

**ARTIKELEN**

- *C.A.S. Gregoire & W.L.J.M. Duijst-Heesters*, De Nederlandse naleving van internationale verplichtingen inzake Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen 109

**BESCHOUWINGEN**

- *T.J.M. van Buchem*, Lessen uit het United States Supreme Court: onafhankelijkheid, transparantie en het belang van checks and balances 125
- *T. de Lange*, De menselijke waardigheid van EU-arbeidsmigranten nader beschouwd 139

**ACTUALITEITEN**

- *P. Cox, K. Janssen, Y. ten Kate, J.R.E. Stolk & K. Yiannakas*, Mensenrechten-actualiteiten.NL 151
- *L.P. Dijkers & K. van der Pas*, Chroniques Strasbourgeoises 162
- *M.P. Beijer, N. van der Have, L.I van der Meulen, A. Pahladsingh & G.B.M. de Vries*, Kroniek EU en mensenrechten 169
- *M.S. Avramtcheva, B. Burger & J.M. Zonjee*, Tussen New York en Genève: VN-kroniek 179
- *B.E.P. Myjer*, Myj/mering. Migranten, populistische weerzin en Straatsburgse verplichtingen 189



## DE NEDERLANDSE NALEVING VAN INTERNATIONALE VERPLICHTINGEN INZAKE NADER ONDERZOEK NAAR DE DOODSOORZAAK VAN KINDEREN

Cédrique Gregoire & Wilma Duijst-Heesters \*

**Samenvatting** | Voor het geval een kind plotseling en onverklaard overlijdt in Nederland, heeft de wetgever voorzien in een systeem waarin de forensisch arts de doodsoorzaak nader kan onderzoeken. Sinds 2016 heeft dit vorm heeft gekregen in de Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen (NODOK)-procedure. Niet alleen de procedure is gaandeweg bijgeschaafd, maar ook de aanvankelijke hybride medische/justitiële doelstelling is aangepast. Het achterhalen van de doodsoorzaak vindt plaats op nadrukkelijk verzoek van de ouders ter bespoediging van rouwverwerking. In het IVRK en het EVRM is overeengekomen het recht op leven van een kind te beschermen. De plicht die hieruit voortvloeit vervalt niet na de dood. In dit artikel wordt de Nederlandse naleving van internationale eisen inzake het nader onderzoeken van de doodsoorzaak van kinderen onder de loep genomen.

**Trefwoorden** | [NODOK-procedure], [postmortaal onderzoek], [recht op leven], [artikel 2 EVRM], [artikel 6 EVRM]

**DOI** | 10.54195/NTM.19052

### 1 Inleiding

In 2022 zijn er 1061 jongeren (0-20 jaar) gestorven in Nederland.<sup>1</sup> Natuurlijke doodsoorzaken kwamen veruit het meest voor, waarbij overlijden rondom de geboorte, ten gevolge van aangeboren aandoeningen of infectieziekten, een grote rol spelen. In 199 van de 1061 gevallen betrof het een 'uitwendige' doodsoorzaak, zoals een ongeval, suicide of moord/doodslag. In 75 gevallen was er sprake van een onbekende doodsoorzaak.<sup>2</sup> Wiegendood, een overlijden van een kind jonger dan één jaar, waarbij na uitgebreid onderzoek (inclusief obductie) de doodsoorzaak onbekend is gebleven, valt onder de noemer natuurlijke dood.<sup>3</sup>

Voor het uitsluiten van externe factoren, zoals kindermishandeling, ter verwerking van verlies, maar ook vanuit het oogpunt van verbetering van volksgezondheid is onderzoek naar de doodsoorzaak van belang. Sinds 2012 is de mogelijkheid voor nader onderzoek naar de doodsoorzaak van kinderen wettelijk geregeld en daarmee is een mogelijkheid tot onderzoek toegevoegd

■ Drs. C.A.S. Gregoire LL.M. is basisarts en werkzaam als forensisch radiologisch consultant bij het Maastricht UMC+. Zij schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. Prof. mr. dr. W.L.J.M. Duijst-Heesters is bijzonder hoogleraar forensische geneeskunde en gezondheidsstrafrecht bij de Universiteit Maastricht en is tevens forensisch arts.

1 CBS, *Overledenen; belangrijke doodsoorzaken (korte lijst), leeftijd, geslacht*, 14 februari 2024.

2 CBS, *Overledenen; belangrijke doodsoorzaken (korte lijst), leeftijd, geslacht*, 14 februari 2024.

3 Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) & Nederlands Centrum Jeugdgezondheid, *JGZ-richtlijn Preventie Wiegendood*, 2017, p. 17-49.

aan het reeds bestaande systeem voor postmortaal onderzoek in Nederland.<sup>4</sup> Recentelijk is dit Nederlandse systeem van postmortaal onderzoek onder de loep genomen en langs de lat van de Europese en Nederlandse kaders gelegd.<sup>5</sup> Het onderzoek na(ar) de dood van een kind, waarbij het kind een bijzondere positie inneemt en waarvoor een aparte regeling bestaat in Nederland, is in de literatuur echter minder belicht.

De huidige procedure is het resultaat van de meerjarige impuls om postmortaal onderzoek bij minderjarigen te verbeteren. Het startpunt voor de verbetering was een enquête uit 1998 onder huis- en kinderartsen, die naar voren bracht dat er in Nederland kindersterftegevallen door mishandeling of verwaarlozing worden gemist.<sup>6</sup> Dit heeft in 2012 geleid tot de pilot Nader Onderzoek Doodsoorzaak (NODO)-procedure. Deze procedure is in 2016 omgezet in de huidige NODOK-procedure (Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen). Niet alleen de naam en de methode van postmortaal onderzoek van kinderen werd bijgeschaafd, maar ook de doelstelling van het postmortale onderzoek is na tussentijdse evaluatie aangepast. De aanvankelijk hybride medische en justitiële doelstelling van de NODO-procedure met als primaire doel het achterhalen van de doodsoorzaak heeft sinds een ministerieel besluit van 2017 plaatsgemaakt voor het achterhalen van de doodsoorzaak op nadrukkelijk verzoek van de ouders ter ondersteuning in de rouwverwerking.<sup>7</sup> Het al dan niet nader onderzoeken vindt hierdoor alleen nog plaats met toestemming van de gezagdragende ouders.

Vanuit mensenrechtelijk en kinderrechtelijk perspectief doemen vragen op over de omzetting van de NODO-procedure naar de NODOK-procedure (met toestemming van de gezagdragende ouders). Het uitgangspunt van het IVRK is om het van nature kwetsbare kind te beschermen tijdens het opgroeien en het ontwikkelen naar volwassenheid.<sup>8</sup> Naast dat er maatregelen tegen iedere vorm van kindermishandeling dienen te worden getroffen, behoren er ook procedures om kindermishandeling te onderzoeken, te voorkomen en op te sporen te bestaan.<sup>9</sup> Waar het IVRK tegemoetkomt aan de behoefte mensenrechten voor kinderen nader uiteen te zetten, is het EVRM en daarmee artikel 2 EVRM onverkort van toepassing op minderjarigen.<sup>10</sup> Het recht op leven, beschreven in artikel 6 IVRK en artikel 2 EVRM, legt niet alleen een verantwoordelijkheid op staten om het leven van een kind te beschermen, maar legt ook de positieve verplichting op de staat om een overlijden te onderzoeken.<sup>11</sup> Hoe verhouden deze verplichtingen zich tot de rechten van ouders om beslissingen te nemen over hun kind?

4 Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Handelingsprotocol "Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen" (NODOK)*, 2016, versie 1.0. Zie ook artikel 10a lid 2 Wet op de Lijkbezorging (Wlb).

5 C.M. Woudenbergh e.a. 'Het Nederlandse systeem van postmortaal onderzoek in het licht van artikel 2 EVRM', *NTM/NJCM-Bull.*, 2023/21.

6 M.M. Kuyvenhoven, C.F. Hekking & Th.B. Voorn, 'Overlijdensgevallen onder 0-18 jarigen door vermoede mishandeling: naar schatting 40 gevallen in 1996 gebaseerd op een enquête onder huisartsen en kinderartsen', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1998, p. 2515- 2518.

7 *Stert*, 2017, 11750.

8 Artikel 1 IVRK. Zie ook artikel 1:233 BW.

9 Artikel 19 lid 1 en 2 IVRK.

10 A.M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden', *Asiel & Migrantenrecht* 2011/8, p. 349-362.

11 EHRM 18 juni 2013, 48609/06 (*Nencheva e.a./Bulgarije*); European Court of Human Rights, *Factsheet Protection of Minors* (2023); UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 april 2011.

In deze bijdrage worden de vragen beantwoord in hoeverre met de huidige NODOK-procedure wordt voldaan aan de onderzoeksverplichtingen die de Nederlandse staat heeft na een overlijden van een kind en hoe deze plichten zich verhouden tot de rechten van ouders. Allereerst worden de verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM en artikel 6 IVRK beschreven. Aansluitend worden de doelstellingen van de NODO- en NODOK-procedure bekeken in het licht van die verplichtingen. De rechten van ouders op grond van artikel 8 en 9 EVRM worden in kaart gebracht, en aan de hand van voorbeelden uit de praktijk en een vergelijking met het Verenigd Koninkrijk wordt onderbouwd of de Nederlandse staat voldoet aan zijn verplichtingen.

## 2 De internationale verplichtingen met betrekking tot lijkschouw bij minderjarigen

### 2.1 De verplichtingen op grond van het EVRM en het IVRK

De verplichtingen om te handelen na een overlijden van een kind vloeien voort uit artikel 2 en artikel 3 EVRM en het IVRK. De relevante artikelen zullen worden besproken.

Het EHRM heeft zich uitgesproken over wanneer er onderzoek naar overlijden dient plaats te vinden. In 1995 werd bepaald dat er een 'effective official investigation' dient plaats te vinden als er sprake is van overlijden ten gevolge van geweld.<sup>12</sup> Sindsdien zet het Hof ook aan tot laagdrempelig onderzoek in andere zaken dan in het geval van een strafbaar feit.<sup>13</sup> Artikel 2 EVRM noopt namelijk tot doeltreffend en onafhankelijk onderzoek in situaties waarin een persoon levensbedreigende verwondingen heeft opgelopen, is overleden of is verdwenen onder gewelddadige of verdachte omstandigheden. Hierbij doet het er niet toe of de vermeende verantwoordelijke onbekend is, een natuurlijk persoon of rechtspersoon is of dat de dood zelf veroorzaakt is.<sup>14</sup> In ieder geval moeten de autoriteiten uit eigen beweging handelen zodra de zaak bekend is en kunnen zij het niet aan het initiatief van nabestaanden overlaten om de verantwoordelijkheid op zich te nemen over het uitvoeren van eventuele onderzoeksprocedures.<sup>15</sup>

Aangaande de vorm en doeltreffendheid van overlijdensonderzoek heeft het Hof aangegeven dat dit afhangt van de omstandigheden van het specifieke geval. Bij het overlijdensonderzoek moeten alle relevante feiten en de praktische realiteit worden beoordeeld.<sup>16</sup> Het EHRM geeft aan dat het onmogelijk is om de verscheidenheid aan situaties die zich kunnen voordoen te reduceren tot een kale checklist van onderzoekshandelingen of andere vereenvoudigde criteria.<sup>17</sup> Van de overheid wordt verwacht dat zij alle redelijke stappen neemt om bewijs veilig te stellen,

12 EHRM 27 september 1995, 18984/91 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*).

13 EHRM 14 december 2010, 74832/01, r.o. 83 (*MizBigárová/Slowakije*).

14 European Court of Human Rights, 'Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights: Right to life', 31 augustus 2022, p. 32; W. Duijst-Heesters, C. Woudenberg-van den Broek & V. Soerdjbalie-Maikoe, *De lijkschouw en sectie beschouwd. Een vergelijkend onderzoek naar systemen van lijkschouw en gerechtelijke sectie*, Nederlands Forensisch Instituut 2016, p. 6.

15 EHRM 7 juli 2011, 55721/07, r.o. 165 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*).

16 EHRM 17 juli 2014, 47848/08 ('*Centre for Legal Resources' namens Valentin Câmpeanu/Roemenië*); EHRM 16 februari 2021, 4871/16 (*Hanan/Duitsland*).

17 EHRM 18 mei 2000, 41488/98, r.o. 80 (*Velikova/Bulgarije*).

het eventuele letsel vast te leggen en de doodsoorzaak te bepalen.<sup>18</sup> Sectie wordt gezien als een gepast middel om de doodsoorzaak vast te stellen. Elke tekortkoming in het onderzoek, die het vermogen om de doodsoorzaak of de verantwoordelijke vast te stellen ondermijnt, kan deze plicht overtreden en dus resulteren in een schending van het recht op leven.<sup>19</sup>

In het licht van het recht op leven, maar ook het verbod op foltering van artikel 3 EVRM, hecht het EHRM waarde aan de beschermingsplicht van verdragstaten tegenover kinderen.<sup>20</sup> Uit artikel 3 EVRM vloeit de verplichting voort minderjarigen te beschermen tegen alle vormen van geweld.<sup>21</sup> In de uitspraak in een Franse zaak, waarbij een achtjarig meisje was overleden ten gevolge van kindermishandeling, concludeert het Hof dat de verplichting om minderjarigen te beschermen tegen mishandeling niet ophoudt bij het opstellen van wet- en regelgeving en het maken van beleid.<sup>22</sup> In verschillende zaken waarbij kindermishandeling de dood tot gevolg heeft gehad werd gewezen op de procedurele plicht van de staat om een overlijdensonderzoek te doen.<sup>23</sup>

Voortvloeiend uit de artikelen 2 en 3 EVRM werd in 1999 de aanbeveling omtrent de ‘Harmonisation of Medico-Legal Autopsy Rules’ aangenomen, een initiatief vanuit de *European Council of Legal Medicine* (ECLM) ter verbetering van medisch-juridische onderzoeken.<sup>24</sup> Deze regels zien voornamelijk op onderzoek in geval van een niet-natuurlijk overlijden, wanneer er een sectie moet worden uitgevoerd en de onafhankelijkheid van medisch-juridische deskundigen. In principe moet een sectie in alle gevallen van een duidelijke of vermoedelijke niet-natuurlijke dood plaatsvinden, zelfs wanneer er tijd verstreken is tussen de oorzakelijke gebeurtenis en de dood. Een van de beschreven situaties, waarin minimaal een sectie dient te volgen, verdient de aandacht met het oog op minderjarigen, namelijk het plotseling en onverwacht overlijden van een kind, daarbij inbegrepen wiegendood.<sup>25</sup>

Het IVRK biedt bescherming aan het kind. Artikel 19 IVRK bepaalt dat kinderen tegen iedere vorm van lichamelijk of geestelijk geweld beschermd dienen te worden. Artikel 19 lid 2 IVRK verplicht tot een doeltreffende procedure voor onder andere opsporing, melding en onderzoek van kindermishandeling en indien van toepassing inschakeling van rechterlijke instanties. Het VN-Kinderrechtencomité stelt dat beoordeling van de doodsoorzaken van en letsel bij kinderen en systematische reviews van overlijdens van kinderen van belang zijn bij het vaststellen van onderliggende oorzaken van geweld en het inzetten van acties om de oorzaken aan te pakken.<sup>26</sup>

18 EHRM 30 maart 2016, 5878/08, r.o. 233 (*Armani Da Silva/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 27 juni 2000, 21986/93, r.o. 106 (*Salman/Turkije*); EHRM 16 februari 2021, 4871/16, r.o. 202 (*Hanan/Duitsland*).

19 EHRM 7 juli 2011, 55721/07, r.o. 166 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*).

20 EHRM 3 oktober 2017, 23022/13, r.o. 50 (*D.M.D./Roemenië*).

21 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 april 2011.

22 EHRM 4 juni 2020, 5343/15 en 16806/15 (*Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage/Frankrijk*), *EHRC Updates* 2020/162, m.nt. M.R. Bruning.

23 EHRM 18 juni 2013, 48609/06 (*Nencheva e.a./Bulgarije*). European Court of Human Rights, *Factsheet Protection of Minors* (2023).

24 Raad van Europa, *Recommendation 1159* (1991) en Raad van Europa, *Recommendation No. R (99) 3* (1999).

25 Raad van Europa, *Recommendation No. R (99) 3* (1999), lid 2 sub b.

26 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 april 2011.

## 2.2 Conflicterende belangen bij het overlijdensonderzoek

De rechten van kinderen in het IVRK zijn onlosmakelijk verbonden met de positie van de ouders en/of andere verzorgers. Het gaat dan om een preciaire belangenafweging in de driehoek tussen kind, ouders en overheid, waarin frictie kan ontstaan met het recht op privacy (artikel 8 EVRM).<sup>27</sup> Ook het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst (artikel 9 EVRM) kan een tegenstrijdig belang vormen bij de procedurele plicht de doodsoorzaak te onderzoeken.

### 2.2.1 Artikel 8 EVRM

Uit jurisprudentie van het EHRM kan worden opgemaakt dat de overheid een inbreuk mag maken op het recht op een privé- en gezinsleven wanneer er redenen zijn om aan kindermishandeling te denken.<sup>28</sup> Een dergelijke inbreuk kan bestaan uit het beperken van het beslissingsrecht van ouders. In verschillende zaken werd de vraag gesteld of artikel 8 EVRM was geschonden in het kader van kindbeschermingsmaatregelen bij een vermoeden van kindermishandeling.<sup>29</sup> Om kindermishandeling te kunnen detecteren is laagdrempelig onderzoek noodzakelijk. Het is echter de vraag in welke mate er inbreuk mag worden gemaakt op het recht op privéleven wanneer directe aanwijzingen ontbreken, maar kindermishandeling ook niet uitgesloten kan worden, zoals in een situatie waarin een kind plotseling overlijdt. Het Hof erkent dat het een delicaat gebied betreft voor de overheid om een evenwicht te vinden tussen de noodzaak gevaar niet over het hoofd te zien en het recht op het gezinsleven te garanderen.<sup>30</sup>

Daarnaast hebben nabestaanden het recht op gezins- en familielevens. Dit recht op *family life* heeft een brede reikwijdte.<sup>31</sup> Het Hof merkt op dat de uitoefening van het recht op gezins- en familielevens voornamelijk betrekking heeft op relaties tussen levenden, maar in bepaalde situaties kan het recht op *family life* zich uitstrekken tot na de dood.<sup>32</sup> Het Hof beschouwde de buitensporige vertraging door de Franse autoriteiten bij het terugbrengen van het lichaam van een kind na een sectie als inmenging in het privé- en gezinsleven van de klagers.<sup>33</sup> Artikel 8 EVRM was daarnaast van toepassing op de vraag of een moeder het recht had om de familienaam op de grafsteen van haar doodgeboren kind te wijzigen.<sup>34</sup> Ook de begrafenis van een doodgeboren baby in een gemeenschappelijk graf zonder de moeder te informeren en vervolgens

27 M. Bruning, 'Zorg voor kinderen en het IVRK. De verhouding tussen ouders, kinderen en jeugdzorg en jeugdbescherming', *NTM/NJCM-Bull.*, 2005, p. 737; W. Duijst, 'Meldplicht kindermishandeling voor professionele hulpverleners?', *NTM/NJCM-Bull.* 2007, p. 3-4.

28 EHRM 23 maart 2010, 45901/05 en 40146/06 (*M.A.K. en R.K./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 september 2008, 38000/05 (*R.K. en A.K./Verenigd Koninkrijk*).

29 EHRM 23 maart 2010, 45901/05 en 40146/06, r.o. 69 (*M.A.K. en R.K./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 september 2008, 38000/05, r.o. 36 (*R.K. en A.K./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 juni 2020, 15343/15 en 16806/15, r.o. 4 (*Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage/Frankrijk*), *EHRC Updates* 2020/162, m.nt. M.R. Bruning.

30 EHRM 4 juni 2020, 15343/15 en 16806/15, r.o. 162 (*Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage/Frankrijk*), *EHRC Updates* 2020/162, m.nt. M.R. Bruning.

31 EHRM 29 april 2002, 2346/02, r.o. 61 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*).

32 EHRM 13 september 2005, 42639/04, r.o. 2 (*Jones/Verenigd Koninkrijk*).

33 EHRM 30 oktober 2001, 37794/97, r.o. 36 (*Pannullo en Forte/Frankrijk*).

34 EHRM 2 juni 2005, 7785/01 (*Znamenskaya/Rusland*).

het vervoer van het lichaam in een gewoon busje, vormden een inbreuk op het recht op privé- en gezinsleven van de nabestaanden.<sup>35</sup>

De rechten van nabestaanden kunnen op gespannen voet staan met de positieve verplichting een effectief overlijdensonderzoek te doen, zo illustreert de zaak *Solska en Rybicka/Polen*. Beide klaagsters hebben hun echtgenoot verloren bij een vliegcrash in Rusland, waarbij het overlijdensonderzoek initieel door Rusland heeft plaatsgevonden. Nadien is er door Polen een nieuw strafrechtelijk onderzoek opgestart waarbij werd opgedragen de inmiddels begraven lichamen op te graven vanwege mogelijke onzorgvuldigheden in het Russische onderzoek ten aanzien van de identificatie en het vaststellen van de doodsoorzaak. Tegen de wil van klaagsters werden de lichamen opgegraven, ook al droegen zij aan dat zij destijds bij de identificatie aanwezig waren geweest en zeker te zijn over de vaststelling van de identiteiten. Het EHRM oordeelde dat sprake was van een schending van artikel 8 EVRM.<sup>36</sup>

De eisen van een doeltreffend onderzoek moeten zo goed als mogelijk worden verzoend met artikel 8 EVRM, maar er kunnen omstandigheden zijn waarin exhumatie (opgraving van het lichaam) gerechtvaardigd is ondanks het verzet van familieleden.<sup>37</sup> Op dit specifieke punt acht het EHRM het mogelijk dat onderzoek naar de doodsoorzaak zwaarder weegt dan bescherming van het privéleven van nabestaanden. In het geval van conflicterende belangen op grond van artikel 2 EVRM en artikel 8 EVRM dient een juist evenwicht gevonden te worden, rekening houdend met de betreffende casus.<sup>38</sup> Met de mogelijkheid om de eisen vanuit artikel 2 EVRM te laten prevaleren boven de belangen van nabestaanden, onderstreept het Hof het belang van effectief overlijdensonderzoek, ook in afwezigheid van toestemming van nabestaanden. Van belang is dat ook al vervallen de rechten van een persoon op artikel 8 EVRM na de dood, er wel een plicht is tot respectvolle behandeling van het lichaam.<sup>39</sup>

### 2.2.2 Artikel 9 EVRM

Volgens artikel 9 lid 1 EVRM heeft eenieder het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, hetgeen tot uitdrukking gebracht moet kunnen worden in de praktische toepassing ervan. In lid 2 van dit artikel is opgenomen welke belangen een inbreuk op lid 1 kunnen rechtvaardigen, waaronder de bescherming van de volksgezondheid. Over het algemeen is er een ruime beoordelingsmarge voor de nationale staat als het gaat om noodzakelijke maatregelen ter bescherming van de volksgezondheid.<sup>40</sup> In het kader van overlijdensonderzoek dient de belangenafweging tussen de vrijheid van het hebben van religieuze overtuigingen enerzijds en

35 EHRM 14 februari 2008, 55525/00 (*Hadri-Vionnet/Zwitserland*).

36 EHRM 20 september 2018, 30491/17 en 31083/17, r.o. 121 (*Solska en Rybicka/Polen*).

37 EHRM 20 september 2018, 30491/17 en 31083/17 (*Solska en Rybicka/Polen*), *Sdu European Human Rights Cases* 2018/11, p. 708-711, m.nt. A.C. Hendriks.

38 EHRM 20 september 2018, 30491/17 en 31083/17, r.o. 123 (*Solska en Rybicka/Polen*).

39 Te vergelijken met artikel 11 Grondwet. W. Duijst & T. Naujocks, *Over lijken. De dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2016, p. 22-23.

40 EHRM 8 april 2021, 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 en 43883/15, r.o. 274-275 en 280 (*Vavoička e.a./ Tsjechië*).



vereisten voor de volksgezondheid anderzijds zorgvuldig te gebeuren.<sup>41</sup> Zo zag het Hof een schending van de artikelen 8 en 9 EVRM in de zaak *Polat/Oostenrijk*, waarbij artsen een sectie hebben uitgevoerd bij een prematuur geboren overleden baby met een zeldzaam syndroom, terwijl de moeder zich hier sterk tegen verzette.<sup>42</sup> Door de sectie zou er geen islamitische begrafenis meer kunnen plaatsvinden, aangezien het lichaam daarvoor intact moet zijn. De Oostenrijkse autoriteiten droegen aan dat de sectie zonder toestemming in het belang van wetenschappelijke en publieke belangen volgens nationale wetgeving gerechtvaardigd was. De sectie was, aldus de artsen, niet alleen nodig ter verduidelijking van de doodsoorzaak, maar ook ter preventie van ziekte in toekomstige zwangerschappen. Indien er geen (wetenschappelijke of strafrechtelijke) noodzakelijkheid wordt gezien, moet er volgens Oostenrijkse wetgeving wél om toestemming worden gevraagd. Het Hof erkent het wetenschappelijk belang in deze zaak, maar stelt dat er in het kader van de noodzakelijkheid een betere belangenafweging plaats had moeten vinden, waarbij het bijzondere belang van klaagster meegewogen had moeten worden. Vanwege het ontbreken van deze afweging heeft het Hof geoordeeld dat sprake was van een schending van artikel 8 en 9 EVRM.<sup>43</sup> Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen religieuze of andersoortige overtuigingen van ouders van ondergeschikt zijn aan andere belangen. Een zorgvuldige belangenafweging is cruciaal.

### 3 Overlijdensonderzoek in Nederland en de totstandkoming van artikel 10a Wlb

Volgens artikel 3 van de Wet op de lijkbezorging (Wlb) moet de schouw van het lichaam van de overledene zo spoedig mogelijk plaatsvinden om de aard van het overlijden vast te stellen. Vanwege het recht op lichamelijke integriteit dat voort blijft bestaan na de dood, dient er een wettelijke basis te zijn voor onderzoekshandelingen bij een overledene.<sup>44</sup> In principe kan de behandelend arts de lijkschouw uitvoeren, maar zonder overtuiging van een natuurlijk overlijden dient de forensisch arts betrokken te worden. Bij aanwijzingen voor een niet-natuurlijk overlijden wordt te allen tijde contact gezocht met de officier van justitie. Sectie kan plaatsvinden met toestemming van de familie (artikel 72 Wlb) of in het kader van een strafrechtelijk onderzoek (artikel 73 Wlb). De procedure voor volwassenen en kinderen is in principe gelijk. Met betrekking tot de invulling van *European Autopsy Rules* dient opgemerkt te worden dat Nederland deze aanbevelingen heeft aangenomen, op de voorwaarde niet aan de vereisten in lid 2 (gronden en minima voor sectie ) te hoeven voldoen. Nederland bepaalt dus zelf op welke grond een sectie plaatsvindt.<sup>45</sup>

41 European Court of Human Rights, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of thought, conscience and religion*, 31 augustus 2022, p. 34.

42 EHRM 20 juli 2021, 12886/16 (*Polat/Oostenrijk*).

43 EHRM 20 juli 2021, 12886/16, r.o. 89-91 (*Polat/Oostenrijk*).

44 Artikel 11 Grondwet.

45 W. Duijst-Heesters, C. Woudenberg-van den Broek, & V. Soerdjbalie-Maikoe, *De lijkschouw en sectie beschouwd. Een vergelijkend onderzoek naar systemen van lijkschouw en gerechtelijke sectie*, Nederlands Forensisch Instituut 2016, p. 54.

Vanaf 1991 is in de Nederlandse politiek gesproken over de noodzaak van het doen van onderzoek naar een overlijden van een kind.<sup>46</sup> Voor een goed begrip van de materie wordt de totstandkoming van de huidige procedure van postmortaal onderzoek bij kinderen besproken.

Aanleiding voor de politieke discussie over postmortaal onderzoek bij een overlijden van een kind was de landelijke enquête van Van Kuyvenhoven onder huis- en kinderartsen aangaande het vermoeden van onderrapportage van overlijden door kindermishandeling. De discrepantie zat in de veertien gevallen van overlijden gemeld bij de Bureaus Vertrouwensarts Kindermishandeling en slechts twee gevallen van overlijden door mishandeling bij het Centraal Bureau voor de Statistiek in het jaar 1994.<sup>47</sup> De schatting was dat er veertig minderjarigen zijn overleden ten gevolge van kindermishandeling in 1996, waarvan meer dan de helft 0-2-jarigen betreffen. In zeven gevallen is er naar schatting een natuurlijk overlijden afgegeven.<sup>48</sup>

Hierop gaven verschillende ministeries de opdracht tot vervolgonderzoek aan het adviesbureau Van Montfoort, waarop de richtlijnen voor het overlijden van minderjarigen volgden. Dit gaf de aanzet tot twee wetsvoorstellen in 2006. Als eerst diende Kamerlid Arib een initiatiefwetsvoorstel in met hierin de wettelijke verplichting van het nieuwe artikel 7a Wlb om bij alle overlijdensgevallen van minderjarigen standaard een forensisch arts in te schakelen.<sup>49</sup> Ze verwijst hierbij naar het geringe voorkomen van het schouwen van kinderen door huisartsen en het gebrek aan expertise dat hiermee gepaard gaat.<sup>50</sup> De schouw van de forensisch arts zou niet louter een administratieve handeling zijn en maakt de kans groter dat moeilijk herkenbare symptomen van kindermishandeling aan het licht komen.<sup>51</sup> Het middel om zonder evidente noodzaak in alle gevallen een schouw te laten plaatsvinden door de forensisch arts, wordt door de Raad van State niet als evenredig gezien om het doel te bereiken niet-natuurlijk overlijden door kindermishandeling aan het licht te brengen. De Raad van State vraagt dan ook om een meer proportionele en minder belastende uitweg.<sup>52</sup>

Vervolgens diende in dezelfde periode de regering een wetsvoorstel in.<sup>53</sup> In het voorstel wordt in artikel 10a Wlb het Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak (NODO) gepresenteerd. Hierbij moet de behandelend arts overleg hebben met de forensisch arts om zijn overtuigingen over de aard van overlijden te bespreken en deze desgewenst te toetsen. De forensisch arts lijkt alleen een adviserende rol te hebben, aangezien het de beslissing van de behandelend arts blijft of hij een overlijdensverklaring afgeeft.<sup>54</sup> In tegenstelling tot het voorstel van Arib wordt het niet als meerwaarde gezien een schouw standaard door de forensisch arts te laten verrichten, maar als onnodig zware belasting, aangezien minderjarigen overwegend aan een natuurlijke dood overlijden. Indien de oorzaak van het overlijden onverklaard is, kan via artikel 10a lid 2

46 *Kamerstukken II* 1990/91, 21818 en 21980, nr. 6.

47 Kuyvenhoven, Hekking & Voorn 1998 (*supra* noot 6), p. 2515.

48 Kuyvenhoven, Hekking & Voorn 1998 (*supra* noot 6), p. 2516.

49 *Kamerstukken II* 2005/06, 30564, nr. 3. Mevrouw K. Arib was van 1998-2022 (met uitzondering van drie maanden in 2006 en 2007) Tweede Kamerlid namens de PvdA.

50 *Kamerstukken II* 2005/06, 30564, nr. 3, p. 9-10.

51 W. Duijst & C. Das, 'Het kind, de dokter en de dood. Bespiegelingen op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de lijkbezorging', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2007/2, p. 206-207.

52 *Kamerstukken II* 2005/06, 30564, nr. 4.

53 *Kamerstukken II* 2005/06, 30696, nr. 1. Het wetsvoorstel werd ingediend door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, J.W. Remkes namens de VVD, de minister van Justitie, J.P.H. Donner namens het CDA en de staatssecretaris van VWS, C.I.J.M. Ross-van Dorp namens het CDA.

54 *Kamerstukken II* 2005/06, 30696, nr. 3. p. 15.

de NODO-procedure ingezet worden. Deze procedure is nadrukkelijk gericht op het vaststellen van de doodsoorzaak en oorspronkelijk niet strafrechtelijk van aard, nochtans is er alertheid op mogelijke strafbare feiten en indien noodzakelijk een korte lijn naar de officier van justitie. Aan een door de regering aangestelde NODO-commissie is het de taak de procedure uit te werken in richtlijnen, protocollen en formulieren.<sup>55</sup> In 2010 is dit artikel 10a Wlb in werking getreden. Via artikel 74 Wlb kan bij de rechter om vervangende toestemming voor sectie worden gevraagd als de toestemming van de ouders ontbreekt.

#### 4 Van NODO-pilot naar de huidige NODOK-procedure

Na de inwerkingtreding van artikel 10a Wlb in 2010 en het 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> en 4<sup>e</sup> lid hiervan in 2012, werd de NODO-procedure geconcretiseerd in de vorm van een pilot in de academische centra van Amsterdam en Utrecht gedurende vijftien maanden. Tijdens de procedure onder leiding van de forensisch arts, wordt er informatie bij ouders en derden verzameld (artikel 10a lid 3 Wlb), vindt er een uitwendige schouw plaats door de forensisch arts en kinderarts en kan er lichaamsmateriaal worden afgenomen. Hierna vindt er een tussenevaluatie plaats, waarna na toestemming van beide ouders (artikel 74 lid 1 Wlb) een klinische sectie kan volgen.<sup>56</sup> Deze pilot werd geëvalueerd. Er werd geconcludeerd dat de NODO-pilot effectief was in het achterhalen van de doodsoorzaak, de medische doelstelling. De justitiële doelstelling, het opsporen van kindermishandeling, werd echter niet behaald.<sup>57</sup> Deze ‘hybride’ doelstelling samen met de arbeidsintensieve, emotioneel belastende en financiële aspecten gaven aanleiding om per 1 januari 2014 de NODO-procedure stop te zetten.<sup>58</sup> Bovendien bleek dat twee zaken aan de kinderrechter waren voorgelegd teneinde vervangende toestemming voor de sectie te krijgen. In beide zaken is de vervangende toestemming niet verleend.<sup>59</sup>

Het stopzetten van de NODO-procedure sloeg een kloof tussen de wettelijke verplichting nader onderzoek te verrichten en de ontbrekende praktische vormgeving, hetgeen vragen oproep vanuit de beroepsgroepen.<sup>60</sup> Vanwege de ondervonden meerwaarde kwam er de vraag tot een vervolg. De toenmalig Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport gaf gehoor aan deze oproep en kondigde de huidige NODOK-procedure aan die vanaf 1 augustus 2016 zou gelden. In tegenstelling tot de voorgaande NODO-procedure is de doelstelling niet langer het opsporen van strafbare feiten. In de NODOK-procedure staat het achterhalen van de doodsoorzaak op nadrukkelijk verzoek van de ouders centraal. Meer duidelijkheid over het overlijden van het

55 *Kamerstukken II 2005/06*, 30696, nr. 3. p. 4.

56 NODO-Commissie onder leiding van G. Van der Wal, ‘Protocol NODO-procedure: procedure nader onderzoek doodsoorzaak van onverklaard overlijden van minderjarigen’, 29 september 2006 (bijlage bij *Kamerstukken II 2005/06*, 30696, nr. 5).

57 PricewaterhouseCoopers (PwC), *NODO-evaluatieonderzoek. Onderzoek naar de effectiviteit van de NODO-procedure in het achterhalen van de aard van het onverwacht en onverklaard overlijden van minderjarigen in Nederland*, 11 oktober 2013, p. 16-17 (bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 33750 XVI, nr. 80).

58 *Kamerstukken II 2013/14*, 33750 XVI, nr. 80, p.11.

59 Rb. Amsterdam 11 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8242; Rb. Midden-Nederland 18 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ2754.

60 De beroepsgroepen betreffen de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG), de Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK), het Forensisch Medisch Genootschap (FMG) en de GGD GHOR-Nederland. Zie ook S. Paauw, ‘Zorgen na Stopzetten NODO’, *Medisch Contact* 27 januari 2014.

kind kan ouders ondersteunen in de rouwverwerking.<sup>61</sup> Ook hoeft de procedure minder uitgebreid te zijn en dient het als toevoeging gezien te worden op dat waar bestaande protocollen tekortschieten.<sup>62</sup> Het opstellen van een protocol werd in handen gelegd van de Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) en het Forensisch Medisch Genootschap (FMG). Tevens zijn er in plaats van twee universitaire centra, zes centra aangesloten waarin de procedure kan plaatsvinden.<sup>63</sup>

Het vertrekpunt voor de huidige NODOK-procedure is het gesprek tussen de behandelend arts en de forensisch arts, hetgeen bij elk overlijden van een minderjarige dient te gebeuren. Indien de overtuiging voor een natuurlijk overlijden duidelijk aanwezig is, dan blijft het bij een registratie van de melding door de forensisch arts. De forensisch arts gaat ter plaatse om een lijkschouw te verrichten wanneer de doodsoorzaak onduidelijk is. Als er na deze schouw geen aanwijzingen zijn voor een niet-natuurlijk overlijden, behoort de NODOK-procedure tot de mogelijkheden. Hierop gaan de forensisch arts en de dienstdoende (NODOK) kinderarts van het betreffende universitair medisch centrum (UMC) in overleg waarbij gegevens worden uitgewisseld en praktische zaken worden afgesproken. Vervolgens dienen beide ouders aan te geven of zij toestemming geven voor het nader onderzoek en zo ja, welk nader onderzoek.<sup>64</sup> Als de ouders instemmen, begint de NODOK-procedure met het onderzoek van de forensisch arts met bemonstering van lichaamsmaterialen op de locatie waar het overleden kind zich bevindt. In het UMC vindt er volgens protocol een schouw plaats door de NODOK-kinderarts in samenwerking met de forensisch arts. Hierbij worden monsters afgenomen en veiliggesteld voor verder onderzoek. Gedacht kan worden aan bloed en urine (al dan niet eerder afgenomen door de forensisch arts), maar ook glasvocht, faeces (ontlasting) en liquor (hersenvocht). Onder andere metabool, toxicologisch en microbiologisch onderzoek kan overwogen worden. Nadien vindt radiologisch onderzoek plaats in de vorm van een CT-scan, soms een MRI-scan en skelet-status.<sup>65</sup> De NODOK-kinderarts verzamelt alle uitkomsten van het aanvullend postmortaal onderzoek en vraagt bij andere hulpverleners gegevens op. Er vindt een tussenevaluatie plaats met de forensisch arts waarbij de volgende drie opties overwogen worden: natuurlijk overlijden met bekende doodsoorzaak, niet-natuurlijk overlijden en een onbekende doodsoorzaak. Met de ouders wordt vervolgens overlegd of de NODOK-procedure vervolgd wordt met een sectie. De sectie wordt volgens het NODOK-protocol uitgevoerd door een patholoog.<sup>66</sup> Bij een tweede evaluatiemoment zorgt de NODOK-kinderarts voor het samenbrengen van alle gegevens en wordt een voorlopige conclusie getrokken, waarbij de ouders worden ingelicht. In overleg met de forensisch arts worden vervolgens de overlijdenspapieren ingevuld. Tot slot wordt geïnventariseerd of er extra hulp nodig is en hoe aan deze nazorg vormgegeven kan worden.<sup>67</sup>

61 Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Handelingsprotocol "Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen"* (NODOK), p. 6.

