juridische en interpretatieve meerwaarde zal hebben. Volgens sommige respondenten maakt dit de procedure minder bruikbaar, nu veel EVRM-kwesties in hoogste instantie betrekking hebben op tamelijk kleine of technische juridische vragen. Het inschakelen van het EHRM zou in dat soort gevallen een te zwaar middel zijn; de nationale rechter moet dergelijke rechtsvragen echt zelf beantwoorden. Daarnaast moet volgens een respondent niet worden aangemoedigd dat dit soort triviale of vrij technische kwesties steeds als ‘grondrechtelijk’ worden gelabeld.

Andere respondenten hebben er juist op gewezen dat bij de hoogste nationale rechter aanhangige zaken sterk gericht kunnen zijn op bepaalde feiten en daarmee verbonden rechtsvragen. Volgens de respondenten dwingt een procedure als die onder Protocol 16 de rechter dan om een algemeen adviesverzoek te formuleren, terwijl de voorliggende zaak een concrete, op het individuele geval gerichte benadering vergt. Dat maakt het formuleren van de vraag moeilijk. Bovendien zal de

²³⁵ Vgl. ook Glas & Krommendijk 2022, p. 342-343.

²³⁶ De bevindingen uit de interviews corresponderen op dit punt met de bevindingen van Glas en Krommendijk zoals ze zijn afgeleid uit hun onderzoek van rechtspraak en conclusies van AG’s; zie Glas & Krommendijk 2022, p. 337.

²³⁷ Zie hiervoor bijv. Conclusie AG Paridaens van 14 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:365, ov. 21; zie nader Glas & Krommendijk 2022, p. 337 en vgl. Eckhardt & Bakker 2018, p. 1884.

²³⁸ Vgl. over dit punt eerder ook al Swaanenburg-Van Roosmalen & Vermeulen 2019, p. 11.

nationale rechter een uitleg van het EHRM uiteindelijk op het concrete geval moeten toespitsen. Dat geldt ook als er veel vergelijkbare zaken aanhangig zijn. Weliswaar kan een adviesverzoek dan duidelijkheid geven over de interpretatie van het EVRM in algemene zin, maar al die aanhangige zaken moeten toch op basis van hun eigen feiten en omstandigheden worden afgedaan. Een adviesverzoek levert in dat soort gevallen dus weinig efficiëntie op.

Beperkt vertrouwen in behulpzaamheid adviezen | Rechteren hebben niet altijd evenveel fiducia in de mate waarin een advies van het EHRM hen kan helpen om in een voorliggende zaak te beslissen. Daarbij is er vanuit één rechterlijke instantie op gewezen dat de rechtspraak van het EHRM is niet altijd even duidelijk en consistent is. De narratieve argumentatiestijl kan het moeilijk te doorgronden maken hoe een uitspraak nu precies moet worden gelezen en hoe die moet worden toegepast in een zaak waarin vooral rechtsvragen spelen of waarin de feiten anders liggen dan in een precedent waar het EHRM op wijst. Daardoor bestaat de verwachting dat de adviezen vrij vaag of onduidelijk zullen worden verwoord, waardoor ze moeilijk toepasbaar zijn in een concreet voorliggende zaak. In vergelijking daarmee vinden de respondenten bij deze rechterlijke instantie de prejudiciële beslissingen van het HvJ juridisch gezien inzichtelijker en voorspelbaarder. Ook gaven zij aan meer te hebben aan handboeken en commentaren waarin de rechtspraak van het EHRM op systematische wijze op een rij wordt gezet, dan aan een extra uitleg van het EHRM zelf.

6.3.2 Hoofdrol voor het EU-recht

Een tweede belangrijke verklaring voor het achterwege blijven van adviesverzoeken is dat – afhankelijk van de onderwerpen waarmee een hoogste gerecht zich vooral bezighoudt – de voorgelegde zaken primair of in ieder geval ook gaan over EU-recht. In die gevallen is niet alleen het EVRM van toepassing, maar ook het EU-Grondrechtenhandvest of secundaire EU-wetgeving met een grondrechtenkarakter. Bestaat er in die gevallen onduidelijkheid over de uitleg van een bepaald grondrecht, dan ligt het volgens de respondenten voor de hand om gebruik te maken van de prejudiciële procedure bij het HvJ EU. Procespartijen vragen daar in veel zaken ook om. Is sprake van echte twijfel over de uitleg van een grondrecht in een zaak die binnen het bereik van het EU-recht komt, dan zijn de hoogste gerechten bovendien verplicht om daarover prejudiciële vragen te stellen.²³⁹

Zouden nationale hoogste rechters overgaan tot een combinatie van procedures of tot het voorrang geven aan de adviesprocedure bij het EHRM, dan zouden ze zich volgens een respondent al te zeer mengen in de door deze respondent gepercipieerde ‘concurrentiestrijd’ tussen het EHRM en het HvJ EU. Een andere respondent gaf aan in één zaak te hebben overwogen om beide opties tegelijkertijd te kiezen, maar die optie van de hand te hebben gewezen vanwege het tijdsbeslag en de complexiteit ervan. Nu parallel of volgtijdelijk gebruiken van de procedures daardoor afvalt en een keuze moet worden gemaakt, valt die vanwege de genoemde overwegingen al snel uit in het voordeel van de EU-route. Een respondent deed wel de suggestie om in een prejudiciële procedure aan het HvJ EU te vragen hoe dit gerecht zou staan tegenover de inzet van de adviesprocedure van Protocol 16.

Verschillende respondenten hebben in dit verband overigens opgemerkt dat het EVRM voor Nederlandse rechtszaken wat aan belang heeft ingeboet. Procespartijen weten het EU-recht en ook het EU-Grondrechtenhandvest steeds beter te vinden en baseren hun eisen en argumentatie vaak daarop. Ook daardoor is er minder aanleiding om uitleg te willen krijgen over het EVRM, terwijl er juist wel behoefte kan bestaan aan duidelijkheid over de EU-grondrechten.

6.3.3 Praktische overwegingen

Een adviesverzoek vertraagt de procedure | Een derde hoofdoverweging heeft te maken met de praktische kanten van het indienen van een adviesverzoek. Allereerst hebben verschillende respondenten de verwachting uitgesproken dat de procedure tijdrovend is. Bij zaken over eigendomsbeperkingen of -ontneming (onder art. 1 EP EVRM), machtigingen voor gedwongen opname (onder art. 8 EVRM) of vreemdelingenzaken is vaak sprake van een aanzienlijke urgentie. De vertraging die

²³⁹ Zie op dit punt ook Conclusie AG Hartevelde van 1 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:951, ov. 7.4. Zie verder Glas & Krommendijk 2022, p. 339.

optreedt als een adviesverzoek wordt voorgelegd is dan niet wenselijk voor partijen.²⁴⁰ Opvallend is dat de respondenten de duur van de adviesprocedure als langer inschatten dan dat die daadwerkelijk is. Als ze horen dat de gemiddelde doorlooptijd tot nu toe 11,5 maand is, geven zij aan dat dit erg meevalt en dat hen dit verrast. Sommige respondenten hebben bovendien aangegeven dat de procedure weliswaar enige tijd in beslag kan nemen en tot vertraging kan leiden, maar dat dit geen reden zal zijn om een adviesverzoek achterwege te laten als er verder wel goede redenen zijn om zo'n advies te vragen. Anderen hebben opgemerkt dat de adviesprocedures tot nu toe vlot zijn verlopen en er op dit punt nauwelijks verschil bestaat met de prejudiciële procedure bij het HvJ EU.²⁴¹

Toch blijkt de verwachte vertraging bij nogal wat respondenten een rol te spelen bij de keuze om geen adviesverzoeken in te dienen. Dat is in het bijzonder het geval bij kwesties waarin veel vergelijkbare zaken aanhangig zijn (bijvoorbeeld bij lagere rechterlijke instanties) en waarin de belangen voor partijen groot zijn. Eén respondent wees erop dat in die gevallen de behandeling van de vergelijkbare zaken zou kunnen worden aangehouden tot de hoogste rechter op basis van het advies van het EHRM de zaak heeft beoordeeld. Zelfs als het EHRM-advies relatief snel volgt, levert dit een vertraging op van minimaal een half tot een heel jaar in een potentieel groot aantal zaken. Als het bijvoorbeeld gaat om strafzaken waarin mensen in voorlopige hechtenis zitten, is dat een lange periode. De verwachte vertraging zal dan een belangrijk argument zijn om geen adviesverzoek in te dienen.

Een andere overweging kan zijn dat het belang aan een zaak komt te ontvallen als wordt gewacht op een advies van het EHRM. Dit deed zich bijvoorbeeld voor *Urgenda*-zaak.²⁴² In die zaak speelde een rol dat Urgenda had verzocht om de staat een bevel op te leggen om het CO₂-uitstoot in 2020 met een bepaald percentage te reduceren. Als de Hoge Raad in deze zaak een advies van het EHRM zou hebben verzocht, zou dat niet tijdig gegeven kunnen worden om deze eis nog zinvol te kunnen laten zijn.²⁴³

Eén respondent wees er in dit verband op dat ook 'de klok van de 'redelijke termijn' doortikt'.²⁴⁴ Hoewel de regering er in het ratificatieproces op heeft gewezen dat de redelijketermijneisen volgens de EHRM-rechtspraak niet in de weg zouden moeten staan aan het indienen van het adviesverzoek, kan dit verwachte risico bij sommige rechters dus toch een rol spelen.

Onbekendheid met de procedure | Een tweede praktische overweging heeft ermee te maken dat er nog weinig ervaring is met de procedure. Op zichzelf vinden de respondenten de informatie die het EHRM via de *Guidelines* en op zijn website biedt voldoende duidelijk. Ook benadrukken zij dat er hoe dan ook voldoende kennis en ervaring in huis is om goede verzoeken te formuleren, ook door de ervaringen met de prejudiciële procedure. Tegelijkertijd geven vrijwel alle respondenten aan dat zij zich nog niet echt hebben verdiept in de procedure. Ze zijn bekender met de procedure bij het HvJ EU voor prejudiciële vragen en weten niet of bij een adviesverzoek andere eisen gelden, zoals ten aanzien van de taal van de adviesverzoeken of de mate waarin ook het onderliggende procesdossier moet worden vertaald. Zij zouden voor het formuleren van adviesverzoeken dan ook zeker met een schuin oog kijken naar de prejudiciële procedure en gebruik maken van de daarbij opgedane ervaring.

Sommige respondenten geven aan ervan uit te gaan dat ze – als zij zouden overgaan tot een adviesverzoek – in de procedure ondersteund worden door de agent van Nederland bij het EHRM en

²⁴⁰ Zie eerder al Swaanenburg-Van Roosmalen & Vermeulen 2019, p. 15. Zij hebben er daarnaast op gewezen dat in gevallen waarin een advies wordt gevraagd over een onderwerp waarover op dat moment veel zaken aanhangig zijn, ook de besluitvorming in alle parallelzaken vertraging zal oplopen.

²⁴¹ Zie bijv. Spronken 2019, p. 1131. Zie ook Glas & Krommendijk 2022, p. 340.

²⁴² HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), AB 2020/24 m.nt. G.A. van der Veen & Ch.W. Backes, NJ 2020/41 m.nt. J. Spier, «JOM» 2020/257 m.nt. D.G.J. Sanderink.

