

ANNOTATIE

Tamazount e.a. t. Frankrijk (EHRM, 17131/19) – Is een political question-doctrine verenigbaar met het recht op toegang tot de rechter?

R. van der Hulle

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 04-04-2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0404JUD001713119 (EHRC-2024-0106)

1. Onderhavig arrest van het EHRM raakt aan de Algerijnse onafhankelijkheidsoorlog van 1954 tot 1962 en daarmee aan een belangrijke periode uit de Franse geschiedenis. Deze oorlog leidde uiteindelijk tot de onafhankelijkheid van Algerije. Bij zijn bezoek aan dit land in augustus 2022 riep president Macron beide landen op om deze ‘pijnlijke geschiedenis’ achter zich te laten.[1] Een jaar eerder had Macron de Algerijnen die tijdens de onafhankelijkheidsoorlog aan de zijde van het Franse leger hadden gevochten – ook wel harki’s genoemd – en hun nabestaanden om vergeving gevraagd en wetgeving aangekondigd die moet zorgen voor erkenning en eerherstel.[2] Voor de klagers in kwestie was dat echter niet voldoende. Als nabestaanden van enkele harki’s stelden zij de Franse staat aansprakelijk omdat de Franse staat volgens hen had nagelaten de harki’s en hun gezinnen te beschermen tegen wraakacties na de Algerijnse onafhankelijkheid. De Franse rechter ging daar niet in mee en verklaarde zich onbevoegd om van de vorderingen hierover kennis te nemen. Volgens hem hielden de vorderingen verband met de betrekkingen tussen Frankrijk en Algerije en daarmee met het buitenlands beleid. Omdat de vormgeving van dat beleid met het oog op de machtenscheiding aan de andere staatsmachten is voorbehouden, meende de Franse rechter dat hij zich niet inhoudelijk over de vorderingen kon uitspreken. De vraag was of de toepassing van deze Franse ‘*political question*-doctrine’ een schending oplevert van het in art. 6 EVRM neergelegde recht op toegang tot de rechter. Het EHRM beantwoordt deze vraag in

onderhavig arrest ontkennd. In deze annotatie zal allereerst nader worden ingegaan op de ter discussie gestelde benadering van de Franse rechter, om vervolgens de motivering van het EHRM mede in het licht van eerdere rechtspraak nader te bezien.

2. De benadering van de Franse rechter die in onderhavig arrest aan de orde is, is zeker niet uniek. Ook in andere landen is in de rechtspraak – weliswaar met accentverschillen en uitzonderingen – erkend dat er geschillen kunnen zijn die buiten het domein van de rechter vallen en waarover de rechter zich inhoudelijk niet mag uitspreken.[3] In de discussie hierover wordt vooral verwezen naar de Amerikaanse *political question*-doctrine.[4] De zaak *Baker v. Carr* (hierna: *Baker*) uit 1962 wordt beschouwd als het vertrekpunt van de moderne invulling van deze Amerikaanse doctrine.[5] In die zaak heeft het Amerikaanse Hooggerechtshof diverse factoren geformuleerd aan de hand waarvan de rechter moet beoordelen of een geschil buiten het domein van de rechter valt. In de praktijk spelen twee daarvan een doorslaggevende rol. Concreet is volgens deze factoren van een '*political question*' sprake als een geschil raakt aan een onderwerp dat moet worden geacht door de Amerikaanse grondwet aan de andere staatsmachten te zijn opgedragen of als het ontbreekt aan duidelijke en objectieve toetsingsmaatstaven voor de rechter. Anders dan het Amerikaanse Hooggerechtshof, dat de doctrine sinds *Baker* slechts in een handvol zaken heeft toegepast, vallen lagere rechters vaker op de doctrine terug. Dat doen zij bij uitstek in geschillen waarin achterliggende, politieke beslissingen ter invulling van het buitenlands beleid aan de orde zijn, zoals beslissingen tot of die anderszins verband houden met militair ingrijpen in een ander land. De Amerikaanse rechter acht hierbij eerst en vooral van belang dat de vormgeving van het buitenlands beleid grondwettelijk gezien aan de andere staatsmachten, in het bijzonder de Amerikaanse president, is opgedragen.[6]

3. Hoewel de Nederlandse rechter nimmer een algemeen toepasbare *political question*-doctrine heeft geformuleerd, kunnen uit de rechtspraak wel sporen van een dergelijke doctrine worden afgeleid. Concreet valt de Nederlandse rechter in sommige geschillen op een benadering terug die in materiële zin dicht bij een onbevoegdverklaring en een *political question*-doctrine in de buurt komt.[7] Een eerste voorbeeld betreft geschillen waarin een onderwerp aan de orde is waarover het wetgevingsproces gaande is. Voor de Nederlandse rechter geldt dan als uitgangspunt dat hij van een inhoudelijke beoordeling moet afzien om het lopende wetgevingsproces niet te doorkruisen.[8] Een tweede voorbeeld betreft geschillen waarin beslissingen op het gebied van het buitenlands beleid aan de orde zijn. Omdat de vormgeving van het buitenlands beleid afhankelijk is van politieke afwegingen die niet aan de rechter zijn, moet de rechter volgens vaste rechtspraak in beginsel een vergaande terughoudendheid betrachten bij de beoordeling van de rechtmatigheid van beslissingen ter vormgeving van dat beleid.[9] Net als bij de vergelijkbare benaderingen van buitenlandse

rechters, ligt hieraan de machtenscheiding ten grondslag, zoals die mede blijkt uit de ‘op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen’ en het in art. 120 Gw neergelegde toetsingsverbod.[10]