62 *Kamerstukken II* 2014/15, 34000 XVI, nr. 8; *Kamerstukken II* 2015/16, 34300 XVI, nr. 164.

63 Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Handelingsprotocol "Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen"* (NODOK).

64 Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Handelingsprotocol "Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen"* (NODOK), formulier 02.

65 Een reeks röntgenfoto's waarbij het gehele skelet van het kind in beeld gebracht wordt.

66 Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Handelingsprotocol "Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen"* (NODOK), p. 16-17.

67 Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Handelingsprotocol "Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen"* (NODOK), p. 17-18.

Over de periode van 1 augustus 2016 tot 1 juni 2018 is er in augustus 2018 een evaluatierapport verschenen ten behoeve van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Niet alleen de effectiviteit van de procedure kwam aan bod, maar ook de bijdragen per onderzoek voor de doodsoorzaak en de ervaring van ouders.<sup>68</sup> Tijdens de eerste subsidieperiode zijn er 65 casussen geweest, waarvan in 84% een doodsoorzaak is gevonden. Alle onderzoeken beschouwd, werd in 16 gevallen toestemming gegeven voor de volledige procedure inclusief volledige sectie.<sup>69</sup> De procedure is in één geval afgebroken vanwege het vermoeden op een niet-natuurlijk overlijden en overgedragen aan het Nederlands Forensisch Instituut (NFI). Verdere gegevens hieromtrent zijn onbekend. Zowel aan het doel om de doodsoorzaak te achterhalen als aan het doel zorg voor nabestaanden te bieden, lijkt de NODOK-procedure te voldoen. Opgemerkt dient te worden dat er grote verschillen tussen het aantal procedures per regio gezien werden. De rollen van de behandelend arts en forensisch arts zijn hierbij cruciaal. Er is momenteel geen zicht op de mate waarin overlegd wordt met een forensisch arts bij het overlijden van een kind en of de NODOK-procedure aangeboden wordt.<sup>70</sup> Naar aanleiding van de evaluatie van de NODOK-procedure is de subsidietermijn verlengd voor een periode van 5 jaar, tot 1 juli 2024.<sup>71</sup>

## 5 Nationale rechters: vervangende toestemming

Artikel 74 Wlb biedt de forensisch arts de gelegenheid om bij de rechter voor vervangende toestemming voor sectie te verzoeken. Volgens lid 3 van artikel 74 Wlb verleent de rechtbank deze toestemming, tenzij het belang om de doodsoorzaak van minderjarigen vast te stellen niet opweegt tegen de gevolgen die inwilliging van het verzoek voor de ouder zou hebben. In principe zou de toestemming dus verleend dienen te worden.<sup>72</sup> De wetsuitleg in de memorie van toelichting staat in schril contrast met de uitspraken in de twee rechtszaken na het invoeren van de NODO-pilot.<sup>73</sup>

Als eerst verzocht een forensisch arts bij de Rechtbank Amsterdam om vervangende toestemming tot sectie bij een jongen, met uitgebreide medische voorgeschiedenis maar zonder duidelijke doodsoorzaak. Onderzoek in de vorm van bemonstering van oogbolvocht, bloed en urine en een CT-scan hebben geen duidelijkheid kunnen verschaffen. In het belang van het opsporen van een mogelijke aangeboren hartafwijking voor andere kinderen in het gezin, wilde de arts een sectie. Moeder stemde hier niet mee in vanwege het standpunt dat hij al genoeg ellende

68 Universitair Medisch Centrum Utrecht (UMCU) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Evaluatierapport NODOK-procedure ten behoeve van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen*, 2018 (bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19 35000 XVI* nr. 92).

69 Universitair Medisch Centrum Utrecht (UMCU) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Evaluatierapport NODOK-procedure ten behoeve van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen*, augustus 2018, p. 13.

70 Universitair Medisch Centrum Utrecht (UMCU) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Evaluatierapport NODOK-procedure ten behoeve van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen*, augustus 2018, p. 17.

71 *Kamerstukken II 2018/19*, 35000 XVI, nr. 92.

72 *Kamerstukken II 2005/06*, 30696, nr. 3, p. 21 (MvT).

73 Rb. Amsterdam 11 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8242; Rb. Midden-Nederland 18 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ2754.

had meegemaakt in zijn leven en hem tevens zonder littekens wilde begraven op basis van religieuze gronden. In de overwegingen weegt de kinderrechter het algemene belang af tegen de belangen van moeder. Hierbij concludeert de rechter uit de wetstekst en memorie van toelichting dat het voornaamste doel van sectie het verkrijgen van inzicht in factoren die een rol spelen bij fatale kindermishandeling is. De rechter komt dan tot het besluit dat dit algemene belang niet opweegt tegen het belang van moeder, welke sectie onverdraaglijk vindt. Het vermoeden van een niet-natuurlijke dood is namelijk niet aanwezig. Verder wordt het belang een mogelijk erfelijk belaste doodsoorzaak aan het licht te brengen terzijde schoven als medisch/ethisch nog te omstrede.<sup>74</sup> Eerder werd gewezen op het voorbijgaan aan de doelstelling van de wetgever door deze uitspraak: het primaire belang van het vaststellen van de doodsoorzaak.<sup>75</sup> Volgens hoogleraar Hendriks laat de uitspraak zien dat, door het verengen van het NODO-onderzoek tot het verkrijgen van inzicht bij mishandeling, de Rechtbank Amsterdam de procedure niet goed heeft begrepen.<sup>76</sup> Niet alleen de doelstelling van deze wetgeving wordt onzes inziens aan de kant geschoven in deze zaak, maar ook maakt de rechter een onjuiste afweging door aan het algemene belang te toetsen, in plaats van het belang van het kind. Daarnaast lijkt de rechter volledig aan het feit voorbij te gaan dat als er sprake zou zijn van aanwijzingen voor een niet-natuurlijk overlijden, de vervangende toestemming nooit verzocht zou zijn, maar de officier van justitie aan zet was geweest.

Hierna volgde een tweede uitspraak, van de Rechtbank Midden-Nederland, waarin de vraag voor vervangende toestemming werd voorgelegd inzake het plotseling overlijden van een jong meisje in haar wieg.<sup>77</sup> Zij was zes weken te vroeg geboren en sinds haar geboorte snotterig. Middels een sectie wilden de artsen onderzoeken of het snotterig zijn met het overlijden te maken heeft gehad. Aanvullend onderzoek in de vorm van bemonstering van lichaamsmaterialen, röntgenfoto's en een CT-scan hebben geen duidelijkheid verschaft. Volgens de forensisch arts zou er tevens informatie over erfelijke belasting aan het licht kunnen komen, in het belang van de andere kinderen in het gezin. Ouders weigerden de sectie vanwege hun geloof in reïncarnatie. De rechter concludeert uit de wetsgeschiedenis dat het achterhalen van kindermishandeling het voornaamste doel is. Ook kan het ophelderen van de doodsoorzaak bevrijdend werken. Uiteindelijk besluit de rechter dat voorrang moet worden gegeven aan de sterke overtuiging van de ouders. Er is namelijk geen sprake van een aanwijzing voor een strafbaar feit en tevens geldt de bevrijdende werking van het weten van de doodsoorzaak in dit geval niet. De sectie zal rouwverwerking in de weg staan. Opvallend in deze uitspraak is dat de rechter stelt dat er geen aanwijzingen voor een strafbaar feit zijn. Wanneer die aanwijzingen er echter waren geweest, zou geen NODO-procedure zijn opgestart. Door de rechter werd wederom aan de doelstelling van de NODO-procedure voorbijgegaan.

74 Rb. Amsterdam 11 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8242.

75 W. Duijst, 'Notitie uitspraak NODO', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2013/19, p. 1-3.

76 F. Jensma, 'De Uitspraak: 'Mag een lijkschouwing plaatsvinden als de ouders dat weigeren?', *NRC* 25 februari 2013.

77 Rb. Midden-Nederland 18 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ2754.

## 6 Een greep uit de praktijk: drie uitspraken

Doordat de huidige NODOK-procedure ingericht is op de belangen van ouders, is toestemming allesbepalend voor het al dan niet uitvoeren van een procedure. Om de procedure te laten slagen zijn belangrijke rollen weggelegd voor de behandelend arts, forensisch arts en de ouders. Alleen als al deze partijen hetzelfde doel voor ogen hebben, namelijk het achterhalen van de doodsoorzaak, kan de NODOK-procedure in gang worden gezet. In het navolgende zullen drie casussen worden besproken die het belang van nader onderzoek naar een doodsoorzaak van een kind onderstrepen.

### *Casus bloeding*<sup>78</sup>

De eerste casus betreft een overlijden van een kind van acht maanden, waarover het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak heeft gedaan. In deze casus werd tijdens de NODOK-procedure van een kindje van 8 maanden oud bloed in het hersenvocht aangetroffen, hetgeen past bij een type hersenbloeding dat gezien kan worden bij *Abusive Head Trauma* (AHT). Na deze vondst is de NODOK-procedure per direct gestopt en omgezet in een strafrechtelijk onderzoek waarbij er een gerechtelijke sectie is gelast. Door deskundigen is met behulp van radiologisch onderzoek en neuropathologisch onderzoek geconcludeerd dat deze bevindingen passend zijn bij ernstig hoofdtrauma doorgemaakt bij leven. In dit geval hebben ouders toestemming gegeven voor het NODOK-onderzoek. Indien in deze zaak geen NODOK-procedure was uitgevoerd omdat toestemming ontbrak, dan was geen doodsoorzaak door geweld gevonden. Een niet-natuurlijk overlijden kan dan over het hoofd worden gezien.

### *Casus GHB*<sup>79</sup>

Na een melding van een reanimatie thuis is het kind in ernstige toestand naar het ziekenhuis overbracht. Hier is zij overleden, nadat na het inzetten van verschillende onderzoeken de behandeling is gestaakt vanwege het vastgestelde ernstige hersenletsel met zeer slechte prognose. De forensisch arts is betrokken en heeft een verklaring van natuurlijk overlijden afgegeven bij een onbekende doodsoorzaak. Ongeveer een maand na het overlijden zijn resultaten van het metabole onderzoek op materiaal dat nog bij leven is afgenomen bekend geworden. Er werd in het kader van een onderzoek naar stofwisselingsziekten, een hoge concentratie GHB in de urine aangetroffen, waarover verschillende deskundigen in rapportages hebben verklaard dat het veel waarschijnlijker is dat het kind is overleden aan een GHB-intoxicatie dan als gevolg van een ziekelijke oorzaak of trauma. Moeder verklaarde uiteindelijk, na eerst haar gebruik tegenover artsen en politie verzwegen te hebben, dat zij in het bijzijn van haar kind GHB gebruikte. Zij wordt veroordeeld voor dood door schuld in de vorm van roekeloosheid. Indien dit doodzieke kind het ziekenhuis niet levend had gehaald en er geen bloed- en urineafname was geweest, schetst dit geval het trieste voorbeeld van hoe dood door toedoen van ouders onopgemerkt kan blijven. Van de NODOK-procedure, ingericht voor het achterhalen van de

78 Rb. Overijssel 12 januari 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:72; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:7375.

79 Rb. Midden-Nederland 2 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:805.

doodsoorzaak van kinderen, ontbreekt hier elk spoor. De professionele behoefte de doodsoorzaak op te helderen bij dit plotselinge overlijden is vanzelfsprekend, maar loopt simpelweg op niets uit bij een veto van de ouder.

*Casus kogel*<sup>80</sup>

Een volgend voorbeeld is te vinden in de uitspraak aangaande het overlijden van een 15-jarige jongen na het spelen met een revolver met zijn neef, tevens verdachte. Het wapen is afgegaan, waarna de jongen werd gereanimeerd. Bij het aankomen van de hulpdiensten is verzwegen dat er geschoten was. Uiteindelijk is de jongen in het ziekenhuis korte tijd na het incident overleden. Bij de lijkschouw is een inschotopening gemist. Als doodsoorzaak werd gedacht aan een long-embolie. Er werd geen nader onderzoek ingezet. Het lichaam werd begraven. In een strafrechtelijk onderzoek dat later, om niet in de uitspraak beschreven redenen, is gestart, is besloten het lichaam op te graven, waarna er bij een sectie een inschotopening met schottraject gezien wordt. Het bloedverlies dat hierbij is opgetreden is de doodsoorzaak. Indien een postmortale CT-scan van het gehele lichaam in het kader van de NODOK-procedure had plaatsgevonden, dan was op de beelden een projectiel gezien, hetgeen ook een directe reden geweest zou zijn geweest om een strafrechtelijk onderzoek te starten.

## 7 Rechtsvergelijking met het Verenigd Koninkrijk

Ook andere landen hebben een procedure die inhoudelijk vergelijkbaar is met het Nederlandse systeem. Zo ook in het Verenigd Koninkrijk. Juridisch is er echter een groot verschil tussen het systeem van het Verenigd Koninkrijk en dat van Nederland. In het systeem van postmortaal onderzoek in het Verenigd Koninkrijk is onderzoek naar het plotseling onverklaard overlijden van een minderjarige verplicht. Dat roept de vraag op of een verplicht onderzoek tot andere resultaten leidt dan het Nederlandse systeem. Uit de evaluatie van de periode april 2019 tot en met maart 2021 blijkt dat in die periode 6501 kinderen overleden zijn, waarvan het in 690 gevallen direct duidelijk was dat het om een niet-natuurlijke dood (ongeval, moord/doodslag, suïcide) ging. In die periode zijn 361 onverwachte en onverkleerde overlijdens van kinderen onder de leeftijd van één jaar onderzocht. Van de 361 overlijdens waren 249 onderzoeken compleet ten tijde van de evaluatie. Van de 249 overlijdens bleek dat dertien zuigelingen (5,2 procent) waren gestorven ten gevolge van toegebracht letsel of trauma.<sup>81</sup> In de leeftijd van één tot achttien jaar zijn 255 kinderen onderzocht. Van de 255 onderzoeken waren er 204 afgerond ten tijde van de evaluatie. Van deze 204 waren er tien (4,9 procent) overleden ten gevolge van toegebracht letsel of trauma.<sup>82</sup> In totaal worden dus bij een onverwacht onverklaard overlijden

80 Rb. Midden-Nederland 26 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1584.

81 T. Williams e.a., 'Sudden and Unexpected Deaths in Infancy and Childhood', *National Child Mortality Database* 2022, p. 15.

82 T. Williams e.a., 'Sudden and Unexpected Deaths in Infancy and Childhood', *National Child Mortality Database* 2022, p. 36.



bij een kind in het Verenigd Koninkrijk in 5,1 procent van de gevallen een niet-natuurlijke of gewelddadige dood gevonden.

In Nederland wordt in de evaluatie van de NODOK-procedure gesteld dat er geen gevallen van overlijden ten gevolge van een gewelddadige dood worden gevonden. Het verschil in resultaten van de procedures tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland moet mogelijk tot de conclusie leiden dat het wel of geen toestemming vragen voor nader onderzoek naar de doodsoorzaak van kinderen tot gevolg heeft dat overlijden van kinderen door geweld wordt gemist in Nederland.

## 8 Conclusie

De Nederlandse staat heeft verplichtingen na een overlijden van een kind. Die verplichtingen bestaan uit het doen van een adequaat onderzoek dat kan leiden tot een doodsoorzaak. Het kind zelf kan niet (meer) opkomen voor zijn belangen. De ouders van een overleden kind hebben eigen belangen die strijdig kunnen zijn met het belang van uitzoeken van de doodsoorzaak. In Nederland is de wil van de ouders aangaande het overlijdensonderzoek doorslaggevend. De toestemming van ouders is nodig voor iedere vorm van postmortaal onderzoek, waaronder toxicologie en radiologie. De gang naar de rechter volgens artikel 74 Wlb, waarbij om vervangende toestemming kan worden gevraagd, blijkt een dode letter te zijn geworden. In het Verenigd Koninkrijk, waar een overlijdensonderzoek bij een overlijden van een kind verplicht is, wordt in circa vijf procent van de onderzoeken een gewelddadige dood gevonden. Dit in tegenstelling tot Nederland, waar volgens de evaluatie van de NODOK-procedure geen gewelddadige doden worden gevonden. Voorbeelden uit jurisprudentie tonen aan dat een niet-natuurlijk overlijden in Nederland aanvankelijk over het hoofd kan worden gezien en (soms) later bij toeval kan worden ontdekt.

Het zorgvuldig en uitgebreid onderzoeken van de doodsoorzaak van minderjarigen in Nederland valt of staat op dit moment bij de medewerking van ouders. Indien de professionele behoefte van de forensisch arts vraagt om verder onderzoek te verrichten, staat deze zonder toestemming van de ouders met de rug tegen de muur. Wat de forensisch arts rest, is stellen dat hij bij een onverklaard overlijden van een kind niet overtuigd is van een natuurlijk overlijden. Vervolgens moet de officier van justitie een beslissing nemen in de zaak. Een procedure oorspronkelijk bedoeld voor het opsporen van misstanden in de kwetsbaarste groep in de samenleving stuit in de huidige vorm op zorgelijke hindernissen. Toeval mag geen optie zijn in het nastreven van de doelstelling van de wet. De methode op zichzelf moet adequaat zijn. De NODOK-procedure schiet op dit moment tekort en biedt niet de essentiële waarborg in lijn met de uit het EVRM en IVRK voortvloeiende verplichtingen en de eerder overeengekomen doelstelling bij de totstandkoming van artikel 10a Wlb.

Aan de hand van drie knelpunten worden suggesties ter verbetering gedaan. Een procedure kan alleen maar adequaat zijn, in het licht van artikel 2 EVRM en het IRVK, als alle gegevens bekend zijn. Het overlijden van een minderjarige moet door zowel een klinische als forensische bril beschouwd worden. Het is van belang om in kaart te brengen of overlijdens van minderjarigen worden gemeld bij de forensisch arts en of de NODOK-procedure bij de in aanmerking

komende gevallen ook daadwerkelijk aangeboden wordt.<sup>83</sup> Mogelijk kan dit de regionale verschillen in aantallen NODOK-procedures verklaren.<sup>84</sup> Alleen als de cijfers aan het begin van de keten bij het overlijden van een kind tot het eind met resultaten van de NODOK-procedure bekend zijn, kan er daadwerkelijk een weloverwogen conclusie worden getrokken over de werking van de NODOK-procedure.

Vervolgens dient er meer bewegingsruimte te zijn ten aanzien van het inzetten van postmortaal onderzoek voor de forensisch arts. Een wettelijke afbakening van de begrippen lijkschouw en sectie ontbreekt, waardoor er een grijs gebied bestaat van postmortaal onderzoek tussen lijkschouw en sectie. Er bestaat discussie over het al dan niet invasieve karakter van toxicologisch en radiologisch onderzoek.<sup>85</sup> Het komt erop neer dat de forensisch arts zelf bepaalt of hij wel of niet toestemming vraagt aan de nabestaanden voor postmortaal onderzoek als toxicologie en radiologie. De een ziet het nader onderzoek als onderdeel van de lijkschouw, de ander niet en vraagt toestemming aan nabestaanden. Deze ruimte ontbreekt in de NODOK-procedure volledig. Voor elk postmortaal onderzoek dient op grond van de brief van de minister uit 2017 toestemming te worden gevraagd aan de ouders. De conclusie kan niet anders zijn dan dat het postmortaal onderzoeken van een kind moeilijker te realiseren is dan bij een volwassene. Er zijn meer obstakels voor het doen van postmortaal onderzoek terwijl het een kwetsbare groep in de samenleving betreft. Het doen van niet of minimaal invasief postmortaal onderzoek zoals radiologisch onderzoek of afname van lichaamsmateriaal, zoals bloed en urine, moet mogelijk zijn zonder toestemming van de ouders.

Tot slot is een verruiming van de Nederlandse wetgeving voor het achterhalen van de doodsoorzaak van kinderen aan te bevelen. Gesterkt door de internationale verplichtingen voortvloeiend uit artikel 2 EVRM en het IVRK is het belang van het achterhalen van de doodsoorzaak zodanig groot dat dit kan prevaleren boven een beroep van ouders op artikel 8 en/of 9 EVRM. Sectie is hierbij een mogelijkheid. Regels omtrent het uitvoeren van een sectie zijn opgenomen in de *European Autopsy Rules*.<sup>86</sup> Ook lid 2, betreffende de gronden en minima voor sectie, dient door Nederland nageleefd te worden. Indien ouders pertinent tegen sectie zijn, dient in lijn met de rechtspraak van het EHRM een zorgvuldige belangenafweging plaats te vinden door de rechter. Een aandachtige beoordeling, die niet zoals in de huidige Nederlandse praktijk van tevoren al beslecht is ten gunste van de ouders, is van belang. De procedure inzake nader onderzoek naar de doodsoorzaak van kinderen laat hiermee minder plaats voor twijfel en toevaltreffers.

83 In 2024 zal een dergelijk onderzoek gaan plaatsvinden onder eindverantwoordelijkheid van de Universiteit Maastricht.

84 Universitair Medisch Centrum Utrecht (UMCU) & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), *Evaluatierapport NODOK-procedure ten behoeve van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Nader Onderzoek naar de Doodsoorzaak van Kinderen*, augustus 2018, p. 17.

85 W. Venderink & J. Dute, 'Juridische aspecten van postmortale radiologie', *Nederlands Tijdschrift voor de Geneeskunde* 2016/160, D969; W. Duijst & T. Krap, 'Lichamelijke integriteit bij leven en na de dood', *Nederlands Juristenblad* 2017/774, p. 1-8.

86 Raad van Europa, *Recommendation No. R (99) 3* (1999).

## LESSEN UIT HET UNITED STATES SUPREME COURT: ONAFHANKELIJKHEID, TRANSPARANTIE EN HET BELANG VAN CHECKS AND BALANCES

Tessa van Buchem \*

**Samenvatting** | Dit artikel onderzoekt de vertrouwenscrisis van het Supreme Court in de Verenigde Staten, waar de rol van rechters steeds meer kritiek ondervindt. Het belicht de noodzaak van een onafhankelijke benoemingsprocedure, transparantie in besluitvorming en het belang van *checks and balances*, ter bevordering van een eerlijk proces. Deze lessen worden ten slotte kort toegepast op de mogelijke vorming van een Nederlands constitutioneel hof, waar momenteel discussie over bestaat. Het is immers van cruciaal belang om vertrouwen in de rechterlijke macht te waarborgen, ongeacht de verschillen tussen de rechtsstelsels van de Verenigde Staten en Nederland. De ervaringen van het Supreme Court bieden inzichten die relevant kunnen zijn voor het debat over de rol van rechters, het behoud van vertrouwen in het juridische systeem en de bescherming van fundamentele rechten middels een eerlijk proces.

**Trefwoorden** | [eerlijk proces], [constitutioneel hof], [Supreme Court], [rechtsstaat], [onafhankelijkheid]

**DOI** | 10.54195/NTM.19053

### 1 Inleiding

Rechters van het Supreme Court van de Verenigde Staten (VS) worden geacht onafhankelijke ‘faithful guardians of the Constitution’ te zijn,<sup>1</sup> maar het vertrouwen in deze rechterlijke instantie is nog nooit zo laag geweest.<sup>2</sup> Het wordt de rechters verweten een verlengstuk te zijn geworden van het politieke proces en de onpartijdigheid van de negen hoogste rechters en de eerlijke rechtsgang worden steeds vaker betwist. De Amerikaanse Grondwet kent een fundamentele rol toe aan het recht op een eerlijk proces en stelt dat niemand het leven, de vrijheid of eigendom zal worden ontnomen ‘without due process of law’.<sup>3</sup> Bovendien is de VS partij bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), waarin artikel 14 het recht op een eerlijke en openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie voorschrijft.<sup>4</sup> Juist die eerlijke behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie wordt in twijfel getrokken. Een eerlijk proces dient onder meer willekeur

■ Mr. T.J.M. van Buchem is onderzoeker/docent aan de Universiteit Leiden.

1 A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *The Federalist*, Indianapolis: Hackett Pub. Co 2005, p. 416.

2 J.M. Jones, ‘Confidence in U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low’, *Gallup News* 2022; S. Greenhouse, ‘The US supreme court is facing a crisis of legitimacy’, *The Guardian* 5 oktober 2023.

3 Zie het Vijfde en Veertiende Amendement van de Grondwet van de Verenigde Staten.

4 Artikel 14 IVBPR lid 1: ‘Allen zijn gelijk voor de rechter en de rechterlijke instanties. Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning, of het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen in een rechtsgeding, heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige bij de wet ingestelde rechterlijke instantie [...]’

en onrechtvaardigheid te voorkomen, maar ook het vertrouwen van het publiek in het rechtssysteem te stimuleren. Een afname van het vertrouwen in de hoogste rechterlijke macht kan echter verstrekkende gevolgen hebben, met name voor de vrijwillige acceptatie en naleving van rechterlijke beslissingen. Zonder vertrouwen geen gezag.<sup>5</sup>

Het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter als onderdeel van een eerlijk proces is van essentieel belang ter bescherming van fundamentele rechten. Dit artikel richt zich op de actuele vertrouwenscrisis van het Supreme Court in de Verenigde Staten, waar de werkwijze van rechters met betrekking tot grondwettelijke kwesties steeds meer kritiek ondervindt. Het vertrouwen in 'the faithful guardians of the Constitution' is historisch laag en de wijze waarop de hoogste rechters in de VS hun rol als bewakers van de Grondwet vervullen, lijkt aanzienlijke gevolgen te hebben voor de grondrechten van Amerikaanse burgers – wat samen met de toenemende polarisatie leidt tot groeiend wantrouwen jegens de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de negen hoogste rechters.

De maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie van dit onderwerp wordt steeds duidelijker, aangezien het functioneren van een hof belast met grondwettelijke toetsing niet alleen de juridische structuur, maar ook de samenleving als geheel kan beïnvloeden. De discussie over de vertrouwenscrisis en politisering van het Supreme Court in de Verenigde Staten biedt inzichten die misschien relevant kunnen zijn voor Nederland, zeker nu Nieuw Sociaal Contract (NSC) wenst het verbod op toetsing aan de Grondwet op te heffen en een constitutioneel hof in te stellen dat aangenomen wetten toetst aan de Grondwet.<sup>6</sup> Het roept vragen op over hoe een hof belast met grondwettelijke toetsing zou moeten opereren om het vertrouwen te behouden en politieke invloeden te vermijden – en een eerlijk proces zo goed mogelijk waarborgt. Deze aspecten dragen bij aan het bredere maatschappelijke debat over de rol van rechters, de rechtsstaat en het behoud van vertrouwen in het juridische systeem. In deze context probeert dit artikel niet alleen lessen aan te reiken, maar voornamelijk bij te dragen aan een dieper begrip van de maatschappelijke en wetenschappelijke implicaties van dergelijke institutionele veranderingen.

Het artikel belicht drie belangrijke punten met betrekking tot het Supreme Court. Ten eerste wordt de noodzaak van een onafhankelijke benoemingsprocedure benadrukt om politieke inmenging te vermijden en het publieke vertrouwen te behouden. Ten tweede wordt gewezen op het risico van een afname van vertrouwen door het excessieve gebruik van de zogenoemde *shadow docket* – een snelle procedure voor spoedeisende geschillen waarbij niet het volledige juridische proces wordt doorlopen – en de behoefte aan transparantie in besluitvorming. Als derde punt wordt gewaarschuwd voor de gevaren van te veel macht bij een hof belast met grondwettelijke toetsing, met de nadruk op het belang van *checks and balances*. De conclusie benadrukt dat ondanks verschillen tussen de instituties en rechtsstelsels, ervaringen van het Supreme Court wellicht waardevolle lessen bieden voor de vorming van een potentieel Nederlands constitutioneel hof, met centrale aandacht voor het behoud van vertrouwen in het bewaken van de rechtsstaat en de waarborging van een eerlijk proces.

5 A.J. Kwak & D. Venema, *De integere rechter*, Den Haag: Boom Juridisch 2022, p. 56-57.

6 NSC, *Tijd voor herstel. Vertrouwen. Zekerheid. Perspectief* (verkiezingsprogramma 2023), p. 8.

## 2 De benoemingsprocedure

De eerste les ziet toe op de vormgeving van de benoemingsprocedure. Rechters van het Supreme Court worden door de president van de Verenigde Staten voorgedragen en met advies en instemming van de Senaat benoemd. Het benoemingsproces in de VS bestaat uit drie stappen. Ten eerste stelt de president een lijst met geschikte kandidaten op die is gebaseerd op zowel onderzoek naar de openbare werken van de personen in kwestie als de privé-achtergrond, waaronder een onderzoek naar de persoonlijke financiën door het *Federal Bureau of Investigation*.<sup>7</sup> Uit die lijst kiest de president één persoon en maakt vervolgens de nominatie publiekelijk bekend. De gekozen kandidaat wordt vervolgens doorverwezen naar de *Senate Judiciary Committee* – een commissie bestaande uit 21 senatoren van beide partijen – die een onderzoek start en uiteindelijk een openbare, live uitgezonden hoorzitting houdt. Tijdens die publieke hoorzitting wordt de genomineerde ondervraagd over onder andere precedentwerking van belangrijke Supreme Court beslissingen,<sup>8</sup> bij het Supreme Court aanhangige zaken en visie op de Grondwet. Hierna debatteert de commissie over de vraag of de genomineerde zal worden aanbevolen aan de voltallige Senaat met een gunstige aanbeveling, een negatieve aanbeveling of helemaal geen aanbeveling – waarbij alle commissieleden een stem hebben en een gewone meerderheid is vereist.<sup>9</sup> Indien de kandidaat wordt aanbevolen, initieert de voltallige Senaat een debat over de nominatie als onderdeel van hun rol in ‘advice and consent’<sup>10</sup> en heeft de beslissende stem over de nominatie. Om de voorgedragen kandidaat goed te keuren is een gewone meerderheid van 51 senatoren nodig. Deze benoemingsprocedure gaat echter de laatste jaren niet zonder slag of stoot en de procedure ontvangt regelmatig kritiek.<sup>11</sup>

### 2.1 *Garland/Gorsuch*

De kritiek kan het beste worden geïllustreerd door enkele actuele voorbeelden. Zo bepleitte senator Mitch McConnell na het overlijden van rechter Antonin Scalia in 2016 geen nieuwe rechter goed te keuren onder president Obama. McConnell vond immers dat ‘the American people should have a voice in the selection of their new Supreme Court Justice. Therefore, this vacancy should not be filled until we have a new president’.<sup>12</sup> Ondanks protesten uit republikeinse hoek nomineerde president Obama in maart 2016 Merrick Garland om Scalia’s zetel op te vullen. Garland werd gezien als een ‘gematigd liberaal’ en zijn benoeming kon er volgens de republikeinen toe leiden dat het Supreme Court te progressief zou worden. Garland kreeg echter niet eens de kans om in 2016 voor de *Senate Judiciary Committee* te verschijnen, omdat de nominatie lange

7 P.M. Collins & L.A. Ringhand, *Supreme Court Confirmation Hearings and Constitutional Change*, New York: Cambridge University Press 2015, p. 25-26.

8 Te denken valt voornamelijk aan beslissingen over abortus, het Tweede Amendement en de Affordable Care Act.

9 Collins & Ringhand 2015 (*supra* noot 7), p. 43.

10 United States Constitution, artikel 2, sectie 2, clause 2 schrijft voor dat de President ‘shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint [...] Judges of the supreme Court.’

11 Voor een uitgebreide analyse van de benoemingsprocedure, zie I. Shapiro, *Supreme Disorder. Judicial Nominations and the Politics of America’s Highest Court*, Washington: Regnery Gateway 2022.

12 R. Hasen, *The Justice of Contradictions: Antonin Scalia and the Politics of Disruption*, New Haven/London: Yale University Press 2018, p. 169.

tijd werd tegengehouden en deze uiteindelijk verliep vanwege de sluiting van het 114e Congres in januari 2017.<sup>13</sup> Vervolgens werd Neil Gorsuch enkele dagen na de inauguratie van Donald Trump genomineerd voor Scalia's plek en werden er traditionele senaatsregels omzeild door middel van de 'nucleaire optie' om zijn nominatie er doorheen te krijgen.

## 2.2 'Go Nuclear'

President Trump spoorde in 2017 de senatoren aan op om de zogenoemde 'nucleaire optie' te gebruiken bij de benoeming van Gorsuch.<sup>14</sup> Om de benoeming te laten slagen werd deze optie voor het eerst gebruikt binnen het benoemingsproces, waardoor een eventuele *filibuster* kon worden omzeild. Door een *filibuster* kunnen politici, kortgezegd, zo lang tijdrekken dat een wet of voorstel uiteindelijk wordt geblokkeerd.<sup>15</sup> Om een einde te maken aan een *filibuster* was echter een grote meerderheid van zestig of meer senatoren nodig om een zogenoemde '*motion to invoke cloture*' aan te nemen, waarmee een tijdslimiet aan het debat kan worden gesteld. De nucleaire optie biedt echter de mogelijkheid om de regels van de Senaat te wijzigen. Gedurende de benoemingsprocedure van Gorsuch werd de senaatsregel zodanig gewijzigd dat er voortaan nog maar 51 stemmen nodig zijn (in plaats van zestig)<sup>16</sup> om een *filibuster* te doorbreken middels een *cloture* motie. Deze nieuwe drempelwaarde maakte de weg vrij voor snellere goedkeuring van Gorsuch, maar ook voor komende kandidaten voor het Supreme Court.

Ondanks dat de nominatie van Garland in 2016 werd tegengehouden omdat het Amerikaanse volk een stem zou moeten hebben in de benoeming, hadden republikeinse senatoren wel veel haast toen Ruth Bader Ginsburg overleed in 2020. Ginsburg overleed 46 dagen voor de presidentsverkiezingen, op 18 september 2020, waardoor de vacature de op één na dichtste bij een Amerikaanse verkiezing ooit werd.<sup>17</sup> Hoewel de republikeinen in 2016 onvermurwbaar waren en er geen lege zetel mocht worden opgevuld vlak voor de verkiezingen, nomineerde Trump wel een nieuwe rechter om Ginsburg op te volgen. De nominatie van Amy Coney Barrett vond plaats op 26 september 2020, acht dagen na het overlijden van Ginsburg. Alle democraten binnen de commissie onthielden zich uit onvrede van stemming, waardoor de uitslag 12-0 bleef. Volgens de regels van de *Senate Judiciary Committee* is echter een quorum van negen leden vereist 'om zaken te kunnen afhandelen', waaronder twee leden van de minderheid.<sup>18</sup> Aangezien de leden

13 Als de Senaat langer dan dertig dagen pauzeert, worden alle benoemingen waarover nog geen definitieve beslissing is genomen terugverwezen naar de voorzitter. De benoemingen worden dan niet opnieuw besproken, tenzij de voorzitter besluit om ze opnieuw aan de Senaat voor te leggen. Zie United States Senate Rule XXXI: 'Nominations neither confirmed nor rejected during the session at which they are made shall not be acted upon at any succeeding session without being again made to the Senate by the President; and if the Senate shall adjourn or take a recess for more than thirty days, all nominations pending and not finally acted upon at the time of taking such adjournment or recess shall be returned by the Secretary to the President, and shall not again be considered unless they shall again be made to the Senate by the President.'

14 M. Flegenheimer, 'Trump Says 'Go Nuclear' as Democrats Gird for Gorsuch Fight', *The New York Times* 1 februari 2017.

15 Collins & Ringhand 2015 (*supra* noot 7), p. 46.

16 Om een *filibuster* te doorbreken waren er voorheen zestig stemmen nodig, maar door de nucleaire optie is deze drempel verlaagd naar 51. Zie Collins & Ringhand 2015 (*supra* noot 7), p. 46.

17 In 1864 overleed rechter Taney 27 dagen voor de verkiezingen.

18 '*Committee Rules for the Senate Judiciary Committee*', [judiciary.senate.gov/about/committee/rules](https://judiciary.senate.gov/about/committee/rules), Rule III.1.

van de democratische partij niet aanwezig waren, werd het vereiste quorum dus niet gehaald. Voorzitter van de commissie Lindsay Graham negeerde echter het quorum en noemde het een unanieme beslissing,<sup>19</sup> waarna de nominatie met een gunstige aanbeveling werd doorgestuurd naar de voltallige Senaat en Barrett uiteindelijk werd benoemd met bijna alle republikeinen die voor stemden en alle democraten tegen.<sup>20</sup> Een 'huge success for the country', volgens Mitch McConnell.<sup>21</sup>

### 2.3 Kritiek en overwegingen

Bovenstaande voorbeelden kunnen worden gezien als een teken van een steeds meer politiek beladen en inconsistent proces met betrekking tot de benoeming van rechters van het Supreme Court. Het negeren van de quorumregels door de voorzitter van de commissie en het wijzigen van senaatsregels wijst op mogelijke manipulatie van het proces, wat de geloofwaardigheid en legitimiteit van de benoemingsprocedure kan ondermijnen. De invloed van de politiek op de benoemingen van Supreme Court rechters is dan ook opmerkelijk. Opperrechter Roberts is zelfs de enige van de negen huidige rechters die is benoemd zonder *party-line voting* en dus van beide partijen veel stemmen kreeg.<sup>22</sup> In Nederland kennen we een dergelijk tweepartijensysteem niet, maar Amerikaanse burgers verliezen het vertrouwen in het Supreme Court onder andere omdat het vervullen van vacatures wordt gezien als politici die 'zetels stelen'. Daarnaast wordt de indruk gewekt dat politici het proces steeds vaker naar eigen hand zetten. Zo wordt beweerd dat Gorsuch de plaats van Garland heeft gestolen, dat huidig rechter Kavanaugh is benoemd om de toenmalige president Trump immuniteit te verlenen en dat rechter Breyer 'strategisch' met pensioen moest zodat Biden een meer liberale rechter kon nomineren.<sup>23</sup> Het stemmen volgens partijlijnen en het gebrek aan steun voor rechters van beide partijen lijken onlosmakelijk verbonden te zijn aan het benoemingsproces, met het gevolg dat rechters ook een politiek stempel opgeplakt krijgen en het verwijt krijgen partijdig te zijn in hun beslissingen. Wanneer de indruk wordt gewekt dat het benoemingsproces sterk afhankelijk is van de politiek, is het niet vreemd dat het vertrouwen afneemt. Het is derhalve van essentieel belang dat het benoemingsproces een schijn van politieke invloed zo veel mogelijk uitsluit.