²⁴³ *Urgenda*, r.o. 5.6.4 ('Het antwoord op deze vraag acht de Hoge Raad voldoende duidelijk. Hij zal dan ook zelf het antwoord op deze vraag geven en deze niet voor een zogeheten 'advisory opinion' voorleggen aan het EHRM, zoals op grond van het op 1 juni 2019 in werking getreden Protocol nr. 16 bij het EVRM mogelijk is, maar niet verplicht. Daarbij komt dat beide partijen de Hoge Raad hebben verzocht om nog in 2019 uitspraak te doen, dit met het oog op het tijdstip waarop het door het hof bekrachtigde bevel van de rechtbank betrekking heeft, het einde van 2020.'). Zie nader en in dezelfde zin de Conclusie van AG's Langemeijer en Wissink van 13 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887, ov. 6.15.

²⁴⁴ Zie ook Eckhardt & Bakker 2018, p. 1884; Swaanenburg-Van Roosmalen & Vermeulen 2019, p. 16.

door het ministerie van Buitenlandse Zaken. Anderen geven aan dat het problematisch zou zijn als de kosten die kunnen zijn verbonden aan vertalingen moeten worden gedragen door het betreffende gerecht. Zeker als in een zaak een keuze mogelijk is tussen de adviesprocedure van Protocol 16 en de prejudiciële procedure, zal de voorkeur dan al snel uitgaan naar de laatste.

Een goed adviesverzoek schrijven is moeilijk | Verschillende respondenten hebben benadrukt dat het schrijven van een goed adviesverzoek moeilijk zal zijn. Dit vergt pionieren en via 'trial and error' achterhalen hoe zo'n verzoek eruit moet zien en hoe algemeen of concreet het moet zijn.²⁴⁵ In ieder geval moet de verzoekende rechter heel goed onder woorden brengen wat hij wil weten, zeker omdat internationale rechters zoals het EHRM de Nederlandse procedurele en materiële context niet kennen. Het risico is dat het EHRM het verzoek anders interpreteert dan de bedoeling is en met een advies komt dat in de concrete zaak niet goed bruikbaar is.²⁴⁶ Ook is er het hiervoor al genoemde risico dat het EHRM een adviesverzoek niet-ontvankelijk verklaart. Een adviesverzoek moet dus zorgvuldig worden doordacht en gemotiveerd, wat tijdrovend en kostbaar is. Alleen al daarom zal alleen in bijzondere kwesties een advies worden verzocht.

Werkproces bij het EHRM | Ten slotte heeft één respondent opgemerkt dat het werkproces binnen het EHRM zelf behoorlijk zou worden ontregeld door adviesverzoeken.²⁴⁷ Alleen al om die reden zouden nationale rechters terughoudend moeten omgaan met de mogelijkheid adviesverzoeken in te dienen.²⁴⁸

6.4 Overwegingen en voorwaarden om in de toekomst een adviesverzoek in te dienen

Hoewel de bevoegde hoogste Nederlandse rechters tot nu toe nog geen adviesverzoeken hebben ingediend, zien zij zeker mogelijkheden om de procedure in de toekomst te benutten. Zij geven wel aan dat ze dit vooral zullen overwegen als er nog wat meer ervaring is opgedaan met de procedure, wat in dit verband betekent dat zij willen afwachten welke verzoeken er van buitenlandse rechters komen en hoe het EHRM daarmee omgaat. Respondenten erkennen dat er momenteel nog wat koudwatervrees is, ook al doordat nog niet duidelijk is wat precies van henzelf en van het EHRM kan worden verwacht. Naarmate dat duidelijker wordt, en daarmee meer zicht bestaat op de kosten en baten van de procedure, is de kans groter dat de procedure benut wordt.²⁴⁹

De respondenten noemen eenstemmig vier voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om over te gaan tot het indienen van een adviesverzoek:

1. Het verkrijgen van een duidelijke EHRM-uitleg moet voor de aanhangige zaak (en eventuele vergelijkbare zaken die bij lagere instanties aanhangig zijn) echt toegevoegde waarde hebben. Dat kan zich voordoen als er tegenstrijdige of inconsistente EHRM-rechtspraak is over de voorliggende materie of als er nog maar weinig EHRM-rechtspraak is over een bepaald onderwerp. Dat laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij nieuwe rechtsvragen die het EHRM nog niet heeft kunnen behandelen, bijvoorbeeld bij technologische kwesties of nieuwe opsporingsmethoden.
2. Het moet gaan om een algemene uitlegvraag die ook op basis van zorgvuldige analyse van rechtspraak niet kan worden beantwoord en die gemakkelijk genoeg 'vertaalbaar' is naar een adviesverzoek. Bij voorkeur moet er een zeker 'uitstralingseffect' zijn, in die zin dat het antwoord op de adviesvraag voor een groter aantal zaken relevant is.
3. De EVRM-kwestie moet een kernaspect van de zaak vormen.

²⁴⁵ Zie ook al Swaanenburg-Van Roosmalen & Vermeulen 2019, p. 11.

²⁴⁶ Dit risico is ook gesignaleerd door Eckhardt & Bakker 2018, p. 1884.

²⁴⁷ Tot op zekere hoogte correspondeert dit met de vrees die AG Hartevelt eerder heeft uitgesproken dat een groot aantal adviesverzoeken in samenhang met de zakenlast van het Hof tot grote vertragingen zou kunnen leiden; zie Conclusie van 1 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:951, ov. 7.3 en zie Glas & Krommendijk 2022, p. 340.

²⁴⁸ Ook De Groot, de tegenwoordige president van de Hoge Raad, heeft dat in 2016 in een publicatie over Protocol 16 al opgemerkt: De Groot 2016, p. 11.

²⁴⁹ Dit correspondeert met de bevinding van Glas en Krommendijk dat het vragen van een advies in essentie een kosten-batenanalyse vergt; zie Glas & Krommendijk 2022, p. 341.

4. Duidelijk moet zijn dat er geen EU-rechtelijke aspecten aan de zaak verbonden zijn; in dat geval heeft de prejudiciële procedure de voorkeur.

Of een bepaalde uitlegvraag ook in andere staten speelt en Nederland een voortrekkersrol kan spelen bij het ophelderen van de EHRM-rechtspraak, is volgens de meeste respondenten niet bijzonder relevant.²⁵⁰ Weliswaar zou Nederland een voortrekkersrol of 'gidslandfunctie' kunnen hebben in kwesties die breder spelen – zoals rondom beperkende maatregelen tijdens de Covid-19-pandemie –, maar doorslaggevend zal steeds zijn of een advies voldoende meerwaarde zal hebben voor Nederlandse zaken.

Verschillende respondenten hebben verder benadrukt dat rekening moet worden gehouden met de positie van partijen. Zolang de doorlooptijden van de adviezen zo kort zijn als momenteel het geval is, is de adviesprocedure wel interessant, maar de procedure wordt minder aantrekkelijk naarmate het langer duurt voordat het EHRM met zijn advies komt. Ook bij de relatief korte huidige duur van de adviesprocedure moet bovendien steeds worden gekeken of het belang van de partijen niet al te zwaar wordt aangetast in vergelijking met de waarde die een advies kan opleveren voor de rechtsontwikkeling.

Enkele respondenten zien sneller aanleiding voor het indienen van een adviesverzoek als – naast de hierboven genoemde punten – waarschijnlijk is dat een procespartij na de uitspraak van de hoogste rechter alsnog naar het EHRM zal gaan met een individuele klacht. In dat geval zou het 'stapelen' van procedures erg belastend en kostbaar kunnen zijn voor de betrokken partij. Bovendien zou het dan nog langer duren voor er duidelijkheid ontstaat over de juiste EVRM-uitleg in een concrete kwestie. De nationale hoogste rechter zou in dat soort gevallen via een adviesverzoek eerder duidelijkheid kunnen bieden, zeker in belangrijke kwesties waarover het EHRM zich nog niet zo vaak heeft kunnen uitspreken. Verschillende respondenten benadrukken daarbij dat deze overweging vooral een rol zal spelen als sprake is van een groot aantal aanhangige zaken over een vergelijkbare thematiek. Een adviesprocedure zou veel mensen dan een gang naar het EHRM kunnen besparen. Ook al benadrukken de respondenten dat na zo'n EHRM-advies al deze zaken nog steeds individueel moeten worden beoordeeld, zien zij dat bij bulkzaken de directe input van het EHRM handig zou kunnen zijn.

Vanuit twee rechterlijke instanties is aan bovenstaande punten ten slotte toegevoegd dat een adviesverzoek dienstig kan zijn als een voorliggende zaak zou kunnen leiden tot vergaande positieve verplichtingen voor de staat of als het gaat om een gevoelige kwestie. Een EHRM-advies zou de nationale rechter dan extra ruggensteun kunnen geven door duidelijk te maken dat een bepaalde (mogelijk controversiële) positieve verplichting of uitleg daadwerkelijk uit het EVRM voortvloeit.²⁵¹

6.5 Omgang met EHRM-adviezen

Hoewel het EHRM nog geen adviezen heeft gegeven naar aanleiding van vanuit Nederland ingediende verzoeken, geven respondenten unaniem aan dat – als dat wel zou gebeuren – die adviezen serieus moeten worden betrokken in de verdere oordeelsvorming. Het uitgangspunt is dat een rechter die een advies vraagt, ook echt iets moet willen doen met het advies. Daardoor zien de respondenten dat de adviezen al snel 'semi-bindend' of 'de facto bindend' zijn. Dit bevestigt volgens één respondent dat het indienen van een adviesverzoek steeds goed moet worden doordacht, net als het zo concreet en goed mogelijk vormgeven van de te stellen vragen.

6.6 Tussenconclusie

Hoewel Nederlandse hoogste rechters die bevoegd zijn tot het indienen van adviesverzoeken op zichzelf positief staan tegenover de adviesprocedure van Protocol 16, hebben zij nog geen adviesverzoeken ingediend, ook niet wanneer procespartijen daarom vroegen of wanneer een Advocaat-

²⁵⁰ Zo ook Glas & Krommendijk 2022, p. 437, verwijzend naar De Groot 2016, p. 10.

²⁵¹ Ook dit stemt overeen met de analyse van Glas & Krommendijk 2022, p. 345-346, waar zij wijzen op conclusies van AG's waarin in feite dit argument wordt benoemd als aanleiding om een adviesverzoek voor te leggen.

Generaal hiertoe uitnodigde. Uit de gevoerde interviews en een analyse van de relevante rechtspraak kan worden afgeleid dat er drie hoofdoverwegingen zijn die in de weg hebben gestaan aan het benutten van de procedure. In de eerste plaats hebben zich volgens de hoogste gerechten nog geen kwesties voorgedaan die zij niet zelf, op basis van een eigen analyse van de EHRM-rechtspraak en van het EVRM, op een bevredigende manier konden oplossen. In de tweede plaats hebben veel zaken die bij de hoogste rechters terechtkomen primair, of in ieder geval ook, een EU-rechtelijke component. In die zaken achten de hoogste rechters het – waar nodig – gepast om alleen de prejudiciële procedure voor het HvJ EU te benutten. In de derde plaats bestaat bij een aantal respondenten het beeld dat de procedure bij het EHRM kan leiden tot onwenselijke vertraging in de nationale procedure. Ook is er enige (koudwater)vrees als het gaat om het formuleren van de adviesvragen: tot nu toe is niet heel duidelijk hoe die het beste vorm kunnen krijgen, terwijl de formulering van de adviesvraag wel bepalend is voor de uitkomst.

