

# Strafrechtelijke samenwerking & rechtsstatelijke normen

Overleveren in tijden van  
rechtsstatelijk verval





# Dubbelscriptie Rijksuniversiteit Groningen & Radboud Universiteit Nijmegen

Chiel (M.R.A.) Kuypers  
Rechtsgeleerdheid - Nederlands Recht

Onderzoeksmaster Publiekrecht:  
master Strafrecht (RU) & master Rechtswetenschappelijk Onderzoek (RUG)

Afstudeervakken: Staatsrecht & Strafrecht

Onder begeleiding van:

prof. mr. H.G. (Gerhard) Hoogers

Rijksuniversiteit Groningen

mr. dr. S.M.A. (Sjarai) Lestrade

Radboud Universiteit Nijmegen

## Strafrechtelijke samenwerking & rechtsstatelijke normen

Overleveren in tijden van rechtsstatelijk verval



## Aanleiding

De lidstaten Polen en Hongarije komen veelvuldig in het nieuws omdat zij – elk op eigen wijze – de rechtsstaat in eigen land ondermijnen. In Polen vergrootte de regeringspartij PiS de politieke invloed op de rechterlijke macht en in Hongarije zette president Orbàn onder meer de verdeling van kiesdistricten en de samenstelling van het Constitutionele Hof naar zijn hand.<sup>1</sup> Sinds enige jaren zijn beide landen hierdoor verwickeld in een voortdurend conflict met Europese instituties die de handhaving van het rechtsstaatsbeginsel tot een van hun kerntaken beschouwen. Met name de Europese Commissie stelt zich regelmatig op als hoeder van de *rule of law* en heeft in dat kader al vele inbreukprocedures aanhangig gemaakt jegens Polen, omdat het vond dat de hervormingen van de Poolse rechterlijke macht de rechterlijke onafhankelijkheid in gevaar brachten.<sup>2</sup> Ook Nederland voerde met 24 andere lidstaten indirecte druk uit op Polen en Hongarije middels het initiatief van de rechtsstaattoets bij het Coronaherstelfonds en de nieuwste meerjarenbegroting van de EU.<sup>3</sup> Dit nieuwe mechanisme moet bewerkstelligen dat lidstaten die de beginselen van de democratische rechtsstaat schenden, kunnen worden gekort op EU-gelden.<sup>4</sup>

De Europese samenwerking lijkt aldus te worden voorzien van een rechtsstatelijk voorbehoud. Het is de vraag in hoeverre dit voorbehoud ook geldt voor de strafrechtelijke samenwerking in overleveringszaken. Die samenwerking is juist gestoeld op het idee dat het onderling uitleveren van verdachten en veroordeelden niet onnodig gecompliceerd hoeft te zijn omdat er sprake is van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten. De gebondenheid van alle lidstaten aan waarden als vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat, eerbied voor de menselijke waardigheid en eerbiediging van de mensenrechten, ligt aan de basis van dit vertrouwen.<sup>5</sup> Door het handelen van lidstaten als Polen en Hongarije brokkelt dit idee van Europa als waardengemeenschap echter behoorlijk af, en wordt een soepele strafrechtelijke samenwerking bemoeilijkt. In de zomer van 2020 schortte de Internationale Rechtshulpkamer (IRK) van de Rechtbank Amsterdam de behandeling van uit Polen afkomstige Europese aanhoudingsbevelen zelfs tijdelijk op omdat het vond dat de Poolse rechtbanken niet langer onafhankelijk waren ten opzichte van de Poolse regering en het Poolse parlement.<sup>6</sup> Het wilde eerst antwoord op enkele prejudiciële vragen gericht aan het Hof van Justitie in Luxemburg over de toelaatbaarheid van de overlevering aan Polen.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> HvJEU 15 juli 2021, C -791/19, ECLI:EU:C:2021:596; Zie tevens Rapport Europese Commissie 2020, bijlagen Landenhoofdstukken Polen en Hongarije (online publiek). Daarnaast voor Polen: Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Interim report 20 juli 2020, A9-0138/2020.

<sup>2</sup> M. Peepkorn, 'Brussel stelt Polen keihard ultimatum over respecteren rechtsstaat', *de Volkskrant* 19 juli 2021.

Redactie Nieuwsuur, 'Gaan Europese politici de strijd aan voor de rechter?', *Nieuwsuur* 10 juni 2021, [nieuwsuur.nl](https://nieuwsuur.nl).

Redactie Trouw, 'Brussel wil dwangsom voor Polen in ruzie over rechtsstaat', *Trouw* 7 september 2021.

<sup>3</sup> M. Peepkorn, 'EU-akkoord over rechtsstaattoets, budget en herstelfonds veiliggesteld. Leiders spreken van 'doorbraak'', *de Volkskrant* 10 december 2020

<sup>4</sup> Verrest, *NtER* 2021, afl. 3/4, p. 82.

<sup>5</sup> Sanders 2014, p. 185.

<sup>6</sup> Het stelde vervolgens prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie in Luxemburg over de toelaatbaarheid van de overlevering van een verdachte aan Polen. Persbericht: Rechtbank Amsterdam, 'Poolse rechtbanken niet langer onafhankelijk: IRK stelt vragen aan Hof van Justitie', *de Rechtspraak* 31 juli 2020, [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl). Uitspraak: Rb. Amsterdam, 31 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3776.

<sup>7</sup> Zie voor antwoord op de prejudiciële vragen het arrest: HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20, ECLI:EU:C:2020:1033, *EHRC* 2021/17 m.nt. Lestrade (*L & P*).

Het Hof van Justitie heeft zich in prejudiciële procedures als deze reeds meerdere malen moeten uitspreken over de mogelijkheid de overlevering te weigeren in het kader van dreigende mensenrechtenschendingen.<sup>8</sup> Hoewel het Europese kaderbesluit waarin de overlevering is geregeld die mogelijkheid in beginsel niet biedt vanwege het verondersteld wederzijds vertrouwen, heeft het Hof van Justitie weigering in exceptionele gevallen toch toegestaan.<sup>9</sup> Het uitgebreide toetsingskader dat het Hof hiervoor heeft uiteengezet heeft echter niet kunnen voorkomen dat er vragen blijven rijzen over hoe de overleveringsrechter moet omgaan met verzoeken tot overlevering vanuit Polen. Die vragen worden alsmat prangender wanneer een verdere achteruitgang in de rechtsstaatsituatie in Polen kan worden bmerkt.

## Probleem- & Vraagstelling

De Poolse rechtsstaatcrisis raakt zowel aan de Europese kernwaarden – met in het bijzonder het rechtsstaatsbeginsel – als aan de doeltreffendheid van de strafrechtelijke samenwerking in de EU. De strafrechtelijke samenwerking op het gebied van het overleveren van verdachten of veroordeelden, die gebaseerd zou moeten zijn op wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, dreigt door het wegvallen van die vertrouwensbasis ten aanzien van Polen steeds moeizamer of zelfs onhoudbaar te worden.

De (Nederlandse) overleveringsrechter belandt daarbij in een benarde positie omdat een fundamenteel probleem aangaande de Poolse rechtsstaat wordt gereduceerd tot een concrete overleveringszaak. Hoe moet de Nederlandse overleveringsrechter zich in deze problematiek verhouden?

De centrale onderzoeksvraag luidt: *Welke positie kan en moet de Nederlandse overleveringsrechter innemen bij EAB's uit Polen enerzijds in het licht van artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest en anderzijds gelet op diens positie en de onderscheidenlijk posities en bevoegdheden van actoren binnen de EU om te ageren tegen structurele gebreken in een lidstaat?*

Deze vraag valt uiteen in de volgende te beantwoorden deelvragen:

### 1. Wat houdt de overlevering in?

De ontwikkelingen binnen de Poolse rechtsstaat en de consequenties hiervan voor Europese samenwerking op het gebied van strafzaken – meer specifiek het overleveren van personen – vormen een interessante en complexe problematiek. Het onderzoeken hiervan vraagt primair om kennis van het rechtsinstrument waarbinnen deze problematiek zich afspeelt. Daarom moeten allereerst enkele vragen omtrent de overlevering worden gesteld: Hoe is men gekomen tot dit rechtsinstrument op basis van het Kaderbesluit EAB? Welke grondslag en ratio zit er achter? En hoe beïnvloedt deze ratio de mogelijkheid om van overlevering van verdachten of veroordeelden af te zien?

---

<sup>8</sup> Beginnend bij het arrest *Aranyosi*: HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*). En later ook, voor wat betreft weigering in het kader van een dreigende schending van artikel 6 EVRM, in het arrest *LM*; HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, *EHRC* 2018/190 m.nt. Van Kruisbergen en Krommendijk (*LM*).

<sup>9</sup> Enkel de overwegingen 10 en 13 bij het Kaderbesluit zeggen iets over mensenrechten.

2. In hoeverre kunnen dreigende mensenrechtenschending anno 2022 leiden tot weigering van de overlevering?

Kunnen zij ertoe leiden dat de overlevering geen doorgang vindt? Welke jurisprudentie heeft tot deze mensenrechtenexcepties geleid, wat zijn de daarin aangelegde maatstaven en hoe verhouden zij zich tot het beginsel van wederzijdse erkenning en het daaraan ten grondslag liggende wederzijdse vertrouwen tussen lidstaten?

3. Welke ontwikkelingen hebben zich voorgedaan binnen de Poolse rechtsstaat en op welke wijze kunnen en zijn Europese instituties opgetreden tegen deze ontwikkelingen?

Hoe is de Poolse rechtsstaat veranderd in de jaren van 2015 tot nu? In welke mate hebben hervormingen van de Poolse rechterlijke macht hun weerslag gehad op de onafhankelijkheid van rechters in Polen?

Naast een beschrijving van deze ontwikkelingen is het relevant te onderzoeken hoe hierop vanuit de EU is gereageerd, aangezien het rechtsstaatbeginsel een kernwaarde van de EU vormt: Welke bevoegdheden zijn ingezet door verschillende actoren binnen de Unie en welk effect hebben zij gehad of mag in de nabije toekomst van de inzet van deze bevoegdheden worden verwacht?

4. Welke positie kan de Nederlandse overleveringsrechter innemen bij beoordeling van Poolse EAB's, in het kader van de Poolse rechtsstaatscrisis?

Bij zijn positiebepaling is de Nederlandse overleveringsrechter uiteraard afhankelijk van de ruimte die verschillende normatieve kaders bieden om de overlevering aan Polen te weigeren:

Welke ruimte biedt de Nederlandse Overleveringswet om de overlevering te weigeren in zaken waarbij EAB's zijn uitgevaardigd vanuit Polen? Hoe verhoudt deze ruimte zich tot de maatstaven die voor weigering zijn vastgesteld conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie? Strookt de toetsingsmaatstaf van het Hof van Justitie met het beschermingsniveau dat wordt geboden door artikel 6 EVRM (dat correspondeert met artikel 47 HvEU conform artikel 52 lid 3 HvEU)?

Biedt een van deze normatieve kaders ter beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering, ruimte om in zijn algemeenheid af te zien van de overlevering aan Polen?

5. Synthese: Wat moet de Nederlandse overleveringsrechter doen in concrete overleveringszaken waarin hij zich geconfronteerd ziet met de implicaties van de Poolse rechtsstaatsituatie voor de overleveringspraktijk?

Deze vraag wordt beantwoord met in achtneming van verschillende facetten aan de overlevering die in eerdere hoofdstukken zijn langsgekomen en die de overlevering aan Polen tot een complex vraagstuk maken. Daartoe behoren bijvoorbeeld: de jurisprudentie van het Hof van Justitie, de feitelijke en actuele rechtsstaatsituatie in Polen, de inzet vanuit de EU van handhavingsmechanismen ter bescherming van het rechtsstaatbeginsel en de verdragsverplichtingen uit hoofde van het EVRM.





# Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Grondslag, ontstaan en fundamenten van de overlevering .....	9
1.1 Oorsprong van het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel .....	9
1.1.1 Invulling geven aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid .....	9
1.1.2 Doelstelling van het Kaderbesluit .....	11
1.1.3 Tussenconclusie .....	12
1.2 De overleveringsregeling – de inhoud van het Kaderbesluit EAB .....	13
1.2.1 Het Europees aanhoudingsbevel .....	13
1.2.2 Toepassingsbereik van de overlevering .....	13
1.2.3 Voorwaarden voor overlevering – weigeringsgronden uit het Kaderbesluit .....	14
1.2.4 Rechterlijke autoriteiten .....	16
1.2.5 De overlevering als geüniformeerde procedure .....	17
1.3 Fundamenten van de overlevering .....	18
1.3.1 Wederzijdse erkenning .....	18
1.3.2 Wederzijds vertrouwen .....	20
1.4 Weigering en de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen .....	23
1.4.1 Het aangaan van het Kaderbesluit: de verplichting tot overlevering & verondersteld vertrouwen .	23
1.4.2 Consequenties van deze fundamenten voor de overlevering .....	24
1.5 Concluderende opmerkingen .....	26
Hoofdstuk 2: Mensenrechtenschendingen als overleveringsbeletsel anno 2022 .....	27
2.1 Kritiek op de absolute werking van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen .....	28
2.2 Eerbiediging van mensenrechten als uitzondering op de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen – de zaak <i>Aranyosi</i> .....	29
2.3 Het recht op een onafhankelijk gerecht als overleveringsbeletsel - Het arrest <i>LM</i> .....	32
2.4 Betekenis van het arrest <i>LM</i> voor de overlevering aan Polen .....	35
2.4.1 Geen automatisme maar onderzoek en dialoog bij de behandeling van Poolse EAB's .....	35
2.4.2 De dialoog tussen uitvoerende en uitvaardigende autoriteiten .....	37
2.5 Uitspraken van het HvJ aangaande de overlevering aan Polen, na <i>LM</i> .....	39
2.6 Kritiek op de concrete toets bij een dreigende schending van 6 EVRM .....	42
2.7 Concluderende opmerkingen .....	45
Hoofdstuk 3: De rechtsstaatsituatie in Polen .....	49
3.1 Rechtsstatelijk achteruitgang in Polen: een analyse van de jaren 2015-2022 .....	49
3.1.1 Het onconstitutionele Constitutioneel Hof .....	50
3.1.2 De Poolse Nationale Raad voor Justitie - Krajowa Rada Sądownictwa (KRS) .....	54
3.1.3 Hervormingen ten aanzien van het Hooggerechtshof en lagere rechterlijke instanties .....	58
3.1.4 De Minister van Justitie tevens Procureur-Generaal .....	66
3.1.5 De Muilkorfwet van 2019 - sluitsteen in de Poolse rechtstatelijke crisis .....	72
3.1.6 Tussenconclusie ten aanzien van de Poolse rechtsstaatsituatie .....	75

3.2	Handhaving van het rechtsstaatbeginsel binnen de Europese Unie.....	77
3.2.1	Kernwaarden en handhavingsmechanismen .....	77
3.2.2	De artikel 7-procedure nader belicht.....	79
3.2.3	Het conditionaliteitsregime.....	82
3.3	Concluderende opmerkingen .....	83
Hoofdstuk 4: De positie van de Nederlandse overleveringsrechter inzake de Poolse rechtstaatscrisis .....		
		87
4.1	Artikel 11 Overleveringswet en het toetsingskader van het Hof van Justitie .....	87
4.2	De <i>LM</i> -doctrine en het beschermingsniveau van artikel 6 EVRM.....	90
4.2.1	Relativering van de exclusiviteit van het Luxemburgse toetsingskader .....	90
4.2.2	Het Bosphorus vermoeden - wederzijds vertrouwen tussen Straatsburg en Luxemburg .....	92
4.2.3	Het Toetsingskader van het EHRM in EAB-zaken: convergentie en divergentie met de toetsingsmaatstaf van het Hof van Justitie .....	95
4.3	De toevlucht tot EHRM-rechtspraak inzake rechterlijke onafhankelijkheid .....	98
4.3.1	Schending(en) van het recht op een onafhankelijke rechter door Polen .....	99
4.3.2	Het veralgemeniseren van de schending van artikel 6 lid 1 EVRM .....	103
4.3.3	Doorbreking van de inconsistente benadering van rechterlijke onafhankelijkheid .....	106
4.4	Concluderende opmerkingen .....	109
Hoofdstuk 5: Synthese.....		
		112
	De overlevering in 2022 - breuklijnen in een gelaagd fundament .....	112
	De aanval op rechterlijke onafhankelijkheid & het gebrek aan <i>rule of law enforcement</i> .....	114
	Een nieuwe positie voor de Nederlandse overleveringsrechter: afwijking ter conformering .....	115
Literatuurlijst.....		
		117

## Lijst met afkortingen:

BverfG	Het Bundesverfassungsgericht (het constitutionele hof van de Bondsrepubliek Duitsland)
EAB	Europees aanhoudingsbevel
EU	Europese Unie
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvEU	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
IRK	Internationale Rechtshulpkamer bij de rechtbank Amsterdam
HvJ / HvJEU	Het Hof van Justitie van de Europese Unie
KEAB	Kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie
MvT	Memorie van toelichting
OvJ	Officier van Justitie
SUO	Schengen Uitvoeringsovereenkomst
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie



# Hoofdstuk 1: Grondslag, ontstaan en fundamenten van de overlevering

## *Inleiding*

In dit hoofdstuk staat allereerst de vraag centraal wat de overlevering als rechtsinstrument inhoudt. Hoe is de overleveringspraktijk ontstaan, wat zijn de karakteristieken en fundamenten van het systeem, en hoe werken deze door in de mogelijkheid de overlevering te weigeren? Ter beantwoording van deze vragen behandel ik in paragraaf 1 kort de ontstaansgeschiedenis van het Kaderbesluit betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie. Vervolgens wordt in paragraaf 2 ingegaan op de werkwijze die uit dit kaderbesluit volgt en waarmee de overlevering zich onderscheidt van het oude uitleveringsrecht. Daarna komen in paragraaf 3 de fundamenten van de overlevering aan bod; wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen. Hierna ga ik in paragraaf 4 in op de implicaties die deze beginselen hebben op de mogelijkheid van overlevering af te zien in het kader van dreigende (flagrante) mensenrechtenschendingen. Ik sluit af met enkele concluderende opmerking in paragraaf 5.

## 1.1 Oorsprong van het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel

### 1.1.1. Invulling geven aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid

Bij het Verdrag van Amsterdam uit 1997 werd de derde pijler van de Europese Unie hernieuwd.<sup>10</sup> Dat betekende dat de Unie vanaf 1997 mede tot doel zou hebben de: ‘handhaving en ontwikkeling van de Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid’.<sup>11</sup> Deze doelstelling werd neergelegd in artikel 29 (oud) EU-verdrag, dat de juridische grondslag vormde voor de Europese strafrechtelijke samenwerking.<sup>12</sup> Het creëren van een ruimte van ‘vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid’ middels strafrechtelijke samenwerking, moest antwoord bieden op de toename van grensoverschrijdende criminaliteit die het ongewild gevolg was van het verdwijnen van de binnengrenzen in een interne markt en het vrij verkeer van personen.<sup>13</sup>

Artikel 29 (oud) beschrijft hoe het verwezenlijken van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een gezamenlijk optreden van de lidstaten vereiste op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken dat zich zou richten op het voorkomen en bestrijden van al dan niet georganiseerde criminaliteit, met name terrorisme, mensenhandel en misdrijven tegen kinderen, illegale drugshandel en illegale wapenhandel, corruptie en fraude.<sup>14</sup> De nauwere samenwerking tussen

---

<sup>10</sup> De eerste – communautaire – pijler wordt gevormd door de drie gemeenschapsverdragen (EG, EKGS, EGA). De tweede pijler heeft betrekking op het gemeenschappelijk buitenlandse- en veiligheidsbeleid van de lidstaten; Barents 1997, p. 6; zie tevens Glerum 2013, p. 57. De pijlerstructuur verdween met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon; Glerum 2013, p. 57.

<sup>11</sup> ‘Co-operation in the area of justice and home affairs’ uit het Verdrag van Maastricht werd veranderd in ‘to maintain and develop the Union as an area of freedom, security and justice’, Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997. (*PbEG* 97/C 340/01)

<sup>12</sup> Glerum 2013, p. 57. Art. 29 is sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (1 december 2009), art. 67 VWEU.

<sup>13</sup> Gaever 2013, p. 1; zie ook Glerum 2013, p. 115

<sup>14</sup> art. 29 tweede alinea (oud) EU-verdrag.

justitiële en andere bevoegde autoriteiten van de lidstaten waar artikel 29 over spreekt, wordt geëxpliciteerd in de artikelen 31 en 32. Ingevolge artikel 31 lid 1 (oud) VEU omvat dit gezamenlijk optreden op het gebied van de justitiële samenwerking in strafzaken onder meer het vergemakkelijken en bespoedigen van de samenwerking tussen de bevoegde ministeries en de justitiële of gelijkwaardige autoriteiten van de lidstaten met betrekking tot procedures en of de tenuitvoerlegging van beslissingen en het vergemakkelijken van uitlevering tussen lidstaten. De hernieuwde derde pijler van de Unie – het creëren van een Europese rechtsruimte – vormt daarmee vooral een taakstelling om instrumenten van intensieve justitiële samenwerking op te zetten.<sup>15</sup>

Voordat het verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999 in werking zou treden, moesten de instellingen van de Unie en de lidstaten zich erop beraden hoe zij de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid zouden invullen.<sup>16</sup> Op de bijzondere Europese Raad in Tampere in oktober 1999, nemen de daar samengekomen staatshoofden en regeringsleiders enkele belangrijke conclusies in het kader van de ruimte voor vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.<sup>17</sup> De belangrijkste conclusie is dat het beginsel van wederzijdse erkenning van rechtelijke beslissingen de hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Unie moet worden in zowel burgerlijke als strafzaken.<sup>18</sup> Daarnaast concludeert de Europese Raad dat de formele uitleveringsprocedure voor veroordeelden – ter fine van tenuitvoerlegging van de straf - moet worden afgeschaft. Ook moet voor de overlevering ten behoeve van strafvervolgung een snelle uitleveringsprocedure worden overwogen zonder daarbij afbreuk te doen aan ‘het beginsel van een eerlijke behandeling in rechte’. De Europese Raad verzoekt de Commissie voorstellen terzake in te dienen.<sup>19</sup> In aanvulling hierop verzoekt het de Raad en de Commissie vóór december 2000 een programma van maatregelen goed te keuren om het beginsel van wederzijdse erkenning toe te passen.<sup>20</sup>

Het verheffen van het principe van wederzijdse erkenning tot de hoeksteen van Europese strafrechtelijke samenwerking geeft aldus aanleiding een programma aan maatregelen voor te stellen. Dat programma wordt door de Raad gepresenteerd in juli 2000.<sup>21</sup> Het wetgevingsprogramma bevat een tweetal maatregelen die op het punt van de uitlevering uitvoering geven aan de conclusies van de Europese Raad.<sup>22</sup> Het is in het kader van dit wetgevingsprogramma dat de Commissie komt met een voorstel voor een kaderbesluit van de Raad.<sup>23</sup> Uiteindelijk mondt dit uit in het *Kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie* (hierna: het Kaderbesluit).<sup>24</sup> In dit kaderbesluit is de uitleveringsprocedure voor

---

<sup>15</sup> Sanders 2014, p. 176.

<sup>16</sup> Glerum 2013, p. 116. In 1998 roept de Europese raad – samengekomen te Cardiff – de Commissie en de Raad van de Europese Unie op een actieplan te maken over de wijze waarop de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam over een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd; Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Cardiff 15 en 16 juni 1998, conclusie 39.

<sup>17</sup> COM(2000) 495 def., p. 3.

<sup>18</sup> Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Tampere 15 en 16 oktober 1999, conclusie nr. 33.

<sup>19</sup> Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Tampere 15 en 16 oktober 1999, conclusie nr. 35.

<sup>20</sup> Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Tampere 15 en 16 oktober 1999, conclusie nr. 37.

<sup>21</sup> *PbEG* 2001/C 12/02. Zie tevens Glerum 2013, p. 121.

<sup>22</sup> Specifiek conclusie 35; De eerste maatregel (maatregel 8) betreft het ‘Zoeken naar mogelijkheden om, ten minste voor de zwaarste strafbare feiten die in artikel 29 van het Verdrag betreffende de Europese Unie worden vermeld, een overdrachtsregeling uit te werken die gegrond is op de erkenning en de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het aanhoudingsbevel van de verzoekende justitiële autoriteit. Deze regeling moet met name bepalen onder welke voorwaarden het aanhoudingsbevel als een toereikende grondslag wordt aangemerkt voor de overdracht van de persoon door de bevoegde aangezochte autoriteiten, teneinde één rechtsruimte voor uitlevering te creëren.’ Daarnaast ziet maatregel 15 op de ‘Aanneming van een instrument tot intrekking van de formele uitleveringsprocedure door de overdracht naar de staat van veroordeling mogelijk te maken van een persoon die zich aan de tenuitvoerlegging tracht te onttrekken na een onherroepelijke veroordeling, overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (...)’ *PbEG* 15 januari 2001, C12/15,16.

<sup>23</sup> Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305. Zie tevens overwegingen 1 & 2 bij Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/1.

<sup>24</sup> Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/1.

personen die zijn veroordeeld niet afgeschaft conform een van de conclusies uit Tampere.<sup>25</sup> Wel is voor deze personen evenals voor personen die nog slechts worden verdacht van een strafbaar feit een nieuwe uitleveringsprocedure in het leven geroepen op basis van een uniform Europees arrestatiebevel: de overlevering.<sup>26</sup> Het is het eerste voorstel van het programma aan maatregelen gebaseerd op wederzijdse erkenning.<sup>27</sup>

### 1.1.2. Doelstelling van het Kaderbesluit

De totstandkoming van het Kaderbesluit wordt vaak gekoppeld aan de aanslagen van 11 september 2001, maar zij hebben de ontwikkeling van het Europees aanhoudingsbevel slechts in een stroomversnelling gebracht.<sup>28</sup> De voornaamste reden tot de invoering van het Kaderbesluit ligt in het feit dat de praktijk had geleerd dat de bestaande uitleveringsprocedures vaak tijdrovend, ingewikkeld en omslachtig waren en zodoende niet bleken te zijn aangepast aan het vereiste van een Europese rechtsruimte zonder grenzen, gekenmerkt door een hoge mate van vertrouwen en samenwerking tussen de lidstaten.<sup>29</sup> Het bestaande stelsel, gebaseerd op aantal verdragen tussen lidstaten op het gebied van uitlevering evenals enkele overeenkomsten,<sup>30</sup> moest worden vervangen ‘teneinde de ingewikkeldheid en het risico van vertraging die aan de huidige regelingen inzake uitlevering inherent zijn, te verhelpen.’<sup>31</sup>

Het vervangen van de traditionele uitleveringsstelsels was volgens de Commissie niet alleen nodig, maar dus ook mogelijk vanwege die door wederzijds vertrouwen gekenmerkte gemeenschappelijke ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, waarbinnen nationale grenzen aan belang inboeten.<sup>32</sup> Een belangrijke wijziging met het oog op een efficiëntere samenwerking inzake het overleveren van verdachte, is de juridisering van de overleveringsinstanties.<sup>33</sup> De overleveringsprocedure wordt beheerst door rechterlijke autoriteiten in zowel de uitvaardigende als uitvoerende lidstaat.<sup>34</sup> De overlevering is volgens de Commissie in wezen een gerechtelijke procedure. Onder meer door het wegvallen van de politieke fase, die kenmerkend was voor de uitleveringsprocedure, zou de regeling aanzienlijk doeltreffender en sneller moeten worden.<sup>35</sup> De Commissie verwoordt zelf: ‘Op het gebied van de uitlevering leidt de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning ertoe dat elke nationale gerechtelijke autoriteit *ipso facto* en na een

---

<sup>25</sup> Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Tampere 15 en 16 oktober 1999, conclusie nr. 35.

<sup>26</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 242.

<sup>27</sup> Zie voor een overzicht Armada en Weyembergh 2017, p. 113.

<sup>28</sup> Sanders 2014, p. 177. Glerum, p. 122.

<sup>29</sup> Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305. De aanwezigheid van deze hoge mate van vertrouwen, is het eerste waar de Commissie in haar voorstel op wijst (enfin na de juridische grondslag: ‘Gelet op het Verdrag betreffende de Europese Unie, inzonderheid op artikel 29, artikel 31, onder a) en b), en artikel 34, lid 2, onder b) ‘De totstandbrenging van een gemeenschappelijke ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid berust op het vertrouwen van de lidstaten in elkaars strafrechtsstelsels. Deze stelsels zijn gebaseerd op de beginselen van vrijheid en democratie en het beginsel van de rechtsstaat en ze eerbiedigen de grondrechten zoals gewaarborgd bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950 en het Handvest van grondrechten van de Europese Unie.’ Overweging 1 bij Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305.

<sup>30</sup> Overeenkomst van 19 juni 1990 ter uitvoering van het Akkoord van Schengen van 14 juni 1985 betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen in de betrekkingen tussen de lidstaten die partij bij deze Overeenkomst zijn; de Overeenkomst van 10 maart 1995 aangaande de verkorte procedure tot uitlevering tussen lidstaten van de Europese Unie; en de Overeenkomst van 27 september 1996 betreffende uitlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie.

<sup>31</sup> Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305.

<sup>32</sup> Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305.

<sup>33</sup> Sanders 2014, p. 198.

<sup>34</sup> Zie overwegingen 7-9 bij Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305.

<sup>35</sup> Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., p. 6.

minimale controle het verzoek van een gerechtelijke autoriteit van een andere lidstaat om overlevering van een persoon erkent'.<sup>36</sup>

Het Kaderbesluit EAB wordt uiteindelijk op 13 juni 2002 aangenomen door de Raad.<sup>37</sup> Aan het Kaderbesluit EAB komt geen rechtstreekse werking toe en het is slechts verbindend voor de lidstaten ten aanzien van het te bereiken resultaat, ex. artikel 34 lid 2 onder b (oud) EU-verdrag.<sup>38</sup> De lidstaten, waaronder Polen en Nederland, zijn uit hoofde van deze verdragsbepaling verplicht om het Kaderbesluit om te zetten in nationale wetgeving. Artikel 34 van het Kaderbesluit expliciteert deze verplichting.<sup>39</sup> Het systeem van de overlevering is hierdoor pas in de gehele Europese Unie operationeel vanaf april 2005; het moment waarop de Italiaanse implementatie van het Kaderbesluit werd aangenomen.<sup>40</sup>

### 1.1.3. Tussenconclusie

Bovenstaande totstandkoming laat zien hoe het Kaderbesluit is ontstaan als product van de hernieuwde derde pijler van de EU, de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, ex. artikel 29 EU-verdrag (oud). Het vormt het eerste voorstel van het programma aan maatregelen gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning,<sup>41</sup> de door de Europese Raad bestempelde hoeksteen van de strafrechtelijke samenwerking.<sup>42</sup> Het voorstel van de commissie beoogt primair een eenvoudigere meer doeltreffende procedure te creëren ten opzichte van de huidige regelingen inzake de uitlevering.<sup>43</sup> Die soepele samenwerking waarbij elkaars gerechtelijke beslissingen worden erkent, is volgens de wetsgeschiedenis mogelijk vanwege de hoge mate van vertrouwen van de lidstaten in elkaars strafrechtstelsel.<sup>44</sup>

Deze fundamentele van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen komen nog uitgebreid aan bod in de paragrafen 1.3 & 1.4. Alvorens deze te behandelen ga ik hieronder nader in op de belangrijkste karakteristieken van de overlevering aan de hand van de bepalingen uit het kaderbesluit. Daarbij belicht ik, voor zover relevant, telkens kort de veranderingen ten opzichte van de uitleveringsprocedure.

---

<sup>36</sup> Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., p. 2.

<sup>37</sup> Op 7 augustus - de twintigste dag volgende op die van de bekendmaking ervan in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (18 juli 2002) - trad het in werking; Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/1.

<sup>38</sup> Polen trad toe tot de Unie op 1 mei 2004 (Verdrag betreffende de toetreding van de Tsjechische Republiek, Estland, Cyprus, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Polen, Slovenië en Slovaakse Republiek, Athene 16 April 2003, *PbEU* 2003, L 236) inmiddels was het verdrag van Amsterdam gewijzigd door het Verdrag van Nice (Verdrag van Nice houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, Nice, 26 februari 2001, *Trb.* 2003, 27) daarin stond nog altijd de verplichting tot omzetting van Kaderbesluiten conform artikel 34 lid 2 onder b EU-verdrag. Door toetreding werd Polen uiteraard verdragspartij bij het EU-verdrag / Verdrag van Nice.

<sup>39</sup> De lidstaten moesten dat op grond van dit artikel vóór 31 december 2003 de maatregelen nemen die noodzakelijk zijn om aan dit kaderbesluit te voldoen.

<sup>40</sup> Sliedregt, van, *EuConst* 2007/2, p. 244. Zie voor de complicaties omtrent implementatie in de verschillende lidstaten COM(2007) 407 def., p. 5-6.

<sup>41</sup> Zie voor een overzicht van de andere voorstellen Armada en Weyembergh 2017, p. 113.

<sup>42</sup> Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Tampere 15 en 16 oktober 1999, conclusie nr. 33. Zie tevens Ouwerkerk 2010, p. 87.

<sup>43</sup> Zie overweging 4 bij Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305.

<sup>44</sup> Zie overwegingen 1 & 16 bij het Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305.



## 1.2 De overleveringsregeling – de inhoud van het Kaderbesluit EAB

### 1.2.1 Het Europees aanhoudingsbevel

Het Kaderbesluit hanteert een eigen terminologie, beginnend bij het Europees aanhoudingsbevel zelf. Het Europees aanhoudingsbevel (hierna ook wel: EAB) is een rechterlijke beslissing, ‘die door een lidstaat wordt uitgevaardigd met het oog op de aanhouding en de overlevering door een andere lidstaat van een persoon die gezocht wordt met het oog op strafvervolgning of uitvoering van een tot vrijheidsbeneming strekkende straf of maatregel’, ex. artikel 1 lid 1. De lidstaat die het bevel uitvaardigt wordt aangeduid als uitvaardigende staat en de lidstaat die het bevel ontvangt is de uitvoerende staat. Dit staat in contrast met het uitleveringsrecht. Daarbij is geen sprake van een uniform aanhoudingsbevel maar een uitleveringsverzoek, en spreekt men over de verzoekende en de aangezochte of uitleverende staat.<sup>45</sup>

Die verschillende begrippen zijn logisch, te meer omdat het Europees aanhoudingsbevel niet heeft te gelden als een verzoek. Het is een dwingend bevel voor de opsporing, aanhouding, hechtenis en overlevering van de opgeëiste persoon.<sup>46</sup> Het verschil tussen bevel en verzoek geeft er blijk van dat de verhoudingen tussen de rechterlijke autoriteiten die binnen de Europese Unie belast zijn met het uitvaardigen en uitvoeren van aanhoudingsbevelen, anders liggen dan de verhoudingen tussen staten die om uitlevering verzoeken en dergelijke verzoeken in behandeling nemen.<sup>47</sup> Het stelsel dat het Kaderbesluit introduceert, gaat niet zoals traditionele vormen van justitiële samenwerking in strafzaken uit van wat het ‘verzoekbeginsel’ genoemd zou kunnen worden. Bij deze traditionele samenwerkingsvormen betreft het altijd de ene soevereine staat die een verzoek indient bij een andere soevereine staat, die vervolgens besluit of hij het verzoek wel of niet zal inwilligen.<sup>48</sup> Artikel 1 lid 2 KEAB daarentegen, bepaalt dat de lidstaten zich ertoe verbinden op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepalingen van het kaderbesluit, elk Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen. Het derde lid van artikel 1 Kaderbesluit nuanceert deze verplichting tot overlevering enigszins, door te stellen dat het Kaderbesluit niet tot gevolg kan hebben dat de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen, zoals die zijn neergelegd in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, wordt aangetast.<sup>49</sup>

### 1.2.2 Toepassingsbereik van de overlevering

Hoewel de rechterlijke autoriteiten van de lidstaten in beginsel zijn verplicht elk Europees aanhoudingsbevel uit te voeren, kunnen deze bevelen niet onbeperkt worden uitgevaardigd. Het EAB kent namelijk een afgebakend toepassingsbereik conform artikel 2 Kaderbesluit. Daarin zijn twee categorieën feiten te onderscheiden waarvoor een Europees aanhoudingsbevel kan worden uitgevaardigd. Lid 1 behelst de eerste categorie en ziet op de strafbare feiten waarvoor een

<sup>45</sup> COM(2000) 495 def., p. 2. Vergelijk Glerum & Rozemond 2015a, p. 163 en Glerum & Rozemond 2015b, p. 241.

<sup>46</sup> Sanders 2014, p. 205.

<sup>47</sup> Sanders 2014, p. 198; Glerum & Rozemond 2008, p. 140.

<sup>48</sup> COM(2000) 495 def., p. 2.

<sup>49</sup> Artikel 6 VEU (oud) luidde:

1. De Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben.
2. De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.
3. De Unie eerbiedigt de nationale identiteit van haar lidstaten.
4. De Unie voorziet zich van de middelen die nodig zijn om haar doelstellingen te verwezenlijken en haar beleid ten uitvoer te leggen.

vrijheidsbenemende straf of maatregelen kan worden opgelegd van tenminste twaalf maanden of, wanneer een straf of een maatregel is opgelegd, wegens opgelegde sancties met een duur van ten minste vier maanden.

De tweede categorie – lid 2 – betreft de zogeheten lijstfeiten. Het Kaderbesluit maakt voor deze categorie een einde aan het vereiste van de dubbele strafbaarheid, zoals dat gangbaar is in uitleveringsverdragen.<sup>50</sup> Enkel is vereist dat de strafdreiging in de uitvaardigende staat bestaat uit een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel met een maximum van ten minste drie jaar; en dat het delict is omschreven als een van de opgesomde lijstfeiten in het recht van de uitvaardigende lidstaat. Onderlinge afwijkingen in delictomschrijvingen mogen niet leiden tot weigering van de overlevering.<sup>51</sup> Buiten de gevallen waarin het gaat om lijstfeiten mag de Nederlandse rechter blijven toetsen of het feit waarvoor de overlevering wordt verzocht ook naar Nederlands recht een strafbaar feit is. Artikel 2 lid 4 KEAB opent de mogelijkheid daartoe voor lidstaten.<sup>52</sup>

### 1.2.3 Voorwaarden voor overlevering – weigeringsgronden uit het Kaderbesluit

Dat een aanhoudingsbevel kan worden uitgevaardigd betekent niet automatisch dat de rechterlijke autoriteit deze ook ten uitvoer legt. De overlevering is aan bepaalde voorwaarden verbonden; negatief geformuleerd spreek je over weigeringsgronden. Hoewel het veronderstelde wederzijds vertrouwen resulteert in minder ruimte voor de uitvoerende autoriteit om een aanhoudingsbevel uit een andere lidstaat te toetsen en af te wijzen kent het Kaderbesluit drie imperatieve weigeringsgronden (art. 3 KEAB) en tien facultatieve weigeringsgronden (artt. 4, 4 bis en 5 KEAB).<sup>53</sup> De in het Kaderbesluit genoemde weigeringsgronden vormen volgens het Hof van Justitie een limitatieve opsomming.<sup>54</sup>

#### *Imperatieve weigeringsgronden*

Om te beginnen creëert het tweede lid van artikel 3 de verplichting de overlevering te weigeren indien blijkt dat de opgeëiste persoon ‘onherroepelijk door een lidstaat is berecht voor dezelfde feiten, op voorwaarde dat, in geval van veroordeling, de sanctie is ondergaan of op dat tijdstip wordt ondergaan dan wel niet meer kan worden uitgevoerd volgens het recht van de veroordelende lidstaat.’ Deze weigeringsgrond geeft uiting aan het *ne bis in idem*-beginsel en is gebaseerd op artikel 54 SUO.<sup>55</sup> Wanneer de opgeëiste persoon niet in een andere lidstaat, maar in een *derde staat* onherroepelijk is berecht, dan is er sprake van een facultatieve weigeringsgrond en kan volgens artikel 4 lid 5 Kaderbesluit de overlevering door de uitvoerende staat worden geweigerd.<sup>56</sup> De andere twee weigeringsgronden uit artikel 3 zien op gevallen waarin: (lid 1) het strafbare feit waarvoor de overlevering wordt verzocht valt onder een amnestie in de uitvoerende lidstaat en deze staat krachtens zijn strafwetgeving bevoegd was om dat strafbare feit te vervolgen; of (lid 3) gevallen waarin de persoon waartegen het bevel is uitgevaardigd krachtens het recht van de uitvoerende lidstaat op grond

<sup>50</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 279. Zie tevens Reestman & Eijsbouts, *EuConst* 2005/1, p. 1.

<sup>51</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 280.

<sup>52</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 248. Zie p. 282 voor verschillen artikel 2 lid 4 KEAB en Nederlandse implementatie van artikel 7 lid 1 a onder 2 OLW.

<sup>53</sup> Ouwerkerk 2010, p. 87; Glerum & Rozemond 2015b, p. 273: Artikel 5 KEAB ziet eigenlijk op een aantal bijzondere gevallen waarin de uitvoerende lidstaat de uitvoering van een EAB afhankelijk kan stellen van een garantie. Strikt genomen is dit geen weigeringsgrond maar bij het uitblijven van garanties mag de overlevering worden geweigerd.

<sup>54</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), punt 38.

<sup>55</sup> Zie Glerum & Rozemond 2015b, p. 306; zie tevens Glerum 2013, p. 493.

<sup>56</sup> Glerum 2013, p. 493; Sanders 2014, p. 365-366.

van zijn leeftijd nog niet strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gesteld voor de feiten uit het EAB.<sup>57</sup>

### *Facultatieve weigeringsgronden*

In artikel 4 staat een uiteenlopende opsomming facultatieve weigeringsgronden, waarvan lid 5 hierboven reeds is benoemd. Het eerste lid van artikel 4 ziet op de gevallen waarbij het EAB is uitgevaardigd voor een niet-lijstfeit waarbij het feit niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat. In dat geval kan de overlevering door de uitvoerende lidstaat worden geweigerd.

Wanneer tegen de persoon waartegen het EAB is uitgevaardigd reeds een vervolging is ingesteld in de uitvoerende lidstaat, kan de tenuitvoerlegging van het EAB worden geweigerd volgens artikel 4 lid 2 KEAB. Als de uitvoerende lidstaat de vervolging tegen de opgeëiste persoon had gestaakt of een beslissing heeft genomen deze niet in te stellen, dan kan dit op grond van artikel 4 lid 3 KEAB reden zijn tot weigering van de overlevering. Het vierde lid van artikel 4 KEAB bevat de mogelijkheid tot weigering van het EAB omdat de strafvervolging of de straf volgens het recht van de uitvoerende lidstaat reeds is verjaard en de feiten wel onder diens rechtsmacht vallen.

Ook kan de overlevering worden geweigerd als het aanhoudingsbevel ter fine van de strafuitvoering is uitgevaardigd tegen een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat, en deze lidstaat zich ertoe verbindt overeenkomstig zijn nationale recht de straf of maatregel zelf ten uitvoer te leggen (artikel 4 lid 6 KEAB).<sup>58</sup>

Tot slot houdt weigering op grond van lid 7 van artikel 4 verband met het territorialiteitsbeginsel. De tenuitvoerlegging kan in dat geval worden geweigerd omdat het Europees aanhoudingsbevel een strafbaar feit betreft dat (a) naar het recht van de uitvoerende lidstaat geacht wordt geheel of ten dele te zijn gepleegd op het grondgebied van die lidstaat of op een daarmee gelijk te stellen plaats; of (b) buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd en er naar het recht van de uitvoerende lidstaat geen vervolging zou kunnen worden ingesteld indien een zelfde feit buiten het grondgebied van de uitvoerende lidstaat zou zijn gepleegd.

Bij het Kaderbesluit van 26 februari 2009 is artikel 4bis ingevoerd.<sup>59</sup> Het artikel houdt een facultatieve weigeringsgrond in voor gevallen waarbij een EAB wordt getoetst dat is uitgevaardigd met het oog op de tenuitvoerlegging van een vonnis, terwijl de opgeëiste persoon niet in persoon is verschenen op het proces dat tot dat vonnis heeft geleid.<sup>60</sup> Artikel 4bis vervangt daarbij een eerdere regeling hierover in lid 1 van artikel 5 Kaderbesluit.<sup>61</sup> Artikel 5 dat officieel geen weigeringsgronden inhoudt, maar de mogelijkheid opent garanties te vereisen voor overlevering, bevat nu nog twee leden hierdoor.<sup>62</sup> Lid 2 van artikel 5 Kaderbesluit gaat over gevallen van overlevering waarbij het feit dat aan het aanhoudingsbevel ten grondslag is gelegd, wordt bedreigd met een levenslange vrijheidsstraf of maatregel welke levenslange vrijheidsbeneming met zich meebrengt. In die gevallen kan de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk stellen van de voorwaarde dat in het rechtsstelsel van de uitvaardigende staat de mogelijkheid bestaat van herziening van de opgelegde straf of maatregel op verzoek of ten minste na 20 jaar, dan wel van toepassing van gratiemaatregelen waarvoor de betrokkene krachtens de nationale wetgeving of praktijk van die lidstaat in aanmerking kan komen,

---

<sup>57</sup> Zie voor een uitgebreidere toelichting bijvoorbeeld. Sanders 2014, p. 358; of Glerum 2013, p. 369-374.

<sup>58</sup> Sanders 2014, p. 347.

<sup>59</sup> Kaderbesluit van de Raad van 26 februari 2009 tot wijziging van Kaderbesluit 2002/584/JBZ, Kaderbesluit 2005/214/JBZ, Kaderbesluit 2006/783/JBZ, Kaderbesluit 2008/909/JBZ en Kaderbesluit 2008/947/JBZ en tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces, 2009/299/JBZ (*PbEU*, L 81/24). Hierna: Kaderbesluit 2009/299/JBZ, *PbEU* 2009, L 81/24.

<sup>60</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 13.

<sup>61</sup> Kaderbesluit 2009/299/JBZ, *PbEU* 2009, L 81/27.

<sup>62</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 273.

streckende tot niet-uitvoering van die straf of maatregel. Het derde lid van artikel 5 maakt het mogelijk voor de uitvoerende lidstaat om een zogeheten terugkeergarantie te eisen alvorens zij een eigen onderdaan of ingezetenen overlevering om in de uitvaardigende staat strafrechtelijke vervolgd te worden.<sup>63</sup>

### *Excepties van de buitencategorie*

Naast de voorwaarden voor overlevering uit de voorgaande artikelen bevatten de overwegingen 12 en 13 van de preambule evenals artikel 1 lid 3, 2 en 8 KEAB – niet als excepties geformuleerde – gronden waarop de overlevering kan of moet worden geweigerd.<sup>64</sup> De artikelen 2 en 8 zijn hierin van een wat formelere aard in die zin dat zij betrekking hebben op enkele vormvereisten evenals het toepassingsbereik van het EAB. Dat het EAB kan worden uitgevaardigd voor bepaalde strafbare feiten (conform artikel 2) impliceert ook dat bij uitvaardiging voor andere feiten dan die welke het Kaderbesluit noemt de overlevering wordt geweigerd. En ook wanneer het EAB niet aan de eisen voldoet die artikel 8 hieraan stelt (zoals de gegevens die in het bevel moeten staan) kan de overlevering reeds op basis daarvan worden geweigerd.<sup>65</sup>

De overwegingen 12 en 13 uit de preambule en artikel 1 lid 3 van het Kaderbesluit zijn echter veel inhoudelijker en zien op de (dreigende) schending van grondrechten in geval van overlevering. Het kaderbesluit bevat geen bepaling waarin deze (dreigende) schending van grondrechten uitdrukkelijk als weigeringsgrond is opgenomen, of als geval waarin de overlevering afhankelijk mag worden gemaakt van een garantie.<sup>66</sup> Dit hangt uiteraard samen met het vertrouwensbeginsel.<sup>67</sup> Maar de EU en de lidstaten moeten voor zover de lidstaten het recht van de Unie uitvoeren, de grondrechten als algemene beginselen van unierecht eerbiedigen conform artikel 6 VEU.<sup>68</sup> Dat wordt dan ook tot uitdrukking gebracht door overweging 12 en artikel 1 lid 3 van het Kaderbesluit die uitdrukkelijk refereren aan de grondrechten en indirect aan het EVRM.<sup>69</sup>

## 1.2.4 Rechterlijke autoriteiten

Hoewel de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning niet heeft geleid tot een drastische vermindering in het aantal weigeringsgronden voor de overlevering<sup>70</sup>, moet dit mede worden gezien in het licht van een andere belangrijke verandering die het Kaderbesluit met zich bracht: het verschil in autoriteiten. De beoordeling van weigeringsgronden behoort in de overleveringsprocedure tot de exclusieve bevoegdheid van rechterlijke autoriteiten, daar waar ze deze bevoegdheid in het uitleveringsrecht delen met centrale autoriteiten.<sup>71</sup> In tegenstelling tot de uitlevering, die plaatsvindt tussen staten, vindt de overlevering dan ook uitsluitende plaats tussen rechterlijke autoriteiten.<sup>72</sup> Deze wijziging is doorgevoerd teneinde de overdracht van verdachten te vergemakkelijken een min of meer

---

<sup>63</sup> Sanders 2014, p. 341.

<sup>64</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 273.

<sup>65</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 274.

<sup>66</sup> Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021, art. 11 OLV (online bijgewerkt 1 juli 2021).

<sup>67</sup> Zie ook HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punten 191-192). Daarom is het de eerste verantwoordelijkheid van de uitvaardigende lidstaat om de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen te eerbiedigen (HvJ EU 23 januari 2018, C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27 (*Piotrowski*), punten 49-50).

<sup>68</sup> Dat brengt mee dat kaderbesluiten zo moeten worden uitgelegd, dat die grondrechten worden geëerbiedigd (HvJ EG 16 juni 2005, NJ 2006/500, m.nt. M.J. Borgers (*Pupino*), punten 58-59; HvJ EU 16 juli 2015, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474 (Lanigan), punten 53-54; vgl. ook HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007/619, m.nt. M.J. Borgers (*Advocaten voor de Wereld*), punt 45).

<sup>69</sup> Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021, art. 11 OLV (online bijgewerkt 1 juli 2021).

<sup>70</sup> Eigenlijk zijn alleen de weigering voor politieke vervolging en weigering op grond van het vereiste van dubbele strafbaarheid (met betrekking tot de lijstfeiten, art. 2 lid 2 KEAB) verdwenen, Reestman & Eijsbouts, *EuConst* 2005/1, p. 1.

<sup>71</sup> Sliedregt, van, *EuConst* 2007/2, p. 249.

<sup>72</sup> Zie hiervoor Glerum, die dit slechts een schijnbaar verschil vindt, Glerum 2013 p. 55.

vrij verkeer van Europese aanhoudingsbevelen te bewerkstellingen.<sup>73</sup> Het geeft ook uiting aan het beginsel van wederzijdse erkenning dat rechterlijke autoriteiten, zonder tussenkomst van hun respectieve overheden, met elkaar kunnen samenwerken. Deze samenwerking beperkt zich niet tot de onderlinge communicatie, ook de noodzakelijke beslissingen worden op het niveau van de rechterlijke autoriteit genomen.<sup>74</sup>

In het Kaderbesluit komt dit onder meer tot uiting in de preambule van het Kaderbesluit waarin wordt gesteld dat de uitlevering tussen de lidstaten moet worden afgeschaft en vervangen door een regeling van overlevering tussen rechterlijke autoriteiten. Hierbij moet de rol van de centrale autoriteiten bij de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel beperkt blijven tot het verlenen van praktische en administratieve bijstand.<sup>75</sup> De artikelen 6 en 7 van het Kaderbesluit zijn te beschouwen als uitwerking hiervan. Artikel 6 bepaalt welke autoriteit als rechterlijke autoriteit moet worden gezien. Als rechterlijke autoriteit (uitvaardigend of uitvoerend) heeft te gelden de autoriteit die naar het recht van de lidstaat bevoegd is tot het respectievelijk uitvaardigen (lid 1) dan wel uitvoeren (lid 2) van een EAB. Het is daarmee dus primair aan de lidstaten te bepalen welke autoriteit betrokken wordt bij de uitvoering van de overleveringsprocedure.<sup>76</sup> De beperkte administratieve rol die weggelegd kan zijn voor centrale autoriteiten (zoals ministers van Justitie) bij het uitvaardigen en uitvoeren van Europese aanhoudingsbevelen is geregeld in artikel 7 KEAB.<sup>77</sup>

### 1.2.5 De overlevering als geüniformeerde procedure

Het introduceren van de overleveringsprocedure had mede tot doel een oplossing te vinden voor de complexiteit en het tijdverlies die inherent waren aan de huidige uitleveringsprocedures.<sup>78</sup> De verplichting om een verdachte of veroordeelde over te leveren, met weinig tot geen mogelijkheden van weigering draagt daar evident aan bij.<sup>79</sup> Daarnaast wordt ook de juridisering van het overleveringsregime in verband gebracht met de versnelling van de procedure. Omdat niet langer centrale autoriteiten maar rechterlijke autoriteiten zijn betrokken de overlevering.<sup>80</sup>

In het kader van die beoogde snellere procedure schrijft het Kaderbesluit strikte (indicatieve) termijnen voor, waarbinnen een eindbeslissing voor een EAB moet zijn genomen.<sup>81</sup> Dit in tegenstelling tot de Uitleveringswet en uitleveringsverdragen, die doorgaans geen beslistermijnen bevatten.<sup>82</sup> De beslistermijnen volgen uit artikel 17 van het Kaderbesluit. Dat schrijft voor (lid 1) dat Europese aanhoudingsbevelen met spoed worden behandeld en ten uitvoer gelegd. De definitieve beslissing over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel moet binnen een strikte termijn worden genomen: 10 dagen voor zover de gezochte persoon met zijn overlevering instemt, en in andere gevallen binnen 60 dagen na de aanhouding van de gezochte persoon (lid 2 & 3). Daarbij bestaat de mogelijkheid tot verlenging met 30 dagen (lid 4). In haar laatste evaluatierapport van het KEAB uit 2007

---

<sup>73</sup> Ouwerkerk 2010, p. 88.

<sup>74</sup> Sanders 2014, p. 199; *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 6.

<sup>75</sup> Respectievelijk overweging 5 & 9 preambule bij Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/1.

<sup>76</sup> Een belangrijke nuancering op dit punt - voortkomend uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU - komt in par 1.5. over de Nederlandse Overleveringswet aan bod. Deze relativering van de bevoegdheid van lidstaten om zelf te bepalen wat onder 'rechterlijke autoriteit' moet worden verstaan, komt voort uit het arrest van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken C-508/18 en C-82/19 PPU, *EHRC* 2019/181, m.nt. Lestrade.

<sup>77</sup> Sanders 2014, p. 199.

<sup>78</sup> Overweging 5 preambule bij Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/1. Zie tevens Sanders 2014, p. 285.

<sup>79</sup> Glerum 2013, p. 52.

<sup>80</sup> Sanders 2014, p. 199.

<sup>81</sup> Sanders 2014, p. 199, 285.

<sup>82</sup> Sanders 2014, p. 199.

stelt de Europese Commissie dat tenuitvoerlegging van een EAB in dat jaar gemiddeld 5 weken in beslag neemt.<sup>83</sup>

Naast gestelde termijnen schrijft het Kaderbesluit een uniforme wijze van het uitvaardigen van een EAB voor, middels een standaardformulier. Het standaardformulier is als bijlage aan het KEAB toegevoegd.<sup>84</sup> Artikel 8 vermeldt welke gegevens moeten worden vermeld in het EAB. Het gaat hierbij om de personalia van de opgeëiste persoon; de aanduiding van het nationale aanhoudingsbevel of het veroordelende vonnis; de strafbedreiging of de opgelegde sancties; de feitelijke omschrijving van het strafbare feit en de kwalificatie naar het recht van de uitvaardigende lidstaat.<sup>85</sup>

### 1.3 Fundamenten van de overlevering

De juridische grondslag, totstandkoming en de inhoud van het Kaderbesluit zijn hierboven uiteengezet. Daarbij is naar voren gekomen hoe de overlevering zich onderscheidt van reguliere uitleveringsprocedures. Die verschillen zijn terug te voeren op de karakteristieken van de Unie als samenwerkingsverband, maar nog meer als internationale waardengemeenschap.<sup>86</sup> Staten die zich binnen deze waardengemeenschap begeven hebben vertrouwen in elkaars strafstelsels, zo wordt verondersteld. Dit maakt intensieve strafrechtelijk samenwerking mogelijk op basis van wederzijdse erkenning.<sup>87</sup> Wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen vormen twee centrale beginselen binnen het overleveringssysteem. In onderstaande paragraaf ga ik dieper in op hun betekenis. Dat is niet alleen relevant omdat zij de ratio achter het overleveringssysteem blootleggen, maar ook omdat zij de mogelijkheid tot weigering beïnvloeden.

#### 1.3.1 Wederzijdse erkenning

In de eerste plaats is het Europees aanhoudingsbevel en de overleveringsprocedure gebaseerd op wederzijdse erkenning. Het is zelfs de eerste tastbare toepassing op strafrechtelijk gebied van dat beginsel, zo benoemt ook de Raad in overweging 6 van het Kaderbesluit.<sup>88</sup> Terecht zegt de Raad dat het om de eerste tastbare toepassing gaat op het strafrechtelijk gebied. Want, wederzijdse erkenning fungeerde al langer als middel binnen de Europese integratie. Niet om de doelstelling van een Europese rechtsruimte te verwezenlijken, maar die van de interne markt.<sup>89</sup> Europese Raad-voorzitter Finland signaleerde deze parallel reeds in de voorbereiding naar de *Tampere*-bijeenkomst: 'De verwezenlijking van één ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid [vergt] een aanpak die vergelijkbaar is met de bij de totstandbrenging van de interne markt, namelijk opheffing van

---

<sup>83</sup> Ouwerkerk 2011, p. 83. Die 43 dagen betekende een versnelling ten opzicht van het jaar 2004, COM(2007) 407 def., p. 4.

<sup>84</sup> Ouwerkerk 2010, p. 88. Zie hiervoor: Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/13

<sup>85</sup> Glerum 2013, p. 129.

<sup>86</sup> Een waardengemeenschap bedoelt als in art. 2 VEU, zie tevens *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 10.

<sup>87</sup> Zie onder meer: Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Tampere 15 en 16 oktober 1999, conclusie nr. 33; overweging 2 bij Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten 2002/584/JBZ (*PbEG* 2002, L 190/1) (Hierna: Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/1); en overweging 1 bij Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (Hierna: Voorstel Kaderbesluit EAB *PbEG* 2001, C 332 E/305).

<sup>88</sup> Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/1.

<sup>89</sup> Janssens *RW* 2011/12, p. 1830. Zie tevens Ouwerkerk 2011, p. 19-42.

technische, juridische en administratieve belemmeringen en – waar dit passender geacht wordt – harmonisatie van de wetgevingen en toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning’.<sup>90</sup>

Inhoudelijk betekent het concept van wederzijdse erkenning in strafzaken dat bestaande verschillen tussen de nationale strafwetgevingen aanvaard worden.<sup>91</sup> De Commissie stelt in haar mededeling van 26 juli 2000 dat: ‘Het beginsel (...) is gebaseerd op het algemene uitgangspunt dat een andere staat een bepaalde zaak misschien niet op dezelfde of een vergelijkbare manier behandelt, maar dat de uitkomst toch zo zal zijn dat die wordt aanvaardt als gelijkwaardig aan beslissingen van de eigen staat.’<sup>92</sup> In een concrete strafzaak betekent dat, dat ‘wanneer een gerechtelijke autoriteit van een lidstaat om een overlevering van een persoon verzoekt, hetzij op grond van een definitief veroordeling, hetzij omdat tegen deze persoon een strafvervolgning is ingesteld, (...) haar beslissing op het gehele grondgebied van de Unie automatisch [moet] worden erkend en ten uitvoer worden gelegd. Slechts in een beperkt aantal gevallen kan tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel worden geweigerd.’<sup>93</sup> Ook volgens het Hof van Justitie van de EU impliceert het beginsel van wederzijdse erkenning dat lidstaten in beginsel gehouden zijn gevolg te geven aan een Europees Aanhoudingsbevel.<sup>94</sup>

Meer abstract kan men stellen dat niet de feitelijke grenzen van lidstaten zijn vervallen, maar wel de juridische grenzen voortvloeiend uit het op het grondgebied van de lidstaat geldende rechtsstelsels.<sup>95</sup> Nog steeds kunnen de justitiële autoriteiten van de ene lidstaat niet vrijelijk optreden op het grondgebied van de andere lidstaat, maar door de toepassing van het beginsel wordt steeds één rechtsstelsel toegepast en erkend, het rechtsstelsel van de lidstaat waarin de strafrechtelijke beslissing is genomen.<sup>96</sup> De erkende strafrechtelijke beslissing en daarmee het rechtsstelsel waaruit zij is voortgekomen, verkrijgen daardoor extraterritoriale werking.<sup>97</sup> Omzetting van beslissingen naar het recht van de uitvoerende lidstaat is dan ook in strijd met de verplichte erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen uit de andere lidstaat.

Volgens Glerum fungeert het beginsel van wederzijdse erkenning als alternatief voor harmonisatie van de strafrechtelijke en strafvorderlijke wetgeving van de lidstaten.<sup>98</sup> Andere auteurs evenals de Commissie lijken minder overtuigd van de waarde van het beginsel van wederzijdse erkenning als volwaardig alternatief.<sup>99</sup> Zij zien voor het beginsel eerder een complementaire rol weggelegd, in aanvulling op harmonisatie of standaardisering.<sup>100</sup> De Commissie onderkent dat wederzijdse erkenning, standaardisering tot op zekere hoogte overbodig kan maken, maar stelt ook dat het beginsel vaak hand in hand gaat met een bepaalde mate van standaardisering van de manier waarop staten zaken aanpakken: ‘omdat standaardisering het gemakkelijker maakt uitkomsten die in een andere staat zijn bereikt, te aanvaarden’.<sup>101</sup>

---

<sup>90</sup> Raadsdocument 9611/99, 12 juli 1999. Zie ook Glerum 2013, p. 122.

<sup>91</sup> Gaever 2013, p. 2.

<sup>92</sup> COM(2000) 495 def., p. 4.

<sup>93</sup> Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., p. 5-6.

<sup>94</sup> Zie hiervoor HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (*Leymann en Pustovarov*), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 57; HvJEU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (*West*), r.o. 55; HvJEU 5 september 2012, zaak C-42/11 (*Lopes Da Silva Jorge*), r.o. 29.

<sup>95</sup> Glerum 2013 p. 130.

<sup>96</sup> Zie Barents *SEW* 2006, p. 363-364.

<sup>97</sup> Mitsilegas *CMLR* 2006, p. 1281; Mitsilegas 2009, p. 118.

<sup>98</sup> Volgens Glerum 2013, p. 122.

<sup>99</sup> COM(2000) 495 def., p. 5. Zie ook hiervoor Borgers & De Graaf 2015, p. 31-32; Gaever, p. 2; maar ook de nuancering Glerum 2013, p. 130-131.

<sup>100</sup> Gaever p. 2: ‘Wederzijdse erkenning is geen alternatief voor harmonisatie maar vervult eerder een complementaire rol. Harmonisatie blijft noodzakelijk voor alle gevallen waarin verschillen in wetgeving en een gebrek aan gelijkwaardigheid verhinderen dat het principe van wederzijdse erkenning zijn rol kan vervullen.’; Zie tevens: COM(2000) 495 def., p. 5.

<sup>101</sup> COM(2000) 495 def., p. 4-5.

Hoewel wederzijdse erkenning minder ingrijpend is dan harmonisering,<sup>102</sup> heeft ook de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning wel degelijk verstrekende gevolgen. Lidstaten erkennen elkaars beslissingen, zelfs wanneer in de eigen lidstaat een vergelijkbare autoriteit niet eens bestaat, een dergelijke beslissing niet getroffen kan worden, of wanneer men op basis van het nationale recht niet tot een vergelijkbare beslissing had kunnen komen.<sup>103</sup> De werking van het beginsel van wederzijdse erkenning is echter niet onbegrensd. Het bestaan van een significant aantal imperatieve en facultatieve weigeringsgronden wijst er immers op dat de Raad van de Europese Unie niet de uiterste consequentie uit het beginsel van wederzijdse erkenning heeft getrokken.<sup>104</sup>

### 1.3.2 Wederzijds vertrouwen

Het beginsel van wederzijdse erkenning mag dan de ‘hoeksteen’ zijn van de strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie, ook deze hoeksteen kent een dieperliggend fundament. Het uitgangspunt waarop wederzijdse erkenning berust is de gelijkwaardigheid van de verschillende rechtsstelsels en het vertrouwen dat zij verdienen. Op basis van dit idee van gelijkwaardigheid en het vertrouwen dat daaraan ten grondslag ligt, kunnen de uitkomsten van de toepassing van de verschillende rechtsstelsels voor erkenning in aanmerking komen, en rechtskracht krijgen binnen het rechtsgebied van een andere lidstaat.<sup>105</sup>

Aan de wederzijdse erkenning ligt dus wederzijds vertrouwen ten grondslag. Zo getuigt ook de overweging van de Europese Commissie bij haar voorstel voor het KEAB: ‘de totstandbrenging van een gemeenschappelijke ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid berust op het vertrouwen van de lidstaten in elkaars strafrechtsstelsels’.<sup>106</sup> Ondanks deze ondubbelzinnige bewoordingen is het concept wederzijds vertrouwen niet eenvoudig te duiden.<sup>107</sup> Zo wordt er in de literatuur bijvoorbeeld verschillend gedacht over de vraag waarop wederzijds vertrouwen exact betrekking heeft.<sup>108</sup> Ook binnen de Europese wetsgeschiedenis kunnen divergerende opvattingen hierover worden teruggevonden. Het eerder genoemde programma van maatregelen 2000 spreekt van wederzijds vertrouwen van de lidstaten in elkaars strafstelsels.<sup>109</sup> Volgens de Commissie richt wederzijds vertrouwen zich echter niet alleen op de deugdelijkheid van de rechtsstelsels van de lidstaten, maar impliceert het ook vertrouwen in de juiste toepassing daarvan in individuele gevallen.<sup>110</sup> In het latere Haagse programma<sup>111</sup> wordt wederzijds vertrouwen tot slot nader ingevuld als het vertrouwen dat ‘alle Europese burgers toegang hebben tot een justitieel stelsel dat voldoet aan hoge kwaliteitsnormen’.<sup>112</sup>

---

<sup>102</sup> Glerum 2013, p.131: ‘Wederzijdse erkenning maakt weliswaar inbreuk op de soevereiniteit van de lidstaten, doordat zij niet meer de volledige zeggenschap hebben over hun respectieve territoria, maar de inbreuk is minder groot dan de inbreuk die harmonisatie van wetgeving maakt op hun soevereiniteit’. Verwijzend naar De Herst 2004, p. 112; Mitsilegas *EJLR* 2006, p. 314; Zie ook Bundesverfassungsgericht in de zaak Darkazanli (18 juli 2005 2 BvR 2236/04, Rnr. 75.)

<sup>103</sup> COM (2000) 495 def., p. 4. Zie ook Glerum 2013, p. 52.