19 U.S Senate Committee on the Judiciary, 'Senate Judiciary Committee Unanimously Sends Judge Barrett's Nomination to the Full Senate', [judiciary.senate.gov/press/rep/releases/senate-judiciary-committee-unanimously-sends-judge-barretts-nomination-to-the-full-senate](https://www.judiciary.senate.gov/press/rep/releases/senate-judiciary-committee-unanimously-sends-judge-barretts-nomination-to-the-full-senate), 22 oktober 2020.

20 De uitslag van de stemming is te vinden via [senate.gov/legislative/LIS/roll\\_call\\_votes/vote1162/vote\\_116\\_2\\_00224.htm](https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_votes/vote1162/vote_116_2_00224.htm).

21 J. Bresnahan & B. Everett, 'No apologies: McConnell says Barrett a 'huge success for the country'', *POLITICO* 27 oktober 2020.

22 De stemming over de benoeming van Roberts was 78-22. Te vinden via [senate.gov/legislative/LIS/roll\\_call\\_votes/vote1091/vote\\_109\\_1\\_00245.htm](https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_votes/vote1091/vote_109_1_00245.htm).

23 Shapiro 2022 (*supra* noot 11), p. 311.

### 3 Discretionaire bevoegdheid

Een tweede les kan getrokken worden uit de mate van bevoegdheid die rechters hebben in het aannemen en beslissen van zaken. Een heikel punt binnen de werkwijze van het Supreme Court is immers dat de rechters een grote discretionaire bevoegdheid hebben met betrekking tot de zaken die ze behandelen en niet hoeven aan te geven waarom een zaak (niet) in behandeling wordt genomen. Om een zaak aan te nemen dienen vier rechters in te stemmen en wanneer dit niet gebeurt doet het Supreme Court de zaak regelmatig af met een enkele zin: ‘the petition for a writ of certiorari is denied’. Het Supreme Court beslist dan de zaak niet te behandelen en laat daarmee de beslissing van de lagere rechtbank standhouden, zonder in enige vorm aan te geven op grond waarvan die beslissing is gemaakt.

Het vertrouwen in het Supreme Court is de laatste jaren flink aangetast door een excessief gebruik van de zogenoemde ‘shadow docket’,<sup>24</sup> waarbinnen een grote discretionaire bevoegdheid bestaat. Het werk van het Supreme Court wordt voornamelijk geassocieerd met de ‘merits dockets’, waar bodemprocedures plaatsvinden met een volledige briefing en pleidooien en waarna een uitgebreide, gemotiveerde beslissing wordt gepubliceerd. Die beslissingen worden uiteindelijk samen met de *dissenting* en *concurring opinions* uitgebracht en geven inzicht in hoe en waarom de rechters tot een bepaalde beslissing zijn gekomen. Over de shadow docket, waar niet-ondertekende beschikkingen worden uitgevaardigd en waar het vaak onduidelijk is waarom een verzoek wel of niet is afgewezen, bestaat echter meer controverse. De shadow docket behandelt spoedeisende verzoeken waarover snel beslist moet worden. Deze beslissingen leiden echter steeds vaker tot speculatie vanwege het gebrek aan motivering, voornamelijk wanneer het grondwettelijke kwesties betreft. De meeste uitspraken bevatten immers alleen zinnen als ‘het verzoek om opschorting dat is voorgelegd aan rechter [x] en door hem naar het Hof is verwezen, wordt afgewezen’ of ‘het verzoek om voorlopige voorziening dat is voorgelegd aan rechter [x] en door hem naar het Hof is verwezen, wordt toegewezen’.

De afgelopen jaren heeft het Supreme Court veel zaken beslecht binnen de *shadow docket* die grote gevolgen hadden voor de bescherming en beperking van mensenrechten, zonder dat de uitspraken uitgebreid werden gemotiveerd. De Supreme Court deed onder andere uitspraken omtrent zogenoemde congreskaarten. Congreskaarten geven, kortgezegd, de geografische grenzen aan die de districten definiëren voor vertegenwoordiging in het Amerikaanse Huis van Afgevaardigden, en worden elke tien jaar herzien na de volkstelling. De rechters beslisten, nadat een lagere rechtbank deze ongeldig had verklaard, dat de nieuwe congreskaarten van Alabama,<sup>25</sup> en Louisiana,<sup>26</sup> in werking mochten treden ondanks dat de congreskaarten nadelig waren voor het stemrecht van minderheidsgemeenschappen en de *Voting Right Act* zouden schenden. Dit was voornamelijk opvallend omdat eerdere jurisprudentie nog bepaalde dat rechtbanken de verkiezingsregels niet mogen beïnvloeden als dit dicht op de verkiezingen plaatsvindt.<sup>27</sup> Binnen de *shadow docket* zijn echter nog meer zaken verschenen die van invloed zijn geweest op de bescherming van mensenrechten en tot veel discussie hebben geleid.

24 Zie hierover S. Vladeck, *The Shadow Docket. How the Supreme Court Uses Stealth Rulings to Amass Power and Undermine the Republic*, New York: Basic Books 2023.

25 U.S Supreme Court 7 februari 2022, 142 S. Ct. 879 (*Merrill/Milligan*).

26 U.S Supreme Court 28 juni 2022, 142 S. Ct. 2892 (*Ardoin/Robinson*).

27 U.S Supreme Court 20 oktober 2006, 127 S. Ct. 5 (*Purcell/Gonzalez*).



3.1 *Free Exercise Clause*

Zo besliste het Supreme Court in *Roman Catholic Diocese of Brooklyn/Cuomo* dat capaciteitsbeperkingen voor 'rode zones' die waren ingesteld voor religieuze diensten vanwege Covid-19 in New York moesten worden opgeheven,<sup>28</sup> vanwege het verlies van religieuze vrijheden op basis van de *Free Exercise Clause* uit het Eerste Amendement van de Grondwet. De *Free Exercise Clause* stelt dat mensen het recht hebben om hun religie vrijelijk te belijden en hun geloof te praktiseren zonder dat de overheid zich ermee bemoeit. De beperkingen zagen toe op het aantal toegestane personen binnen de gebouwen, maar waren niet meer van kracht ten tijde van de behandeling van de zaak, omdat de religieuze instellingen zich niet meer in de rode zone bevonden.<sup>29</sup> De uitspraak ontving veel kritiek, voornamelijk omdat de eisers in de zaak geen direct belang meer hadden en er geen geschil meer bestond.<sup>30</sup> Toch besliste het Supreme Court dat de beperkingen in strijd waren met de *Free Exercise Clause* uit het Eerste Amendement van de Grondwet en negeerde daarbij de ontvankelijkheidseisen van de zaak.

Een ander noodbevel omtrent religieuze vrijheid trok ook veel aandacht. In dit geval omdat de Supreme Court binnen de *shadow docket*, dus zonder volledige procedure, een nieuwe interpretatie zou geven aan de *Free Exercise Clause*. De *Free Exercise Clause* dient onder meer te voorkomen dat de overheid zich mengt in religieuze praktijken. Het Supreme Court hield lang vast aan de opvatting dat wetten die de uitoefening van religieuze praktijken beperken niet als ongrondwettelijk worden beschouwd, tenzij religie specifiek en onevenredig wordt behandeld.<sup>31</sup> Anders gezegd, het feit dat lokale, staats- of federale wetgeving beperkingen oplegt aan religieuze praktijken op zichzelf wordt niet automatisch als een schending van de Grondwet beschouwd, tenzij er sprake is van onevenredige en ongerechtvaardigde discriminatie ten opzichte van andere religies. In *Tandon/Newsom* – een zaak waarin werd bepaald dat de staat Californië geen Covid-19-beperkingen op religieuze privé-bijeenkomsten mocht afdwingen – sloeg het Supreme Court echter een andere weg in. In plaats van vast te houden aan eerdere interpretaties van de *Free Exercise Clause*, was de interpretatie nu dat elke uitzondering die geldt voor niet-religieuze activiteiten automatisch ook van toepassing is op religieuze activiteiten.<sup>32</sup> Dit vergrootte aanzienlijk de verplichting van de overheid om religieuze aanpassingen te maken aan onder andere de Covid-19-beperkingen. De kritiek hierop is echter niet enkel dat de Supreme Court de *Free Exercise Clause* anders interpreteerde dan voorheen, maar voornamelijk dat er een ingrijpende verandering heeft plaatsgevonden met betrekking tot de inhoudelijke invulling van religieuze vrijheden zonder het doorlopen van de volledige procedure. Hetgeen inbreuk zou maken op het recht op een eerlijk proces.

28 In die rode zones werd een limiet van 10 mensen ingesteld in gebedshuizen; in oranje en gele zones was dat respectievelijk 25 mensen en 50% van de capaciteit van het gebouw. Zie 'Executive order of Andrew M. Cuomo', [governor.ny.gov/sites/default/files/atoms/files/EO202.68.pdf](https://governor.ny.gov/sites/default/files/atoms/files/EO202.68.pdf), No. 202.68.

29 U.S. Supreme Court 25 november 2020, 141 S. Ct. 63, 68 (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn/Cuomo*).

30 Zie onder meer Vladeck 2023 (*supra* noot 24); S. Vladeck, 'The Most-Favored Right: COVID, the Supreme Court, and the (New) Free Exercise Clause', *NYU Journal of Law and Liberty* 2022, p. 699-750.

31 U.S. Supreme Court 17 november 1990, 494 U.S. 872 (*Employment Division/Smith*).

32 U.S. Supreme Court 9 april 2021, 141 S. Ct. 1294 (*Tandon/Newsom*).

### 3.2 Abortus

De meest controversiële *shadow docket* beslissing had betrekking op de *Texas Heartbeat Act* van 2021, die abortus verbood wanneer er al foetale hartactiviteit was gedetecteerd en burgers toestond om een civiele procedure aan te spannen tegen personen die abortussen uitvoerden of daarbij assisteerden. De Texaanse wet zou op 1 september 2021 in werking treden, maar werd onmiddellijk bekritiseerd omdat de handhaving ervan in handen van de burgers werd gelaten en abortus nog een erkend fundamenteel recht onder de Amerikaanse Grondwet was. Het werd echter vrijwel onmogelijk gemaakt om de inwerkingtreding ervan tegen te houden of aan te vechten. Daarnaast verbood de wet ook het verhalen van kosten op de eisers van een zaak, waardoor abortusaanbieders altijd de kosten van een rechtszaak moesten dragen, zelfs als ze wonnen. De *Texas Heartbeat Act* werd uitgevaardigd vóór de uitspraak in *Dobbs/Woman's Health Organization*, waarin het Supreme Court de bevoegdheid om abortus toe te staan teruggaf aan de staten en toegang tot abortus niet meer als fundamenteel recht erkende.<sup>33</sup>

Enkele zorgverleners stapten naar de rechter om de handhaving van de wet te blokkeren. In eerste instantie was er een hoorzitting gepland voor een voorlopige voorziening, maar de gedaagden verzochten een lagere rechtbank om een administratieve opschorting van alle procedures voor de rechtbank voordat er een beslissing werd genomen over de voorlopige voorziening. De zorgverleners wendden zich uit onvrede eind augustus 2021 tot het Supreme Court en verzochten de opschorting in te trekken of de wet helemaal te verbieden. De meerderheid van de rechters besloot echter, binnen de *shadow docket*, dat er geen reden was om in te grijpen en liet de controversiële wet in stand – zonder dat er een volledige behandeling of pleidooi had plaatsgevonden.<sup>34</sup> Dit leidde ertoe dat vrouwen vanaf 1 september 2021 grote beperkingen ondervonden in hun recht op abortus, iets wat in 2021 ongrondwettelijk verklaard had kunnen worden omdat *Roe* en *Casey* nog van kracht waren.<sup>35</sup> *Roe* en *Casey* boden immers, toen nog, het raamwerk voor een fundamenteel recht op abortus onder de Amerikaanse Grondwet. De controversiële uitspraak van het Supreme Court waarin het recht op abortus na vijftig jaar niet meer grondwettelijk werd geacht, vond immers pas plaats in juni 2022.<sup>36</sup> De kritiek kwam echter niet alleen van buitenaf, ook de *dissenting opinions* bij de beslissing over de *Texas Heartbeat Act* waren niet mild:

‘Without full briefing or argument, and after less than 72 hours’ thought, this Court greenlights the operation of Texas’s patently unconstitutional law banning most abortions. The Court thus rewards Texas’s scheme to insulate its law from judicial review [which] prohibits abortions for the vast majority of women who seek them – in clear, and indeed undisputed, conflict with *Roe* and *Casey*. Today’s ruling illustrates just how far the Court’s “shadow-docket” decisions may depart from the usual principles of appellate process.’<sup>37</sup>

33 Zie U.S. Supreme Court 24 juni 2022, 142 S.Ct. 2228, 2259 (*Dobbs/Jackson Women’s Health Organization*): ‘We therefore hold that the Constitution does not confer a right to abortion. *Roe* and *Casey* must be overruled, and the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives.’

34 U.S. Supreme Court 1 september 2021, 141 S. Ct. 2494 (*Whole Woman’s Health/Jackson*).

35 Zie U.S. Supreme Court 22 januari 1973, 410 U.S. 113 (*Roe v. Wade*); U.S. Supreme Court 29 juni 1992, 505 U.S. 833 (*Planned Parenthood/Casey*).

36 In de zaak *Dobbs/Jackson Woman’s Health Organization* werd bepaald dat de bevoegdheid om abortus toe te staan bij de staten ligt en dat abortus, 50 jaar na *Roe/Wade*, geen fundamenteel recht meer was onder de Amerikaanse Grondwet. Zie U.S. Supreme Court 24 juni 2022, 142 S.Ct. 2228 (*Dobbs/Jackson Woman’s Health*).

37 U.S. Supreme Court 1 september 2021, 141 S. Ct. 2494, 2500 (*Whole Woman’s Health/Jackson*) (Kagan, J., dissenting)

De kern van de kritiek hier is dat de rechters snel beslissen om de uitvoering van de omstreden abortuswet van Texas toe te staan, zonder volledige briefing of argumenten, en met weinig tijd voor beraadslaging. Bovendien wordt de beslissing bekritiseerd vanwege het gebruik van de *shadow docket*, omdat de inhoudelijke afweging sterk afwijkt van de gebruikelijke principes van het beroepsproces. Hoewel het over het algemeen wordt geaccepteerd dat het toekennen van extra tijd om documenten in te dienen of het afwijzen van een beroep binnen de *shadow docket* gebeurt, wordt het echter zorgwekkender wanneer de *shadow docket* wordt gebruikt voor een meer diepgaande inhoudelijke behandeling van de zaak. Een *shadow docket* beslissing zonder pleidooien van de partijen of uitgebreide motivering van de rechters, maar wel met soms ingrijpende gevolgen voor fundamentele rechten, kan haaks staan op de principes van een eerlijk proces.

Daarnaast dient de *shadow docket* voornamelijk gebruikt te worden voor spoedeisende zaken met een tijdelijk karakter.<sup>38</sup> Juist vanwege het feit dat de *shadow docket* beslissingen niet-ondertekend en vaak ongemotiveerd zijn, dient hun reikwijdte beperkt te zijn. Het wordt complex wanneer de beslissingen grote gevolgen hebben voor de inhoudelijke invulling van mensenrechten, terwijl consistentie en uitgebreide argumentatie grotendeels ontbreken. Dat gebrek leidt tot ruimte voor het publiek om zijn eigen (verkeerde) conclusies te trekken, verminderd begrip van bepaalde uitkomsten en een toenemend verwijt dat de rechtbank niet handelt als een rechtbank. Het gebrek aan motivering laat veel ruimte voor de burgers om zelf in te vullen op basis waarvan de Supreme Court uitspraak doet en kan leiden tot speculatie met betrekking tot de gronden waarop de beslissing is gebaseerd. Het verwijt dat het Supreme Court een eigen politieke agenda zou hebben is dit hof dan ook niet vreemd. Voorop dient te staan dat het vermoeden van willekeurige besluitvorming wordt voorkomen, ook wanneer het gaat om spoedeisende zaken die een snelle procedure vereisen.

#### 4 Centralisatie van macht

Een derde, en laatste, les ziet toe op de machtscentralisatie van de rechters. Het Supreme Court heeft de afgelopen jaren macht weggenomen bij lagere rechtbanken, agentschappen en staten en die macht naar zichzelf toegetrokken.

##### 4.1 Lagere rechtbanken

Voor de lagere rechtbanken geschiedt dit voornamelijk middels de *shadow docket* door het inhoudelijk behandelen van grondwettelijke zaken zonder dat er een volledige briefing of pleidooi plaatsvindt, waardoor traditionele procedurele regels worden omzeild. Het Supreme Court heeft, zoals eerder besproken, Covid-19-beperkingen opgeheven en verkiezingen door laten gaan op basis van controverse congreskaarten, zonder de beslissingen van de lagere rechtbanken inhoudelijk te beoordelen. Ook wordt de *shadow docket* niet enkel voor noodgevallen gebruikt,

38 C. Waldhauser, 'Unprecedented Precedent: The Case Against Unreasoned "Shadow Docket" Precedent', *Constitutional Commentary* 2023, p. 149.

maar wordt het een ‘nieuwe plek’<sup>39</sup> om de inhoudelijke behandeling plaats te laten vinden – maar dan zonder het volledig doorlopen van het vereiste proces.

Daarnaast hebben de negen hoogste rechters in zaken meer beslist dan de voorgelegde rechtsvraag, waardoor de kritiek ontstaat dat de rechters naar eigen oordeel meer kunnen beslissen dan de lagere rechtbanken. De vraag in *Dobbs/Whole Woman’s Health Organization* was bijvoorbeeld of abortus nog mocht worden toegestaan na vijftien weken, maar de meerderheid gaf de bevoegdheid om abortus toe te staan volledig terug aan de staten.<sup>40</sup> Daarnaast ontvangt het Supreme Court kritiek omdat ze zich niet gehouden hebben aan de voorschriften omtrent ontvankelijkheid en zouden ze de feiten in een zaak ‘zelf geschreven’ hebben. De Supreme Court zou bijvoorbeeld de niet betwiste feiten, vastgesteld door de lagere rechtbanken, genegeerd hebben in een zaak – hetgeen de indruk wekte dat de rechters redeneren naar een uitkomst gebaseerd op persoonlijke opvattingen.<sup>41</sup> Daarnaast mag het Supreme Court zelf beslissen welke voorgelegde rechtsvragen ze wel of niet behandelen, zonder de keuze te motiveren, en formuleren ze soms zelf een rechtsvraag door voor te schrijven dat ‘the parties are directed to brief and argue the following question: [x].’<sup>42</sup>

## 4.2 Agentschappen

Agentschappen kunnen in de VS de bevoegdheid krijgen om te opereren binnen de autoriteit die het congres hen verleent, maar ook bij agentschappen heeft het Supreme Court macht weggenomen. In het geval van *Environmental Protection Agency* (hierna: EPA) kreeg het agentschap de bevoegdheid om de uitstoot van broeikasgassen te reguleren binnen verschillende sectoren. Rechtbanken in de VS hebben lang ingestemd met de ruime discretionaire bevoegdheid die agentschappen krijgen van het congres, maar in 2022 stopte het Supreme Court met de eerbiediging van die bevoegdheid indien er sprake is van een, door het Supreme Court gedefinieerde, ‘major question’. In het geval van EPA werd beslist dat het vaststellen van emissieplafonds van zo’n groot politiek en economisch belang is, dat het door het Supreme Court onwaarschijnlijk werd geacht dat het congres daar expliciet toestemming voor had gegeven. Met de uitspraak werd de bevoegdheid van EPA beperkt en de regulering van koolstofemissie bemoeilijkt. Rechtbanken dienen als gevolg van de uitspraak strenger op te treden in kwesties waar er sprake is van een *major question* en de beslissing heeft grote invloed op het Amerikaanse milieubeleid.

39 ‘[T]he Court’s emergency docket [is] not for emergencies at all. The docket becomes only another place for merits determinations – except made without full briefing and argument.’ Zie U.S. Supreme Court 6 april 2022, 142 S. Ct. 1347, 1349 (*Louisiana/American rivers Rivers*) (Kagan, J., dissenting).

40 U.S. Supreme Court 24 juni 2022, 142 S.Ct. 2228 (*Dobbs/Jackson Women’s Health Organization*).

41 Zie M. Lemley, ‘The Imperial Supreme Court’, *Harvard Law Review* (136) 2022, afl. 1, p. 108: ‘In *Kennedy v. Bremerton School District*, the Court took the remarkable step of rewriting the facts of the case, ignoring what actually happened (as found by both the district court and the court of appeals and documented with photographs), and writing its own (false) set of facts to tell a more favorable story for the outcome it wanted to reach.’

42 Voorbeelden van zaken zijn U.S. Supreme Court 10 juni 2011, 564 U.S. 338 (*Wal-Mart Stores, Inc./Dukes*) ‘[I]n addition to question I, the parties are directed to brief and argue the following question: “whether the class certification ordered under rule 23(b)(2) was consistent with rule 23(a)”’; U.S. Supreme Court 19 januari 2016, 577 U.S. 1101 (*United States v. Texas*), “the parties are directed to brief and argue the following question: “whether the guidance violates the Take Care Clause of the Constitution, Art. II, §3’.

Daarnaast viel de zaak op vanwege het negeren van de ontvankelijkheidseisen,<sup>43</sup> een kritiek die de rechters ook ontvingen na *Roman Catholic Diocese of Brooklyn/Cuomo*. Er werd overgegaan tot een inhoudelijke behandeling van de zaak, terwijl de verordening niet meer in werking zou treden.<sup>44</sup> Het betrof hier immers regelgeving uit het tijdperk van president Obama die enkele jaren later werd teruggedraaid door Trump. De regering van Biden maakte vervolgens bekend de verordening niet opnieuw in te voeren, maar het Supreme Court besloot toch te oordelen over de wettigheid van de verordening die niet langer van kracht was en bovendien nog geen plannen had om opnieuw van kracht te worden.<sup>45</sup>

Daarnaast beperkte het Supreme Court de bevoegdheid van de door het congres opgerichte *Occupational Safety & Health Administration* (hierna: OSHA), een agentschap dat werd opgericht om veiligheidsnormen voor werkplekken in te stellen. OSHA stelde een regel in voor bedrijven met meer dan honderd werknemers die eiste dat elke werknemer een Covid-19-vaccinatie kreeg, behalve de werknemers die elke week op eigen kosten een negatieve test konden laten zien en altijd een masker droegen. Binnen de *shadow docket* oordeelde het Hooggerechtshof echter dat OSHA die bevoegdheid niet had, omdat het agentschap alleen toezicht mocht houden op de veiligheid op de werkplek en geen regels mocht opstellen voor het toezicht op de volksgezondheid. Opvallend genoeg verwees rechter Gorsuch in zijn *concurring opinion* bij zowel EPA al OSHA naar de ‘nondelegation doctrine’, waarmee hij impliceerde dat er ook kwesties bestaan waarin het delegeren van bevoegdheden helemaal niet mogelijk is. Zelfs als het congres de bevoegdheid expliciet heeft gegeven en de zaak binnen het politieke domein dus is afgedaan, zou de rechterlijke macht kunnen ingrijpen.<sup>46</sup>

#### 4.3 Staten

Ook beperkte het Supreme Court de macht van de staten. Zoals omschreven werd in *Tandon/Newsom* beslist dat, op basis van het Eerste Amendement uit de Grondwet, de staat California geen beperkingen meer mocht opleggen aan religieuze bijeenkomsten om de verspreiding van Covid-19 te voorkomen door neutrale regels van algemene toepassing op religieuze groepsbijeenkomsten toe te passen.<sup>47</sup> Terwijl staten die bevoegdheid binnen dit terrein wel lang hadden. Ook mogen openbare scholen werknemers niet meer verbieden om leerlingen tijdens schoolevene-

43 U.S. Supreme Court 30 juni 2022, 142 S. Ct. 2587 (*West Virginia/Environmental Protection Agency*).

44 Lemley 2022 (*supra* noot 41), p. 108.

45 Rechter Elena Kagan betrok deze kritiek wel in haar *dissenting opinion*: “ The Court may be right that doing so does not violate Article III mootness rules (which are notoriously strict) (...) But the Court’s docket is discretionary, and because no one is now subject to the Clean Power Plan’s terms, there was no reason to reach out to decide this case. The Court today issues what is really an advisory opinion on the proper scope of the new rule EPA is considering. That new rule will be subject anyway to immediate, pre-enforcement judicial review. But this Court could not wait – even to see what the new rule says – to constrain EPA’s efforts to address climate change. Zie U.S. Supreme Court 30 juni 2022, 142 S. Ct. 2587, 2628 (*West Virginia v. Environmental Protection Agency*) (Kagan, J., dissenting)

46 U.S. Supreme Court 30 juni 2022, 142 S. Ct. 2587 (*West Virginia v. Environmental Protection Agency*); U.S. Supreme Court 23 januari 2022, 142 S. Ct. 661, 668-669 (*National Federation of Independent Business/ Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*).

47 U.S. Supreme Court 9 april 2021, 141 S. Ct. 1294 (*Tandon/Newsom*).

menten voor te gaan in een openbaar gebed op het schoolterrein,<sup>48</sup> terwijl de *Establishment Clause* van het Eerste Amendement stelt dat de overheid terughoudend moet zijn met betrekking tot religieuze aangelegenheden en bovendien de ene religie niet boven de andere mag plaatsen.

De meest spraakmakende beslissing was *New York State Rifle & Pistol Association, Inc./Bruen*, waarin de bevoegdheid van de staat New York werd beperkt om regels op te stellen met betrekking tot het recht op wapenbezit en het Tweede Amendement van de Grondwet verder werd uitgebreid. Wapenbezit zonder vergunning was strafbaar en een onbeperkte vergunning kon alleen worden verleend als de aanvrager kon aantonen dat er een ‘proper cause’ bestond voor het dragen van dat vuurwapen. Een meerderheid van rechters oordeelde echter dat de overheid moet aantonen dat de regulering consistent is met de ‘historische traditie’ van vuurwapenregulering van de VS en dat kon de staat volgens de rechters niet.<sup>49</sup> Er blijft dan echter weinig over om te reguleren, want op het moment dat het Tweede Amendement van kracht werd in 1791 bestonden er vrijwel geen beperkingen. De uitspraak had dan ook onmiddellijk gevolgen. Zo oordeelde een rechter in New York dat vuurwapens zijn toegestaan in gebedshuizen, omdat ze in het verleden ook niet verboden waren en werd er in West Virginia beslist dat het ongrondwettelijk is om serienummers op vuurwapens te eisen, omdat er geen eerdere wetgeving uit de 18e eeuw is die hetzelfde voorschreef.<sup>50</sup> Ook werd een verbod op wapenbezit voor mensen die veroordeeld zijn voor huiselijk geweld geschrapt, omdat huiselijk geweld een paar eeuwen geleden niet verboden was.<sup>51</sup> De bevoegdheid van staten om wapenbezit te reguleren werd vrijwel volledig beperkt door *Bruen*, terwijl de wapenwetten van de staat New York al sinds het begin van de twintigste eeuw bestonden.

Een derde belangrijke les die hieruit getrokken kan worden is dat een hof zorgvuldig na dient te gaan in welk domein het zich begeeft. Grote veranderingen dienen in eerste instantie democratisch gelegitimeerd te zijn en derhalve opgelost te worden binnen het politieke domein. In de Verenigde Staten heeft het Supreme Court aanzienlijke macht naar zichzelf toegenomen, wat heeft geleid tot ingrijpende beslissingen op gebieden zoals milieuregulering, gezondheidszorg en religieuze vrijheden. Zeker met betrekking tot een significante inperking of bescherming van mensenrechten is een zorgvuldige afweging en transparantie essentieel. Het vraagt dus een delicaat evenwicht om effectief te recht te spreken en tegelijkertijd de grondwettelijke rechten en principes te respecteren. Het is van belang dat de rechterlijke macht een evenwichtige benadering hanteert, waarbij het de principes van de rechtsstaat en de bescherming van mensenrechten waarborgt zonder de operationele autonomie en flexibiliteit van lokale en regionale bestuurslagen onnodig te ondermijnen. Dit vereist een zorgvuldige afweging van de constitutionele kaders, de uitvoerende en wetgevende bevoegdheden, evenals de specifieke uitdagingen en behoeften van verschillende domeinen. Wanneer een hoogste rechterlijke macht de schijn wekt de rol van een democratisch gelegitimeerd orgaan over te nemen of politieke beslissingen

48 U.S. Supreme Court 27 juni 2022, 142 S.Ct. 2407 (*Kennedy/Bremerton School District*).

49 U.S. Supreme Court 23 juni 2022, 142 S. Ct. 2111, 2126 (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc./ Bruen*): ‘To justify its regulation, the government may not simply posit that the regulation promotes an important interest. Rather, the government must demonstrate that the regulation is consistent with this Nation’s historical tradition of firearm regulation. Only if a firearm regulation is consistent with this Nation’s historical tradition may a court conclude that the individual’s conduct falls outside the Second Amendment’s ‘unqualified command’.

50 Zie onder meer R. Busse, ‘One Nation Under Guns: How this year’s Supreme Court ruling on Second Amendment rights is changing everything’, *The Atlantic* 14 december 2022.

51 Busse 2022 (*Supra* noot 50).

overhaast te ondermijnen, zal het vertrouwen en gezag onvermijdelijk afnemen – en wordt het principe van *checks and balances* aangetast.

## 5 Korte reflecties en conclusie

Zoals in de inleiding kort is aangestipt bestaat er in Nederland discussie over het instellen van een hof belast met grondwettelijke toetsing. NSC wil ‘het verbod op toetsing aan de Grondwet opheffen en een constitutioneel hof instellen dat aangenomen wetten toetst aan de Grondwet’.<sup>52</sup> Niet alleen of de instelling wenselijk is, maar ook de vraag *hoe* een dergelijk constitutioneel hof dan dient te opereren en te worden vormgegeven is onderwerp van gesprek. Voorgaande lessen onderstrepen het belang van zorgvuldige overwegingen omtrent een eventueel Nederlands constitutioneel hof. Ondanks dat het Nederlandse politieke systeem en rechtsstelsel significant verschilt van dat van de VS en er geen sprake is van een federale structuur, kunnen de lessen wel enkele inzichten verschaffen.

Het is zonder meer essentieel dat een benoemingsprocedure zo is ontworpen dat politieke invloed tot een minimum wordt beperkt en dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht wordt gewaarborgd ter bevordering van een eerlijk proces. De benoemingsprocedure zou overeenkomsten kunnen vertonen met de huidige benoemingspraktijk van de Hoge Raad.<sup>53</sup> De Raad van State heeft immers eerder een advies uitgebracht over voorgestelde wijzigingen in de benoemingsprocedure van de Hoge Raad, waarin wordt gesteld dat de nu vastgelegde opleidingseisen en de huidige rol van de Hoge Raad in de selectieprocedure politieke invloed voldoende voorkomen.<sup>54</sup> De *Venice Commission* benadrukt eveneens dat benoemingen moeten worden gebaseerd op deskundigheid, maar idealiter met instemming van twee derde meerderheid van het parlement worden doorgevoerd – een aspect dat momenteel ontbreekt bij de Hoge Raad.<sup>55</sup> Zo kan de rechterlijke onafhankelijkheid en daarmee een eerlijk proces zo goed mogelijk worden gewaarborgd. De bevindingen van de Raad van State, tezamen met die van de *Venice Commission* kunnen een startpunt vormen bij de overwegingen omtrent de benoemingen van rechters belast met grondwettelijke toetsing, omdat het politieke inmenging afdoende kan tegengaan. Voorop dient te staan dat de rechterlijke onafhankelijkheid zo goed mogelijk wordt gewaarborgd als onderdeel van een eerlijk proces.

Een tweede les is om de bevoegdheden voor het aannemen en behandelen van (spoedeisende) grondwettelijke zaken op zo’n manier vorm te geven dat het inzichtelijk en transparant blijft voor burgers op welke gronden, en middels welke procedure, mensenrechten kunnen worden beperkt. Beslissingen dienen grondig te worden gemotiveerd om het risico van willekeur te vermijden en het publieke vertrouwen te behouden. Een transparant en gemotiveerd besluitvormingsproces is van belang om vertrouwen in een eerlijke rechtsgang te garanderen.

52 NSC, *Tijd voor herstel. Vertrouwen. Zekerheid. Perspectief* (verkiezingsprogramma 2023), p. 8.

53 Zie onder meer P. Bovend’Eert, ‘Versterking van de Rechtsstaat. Betere waarborgen voor rechterlijke onafhankelijkheid’, *NJB* 2024/197, p. 240-249.

54 Advies Raad van State inzake de benoeming van de leden van de Hoge Raad der Nederlanden (*Stert.* 2023, 3777), p. 5.

55 Rapport Venice Commission, *The Netherlands, Legal safeguards of the independence of the judiciary from the executive power*, Straatsburg 2023, p. 7.

De les omtrent machtscentralisatie dient meer als een advies, voornamelijk vanwege het ontbreken van vergelijkbare federale structuur in Nederland. Wel is, voor een potentieel constitutioneel hof, de les van belang met betrekking tot de Nederlandse gedecentraliseerde eenheidsstaat. Als een rechtbank middels grondwettelijke toetsing te veel macht naar zich toetrokt, kan dit het vermogen van (lokale) overheden om effectief beleid te voeren en maatwerk te leveren ondermijnen. De Nederlandse aanpak van klimaatverandering vereist bijvoorbeeld een gecoördineerde inspanning tussen de centrale overheid en lokale bestuurslagen. Een vergelijkbare zorg geldt voor de jeugdzorg, waar decentralisatie heeft geleid tot variabele kwaliteit en toegang tot zorg tussen verschillende regio's. De rechterlijke macht dient om die reden in ieder geval een gecoördineerde inspanning tussen de centrale overheid en lokale bestuurslagen niet te bemoeilijken. De nuances van de gedecentraliseerde aanpak die in bepaalde sectoren wordt gehanteerd dienen gerespecteerd te worden indien er een grondwettelijk geschil ontstaat, zonder voorbij te gaan aan het beschermen van fundamentele rechten. Het is essentieel om de potentiële voordelen van deze gedecentraliseerde benadering te erkennen, die kan bijdragen aan een effectievere en meer op maat gemaakte respons. Hierbij zal een constitutioneel hof zorgvuldig moeten afwegen *of en hoe* het ingrijpt, ook gezien de complexiteit en diversiteit van de betreffende sectoren – zonder de gevolgen van de beslissing uit het oog te verliezen.

De toegang tot een onafhankelijke rechter als onderdeel van een eerlijk proces dient voorop te staan bij de bescherming van mensenrechten. In dit artikel is een aantal lessen uit de constitutionele praktijk uit de VS aangeboden die eventueel van belang *kunnen* zijn voor de discussie omtrent een Nederlands constitutioneel hof, waar met name door NSC op wordt aangedrongen. Ten eerste illustreert de benoemingsprocedure van het Supreme Court het gevaar van politieke inmenging en daarmee een risico van ondermijning van het publieke vertrouwen. Het is essentieel dat de benoemingsprocedure zo onafhankelijk mogelijk is van politieke invloeden teneinde het vertrouwen van de burgers te behouden. Ten tweede maakt de wijze waarop de discretionaire bevoegdheid van het Supreme Court is geregeld het belang van transparantie en verantwoording in de besluitvorming van een constitutioneel hof duidelijk. De schijn van willekeurig behandelen of afwijzen van zaken zonder duidelijke motivering kan leiden tot een afname van het vertrouwen en een gevoel van onbegrip bij het publiek. Een transparant en gemotiveerd besluitvormingsproces is daarom cruciaal om vertrouwen in een eerlijke rechtsgang te waarborgen. Tot slot onderstreept de centralisatie van macht bij het Supreme Court het belang van *checks and balances* in het rechtsstelsel. Een constitutioneel hof moet zijn rol begrijpen binnen het bredere democratische systeem en niet de neiging hebben om te veel macht naar zich toe te trekken ten koste van mensenrechten.

Hoewel het Nederlandse rechtsstelsel aanzienlijk verschilt met die van de Verenigde Staten – en het onzeker is of en hoe een constitutioneel hof wordt ingevoerd – bieden de ervaringen van het Supreme Court waardevolle inzichten voor het overwegen van de vorming en operatie van een eventueel Nederlands constitutioneel hof. Bovendien zou het zin hebben de rechtsvergelijking uit te breiden tot andere landen. Het is immers van cruciaal belang om deze lessen te integreren in de discussie om vertrouwen en effectiviteit te garanderen. Er moet op kunnen worden vertrouwd dat een eerlijk proces zo onafhankelijk en onpartijdig mogelijk wordt gewaarborgd.



# DE MENSELIJKE WAARDIGHEID VAN EU-ARBEIDSMIGRANTEN NADER BESCHOUWD

Tesseltje de Lange \*

**Samenvatting** | In Nederland kunnen arbeidsmigranten, zowel EU als niet-EU onderdanen die gebruik maken van het vrij verkeer van werknemers en het vrije-dienstenverkeer, hier tijdelijk werken. Zij kunnen niet altijd rekenen op eerlijk, gezond en veilig werk en een menswaardige woonsituatie. Dit soort misstanden zijn zeker niet uniek voor Nederland en de aandacht ervoor is ook niet nieuw. Al decennia is bekend dat met name arbeidsmigranten uit de nieuwe EU-lidstaten werkzaam in laagbetaald, vaak repetitief werk, er niet altijd rooskleurig bij zitten. Uit een aantal Unierechtelijke normen zoals die voor maatschappelijk verantwoord ondernemen, en uit nationale normen, zoals de Wet goed verhuurderschap, en de voorgenomen invoering van een effectrapportage voor nieuw te vestigen bedrijven, blijkt dat de Unierechtelijke en nationale wetgever met man en macht proberen marktpartijen, die betrokken zijn bij deze misstanden, te reguleren en te bewegen tot menswaardige behandeling van arbeidsmigranten. In deze bijdrage wordt het debat in Nederland geduid in het licht van het streven naar een menswaardig bestaan voor arbeidsmigranten. Welke actoren leveren een bijdrage aan de verbetering van hun positie? Kan of moet de regulering beter en/of is een cultuurverandering nodig?