Of in de toekomst wel adviesverzoeken zullen worden ingediend, is volgens de respondenten sterk afhankelijk van de drie genoemde factoren. Een adviesverzoek zal in de rede liggen als duidelijk is dat een zaak een principiële, belangrijke en nieuwe EVRM-vraag oplevert die de nationale rechters niet goed kunnen beantwoorden, terwijl de zaak niet óók een EU-component heeft. Bovendien moet duidelijk zijn dat de zaak enig uitstel kan dulden en het mogelijk is om de vraag op het juiste abstractieniveau te formuleren.

In veruit de meeste zaken zal sprake zijn van een vrij praktische kosten-batenanalyse bij de beslissing om al of niet een adviesverzoek in te dienen. Daarbij is van belang dat een adviesverzoek niet alleen duidelijkheid kan opleveren, maar ook in het voordeel kan werken van procespartijen. Zij hoeven na uitputting van de hoogste Nederlandse rechterlijke instantie immers niet nog jaren te wachten op een uitspraak in Straatsburg. Daartegenover staan de nadelen, zoals de vertraging in de procedure, de inspanningen die moeten worden verricht om de vragen goed te formuleren, en het mogelijke risico van gezichtsverlies als het EHRM het adviesverzoek niet in behandeling neemt. Per geval moeten deze voor- en nadelen tegen elkaar worden afgewogen.

7. Adviesverzoeken in andere landen

7.1 Inleiding

Om de bevindingen uit de interviews met de Nederlandse hoogste gerechten te kunnen spiegelen en om een completer inzicht te krijgen in de beweegredenen van rechterlijke instanties om al dan niet een adviesverzoek in te dienen, zijn ook semigestructureerde interviews afgenomen met rechters, advocaat-generaal en/of medewerkers bij buitenlandse gerechten die een adviesverzoek hebben ingediend.²⁵² Aangezien deze buitenlandse gerechten de gehele adviesprocedure hebben doorlopen bieden deze interviews ook inzicht in de ervaringen met de adviesprocedure, inclusief de opvolging van adviezen. Om dit laatste goed in kaart te kunnen brengen zijn, indien beschikbaar, de nationale uitspraken na het EHRM-advies bestudeerd.

In dit hoofdstuk worden de belangrijkste lijnen en inzichten besproken die uit de gevoerde gesprekken kunnen worden afgeleid. Allereerst wordt ingegaan op de overwegingen voor het indienen van een adviesverzoek. Vervolgens komen ervaringen met de adviesprocedure en de implementatie van de adviezen aan de orde.

7.2 Overwegingen voor het indienen van een adviesverzoek

7.2.1 Initiatief en forumkeuze

Voor bijna alle adviesverzoeken die zijn ingediend geldt dat de nationale rechters in de zaak hiertoe het initiatief hebben genomen. In één geval is een adviesverzoek ingediend omdat partijen hierom hadden verzocht. In een ander geval is aangestuurd op het vragen van een advies door een (variant op de) Advocaat-Generaal in een conclusie in een voorliggende zaak; daar is ook gevolg aan gegeven.

Gebleken is dat rechters soms twijfelen over de vraag wat het juiste forum is om te vragen om verheldering van het internationale recht. In tegenstelling tot wat op basis van het vorige hoofdstuk verwacht zou worden, lijkt dit met name te spelen in de staten die geen lid zijn van de Europese Unie. Daar is bijvoorbeeld overwogen om een adviesverzoek (ook) elders in te dienen, zoals bij de Venetiëcommissie. De Venetiëcommissie leek deze rechterlijke instantie geschikt om als *amicus curiae* op te treden, nu het ging om een situatie waarin het adviesverzoek primair op een (gevoelige) nationale constitutionele kwestie betrekking had. Een andere respondent deelde de observatie dat ook veel informatie kan worden opgehaald uit het Superior Courts Network (SCN), waardoor een adviesverzoek niet altijd nodig is. In de gesprekken met staten die lid zijn van de Europese Unie is niets naar voren gekomen over een mogelijke samenloop tussen de adviesprocedure en de prejudiciële procedure in Luxemburg, mogelijk door het feit dat dit niet speelde in de zaak waarin het adviesverzoek is gedaan.

7.2.2 Inhoudelijke overwegingen

Voor de nationale rechters was het krijgen van duidelijkheid over de uitleg en toepassing van het EVRM in een bepaalde kwestie de belangrijkste reden om het EHRM om een advies te vragen. Deze duidelijkheid volgde volgens hen niet (voldoende) uit de jurisprudentie van het EHRM, zodat zij een advies nodig achtten om tot een oplossing te kunnen komen in het concrete geschil.

Naast deze juridisch-inhoudelijke reden speelde in het merendeel van de zaken ook een politiek aspect. Dit politieke aspect bleek soms heel direct, in die zin dat de zaak ging over de vervolging van een politicus of ontzegging van het passief kiesrecht aan een parlementslid. Daarnaast blijkt het politieke aspect ook te kunnen zien op politiek of nationaal rechterlijk verzet tegen een bepaalde rechtspraaklijn of onjuiste of onvolledige implementatie van EHRM-rechtspraak door de wetgever. Wanneer dergelijke aspecten aan een zaak kleven, blijkt dat nationale rechters het als extra wenselijk kunnen zien om hulp van het EHRM te krijgen bij de beoordeling van de zaak. Respondenten

²⁵² Voor een uitgebreide beschrijving van de methoden wordt verwezen naar paragraaf 1.3.

geven aan het EHRM te zien als een objectieve en relatieve buitenstaander, die waardevolle hulp kan bieden in het beslechten van een complex nationaal vraagstuk. Ook als politici eerdere rechtspraak van het EHRM volgens de hoogste rechter niet goed hebben geïmplementeerd kan dat aanleiding vormen om het fiat van het EHRM voor de door de hoogste rechter gegeven uitleg te vragen. In politiek getinte zaken kan een advies van het EHRM bovendien een soort 'schild' vormen tegen politieke autoriteiten; de aanvaarding van een bepaalde (door het nationale gerecht ontwikkelde) rechterlijke doctrine kan daardoor worden bevorderd. In al deze gevallen kan een advies van het Hof dus leiden tot extra ondersteuning van de eigen argumentatie of positie. Benadrukt is hierbij wel dat de politieke dimensie weliswaar een reden kan zijn die een rol speelt bij het indienen van het adviesverzoek, maar dat die in geen van de gevallen van doorslaggevend belang is geweest.

In één geval speelde bij de beslissing over het indienen van een verzoek mee dat de nationale rechters de kans groot achtten dat de betrokken eisende partij uiteindelijk een klacht zou indienen in Straatsburg. Daarom wilden de rechters ervoor zorgen dat de nationale procedure zo zorgvuldig mogelijk zou verlopen. Bovendien zou het voordeel zijn dat het EHRM al vroegtijdig een oordeel kon geven over de zaak, zodat de kans kleiner zou zijn dat – als toch nog een klacht zou worden ingediend – alsnog een schending zou worden gevonden.

7.2.3 Praktische overwegingen

Bij de beslissing om een adviesverzoek in te dienen zien vrijwel alle respondenten de vertraging die het vragen van een advies oplevert voor de nationale procedure als het belangrijkste struikelblok. Er wordt vanuit gegaan dat de adviesprocedure ongeveer even lang duurt als de prejudiciële procedure in Luxemburg, waardoor de zaak 1 à 2 jaar vertraging zal oplopen. Of dit als lang wordt ervaren, is afhankelijk van de procedure. In één zaak werd dit initieel wel als een groot bezwaar gezien, omdat het nationale recht eigenlijk vergde dat heel snel zou worden geoordeeld. Uiteindelijk heeft de betreffende hoogste rechter echter besloten dat duidelijkheid over het EVRM voorging op snelheid van de procedure.

Een tweede nadeel is dat het gaat om een kostbaar proces, zowel in financiële termen (bijvoorbeeld door de noodzaak om bepaalde stukken te laten vertalen) als in termen van capaciteit. Een adviesverzoek zal daarom volgens verschillende respondenten in de toekomst alleen nog worden ingediend als er een duidelijk EVRM-aspect aan de zaak kleeft en uitleg echt nodig is om de zaak te kunnen beslissen, bijvoorbeeld omdat de EHRM-rechtspraak onduidelijk is. De baten rechtvaardigen de kosten alleen in uitzonderlijke gevallen.

De capaciteitsbelasting is vooral gelegen in de formulering van vragen, die nogal eens (maar zeker niet door alle respondenten) als lastig wordt ervaren. Het is een uitdaging om vragen zo te formuleren dat er een antwoord op kan worden gegeven dat leidt tot een bruikbaar advies. Tegelijkertijd willen rechters graag alleen een adviesverzoek indienen wanneer zij zeker weten dat het zo is geformuleerd dat het door het EHRM in behandeling wordt genomen. Een afwijzing kan namelijk voelen als een tik op de vingers in de zin dat de adviesprocedure niet goed is begrepen. Dit psychologische effect is wel genuanceerd met de opmerking dat dit net zo goed geldt voor de prejudiciële procedure in Luxemburg, waar sommige kwesties ook niet in behandeling worden genomen of vragen worden geherformuleerd.

Bij de complexiteit van het formuleren van vragen speelt ook mee dat, in tegenstelling tot de prejudiciële procedure in Luxemburg, de nieuwheid van de procedure ervoor zorgt dat nog weinig adviesverzoeken beschikbaar zijn die als voorbeeld kunnen dienen. Als gevolg hiervan is het ook wat onzeker welke adviesverzoeken worden geaccepteerd. Wel is vanuit landen die ook lid zijn van de EU aangegeven dat gebruik gemaakt kan worden van de ervaringen met het formuleren van prejudiciële vragen. De ervaringen hangen daarnaast af van de kennis van de mensen die met de procedure werken. Als een behandelend jurist ervaring heeft met procedures bij het EHRM, is er beter zicht op wat dit Hof nodig zou kunnen hebben en is het formuleren van goede vragen gemakkelijker.

7.2.4 Procedurele complicaties

In een aantal staten is een complicatie bij het indienen van een verzoek gelegen in nationale procedurele regels en beperkingen. Zo is verschillende keren aangegeven dat een bepaalde rechterlijke instantie geen bevoegdheid heeft tot het vaststellen of beoordelen van de feiten in een concrete zaak, terwijl de adviesprocedure wel vergt dat daarin inzicht wordt gegeven. Een groter probleem doet zich voor in gevallen waarin een hoogste rechter in eerste en enige aanleg bevoegd is om een oordeel te geven. Anders dan in gevallen waarin een hoogste rechter optreedt als cassatierechter of als rechter in laatste aanleg, zijn in die gevallen de feiten niet in lagere instanties al vastgesteld, maar vormt de feitenvaststelling juist onderdeel van de procedure. Volgens één respondent zou het EHRM 'onrijpe' of onvoldoende in de feiten gegronde adviesverzoeken beter kunnen afwijzen. Een andere respondent merkte juist op dat de adviesprocedure misschien net zo nuttig of nuttiger zou kunnen zijn voor lagere rechters. Lagere rechters passen immers volop het EVRM toe, ook in zaken die nooit bij een hoogste rechter terechtkomen, en hebben vaak meer bevoegdheden tot feitenvaststelling.