<sup>104</sup> Glerum 2013, p. 52. Zo bezien lijken de procedurele veranderingen (met name de vereenvoudiging en versnelling van de procedure) groter dan de wijzigingen in materiële voorwaarden ten opzichte van de uitleveringsprocedure, zie hiervoor M.J. Borgers, annotatie bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303-05, ECLI:EU:C:2007:261, *NJ* 2007/619 (*Advocaten voor de Wereld*).

<sup>105</sup> COM(2000) 495 def., p. 4. Sanders 2014, p. 185. Zie ook Glerum 2013, p. 122.

<sup>106</sup> Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305.

<sup>107</sup> Volgens Ouwerkerk, 2010 p. 89.

<sup>108</sup> Zie onder meer (Ouwerkerk, p. 91): Stessens 2001, p. 93-94. Glerum & Rozemond 2008, p. 158; Fichera *U. of Edinburgh School of Law Working Paper* 2009/10, p. 13: ‘...a judicial authority within a State will have to trust a foreign legal system and more specifically: a) the product of that legal system (...) and, depending on the case, b) the capacity of either the issuing or the executing authority and all other competent authorities...’.

<sup>109</sup> *PbEG* 15 januari 2001, C12/10.

<sup>110</sup> Sanders 2014, p. 185. COM(2000) 495 def., p. 4.

<sup>111</sup> Dat kan worden gezien als een beperkte aanvullende harmonisatie-poging, om gedeelde minimumnormen voor wat betreft procedurele rechten te creëren, in aanvulling op de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning, zie Borgers & De Graaf 2015, p. 32. & Ouwerkerk 2011, p. 52.

<sup>112</sup> *PbEG* 2005, C 53/11 par. 3.2.



Naast de vraag waarop het vertrouwen ziet, is het van belang of wederzijds vertrouwen formeel of materieel moet worden benaderd. Bij een formele benadering wordt vertrouwen afgeleid uit het feit dat de betrokken vreemde staat partij is bij een verdrag of overeenkomst.<sup>113</sup> Ouwerkerk beschrijft materieel vertrouwen als vertrouwen waarbij: ‘het individuele, concrete geval een doorslaggevende rol [speelt]; door omstandigheden van het afzonderlijke geval kan vertrouwen worden geschaad en dit dient dan op een of andere wijze te worden hersteld.’<sup>114</sup> De vraag waarvan sprake is in EU-verband (formeel of materieel vertrouwen) is belangrijk, omdat dit in wezen ook de vraag naar de toetsingsruimte van de rechter impliceert:<sup>115</sup> ‘Bij formeel vertrouwen heeft een (zij het indirecte) toetsing van de te erkennen rechterlijke beslissing vooraf plaatsgevonden, terwijl materieel vertrouwen een toetsing *in concreto* betekent, welke pas kan plaatsvinden nadat de te erkennen beslissing is genomen.’<sup>116</sup>

Binnen het stelsel van de overlevering heeft men duidelijk deze formele benadering willen hanteren. Dit is terug te zien in het Europese programma van maatregelen van 2000, waarin de ‘voldoende mate van vertrouwen’ tussen de lidstaten wordt afgeleid uit het feit dat alle lidstaten van de Europese Unie de beginselen van artikel 6 EU-Verdrag respecteren.<sup>117</sup> Kraniotis noemt dit het ‘vertrouwensbeginsel in normatief-voorwaardelijk zin’. Vertrouwen in deze normatief-voorwaardelijk zin betekent dat rechtshulp slechts wordt verleent bij het bestaan van een minimum aan vertrouwen. Normaliter wordt het bestaan hiervan – zoals ook Ouwerkerk beschrijft – belichaamt door een verdragssluiting. Volgens Kraniotis moet de codificatie van het beginsel van wederzijds erkenning in EU-verband worden gezien als belichaming van het in elkaars rechtssysteem gestelde vertrouwen.<sup>118</sup> Overigens gaat het vertrouwensbeginsel binnen de overlevering nog verder. Door de manier waarop wederzijdse erkenning is gecodificeerd is in wezen ook direct vastgelegd dat is voldaan aan de noodzakelijke voorwaarde hiervoor, te weten voldoende onderling vertrouwen.<sup>119</sup> Het vertrouwen tussen de lidstaten is daarmee als het ware geproclameerd. Hierdoor is volgens Kraniotis tevens sprake van een ‘normatief-beperkende’ werking van het vertrouwensbeginsel.<sup>120</sup> Nadat het onderling vertrouwen eenmaal is uitgesproken, kunnen en dienen concrete gevallen van samenwerking minder indringend te worden getoetst.<sup>121</sup>

Dat wederzijds vertrouwen op deze formele wijze is geïnterpreteerd en zelfs geproclameerd is in het licht van de effectieve strafrechtelijke samenwerking zeer begrijpelijk. Een materiële benadering van het wederzijds vertrouwen zou veel meer ruimte laten voor tussenkomende toetsing van buitenlandse rechterlijke beslissingen; hetgeen juist met de idee van wederzijdse erkenning in pure vorm strijdig

---

<sup>113</sup> Ouwerkerk 2010, p. 90, noemt als voorbeeld de verdragseis uit de Nederlandse uitleveringswet. Deze vindt haar ratio in de zienswijze dat een verdrag geldt als de belichaming van vertrouwen in de kwaliteit van de strafrechtspleging in die andere staat, vgl. *Kamerstukken II* 1983/84 18 129, nr. 3, p. 27. Zie tevens: Kraniotis 2016, p. 391; Kraniotis zou hierbij spreken van een normatief voorwaardelijke invulling van het vertrouwensbeginsel.

<sup>114</sup> Zie tevens Rozemond 2009, p. 43 en noot 67, waarin hij dat onderscheid verwoordt. Volgens Ouwerkerk (Ouwerkerk 2010, p. 90) kan het verschil tussen formeel en materieel vertrouwen ook worden gevangen worden onder de respectieve termen ‘politiek vertrouwen’ en ‘juridisch vertrouwen’.

<sup>115</sup> Ouwerkerk 2010, p. 93.

<sup>116</sup> Ouwerkerk 2010, p. 91.

<sup>117</sup> *PbEG* 15 januari 2001. C12/10. Men spreekt immers van het feit dat ‘Dat vertrouwen berust in het bijzonder op de gemeenschappelijke gehechtheid van de lidstaten aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van mensenrechten en fundamentele vrijheden en de rechtsstaat.’ Dit komt overeen met artikel 6 lid 1 EU-Verdrag. Vergelijk ook de uitspraak HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, *NJ* 2004/194, m.nt. JR (*Gözütok en Brügge*), par. 33. Het Europese Hof van Justitie gaat expliciet uit van de aanwezigheid van onderling vertrouwen tussen de lidstaten in elkaars strafsystemen; dit veronderstelde wederzijdse vertrouwen werd echter niet gebaseerd op een gedeeld respect voor bepaalde beginselen, maar werd afgeleid uit het in art. 54 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst neergelegde ne bis in idem beginsel (r.o. 33).

<sup>118</sup> Kraniotis 2016, p. 391.

<sup>119</sup> Zie bijvoorbeeld overweging 10 bij het Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/1. of overweging 1 bij het Voorstel Kaderbesluit EAB, *PbEG* 2001, C 332 E/305.

<sup>120</sup> Kraniotis 2016, p. 391.

<sup>121</sup> Kraniotis 2016, p. 391.

is.<sup>122</sup> Maar deze benadering miskent wel het karakter van onderling vertrouwen als evolutief concept.<sup>123</sup> Vertrouwen kan niet als vaststaand worden aangenomen: ‘de mate van vertrouwen kan toenemen, maar ook afnemen, hetzij op basis van objectieve criteria, hetzij op basis van subjectiviteiten.’<sup>124</sup> Het Kaderbesluit komt aan deze notie enigszins tegemoet, want net als bij het beginsel van wederzijdse erkenning is ook het vertrouwensbeginsel niet onbegrensd. Dit blijkt onder meer uit overweging 10 bij het Kaderbesluit waarin is bepaald dat - ondanks de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten - de toepassing van het Europees aanhoudingsbevel kan worden opgeschort wanneer een lidstaat een ernstige en voortdurende schending pleegt van de beginselen neergelegd in artikel 6 lid 1 VEU.<sup>125</sup> Deze schending moet door de Raad zijn geconstateerd in een zogeheten artikel 7-procedure.<sup>126</sup> Naast deze overweging duidt het bestaan van artikel 1 lid 3 KEAB op een andere uiterste grens van het vertrouwensbeginsel, in die zin dat het bepaalt dat het kaderbesluit niet tot gevolg kan hebben dat de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen, zoals die zijn neergelegd in artikel 6 VEU, wordt aangetast.<sup>127</sup>

Terugkijkend op bovenstaande twee paragrafen zou het stelsel van de overlevering met haar grondbeginselen en fundamentele rechten als volgt, schematisch kunnen worden weergegeven:



<sup>122</sup> Ouwerkerk 2010, p. 91.

<sup>123</sup> Kraniotis 2016, p. 391.

<sup>124</sup> Daarbij wijst Kraniotis tevens op het aloude spreekwoord: vertrouwen komt te voet en vertrekt te paard; Kraniotis 2016, p. 392. Flore 2005, p. 28. Zie verder, Ouwerkerk, 2010 p. 89: ‘Dat vertrouwen een evolutief concept is wordt voorts, onderkend in het Haags programma, dat er van uitgaat dat door training en opleiding het onderlinge vertrouwen tussen de lidstaten kan worden versterkt. Dit betreft een voorbeeld van vertrouwensversterkende maatregelen middels objectieve criteria (hoewel de vraag zich voordoet in hoeverre een toename aan kennis van het strafrechtsstelsel van een lidstaat niet ook een afname van begrip en vertrouwen tot gevolg kan hebben). Maar de mate van vertrouwen kan ook worden beïnvloed door subjectiviteiten, hetgeen zich kan voordoen rond de toetreding van nieuwe lidstaten.’ Onder verwijzing naar Pitto 2005.

<sup>125</sup> Sinds het Verdrag van Lissabon zijn de waarden van de Unie waar overweging 10 Kaderbesluit EAB naar verwijst verplaatst naar het nieuwe artikel 2 VEU; *Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R 1850), nr. 3 (MvT).

<sup>126</sup> Zie hiervoor overweging 10 Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/2.

<sup>127</sup> Sanders 2014, p. 186. Naast deze twee figuren, wijst volgens Jansen het bestaan van dwingende en facultatieve weigeringsgronden tevens op het feit dat vertrouwen niet ongelimiteerd is

## 1.4 Weigering en de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen

Het feit dat het stelsel van de overlevering is gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning en een daaraan ten grondslag liggende ‘hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten’<sup>128</sup> heeft logischerwijs consequenties voor de mogelijkheden af te zien van de tenuitvoerlegging van EAB’s. In principe is weigering van de overlevering überhaupt in strijd met het beginsel van wederzijdse erkenning in zijn puurste vorm.<sup>129</sup> Zoals eerder aangegeven heeft de Raad van de Europese Unie echter niet deze uiterste consequentie uit het beginsel van wederzijdse erkenning getrokken.<sup>130</sup>

Dat laat echter onverlet dat het beginsel van wederzijdse erkenning en het veronderstelde wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten de weigering van de overlevering sterk beïnvloeden. In onderstaande paragraaf ga ik in op de vraag hoe deze beïnvloeding vorm krijgt en maakt dat weigering van de overlevering, anders dan in die gevallen waarin het Kaderbesluit voorziet, weliswaar niet onmogelijk is maar wel uiterst uitzonderlijk.

### 1.4.1 Het aangaan van het Kaderbesluit: de verplichting tot overlevering & verondersteld vertrouwen

Het feit dat staten soeverein zijn op hun eigen grondgebied verhindert normaal gesproken dat een andere staat een door hem ten behoeve van strafvervolgning of tenuitvoerlegging gezochte persoon, van het grondgebied van een staat kan verwijderen zonder toestemming van die ene staat.<sup>131</sup> In het uitleveringsrecht aanvaarden staten een inperking van hun soevereiniteit, inhoudende de verplichting personen op hun grondgebied aan te houden en uit te leveren, bij verdrag.<sup>132</sup> Voor de lidstaten van de Europese Unie geldt dat zij niet de vrijheid hebben al dan niet de verplichting tot overlevering op zich te nemen. Die verplichting vloeit niet voort uit een verdrag tussen de lidstaten onderling, maar uit een Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie; het KEAB.<sup>133</sup> Deze inperking van de soevereiniteit van de lidstaten, is door hen zelf indirect aanvaard door ondertekening van het Verdrag van Amsterdam, waarbij de Raad de bevoegdheid kreeg, ex. artikel 34 lid 2 VEU (oud), om kaderbesluiten aan te nemen “voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten (...)”.<sup>134</sup> Voorts vloeit uit artikel 1 lid 2 Kaderbesluit de verplichting voort om op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning een uitgevaardigd EAB uit te voeren.<sup>135</sup>

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de overlevering evenals het Kaderbesluit zelf, volgt ook de basis waarop deze verplichte strafrechtelijke samenwerking mogelijk is: wederzijds vertrouwen.<sup>136</sup> Wederzijds vertrouwen kan worden gezien als belangrijke – zo niet dé – voorwaarde om op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning samen te werken.<sup>137</sup> Waar ik reeds eerder op wees is dat dit vertrouwen binnen de overleveringssysteem in beginsel formeel wordt benaderd.<sup>138</sup> Normaliter

<sup>128</sup> Overweging 10 bij Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/2.

<sup>129</sup> Glerum 2013, p. 52.

<sup>130</sup> Gezien het bestaan van de imperatieve en facultatieve weigeringsgronden uit het Kaderbesluit; Glerum 2013, p. 52.

<sup>131</sup> Glerum 2013, p. 56.

<sup>132</sup> Sanders 2014, p. 181; Glerum & Rozemond 2008, p. 155; Glerum 2013; p. 56-57.

<sup>133</sup> Glerum 2013, p. 56.

<sup>134</sup> Glerum 2013, p. 57.

<sup>135</sup> Glerum 2013, p. 56.

<sup>136</sup> Zie bovenstaande paragrafen 1.1. & 1.3. Kraniotis spreekt dus van geproclameerd vertrouwen; Kraniotis 2016, p. 391.

<sup>137</sup> Ouwerkerk 2010, p. 89. Zie tevens: Kraniotis 2016, p. 391.

<sup>138</sup> HvJ EG 11 februari 2003, C-187/01 en C-385/01, *NJ* 2004/194 m.nt. JR (*Gözütok en Brügge*), r.o. 33; zie tevens Sanders 2014, p. 185 en Ouwerkerk 2010, p. 90. Zie voor de wisselwerking tussen de benadering van het vertrouwensbeginsel en de toetsingsruimte van de overleveringsrechte tevens Ouwerkerk 2010, p. 91. Zie ook Ouwerkerk 2011, p. 51, over de complexe relatie tussen wederzijds erkenning en wederzijds vertrouwen.

wordt vertrouwen in deze formele zin in het uitleveringsrecht afgeleid uit het feit dat de betrokken vreemde staat partij is bij een verdrag of overeenkomst. Het verdrag wordt hierbij gezien als belichaming van vertrouwen in de kwaliteit van de strafrechtspleging in de andere staat.<sup>139</sup> Bij de overlevering wordt op basis van het feit dat alle lidstaten van de Europese Unie de beginselen van artikel 6 EU-Verdrag (oud) respecteren, uitgegaan van een mate van vertrouwen die voldoende was om het erkenningsbeginsel daadwerkelijk toepassing te doen vinden.<sup>140</sup> Met andere woorden; vertrouwen in elkaars strafrechtspleging wordt verondersteld aanwezig te zijn op basis van de formele gehechtheid van iedere lidstaat aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van mensenrechten en fundamentele vrijheden en de rechtsstaat.<sup>141</sup>

#### 1.4.2 Consequenties van deze fundamentele voor de overlevering

Aan de hand van deze twee uitgangspunten - de verplichting tot overlevering op basis van wederzijdse erkenning (1) en het formeel veronderstelde wederzijds vertrouwen (2) - kan de beperkte mogelijkheid tot weigering in het kader van vermeende mensenrechtenschendingen worden verklaard.

##### *Kaderbesluit en wetsgeschiedenis*

De tekst van het Kaderbesluit evenals de wetsgeschiedenis omtrent de verplichting tot overlevering laten weinig ruimte voor onduidelijkheid. De lidstaten zijn in beginsel gehouden ieder Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen op basis van artikel 1 lid 2 KEAB. De uitzonderingen op deze verplichting worden vervolgens opgesomd in de artikelen 3, 4, 4 bis en 5 van het Kaderbesluit.<sup>142</sup>

Ook uit de toelichting van de Commissie bij het voorstel tot het KEAB valt op te maken dat de Commissie een stelsel voor ogen stond waarbij weigering nauwelijks aan de orde is.<sup>143</sup> De gevallen waarin de tenuitvoerlegging van het EAB kan worden geweigerd: '[zijn] beperkt in aantal en worden (...) uitdrukkelijk opgesomd'.<sup>144</sup> De commissie spreekt expliciet van een limitatieve opsomming: 'Een lidstaat zal de tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel niet kunnen weigeren op een andere grond dan die welke in het kaderbesluit zijn vermeld (...)'.<sup>145</sup> Het is de bedoeling dat de nationale gerechtelijke autoriteit: '(...) na een minimale controle het verzoek van een gerechtelijke autoriteit van een andere lidstaat om overlevering van een persoon erkent'.<sup>146</sup> Het stelsel lijkt hiermee strak gesloten. Ruimte voor weigering met het oog op dreigende (flagrante) mensenrechtenschendingen is er niet, nu het kaderbesluit een als zodanig geformuleerde uitdrukkelijke – algemene – weigeringsgrond niet bevat.<sup>147</sup>

---

<sup>139</sup> Ouwerkerk 2010, p. 90: Ouwerkerk noemt als voorbeeld de verdragseis uit de Nederlandse uitleveringswet. Deze vindt haar ratio in de zienswijze dat een verdrag geldt als de belichaming van vertrouwen in de kwaliteit van de strafrechtspleging in die andere staat; *Kamerstukken II* 1983/84 18 129, nr. 3, p. 27.

<sup>140</sup> Dit volgt uit het eerder aangehaalde *Programma van maatregelen van 2000*: 'Dat vertrouwen berust in het bijzonder op de gemeenschappelijke gehechtheid van de lidstaten aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van mensenrechten en fundamentele vrijheden en de rechtsstaat.' *PbEG* 2001/C 12/10. Zie tevens Bot 2009, p. 88.

<sup>141</sup> Zoals artikel 6 VEU (oud) bepaalde.

<sup>142</sup> Glerum en Rozemond 2015b, p. 273. Strikt genomen bevat artikel 5 de mogelijkheid voor de uitvoerende lidstaat om de overlevering afhankelijk te stellen van garanties. Maar indien garanties achterwege blijven kan de uitvoerende lidstaat de overlevering alsnog weigeren.

<sup>143</sup> Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def.

<sup>144</sup> Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., p. 5-6.

<sup>145</sup> Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., p. 18. Hierbij verwijst de Commissie wel naar de uitzondering afkomstig uit artikel 1 lid 3 Kaderbesluit.

<sup>146</sup> COM(2001) 522 def., p. 2.

<sup>147</sup> Glerum 2013, p. 185. De Nederlandse overleveringswet kende wel een weigeringsgrond voor gevallen waarin de opgeëiste persoon door zijn overlevering blootgesteld kon worden aan een flagrante schending van zijn mensenrechten; artikel 11 OLW. Inmiddels is de redactie van artikel 11 OLW gewijzigd, en volgens de MvT in lijn gebracht met de jurisprudentie van het Hof die in dit hoofdstuk wordt besproken; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 3, 10 e.v.

## De rechtspraak van het HvJEU

Ook de rechtspraak van het Hof van Justitie geeft blijk van het dichtgetimmerde karakter van het overleveringssysteem. De verplichting tot overlevering zoals neergelegd in artikel 1 lid 2 KEAB, wordt als uitgangspunt steeds herhaald in de jurisprudentie van het Hof.<sup>148</sup> Telkens overweegt het hof vanuit dit vertrekpunt dat de uitzonderingen op de verplichting tot overlevering, limitatief zijn en worden gevormd door de weigeringsgronden en garanties uit het Kaderbesluit.<sup>149</sup> Het weigeren van een aanhoudingsbevel kan alleen in de gevallen ‘van verplichte niet tenuitvoerlegging als bedoeld in artikel 3 van het kaderbesluit, of van facultatieve niet-tenuitvoerlegging als bedoeld in de artikelen 4 en 4 bis van het kaderbesluit.’<sup>150</sup> Tevens mogen aan de overlevering alleen de voorwaarden worden verbonden zoals omschreven in artikel 5 van het Kaderbesluit.<sup>151</sup> Op basis van deze bepalingen kan een beroep op weigering in het kader van mensenrechtenschendingen, geen gehoor worden gegeven.

In de jurisprudentie van het Hof speelt, naast de verplichting tot overlevering en de limitatieve opsomming van weigeringsgronden, het vertrouwensbeginsel een rol van betekenis. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie vereist het beginsel van wederzijds vertrouwen dat de lidstaten in geval van twijfel er in principe vanuit moeten gaan dat alle andere lidstaten het Unierecht en, meer in het bijzonder de door dat recht erkende grondrechten, in acht nemen.<sup>152</sup> De arresten *N.S.* en *Melloni* zijn voorbeelden waarbij duidelijk wordt wat de implicaties van het beginsel van wederzijds vertrouwen kunnen zijn.

In de uitspraak *Melloni* wilde de Spaanse rechter de overlevering van een bij verstek veroordeelde afhankelijk stellen van de voorwaarde dat de betreffende veroordeling kan worden herzien.<sup>153</sup> Deze voorwaarde werd echter niet in het Kaderbesluit 2009/299 genoemd. Het Hof accepteerde deze gang van zaken dan ook niet omdat daarbij afbreuk zou worden gedaan aan het beginsel van wederzijds vertrouwen door het in twijfel trekken van de door het kaderbesluit vastgestelde uniformiteit van grondrechtenbescherming.<sup>154</sup> In de zaak *N.S.* oordeelde het Hof dat een lidstaat ervan moest uitgaan dat de behandeling van asielzoekers, op basis van de op wederzijds vertrouwen gebaseerde verordening nr. 343/2003, in elke lidstaat in overeenstemming is met de eisen van het Handvest, met het Verdrag van Genève<sup>155</sup> en met het EVRM.<sup>156</sup>

In haar advies van 18 december 2014, waarin het Hof naar deze twee uitspraken verwijst, overweegt het dat het onderling vertrouwen tussen de lidstaten met name wat de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid betreft, de lidstaten kan verplichten bij de uitvoering van Unierecht aan te nemen

---

<sup>148</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 juli 2015, C 237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, (*Lanigan*), r.o. 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak: *West*, C-192/12 PPU, EU:C:2012:404, r.o. 55; *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, r.o. 38, en *F.*, C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, r.o. 36. december 2008; Begin van deze vaste rechtspraak vormt het arrest *Leymann & Pustovarov*: HvJ EU 1 december 2008, C-388/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:669, (*Leymann en Pustovarov*) m.nt. A.H. Klip, r.o. 51.

<sup>149</sup> HvJ EU 16 juli 2015, C 237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, (*Lanigan*), r.o. 36; zie tevens Glerum, *DD* 2016/79, p. 895.

<sup>150</sup> HvJ EU 16 juli 2015, C 237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, (*Lanigan*), r.o. 36. In eerdere uitspraken hanteerde het hof algemenere formuleringen waarin het stelde dat: ‘de uitvoerende rechterlijke autoriteit zich slechts op grond van één van de in het kaderbesluit vastgestelde gronden tot weigering tegen de overlevering kan verzetten’, HvJ EG 17 juli 2008, nr. C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437, *NJ* 2008/586, m.nt. M.J. Borgers, (*Kozłowski*) r.o. 43. Deze formulering werd nader afgebakend doordat het Hof later specificceert: uitvoerende rechterlijke autoriteiten ‘moeten of kunnen de tenuitvoerlegging van een dergelijk bevel slechts weigeren in de in de artikelen 3 en 4 van dat kaderbesluit genoemde gevallen’, HvJ EG 6 oktober 2009, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616, *NJ* 2009/591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 57. In het arrest *West* betreft het hof voor het eerst ook de voorwaarden van artikel 5 Kaderbesluit in deze limitatieve opsomming, HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/PPU, ECLI:EU:C:2012:404 (*West*), r.o. 55.

<sup>151</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 80, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*); verwijzend naar HvJ EU 16 juli 2015, C 237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, (*Lanigan*), r.o. 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>152</sup> Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021, art. 11 OLW (online bijgewerkt 1 juli 2021); zie in die zin HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, r.o. 191. Veldt-Foglia, *NtEr* 2016/8, p. 261

<sup>153</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, (*Melloni*) r.o. 24.

<sup>154</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, (*Melloni*) r.o. 63.

<sup>155</sup> Het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, Genève 28 juli 1951, *Trb.* 1995, 136.

<sup>156</sup> HvJ EU 21 december 2011, ECLI:EU:C:2011:865, (*N.S.*) r.o. 78-80.

dat de andere lidstaten de grondrechten in acht nemen, zodat zij, behoudens uitzonderlijke gevallen, niet mogen nagaan of een lidstaat in een concreet geval die grondrechten daadwerkelijk heeft geëerbiedigd.<sup>157</sup> Lidstaten zijn zo verplicht om vanuit dit veronderstelde vertrouwen een EAB – in beginsel – ten uitvoer te leggen; zonder dat men zich daarbij kan baseren op concrete wetenschap dat de grondrechten in de uitvaardigende lidstaat zullen worden geëerbiedigd.<sup>158</sup> Hierin zien we – in de woorden van Kraniotis – de normatief-beperkende werking van het vertrouwensbeginsel terug.<sup>159</sup> Uit de formuleringen van het Hof blijkt wel dat het enige ruimte laat voor een exceptie in ‘uitzonderlijke gevallen’. Wat hieronder moet worden verstaan, wordt duidelijk in het volgende hoofdstuk.

## 1.5 Concluderende opmerkingen

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op wat de overlevering als rechtsinstrument exact inhoudt. De strafrechtelijke samenwerking op het gebied van het overleveren van verdachte of veroordeelde personen binnen de Europese Unie kent eigen karakteristieken en een gelaagd fundament. Dit gelaagde fundament is verreweg het relevantste aspect aan het overleveringssysteem met het oog op de mogelijkheid de overlevering naar de lidstaat Polen te weigeren. Het beginsel van wederzijdse erkenning speelt een bijzonder grote rol als ‘hoeksteen’ van de Europese strafrechtelijke samenwerking. Het bestaan van een significant aantal imperatieve en facultatieve weigeringsgronden in het Kaderbesluit verraadt echter dat de Raad van de Europese Unie niet de uiterste consequentie uit het beginsel van wederzijdse erkenning heeft getrokken.<sup>160</sup> Artikel 1 lid 2 van het Kaderbesluit brengt dit volgens Borgers passend tot uitdrukking door te stellen dat de tenuitvoerlegging van een EAB geschiedt ‘op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepalingen van dit kaderbesluit’.<sup>161</sup>

Toepassing geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning is pas mogelijk wanneer sprake is van een zekere gelijkwaardigheid van de rechtsstelsels op basis van wederzijds vertrouwen. Dit vertrouwen wordt verondersteld binnen de Europese Unie<sup>162</sup> en berust in het bijzonder op de gemeenschappelijke gehechtheid van de lidstaten aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden en de rechtsstaat.<sup>163</sup> Weigering van de overlevering, anders dan in die gevallen waarin het Kaderbesluit voorziet, is vanwege dit veronderstelde vertrouwen slechts mogelijk in uitzonderlijk gevallen. In het volgende hoofdstuk bespreek ik deze uiterste grenzen van het wederzijds vertrouwen aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>164</sup>

---

<sup>157</sup> Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021, art. 11 OLW (online bijgewerkt 1 juli 2021); zie in die zin HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, r.o. 191. Veldt-Foglia, *NtEr* 2016/8, p. 261

<sup>158</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 77-79, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*); Veldt-Foglia, *NtEr* 2016/8, p. 261

<sup>159</sup> Kraniotis 2016, p. 391.

<sup>160</sup> Glerum 2013, p. 52. Zo bezien lijken de procedurele veranderingen (met name de vereenvoudiging en versnelling van de procedure) groter dan de wijzigingen in materiële voorwaarden ten opzichte van de uitleveringsprocedure, zie hiervoor M.J. Borgers, annotatie bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303-05, ECLI:EU:C:2007:261, *NJ* 2007/619 (*Advocaten voor de Wereld*).

<sup>161</sup> M.J. Borgers, annotatie bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303-05, ECLI:EU:C:2007:261, *NJ* 2007/619 (*Advocaten voor de Wereld*).

<sup>162</sup> Zie overweging 1 bij Voorstel Kaderbesluit EAB *PbEG* 2001, C 332 E/305; tevens *PbEG* 15 januari 2011, C12/10.

<sup>163</sup> *PbEG* 15 januari 2011, C12/10.

<sup>164</sup> Zie respectievelijk HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*); en HvJ EU, 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, (*LM of Celmer*) *EHRC* 2018/190 m.nt. Van Kruisbergen en Krommendijk.

# Hoofdstuk 2: Mensenrechtenschendingen als overleveringsbeletsel anno 2022

## *Inleiding*

In het vorige hoofdstuk heb ik enkele belangrijke karakteristieken van het stelsel van de overlevering uiteengezet. Daarbij ben ik ook ingegaan op de voorwaarden voor overlevering; of negatief geformuleerd de mogelijkheden tot weigering. Die mogelijkheden zijn beperkt vanwege de werking van het beginsel van wederzijdse erkenning en de implicaties van het verondersteld wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten.<sup>165</sup> Het weigeren van de overlevering op grond van dreigende (flagrante) mensenrechtenschendingen is binnen het overleveringssysteem moeilijk voorstelbaar. Ook dit hangt samen met de grondbeginselen waarop het stelsel berust.<sup>166</sup> Het Kaderbesluit bevat dan ook niet een als zodanig geformuleerde uitdrukkelijke – algemene – weigeringsgrond inzake schending van het EVRM of andere mensenrechtelijke instrumenten.<sup>167</sup> Dit laat echter onverlet dat weigering omwille van dreigende mensenrechtenschendingen ruim 20 jaar na het aannemen van het Kaderbesluit wel degelijk mogelijk is.

In hoeverre kunnen dreigende mensenrechtenschending anno 2022 leiden tot weigering van de overlevering? Voor het antwoord hierop baseer ik mij in dit hoofdstuk op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU, die immers doorslaggevend is bij de uitleg van het Kaderbesluit EAB als onderdeel van het Unierecht. Welke toetsingsmaatstaf heeft het Hof van Justitie aangelegd en hoe verhoudt deze zich tot het beginsel van wederzijdse erkenning en het daaraan ten grondslag liggende wederzijdse vertrouwen tussen lidstaten?

Bij de beantwoording van deze deelvraag spits ik mij toe op weigering van de overlevering in het kader van het recht op een eerlijke proces – ex. artikel 6 EVRM ofwel 47 HvEU – omdat de bezwaren voor overlevering aan de lidstaat Polen zich rond dit recht concentreren. In paragraaf 1 behandel ik allereerst kort de kritiek op de starre werking van de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen. In paragraaf 2 ga ik in op de uitspraak *Aranyosi en Căldăraru* waarbij het Hof van Justitie gehoor lijkt te geven aan deze kritiek, door een overleveringsbeletsel toe te staan in geval van een dreigende (flagrante) schending van artikel 3 EVRM.<sup>168</sup> In paragraaf 3 belicht ik het arrest *LM* dat weigering ook in geval van een dreigende schending van het recht op een eerlijke proces – artikel 6 EVRM – mogelijk maakte.<sup>169</sup> In paragraaf 4 geef ik een uitgebreide analyse van de betekenis van het arrest *LM* specifiek voor de overlevering van verdachten aan de lidstaat Polen. In paragraaf 5 ga ik in

<sup>165</sup> Zie Glerum 2013, p. 52. zie tevens Hoofdstuk 1 par. 1.4.

<sup>166</sup> De rechtsstelsels zijn immers allemaal gebaseerd op ‘de beginselen van vrijheid en democratie en het beginsel van de rechtsstaat’ daarbij eerbiedigen alle stelsels de grondrechten zoals gewaarborgd bij het EVRM, zie overweging 1 bij Voorstel Kaderbesluit EAB *PbEG* 2001, C 332 E/305. Bovendien heeft volgens de commissie het voorgestelde stelsel juist mede tot doel tegemoet te komen aan de bezorgdheid van de Europese burgers om de waarborging van hun individuele rechten, COM(2001) 522 def., p. 4. Daarnaast zijn ‘de nationale rechters bij de uitvaardiging en de tenuitvoerlegging van Europese arrestatiebevelen vanzelfsprekend onderworpen aan de algemene bepalingen betreffende de bescherming van de grondrechten en meer bepaald aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 1950 en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie’, COM(2001) 522 def., p. 5.

<sup>167</sup> Glerum 2013, p. 185. De Nederlandse overleveringswet kent wel een weigeringsgrond voor gevallen waarin de opgeëiste persoon door zijn overlevering blootgesteld kon worden aan een flagrante schending van zijn mensenrechten; artikel 11 OLW. Inmiddels is de redactie van artikel 11 OLW gewijzigd, en volgens de MvT in lijn gebracht met de jurisprudentie van het Hof die in dit hoofdstuk wordt besproken; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 3, 10 e.v.

<sup>168</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

<sup>169</sup> HvJ EU, 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, *EHRC* 2018/190 m.nt. Van Kruisbergen en Krommendijk (*LM*).

op de jurisprudentie die het Hof van Justitie met betrekking tot een dreigende schending van het recht op een eerlijk proces, gewezen na het arrest *LM*. In paragraaf 6 ga ik in op kritiek die bestaat op de lijn die het Hof met het arrest *LM* en navolgende jurisprudentie heeft ingezet en tot slot volgen enkele concluderende opmerkingen in paragraaf 6.

## 2.1 Kritiek op de absolute werking van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen

Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken, is weigering van de overlevering op andere gronden dan die welke zijn vastgelegd in het Kaderbesluit in beginsel niet mogelijk.<sup>170</sup> De uitzonderingen op de verplichting op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning EAB's ten uitvoer te leggen, zijn immers limitatief geregeld in het Kaderbesluit.<sup>171</sup> Het afzien van de overlevering vanwege twijfels omtrent de eerbiediging van mensenrechten in de uitvaardigende lidstaat, stuit bovendien op de werking van het vertrouwensbeginsel, zoals ik heb geïllustreerd in het vorige hoofdstuk met de uitspraken *N.S.* en *Melloni*.<sup>172</sup>

Verscheidene auteurs zijn echter kritisch op deze werking van het vertrouwensbeginsel, met name omdat vertrouwen daarbij vanuit een formele benadering wordt verondersteld. Sliedregt stelt onder meer: *'the problem with 'mutual trust' as the precondition for the adoption of a norm or for the establishment of a relationship is that it is a static notion and tends towards the absolute. In reality, trust is not absolute and it is both the product and the condition of a regularly sustained communication'*.<sup>173</sup> Ook Ouwerkerk is kritisch en benoemt dat het naïef kan zijn te vermoeden dat een zo formeel vertrouwen op de steun van de lidstaten kan rekenen.<sup>174</sup> Tekenend voor de reserves die lidstaten hebben bij het stelsel van overlevering zijn volgens beide auteurs de vele veelal aan het uitleveringsrecht ontleende weigeringsgronden, die in het overleveringsrecht zijn blijven bestaan. Sommige lidstaten hebben zelfs in hun implementatiewetgeving extra weigeringsgronden opgenomen waar het KEAB naar de letter geen ruimte voor biedt.<sup>175</sup>

Dat lidstaten reserves hadden bij het nieuwe overleveringsstelsel was en is niet onbegrijpelijk in het licht van de grote verschillen die tussen de lidstaten bestaan op het vlak van procedure rechten van het individu.<sup>176</sup> Bij het blindelings vertrouwen op elkaars rechtsstelsels, zou men voorbij gaan aan deze

---

<sup>170</sup> Zie onder meer de Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., p. 5-6, 18.

<sup>171</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 80, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*); verwijzend naar HvJ EU 16 juli 2015, C 237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, (*Lanigan*), r.o. 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>172</sup> Zie Hoofdstuk 1 par. 1.4

<sup>173</sup> Sliedregt, van, *EuConst* 2007/2, p. 248-249. In gelijke zin – en zoals in hoofdstuk 1 reeds beschreven – wijst Ouwerkerk op het feitelijk evolutieve karakter van het concept wederzijds vertrouwen; Ouwerkerk 2010, p. 89. Zie tevens: Kraniotis 2016, p. 391-392.

<sup>174</sup> Ouwerkerk 2010, p. 91. Hoewel ook Ouwerkerk in het licht van effectieve strafrechtelijke samenwerking een formele benadering logisch acht, omdat een materiële invulling van het vertrouwensbeginsel veel meer ruimte zou laten voor tussenkomende toetsing van buitenlandse rechterlijke beslissingen, het geen nu juist met de idee van wederzijdse erkenning in pure vorm strijdig is, Ouwerkerk 2010, p. 91.

<sup>175</sup> Sliedregt, van, *EuConst* 2007/2, p. 248-249, 251; Ouwerkerk 2010, p. 92. Een voorbeeld is de mensenrechtenclausule in de Nederlandse OLV (art. 11). In het laatste evaluatierapport inzake de toepassing van het /EAB is deze exceptie nadrukkelijk gekwalificeerd als 'de uitdrukking van een gebrek aan vertrouwen in de strafrechtstelsels van andere lidstaten': Evaluatieverslag van de vierde ronde van wederzijdse evaluaties, 'De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten', verslag over Nederland, Brussel 27 februari 2009, document 15370/2/08. Pt. 7.3.1.5.

<sup>176</sup> Sanders 2014, p. 381.



realiteit.<sup>177</sup> Zelfs de Europese Commissie stelt dat een rechter steeds gegronde redenen heeft om de overlevering te weigeren wanneer hij vaststelt dat de procedure artikel 6 EU-verdrag en de gemeenschappelijke constitutionele beginselen van de lidstaten schendt. In een systeem van wederzijds vertrouwen mag een dergelijke situatie slechts bij uitzondering voorkomen.<sup>178</sup> De opening die de Commissie hiermee lijkt te bieden impliceert de mogelijkheid tot een meer materiële benadering van vertrouwen. Al in 2009 deed Rozemond een pleidooi voor de introductie van materieel vertrouwen binnen het uitleverings- én overleveringsrecht.<sup>179</sup> Hierbij zouden algemeen gestelde verweren nog steeds stuiten op het vertrouwensbeginsel, maar is er ook ruimte voor de beoordeling van een mensenrechtenverweer aan de hand van de beschikbare gegevens over de desbetreffende staat en de specifieke feiten waarvoor overlevering wordt bevolen.<sup>180</sup>

## 2.2 Eerbiediging van mensenrechten als uitzondering op de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen – de zaak *Aranyosi*

Zoals in de vorige paragraaf duidelijk werd lijkt er een duidelijke roep te zijn om wederzijds vertrouwen niet als absoluut of onvoorwaardelijk vertrouwen te beschouwen.<sup>181</sup> Het Hof van Justitie blijkt vatbaar voor deze argumenten. In 2016 doet het Hof uitspraak in de zaak van *Pál Aranyosi en Robert Căldăraru* (hierna: *Aranyosi*) waarbij het erkent dat het vertrouwensbeginsel niet onverkort geldt.<sup>182</sup> Waar het Hof eerder strikt vasthield aan de limitatieve opsomming uit het Kaderbesluit en weigering daarbuiten uitsloot, biedt het in *Aranyosi* toch ruimte voor een overleveringsbeletsel in het kader van (dreigende) mensenrechtenschendingen buiten de bepalingen van het Kaderbesluit om.<sup>183</sup> In onderstaande paragraaf ga ik in op de gronden waarop het hof haar uitspraak baseert, evenals de consequenties die een vastgestelde schending in de voorkomende gevallen heeft voor de overlevering.

In de gevoegde zaken *Aranyosi & Căldăraru* had Hongarije jegens Pál Aranyosi een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd. Vanuit Roemenië werd ook een EAB uitgevaardigd, voor Robert Căldăraru. Beiden worden aangehouden in Duitsland en de Rechtbank Bremen moet beslissen over hun overlevering. De opgeëisten verzetten zich tegen hun overlevering omdat niet duidelijk was in welke detentie-inrichting zij zouden worden vastgehouden, terwijl het EHRM tegen zowel Hongarije als Roemenië vele uitspraken had gedaan waaruit blijkt dat bij de detentieomstandigheden niet is verzekerd dat artikel 3 EVRM niet wordt geschonden.<sup>184</sup> In die uitspraken veroordeelde het EHRM zowel Hongarije als Roemenië voor schending van artikel 3 EVRM, omdat sprake was van ernstige

<sup>177</sup> Janssens 2007, p. 21-23; zie tevens Conclusie advocaat-generaal Sharpston van 18 oktober 2012 in HvJ EU 29 januari 2013, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39 (*Radu*), par. 41: 'Hoewel de lidstaten lof verdienen voor hun staat van dienst bij het nakomen van hun mensenrechtenverplichtingen, is die niet lolieblank. We mogen er niet vanuit gaan dat de mensenrechten van een gezochte persoon bij aankomst in een andere lidstaat automatisch gewaarborgd zijn, enkel omdat zijn overlevering is gevraagd door een lidstaat.'

<sup>178</sup> COM(2005) 63 def. p. 6. Artikel 6 EU-verdrag (oud) verwees daarbij onder meer naar het EVRM.

<sup>179</sup> Rozemond 2009, p. 68 e.v.

<sup>180</sup> Rozemond 2009, p. 71-72; De aard van mensenrechten noopt volgens Rozemond tot die materiële benadering: 'het is onaanvaardbaar om een persoon bloot te stellen aan de doodstraf of een marteling of een onmenselijke of vernederende behandeling of aan een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces of andere mensenrechten.'

<sup>181</sup> 'The EAW scheme may be built on 'mutual trust'; like extradition, this does not imply unconditional trust', Sliedregt, van, *EuConst* 2007/2, p. 252.

<sup>182</sup> Veldt-Foglia, *NtEr* 2016/8, p. 263.

<sup>183</sup> Deze kentering is mede ingegeven door uitspraken van het Bundesverfassungsgericht en het EHRM; zie hiervoor par. 2.3.2.

<sup>184</sup> De verwijzende rechter, het Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, noemt EHRM 10 maart 2015, 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 en 64586/13 (*Varga e.a. t. Hongarije*) en EHRM 10 juni 2014, 22015/10 (*Voicu t. Roemenië*); 13054/12 (*Bujorean t. Roemenië*); 79857/12 (*Mihai Laurentiu Marin t. Roemenië*) en 51381/12 (*Constantin Aurelian Burlacu t. Roemenië*); Glerum, *DD* 2016-79, p. 895. Zie tevens H. van der Wilt, annotatie bij HvJ EU 5 april 2016, gev. zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, *EHRC* 2016/157.

overbevolking in de gevangenissen en kleine onverwarmde cellen met slechte sanitaire voorzieningen.<sup>185</sup> Het Europese Comité inzake de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing bevestigde deze bevindingen.<sup>186</sup>

De Rechtbank Bremen stelt hierop prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. De strekking van deze vragen is hoe men moet omgaan met de botsende verplichtingen van artikel 1 lid 2 Kaderbesluit enerzijds (de verplichting tot overlevering) en artikel 1 lid 3 Kaderbesluit anderzijds (de eerbiediging van de grondrechten van de betrokkene en de algemene rechtsbeginselen zoals die in artikel 6 VEU zijn neergelegd).<sup>187</sup> Het arrest *Aranyosi* vormde hiermee het eerste arrest van het hof waarin de principiële kwestie aan bod kwam of een dreigende schending van een grondrecht van de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat, in de weg kan staan aan de overlevering.<sup>188</sup>

Ook in de zaak *Aranyosi* overweegt het Hof allereerst dat het systeem van weigeringsgronden in artikel 3 en 4 van het Kaderbesluit uitputtend is en het bevestigt hiermee zijn vaste rechtspraak.<sup>189</sup> Daarmee lijkt in eerste instantie toetsing aan dreigende schendingen van mensenrechten uitgesloten te zijn.<sup>190</sup> Het hof overweegt echter dat dit uitgangspunt niet wegneemt dat de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen tussen lidstaten in “uitzonderlijke omstandigheden” kunnen worden beperkt.<sup>191</sup> Hierbij verwijst het Hof naar een eigen advies uit 2014 dat werd gevraagd in het kader van de voorgenomen toetreding van de EU bij het EVRM.<sup>192</sup> In dat advies legde het Hof nog de nadruk op het vertrouwensbeginsel en de daaruit voortvloeiende verplichting van de lidstaten om zich te onthouden van de toets of een andere lidstaat in een concreet geval de grondrechten eerbiedigt.<sup>193</sup> Twee jaar later in de uitspraak *Aranyosi* ligt de nadruk juist op uitzondering op deze verplichting. De uitvoerende autoriteit moet bij de toepassing van de implementatiewetgeving het Handvest voor de Grondrechten van de EU eerbiedigen, waaronder dus artikel 4 (dat overeenkomt met artikel 3 EVRM).<sup>194</sup> In uitzonderlijke gevallen kan die eerbiediging een overleveringsbeletsel vormen; welke is gebaseerd op de omstandigheid dat dat artikel 4 HvEU, een absoluut en fundamenteel karakter.<sup>195</sup>

Voor de vaststelling dat dit overleveringsbeletsel zich voordoet, schrijft het hof een vierstappenplan voor.<sup>196</sup> Allereerst moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit beoordelen of er bewijzen zijn dat gedetineerden in de uitvaardigende lidstaat in het algemeen een reëel gevaar van ene onmenselijke of een vernederende behandeling lopen. Daarbij moet het haar oordeel ‘baseren op objectieve,

---

<sup>185</sup> EHRM 10 juni 2014, nr. 22015/10 (*Voicu t. Roemenië*); EHRM 10 maart 2015, 14097/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 en 64586/13, *EHRC* 2015/117 (*Varga e.a. t. Hongarije*);

<sup>186</sup> Rapport CPT 2014; Rapport CPT 2015.

<sup>187</sup> Zie voor de exacte vragen van de Rechtbank uit Bremen: HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 46, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

<sup>188</sup> Glerum, *DD* 2016-79, p. 894.

<sup>189</sup> Glerum, *DD* 2016-79, p. 895. Zie voor deze vaste jurisprudentie bijvoorbeeld: HvJ EU 16 juli 2015, C 237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, r.o. 36 (*Lanigan*); HvJ EU 1 december 2008, C-388/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:669, r.o. 51, m.nt. A.H. Klip (*Leymann en Pustovarov*).

<sup>190</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 80, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

<sup>191</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 82, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

<sup>192</sup> HvJ EU 18 december 2014, advies 2/13, EU:C:2014:2454, punt 191; zie tevens aldaar aangehaalde jurisprudentie: HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, N.S. e.a., ECLI:EU:C:2011:865. In het arrest *N.S. e.a.* trok het Hof van Justitie de grens van wederzijdse erkenning en vertrouwen bij de vaststelling door de nationale rechter van het reële risico op onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Handvest of Hv) in geval van overdracht van een asielzoeker naar een andere lidstaat waar sprake was van fundamentele tekortkomingen in de asielprocedures en opvangvoorzieningen; Veldt-Folglia, *NtEr* 2016/8, p. 259.

<sup>193</sup> HvJ EU 18 december 2014, advies 2/13, EU:C:2014:2454, r.o. 191.

<sup>194</sup> Glerum, *DD* 2016/79, p. 895.

<sup>195</sup> Omdat het nauw samenhangt met de eerbiediging van de menselijke waardigheid (art. 1 Handvest Grondrechten EU) en een fundamentele waarde van de Unie en de lidstaten vormt; Glerum, *DD* 2016/79, p. 894-896; Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021, art. 11 OLW (online bijgewerkt 1 juli 2021).

<sup>196</sup> Glerum, *DD* 2016/79, p. 895.

betrouwbare, nauwkeurige en naar behoren bijgewerkte gegevens over de detentieomstandigheden die heersen in de uitvaardigende lidstaat en die kunnen duiden op gebreken die hetzij structureel of fundamenteel zijn, hetzij bepaalde groepen van personen raken, hetzij bepaalde detentiecentra betreffen', (r.o. 89).<sup>197</sup> Het Hof wijst er hierbij op dat de autoriteit die gegevens 'met name' kan putten uit: uitspraken van het EHRM, uitspraken van rechters van de uitvaardigende lidstaat en rapporten e.d. van de Raad van Europa of van de Verenigde Naties.<sup>198</sup>

Zijn dergelijke bewijzen er inderdaad dan moet de uitvoerende autoriteit vervolgens mede aan de hand van de door de uitvaardigende justitiële autoriteit te verstrekken gegevens 'concreet en nauwkeurig' beoordelen of voor de opgeëiste persoon een reëel gevaar bestaat (r.o. 94 & 95). Het gaat hierbij niet om door de uitvaardigende autoriteit afgegeven garanties.<sup>199</sup> Op basis van de door de uitvaardigende autoriteit verstrekte gegevens moet de uitvoerende autoriteit een beslissing nemen over het uitstel van de overlevering (N.B. dus niet het weigeren van de overlevering), voor zover zij tot de conclusie komt dat inderdaad een reëel gevaar voor de opgeëiste persoon bestaat (r.o. 98). Uiteindelijk zal de uitvoerende rechterlijke autoriteit moeten beslissen over de beëindiging van de overleveringsprocedure als dat reële gevaar niet binnen een redelijke termijn kan worden uitgesloten (r.o. 104). Van een weigering op grond van dat reële gevaar spreekt het Hof expliciet niet.<sup>200</sup>

Uit de uitspraak *Aranyosi* blijkt dat het Hof niet vereist dat de lidstaten blind wederzijds vertrouwen op elkaars rechtsstelsel en op grond daarvan rechterlijke beslissingen en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen zonder meer erkennen.<sup>201</sup> Het hof bakent als het ware de uiterste grenzen af van de fictie van wederzijds vertrouwen.<sup>202</sup> Het arrest vormt hiermee een voorzichtige kentering ten opzicht van de strakke lijn die het Hof in zijn vaste rechtspraak omtrent weigeringsgronden hanteerde.<sup>203</sup> Vermoedelijk probeert het Hof hiermee botsingen met nationale constitutionele rechters als het Duitse Bundesverfassungsgericht en met het EHRM te voorkomen.<sup>204</sup> Het Bundesverfassungsgericht oordeelde namelijk eerder al dat toetsing aan de 'Verfassungsidentität' ertoe kan leiden dat een maatregel van Unierecht, zoals het Kaderbesluit EAB, in een concreet geval buiten toepassing moet blijven.<sup>205</sup> Het EHRM oordeelde bovendien dat de effectiviteit die met het beginsel van wederzijdse erkenning wordt nagestreefd en de daaruit voortvloeiende beperkingen van de rechterlijke controle niet ten koste mogen gaan van de grondrechten van de betrokkene.<sup>206</sup>

Het Hof van Justitie komt hieraan tegemoet door als het ware een ontsnappingsclausule voor uitzonderlijke gevallen te formuleren in het arrest *Aranyosi*. In arresten na *Aranyosi* is voortaan terug te lezen hoe uitvoerende autoriteiten - *in beginsel* – alleen in de in artikel 3 tot en met 5 KEAB bedoelde gevallen de overlevering mogen weigeren of van een garantie afhankelijk mogen maken.<sup>207</sup> In het latere arrest *Poplawski* overweegt het hof na het herhalen van deze nieuwe standaardoverweging expliciet: 'De tenuitvoerlegging van het EAB is dus de regel en de weigering van de tenuitvoerlegging is de uitzondering, die strikt moet worden uitgelegd'.<sup>208</sup>

---

<sup>197</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 89, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

<sup>198</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 89, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

<sup>199</sup> Glerum *DD* 2016/79, p. 895.

<sup>200</sup> Glerum, *DD* 2016/79, p. 894-896.

<sup>201</sup> Veldt-Foglia, *NtEr* 2016/8, p. 259.

<sup>202</sup> Veldt-Foglia, *NtEr* 2016/8, p. 266.

<sup>203</sup> Zie H. van der Wilt annotatie bij HvJ EU 5 april 2016, gev. zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, *EHRC* 2016/157, par. 6.

<sup>204</sup> Glerum *DD* 2016/79, p. 899.

<sup>205</sup> Bundesverfassungsgericht 15 december 2015, 2 BvR 2735/14.

<sup>206</sup> EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207 (*Avotiņš t. Letland*), r.o. 113-114.

<sup>207</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 23 januari 2018, C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27 (*Piotrowski*), r.o. 48:

<sup>208</sup> HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503, (*Poplawski*) r.o. 19.

Hoewel deze formulering<sup>209</sup> lijkt te suggereren dat het hierbij gaat om een extra weigeringsgrond buiten het Kaderbesluit om, is daar strikt genomen geen sprake van. Een reëel gevaar voor de opgeëiste persoon van onmenselijke of vernederende behandeling (als bedoeld in art. 4 Handvest Grondrechten EU) vanwege de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat levert een overleveringsbeletsel op in de vorm van een verplicht uitstel van de overleveringsbeslissing zolang dat gevaar niet kan worden uitgesloten.<sup>210</sup> Wanneer het reële gevaar niet binnen een redelijke termijn kan worden uitgesloten kan dat leiden tot beëindiging van de overlevering, niet tot weigering.<sup>211</sup> In dat opzicht geldt onverkort dat weigering of het stellen van voorwaarden slechts plaatsvindt op basis van de gronden opgesomd in de artikelen 3 tot en met 5 van het Kaderbesluit. Het stopzetten van de procedure komt echter *de facto* neer op de weigering van de tenuitvoerlegging van het EAB.<sup>212</sup>

In het latere arrest *ML/General staatsanwaltschaft (Conditions of detention in Hungary)* heeft het Hof de toetsing van detentieomstandigheden nader ingevuld.<sup>213</sup> Wanneer sprake is van een reëel gevaar in abstracto, ontheft de enkele omstandigheid dat in de uitvaardigende lidstaat een rechtsmiddel beschikbaar is waarmee de rechtmatigheid van de detentieomstandigheden kan worden getoetst aan de grondrechten, de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet van de verplichting om na te gaan of sprake is van een reëel gevaar in concreto. Bij die beoordeling mag zij dat rechtsmiddel wel in aanmerking nemen.<sup>214</sup> In deze uitspraak zoekt het Hof duidelijk aansluiting bij de rechtspraak van het EHRM inzake detentieomstandigheden.<sup>215</sup>

### 2.3 Het recht op een onafhankelijk gerecht als overleveringsbeletsel - Het arrest *LM*

Begrijpelijkerwijs rijst na het arrest *Aranyosi* de vraag of ook andere dreigende mensenrechtenschendingen als overleveringsbeletsel konden gelden. Het feit dat het Hof alleen in 'uitzonderlijke omstandigheden' bereid is de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning te beperken, is reden genoeg om te veronderstellen dat niet alle grondrechten zich lenen om als uitzondering te dienen.<sup>216</sup> Daarbij moet ook worden gewezen op de sterke nadruk die het Hof legt in de uitspraak *Aranyosi* op het absolute en fundamentele karakter van het verbod van onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing.<sup>217</sup> Desalniettemin maakt het Hof van Justitie in het arrest *LM* uit 2018 duidelijk dat ook een reëel gevaar voor de opgeëiste persoon van schending in de

---

<sup>209</sup> Alsook andere bewoordingen uit het arrest *Aranyosi*, zoals in r.o. 91-92: 'De vaststelling dat er vanwege de algemene detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat een reëel gevaar bestaat van een onmenselijke of vernederende behandeling, kan evenwel op zichzelf niet leiden tot de weigering om een Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen.' (mijn cursivering)

<sup>210</sup> Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021, art. 11 OLW (online bijgewerkt 1 juli 2021); HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 80, 98 en 103, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*); HvJ EU 25 juli 2018, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589 (*ML*), punt 65).

<sup>211</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 104, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

<sup>212</sup> Zie H. van der Wilt annotatie bij HvJ EU 5 april 2016, gev. zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, *EHRC* 2016/157, par. 6; zie tevens Veldt-Foglia, *NtEr* 2016/8, p. 265. N.B. het Hof laat de mogelijkheid open dat overschrijding van de redelijke termijn niet tot beëindiging van de overleveringsprocedure leidt. Zo tracht het Hof te vermijden dat de opgeëiste persoon straffeloos blijft, volgens Glerum, *DD* 2016/79. P. 900.

<sup>213</sup> *Kamerstukken II*, 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 10.

<sup>214</sup> Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021, art. 11 OLW (online bijgewerkt 1 juli 2021); HvJ EU 25 juli 2018, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589 (*ML*), r.o. 72-76; HvJ EU 15 oktober 2019, C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857 (*Dorobantu*), r.o. 80-81.

<sup>215</sup> Zie hiervoor: HvJEU 25 juli 2018 in de zaak C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, (*ML*), r.o. 90-100.

<sup>216</sup> Krommendijk, *NTM-NJCM Bull* 2018/38, p. 487; verwijzend naar de uitspraak *Piotrowski* HvJEU 23 januari 2018, C367/16, ECLI:EU:C:2018:27, *EHRC* 2018/53 m.nt. Glas en Krommendijk, r.o. 36.

<sup>217</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 85-87, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

uitvaardigende van het grondrecht op een eerlijk proces (art. 47, tweede alinea, HvEU) een overleveringsbeletsel oplevert.<sup>218</sup> Deze uitspraak is vanwege de focus op het recht op eerlijk proces – meer specifiek op een onafhankelijk gerecht – uiterst relevant in het licht van de meest recente ontwikkelingen binnen de Poolse rechtsstaat.

Het arrest volgt ook op prejudiciële vragen van het Ierse High Court in het kader van drie door Polen uitgevaardigde aanhoudingsbevelen tegen *LM*.<sup>219</sup> Deze vragen ontstaan met name naar aanleiding van het met redenen omkleed voorstel van de Europese Commissie van 20 december 2017 op grond van artikel 7, lid 1 VEU, inzake de rechtsstaat in Polen.<sup>220</sup> De Ierse rechter wijst op het bestaan van dit voorstel en de opinie van de Commissie van Venetië uit 2017 waar kort gezegd twee ‘areas of profound concern’ uit naar voren komen: (1) het ontbreken van een onafhankelijke en legitieme constitutionele toetsing; en (2) de systematische dreiging voor de onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke macht, die voortkomt uit niet minder dan dertig wettelijke hervormingen inzake de rechterlijke organisatie.<sup>221</sup>

Het Ierse High Court concludeert zelf, zonder daarover een vraag aan het Hof te stellen, dat artikel 2 VEU, waarin de gebondenheid van de lidstaten aan het rechtsstaatsbeginsel is vastgelegd, is geschonden. De vragen van het High Court betreffen enkel de consequenties die het aan deze constatering zou moeten verbinden voor wat betreft de behandeling van aanhoudingsbevelen uit Polen.<sup>222</sup> In wezen vraagt de verwijzende rechter in deze zaak drie dingen. Ten eerste wil het weten of *Aranyosi*, waar het ging om een absoluut grondrecht, ook geldt voor relatieve rechten zoals het recht op een eerlijk proces.<sup>223</sup> Vooruitlopend op een bevestigend antwoord, vraagt de Ierse rechter ten tweede of het in gang zetten van de *Rule of Law-procedure*, conform artikel 7 lid 1 VEU door de Europese Commissie tegen Polen wegens schending van de onafhankelijkheid van de rechtspraak, reeds voldoende is om in individuele zaken een schending van artikel 47 HvEU aan te nemen.<sup>224</sup> Ten derde volgt de vraag of bij het in stand laten van het vereiste van een individuele of concrete toets de uitvoerende autoriteit zich tot de uitvaardigende rechterlijke autoriteit moet wenden om aanvullende gegevens te verkrijgen die hij nodig heeft om het risico op een oneerlijk proces te kunnen uitsluiten; en zo ja, welke waarborgen op een eerlijk proces dan zijn vereist?<sup>225</sup>

Het antwoord van het hof op de eerste vraag luidt bevestigend. Het Hof van Justitie maakt in het arrest *LM* voor het eerst duidelijk dat ook een reëel gevaar voor de opgeëiste persoon van schending in de uitvaardigende het grondrecht op een eerlijk proces - ex. artikel 47, tweede alinea HvEU gelezen in samenhang met artikel 1 lid 3 van het Kaderbesluit - een overleveringsbeletsel oplevert.<sup>226</sup> Het moet hierbij wel gaan om een schending van het grondrecht op een onafhankelijk gerecht, hetgeen volgens het Hof als de kern van het niet-absolute grondrecht op een eerlijk proces kan worden gezien.<sup>227</sup> Het vereiste dat een dergelijk schending in het concrete geval moet worden vastgesteld houdt het hof in

<sup>218</sup> Glerum, *NTM-NJCM* 2020/07, p. 83; HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 78 (*LM*).

<sup>219</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 14-15 (*LM*).

<sup>220</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 17 (*LM*); COM(2017) 835 def.

<sup>221</sup> Carrera & Mitsilegas, *CEPS* 2018, p. 3; Venice Commission, Opinie nr. 904 / 2017, par. 128-132; COM(2017) 835 def., p. 1;

<sup>222</sup> Krommendijk, *NTM-NJCM Bull* 2018/38, p. 486.

<sup>223</sup> Art. 6 EVRM zelf kent echter geen beperkingsmogelijkheid, maar dit is wel door het EHRM geaccepteerd. Beperking van art. 47 Hv is mogelijk op grond van de algemene beperkingsclausule van art. 52 lid 1 HvEU; Krommendijk, *NTM-NJCM Bull* 2018/38, p. 486.

<sup>224</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 84.

<sup>225</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 25, m.nt. Bovend'Eert (*LM*). Zie tevens Verrest, *NtER* 2021/3, p. 84.

<sup>226</sup> Glerum, *NTM-NJCM* 2020/07, p. 82-83; HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 78-79 (*LM*).

<sup>227</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 59, 78, m.nt. Bovend'Eert (*LM*). Het hof overweegt hierbij dat dit een overleveringsbeletsel vormt omdat de onafhankelijkheid van nationale rechters in het Unierecht van ‘primordiaal’ belang is (de bescherming van rechten die men aan het Unierecht ontleent, vindt immers vooral op nationaal niveau plaats); zie r.o. 52-55.

stand.<sup>228</sup> Deze concrete toets blijft noodzakelijk ook al verzet iemand zich met name tegen het EAB met argumenten over structurele of fundamentele gebreken die de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht raken.<sup>229</sup> De constatering dat de procedure van artikel 7 lid 1 VEU in gang is gezet doet hieraan niets af.<sup>230</sup> Het hof overweegt dat slechts wanneer de Raad, conform artikel 7 lid 2 VEU, bij besluit een schending heeft geconstateerd van een van de in artikel 2 VEU neergelegde beginselen en hierop de toepassing van het Kaderbesluit EAB ten aanzien van de betreffende lidstaat opschort, de uitvoerende autoriteit gehouden is om de tenuitvoerlegging van elk door die lidstaat uitgevaardigd aanhoudingsbevel automatisch te weigeren.<sup>231</sup> Het antwoord op de derde rechtsvraag van het High Court, hoe door de uitvoerende rechterlijke autoriteit invulling moet worden gegeven aan de concrete toets, behandel ik hieronder tezamen met de overwegingen van het hof over de daaraan voorafgaande algemene vaststelling dat er sprake is van een reëel gevaar.

#### *De tweetrapstoets bij een dreigende schending van artikel 47 HvEU*

Naar analogie met het arrest *Aranyosi* houdt het Hof het vereiste van de concrete toets in stand. Dit resulteert in een tweetrapstoets. Hierbij moet de uitvoerende autoriteit allereerst op basis van objectieve, betrouwbare, nauwkeurige en naar behoren bijgewerkte gegevens over het functioneren van het gerechtelijk apparaat in de uitvaardigende lidstaat, nagaan of er een reëel gevaar van schending van het grondrecht op een eerlijk proces bestaat dat verband houdt met het feit dat de rechterlijke instanties van de betreffende lidstaat niet onafhankelijk zijn wegens structurele of fundamentele gebreken in die staat.<sup>232</sup>

Deze algemene verificatie moet volgens het Hof worden verricht naar de maatstaven van het beschermingsniveau van het door artikel 47, tweede alinea, van het Handvest gewaarborgde grondrecht. Hierbij wijst het Hof op de twee aspecten die het vereiste van rechterlijke onafhankelijkheid volgens zijn eigen rechtspraak omvat. Het gaat hierbij om een extern aspect<sup>233</sup> (ontbreken van een hiërarchisch verband, autonomie, geen instructies van buiten) en een intern aspect dat samenhangt met onpartijdigheid (houden van gelijke afstand tot de partijen en hun respectieve belangen, objectiviteit).<sup>234</sup> Om deze aspecten te waarborgen moeten zij in wetgeving voldoende duidelijk en zichtbaar worden geregeld en moet het tuchtrecht de nodige waarborgen bieden om gevaar voor politiek toezicht uit te sluiten.<sup>235</sup> Het Hof benoemt overigens dat voor deze algemene verificatie de inlichtingen in een met redenen omkleed voorstel dat de Commissie recent op grond van artikel 7, lid 1, VEU aan de Raad heeft doen toekomen, bijzonder relevant zijn.<sup>236</sup>

Als de uitvoerende autoriteit op basis van het onderzoek naar deze elementen vaststelt dat er in algemene zin sprake is van een reëel gevaar, mag en moet de uitvoerende autoriteit concreet en nauwkeurig beoordelen of de opgeëiste persoon *in concreto* een dergelijk gevaar loopt.<sup>237</sup> Deze

<sup>228</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 73-78 (LM).

<sup>229</sup> Annotatie K. Kruisbergen en J. Krommendijk bij HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, *EHRC* 2018/190, p. 586 (LM). (Hierna: Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190)

<sup>230</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 586.

<sup>231</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 72 (LM); Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 82.

<sup>232</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 61 (LM). Tevens: Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 586.

<sup>233</sup> Zie rechtsoverwegingen 63-64 in HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

<sup>234</sup> Zie rechtsoverwegingen 65-67 in HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

<sup>235</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 586.

<sup>236</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 514; Hiernaast erkent het Hof ook andere internationale documenten waarop het oordeel van de uitvoerende rechterlijke autoriteit kan worden gesteund, zoals arresten van het EHRM, rechterlijke beslissingen van de uitvaardigende lidstaat, alsook besluiten, rapporten en andere documenten die zijn opgesteld door de instanties van de Raad van Europa of instanties die tot het systeem van de Verenigde Naties behoren; zie hiervoor HvJ EU 25 juli 2018, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, punt 60 (ML).