**Trefwoorden** | [menselijke waardigheid], [intra-EU-mobiliteit], [arbeidsmigranten], [Wet? goed verhuurderschap], [effectrapportage], [Corporate Sustainability Reporting]

**DOI** | 10.54195/NTM.19066

## 1 Inleiding

Voor de val van het kabinet-Rutte IV werd ambtelijk een plan voorbereid om 'grip' te krijgen op migratie.<sup>1</sup> Uit die plannen bleek dat het kabinet het vrij verkeer van werknemers en van diensten binnen de EU aan banden wilde leggen om zo de misstanden rond werken en wonen van EU-arbeidsmigranten in Nederland te bestrijden. De ambtelijke plannen volgden op het rapport 'Géén Tweederangsburgers' van het Aanjaagteam Bescherming arbeidsmigranten (ook wel het rapport 'Roemer' genoemd naar de voorzitter en oud SP-voorman) uit 2020.<sup>2</sup> Dat advies beschrijft hoe in Nederland Unieburgers die hier 'essentiële werkzaamheden' verrichten, gebruikmakend van het Europese recht op vrij verkeer van werknemers, worden behandeld. En hoe die behandeling kan en moet worden verbeterd. De aanbevelingen voor een hele set regelgeving werden door het kabinet-Rutte IV omarmd,<sup>3</sup> en jaarlijkse verslagen over de voortgang van de

■ Prof. mr. T. de Lange is hoogleraar Europees Migratierecht bij het Centrum voor Migratierecht aan de Radboud Universiteit. De auteur bedankt de redactie, Sandra Mantu en Masja van Meeteren voor hun waardevolle commentaar bij een eerdere versie.

1 Zie hierover K.E. Geertsema e.a.(2023). 'Migratiemaatregelen. Voer voor de formatie', *Nederlands Juristenblad* 2023/40, p. 3486-3495.

2 Rapport Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 29861, nr. 51.

3 *Kamerstukken II* 2019/20, 29861, nr. 52.

implementatie worden aan de Tweede Kamer gestuurd.<sup>4</sup> De veranderingen gaan echter traag maar ze zouden de laagbetaalde, laagopgeleide en kwetsbare EU-migranten beter, in de woorden van inmiddels demissionair Minister Karien van Gennip, 'menswaardig' moeten beschermen. Omdat het Unierechtelijke vrij verkeer van werknemers, gebaseerd op EU-verdragsregels, niet aan banden is te leggen adviseerde Roemer om werkgevers strengere eisen op te leggen, gemeenten meer verantwoordelijkheden te geven en de handhaving aan te scherpen.

In mijn onderzoek staat de vraag centraal wat verschillende actoren, zowel publiek als privaat, doen om EU-arbeidsmigranten werkzaam in Nederland een menswaardig bestaan te bieden. Deze beschouwing belicht mogelijke verklaringen voor de tot nu toe gemaakte keuzes, en bespreekt de (on)mogelijkheden van de recent aangenomen Wet goed verhuurderschap en nog in te voeren effectrapportages als manieren om een menswaardig bestaan voor arbeidsmigranten te verbeteren. Tot slot wordt de vraag opgeworpen of daarbij de verantwoordelijkheid juridisch onvoldoende geregeld is, of is er vooral een cultuurverandering nodig?

Deze beschouwing is gebaseerd op onderzoek verricht tijdens de COVID-pandemie gericht op de positie van 'essentiële' arbeidsmigranten uit de EU die werkzaam waren in de vlees- en distributiesector in Nederland.<sup>5</sup> Het onderzoek was gericht op arbeidsmigranten werkzaam in deze twee sectoren die nu vaak genoemd worden in de discussie over 'welke economie Nederland wil hebben' maar die toen door de Nederlandse overheid en EU-instellingen als 'essentieel' werden beschouwd voor het functioneren van de nationale economie en de interne markt van de EU. In vervolg op dit onderzoek volg ik de politieke debatten, rechtsontwikkeling en praktische implementatie van de aanbevelingen van het Aanjaagteam. Ik bespreek hier eerst het publieke debat nader en voorzie dat van een wetenschappelijke duiding. Daarna werk ik het grondrecht op een menswaardige behandeling uit. Vervolgens bespreek ik twee concrete oplossingen a) het recht op een eigen kamer en enkele andere maatregelen neergelegd in de Wet goed verhuurderschap en b) de ontwikkeling van een 'effectrapportage' voor gemeenten en bedrijven die willen uitbreiden of zich willen vestigen, in vergelijking met Unierechtelijke verplichtingen ten aanzien van verantwoord ondernemerschap. Ik sluit af met een discussie.

## 2 Het publieke debat nader beschouwd

Er gingen zowel voor als na de Tweede Kamerverkiezingen van november 2023 stemmen op om niet alleen de kwetsbare arbeidsmigranten beter te beschermen, maar ook om het werk waarvoor zij naar Nederland komen te bevragen, of zelfs te laten verdwijnen. Zo riep de inspecteur-generaal van de Arbeidsinspectie in 2022 op economische keuzes te maken ten aanzien van sectoren die overwegend afhankelijk zijn van arbeidsmigranten.<sup>6</sup> Ook DNB-directeur Klaas Knot bepleitte begin 2024 bij Buitenhof een stop op glastuinbouw in het Westland.<sup>7</sup> 'De baten wegen niet op tegen de kosten' zei hij, een standpunt dat hij later nuanceerde. De vraag ligt

4 Laatstelijk in december 2023: *Kamerstukken II 2023/24*, 29861, nr. 122 (Drie jaar na Roemer: jaarrapportage arbeidsmigranten 2023) aangeboden aan de Tweede Kamer door de Minister van SZW namens een zevental andere bewindspersonen. Er is ook een website: <https://arbeidsmigratieingodebanen.nl/>.

5 T. de Lange & A.G.M. Böcker (red.), *Migranten in de frontlinie. De effecten van COVID-19 maatregelen op arbeidsmigranten werkzaam in cruciale sectoren*, Nijmegen: Centrum voor Migratierecht 2023.

6 Reflectie bij het Jaarverslag van de Nederlandse Arbeidsinspectie 2021, 9 mei 2022.

7 'Buitenhof', *NPO Start*, 28 januari 2024.

evenwel op tafel: welke van de sectoren, die in overwegende mate afhankelijk zijn van arbeidsmigranten, wil Nederland hebben? Vanuit de aangevallen sectoren komt als weerwoord dat het helemaal opdoeken niet de oplossing is, in de Nederlandse kassen bijvoorbeeld is sprake van innovatie en de toeleveringsketens, zoals de kassenbouwers en zadenveredelaars, hebben veel toegevoegde waarde.<sup>8</sup> De meeste EU-arbeidsmigranten werken voor langere tijd als uitzendkracht, en in de meeste gevallen gaat dat goed.<sup>9</sup> Inleners en uitzendbureaus die het niet zo nauw nemen met de rechten van hun werknemers aanpakken, en eventueel sluiten, wordt bijvoorbeeld bepleit door de branchevereniging van uitzendbureaus, maar komt in de praktijk nog niet vaak voor.<sup>10</sup> Voorkomen dat bedrijven zich vestigen als ze de huisvesting van arbeidsmigranten niet op orde hebben ('geen bed, geen business' in de woorden van Van Gennip) is wat de politiek predikt.<sup>11</sup>

De implementatie van de aanbevelingen van het Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten uit 2020 is door Van Gennip voortvarend ter hand genomen. Er ligt – opnieuw – een wetsvoorstel voor in de Tweede Kamer om de uitzendsector aan banden te leggen.<sup>12</sup> Er is een convenant gesloten met de zorgverzekeraars om de toegang tot gezondheidszorg beter te waarborgen,<sup>13</sup> en het strafrecht wordt mogelijk uitgebreid met strafbaarstelling van 'ernstige benadeling'.<sup>14</sup> De meest recente verandering is dat het Juridisch Loket in vier regio's start met het aanbieden van rechtshulp in de meest voorkomende talen van de arbeidsmigranten.<sup>15</sup> Daardoor raken arbeidsmigranten zelf beter geëquipeerd om hun rechtspositie als werknemers en huurders te kennen, en te verdedigen. De aanbevelingen van het Aanjaagteam waren evenwel niet nieuw en het kost veel tijd ze om te realiseren.

In 2011 signaleerde de Tijdelijke commissie Lessen uit recente arbeidsmigratie<sup>16</sup> al dat de behandeling van EU-arbeidsmigranten in Nederland ernstig tekortschoot.<sup>17</sup> Het rapport van Roemer uit 2020 bevatte nagenoeg dezelfde analyse en aanbevelingen. Hoewel er dus wel een aantal stappen zijn gezet constateert het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) ook dat het ingewikkeld is echt iets te veranderen. Het ministerie zegt 'dat de praktijk weerbarstig

8 'De Cowboys in de glastuinbouw, die moeten eruit', *Het Financieel Dagblad* 22 maart 2024. De discussie gaat overigens ook over bedrijven die afhankelijk zijn van kennismigranten, beter betaald en veelal hoog opgeleid.

9 A. Heyma e.a., *Goed werkgeverschap voor kortverblijvende arbeidsmigranten: Een onderzoek naar de werk- en woonsituatie*, SEO, Amsterdam, 2022, p. 18.

10 'Masterplan arbeidsmigratie: Van goed naar beter', <https://abu.nl/masterplan-arbeidsmigratie-van-goed-naar-beter/>, laatst geraadpleegd 25 maart 2024.

11 'Geen bed, geen business – video bezoek minister Van Gennip', <https://nfofruit.nl/nieuws/geen-bed-geen-business-video-werkbezoek-minister-van-gennip/> 4 juli 2023.

12 *Kamerstukken II*, 2023/24 36446, nrs. 1-3 (Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten); zie ook M.S. Houwerzijl, 'Met een rijk palet aan maatregelen (terug) naar een fatsoenlijke(re) uitzendsector', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2023/5, p. 1-2.

13 'Kabinet sluit met Zorgverzekeraars Nederland zorgconvenant arbeidsmigranten af', *Rijksoverheid*, 12 december 2022.

14 Zie Raad van State 'Advies wetsvoorstel vernieuwing en uitbreiding strafbaar stellen mensenhandel', *Raad van State*, 12 februari 2024.

15 'Ook EU-arbeidsmigranten krijgen hulp op maat bij het Juridisch Loket', *Juridisch Loket*, 21 maart 2024.

16 'Europa-NU.nl stopt per maandag 3 juli noodgedwongen', <https://europa-nu.nl>, 3 juli 2023.

17 Eindrapport van de Tijdelijke commissie arbeidsmigratie in het kader van het parlementair onderzoek Lessen uit recente arbeidsmigratie, *Kamerstukken II* 2011/12, 32680, nr. 4.

blijkt en dat de situatie van arbeidsmigranten die afhankelijk zijn van malafide werkgevers of in slechte huisvesting wonen, nog niet afdoende is verbeterd'.<sup>18</sup> Wel volgt rapport op rapport.<sup>19</sup>

### 3 Verklaringen voor de gemaakte keuzes

Zo een stroom aan rapporten kan een teken zijn van wat Boswell en Badenhop 'State ignorance' noemen, kennis leidt niet tot actie, maar tot nieuw onderzoek, een vorm van wegstijgen; er is dan een probleem met de eindverantwoordelijkheid om tot actie over te gaan.<sup>20</sup> Tegen de achtergrond van een institutionele verandering door de gemaakte politieke keuzes waarin 'de markt' de overhand kreeg zien we een trage aanpak, handelen en niet-handelen, verklaard als het gevolg van een (te) gefragmenteerde overheid.<sup>21</sup> Uit mijn onderzoek bleek dat het die gefragmenteerde en elkaar soms tegenwerkende overheden, gemeenten, regio's, provincies, informele tafels op rijksniveau, een interdepartementaal project arbeidsmigranten (IPA), en andere gremia, tijd kost om veranderingen tot stand te brengen omdat ze opereren in een institutionele omgeving die deze groep werknemers jarenlang niet beschermd. Werkgevers werden niet of nauwelijks aangesproken op hun verantwoordelijkheid zodat nu ook de brancheverenigingen waar de goede werkgevers verenigd zijn vragen om 'de cowboys' harder aan te pakken.<sup>22</sup>

Het verharde politieke debat en de politieke roep om afschaffing van hele sectoren of een tijdelijke stop op EU-arbeidsmigratie<sup>23</sup> doet echter ook denken aan wat in de politieke economie 'economisch nationalisme' heet. Volgens de economische literatuur is dat een ideologie die prioriteit geeft aan staatsinterventie in de economie, inclusief beperkingen van – in de Europese context – vrij verkeer van werknemers, maar bijvoorbeeld ook van internationale handel.<sup>24</sup> Dit sluit aan bij een veelgehoorde klacht over de Nederlandse distributie- en vleesindustrie, die 'alleen maar voor de export' zouden zijn. De kerngedachte van economisch nationalisme is dat de economie nationale doelen moet dienen. De Brexit is een voorbeeld van economisch nationalisme, dat internationale instellingen – zoals de EU en het vrije werknemersverkeer – als een belemmering van de eigen economische soevereiniteit ziet.<sup>25</sup> Hoewel een restrictief immigratiebeleid bij economisch nationalisme past, is in het Verenigd Koninkrijk het realisme sterker gebleken. Sinds de Brexit zijn er juist meer arbeidsmigranten (uit andere landen dan de EU) naar het Verenigd Koninkrijk gekomen dan daarvoor.<sup>26</sup> De hiervoor kort genoemde uitspraken van de inspecteur-generaal of de directeur van de DNB over het afschaffen van hele

18 *Kamerstukken II*, 2022/23, 29861, nr. 99, p. 2.

19 Begin 2024 verscheen het rapport van de Staatscommissie Demografische ontwikkelingen 2050, in maart 2024 verschenen bijvoorbeeld rapporten van de Adviesraad Migratie, 'Geen derderangsburgers. De risico's voor gedetacheerde arbeidsmigranten en de Nederlandse samenleving' (2024). Onderzoek van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid naar de veiligheid op het werk van arbeidsmigranten wordt verricht, <https://onderzoeksraad.nl/onderzoek/veiligheid-arbeidsmigranten-in-nederland/>, 4 oktober 2023.

20 C. Boswell, & E. Badenhop, 'What isn't in the files, isn't in the world': Understanding state ignorance of irregular migration in Germany and the United Kingdom' *Governance*, 2021/34(2), p. 335–352.

21 L. Berntsen e.a., 'State of care for EU mobile workers' rights in the Dutch meat sector in times of, and beyond, Covid-19' *International Journal of Sociology and Social Policy* 2022.

22 In Het Tijdschrift voor Financieel Recht van 22 maart 2024 'De Cowboys in de glastuinbouw, die moeten eruit' is dit het pleidooi van Adri Bom-Lemstra, voorzitter van Glastuinbouw Nederland.

23 Van Kent (SP) tijdens begrotingsdebat in de Tweede Kamer 11 oktober 2023.

24 Zie bijv. E. Helleiner, 'The Diversity of Economic Nationalism', *New Political Economy*, 2021/26(2), p. 229–238.

25 B. Born e.a., 'The Costs of Economic Nationalism: Evidence from the Brexit Experiment', *Economic Journal*, 2019/129(10), p. 2722–2744.

26 H. de Haas, *Hoe migratie echt werkt*, Spectrum 2023, p. 406 e.v.

economische sectoren, kunnen ook als economisch nationalisme geduid worden. Dat denken lijkt een onderliggende drijfveer van het politieke streven naar ‘grip’ op migratie. Daarbij zijn sectoren met veel laagbetaald werk en de anonieme en niet nader gespecificeerde ‘arbeidsmigrant’ de zondebok voor tal van problemen (gebrek aan volkshuisvestingsbeleid, een ongereguleerde uitzendmarkt), ontstaan door een jarenlange afwezigheid van de overheid, problemen waar ‘de’ migrant niet veel aan kan doen. Het verwezenlijken van menselijke waardigheid lijkt op de achtergrond te geraken.

#### 4 Het recht op een menswaardig bestaan

Vijf internationale werknemers werden in 2022 in Nederland in hun eigen slaapkamer doodgeslagen.<sup>27</sup> Uit één van de dossiers die een journalist mij voorlegde bleek dat de roep om hulp van het slachtoffer werd genegeerd door zijn huisvester, het uitzendbureau, de inlener waar hij dagelijks werkte en de gemeente waarin hij woonde. Hij kreeg een behandeling als ‘tweederangsburger’ op zijn best.

‘Om verschillende redenen is de manier waarop Nederland met arbeidsmigranten omgaat onwenselijk. In de eerste plaats voor de arbeidsmigranten zelf. In de ergste gevallen hebben zij te maken met huisvesting en omgangsvormen die ver onder de menselijke maat liggen. Maar ook in de minder ernstige gevallen betekent de huidige situatie in Nederland dat arbeidsmigranten niet altijd kunnen rekenen op eerlijk, gezond en veilig werk en een *menswaardige* woonsituatie.’<sup>28</sup>

Aldus de laatste rapportage van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, dat veel van de beoogde beschermende maatregelen zal moeten implementeren. In dit citaat wordt gerept van de ‘menselijke maat’ en ‘menswaardigheid’. Hoewel we misschien allemaal wel aanvoelen dat de woonsituatie van de vijf vermoorde mannen faalde als menswaardige woonsituatie, is het lastig menselijke waardigheid in een definitie of duidelijk gebod te vatten.<sup>29</sup>

Menselijke waardigheid is in eerste instantie een filosofisch concept. Sinds de Tweede Wereldoorlog is het ook een juridisch concept geworden dat vaak louter in algemene bewoordingen terugkomt in VN-verdragen, nationale grondwetten – maar niet de Nederlandse – en het Europese Grondrechtenhandvest. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948 heeft als eerste artikel ‘Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren.’ Ook relevant is artikel 22:

‘Eenieder heeft als lid van de gemeenschap recht op maatschappelijke zekerheid en heeft er aanspraak op, dat door middel van nationale inspanning en internationale samenwerking, en overeenkomstig de organisatie en de hulpbronnen van de betreffende Staat, de economische, sociale en culturele rechten, die onmisbaar zijn voor zijn waardigheid en voor de vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid, verwezenlijkt worden.’

27 *Aanhangsel Handelingen II* 2022/23, nr. 2622 en nr. 3029.

28 Rapport Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 29861, nr. 51, p. 16.

29 Deze vraag komt ook aan de orde in het Horizon Europe project Dignity for Irregular Migrant Workers, zie [www.dignityfirm.eu](http://www.dignityfirm.eu) dat ik mede coördineer.

De nadruk ligt dus op maatschappelijke zekerheid en vrije ontplooiing. Ook het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESCR) heeft als uitgangspunt het algemene beginsel van waardigheid. Meer specifiek wordt ook hier in artikel 13 het recht op onderwijs en ontplooiing benadrukt als bouwsteen voor menselijke waardigheid.

Het Europees Grondrechtenhandvest benadrukt dat de EU haar grondslag heeft in de 'ondeelbare en universele waarden van menselijke waardigheid en van vrijheid, gelijkheid en solidariteit'. Het eerste hoofdstuk van het Europees Grondrechtenhandvest geeft de Unierechtelijke interpretatie van 'menselijke waardigheid' en vat daaronder een recht op leven en op lichamelijke en geestelijke integriteit, een verbod op onmenselijke of vernederende behandeling én een verbod van slavernij en dwangarbeid. Het eerste artikel is een opdracht – aan de EU en haar lidstaten – de menselijke waardigheid te eerbiedigen én te beschermen. Volgens artikel 31 van het Handvest heeft iedere werknemer recht op gezonde, veilige en *waardige* arbeidsomstandigheden. Artikel 31 wordt regelmatig geciteerd in Europese richtlijnen over de rechtspositie van werknemers,<sup>30</sup> maar bijvoorbeeld niet in richtlijnen over de gelijke behandeling van arbeidsmigranten van *buiten* de EU.<sup>31</sup>

Uit een korte scan van de literatuur over menselijke waardigheid haal ik ten minste drie aspecten die niet zonder meer overlappen maar die elk als belangrijke bouwsteen van menselijke waardigheid kunnen worden beschouwd. Zo wordt in de literatuur het aspect van zelfontplooiing benadrukt, wat ook in de verdragsteksten de meest concrete invulling van menselijke waardigheid is.<sup>32</sup> Ten tweede gaat het volgens de literatuur niet alleen om overleven (bestaanszekerheid, het codewoord voor de Tweede- Kamerverkiezingen op 23 november 2023)<sup>33</sup> maar ook om een sociaal-economisch perspectief.<sup>34</sup> Ten derde benadrukt De Gaay Fortman dat in een goed functionerende economie, bescherming van de menselijke waardigheid nodig is. Goed bestuur, en de vrijheid en veiligheid van de inwoners van een land, daar draait het om. De vier elementen, zelfontplooiing, bestaanszekerheid, vrijheid en veiligheid in een goed functionerende economie, kunnen dus als normatieve invulling van het recht op menselijke waardigheid dienen.

30 Zie bijvoorbeeld het voorstel van een richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk (COM(2021) 762) dat vertrekt vanuit de verwijzing naar artikel 31 van het Handvest dat voorziet in het recht van elke werknemer op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden. Zie ook overweging (7) van de onlangs aangenomen Gelijke behandeling en beloningsrichtlijn (EU) 2023/970 van 10 mei 2023, waarin eerst wordt verwezen naar artikel 23 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens waarin onder meer bepaald is dat eenieder, zonder enige achterstelling, recht heeft op gelijke beloning voor gelijke arbeid, vrije keuze van beroep, rechtmatige en gunstige arbeidsomstandigheden en een rechtvaardige beloning welke hem *een menswaardig bestaan verzekert*.

31 In bijvoorbeeld Richtlijn 2011/98/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende de procedure en rechten van niet-EU-onderdanen (*PbEU* 2011, L 343 wordt alleen verwezen naar artikel 6 van het Handvest, waarin het recht op vrijheid en veiligheid wordt uitgedrukt. Een uitgebreidere lijst van artikelen wordt genoemd in overweging (52) van de Richtlijn 2014/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op tewerkstelling als seizoenarbeider, maar een expliciete verwijzing naar menselijke waardigheid ontbreekt.

32 Onder meer het werk van collega's K. Zwaan, 'Human Dignity and a Dignified Standard of Living: The Judgment of the Court of Justice in the Case of Zubair Haqbin (C 233/18)', *Białostockie Studia Prawnicze* 2021/1, p. 143-154 en A. Terlouw, 'Menselijke waardigheid en de rechten van niet rechtmatig verblijvenden', *Ars Aequi*. April 2020, p. 412-418.

33 Dit verwijst naar artikel 20 Grondwet, waarin het recht op bestaanszekerheid is verankerd. 'Alle lijsttrekkers hebben het op eens over bestaanszekerheid', *Parool* 7 september 2023.

34 B. de Gaay Fortman, 'Equal dignity in international human rights', in: M. Duwell e.a. (red), *The Cambridge handbook of human dignity, interdisciplinary perspectives*. Cambridge, MA: Cambridge University Press 2015.

Het recht, en de uitvoering ervan, kan de menselijke waardigheid maar tot op zekere hoogte waarborgen. Als goed bestuur niet de menselijke waardigheid van alle in een land aanwezige mensen kan waarborgen, is de vraag wie of wat dan wel. Dat was een vraag van Terlouw, namelijk wie de taak heeft de menselijke waardigheid, in dit geval van EU-arbeidsmigranten, te waarborgen.<sup>35</sup> Op die vraag kom ik aan het eind van deze bijdrage terug.

Tot slot zij hier nog opgemerkt dat de menselijke waardigheid juist expliciet *niet* in de Nederlandse Grondwet is opgenomen, hoewel daar in het verleden wel over gedacht is.<sup>36</sup> Schutgens oordeelde het onwenselijk de menselijke waardigheid als waarborgnorm in de Grondwet op te nemen omdat het daarmee als concept zou promoveren van een levensbeschouwelijke rechtvaardiging voor de fundamentele rechten tot een bron daarvan.<sup>37</sup> Brems en Vrieling bepleitten om het wél op te nemen als expliciete opdracht aan de overheid om – bij het tot stand brengen van wet- en regelgeving – zich te laten leiden door het levensbeschouwelijke concept van de menselijke waardigheid. Een opdracht dus aan de overheid om niet weg te kijken, om de menselijke waardigheid van arbeidsmigranten niet te negeren, hen niet in de steek te laten, géén *state ignorance*, maar misschien wel een positieve verplichting voor de overheid om die bescherming te realiseren.

## 5 De Wet goed verhuurderschap

Op 1 juli 2023 is de Wet goed verhuurderschap (Wgv) in werking getreden.<sup>38</sup> Een van de kwaliteitscriteria van het Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten en van deze wet is dat een goede verhuurder een arbeidsmigrant een eigen kamer aanbiedt. Dat gaat veel verder dan wat het door de huisvesters, vaak ook uitzenders, zelf ingevoerde keurmerk Stichting Normering Flexwonen (SNF) vereist. In de praktijk delen arbeidsmigranten meestal een kamer, soms met een wildvreemde andere arbeidsmigrant, wat tot conflicten kan leiden. Het voorstel Wgv gaf huisvesters in eerste instantie tien jaar de tijd om hun locaties om te bouwen zodat ze eenpersoonskamers zouden kunnen aanbieden. Dat betekende op de korte termijn weinig bescherming. Kamerlid Nijboer (PvdA) diende met succes een amendement in voor een kortere overgangperiode, te weten drie jaar, voor bestaande verblijfruimten.<sup>39</sup> Het Expertisecentrum Flexwonen vindt dit niet realistisch, omdat het betekent dat ten opzichte van de huidige situatie ten minste 156.000 extra kamers nodig zijn.<sup>40</sup> Dat zouden 43.000 extra woningen zijn bovenop het al bestaande tekort. Deze reactie maakt duidelijk dat het succes van de Wgv staat of valt met de beschikbaarheid van goede huisvesting. Als er niets te verhuren is, is het moeilijk een goed

35 A. Terlouw, 'Menselijke waardigheid en de rechten van niet rechtmatig verblijvenden', *Ars Aequi* april 2020, p. 412–418.

36 Eindrapport Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet 1971. De discussie zette zich in 2010 voort, zie E. Brems & J. Vrieling, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?*, Deventer: Kluwer 2010.

37 R.J.B. Schutgens, 'Het Rapport van de Staatscommissie Grondwet', *RMThemis* 2011/5.

38 Wet van 24 maart 2023, houdende regels ter bevordering van goed verhuurderschap en het voorkomen en tegengaan van ongewenste verhuurpraktijken (Wet goed verhuurderschap), *Stb.* 2023, 103. Zie hierover uitgebreider T. de Lange, A. Böcker & P. Beckers, 'Draagt de Wet goed verhuurderschap bij aan de bescherming van arbeidsmigranten?', *Gst.* 2023/38.

39 *Kamerstukken II*, 2021/22, 36130, nr. 8. Aangenomen, zie Overzicht Stemmingen van 7 maart 2023, p. 4-5.

40 Expertisecentrum Flexwonen, 'Effecten kwaliteitslag huisvesting arbeidsmigranten', januari 2023.

verhuurder te zijn. De keerzijde vanuit het perspectief van arbeidsmigranten is mogelijk dat een eigen kamer duurder wordt, zodat ze minder van het in Nederland verdiende geld opzij kunnen zetten. Menselijke waardigheid in de vorm van zelfontplooiing, bestaanszekerheid en vrijheid betekent dat zij een keuze hebben er komt geen plicht een eenpersoonskamer te huren. Als de huisvesters doen wat erin in de Wgv gevraagd wordt zou dat over minder dan drie jaar mogelijk een groot aantal leegstaande eenpersoonskamers kunnen betekenen.

Met de val van het kabinet, de trage bouw van nieuwe huisvesting, en de vele 'not in my backyard'-rechtszaken tegen huisvesting van (onder meer) arbeidsmigranten,<sup>41</sup> is het de vraag of die eigen kamer wenselijk en realistisch is als invulling van menswaardig huisvesten. Een eis stellen die niet haalbaar is en huisvesters er wellicht toe aanzet migranten over de grens in Duitsland te huisvesten, kan als een vorm van (onbedoeld) economisch nationalisme worden gezien, het 'probleem' wordt afgescheept, zoals al zolang gebeurde.

Een andere aanbeveling van Roemer was dat de rechtspositie van de arbeidsmigrant als huurder versterkt moest worden door de huur- en arbeidsovereenkomst niet samen in één overeenkomst te laten regelen. Ook geldt inmiddels via een aantal relevante CAO's dat de arbeidsmigrant na beëindiging van de arbeidsovereenkomst nog ten minste vier weken in de huisvesting mag blijven. Verder kon de informatievoorziening over de rechten van arbeidsmigranten als huurders, en de handhaving ten aanzien van slechte verhuurders beter. Ingevolge de Wet goed verhuurderschap kan daarom met ingang van 1 januari 2024 geklaagd worden bij een gemeentelijk meldpunt voor ongewenst verhuurgedrag. Huurders of woningzoekenden kunnen (anoniem) terecht met vragen of klachten over het gedrag van hun verhuurder, zoals een te hoge waarborgsom, geen schriftelijke huurovereenkomst, discriminatie en intimidatie. Die meldpunten zijn veelal digitaal (een webformulier) en de websites lijken grotendeels in het Nederlands.<sup>42</sup> Ook als er fysieke locaties zijn waar arbeidsmigranten terecht kunnen, ook in hun eigen taal, blijkt uit Rotterdams onderzoek dat zij die locaties niet altijd weten te vinden.<sup>43</sup> Maatregelen die de bal bij de arbeidsmigrant neerleggen voor het verwezenlijken van menswaardige huisvesting, lijken voorsnog weinig effectief. Mogelijk dat toekomstig onderzoek naar de meldingen bij meldpunten een ander beeld laat zien.

## 6 Menswaardige werk- en woonomstandigheden: een effectrapportage

Bedrijven hebben het misschien wel als eerste in hun macht om de positie van arbeidsmigranten in Nederland te verbeteren. Sommige nieuw te vestigen bedrijven weten bij voorbaat dat ze in belangrijke mate afhankelijk zullen zijn van arbeidsmigranten. De woon- en leefomstandigheden van hun toekomstige werknemers (of uitzendkrachten) nemen ze evenwel niet op voorhand mee in de ontwikkeling van hun bedrijfsmodel. Roemer stelt daarom, en ook in ons onderzoek hebben we dat als oplossing genoemd, een effectrapportage voor. Zo een rapportage brengt de te verwachten sociale effecten van nieuwe bedrijvigheid en de daaraan mogelijk

41 R.J. Boogers & R.H.J.J. de Hoon, 'Omgevingsrechtelijke aspecten bij huisvesting van arbeidsmigranten' *Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht* 2023/7.

42 Zie voor het overzicht van de meldpunten: <https://vng.nl/sites/default/files/2023-12/wgv-meldpunten-en-verordeningen.pdf>, laatst geraadpleegd 25 maart 2024.

43 M. Bos-Karczewska, *Poolse inwoners van Rotterdam*, 21 maart 2024.



gepaarde toename van arbeidsmigratie in beeld. Daarbij moet je met name denken aan de invloed van bedrijven op de werkgelegenheid van arbeidsmigranten en de bijbehorende aanvullende voorzieningen, zoals huisvesting en sociale voorzieningen, maar ook de sociale cohesie van de directe woonomgeving.<sup>44</sup> Het idee wordt in de praktijk, zo bleek uit ons onderzoek, door enkele gemeenten en provincies al gebruikt. Inmiddels is door de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) een pilot opgezet in zes gemeenten.<sup>45</sup>

‘Doel is om een zo effectief mogelijk en proportioneel middel te ontwikkelen dat ongewenste druk op de samenleving tegengaat. Zonder een goed vestigings- en ondernemingsklimaat voor (hoogwaardige) bedrijven uit het oog te verliezen en zo dat het past bij de bewuste keuzes over onze economie van de toekomst.’<sup>46</sup>

De schoorsteen moet dus blijven roken, het belang van omwonenden dient te worden ‘beschermde’, en afhankelijk van de aanpak zou het instrument ook de waardigheid van woon- en leefomstandigheden van arbeidsmigranten in Nederland kunnen borgen, bijvoorbeeld door een vertegenwoordiging van arbeidsmigranten inspraak te geven. Grijpen we terug naar de hierboven geïntroduceerde uitleg van het begrip menselijke waardigheid van De Gaay Fortman dan moet het en-en zijn, de schoorsteen kan niet roken – een goed vestigings- en ondernemingsklimaat – kan niet zonder goed bestuur en menswaardige omstandigheden voor de werkenden. Zelfontplooiingsmogelijkheden van arbeidsmigranten, maar ook hun vrijheid en veiligheid, zouden in de effectrapportage een belangrijk thema kunnen zijn.

Ik maak een uitstapje naar twee Europese richtlijnen die expliciet verwijzen naar de menselijke waardigheid als achterliggend beginsel waar de verplichtingen die ze voor werkgevers in het leven roepen, op gebaseerd zijn. Het gaat om Europese instrumenten in het veld van duurzaam maatschappelijk ondernemen, de *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD)<sup>47</sup> en de voorgestelde *European Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD).<sup>48</sup> De CSRD brengt strengere rapportageverplichtingen mee dan de CSDDD voor de bedrijven die binnen het toepassingsgebied vallen. Grote bedrijven (en sommige mkb’s) moeten rapporteren over arbeidsvoorwaarden, waaronder werkzekerheid, arbeidstijd, adequate lonen, sociale dialoog, vrijheid van vereniging, het bestaan van ondernemingsraden, collectieve onderhandelingen (waaronder het percentage werknemers dat onder een collectieve overeenkomst valt), de informatie-,

44 T. de Lange, A.G.M. Böcker & P. Beckers, ‘Stel rapportage naar sociaal effect van arbeidsmigratie verplicht’, *Sociale Vraagstukken* 2023.

45 VNG, ‘Een nieuw instrument in ontwikkeling: de effectrapportage bij nieuwe bedrijvigheid’, <https://vng.nl/sites/default/files/2024-02/presentatie-effectrapportage-werkbezoek-aalsmeer.pdf>, 2 oktober 2023. De eindrapportage over de pilot wordt in mei 2024 verwacht.

46 *Kamerstukken II*, 2022/23, 29861, nr. 120, p. 3.

47 Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen (*PbEU* 2022, L 322).

48 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 (COM/2022/71 final). Beide richtlijnen worden ook besproken door A-H. Neidhardt, e.a. *Dignity for (irregular) migrants employed in Farm to Fork Sectors: A Regulatory Infrastructure Approach to EU Legal and Policy Frameworks*, DignityFIRM Working Paper 2024.

raadplegings- en medezeggenschapsrechten van de werknemers, het evenwicht tussen werk en privéleven, en gezondheid en veiligheid.<sup>49</sup>

Het idee van de Nederlandse effectrapportage om gemeenten en bedrijven bewust te maken van hun verantwoordelijkheid om EU-arbeidsmigranten te beschermen heeft iets weg van de verplichtingen op grond van de Europese CSDDD.<sup>50</sup> Ondanks tegensputteren van enkele lidstaten is in maart 2024 overeenstemming bereikt over deze richtlijn.<sup>51</sup> De Europese richtlijn beoogt het bedrijfsleven een grotere verantwoordelijkheid te geven bij het beschermen van mensenrechten en milieuschade. De verantwoordelijkheid kan ook gevolgen hebben voor de hele productieketen. Van de bedrijven die onder het bereik van de richtlijn moeten gaan vallen, wordt verwacht dat zij potentiële negatieve effecten op mensenrechten en milieu – zoals inadequate gezondheid en onveiligheid op de werkplek – identificeren, voorkomen, beëindigen, beperken en daarover verantwoording afleggen.<sup>52</sup>

In Nederland zijn alleen beursgenoteerde vennootschappen verplicht een soort een mvo-rapportage te maken.<sup>53</sup> Gek genoeg sprak de Nederlandse *Corporate Governance Code* uit 2016 van rapportage over omgang met ‘milieu, sociale en personeelsaangelegenheden, de keten waarin de onderneming opereert, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie en omkoping’,<sup>54</sup> terwijl de nieuwe Code uit 2022 deze onderwerpen weglaat.<sup>55</sup> De rapportage gaat nu alleen om de duurzaamheid (effecten op mens en milieu) en belasting betalen in de landen waarin de vennootschap opereert.

De voorgestelde effectrapportage lijkt anders dan deze Unierechtelijke rapportageverplichtingen omdat het een toets vooraf wordt. De VNG pilot die loopt gaat uit van een instrument dat gemeenten en het bedrijfsleven helpt om oplossingen te zoeken, en (nog) geen plichten op te leggen. De beoogde effectrapportage beoogt niet een bedrijf dat niet slaagt voor de toets van vestiging uit te sluiten, hoewel de uitspraak van de minister ‘geen bed, geen business’ dat wel suggereert. Het gaat wellicht meer om een aanzet tot cultuurverandering en bewustwording bij de betreffende bedrijven. Gezien de parallel met de Unierechtelijke verplichtingen die de menselijke waardigheid van werknemers beogen te beschermen, past de effectrapportage bij de aandacht voor de menselijke waardigheid. De manier waarop de VNG er vorm aan geeft getuigt niet van economisch nationalisme, maar zoekt consensus, probeert de belangen van bedrijven, arbeidsmigranten en omwonenden, te verenigen. In het gefragmenteerde veld lijken de actoren die het dichtst op de werkelijkheid van de arbeidsmigrant zitten, zoals gemeenten die hen verwelkomen, ook het beste menswaardige bescherming te bieden.

49 Artikel 29bis, lid 2, sub b, onder ii *Corporate Sustainability Reporting Directive*, Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 (...) met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen.

50 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 (COM/2022/71 final).

51 Raadsdocument 6145/24, 15 Maart 2024, Interinstitutioneel dossier 2022/0051 (COD).

52 Artikelen 6-9 *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*.

53 Op basis van de Nederlandse *Corporate Governance Code*. Deze Code is verankerd in de wet en geldt sinds 1 januari 2018.