In sommige landen kunnen er ingewikkelde situaties ontstaan als de hoogste rechter bij een vraag over de uitleg of toepassing van het EVRM een adviesverzoek bij het EHRM kan indienen en bij een vraag over de uitleg of toepassing van de Grondwet het constitutioneel hof om een advies moet vragen. In dergelijke gevallen kan de situatie zich voordoen dat de bevoegde hoogste nationale rechter eerst wordt geconfronteerd met de vraag of wetgeving in overeenstemming is met het EVRM en daarover een advies indient in Straatsburg, en tijdens die adviesprocedure een vergelijkbare zaak krijgt voorgelegd over de vraag of de wetgeving in overeenstemming is met de Grondwet. Er kan dan een complexe dialoog ontstaan in plaats van alleen een dialoog met het EHRM. In de zaak waarin dit speelde is het EHRM hiermee omgegaan door met zijn advies te wachten op het nationale constitutionele hof, zodat het dit oordeel mee kon nemen in zijn advies. Dat het EHRM deze weg koos lag ook het meest voor de hand, omdat het nationale constitutionele hof binnen drie maanden uitspraak moest doen.

Bij sommige Oost-Europese rechters bestaat naar zeggen van een van de respondenten het beeld dat zij alleen adviesverzoeken mogen voorleggen als daartoe een uitdrukkelijke machtiging wordt gegeven in de Grondwet of in wetgeving. Als die wetgeving ontbreekt, zullen deze nationale rechters niet snel een advies vragen, ook al hebben zij volgens Protocol 16 die bevoegdheid wel.

7.3 Ervaringen met de procedure bij het EHRM

Over het algemeen wordt de beschikbare informatie over de adviesprocedure als duidelijk ervaren. Vooral de informatie die op de website van het EHRM te raadplegen is, zoals de *Guidelines*, draagt hieraan bij. Wel kwam het voor sommige gerechten als een (onaangename) verrassing dat, in tegenstelling tot bij de prejudiciële procedure in Luxemburg, stukken in één van de twee officiële talen van het Hof moeten worden vertaald. Dit werd pas duidelijk toen het EHRM om aanvullende stukken verzocht, terwijl het een kostbaar en tijdrovend proces is.

De communicatie vanuit het EHRM over het verloop van de procedure is volgens vrijwel alle respondenten voor verbetering vatbaar. In het bijzonder zou het op prijs worden gesteld als sneller een ontvangstbevestiging van het adviesverzoek wordt gestuurd en als vaker wordt gecommuniceerd over tussenstappen in de procedure. Een ontvangstbevestiging van, of eerste reactie op, het adviesverzoek liet in sommige gevallen bijvoorbeeld 1 tot 2 maanden op zich wachten. Zo'n vrij lange radiostilte vanuit het EHRM maakt de nationale rechterlijke instantie wat onzeker over de status en de behandeling van het adviesverzoek.

Als positief wordt veelal ervaren dat het EHRM relatief snel met zijn advies komt, terwijl meestal de verwachting bestond dat de behandeling van het adviesverzoek vrij lang zou duren.

7.4 Implementatie van het advies

Voor de zes inhoudelijke adviezen die het EHRM inmiddels heeft gepubliceerd, geldt dat op het moment van schrijven in vier gevallen een einduitspraak is gedaan door de nationale rechter. In één geval laat de uitspraak waarin toepassing wordt gegeven aan het advies lang op zich wachten. De reden hiervoor schuilt volgens de respondent in het feit dat op nationaal niveau een verschil van mening bestaat over de vraag hoe het advies moet worden toegepast. Dit komt niet door de vorm en inhoud van het advies, maar heeft te maken met de complexiteit en politieke gevoeligheid van de kwestie. Ook voor de andere adviezen geldt dat deze over het algemeen als duidelijk en nuttig worden beschouwd. De adviezen bieden een welkome verduidelijking van de algemene beginselen die gelden voor een bepaalde kwestie en bieden de nationale rechters daarmee meer inzicht in en handvatten bij de toepassing van het EVRM. Wel worden de adviezen soms als vrij technisch en in andere gevallen als nogal algemeen beschouwd.

Zoals ook in paragraaf 3.3 aan de orde is gekomen, wordt de concrete toepassing door het EHRM in de adviezen heel duidelijk aan de nationale rechter overgelaten. Dat begrijpen de respondenten goed in het licht van het doel van de adviesprocedure en het subsidiariteitsbeginsel, maar uit de gesprekken komt tegelijkertijd naar voren dat de nationale rechters meer concrete handvatten wel degelijk zouden waarderen.

Uit de gepubliceerde uitspraken en de gevoerde gesprekken blijkt verder dat de nationale rechters in hun uitspraak uitgebreid verwijzen naar het advies. Het gaat dan vooral om de uiteenzetting van de algemene beginselen, aangezien de concrete toepassing aan de nationale rechters wordt overgelaten. De concrete beoordeling van de voorliggende de zaak vindt dan wel plaats aan de hand van de criteria die het EHRM uiteen heeft gezet in het advies. De uitspraken van het Franse Hof van Cassatie en de Franse Raad van State kunnen dit verder illustreren. Zoals besproken in paragraaf 3.3 heeft het EHRM in het eerste advies onder Protocol 16 overwogen dat aan staten een ruime beoordelingsmarge toekomt wanneer het gaat om de manier waarop juridische erkenning van een ouder-kindrelatie bij uit draagmoederschap geboren kinderen vorm moet krijgen. Als gevolg hiervan kan juridische erkenning ook plaatsvinden via adoptie, zij het dat deze procedure dan wel snel en effectief moet zijn en de belangen van het kind voldoende moet respecteren. Onder verwijzing naar het advies van het EHRM heeft het Franse Hof van Cassatie geoordeeld dat adoptie niet de aangewezen weg is, omdat daarvoor een nieuwe, lange procedure nodig is.²⁵³ Dit brengt het Hof van Cassatie tot de conclusie dat inschrijving in de registers van de burgerlijke stand van de in het buitenland opgestelde geboorteakte niet langer nietig kan worden verklaard.²⁵⁴ Ook het advies van het EHRM over het maken van onderscheid tussen bepaalde verenigingen is door de verzoekende rechter, de Franse Raad van State, uitgebreid weergegeven in de uiteindelijke uitspraak.²⁵⁵ Aan de hand van de door het EHRM uiteengezette criteria oordeelt de Franse Raad van State vervolgens dat het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is.²⁵⁶

Volgens de respondenten is in geen van de gevallen bij de implementatie van het advies uitdrukkelijk gesproken over de bindendheid van het advies. Voor alle gerechten is het duidelijk dat het eigenlijke advies niet bindend is. Wel is in dit kader opgemerkt dat hoewel de eigenlijke adviezen strikt genomen niet bindend zijn, nationale rechters van heel goeden huize moet komen om een advies naast zich neer te leggen. Het belang van dialoog tussen het EHRM en nationale rechters en van het onderhouden van een goede relatie zou eraan in de weg staan om een advies niet over te nemen.

7.5 Tussenconclusie

Uit de gevoerde interviews kan worden afgeleid dat het krijgen van duidelijkheid over de uitleg of toepassing van het EVRM in een bepaalde kwestie de belangrijkste reden is om het EHRM om een advies te vragen. In de meeste zaken speelde ook een politiek aspect, maar dit vormde in geen van

²⁵³ Franse Hof van Cassatie, 4 oktober 2019, ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648, in het bijzonder par. 4-6.

²⁵⁴ Idem, par. 19.

²⁵⁵ Franse Raad van State, 23 maart 2023, ECLI:FR:CECHR:2023:439036.20230323, par. 3.

²⁵⁶ Idem, par. 4-7.

de gevallen de doorslaggevende reden voor het indienen van een adviesverzoek. Alhoewel alle respondenten ruimte voor verbetering zien, zijn de ervaringen met de adviesprocedure over het algemeen positief en worden de adviezen als duidelijk en van toegevoegde waarde beschouwd. De gerechten die reeds ervaring hebben met de adviesprocedure in Straatsburg zouden volgens de respondenten in de toekomst dan ook zeker weer overwegen een adviesverzoek bij het EHRM in te dienen. Hierbij merken zij wel op dat dit vooral het geval zal zijn wanneer een uitzonderlijke, principiële zaak zich voordoet. Hierbij denken zij aan zaken waar geen duidelijke oplossing voor de hand ligt op basis van de jurisprudentie van het EHRM, aan zaken die vanwege hun onderwerp ook relevant zijn voor andere verdragsstaten of aan zaken waar extra ondersteuning voor de argumentatie nodig is. In dit kader merkte één van de respondenten op dat de betreffende hoogste rechter niet heel vaak met dergelijke exceptionele zaken wordt geconfronteerd, zodat het aantal zaken waarin wederom een advies zou worden gevraagd waarschijnlijk uiterst beperkt is. Ten slotte is opgemerkt dat het grootste deel van de zaken aan de hand van de bestaande jurisprudentie van het EHRM kan worden opgelost.

8. Conclusie

8.1 Samenvatting van de bevindingen

Vijf jaar na de inwerkingtreding van Protocol 16 EVRM (en vier jaar na inwerkingtreding voor Nederland) is het mogelijk om voorzichtig een eerste balans op te maken van de manier waarop toepassing wordt gegeven aan dat protocol. Mede naar aanleiding van de discussies zoals die in het Nederlandse ratificatiedebat zijn gevoerd, is in dit rapport verslag gedaan van de eerste ervaringen die op nationaal niveau met het Protocol zijn opgedaan. Daarbij is geen aandacht besteed aan de ervaringen en effecten bij het EHRM zelf, maar is alleen ingegaan op de toepassing en effecten op nationaal niveau.

In dit rapport zijn drie hoofdpunten aan de orde gekomen. Allereerst is een overzicht gegeven van het adviesprotocol en is onderzocht hoe het EHRM in de adviezen tot dusver invulling geeft aan het Protocol (hoofdstukken 2 en 3). In de tweede plaats is aandacht besteed aan de politieke discussies die in Nederland en zes andere staten zijn gevoerd over de wenselijkheid van goedkeuring van het Protocol (hoofdstukken 4 en 5). Ten derde is nagegaan welke overwegingen hebben gemaakt dat Nederlandse hoogste rechters vooralsnog geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om adviesverzoeken in te dienen en welke ervaringen buitenlandse rechters die de procedure wel al hebben benut daarmee hebben opgedaan (hoofdstukken 6 en 7). Samenvattend heeft dit geleid tot de volgende bevindingen.

8.1.1 Toepassing van de adviesprocedure door het EHRM

In het Protocol 16 en in verschillende toelichtende documenten is uitgebreid uiteengezet hoe de adviesprocedure in zijn werk moet gaan. In het bijzonder het *Explanatory Memorandum*, het Procesreglement van het Hof en de door het EHRM geformuleerde *Guidelines* voor het indienen van adviesverzoeken bieden de nodige handvatten aan nationale rechters voor het vormgeven van hun adviesverzoeken. De inmiddels uitgebrachte adviezen – zes in totaal – en het door het EHRM afgewezen adviesverzoek maken nog duidelijker hoe het EHRM omgaat met de nieuwe procedure en bevoegdheid.

Nog niet echt helder is hoe invulling wordt gegeven aan het vereiste dat de voorgelegde adviesverzoeken betrekking moeten hebben op een principiële kwestie van uitleg of toepassing van het EVRM. Op die vraag is het EHRM tot nu toe nog niet expliciet ingegaan. Wel laat het Hof bij het wel of niet in behandeling nemen van adviesverzoeken zwaar meewegen of de gestelde vragen voldoende rechtstreeks verband houden met de nationale procedure en of antwoord op de vragen noodzakelijk is voor de nationale rechter om tot een oordeel in de zaak te kunnen komen. Wat ook duidelijk is geworden uit de adviezen is dat de Grote Kamer zich bevoegd acht om bepaalde vragen niet in behandeling te nemen of te herformuleren, of juist zelf een vraag toe te voegen.