<sup>237</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 73; Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 82. Zie tevens annotatie Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 586.

individuele toets bestaat op zichzelf ook weer uit twee stappen. Eerst moet worden nagegaan of de structurele of fundamentele gebreken negatieve gevolgen hebben op het niveau van de rechterlijke instanties van de uitvaardigende lidstaat die bevoegd zijn voor de procedures waaraan de opgeëiste persoon zal worden onderworpen.<sup>238</sup> Als blijkt dat dit het geval is, dan moet ten tweede de uitvoerende autoriteit beoordelen of in het licht van de specifieke zorgen die de betrokkene tot uitdrukking heeft gebracht en de eventueel door hem verstrekte inlichtingen, zwaarwegende en op feiten berustende gronden om aan te nemen dat hij een reëel gevaar loopt dat zijn grondrecht op een onafhankelijk gerecht zal worden geschonden, gelet op: zijn persoonlijke situatie, de aard van het strafbare feit waarvoor hij wordt vervolgd en de feitelijke context die aan het Europees aanhoudingsbevel (EAB) ten grondslag liggen.<sup>239</sup> In de context van de concrete toets - de beoordeling van het bestaan van een reëel individueel gevaar - moet de uitvoerende autoriteit alle aanvullende gegevens opvragen bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteit, die zij voor haar beoordeling noodzakelijk acht.<sup>240</sup>

## 2.4 Betekenis van het arrest *LM* voor de overlevering aan Polen

### 2.4.1 Geen automatisme maar onderzoek en dialoog bij de behandeling van Poolse EAB's

Het beoordelingskader dat het Hof in het arrest *LM* neerzet is complex. De zaak *LM* is ook wel omschreven als balanceer-act voor het hof.<sup>241</sup> Een balanceeroefening waarbij eerbiediging van het recht op een onafhankelijk gerecht zorgvuldig moet worden afgewogen tegenover het effectief functioneren van de strafrechtelijke samenwerking. Het heeft ertoe geleid dat ondanks het in gang zetten van de artikel 7-procedure door de Commissie, het automatisch niet ten uitvoerleggen van door Polen uitgevaardigde EAB's geen optie is volgens het Hof. Hierdoor komt aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de moeilijke – of zelfs onmogelijke – taak toe om de (on)afhankelijkheid van de rechterlijke autoriteiten van een andere EU-lidstaat te beoordelen.<sup>242</sup>

Dat automatisch weigeren van Poolse aanhoudingsbevelen niet mogelijk is, betekent echter allerminst dat sprake is van het automatisch toestaan van de overlevering. Volgens het Hof is de uitvoerende autoriteit immers gehouden om wanneer de betrokkene zich tegen zijn overlevering verzet, met het beroep op structurele of op zijn minst fundamentele gebreken die volgens hem een nadelig effect op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de uitvaardigende lidstaat kunnen hebben (en dus zijn grondrecht op een eerlijk proces in de kern kunnen aantasten) te beoordelen of hij een reëel gevaar loopt dat dit grondrecht zal worden geschonden.<sup>243</sup> Dit leidt tot het verplicht volgen van de tweestapstoets - die hierboven reeds is behandeld - waarbij in de tweede stap het individualiseerbaar gevaar voor het recht op een eerlijk proces moet worden aangetoond.<sup>244</sup>

---

<sup>238</sup> Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 82-83.

<sup>239</sup> Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 82-83.

<sup>240</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 76 (*LM*); zie tevens Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 93. Tevens: annotatie Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 587, 590.

<sup>241</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 592.

<sup>242</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 513.

<sup>243</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 60 (*LM*); zie naar analogie HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 88, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

<sup>244</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 592.

### *Reikwijdte van de onderzoeksplicht*

Het concretiseren van het gevaar voor de individuele betrokkene betekent ook dat de beoordeling van de nationale rechter zich moet toespitsen op de rechterlijke instanties binnen de uitvaardigende lidstaat die bevoegd zijn voor de procedures waaraan de gezochte persoon zal worden onderworpen.<sup>245</sup>

Doordat het Hof daarbij de meervoudsvorm ‘instanties’ hanteert roept dit de vraag op, op welke instantie(s) de concrete toets exact betrekking moeten hebben, en op welke niet? Dat is ook van belang in het licht van de door het Hof voorgeschreven dialoog, waarbij de uitvoerende autoriteit alle gegevens moet opvragen die het voor zijn beoordeling noodzakelijk acht.<sup>246</sup>

Uit het feit dat het hof spreekt over ‘instanties’ en ‘procedures’ kan worden afgeleid dat het Hof verwacht dat de rechter verder kan (of moet) kijken en ook mogelijke hoger beroepsinstanties kan (of moet) betrekken in zijn onderzoek.<sup>247</sup> Wanneer een brede invulling wordt gegeven aan het begrip rechtelijke instanties zou dat echter in het uiterste geval betekenen dat de uitvoerende lidstaat verantwoordelijk is voor de eerlijkheid van het volledige strafproces dat na de overlevering zal plaatsvinden; inclusief hoger beroep en cassatie.<sup>248</sup> Als de nadruk daarentegen wordt gelegd op de zinsnede ‘zal worden onderworpen’ geeft dit reden tot een meer restrictieve interpretatie. Wanneer een aanhoudingsbevel is uitgevaardigd ter fine van strafvervolgning in eerst aanleg, dan is op het moment van de beslissing over de tenuitvoerlegging van het EAB duidelijk dat de betrokkene zal worden onderworpen aan die vervolging. De procedures die na het vonnis in eerste aanleg mogelijk zullen volgen vallen in deze lezing uitsluitend onder de verantwoordelijkheid van de uitvaardigende lidstaat.<sup>249</sup>

Over welke lezing moet worden gehanteerd bestaat onduidelijkheid. Zowel Krommendijk en Kruisbergen als Glerum proberen enige houvast te vinden door het arrest *LM* van het hof in samenhang te lezen met het arrest *ML* – van dezelfde datum – dat ziet op een dreigende schending van artikel 3 EVRM vanwege de slechte detentieomstandigheden in Hongarije.<sup>250</sup> Hierin overweegt het Hof dat het onderzoek dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit moet uitvoeren geen betrekking kan hebben op de fundamentele detentieomstandigheden in alle inrichtingen waar de betreffende persoon mogelijk zou kunnen worden gedetineerd.<sup>251</sup> Het is onduidelijk of deze redenering ook opgaat voor de *LM*-zaak, waardoor in dit soort zaken de uitvoerende rechter niet alle mogelijke hogere beroepsinstanties hoeft te betrekken in zijn onderzoek, maar slechts hoeft te beoordelen of de rechterlijke autoriteit die over de zaak van *LM* beslist voldoet aan de voorwaarden van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.<sup>252</sup> Bestudering van jurisprudentie van nationale rechters op dit punt biedt geen uitsluitsel.<sup>253</sup> Verschillende rechters uit verschillende lidstaten hanteren sinds de

---

<sup>245</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, *EHRC* 2018/190, r.o. 74 (*LM*).

<sup>246</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 76-77 (*LM*).

<sup>247</sup> Krommendijk en Kruisbergen merken hierbij op dat het Hof zich ook kan bedienen van deze meervoudsvormen om rekening te houden met het feit dat er soms meerdere EAB's tegen de betrokkene zijn uitgevaardigd door verschillende instanties, zoals ook het geval was bij *LM*; Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 591.

<sup>248</sup> Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 89.

<sup>249</sup> Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 89.

<sup>250</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, (*ML*). Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 89 & Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 591.

<sup>251</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, (*ML*), r.o. 87.

<sup>252</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 591. Tegen deze interpretatie kan men inbrengen dat pas na het doorlopen van de volledige strafprocedure kan worden vastgesteld of een schending van het recht op een onafhankelijk gerecht nog kan worden hersteld. Dit houdt verband met de potentieel remediërende werking van een beroepsprocedure die voldoet aan de eisen van eerlijk proces; zie hiervoor HvJ EU 10 augustus 2017, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628, (*Tupikas*) r.o. 85.

<sup>253</sup> Zie hiervoor Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 90: ‘(...) op dit punt bestaat divergerende rechtspraak van rechters in verschillende lidstaten. Zo betreft het Oberlandesgericht Karlsruhe niet alleen het gerecht in eerste aanleg in het onderzoek, maar ook de gerechten die eventueel in hoger beroep en in cassatie bevoegd zouden zijn. Het Ierse Supreme Court daarentegen leest het arrest kennelijk zo, dat het onderzoek alleen betrekking heeft op één aanleg; ‘the level of the court before whom the individual is to be tried’. De rechtbank Amsterdam neemt een tussenpositie in: zij acht zowel de eerste aanleg als een eventueel hoger beroep van belang. Een eventuele procedure in cassatie blijft echter buiten beeld.



uitspraak *LM* verschillende interpretaties waarbij hoger beroepsinstanties of cassatierechter soms wel en soms niet worden geschaard onder de onderzoeksplicht van de uitvoerende autoriteit.<sup>254</sup>

## 2.4.2 De dialoog tussen uitvoerende en uitvaardigende autoriteiten

Het hof vereist als onderdeel van de vaststelling of sprake is van een concreet gevaar voor betrokkene, een dialoog tussen uitvoerende en uitvaardigende autoriteit.<sup>255</sup> Daarbij moet de uitvoerende autoriteit ‘alle aanvullende gegevens opvragen die zij voor de beoordeling van het bestaan van een dergelijk gevaar noodzakelijk acht’.<sup>256</sup> De uitvaardigende autoriteit kan ‘elk objectief gegeven meedelen over eventuele wijzigingen in de uitvaardigende lidstaat met betrekking tot de voorwaarden voor de bescherming van de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid, dat aantoon dat dit gevaar voor de betrokkene kan worden uitgesloten’.<sup>257</sup>

Deze mogelijkheid tot gegevensuitwisseling tussen uitvaardigende en uitvoerende autoriteit werd door het hof ook in de uitspraak *Aranyosi* vereist, met dien verstande dat het hof de uitvoerende autoriteit verplichtte aan de uitvaardigende autoriteit aanvullende gegevens op te vragen met betrekking tot de omstandigheden waaronder de betrokkene naar verwachting in die lidstaat zal worden gedetineerd.<sup>258</sup> Dit komt in de praktijk neer op het verschaffen van objectieve, vaak kwantitatieve gegevens over de detentieomstandigheden waar de overgeleverd in terecht zou komen.<sup>259</sup> Het is de vraag hoe het op gang brengen van een soortgelijke dialoog in zaken zoals *LM* in zijn werk zou moeten gaan, nu het niet gaat detentieomstandigheden maar de onafhankelijkheid van het gerecht waarvoor de betrokkene zal verschijnen.

Vragen of de Poolse rechterlijke autoriteit collega wel onafhankelijk is, is logischerwijs uitgesloten.<sup>260</sup> Het is op zijn zachts gezegd hoogst onwaarschijnlijk dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit ooit zal toegeven dat deze niet onafhankelijk is.<sup>261</sup> Niet alleen omdat de autoriteit hiermee afbreuk doet aan zijn eigen reputatie, maar ook omdat hij middels die uitspraak kritiek zou uitoefenen op die staatsmacht waartoe hij niet in een onafhankelijke relatie staat.<sup>262</sup> Überhaupt kunnen er vraagtekens worden gesteld bij een dialoog tussen actoren waarbij een van de twee een potentiële ‘afhankelijke’ of ‘partijdige’ rechter is. Critici betwijfelen dan ook of de uitvaardigende autoriteit wel een betrouwbare bron vormt om gegevens aan te leveren met betrekking tot de onafhankelijkheid van de desbetreffende rechter.<sup>263</sup>

Los van de aspecten die zien op de te benaderen autoriteit, is het bovendien de vraag welke gegevens de uitvoerende autoriteit kan opvragen, en de uitvaardigende autoriteit kan verstrekken, om het gevaar voor de betrokkene uit te sluiten. Wat kan gelden als ‘elk objectief gegeven [...] over eventuele

<sup>254</sup> Het oordeel van de rechtbank Amsterdam dat hoger beroepsinstanties wel en cassatierechters niet onder de reikwijdte van de onderzoeksplicht vallen, acht Glerum in ieder geval inconsistent. ‘Het valt immers niet goed in te zien waarom de procedure in cassatie dan buiten die toets zou vallen. Dat in cassatie alleen wordt nagegaan of het recht goed is toegepast en of de vormen zijn nageleefd, is op zichzelf geen reden om de cassatiefase uit te sluiten. Het recht op een eerlijk proces en dus het recht op een onafhankelijk gerecht omvatten ook de cassatiefase’; Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 90.

<sup>255</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 76-77 (*LM*).

<sup>256</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 76 (*LM*).

<sup>257</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 77 (*LM*).

<sup>258</sup> HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 95, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*). De uitvaardigende autoriteit is overigens verplicht deze gegevens te verschaffen, zie het latere arrest *X en Y* en aldaar aangehaalde jurisprudentie: HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, m.nt. Lestrade (*X & Y*). r.o. 84-85.

<sup>259</sup> Krommendijk geeft als voorbeeld de grootte van een cel of de hoeveelheid daglicht; Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590.

<sup>260</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590.

<sup>261</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590.

<sup>262</sup> Ballegooij en Bárd, *VerfBlog* 2018/7/29.

<sup>263</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 513. Zie tevens Ballegooij & Bárd, *VerfBlog* 2018/7/29.

wijzigingen in de uitvaardigende lidstaat met betrekking tot de voorwaarden voor de bescherming van de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid, dat aantoonde dat dit gevaar voor de betrokkene kan worden uitgesloten', blijft door het Hof onbeantwoord. Dit gebrek aan houvast en nadere inkleding van de vereiste dialoog kan echter ook worden opgevat als een ruimere beoordelingsmarge voor de uitvoerende autoriteit. Want hoewel de inlichtingenplicht een harde eis vormt, draait het uiteindelijk om de dialoog die hierop volgt.<sup>264</sup> Het hof noemt enkel de factoren die van belang zijn voor de beoordeling of er sprake is van een reëel gevaar, maar zegt niets over hoe en wanneer dit precies moet leiden tot wel of geen schorsing of weigering.<sup>265</sup> Daardoor lijkt de uitvoerende autoriteit een relatief grote beslissingsvrijheid toe te komen bij de vraag welke waarde of consequentie deze wil verbinden aan de gegeven informatie. De door de uitvaardigende autoriteit verschaft gegevens hoeven niet te leiden tot, maar kunnen slechts leiden tot een uitsluiting van een reëel gevaar.<sup>266</sup>

Het Hof van Justitie heeft zo gezien middels de vereiste inlichtingenplicht de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een 'verdedigingsrecht' te hebben willen geven om aan te tonen dat deze toch onafhankelijk is.<sup>267</sup> Hierdoor wordt de uitvaardigende autoriteit in de gelegenheid gesteld om de gerezen twijfels over de toelaatbaarheid van overlevering weg te nemen.<sup>268</sup> De uitvoerende autoriteit is echter geenszins gebonden aan de beoordeling die de uitvaardigende autoriteit in het kader van dit 'verdedigingsrecht' maakt.<sup>269</sup>

### *Tussenconclusie*

Uit het bovenstaande blijkt wel dat het Hof van Justitie heeft met de uitspraak *LM* een complexe toetsingsmaatstaf heeft aangelegd voor de beoordeling van verweren ten aanzien van de rechterlijke onafhankelijkheid in de uitvaardigende lidstaat. Het Ierse Supreme Court bestempeld de *LM*-toets als 'not one that is easy to apply'.<sup>270</sup> Het Hof geeft, in vergelijking met de maatstaven voor de eerste stap van de tweestapstoets, dan ook niet veel duiding over hoe de concrete toets moet worden doorlopen.<sup>271</sup> De openstaande vragen, knelpunten en divergerende toepassingspraktijken van rechters in verschillende lidstaten die hierboven aan de orde zijn geweest leidden tot een evidente behoefte aan nadere uniformerende en verduidelijkende sturing door het Hof van Justitie.<sup>272</sup> De veronderstelling was dan ook gerechtvaardigd dat het Hof nog meer prejudiciële vragen over de beoordeling van een reëel gevaar van schending van het recht op een onafhankelijk gerecht kon verwachten.<sup>273</sup> Of die vragen er zijn gekomen en waar zij betrekking op hebben behandel ik in de paragraaf hierna.

<sup>264</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590-591.

<sup>265</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590. Voor deze factoren zie rechtsoverwegingen 74-78 *LM*.

<sup>266</sup> Volgens Krommendijk en Kruisbergen is het bijvoorbeeld denkbaar dat 'wanneer de uitvoerende autoriteit de gegeven informatie niet als objectief genoeg beschouwt – omdat wellicht de objectiviteit van de rechter zelf in het geding is – de autoriteit de gegeven informatie naast zich neer kan leggen en alsnog kan overgaan op een schorsing en/of weigering van een EAB'; Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 591.

Waarde of consequentie er wordt gehecht aan de gegeven informatie, Dit zou kunnen betekenen dat wanneer de uitvoerende autoriteit de gegeven informatie niet als objectief genoeg beschouwt – omdat wellicht de objectiviteit van de rechter zelf in het geding is – de autoriteit de gegeven informatie naast zich neer kan leggen en alsnog kan overgaan op een schorsing en/of weigering van een EAB (vgl. 'niet toe leiden dat kan worden uitgesloten dat de betrokkene een reëel gevaar loopt'; in punt 78).

<sup>267</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590-591.

<sup>268</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 618.

<sup>269</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590-591.

<sup>270</sup> Supreme Court of Ireland 12 november 2019, *Minister for Justice & Equality v. Celmer* [2019] IESC 80, para. 81.

<sup>271</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 515. Zie ook Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590.

<sup>272</sup> Zie ook Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 93.

<sup>273</sup> Wissels & Grimbergen 2019, p. 270. Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 93.

## 2.5 Uitspraken van het HvJ aangaande de overlevering aan Polen, na *LM*

Na de uitspraak *LM* bleven Nederlandse overleveringsrechters vraagtekens plaatsen bij de implicaties van de situatie in Polen voor hun eigen handelen.<sup>274</sup> De rechtbank Amsterdam besloot dan ook nieuwe prejudiciële vragen over Europese aanhoudingsbevelen te stellen aan het Hof van Justitie.<sup>275</sup> Het komt er in wezen op neer dat de rechtbank wil vernemen of artikel 6, lid 1, en artikel 1, lid 3, van het Kaderbesluit EAB aldus moeten worden uitgelegd dat wanneer de uitvoerende rechterlijke autoriteit, over gegevens beschikt die blijk geven van structurele of fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de lidstaat die dit aanhoudingsbevel heeft uitgevaardigd, welke ten tijde van de uitvaardiging van het aanhoudingsbevel bestonden of na deze uitvaardiging zijn ontstaan, deze autoriteit de hoedanigheid van ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ kan ontzeggen aan de rechterlijke instantie die het aanhoudingsbevel heeft uitgevaardigd?<sup>276</sup>

De rechtbank stelt twee vervolgvragen voor wanneer het Hof haar eerste vraag ontkennend beantwoordt.<sup>277</sup> Deze vervolgvragen zijn er kortweg op gericht om de concrete toets uit het tweefasen-onderzoek naar een reëel gevaar achterwege te laten.<sup>278</sup> De rechtbank betoogt primair dat ook zonder een concrete en nauwkeurige verificatie te verrichten een reëel gevaar is vast te stellen, gezien de algehele ontwikkelingen die zich in Polen afspeelen.<sup>279</sup> Voor zover het Hof daar niet in meegaat, kan volgens de rechtbank het reëel gevaar op een schending van artikel 47, tweede alinea van het Handvest toch in ieder geval komen vast te staan zonder dat opgeëiste persoon specifieke zorgen heeft geuit of dat zijn persoonlijke situatie, de aard van de strafbare feiten waarvoor hij wordt vervolgd en de context die aan het EAB ten grondslag ligt, aanleiding geeft voor vrees voor concrete druk op of beïnvloeding van zijn strafproces door de uitvoerende en/of wetgevende macht.<sup>280</sup>

### 17 december 2020 - het arrest *L & P*

Deze prejudiciële vragen resulteren in het arrest van het Hof *L en P*, gewezen op 17 december 2020.<sup>281</sup> Het Hof beantwoordt alle vragen die de rechtbank Amsterdam heeft gesteld ontkennend. Een uitvoerende rechterlijke autoriteit kan niet de hoedanigheid van ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ in de zin van artikel 6, lid 1, van het Kaderbesluit ontzeggen aan elke rechter en elke rechterlijke instantie van die lidstaat, die naar hun aard handelen in volledige onafhankelijkheid van de uitvoerende macht. Ondanks het bestaan van gegevens over structurele of fundamentele gebreken wat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht betreft, hoeven deze gebreken volgens het Hof immers

<sup>274</sup> Morijn, *NJB* 2021/203, p. 204.

<sup>275</sup> Rb. Amsterdam, 31 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3776, *NJFS* 2020/300.

<sup>276</sup> Hierbij maakt de Rechtbank de vergelijking met het arrest *OG en PI* waarin het Hof van Justitie oordeelde dat dat openbaar ministeries die kunnen worden aangestuurd door de uitvoerende macht, zoals een minister van Justitie, niet langer vallen onder het begrip ‘uitvaardigende rechterlijke autoriteit’ als bedoeld in het Kaderbesluit EAB en derhalve niet gerechtigd zijn tot het uitvaardigen van een EAB over toelaatbaarheid voor openbare ministeries om als uitvaardigende rechterlijke autoriteit te gelden; HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, *EHRC* 2019/181, m.nt. Lestrade (*OG en PI (Openbare ministeries van Lübeck en van Zwickau)*).

<sup>277</sup> Rb. Amsterdam, 31 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3776, *NJFS* 2020/300, r.o. 21, 28.

<sup>278</sup> HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*), r.o. 27 & 34.

<sup>279</sup> HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, *NJB* 2021/501, afl. 7, p. 530 (*L en P*).

<sup>280</sup> Rb. Amsterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3776, *NJFS* 2020/300, r.o. 34.

<sup>281</sup> HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*). In deze zaak is er een EAB uitgevaardigd jegens ‘L’ door de rechter in eerste aanleg Poznań (Polen) ter strafvervolgung wegens illegale drugshandel en het voorhanden hebben van een vals identiteitsdocument. Voor P gaat het om de tenuitvoerlegging van een Poolse EAB dat strekt tot overlevering ter uitvoering van gevangenisstraf die was opgelegd bij vonnis van de rechter in eerste aanleg Wieluń (Polen) van 18 juli 2019. Wederom bestaan er twijfels over de onafhankelijkheid van de Poolse rechters, met inbegrip van de rechter die het EAB heeft uitgevaardigd; HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, *NJB* 2021/501, afl. 7, p. 530 (*L en P*).

niet noodzakelijkerwijs van invloed te zijn op elke beslissing die de rechterlijke instanties van die lidstaat in elk specifiek geval kunnen nemen.<sup>282</sup> Het Hof blijft dan ook vasthouden aan de tweefasentoets uit het arrest *LM* waarbij dus een tweede concrete verificatie moet plaatsvinden.<sup>283</sup> Daartoe besluit het Hof allereerst omdat volgens haar een andere uitlegging waarbij de individualiseerbaarheid van het reële gevaar achterwege zou blijven, erop neer zou komen dat de grondrechtenexceptie – ex. artikel 47, tweede alinea van het Handvest – ook in niet uitzonderlijke gevallen zou kunnen worden toegepast.<sup>284</sup> Hierdoor zou er een onaanvaardbaar risico op straffeloosheid ontstaan.<sup>285</sup> Daarnaast zou het loslaten van de tweede stap er volgens het Hof van Justitie toe leiden dat geen enkele rechterlijke instantie in de uitvaardigende lidstaat (in casu Polen) nog als rechterlijke instantie zou kunnen worden aangemerkt.<sup>286</sup> Dit zou grote gevolgen hebben voor de toepassing van allerlei andere bepalingen van Unierecht, waaronder de mogelijkheid om zelf prejudiciële vragen te stellen.<sup>287</sup> Hoewel deze redenering zeer begrijpelijk is, betekent het wel dat de goed onderbouwde vraag van de Amsterdamse rechters, over hoe men Poolse rechters van niet-rechters moet gaan onderscheiden, feitelijk onbeantwoord blijft.<sup>288</sup> De bal ligt weer bij de nationale overleveringsrechter die ook na het arrest *L en P* nog steeds hetzelfde toetsingskader moet volgen zoals uiteengezet door het Hof in het arrest *LM*.<sup>289</sup>

Na de antwoorden van het Hof op haar prejudiciële vragen te hebben verkregen, doet de rechtbank Amsterdam uitspraak in de zaken van *L en P*. Voor wat betreft de overlevering van *P* aan Polen ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf verleent de rechtbank toestemming.<sup>290</sup> In de zaak van *L* daarentegen waar het ging om een vervolgingsoverlevering aan Polen wordt de overlevering beëindigd door de rechtbank Amsterdam.<sup>291</sup> Overigens is bij meerdere andere overleveringszaken na het arrest *L en P* – waarbij het ging om een vervolgingsoverlevering aan Polen en er een beroep werd gedaan op een schending van artikel 47, tweede alinea, HvEU – de overlevering gewoon toegestaan.<sup>292</sup>

## 22 februari 2022 - het arrest *X & Y*

Ook na het arrest *L en P* blijkt de rechtbank Amsterdam nog steeds vraagtekens te kunnen zetten bij de overlevering aan Polen. Nieuwe prejudiciële vragen van het IRK hebben recent opnieuw geleid tot een arrest van het Hof van Justitie.<sup>293</sup> In de gevoegde zaken *X en Y* vraag de rechtbank nog concreter dan in de *L en P* welke toets een rechter moet aanleggen bij de tenuitvoerlegging van een EAB als hij over

<sup>282</sup> HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*), r.o. 41-42.

<sup>283</sup> HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*), r.o. 58 e.v. en 65-69.

<sup>284</sup> HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, *NJB* 2021/501, afl. 7, p. 530 (*L en P*); Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 619. HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, r.o. 43, 62-64 (*L en P*).

<sup>285</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 619. HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, r.o. 43, 62-64 (*L en P*).

<sup>286</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 619. HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, r.o. 44 (*L en P*).

<sup>287</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 619. HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, r.o. 44 (*L en P*). zie tevens Morijn, *NJB* 2021/203, p. 204.

<sup>288</sup> Morijn, *NJB* 2021/203, p. 204.

<sup>289</sup> In de uitspraak *L en P* wordt het toetsingskader uit *LM* ook niet nader ingekleed door het hof, op een kleine uitzondering na. Het hof benoemt namelijk dat het feit dat er verklaringen zijn gedaan door overheidsinstanties die de behandeling van een individueel geval kunnen beïnvloeden, relevant is in het kader van 'de feitelijke context waarin het aanhoudingsbevel is uitgevaardigd' als onderdeel van de concrete toets. De uitvoerende autoriteit kan dus rekening houden met bijvoorbeeld uitlatingen gedaan door overheidsinstanties die een verwezenlijking van het gevaar indiceren. Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 619. HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, par. 69 (*L en P*).

<sup>290</sup> Rb. Amsterdam 27 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:179, *NJFS* 2021/190, par 6.

<sup>291</sup> Rb. Amsterdam 10 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:420, r.o. 6.1-6.2; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 89.

<sup>292</sup> Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 25 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2740; Rb. Amsterdam 25 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2665; Rb. Amsterdam, 25 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2670.

<sup>293</sup> Zie HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, m.nt. Lestrade (*X & Y*).

informatie beschikt die duidt op fundamentele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht van de verzoekende lidstaat.<sup>294</sup> In haar antwoord houdt het Hof onverkort vast aan de tweestapstoets.<sup>295</sup> Waar het Hof wel op wijst is dat elke gedraging waaruit blijkt dat de uitvaardigende autoriteit niet loyaal samenwerking in het kader van de dialoog tussen uitvaardigende en uitvoerende autoriteit, dit feit kan worden gebruikt bij de beoordeling van het concrete gevaar.<sup>296</sup> Het arrest X en Y brengt hiermee echter nauwelijks tot geen verandering in de bestaande ‘LM-doctrine’.

### *Lopende procedures*

Ongeveer tegelijkertijd met de rechtbank Amsterdam stelde het *Irish Supreme Court* medio juli 2021 prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie naar aanleiding van ontwikkelingen met betrekking tot de Poolse rechtsstaat.<sup>297</sup> Het gaat hierbij in het bijzonder om ontwikkelingen die zich vanaf 24 februari 2021 hebben voorgedaan. Daarmee lijkt het *Irish Supreme Court* te verwijzen naar de datum waarop de ‘law on the judiciary of 20 december 2019’ ook wel de Muilkorfwet geheten, in werking is getreden.<sup>298</sup> De vragen hebben – kort gezegd – betrekking op ogenschijnlijke gebreken in de geldigheid van de benoemingsprocedure van rechters in Polen en de gevolgen daarvan voor de toelaatbaarheid van overleveringen aan Polen in algemene zin.<sup>299</sup> Het Hof van Justitie van de Europese Unie moet nog uitspraak doen naar aanleiding van deze vragen.

---

<sup>294</sup> S.M.A. Lestrade, annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, (X & Y) par. 1. Hierbij speelt op de achtergrond het feit dat Poolse rechters worden benoemd door de Nationale Raad voor Justitie die geheel is hervormt. Volgens de Amsterdamse rechter roept dit de vraag op of een opgeëiste persoon kan nagaan of hij is veroordeeld of dreigt te worden veroordeeld door een rechtcollege dat niet kan worden geacht vooraf bij wet te zijn ingesteld’, zoals artikel 6 EVRM vereist. Volgens de rechtbank is het helder dat de opgeëiste persoon geen effectief rechtsmiddel voor handen heeft als uiteindelijk sprake zou zijn van niet rechtmatig benoemde rechters (HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, r.o. 19-20). Het Hof overweegt dat het feit dat de opgeëiste persoon voorafgaan aan de overlevering geen weet heeft van de identiteit van de rechters die kennis zullen nemen van de eventuele strafzaak tegen deze persoon na die overlevering, op zich niet voldoende is om die overlevering te weigeren. Niets in de regeling van Kaderbesluit wettigt immers de conclusie dat de overlevering van een persoon aan de uitvaardigende lidstaat met het oog op strafvervolgning afhankelijk is van de zekerheid dat die vervolging leidt tot een strafrechtelijke procedure voor een specifieke rechterlijke instantie, en nog minder van het feit dat precies wordt vastgesteld welke rechters van die strafzaak kennis zullen nemen; HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, r.o. 93-94

<sup>295</sup> Zie immers: HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, r.o. 102. Zie tevens: S.M.A. Lestrade, annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, (X & Y) par. 4.

<sup>296</sup> HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, r.o. 85.

<sup>297</sup> An Chúirt Uachtarach – the Supreme Court (= Ierse hoogste rechter) 23 juli 2021, gevoegde zaken S:AP:IE:2021:000018 & S:AP:IE:2021:000020. Na het arrest in de zaak *L & P* heeft de rechtbank Amsterdam in een tweetal overleveringszaken geoordeeld dat het onderzoek moet worden heropend een aangehouden, in afwachting van antwoorden op de prejudiciële vragen die het *Irish Supreme Court* destijds voornemens was te stellen; Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, nr. 13/751798-20, ECLI:NL:RBAMS:2021:4136.

<sup>298</sup> Zie de Commissie van Venetië in: Venice Commission, *Opinie 977/2020*. Deze wet bespreek ik in Hoofdstuk 3 par. 3.1.5.

<sup>299</sup> Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, nr. 13/751798-20, ECLI:NL:RBAMS:2021:4136, par. 6. Concreet vraagt het *Irish Supreme Court* het Hof van Justitie of het passend is om de toets die in het arrest *LM* is geformuleerd en in het arrest *L en P* is bevestigd, te verrichten wanneer er een reëel gevaar bestaat dat de appellanten zullen worden berecht door rechterlijke instanties die niet bij wet zijn ingesteld. Daarnaast vraagt het of het passend is deze toets te verrichten wanneer een persoon die een verzoek uit hoofde van een Europees aanhoudingsbevel wil aanvechten, niet aan die toets kan voldoen omdat op dat tijdstip de samenstelling van de rechterlijke instanties waardoor zij zullen worden berecht, niet kan worden achterhaald wegens de gerandomiseerde verdeling van de zaken? Tot slot vraagt het *Irish Supreme Court* of het ontbreken van een doeltreffende voorziening in rechte om de rechtsgeldigheid van de benoeming van rechters in Polen te betwisten in omstandigheden waaruit blijkt dat de appellanten op dat tijdstip niet kunnen aantonen dat de rechterlijke instanties waardoor zij zullen worden berecht, zullen bestaan uit rechters die niet rechtsgeldig zijn benoemd, een aantasting vormt van de wezenlijke inhoud van het recht op een eerlijk proces, die de uitvoerende staat ertoe verplicht de overlevering van de appellanten te weigeren?; HvJEU, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Supreme Court (Ierland) op 3 augustus 2021 – Minister for Justice and Equality / W O, J L - (Zaak C-480/21), (online publiek).

## 2.6 Kritiek op de concrete toets bij een dreigende schending van 6 EVRM

Sinds het Hof van Justitie in de zaak *LM* een toetsingskader neerzette voor een overleveringsbeletsel gebaseerd op de eerbiediging van het recht op een onafhankelijk gerecht, klinkt er kritiek. De kritiek over de juistheid van dit toetsingskader is soms van een praktische en andere keren van meer fundamentele aard, maar centreert zich vooral om de vereiste individuele, concrete toets in geval van een dreigende schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>300</sup>

### *Een verkeerde bewijslastverdeling*

Wat verschillende auteurs observeren en bekritisieren is de implicatie die de individuele toets - en de dialoog die in dat kader plaatsvindt - heeft voor de bewijslast in dit soort zaken. Die verschuift ten gevolge van de uitspraak van het Hof volgens hen naar de verkeerde actoren binnen het overleveringssysteem.<sup>301</sup>

Volgens Gremmelprez rust de bewijslast, door het handhaven van de individuele toets van de *LM*-doctrine, enerzijds bij de betrokkene en anderzijds bij de uitvaardigende autoriteit.<sup>302</sup> Zijn kritiek die zich richt op het neerleggen van de bewijslast bij de uitvaardigende autoriteit, valt samen met het hierboven besproken probleem dat in het kader van een dialoog tussen rechterlijke autoriteiten, men zich sterk kan afvragen of een potentiële ‘afhankelijke’ of ‘partijdige’ rechter een betrouwbare bron is om gegevens aan te leveren met betrekking tot de onafhankelijkheid van de desbetreffende rechter.<sup>303</sup> Dat voor het bestaan van een schending van het recht op een eerlijk proces, en met name van de onafhankelijkheid van de rechter die over de zaak zal oordelen in de uitvaardigende EU-lidstaat, de bewijslast mede ligt bij de opgeëiste persoon is volgens Gremmelprez een kwalijke zaak.<sup>304</sup> De reden hiervoor is dat de betrokkene niet op de hoogte is van wie deze rechter precies zal zijn.<sup>305</sup>

Ballegooij en Bárd oordelen net als Gremmelprez dat de bewijslast niet zou moeten liggen bij de opgeëiste persoon zelf. Volgens hen moet echter, wanneer de eerste stap in de tweetrapstoets van *LM* is voltooid en een reëel gevaar in zijn algemeenheid is komen vast te staan, de bewijslast juist verschuiven naar de sterkere partij; de beschuldigde uitvaardigende lidstaat.<sup>306</sup> Zij bekritisieren de uitspraak van het Hof bovendien mede vanuit een breder perspectief op de handhaving van de *rule of law* binnen de EU, en stellen dat het toetsingskader zoals vastgesteld door het Hof in *LM* resulteert in een verkeerde spreiding van verantwoordelijkheid tussen de Commissie, de Raad en de opgeëiste persoon in de overleveringszaak.<sup>307</sup>

---

<sup>300</sup> Meer specifiek het recht te verschijnen voor een onafhankelijk gerecht. Zie de kritieken hierop, hierboven reeds aangehaald: Ballegooij & Bárd, *VerfBlog* 2018/7/29; Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27; Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28; Gremmelprez, *SEW* 2019/182.

<sup>301</sup> Zie bijvoorbeeld Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 514-515; zie tevens Ballegooij & Bárd, *VerfBlog* 2018/7/29.

<sup>302</sup> Zie bijvoorbeeld Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 514-515.

<sup>303</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 515.

<sup>304</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 514.

<sup>305</sup> Konstadinides, *Common Market Law Review* 2019, vol. 56, p. 754. Zie tevens Ballegooij & Bárd, *VerfBlog* 2018/7/29.

<sup>306</sup> Ballegooij & Bárd, *VerfBlog* 2018/7/29: ‘Once the first step of the test is satisfied, the onus should shift to the stronger party, i.e. the state accused of rule of law violations, in light of the bedrock of the principle of a fair trial embedded in all constitutions of the democratic world and international human rights documents: the lack of equality of arms.’

<sup>307</sup> Ballegooij & Bárd, *VerfBlog* 2018/7/29: ‘The Court’s requirement mixes up the responsibilities of the Commission as guardian of the rule of law, of the European Council – which is now given the sole power to suspend mutual trust –, and of individuals, who do not possess an apparatus demonstrating risks to their fundamental rights.’

### *Kritiek op het bestaan van de concrete toets*

Fundamenteler van aard is de kritiek van verschillende auteurs op het überhaupt hanteren van de individuele toets in zaken waarbij een dreigende schending van het recht op een eerlijk proces centraal staat. Zij achten het toetsingskader dat het Hof in *LM* aanlegt – en dat een doortrekking van de *Aranyosi* jurisprudentie vormt - onjuist, omdat het hof geen rekening houdt met het belangrijke onderscheid tussen de *LM*-zaak en de *Aranyosi en Căldăraru*-zaak. De zaak *Aranyosi* onderscheidt zich van *LM* omdat er een beroep wordt gedaan op het verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. Dit verbod, in tegenstelling tot het recht op een eerlijk proces, veronderstelt een beoordeling van de feiten in concreto.<sup>308</sup> Het recht op een eerlijk proces veronderstelt deze concrete beoordeling niet, volgens verschillende auteurs.

Zo overweegt Gremmelprez dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht dient te worden onderzocht op grond van criteria die juist algemeen van aard zijn en die betrekking hebben op het wetgevend kader.<sup>309</sup> In aanvulling hierop betwijfelt Sonnevend of er specifieke omstandigheden bestaan die iets kunnen afdoen aan wettelijke regelingen die de onafhankelijkheid van het rechterlijk apparaat in zijn geheel tarten.<sup>310</sup> Het Hof impliceert door het vereisen van een beoordeling op het individuele niveau dat een eerlijk proces zelfs mogelijk is wanneer de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht structureel tekort schiet, of dat op zijn minst deze structurele gebreken onvoldoende ernstig zijn om automatisch aanhoudingsbevelen te weigeren.<sup>311</sup> Voor zover de eerste veronderstelling al redelijk is, zegt Sonnevend, roept het de vraag op waarom men überhaupt aanstuurt op systemische en institutionele waarborgen van rechterlijk onafhankelijkheid?<sup>312</sup>

Bovend'Eert is echter van mening dat hof in de zaak *LM* 'bij deze stand van zaken' terecht kiest voor een concrete benadering, waarbij de rechter zelf onderzoekt of in het betreffende specifieke geval voldaan wordt aan het vereiste van een onafhankelijke rechter, ondanks het negatieve oordeel dat door de Europese Commissie en instanties als de *Venice Commission* in algemene zin is uitgesproken ten aanzien van Polen.<sup>313</sup> Volgens Bovend'Eert is in abstracto nu eenmaal niet gemakkelijk vast te stellen of wettelijke regelingen inzake de rechterlijke organisatie als zodanig meebrengen dat het recht op een eerlijk proces, in de praktijk in de kern wordt aangetast.<sup>314</sup> Procedures met betrekking tot benoeming en ontslag van rechters, of het tuchtrechtelijk toezicht op rechters kunnen naar de letter van de wet gevoelig zijn voor politieke invloed, terwijl in de praktijk de politiek terughoudend is of zich hierbij geheel afzijdig houdt. Dit verschil tussen theorie en praktijk, waarbij de feitelijke procedure minder gepolitiseerd is dan regeling zelf doet vermoeden, is volgens Bovend'Eert te danken aan een gunstige rechtscultuur die in veel EU-landen heerst, waar een soort compenserende of remediërende werking vanuit gaat. De mogelijke aanwezigheid van deze rechtscultuur noopt er volgens hem dan ook toe, dat

<sup>308</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 515. Verwijzend naar EHRM 4 juni 2012, 37075/03, r.o. 125- 126 (*Ahorugeze t. Zweden*) en EHRM 8 juli 2013, 39786/09, r.o. 222-223 (*Yefimova t. Rusland*).

<sup>309</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 514.

<sup>310</sup> Hij noemt daarbij als voorbeeld: 'To take an extreme example, imagine military commissions comparable to the US were to decide on criminal charges. This would clearly be an institutional deficiency and not an individual risk. Would this fit the test suggested by the CJEU?'; Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27.

<sup>311</sup> Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27; zie tevens Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590: 'Een fundamentele (kritiek)punt is dat het HvJ impliciet de vaststelling van A-G Tanchev onderschrijft dat een eerlijk proces mogelijk is in het concrete geval, ook als de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als geheel onder druk staat.'; zie ook Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28, zij stelt dat het gebruik van een *case by case*-benadering onjuist is wanneer het recht op een eerlijk proces in het geding is en de staat van de gehele gerechtelijke organisatie problematisch is. In haar kritiek lijkt zij fundamentele evenals praktische bezwaren te combineren door te stellen: 'If the courts are compromised so that one cannot reliably tell which judges are independent and which are operating under political tutelage, then arbitrariness can sneak in anywhere in the system, including at the point at which the judge must reliably promise that a sought person would have his rights respected upon delivery to the compromised state.'

<sup>312</sup> Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27.

<sup>313</sup> Annotatie Bovend'Eert bij HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, *AB* 2019/75, p. 513. (Hierna: Bovend'Eert, *AB* 2019/75)

<sup>314</sup> Bovend'Eert doelt op regelingen zoals die met betrekking tot benoeming en ontslag van rechters, of het tuchtrechtelijk toezicht op rechters; Bovend'Eert, *AB* 2019/75, p. 513.

de toepassing van de regeling in de praktijk moet kunnen worden betrokken in de afweging of de rechterlijke onafhankelijkheid in het geding is. Vandaar zijn overtuiging dat een concreter beoordeling nodig is waarbij kan worden beoordeeld of er in de praktijk nog sprake is van een eerlijk proces.<sup>315</sup>

### *Kritiek op de interpretatie van overweging 10 bij het KEAB en het gewicht van de artikel 7-procedure*

Het feit dat het Hof vasthoudt aan een concrete toets is mede ingegeven door de opschortingsbevoegdheid van de Raad van de Europese Unie op basis van artikel 7 lid 3 VEU.<sup>316</sup> Het Hof van justitie oordeelt in overleveringszaken steevast dat automatische weigering van aanhoudingsbevelen geen optie is, omdat dit zou leiden tot een feitelijke opschorting van de toepassing van de regeling inzake het Europees aanhoudingsbevel ten aanzien van een lidstaat, 'hetgeen in strijd is met de bevoegdheid van de Europese Raad en de Raad dienaangaande'.<sup>317</sup> Het Hof stelt - geheel in lijn met overweging 10 KEAB - dat de toepassing van het Kaderbesluit slechts kan worden opgeschort in geval van een ernstige en voortdurende schending door een lidstaat van de in artikel 2 VEU neergelegde beginselen, waaronder het beginsel van de rechtsstaat: 'welke schending door de Europese Raad is vastgesteld overeenkomstig artikel 7, lid 2, VEU, met de gevolgen waarin artikel 7, lid 3, VEU voorziet'.<sup>318</sup> Bij een nauwkeurige lezing van overweging 10 valt echter op dat niet de leden 2 en 3 maar lid 1 en 2 van artikel 7 worden genoemd.<sup>319</sup> Dat verschil is te verklaren omdat ten tijde van de inwerkingtreding van het Kaderbesluit het Verdrag van Nice nog niet in werking was getreden. Dat verdrag introduceerde een voorfase aan de constatering dat een lidstaat een ernstig en voortdurende schending van de waarden uit artikel 6 EU-verdrag (oud) pleegde, inhoudende de constatering dat zich daartoe een gevaar voordeed.<sup>320</sup>

Volgens critici had het Hof hier rekening mee moeten houden, en deze nieuwe voorfase – het zogeheten preventiemechanisme uit artikel 7 VEU – moeten inlezen in overweging 10.<sup>321</sup> Daarbij wordt gesteld dat de opstellers van het Kaderbesluit immers hebben willen verwijzen naar de artikel 7-procedure als zodanig.<sup>322</sup> Feitelijk zou een dergelijk interpretatie erin resulteren dat de vaststelling van een 'duidelijk gevaar voor een ernstige schending' conform artikel 7 lid 1 reeds een automatische weigering in gang zou zetten.<sup>323</sup> Of wellicht dat zelfs het bestaan van een met redenen omkleed voorstel daartoe - zoals opgesteld door de Commissie in 2017 waarna het Ierse High Court verwijst in *LM*<sup>324</sup> - reeds voldoende zou zijn om de overlevering aan de desbetreffende lidstaat categorisch te weigeren.<sup>325</sup> Het Hof van Justitie heeft zich tot op heden hier verre van gehouden en blijft het eigen

<sup>315</sup> Bovend'Eert, *AB* 2019/75, p. 513.

<sup>316</sup> S.M.A. Lestrade, annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, (X & Y) par. 3.

<sup>317</sup> HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU en C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, (X & Y) r.o. 63.

<sup>318</sup> HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU en C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, (X & Y) r.o. 64. Alleen wanneer er een dergelijk besluit van de Europese Raad ligt, gevolgd door de opschorting door de Raad van de toepassing van het Kaderbesluit ten aanzien van de betrokken lidstaat, is de uitvoerende autoriteit gehouden om de tenuitvoerlegging van elk door deze lidstaat uitgevaardigd Europees aanhoudingsbevel automatisch te weigeren, zonder enige concrete beoordeling te verrichten van het reële gevaar dat de betrokkene loopt dat zijn grondrecht op een eerlijk proces in de kern wordt aangetast; HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU en C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, (X & Y) r.o. 63-65. Zie tevens HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 70-72 (*LM*); & HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, (*L en P*) r.o. 57-58. Zie uitgebreid onder meer: Bárd & Ballegooij, *New Journal of European Criminal Law* 2019, Vol. 9 (3), p. 354.

<sup>319</sup> Zie overweging 10 preambule bij Kaderbesluit EAB 2002/584/JBZ, *PbEG* 2002, L 190/2

<sup>320</sup> Evenals het *Rule of law framework* dat de Commissie later ontwikkelde, Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28. Zie hierover uitgebreid Hoofdstuk 3 par. 3.2.2.

<sup>321</sup> Zie bijvoorbeeld: Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28; Bárd & Ballegooij, *New Journal of European Criminal Law* 2019, Vol. 9(3), p. 360.

<sup>322</sup> Bárd & Ballegooij, *New Journal of European Criminal Law* 2019, Vol. 9(3), p. 360

<sup>323</sup> Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590.

<sup>324</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 17 (*LM*); COM(2017) 835 def.

<sup>325</sup> Zie hiervoor: Bárd & Ballegooij, *New Journal of European Criminal Law* 2019, Vol. 9(3), p. 363.



toetsingskader, inclusief de concrete toets, verdedigen door te wijze op de bevoegdheidsverdeling zoals deze volgens het Hof blijkt uit artikel 7 VEU jo. overweging 10 KEAB.<sup>326</sup>

Opmerkelijk in dit kader is dat in het oorspronkelijke Voorstel voor een Kaderbesluit EAB dat door de Commissie in 2001 werd ingediend, artikel 49 een zogeheten vrijwaringsclausule bevatte.<sup>327</sup> In dit artikel werd juist wel aan de uitvoerende lidstaat de bevoegdheid gegeven om eenzijdig te kunnen besluiten tot opschorting van de erkenning van door een andere lidstaat uitgevaardigde EABs, als deze laatste lidstaat door hem werd verdacht van ernstige en voortdurende schendingen van grondrechten in de zin van artikel 6 lid 1 VEU (het huidige artikel 2 VEU).<sup>328</sup> De lidstaat zou zich hiervoor in een verklaring tot de Raad en de Commissie moeten richten. Deze verklaring kon vervolgens ‘een element vormen dat het rechtvaardigt de procedure van artikel 7 VEU in te leiden’.<sup>329</sup> Wanneer die procedure echter niet binnen een termijn van 6 maanden werd ingeleid dan moest de opschorting worden beëindigd.<sup>330</sup> Uit de wetsgeschiedenis van het Kaderbesluit blijkt niet waarom dit artikel is vervallen in het uiteindelijke Kaderbesluit EAB.<sup>331</sup> Het voorstel laat zien dat de drempel om de werking van het overleveringssysteem op te schorten ten aanzien van een andere lidstaat, oorspronkelijk lager was dan deze in het uiteindelijke Kaderbesluit is geworden. Het ging daarbij echter wel om een tijdelijke opschortingsbevoegdheid van de uitvoerende lidstaat.

## 2.7 Concluderende opmerkingen

De huidige omgang met aanhoudingsbevelen waarbij de mensenrechten van de opgeëiste persoon in het geding zijn, wordt bepaald door de ruimte die de rechtspraak van het Hof van Justitie biedt om deze bevelen in dergelijke situaties te weigeren. Die ruimte is zeer beperkt en het Hof ziet erop toe dat aanvullende grondrechtelijke uitzonderingen enkel worden aanvaard voor zover zij Unierechtelijk te rechtvaardigen zijn.<sup>332</sup> Dat betekent dat de plicht tot overlevering slechts aanvullend kan worden ingeperkt uit hoofde van Unierechtelijke grondrechten en op basis van een door het Hof van Justitie ontwikkeld toetsingskader.<sup>333</sup> Een dergelijk toetsingskader ontwikkelde het Hof voor het eerst in het arrest *Aranyosi*. Het Hof opende hierbij de mogelijkheid voor weigering in uitzonderlijke gevallen, wanneer een uitvoerende lidstaat zowel in abstracto als in concreto tot de vaststelling komt dat er een reëel gevaar is op schending van artikel 3 EVRM of 4 HvEU; de zogeheten tweetraps- of tweefasen-

<sup>326</sup> Zie laatstelijk: HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU en C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, (X & Y) r.o. 64-66.

<sup>327</sup> Over de ratio achter deze clausule schreef de Commissie: ‘Het systeem van het Europees arrestatiebevel kan slechts functioneren, indien tussen de lidstaten een volkomen vertrouwen heerst in de kwaliteit en de betrouwbaarheid van elkaars politieke stelsels en gerechtelijke stelsels. Daarom is bepaald dat een lidstaat eenzijdig kan besluiten de erkenning van door een andere lidstaat uitgevaardigde Europese arrestatiebevelen op te schorten, indien deze laatste lidstaat wordt verdacht van ernstige en voortdurende schendingen van grondrechten in de zin van artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.’ COM(2001) 522, def., p. 27.

<sup>328</sup> COM(2001) 522, def., p. 27. Zie in dit kader ook de formulering van overweging 16 bij het Voorstel voor een Kaderbesluit (de tegenhanger van de huidige overweging 10): ‘Het stelsel van het Europees arrestatiebevel berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. Toepassing van dit stelsel kan slechts worden opgeschort in geval van een ernstige schending door een lidstaat van de in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde beginselen, welke schending tot toepassing van artikel 7 van dit Verdrag kan leiden’, COM(2001) 522, def., p. 31.

<sup>329</sup> COM(2001) 522, def., p. 27. N.B. het gaat hier om het sanctiemechanisme, het preventiemechanisme bestond nog niet.

<sup>330</sup> Gedurende deze overgangperiode waarin een lidstaat gebruik maakte van de opschortingsbevoegdheid, moest deze alle noodzakelijke maatregelen nemen om het strafbare feit met betrekking tot hetwelk het Europees arrestatiebevel werd uitgevaardigd onder zijn rechtsmacht te doen vallen; COM(2001) 522, def., p. 52.

<sup>331</sup> Raadpleging van verschillende documenten van de Raad, de Commissie en het Europees Parlement die openbaar zijn, geven hierin geen inzicht: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/HIS/?uri=celex:32002F0584#325033>; Noch worde deze wijziging genoemd bij de amendementen van het Europees Parlement: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2001-0397\\_EN.html#title4](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2001-0397_EN.html#title4)

<sup>332</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 617.

<sup>333</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 618.

toets. Met dit arrest markeert het hof de uiterste grenzen van het vertrouwensbeginsel. In gevallen die niet als uitzonderlijk kunnen worden gekwalificeerd, blijft het uitgangspunt nog altijd dat de uitvaardigende lidstaat zelf verantwoordelijk is voor de waarborging van grondrechten van de opgeëiste persoon na diens overbrenging. De uitvoerende lidstaat moet op basis van het veronderstelde onderling vertrouwen aannemen dat de opgeëiste persoon zijn rechten na overbrenging kan uitoefenen in de uitvaardigende lidstaat.<sup>334</sup> Door deze strikte benadering van het Hof zijn de uitgangspunten van de overlevering overeind gebleven.<sup>335</sup> Ook na de uitspraak *Aranyosi* wordt wederzijds vertrouwen nog altijd verondersteld aanwezig te zijn, maar het draagt niet (langer) het absolute karakter waartegen auteurs als Sliedregt en Rozemond ageerde.<sup>336</sup>

In het latere arrest *LM* bepaalde het Hof dat het toetsingskader uit *Aranyosi* naar analogie van toepassing is wanneer het recht op een eerlijk proces in de uitvaardigende lidstaat in de kern dreigt te worden geschonden. Die kern wordt volgens het Hof gevormd door het recht op een onafhankelijk gerecht. Of er een reëel gevaar is dat dit recht wordt geschonden, moet worden vastgesteld door middel van een tweefasen-toets waarbij met name de tweede fase van toetsing de lat voor weigering van een EAB zeer hoog legt.<sup>337</sup> De tweede fase vereiste namelijk onder meer dat er een dialoog op gang komt waarbij de uitvoerende autoriteit collega's in de uitvaardigende lidstaat bevrageert op hun (mate van) onafhankelijkheid. Voor zover er vanuit de uitvaardigende autoriteit antwoorden volgen, is het evident dat deze niet vanzelfsprekend geloofwaardig kunnen worden geacht.<sup>338</sup>

### *Groeiende discrepantie tussen idealen & praktijk van de overlevering*

Hierboven heb ik uiteengezet hoe de omgang met aanhoudingsbevelen juridisch kan worden geduid kijkend naar het toetsingskader dat het Hof van Justitie hiervoor heeft uitgezet. De uitspraak *LM* is daarbij nog altijd leidend, nu het arrest *L en P* noch *X en Y* significante veranderingen aanbrachten in het toetsingskader van het Hof met betrekking tot dreigende schendingen van het recht op een eerlijk proces, meer specifieke het recht op een onafhankelijk gerecht, ex. artikel 6 EVRM en artikel 47, tweede alinea HvEU. Uit de bestudering van deze juridische werkelijkheid kan ook worden opgemaakt dat de feitelijke omgang met EABs in dit soort gevallen anders is dan 20 jaar geleden bij de creatie van systeem van de overlevering werd beoogt. Het is een understatement om te stellen dat de door het Hof ontwikkelde tweefasen-toetsing ver afstaat van de werking van het beginsel van wederzijdse erkenning in zijn puurste vorm.<sup>339</sup> Noch lijkt de huidige omgang met Poolse aanhoudingsbevelen op het ideaalbeeld van 'minimale controle' en direct daarop volgende erkenning, dat de Commissie in de toelichting bij het voorstel KEAB schetste.<sup>340</sup>

Aanhoudingsbevelen afkomstig van de lidstaat Polen worden anno 2022 – voor zover de opgeëiste een beroep doet op de gebrekkige rechtelijke onafhankelijkheid in Polen – onderworpen aan een indringende en intensieve toetsing.<sup>341</sup> Dit kan worden beschouwd als indicatief voor het feitelijke vertrouwen dat tussen de lidstaten aanwezig is. Op dit directe verband tussen vertrouwen en de mate

<sup>334</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 618.

<sup>335</sup> Dat zijn (1) de verplichting tot overlevering op basis van wederzijdse erkenning en (2) het formeel veronderstelde wederzijds vertrouwen; zie hiervoor hoofdstuk 1 par. 4.

<sup>336</sup> Zie rechtsoverweging 35-37 met betrekking tot de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen; HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033, (*L en P*).

<sup>337</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 619-620.

<sup>338</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 619-620.

<sup>339</sup> Wanneer samenwerking op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning immers onvoorwaardelijk zou gebeuren – daarvan is geen sprake in het stelsel van de overlevering op basis van het KEAB – zou weigering op welke grond dan ook niet mogelijk zijn; Glerum 2013, p. 52. Zie voor dat ideaalbeeld: Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., p. 2.

<sup>340</sup> Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., p. 2.

<sup>341</sup> HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 60 (*LM*); zie naar analogie HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 88, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*).

van toetsing werd reeds in 2010 door Ouwerkerk gewezen. Zij stelde dat de aard van het vertrouwen waarop het overleveringsstelsel berust – formeel dan wel materieel – de toetsingsruimte van de uitvoerende rechterlijke autoriteit bepaald.<sup>342</sup> Dat er bij het stelsel van de overlevering werd gekozen voor een formele notie van vertrouwen was volgens haar dan ook logisch omdat een materiële invulling veel meer ruimte zou laten voor tussenkomende toetsing van buitenlandse rechterlijke beslissingen, hetgeen strijdig is met het idee van wederzijdse erkenning.<sup>343</sup> Hoewel anno 2022 niet zozeer de rechterlijke beslissing zelfs alswel het rechtsstelsel waaruit deze voortkomt centraal staat, gaat de redenatie van Ouwerkerk wel degelijk op. De omgang met Poolse aanhoudingsbevelen door nationale rechters waarbij de tweefasen-toets wordt doorlopen, wijst op een *de facto* materiële invulling van het wederzijds vertrouwen.<sup>344</sup> Vertrouwen wordt in deze specifieke gevallen niet langer verondersteld, maar moet worden geconstrueerd via het doorlopen van een indringend onderzoek door de uitvoerende autoriteit.<sup>345</sup>

Toestemmingverlening voor de overlevering aan Polen speelt zich op deze wijze als het ware af in de marges van het overleveringssysteem, waarbij van automatisch weigeren geen sprake kan zijn, maar elk aanhoudingsbevel wel een bijzonder omvangrijke beoordeling krijgt als potentieel uitzonderlijk geval waarbij een beperking op de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen, met toepassing van artikel 1 lid 3 Kaderbesluit, in de rede ligt.<sup>346</sup> Hoewel het gros van de overleveringszaken nog altijd langs de lijnen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen kan worden toegestaan, is het de vraag of deze ‘uitzonderlijke gevallen’ in het geval van Polen niet langzamerhand de regel zullen gaan vormen wanneer de Poolse rechtsstaat geen tekenen van herstel laat zien.<sup>347</sup>

De uitspraken van het hof in de zaak *L en P* en ook *X en Y*, brachten weliswaar geen verandering in het toetsingskader van het Hof, maar zij zijn om een andere reden wel degelijk relevant. Beide arresten laat namelijk zien dat nationale rechters problemen hebben met het moeten hanteren van de concrete toets wanneer de algehele status van de rechtelijke onafhankelijkheid in een lidstaat ter discussie staat.<sup>348</sup> Met hun prejudiciële vragen lijkt men te suggereren dat de weg die in de uitspraak *Aranyosi* werd gecreëerd voor uitzonderlijke gevallen en welke werd doorgetrokken naar schendingen van het recht op een eerlijk proces in het arrest *LM*, nog makkelijker begaanbaar moet worden. De drempel

---

<sup>342</sup> Ouwerkerk 2010, p. 91.

<sup>343</sup> Ouwerkerk 2010, p. 91.

<sup>344</sup> Althans, tussen de lidstaten en specifiek de lidstaat Polen. In de samenwerking met andere lidstaten is een soepele samenwerking gebaseerd op wederzijds vertrouwen nog altijd het uitgangspunt.

<sup>345</sup> De analyse van Ouwerkerk verschilt echter met de analyse die ik hier maak voor wat betreft het object van de toetsing. Dat is in de analyse van Ouwerkerk namelijk de te erkennen rechterlijke beslissing en niet zozeer de situatie met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht waar de opgeëiste na zijn overbrenging aan zal worden onderworpen. Zie bijvoorbeeld deze formulering: ‘Bij formeel vertrouwen heeft een toetsing van de te erkennen rechterlijke beslissing vooraf plaatsgevonden, terwijl materieel vertrouwen een toetsing *in concreto* betekent, welke pas kan plaatsvinden nadat de te erkennen beslissing is genomen’, Ouwerkerk 2010, p. 91.

<sup>346</sup> Uiteraard voor zover de opgeëiste persoon hierop een beroep doet: HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 60 (*LM*).

<sup>347</sup> In 2020 constateerde Glerum dat er nog weinig verschillen zichtbaar waren in de uitkomsten van de procedures tot toestemmingverlening voor de overlevering aan Polen, voor wat betreft de situatie vóór of ná het arrest *LM*. Glerum stelde hierbij: ‘Wat wel verschilt is dat het eindoordeel nu [in tegenstelling tot de situatie vóór *LM* als een anticlimax volgt na een vaak langdurige procedure waarin is vastgesteld dat de vastgestelde gebreken negatieve gevolgen kunnen hebben voor de bevoegde gerechten in Polen. Dat komt omdat pas in het allerlaatste stadium van de procedure wordt gekeken naar de persoonlijke situatie van de betrokkene, de aard van de feiten en de feitelijke context van het EAB.’; Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 92-93. Een kleine inventarisatie op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) leert dat er inmiddels zeer regelmatig een beroep wordt gedaan op het weigeren van de overlevering in het kader van de gebrekkige rechtelijke onafhankelijkheid in die lidstaat. Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 25 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2740; Rb. Amsterdam 25 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2665; Rb. Amsterdam, 25 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2670; Rb. Amsterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5153; Rb. Amsterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4722.

<sup>348</sup> Dit kan worden geconstateerd uit de prejudiciële vragen die de Amsterdamse rechtbank stelde – en die leidden tot de arresten *L en P* en *X en Y* – maar ook uit de meer recente vragen van het Irish Supreme Court; HvJEU, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Supreme Court (Ierland) op 3 augustus 2021 – Minister for Justice and Equality / W O, J L - (Zaak C-480/21), (online publiek).

daartoe zou immers verder moeten worden verlaagd door afschaffing van de concrete toetst. Het Hof van Justitie is hier duidelijk nog niet aan toe. Dat komt vooral omdat het laten vallen van de tweede fase feitelijk neerkomt op de opschorting van de overlevering in relatie tot de lidstaat Polen. Daarmee zou worden voorbijgegaan aan de in 2001 gemaakte keuze om slechts tot opschorting over te gaan wanneer een besluit in de zin van artikel 7 VEU is genomen, welke beslissingsbevoegdheid toekomt aan de Raad van de Europese Unie.<sup>349</sup> Dit is het Hof op kritiek komen te staan omdat het oordeel of de rechterlijke macht in een lidstaat dusdanig is aangetast dat de overlevering aan die lidstaat moet worden opgeschort, bij deze benadering van het Hof niet vraagt om een juridisch of feitelijk oordeel maar een politiek oordeel.<sup>350</sup> In het volgende hoofdstuk ga ik zowel in op het feitelijk en juridische oordeel dat over de algehele rechtsstaatsituatie in Polen kan worden geveld, als op het politieke oordeel dat nog altijd op zich laat wachten in het kader van de artikel 7 procedure.

---

<sup>349</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 620. HvJ EU 25 oktober 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 57-59 (*LM*). Vergelijk: Toelichting bij Voorstel Kaderbesluit 2002/584, COM(2001) 522 def., het voorgestelde artikel 49, zie p. 27; waarin de lidstaat nog zelfstandig de tenuitvoerlegging van aanhoudingsbevelen uit een bepaalde lidstaat kon opschorten in afwachting van een beslissing over de toepassing van artikel 7 van het Verdrag betreffende de Europese Unie ten aanzien van de betrokken lidstaat.

<sup>350</sup> Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28.

# Hoofdstuk 3: De rechtsstaatsituatie in Polen

## *Inleiding*

In het vorige hoofdstuk is uiteengezet hoe de overlevering kan worden beïnvloed door een gebrekkige mensenrechtensituatie in de uitvaardigende lidstaat, en meer specifiek gebreken ten aanzien van de rechterlijke onafhankelijkheid. Structurele gebreken in de Poolse rechtsstaat vormde de aanleiding voor het arrest *LM* evenals enkele andere prejudiciële procedures. In dit hoofdstuk ga ik na hoe de rechtsstaatsituatie in Polen anno 2022 kan worden geduid. Hoe hebben veranderingen binnen de Poolse rechterlijke macht hun weerslag gehad op de rechterlijk onafhankelijkheid? De beantwoording van deze vraag is niet alleen van belang ter onderbouwing van een mogelijke weigering van overlevering aan Polen, maar ook om te rechtvaardigen hoever de overleveringsrechter daarin dient te gaan. Met betrekking tot dit laatste aspect spelen ook overwegingen omtrent de verschillende bevoegdheden en instrumenten die reeds bestaan binnen de Europese Unie gericht op de handhaving van het rechtsstaatbeginsel.

In paragraaf 1 geef ik een uitgebreide analyse van rechtsstatelijk achteruitgang in Polen die sinds enkele jaren is ingezet. Vervolgens licht ik in paragraaf 2 toe op welke wijze Europese instituties kunnen optreden tegen een aantasting van de rechtsstaat als kernwaarde van de EU, en hoe zijn hun bevoegdheden tot op heden hebben aangewend. In paragraaf 3 volgen enkele concluderende opmerkingen.

## 3.1 Rechtsstatelijk achteruitgang in Polen: een analyse van de jaren 2015-2022

Voor het bestuderen van de rechtsstatelijk achteruitgang in Polen vormen rapporten van internationale organisaties als de Europese Unie en de Raad van Europa een belangrijke bron. Organen als de Europese Commissie en de Commissie van Venetië monitoren de situatie in Polen al geruime tijd en hebben in verschillende opinies en aanbevelingen hun zorgen hebben geuit over de hervormingen van de rechterlijke macht.

Specifiek de Europese Commissie heeft sinds november 2015 de ontwikkelingen met betrekking tot de rechtsstaat in Polen van nabij gevolgd en sinds januari 2016 was er sprake van een uitvoerige dialoog met de Poolse autoriteiten.<sup>351</sup> De Commissie deed meerdere aanbevelingen aan Polen die stevast werden genegeerd.<sup>352</sup> Uiteindelijk heeft dit ertoe geleid dat de Commissie na twee jaar dialoog de artikel 7-procedure heeft geactiveerd.<sup>353</sup> Hiervoor schreef het een met redenen omkleed voorstel dat inzicht gaf in vijf centrale punten van zorg voor de Poolse rechtsstaat.<sup>354</sup> Veelal aan de hand van de

---

<sup>351</sup> Volgens de Commissie geven de aanbevelingen een volledig beeld van de ontwikkelingen op het gebied van de rechtsstaat in Polen evenals de dialoog tussen de Commissie en de Poolse regering binnen het kader voor de rechtsstaat; COM(2017) 835 def., p. 1.

<sup>352</sup> Janse, *NJB* 2018/1701, p. 2400. Aanbeveling I: Aanbeveling (EU) 2016/1374 (*PbEU* 2016, L 217/53); Aanbeveling II: Aanbeveling (EU) 2017/146 (*PbEU* 2017, L 22/65); Aanbeveling III: Aanbeveling (EU) 2017/1520 (*PbEU* 2017, L 228/19).

<sup>353</sup> COM(2017) 835 def., p. 43.