54 Artikel 1.1.1 *Corporate Governance Code* 2016.

55 Artikel 1.1.1 *Corporate Governance Code* 2022.

## 7 Afsluitend

Deze bijdrage vertrok vanuit het publieke debat over de bescherming van EU-arbeidsmigranten in Nederland. Die bescherming is al jarenlang ondermaats vanwege overheersend marktdenken en een te gefragmenteerde overheid. Terwijl het probleem zeker niet onbekend was, want veelvuldig onderzocht, deed de overheid – tot de uitbraak van de coronapandemie – nagenoeg niets. Het debat heeft na de coronapandemie een soms economisch-nationalistische wending gekregen. De vraag ‘wat voor economie Nederland wil zijn’ heeft internationale handel, arbeidsmigratie en vaak ‘handwerk’ dat Nederlanders niet willen doen in het verdomhoekje geplaatst. Met twee concrete voorbeelden van regulering en uitvoering, ook in relatie tot Unierechtelijke ontwikkelingen, heb ik geprobeerd te laten zien hoe de menselijke waardigheid (zelfontplooiing, bestaanszekerheid, vrijheid en veiligheid) van EU-arbeidsmigranten (niet) beschermd wordt. Het gebrek aan de geboden menswaardige woon- en werkomstandigheden wordt in het publieke debat echter ook gebruikt als argument om te zeggen dat bepaalde sectoren er helemaal niet zouden moeten zijn, wat omwille van het nastreven van menselijke waardigheid zoals hier uiteengezet, niet vanzelfsprekend is.

Terlouw stelt dat degene die het in zijn macht heeft de bescherming van de menselijke waardigheid te bieden verantwoordelijk is.<sup>56</sup> Dat is in dit dossier een veelvoud aan organisaties en burgers. De hier beschreven instrumenten leggen de bescherming van de menselijke waardigheid van arbeidsmigranten vooral bij de gemeente, bij het bedrijfsleven en de arbeidsmigrant zelf. Andere instrumenten, zoals de in de inleiding genoemde registratie van uitzendbureaus en rechtshulp in de eigen taal, leggen de verantwoordelijkheid bij weer andere (regionale) organisaties. De versnippering van de verantwoordelijkheden is deel van het probleem. Daardoor is niet altijd duidelijk wie het in zijn macht heeft iets te doen. Het ontbreken van een centraal plan in combinatie met de fragmentatie van het veld maakten het overheidsapparaat jarenlang onmachtig de nodige bescherming te bieden. Hoewel de aanbevelingen van het Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, en de door de coronapandemie gevoelde urgentie, een plan deden ontstaan, is de implementatie weerbarstig.

De hier besproken Wgv lijkt niet meteen veel te verbeteren aan de bescherming van EU-arbeidsmigranten. Gescheiden contracten en een eigen kamer kunnen wel bijdragen aan vrijheid en veiligheid, en bieden mogelijk ook de rust voor zelfontplooiing. Arbeidsmigranten, zeker als ze tijdelijk komen, komen vooral om geld te verdienen. De hogere kosten van een eigen kamer zijn minder gunstig vanuit het streven naar veel verdienen als vorm van zelfontplooiing, vrijheid en bestaanszekerheid. Er zit dus een zeker paternalisme, of nationalisme, in de maatregel en in het hele debat hierover.

De effectrapportage beoogt gemeenten en bedrijven (tot nu toe vrijwillig) aan te zetten tot het nemen van die verantwoordelijkheid om de menselijke waardigheid te borgen. Vergelijkbare Unierechtelijke maatregelen verwijzen expliciet naar het recht op menselijke waardigheid als fundament onder verplichte rapportages. De roep om ‘grip’ op migratie en het afstoten van bepaalde sectoren – nog los van eventuele effectrapportages – komt neer op een economisch nationalistisch vertoog wat met de waardigheid van werknemers niet veel van doen heeft.

56 A. Terlouw, ‘Menselijke Waardigheid en de rechten van niet rechtmatig verblijvenden’, *Ars Aequi* 2020, p. 412.

Tot slot benoem ik nog twee denkrichtingen om de menselijke waardigheid van arbeidsmigranten te beschermen. Ten eerste zou het aan te raden zijn om, op grond van de genoemde mensenrechtenverdragen én het Unierecht, de vier gesignaleerde elementen van het concept van menselijke waardigheid (zelfontplooiing, bestaanszekerheid, vrijheid en veiligheid) als uitgangspunt te nemen bij de regelgever op Europees, nationaal, regionaal en lokaal niveau bij de regulering van wonen, werk- en migratievraagstukken. In Unierechtelijke regelgeving wordt dit uitgewerkt in de considerans, in Nederlandse regelgeving kan dit worden uitgewerkt in een memorie van toelichting. Misschien dat wetgevingsadviseurs daar expliciet naar kunnen vragen: “Hoe draagt deze wetgeving bij aan het beschermen van de menselijke waardigheid van migranten?”. Bij een eventuele toetsing door de rechter van de werking van de beschermingsmaatregelen kan zo’n toelichting de rechter helpen bij het invullen van het concept menselijke waardigheid. Naast de minimale bescherming van een bed (in een eigen kamer), zouden toekomstperspectief en ontplooiing meegenomen moeten worden in de nieuwe maatregelen. Het idee van – vrijwillige – taallessen, door werkgevers te verzorgen, past daar bijvoorbeeld bij, en uit onderzoek blijkt dat een meerderheid van de arbeidsmigranten de taal graag willen leren.<sup>57</sup>

Ten tweede is er behoefte aan een cultuurverandering. Terwijl het Unierecht uitgaat van een juridische opdracht is de Nederlandse aanpak er meer een van een maatschappelijke verandering, werken aan een cultuuromslag in ‘board rooms’ van de bedrijven en inkooporganisaties die in hun keten afhankelijk zijn van arbeidsmigranten (eender of die uit de EU komen, of van daarbuiten). Als de schoorsteen van een bedrijf alleen kan roken ten koste van de menselijke waardigheid van de mensen die er werken, moeten er keuzes gemaakt worden om hen beter te beschermen, wat niet meteen wil zeggen dat de bedrijvigheid maar helemaal moet worden stopgezet. Maar dat zal ook niet moeten worden uitgesloten.

<sup>57</sup> A. Sobczyk-Turek & J. Cremers, *De Nederlandse taalvaardigheid onder arbeidsmigranten*, Kenniscentrum Arbeidsmigranten, oktober 2023.

## MENSENRECHTEN-ACTUALITEITEN.NL

Januari-maart 2024

Phoebe Cox, Krista Janssen, Yvonne ten Kate, Anne-Rose Stolk & Katina Yiannakas \*

**Samenvatting** | De rubriek mensenrechten-actualiteiten.nl beoogt door middel van korte berichten informatie te geven over recente ontwikkelingen in de nationale rechtspraak, de parlementaire praktijk, het regeringsbeleid en de beslissingen van decentrale overheden op het terrein van de grond- en mensenrechten. Door verwijzingen naar verdere bronnen wil deze rubriek vooral als een richtingwijzer fungeren naar uitvoeriger informatie over de gepresenteerde onderwerpen. Waar in deze rubriek verwezen wordt naar jurisprudentie met een European Case Law Identifier (ECLI), is de betreffende uitspraak te raadplegen op de internetsite van de rechterlijke macht, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (onder het vermelde nummer).

DOI | 10.54195/NTM.19056

### Regering presenteert nationale strategie voor implementatie van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (VN-verdrag Handicap)

Het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) heeft een nationale strategie voor implementatie van het VN-verdrag Handicap naar de Tweede Kamer gestuurd.<sup>1</sup> Deze strategie is samen met ervaringsdeskundigen, organisaties van mensen met een beperking, veldpartijen en andere departementen opgesteld. Nederland heeft het VN-verdrag Handicap in 2016 geratificeerd. Hoewel er sindsdien veel in gang is gezet om de positie van mensen met een beperking te verbeteren, kunnen mensen met een beperking nog niet gelijkwaardig meedoen in de samenleving. De nationale strategie moet eraan bijdragen dat de positie van mensen met een beperking in 2040 in lijn is met het VN-verdrag Handicap.

De strategie gaat allereerst in op een aantal belangrijke principes, zoals gelijke rechten, eigen regie en toegankelijkheid. Deze principes zijn gebaseerd op de grondbeginselen uit het VN-verdrag Handicap en moeten de rode draad vormen in de verdere uitwerking en implementatie van de strategie. Daarnaast gaat de strategie in op verschillende levensdomeinen die belangrijk zijn voor het realiseren van een toegankelijke en inclusieve samenleving. Dit zijn onder andere werk en inkomen, thuis en wonen, en onderwijs en ontwikkeling. Per levensdomein wordt de gewenste situatie beschreven en welke veranderingen er nodig zijn om dat te bereiken.

De verschillende ministeries zullen samen met mensen met een beperking en hun organisaties een werkagenda opstellen op basis van de strategie. De werkagenda moet de concrete acties bevatten om de doelstellingen in 2040 te behalen.

\* Mr. Y. ten Kate is juridisch adviseur bij het College voor de Rechten van de Mens en mr. P. Cox, K. Janssen, LLM, mr. J.R.E. Stolk en mr. K. Yiannakas zijn beleidsadviseurs bij het College voor de Rechten van de Mens.

<sup>1</sup> Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Nationale strategie voor de implementatie van het VN-verdrag Handicap*, januari 2024.

### **Hoge Raad: bestraffing voor beschadigen trap geen ontoelaatbare inbreuk op demonstratievrijheid**

In een recente zaak moest de Hoge Raad beoordelen of het vervolgen, berechten en bestraffen van de verdachte voor het beschadigen van een trap tijdens een demonstratie een ontoelaatbare inbreuk maakt op artikel 10 (vrijheid van meningsuiting) en artikel 11 (vrijheid van vergadering en vereniging) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).<sup>2</sup>

De feiten in de zaak zijn als volgt. De verdachte neemt met een groep andere actievoerders deel aan een demonstratie bij de hoofdingang van een kantoorgebouw van Shell. Tijdens de demonstratie wordt door de verdachte een zwarte substantie over de trappen uitgespoten. Nadat de actievoerders geen gehoor gaven aan de oproep van de politie om de demonstratie te beëindigen, zijn zij aangehouden. De trap moest daarna gedeeltelijk worden afgezet, omdat het niet veilig was om op de treden van de trap te lopen. Door de substantie waren deze erg glad geworden. Het hof heeft bewezenverklaard geacht dat de verdachte de trap tijdelijk onbruikbaar heeft gemaakt en zich schuldig heeft gemaakt aan vernieling op grond van artikel 350 Sr. Het hof oordeelt dat sprake is van een geoorloofde beperking van artikel 11 EVRM.

De Hoge Raad gaat allereerst uitgebreid in op jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 10 en 11 EVRM. Zo moet een beperking van de demonstratievrijheid een legitiem doel dienen, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en proportioneel zijn. Daarnaast hoort bij demonstraties dat zij enige verstoring van het dagelijks leven met zich meebrengen. Strafrechtelijk optreden naar aanleiding van een strafbaar feit dat tijdens een demonstratie plaatsvindt levert echter niet automatisch een schending op van artikel 11 EVRM. Wanneer een persoon laakbaar gedrag vertoont, kan strafrechtelijk optreden gerechtvaardigd zijn. Daarbij geldt wel dat strafrechtelijk optreden voor een feit begaan tijdens een vreedzame betoging niet zo ingrijpend moet zijn dat daar een *chilling effect* vanuit gaat.

De Hoge Raad volgt het oordeel van het hof en concludeert dat de cassatiemiddelen falen. Door het gieten van de vloeistof heeft de verdachte de trap tijdelijk onbruikbaar en onveilig gemaakt. Volgens het hof is dit laakbaar gedrag. Daarnaast kon de verdachte zich ook zonder het gieten van de vloeistof uitspreken over de gedragingen van Shell. Door het laakbare gedrag was strafrechtelijk optreden noodzakelijk en gerechtvaardigd. De voorwaardelijke geldboete van 350 euro is daarnaast proportioneel en leidt niet tot een *chilling effect*. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

### **Gerechtshof Den Haag: Nederland moet de uitvoer van F-35-onderdelen naar Israël stoppen**

Op 12 februari 2024 heeft het Gerechtshof Den Haag uitspraak gedaan in een kort geding dat Oxfam Novib, Vredesbeweging PAX Nederland en The Rights Forum (hierna: verzoekers) hebben aangespannen tegen de Nederlandse staat.<sup>3</sup> Zij willen dat de staat stopt met de uitvoer van F-35-onderdelen naar Israël. Daartoe voeren zij aan dat Israël bij haar aanvallen in de Gazastrook het humanitaire oorlogsrecht schendt. Om die reden zou Nederland de uitvoer van militaire

<sup>2</sup> Hoge Raad 19 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1742.

<sup>3</sup> Gerechtshof Den Haag 12 februari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:191.

goederen naar Israël moeten verbieden. Verzoekers vorderen daarom dat de rechter de staat beveelt om ervoor te zorgen dat de uitvoer van F-35-onderdelen vanuit Nederland naar Israël stopt. Het betreft een uitvoervergunning waarin door de minister niet is ingegrepen, terwijl het humanitair oorlogsrecht daarbij als criterium gebruikt moet worden. In eerste aanleg wees de voorzieningenrechter die vordering af.<sup>4</sup>

Het hof wijst de vordering echter toe. Daartoe overweegt het hof dat er een duidelijk risico bestaat dat met de F-35-gevechtsvliegtuigen van Israël ernstige schendingen van het humanitaire oorlogsrecht worden gepleegd in de Gazastrook. Volgens het hof houdt Israël bij haar aanvallen onvoldoende rekening met de gevolgen voor de burgerbevolking. Bij de aanvallen door Israël zijn disproportioneel veel burgerslachtoffers gevallen, waaronder duizenden kinderen. Op grond van verschillende internationale regelingen waarbij Nederland partij is, moet Nederland de uitvoer van militaire goederen verbieden als een duidelijk risico bestaat op ernstige schendingen van het humanitaire oorlogsrecht. Dat betekent dat vanuit Nederland geen uitvoer van F-35-onderdelen naar Israël mag plaatsvinden. De minister is bij haar besluit om niet in de uitvoervergunning in te grijpen ten onrechte deze internationale verplichtingen niet nagekomen. Het hof beveelt de staat dan ook binnen zeven dagen een eind te maken aan de verdere uitvoer van F-35-onderdelen naar Israël.

De staat heeft laten weten tegen de uitspraak in cassatie te gaan. Volgens de staat heeft het hof in de uitspraak onvoldoende meegewogen dat het aan de staat is om zijn buitenlandbeleid vorm te geven.

### **Rechtbank: agressieve asielzoeker mocht niet geïsoleerd worden**

Eiser heeft beroep ingesteld tegen 1) zijn plaatsing in een handhaving en toezichtlocatie (htl) door het Centraal Orgaan opvang asielzoekers (COA), 2) een vrijheidsbeperkende maatregel die hem door de staatssecretaris is opgelegd en 3) drie maatregelen die in de htl aan hem zijn opgelegd.<sup>5</sup> Hij stelt zich op het standpunt dat plaatsing in de htl onrechtmatige vrijheidsontneming betreft, in strijd met artikel 5 EVRM. De rechtbank oordeelt dat er geen sprake is van onrechtmatige vrijheidsontneming, hoofdzakelijk omdat het mogelijk is om de htl voortijdig te verlaten, wat eiser ook heeft gedaan.

Daarnaast stelt eiser dat plaatsing in de htl in strijd is met artikel 3 en 8 EVRM, onder andere omdat zijn telefoon is afgepakt en omdat COA filmpjes van zijn telefoon heeft verwijderd waarop COA-medewerkers te zien waren. De rechtbank overweegt dat uit artikel 20 van de Opvangrichtlijn volgt dat het is toegestaan om asielzoekers, die zich in reguliere opvangvoorzieningen schuldig maken aan ernstige inbreuken op de regels of ernstige vormen van geweld, in een andere opvanglocatie onder te brengen. Tegelijkertijd moet de persoon in kwestie te allen tijde een waardige levensstandaard kunnen genieten. In het algemeen heeft de rechtbank eerder geoordeeld dat de leefbaarheid en veiligheid in de htl zodanig is dat de opvang niet in strijd is met artikel 3 of 8 van het EVRM. De rechtbank is van oordeel dat het COA door het afpakken en inkijken van de telefoon van eiser wel onrechtmatig heeft gehandeld. De rechtbank is echter

<sup>4</sup> Rb. Den Haag 15 december 2023, ECLI:RBDHA:2023:19744.

<sup>5</sup> Rb. Den Haag 16 februari 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:1889.

van oordeel dat deze onrechtmatige handelingen de plaatsing in de htl als zodanig niet onrechtmatig maken. De rechtbank neemt daarbij in overweging dat het inkijken van eisers telefoon een enkele keer is voorgekomen, nadat er een incident had plaatsgevonden, en dat niet is gebleken dat het vaste praktijk is dat telefoons bij wijze van controlemiddel worden afgepakt en/of ingekeken. Plaatsing in de htl is dus niet in strijd met artikel 3 en 8 EVRM.

De rechtbank oordeelt daarentegen wel dat er sprake is van onrechtmatige vrijheidsontneming door de plaatsing van eiser in een aparte, geïsoleerde kamer in de htl voor twee weken, omdat eiser door de plaatsing langere tijd in een zeer beperkte ruimte moest verblijven en geen toegang had tot sociaal contact. Daarnaast is er geen wettelijke grondslag voor deze vrijheidsontneming. Daarom is er sprake van een schending van artikel 5 EVRM.

### **Rechtbank: COA moet aantal asielzoekers in Ter Apel terugbrengen naar 2.000**

De voorzieningenrechter stelt vast dat meermalen is afgesproken dat het COA niet meer dan 2.000 personen zal opvangen in de opvanglocatie in Ter Apel.<sup>6</sup> Dat staat in de bestuursovereenkomst tussen de gemeente en het COA uit 2010 en is recent door het COA en de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid nog eens bevestigd in een mediationtraject onder leiding van de Nationale ombudsman.

Het COA had aangevoerd dat het 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is' om het COA aan die afspraken te houden. Daar is de voorzieningenrechter het niet mee eens omdat alle omstandigheden die het COA daarbij aanvoerde in het mediationtraject al waren meegewogen. Het COA had ook aangevoerd dat er te weinig capaciteit is voor de opvang van asielzoekers omdat onvoldoende gemeenten bereid zijn die beschikbaar te stellen en gemeenten daartoe niet kunnen worden gedwongen. De voorzieningenrechter oordeelt dat dat niet aan de gemeente Westerwolde kan worden toegerekend maar aan het COA, met name omdat in Nederland het aantal bestaande opvanglocaties vanaf 2016 structureel is afgebouwd.

Het COA had ook aangevoerd dat toewijzing van de vordering ertoe kan leiden dat er weer asielzoekers buiten zouden moeten slapen. Daarbij beroept het zich op het algemeen belang. De voorzieningenrechter wijst erop dat op grond van diverse internationale verdragen het COA/de Staat moet waarborgen dat die situatie wordt voorkomen en dat dat niet de verantwoordelijkheid is van de gemeente Westerwolde.

De voorzieningenrechter oordeelt verder dat het in het belang van het COA is dat gemeenten bereid zijn om overeenkomsten over de opvang van asielzoekers aan te gaan en dat die bereidheid naar verwachting nauw samenhangt met het vertrouwen bij gemeenten dat het COA dergelijke overeenkomsten ook zal nakomen. De voorzieningenrechter acht de vrees gerechtvaardigd dat afwijzing van de vordering dat vertrouwen zou ondermijnen, waardoor het voor het COA nog lastiger zou worden om nieuwe opvangcapaciteit te verwerven. Verder acht de voorzieningenrechter het in het algemeen belang dat in een democratische rechtsstaat de overheid gehouden wordt om de verplichtingen die zij aangaat na te komen.

6 Rb. Groningen 10 januari 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:129.



De voorzieningenrechter vindt het nodig om een dwangsom op te leggen, omdat de afspraken, die recent in het mediationtraject onder leiding van de Nationale ombudsman zijn gemaakt, door het COA niet zijn nagekomen. Die dwangsom moet volgens de voorzieningenrechter substantieel zijn, omdat het voor het COA een prikkel moet zijn om na te komen en het niet de bedoeling is dat het COA zijn verplichtingen zal afkopen. Het COA heeft vier weken de tijd gekregen om de beslissing na te kunnen komen.

### **College voor de Rechten van de Mens: groepen werknemers met en zonder arbeidsbeperking zijn geen juridisch vergelijkbare gevallen, ook niet als zij hetzelfde werk uitvoeren**

De Federale Nederlandse Vakbeweging (FNV) en het Christelijk Nationaal Verbond (CNV) hebben het College gevraagd om te beoordelen of de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) onderscheid maakt op grond van handicap bij het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden in de cao's voor werknemers van gemeenten en gemeentelijke organisaties.<sup>7</sup>

De aanleiding voor het verzoek is dat er in de cao Gemeenten voor 'reguliere' werknemers bij gemeenten koopkrachtcompenserende maatregelen zijn getroffen. Werknemers die onder deze cao vallen, ontvangen een eenmalige financiële uitkering en een loonsverhoging. Bij gemeenten en gemeentelijke organisaties werken echter ook werknemers met een arbeidsbeperking die onder andere cao's vallen, namelijk de cao Sociale Werkvoorziening en de cao Aan de Slag. In deze cao's zijn geen koopkrachtcompenserende maatregelen getroffen. VNG, FNV en CNV zijn alle drie partij bij deze cao's.

FNV en CNV vinden dat VNG discrimineert op grond van handicap, omdat zij reguliere werknemers bevoordeelt ten opzichte van werknemers met een arbeidsbeperking. FNV en CNV beargumenteren dat de werkzaamheden van beide categorieën werknemers vaak overlappen. Daardoor is het onrechtvaardig en discriminatoir dat de ene groep wel financiële voordelen ontvangt en de andere niet.

Het College constateert echter dat eerst moet vaststaan dat er sprake is van gelijke of vergelijkbare gevallen, voordat er sprake kan zijn van discriminatie. Hiervoor moet worden onderzocht of de met elkaar te vergelijken groepen werknemers zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Het College oordeelt dat daarvan geen sprake is. De cao's Sociale Werkvoorziening en Aan de Slag gelden specifiek voor werknemers met een arbeidsbeperking, die werken onder aangepaste omstandigheden. Zij zijn met loonkostensubsidie in dienst. Door deze essentiële verschillen in de voorwaarden waaronder de groepen werknemers in dienst zijn, oordeelt het College dat deze groepen juridisch onvergelijkbaar zijn. Het College bevestigt daarmee een eerdere lijn.<sup>8</sup>

In deze zaak geldt ook dat er geen sprake is van één bron waaruit de verschillen in arbeidsvoorwaarden voortkomen. Verschillende partijen zijn immers bij de totstandkoming van de verschillende cao's betrokken. Er is niet één werkgever of één collectief van cao-partijen die wordt aangesproken op een ongerechtvaardigd beloningsverschil. Om te kunnen constateren dat een

<sup>7</sup> College voor de Rechten van de Mens 18 december 2023, oordeel 2023-134.

<sup>8</sup> College voor de Rechten van de Mens 2 juli 2018, oordeel 2018-66; Commissie Gelijke Behandeling 1 januari 2004, oordeel 2004-166.

partij verboden onderscheid maakt, moet daarvan wel sprake zijn. Dat volgde eerder al uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.<sup>9</sup>

### **College voor de Rechten van de Mens: Dirk Supermarkten B.V. discrimineert bij de uitvoering van haar tassencontrolebeleid**

Een vrouw en haar zoon, beiden met een donkere huidskleur, staan in de rij voor de kassa bij Dirk Supermarkten. Nadat de vrouw heeft afgerekend, vraagt de kassamedewerker of zij de tas van de zoon mag controleren. De vrouw laat de tas controleren en vraagt naar de reden voor de controle. De kassamedewerker en de supermarktmanager laten de vrouw weten dat het beleid van de supermarkt is om alle tassen van alle klanten te controleren. De vrouw uit hierover haar twijfels, omdat klanten voor en achter haar niet gecontroleerd worden. De vrouw dient een discriminatieklacht in bij de supermarkt, waarna een gesprek tussen haar en de manager volgt. Dit leidt niet tot een oplossing.

Het College oordeelt dat Dirk Supermarkten verboden onderscheid maakt op grond van ras bij de tassencontrole.<sup>10</sup> De supermarkt heeft aangevoerd dat haar beleid is dat er honderd procent tassencontrole wordt uitgevoerd. Zij stelt dat zij strikt toezicht houdt op de naleving van dit beleid, juist om discriminatie te voorkomen. Het College constateert echter dat de tassencontrole in de praktijk niet conform het schriftelijke beleid wordt uitgevoerd. Uit camera-beelden blijkt dat alleen de tas van de zoon van de vrouw wordt gecontroleerd. Bij andere klanten die voor en achter hen in de rij staan, allen met een lichte huidskleur, wordt niet gevraagd de tas te openen. Het College concludeert dat de procedure voor tassencontrole niet inzichtelijk, niet controleerbaar en niet systematisch wordt uitgevoerd. Dat kan Dirk Supermarkten worden aangerekend.

Dit oordeel van het College benadrukt het belang van een deugdelijke uitvoering van beleid om discriminatie te voorkomen. Dienstverleners en werkgevers kunnen niet volstaan met een anti-discriminatiebeleid op papier. Uit de praktijk moet blijken dat op een adequate en effectieve wijze uitvoering gegeven wordt aan dit beleid, zeker wanneer een onjuiste uitvoering daarvan tot discriminatie kan leiden.<sup>11</sup>

### **College voor de Rechten van de Mens publiceert discriminatiemonitor 2023**

Op 30 januari heeft het College voor de Rechten van de Mens de discriminatiemonitor gepubliceerd, die nu ieder half jaar geüpdatet zal worden. In 2023 kreeg het College 2.074 meldingen over gelijke behandeling. Daarnaast ontving het College 580 verzoeken om een oordeel. In 141 zaken heeft het College een oordeel uitgesproken. In 46 procent van deze zaken was uiteindelijk sprake van discriminatie. 68 procent van de organisaties heeft een maatregel genomen naar

9 HvJ EG (thans EU) 17 september 2002, ECLI:EU:C:2002:498 (*Lawrence*).

10 College voor de Rechten van de Mens 30 januari 2024, oordeel 2024-10.

11 Zie ook College voor de Rechten van de Mens 21 oktober 2022, oordeel 2022-120, overweging 4.10; College voor de Rechten van de Mens 16 september 2022, oordeel 2022-107, overweging 6.5.

aanleiding van het oordeel. Daar bovenop is zeven procent van de organisaties nog van plan om maatregelen te gaan nemen.

De meest voorkomende discriminatiegronden zijn handicap of chronische ziekte, ras en geslacht. Dit is een andere lijst dan vorig jaar: toen stond grond ras op nummer één. 481 meldingen en 138 verzoeken om een oordeel gingen over de rechten van mensen met een beperking. Het College kreeg met name veel meldingen over het weigeren van assistentiehonden, bijvoorbeeld in restaurants of op de camping. Ook kreeg het College 392 meldingen en 114 verzoeken om een oordeel op grond van geslacht. De helft van deze meldingen en verzoeken ging over zwangerschapsdiscriminatie. De cijfers laten zien dat zwangerschapsdiscriminatie een groot probleem is. Tenslotte kreeg het College 418 meldingen en 102 verzoeken om een oordeel op grond van ras. Drie belangrijke oordelen gingen over de toeslagenaffaire, waarin het oordeel drie keer verboden indirect onderscheid luidde.

### **Adviescommissie Rechtsstatelijkheid en Rechtsbescherming publiceert advies over de rechtsbescherming van ouders en kinderen in de jeugdhulp en jeugdbescherming**

De Adviescommissie Rechtsstatelijkheid en Rechtsbescherming is in 2023 ingesteld om onderzoek te doen naar de rechtsbescherming van ouders en kinderen in de jeugdhulp en jeugdbescherming. Dit met het oog op de realisatie van het Toekomstscenario Kind- en Gezinsbescherming. Daarnaast heeft de adviescommissie onderzocht hoe de onafhankelijke toets en het advies aan de rechter georganiseerd kunnen worden, zodat zij de beste waarborg bieden voor rechtsbescherming en wat dit betekent voor de rol van de kinderrechter. Het advies is in januari 2024 overhandigd.<sup>12</sup>

Uit het onderzoek van de commissie komt naar voren dat goede rechtsbescherming eraan kan bijdragen dat kinderen en ouders procedures als rechtvaardig ervaren, ook als de uitkomst daarvan ingrijpend is. Om goede rechtsbescherming te bieden gelden twee voorwaarden. Allereerst moet de procedure voldoende waarborgen bevatten om onrechtvaardige inbreuken op rechten te voorkomen. Ten tweede moeten er rechtsmiddelen beschikbaar zijn als mensen vinden dat er een inbreuk is gemaakt op hun rechten.

Op basis van het internationale mensenrechten- en kinderrechtenkader komt de commissie tot vier kernpunten voor rechtsbescherming: informatie, participatie, ondersteuning en effectieve rechtsmiddelen. De commissie concludeert dat de rechtsbescherming op deze vier kernpunten op dit moment tekortschiet. Zo voelen ouders en kinderen zich onvoldoende geïnformeerd en worden beweringen soms zonder grondig onderzoek opgenomen in dossiers. Met betrekking tot rechtsbescherming benadrukt de commissie het belang van laagdrempeligheid en uniformiteit in het maken van nieuwe klachtprocedures. Er zijn ook knelpunten in de toegang tot de rechter bij gedwongen maatregelen. Bijvoorbeeld dat er na het beëindigen van ouderlijk gezag een gebrek is aan rechtsbescherming en toegang tot de rechter. Om de toegang tot de rechter bij gedwongen maatregelen te verbeteren, beveelt de commissie onder andere aan om jaarlijks een evaluatie uit te laten voeren door de Raad voor de Kinderbescherming. Wat betreft de rol van de kinderrechter

<sup>12</sup> Adviescommissie Rechtsstatelijkheid en Rechtsbescherming, *Kinderen en ouders met recht goed beschermd*, januari 2024.

rechter adviseert de commissie om alle familie- en jeugdrechtzaken van één gezin door dezelfde rechter te laten behandelen.

### **Inspectie Justitie & Veiligheid: aanpak (ex-)partnerstalking verbeterd, maar nog niet voldoende**

Op 11 januari 2024 heeft de Inspectie Justitie en Veiligheid (Inspectie J&V) een rapport gepubliceerd over de aanpak van (ex-)partnerstalking (hierna: stalking).<sup>13</sup> Het rapport 'Gestalkt. Gezien. Gehoord?' is het vervolg op het inspectieonderzoek (2019) naar de aanpak van de stalking van Hümeýra Ergincanli.<sup>14</sup> Zij werd in december 2018 om het leven gebracht door haar ex-vriend die haar lange tijd had gestalkt. De Inspectie J&V concludeerde destijds dat de aanpak van stalking ernstig tekortschoot. Organisaties hadden onvoldoende aandacht voor Hümeýra's bescherming. Niemand nam de regie in haar zaak. Meldingen die zij bij verschillende organisaties deed kwamen niet bij elkaar en zij had nergens een vast aanspreekpunt. Een slachtoffer moet erop kunnen vertrouwen dat organisaties die stalking aanpakken, alles doen om haar of hem te beschermen en de stalking te stoppen.

De Inspectie J&V heeft nu in kaart gebracht in hoeverre de aanbevelingen uit het vorige inspectierapport zijn overgenomen. De Inspectie komt tot de conclusie dat de politie, het openbaar ministerie (OM), Veilig Thuis en de reclassering sinds 2019 alerter zijn geworden op stalking. Ze herkennen het nu beter, reageren er adequater op en werken beter samen. Alle organisaties hebben geïnvesteerd in mensen die specialistische kennis hebben van stalking.

Tegelijkertijd zijn er nog steeds knelpunten. Vooral de communicatie met slachtoffers schiet nog altijd tekort. Slachtoffers worden onvoldoende geïnformeerd over het verloop van hun zaak. De politie en het OM hebben niet altijd een vast aanspreekpunt voor slachtoffers, waardoor zij niet weten bij wie zij terecht kunnen. Mede door dit gebrek aan communicatie ervaren slachtoffers weinig steun en verliezen zij het vertrouwen in de overheidsinstanties. Daarnaast signaleert de Inspectie dat de specialistische kennis die organisaties in huis hebben gehaald niet goed geborgd is. Daardoor verdwijnt deze kennis bij vertrek van medewerkers.

In het rapport doet de Inspectie verschillende aanbevelingen. Allereerst moet de communicatie met slachtoffers verbeterd worden door het aanstellen van een vast aanspreekpunt en casusregie bij de politie. Daarnaast moeten specialistische functies in heldere taak- en rolomschrijvingen geborgd worden en moeten organisaties blijven investeren in specialistische kennis door middel van trainingen en opleidingen.

13 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Gestalkt. Gezien. Gehoord? Vervolgonderzoek op 'De aanpak van de stalking door Bekir E. (2019)'*, november 2023.

14 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Gestalkt. Gezien. Gehoord? Vervolgonderzoek op 'De aanpak van de stalking door Bekir E. (2019)'*, november 2023.

## Kennisnotitie Sociaal Cultureel Planbureau: hoe denken burgers over de democratische rechtsstaat?

Het Sociaal Cultureel Planbureau (SCP) heeft op verzoek van de Staatscommissie rechtsstaat onderzoek uitgevoerd naar de opvattingen van burgers over de democratische rechtsstaat.<sup>15</sup> Uit de kennisnotitie blijkt dat de meeste Nederlanders de democratie en veel van haar waarden steunen. Zij vinden individuele vrijheid, vrije verkiezingen en vrije media heel belangrijk, net als rechtsgelijkheid en rechtsbescherming. Een meerderheid vindt ook dat de democratie er is voor sociale rechten, zoals armoedebestrijding.

Ondanks de steun voor de democratie is er de laatste jaren grote onvrede onder Nederlandse burgers over het functioneren van de politiek. Dat zorgt voor serieuze uitdagingen voor onze democratie. Allereerst is er steun voor meer autocratische of technocratische vormen van bestuur. Daarnaast zijn er ook onder voorstanders van de democratie heel wat mensen die vinden dat het landsbestuur het parlement, de rechter en zelfs de wet soms mag negeren als deze beleid in de weg zitten. Beide lijken mede het gevolg van de perceptie dat het in de huidige representatieve democratie niet lukt om actuele problemen op te lossen.

De onvrede over de overheid komt vooral voort uit het feit dat de politiek verwachtingen niet waarmaakt. In het voorjaar van 2023 gaf 42 procent het vertrouwen in de Tweede Kamer en in de regering een voldoende. Uit de kennisnotitie komen drie aandachtspunten naar voren die voor burgers van belang zijn voor hun verwachtingen en oordelen over de democratische rechtsstaat. Ten eerste is dat probleemoplossend vermogen (resultaat): de politiek voldoet niet aan de verwachtingen van burgers als het gaat om de resultaten die worden geboekt. Ten tweede gaat het om responsiviteit: de mate waarin deze resultaten een antwoord zijn op de wensen en behoeften van burgers. Tot slot speelt procedurele rechtvaardigheid een rol: de mate waarin deze resultaten op een rechtvaardige wijze tot stand komen. Deze aspecten van overheidsfunctioneren zijn alle drie van invloed op het vertrouwen en verdienen dus alle drie aandacht.

## Homoseksuele en bi+-mannen voortaan gelijk behandeld bij bloeddonoratie

Vanaf 1 januari 2024 worden homoseksuele en bi+-mannen bij bloeddonoratie hetzelfde behandeld als andere donoren. Niet de vraag met *wie* je seks hebt, maar of je *risicovolle* seks hebt wordt voortaan bepalend voor de vraag of je bloed mag doneren.

De afgelopen dertig jaar zijn homoseksuele en bi+-mannen – in meerdere of mindere mate – uitgesloten van bloeddonoratie. Sinds september 2021 mochten zij alleen bloed doneren als ze een monogame relatie hadden. Die voorwaarde gold niet voor heteroseksuele donoren. Tussen 2015 en 2021 golden voor homoseksuele en bi+-mannen uitsluitingstermijnen van twaalf en later vier maanden na het laatste seksuele contact. Voor seksueel actieve homoseksuele en bi+-mannen was bloeddonoratie in de praktijk daardoor onmogelijk.

In december 2023 kondigde toenmalig Minister Kuipers (Volksgezondheid Welzijn en Sport) een beleidswijziging aan in het donorselectiebeleid van bloedbank Sanquin. Om overdracht van (seksueel) overdraagbare aandoeningen via bloeddonoratie te voorkomen, stelt Sanquin voortaan

<sup>15</sup> Kennisnotitie SCP, *Burgers over democratie en rechtsstaat*, januari 2024.

aan *alle* donoren vragen over seksueel risicogedrag. Mensen die een risico vormen, kunnen voor een periode van vier maanden worden uitgesloten van bloeddonoratie. Het maakt daarbij niet meer uit of ze heteroseksuele of homoseksuele contacten hebben. Bovendien wordt het bloed van alle donoren getest op bijvoorbeeld hiv. Belangenorganisaties zoals het COC Nederland pleiten al jaren voor beleid van bloedbanken dat gebaseerd is op het risicogedrag van alle bloed-donoren en niet uitgaat van bepaalde risicogroepen.