De vorm en opbouw van de adviezen is zeer vergelijkbaar met die van uitspraken van de Grote Kamer in individuele klachtprocedures. Wanneer het aankomt op de inhoudelijke beoordeling is wel een duidelijk verschil zichtbaar, in die zin dat de adviezen een relatief hoog abstractieniveau kennen en het Hof zich beperkt tot de formulering van algemene uitlegbeginzelen. De toepassing wordt uitdrukkelijk aan de nationale rechter gelaten, die daarbij vaak ook nog een zekere *margin of appreciation* krijgt toebedeeld. Het Hof doet daarmee niet meer dan de verzoekende rechter enig richtsnoer te bieden om de zaak op nationaal niveau te beslechten.

8.1.2 Discussiepunten betreffende de ratificatie van Protocol 16

In Nederland is er veel discussie gevoerd in het parlement naar aanleiding van het wetsvoorstel tot goedkeuring van Protocol 16. Niet alle partijen zagen de meerwaarde van een constructieve dialoog over grondrechten tussen nationale hoogste rechters en het EHRM. Voor een ander deel waren de argumenten meer praktisch van aard en hadden ze te maken met de onzekere effecten van het Protocol. Niet duidelijk was op het moment van ratificatie bijvoorbeeld hoeveel behoefte er aan de dialoogprocedure zou zijn, welke gevolgen deze zou kunnen hebben voor aanhangige nationale procedures, wat de consequenties zouden zijn voor het EHRM en hoe de prejudiciële procedure en de

adviesprocedure zich tot elkaar zouden gaan verhouden. Evenmin duidelijk was op het moment van ratificatie hoe vaak er nu echt gebruik gemaakt zou gaan worden van de procedure. Enerzijds waren er vrij hoge verwachtingen, anderzijds was de gedachte dat de behoefte aan duidelijkheid juist voor Nederlandse rechters vrij klein zou zijn.

Ook in de goedkeuringsdebatten in andere Europese staten zijn veel van deze argumenten en zorgen benoemd. In de meeste landen is discussie gevoerd over de voordelen van het Protocol in termen van dialoog, verbeterde rechtsbescherming, minder belasting voor procespartijen, subsidiariteit en vermindering van de werkbelasting van het Hof, en over de nadelen ervan in termen van impact op nationale (rechterlijke) soevereiniteit en autonomie, kosten en vertragingen in de nationale procedure en verhoging van de werklast. Anders dan in Nederland lijkt in de andere staten echter niet te zijn ingegaan op de samenloop met de prejudiciële procedure voor het HvJ EU.

In de staten die snel tot ratificatie zijn overgegaan zijn de goedkeuringsprocessen zonder uitzondering soepel verlopen. Weliswaar zijn ook daar wat zorgen naar voren gebracht, maar van uitgebreide discussies is daar zelden sprake geweest. Net zomin als in Nederland hebben de tegenargumenten daar bovendien tastbare belemmeringen opgeleverd. In de staten die het Protocol (nog) niet hebben geratificeerd, lijkt vooral een rol te spelen dat de meerwaarde van de adviesbevoegdheid relatief beperkt wordt gevonden, terwijl er wel grote zorgen bestaan over de consequenties van de adviezen en de risico's voor nationale soevereiniteit en autonomie. In deze staten bestaat een sterke wens om af te wachten hoe de procedure zich ontwikkelt.

8.1.3 Ervaringen en overwegingen van rechters bij de toepassing van het Protocol

De bevroegde Nederlandse hoogste rechters staan op zichzelf positief tegenover de adviesprocedure van Protocol 16. Toch hebben zij vooralsnog geen adviesverzoeken ingediend. Uit de gevoerde interviews en een analyse van de relevante rechtspraak kan worden afgeleid dat er drie hoofdoverwegingen zijn die in de weg hebben gestaan aan het benutten van de procedure. In de eerste plaats hebben zich volgens de hoogste gerechten nog geen kwesties voorgedaan die zij niet zelf, op basis van een eigen analyse van het EVRM en de EHRM-rechtspraak, op een bevredigende manier konden oplossen. In de tweede plaats hebben veel zaken die bij de hoogste rechters terechtkomen primair, of in ieder geval ook, een EU-rechtelijke component. In die zaken achten de hoogste rechters het – waar nodig – gepast om alleen de prejudiciële procedure voor het HvJ EU te benutten. In de derde plaats bestaat het beeld dat de procedure bij het EHRM kan leiden tot onwenselijke vertraging in de nationale procedure.

De buitenlandse rechterlijke instanties die inmiddels wel adviesverzoeken hebben ingediend, hebben dit vooral gedaan om duidelijkheid te krijgen over de uitleg of toepassing van het EVRM. In het merendeel van de zaken speelde ook een politiek aspect, maar dit vormde in geen van de gevallen de doorslaggevende reden voor het indienen van een adviesverzoek. De ervaringen met de adviesprocedure zijn over het algemeen positief en de adviezen worden als duidelijk en van toegevoegde waarde beschouwd. Wel zou de procedure op een aantal punten soepeler kunnen verlopen, met name waar het gaat om de communicatie vanuit het EHRM over het procesverloop.

Er zijn nog te weinig rechterlijke uitspraken voorhanden naar aanleiding van de adviezen van het EHRM om te kunnen zeggen in welke mate en hoe navolging wordt gegeven aan de adviezen. Wel is uit de interviews duidelijk geworden dat alle rechters zich terdege realiseren dat alleen de algemene uitlegbeginselen een zekere bindende werking hebben, maar de adviezen als zodanig niet.

8.2 Evaluatie in het licht van de doelstellingen van Protocol 16

Hoofddoel van dit onderzoek was om te beoordelen hoe de invoering en de toepassing van Protocol 16 van het EVRM tot dusver is verlopen en hoe de benutting van het Protocol zou kunnen worden verbeterd. Uit de hiervoor gegeven samenvatting kan worden afgeleid dat het Protocol in nog maar relatief weinig staten van kracht is. Het aantal ingediende adviesverzoeken is beperkt, net als het aantal uitgebrachte adviezen. Vanuit Nederland is tot dusver geen enkel adviesverzoek ingediend.

De vraag is hoe deze bevindingen over invoering en toepassing moeten worden beoordeeld. Het is zinvol om dat te doen in het licht van de twee hoofddoelen van Protocol 16, zoals die in paragraaf 2.1.2 uiteen zijn gezet:

1. Het Protocol is bedoeld om de dialoog tussen nationale hoogste rechters en het EHRM te versterken om zo komen tot betere nationale implementatie van het EVRM. Doordat hoogste nationale rechters in aanhangige zaken kunnen verzoeken om verduidelijking of toelichting door het EHRM, kan het EHRM al in een vroegtijdig stadium uitleggen hoe het EHRM moet worden toegepast. De nationale rechters kunnen vervolgens zelf bezien hoe zij het advies in de concreet voorliggende zaak toepassen. Daardoor kunnen staten hun primaire functie bij het beschermen van grondrechten goed vervullen en kunnen zij – geholpen door het EHRM vanuit zijn subsidiaire functie – komen tot een goede implementatie van het EVRM. Tegelijkertijd maakt de procedure het voor het EHRM mogelijk om een voortrekkersrol te vervullen als het gaat om nieuwe en belangrijke vragen over grondrechtenkwesities.
2. Het Protocol kan helpen om de efficiency van de klachtafhandeling bij het EHRM te vergroten. Daarbij is de gedachte dat zaken waarin het EHRM al heeft geadviseerd nog maar zelden in de vorm van een individuele klacht bij het Hof terecht zullen komen. Bovendien zou de verduidelijking die het EHRM biedt in een veelheid van vergelijkbare zaken (hetzij aanhangig in de staat die een adviesverzoek heeft ingediend, hetzij in andere staten) ertoe kunnen leiden dat zaken op nationaal niveau in overeenstemming met het EVRM worden afgedaan.

Over de gevolgen van Protocol 16 voor de relatie tussen nationale en Europese rechters en voor de implementatie van het EVRM blijkt veel discussie te bestaan. In nogal wat ratificatiedebatten is de zorg uitgesproken dat de procedure tot gevolg kan hebben dat het EHRM zich te veel gaat bemoeien met nationale grondrechtenkwesities. Daardoor zou Protocol 16 op gespannen voet staan met de nationale soevereiniteit en de primaire bevoegdheid om zelf invulling te geven aan het EVRM. Tot op zekere hoogte lijkt dit ook een overweging te zijn bij verschillende Nederlandse rechters, die kan verklaren waarom zij nog geen adviesverzoeken hebben ingediend. Verschillende respondenten bij de Nederlandse hoogste gerechten hebben aangegeven dat het primair aan henzelf is om het nationale recht uit te leggen en toe te passen. Dat maakt voor sommige rechters dat ze terughoudend zijn om het Protocol te benutten, al vinden ze het uitgangspunt wel goed.

Tegelijkertijd zien alle Nederlandse en buitenlandse rechters de meerwaarde van het Protocol als het gaat om nieuwe rechtsvragen die de kern van een voorgelegde zaak betreffen en waarover nog geen duidelijke EHRM-rechtspraak voorhanden is. Vrijwel eensluidend zeggen zij dat het Protocol juist in die omstandigheden meerwaarde kan hebben. Het maakt het dan niet alleen gemakkelijker om een goed oordeel te geven, maar voorkomt ook dat individuele klagers op een later moment alsnog naar Straatsburg moeten gaan om duidelijkheid te krijgen over hun zaak.

Een argument dat bij de Nederlandse rechters nauwelijks naar voren komt, maar bij de buitenlandse rechters des te vaker, is dat het EHRM extra legitimatie kan bieden in kwesties die op nationaal niveau leiden tot sterke (politieke) controverse. Daarvoor is het Protocol eigenlijk niet bedoeld en deze functie is ook niet gemakkelijk verenigbaar met de notie van subsidiariteit. Het EHRM zelf heeft tot nu toe geen aanleiding gezien om adviesverzoeken van de hand te wijzen als ze duidelijk samenhangen met een nationale (rechts)politieke kwestie. Wel kiest het in die zaken voor een puur juridische benadering, waarbij het de politieke aspecten van de kwestie buiten beschouwing laat. Het is niet ondenkbaar dat het daarmee impliciet duidelijk probeert te maken dat de procedure er niet is om nationale politieke kwesties op te lossen. Zonder nader onderzoek bij het EHRM zelf blijft dit echter wat speculatief.

Al met al is op basis van het beperkte aantal gevraagde en uitgebrachte adviezen tot nu toe niet te zeggen of de adviesprocedure positief bijdraagt aan de implementatie van het EVRM op nationaal niveau en het vergroten van de dialoog tussen nationale en Europese rechters.