<sup>354</sup> Het ging hierbij allereerst om het ontbreken van een onafhankelijke en legitieme constitutionele toetsing. De andere 4 punten – die samenvielen met 4 onderscheidenlijke wetten – hebben betrekking op bedreigingen voor de onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke macht. Het gaat om: de wet inzake het Hoogerechtshof, de wet inzake de Nationale Raad voor

door de Commissie geïdentificeerde punten van zorg zal ik in onderstaande paragrafen de ontwikkelingen binnen de Poolse rechtsstaat beschrijven. Daarbij belicht ik steeds de veranderingen die zich sinds het uitbrengen van het met redenen omklede voorstel hebben voorgedaan om te komen tot een actueel en nauwkeurig beeld van de Poolse rechtsstaat anno 2022. Hierbij plaats ik de hervormingen zoveel mogelijk in het licht van normen van rechterlijke onafhankelijkheid afkomstig uit artikel 6 EVRM en 47 HvEU, en ga ik uitgebreid in op uitspraken die ten aanzien van de Poolse rechterlijke macht zijn gewezen door het EHRM en HvJEU.

### 3.1.1 Het onconstitutionele Constitutioneel Hof

De problemen rondom het Constitutioneel Hof van Polen beginnen te spelen rond het einde van het jaar 2015. Op 6 november 2015 ontstaan er in Polen drie vacatures voor rechters bij het Poolse constitutionele hof.<sup>355</sup> Twee extra vacatures zouden vrijkomen in december van datzelfde jaar, nadat het mandaat van het nieuw gekozen parlement, de *Sejm*, zou zijn aangevangen op 15 november 2015. De uitgaande wetgever heeft voor die tijd echter niet drie maar vijf personen benoemd om door de president te worden beëdigd.<sup>356</sup> Na de verkiezingen wijzigt de nieuwe *Sejm* versneld de Wet op het constitutionele hof waarbij het de mogelijkheid introduceert om de door het uittredende parlement gedane benoemingen van rechters ongedaan te maken en vijf nieuwe rechters te benoemen. Op 25 november 2015 maakt de nieuwe *Sejm* hiervan direct gebruik door via het aannemen van een motie de benoeming van deze vijf rechters ongedaan te maken, waarna het op 2 december 2015 vijf nieuwe rechters benoemt.<sup>357</sup> Deze motie, waarbij men de rechtskracht probeert te ontnemen aan een benoeming door het vorige parlement, is in strijd met de Poolse constitutie waarin uitputtend is bepaald in welke gevallen een termijn van een rechter kan worden beëindigd.<sup>358</sup>

Over deze gang van zaken spreekt het Constitutioneel Hof zich uit in haar uitspraken van 3 en 9 december 2015.<sup>359</sup> In de eerste uitspraak oordeelt het hof dat de oude *Sejm* rechtsgeldig in de drie vacatures ontstaan voor het einde van haar mandaat, had voorzien.<sup>360</sup> Het Constitutioneel Hof overweegt daarentegen ook dat de *Sejm* destijds niet bevoegd was om voor de twee rechters wiens termijn afliep in december van 2015 nieuwe kandidaten te benoemen. In deze uitspraak verwijst het hof tevens naar de verplichting van de president van de republiek om aanstonds de eed af te nemen bij de door de *Sejm* nieuw gekozen rechters voor het Constitutioneel Hof.<sup>361</sup> In de uitspraak van 9 december 2015 verklaart het hof de nominaties van de nieuwe *Sejm* voor de drie rechters wiens vacature was ontstaan op 6 november 2015, ongeldig.<sup>362</sup> Deze drie ongeldig benoemde *PiS*-rechter worden ook wel de ‘doubleurs’ genoemd.<sup>363</sup>

President Duda heeft de door de oude *Sejm* benoemde rechters niet beëdigd, maar de doubleurs wél. Hierdoor konden geen van de zes rechters tot hun werkzaamheden worden toegelaten.<sup>364</sup> De eerste drie waren immers niet beëdigd en de doubleurs waren niet rechtsgeldig benoemd en werden door de toenmalige president van het Constitutioneel Hof niet toegelaten.<sup>365</sup> Dat veranderde toen op 20

---

Justitie, de wet inzake de organisatie van de gewone rechtbanken en de wet inzake de Nationale School voor de rechterlijke macht; COM(2017) 835 def., p. 23.

<sup>355</sup> Govers, *NJB* 2016/2059, p. 2962.

<sup>356</sup> COM(2017) 835 def. p. 3.

<sup>357</sup> COM(2017) 835, def., p. 3.

<sup>358</sup> Sadurski 2019, p. 16.

<sup>359</sup> Zie resp. Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 3 december 2015, K 34/15 & Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 9 december 2015, K 35/15.

<sup>360</sup> Govers, *NJB* 2016/2059, p. 2962; Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 3 december 2015, K 34/15.

<sup>361</sup> COM(2017) 835 def. p. 3.

<sup>362</sup> COM(2017) 835 def. p. 3.

<sup>363</sup> COM(2017) 835 def; Govers 2016, *NJB* 2016/2059, p. 2962.

<sup>364</sup> Govers 2016, *NJB* 2016/2059, p. 2962.

<sup>365</sup> Govers 2016, *NJB* 2016/2059, p. 2962. COM(2017) 835 def., p. 16-17.

december 2016 diens ambtstermijn afliep en hij werd vervangen door een *PiS*-rechter.<sup>366</sup> Deze nieuwe president van het hof - Julia Przyłęcka – liet de doubleurs wel toe.<sup>367</sup> De wijze waarop Julia Przyłęcka is benoemd, is door het Constitutioneel Hof zelf ongrondwettig verklaard in een uitspraak waarvan – net als een reeks andere uitspraken - publicatie door de regering is geweigerd in een poging hieraan rechtskracht te onthouden.<sup>368</sup> Przyłęcka heeft nauwe banden met de partijleider van *PiS*; de twee komen regelmatig bij elkaar over de vloer.<sup>369</sup> Przyłęcka wordt beschuldigd van het manipuleren van de samenstelling van kamers, het toewijzen van bepaalde belangrijke zaken aan bepaalde kamers en het aanpassen van de data van hoorzittingen om sommige rechters uit te sluiten bij de beoordeling van specifieke zaken bij het Hof. Het partijbelang van regeringspartij *PiS* lijkt bij al deze handelingen van de president van het Hof een leidende rol te spelen.<sup>370</sup> Door deze politieke onderwerping van het Constitutionele Hof kan de krappe parlementaire meerderheid van *PiS* wetsvoorstellen aannemen die voorheen als ongrondwettig zouden worden bestempeld. Ook worden op ogenschijnlijk kunstmatige wijze gecreëerde geschillen aan het hof voorgelegd om via uitspraken van het Hof bepaalde politieke doelen te kunnen bereiken.<sup>371</sup>

Uit deze ontwikkelingen kan worden geconcludeerd dat regeringspartij *PiS* vanaf december 2016 feitelijk politieke controle heeft genomen over het constitutionele hof van Polen. De partij heeft de samenstelling van het Hof volledig vernieuwd buiten de normale grondwettelijke procedures voor de benoeming van rechters om.<sup>372</sup> Reeds in 2017 overweegt de Commissie in haar derde aanbeveling aan Polen dat de onafhankelijkheid en de legitimiteit van het Constitutioneel Hof ernstig zijn ondermijnd. De grondwettigheid van Poolse wetten kan niet langer afdoende worden gewaarborgd. De arresten van het Hof kunnen, volgens de Commissie, niet langer worden geacht een effectieve constitutionele toetsing te bieden.<sup>373</sup>

### *Verzet tegen internationale normen van rechterlijke onafhankelijkheid*

In haar rechtsstaatrappport uit 2021 handhaaft de commissie dit oordeel ten aanzien van het Poolse Constitutioneel Hof.<sup>374</sup> De punten van bezorgdheid over de onafhankelijkheid en de legitimiteit van het grondwettelijk hof, zijn nog altijd niet weggewerkt. Dit blijkt volgens de Commissie te meer uit

---

<sup>366</sup> COM(2017) 835 def., p. 17-18. De nieuwe president van het Constitutioneel Hof verplichtte de vicepresident – wiens positie is verankerd in de Poolse grondwet – om verlof op te nemen tot het einde van zijn ambtstermijn. Tevens schorste de nieuwe president drie rechters wiens verkiezing in 2010 was aangevochten door de procureur generaal – een functie die inmiddels samenviel met die van minister van justitie. Daarnaast veranderde de nieuwe president de samenstelling van de verschillende kamers en verwees het zaken naar kamers deel bestaande uit niet rechtsgeldig benoemde rechters. Tot slot benoemde de president een rechter die niet rechtsgeldig was benoemd tot de nieuwe vicepresident van het Constitutioneel Hof na het aflopen van de ambtstermijn van de oude vice president die reeds met verlof was; zie COM(2017) 835 def., p. 19.

<sup>367</sup> COM(2017) 835 def., p. 3-4; Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 5; zie tevens Sadurski 2019, p. 16. De premier van Polen weigerde aanvankelijk een deel van de uitspraken van Constitutioneel Hof te publiceren. Uiteindelijk ging hij daar toch toe over, met de kanttekening dat het hier zou gaan om uitspraken die in strijd met de wet zijn geweest; *NJB* 2021/1462, afl. 20, p. 1672.

<sup>368</sup> COM(2017) 835 def., p. 3-4; Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 5; zie tevens Sadurski 2019, p. 16. De premier van Polen weigerde aanvankelijk een deel van de uitspraken van Constitutioneel Hof te publiceren. Uiteindelijk ging hij daar toch toe over, met de kanttekening dat het hier zou gaan om uitspraken die in strijd met de wet zijn geweest; *NJB* 2021/1462, afl. 20, p. 1672.

<sup>369</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3079.

<sup>370</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3079. Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12, p. 457.

<sup>371</sup> Zie uitgebreid: Sadurski, *Hague Journal on the Rule of Law* 2019/11, p. 77. Zie tevens Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3079.

<sup>372</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3079; COM(2017) 835., p. 19, 40; zie tevens Aanbeveling (EU) 2017/1520 (*PbEU* 2017, L 228/30) In het met redenen omklede voorstel wijst de Commissie hiertoe op de onwettige benoeming van de voorzitter van het Constitutioneel Hof, de toelating van de drie rechters die tijdens de achtste zittingsperiode van de Sejm zonder geldige rechtsgrondslag zijn benoemd, het feit dat een van deze rechters tot vicevoorzitter van het Constitutioneel Hof is benoemd en het feit dat de drie rechters die in oktober 2015 door de vorige legislatuur rechtsgeldig waren benoemd hun ambt als rechter bij het Constitutioneel Hof niet hebben kunnen opnemen.

<sup>373</sup> Aanbeveling (EU) 2017/1520 (*PbEU* 2017, L 228/30); COM(2017) 835., p. 40.

<sup>374</sup> SWD(2020) 320, p. 3-4, onder verwijzing naar COM(2017) 835 def., par. 92-113.

het arrest *Xero Flor tegen Polen* gewezen op 7 mei 2021 door het EHRM.<sup>375</sup> Het bedrijf Xero Flor stelt ten overstaan van het EHRM dat zijn zaak bij het Constitutioneel Hof is behandeld door een gerecht dat, in strijd met artikel 6 EVRM niet ‘bij de wet is ingesteld’, omdat er is rechtgesproken door een combinatie waarvan een van de doubleurs deel uitmaakte.<sup>376</sup> Het Europese Hof gaat in op de onregelmatigheden bij de benoeming van de doubleurs.<sup>377</sup> Het Europese Hof oordeelt dat een zittende magistratuur waarin een rechter zetelt die is benoemd voor een justitiële functie die reeds door de wetgevende macht van 2011-2015 was ingevuld geen ‘bij wet opgericht rechtscollege’ vormt.<sup>378</sup> De legitimiteit van het benoemingsproces is ondergraven en het recht op een ‘bij de wet ingestelde rechterlijke instantie’ conform artikel 6 lid 1 EVRM is daardoor in de kern aangetast.<sup>379</sup>

Volgend op dit arrest stelt de voorzitter van het Poolse Constitutioneel Hof dat het EHRM niet bevoegd is om dergelijke arresten te wijzen en dat het betreffende arrest geen gevolgen zal hebben voor het Poolse justitiële stelsel. Op 16 juni 2021 verklaarde het Constitutioneel Hof het arrest *Xero Flor* “non-existent”. Het arrest zou zijn geweest zonder rechtsgrondslag, het EHRM had zijn bevoegdheden overschreden en derhalve was er sprake van een onrechtmatige inmenging in de nationale rechtsorde in aangelegenheden die buiten de bevoegdheid van het EHRM vallen.<sup>380</sup> Het non-existent verklaren van de uitspraak *Xero Flor* vormde slechts een eerste stap in het verzet van het Poolse Constitutioneel hof tegen het EHRM.<sup>381</sup> Niet kort daarna oordeelde het Constitutioneel Hof namelijk dat artikel 6 lid 1 EVRM onverenigbaar is met de Poolse constitutie voor zover de term ‘tribunal’ uit dat lid het Poolse Constitutioneel Tribunaal omvatte.<sup>382</sup> Volgens het Constitutioneel Hof is dat een verkeerde interpretatie en is het Poolse Constitutioneel Hof geen ‘tribunal’ in de zin van artikel 6 EVRM.<sup>383</sup> Eveneens besliste het dat artikel 6 lid 1 EVRM strijdig is met de Poolse constitutie voor zover deze bepaling het Europees Hof de bevoegdheid verschaft om de legaliteit van de benoemingsprocedure voor het Constitutioneel Hof te toetsen.<sup>384</sup>

Het in twijfel trekken van de geldigheid van verdragsrechtelijke bepalingen zoals artikel 6 EVRM, of deze geheel buiten toepassing verklaren, past hierbij in een bredere trend. Het Constitutioneel Hof

---

<sup>375</sup> SWD(2021) 722 def., p. 6; EHRM 7 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, *EHRC* 2021/130, (*Xero Flor t. Polen*) m.nt. J.J.J. Sillen. Het arrest *Xero Flor* vormt een van de velen zaken – per februari 2021 waren het er 27 – over het Poolse justitiële stelsel die bij het EHRM aanhangig zijn gemaakt. De zaken betreffen onder meer de voortijdige beëindiging van het ambt van leden van de nationale raad voor de rechtspraak; de onafhankelijkheid van de nationale raad voor de rechtspraak en de betrokkenheid van die raad bij de procedure voor justitiële benoemingen en overplaatsingen van rechters, het voortijdige ontslag van rechtbankvoorzitters; de tuchtregeling voor rechters en aanklagers, en de verlaging van de pensioenleeftijd voor gewone rechters; SWD(2021) 722 def., p. 6. volgens persbericht van het EHRM EVRM 066 (2021) van 18 februari 2021 en EHRM EVRM 140 (2021) van 10 mei 2021. Xero Flor dient zijn klacht in op 3 januari 2018. De zaak ligt vervolgens een tijd stil; pas in september 2019 brengt het Hof de zaak ter kennis van de Poolse regering, *NJB* 2021/1462, afl. 20, p. 1672.

<sup>376</sup> *NJB* 2021/1462, afl. 20, p. 1672.

<sup>377</sup> Het EHRM maakt in zijn overwegingen duidelijk geen reden te zien om af te wijken van het eerdere oordeel van het Poolse Constitutioneel Hof uit 2015 dat er sprake is geweest van onregelmatigheden die neerkomen op kennelijke schendingen van het nationale recht bij de benoeming van de doubleurs; EHRM 7 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, *EHRC* 2021/130, (*Xero Flor t. Polen*) m.nt. J.J.J. Sillen, r.o. 272-275.

<sup>378</sup> SWD(2021) 722 def., p. 6. Daarvoor gebruikt het Hof een drie-stappentoets die het eerder in het arrest *Ástráðsson* geïntroduceerd had: EHRM 1 december 2020, nr. 26374/18, *NJB* 2020/1459 (*Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*); hierin gaf het Hof een nadere interpretatie van het begrip ‘bij de wet ingestelde rechterlijke instantie’; *NJB* 2021/1462, afl. 20, p. 1672

<sup>379</sup> *NJB* 2021/1462, afl. 20, p. 1672.

<sup>380</sup> SWD(2021) 722 def., p. 6.

<sup>381</sup> Zie verder par. 3.3.2. & 3.3.4.

<sup>382</sup> Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 24 november 2021, ref. No. K 6/21. Het Constitutioneel Hof volgt daarmee de argumentatie van de Poolse regering in de zaak *Xero Flor* waarbij het stelde dat het Poolse Constitutioneel Tribunaal geen ‘tribunal’ is in de zin van artikel 6 EVRM, zodat standaarden van eerlijk proces niet van toepassing zijn op die instantie; Lawson, *NTM/NJCM-Bull* 2021/3, p.353

<sup>383</sup> Interessant in dit kader is het rapport van: O. Garner, P. Wachowiec & R.A. Lawson, Expert analysis of the applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights to the constitutional courts of the States Parties, requested by the Polish Commissioner for Human Rights in the context of the case K 6/21 pending before the Polish Constitutional Tribunal, London 2021: Bingham Centre for the Rule of Law. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278428>.

<sup>384</sup> Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 24 november 2021, ref. No. K 6/21.



wordt bijvoorbeeld steeds vaker verzocht te oordelen over verenigbaarheid van het Unierecht met de Poolse grondwet. In zaken aanhangig gemaakt door de premier, de maarschalk (voorzitter) van de Sejm, de Nationale raad voor Justitie of de nieuw opgerichte tuchtkamer van het hooggerechtshof, wordt de suprematie van het EU-recht openlijk in twijfel getrokken.<sup>385</sup> Ondanks duidelijke rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>386</sup> heeft het Constitutioneel Hof in een zijdelingse vermelding aangegeven dat het Hof van Justitie niet bevoegd is om uitspraken te doen over de justitiële stelsels van de lidstaten.<sup>387</sup> Op 14 juli 2021 oordeelde het Constitutioneel Hof dat artikel 4, lid 3, tweede alinea, VEU, gelezen in samenhang met artikel 279 VWEU, ongrondwettig is voor zover het Polen verplicht tot naleving van beschikkingen in kort geding van het Hof van Justitie die gevolgen hebben voor de organisatie en de werking van Poolse rechtbanken en op de wijze van procederen bij die rechtbanken.<sup>388</sup> De Commissie gaf een dag later in een openbare verklaring aan ernstig bezorgd te zijn over deze beslissing van het Constitutioneel Hof.<sup>389</sup>

Dit weerhield het Hof er echter niet van om op 7 oktober 2021 een uitspraak te doen waarbij het de voorrang van het EU-recht en de definiëring van rechterlijke onafhankelijkheid van het Hof van Justitie ontkent. Het Hof oordeelde onder meer dat artikel 1 eerste en tweede alinea jo art. 4 lid 3 VEU in strijd zijn met de Poolse grondwet voor zover zij impliceren dat: ‘the Constitution is not the supreme law of the Republic of Poland, which takes precedence as regards its binding force and application’. Ook achtte het hof artikel 2 VEU jo artikel 19 lid 1 twee alinea VEU in strijd zijn met de Poolse grondwet voor zover deze bepalingen Poolse rechterlijke instanties de bevoegdheid verschaffen om de legaliteit van benoemingsprocedures na te gaan en rechters hun status als rechters te ontzeggen vanwege gebreken in deze procedures.<sup>390</sup> Hierbij kan worden opgemerkt dat het Poolse Constitutioneel Hof in uitspraken van ver voor de hervormingen reeds wees op de suprematie van de Poolse Grondwet over het EU-recht.<sup>391</sup> Bovendien staat het Poolse Constitutioneel Hof hierin niet alleen en kent ook het Duitse Bundesverfassungsgericht een uitgebreide jurisprudentie omtrent de voorrang van het Unierecht.<sup>392</sup> Toch kan volgens verschillende auteurs de meest recente uitspraak van het Poolse Constitutioneel Hof om verschillende redenen niet worden vergeleken met bestaande jurisprudentie van bijvoorbeeld het Bundesverfassungsgericht.<sup>393</sup> De uitspraak van het Poolse hof bevat geen beperkte doctrine, is niet afgebakend naar een specifieke Europees rechtsinstrument en kent een minimale motivering,<sup>394</sup> maar bovenal speelt het feit dat de uitspraak is gedaan door een hof dat niet (langer) onafhankelijk is.<sup>395</sup> Zo beschouwd, vormt de uitspraak van 7 oktober geen onderdeel van een legitieme doctrine over suprematie maar slechts een element in de verdere escalatie tussen de Poolse autoriteiten en de Europese instituties en waarden.<sup>396</sup> Het Constitutioneel Hof is niet langer een effectieve beschermer van de Poolse constitutie, maar vormt een destructieve kracht binnen de Poolse rechtsstaat.<sup>397</sup>

---

<sup>385</sup> SWD(2021) 722 def., p. 7. Zie bijvoorbeeld de zaken K 7/18, K 5/21 en K 3/21.

<sup>386</sup> HvJEU 2 maart 2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, (AB) r.o. 68 en de aldaar aangehaalde rechtspraak,

<sup>387</sup> SWD(2021) 722 def., p. 7; verwijzend naar motivering: Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 21 april 2020, ref. No. Kpt 1/20, r.o. 329-348; en Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 20 april 2020, ref. No. U 2/20.

<sup>388</sup> Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 14 juli 2021, ref. No. P7/20; zie tevens Bárd en Bodnar, *CEPS* 2021/15, p. 2. Deze uitspraak volgde als reactie op de beschikking in kort geding van 8 april 2020 waarin deze Polen verplichtte de activiteiten van de tuchtkamer op te schorten; HvJEU 8 april 2020, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277, r.o. 114.

<sup>389</sup> SWD(2021) 722 def., p. 8.

<sup>390</sup> Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 7 oktober 2021 no. K 3/21.

<sup>391</sup> Zie hiervoor uitgebreid: Kowalik-Bańczyk, *German Law Journal*, Vol. 06 no. 10.

<sup>392</sup> Rauegger 2018, p. 97-98.

<sup>393</sup> Zie bijvoorbeeld: Bárd en Bodnar, *CEPS* 2021/15, p. 3; Thiele, *VerfBlog*, 2021/10/10.

<sup>394</sup> Thiele, *VerfBlog*, 2021/10/10.

<sup>395</sup> Bárd en Bodnar, *CEPS* 2021/15, p. 3.

<sup>396</sup> Bárd en Bodnar, *CEPS* 2021/15, p. 1-2.

<sup>397</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3079.

### 3.1.2 De Poolse Nationale Raad voor Justitie - Krajowa Rada Sądownictwa (KRS)

In Polen wordt de rechterlijke onafhankelijkheid overeenkomstig de bepalingen van de grondwet gewaarborgd door de Poolse Nationale raad voor Justitie, de Krajowa Rada Sądownictwa (KRS).<sup>398</sup> De Raad is betrokken bij de promotie, de overplaatsing, het ontslag en vervroegde pensionering van rechters, evenals disciplinaire procedures tegen rechters.<sup>399</sup> De grondwet bepaalt dat de Nationale Raad voor Justitie moet zijn samengesteld uit ambtshalve benoemde leden en gekozen leden. De ambtshalve leden zijn: de eerste voorzitter van het Hooggerechtshof, de minister van Justitie, de voorzitter van het Administratief Hooggerechtshof en een door de president benoemd lid. De gekozen leden zijn vier door de *Sejm* gekozen volksvertegenwoordigers, twee door de senaat gekozen senatoren en 15 rechters gekozen uit de gewone, administratieve en militaire rechtbanken en het Hooggerechtshof.<sup>400</sup>

De wijze waarop deze Raad wordt samengesteld is bij de hervormingen van 2017 rigoureuus omgegooid. Daarvoor werd eerst het mandaat van alle vijftien – door de Grondwet vereiste – leden-rechters voortijdig beëindigd.<sup>401</sup> Door wijzigingen in de wet inzake de Nationale Raad voor Justitie verloor de rechterlijke macht de bevoegdheid om deze 15 leden van de totaal 25 leden van de Raad te benoemen.<sup>402</sup> In plaats daarvan is het voortaan de *Sejm*, die met drievijfde meerderheid beslist over de benoeming van de leden-rechters.<sup>403</sup> Inmiddels zijn er vijftien nieuwe leden benoemd op voordracht van de minister van justitie, die in februari 2020 zei dat zij door hem waren geselecteerd op basis van het feit dat deze rechters ‘klaar waren om te werken aan de hervormingen van de rechterlijke macht’.<sup>404</sup>

Het moge duidelijk zijn dat deze nieuwe regeling voor de benoeming van rechters tot lid van de Raad laat ruimte voor een hoge mate van politieke beïnvloeding, en dat die beïnvloeding zich reeds heeft verwezenlijkt. In totaal bestaat de raad uit 25 leden waarvan er sinds de hervormingen 23 door politici worden gekozen.<sup>405</sup> Vanwege de bevoegdheid van de raad om kandidaten voor te dragen ter benoeming tot het rechtersambt, heeft politisering van dit orgaan grote gevolgen.<sup>406</sup> De gevolgen van deze politisering van de KRS zijn volgens Mazur ook terug te zien in de praktijk. Zo zou de Raad bevorderingen van goed aangeschreven en goed presterende rechters weigeren omdat de voorkeur

---

<sup>398</sup> Artikel 186, lid 1, van de Poolse grondwet: "De Nationale Raad voor Justitie waarborgt de onafhankelijkheid van de rechtbanken en de rechters."; COM(2017) 835 def., p. 31.

<sup>399</sup> 'Ter illustratie: om een rechter te bevorderen (bijv. van een districtsrechtbank naar een regionale rechtbank), moet de president van de Republiek de rechter opnieuw benoemen en moet de beoordelings- en benoemingsprocedure, met inspraak van de Nationale Raad voor Justitie, nogmaals worden doorlopen. Ook assistent-rechters die reeds taken van een rechter uitvoeren, moeten door de Nationale Raad voor Justitie worden beoordeeld voordat zij door de president van de Republiek als rechter worden benoemd.' COM(2017) 835 def., p. 31.

<sup>400</sup> COM(2017) 835 def., p. 32.

<sup>401</sup> Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12, p. 459.

<sup>402</sup> Venice Commission, *Opinie 977/2020*, par. 8. De Europese Commissie overwoog in 2017 dat in lidstaten waar een Raad voor Justitie is ingesteld, is de onafhankelijkheid van die raad van bijzonder belang is om ongepaste invloed van de regering of het parlement op de onafhankelijkheid van rechters te voorkomen. Er zijn dan ook beproefde Europese normen - met name de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 2010 – die bepalen dat niet minder dan de helft van de leden van Raden voor Justitie rechters moeten zijn die door hun confraters uit alle geledingen van de rechterlijke macht zijn gekozen met inachtneming van het pluralisme van de rechterlijke macht. Polen voldoet met de nieuwe wijze van benoeming voor leden van de KRS niet langer aan de Europese normen, omdat leden-rechters niet door hun confraters zijn gekozen; COM(2017) 835 def., p. 32 & Venice Commission, *Opinie 904/2017*, par. 24.

<sup>403</sup> Indien de drievijfde meerderheid in de *Sejm* niet wordt bereikt, de leden-rechters met absolute meerderheid van de stemmen door de *Sejm* worden benoemd; COM(2017) 835 def., p. 32; tevens: Venice Commission, *Opinie 904/2017*, par. 21-22.

<sup>404</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 12. Voor het feit dat de *Sejm* deze vijftien nieuwe leden-rechters inmiddels heeft benoemd zie; Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12, p. 458.

<sup>405</sup> Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12, p. 459.

<sup>406</sup> De Commissie van Venetië concludeert ook dat de Raad in verregaande mate is gepolitiseerd; Venice Commission, *Opinie 977 / 2020*, par. 8. Zie tevens: Annotatie P.P.T. Bovend'Eert bij HvJ EU 15 juli 2021, nr. C -791/19, ECLI:EU:C:2021:596, AB 2021/324, afl. 45, p. 2528; COM(2017) 835 def., p. 31; Venice Commission, *Opinie 904/2017*, par. 24, 26, 31.

uitging naar rechters waarbij loyaliteit aan de nieuwe benoemde rechtbankvoorzitters gegarandeerd is.<sup>407</sup> Ook de Commissie vreesde in 2017 voor de consequenties van de nieuwe samenstelling van de KRS voor de algehele onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht.<sup>408</sup> Met het oog op promotie door de Nationale Raad voor Justitie zouden rechters zich kunnen laten beïnvloeden in hun oordelen in politiek gevoelige zaken.<sup>409</sup> Ook wanneer dit risico geen werkelijkheid zou worden bood de regeling volgens de Commissie onvoldoende garanties om in ieder geval de perceptie van onafhankelijkheid te waarborgen die van wezenlijk belang is voor het vertrouwen dat de rechter in een democratische samenleving bij het publiek moet wekken.<sup>410</sup> De Commissie stelt in 2021 in haar rechtsstaatrapport dat Polen de punten van zorg omtrent de raad, die het uitte in haar met redenen omklede voorstel uit 2017 compleet in de wind heeft geslagen.<sup>411</sup>

### *Procedures bij het Hof van Justitie over de nieuwe Nationale Raad voor Justitie*

De nieuwe wijze waarop de KRS wordt samengesteld is op vele manieren aangevochten. Zelf, verzocht de nieuwe KRS het Poolse Constitutionele Hof om te oordelen over de grondwettigheid van de nieuwe benoemingsprocedure. Het hof oordeelde op 25 maart 2019 – wellicht weinig verwonderlijk - dat de nieuwe benoemingsprocedure van de leden-rechters van de KRS in overeenstemming was met de grondwet.<sup>412</sup>

Het Hof van Justitie heeft zich ook uitgesproken over KRS. Dat deed het voor het eerst in het arrest *A.K.* waarin het prejudiciële vragen beantwoord van het Poolse Hoogerechtshof over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de nieuw opgerichte tuchtkamer.<sup>413</sup> De betrokkenheid van de KRS bij de benoeming van rechters van de tuchtkamer kan volgens het Hof aan de onafhankelijkheid bijdragen omdat de voordracht vanuit de KRS de discretionaire vrijheid van de Poolse president inperkt. Het overweegt daarbij dat dit echter alleen geldt onder de voorwaarde dat dit orgaan zelf voldoende onafhankelijk is van de wetgevende en uitvoerende macht alsook van de autoriteit waaraan dit orgaan een dergelijk benoemingsvoorstel moet voorleggen.<sup>414</sup> De beantwoording van die vraag laat het over aan de verwijzende rechter; de arbeidskamer bij het Hoogerechtshof.<sup>415</sup>

Op basis van de criteria die het Hof van Justitie uiteenzette, besloot de arbeidskamer vrij snel daarna dat de tuchtkamer bij het Hoogerechtshof noch de KRS, onafhankelijk waren.<sup>416</sup> In een daarop volgende resolutie van drie gevoegde kamers van het Hoogerechtshof van 23 januari 2020 werd nogmaals gesteld dat de KRS niet onafhankelijk was en werd verklaard dat de nieuwe rechters van het hoogerechtshof die door de KRS zijn gekozen, geen zaken mogen beoordelen.<sup>417</sup> Deze resolutie werd

---

<sup>407</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3081.

<sup>408</sup> Het Hoogerechtshof, de Nationale Raad voor Justitie en de ombudsman hebben een aantal bezwaren opgeworpen over de grondwettigheid van de nieuwe regeling: 'De Nationale Raad voor Justitie merkt met name op dat in het kader van de Poolse grondwet, de Raad als een tegenwicht fungeert tegen het Parlement, dat grondwettelijk bevoegd is om te beslissen over de inhoud van de wetgeving. De politieke benoeming van leden-rechters en de voortijdige beëindiging van het mandaat van de huidige leden-rechters van de Raad schendt dan ook het beginsel van de scheiding der machten en het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.' De commissie benadrukt hierbij dat effectieve constitutionele toetsing in Polen echter niet langer mogelijk is; COM(2017) 835 def., p. 33.

<sup>409</sup> COM(2017) 835 def., p. 32.

<sup>410</sup> COM(2017) 835 def., p. 33; daarbij verwijst de Commissie naar: EHRM 23 april 2015, 29369/10, (*Morice t. Frankrijk*) punt 78 & EHRM 10 mei 2001, 25781/94 (*Cyprus t. Turkije*) punt 233.

<sup>411</sup> SWD(2020) 320 def., p. 4.

<sup>412</sup> COM(2020) 320, p. 5; Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 25 maart 2019 no. K 12/18.

<sup>413</sup> HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (AK).

<sup>414</sup> HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (AK) *EHRC* 2020/48, r.o. 136-138.

<sup>415</sup> HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (AK) *EHRC* 2020/48, r.o. 139-140. CDL-AD(2020)017, p. 5; SWD(2020) 320 def., p. 5.

<sup>416</sup> De tuchtkamer kon daarnaast niet gelden als 'gerecht' onder de Poolse constitutie of het EU-recht; SWD(2020) 320 def., p. 6. Sąd Najwyższy arrest van het hoogerechtshof van 5 december 2019 in zaak III PO 7/18, r.o. 60.

<sup>417</sup> SWD(2021) 722 def., p. 8. De resolutie van drie gevoegde kamers van het hoogerechtshof van 23 januari 2020; deze resolutie is bindend voor het hoogerechtshof;

vervolgens strijdig bevonden met de Poolse grondwet en het EU-recht door het grondwettelijk hof, dat uitspraak deed op verzoek van de premier en de maarschalk van de Sejm, gesteund door de Poolse president en de minister van justitie.<sup>418</sup> Het hooggerechtshof is zijn resolutie echter blijven toepassen<sup>419</sup> maar tegelijkertijd blijft de Nieuwe raad voor Justitie kandidaten ter benoeming door de president.<sup>420</sup> De Poolse wetgevende macht reageerde op de uitspraak van het Hof van Justitie door de introductie van wat de ‘Muilkorfwet’ is gaan heten. Het doel van die wet lijkt te zijn de toepassing door nationale rechters van de criteria van rechterlijke onafhankelijkheid die het Hof van Justitie uiteenzette, te blokkeren.<sup>421</sup>

In maart 2021 werd het Hof van Justitie geroepen om de vereisten van het EU-recht inzake de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht verder te verduidelijken in de Poolse context.<sup>422</sup> Het Hof beantwoorde opnieuw prejudiciële vragen van het Hooggerechtshof en herhaalde daarin dat de deelname van een raad voor de rechtspraak aan de benoemingsprocedure van rechters door politieke organen alleen objectief kan zijn als die raad zelf voldoende onafhankelijk is van de wetgevende en de uitvoerende macht en van het orgaan waaraan hij advies uitbrengt.<sup>423</sup> Vanwege de bepalende rol van de KRS, zo stelt het Hof, is de mate van onafhankelijkheid van die raad relevant voor het waarborgen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.<sup>424</sup> Op 6 mei 2021 heeft de administratieve kamer van het Hooggerechtshof het arrest van het Hof van Justitie toegepast en geoordeeld dat de huidige nationale raad voor justitie, in de procedure voor de benoeming van rechters, onvoldoende waarborgen biedt voor de onafhankelijkheid van de uitvoerende en wetgevende macht.<sup>425</sup> Dit alles heeft er echter niet toe geleid dat de Raad is gestopt met het voordragen van kandidaten voor rechterlijke benoemingen.<sup>426</sup> De KRS – die volgens de Poolse grondwet de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht moet waarborgen – weigert zicht daarnaast uit te spreken voor rechters tegen wie strafrechtelijke onderzoeken worden ingesteld door het Openbaar Ministerie. Het toont zich wel voorstander van bepaalde aspecten van de justitiële hervormingen waarop de Commissie kritiek had geuit.<sup>427</sup>

De Poolse premier heeft in reactie op de uitspraak van het Hof van Justitie van 2 maart 2021 het Constitutionele Hof gevraagd een uitspraak te doen waarin het de suprematie van de Poolse constitutie over het EU-recht bevestigt.<sup>428</sup> Deze aanvraag leidde tot de uitspraak van 7 oktober 2021 die ik hierboven reeds heb beschreven in par. 3.1.1. over het Poolse Constitutionele Hof.<sup>429</sup>

---

<sup>418</sup> Zie uitspraken van 20 april 2020 in zaak U 2/20 en van 21 april 2020 in zaak Kpt 1/20.

<sup>419</sup> SWD(2021) 722 def., p. 8.

<sup>420</sup> SWD(2020) 320 def., p. 5.

<sup>421</sup> Venice Commission, *Opinie 977 / 2020*, par. 16. Zie tevens Annotatie J.J.J. Sillen bij HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (AK) *EHRC* 2020/48, par. 6; Zie tevens M. Pawel, ‘Discipline and Punish: New Polish Reforms of the Judiciary’, *VerfBlog* 2019/12/22, DOI: 10.17176/20191223-053756-0. De Muilkorfwet behandel ik uitgebreid in par. 3.3.5.

<sup>422</sup> COM(2021) 722 def., p. 4.

<sup>423</sup> HvJEU 2 maart 2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, (A.B. e.a.) r.o. 133-139.

<sup>424</sup> HvJEU 2 maart 2021, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, (A.B. e.a.) r.o. 130; SWD(2021) 722 def., p. 4.

<sup>425</sup> Het Hof verklaarde dat de beslissingen van de raad tot benoeming voor de strafrechtelijke en civielrechtelijke kamers van het hooggerechtshof in 2018 derhalve nietig moesten worden verklaard. Zie arrest in zaak II GOK 2/18, met name punten 7.6 en 8.3. SWD(2021) 722 def., p. 4, 8.

<sup>426</sup> Sinds de bekendmaking van het verslag over de rechtsstaat 2020 – SWD(2020) 320 – heeft de president van de republiek rechters benoemd op 6 oktober, 26 november en 18 december 2020 en op 26 januari, 4 februari, 18 maart en 26 april 2021; SWD(2021) 722 def., p. 9.

<sup>427</sup> SWD(2021) 722 def., p. 9.

<sup>428</sup> D. Tilles, ‘Polish constitution has supremacy over EU law, finds top court in landmark ruling’, *Notes from Poland* 7 oktober 2021, [notesfrompoland.com](https://notesfrompoland.com); D. Tilles, ‘PM requests ruling on supremacy of Polish constitution over EU law’, *Notes from Poland* 31 maart 2021, [notesfrompoland.com](https://notesfrompoland.com).

<sup>429</sup> Bård en Bodnar, *CEPS* 2021/15, p. 2-3. Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 7 oktober 2021 no. K 3/21.

## *Procedures bij het EHRM over de nieuwe Nationale Raad voor Justitie*

Naast het Hof van Justitie heeft ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zich moeten uitlaten over de nieuwe Poolse Raad voor Justitie. De zaak *Advance Pharma tegen Polen* vormt het meest recente arrest in een reeks uitspraken van het Europese hof waarin het ingaat op de status van de KRS.<sup>430</sup> De klager in *Advance Pharma tegen Polen* stelde dat zijn zaak niet was behandeld door een gerecht ingesteld bij wet, zoals artikel 6 lid 1 EVRM vereist, omdat de civiele kamer bij het Hooggerechtshof was samengesteld door de Poolse president op voordracht van de KRS, wiens leden-rechters voortaan werden benoemd door de *Sejm*. Deze gang van zaken levert volgens *Advance Pharma* een flagrante schending op van het Poolse nationale recht, het rechtsstaatbeginsel, de scheiding der machten, de onafhankelijke rechtspraak, en daarmee artikel 6 lid 1 EVRM.<sup>431</sup> Het Hof constateert in navolging van zijn eerdere arresten *Reczkowicz*<sup>432</sup> en *Dolińska-Ficek and Ozimek*<sup>433</sup> dat de betrokkenheid van de Raad voor Justitie bij de benoemingen van rechters resulteert in ongepaste beïnvloeding door de wetgevende en uitvoerende macht.<sup>434</sup> De geconstateerde inbreuken in de benoemingsprocedure van deze rechters zijn dermate ernstig volgens het Hof dat zij de kern van het recht op een bij wet ingesteld gerecht aantasten. Het hof oordeelt dat artikel 6 lid 1 EVRM geschonden is.<sup>435</sup>

Belangrijker nog dan het oordeel van het EHRM over de civiele kamer is wat zij opmerkt over de KRS. Het EHRM bevestigt opnieuw dat de KRS in haar nieuwe samenstelling niet als onafhankelijk kan worden beschouwd.<sup>436</sup> Bovendien benadrukt het Hof in *Advance Pharma* dat de vastgestelde schending van het recht op een onafhankelijk bij wet ingesteld gerecht, het inherente gevolg is van de wetwijziging waarmee de rechterlijke macht de bevoegdheid verloor om leden te benoemen tot de KRS. Daarom concludeert het EHRM tevens dat: ‘the continued operation of the NCJ as constituted by the 2017 Amending Act and its involvement in the judicial appointments procedure perpetuates the systemic dysfunction as established above by the Court and may in the future result in potentially multiple violations of the right to an “independent and impartial tribunal established by law”, thus leading to further aggravation of the rule of law crisis in Poland’.<sup>437</sup> Met andere woorden, enkel door de samenstelling van de Nationale Raad voor Justitie aan te passen en rechters daarmee weer zelf hun leden voor die raad te laten kiezen, is het Poolse rechtstelsel terug in overeenstemming te brengen

---

<sup>430</sup> In chronologische volgorde: EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRM 2022/53 (Reczkowicz t. Polen)* r.o. 240-277, conclusie in 265; EHRM 8 november 2021, nr. 49868/19 en 57511/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*), r.o. 340-353; EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, (*Advance Pharma t. Polen*) r.o. 316-321. In dit kader is ook de zaak *Grzęda tegen Polen* relevant. Hierin oordeelt het hof over het ontslag van een rechter die deel uitmaakte van de Poolse Raad voor Justitie vlak voordat deze raad qua samenstelling geheel opnieuw werd samengesteld naar aanleiding van de hervormingen. Omdat hij niet in rechte kon opkomen tegen zijn ontslag constateerde het Hof een schending van artikel 6 lid 1 EVRM. De onafhankelijkheid van de Raad voor Justitie als orgaan an sich staat hierin echter niet centraal; EHRM 15 maart 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD004357218, (*Grzęda t. Polen*) r.o. 347-350.

<sup>431</sup> M. Leloup Annotatie bij EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRM 2022/53 (Advance Pharma t. Polen)* par. 8.

<sup>432</sup> Arrest van 22 juli 2021 over de disciplinaire- of tuchtkamer bij het Hooggerechtshof.

<sup>433</sup> Arrest van 8 november 2021 over de Bijzondere kamer van beroep bij het Hooggerechtshof.

<sup>434</sup> EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRM 2022/53 (Advance Pharma t. Polen)* r.o. 345.

<sup>435</sup> EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, (*Advance Pharma t. Polen*) r.o. 346.

<sup>436</sup> Annotatie bij EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRM 2022/53 (Advance Pharma t. Polen)* par. 9. In haar uitspraak hecht het Hof duidelijk veel waarde aan de resolutie van het Hooggerechtshof van 23 januari 2020 waarin dat hof verklaard dat de KRS niet onafhankelijk is, zie hiervoor r.o. 317-321.

Op zichzelf had het Hof dit eerder al overwogen in de *Reczkowicz*-uitspraak en herhaald in *Dolińska-Ficek en Ozimek*; zie bijvoorbeeld: EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRM 2022/53 (Reczkowicz t. Polen)* r.o. 265, 284.

<sup>437</sup> EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRM 2022/53 (Advance Pharma t. Polen)* r.o. 364-365. Zie tevens de gelijksoortige overweging in *Dolińska-Ficek en Ozimek*: EHRM 8 november 2021, nr. 49868/19 en 57511/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, r.o. 368.

met de verdragsstandaarden van het EVRM.<sup>438</sup> Tot op heden heeft Polen nog geen enkel poging hiertoe ondernomen.

### 3.1.3 Hervormingen ten aanzien van het Hooggerechtshof en lagere rechterlijke instanties

Ten aanzien van de gewone Poolse rechterlijke macht hebben zich ingrijpende hervormingen voorgedaan sinds 2017. Onder meer de Europese Commissie heeft uitgebreid kritiek geleverd op gewijzigde wettelijke regelingen omtrent het Poolse Hooggerechtshof (de *Sąd Najwyższy* dat dienst doet als cassatierechter en als zodanig moet worden onderscheiden van het Constitutioneel Hof) en gewone rechterlijke instanties.<sup>439</sup>

#### *Ontslag en pensionering van rechters bij het Hooggerechtshof & gewone rechterlijke instanties:*

Bij de ontwerpwet inzake het Hooggerechtshof uit 2017 werd de algemene pensioenleeftijd van rechters van het Hooggerechtshof verlaagd van 70 naar 65 jaar. Dit zou tot gevolg hebben dat het mandaat van 31 van de 83 rechters zou worden beëindigd.<sup>440</sup> De Commissie vond dit een zorgwekkende vooruitzicht in verband met de scheiding der machten, omdat de gedwongen pensionering de mogelijkheid creëerde voor een verregaande en onmiddellijke herziening van de samenstelling van het Hooggerechtshof. De Commissie achtte deze herziening met name zorgelijk in het licht van de gelijktijdige hervorming van de Nationale Raad voor Justitie, die ik hierboven besproken heb, die leidden tot een vergaande politisering van dat orgaan.<sup>441</sup> De nieuwe Wet inzake de organisatie van gewone rechterlijke instanties bevatte tevens een verlaging van de pensioensleeftijd die een vervroegde beëindiging van het mandaat van rechters tot gevolg had. Volgens de nieuwe wet werd de pensioenleeftijd van gewone rechters verlaagd van 67 tot 60 jaar voor vrouwelijke rechters en van 67 tot 65 jaar voor mannelijke rechters.<sup>442</sup>

Beide wetten bepaalden dat het mandaat van rechters die verplicht met pensioen moesten vanwege de verlaging van de pensioensleeftijd, desalniettemin kon worden verlengd. Rechters van het Hooggerechtshof konden zich hiervoor met een verzoek tot mandaatverlenging richten tot de Poolse president. Voor rechters bij gewone rechterlijke instanties was het de minister van justitie die kon beslissen tot verlenging van het mandaat. Voor beide verlengingsbevoegdheden voorzag de wet niet in criteria op basis waarvan een verlengingsbesluit werd genomen, noch in een termijn voor het nemen van een dergelijk besluit of de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing hiervan. De Commissie concludeert in haar met redenen omklede voorstel uit 2017 dan ook dat een rechter die om verlenging verzoekt, is "overgeleverd" aan het oordeel van de president van de Republiek of de minister van justitie. Het vooruitzicht de president of minister om verlenging te moeten vragen kan de betrokken rechters al onder druk zetten.<sup>443</sup> Daarbij is een rechter in afwachting van het besluit tot verlenging in functie waardoor de minister en de president gedurende de resterende tijd van het mandaat invloed behouden op de betrokken rechters.<sup>444</sup> Voor wat betreft de rechters bij het Hooggerechtshof geldt

<sup>438</sup> EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRC 2022/53 (Advance Pharma t. Polen)* r.o. 365.

<sup>439</sup> Deze was toen nog niet in werking getreden, COM(2017) 835 def., p. 11-12. COM(2017) 835 def., p. 23-30.

<sup>440</sup> COM (2017) 835 def., p. 23. Dit is een verbetering ten opzichte van het originele voorstel waarin werd besloten tot het collectieve ontslag van alle rechters in het Hooggerechtshof; Venice Commission, *Opinie 904/2017*, par. 34. Zie tevens Aanbeveling (EU) 2017/1520 (*PbEU 2017, L 228/21*), par. 25.

<sup>441</sup> COM (2017) 835 def., p. 23. (zie par. 3.2.2.)

<sup>442</sup> COM(2017) 835., p. 33.

<sup>443</sup> COM (2017) 835 def., p. 26.

<sup>444</sup> COM(2017) 835., p. 34.

bovendien dat de president van de Republiek in staat zou zijn om tweemaal (telkens voor 3 jaar) over de verlenging te besluiten.<sup>445</sup>

De nieuwe regeling omtrent pensionering en mandaatverlenging introduceert volgens de Commissie een extra instrument waarmee de minister van Justitie of de Poolse president invloed kunnen uitoefenen op individuele rechters.<sup>446</sup> Met name de bevoegdheid tot mandaatverlenging vormt naar het oordeel van de Commissie een buitensporige discretionaire bevoegdheid, die het beginsel dat rechters niet uit hun functie kunnen worden ontheven, ondermijnt<sup>447</sup> terwijl dit een wezenlijk onderdeel is van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.<sup>448</sup> Polen ondermijnt hiermee dat rechters persoonlijk en functioneel onafhankelijk zijn in de uitoefening van hun taken en tegen ontslag moeten worden beschermd door doeltreffende waarborgen tegen ontzetting of druk vanuit de uitvoerende macht.<sup>449</sup> De Commissie concludeert dat de betrokken bepalingen derhalve in strijd zijn met de Europese normen die inhouden dat rechters tot aan de verplichte pensioenleeftijd, indien deze bestaat, een gegarandeerde ambtstermijn moeten hebben.<sup>450</sup>

Deze regelingen vormden de aanleiding voor twee inbreukzaken bij het Hof van Justitie in 2019. Hierin oordeelt het Hof dat de wetgeving in strijd is met het EU-recht wat de vereisten van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht betreft.<sup>451</sup> Op 24 juni 2019 sprak het Hof zich uit over de pensioenregeling van de rechters van het Hooggerechtshof. Het Hof van Justitie toetste uitvoering de wetswijziging aan het rechtsstaatbeginsel en de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 19 lid 1, tweede alinea VEU, waaraan alle EU-lidstaten zich hebben gecommitteerd. Die verplichting houdt volgens het Hof in dat elke lidstaat verzekert dat instanties die als „rechterlijke instantie” in de zin van het Unierecht deel uitmaken van zijn stelsel van beroepsmogelijkheden, voldoen aan de vereisten van daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden. In dat kader moet hun onafhankelijkheid worden gewaarborgd zoals bevestigd door artikel 47, tweede lid, van het Handvest.<sup>452</sup> Zowel de pensioenregeling als de mogelijkheid tot mandaatverlening achtte het Hof in strijd met het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid en het daarmee samenhangende beginsel van onafzetbaarheid.<sup>453</sup> Met de maatregelen in deze nieuwe wet komt Polen volgens het Hof de

---

<sup>445</sup> COM(2017) 835., p. 26, 33; Bovend'Eert omschrijft de regeling betreffende de vroegtijdige pensionering met de mogelijkheid van herbenoeming voor beperkte tijd: 'een onvervalst staaltje van een politiek Court Packing plan'; Annotatie P.P.T. Bovend'Eert bij HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, AB 2019/75, p. 513 (LM).

<sup>446</sup> COM(2017) 835., p. 33.

<sup>447</sup> COM (2017) 835 def., p. 24. Hierbij wijst de Commissie op het beginsel dat rechters niet uit hun functie kunnen worden ontheven, dat een wezenlijk element is van de onafhankelijkheid van rechters, zoals neergelegd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, en in Europese normen: Zie resp. EHRM 28 juni 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:0628JUD000781977, (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 80; EHRM 30 november 2011, ECLI:CE:ECHR:2010:1130JUD002361408 (*Henryk Urban en Ryszard t. Polen*) r.o. 45; EHRM 3 maart 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0303JUD005472300, (*Brudnicka e.a. t. Polen*) r.o. 41; & Aanbeveling Raad van Europa over rechters: onafhankelijkheid, efficiëntie en verantwoordelijkheden, CM/Rec(2010)12, punten 49 en 50. Wederom weet de Commissie zich gesteund door de Commissie van Venetië; Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 48 & 130.

<sup>448</sup> COM (2017) 835 def., p. 26. De bevoegdheid is volgens de Commissie ook in strijd met: Aanbeveling Raad van Europa over rechters: onafhankelijkheid, efficiëntie en verantwoordelijkheden, CM/Rec(2010)12, punten 46 en 47. Ook de Commissie van Venetië stelt in haar advies over de ontwerpwet dat bijvoorbeeld de bevoegdheid van de president van de Republiek hem buitensporige invloed geeft op de rechters van het Hooggerechtshof die de pensioenleeftijd naderen; Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 51 en 130.

<sup>449</sup> COM(2017) 835., p. 34; verwijzend naar: HvJ EU 31 mei 2005, C-53/03, (*Syfait*) punt 31; HvJ EU 4 februari 1999, C-103/97, (*Köllensperger en Atzwanger*) punt 20.

<sup>450</sup> Zij ziet zich daarin wederom gesteund door de opinie van de Commissie van Venetië; Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 100-109.

<sup>451</sup> Het gaat om de zaken: HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, *EHRM* 2019/200 (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van het Poolse Hooggerechtshof)*); HvJ EU 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke instanties)*).

<sup>452</sup>; HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, *EHRM* 2019/200, (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van het Poolse Hooggerechtshof)*) m.nt. Kaya, ro 54-57.

<sup>453</sup> HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, *EHRM* 2019/200, (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van het Poolse Hooggerechtshof)*) m.nt. Kaya, r.o. 96-97; B. Kaya annotatie bij HvJEU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van het Poolse Hooggerechtshof)*), *EHRM* 2019/200, par. 3-4.

verplichting die krachtens artikel 19 lid 1, tweede alinea VEU, op haar rust, niet na.<sup>454</sup> Nog voordat het Hof uitspraak deed hadden de Poolse autoriteiten echter al een wetswijziging aangenomen om de betreffende bepalingen over de vervroegde pensionering en daarop volgende mogelijkheid tot mandaatverlenging te schrappen.<sup>455</sup>

In de uitspraak van 5 november 2019 over de gewijzigde Wet inzake de gewone rechterlijke instanties oordeelt het Hof van Justitie dat ook de nieuwe pensioenregeling voor gewone rechters in strijd is met het EU-recht, met name op grond van het feit dat deze onvoldoende waarborgen voor de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht bevat.<sup>456</sup> Het Hof oordeelt dat Polen met de bevoegdheid van de minister van justitie om het mandaat van gewone rechters te verlengen het beginsel van rechterlijke onafzetbaarheid schendt. De overwegingen die het Hof daaraan ten grondslag legt, vertonen grote gelijkenis met de overwegingen waarmee het motiveerde dat de presidentiële bevoegdheid om rechters in het Hooggerechtshof toe te staan door te werken, in strijd is met artikel 19 VEU.<sup>457</sup> Met het arrest van 5 november 2019 maakte de Commissie voor de tweede keer jegens Polen succesvol gebruik van de verruimde grondslag uit artikel 19 VEU en het daarin vervatte Unierechtelijke beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid.<sup>458</sup>

Ook hier geldt echter dat de Poolse autoriteiten al voor de uitspraak de nationale wetgeving reeds hadden bijgesteld. Daarbij werd het verschil in verplichte pensioenleeftijd tussen mannelijke en vrouwelijke rechters opgeheven en werd de regeling voor de verlenging van de actieve dienst van gewone rechters aangepast.<sup>459</sup> De Poolse autoriteiten hebben echter slechts gedeeltelijk gehoor gegeven aan de uitspraak van het Hof van Justitie, omdat er geen regeling is getroffen voor de rechters die gedwongen met vervroegd pensioen moesten en aan wie geen verlenging van hun mandaat werd geboden.<sup>460</sup>

### *Nieuwe competenties bij het Hooggerechtshof – tuchtprocedures en het buitengewoon beroep*

Andere hervormingen ten aanzien van de Poolse rechterlijk macht, hadden betrekking op twee soorten procedures die voortaan bij het Hooggerechtshof zouden worden gevoerd: tuchtzaken en procedures van buitengewoon beroep.

Om te beginnen zijn er veranderingen doorgevoerd ten aanzien de tuchtprocedures voor rechters. Het initiëren van tuchtprocedures ligt op basis van het Poolse recht in handen van een met de tuchtprocedure belaste functionaris. Zij worden voor tuchtprocedures tegen gewone rechters, benoemd

---

<sup>454</sup> HvJEU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van het Poolse Hooggerechtshof)*), *EHRC* 2019/200, ro 124.

<sup>455</sup> SWD(2020) 320 def., p. 3.

<sup>456</sup> SWD(2020) 320 def., p. 3. HvJ EU 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke instanties)*).

<sup>457</sup> Dat is dan ook logisch omdat beide regelingen sterk op elkaar lijken; J.J.J. Sillen annotatie bij HvJ EU 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, *EHRC* 2020/43, par. 5. De uitspraak onderscheidt zich overigens van die over het Hooggerechtshof omdat het Hof met betrekking tot de gewone rechterlijke macht overweegt dat de gedifferentieerde verlaging van de pensioenleeftijd (voor mannen 65 en voor vrouwen 60) verboden is vanwege strijd met het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers, zoals beschermd in art. 157 VwEU en de daarop gebaseerde richtlijn 2006/54; HvJEU 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, r.o. 77-78.

<sup>458</sup> J.J.J. Sillen annotatie bij HvJ EU 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, *EHRC* 2020/43, par. 1. Die verruimde grondslag had het Hof eerder gecreëerd in de zaak *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* waarin het bepaalde dat artikel 19 VEU de lidstaten ertoe verplicht de onafhankelijkheid van alle rechterlijke instanties te garanderen die geroepen kunnen zijn het Unierecht toe te passen. Het toepassingsbereik van die plicht is daarmee veel ruimer dan dat van art. 47 Handvest, dat ook de rechterlijke onafhankelijkheid beschermt, welk artikel slechts verplicht tot (toegang tot) onafhankelijke rechtspraak in geschillen waarin daadwerkelijk het Unierecht tot uitvoering wordt gebracht (Art. 47 jo. art. 51 lid 1 HvEU). Zie hiervoor HvJ EU 27 februari 2018, zaak C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, *EHRC* 2018/72, (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*) m.nt. Krommendijk

<sup>459</sup> SWD(2020) 320 def., p. 3.

<sup>460</sup> Pech, Wachowicz & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 13.



door de minister van justitie. De minister van justitie heeft ook de bevoegdheid tot vaststelling van het totaal aantal met tuchtprocedures belaste functionarissen voor gewone rechters, zonder de rechterlijke macht te hoeven raadplegen.<sup>461</sup> Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de met de tuchtprocedure belaste functionarissen en een buitengewone met de tuchtprocedure belaste functionaris. Tot deze laatste categorie kunnen ook aanklagers in plaats van rechters worden benoemd door de minister van Justitie. Bovendien lijken buitengewone functionarissen te worden aangewezen met het oog op een specifieke tuchtzaak. Door de minister van Justitie benoemde met de tuchtprocedure belaste functionarissen kunnen gesloten onderzoeken op verzoek van de ministerie van Justitie heropenen.<sup>462</sup>

Voor tuchtprocedures tegen rechters bij het Hooggerechtshof bestaan er ook twee soorten functionarissen: de met de tuchtprocedure belaste functionaris van het Hooggerechtshof, benoemd door het college van het Hooggerechtshof voor een ambtstermijn van vier jaar; en de buitengewone met de tuchtprocedure belaste functionaris, die per geval door de Poolse president wordt benoemd uit de rechters van het Hooggerechtshof, de gewone rechters, de rechters van militaire rechtbanken en de openbare aanklagers.<sup>463</sup> Wanneer de president een buitengewoon functionaris benoemt gebeurt dit zonder dat de rechterlijke macht daarbij is betrokken. Deze benoeming staat daarbij gelijk aan een verzoek een preliminair onderzoek te starten. De President kan ook tot een benoeming overgaan in het kader van een reeds lopende tuchtprocedure. In dat geval wordt de met tuchtprocedure belaste functionaris van het Hooggerechtshof uitgesloten en vervangen door de functionaris die de president aanwijst.<sup>464</sup> Het feit dat leden van de uitvoerende macht dergelijke bevoegdheden krijgen om tuchtprocedures tegen rechters te overzien geeft volgens de Commissie aanleiding tot bezorgdheid met betrekking tot het beginsel van de scheiding der machten en kan bovendien de rechterlijke onafhankelijkheid nadelig beïnvloeden.<sup>465</sup> Wat tevens problematisch is, is dat met de nieuwe Wet inzake het Hooggerechtshof een reeks procedurele waarborgen in tuchtprocedures tegen gewone rechters en rechters is geschrapt. Zo kan bewijsmateriaal dat in strijd met het recht is verkregen tegen een rechter worden gebruikt, kan onder bepaalde voorwaarden het door de betrokken rechter overgelegd bewijsmateriaal buiten beschouwing worden gelaten en wordt de verjaringstermijn voor tuchtzaken geschorst voor de duur van de tuchtprocedure, hetgeen betekent dat een rechter voor onbepaalde duur aan een procedure kan worden onderworpen.<sup>466</sup> Ook kan een tuchtprocedure worden voortgezet bij afwezigheid van de betrokken rechter.<sup>467</sup>

Naast een ingrijpende herziening van de tuchtregeling riep de gewijzigde wet op het Hooggerechtshof ook een nieuwe vorm van rechterlijke toetsing in het leven voor definitieve en bindende rechterlijke beslissingen: het buitengewoon beroep. Elke definitieve beslissing van een Poolse rechtbank, met inbegrip van de arresten van het Hooggerechtshof, kan binnen een periode van drie jaar na de inwerkingtreding van de wet – 20 juni 2017 - worden teruggedraaid, behoudens enkele uitzonderingen. Dit beroep kan worden ingesteld door de openbare aanklager en de ombudsman.<sup>468</sup> Op deze wijzigingen bestond in 2017 reeds veel kritiek. De mogelijkheid om definitieve beslissingen terug te draaien bracht volgens de Europese Commissie de rechtszekerheid, een wezenlijk onderdeel van de rechtsstaat, in het geding.<sup>469</sup> De Commissie van Venetië benadrukte dat de buitengewone

---

<sup>461</sup> COM (2017) 835 def., p. 29.

<sup>462</sup> COM (2017) 835 def., p. 29.

<sup>463</sup> COM (2017) 835 def., p. 28-29.

<sup>464</sup> COM (2017) 835 def., p. 29.

<sup>465</sup> Deze bezorgdheid is ook naar voren gebracht in een advies van het Hooggerechtshof zelf; COM (2017) 835 def., p. 29.

<sup>466</sup> COM (2017) 835 def., p. 29.

<sup>467</sup> Ook in het geval van gerechtvaardigde afwezigheid; COM (2017) 835 def., p. 30. Reeds in 2017 wierp de Commissie de vraag op of de nieuwe tuchtregeling door de aantasting van deze procedurele rechten nog verenigbaar was met de vereisten voor een deugdelijke procesvoering van artikel 6, lid 1 EVRM, welke van toepassing zijn op tuchtprocedures tegen rechters; COM (2017) 835 def., p. 30.

<sup>468</sup> COM (2017) 835 def., p. 27.

<sup>469</sup> De Europese Commissie benadrukte hierbij het belang van het beginsel van kracht van gewijsde voor zowel de rechtsorde van Polen als die van de EU; COM (2017) 835 def., p. 28; Zij verwijst daarbij naar de uitspraak: HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, (*Köbler*) r.o. 38. Het nieuwe buitengewoon beroep geeft ook aanleiding tot grondwettelijke

beroepsprocedure een gevaar vormt voor de stabiliteit van de Poolse rechtsorde omdat het mogelijk wordt om elke zaak waarover in het land in de afgelopen 20 jaar een uitspraak is gedaan, in feite op elke grond te heropenen. Dit kan leiden tot een systeem waarin geen enkele uitspraak ooit nog definitief zal zijn.<sup>470</sup> Er bestaan ernstige twijfels of de Poolse wetgevende macht met het buitengewoon beroep niet een ‘verkapt beroep’ heeft proberen te creëren.<sup>471</sup>

### *Interne herstructurering bij het Poolse Hooggerechtshof - twee nieuwe kamers*

Ondanks deze kritiek zijn de nieuwe procedures ingevoerd en dat ging gepaard met een wijziging van de interne structuur van het Hooggerechtshof. Er werden twee nieuwe kamers aan het Hooggerechtshof toegevoegd: de tuchtkamer en de kamer van buitengewoon beroep en publieke aangelegenheden (kortweg de kamer van buitengewoon beroep).<sup>472</sup> De creatie van deze twee nieuwe rechtscolleges stuitte van meet af aan op ernstige bezwaren.

Specifiek met betrekking tot de tuchtkamer hadden deze bezwaren onder meer betrekking op het feit dat nieuwe tuchtkamer uitsluitend bestaat uit nieuwe rechters. De tuchtkamer is belast met tuchtzaken in tweede (en laatste) aanleg voor rechters van de gewone rechterlijke instanties, en de toetsing van tuchtzaken in eerste en tweede aanleg tegen rechters van het Hooggerechtshof. Voor wat betreft deze laatste categorie worden tuchtzaken in eerste aanleg beslist door twee rechters en een lekenrechter, en in twee aanleg gaat het om drie rechters en twee lekenrechters. De lekenrechters worden benoemd door de Poolse Senaat voor een termijn van 4 jaar.<sup>473</sup> De Commissie is kritisch geweest op het introduceren van lekenrechters voor de behandeling van tuchtzaken<sup>474</sup> wat door de Poolse regering wordt gezien als democratisering van het rechtssysteem.<sup>475</sup> De invoering van lekenrechters brengt volgens de Commissie en de Commissie van Venetië de efficiëntie en kwaliteit van de rechtsbedeling in gevaar.<sup>476</sup>

Ook de oprichting van de kamer van buitengewoon beroep kent de nodige bezwaren. De bevoegdheid van deze nieuwe kamer om te beslissen over electorale geschillen is zorgwekkend vanwege de politieke invloed op de samenstelling van de nieuwe kamer. De wet levert voorts een ernstig risico op voor de werking van de Poolse democratie.<sup>477</sup>

De kamer van buitengewoon beroep, evenals de tuchtkamer, bestaat immers uitsluitend uit rechters die door de nieuw samengestelde KRS zijn geselecteerd.<sup>478</sup> De politieke invloed die daarmee is ontstaan op de samenstelling van beide kamers is in het bijzonder problematisch omdat zij in de praktijk boven alle andere kamers staan.<sup>479</sup> Er is binnen het Hooggerechtshof een ‘court within a court’ gecreëerd.<sup>480</sup> Daardoor kunnen de twee nieuwe kamers, die zijn samengesteld uit nieuwe rechters met een beslissende invloed van de regeringspartij, in potentie het gehele justitiële domineren.<sup>481</sup>

---

bezwaren. Volgens het Hooggerechtshof en de Ombudsman raakt de wet aan: het beginsel van de stabiliteit van de jurisprudentie en de kracht van gewijsde van rechterlijke beslissingen, het beginsel van de bescherming van het vertrouwen in de staat en het recht, en het recht op behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn; COM (2017) 835 def., p. 28.

<sup>470</sup> Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 58, 63 en 130.

<sup>471</sup> Dat zou in strijd zijn met de rechtspraak van het EHRM waarin het hof stelt dat de loutere mogelijkheid dat er twee standpunten over een onderwerp zijn, geen reden voor heropening van een zaak kan zijn; EHRM 11 juli 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0711JUD001986712, (*Moreira Ferreira t. Portugal II*) r.o. 62.

<sup>472</sup> COM(2017) 835 def., p. 30.

<sup>473</sup> Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 64.

<sup>474</sup> COM (2017) 835 def., p. 30.

<sup>475</sup> Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 64.

<sup>476</sup> COM (2017) 835 def., p. 30-31.

<sup>477</sup> Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 43. Vanwege de betrokkenheid van de Poolse president en de nieuwe Nationale Raad voor Justitie; COM (2017) 835 def., p. 30.

<sup>478</sup> Zie Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 35-43, 92. Venice Commission, Opinie 977/2020, par. 8.

<sup>479</sup> Zie Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 35-43, 92.

<sup>480</sup> Venice Commission, Opinie 977/2020, par. 8.

<sup>481</sup> Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 92.