Het College voor de Rechten van de Mens heeft zich verschillende keren uitgelaten over de uitsluiting van homoseksuele en bi+-mannen bij bloeddonoratie. In 2007 oordeelde de voorganger van het College, de Commissie Gelijke Behandeling, dat permanente uitsluiting van homoseksuele en bi+-mannen weliswaar ongelijke behandeling op grond van seksuele gerichtheid opleverde, maar dat er dringende redenen van volksgezondheid waren om dit beleid te hantieren.<sup>16</sup> In 2015 oordeelde het College echter dat permanente uitsluiting, in het licht van epidemiologische ontwikkelingen, niet langer gerechtvaardigd was.<sup>17</sup> In 2017 en 2019 boog het College zich over de uitsluitingstermijn van twaalf maanden: op beide momenten was deze termijn volgens het College wetenschappelijk onderbouwd en was er onvoldoende houvast om die termijn te verkorten, zonder het veiligheidsrisico te vergroten.<sup>18</sup>

### **Ombudsmannen en gemeentes: meer inspanning nodig om dak- en thuisloosheid op te lossen**

In een gezamenlijke brief aan de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) schrijven de Nationale ombudsman en de Kinderombudsman dat het aantal daklozen in Nederland nog steeds te groot is.<sup>19</sup> Zij benoemen dat er in de afgelopen jaren hard is ingezet op de aanpak van dakloosheid, met het van start gaan van het Nationaal Actieplan Dakloosheid en een transitie van opvang naar wonen. Toch constateren zij dat ondanks deze vele inspanningen, op zowel Rijks- als gemeentelijk niveau, de huisvestings- en daklozenproblematiek nog steeds bijzonder nijpend is. Daarbij merken ze op dat er door een andere wijze van telling inmiddels ook nieuwe groepen dak- en thuislozen bekend geworden zijn. Zo werd dit jaar bijvoorbeeld duidelijk dat veel meer vrouwen en kinderen dakloos zijn dan verwacht. Daarom roepen de Ombudsmannen de staatssecretaris op de aanpak van dakloosheid op een veel grotere schaal in te zetten en het tempo op te voeren. Dezelfde boodschap komt van de vier grote steden (Amsterdam, Rotterdam, Utrecht en Den Haag).<sup>20</sup> Zij zeggen dat er sprake is van 'code rood' in de daklozenopvang en vragen de staatssecretaris eveneens per brief om actie. Zij signaleren dat, waar dakloosheid voorheen mensen betrof met multiproblematiek, er nu ook een groter wordende groep jongvolwassenen en economisch dakloze mensen is die in de problemen komt.

16 Commissie Gelijke Behandeling 31 mei 2008, oordeel 2007-85.

17 College voor de Rechten van de Mens 24 april 2015, oordeel 2015-46.

18 College voor de Rechten van de Mens 20 maart 2017, oordeel 2017-33; College voor de Rechten van de Mens 25 juni 2019, oordeel 2019-60.

19 Brief Nationale ombudsman en Kinderombudsman, 'Aanpak dakloosheid, oproep aan de staatssecretaris', 22 januari 2024 (<https://www.nationaleombudsman.nl/>).

20 'Grote gemeenten vragen om meer maatregelen Rijk vanwege stijging aantal dak- en thuislozen, [www.amsterdam.nl/bestuur-organisatie/college/wethouder/rutger-groot-wassink/persberichten-nieuws-rutger-groot/grote-gemeenten-vragen-maatregelen-rijk/](http://www.amsterdam.nl/bestuur-organisatie/college/wethouder/rutger-groot-wassink/persberichten-nieuws-rutger-groot/grote-gemeenten-vragen-maatregelen-rijk/), 22 januari 2024.

Deze groep wordt gezien als ‘zelfredzaam’ en heeft daarom geen toegang tot de maatschappelijke opvang.

### **De Sociaal-Economische Raad roept op om meer werk te maken van gezondheid als onderdeel van bestaanszekerheid**

Met het briefadvies ‘Gezond opgroeien, wonen en werken’ roept de Sociaal-Economische Raad (SER) het komende kabinet op om snel werk te maken van gezondheidsbevordering en sociaal-economische gezondheidsverschillen te verkleinen.<sup>21</sup> De SER adviseert het beleid vooral te richten op het wegnemen van maatschappelijke oorzaken van gezondheidsrisico’s én op het verbeteren van de gezondheid van iedereen, met extra aandacht voor mensen in een kwetsbare positie.

Mensen in Nederland leven langer dan ooit. Maar de verschillen tussen mensen zijn groot. Zo worden theoretisch opgeleiden gemiddeld vijf jaar ouder en leven zij gemiddeld veertien jaar langer in goede gezondheid dan praktisch geschoolden. Ook leven de twintig procent meest welvarende mensen in Nederland ruim acht jaar langer, en 24 jaar langer in goede gezondheid. Gezondheidsbevordering is belangrijk voor het welzijn en de (financiële) onafhankelijkheid van mensen nú en voor toekomstige generaties. Daarnaast maakt het Nederland veerkrachtiger: gezondere mensen kunnen beter meedoen aan de samenleving en de arbeidsmarkt. Een ander uitgangspunt is nodig: van nazorg naar voorzorg én gezondheid. Dat vraagt om een integrale, domeinoverstijgende lange-termijnaanpak, waarin gezondheid, arbeidsmarkt, sociale zekerheid, onderwijs en de leefomgeving samenkomen. Belangrijke sociaal-economische rechten spelen hierbij een rol. Zo stelt de SER dat, om een gezond leven te kunnen leiden, de nadruk moet liggen op het verkrijgen en behouden van werk, op voldoende én toereikend inkomen (en middelen van bestaan), op het voorkomen van financiële problemen, op toegang tot een betaalbare, gezonde woning en tot onderwijs en gezondheidszorg.<sup>22</sup>

21 Sociaal-Economische Raad, *Advies 23/07. Gezond opgroeien, wonen en werken: naar een structurele gezondheidsaanpak en bestrijding van sociaal-economische gezondheidsverschillen*, december 2023.

22 Sociaal-Economische Raad, *Advies 23/07. Gezond opgroeien, wonen en werken: naar een structurele gezondheidsaanpak en bestrijding van sociaal-economische gezondheidsverschillen*, december 2023, p. 22.

## CHRONIQUES STRASBOURGEOISES

Januari – maart 2024

Lucas Dikkers & Kris van der Pas \*

**Samenvatting** | Wie aan Straatsburg en de mensenrechten denkt, denkt aan de jurisprudentie van het EHRM. Er gebeurt echter meer mensenrechtelijks in Straatsburg. In deze kroniek wordt verslag gedaan van activiteiten, beslissingen, aanbevelingen en standpunten van alle andere organen die zich binnen het raamwerk van de Raad van Europa bezighouden met mensenrechtenkwesities.

DOI | 10.54195/NTM.19054

### Inleiding

Hoewel dit al de tweede kroniek is van dit jaar, is er een belangrijk nieuwtje te melden over de Raad van Europa in 2024: de organisatie bestaat namelijk 75 jaar.<sup>1</sup> Dit jaar zal de organisatie terugblikken op de positieve impact die zij heeft gehad op mensenrechten, democratie en de rechtsstaat, en vooruit kijken naar het werk dat nog gedaan moet worden. Hierover later meer dus. We kunnen u alvast melden dat er een tijdlijn is gemaakt door de Raad van Europa met belangrijke gebeurtenissen tussen 1949 en nu.<sup>2</sup> Mocht u zich dus nostalgisch voelen, raden wij u zeker aan dit te bekijken.

Een recentere terugblik is geproduceerd door de mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, zij heeft namelijk haar jaarlijkse rapport over 2023 uitgebracht.<sup>3</sup> Het rapport is zorgwekkend: de mensenrechtencommissaris is in de conflictgebieden in Oekraïne en in Nagorno-Karabach geweest, waarbij weinig positiefs valt te berichten over de mensenrechtensituatie aldaar. Daarnaast is het geweld tegen LHBTQIA+-personen toegenomen en hebben veel mensen geen toegang tot basisvoorzieningen, zoals passende huisvesting en goede gezondheidszorg. Toch is er ook een sprankje hoop: de bijeenkomst van alle lidstaten in Reykjavik in mei 2023, de verklaring die daar is aangenomen en de inspanningen van ngo's en mensenrechtenverdedigers zijn een *silver lining* volgens de mensenrechtencommissaris.

Voordat wij overgaan tot de grote updates, willen wij ook kort stilstaan bij de reactie van de Raad van Europa op de dood van de Russische oppositieleider Aleksej Navalny. Naast het EHRM hebben allerlei gremia binnen de Raad van Europa zich op enig moment beziggehouden met zijn situatie, waarover wij u al meermaals hebben bericht.<sup>4</sup> Zijn dood is aanleiding geweest voor de secretaris-generaal en de voorzitters van de Parlementaire Assemblee, het Comité van

■ Mr. L.P. Dikkers is junior docent en promovendus bij de Radboud Universiteit. Mr. K. van der Pas is postdoctoraal onderzoeker bij Tilburg University.

1 Zie '75th anniversary year for the Council of Europe', <https://coe.int/en/web/portal/-/75th%C2%A0anniversary-year-for-the-council-of-europe>, 3 januari 2024.

2 Zie 'United around our values', <https://rm.coe.int/850x2000-rollup-expo-bilingue-hd-sans-traits-de-coupe/1680ae224a>.

3 Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa Dunja Mijatovic (22 januari 2024), 'Annual Activity Report 2023', CommHR (2024)3.

4 Zie bijvoorbeeld L.P. Dikkers & K. van der Pas, 'Chroniques Strasbourgeoises', *NTM/NJCM-Bull.* 2024, p. 74-75; C. Loven & K. van der Pas, 'Chroniques Strasbourgeoises', *NTM/NJCM-Bull.* 2023, p. 274.



Ministers en het Congres van lokale en regionale overheden om een verklaring af te leggen.<sup>5</sup> Allen benadrukken dat zij gechoqueerd zijn door het nieuws over zijn dood, die veel zegt over de situatie van de democratie en de rechtsstaat in Rusland. De *ministers' deputies* van de Raad van Europa hebben aan het begin van hun bijeenkomst op 21 februari 2024 dan ook een minuut stilte gehouden ter ere van Navalny.<sup>6</sup>

In deze kroniek besteden wij verder onder meer aandacht aan de oorlog in Oekraïne, die inmiddels twee jaar duurt, Azerbeidzjan en de Parlementaire Assemblée, kinderrechten aan de grens van de EU en aan AI in journalistiek.

### De oorlog in Oekraïne

Allereerst een voor u een helaas welbekende rubriek in deze kroniek. Op 23 februari 2024 was het precies twee jaar geleden dat Rusland Oekraïne binnenviel. De Raad van Europa stond hier uitgebreid bij stil, door middel van een speciale ceremonie in Straatsburg.<sup>7</sup> Het volkslied van Oekraïne en het Europese volkslied werden ten gehore gebracht en verscheidene actoren benadrukten dat de Raad van Europa Oekraïne zal blijven steunen in zijn strijd.<sup>8</sup> Tijdens de ceremonie werd er een kunstwerk onthuld, evenals een expositie met foto's van kinderen die hebben geleden onder de bezetting.<sup>9</sup> Het bureau van het Congres van lokale en regionale overheden heeft een aparte verklaring aangenomen in het licht van de Russische invasie, waarin de solidariteit van het congres met Oekraïne meermaals wordt onderstreept.<sup>10</sup> Zowel in de verklaring als in de verschillende speeches lag de nadruk op de impact van de oorlog op Oekraïense kinderen.

Deze nadruk heeft concrete uitwerking gekregen op twee wijzen. Allereerst is er een speciale oproep gedaan door de jeugdsector van de Raad van Europa (via de Adviesraad voor jongeren)

- 5 Zie 'Congress President dismayed at the death of Alexey Navalny in Russia', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/congress-president-dismayed-at-the-death-of-alexey-navalny-in-russia>, 16 februari 2024; 'Death of Alexei Navalny: Statement by Committee of Ministers' President', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/death-of-alexei-navalny-statement-by-committee-of-ministers-president>, 16 februari 2024; "'There is little doubt that the Russian state bears full responsibility for the death of Alexei Navalny', PACE President says', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/there-is-little-doubt-that-the-russian-state-bears-full-responsibility-for-the-death-of-alexei-navalny-pace-president-says>, 16 februari 2024; 'Death of Alexei Navalny: Statement by Secretary General Marija Pejčinović Burić', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/death-of-alexei-navalny-statement-by-secretary-general-marija-pej%C4%87-buric>, 16 februari 2024.
- 6 Zie 'Minute of silence for Alexei Navalny', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/minute-of-silence-for-alexei-navalny>, 21 februari 2024.
- 7 Zie 'Council of Europe marks two years of Russia's war of aggression against Ukraine', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-marks-two-years-of-russia-s-war-of-aggression-against-ukraine>, 23 februari 2024.
- 8 Zie 'Russia's full-scale aggression against Ukraine: Two years on. Council of Europe leaders reiterate support and solidarity', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/russia-s-full-scale-aggression-against-ukraine-two-years-on-council-of-europe-leaders-reiterate-support-and-solidarity>, 23 februari 2024.
- 9 Zie 'Photo exhibition "The DAWN" on Ukrainian children who suffered under Russian bombardment and occupation opens in Strasbourg', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/photo-exhibition-the-dawn-on-ukrainian-children-who-suffered-under-russian-bombardment-and-occupation-opens-in-strasbourg>, 19 februari 2024.
- 10 Congres van lokale en regionale overheden, 'Bureau declaration on the second anniversary of Russian Federation's war against Ukraine', <https://rm.coe.int/bureau-declaration-on-the-second-anniversary-of-russian-federation-s-w/1680ae8ea3>, 12 februari 2024.

voor projecten die de situatie van jongeren in Oekraïne zouden moeten verbeteren.<sup>11</sup> In de afgelopen twee jaar zijn er 26 dergelijke projecten al gesteund, deels projecten georganiseerd door Oekraïense jeugdorganisaties en een ander deel door jeugdorganisaties in andere lidstaten met hulp van gevluchte Oekraïense jongeren. U kunt hierbij denken aan projecten in het kader van mentale gezondheid, integratie, en werk. Het idee is dus dat de Raad van Europa deze steun voortzet. Ten tweede heeft de Parlementaire Assemblee een resolutie aangenomen over de naar Rusland gedeporteerde Oekraïense kinderen.<sup>12</sup> Een platform van de Oekraïense overheid heeft beraamd dat er bijna 20.000 kinderen zijn gedeporteerd, waarvan er slechts 388 zijn teruggekeerd naar huis. Deze schrikbarende aantallen maken de urgentie van de situatie pijnlijk duidelijk, en de Parlementaire Assemblee roept alle lidstaten op om mee te werken aan het terugbrengen van de kinderen uit Rusland.

Een terugkerend thema in deze rubriek blijft daarnaast het register voor schade voor Oekraïne. Er is inmiddels een bestuur gekozen voor dit register en er zijn procedurele regels aangenomen, nadat al eerder het statuut werd opgesteld.<sup>13</sup> Er zijn nu ook categorieën voor soorten schade aangenomen, zoals fysieke schade, ontheemding, schade aan eigendommen, en schade aan cultuurhistorisch erfgoed. Het bestuur zal de claims voor schade beoordelen voordat deze in het register terechtkomen. *To be continued*, dus.

Tot slot kan in deze rubriek gemeld worden dat Rusland zich heeft teruggetrokken uit de Kaderovereenkomst inzake nationale minderheden van de Raad van Europa. Het adviescomité gelieerd aan deze kaderovereenkomst heeft een verklaring afgelegd waarin het de Russische beslissing zeer betreurt.<sup>14</sup> In Rusland wonen zo'n 25 miljoen mensen die behoren tot verschillende nationale minderheden, en het comité is bang dat hun situatie zal verslechteren. Zo zijn mannen uit deze nationale minderheden al oververtegenwoordigd in de Russische krijgsmacht, en wordt er weinig aandacht besteed aan de taal en het onderwijs van deze minderheden. Het comité haalt ook de situatie van Oekraïners die leven in bezet gebied aan als mogelijk onder druk staand. Het adviescomité blijft wel bereid tot dialoog met Rusland.

### Azerbeidzjan en de Parlementaire Assemblee

Tijdens de eerste sessie van de Parlementaire Assemblee zijn de zogeheten geloofsbrieven van Azerbeidzjan aangevochten en niet bekrachtigd.<sup>15</sup> Deze brieven zijn de *credentials* van de Azer-

11 Zie 'Support for young people from Ukraine: special call for 2024 youth organisations projects', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/support-for-young-people-from-ukraine-special-call-for-2024-youth-organisations-projects>, 18 januari 2024.

12 Resolutie 2529 van de Parlementaire Assemblee (24 januari 2024), *Situation of children of Ukraine*.

13 Zie 'The Board of the Register of Damage for Ukraine holds its inaugural meeting', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-board-of-the-register-of-damage-for-ukraine-holds-its-inaugural-meeting>, 14 december 2023. Voor het statuut zie: Comité van Ministers (12 mei 2023), *Resolution establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine*, CM/Res(2023)3.

14 Adviescomité Kaderovereenkomst inzake nationale minderheden van de Raad van Europa, 'Statement on the withdrawal of the Russian Federation from the Framework Convention for the Protection of National Minorities', <https://rm.coe.int/acfc-statement-on-the-withdrawal-of-the-russian-federation-from-the-fc/1680ae1cbc>, 12 januari 2024.

15 Resolutie 2527 van de Parlementaire Assemblee (24 januari 2024), *Challenge, on substantive grounds, of the still unratified credentials of the parliamentary delegation of Azerbaijan*.

beidzjaanse vertegenwoordigers in de Parlementaire Assemblée.<sup>16</sup> Reden voor de afwijzing was het niet nakomen van belangrijke verplichtingen die volgen uit lidmaatschap van de Raad van Europa. Te denken valt aan de hiervoor vermelde situatie in Nagorno-Karabach, maar ook het gebrek aan medewerking in toezicht op de verkiezingen door de Parlementaire Assemblée en zorgen over de rechtsstaat in Azerbeidzjan. Het is nogal uniek dat de Parlementaire Assemblée deze brieven van een lid van de Raad van Europa in zijn geheel afwijst om inhoudelijke gronden, het gebeurde namelijk twee keer eerder, in 1969 en 1983.<sup>17</sup> De consequenties hiervan zijn dat Azerbeidzjaanse leden van Parlementaire Assemblée hun taken pas weer kunnen oppakken na een jaar en als Azerbeidzjan voldoet aan de gestelde eisen. Azerbeidzjan blijft wel lid van de Raad van Europa, hoewel uw chroniqueurs zich enigszins zorgen maken om deze status.<sup>18</sup> Slecht voorbeeld van Rusland, dat inmiddels geen lid meer is van de Raad van Europa, doet, mogelijk, slecht volgen...

### Kinderrechten aan de grens van de EU

Herhaaldelijk is gebleken dat er werk aan de winkel is om mensenrechten aan de buitengrenzen van de EU te beschermen.<sup>19</sup> Een samenwerkingsverband bestaand uit experts van de Raad van Europa en het EU Agentschap voor fundamentele rechten heeft zich al enkele keren gebogen over dit vraagstuk. Aangezien zowel de rechten voortkomend uit instrumenten van de Raad van Europa als Unierechtelijke regels van belang zijn voor dit probleem, ligt de samenwerking voor de hand. Het doel is om de relevante autoriteiten bewust te maken van hun juridische verplichtingen, en om ze te helpen deze beter te respecteren. Een rapport uit 2020 wees de lidstaten van de Raad van Europa en de EU erop dat zij een plicht hebben om de rechten van vluchtelingen aan de grens te beschermen, ongeacht hun nationaliteit of juridische status. Daaronder valt onder meer het *non-refoulement* beginsel, wat kortgezegd inhoudt dat vluchtelingen niet teruggestuurd mogen worden als er een reëel risico bestaat dat hun recht op leven (artikel 2 EVRM) en/of het folterverbod (artikel 3 EVRM) wordt geschonden. Het samenwerkingsverband merkte al op dat de bescherming van de rechten van kinderen in deze context bijzondere aandacht behoeft, aangezien zij kwetsbaarder zijn dan volwassenen.<sup>20</sup> In een nieuwe gezamenlij-

16 Zie Rule 6 van de Rules of Procedure of the Parliamentary Assembly.

17 A. Ailincai, 'The Parliamentary Assembly of the Council of Europe is at it again. On the Non-Ratification of the Credentials of Azerbaijan's Parliamentary Delegation', Strasbourgobservers.com, 8 maart 2024. Dit gebeurde ten aanzien van Griekenland in 1969 en Turkije in 1983.

18 Zie bijvoorbeeld 'President Ilham Aliyev warns PACE: Azerbaijan will reconsider its participation in Council of Europe and ECHR', <https://en.apa.az/official-news/president-ilham-aliyev-warns-pace-azerbaijan-will-reconsider-its-participation-in-council-of-europe-and-echr-425159>, 1 februari 2024.

19 Zie bijvoorbeeld 'Frontex Failing to Protect People at EU Borders: Stronger Safeguards Vital as Border Agency Expands', <https://www.hrw.org/news/2021/06/23/frontex-failing-protect-people-eu-borders>, 23 juni 2021; 'The EU must not be complicit in the loss of lives at sea and in rights violations at Europe's borders', <https://www.msf.org/eu-must-not-be-complicit-loss-lives-sea>, 16 juni 2023.

20 European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, Fundamental rights of refugees, asylum applicants and migrants at the European border, maart 2020, p. 11, beschikbaar via [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-coe-2020-european-law-land-borders\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-2020-european-law-land-borders_en.pdf).

ke notitie wordt daar nu uitgebreider bij stilgestaan.<sup>21</sup> De notitie onderstreept dat het belang van het kind als overkoepelend beginsel voorop dient te staan. Verder wordt benadrukt dat kinderen het recht hebben om gehoord te worden. Ook dient de eenheid van de familie van vluchtelingen gerespecteerd te worden. Er wordt daarnaast aandacht besteed aan de manier waarop kinderen opgevangen worden. Opvang moet zo geregeld zijn dat die niet stressvol is en geen trauma's teweegbrengt. Vrijheidsbenaming mag alleen als dat absoluut noodzakelijk is; waar het kinderen betreft is dat al snel een schending van artikel 3 EVRM.<sup>22</sup>

### De Raad van Europa en *civil society*

Zoals al in eerdere kronieken besproken, werd in 2023 door regeringsleiders en staatshoofden van de lidstaten van de Raad van Europa de Verklaring van Reykjavik aangenomen.<sup>23</sup> Hierin werd onder meer het belang van de betrokkenheid van *civil society* en nationale mensenrechten-instituten bij de Raad van Europa opnieuw bevestigd. 'Civil society is a prerequisite for a functioning democracy', valt in de verklaring te lezen.<sup>24</sup> Dat deel van de verklaring heeft nu navolging gekregen. In een op 15 december 2023 gepubliceerde *roadmap* doet de secretaris-generaal van de Raad van Europa voorstellen om invulling te geven aan de interactie met *civil society* in brede zin, voor de periode van 2024 tot en met 2027.<sup>25</sup>

We bespreken enkele belangrijke punten uit de *roadmap*. Om de interactie tussen *civil society* en de Raad van Europa te verbeteren, dient ten eerste het bewustzijn van het werk van de Raad van Europa vergroot te worden. Een middel daartoe is benadrukken hoe interactie tussen de Raad van Europa en *civil society* in het verleden tot successen heeft geleid. Ten tweede dient de kennis van het instrumentarium van de Raad van Europa verbeterd te worden. Ten derde dient er beter begrip te worden gecreëerd van de bijdrage die *civil society* heeft geleverd aan de successen van de Raad van Europa. De rapporten van ngo's zijn erg belangrijk voor het vaststellen van standaarden en het monitoren van activiteiten van staten. De Parlementaire Assemblee ontvangt bijvoorbeeld een grote hoeveelheid informatie uit rapporten van ngo's en nodigt regelmatig experts uit dergelijke organisaties uit als getuigen in hoorzittingen.<sup>26</sup> De *roadmap* besteedt daarnaast aandacht aan het belang van nationale mensenrechteninstituten. Zij zijn een belangrijk koppelstuk tussen de nationale autoriteiten en de Raad van Europa. De

21 Zie 'Protecting children at Europe's borders – new guidance for border officials and other authorities', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/protecting-children-at-europe-s-borders-new-guidance-for-border-officials-and-other-authorities> 18 december 2023.

22 European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, *Children in migration: fundamental rights at European borders*, december 2023, p. 16-18, beschikbaar via <https://rm.coe.int/prems-162623-gbr-2050-children-in-migration-16x24-web-bat/1680add8c8>.

23 Zie over de verklaring in het algemeen: L. Glas, 'De Verklaring van Reykjavik. United around our values (niets minder, maar ook niet veel meer)' *NTM/NJCM-Bull.* 2023, p. 237-240.

24 4th Summit of Heads of State and Government of the CoE, 16-17 mei 2023, p. 17, beschikbaar via [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680ab364c](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680ab364c).

25 'Secretary General's Roadmap on Civil Society engagement with the Council of Europe', <https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-s-roadmap-on-civil-society-engagement-with-the-council-of-europe> 15 december 2023.

26 'Secretary General's Roadmap on the CoE's Engagement with Civil Society 2024-2027', 12 september 2023, par. 8-11, beschikbaar via [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680ac8ded](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680ac8ded),

*roadmap* roept dan ook op tot verbeterde samenwerking met de nationale mensenrechteninstellingen.<sup>27</sup> Het Comité van Ministers heeft al positief op de *roadmap* gereageerd, en heeft opgedragen om een implementatieplan op te stellen.<sup>28</sup>

Over het bovenstaande heeft de secretaris-generaal bovendien van gedachten gewisseld met vertegenwoordigers van *civil society* organisaties die hebben verklaard graag invulling te willen geven aan de Verklaring van Reykjavik. Zij kunnen zich over het algemeen vinden in de inhoud van de *roadmap*. In de gedachtewisseling met de secretaris-generaal gaven de organisaties aan zich steeds meer zorgen te maken om het kleiner worden van de maatschappelijke ruimte (*civic space*). De lidstaten criminaliseren bijvoorbeeld humanitaire hulp voor migranten steeds meer en zij treden hard op tegen milieu-gerelateerd activisme. Ook is het voor *civil society* organisaties vaak lastig om genoeg financiële middelen aan te trekken om hun activiteiten voort te zetten. De organisaties worden veelal gefinancierd door de overheid, al het wordt steeds moeilijker om financiering voor het procederen over mensenrechtenproblemen te krijgen. De Raad van Europa wordt daarom door de organisaties opgeroepen om in samenwerking met andere internationale organisaties (onder andere de EU) overlappende regels te maken die de maatschappelijke ruimte veiligstelt.<sup>29</sup>

### Bescherming van de natuur

Wat milieu- en natuurbescherming betreft, kunnen bovengenoemde organisaties onder meer gebruik maken van het Verdrag van Bern inzake het behoud van wilde dieren en planten en hun natuurlijk milieu.<sup>30</sup> Dat verdrag, dat binnen de Raad van Europa tot stand is gekomen, bestaat dit jaar 45 jaar. Reden om stil te staan bij het nieuwe strategische plan dat het *Standing Committee* bij het verdrag heeft aangenomen om bepaalde doelstellingen met betrekking tot milieubescherming voor 2030 te behalen.<sup>31</sup> De bedoeling van het plan is om steun te mobiliseren, vooruitgang te boeken en resultaten te beoordelen met betrekking tot vier doelstellingen. Die doelstellingen luiden als volgt: het verbeteren en vergroten van ecosystemen; de status van bedreigde soorten verbeteren; de herwaardering en instandhouding van de bijdragen van wilde dieren en planten en hun natuurlijke leefmilieu aan een gezond leefmilieu; en het beschikbaar stellen van voldoende middelen om de doeleinden van het plan te realiseren.<sup>32</sup> In 2024 wordt ook een werkgroep gevormd, bestaande uit lidstaten en waarnemende organisaties, om op de uitvoering van het plan toe te zien.

27 'Secretary General's Roadmap on the CoE's Engagement with Civil Society 2024-2027', 12 september 2023, par. 21-25, beschikbaar via [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680ac8ded](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680ac8ded).

28 Ministers' Deputies 1484th meeting, 13 december 2023, beschikbaar via [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectId=0900001680ada577](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=0900001680ada577).

29 'Report of the Secretary General's First Regular Exchange of Views with Civil Society', 15 september 2023, beschikbaar via [rm.coe.int/report-first-sg-exchange-with-civil-society-15-september-2023-/1680add61e](https://rm.coe.int/report-first-sg-exchange-with-civil-society-15-september-2023-/1680add61e).

30 Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (ETS No. 104)

31 'Biodiversity: Bern Convention adopts strategic plan to achieve 2030 targets on nature conservation', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/biodiversity-bern-convention-adopts-strategic-plan-to-achieve-2030-targets-on-nature-conservation> 12 december 2023.

32 Standing Committee, *Strategic Plan for the Bern Convention for the period to 2030*, december 2023, p. 5-6, beschikbaar via <https://rm.coe.int/tpvs18e-2023-strategic-plan-final/1680ada084>.

### AI in de journalistiek

Van het milieu gaan we naar het gebruik van AI door journalisten. Het stuurcomité inzake de media- en informatiemaatschappij heeft richtlijnen aangenomen met betrekking tot het gebruik van AI-systemen in de journalistiek.<sup>33</sup> AI-systemen kunnen ingezet worden voor journalistieke doeleinden. Een voor de hand liggend voorbeeld is het genereren van tekst, maar deze systemen kunnen ook gebruikt worden voor vertaling of transcriptie. De richtlijnen onderkennen dat het gebruik van AI-systemen een bijdrage kan leveren aan de journalistiek, maar benadrukken dat het gebruik daarvoor in overeenstemming met journalistieke beroepsethiek en mensenrechten moet zijn. De richtlijnen zijn onder meer bedoeld om dat in goede banen te leiden. Zo dienen nieuwsorganisaties ervoor te waken getrainde journalisten te vervangen door AI-experts. Liever ziet het stuurcomité dat journalisten scholing krijgen om met AI-systemen om te leren gaan. Ook is het belangrijk om redactioneel toezicht te waarborgen om te voorkomen dat er verkeerde informatie wordt gepubliceerd. Dit kan met name gebeuren wanneer er generatieve AI-systemen ingezet worden. Van belang is ook dat de journalistiek transparant is over hoe ze AI-systemen gebruikt.

### Implementatienieuws: nieuwe factsheet

De vaste laatste rubriek, het implementatienieuws, is ditmaal kort, maar daarmee niet onbelangrijk. Het tenuitvoerleggingsdepartement van de Raad van Europa heeft een nieuw thematisch *factsheet* gepubliceerd. De *factsheet* bespreekt negentien zaken van het EHRM waarin voortplantingsrechten onderwerp van geschil waren. Het gaat om maatregelen die een tiental staten heeft genomen naar aanleiding van uitspraken van het EHRM met betrekking tot onder andere de bescherming van moeders tegen discriminatie, toegang tot geassisteerde voortplanting, de regulering van thuisbevallingen en abortus.<sup>34</sup>

33 Council of Europe, *Guidelines on the Responsible Implementation of Artificial Intelligence Systems in Journalism*, maart 2024, beschikbaar via <https://rm.coe.int/cdmsi-2023-014-guidelines-on-the-responsible-implementation-of-artific/1680adb4c6>.

34 Department for the Execution of the Judgments of the ECtHR, *Thematic factsheet on reproductive rights*, december 2023, beschikbaar via <https://rm.coe.int/thematic-factsheet-reproductive-rights-eng/1680adebc3>.

## KRONIEK EU EN MENSENRECHTEN

December 2023 – maart 2024

**Malu Beijer, Nienke van der Have, Lucia van der Meulen, Aniel Pahladsingh & Guus de Vries**

**Samenvatting** | Deze kroniek signaleert en becommentarieert de belangrijkste mensenrechtelijke ontwikkelingen in de EU, met nadruk op mensenrechtelijk relevante beleidsontwikkelingen en institutionele ontwikkelingen. Daarnaast is er regelmatig aandacht voor mensenrechtelijke ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU.

DOI | 10.54195/NTM.19055

### Inleiding

In Brussel en Luxemburg zien we deze lente op meerdere vlakken beweging, maar de meest relevante ontwikkelingen voor de toekomst van de Unie spelen zich dit jaar misschien wel in andere Europese hoofdsteden af. We wachten met spanning af wat de aanstaande Europese verkiezingen gaan brengen en lijken ons op te maken voor een beweging naar rechts, met alle gevolgen van dien. Het zal er waarschijnlijk niet makkelijker op worden om Europees beleid te maken op lastige thema's als vergroening, defensie en migratie. Het is des te opmerkelijker dat in Warschau, dat de laatste jaren op deze thema's juist in de weg lag in Europa, andere wegen zijn ingeslagen. We beginnen deze kroniek dan ook met een blik op deze Europese hoofdstad en een verdieping in het herstel van de Poolse rechtstaat. Hoe heeft de nieuwe regering in Polen de laatste maanden geprobeerd de trend van *rule of law backsliding* om te keren? En wie of wat staan Tusk en de zijnen daarbij nog in de weg?

Verder is er in deze kroniek aandacht voor de belangrijke stappen die zijn gezet in de EU op het gebied van geweld tegen vrouwen. Er is een politiek akkoord gevonden over een richtlijn waarin de EU geharmoniseerde sancties en verjaringstermijnen vastlegt voor bepaalde strafbare feiten. Lees meer over wat de richtlijn poogt vast te leggen en welke lange weg is afgelegd tot het gevonden akkoord.

Als laatste doet de kroniek een greep uit de relevante rechtspraak van de afgelopen maanden voor het Hof van Justitie. Te beginnen met twee Luxemburgse zaken van Nederlandse oorsprong: de zaak C-451/22 over het Wob-verzoek van RTL over vlucht MH17 (verwezen door de Raad van State) en de zaak C-392/22 over de rol van pushbacks in Dublin-overdrachten (verwezen door de Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Den Bosch). Verder heeft het Hof van Justitie belangrijke uitspraken gedaan in zaak C-715/20, over de inroepbaarheid van artikel 47

- Mr. dr. M.P. Beijer is senior beleidsmedewerker bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en daarnaast research fellow bij de Radboud Universiteit. Mr. dr. Nienke van der Have is Programme Officer bij het EU Grondrechtenagentschap. L.I van der Meulen (LLM) is PhD onderzoeker aan de KU Leuven. Mr. A. Pahladsingh is senior EU-jurist bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, rechter-plaatsvervanger bij de rechtbanken Rotterdam en Amsterdam. Mr. G.B.M. de Vries is beleidsmedewerker bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en tevens buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit. De auteurs schrijven deze kroniek op persoonlijke titel.

van het Handvest voor particulieren voor de nationale rechter (hier in verband van een arbeidsconflict) en zaak C-216/22, over de mate waarin een uitspraak van het Hof van Justitie zelf aangedragen kan worden als nieuw feit in een asielaanvraag.

### **Het Poolse herstel van de rechtsstaat**

Sinds de EU-gezinde Donald Tusk, voormalig voorzitter van de Europese Raad, in december 2023 werd verkozen tot premier van de nieuwe Poolse regering, wordt alles op alles gezet om opnieuw aansluiting bij de EU te vinden. Zo is de regering druk bezig met het treffen van maatregelen om de Poolse rechtsstaat weer in ere te herstellen. Onder het acht jaar durende bewind van de Poolse PiS (Recht en Rechtvaardigheid)-partij zijn vele hervormingen doorgevoerd die de rechtsstaat hebben aangetast. De EU heeft daar op allerlei manieren op gereageerd, onder meer door het bevroren van EU-fondsen. Op 29 februari 2024 kwam daarin een belangrijk kentering. De Europese Commissie besloot om 137 miljard euro aan EU-fondsen, die vanwege schendingen van de rechtsstaat in Polen waren bevroren, te deblokken.

De Europese Commissie publiceerde daartoe twee (concept)besluiten, die door de EU-lidstaten moeten worden bekrachtigd.<sup>1</sup> Allereerst gaat het om een positieve voorlopige beoordeling van een verzoek van Polen tot uitbetaling van fondsen die onder de Herstel- en Veerkrachtfaciliteit (RRF) waren bevroren. Volgens de Commissie voldoet Polen inmiddels aan de zogeheten ‘supermijlpalen’ op het terrein van de rechtsstaat die zijn opgenomen in het uitvoeringsbesluit van de Raad.<sup>2</sup> De Poolse regering heeft de tuchtregeling die op Poolse rechters van toepassing was grondig genoeg hervormd, aldus de Commissie. Zo is de tuchtkamer die bij het Hoogerechtshof was ondergebracht afgeschaft en vervangen door een nieuwe kamer voor beroepsaansprakelijkheid die wel voldoet aan het vereiste van een onafhankelijke en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld. Ook is de tuchtregeling zelf hervormd en zijn er waarborgen om ervoor te zorgen dat rechters niet tuchtrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld vanwege de inhoud van hun uitspraken of het toepassen van het EU-recht. Mede gelet op deze hervorming nam de Commissie het tweede positieve besluit waarmee Polen toegang krijgt tot EU-cohesiefondsen. Polen voldoet volgens de Commissie inmiddels ook aan de horizontale randvoorwaarde onder de Verordening Gemeenschappelijke Bepalingen (de *Common Provisions Regulation*) die van lidstaten verlangt dat zij bij de uitvoering van de fondsen voor de eerbiediging van de grondrechten en de naleving van het Handvest zorgen.<sup>3</sup>

1 Zie het persbericht van de ‘Europese Commissie ‘Poland’s efforts to restore rule of law pave the way for accessing up to 137 billion in EU funds’, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_1222](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1222), 29 februari 2024. Zie ook Europese Commissie, ‘Press statement by President von der Leyen with Belgian Prime Minister De Croo and Polish Prime Minister Tusk’, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_24\\_1023](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_1023), 23 februari 2024.

2 Uitvoeringsbesluit van de Raad betreffende de goedkeuring van de beoordeling van het herstel- en veerkrachtplan voor Polen, 14 juni 2022, ST 9728 2022 INIT.

3 Artikel 9 lid 1 Verordening (EU) 2021/1060 houdende gemeenschappelijke bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds Plus, het Cohesiefonds, het Fonds voor een rechtvaardige transitie en het Europees Fonds voor maritieme zaken, visserij en aquacultuur en de financiële regels voor die fondsen en voor het Fonds voor asiel, migratie en integratie, het Fonds voor interne veiligheid en het Instrument voor financiële steun voor grensbeheer en visumbeleid.



De besluiten van de Commissie volgden vlak nadat de nieuwe Minister van Justitie, Adam Bodnar, tijdens de Raad Algemene Zaken van 20 februari 2024, een actieplan voor het herstel van de rechtsstaat in Polen presenteerde. Het actieplan is erop gericht om de 'artikel 7'-procedure die de Europese Commissie in 2017 initieerde te laten beëindigen. Deze procedure bevond zich sinds geruime tijd in de eerste fase, het eerste lid van artikel 7 van het Verdrag betreffende de EU (VEU), waarin een duidelijk gevaar voor een ernstige schending van de EU-waarden als bedoeld in artikel 2 VEU (onder andere eerbiediging van de rechtsstaat) kan worden geconstateerd. Ook is het actieplan gericht op de verschillende uitspraken die het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hebben gedaan over de Poolse rechtsstaat, in het bijzonder over de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.