Het onderzoek heeft verder uitgewezen dat er grote aarzelingen bestaan over de efficiencyfunctie van Protocol 16. In veel ratificatiedebatten is uitdrukkelijk betwijfeld of de procedure kan leiden tot reductie van het aantal individuele klachten dat het EHRM zou moeten behandelen. Integendeel, benadrukt is dat de behandeling van adviesverzoeken een forse aanslag kan hebben op de toch al beperkte capaciteit van het EHRM, nu de verzoeken steeds moeten worden behandeld door de Grote

Kamer en ze mogelijk niet voor grote aantallen zaken relevant zijn. Ook Nederlandse rechters hebben aangegeven dit een relevante overweging te vinden als het gaat om de vraag of ze een adviesverzoek willen indienen. De ingediende adviesverzoeken laten verder zien dat het voorsnog niet gaat om kwesties waarbij grote aantallen vergelijkbare zaken aanhangig zijn. Eerder gaat het om unieke zaken met een politiek karakter of om kwesties die betrekking hebben op heel specifieke onduidelijkheden in de bestaande EHRM-rechtspraak. Veel Nederlandse respondenten bij de hoogste gerechten geven wel aan dat zij de meerwaarde van de procedure zien als het gaat om een vraagstuk waarover veel wordt geprocedeerd. Doorslaggevend is voor hen uiteindelijk steeds de vraag of een adviesverzoek echt nodig is om duidelijkheid te krijgen in de voorliggende zaak. Of de adviesprocedure in de toekomst wel zal kunnen leiden tot efficiencyvoordelen, is op dit moment dus onzeker.

8.3 Naar een betere benutting van Protocol 16?

Voor Nederland is een belangrijke vraag of de mogelijkheden van Protocol 16 EVRM in de toekomst beter kunnen worden benut. In het licht van de doelstellingen van het Protocol moet dit zo worden uitgelegd dat Nederlandse hoogste rechters daadwerkelijk adviesverzoeken gaan indienen als dat in het licht van de dialoog- en implementatiefunctie dienstig is en als dit mogelijk zou kunnen bijdragen aan de efficiency van de procedure bij het EHRM. Tegelijkertijd zou dit zo moeten gebeuren dat geen afbreuk wordt gedaan aan de primaire bevoegdheid en verantwoordelijkheid van Nederlandse rechters voor een goede uitleg van het EVRM. Een bijkomende factor – die in veel andere landen overigens geen uitgesproken rol speelt – is dat moet worden gezorgd voor een goede afstemming tussen de adviesprocedure en de prejudiciële procedure.

Uit de interviews bij de Nederlandse hoogste gerechten is gebleken dat het deels praktische overwegingen zijn die in de weg staan aan het indienen van adviesverzoeken. Tegelijkertijd lijken die allemaal overkomelijk te zijn. Rechters geven aan dat het een uitdaging zal zijn om de adviesvragen zo te formuleren dat er een bruikbaar en zinvol advies uit volgt. Tegelijkertijd stellen zij dat er voldoende ervaring is met de prejudiciële procedure en voldoende kennis van het EVRM aanwezig om goede adviesvragen te kunnen formuleren. Interne kaders of protocollen ontbreken voorsnog, maar er is wel bereidheid om die te maken en met andere rechters in overleg te treden als concreet wordt overwogen om een adviesverzoek in te dienen. Ook de zorgen over de lange doorlooptijden en eventuele vertraging kunnen worden gerelativeerd: de duur van de adviesprocedure is voorsnog korter dan die bij het HvJ EU. Deze praktische bezwaren hoeven als zodanig dus niet in de weg te staan aan het indienen van een adviesverzoek. Wel kan op basis van de ervaringen in andere staten worden aangenomen dat er bij het EHRM zelf nog wel iets kan verbeteren in de manier waarop invulling wordt gegeven aan de procedure, in het bijzonder als het gaat om de communicatie. Op dat punt kan nader evaluatieonderzoek van de procedure op het EHRM-niveau nuttig zijn. Daarnaast kunnen Nederlandse rechters goed in de gaten houden of de doorlooptijden bij het EHRM niet oplen en waar nodig dienovereenkomstig handelen.

Naast deze meer praktische elementen kan een aantal criteria worden geformuleerd van meer inhoudelijke aard waaraan voldaan moet zijn om het indienen van een adviesverzoek zinvol te maken. Deze criteria hangen samen met de verwachte meerwaarde van een EHRM-advies en de gepercipiëerde kosten daarvan. De hieronder genoemde criteria worden breed ondersteund door zowel de Nederlandse respondenten als de buitenlandse rechters; de laatsten hebben aangegeven deze criteria ofwel al direct te hebben betrokken bij hun keuze om een adviesverzoek in te dienen, ofwel dat in de toekomst (nog beter) te zullen doen.

Gelet op het bovenstaande, kan worden aangenomen dat het zinvol is om een adviesverzoek in te dienen onder Protocol 16 als aan de volgende vier criteria is voldaan:

1. Het verkrijgen van een duidelijke EHRM-uitleg heeft voor de aanhangige zaak (en eventuele vergelijkbare zaken die bij lagere instanties aanhangig zijn) echt toegevoegde waarde. Die toegevoegde waarde kan er bijvoorbeeld zijn als er tegenstrijdige of inconsistente EHRM-rechtspraak is over de voorliggende materie of als er nog maar weinig EHRM-rechtspraak is over een bepaald onderwerp. Dat laatste kan zich onder andere voordoen bij nieuwe

rechtstvragen die het EHRM nog niet heeft kunnen behandelen, zoals bij technologische kwesties of nieuwe opsporingsmethoden.

2. Een zaak roept een algemene uitlegvraag op die ook op basis van zorgvuldige analyse van EHRM-rechtspraak niet kan worden beantwoord en die gemakkelijk genoeg 'vertaalbaar' is naar een adviesverzoek. Relevant is ook of de zaak een zeker 'uitstralingseffect' heeft, in die zin dat het antwoord op de adviesvraag voor een groter aantal zaken (in binnen- en buitenland) relevant is.
3. De EVRM-kwestie vormt een kernaspect van de zaak.
4. Er zijn geen EU-rechtelijke aspecten aan de zaak verbonden; is dat wel zo, dan heeft de prejudiciële procedure de voorkeur.²⁵⁷

Deze vier criteria sluiten goed aan bij de genoemde hoofddoelen van het Protocol. Ze passen bovendien bij de taakverdeling tussen de nationale rechters en het EHRM en tussen het EHRM en het Hof van Justitie van de EU. Er is dan ook alle reden om deze criteria voor de toekomst tot uitgangspunt te nemen. Allicht zal dit niet leiden tot een veel groter aantal adviesverzoeken, maar dat is ook geen doel op zichzelf. Wel brengt het in acht nemen van deze criteria mee dat adviesverzoeken worden ingediend waar dat meerwaarde heeft en passend is. Het verder uitdragen ervan voor de toekomst is dus zeker waardevol.

²⁵⁷ In dit verband is het goed om in gedachten te houden dat in het herziene conceptakkoord over toetreding van de EU tot het EVRM een bepaling is opgenomen die het gebruik van de adviesprocedure uitsluit in zaken met een EU-rechtelijke component (zie artikel 5 Draft revised agreement on the accession of the EU to the ECHR (versie 30 maart 2023)).

Bibliografie

- Askin, E. (2023), 'Guidance for Assessing Discrimination under Article 14 ECHR: Advisory Opinion on the Difference in Treatment between Landowners' Associations "having a recognised Existence on the Date of the Creation of an approved Municipal Hunters' Association" and Landowners' Associations set up after that Date', *Strasbourg Observers* 31 januari 2023, via <https://strasbourgobservers.com/2023/01/31/guidance-for-assessing-discrimination-under-article-14-echr-advisory-opinion-on-the-difference-in-treatment-between-landowners-associations-having-a-recognised-existence-on-the-date/>
- Bodnar, A. (2014), '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 and E. Brems (eds.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* (Springer, 2014), p. 223-262.
- Broeksteeg, H., Glas, L. & Krommendijk, J. (2021), 'Annotatie bij Advisory Opinion P16-2020-002 – De hete Litouwse aardappel van ontzetting van het passief kiesrecht doorgespeeld naar Straatsburg onder Protocol 16', *EHRC Updates* 2021, via <https://www.ehrc-updates.nl/nieuwsbericht/advisory-opinion-p16-2020-002-de-hete-litouwse-aardappel-van-ontzetting-van-het-passief-kiesrecht-doorgespeeld-naar-straatsburg-onder-protocol-16>
- Buyse, A.C. (2019), 'Analysis: The Strasbourg Court's First Advisory Opinion under Protocol 16', *IACL-AIDC Blog*, 10 May 2019.
- CDDH (Steering Committee on Human Rights) (2012), *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.
- CDDH (Steering Committee on Human Rights) (2015), *Report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, 11 december 2015, CDDH(2015)R84 Addendum I.
- Crossen, J. en Gerards, J.H. (2020), 'EHRM (GK) 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM', *EHRC Updates* 2020/160, via <https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/209564>
- Dicosola, M., Fasone, C. & Spigno, I. (2015), 'The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System', *German Law Journal* 2015 (16-6), p. 1387.
- Dzehtsariou, K. (2013), '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, K. & O'Meara, N. (2014), 'Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-control?', *34 Legal Studies* 2014, p. 444-468.
- Eckhardt, S. & Bakker, S. (2018), 'Protocol 16 EVRM bezien vanuit Nederlands strafrechtelijk perspectief', *NJB* 2018 (26) p. 1881
- EHRM (2012), *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), *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.
- Flogaitis, S., Zwart, T. & Fraser, J. (red.) (2013), *The European Court of Human Rights and its Discontents: Turning Criticism into Strength*, Londen: Edward Elgar UK 2013
- Gerards, J.H. & Terlouw, A.B. (red.) (2012), *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf 2012.
- Gerards, J.H. (2013), 'Protocol 16 en advisering door het EHRM', *Asiel & Migrantenrecht* 2013 (10), p. 513-519.
- Gerards, J.H. (2014) '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, J.H. (2014b), '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, J.H. & Fleuren, J.W.A. (red.) (2014), *Implementation of the ECHR and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014.
- Gerards, J.H. (2017), 'Protocol 16 EVRM: advisering door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2017 (4), p. 307-322.
- Gerards, J.H. (2019), '[Advisory opinion: European Court of Human Rights \(ECtHR\)](#)', *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (MPEiPro)* (Oxford University Press, 2019 (online)).
- Gerards, J.H. & Mak, C. (2019), 'EHRM 10 april 2019, Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother', «EHRC» 2019/121
- Gerards, J.H. (2020), 'Protocol 16 EVRM – adviesprocedure', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel 2* (Den Haag, Sdu 2020); online beschikbaar via Sdu OpMaat.
- Gerards, J.H. (2021), 'Protocol 15 ECHR: yesterday's solutions for yesterday's problems?', *ECHR Blog* (Blog Symposium on Protocol 15 ECHR) 15 juni 2021, <https://www.echrblog.com/2021/06/protocol-15-echr-yesterdays-solutions.html>.
- Gerards, J.H. (2023), *General Principles of the European Convention on Human Rights*, 2e druk, Cambridge: Cambridge University Press 2023.
- Giannopoulos. D. (2015), '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.
- Glas, L.R. (2016), *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen: Intersentia 2016.
- Glas, L.R. (2020), 'From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?', *Human Rights Law Review* 2020 (20) p. 121-151
- Glas, L.R. (2021), 'The Court: Criteria for Office and Relinquishment', *ECHR Blog* (Blog Symposium on Protocol 15 ECHR) 16 juni 2021, <https://www.echrblog.com/2021/06/blog-symposium-on-protocol-15-echr.html>.
- Glas, L.R. & Krommendijk, J. (2021), 'Advies P16-2020-001 – Hard to Get? Hoe het EHRM op onduidelijke wijze onduidelijke prejudiciële vragen onbeantwoord laat, of toch niet...', *EHRC Updates* 2021, via <https://www.ehrc-updates.nl/nieuwsbericht/advies-p16-2020-001-hard-to-get-hoe-het-ehrm-op-onduidelijke-wijze-onduidelijke-prejudiciele-vragen-onbeantwoord-laat-of-toch-niet>
- Glas, L.R. en Krommendijk, J., 'A Strasbourg Story of Swords and Shields: National Courts' Motives to Request an Advisory Opinion from the ECtHR Under Protocol 16', 3 *ECHR Law Review* 2022 (3).
- Gragl, P. (2013), '(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.
- De Groot, G. (2016), 'Beginselen van procesrecht en de hoogste rechter: mag, moet en gaat de Hoge Raad ooit in dialoog met het EHRM?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2016 (4), p. 8.
- Group of Wise Persons 2006, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 15 November 2006, CM(2006)203.
- Guidelines, Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure*, aangenomen door het Plenaire Hof op 18 september 2017 en geactualiseerd op 18 oktober 2021, https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf
- Haukeland Fredriksen, H. (2018), 'Norge står på sidelinjen' [Norway stands on the sidelines], *Rettt24*, 1 August 2018, via <https://rett24.no/articles/norge-star-pa-sidelinjen>
- Haukeland Fredriksen, H. 'Styrket dommerdialog også om EMK' [Strengthened judicial dialogue also for the ECHR], *Lov og Rett* 2021, p. 389-90, via <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2021-07-01>