Inmiddels zijn beide kamers geruime tijd in functie en wordt de in 2018 ingrijpend gewijzigde tuchtregeling, waar de nieuwe tuchtkamer onderdeel van uitmaakt, actief gebruikt.<sup>482</sup> Tegelijkertijd wordt door verschillende actoren de legitimiteit en legaliteit van beide kamers aangevochten, en hun uitspraken bestreden. Hieronder belicht ik de meest relevante procedures die in dat kader zijn gevoerd bij het Hof van Justitie en het Europese Hof. Deze uitspraken geven met name inzicht in de mate waarin de Poolse rechterlijke organisatie nog voldoet aan eisen van institutionele onafhankelijkheid.

### *De tuchtkamer bij het Hooggerechtshof en de rechtspraak van het Hof van Justitie*

In 2019 leiden prejudiciële vragen van de kamer voor arbeidszaken van het Poolse Hooggerechtshof tot het arrest *A.K.* waarin het Hof van Justitie criteria geeft omtrent de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechterlijke instanties op grond van het Unierecht.<sup>483</sup> Het noemt daarbij als relevante factoren onder meer: de objectieve voorwaarden waaronder de betrokken instantie is ingesteld, de kenmerkende eigenschappen ervan en de manier waarop de leden ervan zijn benoemd.<sup>484</sup> Het Hof spreekt zich vanwege de aard van de prejudiciële procedure niet direct uit over de onafhankelijkheid van de tuchtkamer bij het Hooggerechtshof, maar laat deze beoordeling over aan de verwijzende rechterlijke instantie.<sup>485</sup> Kort na het antwoord op deze prejudiciële vragen heeft de arbeidskamer bij het Poolse Hooggerechtshof beslist dat de tuchtkamer niet onafhankelijk is.<sup>486</sup> Later bepaalde drie gevoegde kamers van het Hooggerechtshof dat deze dan ook geen zaken meer mocht beoordelen.<sup>487</sup> Daar hield de tuchtkamer zich niet aan, hetgeen de Commissie er op 14 januari 2020 toe bracht om een kort geding te starten bij het Hof van Justitie om de tuchtkamer te gebieden haar activiteiten stil te leggen.<sup>488</sup> De Commissie deed dit verzoek tot voorlopige maatregelen in het kader van een al aanhangige inbreukprocedure tegen Polen over de disciplinaire bevoegdheden van de tuchtkamer. De Commissie stelde niet alleen dat de tuchtkamer niet onafhankelijk is, maar betoogde tevens dat de nieuwe tuchtregeling de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van rechters mogelijk maakte wegens de inhoud van hun rechterlijke beslissingen waardoor deze zo kan worden aangewend om politieke controle op hun rechterlijke werkzaamheden uit te oefenen.<sup>489</sup>

Op 8 april 2020 verplichtte het Hof van Justitie Polen tot de onmiddellijk opschorting van de nationale bepalingen op basis waarvan de tuchtkamer activiteiten kan ontplooien en zowel in eerste aanleg als in hoger beroep uitspraak kan in tuchtzaken betreffende rechters.<sup>490</sup> De Poolse autoriteiten omzeilde het verbod verdere tuchtzaken te voeren door te stellen de tuchtkamer wel gerechtigd bleef tot het (naar willekeur) opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van rechters.<sup>491</sup> Hierdoor kon het IAD (the

<sup>482</sup> SWD(2021) 722 def., p. 3; SWD(2020) 320 def., p. 7-8. Zie eveneens Venice Commission, *Opinie 977 / 2020*, par. 8-10.

<sup>483</sup> HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (*AK/ Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Sąd Najwyższy*) *EHRC* 2020/48. Dit arrest is eerder voorbijgekomen in par. 3.3.3. omdat het Hof tevens de nieuwe gevormde Raad voor Justitie betreft in haar oordeel.

<sup>484</sup> HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (*AK/ Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Sąd Najwyższy*) *EHRC* 2020/48, r.o. 171.

<sup>485</sup> HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (*AK*) *EHRC* 2020/48, r.o. 132.

<sup>486</sup> J.J.J. Sillen annotatie bij HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (*AK*) *EHRC* 2020/48, par. 6.

<sup>487</sup> SWD(2020) 320 def., p. 5.

<sup>488</sup> De Commissie deed dit verzoek tot voorlopige maatregelen in het kader van een al aanhangige inbreukprocedure tegen Polen over kort gezegd de disciplinaire bevoegdheden van de tuchtkamer. Tien dagen nadat de Commissie dit besluit nam, nam de Sejm het voorstel van de Muilkorfwet aan; J.J.J. Sillen annotatie bij HvJ EU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (*AK*) *EHRC* 2020/48, par. 6; Zie voor het feit dat de tuchtkamer weigerde haar activiteiten te staken tevens: CDL-AD(2020)017, par. 16.

<sup>489</sup> HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 84, 115. Zie tevens SWD(2020) 320, p. 7-8. Zie tevens Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 14.

<sup>490</sup> HvJEU 8 april 2020, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277, r.o. 114.

<sup>491</sup> Tussen 14 februari 2020, de datum van inwerkingtreding van de Muilkorfwet en 15 maart 2021 heeft de tuchtkamer al meer dan veertig verzoeken ter opheffing van die onschendbaarheid onderzocht en in meer dan tien van die zaken werden de betrokken rechters geschorst en werd hun loon verlaagd; COM(2021) 722 def., p. 11.

*Internal Affairs Department*, onderdeel van OM onder gezag van de minister van Justitie)<sup>492</sup> strafzaken starten tegen rechters en werden er rechters gedagvaard voor delicten die zij zouden hebben begaan in hun taakuitoefening als rechter.<sup>493</sup>

De tuchtkamer stelde in reactie op de beschikking in het kort geding van het Hof van 8 april 2020 vragen aan het Poolse Constitutioneel Hof over de grondwettigheid van de verdragsbepalingen waarop de beschikking was gebaseerd.<sup>494</sup> Het Constitutioneel Hof oordeelde op 14 juli 2021 dat artikel 4, lid 3, tweede alinea, VEU, gelezen in samenhang met artikel 279 VWEU, ongrondwettig is voor zover het Polen verplicht tot naleving van beschikkingen in kort geding van het Hof van Justitie die gevolgen hebben voor de organisatie en de werking van Poolse rechtbanken en op de wijze van procederen bij die rechtbanken.<sup>495</sup>

Op 15 juli 2021 volgde de einduitspraak van het Hof van Justitie inzake de tuchtkamer bij het Hooggerechtshof, waarin het Hof heeft vastgesteld dat de tuchtregeling voor rechters van het Hooggerechtshof en de gewone rechtbanken in Polen niet verenigbaar is met het EU-recht.<sup>496</sup> Het Hof overwoog daartoe dat de tuchtkamer met name niet is beschermd tegen de (in)directe invloed van de Poolse wetgevende en uitvoerende macht. Het wijst hierbij op de benoemingsprocedure van rechters die in essentie wordt bepaald door de KRS, over wiens leden gerede twijfel omtrent hun onafhankelijkheid bestaat.<sup>497</sup> Volgens het Hof is het daarnaast het binnen het Poolse tuchtrechtregime mogelijk om de inhoud van rechterlijke beslissingen van de rechters van de gewone rechtbanken te kwalificeren als tuchtrechtelijk misdrijf.<sup>498</sup> Op die manier kan het disciplinaire regime volgens het Hof worden gebruikt om politieke controle uit te oefenen op de gerechtelijke beslissingen van deze rechters of kan druk op hen worden uitgeoefend om zodoende hun besluiten te beïnvloeden. Daarmee wordt de onafhankelijkheid van de betrokken rechtbanken mogelijk ondermijnd.<sup>499</sup> Ondanks deze uitspraak en de eerdere beschikking waarin Polen feitelijk wordt opgeroepen tot ontmanteling van het huidige tuchtrechtregime, is dat nog altijd niet gebeurt.<sup>500</sup>

### *De twee nieuwe kamers bij het Hooggerechtshof & artikel 6 EVRM*

Ook het Europese Hof voor de rechten van de mens deed uitspraak over de tuchtkamer van het Poolse Hooggerechtshof. Dat deed het in het arrest *Reczkowicz* van 22 juli 2021.<sup>501</sup> Het Europese Hof moest in die zaak oordelen of er een schending was van het in artikel 6 EVRM vervatte recht op een ‘tribunal established by law’. Het Hof paste daartoe wederom de driestappentoets toe die het in arrest *Ástráðsson* had uiteengezet.<sup>502</sup> Kort gezegd oordeelde het Hof dat de benoeming van de leden van de tuchtkamer op voordracht van de KRS – een orgaan dat niet langer voldoende waarborgen van onafhankelijkheid ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende macht kent – een schending van het

<sup>492</sup> Zie par. 3.1.4. over de positie van de minister van justitie.

<sup>493</sup> Mazur, *Themis* 2020b, p. 13. Zie tevens Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. p. 31.

<sup>494</sup> SWD(2020) 320, p. 7.

<sup>495</sup> Trybunał Konstytucyjny (Poolse constitutionele hof) 14 juli 2021, ref. No. P7/20; zie tevens Bárd en Bodnar, *CEPS* 2021/15, p. 2. Deze uitspraak van het Hof is eerder ter sprake gekomen in par. 3.1.1.

<sup>496</sup> SWD(2021) 722 def., p. 11.

<sup>497</sup> HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 104-108; *DD* 2021/ 57, p. 735.

<sup>498</sup> Onderdeel daarvan is het feit dat Poolse rechters mogelijk onderworpen worden aan een tuchtprocedure indien zij een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EU stellen, hetgeen afbreuk doet aan het Europese recht en het systeem van justitiële samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties. HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 227-234. Zie tevens *DD* 2021/ 57, p. 735.

<sup>499</sup> HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 157. Daarbij komt ook nog dat Polen niet garandeert dat tuchtzaken tegen rechters van de gewone rechtbanken binnen een redelijke termijn worden onderzocht en dat de lidstaat heeft nagelaten de rechten van de verdediging van rechters die worden beschuldigd in de tuchtprocedure te verzekeren; *DD* 2021/ 57, p. 735.

<sup>500</sup> Zie hiervoor de proceduregang van de inbreukprocedure die in het kader van de Muilkorfwet werd gevoerd, par. 3.3.5.

<sup>501</sup> EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, EHRC 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*)

<sup>502</sup> Zie het eerder besproken arrest *Xero Flor tegen Polen*, par. 3.1.1; M. Leloup annotatie bij EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, EHRC 2022/53 (*Reczkowicz tegen Polen*) par. 3.

Poolse recht oplevert. Deze onregelmatigheden in deze benoemingsprocedure hebben de legitimiteit van de tuchtkamer zo zeer aangetast dat niet langer kan worden gesproken van een bij wet ingesteld gerecht in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM.<sup>503</sup> Het Hof was overigens niet alleen van mening dat de tuchtkamer niet kan worden beschouwd als een gerecht dat bij wet is ingesteld. Het stelde ook dat de overwegingen die het Hof tot die conclusie brachten, tegelijkertijd antwoord boden op de vraag of de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de tuchtkamer is aangetast. Die beantwoording vergde volgens het Hof dan ook geen verder onderzoek.<sup>504</sup>

Ook over de nieuwe kamer van buitengewoon beroep werd een procedure aanhangig gemaakt bij het EHRM. Het EHRM moest zich in het arrest *Dolińska-Ficek en Ozimek* van 8 november 2021 buigen over de vraag of deze nieuwe kamer wel een onafhankelijk en onpartijdig bij wet ingesteld gerecht was, in overeenstemming met art. 6 lid 1 EVRM.<sup>505</sup> Het Hof oordeelt, net als bij de tuchtkamer, dat dit niet het geval is.<sup>506</sup> Wederom speelt de betrokkenheid van de hervormde, niet-onafhankelijke Raad voor Justitie in de benoemingsprocedure, een hoofdrol in de overwegingen van het Europese Hof. Het Europese Hof bepaalt dat haar constatering met betrekking tot de vraag of de kamer van buitengewoon beroep wel een bij wet ingesteld gerecht is, ook hier tegelijkertijd inzicht geven in het gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid van deze kamer. Deze overweging is nagenoeg identiek aan die uit het arrest *Reczkowicz*.<sup>507</sup>

De Poolse Minister van Justitie kan zich duidelijk niet vinden in de uitspraken van het EHRM over beide kamers bij het Hooggerechtshof. Volgens hem heeft het EHRM zich ten onrechte het recht toegekend: ‘to independently assess the status of judges, even though the judicial system is defined in the constitution of Poland’, ‘including the prerogative of the president to appoint judges’. Na de uitspraak *Dolińska-Ficek en Ozimek* stelt hij vragen aan het Constitutioneel Hof over de verenigbaarheid van artikel 6 EVRM met de Poolse constitutie.<sup>508</sup> In het najaar van 2021 oordeelde het hof al dat het EHRM niet de legaliteit van de benoemingsprocedure van rechters bij het Constitutioneel Hof kan toetsen aan artikel 6 EVRM.<sup>509</sup> Naar aanleiding van de vragen van de minister van justitie verklaarde het Constitutioneel Hof op 10 maart 2022 unaniem dat artikel 6 EVRM onverenigbaar is met de Poolse constitutie voor zover deze het EHRM of nationale rechterlijke instanties in staat stelt: ‘to disregard constitutional provisions, statutes and judgements of the Polish Constitutional Tribunal’.<sup>510</sup> De uitspraak van het Constitutioneel Hof is te beschouwen als een poging om toepassing van de verdragsnormen uit 6 EVRM op de Poolse rechterlijke organisatie, zoals die is ontstaan na 2017, te blokkeren door deze te bestempelen als onverenigbaar met de Poolse constitutie.

### *Tussenconclusie*

De zorgen die de Commissie in 2017 uitte over de nieuwe tuchtregeling voor leden van het Hooggerechtshof en rechters bij gewone rechterlijke instanties, zijn terecht gebleken. Vele auteurs en

---

<sup>503</sup> EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*) r.o. 280-282.

<sup>504</sup> EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*) r.o. 284.

<sup>505</sup> M. Leloup annotatie bij EHRM 8 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, *EHRC* 2022/53, par. 1.

<sup>506</sup> Zie EHRM 8 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, *EHRC* 2022/53, (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*) r.o. 272-355, conclusie in 353-355.

<sup>507</sup> EHRM 8 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, *EHRC* 2022/53, (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*) r.o. 356-357.

<sup>508</sup> D. Tilles, ‘Part of European Human Rights Convention inconsistent with Polish constitution, rules top court lish constitution has supremacy over EU law, finds top court in landmark ruling’, *Notes from Poland* 10 maart 2022, notesfrompoland.com.

<sup>509</sup> Trybunał Konstytucyjny (Poolse constitutionele hof) 24 november 2021, ref. No. K 6/21. Deze uitspraak vormde een reactie op het *Xero Flor*-arrest van het EHRM; EHRM 7 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, *EHRC* 2021/130, m.nt. J.J.J. Sillen (*Xero Flor t. Polen*).

<sup>510</sup> Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 10 maart 2022, ref. No. K 7/21

instanties spreken van repressie op de rechterlijke macht door inzet van het tuchtrecht.<sup>511</sup> Met de introductie van twee nieuwe kamers bij het Hooggerechtshof is de controle op de rechterlijke macht van binnenuit versterkt.<sup>512</sup> Met betrekking tot deze kamers is door het Europese Hof voor de rechten van de mens overwogen dat zij geenszins kunnen gelden als een onafhankelijk gerecht dat bij de wet is ingesteld, conform artikel 6 lid 1 EVRM.<sup>513</sup> Dat is het onvermijdelijke gevolg van de wijze waarop rechters tot deze kamers zijn benoemd. Het EHRM heeft immers bepaald dat zolang de nieuwe KRS daarbij betrokken is, dit de legitimiteit van de desbetreffende rechtscolleges ondergraaft.<sup>514</sup> Het Hof van Justitie heeft met betrekking tot de Poolse tuchtkamer in het kader van een inbreukprocedure geoordeeld dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van deze kamer door Polen onvoldoende zijn gewaarborgd<sup>515</sup> hetgeen een schending van het EU-recht oplevert.<sup>516</sup> Het Poolse Hooggerechtshof heeft in drie arresten verklaard dat de tuchtkamer geen onafhankelijke rechterlijke instantie is in de zin van het EU- en het nationale recht.<sup>517</sup>

De hervormingen uit 2017 met betrekking tot het Hooggerechtshof en de gewone rechterlijke instanties zijn daarmee op allerlei fronten onwettig en illegitiem bevonden, zowel door het Poolse Hooggerechtshof, het Hof van Justitie als het Europese Hof voor de rechten van de mens.<sup>518</sup> Op de uitspraken van het Hof van Justitie over de gewijzigde pensioenregelingen na, weigert Polen stelselmatig om zich aan deze uitspraken te conformeren. De Poolse autoriteiten lijken eerder geneigd hun heil te zoeken bij het eigen Constitutionele Hof, dat zonder enige moeite verdragsnormen uit het VEU of EVRM terzijde schuift met een beroep op de Poolse constitutie.<sup>519</sup>

### 3.1.4 De Minister van Justitie tevens Procureur-Generaal

Het ambt van minister van justitie in Polen is ten gevolge van de hervormingen ingrijpend veranderd. Een van die verandering ziet op een nieuwe ontslagbevoegdheid die niet voortkomt uit de wetten inzake het openbaar ministerie, maar afkomstig is vanuit de gewijzigde Wet inzake de gewone rechterlijke instanties. De Wet inzake de gewone rechterlijke instanties bepaalde dat de minister van justitie voor een periode van zes maanden na de inwerkingtreding van deze wet, een exclusieve

---

<sup>511</sup> Zie bijvoorbeeld: Gajda-Roszczyńska & Krystian Markiewicz; Mazur, *Themis* 2020b en Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13.

<sup>512</sup> Venice Commission, *Opinie* 977/2020, par. 8.

<sup>513</sup> Zie hiervoor: EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*) r.o. 281; & EHRM 8 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, *EHRC* 2022/53, (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*) r.o. 354.

<sup>514</sup> EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRC* 2022/53 (*Advance Pharma t. Polen*) r.o. 364-365. Zie tevens EHRM 8 november 2021, nr. 49868/19 en 57511/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, r.o. 368.

<sup>515</sup> De tuchtkamer is namelijk niet is beschermd tegen de (in)directe invloed van de Poolse wetgevende en uitvoerende. De benoeming van leden van die kamer loopt immers via de KRS; een orgaan over wiens leden gereede twijfel bestaat met betrekking tot hun onafhankelijkheid; HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 104-108; *DD* 2021/ 57, p. 735.

<sup>516</sup> HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 235.

<sup>517</sup> SWD(2020) 320 def., p. 5: Met name het arrest van het hooggerechtshof van 5 december 2019 in zaak III PO 7/18 en twee arresten van 15 januari 2020 in de zaken III PO 8/18 en III PO 9/18.

<sup>518</sup> Dat geldt ook voor de nieuwe pensioenregelingen die onderdeel uitmaakte van de voorgenomen hervormingen; zie hiervoor: HvJ EU 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, *EHRC* 2019/200 (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van het Poolse Hooggerechtshof)*); & HvJ EU 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 (*Commissie/Polen (onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke instanties)*). Maar zoals uiteengezet in bovenstaande paragraaf zijn die regelingen uiteindelijk aangepast; SWD(2020) 320 def., p. 3. Voor de rechters bij gewone rechterlijke instanties die reeds op basis van dit pensioenregime ontslagen waren, is nooit een goede regeling getroffen; Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 13.

<sup>519</sup> Zie bijvoorbeeld: Trybunał Konstytucyjny (Poolse constitutionele hof) 14 juli 2021, ref. No. P7/20; Hierin beslist het Hof dat bepaalde bepalingen uit het VEU ongrondwettig zijn voor zover het Polen verplichten tot naleving van beschikkingen in kort geding van het Hof van Justitie die gevolgen hebben voor de organisatie en de werking van Poolse rechtbanken, zie tevens par. 3.3.1; of meer recentelijk: Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 10 maart 2022, ref. No. K 7/21. Waarin het Hof ingaat op de verenigbaarheid van artikel 6 EVRM met de Poolse constitutie.

ontslagbevoegdheid toekwam ten aanzien van voorzitters en vicevoorzitters van gerechten.<sup>520</sup> De minister hoefde zich hierbij niet te houden aan concrete criteria, hoefde zijn besluiten ook niet te motiveren en de rechterlijke macht kon deze besluiten niet blokkeren.<sup>521</sup> Een ontslagbesluit van de minister van Justitie kon ook niet rechterlijk worden getoetst.<sup>522</sup> Ook na de overgangsperiode van 6 maanden bleef de minister bevoegd rechtbankvoorzitters te ontslaan. Vanaf dat moment moest echter de Nationale Raad voor Justitie hierbij worden geraadpleegd en kan de Raad het ontslag van een voorzitter blokkeren met een resolutie die wordt gesteund door een tweederde meerderheid.<sup>523</sup> De waarde van dit formele vereiste kan worden betwist, gelet op de gelijktijdige hervorming ten aanzien van de KRS die hierboven is besproken.

De minister van justitie heeft gretig gebruik gemaakt van deze mogelijkheid om op volkomen discretionaire wijze voorzitters en vicevoorzitters van hoven en rechtbanken uit hun functie te ontheffen en daartoe nieuwe personen aan te wijzen.<sup>524</sup> Ongeveer 160 presidenten en vicepresidenten werden voortijdig ontslagen.<sup>525</sup> De totaal willekeurige wijze waarop dit gebeurde kwam onder meer tot uiting in de onjuiste of verzonnen statistieken over de efficiëntie van de desbetreffende rechtbank die de minister aan zijn ontslagbesluiten ten grondslag legde.<sup>526</sup> Het benoemen van opvolgers voor deze (vice)voorzitters was ook in handen van de minister van justitie.<sup>527</sup> Voor een benoemingsbesluit hoeft de minister de rechterlijke macht niet te raadplegen. Pas na de benoeming van de voorzitter van de rechtbank presenteert de minister de nieuwe voorzitter aan de algemene vergadering van rechters van de betrokken rechtbank. De bevoegdheid is verder niet onderworpen aan enige eis anders dan dat de nieuwe voorzitter reeds binnen bepaalde onderdelen van de rechterlijke macht werkzaam is.<sup>528</sup> Opvolgers van de ontslagen (vice)voorzitters lijken te worden aangesteld niet op basis van hun kwaliteiten maar de mate van loyaliteit aan de Minister van justitie.<sup>529</sup>

Het ontslag van twee vicevoorzitters leidde tot de zaak *Broda en Bojara tegen Polen* bij het EHRM.<sup>530</sup> Op 29 juni 2021 deed het Europees Hof uitspraak met betrekking tot hun vroegtijdige ontslag.<sup>531</sup> Het Hof heeft het belang onderstreept van het waarborgen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke

---

<sup>520</sup> COM(2017) 835 def., p. 35. Zie tevens Venice Commission, *Opinie 904/2017*, par. 100.

<sup>521</sup> COM(2017) 835 def., p. 35; zie tevens Lawson 2018, p. 224. Volgens het Poolse Hoogerechtshof, de Nationale Raad voor Justitie en de ombudsman doen met name de bepalingen omtrent de mogelijkheid voor de minister van Justitie om rechtbankvoorzitters te ontslaan vragen rijzen over hun grondwettigheid omdat deze indruisen tegen de beginselen van onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de scheiding der machten. In de huidige omstandigheden kan de grondwettigheid van deze bepalingen echter niet meer door een onafhankelijk constitutioneel hof worden geverifieerd en gewaarborgd volgens de Commissie; COM(2017) 835 def., p. 37.

<sup>522</sup> COM(2017) 835 def., p. 35.

<sup>523</sup> COM(2017) 835 def., p. 35. De Commissie van Venetië benadrukt in een rapport uit 2020 dat na de transitieperiode de ontslagbevoegdheid aan vrijwel geen controle onderhevig is; Venice Commission, *Opinie 977 / 2020*, par. 8.

<sup>524</sup> Annotatie M. Leloup bij EHRM 29 juni 2021, nrs. 26691/18 & 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002736718, *EHRC 2021/212 (Broda en Bojara t. Polen)* par. 2.

<sup>525</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3081; Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 13. De Commissie van Venetië heeft het ook over meer dan 100 personen; CDL-AD(2020)017, p. 3. De Commissaris voor mensenrechten van de Raad van Europa vermeldde in haar rapport dat er 158 voorzitters en vicevoorzitters uit hun functie werden ontheven; Raad van Europa, *Rapport n.a.v. bezoek aan Polen*, CommDH(2019)17, par. 40.

<sup>526</sup> Mazur, *Themis* 2020b, p. 5.

<sup>527</sup> Deze benoemingsbevoegdheid verandert niet na het verstrijken van de periode van zes maanden, COM(2017) 835 def., p. 35.

<sup>528</sup> 'De voorzitter van een hof van beroep moet worden benoemd uit de rechters van de hoven beroep of de regionale rechtbanken, de voorzitter van een regionale rechtbank uit de rechters van de hoven van beroep, de regionale rechtbanken of de districtsrechtbanken, en de voorzitter van een districtsrechtbank uit de rechters van de regionale rechtbanken of de districtsrechtbanken.' COM(2017) 835 def., p. 35.

<sup>529</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3081. Dit is in het bijzonder problematisch vanwege de significante invloed die rechtbankvoorzitters hebben op de werkomstandigheden van rechters en de bevoegdheid die hen toekomt om rechters over te plaatsen naar een andere rechtbank. De mogelijkheid voor de minister van justitie om via de rechtbankvoorzitters individuele rechters aan te pakken is hierdoor verder vergroot; Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 14.

<sup>530</sup> SWD(2020) 320 def., p. 9. EHRM 29 juni 2021, nrs. 26691/18 & 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002669118 (*Broda and Bojara t. Polen*).

<sup>531</sup> EHRM 29 juni 2021, nrs. 26691/18 & 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002669118 (*Broda and Bojara t. Polen*)

macht en de eerbiediging van de procedurele billijkheid in zaken met betrekking tot de loopbaan van rechters.<sup>532</sup> Het Hof overwoog dat er de vroegtijdige ontzetting uit hun ambt als vicevoorzitter van de rechtbank niet was gemotiveerd en evenmin was onderzocht door een gewone rechtbank of een ander orgaan met rechterlijke bevoegdheden.<sup>533</sup> Het Hof stelde dat er geen gegronde redenen waren voor dit gebrek aan rechterlijke toetsing, welk gebrek de deur open zette voor arbitraire maatregelen die een gevaar konden uitmaken voor de statuut en de carrière van individuele rechters. Dit gevaar was gelet op het belang voor de rechterlijke onafhankelijkheid, onverenigbaar met het Verdrag. Het Hof oordeelde dan ook dat Polen het recht op toegang tot de rechter had geschonden.<sup>534</sup> Op de impact van dit arrest valt wel het een en ander af te dingen.<sup>535</sup> Ook na deze uitspraak kunnen Broda en Bojara niet eisen dat ze in hun oude functie worden hersteld. Zij hebben enkel schadevergoeding gekregen.<sup>536</sup> Tot op heden heeft Polen geen regeling getroffen voor de rechters die onder dit ontslagregime uit hun functie zijn ontheven.<sup>537</sup>

Zowel de Europese Commissie als de Commissie van Venetië waren zeer kritisch op deze ontslagbevoegdheid. Daarbij wordt in het bijzonder gewezen op de dubbele rol die een voorzitter van een rechtbank heeft in het Poolse rechtsbestel. Hij is verantwoordelijk voor het beheer van de rechtbank en oefent rechterlijke functies uit.<sup>538</sup> Derhalve kan de rechtbankvoorzitter worden beïnvloed in zijn inhoudelijk beslissingen als rechter of kunnen lagere rechters die het ambt van voorzitter ambiëren zich laten beïnvloeden in hun rechtspraak. De persoonlijke onafhankelijkheid van rechters bij het geven van een rechterlijke beslissing is hiermee op de helling komen te staan.<sup>539</sup> Eveneens is de discretionaire bevoegdheid van de minister problematisch omdat het de manier waarop rechtbankvoorzitters hun bevoegdheden als beheerder van de rechtbank gebruiken ten aanzien van andere rechters kan beïnvloeden.<sup>540</sup> Hierdoor vormt de ontslag- en benoemingsbevoegdheid van de minister een potentiële aantasting van de persoonlijke onafhankelijkheid van die rechters.<sup>541</sup> De vele bevoegdheden van de rechtbankvoorzitters zijn zorgwekkend gezien de hiërarchische structuur die er is ontstaan tussen hen, ondergeschikte rechters en de minister van justitie.<sup>542</sup> In een dergelijk model kan de minister verleid worden om via de voorzitters de gehele rechterlijke macht onder druk te zetten.<sup>543</sup> Via de rechtbankvoorzitters beschikt de minister van justitie in Polen over een arsenaal aan administratieve middelen om rechters onder druk te zetten.<sup>544</sup> De nieuwe wet heeft het volgens de

---

<sup>532</sup> SWD(2021) 722 def., p. 6.

<sup>533</sup> SWD(2021) 722 def., p. 6.

<sup>534</sup> M. Leloup annotatie bij EHRM 29 juni 2021, nrs. 26691/18 & 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002669118, *EHRC* 2021/212) par. 2.

<sup>535</sup> Omdat de klacht in was gegrond op het recht op toegang tot een rechter en heeft dus niet meteen een erg structurele impact op de Poolse rechtsorde; Annotatie M. Leloup bij EHRM 29 juni 2021, 26691/18 en 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002736718, *EHRC* 2021/212, (*Broda en Bojara t. Polen*) par. 2.

<sup>536</sup> Annotatie M. Leloup bij EHRM 29 juni 2021, 26691/18 en 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002736718, *EHRC* 2021/212, (*Broda en Bojara t. Polen*) par. 2.

<sup>537</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 13.

<sup>538</sup> COM(2017) 835., p. 34.

<sup>539</sup> COM(2017) 835 def., p. 36.

<sup>540</sup> 'Rechtbankvoorzitters beschikken bijvoorbeeld over de bevoegdheid om rechters die aan het hoofd van een rechtbankafdeling of -sectie staan, te vervangen, om deze afdelings- en sectiehoofden ingeval van tekortkomingen een schriftelijke kennisgeving te sturen en eventueel een verlaging van hun functie-uitkering op te leggen, en om rechters zonder hun toestemming over te plaatsen binnen de structuur van een rechtbank die zij voorzitten (die het betrokken rechtsdistrict van een bepaalde rechtbank omvat en werkplaatsen in verschillende steden kan omvatten)'; COM(2017) 835 def., p. 36.

<sup>541</sup> COM(2017) 835 def., p. 36.

<sup>542</sup> De Commissie van Venetië spreekt als het aankomt op disciplinaire bevoegdheden over een piramide model met de Minister aan top; Venice Commission, *Opinie* 904/2017, par. 114-117.

<sup>543</sup> Venice Commission, *Opinie* 904/2017, par. 125.

<sup>544</sup> Rechtbankvoorzitters in Polen kunnen bijvoorbeeld vergaand ingrijpen in de werkomstandigheden van rechters door bijvoorbeeld administratief ondersteunend personeel toe te wijzen of te ontszeggen; Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 14.



Europese Commissie en de Commissie van Venetië mogelijk gemaakt dat de uitvoerende macht diepgaand en omvattend ingrijpt in de rechtsbedeling.<sup>545</sup>

### *De nieuwe wet inzake het Openbaar Ministerie*

Door het wijzigen van enkele wetten inzake het openbaar ministerie, is het ambt van procureur generaal sinds 2016 samengevoegd met de functie van minister van justitie.<sup>546</sup> Tegelijkertijd werd de bevoegdheid van de procureur-generaal inzake het beheer van het vervolgingssysteem aanzienlijk vergroot.<sup>547</sup> Omdat de minister de directe leiding kreeg over het openbaar ministerie kon hij voortaan bovendien aanklagers benoemen en ontslaan.<sup>548</sup> Ook werd voor de minister de bevoegdheid gecreëerd om aanklagers te detacheren naar een andere functie voor maximaal zes maanden zonder hun toestemming en zonder opgave van redenen.<sup>549</sup> Een vergelijkbare detacheringsbevoegdheid kreeg de minister ten aanzien van rechters.<sup>550</sup> De minister kon rechters – n.b. met hun instemming - bij een hogere rechterlijke instantie detacheren, voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd. De detachering kan hierbij te allen tijde worden beëindigd door de minister, zonder dat die beëindiging gebonden is aan wettelijke criteria of gemotiveerd moet worden.<sup>551</sup> De nieuwe wet inzake het openbaar ministerie bevatte ook nieuwe bevoegdheden die het voor de procureur-generaal mogelijk maakt te interveniëren in individuele zaken.<sup>552</sup> Sinds 2016 kan de procureur generaal, en dus de minister van justitie: aanwijzingen geven omtrent procedurele stappen in individuele zaken, beslissingen van ondergeschikte aanklagers overreden en wijzigen, zaken doen overnemen van ondergeschikte aanklagers en voortaan de hoogste aanklager eigenstandig benoemen.<sup>553</sup> De hoogste aanklagers in Polen werden dan ook direct na de wetswijziging vervangen in het kader van een ‘reorganisatie’.<sup>554</sup>

De Commissie van Venetië was kritisch over deze hervorming.<sup>555</sup> In de door haar uitgebracht opinie concludeerde de commissie dat de onafhankelijkheid of autonomie van het openbaar ministerie weliswaar niet zo absoluut is als die van de zittende magistratuur,<sup>556</sup> maar dat het desalniettemin niet zo mag zijn dat de minister van justitie naar willekeur kan interveniëren in onderzoeken naar specifieke zaken. Bovendien moet de benoeming tot procureur generaal gedepolitiseerd zijn, zeker

---

<sup>545</sup> Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 125: De commissie doelt hierbij ook op de bevoegdheden van de minister om onder meer in het reglement voor de procesvoering gedetailleerde regels voor de toewijzing van zaken en de methode voor willekeurige toewijzing van zaken vast te stellen. De Europese Commissie oordeelt in navolging van de Commissie van Venetië dat dit soort bevoegdheden niet zouden mogen behoren tot de discretionaire bevoegdheid van de minister van Justitie; COM(2017) 835 def., p. 36-37. Venice Commission, Opinie 904/2017, par. 120.

<sup>546</sup> COM(2017) 835 def., p. 39.

<sup>547</sup> COM(2017) 835 def., p. 39. De regering stelde dat het samenvoegen van de twee functies past in een traditie in Polen. Inderdaad vielen de functies voor het jaar 2009 ook al samen (hetgeen in 2010 nadrukkelijk werd gewijzigd met het oog op een meer onafhankelijke positie voor de PG). Maar vóór 2009 had de PG absoluut niet dezelfde bevoegdheden die bij de wijziging in 2016 aan hem werden toebedeeld. De stelling dat het slechts gaat om een terugkeren naar het systeem van voor 2009 snijdt daardoor geen hout; Venice Commission, Opinie 892/2017, par. 94 (27-29).

<sup>548</sup> Lawson 2018, p. 222.

<sup>549</sup> Venice Commission, Opinie 892/2017, par. 21; SWD(2021) 722 def., p. 13; SWD(2020) 320 def., p. 9.

<sup>550</sup> P.P.T. Bovend'Eert annotatie bij HvJ EU 16 november 2019, ECLI:EU:C:2021:403; ECLI:EU:C:2021:931, AB 2022/160, p. 1376. (Hierna: Bovend'Eert, AB 2022/160).

<sup>551</sup> Bovend'Eert, AB 2022/160, p. 1376.

<sup>552</sup> COM(2017) 835 def., p. 39. Opmerkelijk voorbeeld de gebruikmaking van een aanwijzingsbevoegdheid binnen het OM is de aanwijzing van plaatsvervangend procureur generaal Bogdan Świączkowski, van 13 oktober 2020. Hij stuurde een aanwijzing naar alle aanklagers om EABs uit Nederland met ‘special care’ te behandelen. Deze actie lijkt een repercussie te zijn naar aanleiding van de prejudiciële vragen die het Amsterdamse IRK stelde aan het Hof van Justitie inzake Poolse aanhoudingsbevelen. Polen lijkt hierin het beginsel van wederkerigheid toe te passen, iets waarvoor binnen het overleveringssysteem geen ruimte is; Mazur, *Themis* 2020b, p. 11.

<sup>553</sup> Venice Commission, Opinie 892/2017, par. 21-23.

<sup>554</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3079.

<sup>555</sup> Zie hiervoor: Venice Commission, Opinie 892/2017.

<sup>556</sup> De commissie accepteert in beginsel een zekere hiërarchie binnen het vervolgingssysteem waarbij de procureur generaal onder bepaalde voorwaarde kan interveniëren in zaken om consistentie in de benadering van bepaalde zaken en het coherent toepassing van bepaalde principes en richtlijnen te garanderen; Venice Commission, Opinie 892/2017, par. 93.

wanneer de onafhankelijkheid van de vervolgingsorganisatie ten opzichte van de uitvoerende macht niet geheel is gegarandeerd.<sup>557</sup> De Commissie van Venetië achtte het samenvallen van de twee functies dan ook totaal onacceptabel: “in a State governed by the rule of law, as it could open the door to arbitrariness”.<sup>558</sup> In navolging van de Commissie van Venetië oordeelde de Europese Commissie dat de hervorming leidt tot de accumulatie van te veel bevoegdheden bij één persoon hetgeen rechtstreekse negatieve gevolgen voor de onafhankelijkheid van het vervolgingssysteem van de politiek, maar ook voor de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en dus voor de scheiding der machten en de rechtsstaat in Polen.<sup>559</sup>

### *Aanhoudende tweepettenproblematiek*

Enkele jaren na dato is het samenvallen van de functies van procureur-generaal en minister van justitie nog altijd reden voor aanhoudende zorg bij de Commissie.<sup>560</sup> De Commissie constateert bijvoorbeeld dat in 2019 de bevoegdheid van de procureurgeneraal, of van de aanklagers van een hoge rang, om instructies te geven in individuele zaken bij verschillende gelegenheden werd gebruikt, ook in politiek relevante zaken.<sup>561</sup> De bevoegdheid om aanklagers over te plaatsen is volgens de Commissie ook gebruikt. Naar verluidt gebeurde dat tegen openbare aanklagers die kritiek uitten op de werking van het Openbaar Ministerie.<sup>562</sup> Inmiddels heeft het Openbaar Ministerie zich volgens de Poolse nationale raad van de orde van advocaten ook gericht tegen advocaten van de verdediging in politiek gevoelige zaken. Dat is mede zorgwekkend omdat openbare aanklagers bevoegd zijn om de vergunning van een advocaat te schorsen zonder voorafgaande toestemming daartoe van een rechtbank.<sup>563</sup>

De bevoegdheid om rechters de detacheren is onderwerp geweest van een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie.<sup>564</sup> Het Hof heeft daarbij gesteld dat artikel 19 VEU zich verzet tegen deze detachingsbevoegdheid omdat rechters gedurende de periode waarin zij zijn gedetacheerd, niet de waarborgen en onafhankelijkheid genieten die iedere rechter normaliter toekomen in een rechtsstaat.<sup>565</sup> Regels van detachering moeten waarborgen bieden voor de rechterlijke onafhankelijkheid, met name om uit te sluiten dat detachering gebruikt kan worden als middel om politieke controle uit te oefenen op de inhoud van rechterlijke beslissingen. De Poolse detachingsregeling bevatte onvoldoende van dit soort waarborgen.<sup>566</sup> Hierdoor kan de minister rechters ‘belonen’ met een de facto promotie en ‘bestrafen’ met beëindiging van de detachering indien hij niet tevreden is over het functioneren van

---

<sup>557</sup> Venice Commission, *Opinie 892/2017*, par. 93. Vergelijk hierbij de uitspraak van Mazur dat door de nieuwe bevoegdheden voor de minister het beeld ontstaat dat het ambt van de procureur generaal potentieel geheel ter beschikking is komen te staan van de partij *PiS* en dat sinds april 2016 de regeringspartij *PiS* politieke controle over het ambt van procureur generaal heeft genomen; Mazur, *NJB 2020/2730*, p. 3079.

<sup>558</sup> Venice Commission, *Opinie 892/2017*, par. 97. Daarbij komt volgens de Commissie van Venetië dat de problemen die geassocieerd kunnen worden met het samenvoegen van de functies van minister van justitie en procureur generaal alleen maar worden versterkt door de nieuwe Wet inzake de organisatie van de gewone rechterlijke instanties. Deze wet geeft de minister de bevoegdheid presidenten van rechtbanken te ontslaan en te vervangen, een bevoegdheid waarop bovendien slechts een zwakke controle is, volgens de commissie; Venice Commission, *Opinie 892/2017*, par. 115.

<sup>559</sup> COM(2017) 835 def., p. 39: ‘Het samenvoegen van de diensten van de minister van Justitie en van de procureurgeneraal, de uitbreiding van de bevoegdheid van de procureur-generaal ten aanzien van het vervolgingssysteem, de uitbreiding van de bevoegdheid van de minister van Justitie op het gebied van de rechterlijke macht op grond van de wet inzake de organisatie van de gewone rechtbanken en de zwakke controle op die bevoegdheden – leidt ertoe dat zich te veel bevoegdheden bij één persoon bevinden.’ Zie voor een uitgebreid overzicht: Venice Commission, *Opinie 904/2017*, par. 97-99.

<sup>560</sup> SWD(2021) 722 def., p. 13.

<sup>561</sup> SWD(2020) 320 def., p. 9.

<sup>562</sup> Rechters bij wie geschillen aanhangig zijn gemaakt waarin dergelijke detacheringen worden aangevochten, zijn door het Openbaar Ministerie opgeroepen om te getuigen in strafrechtelijke onderzoeken; SWD(2021) 722 def., p. 13.

<sup>563</sup> SWD(2021) 722 def., p. 14.

<sup>564</sup> HvJ EU 16 november 2019, ECLI:EU:C:2021:403; ECLI:EU:C:2021:931, AB 2022/160.

<sup>565</sup> HvJ EU 16 november 2019, ECLI:EU:C:2021:403; ECLI:EU:C:2021:931, AB 2022/160, r.o. 90 jo. 87.

<sup>566</sup> HvJ EU 16 november 2019, ECLI:EU:C:2021:403; ECLI:EU:C:2021:931, AB 2022/160, r.o. 83. Bovend’Eert, AB 2022/160, p. 1377.

de rechter.<sup>567</sup> Het is onduidelijk of de minister nog altijd gebruik maakt van deze omstrede bevoegdheid.

Een ander voorbeeld waaruit blijkt hoe het ministerie van justitie vergaand kan ingrijpen in de rechtsbedeling in Polen wordt gevormd door de ministeriële instructies die zijn verzonden aan het adres van rechtbankvoorzitters.<sup>568</sup> Via een instructie van 13 december 2019 bijvoorbeeld werden rechters door het ministerie geïnstrueerd om niet zelf vragen van buitenlandse rechterlijke autoriteiten te beantwoorden over de wettelijke hervormingen van de Poolse rechterlijke macht. Hen werd opgedragen dit soort vragen door te verwijzen naar het ministerie van justitie. In dezelfde instructie werd rechters verboden om conform de werking van het Kaderbesluit EAB en de vereiste dialoog in het kader van het tweede stap van de *LM*-toets, met uitvoerende rechterlijke autoriteiten te communiceren via mail.<sup>569</sup> Op 20 februari 2020 stuurde het ministerie opnieuw een brief aan alle rechtbankvoorzitters. Dit keer werd van hen gevraagd om het ministerie<sup>570</sup> te informeren ingeval rechters uitspraken deden over de status van rechters die waren benoemd door de nieuwe Raad voor Justitie. Dit instructie houdt een duidelijk poging in om rechters die de criteria uit het arrest *A.K.* van het Hof van Justitie toepassen in het vizier te krijgen waarna tegen hen disciplinaire procedures kunnen worden gestart.<sup>571</sup> Volgens Pech e.a. vormen deze illegale ministeriële instructies een evident poging om een *chilling effect* te bewerkstelligen bij rechters waardoor zij geen gehoor meer durven te geven aan uitspraken van het Hof van Justitie.<sup>572</sup>

Over de risico's van de verstrekende invloed van de minister van justitie op rechtbankvoorzitters werd al in 2017 gewaarschuwd door de Commissie van Venetië. Het waarschuwde onder meer voor een hiërarchische structuur die dreigde te ontstaan tussen de minister van justitie, rechtbankvoorzitters en ondergeschikte rechters.<sup>573</sup> Dit risico lijkt zich duidelijk te hebben verwezenlijkt.<sup>574</sup>

### *De minister van justitie en het Poolse tuchtregime*

Naast zijn invloed via de rechtbankvoorzitters kan de minister van justitie zich ook doen gelden via de nieuwe Poolse tuchtregeling voor rechters, waarbinnen hij een dominante positie inneemt.<sup>575</sup> Die positie heeft hij sinds 2017 aangewend om met tuchtrecht belaste functionarissen aan te wijzen die op hun beurt tuchtrechtprocedures starten tegen rechters die zich kritisch uitlieten over de ongrondwettige hervormingen.<sup>576</sup> Opstandige rechters kunnen onderwerp worden van procedures puur en alleen

---

<sup>567</sup> Bovend'Eert, *AB* 2022/160, p. 1376.

<sup>568</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 25. Volgens hen genoeg reden voor een inbreukprocedure.

<sup>569</sup> Deze gang van zaken is niet alleen in strijd met Kaderbesluit maar ook met de vaste rechtspraak van het Poolse Hoogerechtshof hierover; Mazur, *Themis* 2020b, p. 17.

<sup>570</sup> Meer specifiek de 'Director of the Human Resources Department at the Ministry of Justice', Dariusz Pawłyszcz.

<sup>571</sup> Het arrest *A.K.* van 19 november 2019 van het Hof van Justitie komt in par. 3.3.3 uitgebreid aan bod, en tevens in 3.3.4. Mazur, *Themis* 2020b, p. 18.

<sup>572</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 25. Mazur wijst in dit kader op hetgeen het Europese Hof heeft bepaald in de uitspraak *Parlov-Tkalčić tēgn Croatia*: 'This internal judicial independence requires that they (judges – explained by the author) be free from directives or pressures from the fellow judges or those who have administrative responsibilities in the court such as the president of the court or the president of a division in the court (...). The absence of sufficient safeguards securing the independence of judges within the judiciary and, in particular, vis-à-vis their judicial superiors, may lead the Court to conclude that an applicant's doubts as to the (independence and) impartiality of a court may be said to have been objectively justified (...)'.<sup>572</sup> This rule applies all the more to the superiors of judges from the Ministry of Justice, who – in the present state of the Polish judiciary – have powerful tools for putting both administrative and disciplinary pressure on judges'; EHRM 22 December 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002481006 (*Parlov-Tkalčić t. Kroatië*) r.o. 86; Mazur, *Themis* 2020b, p. 18.

<sup>573</sup> Venice Commission, *Opinie* 904/2017, par. 114-117, 125.

<sup>574</sup> Zie ook het latere rapport van de Commissie van Venetië: Venice Commission, *Opinie* 977/2020, par. 8.

<sup>575</sup> Mazur, *Themis* 2020b, p. 18.

<sup>576</sup> Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12, p. 451, 467.

vanwege de inhoud van hun uitspraken.<sup>577</sup> De nieuwe tuchtregeling voor rechters beperkt rechters tegelijkertijd in hun verdediging en laat bijvoorbeeld onrechtmatig bewijs toe waaronder opnames van illegaal getapte telefoongesprekken.<sup>578</sup>

Niet alleen via tuchtprocedures, maar ook via strafrechtelijke procedures kunnen rechters onder vuur worden genomen. Het Openbaar Ministerie heeft daarvoor de bevoegdheid gekregen om bij de tuchtkamer bij het Hooggerechtshof verzoeken in te dienen ter opheffing van hun strafrechtelijke immuniteit.<sup>579</sup> Het IAD (Internal Affairs Department of the State Prosecution Service) is de afdeling binnen het OM die onderzoeken overziet naar 'intentional crimes committed by judges, prosecutors, trainee judges or trainee prosecutors'. Wanneer er een besluit is genomen tot opheffing van een rechterlijke strafrechtelijke immuniteit kan dit departement zijn onderzoek beginnen.<sup>580</sup> In eerdere gevallen heeft dat volgens Mazur geleid tot absurde strafrechtelijke beschuldigingen aan het adres van rechters.<sup>581</sup>

### 3.1.5 De Muilkorfwet van 2019 - sluitsteen in de Poolse rechtstatelijke crisis

De ontwikkelingen die ik tot dusver heb besproken vormen allemaal onderdeel van de grote hervormingen van de rechterlijke macht in Polen die omstreeks 2017 zijn ingezet. De zogeheten Muilkorfwet die werd aangenomen op 20 december 2019, staat hier los van en moet worden begrepen als tegenreactie op het hierboven reeds besproken arrest *A.K.*<sup>582</sup> In die uitspraak van 19 november 2019 zette het Hof van Justitie criteria uiteen - gebaseerd op de verdragsverplichtingen uit het VEU - waarmee de rechterlijke onafhankelijkheid van elke rechterlijke instantie kon worden getoetst.<sup>583</sup> De arbeidskamer bij het Poolse Hooggerechtshof concludeerde op basis van deze criteria dat de tuchtkamer evenals de nieuwe Raad voor Justitie niet onafhankelijk waren. Tevens nodigde zij andere rechters uit hetzelfde te doen en de criteria van het Hof direct toe te passen in andere gevallen.<sup>584</sup>

Het wetsvoorstel vormt een ogenschijnlijke poging de uitspraak van het Hof van Justitie teniet te doen door onder meer aan Poolse rechtbanken en het Hooggerechtshof de bevoegdheid te ontnemen om te toetsen of een uitspraak is genomen door een persoon die tot rechter is benoemd in overeenstemming met de Poolse constitutie, Europees recht en andere internationale standaarden.<sup>585</sup> De wet kent alleen de kamer van buitengewoon beroep en publieke aangelegenheden het recht toe om vragen aangaande

---

<sup>577</sup> Mazur, *NJB* 2020/ 2730, p. 3082. Zie tevens Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12, p. 451, 467.

<sup>578</sup> Mazur, *NJB* 2020/ 2730, p. 3082.

<sup>579</sup> SWD(2021) 722 def., p. 11. Deze bevoegdheid bleek bijzonder nuttig nadat het Hof van Justitie bij een beschikking in kort geding van 8 april 2020 bepaalde dat de tuchtkamer geen tuchtzaken mocht voeren tegen Poolse rechters in afwachting van de behandeling van de inbreukprocedure ten gronde. Via de mogelijkheid tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van rechters kon deze uitspraak worden omzeild; Mazur, *Themis* 2020a, p. 4. Zie tevens par. 3.1.3. hierover.

<sup>580</sup> De – veelal jonge – aanklagers bij dit departement hebben een hoger salaris dan andere aanklagers. Michal Bobek, advocaat-generaal bij het Hof van Justitie overwoog in een opinie van 23 September 2020, dat het opzetten van een speciale unit als het IAD wel eens in strijd kon zijn met het EU-recht, zeker wanneer dit niet met legitieme argumenten kon worden gerechtvaardigd en het onvoldoende onafhankelijk was van politici; Mazur, *Themis* 2020b, p. 12.

<sup>581</sup> Mazur, *Themis* 2020a, p. 4.

<sup>582</sup> De wet trad in werking op 14 februari 2020; Mazur, *Themis* 2020a, p. 1. Het betreft eigenlijk een voorstel tot wijziging van de Wet inzake de gewone rechterlijke instanties, de wet inzake het Hooggerechtshof en enkele andere wetten; zie hiervoor Venice Commission, *Opinie 977 / 2020*.

<sup>583</sup> Zie par. 3.1.2. Venice Commission, *Opinie 977 / 2020*, par. 31. Zie het arrest: HvJ EU 19 november 2019, gev. zaken C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, (*A.K.*).

<sup>584</sup> Sąd Najwyższy arrest van het hooggerechtshof 5 december 2019 in zaak III PO 7/18, r.o. 60; SWD(2020) 320 def., p. 6.

<sup>585</sup> Venice Commission, *Opinie 977 / 2020*, par. 31; Zie tevens SWD(2020) 320 def., p. 8: Aanvankelijk kwalificeerde het voorstel het buiten toepassing laten van wetgeving wegens strijd met de Grondwet of verdragen, waaronder het EU-recht zelfs een disciplinair vergrijp. Dit is in een latere versie geschrapt; J.J.J. Sillen annotatie bij HvJEU 19 november 2019, C-585/18, C-624/18 en C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, *EHRC* 2020/48 (*A.K.*) par. 6.

onafhankelijk- en onpartijdigheid van rechterlijke instanties te beoordelen.<sup>586</sup> Wanneer andere rechters toch prejudiciële vragen zouden stellen aan het Hof van Justitie of het Poolse Hooggerechtshof over de status van individuele rechters of enig gerecht dat door de KRS was samengesteld – zoals dat gebeurde naar aanleiding van het arrest A.K. – zou dit voortaan een ernstig tuchtrechtelijk vergrijp opleveren.<sup>587</sup> Het überhaupt in twijfel trekken van de status van de nieuwe KRS werd al gekwalificeerd als een tuchtrechtelijke vergrijp, dat kon leiden tot verwijdering uit het rechtersambt.<sup>588</sup>

Een ander instrument dat de muilkorfwet creëerde was de bevoegdheid voor de tuchtkamer bij het Hooggerechtshof om te beslissen over verzoeken van het Openbaar Ministerie tot opheffing van de onschendbaarheid van rechters die een ‘strafbaar feit’ zouden hebben gepleegd.<sup>589</sup> In aanvulling hierop kreeg de tuchtkamer exclusieve bevoegdheden om rechters te laten aanhouden, in voorlopige hechtenis te nemen, of te doen verschijnen.<sup>590</sup> Voorts leidde de inwerkingtreding van de Muilkorfwet tot verdere uitholling van het zelfbestuur binnen de Poolse rechtbanken,<sup>591</sup> en werden rechters verplicht om persoonlijke informatie bekend te maken, zoals hun lidmaatschap van verenigingen, functies in non-profitorganisaties of hun lidmaatschap van en positie in politieke partijen vóór 29 december 1989.<sup>592</sup> Tot slot wijzigde de wet ook de benoemingsprocedure voor de president van het Hooggerechtshof, waardoor de Poolse president voortaan een voorzitter kan benoemen die door een minderheid van de leden van het Hooggerechtshof wordt gesteund.<sup>593</sup>

In de praktijk heeft het intreden van de Muilkorfwet ertoe geleid dat iedere Poolse rechter die de maatstaven van het Hof van Justitie uit het arrest A.K. wilde toepassen op Poolse rechterlijke instanties, hun benoemingswijze of de nieuwe KRS, doelwit werd van tuchtprocedures.<sup>594</sup> Voor zover deze rechters niet via het tuchtrecht werden aangevallen gebeurde dat door het initiëren van ogenschijnlijk willekeurige strafrechtelijke procedures.<sup>595</sup> Deze wetswijziging leidde dan ook opnieuw tot zorgen bij de Europese Commissie. Volgens de Commissie vergrootte de Muilkorfwet de inzet van het tuchtrecht ter verkrijging van politieke controle over de inhoudelijk uitspraken van rechters.<sup>596</sup> Het feit dat Poolse rechters mogelijk worden onderworpen worden aan een tuchtprocedure indien zij een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EU stellen doet afbreuk wordt aan het Europese recht en het

---

<sup>586</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 17. Die exclusieve bevoegdheid voor de kamer van buitengewoon beroep en publieke aangelegenheden is problematisch volgens de Commissie van Venetië omdat de kamer van buitengewoon beroep vanwege de wijze waarop deze in het leven is geroepen en samengesteld – onder meer met betrokkenheid van de nieuwe Raad voor Justitie - nooit objectief en onafhankelijk over kan oordelen. Zie hiervoor uitgebreid: Venice Commission, *Opinie* 977/2020, par. 40.

<sup>587</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 17; Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3083. Zie tevens HvJEU 14 juli 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593, r.o. 219.

<sup>588</sup> Mazur, *NJB* 2020/3730, p. 3083.

<sup>589</sup> SWD(2021) 722 def., p. 11. Een bevoegdheid die het actief heeft gebruikt ter omzeiling van de beschikking van het Hof van Justitie van 8 april 2021 (HvJ EU 8 april 2021, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277) waarin de tuchtkamer werd verboden nog tuchtzaken te voeren. Zie tevens par. 3.3.4.

<sup>590</sup> HvJEU 14 juli 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593, r.o. 38 onder a; zie tevens Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 17.

<sup>591</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 17. Zie verder: Venice Commission, *Opinie* 977/2020, par. 46.

<sup>592</sup> SWD(2021) 722 def., p. 12. Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 17.

<sup>593</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 17. Zie tevens SWD(2021) 320 def., p. 6.

Nadat de Muilkorfwet in werking was getreden werd Małgorzata Manowska de nieuwe voorzitter van het Hooggerechtshof. Kort na haar verkiezing tot nieuwe voorzitter uitte Małgorzata Manowska haar plan om de resolutie van de drie gevoegde kamers van het Hooggerechtshof van 23 januari 2020 te herzien; Mazur, *Themis* 2020a, p. 1; zie tevens SWD(2021) 722 def., p. 10.

<sup>594</sup> Mazur, *Themis* 2020a, p. 1-2.

<sup>595</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 3.

<sup>596</sup> Tot slot oordeelde de Commissie ook dat de wet het recht op privéleven en de bescherming van persoonsgegevens van rechters schendt door hen te verplichten tot de openbaarmaking van informatie over activiteiten buiten de werksfeer; Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 23.

systeem van justitiële samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties.<sup>597</sup> Vooral deze laatste maatregel lijkt de commissie ertoe te brengen een inbreukprocedure te starten tegen Polen.<sup>598</sup>

In het kader van deze inbreukprocedure heeft de Commissie het Hof van Justitie gevraagd om voorlopige maatregelen te nemen om ernstige en onherstelbare schade aan de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de rechtsorde van de EU te voorkomen.<sup>599</sup> Het Hof gaf daaraan gehoor en in afwachting van een behandeling ten gronde werd Polen door de vicepresident van het Hof van Justitie in een tussentijdse beschikking bevolen tot de onmiddellijke opschorting van die delen van de Muilkorfwet:

- op grond waarvan rechters tuchtrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld vanwege het feit dat ze hebben onderzocht of is voldaan aan de vereisten inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld in de zin van artikel 19, lid 1, VEU juncto artikel 47 van het Handvest;
- voor zover deze bepalingen nationale rechterlijke instanties verbieden om na te gaan of is voldaan aan de vereisten van de Europese Unie met betrekking tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld in de zin van artikel 19, lid 1, VEU juncto artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie;
- waardoor de Kamer van bijzonder beroep bij uitsluiting bevoegd is om klachten over het gebrek aan onafhankelijkheid van een rechter of van een rechterlijke instantie te onderzoeken.<sup>600</sup>

In dezelfde beschikking besloot de vicepresident van het Hof dat de tuchtkamer bij het Hooggerechtshof in zijn algemeenheid zijn activiteiten moest staken.<sup>601</sup> Het verzoek vanuit Polen om deze beschikking in te trekken werd door het Hof op 6 oktober 2021 afgewezen.<sup>602</sup> Omdat de Commissie constateerde dat Polen niet van plan bleek de toepassing van de Muilkorfwet te schorsen, en daarmee te voldoen aan de beschikking van 14 juli 2021, verzocht het de vicepresident van het Hof om Polen een dwangsom op te leggen.<sup>603</sup> Dit verzoek werd door het Hof toegewezen en bij beschikking van 27 oktober 2021 veroordeelde het Polen tot een dwangsom van € 1.000.000 per dag.<sup>604</sup> Tot op heden heeft Polen geweigerd aan deze betalingsverplichting te voldoen. Op 20 januari jongstleden verstuurde de Commissie Polen een eerste ‘aanmaning’.<sup>605</sup> De Poolse president Andrzej

---

<sup>597</sup> De wet belet Poolse rechtbanken daarmee hun verplichting om het EU-recht toe te passen of het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing te verzoeken, na te komen; SWD(2020) 320 def., p. 6. Zie tevens *DD 2021/ 57*, p. 735.

<sup>598</sup> De kwalificatie van een onderzoek naar de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van een rechterlijke instantie als een tuchtrechtelijk vergrijp vormt volgens de Commissie een schending van het Unierecht; Beroepschrift 1 april 2021, HvJEU *Commissie/Polen* (Zaak C-204/21); European Commission, *Rule of Law: European Commission launches infringement procedure to safeguard the independence of judges in Poland*, IP/20/772, 29 April 2020.

<sup>599</sup> SWD(2021) 722 def., p. 5.

<sup>600</sup> HvJ EU 14 juli 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593, r.o. 255 onder C, D en E. Die beslissing kwam een dag voor de uitspraak van het Hof in een eerdere inbreukprocedure omtrent de tuchtkamer waarin het Hof concludeerde dat Polen artikel 19 VEU lid 1 tweede alinea had geschonden; HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 235; zie hiervoor par. 3.3.4.

<sup>601</sup> Hiermee werd het gat gedicht dat het Hof bij haar eerdere beschikking van 8 april 2021 had open gelaten waardoor de tuchtkamer weliswaar geen tuchtzaken meer kon voeren maar wel haar nieuwe bevoegdheden kon gebruiken om de strafrechtelijke onschendbaarheid van rechters op te heffen; par. 3.3.2 & 3.3.4. In het kader van de inbreukprocedure inzake de Muilkorfwet (C-204/21) had de Commissie het Hof van Justitie derhalve verzocht Polen te verplichten tot opschorting van *alle* werkzaamheden van de tuchtkamer met betrekking tot zaken die rechters betreffen; COM(2021) 722 def., p. 11.

<sup>602</sup> HvJ EU 6 oktober 2021, C-204/21 RAP, ECLI:EU:C:2021:834, (Polen/Europese Commissie) r.o. 26. Dat de Poolse autoriteiten daarna nog geen stappen ondernamen om te voldoen aan de beschikking van 14 juli mag niet verwonderen. Op 7 oktober 2021 had het Poolse Constitutioneel Hof immers een uitspraak gedaan – op verzoek van de Poolse premier – waarin het de suprematie van de Poolse constitutie over het EU-recht bevestigde. Het Constitutioneel Hof bepaalde onder meer dat de werking van artikel 19 VEU - een belangrijke grondslag voor de beschikking van 14 juli – in bepaalde gevallen onverenigbaar is met de Poolse grondwet; Trybunał Konstytucyjny (Poolse constitutionele hof) 7 oktober 2021 no. K 3/21.

<sup>603</sup> HvJ EU 27 oktober 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878, (*Commissie t. Polen*) r.o. 1.

<sup>604</sup> HvJ EU 27 oktober 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878, (*Commissie t. Polen*) r.o. 64.

<sup>605</sup> G.Baczynska, ‘Poland gets formal EU demand to pay fines over judicial regime’, *Reuters* 20 januari 2022.

Duda heeft inmiddels een voorstel gepresenteerd waarmee hij een einde hoopt te maken aan het voortdurende conflict over de Poolse rechtsstaat, tussen de Commissie en Polen.<sup>606</sup> Het voorstel zou een einde maken aan de bestaande tuchtkamer, maar wel een nieuwe “Chamber of Professional Responsibility” in het leven roepen.<sup>607</sup>

### 3.1.6 Tussenconclusie ten aanzien van de Poolse rechtsstaatsituatie

Eind 2015 werd een omvangrijke en systematische aanval op de Poolse rechterlijke macht ingeluid door de overname van het Constitutionele hof. Sindsdien is door toedoen van de Poolse uitvoerende en wetgevende macht, voortgedreven door de politieke partij *PiS*, een stelselmatige afbraak van de Poolse rechtsstaat ingezet. Op verschillende fronten wordt de onafhankelijke rechtspraak moedwillig aangevallen en ondergraven:

- Het Constitutioneel Hof heeft na 2017 zijn onconstitutionele samenstelling behouden. Enkele rechters waarvan eerder werd bepaald dat zij onwettig zijn benoemd zijn toegelaten door de nieuwe – tevens onwettig – benoemde voorzitter. Dat heeft ertoe geleid dat het EHRM op 7 mei 2021 oordeelde dat het Hof niet langer als ‘bij wet ingesteld rechtscollege’ kan worden beschouwd.<sup>608</sup>
- De minister van justitie heeft in een periode van 6 maanden na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet inzake de gewone rechterlijke instanties, meer dan honderd rechtbank(vice)voorzitters ontslagen en vervangen door opvolgers die lijken te zijn geselecteerd op basis van hun loyaliteit aan de Minister van justitie.<sup>609</sup> Omdat de ontslagbesluiten van de minister niet open stonden voor rechterlijke toetsing, oordeelde het EHRM dat Polen het recht op toegang tot de rechter had geschonden.<sup>610</sup> Het samenvallen van de functie van procureur-generaal met het ambt van minister van justitie heeft grote gevolgen gehad. De minister heeft verstrekkende bevoegdheden ten aanzien van het vervolgingssysteem verkregen en tegelijkertijd is er een hiërarchische structuur ontstaan tussen hem en de rechtbankvoorzitters.<sup>611</sup> Hierdoor kan de minister via de voorzitters de gehele rechterlijke macht onder druk te zetten. Het ministerie van justitie schroomt ook niet om hier van gebruik te maken zo blijkt uit illegale ministeriële instructies die zijn uitgevaardigd met het ogenschijnlijke doel een ‘chilling effect’ te bewerkstelligen bij lagere rechters.<sup>612</sup> Dit effect wordt mede bewerkstelligt doordat de minister een dominante positie inneemt binnen de nieuwe tuchtregeling voor rechters in Polen. Het is gebleken dat hij deze positie aanwendt om procedures te starten tegen opstandige rechters die onwelgevallige uitspraken doen.<sup>613</sup> Deze procedures kunnen ook strafrechtelijk van aard zijn.<sup>614</sup>
- De Nationale Raad voor Justitie (KRS) is in haar huidige samenstelling niet langer onafhankelijk van de wetgevende en uitvoerende macht<sup>615</sup>, maar is wel betrokken geweest bij

---

<sup>606</sup> Financial Times ‘Poland offers compromise in rule of law dispute with EU’, *Financial Times* 12 februari 2022.

<sup>607</sup> D. Tilles, ‘Polish president moves to abolish judicial disciplinary chamber in bid to end EU dispute’, *Notes from Poland* 3 februari 2020, notesfrompoland.com.

<sup>608</sup> EHRM 7 mei 2021, no. 4907/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, *EHRC* 2021/130, (*Xero Flor t. Polen*) m.nt. J.J.J. Sillen, r.o. 272-275. SWD(2021) 722 def., p. 6.

<sup>609</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3081.

<sup>610</sup> M. Leloup annotatie bij EHRM 29 juni 2021, nrs. 26691/18 & 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002669118, *EHRC* 2021/212, (*Broda and Bojara t. Polen*) par. 2.

<sup>611</sup> Venice Commission, *Opinie* 977/2020, par. 8.

<sup>612</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 25.

<sup>613</sup> Mazur, *NJB* 2020/ 2730, p. 3082. Zie tevens Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12, p. 451, 467.

<sup>614</sup> Strafrechtelijke procedures werden gevoerd mede vanwege de gedeeltelijke opschorting van de werkzaamheden van de tuchtkamer; SWD(2021) 722 def., p. 11. Mazur, *Themis* 2020a, p. 4.