Om de Poolse rechtsstaat te herstellen zijn er nogal wat maatregelen nodig, zoals ook uit het actieplan blijkt, zowel van wetgevende als van niet-wetgevende aard.<sup>4</sup> Een belangrijk onderdeel daarvan vormt de hervorming van de wijze waarop de rechterlijke leden van de Poolse Raad voor de Rechtspraak (KRS) worden benoemd. Zoals uit het actieplan blijkt zullen de rechterlijke leden (vijftien van de vijftientwintig) voortaan weer worden gekozen door de rechterlijke macht in plaats van door het Poolse parlement. Op een later moment zal ook een algemene hervorming van de KRS worden doorgevoerd en zullen maatregelen worden getroffen met betrekking tot de rechters die tijdens de PiS-periode (2008-2013) door de KRS zijn aangesteld. Het actieplan bevat ook voorstellen om hervormingen door te voeren met betrekking tot het Poolse Constitutionele Tribunaal, het hooggerechtshof, en de gewone rechtbanken. Daarnaast zullen de functies van openbare aanklager en minister van Justitie door een wetgevend voorstel van elkaar worden gescheiden en is er een notificatie bij de Europese Commissie ingediend voor deelname aan het Europees Openbaar Ministerie.

De EU staat tot nu toe positief tegenover de maatregelen die Polen heeft getroffen en gaat treffen om de Poolse rechtstaat te herstellen.<sup>5</sup> De *rule of law backsliding* van landen zoals Polen is voor de Commissie een doorn in het oog (geweest). Een verenigd Europa met landen die dezelfde waarden nastreven is voor de Commissie altijd van belang geweest, maar de grote geopolitieke uitdagingen waar het nu voor staat (zoals de Russische agressie tegen Oekraïne), maken dit des te meer prangend. De vraag is wel hoe 'gemakkelijk' het is om een aangetaste rechtsstaat weer in ere te herstellen, hoe dat eigenlijk het beste gedaan kan worden, en wanneer de Europese Commissie alle maatregelen die het afgelopen jaren heeft getroffen om rechtsstaatschendingen te adresseren – waaronder het lanceren van verschillende inbreukprocedures en de artikel 7-procedure – kan gaan opheffen of intrekken.<sup>6</sup> Niet alles kan van de ene op de andere dag worden geregeld. Een mogelijke sta-in-de-weg bij het doorvoeren van de hervormingen is dat PiS-gezinde personen nog steeds belangrijke posten innemen en maatregelen kunnen gaan dwarsbomen. Een bijzondere rol neemt de PiS-gezinde president Duda in, die nog tot 2025 zal

4 Ministry of Justice (Republic of Poland), 'Polish Minister of Justice presents Action Plan for restoring the rule of law', <https://www.gov.pl/web/justice/polish-minister-of-justice-presents-action-plan-for-restoring-the-rule-of-law>, 21 februari 2024.

5 Zie bijv. de reacties van de EU-commissarissen op Politico, 'Poland and Brussels to kiss and make up', <https://www.politico.eu/article/poland-justice-minister-bodnar-to-introduce-plan-restore-rule-of-law-brussels-eu/>, 20 februari 2024.

6 Zie bijv. het voorstel van Morijn voor een driestapsbenadering waar de Poolse regering en de EU instituties op kunnen gaan letten, zie J. Morijn, 'Polish Re-Democratisation as "Building Back Better"', *Verfassungsblog* 16 februari 2024.

(kunnen) aanblijven, en kan gaan weigeren om zijn handtekening onder de nieuwe wetgeving te zetten en veto's kan uitspreken. De weg 'terug' van Polen zal mede daardoor niet een heel gemakkelijke opgave zijn.

### **Voorstel voor een richtlijn ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld**

In februari 2024 is er een politiek akkoord bereikt tussen het Europees Parlement en de Raad over het voorstel voor een richtlijn ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld.<sup>7</sup> Het voorstel zelf dateert van een krappe twee jaar eerder, namelijk maart 2022.<sup>8</sup> Als de richtlijn is aangenomen zullen er in de EU geharmoniseerde sancties en verjaringstermijnen gelden voor bepaalde strafbare feiten. De strafbare feiten zijn: vrouwelijke genitale verminking, gedwongen huwelijken, cyberstalking, cyberintimidatie, zonder toestemming delen van intieme beelden en het online aanzetten tot haat of geweld. Daarnaast worden maatregelen geïntroduceerd ter voorkoming van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld en versterking van de positie van slachtoffers.

De richtlijn beoogt daarmee bij te dragen aan een effectievere aanpak van (online) geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld in de EU, wat raakt aan een hele reeks grondrechten gewaarborgd in het Handvest van de Grondrechten waaronder het recht op leven (artikel 2), het recht op menselijke integriteit (artikel 3) en het verbod van onmenselijke of vernederende handelingen (artikel 4).<sup>9</sup>

De richtlijn zal de eerste van zijn soort zijn binnen de EU en zal het voorkomen evenals de aanpak van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld in de praktijk hopelijk versterken. Met name de focus op bepaalde vormen van online geweld, waaronder ook een verplichting voor lidstaten om ervoor te zorgen dat bepaald online materiaal verwijderd wordt, is een vernieuwend element. Tegelijkertijd is er ook kritiek op het politieke akkoord dat is bereikt. Een aantal partijen en lidstaten wilden namelijk dat de definitie van verkrachting zou worden gebaseerd op gebrek aan instemming/toestemming. Dit werd echter niet geaccepteerd door alle lidstaten en EP-partijen.<sup>10</sup>

De onderhandelingen over deze richtlijn vonden plaats tegen de achtergrond van de traag voortslepende onderhandelingen over de toetreding van de EU tot het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (het Istanbul-verdrag). Een aantal lidstaten – die het verdrag ook nog niet hebben geratifi-

7 Zie Europese Raad, 'EU-maatregelen om een einde te maken aan geweld tegen vrouwen', <https://www.consilium.europa.eu/nl/policies/eu-measures-end-violence-against-women/#:~:text=Op%206%20februari%20kwamen%20de,verjaringstermijnen%20voor%20deze%20strafbare%20feiten>. Op 6 februari kwamen de Raad en het Europees Parlement tot een akkoord over de allereerste EU-wetgeving om geweld tegen vrouwen aan te pakken.

8 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, COM(2022) 105 final, 8 maart 2022.

9 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, COM(2022) 105 final, 8 maart 2022.

10 G. Peseckyte, 'EU countries divided over the inclusion of rape to violence against women directive', *Euractiv* 20 november 2023; Socialists and Democrats, 'Deal on the EU directive to fight violence against women: just a first step for the S&Ds!', <https://socialistsanddemocrats.eu/newsroom/deal-eu-directive-fight-violence-against-women-just-first-step-sds>, 6 februari 2024.

ceerd – steunden de EU-toetreding lange tijd niet.<sup>11</sup> De reden voor het verzet van bepaalde lidstaten hangt samen met een allergie tegen de zogenoemde ‘genderideologie’, die traditionele waarden in hun ogen onder druk zou zetten.<sup>12</sup> Hoewel EU-toetreding dus nog geen gegeven was en het Istanbul-verdrag bredere bescherming biedt,<sup>13</sup> werd het voorstel voor de richtlijn gepresenteerd als een manier om de doelstellingen van het Istanbul-verdrag (mede) te implementeren binnen de Unie.

In juni 2023 is ook wat betreft het Istanbul-verdrag een doorbraak bereikt en gaf de Raad uiteindelijk toestemming voor EU-toetreding.<sup>14</sup> Op 1 oktober 2023 was de toetreding een feit, maar de zes lidstaten die het nog niet geratificeerd hebben zullen voorlopig alleen gebonden zijn aan het EU-*acquis* dat het verdrag implementeert.<sup>15</sup>

## Rechtspraak

### *Zaak C-451/22 (RTL Nederland en RTL Nieuws)*

Het recht op toegang tot informatie en overheidstransparantie zijn de laatste jaren belangrijke onderwerpen van discussie geweest, mede door de inwerkingtreding van de Wet open overheid (Woo) op 1 mei 2022. De voorganger van de Woo, de Wet openbaarheid bestuur (Wob), speelt een hoofdrol in de zaak RTL Nederland en RTL Nieuws die het Hof heeft gewezen op 18 januari 2024.

In 2018 verzoekt RTL op grond van de Wob de Minister van Justitie en Veiligheid om diverse documenten aangaande vlucht MH17. Dit vliegtuig wordt op 17 juli 2014 uit de lucht geschoten toen het boven de Donetsk-regio in Oekraïne vloog, dat op dat moment door aan Rusland gelieerde separatisten is bezet. Hierbij komen 298 mensen om het leven, waarvan 196 met de Nederlandse nationaliteit. RTL heeft onder andere interesse in ‘alle meldingen uit Eccairs uit 2014 over Oekraïne’. Dit is een software die wordt gebruikt door het Europees Coördinatiecentrum voor rapportagesystemen van vliegtuigongevallen en lidstaten om uitwisseling van informatie mogelijk te maken. De Minister van Justitie en Veiligheid stuurt dit deel van het verzoek door aan de Minister van Infrastructuur en Waterstaat. Deze wijst het verzoek af omdat

- 11 Zie ‘As of January 2024, the Convention has been signed by all EU Member States, and ratified by 22 [...]. Bulgaria, Czechia, Hungary, Latvia, Lithuania and Slovakia have not ratified the Convention. In July 2020, the Polish government announced its intention to withdraw from the Convention, but this has not been enacted.’, <https://europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-eu-accession-to-the-istanbul-convention>.
- 12 Zie G. Gotev, ‘After Bulgaria, Slovakia too fails to ratify the Istanbul Convention’, *Euractiv* 25 februari 2018; A. Kokalari, ‘Five Istanbul Convention myths – and why Poland is wrong’, *EU Observer* 9 september 2020.
- 13 Zie bijvoorbeeld deze oproep om het voorstel meer in lijn te brengen met de meer omvattende benadering in het Istanbul verdrag: Women Against Violence Europe (WAVE), ‘A Step Forward, Yet Many Missed Opportunities: WAVE’s Initial Response to the EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence’, <https://wave-network.org/eud-statement-0702024/>, 7 februari 2024.
- 14 Zie: ‘De EU treedt toe tot het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld’, Expertisecentrum Europees Recht, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/eu-accession-to-the-istanbul-convention.html#:~:text=The%20convention%20was%20signed%20on,EU%20on%201%20October%202023>.

dit in strijd zou zijn met EU-recht en nationaal recht, mede omdat de van toepassing zijnde verordening de lidstaten oproept om 'passende vertrouwelijkheid te waarborgen van de bijzonderheden over voorvallen'.<sup>16</sup> Hiertegen gaat RTL in beroep bij de rechtbank en in hoger beroep bij de Raad van State die de prejudiciële vragen stelt.

De Raad van State wil van het Hof weten hoe het EU-recht en nationaal recht ter zake moet worden uitgelegd in het licht van het recht van vrijheid van meningsuiting en van informatie (artikel 11 Handvest en artikel 10 EVRM) en de rechten en specifieke rol van een 'waakhond' zoals persorganen.<sup>17</sup>

Het Hof concludeert als eerste dat de geheimhoudingsplicht van artikel 15 lid 1 van Verordening nr. 367/2014 geldt voor alle informatie over voorvallen waarover nationale autoriteiten bezitten.<sup>18</sup> De beschikbare informatie mag alleen worden gebruikt voor het doel waarvoor die informatie verzameld is, in het bijzonder niet om schuld of aansprakelijkheid vast te stellen of voor een ander doel dan het in stand houden of verbeteren van de veiligheid van de luchtvaart.<sup>19</sup> Het Hof analyseert vervolgens de context van de verordening alsmede het bredere stelsel waar het onderdeel van is en merkt op dat daaruit volgt dat ten aanzien van alle informatie over een 'voorval' op het gebied van luchtveiligheid een vertrouwelijkheidsregeling geldt die tot gevolg heeft dat het publiek geen recht heeft tot die informatie, in welke vorm dan ook.<sup>20</sup>

Het Hof gaat vervolgens in op het in artikel 11 van het Handvest neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie. In de zaak staat niet ter discussie dat de vertrouwelijkheidsregeling een beperking oplevert van dit recht. Een dergelijke beperking kan evenwel gerechtvaardigd worden als deze de wezenlijke inhoud van het betreffende recht eerbiedigt en evenredig is aan het nagestreefde doel.<sup>21</sup> Het Hof erkent dat de vertrouwelijkheidsregeling verhindert dat mediabedrijven toegang krijgen tot de relevante informatie voor journalistieke doeleinden die inherent zijn aan de persvrijheid.<sup>22</sup> Echter, de vertrouwelijkheidsregeling is uitsluitend van toepassing op de informatie die lidstaten verzamelen op basis van de betrokken verordening en niet op informatie uit andere bronnen, waar ook uit geput kan worden.<sup>23</sup> Daarnaast is de vertrouwelijkheidsregeling ook noodzakelijk voor het stelsel van toezicht en controle, dat berust op het verzamelen, het delen en analyseren van informatie, dat is ingevoerd om de luchtvaartveiligheid te verbeteren. Samenvattend, oordeelt het Hof dat de vertrouwelijkheidsregeling tot gevolg heeft dat noch het publiek, noch een mediabedrijf recht heeft op toegang tot de betrokken informatie.

16 In het bijzonder artikel 14 lid 1 Verordening (EU) Nr. 376/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 inzake het melden, onderzoeken en opvolgen van voorvallen in de burgerluchtvaart, en de Wet luchtvaart.

17 Zie daarvoor ook het arrest van het EHRM 8 november 2016, 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*).

18 HvJ EU 18 januari 2024, C-451/22.

19 Artikel 15, tweede lid, Verordening (EU) Nr. 376/2014.

20 HvJ EU 18 januari 2024, C-451/22, r.o. 61.

21 Zie ook artikel 52 lid 1 van het Handvest.

22 HvJ EU 18 januari 2024, C-451/22, r.o. 73.

23 HvJ EU 18 januari 2024, C-451/22, r.o. 74.

*Zaak C-392/22 (Pushbacks en Dublin-overdrachten)*

Op 29 februari heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan in de zaak C-392/22 (Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid).<sup>24</sup> Deze uitspraak volgt uit een prejudiciële vraag van de Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Den Bosch.<sup>25</sup> De zaak is de laatste episode in een serie van pogingen van Nederlandse rechtbanken om vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie over de ‘verdeelbaarheid’ van het principe van interstatelijk vertrouwen en de overdracht van Dublin-claimanten naar landen die zich schuldig maken aan *pushbacks*. Eerdere verwijzingen van gelijksoortige vragen door Nederland zijn tot twee keer betekenisloos geworden door een besluit van de staatssecretaris om de asielaanvraag tóch in behandeling te nemen.<sup>26</sup> De zaak moet verder worden gezien in de context van recente rapporten over de toenemende *pushbacks* aan de Europese buitengrenzen.<sup>27</sup> Deze rapporten zijn met name zorgwekkend in het licht van de (aanstaande) toetreding van landen als Kroatië en Bulgarije tot de Schengenzone.<sup>28</sup>

De kernvraag in de voorliggende uitspraak is of de praktijk van *pushbacks* aan de Europese buitengrenzen een obstakel vormt voor de overdracht van Dublin-claimanten. De Nederlandse rechter vraagt daarbij of het beginsel van interstatelijk vertrouwen ‘ondeelbaar’ is, inhoudende dat overtredingen van een lidstaat ‘vóór overdracht ten aanzien van derdelanders die (nog) geen Dublinterugkeerder zijn absoluut in de weg staan aan overdracht aan deze lidstaat?’<sup>29</sup> Deze vraag is inmiddels door de Raad van State negatief beantwoord.<sup>30</sup>

Gezien de lange aanloop op Nederlandse bodem is de uiteindelijke uitspraak relatief teleurstellend. In Luxemburg lijkt de Nederlandse vraag naar deelbaarheid niet zo belangrijk. De zaak werd afgehandeld in de Vierde Kamer van het Hof, hoewel een van de partijen had gevraagd om een behandeling door de Grote Kamer. Daartoe zag het Hof geen reden. Daarentegen stelt het Hof dat de toelaatbaarheid van een Dublin-overdracht moet worden getoetst aan twee criteria, geënt uit artikel 3, lid 1 van Dublin III. Er moet worden aangetoond, door de asielzoeker, dat in het ontvangende land sprake is van i) ‘systeemfouten’, die ii) ‘ resulteren

24 HvJ EU 29 februari 2024, C-392/22.

25 Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Den Bosch) 15 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5724.

26 Vragen rondom deelbaarheid van het interstatelijk vertrouwen en Dublin-overdrachten naar Malta gesteld op 4 oktober 2021 door de Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Den Bosch), ECLI:NL:RBDHA:2021:10735. Schrapping prejudiciële vragen op 15 maart 2022, Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Den Bosch), ECLI:NL:RBDHA:2022:2149. Opnieuw prejudiciële vragen gesteld door de Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Den Bosch) over deelbaarheid interstatelijk vertrouwen en *pushbacks* in Kroatië op 18 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2305. Schrapping prejudiciële vragen op 19 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4792.

27 11.11.11. ‘Grenzeloos illegaal: pushbackrapport 2023’, <https://11.be/verhalen/aantal-illegale-pushbacks-aan-europese-buitengrenzen-explodeerde-2023>, 13 februari 2024.

28 M. Cheresheva en L. Stavinoha, ‘How the EU is overlooking Bulgaria’s unlawful migrant *pushbacks* ahead of its Schengen entry’, *Le Monde* 27 februari 2024.

29 HvJ EU 29 februari 2024, C-392/22, r.o. 29.

30 De Raad van State heeft in 2022 overdrachten naar Kroatië aangehouden op basis van indicaties dat *pushbacks* ook een risico zouden kunnen vormen voor Dublin-terugkeerders, de staatssecretaris moest hier verder onderzoek naar doen (ABRvS 13 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1042). In 2023 heeft de Raad van State echter besloten overdrachten naar Kroatië weer toe te staan omdat de staatssecretaris voldoende had aangetoond dat de risico’s van *pushbacks* zich beperken tot de landsgrenzen (13 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3411). Zodoende zijn *pushbacks* volgens de Raad van State geen reden voor het verlies van interstatelijk vertrouwen in de context van Dublin-overdrachten, die zijn gereguleerd en vaak plaatsvinden naar grote (hoofd)steden.

in onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 van het [Handvest]'.<sup>31</sup> *Pushbacks* op zich vormen geen obstakel voor een Dublin-overdracht, er moet worden aangetoond dat een asielzoeker na overlevering 'zou kunnen terechtkomen in een toestand van zeer verre-gaande materiële ontberingen'.<sup>32</sup>

Er is weinig informatie beschikbaar over het effect van *pushbacks* op Dublin-terugkeerders. Het is echter zeker dat *pushbacks* de werking van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel in de kern ondermijnen. De aanname dat Dublin-terugkeerders zonder veel verdere problemen met volle bescherming van hun rechten toegang hebben tot een asielprocedure in een land waar aan de grenzen asielzoekers met geweld worden geweerd is op z'n minst contra-intuïtief. Daarnaast zijn *pushbacks* bij uitstek een praktijk die door lidstaten wordt verborgen. Het gebrek aan bewijs dat Dublin-terugkeerders risico's lopen op *pushbacks* betekent niet dat het niet gebeurt. De mate waarin we van asielzoekers kunnen verwachten dat zij aantonen dat ze bij overdracht (weer) risico lopen op *pushbacks* wordt hierdoor sterk ingeperkt. Het argument dat het gebrek aan informatie niet voor de rekening van de asielzoeker mag komen was voor de Rechtbank Den Haag in het verleden reden om overdracht tegen te houden.<sup>33</sup>

Zaak C-392/22 van het Hof van Justitie is een weinig bevredigend antwoord op de problemen die *pushbacks* veroorzaken voor de toepassing van het Europees asielrecht, inclusief de Dublin-verordening, voor asielzoekers en Nederlandse vreemdelingenrechters.

*Zaak C-715/20 K.L. (arbeidsovereenkomst, artikel 47 Handvest)*

Deze zaak draait om het geding tussen K.L., een ontslagen werknemer, en X sp. z o.o., een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Pools recht en voormalige werkgever van K.L., over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tussen hen was gesloten.<sup>34</sup>

De verwijzende rechter wenst te vernemen of clause 4 van de EU-raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd<sup>35</sup> in de weg staat aan een nationale regeling die een werkgever niet verplicht om een schriftelijke motivering te verstrekken wanneer hij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd beëindigt met inachtneming van een opzegtermijn, terwijl hij daartoe wel verplicht is bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, en of deze clause kan worden ingeroepen in het kader van een geding tussen particulieren. In deze zaak komt de vraag aan de orde of artikel 47 Handvest alleen van toepassing is in geschillen over rechten en vrijheden die de burger aan het Unierecht ontleent.

In de zaak K.L. oordeelt het Hof dat het Unierecht in de weg staat aan een nationale regeling die een werkgever toestaat om geen motivering te verstrekken wanneer hij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd beëindigt met inachtneming van een opzegtermijn, terwijl hij daartoe wel verplicht is bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

31 HvJ EU 29 februari 2024, C-392/22, r.o. 58.

32 HvJ EU 29 februari 2024, C-392/22, r.o. 89.

33 Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) 10 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14440; Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Utrecht) 17 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2459.

34 HvJ EU 20 februari 2024, zaak C-715/20 (K.L.).

35 Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten op 18 maart 1999 (hierna: raamovereenkomst), opgenomen in de bijlage bij Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999.

Ten aanzien van de reikwijdte van het Handvest, maakt het Hof duidelijk dat ‘wanneer een lidstaat een regeling vaststelt tot precisering en concrete invulling van de arbeidsvoorwaarden waarop met name clause 4 van de raamovereenkomst van toepassing is’, deze lidstaat het Unierecht ten uitvoer brengt, ‘in de zin van artikel 51 lid 1 van het Handvest, zodat hij met name de eerbiediging van het in artikel 47 van het Handvest verankerde recht op een doeltreffende voorziening in rechte moet waarborgen’.<sup>36</sup>

Een nationale rechter bij wie een geding tussen particulieren aanhangig is, is gehouden om, wanneer hij het toepasselijke nationale recht niet in overeenstemming met die clause kan uitleggen, binnen het kader van zijn bevoegdheden de rechtsbescherming te verzekeren die voor de justitiabelen uit artikel 47 van het Handvest voortvloeit en om de volle werking van die bepaling te waarborgen door – voor zover nodig – elke daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten. Artikel 47 van het Handvest is als zodanig inroepbaar voor particulieren.<sup>37</sup> Clause 4 van de raamovereenkomst staat in de weg aan een nationale regeling die een werkgever niet verplicht om een schriftelijke motivering te verstrekken wanneer hij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd beëindigt met inachtneming van een opzegtermijn, terwijl hij daartoe wel verplicht is bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De nationale rechterlijke instantie moet volgens het Hof artikel 30, paragraaf 4, van het arbeidswetboek buiten toepassing laten voor zover dit nodig is om de volle werking van die bepaling van het Handvest te waarborgen.<sup>38</sup>

*Zaak C-216/22 (herhaald asiolverzoek, rechtspraak Hof is novum artikel 18 en 47 Handvest)*

In deze Duitse asielzaak heeft een Syrische vreemdeling, die zijn land in 2012 heeft verlaten en vreest opnieuw te worden opgeroepen voor militaire dienst uiteindelijk in 2017 subsidiaire bescherming<sup>39</sup> gekregen in Duitsland. De vluchtelingenstatus<sup>40</sup> is echter geweigerd. Naar aanleiding van een arrest van het Hof over de situatie van Syrische gewetensbezwaarden<sup>41</sup> heeft hij opnieuw een asiolverzoek ingediend. Hij heeft aangevoerd dat dit arrest een voor hem gunstige wijziging van de stand van het recht vormt. Deze herhaalde asielaanvraag is door de Duitse autoriteiten niet-ontvankelijk verklaard. De vreemdeling is tegen deze weigering opgekomen bij een Duitse rechter. De verwijzende rechter heeft het Hof met name gevraagd of het wel met het Unierecht<sup>42</sup> verenigbaar is dat ervan wordt uitgegaan dat in beginsel alleen een wijziging van de toepasselijke bepalingen, en niet een rechterlijke beslissing, een nieuw element kan vormen dat, indien van toepassing, een volledig onderzoek van het volgend verzoek rechtvaardigt.

36 HvJ EU 20 februari 2024, C-715/20, r.o. 77 (K.L.).

37 HvJ EU 20 februari 2024, C-715/20, r.o. 80 (K.L.). Zie ook HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, punt 78 (Egenberger).

38 HvJ EU 20 februari 2024, C-715/20, r.o. 81 (K.L.). Zie ook HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, r.o. 79 (Egenberger) en HvJ EU 8 maart 2022, C-205/20, r.o. 57 (Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Rechtstreekse werking)).

39 De subsidiaire beschermingsstatus bestaat voor derdelanders die niet als vluchtelingen kunnen worden aangemerkt, maar voor wie er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat zij, wanneer ze naar hun land van herkomst terugkeren, een reëel risico zouden lopen op ernstige schade, waaronder vooral executie en onmenselijke of vernederende behandeling.

40 De vluchtelingenstatus is er voor gevallen van vervolging van derdelanders wegens ras, godsdienst, nationaliteit, politieke overtuiging of het behoren tot een bepaalde sociale groep.

41 HvJ EU 19 november 2020, C-238/19 (Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Militaire dienst en asiel)).

42 Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming.

Het Hof verduidelijkt dat een arrest van het Hof een nieuw feit betreft in asielzaken, dat bij een herhaald asielverzoek inhoudelijk moet worden behandeld.<sup>43</sup> Dit geldt ook voor een arrest dat zich beperkt tot de uitlegging van een bepaling van het Unierecht die reeds van kracht was op het tijdstip waarop op een vorig verzoek werd beslist. De datum waarop het arrest is gewezen, is niet van belang. Een arrest van het Hof kan evenwel alleen een nieuw element vormen dat een nieuw volledig onderzoek rechtvaardigt indien wordt aangetoond dat het de kans aanzienlijk vergroot dat de asielzoeker voldoet aan de voorwaarden om voor de vluchtelingenstatus in aanmerking te komen. Het Hof wijst hierbij op het recht op asiel (artikel 18 Handvest) en het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>44</sup>

Artikel 46 lid 1, onder a), ii), van Richtlijn 2013/32/EU bepaalt dat er voor personen die om internationale bescherming verzoeken een daadwerkelijk rechtsmiddel moet openstaan tegen beslissingen waarbij hun volgend verzoek als niet-ontvankelijk is beschouwd overeenkomstig artikel 33 lid 2, onder d), van deze Richtlijn. Met betrekking tot het verdere verloop van de procedure ingeval een nationale rechter een beslissing nietig verklaart bij een herhaalde aanvraag verduidelijkt het Hof verder dat de lidstaten, zonder daartoe verplicht te zijn, hun rechterlijke instanties de bevoegdheid kunnen geven om zelf over dat verzoek uitspraak te doen en, indien van toepassing, de vluchtelingenstatus toe te kennen. Wel dienen de procedurele waarborgen, zoals het horen van de vreemdeling, in acht te worden genomen.<sup>45</sup>

43 HvJ EU 8 februari 2024, C-216/22 (*A. A./Bundesrepublik Deutschland*). Zie hierover, A.Pahladsingh, 'A judgment of the Court of Justice can constitute a new element justifying a fresh examination of the substance of the subsequent asylum application. Case C-216/22, a strengthening of the legal position of the asylum seeker', *EU Law Live* 22 februari 2024.

44 HvJ EU 20 februari 2024, C-715/20, r.o. 39 (K.L.).

45 HvJ EU 20 februari 2024, C-715/20, r.o. 66 (K.L.).



## TUSSEN NEW YORK EN GENÈVE: VN-KRONIEK December 2023-februari 2024

Margarita Avramtcheva, Bram Burger & Joëlle Zonjee \*

**Samenvatting** | Deze kroniek beschrijft de gebeurtenissen in de diverse mensenrechtenorganen van de Verenigde Naties (VN) van december 2023 tot februari 2024. Hierbij komen eerst de politieke organen aan bod: de Veiligheidsraad en de Mensenrechtenraad, en vervolgens de gespecialiseerde Comités die toezien op de naleving van de verschillende VN-mensenrechtenverdragen.

DOI | 10.54195/NTM.19057

### VN-Veiligheidsraad

Ecuador leidde de Veiligheidsraad in december en er werden een groot aantal resoluties en persverklaringen gepubliceerd.<sup>1</sup> De aangenomen resoluties omvatten de verlenging van het mandaat voor het *Analytical Support and Sanctions Monitoring Team* (team voor analytische ondersteuning en toezicht op sancties) onder de Commissie van 1988, de VN-stabilisatiemissie in de Democratische Republiek Congo (MONUSCO), de *United Nations Disengagement Observer Force* (VN-waarnemersmacht voor terugtrekking), een VN-vredeshandhavingsmissie die belast is met de handhaving van het staakt-het-vuren tussen Israël en Syrië, en het panel van deskundigen betreffende Al-Shabaab (en verlengde de sancties tegen Al-Shabaab).<sup>2</sup> Daarnaast is het wapenembargo tegen de federale regering van Somalië opgeheven en werd de geïntegreerde missie van de VN voor bijstand aan de overgangperiode in Sudan (UNITAMS) beëindigd via Resolutie 2714.<sup>3</sup> De Raad bracht een speciale presidentiële verklaring uit over transnationale georganiseerde misdaad, waaronder drugshandel, wapenverkoop en terrorisme.<sup>4</sup> De persberichten gingen over de bedreigingen van de veiligheid op zee door de Houthis en hun aanvallen op handelsschepen, het geweld in Zuid-Sudan, de humanitaire situatie in Sudan, en de terroristische aanslagen in Pakistan en Iran.<sup>5</sup> Wat de Palestijnse Gebieden betreft, slaagde de Raad er niet in om een resolutie aan te nemen die oproept tot een onmiddellijk staakt-het-vuren als gevolg

- M.S. Avramtcheva heeft een LL.M. Public International Law aan de Universiteit van Oslo en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. B. Burger is masterstudent LL.M (International Human Rights & Environmental Law) aan de Universiteit 'University of New South Wales'. Mr. J.M. Zonjee is werkzaam als juridisch adviseur internationale strafrechtelijke samenwerking en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel.

1 UN 'Security Council in Review December 2023', SCPCRB/SCAD.

2 Resolutie 2717 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (19 december 2023), *UN Doc S/RES/2717*; Resolutie 2718 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (21 december 2023), *UN Doc S/RES/2718*; Resolutie 2715 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (1 december 2023), *UN Doc S/RES/2715*; Resolutie 2719 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (21 december 2023), *UN Doc S/RES/2719*.

3 Resolutie 2714 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (1 december 2023), *UN Doc S/RES/2714*.

4 'Statement by the President of the Security Council', *Veiligheidsraad* 7 december 2023.

5 UN 'Security Council in Review December 2023', SCPCRB/SCAD.

van een veto van de Verenigde Staten.<sup>6</sup> Ook liep het mandaat van de Raad voor vijf staten af: Albanië, Brazilië, Gabon, Ghana en de Verenigde Arabische Emiraten.<sup>7</sup>

In januari was Frankrijk voorzitter van de Veiligheidsraad en zag het toe op de toevoeging van vijf nieuwe leden voor een termijn van twee jaar, namelijk Algerije, Guyana, Zuid-Korea, Sierra Leone en Slovenië.<sup>8</sup> De Raad nam slecht twee resoluties aan, de eerste veroordeelde de Houthi-aanvallen op koopvaardij- en handelsschepen in de Rode Zee, eiste een onmiddellijke stopzetting en verzocht de Secretaris-Generaal van de VN om tot 1 juli 2024 maandelijks schriftelijk verslag uit te brengen over verdere aanvallen.<sup>9</sup> Ten tweede werd het mandaat van de VN-vredesmacht op Cyprus verlengd om de partijen te helpen het conflict en de verdeling van het eiland met spoed tot een alomvattende en duurzame uitkomst te brengen.<sup>10</sup> De Multidimensionale Geïntegreerde Stabilisatiemissie van de Verenigde Naties in Mali (MINUSMA) werd permanent afgesloten.<sup>11</sup> Aanvullende persberichten spraken over de terroristische aanslagen in Kerman, Iran en de aanslagen tegen de Multidimensionale Geïntegreerde Stabilisatiemissie van de Verenigde Naties in de Centraal-Afrikaanse Republiek.<sup>12</sup> Tot slot herhaalde de Veiligheidsraad zijn steun voor de alomvattende uitvoering van het definitieve vredesakkoord van 2016 als belangrijkste pijler voor het waarborgen van brede en duurzame vrede en stabiliteit in Colombia.<sup>13</sup> Met betrekking tot de situatie in de Palestijnse Gebieden verklaarde de Secretaris-Generaal van de VN op 23 januari dat de tweestatenoplossing nog steeds de enige manier is om de eindeloze cyclus van angst, haat en geweld te vermijden, in reactie op Israëliëse functionarissen die elke mogelijkheid tot dialoog afwijzen.<sup>14</sup>

## VN-Mensenrechtenraad

De 55<sup>e</sup> sessie van de Mensenrechtenraad (hierna: Raad) is begonnen op 26 februari en zal tot 5 april duren.<sup>15</sup> De President van de Raad, Omar Zniber, gaf bij de opening van de sessie aan dat voedselveiligheid en de klimaatcrisis centraal staan in de zorgen van de Raad.<sup>16</sup> Volker Türk, Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, verklaarde dat de Raad bijeen is gekomen ten tijde van "seismische mondiale schokken", waarbij het leed van zo veel mensen in het Midden-Oosten, Oekraïne, Soedan, Myanmar, Haïti en andere plekken ter wereld ondraaglijk

6 'Immediate humanitarian ceasefire, release of hostages – Security Council Draft Resolution (S/2023/970) – Vetoed', *Veiligheidsraad*, 8 december 2023

7 UN 'Security Council in Review December 2023', SCPCRB/SCAD.

8 UN 'Security Council in Review January 2024, SCPCRB/SCAD.

9 Resolutie 2722 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (10 januari 2024), UN Doc S/RES/2722,

10 Resolutie 2723 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (30 januari 2024), UN Doc S/RES/2723.

11 'Security Council Press Statement on Closure of United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali', *Veiligheidsraad* 5 januari 2024.

12 'Security Council Press Statement on Terrorist Attack in Kerman, Islamic Republic of Iran', *Veiligheidsraad* 4 januari 2024; 'Security Council Press Statement on Attack against Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Central African Republic', *Veiligheidsraad* 16 januari 2024.

13 'Press Statement on Colombia following United Nations Security Council Colombia Session, January 2024', *Veiligheidsraad* 18 januari 2024.

14 'Two-State Solution 'Only Way to Avoid Endless Cycles of Fear, Hatred, Violence', Secretary-General Tells Security Council Debate on Middle East', *Veiligheidsraad* 23 January 2024.

15 '55th session of the Human Rights Council (26 February to 5 April 2024)' *OHCHR*.

16 '55th session of the Human Rights Council (26 February to 5 April 2024)' *OHCHR*.

is.<sup>17</sup> De Hoge Commissaris signaleerde twee overkoepelende zorgen die potentiële gevolgen voor alle landen hebben.

Ten eerste wordt bij onderhandelingen en mondiale discussies over de preventie van pandemieën, cybercriminaliteit, plasticvervuiling, en de regulering van kunstmatige intelligentie onvoldoende rekening gehouden met verplichtingen op het gebied van mensenrechten en de schade die aan mensenrechten kan worden toegebracht.<sup>18</sup> Ten tweede waren pogingen om de legitimiteit en het werk van de VN te ondermijnen verontrustend, waaronder desinformatie die gericht was tegen humanitaire VN-organisaties, VN-*peace keepers* en het Bureau van de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten. De VN is een zondebok geworden voor manipulatieve propaganda en een schandpaal voor beleidsfouten; dit zou vernietigend werken voor het algemeen welzijn, aldus Türk.<sup>19</sup> Meer informatie over deze sessie zal volgen in de volgende kroniek.

Het Adviserend Comité van de Mensenrechtenraad is in februari bijeengekomen voor de 31<sup>e</sup> sessie.<sup>20</sup> De grondslag van dit Adviserend Comité is Resolutie 5/1 van de Raad, waarin wordt bepaald dat het Comité uit achttien experts bestaat die fungeren als een *think-tank* voor de Raad en op diens verzoek onderzoek mogen doen naar specifieke thema's.<sup>21</sup> Het Adviserend Comité kwam voor de eerste keer bij elkaar in 2008 en houdt sindsdien twee keer per jaar een sessie.<sup>22</sup> Het Adviserend Comité werkt samen met staten, nationale mensenrechteninstellingen, niet-gouvernementele organisaties en andere vertegenwoordigers van het maatschappelijk middenveld.<sup>23</sup> Dit orgaan is niet te verwarren met het Mensenrechtencomité, dat ook uit achttien experts bestaat, maar wat een toezichtsorgaan is op de uitvoering van het IVBPR.<sup>24</sup>

De President van het Adviserend Comité verwees in haar openingswoord naar de twee laatste rapporten van het Comité, met een focus op 1) het bevorderen van raciale rechtvaardigheid en gelijkheid door het systematisch uitroeien van racisme en 2) de impact van nieuwe technologieën die bedoeld zijn voor klimaatbescherming op het genot van de mensenrechten.<sup>25</sup>

Het Adviserend Comité zal verder gaan met het onderzoeken van twee andere thema's op verzoek van de Raad.<sup>26</sup> Het eerste thema ziet op de impact, kansen en uitdagingen van neurotechnologie met betrekking tot de bevordering en bescherming van alle mensenrechten.<sup>27</sup> Het uiteindelijke rapport moet aanbevelingen bevatten over hoe de kansen, uitdagingen en lacunes

17 '55th session of the Human Rights Council (26 February to 5 April 2024)' *OHCHR*.

18 '55th session of the Human Rights Council (26 February to 5 April 2024)' *OHCHR*.

19 '55th session of the Human Rights Council (26 February to 5 April 2024)' *OHCHR*.

20 Zie 'Human Rights Council Advisory Committee Concludes Its 31st Session', [www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/human-rights-council-advisory-committee-concludes-its-31st-session?sub-site=HRC](http://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/human-rights-council-advisory-committee-concludes-its-31st-session?sub-site=HRC), 23 februari 2024.