- Jóźwicki, W. (2015), 'Protocol 16 to the ECHR: A Convenient Tool for Judicial Dialogue and Better Domestic Implementation of the Convention?', in: E. Kuzelewska e.a. (red.), *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 183.
- Kivalov, S. (2012), *Ensuring the viability of the Strasbourg Court: structural deficiencies in States Parties*, Report prepared for the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, provisional version, 12 November 2012, AS/Jur (2012) 29.
- Lambrecht, S. (2022), *Convention through States' Eyes. Embedding of the European Convention on Human Rights in States Parties* (Dissertatie Universiteit van Antwerpen 2022).
- Lavrysen, L. (2019), 'The Mountain Gave Birth to a Mouse: the First Advisory Opinion Under Protocol No. 16', *Strasbourg Observers*, 24 April 2019, <https://strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16/>.
- Lavrysen, L. (2020), 'Advisory Opinion No. 2: a Slightly Bigger Rodent', *Strasbourg Observers* 5 juni 2020, <https://strasbourgobservers.com/2020/06/05/advisory-opinion-no-2-a-slightly-bigger-rodent/>.
- Lemmens, K. (2019), 'Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog Through Complex Judicial Dialogue?', *European Constitutional Law Review* 2019 (15), p. 691.
- Milner, D. (2014), 'Protocols no. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the context of the perennial process of reform: a long and winding road', *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2014 (17), p. 19-51.
- Moonen, T. & Lavrysen, L., 'Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol No 16 to the ECHR', 21 *Human Rights Law Review* 2022 (3), pp. 752-785.
- Myjer, E. (2012), *Mensenrechten zijn niet soft*, Nijmegen: WLP 2012.
- O'Leary, S. & Eicke, T. (2018), 'Some Reflections on Protocol No. 16', *European Human Rights Law Review* 2018, p. 220-237, ook via https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20190125_O_Leary_Eicke_JY_ENG.pdf
- Popelier, P. & Lambrecht, S. (red.) (2016), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Antwerpen, Intersentia 2016.
- Popelier, P. (2016), 'Belgium. The Supremacy Dilemma: the Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice', in: P. Popelier, S. Lambrecht & K. Lemmens (red.), *Criticism of the European Court of Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 149-171.
- Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers (10 November 2006), SAGES(2006)06 EN Final.
- Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure* (2017), aangenomen door het Plenaire Hof op 18 september 2017, https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.
- Paprocka, A. & Ziółkowski, M. (2015), 'Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights', 11 *European Constitutional Law Review* 2015 (2), p. 274-292.
- Peers, S. (2014), 'The CJEU and EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection in the', *EU Law Analysis* 18 december 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>.
- Piret, J.V.A.G. (2012) 'Limitations of Supranational Jurisdiction, Judicial Restraint and the Nature of Treaty Law', in: J. Temperman (red.), *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Leiden: Martinus Nijhoff 2012, p. 59-89.
- Schukking, J. (2018), 'Straatsburg inzicht (3) – De adviesprocedure van Protocol nr. 16 bij het EVRM', *NTM | NJCM-bulletin* 2018 (43-4), p. 671.
- Sicilianos, L.-A. (2014), 'L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – A propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme', 25 *Revue trimestrielle des Droits de l'homme* 2014, p. 18-19.
- Spijkerboer, T. (2012) 'Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NJB* 2012 (4), p. 254-268.

- Spronken, T. (2019), 'Vooraf – Protocol 16 EVRM: nog meer prejudiciële vragen', *NJB* 2019 (20), p. 1457.
- Van Swaanenburg-van Roosmalen, M. & Vermeulen, B. (2019), 'Vraagpuntennotitie over Protocol No. 16 bij het EVRM en betekenis daarvan voor de Nederlandse rechtspraak voor het gezamenlijk symposium van in het kader van dit protocol aangewezen hoogste gerechten op donderdag 18 april 2019 in Den Haag', Conferentie Den Haag 18 April 2019.
- Thorarensen, B. (2016), '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.
- Valk, J. (2019), 'Advisering door het EHRM in civiele zaken', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2019 (2), p. 68.
- Vogiatzis, N., 'The Second Advisory Opinion by the Strasbourg Court under Protocol 16. A Contextual Analysis', *European Convention on Human Rights Law Review* 3 (2021) pp. 135-52.
- Voland, Th. & Schiebel, B. (2017), '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.
- Wąsek-Wiaderek, W. (2019), 'Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Do National Judges Really Need This New Forum of Dialogue?', in P.P. Pinto de Albuquerque & K. Wojtyczek (red.), *Judicial Power in a Globalized World: Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, Springer 2019, p. 637.

Bijlage 1. Respondenten

Rechterlijke instanties in Nederland

Hoge Raad

Vincent van den Brink
Mariken van Hilten
Martijn Polak
Taru Spronken

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

Ramiro Fernandez
Nico Verheij

Centrale Raad van Beroep

Marleen van Dalen-van Bekkum
Roelien Roeland

College van Beroep voor het bedrijfsleven

Theo Simons

Gemeenschappelijk Hof van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Jan de Boer
Gerard Lewin

Buitenlandse rechterlijke instanties

Armenië – Constitutioneel Hof

Vahe Grigoryan

Armenië – Cassatiehof

Arnold Vardanyan

België – Raad van State

Luc Vermeire

Finland – Hooggerechtshof

Paula Jutila

Frankrijk – Hof van Cassatie

Agnès Martinel

Frankrijk – Raad van State

Stéphane Hoynck

Litouwen – Administratief Hooggerechtshof

Audronė Gedmintaitė

Slowakije – Hooggerechtshof

Viktor Kobielsky

Buitenlandse ratificatiedebatten

Albanië

Evis Alimehmeti
Besmir Beja

België

Sarah Lambrecht
Isabelle Niedlispacher

Denemarken

Jens Elo Rytter
Nina Holst-Christensen

Estland

Tim Kolk

Luxemburg

Veronique Bruck

Noorwegen

Hella Aase Falkenberg
Halvard Haukeland Fredriksen

Bijlage 2. Vragenlijst adviesverzoeken Nederlandse gerechten

VRAGEN	GESPREKSVERSLAG
a. Introductie	
1. Wat is uw rol binnen het gerecht waar u bij betrokken bent?	
b. Algemene vragen over Protocol 16	
2. Hoe bekend bent u met de doelen en de procedure van Protocol 16?	
3. Wat vindt u in het algemeen van de mogelijkheden die Protocol 16 biedt?	
c. Overwegingen bij het indienen van een adviesverzoek	
4. Bent u zelf betrokken geweest bij een discussie over het indienen van een adviesverzoek?	
4.1 Zo ja, in welke hoedanigheid en hoe?	
5. Hebben procespartijen wel eens expliciet gevraagd om een adviesverzoek in te dienen?	
5.1 Zo ja, is daar dan intern over gesproken (in de raadkamer dan wel in de gerechtelijke organisatie)?	
6. Wat zijn volgens u de belangrijkste redenen waarom vanuit uw gerecht nog geen adviesverzoeken bij het EHRM zijn ingediend?	
6.1 Ziet u concrete bezwaren tegen het indienen van een adviesverzoek?	
7. Wat verwacht u van de procedure bij het EVRM? Heeft u voldoende informatie om een inschatting te kunnen maken van hoeveel tijd en energie dit kost?	

8. Wat zou u zien als voorwaarden of omstandigheden die maken dat uw gerecht <i>wel</i> een adviesverzoek zou indienen?	
9. Hoe staat u tegenover Protocol 16 in vergelijking met de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie?	
10. Zijn er nog andere punten die u met betrekking tot Protocol 16 zou willen meegeven?	

Bijlage 3. Vragenlijst adviesverzoeken buitenlandse gerechten

QUESTIONS	ANSWERS
a. Introduction	
1. What is your function or role within your judicial institution?	
b. General questions about Protocol 16	
2. How would you describe your knowledge of the objectives and procedure of Protocol 16?	
3. What is – in general – your opinion on the possibilities offered by Protocol 16?	
c. Considerations regarding submitting a request for an advisory opinion	
4. Have you been involved in submitting the request for an advisory opinion?	
4.1 If yes, in which capacity and how?	
5. In the case in which you requested advisory opinion, did the parties to the case invite you to submit a request, or did you decide on this ex officio?	
5.1 Was the request expressly discussed within the chamber or internally, within your court?	
5.2 If yes, what importance do such requests by the parties have for your decision to submit a request for an advisory opinion?	
6. What, in your opinion, were the most important reasons for submitting the request?	
7. What, in your opinion, are the most important disadvantages of	

submitting a request for an advisory opinion in a concrete case?	
d. Experiences with the procedure before the ECtHR	
8. What did you think of information provided by the Court about the procedure and the requirements for submitting a request for an advisory opinion?	
8.1 Did you feel empowered or supported by this information?	
8.2 Did something hinder you in submitting the request?	
8.3 How easy or difficult was it to prepare the file and questions for submitting the request?	
9. How did you experience the procedure before the ECtHR?	
9.1 How did you experience the first part of the procedure, that is, the process of deciding on the admissibility of the request?	
9.2 How did you experience the procedure after the request for an advisory opinion was accepted? You can think here of your own involvement in the procedure, the involvement of third parties, the duration of the procedure etc.	
9.3 How did you experience the communication by the ECtHR about procedural steps and the actual advisory opinion?	
10. Did experiences with the preliminary rulings procedure of the CJEU play any role in requesting	

an advice or preparing the request?	
10.1 Compared to the preliminary rulings procedure, how do you evaluate the Protocol 16 procedure? Is it easier or more difficult / more or less demanding / more or less time consuming?	
f. Experiences with implementing the advisory opinion	
11. In your opinion, how useful was the advisory opinion to deciding the case pending at your court?	
11.1 Did the advisory opinion provide you with useful background and interpretative information?	
11.2 Did the advisory opinion contain a concrete advice that you could use directly in deciding the case before you?	
12. Has there been a discussion within your court on the binding legal nature of the ECtHR's advisory opinion?	
12.1 Was it relevant to your court that, formally, there is a difference between the non-binding nature of the actual advice and the binding nature of the well-established general principles the Court formulated or repeated in its advisory opinion?	
12.2 Did your court take an express and conscious decision to either or not follow the Court's advice?	
12.3 If so, what were the reasons for either or not	

following the Court's advice?	
13. Has there been a discussion within your court on how to refer to the ECtHR's advisory opinion in the final judgment?	
13.1 Has your court made express reference to the ECtHR's advisory opinion?	
13.2 If so, how extensive was this reference?	
13.3 If not, what were the reasons for this?	
g. Final questions	
14. Do you have any other comments related to Protocol 16 that could be of relevance to our study?	