<sup>615</sup> Zie onder meer: Sąd Najwyższy (Hooggerechtshof van Polen) 5 december 2019, zaak III PO 7/18, r.o. 60; evenals EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*) r.o. 265, 284.

de benoeming van vele rechters en enkele complete (nieuwe) rechtscolleges.<sup>616</sup> Ten gevolge hiervan heeft het EHRM geoordeeld dat door deze wijze van benoeming drie kamers bij het Poolse Hoogerechtshof niet kunnen worden beschouwd als onafhankelijke bij wet ingestelde gerechten.<sup>617</sup> Het Europese Hof stelt in het arrest *Advance Pharma* van 3 februari 2022 onomwonden dat zonder een herziening van de huidige wijze waarop de KRS wordt samengesteld, de systemische problemen voor de Poolse rechtsstaat alleen kunnen verergeren.<sup>618</sup>

- De nieuwe tuchtregeling en de nieuwe tuchtkamer zijn onderwerp geweest van verschillende procedures zowel binnen Polen als daarbuiten. Het Hof van Justitie heeft Polen – kort gezegd – verplicht tot de ontmanteling van de tuchtkamer.<sup>619</sup> Aan deze oproep heeft Polen nog altijd geen gehoor gegeven, ondanks de dwangsom die het in dit kader opgelegd heeft gekregen.<sup>620</sup>

Bovenop deze zorgwekkende ontwikkelingen moet worden gewezen op de stelselmatige pogingen van de Poolse autoriteiten om zich te onttrekken aan elke implementatie van verdragsnormen over rechterlijke onafhankelijkheid vanuit het VEU of EVRM<sup>621</sup>:

- Op 14 juli 2021 overwoog het Constitutioneel Hof dat artikel 4, lid 3, tweede alinea, VEU, gelezen in samenhang met artikel 279 VWEU, ongrondwettig is voor zover het Polen verplicht tot naleving van beschikkingen in kort geding van het Hof van Justitie die gevolgen hebben voor de organisatie en de werking van Poolse rechtbanken en op de wijze van procederen bij die rechtbanken.<sup>622</sup>
- Op 7 oktober 2021 heeft het Constitutioneel Hof een uitspraak gedaan waarbij het de suprematie het EU-recht ten dele ontkent en de werking van artikel 19 VEU ten aanzien van de Poolse rechterlijke organisatie beperkt.<sup>623</sup>
- Op 24 november 2021 bepaalde het Poolse Constitutionele in reactie op het arrest *Xero Flor* dat artikel 6 lid 1 EVRM strijdig is met de Poolse constitutie voor zover deze bepaling het Europees Hof de bevoegdheid verschaft om de legaliteit van de benoemingsprocedure voor het Constitutioneel Hof te toetsen.<sup>624</sup> Bovendien stelde het Constitutioneel Hof dat het EHRM een verkeerde interpretatie had gegeven aan het woord ‘tribunal’ uit artikel 6 lid 1 EVRM door het Constitutioneel Hof daaronder te scharen.
- Op 10 maart 2022 verklaarde het Constitutioneel Hof, naar aanleiding van vragen van de minister van justitie, dat artikel 6 EVRM onverenigbaar is met de Poolse constitutie voor zover deze het EHRM of nationale rechterlijke instanties in staat stelt: ‘to disregard constitutional provisions, statutes and judgements of the Polish Constitutional Tribunal’.<sup>625</sup>

De meest in het oog springende poging om de werking van internationale normen van rechterlijke onafhankelijkheid te neutraliseren, wordt gevormd door de Muilkorfwet die inwerking trad op 14 februari 2020. De wet vormt de bekroning van de moedwillige en doorgaande inspanning van de

<sup>616</sup> Rapport Wolne Sądy 2022, p. 45.

<sup>617</sup> Zie voor de nieuwe tuchtkamer, de nieuwe kamer van buitengewoon beroep en nieuwe aangelegenheden, en de civiele kamer bij het Hoogerechtshof respectievelijk: EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*); EHRM 8 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, *EHRC* 2022/53, (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*) & EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, (*Advance Pharma t. Polen*).

<sup>618</sup> EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, (*Advance Pharma t. Polen*) r.o. 365.

<sup>619</sup> HvJ EU 14 juli 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593 & HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

<sup>620</sup> Zie voor een zeer gedetailleerde, chronologische beschrijving van het rechtsstatelijk verval in Polen het (periodiek geüpdatete) rapport: 2000 Days of Lawlessness; Rapport Wolne Sądy 2022.

<sup>621</sup> Zie hiervoor tevens kort: Bárd, *Pravni Zapisi* 2021, Vol. 12(2), p. 382. Zij verbindt hieraan vergaande consequenties voor de houdbaarheid van de *LM*-doctrine.

<sup>622</sup> Trybunał Konstytucyjny (Poolse constitutionele hof) 14 juli 2021, ref. No. P7/20; zie tevens Bárd en Bodnar, CEPS 2021/15, p. 2. Deze uitspraak van het Hof is eerder ter sprake gekomen in par. 3.3.1.

<sup>623</sup> Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 7 oktober 2021 no. K 3/21.

<sup>624</sup> Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 24 november 2021, ref. No. K 6/21.

<sup>625</sup> Trybunał Konstytucyjny, (Poolse constitutionele hof) 10 maart 2022, ref. No. K 7/21.



Poolse autoriteiten om de rechtsstaat te ondermijnen.<sup>626</sup> De Muilkorfwet maakt mogelijk dat het stellen van prejudiciële vragen of het in twijfel trekken van de legitimiteit van de nieuwe KRS, als een tuchtrechtelijk vergrijp wordt gekwalificeerd.<sup>627</sup> Door Pech e.a. wordt de Muilkorfwet – mijns inziens terecht – bestempeld als een legalisering van de schaamteloze, onconstitutionele en systematische schending van uit het EVRM en EU-recht afkomstige vereisten van rechterlijke onafhankelijkheid.<sup>628</sup> De werking van deze wet is inmiddels opgeschort door het Hof van Justitie hoewel het maar de vraag is of de Poolse autoriteiten zich, gezien de rechtspraak van hun eigen Constitutionele hof, hieraan nog langer gebonden achten.<sup>629</sup>

## 3.2 Handhaving van het rechtsstaatbeginsel binnen de Europese Unie

Dat in Polen het rechtsstaatbeginsel met voeten wordt getreden is duidelijk geworden uit bovenstaande onderzoeking. In het vorige hoofdstuk heb ik toegelicht welke consequenties voor de overleveringspraktijk hieraan moeten worden verbonden volgens het Hof van Justitie. De overleveringsrechter wordt daarbij geacht de opschortingsbevoegdheid die in het kader van de artikel 7-procedure toekomt aan de Raad niet te doorkruisen. Voorts is het relevant te bestuderen hoe tot op heden gebruik is gemaakt van dit soort procedures en mechanismen waarmee wordt getracht via politieke weg rechtsstatelijk tekortkomingen te adresseren. Welke middelen heeft EU in handen ter handhaving van het rechtsstaatbeginsel? Welke acties zijn daarin tot nu toe ondernomen en welk effect hebben zij gesorteerd?

### 3.2.1 Kernwaarden en handhavingsmechanismen

De rechtsstaat behoort tot de fundamentele waarden van de Europese Unie. Deze waarden waar de Europese samenwerking op berust, zijn sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon vastgelegd in artikel 2 VEU.<sup>630</sup> Die bepaling luidt als volgt: *‘De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, nondiscriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.’* Deze waarden spelen onder meer een rol bij het doen toetreden van nieuwe lidstaten.<sup>631</sup> Kandidaat-lidstaten moeten deze waarden ten volle respecteren alvorens zij lid kunnen worden, anders komt in wezen de grondslag van hun lidmaatschap te vervallen.<sup>632</sup> De gezamenlijke gebondenheid aan de waarden vervat in artikel 2 VEU, vormt immers de *conditio sine qua non* voor de mogelijkheid en wenselijkheid van verdere eenmaking.<sup>633</sup> Het Hof van Justitie stelt dat ‘een proces van

---

<sup>626</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13; Verwijzend naar: L. Pech and K. L. Scheppele, ‘Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU’ 2017/19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 3.

<sup>627</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 17; Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3083. Zie tevens HvJEU 14 juli 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593, r.o. 219.

<sup>628</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 3.

<sup>629</sup> Zie voor die opschorting: HvJ EU 14 juli 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593.

<sup>630</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 4. Daarvoor stonden de kernwaarden van de EU in artikel 6 VEU. Het Kaderbesluit EAB uit 2002 verwijst hier dan ook nog naar; *Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R 1850), nr. 3 (MvT), p. 14.

<sup>631</sup> Zie artikel 49 VEU.

<sup>632</sup> En hoewel er uiteraard ook een politiek component is verbonden aan de toetreding van nieuwe lidstaten, moet er grenzen worden gesteld aan de bereidheid om inbreuken op de genoemde fundamentele waarde te gedogen volgens Zwaan; Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 4.

<sup>633</sup> Dootalieva, *SEW* 2019/39, p. 110.

totstandbrenging van een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa' mogelijk is omdat lidstaten verbonden zijn door een reeks gemeenschappelijke waarden, en bovendien erkennen dat elk van hen deze waarden deelt.<sup>634</sup> Dit impliceert wederzijds vertrouwen tussen alle lidstaten over de erkenning en naleving van de waarden van art. 2 VEU, en betekent bovendien dat elk gedrag dat afbreuk doet aan art. 2 VEU, ook afbreuk zal doen aan dat wederzijds vertrouwen.<sup>635</sup>

Het afdwingen van de kernwaarden van de Unie blijft daarmee ook relevant na de toetreding van een lidstaat. Bovendien kunnen ook lidstaten die al geruime tijd lid zijn van de EU hierop inbreuken. In de laatste jaren spitsen misstanden met betrekking tot de kernwaarden uit artikel 2 VEU zich met name toe op het punt van het rechtsstaatbeginsel.<sup>636</sup> Hoewel dit beginsel niet makkelijk is te definiëren<sup>637</sup> wordt het vaak aan de hand van verschillende elementen beschreven. De Commissie beschrijft in 2017 hoe uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, het Europees Hof voor de rechten van de mens, alsmede documenten opgesteld door de Raad van Europa (met name voortbouwend op de deskundigheid van de Commissie van Venetië) een niet-uitputtende lijst van beginselen kan worden opgemaakt behorende tot de fundamentele betekenis van de rechtsstaat. Tot die beginselen behoren: het legaliteitsbeginsel, dat een transparant, aansprakelijk, democratisch en pluralistisch proces voor de vaststelling van wetgeving omvat, rechtszekerheid, scheiding der machten, een verbod van willekeur van de uitvoerende macht, onafhankelijke en onpartijdige rechters, onafhankelijke en doeltreffende rechterlijke toetsing, met inbegrip van de eerbiediging van de grondrechten, en gelijkheid voor de wet.<sup>638</sup> In een mededeling uit 2019 stelt de Commissie – bondiger – dat de rechtsstaat: ‘waarborgt dat alle overheidsbevoegdheden worden uitgeoefend binnen de beperkingen die daaraan bij de wet zijn gesteld, overeenkomstig de democratische waarden en de grondrechten en *onder toezicht van onafhankelijke en onpartijdige rechters*. (...)’<sup>639</sup>

Er zijn verschillende wijzen waarop handhaving van de waarden van artikel 2 VEU, en dus ook het rechtsstaatbeginsel, binnen de Unie kan plaatsvinden. Het handhavingsinstrumentarium strekt van politieke dialoog en de traditionele inbreukprocedure tot aan de artikel 7-procedure en de recent ingevoerde rechtsstaattoets bij de meerjarenbegroting van de EU.<sup>640</sup> Bij het handhaven van het rechtsstaatbeginsel ten aanzien van de lidstaat Polen zijn verschillende handhavingsmiddelen en mechanismen doorlopen of in gang gezet. Het aangaan van een politieke dialoog en het doen van aanbevelingen hebben daarbij tot vrijwel niets geleid.<sup>641</sup> Succesvoller zijn de inbreukprocedures gebleken die in de par. 3.1 uitvoerig aan de orde zijn gekomen.<sup>642</sup> In onderstaande paragrafen ga ik in op twee handhavingsmechanismen van een meer politieke aard, die reeds zijn ingezet of waarvan men

---

<sup>634</sup> HvJEU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, r.o. 167-168.

<sup>635</sup> Dootalieva, *SEW* 2019/39, p. 110.

<sup>636</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 5.

<sup>637</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 5.

<sup>638</sup> COM(2017) 835 def., p. 1; verwijzend naar Bijlage I, deel 2, bij (COM(2014) 158 definitief).

<sup>639</sup> [mijn cursivering] COM(2019) 343 def., p. 1. De Commissie licht toe: ‘De rechtsstaat heeft rechtstreeks consequenties voor het leven van elke burger: rechtsstatelijkheid is een eerste vereiste voor het waarborgen van gelijke behandeling voor de wet en voor de verdediging van individuele rechten, het voorkomen van machtsmisbruik door overheidsinstanties en het ter verantwoording roepen van de besluitvormers. Eerbiediging van de rechtsstaat is ook essentieel voor het vertrouwen van de burgers in de overheidsinstellingen. Zonder dat vertrouwen kan een democratische samenleving niet functioneren. De rechtsstaat regelt hoe verantwoording wordt afgelegd over de wijze waarop wetten worden vastgesteld, hoe eerlijk die wetten worden toegepast en hoe doeltreffend zij functioneren.’

<sup>640</sup> Zie uitgebreid: Rijn, van, *NtEr* 2021, afl. 9, p. 239-246. De procedure omtrent de rechtsstaattoets bij de nieuwe meerjarenbegroting van de Europese Unie heet officieel ‘het algemeen conditionaliteitsregime ter bescherming van de Uniebegroting’ en is vastgelegd in Verordening (EU) 2020/2092, *PbEU* 2020, L 433 I/1-10; zie ook Verrest, *NtEr* 2021, p. 82. Zie voor de verschillende handhavingsmechanismen: Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 7 e.v.

<sup>641</sup> COM(2017) 835 def., p. 1; Janse, *NJB* 2018/1701, p. 2400.

<sup>642</sup> Hoewel hun effectiviteit inmiddels wordt ondergraven door uitspraken van het Poolse Constitutioneel Hof en een algehele onwilligheid bij de Poolse autoriteiten om uitspraken van het HvJEU op te volgen. Zelfs toen de Poolse autoriteiten overgingen tot het terugdraaien van de nieuwe pensioensregeling hebben ze zich niet geheel aan de uitspraken van het Hof van Justitie geconformeerd.

voornemens lijkt deze in te zetten tegen Polen. Het betreft de artikel 7-procedure en de zeer recent ingevoerde rechtsstaattoets bij de EU-begroting.

### 3.2.2 De artikel 7-procedure nader belicht

De zogeheten artikel 7-procedure werd ingevoerd bij de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in 1999,<sup>643</sup> om serieuze inbreuken op de gemeenschappelijke waarden van artikel 2 VEU buitengerechtelijk te kunnen adresseren.<sup>644</sup> Voortaan kon een lidstaat op basis van artikel 7 VEU gesanctioneerd worden indien de Raad van de Europese Unie een ernstige een voortdurende inbreuk op de kernwaarden van de Unie had vastgesteld.<sup>645</sup> In het latere verdrag van Nice werd dit sanctiemechanisme aangevuld met een voorafgaand preventiemechanisme.<sup>646</sup> Sindsdien bestaan er twee mechanismen naast elkaar, zonder dat het initiëren van het eerste mechanisme een voorwaarde is voor het op gang brengen van het tweede.<sup>647</sup> De werkingssfeer van de artikel 7-procedure beperkt zich niet tot gebieden die onder het Unierecht vallen. De EU heeft de bevoegdheid om in te grijpen ook op gebieden waarop lidstaten autonoom handelen.<sup>648</sup> Deze brede werkingssfeer is volgens de Commissie nodig omdat zich zorgwekkende situaties kunnen voordoen die niet kunnen worden beschouwd als een inbreuk op de verplichtingen uit hoofde van de Verdragen, maar die wel een systemische bedreiging vorm voor bijvoorbeeld de rechtsstaat:<sup>649</sup> ‘bij een schending van de fundamentele waarden door een lidstaat die ernstig is in de zin van artikel 7 van het VEU, bestaat immers het risico dat de fundamentele waarden van de Unie en het vertrouwen tussen haar leden worden ondermijnd, ongeacht op welk gebied de schendingen begaan zijn.’<sup>650</sup> Dit is de reden dat een artikel 7-procedure kon worden gestart jegens Polen ondanks het feit dat de wettelijke hervormingen daar zagen op de organisatie van de rechtspraak, iets waarin de lidstaten in beginsel autonoom zijn.<sup>651</sup>

#### *Werking van de procedure – procedurele voorwaarden en actoren*

Het eerste lid van artikel 7 VEU omvat het waarschuwings- of preventiemechanisme. In het eerste stadium hiervan vindt er overleg plaats met de lidstaat waarvan vermoedt wordt daar inbreuken op artikel 2 worden gepleegd.<sup>652</sup> De tweede stap, waarmee de artikel 7 procedure daadwerkelijk wordt geïnitieerd, is het doen van een voorstel ter constatering van het bestaan van een duidelijk gevaar voor

---

<sup>643</sup> Zwaan, de, *SEW 2022/2*, p. 9.

<sup>644</sup> Adams & Vugt, *NJB 2016/825*, p. 1187. De noodzaak voor een dergelijk handavingsmechanisme werd aanvankelijk niet gevoeld voor wat betreft de naleving van de fundamentele waarden van de Unie door de oorspronkelijke lidstaten en lidstaten toetreden tot en met 1995. Omdat de EU echter een uitbreiding in het vooruitzicht had met landen waarvan de meerderheid een niet-democratisch verleden kende, ontstond het voornemen om een vangnet ter bescherming van de fundamentele waarden van de EU in te stellen; Dootaljeva, *SEW 2019/39*, p. 111.

<sup>645</sup> Besselink 2017, p. 133.

<sup>646</sup> Sadurski, *Columbia Journal of European Law 2010/3*, p. 388. Besselink 2017, p. 133. Het verdrag van Lissabon bracht overigens geen noemenswaardige wijzigingen voor de artikel 7 procedure; Sadurski, *Columbia Journal of European Law 2010/3*, p. 388.

<sup>647</sup> COM(2003) 606 def., p. 5. Bard wijst erop dat de onjuist perceptie bestaat dat het vaststellen van een ernstige een voortdurende schending van de gemeenschappelijke waarden (lid 2) alleen maar kan volgen op de vaststelling dat er duidelijk gevaar bestaat voor een dergelijk ernstige schending (lid 1); Bárd, *European Law Journal 2022*, p. 7.

<sup>648</sup> COM(2014) 158 def., p. 6. Desalniettemin verandert de procedure niets aan de bestaande bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten en de Unie; Bogdandy, von, & Ioannidis, *Common Market Law Review 2014/51*, p. 67.

<sup>649</sup> COM(2014) 158 def., p. 6.

<sup>650</sup> Zie uitgebreid COM(2003) 606 def., p. 5.

<sup>651</sup> In het voortdurende conflict tussen de Commissie en Polen, wordt door de Poolse autoriteiten altijd verweer gevoerd door te wijzen op autonomie van de lidstaten op het terrein van de rechterlijke organisatie/ de rechtspraak; Zie bijvoorbeeld HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 49. De nadruk op autonomie komt ook duidelijk naar voren in de uitspraken van het Constitutioneel Hof in zaken aanhangig gemaakt door bijvoorbeeld de minister-president, in reactie op arresten van het Hof van Justitie. Zie hiervoor par. 3.1.1. evenals 3.1.3.

<sup>652</sup> Zwaan, de, *SEW 2022/2*, p. 9. Zie voor de exacte vormgeving van deze dialoog: COM(2003) 606 def., p. 11-12.

een ernstige schending van de in artikel 2 VEU bedoelde waarden. Dit voorstel moet worden gedaan door een derde van de lidstaten, het Europees Parlement of de Commissie.<sup>653</sup> Het met redenen omklede voorstel van de Commissie ten aanzien van Polen in december 2017 vormde de allereerste keer dat het waarschuwingsmechanisme werd ingezet.<sup>654</sup> De uiteindelijke constatering dat dit duidelijke gevaar bestaat, gebeurt bij besluit van de Raad waarbij een gekwalificeerde meerderheid van vier vijfde van het aantal lidstaten nodig is, evenals de goedkeuring van het Europees Parlement.<sup>655</sup>

Wanneer het preventiemechanisme niet de gewenste gevolgen heeft, kan de Raad conform het tweede lid van artikel 7 constateren dat in de betrokken lidstaat sprake is van een ‘ernstige en voortdurende schending’ van de waarden uit artikel 2 VEU. Dit markeert het begin van het sanctiemechanisme van artikel 7 VEU.<sup>656</sup> Het voorstel hiertoe moet afkomstig zijn van een derde van de lidstaten of van de Europese Commissie. Voor de constatering zelf vereist artikel 7 lid 2 naast goedkeuring van het Europese parlement een unanieme beslissing in de Europese Raad.<sup>657</sup> Dat deze beslissing genomen wordt door de Europese Raad – het hoogste politieke niveau van de EU – lijkt indicatief voor de ernst van de te nemen beslissing, en het relatieve gewicht ervan binnen de procedure van artikel 7 VEU.<sup>658</sup> Volgend op de constatering van de Europese Raad kan de Raad beslissen tot de oplegging van sancties; zonder voorafgaand voorstel daartoe, zonder toestemming van het Europees Parlement, maar wel met een gekwalificeerde meerderheid.<sup>659</sup> De sanctie kan onder meer bestaan in het opschorten van het stemrecht van een lidstaat in de Europese Raad, een zeer zwaar middel waardoor artikel 7 VEU de kwalificatie van ‘nucleaire optie’ heeft gekregen.<sup>660</sup>

### *Materiële toepassingsvoorwaarden*

De toepassing van artikel 7 van het VEU veronderstelt de aanwezigheid van materiële voorwaarden betreffende een schending of gevaar voor een schending. Niet elke afwijking van het rechtsstaatbeginsel kan leiden tot het in gang zetten van de procedure.<sup>661</sup> De Commissie spreekt over een drempel die significant hoger is dan in geval van individuele schendingen van de grondrechten die worden vastgesteld door de nationale rechters, het EHRM, of het Hof van Justitie op het gebied van het Gemeenschapsrecht.<sup>662</sup> Voor de toepassing van het preventiemechanisme moet er sprake zijn van een “duidelijk gevaar voor een ernstige schending” van de waarden uit artikel 2 VEU; en voor toepassing van het sanctiemechanisme moet er sprake zijn van een "ernstige en voortdurende schending" van de gemeenschappelijke waarden.<sup>663</sup> In een poging het juiste kader voor de toepassing van artikel 7 VEU te creëren, heeft de Commissie op 15 oktober 2003 een mededeling gepubliceerd waarin zij de diverse criteria en toepassingsvoorwaarden is nagelopen en van een interpretatie heeft voorzien.<sup>664</sup>

---

<sup>653</sup> Dootalieva, *SEW* 2019/39, p. 112.

<sup>654</sup> Dootalieva, *SEW* 2019/39, p. 112.

<sup>655</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 10. Ingevolge artikel 354 eerste alinea VWEU wordt de stem van de betrokken lidstaat hierbij niet meegerekend; Besselink 2017, p. 132. Het gaat dus om vier vijfde van 26 lidstaten; Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 10.

<sup>656</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 9.

<sup>657</sup> Uiteraard wederom zonder rekening te houden met de stem uitgebracht door de betrokken lidstaat Dootalieva, *SEW* 2019/39, p. 112; Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 10.

<sup>658</sup> Besselink 2017, p. 132; Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 10.

<sup>659</sup> Besselink 2017, p. 132.

<sup>660</sup> Adams & Vugt, *NJB* 2016/825, p. 1188. COM(2014) 158 def., p. 2, 6; Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 9; Dootalieva, *SEW* 2019/39, p. 112; De procedurele drempels voor het in werking stellen van de artikel 7-procedure zijn onderstrepen dat deze mechanismen bedoeld zijn om pas in laatste instantie te worden gebruikt, als ultimum remedium; Adams & Vugt, *NJB* 2016/825, p. 1188.

<sup>661</sup> Bogdandy, von, & Ioannidis, *Common Market Law Review* 2014/51, p. 66.

<sup>662</sup> COM(2003) 606 def., p. 7.

<sup>663</sup> COM(2003) 606 def., p. 7. Bogdandy, von, & Ioannidis, *Common Market Law Review* 2014/51, p. 66.

<sup>664</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 6.

Allereerst wijst de commissie erop dat het moet gaan om een schending van de gemeenschappelijke waarden van de Unie. De procedure is niet bedoeld om bij individuele gevallen van schending op te treden, maar heeft tot doel door een globale politieke aanpak een einde te maken aan een schending.<sup>665</sup> Voor het preventiemechanisme bepaalt de Commissie verder dat “gevaar” voor ernstige schending een gewone potentiële mogelijkheid betreft, zij het dat deze gekwalificeerd is. Het moet immers gaan om een “duidelijk gevaar” hetgeen geen betrekking kan hebben op nog zeer voorwaardelijke gevaren.<sup>666</sup> Binnen zowel het preventie- als sanctiemechanisme geldt het criterium voor een “ernstige” schending. Volgens de Commissie moet bij het bepalen van de ernst van een schending met verschillende aspecten rekening worden gehouden, zoals het voorwerp of het resultaat van de schending. Dit eerste aspect betreft bijvoorbeeld de bevolkingsgroepen waarop nationale maatregelen van toepassing zijn.<sup>667</sup> Voor wat betreft het resultaat van de schending geldt dat deze betrekking kan hebben op een of meerdere van de in artikel 2 vermelde beginselen. Hoewel de schending of het gevaar voor schending van één van de gemeenschappelijke waarden volstaat voor de inwerkingstelling van de mechanismen van artikel 7 kan de gelijktijdige schending van meerdere waarden evenwel een aanwijzing zijn voor de ernst van de schending volgens de Commissie.<sup>668</sup>

Het sanctiemechanisme van artikel 7 vereist tot slot dat een schending die reeds is opgetreden ook voortduurt.<sup>669</sup> Het voortduren van een schending op verschillende wijze tot uiting komen, bijvoorbeeld door het van kracht zijn en blijven van wetgevende of administratieve teksten die een schending van de in artikel 2 vermelde beginselen inhouden, of een gewone administratieve of politieke praktijk van de autoriteiten van een lidstaat. Ook de systematische herhaling van individuele schendingen kan een bijkomende rechtvaardiging vormen voor de toepassing van artikel 7 van het VEU.<sup>670</sup>

#### *De artikel 7-procedure tegen Polen – besluiteloosheid vanuit de Raad*

Ondanks zorgen over de eerbiediging van het rechtsstaatbeginsel in Polen is het tot op heden nog niet gekomen tot een opschorting van het Kaderbesluit ten aanzien van deze lidstaat. Die sanctie is door de Raad nog niet opgelegd. Dat kan ook niet omdat de Europese Raad geen ernstige en voortdurende schending van artikel 2 VEU heeft vastgesteld conform artikel 7 lid 2 VEU. Sterker nog, er is niet eens een duidelijk gevaar daartoe geconstateerd door de Raad van de Europese Unie, ex. artikel 7 lid 1 VEU.<sup>671</sup> Het enige dat binnen de artikel 7-procedure tot op heden is voortgebracht is het met redenen omkleed voorstel van de Commissie voor de Raad van de Europese Unie, om te constateren dat er in Polen een duidelijk gevaar voor een ernstige schending van het rechtsstaatbeginsel is.<sup>672</sup> De procedure is aldus gestrand bij de Raad, waar op enkele discussies van tijd tot tijd na er voorlopig weinig van de procedure terecht komt.<sup>673</sup>

---

<sup>665</sup> COM(2003) 606 def., p. 7.

<sup>666</sup> Door gebruikmaking van het begrip "duidelijk gevaar" biedt artikel 7 van het VEU volgens de Commissie de mogelijkheid om een in gebreke blijvende lidstaat vóór de verwezenlijking van het gevaar een waarschuwing te geven; COM(2003) 606 def., p. 8.

<sup>667</sup> Wanneer het om kwetsbare bevolkingsgroepen gaat, zoals nationale, etnische of religieuze minderheden of ook immigranten, kan dit de analyse beïnvloeden; COM(2003) 606 def., p. 9.

<sup>668</sup> COM(2003) 606 def., p. 8-9.

<sup>669</sup> Dootaljeva, *SEW* 2019/39, p. 112.

<sup>670</sup> 'In die context kan bijvoorbeeld het feit dat een staat over een bepaalde periode herhaaldelijk voor gelijkaardige schendingen veroordeeld werd door een internationaal rechtscollège zoals het Europees Hof voor de rechten van de mens, of door niet-gerechtelijke internationale organen zoals de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa of de Commissie voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties, een belangrijk gegeven zijn, zonder dat hieraan noodzakelijk praktische gevolgen moeten worden verbonden'; COM(2003) 606 def., p. 9.

<sup>671</sup> Zie hiervoor uitgebreid: Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 18-20.

<sup>672</sup> COM(2017) 835, def.

<sup>673</sup> Morijn, *NJB* 2021/203, p. 204. Zie tevens Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 11.

Deze besluiteloosheid hangt mogelijk samen met een aantal factoren. Allereerst komt de Raad een ruime beoordelingsvrijheid toe bij haar handelen binnen de artikel 7-procedure.<sup>674</sup> De bevoegdheid van de Raad voor de constatering van een ernstig gevaar is geen gebonden bevoegdheid. Hetzelfde geldt voor de vaststelling van de ernstige of voortdurende schending evenals de sanctionering die hierop *kan* volgen.<sup>675</sup> De politieke aard van de procedure is de tweede factor die een rol speelt. Politieke actoren beheersen de procedure volledig, voor inhoudelijk toezicht vanuit het Hof van Justitie is bijvoorbeeld geen plaats.<sup>676</sup> Het uitstellen van een besluit in de Raad kan derhalve worden geweten aan een klaarblijkelijk gebrek aan politiek wil.<sup>677</sup> Mogelijk is die politieke onwil versterkt doordat er weinig zicht is op een succesvolle besluitvorming binnen de artikel 7-procedure, vanwege de hoge procedurele meerderheidsdrempels die deze stelt.<sup>678</sup> Een constatering door de Europese Raad dat er sprake is van een ernstige en voortdurende schending, hetgeen de weg opent voor sanctionering van een lidstaat, vereist unanimité.<sup>679</sup> Omdat er altijd wel een lidstaat zal zijn die de aangesproken lidstaat behulpzaam wil zijn, al is het maar omdat deze lidstaat zelf ook onder een vergrootglas ligt, lijkt de vereiste unanimité in deze stap vrijwel zeker onhaalbaar.<sup>680</sup> Door deze politieke realiteit wordt de procedure ook wel bestempeld als tandeloze tijger.<sup>681</sup>

### 3.2.3 Het conditionaliteitsregime

Een mechanisme dat op een meer voortvarende wijze lijkt te worden doorgezet is de rechtsstaattoets bij de EU-begroting. Kort gezegd maakt dit mechanisme het uitkeren van EU-geld afhankelijk van het adequaat functioneren van de rechtsstaat.<sup>682</sup> Deze rechtsstaattoets heet formeel ‘het conditionaliteitsregime ter bescherming van de Uniebegroting’ en komt voort uit de op 16 december 2020 aangenomen Verordening (EU) 2020/2092.<sup>683</sup> De aanvaarding van de verordening ging gepaard met enkele voorbehouden.<sup>684</sup> Polen en Hongarije bedongen dat hoewel het conditionaliteitsregime officieel al op 1 januari 2021 in werking zou treden, het pas zou worden toegepast na beoordeling van de rechtmatigheid ervan door het Hof van Justitie.<sup>685</sup>

Het Hof van Justitie oordeelde op 16 februari 2022 dat voor het conditionaliteitsregime voldoende grondslag bestaat in het EU-verdrag en dat EU-landen dus inderdaad mogen worden gekort als zij de

---

<sup>674</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 515.

<sup>675</sup> COM(2003) 606 def., p. 6.

<sup>676</sup> Besselink 2017, p. 132.

<sup>677</sup> Bárd & Ballegooij, *New Journal of European Criminal Law* 2019, Vol. 9(3), p. 355. Morijn stelt hierbij dat: ‘In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, (...) weinig lidstaten binnenskamers werkelijk hun mond open[trekken] als er over de rechtsstaat wordt gesproken.’; Morijn, *NJB* 2021/203, p. 204.

<sup>678</sup> Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 515.

<sup>679</sup> Bárd & Ballegooij, *New Journal of European Criminal Law* 2019, Vol. 9(3), p. 360.

<sup>680</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 10. In concrete betreft het hier uiteraard Hongarije, zie J.J.J. Sillen annotatie bij HvJEU 5 november 2019, C192/18, ECLI:EU:C:2019:924, *EHRC* 2020/43. Zie tevens Scheppele: ‘Now that at least two of the EU Member States have already gone rogue, it means that the rule of law cannot be guaranteed in the EU as a structural matter.’ Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28.

<sup>681</sup> Zie bijvoorbeeld: J.J.J. Sillen annotatie bij HvJEU 5 november 2019, C192/18, ECLI:EU:C:2019:924, *EHRC* 2020/43. Zie tevens Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 11.

<sup>682</sup> S.M.A. Lestrade, annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, (X & Y) par. 2.

<sup>683</sup> De verordening is gebaseerd op artikel 322 lid 1, sub a VWEU en vastgesteld door toepassing van de gewone wetgevingsprocedure; Verordening (EU) 2020/2092, *PbEU* 2020, L 433 I/1-10.

<sup>684</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 12.

<sup>685</sup> S.M.A. Lestrade, annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, (X & Y) par. 2. Het Europese Parlement verzetten zich hiertegen en name een resolutie aan waarin het de Commissie opriep “to abide by law, dura lex sed lex” en dus om niet te wachten met het toepassen van het regime totdat de beoordeling van het Hof van Justitie binnen was. De Commissie luisterde hier niet naar wat het Parlement ertoe heeft aangezet om een procedure tegen de Commissie te starten bij het Hof van Justitie; Bárd, *Pravni Zapisi* 2021, Vol. 12(2), p. 378. Zie resolutie: European Parliament resolution of 17 December 2020 on the Multiannual Financial Framework 2021–2027, the Interinstitutional Agreement, the EU Recovery Instrument and the Rule of Law Regulation (2020/2923(RSP)) OJ C 445, 29.10.2021, pp. 15–17; point 6.

rechtsstatelijke waarden niet nakomen.<sup>686</sup> Het Hof gaf hierbij direct een nadere omlijning van de procedurevoorschriften en voorwaarden waaronder de Europese Commissie van deze nieuwe bevoegdheden gebruik kan maken.<sup>687</sup> Dit arrest maakt dat vanaf nu lidstaten kunnen worden gesanctioneerd die inbreuken hebben gepleegd op de rechtsstaat waarmee zij de financiële belangen van de EU schaden. Onder de sancties – formeel maatregelen ter bescherming van de Uniebegroting geheten – vallen onder meer: het schorsen van betalingen, de opschorting of vermindering van economische voordelen, een verbod op het aangaan van nieuwe overeenkomsten inzake leningen, en de onderbreking van betalingstermijnen.<sup>688</sup>

### *Te verwachten effectiviteit op de korte termijn*

Ondanks het feit dat met de uitspraak van het Hof van Justitie de rechtmatigheid van het conditionaliteitsregime vaststaat, is het de vraag hoe effectief het mechanisme kan en zal worden ingezet. De Commissie heeft op 5 april 2022 aangekondigd dat zij een procedure gaat starten tegen Hongarije.<sup>689</sup> Of hetzelfde weldra zal gebeuren ten aanzien van Polen is echter de vraag. De invasie van Oekraïne door Rusland heeft gezorgd voor een nieuwe politieke realiteit. De massale vluchtelingenstroom die hierbij op gang is gekomen, en waarvan het overgrote deel wordt opgevangen door Polen, kan tot een andere opstelling van de Commissie leiden. Het is goed mogelijk dat aan eendrachtig optreden tegen de Russische agressie en het gezamenlijk incasseren van de effecten van de oorlog prioriteit wordt gegeven door de Commissie, ten nadele van de noodzakelijk handhaving van het rechtsstaatbeginsel.<sup>690</sup>

Mocht de Commissie toch onverwijld besluiten tot het in stelling brengen van het conditionaliteitsmechanisme jegens Polen, is de vraag of hiermee tijdige en effectieve bescherming kan worden geboden aan de onafhankelijke rechtspraak in Polen.<sup>691</sup> Voordat er een besluit tegen Polen genomen is, moet dit eerst worden voorbereid. Bovendien is een dergelijk besluit appellabel waardoor het ten minste nog anderhalf tot twee jaar kan duren voordat het onherroepelijk zal zijn.<sup>692</sup> Dat is tijd die de Poolse rechterlijke macht niet heeft. Uit dit hoofdstuk is reeds naar voren gekomen hoeveel schade de rechtsstaat in Polen is toegebracht in een tijdsbestek van vijf jaar. De urgente problemen van Poolse rechters kunnen niet nog eens anderhalf tot twee jaar wachten.<sup>693</sup>

## 3.3 Concluderende opmerkingen

De Poolse rechtsstaat is sinds 2017 in een diep verval geraakt, met geen enkel teken van verbetering. Dat brengt verschillende auteurs tot de conclusie dat Polen de eerste EU-lidstaat is zonder onafhankelijke rechtspraak.<sup>694</sup> Er wordt ook wel gesproken van een: ‘abrupt descent into

---

<sup>686</sup> HvJ EU 16 februari 2022, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 (*Hongarije*) en HvJ EU 16 februari 2022, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98 (*Polen*). Voor een korte samenvatting zie *NJB* 2022/521, afl. 8, p. 615 e.v. Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1047.

<sup>687</sup> Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1046-1047.

<sup>688</sup> Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 13.

<sup>689</sup> Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1046.

<sup>690</sup> S.M.A. Lestrade, annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, (X & Y) par. 2.

<sup>691</sup> Zie over de tijdige inzet ook commentaar van Bárd ten aanzien van het negeren van de resolutie van het Europees Parlement over de inzet van het conditionaliteitsregime; Bárd, *Pravni Zapisi* 2021, Vol. 12(2), p. 378.

<sup>692</sup> Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1048.

<sup>693</sup> Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1048.

<sup>694</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 3.

authoritarianism' of een autocratie in wording.<sup>695</sup> Ik treedt niet in de beoordeling of deze kwalificaties juist zijn maar het valt niet te ontkennen dat de Poolse rechtsstaat in een crisis verkeerd ten gevolge van een doelbewuste, systematische poging van de politieke ambten om de gehele rechterlijke macht tot instrument van hun beleid te maken.<sup>696</sup> Het EHRM en het Hof van Justitie onderkennen deze zorgwekkende ontwikkeling.<sup>697</sup> In het ene na het andere arrest worden de hervormingen van de Poolse rechterlijke macht, veroordeeld onder verwijzing van normen van rechterlijke onafhankelijkheid.<sup>698</sup>

Deze aanval op de Poolse rechtsstaat impliceert ook een aanval op een van de kernwaarden van de Europese Unie, zoals vastgelegd in artikel 2 VEU. Voor het afdwingen van deze fundamentele waarden beschikt de Unie over verschillende handhavingmechanismen waarin de Raad, de Commissie en de Europese Raad elk een eigen rol is toebedeeld. Tot op heden is slechts de Commissie bereid geweest die rol op actieve wijze op te pakken en te ageren tegen de Poolse hervormingen. De vele inbreukprocedures die het aanhangig maakte evenals het met redenen omklede voorstel in het kader van de artikel 7-procedure zijn hier teken van.

Hoe anders is de opstelling van de Raad van de Europese Unie.<sup>699</sup> De raad heeft nog altijd niets besloten in reactie op het met redenen omklede voorstel van de Commissie.<sup>700</sup> Terwijl de ontwikkelingen die daarin geschetst werden al een gevaar voor een ernstige en voortdurende schending van het rechtsstaatbeginsel constitueerde. Dat gevaar heeft zich in de afgelopen jaren niet alleen bestendigd maar ook verwezenlijkt.<sup>701</sup> In dat licht is de besluiteloosheid vanuit de Raad onbegrijpelijk en lijkt de politieke besluitvorming losgezongen van de werkelijkheid. Of dit is ingegeven door een ruime mate van beoordelingsvrijheid, politieke onwil of de inschatting dat de vereiste meerderheden niet zullen worden gehaald is niet zo relevant. De artikel 7-procedures is in ieder geval een doodlopende weg gebleken.<sup>702</sup> Bij het conditionaliteitsregime lijkt niet zozeer de wil om in te grijpen te ontbreken, maar staat de effectiviteit van het mechanisme vooral onder druk; onder tijdsdruk wel te verstaan. Voordat Polen definitief wordt gekort op EU-gelden zijn er naar alle waarschijnlijk anderhalf tot twee jaar verstreken. Twee jaar waarbinnen de nieuwe KRS nieuwe rechters blijft selecteren en benoemen, de tuchtkamer actief blijft, rechters nog steeds geschorst worden en geschorst blijven, inkomens van geschorste rechters gekort zijn en rechters strafrechtelijk vervolgd worden.<sup>703</sup>

De gebrekkige bevoegdheidsuitoefening door de Europese instituties ter handhaving van het rechtsstaatbeginsel kan nopen tot een andere houding van de overleveringsrechter. In een systeem waarbij rechtstatelijke gebreken op politiek niveau op een deugdelijke wijze worden geadresseerd en effectief bestreden, is het denkbaar dat een overleveringsrechter minder snel het wederzijds vertrouwen zal doorbreken. Maar geconfronteerd met de huidige situatie in Polen en de tegenvallende resultaten vanuit procedures die dit een halt toe zouden moeten roepen kan de overleveringsrechter

---

<sup>695</sup> Pech & Kochenov 2021, p. 64; p. 51; tevens Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 3.

<sup>696</sup> Sillen, *SEW* 2021/202, p. 629; zie tevens Sadurski, *Hague Journal on the Rule of Law* 2019/11. Dat de Poolse rechtsstatelijk crisis verder is verdiept is in het bijzonder zorgwekkend omdat reeds in 2017 termen als 'Soviet-style justice system' werden gebezigd om de hervormde rechterlijke macht te beschrijven. Zie ook: Venice Commission, *Opinie* 904/2017, par. 61, 89. Delen van de ontwerpwet inzake het Hooggerechtshof werden bestempeld als 'even worse than its Soviet predecessor'; Venice Commission, *Opinie* 904/2017, par. 54, 59 en 67.

<sup>697</sup> Zie voor dit besef bijvoorbeeld overweging 346 van het EHRM in het arrest *Grzęda tegen Polen*: 'The court has regard to the overall context of the various reforms undertaken by the Polish Government which have resulted in the weakening of judicial independence and adherence to rule-of-law standards; EHRM 15 maart 2022, nr. 43572/18, (*Grzęda t. Polen*).

<sup>698</sup> Anderzijds verbind bijvoorbeeld het Hof van Justitie hier geen verdergaande consequenties aan voor de overleveringspraktijk, deze discrepantie komt nader aan bod in Hoofdstuk 4 par. 4.3.3.

<sup>699</sup> De Europese Raad blijft hierbij (misschien ten onrechte) buiten schot omdat het vaststellen van een ernstige een voortdurende schending van de gemeenschappelijke waarden alleen kan volgen op de vaststelling dat er duidelijk gevaar bestaat voor een dergelijk ernstige schending; Zie immers COM(2003) 606 def., p. 5.

<sup>700</sup> Morijn, *NJB* 2021/203, p. 204. Zie tevens Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 11.

<sup>701</sup> Zie hiervoor uitgebreid par. 3.1.

<sup>702</sup> Zie ook: Zwaan, de, *SEW* 2022/2, p. 11; J.J.J. Sillen annotatie bij HvJEU 5 november 2019, C192/18, ECLI:EU:C:2019:924, *EHRC* 2020/43.

<sup>703</sup> Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1048.



zich genoodzaakt voelen verdergaande inspanningen te leveren om de toelaatbaarheid van de overlevering aan Polen te toetsen. Eerder heeft het hiertoe het middel van de prejudiciële vragen ingezet in EAB-zaken, in de hoop dat het Hof van Justitie verdere afwijking van de beginselen van wederzijds erkenning en wederzijds vertrouwen mogelijk zou maken. Het doel daarbij is om een verspreiding van rechtsstaatproblemen en inbreuken op het recht op een eerlijk proces te voorkomen; anders gezegd om niet medeplichtig te worden aan een schending van het recht op een eerlijk proces in de uitvaardigende lidstaat.<sup>704</sup> Nu echter zeer recent nog is gebleken dat het Hof van Justitie niet voornemens is om haar *LM*-doctrine te verlaten, hoeft niet langer naar het middel van de prejudiciële vragen te worden gegrepen.<sup>705</sup>

De overleveringsrechter moet op zoek naar andere mogelijkheden om – zoals Bárd het noemt - in de relatie tot Polen: ‘[put a] halt to EU legal instruments that had been adopted on the basis of the assumption that all Member States are respecting Article 2 TEU values’.<sup>706</sup> Uit bovenstaande analyse van de Poolse rechtsstaatscrisis, en met name de verschillende arresten die door het Hof van Justitie evenals het EHRM in dat kader zijn geweest, blijkt immers steeds nadrukkelijker hoe Polen de Europese kernwaarde van het rechtsstaatsbeginsel met voeten treedt. Tegelijkertijd toont het aan hoe reëel het risico is dat het recht van de opgeëiste persoon op een onafhankelijke rechter zal worden geschonden in de uitvaardigende lidstaat.

Welke mogelijkheden verschillende normatieve kaders met betrekking tot de toelaatbaarheid van de overlevering bieden voor de overleveringsrechter om zichzelf te herpositioneren, behandel ik in het volgende hoofdstuk.

---

<sup>704</sup> Bárd, *European Law Journal* 2022, p. 1, 16.

<sup>705</sup> Zie immers: HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, (*X & Y*).

<sup>706</sup> Bárd, *European Law Journal* 2022, p. 5.



# Hoofdstuk 4: De positie van de Nederlandse overleveringsrechter inzake de Poolse rechtstaatscrisis

## *Inleiding*

Dat de rechtsstaatsituatie in Polen reden tot zorg is bij Europese instellingen is wel gebleken uit het voorgaande hoofdstuk. Dat deze zorgen ook doordringen tot de raadkamers van rechterlijke uitvoerende autoriteiten in de gehele EU, komt reeds naar voren uit de rechtspraak van het Hof van Justitie gebaseerd op hun prejudiciële vragen. Ook de Nederlandse overleveringsrechter ziet zich geconfronteerd met de vraag wat hij kan doen in concrete overleveringszaken waarbij bezwaren worden geuit over het gebrek aan rechterlijke onafhankelijkheid binnen de Poolse rechterlijke macht. Welke positie kan de Nederlandse overleveringsrechter innemen bij beoordeling van Poolse EAB's, in het kader van de Poolse rechtsstaatscrisis? Kan de overleveringsrechter in zijn algemeenheid afzien van het overleveren van verdachten of veroordeelden aan Polen?

Om een antwoord te formuleren op die vraag, ga ik in dit hoofdstuk allereerst kort in op welke ruimte de Nederlandse Overleveringswet biedt om de overlevering te weigeren in het kader van dreigende mensenrechtenschending en hoe deze ruimte zich verhoudt tot het toetsingskader van het Hof van Justitie van de Europese Unie (par 4.1). Omdat het Hof van Justitie niet als enige hof kijkt naar de werking van fundamentele rechten in overleveringszaken, en vanwege de relatie tussen de normkaders van het HvEU en het EVRM, ga ik tevens in op de rechtspraak van het EHRM in EAB-zaken (par 4.2). Daarbij belicht ik de convergentie en divergentie tussen de toetsingsmaatstaven van beide hoven. Tot slot ga ik in op de vraag of vanuit de gebondenheid aan het EVRM kan worden gerechtvaardigd dat in de beoordeling van de toelaatbaarheid van aanhoudingsbevelen, wordt afgeweken van de tweestappentoets (par. 4.3). Ook dit hoofdstuk sluit ik af met enkele concluderende opmerkingen (par. 4.4).

## 4.1 Artikel 11 Overleveringswet en het toetsingskader van het Hof van Justitie

Voor de wijze waarop een aanhoudingsbevel door uitvoerende rechterlijke autoriteiten wordt behandeld, moet worden gekeken naar het recht van de uitvoerende staat. Het Kaderbesluit komt immers geen rechtstreekse werking toe. In Nederland vormt de Overleveringswet (OLW) derhalve de rechtstreekse grondslag van de overlevering.<sup>707</sup>

Voor de behandeling van EAB's kent de Overleveringswet een gewone (uitgebreide) procedure, ex. artikel 15-38, en een verkorte procedure, ex artikel 39-43 OLW.<sup>708</sup> Via deze procedures moet worden onderzocht of is voldaan aan de voorwaarden waaronder een EAB ten uitvoer kan worden gelegd.<sup>709</sup> De rechtbank Amsterdam is exclusief bevoegd om binnenkomende EAB's te behandelen (artikel 22

---

<sup>707</sup> Omdat het Kaderbesluit berust op het EU-verdrag, is voor wat betreft de overlevering voldaan aan het in art. 2 lid 3 GW vervatte vereiste dat uitlevering slechts kan geschieden krachtens verdrag, Sander 2014, p. 179; Zie verder Advies van de Raad van State van 19 oktober 2001, nr. WO3.01.0523 (adviesopmerking 5); Rb. Amsterdam 10 oktober 2006, ECLI: NL:RBAMS:2006:AZ1408. De Overleveringswet vormt de implementatie van het Kaderbesluit maar is in grote mate geënt op de uitleveringswet; Sanders 2014, p. 197, *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 7. COM 2007(407) def. p. 5.

<sup>708</sup> Dat is hetzelfde in het uitleveringsrecht, Sanders 2014, p. 197.

<sup>709</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 260.

lid 1 jo. artikel 1 onder g OLW). In die centralisatie van de behandeling van EAB's bij één gerecht is Nederland uniek. In alle andere lidstaten vindt de behandeling gedecentraliseerd plaats.<sup>710</sup> De toetsing door de rechtbank kan worden onderverdeeld in drie onderdelen: de identiteit van de opgeëiste persoon, de toelaatbaarheid van het EAB en het uiteindelijke toestaan of weigeren van de overlevering (artikel 26 en 28 OLW).<sup>711</sup> De rechtbank Amsterdam neemt op al deze punten een beslissing, waaruit de uiteindelijke beslissing over de tenuitvoerlegging van het EAB volgt (artikel 22 lid 1 jo 28 lid 1 OLW).<sup>712</sup> Wanneer de rechtbank de overlevering heeft toegestaan is het vervolgens aan de officier van justitie om de feitelijke overlevering ten uitvoer te leggen (artikel 35 lid 1 OLW).<sup>713</sup>

De overleveringswet kent een aparte afdeling voor de 'voorwaarden voor overlevering' (hoofdstuk II afdeling 1). Deze voorwaarden scheppen evenzoveel gronden voor weigering; ook wel excepties genoemd.<sup>714</sup> De excepties uit het Kaderbesluit zijn voor een belangrijk deel geïmplementeerd in art. 6,7,9,10,12,13 OLW.<sup>715</sup> Ik ga voorbij aan een gedetailleerdere bespreking van deze weigeringsgronden en hun wel of niet correcte implementatie vanuit het Kaderbesluit, omdat de aandacht juist uit dient te gaan naar één weigeringsgrond die niet expliciet in het Kaderbesluit voorkwam; de mensenrechtenexceptie van artikel 11 OLW.<sup>716</sup>

Artikel 11 OLW riep bij de implementatie in 2004 een weigeringsgrond in het leven in het geval van dreigende flagrante schending van de rechten opgenomen in het EVRM.<sup>717</sup> Vanuit de EU bestond weerstand tegen de opnemings van deze weigeringsgrond, omdat deze als zodanig niet in het Kaderbesluit stond en werd gezien als uitdrukking van een gebrek aan vertrouwen in de strafrechtstelsels van andere lidstaten.<sup>718</sup> De Nederlandse wetgever daarentegen heeft artikel 11 OLW stevast beschouwd als een correcte implementatie van artikel 1 lid 3 KEAB.<sup>719</sup> Omdat met de arresten *Aranyosi en Căldăraru* en *LM*<sup>720</sup> ruimte ontstond om de overlevering te weigeren wegens schending van een grondrecht, betoogde Wissels en Grimbergen dat de Nederlandse wetgever met artikel 11 OLW (onbedoeld) inderdaad een juiste omzetting van artikel 1 lid 3 KEAB had gecreëerd.<sup>721</sup> Glerum weersprak deze stelling door te wijzen op drie aspecten waarin artikel 11 OLW afwijkt van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Ten eerste dwong artikel 11 tot weigering van de overlevering zodra een (dreigende) schending van een grondrecht was vastgesteld, terwijl uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat een dergelijke vaststelling alleen kan leiden tot uitstel van de procedure en – eventueel – tot beëindiging van de procedure.<sup>722</sup> Ten tweede verwees artikel 11 naar een schending van het EVRM en niet naar het Handvest. Omdat toepassing van de OLW conform artikel 51 lid 1 HvEU het ten uitvoer brengen van Unierecht oplevert, achtte Glerum het verdedigbaar dat het voorrangsbeginsel meebrengt dat binnen deze werkingssfeer van het Unierecht de nationale rechter

<sup>710</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 2.

<sup>711</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 263.

<sup>712</sup> Dit resulteert in een uitspraak en niet in een vonnis. Mede hieruit blijkt volgens Rozemond het niet-strafrechtelijke karakter van de overleveringsprocedure. Glerum & Rozemond 2015b, p. 264.

<sup>713</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 258.

<sup>714</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 273.

<sup>715</sup> Glerum & Rozemond 2015b, p. 249.

<sup>716</sup> Of het in het geval van artikel 11 OLW gaat om een extra weigeringsgrond die het Kaderbesluit niet bevatte, daarover kan gediscussieerd worden. Het Kaderbesluit bood in ieder geval geen expliciete grondslag voor een weigeringsgrond gerelateerd aan dreigende mensenrechtenschendingen (COM(2006) 8 def., p. 5) Overigens hebben meerdere lidstaten in hun wetgeving ter implementatie van het KEAB nog extra weigeringsgronden opgenomen waar het KEAB naar de letter geen ruimte voor biedt, zie COM(2007) 407 definitief, p. 8.

<sup>717</sup> Ouwerkerk 2010, p. 92.

<sup>718</sup> Sliedregt, van, *EuConst* 2007/2, p. 248-249, 251; Ouwerkerk 2010, p. 92. In het laatste evaluatierapport inzake de toepassing van het KEAB is deze exceptie nadrukkelijk gekwalificeerd als 'de uitdrukking van een gebrek aan vertrouwen in de strafrechtstelsels van andere lidstaten': Evaluatieverslag van de vierde ronde van wederzijdse evaluaties, verslag over Nederland, Brussel 27 februari 2009, ST 15370/1/08 REV 1 RESTREINT UE, pt. 7.3.1.5.

<sup>719</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15-16.

<sup>720</sup> *N.B.* meer dan tien jaar na de implementatie van het Kaderbesluit, en na het ontstaan van artikel 11 OLW.

<sup>721</sup> Wissels & Grimbergen 2019, p. 263.

<sup>722</sup> Glerum, *NTM-NJCBull* 2020/07, p. 90.

primair moet toetsen aan het Handvest.<sup>723</sup> Ten derde stelde Glerum dat het eisen van een ‘flagrante schending’ in strijd was met de rechtspraak van het EHRM, aangezien het Straatsburgse Hof het begrip “flagrant” niet ten aanzien van elk grondrecht gebruikt.<sup>724</sup>

Artikel 11 OLW is inmiddels gewijzigd, mede omwille van de drie redenen die hierboven zijn genoemd. Deze wijziging was onderdeel van de ‘herimplementatie’ van onderdelen van het Kaderbesluit in 2021.<sup>725</sup> De wijzigingswet strekte ertoe de oorspronkelijke implementatie te corrigeren, nadat onder meer gebleken was dat onderdelen van de Overleveringswet onverenigbaar waren met de door het Hof van Justitie gegeven uitleg aan bepalingen van het Kaderbesluit.<sup>726</sup> De memorie van toelichting verwijst hierbij naar de arresten *Aranyosi & Caldaru, LM* en *ML*.

In de memorie van toelichting wordt het bestaansrecht van artikel 11 OLW verdedigd door te stellen dat hoewel deze weigeringsgrond niet behoorde tot de limitatieve opsomming uit het Kaderbesluit, er in het kader van de overleveringsprocedure allerm minst kan worden voorbijgegaan aan de bescherming van mensenrechten. Volgens de minister van justitie moet enkel de grondslag waarop deze weigeringsgrond berust, worden verschoven van EVRM naar HvEU: ‘Vanaf 2004 gold voor de lidstaten al de verplichting tot naleving van het EVRM. Echter sedert 2010 is het Handvest (...) verheven tot het primaire Unierecht’.<sup>727</sup> Het Handvest richt zich, ex. artikel 51 lid 1, immers ook tot de lidstaten, in het bijzonder wanneer zij recht van de Unie ten uitvoer leggen. Derhalve schrijft het Unierecht sinds 2010 zelf voor dat aan mensenrechten getoetst moet worden.<sup>728</sup> Op basis van het bovenstaande overweegt de minister dat wel ruimte blijft bestaan voor een bepaling over de bescherming van de mensenrechten in de Overleveringswet, zij het in gewijzigde vorm.<sup>729</sup> Die gewijzigde vorm houdt sinds 1 april 2021 het volgende in:

Artikel 11:

1. Aan een Europees aanhoudingsbevel wordt geen gevolg gegeven in gevallen, waarin naar het oordeel van de rechtbank zwaarwegende en op feiten berustende gronden bestaan dat de opgeëiste persoon na overlevering een reëel gevaar loopt dat zijn door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde grondrechten zullen worden geschonden.
2. Indien er een mogelijkheid bestaat dat bij wijziging van de omstandigheden het reële gevaar van de in het eerste lid bedoelde schending alsnog kan worden uitgesloten, dient de rechtbank de beslissing over de overlevering aan te houden.
3. De uitvaardigende autoriteit wordt onder opgave van redenen van die aanhouding in kennis gesteld en de rechtbank gaat gedurende de aanhouding na of er wijziging in de omstandigheden optreedt.
4. Indien na toepassing van het derde lid niet binnen een redelijke termijn het reële gevaar van de in het eerste lid bedoelde schending kan worden uitgesloten, doet de rechtbank uitspraak als bedoeld in artikel 22, zesde lid.

<sup>723</sup> Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 90.

<sup>724</sup> Het EHRM stelt namelijk alleen in geval van een reëel gevaar van schending van niet-absolute rechten, zoals het recht op vrijheid (art. 5 EVRM) recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) de eis van een flagrante schending; zie respectievelijk: EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909 (*Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*), § 233; EHRM 15 juni 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0615DEC007153714 (*Harkins t. Verenigd Koninkrijk*), § 64. Bovendien houdt de bepaling geen rekening met schendingen van niet-absolute rechten die niet worden veroorzaakt door de uitvaardigende lidstaat, maar door de overlevering zelf. Ten aanzien van zulke rechten stelt het EHRM evenmin de eis van een flagrante schending; zie bijv. EHRM 26 januari 2010, ECLI:CE:ECHR: 2010:0126DEC000974207 (*King t. Verenigd Koninkrijk*); Glerum, *NTS* 2021/76, p. 290

<sup>725</sup> Zie hiervoor: Wet van 3 maart 2021 tot wijziging van de Overleveringswet, *Stb.* 2021, 125. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 3.

<sup>726</sup> Hierbij verwijst de regering van waar het voorstel uitgaat naar het beginsel van loyale samenwerking uit artikel 4 lid 3 VEU, waaruit voortvloeit dat nationale wetgeving in dat geval behoort te worden aangepast; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 3.

<sup>727</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 9.

<sup>728</sup> De MvT spreekt over 2010. Strikt genomen moet dit 1 december 2009 zijn. De datum van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, waarbij het Handvest officieel juridisch bindend werd; zie uitgebreid: H. de Weale, J. Krommendijk en K. Zwaan, *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland: een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

<sup>729</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 9-10.

In de nieuwe redactie van artikel 11 OLW wordt de door het Hof van Justitie gebruikte formulering van het geen gevolg geven aan een EAB gehanteerd, waarmee deze vorm van afdoening wordt onderscheiden van de toepassing van een weigeringsgrond.<sup>730</sup> Tevens is de verwijzing naar het EVRM vervangen door een verwijzing naar het HvEU.<sup>731</sup> Het toetsingsinstrument voor de overleveringsrechter is derhalve uitsluitend het Handvest.<sup>732</sup>

Het beoogde doel van de Wet herimplementatie lijkt geslaagd voor wat betreft artikel 11 OLW, in die zin dat de nieuwe bewoordingen voldoende ruimte bieden om rekening te houden met (ontwikkelingen in) de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>733</sup> Deze wijziging van artikel 11 geeft opnieuw blijk van het feit dat de rechtspraak van het Hof van Justitie doorslaggevend is voor wat betreft de ruimte om aanhoudingsbevelen in het kader van dreigende mensenrechtenschendingen te weigeren.<sup>734</sup>

Bovenstaande analyse maakt duidelijk dat het Nederlandse toetsingskader voor de weigering van EAB's in het kader van dreigende mensenrechtenschendingen, kijkend naar het gewijzigde artikel 11 OLW en de memorie van toelichting geheel samenvalt met dat van het Hof van Justitie. Dit betekent dat de Nederlandse overleveringsrechter in principe beide bronnen ten grondslag kan leggen aan zijn uitspraak: zowel artikel 11 OLW als de arresten *Aranyosi* en *Caldararu* of *LM*. Blijkens een analyse van Glerum, kiest de overleveringsrechter meestal voor dat laatste en deed hij dat reeds voordat artikel 11 OLW gewijzigd was.<sup>735</sup> Ook na de inwerkingtreding van de Wet tot wijziging van de Overleveringswet is in de rechtspraak terug te zien dat hoewel artikel 11 OLW nog wel eens wordt genoemd, de rechtbank Amsterdam nauwgezet het toetsingskader van het Hof van Justitie volgt.<sup>736</sup> In de volgende paragraaf ga ik na hoe deze *LM*-doctrine van het Hof van Justitie zich verhoudt tot de EHRM-rechtspraak in EAB-zaken, en de verdragsverplichtingen uit hoofde van artikel 6 EVRM.

## 4.2 De *LM*-doctrine en het beschermingsniveau van artikel 6 EVRM

### 4.2.1 Relativering van de exclusiviteit van het Luxemburgse toetsingskader

Met het volgen van de *LM*-doctrine hanteert de Nederlandse overleveringsrechter een toetsingskader waarover al lange tijd ongenoegen bestaat.<sup>737</sup> Het vereisen van een concrete toets is menig auteur een doorn in het oog omdat het Hof daarmee impliceert dat algemene rechtsstatelijk gebreken niet

---

<sup>730</sup> Voor weigeren wordt in de wet de term 'niet toestaan' gebruikt; *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 13. Is aan de aangehaalde maatstaf voldaan, dan luidt het (uiteindelijke) dictum dat aan het EAB 'geen gevolg dient te worden gegeven' (art. 11 lid 1 (nieuw) jo. art. 28 lid 3 (nieuw) OLW; Glerum, *NTS* 2021/76, p. 291.

<sup>731</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 9, 13.

<sup>732</sup> Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021. N.B. zie par. 4.2.1. over de werking van artikel 52 lid 3 HvEU.

<sup>733</sup> Ook al verwijst de nieuwe bepaling niet naar het criterium van de kern van niet-absolute grondrechten en maakt zij geen melding van tweestappentoets; Glerum, *NTS* 2021/76, p. 291.

<sup>734</sup> Althans geen gevolg hieraan te geven, hetgeen neerkomt op *de facto* weigering van het AEB; Zie H. van der Wilt annotatie bij HvJ EU 5 april 2016, gev. zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, *EHRC* 2016/157, par. 6; zie tevens Veldt-Foglia, *NtEr* 2016/8, p. 265.

<sup>735</sup> Glerum, in: T&C Internationaal Strafrecht 2021; Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 90-91; Ook al deed de verdediging een beroep op artikel 11 (oud) OLW in samenhang met een bepaling van het EVRM, dan reageerde de rechtbank met een verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie en naar de relevante bepaling van het Handvest; Glerum, *NTS* 2021/76, p. 291. Zie bijv. Rb. Amsterdam 22 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2673; Rb. Amsterdam 30 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3206; Rb. Amsterdam 7 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3411. Artikel 11 OLW was in zijn ogen dan ook een dode letter; Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 91.

<sup>736</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak: Rb. Amsterdam 21 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5153; Rb. Amsterdam 11 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6847.

<sup>737</sup> Zie hiervoor uitgebreid Hoofdstuk 2 par 2.4.3.

automatisch ook een reëel gevaar voor de opgeëiste persoon in het leven kunnen roepen.<sup>738</sup> De beoordeling van een dreigende schending van het recht op een eerlijk proces conform artikel 47 HvEU of 6 EVRM vraagt volgens critici bij uitstek om een abstracte toetsing.<sup>739</sup> Uit de prejudiciële vragen van verscheidene overleveringsrechters, kan worden afgeleid dat ook zij moeite hebben met het huidige toetsingskader waarvan de concrete toets onderdeel uitmaakt.<sup>740</sup>

Op het eerste gezicht lijkt het hanteren van een ander toetsingskader – inhoudende een strenger beschermingsniveau – echter niet mogelijk. In het arrest *Melloni* deed het Hof van Justitie uitspraak over de verhouding tussen nationaalrechtelijke grondrechtenbescherming en de plicht tot overlevering. Het Hof bepaalde daarin dat lidstaten als uitvoerende lidstaat geen aanvullend, strenger nationaal beschermingsniveau mogen toepassen.<sup>741</sup> Grondrechtelijk uitzonderingen worden door het Hof enkel aanvaard uit hoofde van Unierechtelijke grondrechten en op basis van een door het Hof van Justitie gegeven toetsingskader.<sup>742</sup> Derhalve voorziet artikel 1 lid 3 Kaderbesluit gelezen in samenhang met artikel 47, tweede alinea, Handvest, in een volledige harmonisatie van het beschermingsniveau inzake het recht op een onafhankelijk gerecht in de uitvaardigende lidstaat.<sup>743</sup> Deze *Melloni*-doctrine lijkt vanuit Nederland geenszins te worden bestreden, zoals het Duitse Bundesverfassungsgericht dat bijvoorbeeld wel doet.<sup>744</sup>

In tegenstelling tot nationale grondrechtenbepalingen kan het Hof van Justitie onmogelijk voorbij gaan aan de verdragsnormen uit het EVRM. Artikel 52, lid 3 van het Handvest bepaalt immers dat voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door het verdrag aan zijn toegekend. Artikel 6 EVRM en bijbehorende rechtsspraak van het EHRM vormen derhalve het minimumniveau van bescherming dat het Hof van Justitie in aanmerking moet nemen.<sup>745</sup> De lidstaten van de EU zijn bovendien in hun hoedanigheid als verdragspartij gebonden aan de verdragsverplichtingen uit hoofde van het EVRM, ook in de uitvoering van het kaderbesluit, bij de behandeling van EAB's.<sup>746</sup> Het onderzoeken van de toelaatbaarheid van de overlevering aan Polen in

---

<sup>738</sup> Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27; zie tevens Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190, p. 590: 'Een fundamentele (kritiek)punt is dat het HvJ impliciet de vaststelling van A-G Tachev onderschrijft dat een eerlijk proces mogelijk is in het concrete geval, ook als de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als geheel onder druk staat.'; zie ook Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28.