21 Resolutie A/HRC/RES/5/1 van de Mensenrechtenraad (18 juni 2007), *Institution-building of the United Nations Human Rights Council*,

22 Zie 'Advisory Committee', [www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/advisory-committee/hrcac-index](http://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/advisory-committee/hrcac-index).

23 Zie 'Human Rights Council Advisory Committee Concludes Its 31st Session', [www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/human-rights-council-advisory-committee-concludes-its-31st-session?sub-site=HRCz](http://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/human-rights-council-advisory-committee-concludes-its-31st-session?sub-site=HRCz), 23 februari 2024.

24 'Introduction to the Committee- Human Rights Committee', *OHCHR*

25 Zie 'Human Rights Council Advisory Committee Concludes Its 31st Session', [www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/human-rights-council-advisory-committee-concludes-its-31st-session?sub-site=HRC](http://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/human-rights-council-advisory-committee-concludes-its-31st-session?sub-site=HRC), 23 februari 2024.

26 Zie 'Thirty-first session of the Human Rights Council Advisory Committee to take place from 19 to 23 February 2024' [www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/thirty-first-session-human-rights-council-advisory-committee-take-place-19?sub-site=HRC](http://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/thirty-first-session-human-rights-council-advisory-committee-take-place-19?sub-site=HRC), 14 februari 2024

27 Resolutie A/HRC/RES/51/3 van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (13 oktober 2022), *Neurotechnology and human rights*.

op het gebied van mensenrechten die voortvloeien uit neurotechnologie kunnen worden aangepakt door de Mensenrechtenraad (en diens speciale procedures en ondergeschikte organen) op een coherente, holistische, inclusieve en actiegerichte manier.<sup>28</sup> In Resolutie 51/3 geeft de Raad aan dat neurotechnologie het mogelijk zou kunnen maken om het menselijk brein rechtstreeks te verbinden met digitale netwerken via apparaten en procedures die onder andere kunnen worden gebruikt om toegang te krijgen tot het neurale systeem van de persoon, en het te monitoren en manipuleren.<sup>29</sup> De Raad erkent het grote potentieel van neurotechnologie en de veelbelovende rol daarvan voor de algemene gezondheid en innovatie, maar maakt zich tegelijkertijd ook zorgen over ontwikkelingen en/of toepassingen van deze technologie die ethische, juridische en maatschappelijke vragen kunnen oproepen die moeten worden aangepakt, ook op het gebied van mensenrechten.<sup>30</sup> Het Adviserend Comité zal het rapport tijdens de 57<sup>e</sup> sessie van de Raad in september 2024 presenteren.<sup>31</sup>

Het tweede thema betreft implicaties voor de mensenrechten van nieuwe en opkomende technologieën in het militaire domein.<sup>32</sup> In Resolutie 51/22 geeft de Raad aan dat humanitair oorlogsrecht en mensenrechten intrinsiek en onlosmakelijk aan elkaar zijn verbonden, waardoor het gebruik van nieuwe en opkomende technologieën in het militaire domein onder bepaalde omstandigheden het plegen van zowel schendingen van het humanitair oorlogsrecht alsook mensenrechtenschendingen vergemakkelijken en bevorderen.<sup>33</sup> De Raad uit specifiek zorgen over de mogelijkheid dat nieuwe technologieën in het militaire domein vertrouwen op niet-representatieve datasets, op algoritmen gebaseerde programmering en op machinale leerprocessen waarbij bestaande patronen van structurele discriminatie, marginalisering, sociale ongelijkheid, stereotypen en vooroordelen kunnen worden overgenomen.<sup>34</sup> Dit zou een mensenrechtensituatie kunnen verergeren en een gevaarlijke onvoorspelbaarheid creëren.<sup>35</sup> Het Adviserend Comité zal het rapport tijdens de zestigste sessie van de Raad presenteren.<sup>36</sup>

### VN-Kinderrechtencomité

Van 15 januari tot 2 februari vond de 95<sup>e</sup> sessie van het Kinderrechtencomité plaats. Het Comité beoordeelde de naleving van het Kinderrechtenverdrag door Bulgarije, Congo, Litouwen, Rusland,

28 Zie 'Neurotechnology and human rights', [www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/advisory-committee/neurotechnologies-and-human-rights](http://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/advisory-committee/neurotechnologies-and-human-rights).

29 Resolutie A/HRC/RES/51/3 van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (13 oktober 2022), *Neurotechnology and human rights*.

30 Resolutie A/HRC/RES/51/3 van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (13 oktober 2022), *Neurotechnology and human rights*.

31 Resolutie A/HRC/RES/51/3 van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (13 oktober 2022), *Neurotechnology and human rights*.

32 Resolutie A/HRC/RES/51/22 van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (11 oktober 2022), *Human rights implications of new and emerging technologies in the military domain*.

33 Resolutie A/HRC/RES/51/22 van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (11 oktober 2022), *Human rights implications of new and emerging technologies in the military domain*.

34 Resolutie A/HRC/RES/51/22 van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (11 oktober 2022), *Human rights implications of new and emerging technologies in the military domain*.

35 Resolutie A/HRC/RES/51/22 van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (11 oktober 2022), *Human rights implications of new and emerging technologies in the military domain*.

36 Zie 'Human rights implications of new and emerging technologies in the military domain', OHCHR.

Senegal en Zuid-Afrika.<sup>37</sup> Ook Israël zou tijdens deze sessie onder de loep genomen worden, maar de regering van Netanyahu heeft besloten om deelname uit te stellen. Dit tot grote spijt van het Comité – de rechten van kinderen onder de effectieve controle van Israël worden momenteel ernstig geschonden, op een niveau dat in de recente geschiedenis zelden is gezien. De dialoog is verplaatst naar september, in de tussentijd zal het Comité een aanvullende *list of issues* naar Israël sturen over de situatie van kinderen in zowel Israël als de bezette Palestijnse Gebieden sinds de aanval van Hamas van 7 oktober 2023.<sup>38</sup>

Rusland heeft de periode 2018-2027 uitgeroepen tot ‘het decennium van het kind’. Het Comité is verontrust over berichten over de arrestatie en vervolging van kinderen wegens het uiten van hun politieke mening, onder andere op grond van de in maart 2022 ingevoerde wet die administratieve en strafrechtelijke aansprakelijkheid invoert voor het ‘in diskrediet brengen van het Russische leger.’ Daarnaast heeft het Comité alarm geslagen over de inmenging van het Kremlin in het onderwijs en de systematische propaganda op scholen over de oorlog tegen Oekraïne. Zo is er een nieuw geschiedenisboek geschreven en een handleiding voor leraren om het standpunt van de regering over de oorlog ‘correct’ over te brengen.<sup>39</sup> Ook zijn er vragen gesteld over het omkomen van 302 jongens en 243 meisjes als gevolg van willekeurige aanvallen op Oekraïne, en over de terugkeer van de ontvoerde Oekraïense kinderen. Aan het einde van de dialoog werd aangedrongen op het beëindigen van de militaire operaties in Oekraïne om verdere verwoestende gevolgen voor zowel Oekraïense als Russische kinderen te voorkomen.<sup>40</sup>

Ten aanzien van Bulgarije was het Comité bezorgd over de hoge uitval- en ziekteverzuimcijfers op scholen, de slechte kwaliteit van het onderwijs en de verschillen in opleidingsniveau en resultaten voor kinderen in kansarme situaties. Ook dient het kinderrechtssysteem hervormd te worden, zo heeft het Comité aangeraden om te zorgen dat kinderen onder de minimumleeftijd van strafrechtelijke aansprakelijkheid daadwerkelijk niet aan strafmaatregelen worden onderworpen. In Congo is een kinderparlement opgericht en het land heeft het Haags Verdrag inzake de bescherming van kinderen en samenwerking op het gebied van internationale adoptie geratificeerd. Er waren echter grote zorgen over het feit dat geboortes niet adequaat geregistreerd worden, en het feit dat kinderen onder de zestien jaar economische actief zijn. Met name in gevaarlijke industrieën, zoals in de goudwinning en op afval- en stortplaatsen, dient de grondwettelijke leeftijdsgrens gehandhaafd te worden. Litouwen heeft een amendement op de nationale kinderrechtenwet aangenomen die alle vormen van geweld tegen kinderen verbiedt. Het Comité blijft echter bezorgd over de aanhoudende acceptatie van bijvoorbeeld lijfstraffen binnen families. Om de gezondheid van adolescenten te verbeteren riep het Comité tevens op abortus onder alle omstandigheden te decriminaliseren en te zorgen voor veilige toegang ertoe. Ten aanzien van Senegal waren grote zorgen over het grote aantal meisjes dat slachtoffer is van vrouwelijke genitale verminking. Daarnaast dient het land zorg te dragen voor het uitbannen van kindhuwelij-

37 ‘Committee on the Rights of the Child Closes Ninety-Fifth Session after Adopting Concluding Observations on the Reports of the Republic of the Congo, Bulgaria, Senegal, the Russian Federation, Lithuania and South Africa’ *OHCHR*, 2 februari 2024.

38 ‘Child Rights Committee statement on children in Gaza’, *OHCHR* 8 februari 2024.

39 ‘UN Child Rights Committee publishes findings on Bulgaria, Congo, Lithuania, Russian Federation, Senegal and South Africa’, *OHCHR* 8 februari 2024.

40 ‘Experts of the Committee on the Rights of the Child Commend the Russian Federation on the Reduction in Child Mortality Rates, Ask about Propaganda in Schools and the Impact of the War in Ukraine on Children’, *OHCHR* 23 januari 2024.

ken en de wettelijke huwelijksleeftijd op achttien jaar te brengen. Ook was het Comité verontrust over het hoge aantal tienerzwangerschappen en de criminalisering van abortus. Zeker voor de slachtoffers van incest en verkrachting dient er veilige toegang te zijn tot abortus. Tot slot sprak het Comité Zuid-Afrika, waar het Comité zijn zorgen uitte over de hoge aantallen van geweld tegen kinderen, met name seksuele uitbuiting en misbruik, huiselijk geweld, aanvallen op kinderen met albinisme en online misbruik. Ook de sterfte onder pasgeborenen, zuigelingen en kinderen onder de vijf jaar als gevolg van ziekten die voorkomen hadden kunnen worden, en het hoge aantal van ondervoeding van kinderen dient aangepakt te worden.<sup>41</sup>

Verder heeft het Comité in tien zaken een beslissing genomen, waarbij er in twee zaken een schending van het Kinderrechtenverdrag is aangenomen. In een zaak tegen Paraguay is een schending aangenomen als gevolg van gerechtelijke vertragingen, en in een zaak tegen Spanje als gevolg van gebrek aan onderwijs voor een kind met de Marokkaanse nationaliteit.<sup>42</sup> Ook is het Comité begonnen met Algemeen Commentaar 27 over het realiseren van het recht op toegang tot de rechter en effectieve rechtsmiddelen voor kinderen.<sup>43</sup>

Op 8 februari heeft Ann Skelton, de voorzitter van het Comité, een statement uitgebracht over kinderen in de Gazastrook. Skelton geeft aan dat van al deze kinderen hun kindertijd is ontnomen, zij zijn getraumatiseerd en de oorlog zal een permanente impact hebben op hun mentale gezondheid; en per dag verliezen meer dan tien kinderen een of beide benen. Skelton haalde ook de uitspraak van het Internationale Gerechtshof van 26 januari aan, waarin de Zuid-Afrikaanse claim dat Israël genocide pleegt in Gaza 'aannemelijk' wordt geacht. Het Comité roept opnieuw op tot een onmiddellijk staakt-het-vuren, het leveren van humanitaire hulp en de vrijlating van alle gegijzelden. Ook sprak ze over de stopzetting van donaties aan hulporganisatie UNRWA en riep staten op hun beslissing te heroverwegen.<sup>44</sup>

### Vrouwenrechtencomité

De 87<sup>e</sup> sessie van het Vrouwenrechtencomité (CEDAW-Comité) vond plaats van 29 januari tot 16 februari. Zoals in de vorige kroniek besproken was Nicaragua tijdens de vorige sessie afwezig. De observaties die het Comité toen voorlopig heeft aangenomen zijn tijdens deze 87<sup>e</sup> sessie definitief aangenomen. Verder werden de Centraal Afrikaanse Republiek, Djibouti, Griekenland, Italië, Niger, Oman, Tadzjikistan en Turkmenistan onder de loep genomen.<sup>45</sup>

Ten aanzien van de Centraal Afrikaanse Republiek verwelkomde het Comité de oprichting van een speciaal strafhof voor de veroordeling van gendergerelateerd geweld tegen vrouwen, onder andere gepleegd door leden van gewapende groepen. Het voorduren van gendergerelateerd

41 'UN Child Rights Committee publishes findings on Bulgaria, Congo, Lithuania, Russian Federation, Senegal and South Africa', *OHCHR* 8 februari 2024.

42 'Committee on the Rights of the Child Closes Ninety-Fifth Session after Adopting Concluding Observations on the Reports of the Republic of the Congo, Bulgaria, Senegal, the Russian Federation, Lithuania and South Africa', *OHCHR* 2 februari 2024.

43 Draft general comment No. 27 van het kinderrechtencomité van de Verenigde Naties (1 februari 2024), *on children's rights to access to justice and effective remedies*, *Un Doc. CRC/C/GC/27*.

44 'Child Rights Committee statement on children in Gaza', *OHCHR* 8 februari 2024.

45 'Committee on the Elimination of Discrimination against Women Closes Eighty-Seventh Session in Geneva', *OHCHR* 16 februari 2024.

geweld, waaronder verkrachting en mensenhandel, blijft echter een grote zorg. Met name ten aanzien van geweld tegen vrouwen en meisjes op het platteland of in door conflict getroffen gebieden dienen maatregelen genomen te worden. Door het gewapende conflict verzwakt ook de economische positie van vrouwen en meisjes. Ook vrouwen en meisjes in Djibouti lopen een groot risico om slachtoffer te worden van mensenhandel en seksuele uitbuiting, onder andere door buitenlandse militairen.<sup>46</sup> Meerdere landen, waaronder de Verenigde Staten, Frankrijk en China, hebben een militaire basis in Djibouti, gezien de strategische ligging naast de zeestraat Bab al-Mandab, het smalste deel van de Rode Zee.<sup>47</sup> Deze buitenlandse militairen dienen training te krijgen en strafrechtelijk ter verantwoording geroepen te worden voor gedwongen prostitutie en andere vormen van seksuele uitbuiting. Het Comité uitte daarnaast ook zorgen dat de aanwezigheid van militaire bases in plattelandsgebieden niet alleen het risico op seksuele uitbuiting vergroot, maar dat het testen van bewapende drones en ander oorlogsmateriaal ook gevolgen heeft voor de veiligheid en het levensonderhoud van vrouwen en meisjes in de regio.<sup>48</sup>

Griekenland staat bekend als land van herkomst én bestemming voor vrouwen en meisjes die worden verhandeld voor seksuele en arbeidsuitbuiting en een groot aantal meisjes werkt gedwongen in de prostitutie, waarover het Comité zorgen uitte. Daarnaast werd discriminatie van en geweld tegen vrouwelijke asielzoekers, vluchtelingen en migranten in de grensgebieden besproken. Ten aanzien van Italië uitte het Comité zorgen over het voortbestaan van seksisme en genderstereotypen, bijvoorbeeld over de rol van vrouwen en mannen binnen het gezin. Ook worden er vaak haatzaiende uitlatingen gedaan tegen LHBTQIA+-vrouwen en vrouwen met een handicap. Hoewel vrouwen nog altijd ondervertegenwoordigd zijn in de politiek waardeerde het Comité de benoeming van de eerste vrouwelijke premier, Giorgia Meloni. Over Niger uitte het Comité zorgen over het voortbestaan van kindhuwelijken. Het burgerlijk wetboek, waarin de minimumleeftijd voor het huwelijk vijftien is en dat ouders de mogelijkheid geeft om toestemming te geven als die van hun dochter uitblijft, dient snel gewijzigd te worden. Ten aanzien van Oman uitte het Comité zorgen over het feit dat de arbeidswet niet van toepassing is op huishoudelijk personeel, van wie de meesten migrantenvrouwen zijn. Hierdoor worden zij blootgesteld aan het risico op economische en fysieke uitbuiting, ook op buitenlandse ambassades. In Tadzjikistan zijn 150 zware of gevaarlijke beroepen nog altijd verboden voor vrouwen, in strijd met het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie. Dit dient aangepast te worden in de wet. Daarnaast uitte het Comité zorgen over het feit dat de aanhoudende detentie en deportatie van mannelijke asielzoekers uit Afghanistan veel vrouwen ertoe heeft gedwongen terug te keren naar Afghanistan, een land waar de feitelijke machthebbers een systeem hebben ontwikkeld van gendervervolging. Het Comité heeft Tadzjikistan aanbevolen om de veiligheid van met name vrouwelijke Afghaanse asielzoekers en vluchtelingen te garanderen en te waarborgen dat families niet gescheiden worden. Ten aanzien van Turkmenistan ten slotte benadrukte het Comité dat er meer maatregelen getroffen moeten worden om gendergerelateerd geweld,

46 'UN women's rights committee publishes findings on Central African Republic, Djibouti, Greece, Italy, Niger, Oman, Tajikistan and Turkmenistan', *OHCHR* 19 februari 2024.

47 Zie voor de huidige situatie 'Klein Afrikaans land Djibouti stabiele haven in ruige buurt' 7 maart 2024.

48 *OHCHR*, 'UN women's rights committee publishes findings on Central African Republic, Djibouti, Greece, Italy, Niger, Oman, Tajikistan and Turkmenistan', *NOS* 19 februari 2024.

inclusief huiselijk geweld, uit te bannen. Daarnaast waren er zorgen over de ondervertegenwoordiging van vrouwen in politieke functies. Zo is er slechts één vrouwelijke minister.<sup>49</sup>

Het Comité heeft drie individuele klachten behandeld tijdens deze sessie. Belarus heeft het Vrouwenrechtenverdrag geschonden met betrekking tot twee vrouwen in detentie. De vrouwen waren voor twaalf respectievelijk veertien dagen veroordeeld. Zij meenden dat de detentieomstandigheden vernederend en discriminerend voor vrouwen waren. Zo werkten er enkel mannelijke gevangenisbewaarders die hen 24 uur per dag in de gaten hielden, zelfs bij het omkleden, wassen en toiletgebruik. De deuren in de cellen hadden kijkgaatjes en er hingen ook camera's in de cel; er was dus geen enkele privacy. Er werd geen rekening gehouden met hun specifieke behoeften als vrouw, inclusief fysiologische en medische behoeften, aldus het Comité. De twee slachtoffers hebben recht op schadevergoeding. Twee andere klachten, die beide zagen op uitzetting, zijn niet-ontvankelijk verklaard door het Comité.<sup>50</sup>

Op 2 februari onderschreef het Comité een statement van verschillende speciaal rapporteurs en werkgroepen die zich bezighouden met de mensenrechtensituatie in Afghanistan en de rechten van vrouwen en meisjes. Het statement ging over de talloze berichten dat vrouwen en meisjes in Afghanistan willekeurig zijn vastgehouden en mishandeld omdat ze de kledingvoorschriften van de Taliban zouden hebben overtreden door te kleurrijke of strakke kleding te dragen. Sinds mei 2022 zijn alle vrouwen verplicht tot het dragen van de 'juiste hijab', waarbij het lichaam en gezicht bedekt zijn met een ruimvallende, zwarte boerka. Sommige vrouwen worden voor het overtreden van deze regels dagen of zelfs weken vastgehouden, in erbarmelijke omstandigheden.<sup>51</sup> Op 14 februari bracht het Comité zelf ook een statement uit over de schendingen van vrouwenrechten in Afghanistan sinds het aan de macht komen van de Taliban in augustus 2021. Afghanistan was in 2003 het eerste Islamitische land dat partij werd bij het Vrouwenrechtenverdrag zonder voorbehouden. De Taliban heeft echter alle vooruitgang weer teruggedraaid met hun conservatieve regelgeving die de rechten van vrouwen volledig tenietdoen. Zo mogen meisjes niet naar school, zijn vrouwen op vele plekken uitgesloten van werk, en zijn er de zeer strikte kledingvoorschriften. De uitsluiting van vrouwen in de gehele samenleving zou kunnen vallen onder gendervervolging, wat in het Statuut van Rome van het Internationaal Strafhof is erkend als een van de misdrijven tegen de menselijkheid en waarvoor de verantwoordelijken strafrechtelijk vervolgd dienen te worden.<sup>52</sup>

Op 16 februari publiceerde het Comité een statement over de situatie in Gaza, waarin het opriep tot een vreedzame en blijvende oplossing voor het conflict. Ook benadrukt het Comité de belangrijke rol van vrouwen in de vredesbesprekingen. De principes van het Vrouwenrechtenverdrag worden zwaar op de proef gesteld nu moeders in de Gazastrook in de afgelopen vier maanden ten minste 7.729 kinderen hebben moeten begraven, aldus het Comité. Elke dag brengen zo'n 180 vrouwen een kind ter wereld in een zeer benarde situatie. Het Comité roept Israël op

49 'UN women's rights committee publishes findings on Central African Republic, Djibouti, Greece, Italy, Niger, Oman, Tajikistan and Turkmenistan', *OHCHR* 19 februari 2024.

50 CEDAW/C/2024/1/CRP 'Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women 87<sup>th</sup> Session', hoofdstuk 5; 'Belarus: Discriminatory detention conditions and abusive treatment violated women inmates' rights, UN committee finds', *OHCHR* 7 maart 2024.

51 'Afghanistan: Taliban's arbitrary arrests and detention of women and girls over dress code must end immediately, UN experts say', *OHCHR* 2 februari 2024.

52 CEDAW Committee, 'Gender persecution: institutionalizes violations of women's human rights in Afghanistan' 15 februari 2024.



om zich te houden aan de voorlopige maatregelen opgelegd door het Internationaal Gerechtshof, waaronder het mogelijk maken van de levering van basisbehoeften en humanitaire hulp.<sup>53</sup>

### Het Comité voor de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden

Het Comité voor de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden (CMW) was deze periode niet in zitting, maar bracht in december wel twee belangrijke verklaringen uit. De eerste bouwt voort op de Klimaatop COP28 in Dubai en roept alle staten op de effecten van klimaatverandering en milieurampen aan te pakken als aanjagers van migratie.<sup>54</sup> Er werd ook opgeroepen tot de bescherming van migrerende werknemers die als gevolg van de klimaatverandering over internationale grenzen worden verdreven, waarbij werd gesteld dat de crisis tegen 2050 216 miljoen mensen wereldwijd zou kunnen dwingen om naar een ander land te verhuizen.<sup>55</sup> Ten tweede herinnerde het Comité op de 75<sup>e</sup> verjaardag van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, en op Internationale Migrantendag, staten aan hun wettelijke verplichtingen om de culturele rechten van arbeidsmigranten en hun gezinsleden te respecteren en te implementeren.<sup>56</sup> Hiermee gaf het Comité nogmaals uiting aan de bezorgdheid dat onderdrukking van culturele praktijken, het tolereren van stereotypen en negatieve verhalen over migranten en hun culturen van herkomst in gastsamenlevingen kunnen leiden tot discriminatie, wrok en zelfs geweld tegen migranten.<sup>57</sup> Volgens de Afdeling Bevolking van de VN zullen er in 2023 meer dan 281 miljoen migranten buiten hun land van herkomst of geboorte wonen, op een totale bevolking van 7,5 miljard.<sup>58</sup>

### Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten

Het Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten (CESCR) heeft zijn 75<sup>e</sup> zitting geopend met de bespreking van de landenrapporten van Indonesië, Irak, Ierland, Mauritanië, Roemenië en Zweden.<sup>59</sup> Om de context van de vergadering te schetsen, benadrukte de voorzitter van het Comité het feit dat bijna twee miljard mensen in oorlogsgebieden leven die als consequentie middelen wegnemen van de financiering van duurzame ontwikkeling, en het feit dat meer dan 750 miljoen mensen in extreme armoede leven.<sup>60</sup> Bij de beoordeling van de landenrapporten kwamen de volgende belangrijkste punten van zorg van het Comité tot het licht: de

53 'Gaza: When mothers have to bury at least 7,700 children, very basic principles are challenged, UN women's rights committee says', *OHCHR* 16 februari 2024.

54 'States must protect migrant workers displaced across international borders by climate change, UN Committee says', *CMW* 18 december 2023.

55 'States must protect migrant workers displaced across international borders by climate change, UN Committee says', *CMW* 18 december 2023.

56 'Respect cultural rights of migrants and members of their families', *CMW* 19 december 2023.

57 'Respect cultural rights of migrants and members of their families', *CMW* 19 december 2023.

58 'Respect cultural rights of migrants and members of their families', *CMW* 19 december 2023.

59 'Committee on Economic, Social and Cultural Rights Opens Seventy-Fifth Session', *CESCR* 12 februari 2024.

60 'Committee on Economic, Social and Cultural Rights Opens Seventy-Fifth Session', *CESCR* 12 februari 2024.

Zweedse Sami-landrechten en discriminatie in de huisvestingssector; de Indonesische wet voor het scheppen van banen in 2023, die de wettelijke vereisten voor de bosbouwwetgeving versoepelde door de minimumreserve van dertig procent van het stroom- en eilandgebied als bosgebied te schrappen; Iraks wetgeving gericht op het strafbaar maken van consensuele seks tussen personen van hetzelfde geslacht, wat mogelijk leidt tot de doodstraf en het gebruik van de term 'seksuele afwijking' in plaats van homoseksualiteit binnen de regering; Ierlands mogelijke aanpak van het probleem van woningschaarste door middel van een commerciële benadering in plaats van een recht; Mauritanië's vergemakkelijking van de toegang van slachtoffers van slavernij tot de burgerlijke stand en de implementatie van de nieuwe slavernijwetgeving; en tot slot Roemenië's problemen met corruptie en tewerkstelling van de Roma-bevolking.<sup>61</sup>

### Het Comité tegen foltering en het Subcomité preventie van foltering

Het Comité tegen foltering (CAT) en het Subcomité preventie van foltering (SPT) waren in deze periode niet in zitting, maar het SPT bevestigde wel zijn missies naar Albanië, Bolivia, de Democratische Republiek Congo, Gabon, Griekenland, Honduras, Mongolië en Nigeria in 2024.<sup>62</sup> Het benadrukte ook artikel 17 van het Facultatief Protocol waarin staat dat: 'Elke Staat die Partij is, zal ... één of meer onafhankelijke nationale preventiemechanismen onderhouden, aanwijzen of oprichten ter voorkoming van foltering op nationaal niveau'.<sup>63</sup> Het SPT publiceerde lijsten van niet-naleving, met de nadruk op de volgende landen: Afghanistan, Belize, Benin, Burundi, de Centraal-Afrikaanse Republiek, de Democratische Republiek Congo, Gabon, Ghana, Liberia, Nauru, Nigeria, de Palestijnse Gebieden, de Filipijnen en Zuid-Sudan.<sup>64</sup>

61 'UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights issues findings on Indonesia, Iraq, Ireland, Mauritania, Romania, and Sweden', *CESCR* 4 maart 2024.

62 'UN torture prevention body confirms missions to Albania, Bolivia, Democratic Republic of the Congo, Gabon, Greece, Honduras, Mongolia, and Nigeria in 2024', *CAT* 22 februari 2024.

63 UN torture prevention body confirms missions to Albania, Bolivia, Democratic Republic of the Congo, Gabon, Greece, Honduras, Mongolia, and Nigeria in 2024', *CAT* 22 februari 2024.

64 UN torture prevention body confirms missions to Albania, Bolivia, Democratic Republic of the Congo, Gabon, Greece, Honduras, Mongolia, and Nigeria in 2024', *CAT* 22 februari 2024.

## MYJ/MERING: MIGRANTEN, POPULISTISCHE WEERZIN EN STRAATSBURGSE VERPLICHTINGEN

Egbert Myjer \*

**Samenvatting** | Oud EHRM-rechter Egbert Myjer myj/mert over dat, ongeacht populistische weerzin met betrekking tot migranten, Straatsburgse verplichtingen blijven bestaan.

DOI | 10.54195/NTM.19058

Even dacht ik: was er maar meer en tijdig serieuze aandacht besteed aan het in 2022 bij uitgeverij Prometheus verschenen boekje *Humeurig volk, verkrampde politiek en hoe het anders kan*. Parlementair historicus, emeritus hoogleraar van de Universiteit Leiden en Universiteit Maastricht en oud-PvdA-senator Van de Berg schetst daarin hoe de Nederlandse politiek sinds de jaren negentig wordt geteisterd door drie kwalen tegelijk: vluchtigheid van kiezers die geen vaste partijen meer kennen; verruwing in het gedrag van parlementariërs en kiezersgroepen; versplintering op het politieke toneel dankzij een sterk gegroeid aantal fracties in de Tweede en Eerste Kamer. Niet alleen verliezen oude volkspartijen stelselmatig aanhang, maar het gat dat zij opvullen wordt opgevuld door een keur aan belangenpartijen en populistische groeperingen. Met betrekking tot populisme herhaalt hij tien al eerder door hem in de bundel *Korthedshalve, over recht en macht in de democratie*, vermelde eigenschappen. Ik citeer een klein stukje over de punten vijf tot en met zeven:

‘Het populisme kenmerkt zich (5) door een sterke weerzin tegen invloed die ongevraagd van buiten de groep of gemeenschap komt. Het is sociaal introvert en dus tegen globalisering en tegen een supranationale Europese Unie. Evenals tegen ‘hinderlijke’ minderheden, staat het populisme (6) vanuit zijn radicale meerderheidsdoctrine sterk wantrouwig tegenover instituties die voor meerderheidsbesluiten een rem zouden kunnen zijn: de rechterlijke macht, de Ombudsman, de Eerste Kamer, het provinciaal bestuur en het koningschap. Dat maakt populisme tegelijkertijd tot een stroming die wel de democratie onderschrijft, maar niet zonder meer de bijbehorende rechtsstaat. Naast de afkeer tegen internationalisering in eigen samenleving kent het populisme (7) ook weerzin tegen de internationalisering in eigen samenleving, in de culturele of etnische minderheden. Populisme gaat vaak samen met verschijnselen als antisemitisme en/of anti-islamisme en in het algemeen met ongelijke behandeling van migranten.’

En, voeg ik daar aan toe: wantrouwend tegen alles wat komt van het EHRM en niet in het eigen straatje past.

Nu ik deze Myjmering opschrijf is er nog lang geen duidelijkheid over hoe de uitslag van de verkiezingen van 22 november 2023 zich heeft vertaald in een nieuw kabinet. Maar ik moest nog eens extra denken aan het boekje van Van de Berg tegen de achtergrond van diverse opmerkingen die de Ierse president van het EHRM, O’Leary, maakte tijdens en rond de *Opening of the Judicial Year*, op 26 januari 2024. De 46 lidstaten van de Raad van Europa hebben het EVRM geratificeerd. Daarmee hebben ze zich ook verbonden om de rechten uit het EVRM te garanderen

- Prof. mr. B.E.P. Myjer is oud-rechter van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg en emeritus bijzonder hoogleraar Mensenrechten aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

aan eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht (artikel 1 EVRM). En alle 46 lidstaten hebben dat vorig jaar tijdens hun topontmoeting in Reykjavik van 16-17 mei 2023 nog eens uitdrukkelijk bevestigd in de zogenaamde *Reykjavik Declaration*:

'We reaffirm our deep and abiding commitment to the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as the ultimate guarantors of human rights across our continent, alongside our domestic democratic and judicial systems. We reaffirm our primary obligation under the Convention to secure to everyone within our jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention in accordance with the principle of subsidiarity, as well as our unconditional obligation to abide by the final judgments of the European Court of Human Rights in any case to which we are parties.'

Daarmee is bijvoorbeeld ook nog eens unaniem bevestigd de *case-law* van het EHRM met betrekking tot immigratie. Zie voor een uitgebreide samenvatting de *case-law guide on Immigration*, te vinden op de website van het EHRM.<sup>1</sup> En voor wat betreft uitzetting geldt als minimumregel:

'The Court has underlined that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens (*Khasanov and Rakhmanov v. Russia* [GC], 2022, § 93). A right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols. However, deportation, extradition, or any other measure to remove an alien may give rise to an issue under Article 3 and hence engage the responsibility of the Contracting State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if removed, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to remove the individual to that country (*Ilias and Ahmed v. Hungary* [GC], 2019, §§ 125-126).'

Het hele systeem van het EVRM is zo ingericht dat de eerste verantwoordelijkheid ligt bij de lidstaat, en bij de nationale rechter. Pas als de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput kan er een taak liggen voor het EHRM. De rechtsmacht van het EHRM strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het EVRM en de Protocollen daarbij die aan het EHRM worden voorgelegd (artikel 32 EVRM).

Subsidiariteit is daarbij een van de sleutelwoorden. Opmerkelijk: het *Judicial Seminar* dat pleegt vooraf te gaan aan de *Opening of the Judicial Year* en waaraan pleegt te worden deelgenomen door de presidenten of vertegenwoordigers van de hoogste nationale rechtscolleges was dit jaar gewijd aan *Revisiting subsidiarity in the age of shared responsibility*. Een *Seminar Background Paper* is te vinden op de website van het EHRM (aanklikken *events* en daarna aanklikken *2024 Seminar – Dialogue between Judges*). President O'Leary verduidelijkte dat sleutelwoord in haar inleiding tijdens het Seminar:

'As a tribute to one of my predecessors, Jean-Paul Costa, who sadly passed away last year, it's useful to reconvey the message with which he opened the 2010 seminar:

"The position of treaties in the hierarchy of legal instruments may vary from country to country. However, the Convention, a multilateral instrument for the collective enforcement 2/3 of rights, occupies a special place. National judges must interpret it, apply it, ensure that it prevails over rules or practices that are

1 'ECHR-KS', <https://ks.echr.coe.int/>.

incompatible with it. The more they do so, the less our Court will have to intervene, other than to act as a final rampart as its founding fathers intended.”

Following the entry into force of Protocol n° 15 in 2021, the Convention now contains an express reference to subsidiarity. But the protocol, it should be stressed, merely incorporated long-standing principles, deeply embedded in the Convention, as reflected in the Belgian Linguistics case which dates from 1968.

Subsidiarity as expressed in the Convention comprises two elements:

- an obligation for the States to implement the Convention guarantees, this being mainly an obligation of result rather than means, and
- an obligation for the Court to allow the national authorities to have the fullest opportunity to address a Convention complaint, however grievous, before it can examine the matter itself.’

En van (letterlijk) fundamenteel belang: het systeem berust op drie pijlers: democratie, rechten van de mens en de *rule of law*. Een democratisch gekozen meerderheid wordt door die pijlers in haar handelingsvrijheid beperkt. Als op nationaal niveau die meerderheid inbreuk gaat maken op de andere pijlers: de rechten van de mens of de *rule of law*, daaronder begrepen de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, zal uiteindelijk het EHRM kunnen ingrijpen. In het recente verleden werd dat bijvoorbeeld zeer duidelijk in zaken tegen Polen en Turkije.

Ook kan het EHRM in uitzonderlijke gevallen desgevraagd voorlopige maatregelen bevelen om een stop te zetten op anders niet terug te draaien acties van een nationale overheid. Dat staat verwoord in *Rule 39* van de *Rules of Court*. De Britse premier Sunak was begin van dit jaar nog aan het proberen om in het Verenigd Koninkrijk wetgeving te laten aannemen waarbij de overheid gerechtigd zou zijn een *Rule 39*-bevel naast zich neer te leggen. Het schandelijke woord *pyjama injunctions* was daarbij gevallen. En dat, terwijl de cijfers aantonen dat het EHRM maar zeer zelden klachten tegen het Verenigd Koninkrijk krijgt en in behandeling neemt en uiteraard nog veel minder vaak in Britse zaken *Rule 39* toepast. Zie daarover het uitstekende feitelijke overzicht van Grogan en Donald.<sup>2</sup>

Allicht vanwege juist die commotie liet president O’Leary zich eind januari 2024 ook uitvoerig uit over *Rule 39*. In het toen uitgekomen *Annual Report 2023*<sup>3</sup> stelt zij over die voorlopige voorzieningen:

‘Interim measures adopted under Rule 39 have continued to make headlines in 2023.

It is important to recall that a failure by a respondent State to comply with interim measures undermines the effectiveness of the right of individual application guaranteed by Article 34 of the Convention and the State’s formal undertaking in Article 1 to protect the rights and freedoms set forth in the Convention.

When issuing interim measures, which it does in exceptional cases where there is an imminent risk of irreparable harm, the Court exercises its jurisdiction to ensure observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and Protocols thereto, in accordance with Article 19 of the Convention, which jurisdiction extends to all matters concerning their interpretation and application, as provided in Article 32.

In 2023 certain States have continued to question, however, whether they are bound by interim measures and the Court has continued to find respondent States to have violated their Article 34 obligations when such measures were disregarded.<sup>8</sup>

2 ‘The UK’s ECHR record: how common are Rule 39 orders and how often is the UK found to have violated rights?’, <https://ukandeu.ac.uk/explainers/the-uks-echr-record-how-common-are-rule-39-orders-and-how-often-is-the-uk-found-to-have-violated-rights/>, 25 januari 2024.

3 ‘Annual Report 2023’, <https://www.echr.coe.int/annual-reports>.

As emphasised in my speech at the opening of the 2023 judicial year, in view of the vital role played by interim measures in the Convention system, it should be a cause of grave concern that some Contracting States are prepared to flout international rule of law requirements in this manner.

The binding nature of interim measures does not mean that the Court does not listen to comments and criticisms in relation to its decision-making processes. As part of the series of procedural reforms outlined above, in June and November 2023 the Plenary Court adopted several decisions clarifying and codifying its existing practice relating to interim measures. The proposed codification of the Court's well-established case-law on Rule 39 is presently the subject of an ongoing consultation procedure.

An updated Practice Direction accompanying the amended Rule 39 will be prepared and published following the consultation process. Since 1st December the Court has, inter alia, disclosed the identity of the judges who render decisions on interim measure requests and maintained the established practice of adjourning the examination of requests for interim measures and requesting the parties to submit information in those circumstances where the situation is not extremely urgent and where the information that the applicants could submit to the Court was insufficient to enable the Court to examine the request.

In 2024, it plans to commence issuing formal judicial decisions for the parties.'

Duidelijk is in elk geval dat, ongeacht populistische weerzin met betrekking tot migranten, Straatsburgse verplichtingen blijven bestaan. En ik kan me bijna niet voorstellen dat er in Nederland een politicus is te vinden die Sunak-je wil spelen.