Bijlage 4. Vragenlijst ratificerende staten

QUESTIONS	ANSWERS
General questions about Protocol 16	
1. How would you describe your knowledge of the objectives and procedure of Protocol 16?	
2. What is – in general – your opinion on the possibilities offered by Protocol 16?	
Process of ratification of Protocol 16	
3. Was the process of ratification a rather smooth one or were there particular difficulties?	
3.1 If there were difficulties, could you describe them?	
3.2 Was the ratification supported by a strong majority?	
4. Which arguments and expectations played a role in the debates on ratification?	
4.1 What objectives did the various parties involved see for the Protocol?	
4.2 What expectations did the various parties have of the effects of the Protocol?	
4.3 Which other arguments were mentioned in the ratification process? Was any of these decisive?	
Effects of Protocol 16	
5. What is your view on the use that competent national highest courts have made of the advisory opinions procedure so far?	

<p>5.1 Have more or less advisory opinions been requested than you had expected, or does the number correspond with your expectations?</p>	
<p>5.2 Have advisory opinions been requested in the types of case that you had expected?</p>	
<p>5.3 Do you have any explanations for the degree to which and the way in which the advisory opinions procedure has been used so far by national courts?</p>	
<p>6. How do you evaluate the ECtHR's advisory opinions so far?</p>	
<p>6.1 What do you think of the ECtHR's overall style of reasoning?</p>	
<p>6.2 What do you think of the concrete advice the Court has offered?</p>	
<p>6.3 What do you think of the degree to which the ECtHR's advisory opinions can actually be considered binding (as regards general interpretative principles) or non-binding (as regards the concrete advice).</p>	

Bijlage 5. Vragenlijst niet- of laat-ratificerende staten

QUESTIONS	ANSWERS
General questions about Protocol 16	
1. How would you describe your knowledge of the objectives and procedure of Protocol 16?	
2. What is – in general – your opinion on the possibilities offered by Protocol 16?	
Process of signature of Protocol 16	
3. Was the process of <i>signing</i> Protocol 16 a rather smooth one or were there particular difficulties?	
3.1 If there were difficulties, could you describe them?	
3.2 What were the main arguments for or against signature?	
Process of ratification of Protocol 16	
4. Can you explain what steps (if any) have been taken to ratify Protocol 16 so far?	
4.1 Is the debate still ongoing?	
5. What could explain why the process of ratification has taken a long time or has not resulted in ratification at all?	
5.1 Did the objectives of the Protocol play a role in the ratification debate?	
5.2 Did views on national sovereignty and the role of national courts and/or the ECtHR play a role in the ratification debate?	

<p>5.3 Did views on the national or ECtHR procedures play a role in the ratification debate?</p>	
<p>5.4 Did views on the (supposed) binding nature of the advisory opinions of the ECtHR play a role in the ratification debate?</p>	
<p>5.5 Did any other arguments play a role in the ratification debate?</p>	
<p>5.6 Was any of these arguments decisive or more important than others?</p>	
<p>6. Do you think the first experiences with the advisory opinions procedure have (had) an impact on the ratification debate?</p>	
<p>7. How do you evaluate the ECtHR's advisory opinions so far?</p>	
<p>7.1 What do you think of the ECtHR's overall style of reasoning?</p>	
<p>7.2 What do you think of the concrete advice the Court has offered?</p>	
<p>7.3 What do you think of the degree to which the ECtHR's advisory opinions can actually be considered binding (as regards general interpretative principles) or non-binding (as regards the concrete advice).</p>	
<p>8. Would there be any changes in Protocol 16, the procedure, or the Court's approach that would make the State change its opinion regarding ratification?</p>	

Bijlage 6. Interviewleidraad mondelinge interviews (F2F of online)

1. Voorafgaand aan het interview

Overzicht

Voor de interviews maken we gebruik van een tabel op de Surfdrive, waarin vermeld staat bij welk deelonderwerp of 'set' het interview hoort, met wie het interview plaatsvindt, bij welke organisatie de respondent werkt, op welke datum en tijd een interview is gepland en wat de aard is van het interview (face-to-face of via Teams). Ook krijgt ieder interview daarin een code, die moet corresponderen met de code op het verslagformulier (bestaande uit een setcode (AN - Adviesverzoeken Nederland; AA – Adviesverzoeken andere staten; RR – Ratificatie ratificerende staten; RN – Ratificatie niet-ratificerende staten), een landencode, en een nummer.

Geïnformeerde toestemming; toestemmingsformulier

Voordat het interview daadwerkelijk plaatsvindt, geeft de interviewer de respondent algemene informatie over het project en het doel daarvan. Ook verzoekt de interviewer om toestemming voor het afnemen van het interview, het opnemen daarvan, de verwerking van de data en de wijze van vermelding. We versturen een week voor het gesprek het toestemmingsformulier per mail en verzoeken om dat te lezen, in te vullen en ondertekend terug te mailen. Voor het geval dat niet is gebeurd – of als extra personen het interview blijken bij te wonen – leggen we het formulier ter plekke alsnog voor (bij een face-to-face interview) of verzoeken we om mondelinge toestemming en vragen we het toestemmingsformulier zo snel mogelijk na het interview alsnog te ondertekenen en per mail naar de interviewer op te sturen.

Toestemming voor audio-/video-opname

Ons streven is om van alle interviews een audio- of MS Teams-opname te maken. Het toestemmingsformulier bevat daarvoor een apart aan te vinken vakje. Om ervoor te zorgen dat respondenten niet worden afgeschrikt, zullen we, bij vragen van de respondent, de volgende informatie geven:

- Alleen de onderzoekers en eventueel een onderzoeksassistent zullen toegang hebben tot het interviewmateriaal. Het doel van die toegang is puur technisch (voor transcriptie) en inhoudelijk (om bijvoorbeeld aantekeningen te kunnen checken of citaten te kunnen nakijken). De interviewopnames worden uitsluitend gebruikt ten behoeve van het huidige evaluatieproject en daaruit eventueel voortvloeiende publicaties.
- De opnames worden versleuteld en tijdens het onderzoek bewaard in een beveiligde Surfdrive-map.
- Binnen drie maanden na de oplevering van het onderzoeksproject zullen de audio-opnames van de Surfdrive waarmee de onderzoekers werken worden verwijderd, in overeenstemming met de AVG.
- Een respondent kan tijdens het interview verzoeken om de opname tijdelijk te pauzeren.
- Een respondent heeft het recht om zich terug te trekken, ook tijdens of na het onderzoek. Dit recht omvat ook het recht om het audiobestand te laten verwijderen.

Als een respondent echt niet wil dat er een opname van het gesprek wordt gemaakt, honoreren we dit verzoek. Als van te voren al bekend is dat iemand niet wil dat het gesprek wordt opgenomen, zorgen we ervoor dat er twee interviewers zijn, waarbij één interviewer het gesprek kan voeren en de andere uitgebreide aantekeningen kan maken.

Opname en opslag

Voor de face-to-face interviews maken we gebruik van een lokale opname op een mobiele telefoon met gebruikmaking van de Voice Memos app (iOS) of de Call Recorder (Android), of van een opname via MS Teams. Deze apps dwingen de gebruiker niet om de opnames in een onbeveiligde cloud te plaatsen, maar laten wel toe dat een versleuteld bestand wordt geüpload naar de beveiligde Surfdrive.

2. Tijdens het interview

We maken gebruik van een interviewvragenlijst met een vaste structuur en een aantal vragen dat in ieder geval in het gesprek aan de orde moet komen. Daarbij is vaak ook een aantal follow-upvragen of deelvragen benoemd. Soms komt het voor dat bij een eerdere vraag al antwoord wordt gegeven op een volgende vraag. In dat geval is het niet nodig om die vraag nog apart te stellen, tenzij er mogelijk nog informatie ontbreekt. Het semigestructureerde format geeft de interviewer de ruimte om waar nodig nog wat extra door te vragen of in de volgorde van de vragen te variëren. Niettemin moet het accent zijn gelegen op de vragen die in de lijst zijn opgenomen en moeten deze allemaal aan de orde komen.

Om de gesprekken zo open mogelijk te houden, hebben de interviews echt het karakter van een vraaggesprek. Het is dus niet aan de interviewers om een mening te geven over een van de antwoorden van de respondent of daarover een discussie te beginnen. Wel is het bij onduidelijkheid van een antwoord mogelijk om door te vragen of om extra vragen te stellen om meer diepgang te bereiken over een bepaald onderwerp.

De interviews duren steeds 45 tot maximaal 60 minuten. Ten behoeve van het timemanagement maken we van tevoren aan de geïnterviewden duidelijk dat er een aantal hoofdpunten aan de orde zullen komen (corresponderend met de kopjes in de vragenlijsten). Het is belangrijk dat het eerste, introducerende vragenblok niet te veel tijd kost. Als tijdens het gesprek blijkt dat een bepaald onderwerp tot zeer uitgebreide antwoorden leidt, kan de interviewer aangeven dat het tijd is om door te gaan naar het volgende hoofdonderwerp.

3. Na het interview

De audio- of MS-Teamsopname van het interview wordt zo snel mogelijk na het gesprek versleuteld overgezet naar de Surfdrive. De versleuteling vindt plaats via Bitlocker (Windows) of FileVault (Mac). Zodra dat is gebeurd, wordt de audio-opname op de mobiele telefoon of de Teamsopname uit de Teamsomgeving gewist. Ook de tijdens het gesprek getypte aantekeningen worden in de Surfdrive-map gezet. Als aantekeningen handgeschreven zijn, wordt een scan gemaakt en wordt die geüpload naar de Surfdrivemap. De handgeschreven aantekeningen worden daarna vernietigd.

Voor ieder gesprek wordt voor de vragenlijst een apart bestand aangemaakt. Op basis van de aantekeningen en de audio- of Teamsopname maakt de interviewer een verslag van het interview. Daarvoor wordt de rechterkolom van de in bijlagen 1-4 opgenomen vragenlijsten en rapportageformulieren gebruikt. Bij het invullen daarvan worden hoofdpunten benoemd, waarbij een evenwicht wordt gezocht tussen het samenvatten en synthetiseren van informatie en het behouden van relevante details, nuances en interessante gezichtspunten. De 'architectuur' van het antwoord van een respondent wordt zoveel mogelijk behouden, zij het beknopt.

Per interview worden in het rapportageformulier in ieder geval ook ten minste 5 letterlijke citaten aangegeven die bijzonder illustratief of representatief zijn voor een bepaald punt, dat zelf significant is voor het onderwerp of voor de respondent. Vooral voorbeelden die worden genoemd kunnen bruikbare citaten opleveren, omdat ze verhelderend kunnen zijn en tegelijkertijd een mening of standpunt duidelijk kunnen weergeven. De citaten worden zoveel mogelijk over de verschillende inhoudelijke onderdelen van het interview verspreid.