Ook wanneer structurele gebreken met betrekking tot de rechterlijke onafhankelijkheid alsmat verergeren is dat als zodanig niet voldoende om de tenuitvoerlegging van een EAB te weigeren; Zie laatstelijk HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72 (*X & Y*), m.nt. S.M.A. Lestrade; Frackowiak-Adamksa, *Common Market Law Review* 2022/59, p. 128-129.

<sup>739</sup> Zie bijvoorbeeld: Gremmelprez, *SEW* 2019/182, p. 514.

<sup>740</sup> Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 31 juli 2020, 13/751021-20, ECLI:NL:RBAMS:2020:2938, ECLI:NL:RBAMS:2020:1896, ECLI:NL:RBAMS:2020:3776, *NJFS* 2020/300, r.o. 21 e.v. & 28 e.v. (tweede en derde prejudiciële vraag).

<sup>741</sup> HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, par. 60 (*Melloni*). Zie tevens HvJ EU 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 192 (*Advies 2/13*); Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 617-618.

<sup>742</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 617-618. HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, par. 60 (*Melloni*). Zie tevens HvJ EU 18 december 2014, A-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, par. 192 (*Advies 2/13*).

<sup>743</sup> Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 85.

<sup>744</sup> Zie hiervoor: BverfG 15 december 2015, 2 BvR 2735/14 (*Solange-III*) par. 78, 82-83; zie tevens Hong, *EuConst* 12 (2016), p. 551-552. Een gelijksoortige uitspraak hoeft van de Hoge Raad uiteraard niet te worden verwacht, vanwege het toetsingsverbod ex. art. 120 GW.

<sup>745</sup> Dat wordt ook benoemd in de memorie van toelichting bij de herimplementatie van het Kaderbesluit: *Kamerstukken II* 2019/20, 35 535, nr. 3, p. 9-10. zie tevens Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 83. Een ruimere bescherming door het recht van de Unie sluit artikel 52 HvEU uiteraard niet uit.

<sup>746</sup> Callewaert, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2021, p. 105, 106. Dat de verdragsverplichtingen uit hoofde van het EVRM aan uitlevering en overlevering in de weg kunnen staan is al lang geleden uitgemaakt door het Straatburgse hof, zie: EHRM 7 juli 1989, 14038/88, (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*). Voor de overlevering zie het recentere: EHRM 17 april 2018, 21055/11 (*Pirozzi t. België*); welk arrest hieronder nog wordt besproken.

het licht van artikel 6 EVRM, is daarom zeer relevant. De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa heeft de lidstaten hier in 2020 zelfs expliciet toe opgeroepen.<sup>747</sup>

In onderstaande paragraaf ga ik in op de vraag of het Hof van Justitie met het arrest *LM* en navolgende jurisprudentie is afgeweken van de rechtspraak van het Straatsburgse Hof en daarmee is gezakt tot onder het minimumniveau van bescherming dat het Hof van Justitie in aanmerking moet nemen.<sup>748</sup> Dat vergt een nadere bestudering van de rechtspraak van het EHRM in EAB-zaken. Het zogeheten *Bosphorus*-vermoeden lijkt daarin een centrale rol te vervullen en behandel ik dan ook als eerste.

#### 4.2.2 Het Bosphorus vermoeden - wederzijds vertrouwen tussen Straatsburg en Luxemburg

Bij de belangenafweging tussen het waarborgen van grondrechten van de verdachte en het behouden van een effectieve strafrechtelijke samenwerking binnen de EU, nemen de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen een belangrijke positie in. Het EHRM heeft het belang van deze beginselen binnen het Unierecht erkent, bijvoorbeeld in het arrest *Avotiņš tegen Letland*. Het EHRM is: ‘mindful of the importance of the mutual recognition mechanisms (...) and of the mutual trust which they require’.<sup>749</sup> Tegelijkertijd is het Straatsburgse hof ook kritisch geweest en heeft het gewaarschuwd dat: ‘limiting to exceptional cases the power of the State in which recognition is sought to review the observance of fundamental rights by the State of origin of the judgment could, in practice, run counter to the requirement imposed by the Convention’.<sup>750</sup>

Ondanks deze kritische houding, laat het EHRM ruimte voor het goed functioneren van het beginsel van wederzijdse erkenning.<sup>751</sup> Dat doet het door middel van het zogeheten Bosphorus-vermoeden (ook wel vermoeden van gelijkwaardige bescherming).<sup>752</sup> Dit houdt kort gezegd in dat het EHRM ervan uitgaat dat EVRM-verplichtingen niet zijn geschonden bij de uitvoering van Unierecht tenzij sprake is van een kennelijke tekortkoming.<sup>753</sup> Indien de Bosphorus-veronderstelling van toepassing is, zal het EHRM niet toetsen of de nationale rechter wel over zijn grenzen heen heeft gekeken naar de mensenrechtensituatie in een andere staat, het veronderstelt immers dat het EVRM niet is geschonden. De Bosphorus-veronderstelling ziet dus primair op de toetsingsintensiteit van het EHRM en niet op wat het EHRM verwacht van nationale rechters. Toch heeft het EHRM zich in *Avotiņš tegen Letland* ook daarover uitgelaten en geoordeeld dat vanwege het feit dat het Bosphorus-vermoeden weerlegd kan worden, nationale rechters verplicht zijn om een klacht dat een andere lidstaat de EVRM-rechten van de klager zal schenden te onderzoeken indien: ‘a serious and substantiated complaint is raised before them to the effect that the protection of a Convention right has been manifestly deficient and that this situation cannot be remedied by European Union law’.<sup>754</sup>

---

<sup>747</sup> Resolutie 2316 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (28 januari 2020), *The functioning of democratic institutions in Poland*, par. 12.

<sup>748</sup> Glerum is mij hierin reeds voorgegaan, zie: Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07, p. 83.

<sup>749</sup> EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207 (*Avotiņš t. Letland*), par. 113; Glas 2019, p. 65.

<sup>750</sup> EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207 (*Avotiņš t. Letland*), par. 114.

<sup>751</sup> Glas 2019, p. 66.

<sup>752</sup> Het EHRM stelt de indringendheid van zijn eigen toetsing afhankelijk van een vermoeden over gelijkwaardige bescherming. Interessant in dit kader is de *Solange (II)* jurisprudentie van het Duitse Bundesverfassungsgericht waarin eerder een soortgelijke systematiek werd gecreëerd: ‘The first condition that limits the application of the primacy principle was developed in the *Solange II* judgment, mentioned above. The Bundesverfassungsgericht refrains from reviewing national measures that are fully determined by EU law in light of the Basic Law, so long as the EU standard of fundamental rights protection is essentially comparable to that of the Basic Law.’ Zie hiervoor Rauegger 2018, p. 98.

<sup>753</sup> Vertaald: ‘manifestly deficient’; J. Krommendijk, annotatie bij EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91, (*Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*) par. 2.

<sup>754</sup> Glas 2019, p. 71-72. EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523 JUD001750207 (*Avotiņš t. Letland*), par. 116.



De toepasselijkheid van het Bosphorus-vermoeden is door het EHRM gekoppeld aan twee voorwaarden.<sup>755</sup> Ten aanzien van het EU-lidmaatschap houden deze voorwaarden het volgende in. Ten eerste kan het vermoeden alleen van toepassing zijn indien de EU-lidstaat niets meer doet dan het ten uitvoerleggen van het Unierecht.<sup>756</sup> De staat wiens handelen ter discussie staat mag dus geen discretionaire bevoegdheid of beoordelingsmarge hebben ten aanzien van de verplichtingen die hij in het kader van zijn EU-lidmaatschap vervult.<sup>757</sup> Ten tweede vereist het EHRM dat het volledige potentieel van het in het Unierecht beschikbare systeem van grondrechtenbescherming is ingezet.<sup>758</sup>

Het Europese Hof heeft zich al meermaals gebogen over de concrete invulling van deze toepassingsvoorwaarden in EAB-zaken. Het eerste gebruik van de Bosphorus-doctrine in de context van strafrechtelijke samenwerking in de EU en meer specifiek het EAB, kwam met het arrest *Pirozzi*.<sup>759</sup> Met betrekking tot de eerste voorwaarde oordeelde het hof in *Pirozzi* dat er voor de EU-lidstaten in het kader van het KEAB geen discretie bestaat.<sup>760</sup> Ook in de meer recente zaak *Bivolaru & Moldovan* oordeelt het Hof dat hoewel aan de uitvoerende rechterlijke autoriteiten in EAB-zaken toch een zekere beoordelingsvrijheid toekomt, er geen sprake is van ‘an autonomous margin of manoeuvre of such a nature as to cause the non-application of the presumption of equivalent protection’.<sup>761</sup> Het EHRM overweegt dat deze beoordeling door rechterlijke autoriteiten immers strikt wordt uitgeoefend binnen de door het Hof van Justitie uiteengezette kaders; namelijk de tweetrapstoets uit *Aranyosi*.<sup>762</sup> Ik ben met Ouwerkerk van mening dat deze redenering ook zal opgaan met betrekking tot de ruimte voor weigering van EAB’s in verband met een dreigende schending van het recht op een eerlijk proces in de uitvaardigende lidstaat.<sup>763</sup> Het is immers zeer aannemelijk dat ook het toetsingskader uit *LM* (aangevuld en verduidelijkt in *L en P* en *X en Y*) resulteert in de afwezigheid van een autonome manoeuvreerruimte voor lidstaten, waardoor voldaan is aan de eerste voorwaarde voor vaststelling van het vermoeden van gelijkwaardige bescherming. In dit soort EAB-zaken lijkt het van toepassing zijn van de eerste voorwaarde van het Bosphorus-vermoeden derhalve een gegeven.<sup>764</sup>

In het hierboven reeds benoemde arrest *Bivolaru & Moldovan* van eind maart 2021 geeft het EHRM ook meer duidelijkheid over de tweede Bosphorus-voorwaarde, waar het in *Pirozzi* aan voorbijging.<sup>765</sup> Voor de vraag of het volledige potentieel van het in het Unierecht beschikbare systeem van grondrechtenbescherming is ingezet, blijkt het procesverloop in de EAB-zaak erg relevant. Zo is het van belang of er door nationale rechterlijke autoriteiten prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof

---

<sup>755</sup> Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 566.

<sup>756</sup> EHRM 30 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698, (*Bosphorus t. Ierland*) par. 155-156.

<sup>757</sup> Mancano, *Revista General de Derecho Europeo* 2022, vol. 56, p. 212, zie tevens Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 621; Glas 2019, p. 70; EHRM 30 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698 (*Bosphorus t. Ierland*), par. 156; EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE: ECHR:2016:0523JUD 001750207 (*Avotiņš t. Letland*), par. 116.

<sup>758</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 621; Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 567. Zie tevens Mancano, *Revista General de Derecho Europeo* 2022, vol. 56, p. 212; Glas 2019, p. 70; EHRM 30 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698 (*Bosphorus t. Ierland*), par. 155-156.

<sup>759</sup> Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 567. Zie tevens Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 620. EHRM 17 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, par. 62 (*Pirozzi t. België*);

<sup>760</sup> Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 567. Zie tevens: J. Krommendijk, annotatie bij EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91, par. 4; Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 621. EHRM 17 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, par. 62 (*Pirozzi t. België*): ‘(...) lorsque les mécanismes de reconnaissance mutuelle obligent le juge à présumer le respect suffisant des droits fondamentaux par un autre État membre. Ainsi que le prévoit la décision-cadre relative 41 au MAE, le juge national se verrait alors privé de son pouvoir d’appréciation, ce qui entraînerait une application automatique de la présomption d’équivalence (...)’

<sup>761</sup> EHRM 25 maart 2021, nrs. 40324/16 & 12623/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91 (*Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*), r.o. 114.

<sup>762</sup> EHRM 25 maart 2021, nrs. 40324/16 & 12623/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91 (*Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*), r.o. 114; Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 567; Callewaert p. 108; J. Krommendijk, annotatie bij EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91, par. 4.

<sup>763</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 621.

<sup>764</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 621.

<sup>765</sup> Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 567.

van Justitie, al dan niet op verzoek van de klager/opgeëiste persoon.<sup>766</sup> In de zaak *Bivolaru* had het Franse Hof van Cassatie geen vragen aan het Hof van Justitie gesteld ondanks een verzoek daartoe van klager en terwijl ten aanzien van deze rechtsvraag nog geen Luxemburgse jurisprudentie bestond. Hierdoor was volgens het EHRM de tweede voorwaarde niet vervuld en derhalve was het Bosphorus-vermoeden niet van toepassing.<sup>767</sup> Met betrekking tot *Moldovan* daarentegen, oordeelt het Europese Hof juist – in lijn met het eerdere arrest *Avotiņš*<sup>768</sup> – dat het volledige potentieel van het toezichtsmechanismen van de EU wel was ingezet omdat zich geen ernstige moeilijkheden met de uitleg van het Unierecht voordeden gezien de voorhanden zijnde HvJ EU-rechtspraak.<sup>769</sup> Daarbij refereert het Hof aan het arrest *Aranyosi*.<sup>770</sup>

De rechtspraak van het Europese Hof met betrekking tot de tweede voorwaarde van het Bosphorus-vermoeden laat zien dat de uitkomst van geval tot geval kan verschillen.<sup>771</sup> Desalniettemin lijkt het aannemelijk dat ook in EAB-zaken waarbij wordt gewezen op een dreigende schending van artikel 6 EVRM jo. 47 HvEU, aan deze tweede voorwaarde is voldaan. Het ligt immers in de rede dat het EHRM hierbij dezelfde redentatie uit *Moldovan* of *Avotiņš* hanteert, wijzend op het bestaan van uitgebreide HvJ EU-rechtspraak in zaken als *LM, L & P* en *X & Y*. In dat geval kan worden geoordeeld dat aan de tweede voorwaarden van het Bosphorus-vermoeden is voldaan, ook al zijn er geen prejudiciële vragen gesteld door de uitvoerende rechterlijke autoriteit.

Samenvattend heeft het EHRM met het Bosphorus-vermoeden een mechanisme in het leven geroepen dat in zijn werking grote overeenkomsten vertoont met het beginsel van wederzijds vertrouwen.<sup>772</sup> Het Europese Hof meet zich met de Bosphorus-doctrine een mate van terughoudendheid aan om te voorkomen dat het in de lastige positie komt waarbij het Unierecht inhoudelijk moet toetsen en het zich daarmee boven het Hof van Justitie plaatst.<sup>773</sup> Tegelijkertijd, zo blijkt onder meer uit de uitspraak *Moldovan*, is het EHRM bereid om indringend te toetsen of er in specifieke gevallen reden is dit vermoeden van gelijkwaardige bescherming te weerleggen. In de zaak *Moldovan* oordeelt het hof dat dat het geval is. Er is sprake van een kennelijke tekortkoming omdat de Franse rechter grondiger had moeten toetsen of overlevering naar Roemenië kon plaatsvinden in het licht van de detentieomstandigheden aldaar.<sup>774</sup> Meer in zijn algemeenheid betekent het Bosphorus-vermoeden in de context van de overlevering dat handelingen ter uitvoering van de regeling van het EAB als zodanig

---

<sup>766</sup> J. Krommendijk, annotatie bij EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91, par. 6; In Bosphorus bepaalde het EHRM nog dat deze voorwaarde niet was vervuld wanneer een nationale rechter een vraag over de uitleg van het Unierecht niet middels de prejudiciële procedure aan het HvJ voorlegt wanneer het HvJ zich nog niet heeft gebogen over deze kwestie; EHRM 30 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698, *AB* 2006/273, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik, (*Bosphorus t. Ierland*) par. 164. In Michaud oordeelde het EHRM dat de Bosphorus-presumptie niet van toepassing was omdat de Franse Raad van State een besluit had genomen zonder vragen te verwijzen naar het HvJ; EHRM 6 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, *EHRC* 2013/91 m.nt. Ölçer, (*Michaud t. Frankrijk*) par. 110.

<sup>767</sup> J. Krommendijk, annotatie bij EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91, par. 6; EHRM 25 maart 2021, nrs. 40324/16 & 12623/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91 (*Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*) m.nt. Krommendijk, r.o. 131.

<sup>768</sup> Het EHRM benadrukte dat verwijzing niet noodzakelijk is wanneer het duidelijk is hoe het Unierecht moet worden uitgelegd. De hoogste rechters zijn namelijk niet verplicht om vragen te stellen op grond van de CILFIT-uitzonderingen *acte clair* en *acte éclairé*; J. Krommendijk, annotatie bij EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91, par. 5; EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207 (*Avotiņš t. Letland*), par. 109.

<sup>769</sup> Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 567.

<sup>770</sup> EHRM 25 maart 2021, nrs. 40324/16 & 12623/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91 (*Bivolaru en Moldovan t. Frankrijk*) m.nt. Krommendijk, r.o. 113, 115. Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 622, Zie tevens J. Krommendijk, annotatie bij EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91, par. 6; Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 567.

<sup>771</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 621.

<sup>772</sup> Zie oordeelt ook Callewaert: Callewaert, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2021, p. 108.

<sup>773</sup> Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 568.

<sup>774</sup> Bij het accepteren van bemoeienis uit Straatsburg helpt het feit dat het Hof van Justitie zelf concessies heeft gedaan ten aanzien van de werking van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen, ten gunste van grondrechten en het EVRM. Het automatiseren van deze beginselen is enigszins losgelaten, zoals blijkt uit uitspraken als *Aranyosi* en *C.K.*; Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196, p. 568. Zie tevens Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 625.

vermoed worden EVRM-conform te zijn. Slechts wanneer de rechtsbescherming kennelijk tekortschiet, kan dat anders zijn en wordt het vertrouwen in het EVRM-conform handelen weerlegd.<sup>775</sup>

#### 4.2.3 Het Toetsingskader van het EHRM in EAB-zaken: convergentie en divergentie met de toetsingsmaatstaf van het Hof van Justitie

Wat impliceert het bovenstaande voor de Nederlandse overleveringsrechter? De rechtspraak van het EHRM in overleveringszaken - waarbij het Bosphorus-vermoeden immer een rol speelt - is relevant in het kader van de toelaatbaarheid van de overlevering; ook die naar Polen. Omdat het Bosphorus-vermoeden weerlegbaar is, kan niet worden uitgesloten dat een uitvoerende lidstaat door het toestaan van de overlevering grondrechten uit het EVRM schendt. En hoewel het vermoeden primair ziet op de mate van toetsing door het EHRM zelf, impliceert het volgens het Europese Hof ook dat nationale rechters verplicht zijn om een klacht dat een andere lidstaat de EVRM-rechten van de klager zal schenden te onderzoeken indien: ‘a serious and substantiated complaint is raised before them to the effect that the protection of a Convention right has been manifestly deficient and that this situation cannot be remedied by European Union law’.<sup>776</sup> De Nederlandse overleveringsrechter kan zich, ondanks dat een wederzijds erkenningsmechanisme van toepassing is, dus niet onttrekken aan de verplichting om over grenzen heen te kijken; zij het dat aan bepaalde drempelwaarden moet worden voldaan, onder meer door de klager.<sup>777</sup>

Tegelijkertijd is de aandacht voor het Bosphorus vermoeden in de rechtspraak van het EHRM opmerkelijk in zaken waarbij specifiek artikel 6 EVRM in het geding is. De maatstaf of dit vermoeden kan worden weerlegd, is namelijk gelijk aan de maatstaf die het Straatsburgse hof gebruikt om te bepalen of het overbrengen van een persoon (en dus niet specifiek het overleveren) naar een andere staat is toegestaan in het licht van artikel 6 EVRM.<sup>778</sup> Wanneer sprake is van een kennelijk of flagrante schending van artikel 6 EVRM, heeft dit in uitzettings-, uitleverings- of overleveringszaken dezelfde consequentie; zij het via een andere weg:

- Wanneer een klager opkomt tegen zijn uitzetting of uitlevering, moet alleen wanneer sprake is van een (dreigende) flagrante schending van artikel 6 EVRM, worden afgezien van het overbrengen van de desbetreffende persoon naar de andere staat.<sup>779</sup>
- Wanneer sprake is van een kennelijke/flagrante schending van artikel 6 EVRM, maakt dit dat in overleveringszaken het Bosphorus-vermoeden van gelijkwaardige bescherming wordt weerlegd, waarna tevens moet worden afgezien van de overbrenging van een persoon.<sup>780</sup>

<sup>775</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 620.

<sup>776</sup> Glas 2019, p. 71-72. EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207 (*Avotiņš t. Letland*), par. 114, 116.

<sup>777</sup> Glas 2019, p. 72. Het EHRM stelt zowel eisen aan de klacht (“serious and substantiated” of “serious”) als aan het gebrek aan bescherming (“manifestly deficient”); EHRM 23 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0523JUD001750207, (*Avotiņš t. Letland*) par. 116. Tevens: EHRM 17 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, (*Pirozzi t. België*) par. 63-64).

<sup>778</sup> Glas 2019, p. 78.

<sup>779</sup> Zie bijvoorbeeld: EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888 (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*), par. 113; EHRM 4 februari 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0204JUD004682799 (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*), EHRC 2005/32, m.nt. Rieter, par. 88.

<sup>780</sup> Glas 2019, p. 78. Dat de maatstaf of het Bosphorus-vermoeden weerlegt kan worden (*manifestly deficient protection*) is gelijk te stellen aan de maatstaf of de overbrenging van een persoon überhaupt moet worden geweigerd (*a flagrant denial of justice*) is goed te zien in de zaak *Pirozzi*: ‘Ces éléments suffisent à la Cour pour constater qu’en l’espèce la mise en œuvre du MAE par les juridictions belges n’était pas entachée d’une *insuffisance manifeste susceptible de renverser la présomption de protection équivalente* dont bénéficient tant le système du MAE tel que défini par la décision-cadre et précisé par la jurisprudence de la CJUE que sa mise en œuvre par le droit belge et dans le cas particulier du requérant. Pour les mêmes raisons, la Cour conclut que la remise du requérant aux autorités italiennes ne saurait être considérée comme étant basée sur

Omdat het EHRM dezelfde maatstaf gebruikt in overleveringszaken als in zaken waarin het Bosphorus-vermoeden geen rol speelt, wordt het gegeven dat het Bosphorus-vermoeden van toepassing is in artikel 6 EVRM EAB-zaken irrelevant.<sup>781</sup> De overleveringsrechter kan derhalve ‘gewoon’ nagaan of de betrokkene in de staat van bestemming wordt blootgesteld aan een reëel gevaar van een ‘flagrant denial of justice’ waardoor de overlevering in strijd is met artikel 6 EVRM.<sup>782</sup>

Volgens vaste EHRM-rechtspraak gaat het bij een dergelijke flagrante schending in relatie tot artikel 6 EVRM niet om een nauwkeurig bepaald begrip.<sup>783</sup> ‘What is required is a breach of the principles of fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article’.<sup>784</sup> Volgens A-G Tanchev biedt de rechtspraak van het Straatsburgse Hof steun voor de opvatting dat een schending van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht een ‘flagrant denial of justice’ oplevert.<sup>785</sup> Hierdoor zit er volgens Glas en Glerum weinig licht tussen de Luxemburgse en Straatsburgse criteria.<sup>786</sup> Het Hof van Justitie stelt immers dat een dreigende schending van het recht op een onafhankelijk gerecht in elk geval een overleveringsbeletsel oplevert, omdat het een aantasting vormt van de kern van het grondrecht op een eerlijk proces.<sup>787</sup> Hiermee lijkt het Hof zeer dicht in de buurt gebleven bij het EHRM-criterium ‘flagrant denial of justice’ waarbij het EHRM spreekt van een ‘nullification of the very essence’ van dat recht.<sup>788</sup> De bescherming die het criterium van het Hof van Justitie biedt, lijkt in elk geval niet in strijd te komen met de bescherming die het criterium van het EHRM geeft.<sup>789</sup> Overigens wordt het idee dat het Hof van Justitie met deze maatstaf een ruimer beschermingsniveau heeft geïntroduceerd tevens tegengesproken.<sup>790</sup>

Waarin de twee toetsingskaders wel verschillen, is de wijze waarop deze schending moet worden vastgesteld. Callewaert spreekt in dit kader van een verschil in methodologie.<sup>791</sup> Het Hof van Justitie vereist voor een schending van de kern van het recht op een eerlijk proces expliciet systeemfouten.<sup>792</sup> Dat komt naar voren in de tweestappentoets waarin de vaststelling van het reëel gevaar voor de opgeëiste persoon wordt voorafgegaan door een algemene vaststelling van fundamentele of structurele

---

un procès constituant *un déni de justice flagrant*’ EHRM 17 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, (*Pirozzi t. België*) par. 71 [mijn cursivering].

<sup>781</sup> Glas 2019, p. 78.

<sup>782</sup> EHRM 7 juli 1989, 14038/88, (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*); toen nog aangeduid als een ‘flagrant denial of a fair trial’; Zie voor overlevering: EHRM 17 april 2018, 21055/11 (*Pirozzi t. België*); Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 83.

<sup>783</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

<sup>784</sup> EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909, (*Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*) *EHRC* 2012/64, m.nt. Den Heijer, par. 260.

<sup>785</sup> Conclusie van 28 juni 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:517, punt 92, onder verwijzing naar EHRM 24 juli 2014, nr. 28761/11, (*Al Nashiri t. Polen*) en EHRM 31 mei 2018, nr. 33234/12, (*Al Nashiri t. Roemenië*).

<sup>786</sup> Glas 2019, p. 78.

<sup>787</sup> Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 84; Glerum, in: *T&C Internationaal Strafrecht 2021*; HvJ EU 12 februari 2019, C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108 (*TC*), punt 57

<sup>788</sup> Glerum, in: *T&C Internationaal Strafrecht 2021*; Glas 2019, p. 77-78.

<sup>789</sup> Glerum, in: *T&C Internationaal Strafrecht 2021*. (vgl. HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci*), punt 62

<sup>790</sup> Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 84.

<sup>791</sup> Callewaert, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2021, p. 111-113. Volgens Callewaert is het verschil in methodologie tussen het Hof van Justitie en het EHRM niet onbelangrijk. Identieke rechten die worden toegepast middels verschillende methoden kunnen verschillende uitkomsten opleveren, en dus een ander beschermingsniveau voor het individu in het leven roepen. Callewaert voorziet dat dit voor de opgeëiste persoon op twee fronten nadelige gevolgen kan hebben. Ten eerste in het geval dat bepaalde tekortkomingen in de bescherming van het individu niet gepaard gaan met of te kwalificeren zijn als een systemisch of algemeen gebrek. Ten tweede kan de tweestappentoets nadelig zijn omdat het bewijzen van de aanwezigheid van structurele of systemische gebreken een zware en complexe last oplevert voor het individu. Met betrekking tot de overlevering aan Polen speelt het eerste bezwaar waar Callewaert op wijst niet. De zwaarte en complexiteit van de bewijslast voor wat betreft de algemene toets lijkt ook mee te vallen vanwege de actieve houding die het Hof van Justitie hierbij vereist van de uitvoerende rechterlijke autoriteit (HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, r.o. 60 (*LM*); zie naar analogie HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 88, *EHRC* 2016/157 m.nt. H. van der Wilt (*Aranyosi en Căldăraru*). Bovendien betogen verschillende auteurs dat juist de tweede, concrete stap uit de tweestappentoets een onredelijk last neerlegt bij de opgeëiste persoon, niet de eerste; Zie hiervoor Hoofdstuk 2 par. 2.6.

<sup>792</sup> Glas 2019, p. 78.

gebreken in de uitvaardigende lidstaat.<sup>793</sup> Het EHRM vereist een dergelijke algemene toets waarin systeemfouten worden geconstateerd niet.<sup>794</sup> Het EHRM hanteert zo gezien een ‘eenstapstoets’ en hecht alleen waarde aan het individuele risico voor de opgeëiste persoon.<sup>795</sup> Het is daarbij aan de betrokkene zelf om bewijs ter onderbouwing van dat risico aan te leveren.<sup>796</sup> Overigens is het niet uit te sluiten dat het EHRM in EAB-zaken waarbij de rechterlijke onafhankelijkheid wordt betwist enige waarde hecht aan een meer institutionele analyse van de rechterlijke macht in de ontvangende staat.<sup>797</sup> Een dergelijke casus heeft zich namelijk nog niet voorgedaan bij het hof. In de EAB-zaken *Pirozzi* en *Stapleton*, waarin een beroep werd gedaan op andere onderdelen van het recht van artikel 6 EVRM<sup>798</sup>, lijkt het EHRM zich echter nadrukkelijk te richten op de feiten en omstandigheden van het individuele geval.<sup>799</sup> Voor zover het EHRM structurele gebreken in de toekomst enig gewicht toekent in dit soort zaken, lijkt het in ieder geval uitgesloten dat zij van een beslissende invloed zullen zijn op het oordeel dat met de overlevering artikel 6 EVRM wordt geschonden.<sup>800</sup>

#### *Tussenconclusie:*

De vraag of het *Bosphorus*-vermoeden van toepassing is, is voor de constatering of artikel 6 EVRM zou worden geschonden bij het doorgaan van de overlevering irrelevant.<sup>801</sup> Dat komt omdat de drempel die het EHRM heeft neergelegd om dit vermoeden te weerleggen, exact even hoog is als die waarmee het overleveren (het feitelijk overleveren, niet in de zin van het Unierecht) van een persoon aan een ander land onverenigbaar acht met artikel 6 EVRM. In feite is de maatstaf daarmee in uitleverings- en overleveringszaken hetzelfde en vormt artikel 6 EVRM slechts een overleveringsbeletsel indien er sprake is van een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces. Daarbij gaat het volgens het EHRM om een ‘nullification of the very essence’ van dat recht.<sup>802</sup>

De maatstaf van het Hof van Justitie dat overlevering moet worden geweigerd als het recht op onafhankelijke rechters als kern van het recht op een eerlijk proces wordt geschonden, ligt hier erg dicht tegenaan. Bestudering van EHRM-rechtspraak in EAB-zaken leert dat er tussen de toetsingskaders van beide hoven weinig verschillen bestaan. Het normatief kader van het EHRM, zoals dat naar voren komt in EAB-zaken, biedt dan ook geen steun voor de opvatting dat het Hof van Justitie met haar rechtspraak in overleveringszaken onder het beschermingsniveau van artikel 6

<sup>793</sup> Callewaert, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2021, p. 113.

<sup>794</sup> Glas 2019, p. 78. Zie ook Johan Callewaert, ‘Manifest deficiency in the execution of a European arrest warrant – judgment of the European Court of Human Rights in the case of Bivolaru and Moldovan v. France’, <https://johan-callewaert.eu/manifest-deficiency-in-the-execution-of-a-european-arrest-warrant-judgment-of-the-european-court-of-human-rights-in-the-case-of-bivolaru-and-moldovan-v-france/>. Zie tevens Krommendijk: Dit betekent dat het EHRM in theorie een schending zou kunnen vaststellen in een individueel geval terwijl er geen structurele grondrechtelijke problemen in een EU-lidstaat zijn; J. Krommendijk, annotatie bij EHRM 25 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0325JUD004032416, *EHRC* 2021/91, par. 3.

<sup>795</sup> Callewaert, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2021, p. 113.

<sup>796</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88; Het gaat daarbij vaak mede om rapporten van internationale organisaties of uitspraken van rechterlijke instanties.

<sup>797</sup> In eerdere jurisprudentie heeft het namelijk wel oog gehad voor de ‘general human rights situation’, maar sinds het arrest *Pirozzi* is die formulering niet meer teruggekeerd. Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 623. Verwijzend naar EHRM januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909 (*Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*), par. 187.

<sup>798</sup> Het ging respectievelijk om een veroordeling bij verstek in de uitvaardigende lidstaat en een gestelde overschrijding van een redelijk termijn, EHRM 17 april 2018, 21055/11 (*Pirozzi t. België*), r.o. 68; EHRM 4 mei 2010, Third section decision as tot the admissibility of application no. 56588/07 by Robert Stapleton against Ireland, r.o. 23.

<sup>799</sup> EHRM 17 april 2018, 21055/11 (*Pirozzi t. België*), r.o. 65-71; EHRM 4 mei 2010, Third section decision as tot the admissibility of application no. 56588/07 by Robert Stapleton against Ireland, par. 26, 29. Zie tevens Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 623.

De uitspraak in de zaak van *Stapleton* waarin het EHRM geen aandacht besteed aan het *Bosphorus*-vermoeden kan volgens Glas worden verklaard vanuit het feit dat dit vermoeden in 6 EVRM EAB-zaken irrelevant is, Glas 2019, p. 78.

<sup>800</sup> Zie wederom: Verwijzend naar EHRM januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909 (*Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*), par. 187. Een zeer algemene of institutionele benadering past ook niet bij de aard van de klachtprocedure bij het EHRM; zie Sillen, *SEW* 2021/202, p. 628

<sup>801</sup> Glas 2019, p. 78.

<sup>802</sup> Glerum, in: *T&C Internationaal Strafrecht* 2021; Glas 2019, p. 77-78.

EVRM is gedoken. Tegelijkertijd is er sprake van divergentie tussen de toetsingskaders van beide hoven, voor wat betreft de wijze waarop een (dreigende) schending van het recht op een eerlijk proces wordt vastgesteld. Het EHRM vereist hierbij immers niet, zoals het Hof van Justitie dat wel doet, dat een reëel gevaar voor het individu voortkomt uit structurele of fundamentele gebreken in de uitvaardigende staat.<sup>803</sup> Dit betekent dat voor zover een Nederlandse overleveringsrechter zou oordelen dat sprake is van een flagrante schending van 6 EVRM bij overlevering aan Polen, dit oordeel wederom zou moeten zijn gebaseerd op een concrete toetsing in het individuele geval van de opgeëiste persoon. Een mogelijkheid om de overlevering naar Polen systematisch te weigeren is er in dat geval niet. Daarvoor biedt de EHRM-rechtspraak in EAB-zaken geen steun. Het creëren van enkele standaardoverwegingen met betrekking tot de Poolse rechtsstaat waarbij men zich uiteindelijk toespitst op de opgeëiste persoon in kwestie lijkt zo bezien het hoogst haalbare resultaat voor de Nederlandse overleveringsrechter. Maar dat is bij uitstek iets waar het toetsingskader van het Hof van Justitie – inhoudende een tweestappentoets – reeds ruimte voor bood.

#### 4.3 De toevlucht tot EHRM-rechtspraak inzake rechterlijke onafhankelijkheid

De uitwerking van de toetsingskaders van het HvJ EU en het EHRM verschillen dus nauwelijks.<sup>804</sup> En voor zover sprake is van divergentie heeft dat betrekking op het feit dat het EHRM in zijn toetsingskader geen waarde hecht aan het bestaan van systematische tekortkomingen, ook al is het wel aannemelijk dat er binnen de EU-lidstaten alleen een kennelijke schending zal optreden wanneer er systeemfouten bestaan.<sup>805</sup> Omdat het EHRM een toetsingskader hanteert gericht op de individuele klager kan de kritiek dat een concrete toets moet worden losgelaten geen kracht worden bijgezet door te wijzen naar EHRM-rechtspraak. De vraag rijst dan ook of er niets is in het normatief kader van het Straatsburgse Hof waarmee kan worden onderbouwd dat overlevering naar Polen in zijn algemeenheid ontoelaatbaar is.

Een aanwijzing dat dat wellicht toch het geval is, is te vinden in een artikel van Verrest uit mei 2021 dat is geschreven naar aanleiding van het arrest *L & P* waarin het Hof van Justitie opnieuw vasthield aan de tweestappentoets uit *LM*. In deze bijdrage stelt Verrest de vraag of het Hof met dat arrest wellicht te streng (strenger dan het EHRM bijvoorbeeld) vasthoudt aan een beoordeling van de feiten en omstandigheden strikt in het individuele geval en of de aantasting van de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen niet tot de conclusie moet leiden dat verdachten die worden overgeleverd aan Polen geen eerlijk proces door een onafhankelijke rechter te wachten staat. Is er sprake van een innerlijke tegenstrijdigheid in de rechtspraak van het Hof van Justitie omdat het in zaken anders dan overleveringszaken wel schendingen ten aanzien van de rechterlijke onafhankelijkheid heeft vastgesteld?<sup>806</sup>

Verrest stelt dat er twee invalshoeken zijn van waaruit een antwoord op deze vragen kan worden geformuleerd. De eerste invalshoek is die van de mensenrechtenexceptie in relatie tot het recht op een eerlijk proces, zoals in bovenstaande paragraaf reeds behandeld aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het EHRM in EAB-zaken.<sup>807</sup> De tweede invalshoek betreft de inhoud van het recht op een onafhankelijke rechter, ex. artikel 6 EVRM als equivalent van artikel 47 tweede alinea

---

<sup>803</sup> Noch kan uit de bestaande EHRM-rechtspraak worden afgeleid dat het EHRM in EAB-zaken rechterlijke onafhankelijkheid op een meer institutionele wijze benadert.

<sup>804</sup> Glas 2019, p. 78.

<sup>805</sup> Glas 2019, p. 78.

<sup>806</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87.

<sup>807</sup> In het stuk van Verrest is de volgorde overigens omgekeerd, hij behandelt eerst de invalshoek die ziet op de inhoud van het recht op een onafhankelijk gerecht; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

HvEU. Hierbij dient de rechtspraak van het EHRM over rechterlijke onafhankelijkheid als een soort spiegel voor de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>808</sup> Verrest schetst ten aanzien van deze invalshoek een stappenplan dat kan worden gevolgd. Ten eerste dient te worden vastgesteld dat het recht op een onafhankelijke rechter is geschonden. Vervolgens moet dit oordeel worden veralgemeniseerd ten aanzien van de gehele (straf)rechtspraak. Tot slot moet dit er volgens Verrest noodzakelijkerwijs toe leiden dat er ook consequenties zijn voor het individuele geval van een aan de desbetreffende lidstaat over te leveren persoon. In dat geval behoeft deze laatste stap geen nadere toetsing meer van een reëel gevaar van blootstelling aan schending van het recht op een eerlijk proces in het concrete geval.<sup>809</sup> Verrest biedt hiermee de bouwstenen voor een betoog waarmee de tweestappentoets terzijde kan worden geschoven onder verwijzing naar de verdragsverplichtingen uit hoofde van artikel 6 EVRM. Hieronder geef in invulling aan dit stappenplan aan de hand van de meest actuele stand van zaken wat betreft de rechterlijk onafhankelijkheid in Polen.

#### 4.3.1 Schending(en) van het recht op een onafhankelijke rechter door Polen

Voor de vaststelling van een schending van het recht op een onafhankelijke rechter moeten de concrete aspecten van rechterlijke onafhankelijkheid worden nagelopen die in de rechtspraak van het EHRM naar voren komen. Het gaat daarbij volgens vaste rechtspraak van het EHRM om: de wijze van benoeming, de duur van de aanstelling, het bestaan van waarborgen tegen externe druk, en de vraag of het betrokken rechterlijke orgaan een indruk van onafhankelijkheid geeft.<sup>810</sup> Met betrekking tot enkele van deze aspecten belicht ik in onderstaande paragraaf de relevante ontwikkelingen en uitspraken die van toepassing zijn op Polen.<sup>811</sup>

##### *De wijze van benoeming*

Ten eerste is de wijze van benoeming van rechters relevant. Het EHRM heeft bepaald dat benoeming van rechters door de uitvoerende macht of door het parlement geen aantasting van de onafhankelijkheid vormt, als er voldoende waarborgen voor onafhankelijkheid in de procedure zijn opgenomen (bijvoorbeeld voorafgaande selectie door een onafhankelijk orgaan).<sup>812</sup> Met betrekking tot dit aspect verwijst Verrest in zijn analyse naar de toen nog aanhangige zaak *Reczkowicz*.<sup>813</sup> Inmiddels is er arrest gewezen in die zaak en maakt *Reczkowicz* onderdeel uit van een reeks relevante arresten betreffende de benoemingsprocedures van verschillende Poolse rechters.<sup>814</sup> Specifiek *Reczkowicz* had betrekking op de benoeming van rechters tot de Poolse tuchtkamer bij het Hooggerechtshof. De onregelmatigheden in de benoemingsprocedure van leden tot deze tuchtkamer leverden volgens het

---

<sup>808</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87.

<sup>809</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

<sup>810</sup> Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 juni 1984, nrs. 7819/77 & 7878/77, ECLI:CE:ECHR:1984:0628JUD000781977, (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 78; Of EHRM 3 juni 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0303JUD005472300, (*Brudnicka e.a. t. Polen*) par. 38; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

<sup>811</sup> Volgens Verrest kan de rechtspraak van het Hof van Justitie in de inbreukprocedures en naar aanleiding van de prejudiciële vragen ook worden gebruikt bij deze vaststelling of artikel 6 EVRM is geschonden, evenals grieven genoemd in het kader van de artikel 7-procedure of andere *rule of law*-mechanismen; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

<sup>812</sup> EHRM 18 juli 2013, nrs. 2312/08 en 34179/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD000231208, (*Maktouf en Damjanovic t. Bosnië Herzegovina*) r.o. 49.

<sup>813</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87.

<sup>814</sup> Het EHRM past in al deze arresten steeds de in het Ástráðsson-arrest gecreëerde driestapstoets toe. Zie EHRM 1 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418 (*Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland*).

hof een schending van artikel 6 lid 1 EVRM op.<sup>815</sup> De Poolse tuchtkamer kan hierom volgens het EHRM niet als onafhankelijk worden gekwalificeerd.<sup>816</sup>

In totaal zijn er – met inbegrip van *Reczkowicz* – drie arresten gewezen door het EHRM waarin de betrokkenheid van de nieuw gevormde KRS leidde tot het oordeel dat desbetreffende rechtscolleges geen bij wet ingesteld gerecht vormen die tevens niet als onafhankelijk kunnen worden beschouwd.<sup>817</sup>

Het meest scherpe oordeel in deze reeks velt het EHRM in de zaak *Advance Pharma tegen Polen*. Hierin herhaalt het EHRM allereerst dat de KRS in haar nieuwe samenstelling niet onafhankelijk is<sup>818</sup> en dat diens betrokkenheid bij de benoemingen van rechters resulteert in ongepaste beïnvloeding door de wetgevende en uitvoerende macht.<sup>819</sup> In haar slotoverweging benadrukt het hof dat de vastgestelde schending van het recht op een onafhankelijk bij wet ingesteld gerecht – het ging in concreto om de civiele kamer bij het Hooggerechtshof – het inherente gevolg is van de wetswijziging waarmee de rechterlijke macht de bevoegdheid verloor om leden te benoemen tot de KRS. Het EHRM sorteert voor op nieuwe schendingen van artikel 6 EVRM mocht de KRS actief blijven opereren: ‘its involvement in the judicial appointments procedure perpetuates the systemic dysfunction as established above by the Court and may in the future result in potentially multiple violations of the right to an “independent and impartial tribunal established by law”, thus leading to further aggravation of the rule of law crisis in Poland’.<sup>820</sup> Hoewel het EHRM het niet zo expliciet verwoordt, en het dat ook niet kan omwille van de aard van de klachtprocedure, lijkt het erop dat de algemene benoemingswijze van Poolse rechters met betrokkenheid van de KRS, in zichzelf strijdig is met artikel 6 lid 1 EVRM.

#### *Waarborgen tegen externe druk – disciplinaire/tuchtprocedures*

Anders dan over de Poolse tuchtkamer heeft het EHRM zich niet uitgesproken over het Poolse tuchtregime in den brede. Het Hof van Justitie deed dat wel en die rechtspraak is relevant in het licht van de waarborgen tegen externe druk op rechters, die het EHRM vereist.<sup>821</sup> Het Hof van Justitie stelde net als het EHRM dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de tuchtkamer niet waren gewaarborgd. In aanvulling hierop oordeelt het echter ook dat Polen met haar tuchtregime artikel 19 VEU had geschonden, omdat het had toegestaan dat de inhoud van rechterlijke beslissingen van rechters van de gewone rechterlijke instanties kan worden gekwalificeerd als een tuchtrechtelijk

---

<sup>815</sup> Met deze onregelmatigheden wordt bedoeld op de wijze van benoeming via de nieuwe KRS: EHRM 22 juli 2021, 43447/19, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*) r.o. 280-282.

<sup>816</sup> EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, (*Reczkowicz t. Polen*) r.o. 284. Zie vergelijkbare zaak: EHRM 6 november 2018, nrs. 55391/13, 57728/13 en 74041/13, ECLI:CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá t. Portugal*) r.o. 144. Overigens kan naast de wijze van benoeming ook de samenstelling van disciplinaire kamers tot die conclusie leiden: In de zaak *Oleksandr Volkov tegen Oekraïne* bepaalde het EHRM dat een disciplinaire kamer voor de rechtspraak als niet-onafhankelijke rechter moest worden aangemerkt, onder andere omdat de overgrote meerderheid van de leden afkomstig was van buiten de rechtspraak en was benoemd door de uitvoerende macht en het parlement; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87; EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11 (*Oleksandr Volkov t. Oekraïne*).

<sup>817</sup> Zie voor de nieuwe tuchtkamer, de nieuwe kamer van buitengewoon beroep en nieuwe aangelegenheden, en de civiele kamer bij het Hooggerechtshof respectievelijk: EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*); EHRM 8 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, *EHRC* 2022/53, (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*) & EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, (*Advance Pharma t. Polen*).

<sup>818</sup> Annotatie bij EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRC* 2022/53 (*Advance Advance Pharma t. Polen*) par. 9. Zie eerder: EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*) r.o. 265, 284

<sup>819</sup> EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRC* 2022/53 (*Advance Pharma t. Polen*) r.o. 345.

<sup>820</sup> EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, *EHRC* 2022/53 (*Advance Pharma t. Polen*) r.o. 364-365. Zie tevens de gelijksoortige overweging in: EHRM 8 november 2021, nr. 49868/19 en 57511/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1108JUD004986819, (*Dolińska-Ficek en Ozimek t. Polen*) r.o. 368.

<sup>821</sup> EHRM 28 juni 1984, nrs. 7819/77 & 7878/77, ECLI:CE:ECHR:1984:0628JUD000781977, (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 78.



vergriep.<sup>822</sup> Het disciplinaire regime kan hierdoor worden gebruikt om politieke controle uit te oefenen op rechters, waardoor hun onafhankelijkheid wordt ondermijnd.<sup>823</sup> Het Hof wijst daarbij expliciet op het afschrikkende effect (*chilling effect*) dat kan worden gegeneerd doordat rechters onderwerp kunnen worden van tuchtprocedures, vanwege de inhoud van hun rechterlijke beslissingen.<sup>824</sup> Alleen al de mogelijke inleiding van tuchtonderzoeken kan als zodanig reeds druk uitoefenen op rechters, en hun beslissing beïnvloeden.<sup>825</sup> Ondanks deze uitspraak en de eerdere beschikking waarin Polen feitelijk werd opgeroepen tot ontmanteling van het huidige tuchtrechtregime, is dat nog altijd niet gebeurd.<sup>826</sup> Hoewel het EHRM dus zelf nog geen uitspraak heeft gedaan over het kwalificeren van bepaalde rechterlijke beslissingen als tuchtrechtelijk vergriep, levert de uitspraak van het Hof van Justitie waarin zij zich mede baseert op artikel 47 HvEU – een met artikel 6 EVRM corresponderend recht – wel een belangrijk argument op dat hier sprake is van onvoldoende waarborgen tegen externe druk op rechters.<sup>827</sup>

Een ander argument hiervoor kan worden gevonden in het bestaan van instructies verspreid vanuit het ministerie van justitie naar alle rechtbankvoorzitters in Polen.<sup>828</sup> In een van deze instructies worden rechtbankvoorzitters en de onder hun ressorterende rechters geïnstrueerd hoe om te gaan met vragen vanuit buitenlandse rechterlijke autoriteiten over de wettelijke hervormingen van de Poolse rechterlijke macht, in het kader van de dialoog behorende tot de *LM*-tweestappentoets.<sup>829</sup> Het EHRM heeft in de zaak *Parlov-Tkalčić* gesteld dat rechterlijke onafhankelijkheid vereist dat rechters vrij zijn van ‘directives or pressures from the fellow judges or those who have administrative responsibilities in the court such as the president of the court or the president of a division in the court’.<sup>830</sup> Het geven van dit soort instructies, via rechtbankvoorzitters lijkt dan ook evident in strijd met hetgeen het EHRM heeft bepaald. Te meer omdat hier de instructie rechtstreeks komt van de uitvoerende macht, het

---

<sup>822</sup> HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 235. Onderdeel daarvan is het feit dat Poolse rechters mogelijk onderworpen worden aan een tuchtprocedure indien zij een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EU stellen, hetgeen afbreuk doet aan het Europese recht en het systeem van justitiële samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties. HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 227-234. Zie tevens *DD* 2021/ 57, p. 735.

<sup>823</sup> HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 157.

<sup>824</sup> Inhoud zoals bijvoorbeeld het stellen van prejudiciële vragen, HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 157.

<sup>825</sup> HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 156-157.

<sup>826</sup> Zie hiervoor de proceduregang van de inbreukprocedure die in het kader van de Muilkorfwet werd gevoerd, par. 3.3.5.

<sup>827</sup> Dit laatste vormt dan wel weer een aspect aan onafhankelijkheid uit de jurisprudentie van het EHRM: EHRM 28 juni 1984, nrs. 7819/77 & 7878/77, ECLI:CE:ECHR:1984:0628JUD000781977, (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 78; Zie voor een voorbeeld van aanwezigheid van ‘outside pressures’: EHRM 21 juli 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0721JUD003419702 (*Luka t. Romania*) r.o. 46. Zie het factsheet van het EHRM, Independence of the justice system, maart 2022, p. 1.

Bij de vaststelling dat Polen de verplichtingen niet is nagekomen die krachtens artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU op haar rusten gebruikt het Hof artikel 47 HvEU voor de uitlegging van artikel 19 VEU. Dit is relevant omdat artikel 47 HvEU het met artikel 6 EVRM corresponderende recht vormt. Het Hof van Justitie benoemt dat ook expliciet en overweegt dat het met haar uitlegging van artikel 47 tweede alinea het niet in strijd wil komen met het beschermingsniveau van artikel 6 EVRM zoals uitgelegd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Hoewel het uiteraard mogelijk is dat het HvJ met deze uitspraak het beschermingsniveau van het EHRM overstijgt, biedt de uitspraak van 15 juli 2021 toch een belangrijke indicatie dat het kwalificeren als tuchtrechtelijke vergriep van bepaalde inhoudelijk rechterlijke beslissingen ook een schending van artikel 6 EVRM kan opleveren; HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*) r.o. 57-59, 157, 165-166, 235.

Zie in dit kader ook het oordeel van de Amsterdamse rechtbank, Rb. Amsterdam 31 juli 2020, nr. 13/751021-20, ECLI:NL:RBAMS:2020:2938, ECLI:NL:RBAMS:2020:1896, ECLI:NL:RBAMS:2020:3776, *NJFS* 2020/300, r.o. 10.

<sup>828</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 25. Zie tevens: Rb. Amsterdam 10 februari 2021, NL:RBAMS:2021:420, ro. 1.7: ‘In die brief is, kort weergegeven, aan de Poolse rechterlijke instanties verzocht om vragen betreffende wetswijzigingen inzake het rechtssysteem niet te beantwoorden, maar in plaats daarvan naar het Ministerie van Justitie te verwijzen’.

<sup>829</sup> Deze gang van zaken is niet alleen in strijd met Kaderbesluit maar ook met de vaste rechtspraak van het Poolse Hoogerechtshof hierover; Mazur, *Themis* 2020b, p. 17.

<sup>830</sup> EHRM 22 December 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002481006 (*Parlov-Tkalčić t. Croatia*) r.o. 86.

ministerie, dat bovendien tegenwoordig in Polen aanzienlijke administratieve en tuchtrechtelijke controle kan uitoefenen op rechters en rechtbankvoorzitters.<sup>831</sup>

Een tweede instructie aan rechtbankvoorzitters van een wat andere aard bevatte een oproep om het ministerie te informeren ingeval rechters uitspraken deden over de status van rechters die waren benoemd door de nieuwe KRS. Deze instructie houdt een duidelijk poging in om rechters die de criteria uit het arrest *A.K.* van het Hof van Justitie toepassen in het vizier te krijgen waarna tegen hen disciplinaire procedures kunnen worden gestart.<sup>832</sup> Deze illegale ministeriële instructie is – mijn inziens terecht – bestempeld als een evidente poging om een *chilling effect* te genereren bij rechters waardoor zij geen gehoor meer durven te geven aan uitspraken van het Hof van Justitie.<sup>833</sup> Over het idee dat de inzet van tuchtprocedures afbreuk kan doen aan rechterlijke onafhankelijkheid door het genereren van een *chilling effect*, heeft het EHRM nog geen uitspraken gedaan.<sup>834</sup> De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa heeft zich al wel uitgesproken over het concept van *chilling effect* in deze context. Ten aanzien van Polen heeft het gewezen op het gebrek aan waarborgen in het Poolse tuchtregime om het misbruik van tuchtprocedures te voorkomen, en op het feit dat de individuele inzet van overplaatsingen of disciplinaire procedures – ongeacht of zij worden afgerond en resulteren in een sanctie – een collectief afschrikkend effect kunnen bewerkstelligen.<sup>835</sup>

In dat kader is het tevens relevant dat dat Poolse rechters niet enkel zijn onderworpen aan ‘industrial-scale disciplinary investigations and proceedings’ maar ook onderwerp zijn van een continue lastercampagne.<sup>836</sup> De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa heeft dit erkent in een resolutie in 2020.<sup>837</sup> Ook deze informele aanvallen op de rechterlijke macht en/of individuele rechters, kunnen volgens de *Parliamentary Assembly* een *chilling effect* hebben op de onafhankelijkheid van individuele rechters hetgeen uiteindelijk de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht als geheel aantast.<sup>838</sup> De Parlementaire Vergadering spreekt van een politiek gemotiveerde lastercampagne tegen leden van de rechterlijke macht die is georganiseerd door hoge officials bij het ministerie van Justitie en de KRS. Onderdeel van deze campagne was een jarenlange opererende online “troll farm” die werd teruggedleid tot het ministerie van justitie.<sup>839</sup> In 2021 nam de *Parliamentary Assembly* bij de Raad van Europa een resolutie aan waarin het het gedrag van de Poolse autoriteiten bestempeld als “unworthy of a democracy and a law-governed State.”<sup>840</sup>

---

<sup>831</sup> Mazur, *Themis* 2020b, p. 18. Zie hiervoor tevens Hoofdstuk 3 par. 3.1.4.

<sup>832</sup> Het arrest *A.K.* van 19 november 2019 van het Hof van Justitie komt in par. 3.3.3 uitgebreid aan bod, en tevens in 3.3.4. Zie tevens Mazur, *Themis* 2020b, p. 18.

<sup>833</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 25.

<sup>834</sup> In andere contexten bestaat die rechtspraak wel, zie hiervoor bijvoorbeeld: Pech 2021, p. 2.

<sup>835</sup> Pech 2021, p. 12, 26. Resolutie 2316 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (28 januari 2020), *The functioning of democratic institutions in Poland*, par. 11. Zie hiervoor tevens Rapport Gustafsson & Omtzigt 2020, par. 100: ‘[...] Irrespective of the small number of actual disciplinary cases opened, the large number of investigations started by disciplinary officers directly accountable to the Minister of Justice, and the time it takes to close these investigations, if at all, clearly has a chilling effect on the judiciary and affects their independence’.

<sup>836</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 15.

<sup>837</sup> Resolutie 2316 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (28 januari 2020), *The functioning of democratic institutions in Poland*, par. 11.

<sup>838</sup> Pech 2021, p. 26. Zie hiervoor tevens: Rapport Gustafsson & Omtzigt 2020, par. 103. ‘[...] In this context, the negative portrayal, even stigmatisation, of the judiciary and individual judges and prosecutors by high ranking members of the authorities and ruling majority, as well as the public media, is of concern. This deteriorates public trust in the judiciary, contrary to the stated aims of the reforms initiated by the government and can have a *chilling effect* on individual judges.’

<sup>839</sup> De *Parliamentary Assembly* riep Polen op een onderzoek hiernaar in te stellen; Resolutie 2316 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (28 januari 2020), *The functioning of democratic institutions in Poland*, par. 11. Aan die oproep is nog altijd geen gehoor gegeven (zo constateren Pech e.a. in maart 2021). In tegendeel, wie probeert de identiteit van individuen verantwoordelijk voor deze ‘troll farm’ te achterhalen wordt zelf onderwerp van tuchtrechtelijke onderzoeken of aanvallen vanuit media die op de hand van de regering zijn: Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 15.

<sup>840</sup> Resolutie 2359 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (26 januari 2021) *Judges in Poland and in the Republic of Moldova must remain independent*, par. 4.

### *Overige aspecten van rechterlijke onafhankelijkheid*

Tot slot kan worden gewezen op jurisprudentie waarin een schending van artikel 6 lid 1 EVRM wordt aangenomen wanneer er wordt getornd aan garanties voor onafhankelijkheid van rechters, zoals de beëindiging van een functie voor de wettelijk bepaalde termijn of gedwongen overplaatsing.<sup>841</sup> Ook met betrekking tot dit aspect zijn inmiddels verschillende arresten geweest die ten tijde van het schrijven van Verrest nog slechts aanhangig waren bij het EHRM. In zaken als *Grežda en Broda & Bojara tegen Polen* heeft het Europese Hof geoordeeld over het ontslag van rechters dan wel rechtbankvoorzitters waarbij geen rechtsmiddel open stond tegen hun ontslagverlening. In beide zaken oordeelt het hof dat Polen het recht op toegang tot de rechter, ex artikel 6 lid 1 EVRM, had geschonden doordat tegen het voortijdig ontslag van de drie betreffende rechters geen enkel rechtsmiddel open stond.<sup>842</sup> Deze schending is in theorie van toepassing op circa 160<sup>843</sup> rechters tevens zijnde rechtbank(vice)voorzitter, die door de minister in een overgangperiode van 6 maanden zijn ontslagen en tegen wiens ontslag geen rechtsmiddel open stond.<sup>844</sup>

#### 4.3.2 Het veralgemeniseren van de schending van artikel 6 lid 1 EVRM

Enkele aspecten aan rechterlijke onafhankelijkheid die Verrest noemt en die voortkomen uit de jurisprudentie van het EHRM zijn hierboven nader ingekleurd ten aanzien van Polen. Hoewel er daarbij arresten zijn gepasseerd die nog niet bestonden toen Verrest zijn artikel schreef, is het nog steeds zo dat het EHRM ten aanzien van Polen zich niet over al deze aspecten van rechterlijke onafhankelijkheid heeft uitgesproken. Tevens is het, zoals Verrest terecht opmerkte, nog nooit zo ver gekomen dat het EHRM heeft vastgesteld dat de gehele (straf)rechtspraak in een staat niet langer als onafhankelijk kan worden aangemerkt. Maar bovenstaande analyse laat ook zien dat er in een jaar tijd veel kan gebeuren, en Verrest achtte het niet ondenkbaar dat het in het geval van Polen ooit wel zover zou kunnen komen dat de gehele (straf)rechtspraak niet langer als onafhankelijk is te beschouwen.<sup>845</sup> De hamvraag is uiteraard, is dat moment inmiddels hier?

Bij de beantwoording van die vraag komt een belangrijk gewicht toe aan de tweede stap die Verrest noemt bij deze invalshoek. Die stap houdt in, het veralgemeniseren van het oordeel dat artikel 6 lid 1 EVRM is geschonden, ten aanzien van de gehele (straf)rechtspraak. Dat het recht op een onafhankelijke rechter door Polen wordt geschonden blijkt reeds uit bovenstaande analyse. Dit oordeel ziet, zeker voor wat betreft de rechtspraak van het EHRM, echter steeds op bepaalde aspecten van die onafhankelijkheid en richt zich tot specifieke rechtscolleges, benoemingswijzen of ontslagbesluiten. Hierdoor kan men van mening zijn dat die benodigde veralgemenisering niet mogelijk is. Wanneer bijvoorbeeld een uiterste consequentie zou worden verbonden aan de problematische samenstelling van de nieuwe KRS<sup>846</sup>, zou dit slechts betekenen dat iedere rechter die door deze raad is benoemd of

---

<sup>841</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87. EHRM 18 juli 2013, nrs. 2312/08 en 34179/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD000231208, (*Maktouf en Damjanovic t. Bosnië Herzegovina*) r.o. 49. Of EHRM 28 juni 1984, nrs. 7819/77 & 7878/77, ECLI:CE:ECHR:1984:0628JUD000781977, (*Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 80.

<sup>842</sup> EHRM 15 maart 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD004357218, (*Grzeda t. Polen*) r.o. 347-350; zie tevens het factsheet van het EHRM, Independence of the justice system, maart 2022, p. 6; M. Leloup annotatie bij EHRM 29 juni 2021, nrs. 26691/18 & 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002669118, *EHRC* 2021/212 (*Broda and Bojara t. Polen*) par. 2.

<sup>843</sup> De Commissaris voor mensenrechten van de Raad van Europa vermeldde in haar rapport dat er 158 voorzitters en vicevoorzitters uit hun functie werden ontheven; Raad van Europa, Rapport n.a.v. bezoek aan Polen, CommDH(2019)17, par. 40.

<sup>844</sup> COM(2017) 835 def., p. 35. Er zijn nog procedures aanhangig over ontslag van rechters bij het EHRM, zie het factsheet van het EHRM, Independence of the justice system, maart 2022, p. 14. Het gaat onder meer om de zaak *Żurek tegen Poland*, nr. 39650/18.

<sup>845</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87.

<sup>846</sup> De nieuwe samenstelling is door het EHRM in sterke bewoordingen veroordeeld: EHRM 3 februari 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, (*Advance Pharma t. Polen*) r.o. 364-366.

gepromoveerd niet meer kan worden beschouwd als onafhankelijke rechter.<sup>847</sup> Ook de schending die het hof vaststelt in een arrest als *Broda & Bojara* kan niet leiden tot de conclusie dat elke Poolse rechter voortijdig ontslag boven het hoofd hangt, omdat het hier een ontslagbevoegdheid betrof die weliswaar naar totale willekeur lijkt te zijn ingezet maar ook beperkt is naar zijn aard en tijd.<sup>848</sup> Zo bezien lijkt ook anno 2022 de tweede stap in de analyse van Verrest nog steeds de *missing link* omdat met geen van de hierboven genoemde arresten of feitelijke ontwikkelingen kan worden onderbouwd dat er een gebrek aan onafhankelijkheid is in de gehele Poolse rechterlijke macht.<sup>849</sup>

De enige ontwikkeling waarvoor dit wellicht niet geldt, is het Poolse tuchtrechtelijke regime (met inbegrip van de werking van de Muilkorfwet) dat nog altijd niet is ontmanteld.<sup>850</sup> Poolse rechters lopen het risico op een tuchtprocedure, wat ertoe kan leiden dat een zaak aanhangig wordt gemaakt bij een instantie waarvan de onafhankelijkheid niet is gewaarborgd. Dat hebben zowel het EHRM als het HvJ EU bevestigd.<sup>851</sup> Daarbij is het van belang om in herinnering te roepen met betrekking tot welke gedragingen dit soort tuchtprocedures allemaal worden of zijn gevoerd. Het kan gaan om:

- inhoudelijke rechterlijke beslissingen, waarin rechters bijvoorbeeld nagaan of een rechter of een gerecht de door het Unierecht vereiste waarborgen voor zijn onafhankelijkheid biedt. Daaronder valt mede het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie of het Poolse Hooggerechtshof over de wettelijke status van de nieuwe KRS of de nieuwe kamers bij het Hooggerechtshof;<sup>852</sup>
- rechters die de verzoeken van aanklagers weigeren om voorlopige hechtenis toe te passen;
- rechterlijke beslissingen waarbij rechters zich direct baseren op internationaal recht of de Poolse constitutie;
- andere uitlatingen van rechters omtrent de hervormingen zoals het ophangen van een kritische poster betreffende de hervormingen bij de rechterlijke macht<sup>853</sup> of het dragen van een t-shirt met daarop 'constitutie' geschreven;<sup>854</sup>
- het deelnemen aan demonstraties tegen inbreuken op de grondwet, de politisering van de rechterlijke macht of kritiek uiten op de nieuwe tuchtrechtelijke autoriteiten;
- het betrokken zijn bij juridisch onderwijs voor kinderen of jongvolwassenen.
- het zijn van medeondertekenaar van een brief aan de Organisatie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa (OSCE) waarin de OSCE wordt opgeroepen om toezicht te houden op de uitgestelde presidentsverkiezingen in 2020.<sup>855</sup>

Mazur – zelf een Poolse rechter – stelt dat jegens meer dan 80 rechters tuchtrechtelijk procedures aanhangig zijn omwille van politieke redenen.<sup>856</sup> De aanwijzing die vanuit het ministerie van justitie aan rechtbankvoorzitters werd gestuurd – posities waartoe na een grote ontslagronde in 2017/18 loyalisten van de minister van justitie zijn benoemd<sup>857</sup> – inhoudende een soort klikplicht, geeft blijk van de bedrijfsmatige wijze waarop de Poolse uitvoerende macht via het tuchtrecht de aanval op de

---

<sup>847</sup> De KRS is immers betrokken bij de promotie, de overplaatsing, het ontslag en vervroegde pensionering van rechters, evenals disciplinaire procedures tegen rechters; COM(2017) 835 def., p. 31.

<sup>848</sup> De minister had deze bevoegdheid gedurende een overgangperiode voor wat betreft het ontslag van Broda en Bojara als vicevoorzitters van rechtbanken. Voor Grezda gold dat deze rechter het slachtoffer werd van de vernieuwing bij de KRS.

<sup>849</sup> Verrest noemde bestempelde deze veralgemenisering als *missing link*; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

<sup>850</sup> Ook niet na de oplegging van een dwangsom van 1 miljoen euro per dag; Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1048.

<sup>851</sup> Zie EHRM 22 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719, *EHRC* 2022/53 (*Reczkowicz t. Polen*) en HvJ EU 15 juli 2021, zaak C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, (*Commissie t. Polen*).

<sup>852</sup> Ook wanneer de wettigheid van een kamer als die van Buitengewoon beroep in twijfel wordt getrokken anders dan in een rechterlijk beslissing kunnen procedures worden gestart. Zie: Mazur, Themis 2020b, p. 9.

<sup>853</sup> Mazur, Themis 2020a, p. 5.

<sup>854</sup> Mazur, Themis 2020a, p. 5-6.

<sup>855</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3082; Zie tevens Mazur, Themis 2020a, p. 2; Mazur, Themis 2020b, p. 6.

<sup>856</sup> Mazur, Themis 2020a, p. 6.

<sup>857</sup> Mazur, *NJB* 2020/2730, p. 3081.

onafhankelijke rechterlijke macht heeft ingezet.<sup>858</sup> Er lijkt een tuchtrechtelijk schrikbewind te zijn opgezet in Polen waarbij de autoriteiten een *chilling effect* willen bereiken door zich te richten op de meest onafhankelijke en vocale rechters én aanklagers.<sup>859</sup>

Dit toont het gebrek aan waarborgen om Poolse rechters moeten beschermen tegen externe druk. Deze ontwikkelingen, gelezen in samenhang met de arresten van het Hof van Justitie waarin het Poolse tuchtrecht regime kwalificeert als schending van artikel 19 VEU (op basis van een uitlegging van artikel 47 HvEU, het met artikel 6 EVRM corresponderend recht) leveren mijns inziens wel degelijk een objectief gerechtvaardigde twijfel op ten aanzien van de onafhankelijkheid van de gehele Poolse rechterlijke macht.<sup>860</sup>

Of Verrest het met mijn eens zal zijn, valt te bezien. In zijn slotbeschouwing over deze tweede invalshoek stelt hij namelijk een laatste eis aan een veralgemeniserend oordeel zoals ik dat hierboven heb gegeven. Een dergelijk oordeel zou volgens hem moeten aantonen dat het geheel aan maatregelen dat de uitvoerende macht in Polen heeft genomen – in het bijzonder resulterend in de dreiging van disciplinaire procedures voor de Tucht kamer – ertoe leidt dat Poolse rechters in om het even welke zaak die zij krijgen voorgelegd, niet meer op onafhankelijke en onpartijdige wijze recht kunnen spreken.<sup>861</sup> Met de analyse die ik hierboven heb gegeven kan geenszins worden aangetoond dat een willekeurige Poolse rechter ongeacht welke zaak hij krijgt voorgelegd niet meer op onafhankelijke en onpartijdige wijze recht kan spreken. De vraag rijst echter of hiermee de lat niet te hoog wordt gelegd. De implicatie hiervan is namelijk dat wanneer een overleveringsrechter een veralgemeniserend oordeel ten aanzien van de onafhankelijkheid van de gehele Poolse (straf)rechtspraak zou willen formuleren, hij voorafgaand hieraan moet verifiëren of er niet toch een Poolse rechter te vinden is die ondanks alle structurele en fundamentele gebreken binnen de Poolse rechtsstaat nog onafhankelijk recht kan spreken in de voorliggende strafzaak. ‘Zoekt en gij zult vinden’ lijkt daarmee het devies.<sup>862</sup>

Door deze toevoeging aan zijn analyse stelt Verrest impliciet - in navolging van het Hof van Justitie in overleveringszaken - dat een eerlijk proces zelfs mogelijk is wanneer de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht structureel tekort schiet.<sup>863</sup> De gedachte dat een verdachte vandaag de dag in Polen voor een niet-politiek geladen delict op onafhankelijke wijze kan worden berecht, lijkt op zichzelf nog niet onredelijk.<sup>864</sup> Maar deze concretisering naar individuele rechters of rechtscolleges conflicteert

---

<sup>858</sup> Zie voor een beschrijven van deze ministeriële aanwijzing: Mazur, *Themis* 2020b, p. 18. Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 25, 39.

<sup>859</sup> Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 39.

<sup>860</sup> Of er sprake is van een ‘objectief gerechtvaardigde twijfel opleveren over de onafhankelijkheid’ vormt een criterium dat het EHRM gebruikt bij bepaling of er sprake is van een schending; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87. Zie bijvoorbeeld; EHRM 9 juni 1998, nr. 22678/93, (*Incal t. Turkije*) r.o. 71: ‘[...] in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a tribunal lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified.’

<sup>861</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87.

<sup>862</sup> Mattheüs 7:7-11.

<sup>863</sup> Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27.

<sup>864</sup> Hoewel ook hiertegen het een en ander kan worden ingebracht. Zie bijvoorbeeld Scheppele die stelt dat: ‘If the courts are compromised so that one cannot reliably tell which judges are independent and which are operating under political tutelage, then arbitrariness can sneak in anywhere in the system, including at the point at which the judge must reliably promise that a sought person would have his rights respected upon delivery to the compromised state. For example, a garden-variety criminal case might not look terribly sensitive before the person arrives in the country, but an arbitrary public prosecutor unconstrained by independent courts might decide to turn that case into a show trial precisely because some foreign judge questioned his country about it. Or an issuing judge in a compromised judiciary may himself be operating directly under political pressure in a manner not consistent with the rule of law.’ Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28. Zie in gelijke zin Heuveling van Beek: ‘Het ligt er voor de Poolse burger maar aan wat voor rechter je treft. Een door de NEO-KRS (de niet-onafhankelijke, door de Poolse regering beheerste Raad voor de rechtspraak) benoemde dan wel gepromoveerde rechter of een rechter die zich houdt aan de Rule of Law en het Europese recht en daarbij voor lief neemt dat hij op elk moment geschorst kan worden, zoals Joanna Hetnarowicz-Sikora onlangs nog overkwam’; Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1046. N.B. het is voorafgaand aan de overlevering niet mogelijk na te gaan welke rechter in Polen zal oordelen over een zaak, zie hierover bijvoorbeeld: HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, *EHRC* 2022/72, r.o. 19-20, 93-94.

mijns inziens met de strekking van zijn ‘tweede invalshoek’ dat een schending van het recht op een onafhankelijke rechter in abstracto te veralgemeniseren is naar de gehele (straf)rechtspraak. De norm wordt hiermee immers verlegd van het moeten aantonen dat er een gerechtvaardigde twijfel kan bestaan ten aanzien van de onafhankelijkheid van de gehele Poolse rechterlijke macht, naar het kunnen uitsluiten dat een Poolse rechter ongeacht welke zaak hij krijgt voorgelegd niet toch onafhankelijk en onpartijdig kan rechtspreken.

Het lijkt overigens te gaan om een kleine tegenstrijdigheid binnen de analyse van Verrest. Direct hierna verwijst hij immers weer naar de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof waarin het een objectief gerechtvaardigde twijfel over de onafhankelijkheid van de rechter vereist.<sup>865</sup> Verrest overweegt tot slot dat voor de vaststelling dat artikel 6 EVRM is geschonden vanwege een algeheel gebrek aan onafhankelijkheid binnen de Poolse rechterlijke macht, met name moeten worden beargumenteerd dat er sprake is van een *chilling effect*.<sup>866</sup> Een analyse hiertoe zou volgens hem gebaat zijn bij voorbeelden van zaken waarin dit gelet op politiek gevoelige onderwerpen duidelijk aan de orde is.<sup>867</sup> Ik meen dat door te wijzen op de werking van het Poolse tuchtregime zoals hierboven uiteengezet en de manier waarop dit tot op heden in allerlei gevallen is aangewend, voldoende kan worden beargumenteerd dat hiervan sprake is.<sup>868</sup> De maatregelen tegen Poolse rechters zijn dermate geëscaleerd dat er een *chilling effect* is ingetreden in de gehele Poolse rechtspraak. Het is hierom dat de overlevering aan Polen kan worden geweigerd; wegens het algemeen reële gevaar van blootstelling aan een schending van fundamentele rechten veroorzaakt door de aantasting van de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen.<sup>869</sup> Op welke verschillende wijze de overleveringsrechter aan deze gedachte invulling kan geven behandel ik in de volgende paragraaf.

#### 4.3.3 Doorbreking van de inconsistente benadering van rechterlijke onafhankelijkheid

De twee invalshoeken van Verrest raken aan een parallelle ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof van Justitie (en in mindere mate ook het EHRM). Het Hof van Justitie hanteert namelijk twee onderscheidenlijke benaderingen van rechterlijke onafhankelijkheid in overleveringszaken enerzijds en inbreuk- of prejudiciële procedures anderzijds.<sup>870</sup> In de laatstgenoemde procedures wordt een institutionele benadering gehanteerd die wordt gekenmerkt door een abstracte toetsing. Hierbij wordt gekeken of bepaalde maatregelen, regelingen of organen met voldoende waarborgen zijn omgeven die verzekeren dat de rechter in het algemeen voldoende onafhankelijk kan zijn. In overleveringszaken is sprake van een ander perspectief op rechterlijke onafhankelijkheid. Daarbij verlangt het Hof een concrete benadering waarbij moet worden nagegaan of in het individuele geval sprake is van een schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>871</sup>

---

<sup>865</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87. Zie bijvoorbeeld; EHRM 9 juni 1998, nr. 22678/93, (*Incal t. Turkije*) r.o. 71: ‘[...] in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a tribunal lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified.’

<sup>866</sup> Een oordeel dat overigens volgens Verrest vanwege de verstrekkende gevolgen die een dergelijk constatering heeft – het feit dat geen enkele verdachte die in Polen voor de strafrechter wordt gebracht een eerlijk proces krijgt – het beste kan worden geveld door het EHRM of het Hof van Justitie, en niet door een rechter van een andere lidstaat; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

<sup>867</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 87.

<sup>868</sup> Hiervoor verwijs ik wederom naar bijdragen van: Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13; Mazur, *Themis* 2020a; Mazur, *Themis* 2020b; Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12.

<sup>869</sup> Een escalatie van disciplinaire maatregelen tegen rechters vormt in de analyse van Verrest de drempel om de overlevering in zijn algemeenheid te weigeren; Verrest, *NtER* 2021/3, p. 89.

<sup>870</sup> S.M.A. Lestrade annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 (X & Y), par. 6-8. Zie tevens: Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27.

<sup>871</sup> Zie hiervoor: S.M.A. Lestrade annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 (X & Y), par. 7-9; & Sillen, *SEW* 2021/202, p. 628.

Het hanteren van deze twee benaderingen is inconsequent te noemen.<sup>872</sup> Die inconsequentie is het Hof van Justitie van begin af aan al op veel kritiek komen te staan. Het hanteren van een *case-by-case*-benadering van rechterlijke onafhankelijkheid in overleveringszaken wordt door verschillende auteurs gehekelde.<sup>873</sup> Zij houden vast aan het principe dat rechterlijke onafhankelijkheid abstract moet worden benaderd en dat er geen omstandigheden in een individueel geval denkbaar zijn die kunnen afdoen aan het feit dat er sprake is van structurele gebreken. In die gedachtegang kan onafhankelijkheid in overleveringszaken niet worden verondersteld aanwezig te zijn, wanneer in andere gevallen die onafhankelijkheid ver te zoeken is.<sup>874</sup> Deze fundamentele kritiek is, zoals reeds werd voorspeld, alleen maar prangender geworden naarmate de Poolse rechtsstaat verder verslechterde en zowel het HvJEU als het EHRM dit ook met hun rechtspraak onderschreven. Beide hoven doen immers steeds meer uitspraken waarin zij Polen veroordeelden voor schendingen van het recht op een onafhankelijke rechter, maar willen hieraan tegelijkertijd geen verdergaande consequenties verbinden ten aanzien van de overleveringspraktijk. Het is goed denkbaar dat nationale overleveringsrechters zich geroepen voelen deze ambivalente houding van beide hoven ten aanzien van rechterlijke onafhankelijkheid te doorbreken.<sup>875</sup> Concreet komt dit erop neer dat nationale rechters het institutionele perspectief op rechterlijke onafhankelijkheid (inhoudende een abstracte benadering of toetsing) meer gewicht gaan toekennen. Er zijn een aantal manieren voorstelbaar waarop dit vorm kan krijgen.

Voor de eerste optie keer ik terug naar de tweede invalshoek van Verrest. Deze is reeds uitgebreid besproken en houdt in dat een schending van de rechterlijke onafhankelijkheid, ex. artikel 6 lid 1 EVRM, wordt veralgemeniseerd ten aanzien van de gehele (straf)rechtspraak. Dit met de logische gevolgtrekking dat er consequenties zijn voor ieder individueel geval van een aan de desbetreffende lidstaat over te leveren persoon. Nadere, concrete toetsing voor een reëel individueel gevaar van blootstelling aan schending van het recht op een eerlijk proces blijft achterwege.<sup>876</sup> De overlevering aan Polen wordt hiermee in zijn algemeenheid ontoelaatbaar geacht in het licht van artikel 6 EVRM.

Een alternatieve optie heeft het Noorse ‘*Vestfold district court*’ gekozen met haar uitspraak van 27 oktober 2021. In de voorliggende overleveringszaak legde de Noorse rechtbank de tweestappentoets in zekere zin naast zich neer. Onder verwijzing naar uitspraken over de Poolse tuchtkamer van het HvJEU en EHRM waarin die laatste zich ook uitlaat over de niet onafhankelijke KRS, stelt de Noorse rechtbank gebreken vast die zien op de gehele Poolse rechterlijke macht vanwege: ‘the combined effects of undue pressure on judges by the Disciplinary Chamber and arguably politicised judicial appointments’.<sup>877</sup> Daardoor is er volgens de rechtbank een significant groter risico en een grotere waarschijnlijkheid dat een Poolse gerecht mede bestaat uit rechters die geen wettige rechter zijn in de zin van artikel 6 EVRM. De rechtbank verlaat de tweestappentoets formeel niet, maar legt dermate veel nadruk op de eerste stap dat het zonder veel discussie het verweer van de opgeëiste persoon aanneemt dat hem persoonlijk geen eerlijk proces staat te wachten. Volgens Holmøyvik, die de uitspraak becommentarieerde, komt de uitspraak feitelijk neer op een weigering van de overlevering

---

<sup>872</sup> S.M.A. Lestrade annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 (X & Y), par. 9.

<sup>873</sup> Zie bijvoorbeeld: Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28: ‘But when the whole judiciary is the problematic institution, then a case-by-case assessment doesn’t work. If the courts are compromised so that one cannot reliably tell which judges are independent and which are operating under political tutelage, then arbitrariness can sneak in anywhere in the system, including at the point at which the judge must reliably promise that a sought person would have his rights respected upon delivery to the compromised state. For example, a garden-variety criminal case might not look terribly sensitive before the person arrives in the country, but an arbitrary public prosecutor unconstrained by independent courts might decide to turn that case into a show trial precisely because some foreign judge questioned his country about it. Or an issuing judge in a compromised judiciary may himself be operating directly under political pressure in a manner not consistent with the rule of law.’

<sup>874</sup> Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27; Zie in dit kader uitspraak van prof. Sterk: ‘There can never be a compromise on independent administration of justice. Partial independence doesn’t exist.’ uit ‘Partial independence doesn’t exist: how will the EU get on with Poland?’ *Universiteit Maastricht* 3 maart 2022, maastrichtuniversity.nl/news.

<sup>875</sup> Zoals Kruisbergen & Krommendijk reeds voorspelden: Annotatie K. Kruisbergen en J. Krommendijk bij HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, *EHRC* 2018/190 (LM), p. 592.

<sup>876</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

<sup>877</sup> Holmøyvik, *VerfBlog* 2021/11/02.

op grond van algemene en systemische gebreken van de rechterlijk onafhankelijkheid in Polen.<sup>878</sup> Zo bezien heeft deze aanpak even verstrekkende gevolgen als de route van Verrest, omdat ook hier de overlevering op algemene gronden ontoelaatbaar wordt geacht.<sup>879</sup>

Tot slot bestaat er een gematigder alternatief dat onder meer door Ouwerkerk en Lestrade wordt voorgestaan. Hierbij hanteert de overleveringsrechter een uitgebreidere proportionaliteitstoets waarbij strafrechtelijke samenwerking in den brede wordt afgewogen tegen de bescherming van grondrechten van de opgeëiste persoon.<sup>880</sup> De kern van deze alternatieve beoordeling is dat het EAB niet als geïsoleerd instrument wordt beschouwd, maar als slechts één mogelijkheid van strafrechtelijke samenwerking. Dat betekent dat wanneer zorgen rijzen over de waarborging van grondrechten in de uitvaardigende lidstaat, naast het weigeren van de overlevering de keuze voor een ander samenwerkingsinstrument wordt overwogen zodat zowel een grondrechtenschending als straffeloosheid wordt voorkomen.<sup>881</sup> Het is hierbij aan de autoriteiten in beide lidstaten om met elkaar in dialoog te treden over de mogelijkheid een andere vorm van samenwerking in te zetten.<sup>882</sup> De overdracht van strafvervolging en de overdracht van straftenuitvoerlegging zijn daarbij de meest voor de hand liggende alternatieven.<sup>883</sup> Volgens Lestrade maakt deze proportionaliteitstoets het mogelijk om de structurele en fundamentele rechtsstaatproblematiek vanuit een meer institutioneel perspectief mee te wegen bij de beoordeling van een EAB uit Polen, zonder dat dit direct iedere vorm van strafrechtelijke samenwerking blokkeert.<sup>884</sup>

Wat goed naar voren komt uit de bespreking van deze derde optie is dat het weigeren van de overlevering vanuit een institutioneel perspectief op de Poolse rechterlijke onafhankelijkheid, gepaard gaat met een verhoogd risico op straffeloosheid.<sup>885</sup> Wanneer de overleveringsrechter de twee eerstgenoemde opties overweegt, zal hij zich ervan moeten vergewissen wat het uitsluiten van de strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de overlevering voor een consequenties heeft. Dit

---

<sup>878</sup> Holmøyvik, *VerfBlog* 2021/11/02. Holmøyvik merkt overigens op dat: '(...) the district court's emphasis on Article 6 of the ECHR and not Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights is due to the fact that Norway is not a member of the EU. Norway is affiliated with the EU through the 1992 EEA Agreement, to which the Charter has not been incorporated. (...) However, given the dialogue between the CJEU and ECtHR in recent cases concerning the independence and lawful tribunal criteria, as well as the principle of homogeneity underpinning Norway's relation to EU law through the EEA Agreement, case law from the CJEU on the EAW was directly applied by Norwegian courts.'

<sup>879</sup> Naast deze Noorse rechtbank heeft het *Oberlandesgericht Karlsruhe* op 17 februari 2020 een gelijksoortige uitspraak gedaan waarin het voorbijgaat aan de tweede stap uit de tweestapentoets, omdat het deze stap 'niet haalbaar achtte'. Het gerecht stelde wel enkele vragen aan de Poolse uitvaardigende autoriteit over diens onafhankelijkheid, maar besloot nog voor een antwoord hierop te hebben ontvangen dat de antwoorden van de Poolse autoriteiten haar beoordeling van de mogelijke gevaren van overlevering voor de betrokkene op niet op enigerlei wijze zouden kunnen wijzigen. Volgens Bárd ging het hierbij wel om een vrij uitzonderlijke casus, zie Bárd, *European Law Journal* 2022, p. 17. Zie tevens: *Oberlandesgericht Karlsruhe* (hoger regionaal hof Karlsruhe) 17 februari 2020, Ausl 301 AR 15/19.

<sup>880</sup> Ouwerkerks oproep tot een meer integrale beoordeling van de strafrechtelijke samenwerkingsmechanismen moet hierbij met name worden gezien als tegenargument, tegen de redentie van het Hof van Justitie dat het laten vallen van de individuele toets in strijd zou zijn met de doelstelling van het kaderbesluit om straffeloosheid tegen te gaan; Ouwerkerk, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2021/29, p. 88; zie tevens Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 626-627.

<sup>881</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 626-627; S.M.A. Lestrade annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 (X & Y), par. 12.

<sup>882</sup> Ouwerkerk, *SEW* 2021/201, p. 627.

<sup>883</sup> S.M.A. Lestrade annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 (X & Y), par. 12; Ouwerkerk, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2021/29, p. 101. Ouwerkerk wijst er hierbij op dat het succesvol inzetten van bijvoorbeeld de overname van strafvervolging afhankelijk is van de rechtsmacht van de weigerende uitvoerende lidstaat. Het feit dat de European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters uit 1972, slechts door 13 lidstaten is geratificeerd, is daarbij weinig hoopgevend. Nederland behoort tot een van die 13 staten, Polen niet (Polen heeft het überhaupt niet ondertekend). Zie hiervoor uitgebreid: Ouwerkerk, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2021/29, p. 94 (voor overdracht van strafvervolging), 96 (voor overdracht van straftenuitvoerlegging).

<sup>884</sup> S.M.A. Lestrade annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 (X & Y), par. 12-13.

<sup>885</sup> Het voorkomen van die straffeloosheid lag mede ten grondslag aan de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het slechts ruimte beid voor weigering in exceptionele gevallen; HvJ EU 17 december 2020, gevoegde zaken C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 (*L en P*) r.o. 64; en laatstelijk: HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 en C-563/21, ECLI:EU:C:2022:100, (X & Y) r.o. 62.



noopt er mijns inziens toe dat de overleveringsrechter bij het weigeren van de overlevering op algemene gronden, tegelijkertijd een inspanningsverplichting heeft om straffeloosheid te voorkomen. Het is aan de overleveringsrechter om te bepalen wat hij in dat kader het meest opportuun acht. Het willen inzetten van alternatieve vormen van strafrechtelijke samenwerking zal immers vragen om een dialoog met autoriteiten in de uitvaardigende lidstaat, en welwillendheid van die autoriteiten om daaraan mee te werken.<sup>886</sup> Dat kan ertoe de overleveringsrechter ertoe brengen om de meer gematigde positie te volgen waar Ouwerkerk en Lestrade zich voorstander van tonen.

#### 4.4 Concluderende opmerkingen

Op de vraag of er mogelijkheden zijn voor de overleveringsrechter om vanwege de Poolse rechtsstaatcrisis in zijn algemeenheid af te zien van het overleveren van verdachten of veroordeelden aan Polen, volgt een typisch juristen-antwoord: ‘dat hangt er vanaf’. Afhankelijk van het normatief kader van waaruit deze problematiek wordt bekeken, bestaat deze mogelijkheid wel of niet.

Het Nederlandse toetsingskader afkomstig uit artikel 11 van de Overleveringswet biedt geen ruimte voor het categorisch weigeren van de overlevering aan Polen in verband met de rechtsstaatsituatie daar. De eenvoudige reden hiervoor is dat het toetsingskader van het Hof van Justitie daar evenmin ruimte voor biedt en artikel 11 OLW fungeert als een doorgeefluik van deze jurisprudentie van het Hof.<sup>887</sup> De facto wordt door de Nederlandse overleveringsrechter langs de lijnen van arresten als *Aranyosi* of *LM* besloten over de weigering een EAB ten uitvoer te leggen, en gebeurde dit reeds voordat artikel 11 in zijn nieuwe vorm bestond.<sup>888</sup>

Het normatief kader vanuit het EVRM biedt in eerste instantie ook geen mogelijkheid om overlevering in zijn algemeenheid te weigeren. De jurisprudentie van het Straatsburgse hof in EAB-zaken vertoont immers weinig verschillen met die van het Hof van Justitie. De drempel om onder verwijzing van artikel 6 EVRM de overlevering te weigeren is derhalve even hoog. Bovendien doen systemische gebreken er niet toe voor de toelaatbaarheid van de overlevering volgens de rechtspraak van het EHRM. Een flagrante schending van artikel 6 EVRM, die in de weg kan staan aan de overlevering, moet zien op het concrete geval van de opgeëiste persoon.

Wat dat betreft biedt de jurisprudentie van het Hof van Justitie zoals uiteengezet in zaken als *LM*, *L&P* of *X&Y*, meer ruimte voor een institutioneel perspectief op de Poolse rechtsstaatsituatie, namelijk als onderdeel van de eerste stap uit de tweestappentoets. Tegelijkertijd staat het Hof van Justitie nog altijd niet toe dat de tenuitvoerlegging van EAB's kan worden geweigerd op basis van informatie over (de verergering van) structurele gebreken met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.<sup>889</sup> Dat is het Hof niet alleen op kritiek komen te staan<sup>890</sup>, maar heeft een aantal auteurs (en een enkel rechtscollege) er ook toe gebracht om een alternatief voor de beoordeling van Poolse EAB's te ontwikkelen waarbij institutionele gebreken in de Poolse rechterlijke macht wel van doorslaggevend belang zijn.

De eerste alternatieve toetsingsmaatstaf komt voort uit een eerdere gemaakte analyse van Verrest en is gebaseerd op de inhoud van het recht op een onafhankelijke rechter ex. artikel 6 lid 1 EVRM. De

<sup>886</sup> Ouwerkerk, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2021/29, p. 101.

<sup>887</sup> Glerum, *NTS* 2021/76, p. 291. Ik roep hierbij in herinnering dat het bieden van een ruimere bescherming in EAB-zaken op grond van nationale grondrechtenbepalingen niet mogelijk volgens de *Melloni*-doctrine die door geen enkele Nederlandse (overleverings)rechter lijkt te worden bestreden.

<sup>888</sup> Glerum, *NTM-NJCMBull* 2020/07, p. 90-91; Glerum, *NTS* 2021/76, p. 291.

<sup>889</sup> S.M.A. Lestrade annotatie bij HvJ EU 22 februari 2022, C-562/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 (*X & Y*), par. 3.

<sup>890</sup> Zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 2.

criteria van en aspecten aan rechterlijke onafhankelijkheid zoals die door het EHRM in andere zaken dan EAB-zaken zijn uiteengezet, bieden hierbij aanknopingspunten om overlevering aan Polen in zijn algemeenheid te weigeren. Een schending van de rechterlijke onafhankelijkheid, ex. artikel 6 lid 1 EVRM, wordt hierbij veralgemeniseerd ten aanzien van de hele Poolse (straf)rechtspraak. Dit met de logische gevolgtrekking dat er ook consequenties zijn voor het individuele geval van een aan de desbetreffende lidstaat over te leveren persoon. Nadere, concrete toetsing voor een reëel individueel gevaar van blootstelling aan schending van het recht op een eerlijk proces is dan niet meer vereist.<sup>891</sup> Ik heb laten zien dat met een omvangrijke, gedegen onderbouwing wijzend op de rechtspraak van beide Europese hoven en de feitelijke situatie in Polen, de overlevering in zijn algemeenheid ontoelaatbaar kan worden geacht, in het licht van artikel 6 EVRM. De dreiging voor Poolse rechters om te worden onderworpen aan het Poolse tuchtregime neemt daarbij een centrale rol in.

Een tweede optie, met even verstrekkende gevolgen maar een gematigder voorkomen, heeft het Noorse *Vestfold district court* gehanteerd in een EAB-zaak van eind vorig jaar. De Noorse rechtbank heeft formeel de tweestappentoets gevolgd maar daarbij zoveel nadruk gelegd op de eerste stap hierin, dat de uitspraak feitelijk neerkwam op een weigering van de overlevering op grond van algemene en systemische gebreken van de rechterlijk onafhankelijkheid in Polen.<sup>892</sup>

Het derde alternatief tot slot, behelst een meer integrale beoordeling van de strafrechtelijk samenwerkingsmogelijkheden met Polen. Wanneer op grond van een algemeen beeld van de Poolse rechtsstaatscrisis zorgen rijzen over de waarborging van grondrechten van de opgeëiste persoon, wordt hierbij aangestuurd op alternatieve vormen van samenwerking zoals de overname van strafvervolgning of straftenuitvoerlegging. Bij deze derde optie, waar Ouwerkerk en Lestrade twee voorstanders van zijn, neemt het voorkomen van straffeloosheid een meer centrale positie in. Het zo veel mogelijk willen voorkomen van straffeloosheid kan de overleveringsrechter er dan ook toe brengen dit gematigder alternatief te hanteren. De alternatieve beoordelingswijzen die naar voren komen uit uitspraken als die van het Noorse *Vestfold district court* of de analyse van Verrest kunnen in dat kader namelijk minder opportuun worden geacht omdat zij dialoog met de Poolse autoriteiten over alternatieve vormen van samenwerking zouden bemoeilijken.

Wat de drie bovengenoemde opties allemaal gemeen hebben is dat verdergaande consequentie voor de overlevering worden verbonden aan het feit dat de rechterlijk macht in Polen systemisch niet langer onafhankelijk is.<sup>893</sup> Door een van deze alternatieven te hanteren geeft de overleveringsrechter uiting aan een gevoel van onvrede over het feit dat beide hoven in hun jurisprudentie twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid hanteren. Door het – in meer of mindere mate – laten prevaleren van het institutionele perspectief op rechterlijke onafhankelijkheid kan het vereiste van een concrete toetsing worden omzeild, of (sterk) gerelativeerd. Verschillende prejudiciële vragen die zijn gesteld over de overlevering naar Polen lieten reeds zien dat nationale rechterlijke autoriteiten deze kant op willen.<sup>894</sup> Bij alternatieve oplossingsrichtingen blijft de Nederlandse overleveringsrechter afhankelijk van beweging aan de kant van het Hof van Justitie of andere Europese actoren.<sup>895</sup>

---

<sup>891</sup> Verrest, *NtER* 2021/3, p. 88.

<sup>892</sup> Holmøyvik, *VerfBlog* 2021/11/02.

<sup>893</sup> Zie Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866, p. 1046. Zie ook Hoofdstuk 3, par. 3.3.

<sup>894</sup> Zie P. Bárd, J. Morijn: *Domestic Courts Pushing for a Workable Test to Protect the Rule of Law in the EU: Decoding the Amsterdam and Karlsruhe Courts' post-LM Rulings (Part II)*, *VerfBlog*, 2020/4/19, DOI: 10.17176/20200419-182125-0. Zie tevens: Holmøyvik, *VerfBlog* 2021/11/02.

<sup>895</sup> Zie in dat kader voor de besluiteloosheid vanuit de Europese Raad en Raad van de Europese Unie, Hoofdstuk 3 par. 3.2; Een voorbeeld van een alternatieve oplossing komt van Pech e.a. Zij stelden voor om in plaats van de huidige tweestappentoets een weerlegbaar vermoeden te creëren bij de overlevering aan Polen. Hierbij worden Poolse rechtbanken geacht niet langer onafhankelijk te zijn, tenzij anders wordt bewezen: 'This would acknowledge reality without cutting of access to the ECJ and violating Article 6(1) ECHR requirements.' Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 37. Frackowiak-Adamksa wierp de mogelijkheid op dat het Hof van Justitie uitvaardigende autoriteiten in Polen tijdelijk kan verbieden EABs uit te vaardigen zolang de Poolse rechtsstaatscrisis voortduurt; Frackowiak-Adamksa, *Common Market Law Review* 2022/59, p. 145-146.



## Hoofdstuk 5: Synthese

In dit laatste hoofdstuk plaats ik enkele slotopmerkingen bij al hetgeen ik in de voorgaande hoofdstukken heb onderzocht en formuleer ik een antwoord op de vraag wat de Nederlandse overleveringsrechter moet doen in concrete overleveringszaken waarin hij zich geconfronteerd ziet met de implicaties van de Poolse rechtsstaatcrisis?

Als preliminair punt zou daarbij moeten worden gewezen op de vele verschillende factoren die bij de weigering van de overlevering komen kijken en waarvan de Nederlandse overleveringsrechter zich moet vergewissen. Ik noem: de werking van het beginsel van wederzijds erkenning, het verondersteld wederzijds vertrouwen tussen lidstaten, de opschortingsbevoegdheid in het kader van de artikel 7-procedure, de effectiviteit van Europese supervisie op het rechtsstaatbeginsel, het toetsingskader van het EHRM inzake weigering van de overlevering, het toetsingskader van het Hof van Justitie inhoudende de *LM*-doctrine, het risico op straffeloosheid bij weigering, de feitelijke staat van de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen, verschillende concepties van of perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid en verschillende ideeën over de positie van nationale rechters in de beoordeling van de rechtsstaatsituatie in andere lidstaten.

Hieronder volgen de belangrijkste kernoverwegingen ten aanzien van deze aspecten. Dit vormt tegelijkertijd een beknopte weergave van de concluderende opmerkingen waarmee ik de vier onderscheidenlijke hoofdstukken heb afgesloten.

### De overlevering in 2022 - breuklijnen in een gelaagd fundament

Met het Kaderbesluit EAB werd in 2001 een vereenvoudigde strafrechtelijke samenwerking in het leven geroepen voor het uitwisselen van verdachten en veroordeelden tussen de lidstaten van de EU. In tegenstelling tot de uitlevering vindt deze samenwerking plaats tussen rechterlijke autoriteiten, die in de beoordeling treden van uitgevaardigde Europese aanhoudingsbevelen. De vereenvoudigde werking van het overleveringssysteem kan in vergaande mate worden verklaard vanuit de achterliggende beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen. Het beginsel van wederzijdse erkenning werd in 1999 verheven tot hoeksteen van de justitiële samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie.<sup>896</sup> De werking van dit beginsel houdt in dat rechterlijke beslissingen uit de ene lidstaat waaronder EAB's, ten uitvoer kunnen worden gelegd door een rechterlijke autoriteit in de andere lidstaat. De ratio hierachter wordt gevormd door het idee dat de rechtsstelsels van de lidstaten gelijkwaardig zijn, waardoor zij elkaars vertrouwen verdienen. Op basis van dit wederzijds vertrouwen in elkaars rechtstelsels is het mogelijk de uitkomsten die zij voortbrengen, in de eigen lidstaat te erkennen.<sup>897</sup>

Het weigeren van de overlevering is zo gezien in strijd met het de werking van deze beginselen in hun meest zuivere vorm. Desalniettemin kan de overlevering worden geweigerd in een beperkt aantal

---

<sup>896</sup> Zie daarvoor Conclusies van het voorzitterschap, Europese Raad te Tampere 15 en 16 oktober 1999, conclusie nr. 33.

<sup>897</sup> COM(2000) 495 def., p. 4; Sanders 2014, p. 185; zie ook Glerum 2013, p. 122.

gevallen dat is opgenomen in het Kaderbesluit. Weigering in het kader van (dreigende) mensenrechtenschending behoort niet tot deze gevallen. De lidstaten zijn op basis van het beginsel van wederzijds vertrouwen bovendien verplicht aan te nemen dat de uitvaardigende lidstaat de grondrechten in acht neemt, zonder zich daarbij te kunnen baseren op concrete wetenschap dat dit daadwerkelijk het geval is. Hierin ziet men de normatief-beperkende werking van het vertrouwensbeginsel. Deze werking houdt verband met het feit dat vertrouwen tussen de lidstaten formeel wordt benaderd. Het wordt verondersteld aanwezig te zijn en is als het ware bij het aannemen van het Kaderbesluit geproclameerd. Het is in beginsel niet mogelijk die vertrouwensbasis in twijfel te trekken.

Op dit uitgangspunt heeft het Hof van Justitie in de loop der jaren verschillende uitzonderingen aangenomen, waardoor de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen hun absolute werking hebben verloren. Daarin is een ontwikkeling zichtbaar van een nog zeer restrictieve rechtspraak in arresten als *Advies 2/13* en *Melloni* naar uitgewerkte mensenrechtenexcepties in *Aranyosi, LM* en navolgende jurisprudentie. De jurisprudentie van het Hof biedt daarmee ruimte voor overleveringsbeletsels buiten het Kaderbesluit om, vanwege (dreigende) mensenrechtenschendingen in de uitvaardigende lidstaat. De veronderstelling van wederzijds vertrouwen kan als het ware worden weerlegd.<sup>898</sup> Wat daarbij voor het Hof van Justitie echter altijd overeind is blijven staan, is dat het hier moet gaan om uitzonderlijke gevallen. De vaststelling dat sprake is van zo'n uitzonderlijk geval, vergt volgens het Hof dan ook altijd een geïndividualiseerde, concrete toetsing, voorafgegaan door een algemene toets.

Hier ontvouwt zich de kern van het probleem voor de hedendaagse overleveringspraktijk. Met de premisse dat tussen de lidstaten sprake is van wederzijds vertrouwen, heeft men het karakter van vertrouwen als evolutief concept miskent.<sup>899</sup> Vertrouwen is geen vaststaande waarde en door de Poolse rechtsstaatcrisis is een kloof ontstaan tussen het in 2001 geproclameerd vertrouwen en het daadwerkelijke vertrouwen dat anno 2022 in de Poolse rechtsstaat kan worden gesteld. Hierdoor lijkt het doorbreken van wederzijds vertrouwen in exceptionele gevallen niet langer afdoende.<sup>900</sup>

Het gelaagde fundament van het overleveringsstelsel oogt aanvankelijk rigide: een piramidevorming stelsel met de strafrechtelijke samenwerking in overleveringszaken in de top, steunend op een brede vertrouwensbasis.<sup>901</sup> Het stelsel is echter een kaartenhuis gebleken, dat geringe schokken kan opvangen (lees: voorzien in uitzonderlijke gevallen) maar niet bestand is tegen ontwikkelingen binnen lidstaten die raken aan de basis van de Europese samenwerking in zijn algemeenheid: de gehechtheid aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van mensenrechten en fundamentele vrijheden en de rechtsstaat.<sup>902</sup>

---

<sup>898</sup> Ouwerkerk, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2021/29, p. 92.

<sup>899</sup> Deze formeel benadering van vertrouwen staat wellicht ook symbool voor de periode van opbouw, uitbreiding en nauwere samenwerking die binnen de EU was aangebroken. Maar deze ratio achter de overleveringssysteematiek is ingehaald door de tijd. In Polen is sinds enkele jaren een periode van ongekend afbraak ingezet.

<sup>900</sup> Maar het Hof van Justitie wil hieraan nog altijd niet toegeven; zie ook Bárd, *European Law Journal* 2022, p. 18: 'The CJEU desires to maintain the European Arrest Warrant system—based on mutual trust that presupposes that all Member States are states based on the rule of law—fully operational, with a very narrow exception, even with the cooperation of Member States where gross violations of judicial independence are a system feature'.

<sup>901</sup> Zie hiervoor figuur in Hoofdstuk 1, par. 1.3.2.

<sup>902</sup> Zie in dit kader de symbolische weergave van deze problematiek op de voorpagina. In gelijk zin: Bárd, *Pravni Zapisi* 2021, Vol. 12(2), p. 387: '(...) the value decline and especially judicial capture, dissolves the trust that is the basis of mutual recognition-based instruments, thus the underlying idea behind a whole set of EU laws will vanish. Once a Member State's judiciary suffers from systemic governmental attacks on judicial independence, mutual trust must be declared to be terminated, at least until the rule of law is restored.'

## De aanval op rechterlijke onafhankelijkheid & het gebrek aan *rule of law enforcement*

De rechtsstatelijk achteruitgang in Polen werkt op meerdere punten door in het gelaagd fundament van de overlevering. Enerzijds doordat een aantasting van het rechtsstaatbeginsel als kernwaarde van de EU, het vertrouwen in Polen en zijn rechtsstelsel ondergraaft. Anderzijds doordat het een gevaar in het leven roept voor het recht op een onafhankelijke rechter van de opgeëiste persoon. Het is met name deze tweede dimensie van de rechtsstaatscrisis die relevant is voor de beoordeling van de overleveringsrechter over de toelaatbaarheid van de overlevering aan Polen. Dit overwegende, is in hoofdstuk 3 uitgebreid stilgestaan bij de rechtsstaatsituatie in Polen en de weerslag die hervormingen van de rechterlijke macht hebben gehad op de rechterlijke onafhankelijkheid.

Sinds 2015 is de Poolse rechtsstaat vergaand aangetast. Die aantasting is te wijten aan een doelbewuste poging van regeringspartij *PiS* om de onafhankelijke rechterlijke macht in Polen om te vormen van sta-in-de-weg tot instrument van haar beleid.<sup>903</sup> Daartoe heeft het onder meer: de samenstelling van het Constitutioneel Hof volledig vernieuwd buiten de normale grondwettelijke procedures om, de benoemingswijze van rechters gepolitiseerd en een versterkte politieke controle op de rechterlijke macht gerealiseerd met name door een zeer repressieve inzet van het tuchtrecht jegens rechters.

De reactie vanuit Europa op dit rechtsstatelijk verval is inconsequent. De Commissie en het Hof van Justitie spelen een prominente rol met hun optreden in inbreukprocedures. De Poolse hervormingen worden in deze procedures keer op keer in strijd geacht met normen van rechterlijke onafhankelijkheid. Verschillende keren heeft ook het EHRM geoordeeld dat onderdelen van of regelingen met betrekking tot de Poolse rechterlijke macht niet in overeenstemming zijn met artikel 6 lid 1 EVRM.<sup>904</sup> Tegelijkertijd is de handhaving van het rechtsstaatbeginsel op het Europese politieke niveau vrij zwak te noemen. Het stranden van de in 2017 reeds ingezette artikel 7-procedure is hiervoor exemplarisch.<sup>905</sup>

Deze ontwikkelingen hebben geleid tot twee discrepanties die zich anno 2022 opbreken:

1. De inzet van politiek middelen en procedures vanuit Brussel ter handhaving van het rechtsstaatbeginsel, staat niet in verhouding tot de ernst van de Poolse rechtsstaatscrisis; en voor zover deze middelen wel adequaat worden ingezet staat hun effectiviteit onder druk en kan niet worden verwacht dat zij op korte termijn het tij zullen keren.<sup>906</sup>
2. De veroordelende uitspraken die volgen uit inbreukprocedures, prejudiciële procedures en klachtprocedures bij het EHRM, staan in een steeds schriller contrast met de rechtspraak van beide Europese Hoven in EAB-zaken waarbij het weigeren van de overlevering nog altijd afhankelijk wordt gesteld van concrete omstandigheden in het individuele geval.

---

<sup>903</sup> Sillen, *SEW* 2021/202, p. 633.

<sup>904</sup> Voor de arresten van beide hoven geldt dat hun rechtskracht wordt ondergraven door de uitspraken van het Poolse Constitutioneel Hof. Zie hiervoor bijvoorbeeld: Bárd, *Pravni Zapisi* 2021, Vol. 12(2), p. 381-382.

<sup>905</sup> Naast inactiviteit wordt Europese politieke actoren ook een weinig principiële houding verweten, bijvoorbeeld wanneer gelden uit het Coronaherstelfonds voor Polen worden vrijgemaakt na minimale toezeggingen over de verbetering van de rechterlijke onafhankelijkheid; M. Peepkorn, 'Verdeelde Commissie akkoord met EU-miljarden voor Polen', *Volkskrant* 1 juni 2022.

<sup>906</sup> Zie recent: P. Bárd, 'In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law', *European Law Journal* 2022, DOI: 10.1111/eulj.12425, p. 1-26.

## Een nieuwe positie voor de Nederlandse overleveringsrechter: afwijking ter conformering

Mijns inziens nopen bovengenoemde discrepanties tot twee conclusies. Het betekent (1) dat de overleveringsrechter niet hoeft noch kan wachten op de inzet van politieke middelen om de Poolse rechtsstaatcrisis te bezweren, en (2) dat de overleveringsrechter in zijn reactie hierop gedwongen lijkt iets te doen dat ingaat tegen de ambivalentie in de rechtspraak van zowel het EHRM als het HvJEU waarbij beide hoven twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid hanteren.

Doet de overleveringsrechter dat niet, dan miskent hij de consequenties van de systematische afbraak van de Poolse rechtsstaat voor de berechting die plaats zal vinden of reeds heeft gevonden ten aanzien van de opgeëiste persoon, en riskeert hij mee te werken aan een schending van het recht op een eerlijk proces zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM.<sup>907</sup> Derhalve moet de overleveringsrechter op zoek naar alternatieve toetsingskaders waarbij vanuit een meer institutionele benadering wordt gekeken of de overlevering aan Polen nog toelaatbaar kan worden geacht. Hierbij heb ik drie mogelijkheden onderscheiden die in meer of mindere mate weigering mogelijk maken op basis van in het algemeen vast te stellen systemische gebreken van de rechterlijke onafhankelijkheid in Polen:

1. De eerste mogelijkheid betreft de vaststelling dat het recht op een onafhankelijke rechter is geschonden, en dat deze schending ziet op de gehele Poolse (straf)rechtspraak. Op basis van deze constatering kan de overleveringsrechter oordelen dat overlevering aan Polen onverenigbaar is met de inhoud van artikel 6 EVRM.<sup>908</sup>
2. De tweede mogelijkheid betreft een weigering op basis van de tweestappentoets, waarbij echter de nadruk die wordt gelegd op de eerste stap de aanvullende betekenis van de tweede, concrete toets vergaand relativiseert.
3. De derde mogelijkheid ziet op een uitgebreidere proportionaliteitstoets van de overlevering, waarbij strafrechtelijke samenwerking in den brede wordt afgewogen tegen een potentiële schending van grondrechten. In deze afweging worden alternatieve vormen van strafrechtelijk samenwerking betrokken, zodat het afzien van overlevering niet automatisch leidt tot het blokkeren van elke vorm van strafrechtelijke samenwerking. Met het oog op het voorkomen van straffeloosheid kan de overleveringsrechter deze weg het meest opportuun achten.

Resumerend, mijn centrale onderzoeksvraag luidde:

*Welke positie kan en moet de Nederlandse overleveringsrechter innemen bij EAB's uit Polen enerzijds in het licht van artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest en anderzijds gelet op diens positie en de onderscheidenlijk posities en bevoegdheden van actoren binnen de EU om te ageren tegen structurele gebreken in een lidstaat?*

Het antwoord hierop is dat de overleveringsrechter een prominentere, eigen positie moet innemen door geheel of ten dele te breken met het toetsingskader dat het Hof van Justitie heeft uiteengezet in prejudiciële procedures omtrent de overlevering. Daarbij wordt de tweestappentoets verlaten of sterk gerelativeerd in die zin dat specifieke omstandigheden niet langer van doorslaggevende betekenis zijn voor de beslissing of de overlevering moet worden toegestaan. De overlevering van verdachten aan Polen kan hierdoor in zijn algemeenheid ontoelaatbaar worden geacht in het licht van artikel 6 lid 1

<sup>907</sup> Bárd, *Pravni Zapisi* 2021, p. 388.

<sup>908</sup> Op dit punt bevindt de overleveringsrechter zich overigens als nationale uitvoerende autoriteit in een betere positie dan het HvJ omdat wanneer het Hof op basis van algemene gronden zou concluderen dat de gehele Poolse rechterlijke macht niet langer onafhankelijk is, dit zou betekenen dat Poolse rechters zich ook niet meer – ten behoeve van het behoud van de Poolse rechtsstaat – met prejudiciële vragen tot het Hof zouden kunnen wenden. Een uitspraak van een nationale rechter waarbij de overlevering in zijn algemeenheid wordt geweigerd, op basis van artikel 6 EVRM vanwege het bestaan van objectief gerechtvaardigde twijfels ten aanzien van de onafhankelijkheid van Poolse rechters, heeft deze gevolgen niet.

EVRM waarna eventueel kan worden onderzocht of alternatieve vormen van samenwerking nog wel mogelijk zijn, mede met het oog op het voorkomen van straffeloosheid.

Het volgen van een alternatieve beoordelingswijze is daarbij mede ingegeven door het groeiend gevoel van ongemak en onvrede bij de inconsistente wijze waarop rechterlijke onafhankelijkheid in de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt benaderd. Het hanteren van een zeer geïndividualiseerde benadering van rechterlijke onafhankelijkheid in overleveringszaken brengt de opgeëiste persoon in een nadelige positie en doet geen recht aan de risico's die systemische problemen in de Poolse rechtsstaat logischerwijs met zich brengen voor het individu. De noodzaak om een eigen koers te varen wordt daarbij versterkt door het feit dat politieke handhavingsmechanismen om de rechtsstaatcrisis in Polen te bedwingen onvoldoende worden doorgezet of doordat hun effect te lang op zich zal laten wachten.

De overleveringsrechter dient met het verbinden van meer verstrekkende consequenties voor de overlevering aan algemene gebreken in de Poolse rechtsstaat, niet alleen de geest van artikel 6 EVRM en het corresponderende artikel 47 HvEU, maar tegelijkertijd de kernwaarden van de Europese Unie. Hij kan zich hierin gesterkt weten door het besef dat ook andere nationale rechters wanneer dat nodig is fundamentele (Europese) waarden en mensenrechten laten prevaleren boven beginselen van Europese samenwerking.<sup>909</sup>

---

<sup>909</sup> Zie onder meer de bekende *Solange*-rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht; Rauchegger 2018, p. 98.



# Literatuurlijst

## **Adams & Vugt, *NJB* 2016/825**

M. Adams & E. Vugt, 'Het EU-rechtsstaatmechanisme en Polen', *NJB* 2016/825, afl. 17.

## **Armada & Weyembergh 2017**

I. Armada & A. Weyembergh, 'the mutual recognition principle and EU criminal law' in: M. Fletcher, E. Herlin-Karnell en C. Matera (red.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, London: Routledge research 2017.

## **Ballegooij & Bárd, *VerfBlog* 2018/7/29**

W. van Ballegooij, P. Bárd, Petra, 'The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU', *VerfBlog*, 2018/7/29, DOI: 10.17176/20180730-095503-0.

## **Bárd, *European Law Journal* 2022**

P. Bárd, 'In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law', *European Law Journal* 2022, DOI: 10.1111/eulj.12425, p. 1-26.

## **Bárd, *Pravni Zapisi* 2021, Vol. 12(2)**

P. Bárd, 'Canaries in a coal mine: Rule of Law deficiencies and mutual trust', *Pravni Zapisi* 2021, Vol. 12(2), p. 371-395, DOI 10.5937/pravzap0-35035.

## **Bárd & Ballegooij, *New Journal of European Criminal Law* 2018, Vol. 9(3)**

P. Bárd & W. Ballegooij, 'Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM', *New Journal of European Criminal Law* 2018, Vol. 9(3), p. 353-365.

## **Bárd en Bodnar, *CEPS* 2021/15**

P. Bárd en A. Bodnar, 'The end of an Era; The Polish Constitutional Court's judgment on the primacy of EU law and its effects on mutual trust', *CEPS* 2021/15.

## **Barents 1997**

R. Barents, *Het verdrag van Amsterdam* (Europese monografieën; deel 51), Deventer: Wolters Kluwer 1997.

## **Barents *SEW* 2006 p. 363-364.**

R. Barents, 'De denationalisering van het strafrecht. Preadvies voor de NVER-vergadering avn 24 november 2006', *SEW* 2006, p. 358-374.

## **Besselink 2017**

L. Besselink, 'The Bite, the Bark, and the Howl Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives', in A. Jakab & D. Kochenov (red.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford: Oxford University Press 2017

## **Bogdandy, von & Ioannidis, *Common Market Law Review* 2014/51**

A. von Bogdandy & M. Ionnisidis, 'Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done', *Common Market Law Review* 2014/51, p. 59-96.

## **Borgers & De Graaf 2015**

M.J. Borgers en F.C.W. de Graaf, 'Europees Strafrecht', in: R. van Elst & E. van Sliedregt (red.), *Handboek internationaal strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 11-72.

**Bot 2009**

S. Bot, *Le mandat d'arret européen*, Bruxelles: Larcier 2009.

**Bovend'Eert, AB 2019/75**

P.P.T. Bovend'eert, annotatie bij HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, AB 2019/75.

**Callewaert, Zeitschrift für Europarechtliche Studien 2021**

J. Callewaert, 'The European arrest warrant under the European Convention on Human Rights: A matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility', *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS-Sonderband)* 2021, DOI: 10.5771/9783748928355-105, p. 105-114.

**Dootalieva, SEW 2019/39**

A. Dootalieva, 'De afdwinging van de democratie en rechtsstaat: een analyse van politieke en juridische instrumenten', *SEW* 2019/39, afl. 3, p. 110-122.

**Fichera, ELJ 2009/15**

M. Fichera, 'The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?', *European Law Journal* 2009/15.

**Fichera, U. of Edinburgh School of Law Working Paper 2009/10**

M. Fichera, 'Mutual Trust in European Criminal Law', University of Edinburgh School of Law Working Paper Series 2009/10.

**Flore 2005**

C. Flore 'La notion de confiance mutuelle: l' 'alpha' ou l' 'oméga' d'une justice pénale européenne?', in G. de Kerckhove & A. Weyemberg (red.), *La confiance mutuelle dans l'espace penal européen/Mutual trust in the European Criminal Area*, Brussel: Editions de l'Université de Bruxelles 2005, p. 17-28.

**Frackowiak-Adamksa, Common Market Law Review 2022/59**

A. Frackowiak-Adamksa, 'Trust until it is too late! Mutual recognition of judgments and limitations of judicial independence in a Member State: L and P', *Common Market Law Review* 2022/59, p. 113–150/

**Gajda-Roszczyńska & Markiewicz, Hague Journal on the Rule of Law 2020/12**

K. Gajda-Roszczyńska & K. Markiewicz, 'Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland', *Hague Journal on the Rule of Law* 2020/12, p. 451–483.

**Gaever 2013**

J. Gaever, *Het Europese aanhoudingsbevel in de praktijk*, Mechelen : Kluwer, 2013.

**Glas 2019**

L. Glas, 'Avotiņš t. Letland: de grenzen aan wederzijds vertrouwen volgens en tussen het EHRM en het HvJ EU', in: J. Krommendijk, H.C.F.J.A. de Waele & K.M. Zwaan, *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 63-81.

**Glerum 2005**

V.H. Glerum, *De overleveringswet*, Den Haag: Sdu 2005.

**Glerum 2013**

V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering*, Nijmegen: Wolf legal Publishers, 2013.

**Glerum, DD 2008/58**

V.H. Glerum, ‘Overlevering van Nederlanders: copernicaanse revolutie of uitlevering in overgang?’, *DD* 2008/58.

**Glerum, *DD* 2014/17**

V.H. Glerum, ‘Grondrechtenbescherming in EAB-zaken: alleen in de uitvaardigende lidstaat? De boodschap van het arrest Jeremy F.’, *DD* 2014/17.

**Glerum, *DD* 2016/79**

V.H. Glerum, ‘Recente rechtspraak HvJ EU over het Europees aanhoudingsbevel’, *DD* 2016/79, afl. 10, p. 884-909.

**Glerum, *NTM-NJCM Bull* 2020/07**

V.H. Glerum. ‘Reflecties op het arrest *LM*’, *NTM-NJCM* 2020/07, p. 83-94.

**Glerum, *NTS* 2021/76**

V.H. Glerum, ‘De Overleveringswet op de helling: de herimplementatie van Kaderbesluit 2002/584/JBZ’, *NTS* 2021/76, afl. 5, p. 274-296.

**Glerum, in: *T&C Internationaal Strafrecht 2021***

V.H. Glerum, ‘Reëel gevaar schending grondrechten Handvest’, in: Tekst & Commentaar Internationaal Strafrecht, Deventer: Kluwer 2021 (online).

**Glerum & Rozemond 2008**

V.H. Glerum en N. Rozemond, ‘Overlevering en uitlevering’, in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona en A.M.M. Orië (red.), 2008, *Handboek Internationaal Strafrecht. Schets van het internationale en Europese strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2008.

**Glerum & Rozemond 2015a**

V.H. Glerum & N. Rozemond, ‘Uitlevering’, in: R. van Elst & E. van Sliedregt (red.), *Handboek internationaal strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 163-240.

**Glerum & Rozemond 2015b**

V.H. Glerum & N. Rozemond, ‘Overlevering’, in: R. van Elst & E. van Sliedregt (red.), *Handboek internationaal strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 241-336.

**Glerum & Rozemond *DD* 2010/17**

V. Glerum & N. Rozemond, ‘Het Wolzenburg-arrest, de interpretatie van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de gevolgen voor de Nederlandse overleveringspraktijk’, *DD* 2010/17.

**Gremmelprez, *SEW* 2019/182**

F. Gremmelprez, ‘Blijvend vertrouwen in de Poolse rechterlijke macht? De praktische gevolgen van het niet langer naleven van het rechtsstaatsbeginsel door een EU-lidstaat’, *SEW* 2019/182, afl. 11.

**Hert, de, *JV* 2004**

P. de Hert, ‘Het einde van de Europese rechtshulp’. *JV* 2004, p. 96-118. p. 112

**Heuveling van Beek, *NJB* 2022/866**

L. Heuveling van Beek, ‘Polen en de democratische rechtsstaat; Catch 2022?’, *NJB* 2022/866, p. 1046-1048.

**Hoeksma, *NJB* 2014/720**

J. Hoeksma, ‘De EU als democratisch experiment.’ *NJB* 2014/720.

**Holmøyvik, *VerfBlog* 2021/11/02**

E. Holmøyvik, 'No Surrender to Poland: A Norwegian court suggests surrender to Poland under the EAW should be suspended in general', *VerfBlog* 2021/11/02, DOI: 10.17176/20211103-052947-0.

**Hong, *EuConst* 12 (2016)**

Mathias Hong, 'Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi', *European Constitutional Law Review* 12 (2016), p. 549–563.

**Janse, *NJB* 2018/1701**

R. Janse, 'Het indirecte belang van artikel 7 VEU', *NJB* 2018/1701, afl. 32.

**Janssens 2007**

C. Janssens, 'De burger, de Unie en het Europees aanhoudingsbevel: op zoek naar het juiste evenwicht tussen vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid', in: J. Meeusen & G.J.J.M. Straetmans (red.), *Politiële en justitiële strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie: welk evenwicht tussen vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid?*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 1-7.

**Janssens, *RW* 2011/12**

C. Janssens, 'Het beginsel van de wederzijdse erkenning in de interne markt van de EU en de justitiële strafrechtelijke samenwerking in de EU. Een analyse vanuit een beleidsoverschrijdende benadering', *RW* 2011/12.

**Konstadinides, *Common Market Law Review* 2019, vol. 56**

T. Konstadinides, 'Judicial independence and the rule of law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM', *Common Market Law Review* 2019, vol. 56, afl. 3, 754

**Kowalik-Bańczyk, *German Law Journal*, Vol. 6 no. 10**

K. Kowalik-Bańczyk, 'Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law', *German Law Journal*, Vol. 06 no. 10, p. 1355-1366.

**Kraniotis 2016**

T. Kraniotis, *Het vertrouwensbeginsel bij de interstatelijke samenwerking in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Krommendijk *NTM-NJCMBull* 2018/38**

J. Krommendijk, 'Uw rechtsstaat is de onze wél; Nationale rechters als beschermers van de rechtsstatelijkheid in andere lidstaten', *NTM-NJCMBull* 2018/38, afl. 3.

**Krommendijk & Kruisbergen, *EHRC* 2018/190**

J. Krommendijk & K. Kruisbergen, annotatie bij HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, *EHRC* 2018/190.

**Krommendijk & de Vries, *SEW* 2021/196**

J. Krommendijk & G. de Vries, 'De wisselwerking tussen het HvJ EU en het EHRM: een hernieuwde liefde?', *SEW* 2021/196, p. 560-570.

**Lawson 2021**

Lawson, *NTM/NJCM-Bull* 2021/3, p.353

**Mancano, *Revista General de Derecho Europeo* 2022, vol. 56**

L. Mancano, 'Judicial cooperation, detention conditions and equivalent protection. Another chapter in the EU-ECHR relationship: Bivolaru and Moldovan v. France', *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 56, p. 207-231.

**Mazur, *Themis* 2020a**

D. Mazur, 'Polish judiciary in the shadow of the 'muzzle law'', *Themis* updated for 3 December 2020.

**Mazur, *Themis* 2020b**

D. Mazur, 'From bad to worse – the Polish judiciary in the shadow of the 'muzzle act,' report prepared by Dariusz Mazur, *Themis* updated as at 31 December 2020.

**Mazur, *NJB* 2020/2730**

D. Mazur, 'The real objective and the results of the so called 'great reform' of the Polish justice system,' *NJB* 2020/2730, afl. 40, p. 3078-3084.

**Meijer *NBSTRAF* 2019/170**

M.E. Meijer, 'Veenbranden in de rechtstaat: (Onwenselijke) discussies over de rechtstatelijke integriteit van het OM', *NBSTRAF* 2019/170, afl. 7.

**Mitsilegas, *CMLR* 2006**

V. Mitsilegas, 'The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU', *Common Market Law Review* 2006, p. 1277-1311.

**Mitsilegas, *EJLR* 2006**

V. Mitsilegas, 'Constitutional principles of the European Community and European Criminal Law', *European Journal of Law Reform* 2006, p. 301-323.

**Mitsilegas 2009**

V. Mitsilegas, *EU criminal law*, Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing 2009.

**Moorhead, *European Journal of Law Reform* 2014/16**

T. Moorhead, 'The Values of the European Union Legal Order: Constitutional Perspectives', *European Journal of Law Reform* 2014/16, afl. 1.

**Morijn, *NJB* 2021/203**

J. Morijn, 'De EU en de rechtsstatelijke crises in Hongarije en Polen Urgentie vergt (gedifferentieerde) actie', *NJB* 2021/203.

**Ouwerkerk 2010**

J.W. Ouwerkerk, 'Wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen: de Nederlandse rechtspraak inzake overlevering', in R.S.T. Gaarhuis, T. Kooijmans en Th.A. de Roos (red.), *Vertrouwen in de strafrechtspleging*, Deventer: Kluwer 2010, p. 89-99.

**Ouwerkerk 2011**

J.W. Ouwerkerk, *Quid pro quo? : a comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters* (diss. Tilburg), Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia 2011.

**Ouwerkerk, *SEW* 2021/201**

J.W. Ouwerkerk, 'Grenzen aan wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen bij de uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen: convergentie en divergentie in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM', *SEW* 2021/201, afl. 12, p. 615-627.

**Ouwerkerk, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2021/29**

J. Ouwerkerk, 'Are Alternatives to the European Arrest Warrant Underused? The Case for an Integrative Approach to Judicial Cooperation Mechanisms in the EU Criminal Justice Area', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2021/29, afl. 2, p. 87-101.

**Pech 2021**

L. Pech, *The concept of chilling effect Its untapped potential to better protect democracy, the rule of law, and fundamental rights in the EU*, New York: Open Society Foundation 2021.

**Pech & Kochenov 2021,**

L. Pech & D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice; A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, Stockholm: SIEPS 2021.

**Pech, Wachowiec & Mazur, *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13**

L. Pech, P. Wachowiec & D. Mazur, 'Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action', *Hague Journal on the Rule of Law* 2021/13, p. 1-43.

**Pitto 2005**

E. Pitto 'Mutual trust and Enlargement', in G. de Kerckhove & A. Weyemberg (red.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual trust in the European Criminal Area*, Brussel: Editions de l'Université de Bruxelles 2005, p. 47-74.

**Rapport CPT 2014**

CPT, *Report to the Hungarian Government on the visit to Hungary carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ( CPT ) from 3 to 12 April 2013*, CPT/Inf (2014) 13.

**Rapport CPT 2015**

*Report to the Hungarian Government on the visit to Hungary carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ( CPT ) from 15 to 17 June*, CPT/Inf (2015) 31.

**Rapport Gustafsson & Omtzigt 2020,**

R. Gustafsson & P. Omtzigt, *The functioning of democratic institutions in Poland Report*, Monitoring Committee (Raad van Europa), document 15025, 6 januari 2022 (online publiek).

**Rapport Wolne Sądy 2022**

Wolne Sądy, *2000 Days of Lawlessness* (Rapport van de Free Courts Foundation (Wolne Sądy) oorspronkelijk gepubliceerd op 23 juni 2021 en sindsdien constant geupdate) mei 2020 (online publiek).

**Rauchegger 2018**

C. Rauchegger, 'The Bundesverfassungsgericht's human dignity review: Solange III and its application in subsequent case law', in: L. Violini & A. Baraggia (red.), *The fragmented landscape of fundamental rights protection in Europe : the role of judicial and non-judicial actors*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018, p. 94-113.

**Reestman & Eijsbouts, *EuConst* 2005/1**

J.H. Reestman, & W.T. Eijsbouts, 'Mutual Trust', *EuConst* 2005/1, p. 1-3.

**Rijn, van, *NtEr* 2021**

T.P.J.N. van Rijn, 'Het nieuwe rechtsstaatmechanisme: een panacee voor alle schendingen van EU-recht?', *NtEr* 2021, afl. 9, p. 239-246.

**Rozemond 2006**

N. Rozemond, 'Problemen bij de implementatie van het Kaderbesluit EAB in de Nederlandse Overleveringswet', in: M.J. Borgers & F.G.H. Kristen (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 127 – 142.

**Rozemond 2009**

N. Rozemond, *Begrensd vertrouwen: mensenrechtenbescherming bij uitlevering en overlevering*, Zutphen: Paris Uitgeverij 2009.

**Sackers & Van Kempen, *Kroniek strafrecht 2020 2021***

H.J.B. Sackers & P.H.P.H.M.C. van Kempen (red.), *Kroniek van het strafrecht 2020*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Sadurski, *Columbia Journal of European Law* 2010/3**

W. Sadurski, 'Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, E.U. Enlargement, and Jorg Haider', *Columbia Journal of European Law*, vol. 16, no. 3, p. 385-426.

**Sadurski, *Hague Journal on the Rule of Law* 2019/11**

W. Sadurski, 'Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler', *Hague Journal on the Rule of Law* 2019/11, p. 63–84.

**Sadurski 2019**

W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford: Oxford University Press 2019.

**Sanders 2014**

H. Sanders, *Handboek uitleverings- en overleveringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 185.

**Scheppele, *VerfBlog* 2018/7/28**

K.L. Scheppele, 'Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's (Alarming) "Celmer" Decision', *VerfBlog*, 2018/7/28, DOI: 10.17176/20180730-095958-0.

**Sillen, *SEW* 2021/202**

J.J.J. Sillen, Straatsburg, Luxemburg en twee perspectieven op rechterlijke onafhankelijkheid', *SEW* 2021/202, afl. 12, p. 628-639.

**Sliedregt, van, *EuConst* 2007/2**

E. van Sliedregt, 'European arrest warrant: extradition in transition', *European Constitutional Law Review* 2007/2, p. 244-252.

**Sonnevend, *VerfBlog* 2018/7/27**

P. Sonnevend, 'A Clever Compromise or a Tectonic Shift? The LM Judgment of the CJEU', *VerfBlog* 2018/7/27, DOI: 10.17176/20180727-105046-1.

**Spano, *European Law Journal* 2021**

R. Spano, 'The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary', *European Law Journal* 2021, DOI: 10.1111/eulj.12377, p. 1-17.

**Stessens 2001**

G. Stessens, 'The principle of mutual confidence between judicial authorities in de Area of Freedom Justice and Security', in G. de Kerckhove & A. Weyembergh (red.), *L'espace penal européen: enjeux et perspectives*, Brussel: Editions de l'Université de Bruxelles 2001, p. 93-94.

**Thiele, *VerfBlog*, 2021/10/10**

A. Thiele, 'Whoever equates Karlsruhe to Warsaw is wildly mistaken', *VerfBlog*, 2021/10/10, DOI: 10.17176/20211010-181242-0.

**Tóth, *Hague Journal on the Rule of Law* 2019/11**

A.. Tóth, 'Constitutional Markers of Authoritarianism', *Hague Journal on the Rule of Law* 2019/11, p. 37–61.

**Veldt-Foglia, *NtEr* 2016**

M.I. Veldt Foglia, 'Wederzijds vertrouwen in EAB-zaken op de helling? Law in action vs. law in the books', *NtEr* 2016, afl. 8, p. 259-266.

**Verrest, *NtER* 2021**

P.A.M. Verrest, 'Zorgen om de rechtsstaat in Polen bij uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel', *NtER* 2021, afl. 3, p. 81-89.

**Venice Commission, *Opinie* 904/2017**

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the draft act amending the act on the national council of judiciary, on the draft act amending the act on the supreme court, proposed by the president of Poland, and on the act on the organization of ordinary courts, Opinion No. 904 / 2017, 11 December 2017, CDL-AD(2017)031.

**Venice Commission, *Opinie* 892/2017**

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the act on the public prosecutor's office as amended, Opinion 892 / 2017, 11 December 2017, CDL-AD(2017)028.

**Venice Commission, *Opinie* 977/2020**

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Joint urgent opinion on amendments of the law on the common courts, the law on the supreme court, and some other laws, Opinion 977 / 2020, 22 juni 2020, CDL-AD(2020)017.

**Wissels & Grimbergen 2019**

C. Wissels & R. Grimbergen, 'Als je mekaar niet meer vertrouwen kan, waar blijf je dan? Enkele gedachten over het arrest L.M. en het wederzijds vertrouwensgebied', in: J. Krommendijk, H.C.F.J.A. de Waele & K.M. Zwaan, Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 247-270

**Zwaan, de, *SEW* 2022/2**

J.W. de Zwaan, 'De waarden van de Europese Unie, en de handhaving daarvan', *SEW* 2022/2, afl. 1, p. 3-19.



Met bijzondere dank aan Jelle van Elk - student aan de Nederlandse Filmacademie te Amsterdam - die deze scriptie van een betekenisvolle en creatieve omslag heeft voorzien.