4. Over de vraag hoe een dergelijke *political question*-doctrine zich verhoudt tot het recht op toegang tot de rechter uit art. 6 EVRM heeft het EHRM zich eerder uitgesproken in de zaak *Markovic e.a. t. Italië* (hierna: *Markovic*) uit 2006.[11] Deze zaak heeft betrekking op in NAVO-verband uitgevoerde bombardementen in voormalig Joegoslavië. Daarbij was een groot aantal slachtoffers om het leven gekomen. De nabestaanden van enkele slachtoffers startten een procedure voor de Italiaanse rechter waarin zij de Italiaanse staat aansprakelijk stelden voor het deelnemen aan deze bombardementen door openstelling van het Italiaanse luchtruim en het ter beschikking stellen van een legerbasis op Italiaans grondgebied. De Italiaanse rechter wees tot in hoogste instantie de vorderingen zonder inhoudelijke beoordeling af met een benadering die veel weg heeft van een Italiaanse *political question*-doctrine. Concreet overwoog de Italiaanse rechter dat beslissingen tot deelname aan militair ingrijpen bij uitstek een politiek karakter hebben die, met het oog op de machtenscheiding, moeten worden geacht aan de andere staatsmachten te zijn voorbehouden. In Straatsburg klaagden de nabestaanden dat deze benadering van de Italiaanse rechter onverenigbaar was met het recht op toegang tot de rechter.

5. Het EHRM ging daar niet in mee. Daarbij stelde de Grote Kamer voorop dat de benadering van de Italiaanse rechter klagers op zichzelf niet had belet om hun vorderingen aan de rechter voor te leggen. Hieraan voegde de Grote Kamer toe dat de uitleg en toepassing van het nationale recht aan de nationale rechter is voorbehouden en dat de wijze van afdoening niet uit de lucht kwam vallen, maar uitvoerig was gemotiveerd onder verwijzing naar eerdere rechtspraak. Dat de Italiaanse rechter de vorderingen van de nabestaanden zonder inhoudelijke beoordeling (en zelfs zonder zitting) had afgewezen, was dan ook voorzienbaar. Ten slotte overwoog de Grote Kamer dat de ter beoordeling staande benadering niet neerkwam op een absolute immuniteit op grond waarvan een groot aantal geschillen per definitie aan rechterlijk toezicht is onttrokken, maar was beperkt tot een specifiek type van geschillen. Om deze redenen concludeerde de Grote Kamer dat van een schending van art. 6 EVRM geen sprake was. Sterker nog: volgens de Grote Kamer was een inbreuk zelfs niet aan de orde. Aan de vraag naar het al dan niet bestaan van een toereikende rechtvaardiging, kwam de Grote Kamer daardoor niet toe: ‘It follows that the applicants cannot argue that they were deprived of any right to a determination of the merits of their claims. Their claims were fairly examined in the light of the domestic legal principles applicable to the law of tort. Once the Court of Cassation had considered the relevant legal arguments that brought the applicability of Article 6 § 1 of the Convention into play, the applicants could no longer claim any

entitlement under that provision to a hearing of the facts. Such a hearing would only have served to protract the domestic proceedings unnecessarily because, even assuming that the Court of Cassation's decision did not automatically bring the proceedings pending in the Rome District Court to an end, the District Court would only have had power to determine the nature of the impugned acts and, in the circumstances of the case, would have had no alternative but to dismiss the claim.'^[12]

6. In onderhavig arrest komt het EHRM tot dezelfde uitkomst, maar met een ander vertrekpunt en daarmee deels andere (aanvullende) motivering. Anders dan in *Markovic*, overweegt het EHRM dat de onbevoegdverklaring van de Franse rechter wél inbreuk maakt op het recht op toegang tot de rechter. Daardoor was het EHRM, anders dan in *Markovic*, genoodzaakt om te onderzoeken of aan deze inbreuk een legitiem doel ten grondslag ligt en of deze inbreuk proportioneel is. Het EHRM concludeert dat beide het geval is. Het met de benadering van de Franse rechter gediende legitieme doel betreft het waarborgen van de machtenscheiding, in het bijzonder de scheiding tussen de uitvoerende macht en de rechterlijke macht. Het belang hiervan heeft het EHRM in eerdere rechtspraak meermaals benadrukt.

7. Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de inbreuk stelt het EHRM voorop dat de benadering van de Franse rechter strikt wordt uitgelegd, in die zin dat deze benadering alleen van toepassing is in geschillen die daadwerkelijk en onlosmakelijk met de internationale betrekkingen zijn verbonden. De Franse rechter had nauwkeurig onderbouwd waarom dat hier het geval was. Het EHRM ziet geen reden om daaraan te twijfelen. Net als in *Markovic*, merkt het daarbij op dat het uitleggen en toepassen van het nationale recht eerst en vooral aan de nationale rechter is voorbehouden. Ten slotte neemt het EHRM hierbij in aanmerking dat de onbevoegdverklaring niet leidde tot een categorische uitsluiting van elke aansprakelijkheid van de Franse staat, nu het Franse recht ook andere staatsaansprakelijkheidsprocedures kent waarop klagers een beroep konden doen, zonder dat daarbij de rechtmatigheid van de achterliggende politieke besluitvorming op het gebied van de internationale betrekkingen ter discussie zou worden gesteld. Om deze redenen achtte het EHRM de inbreuk op het recht op toegang tot de rechter uit art. 6 EVRM gerechtvaardigd.

8. Dogmatisch gezien lijkt mij de benadering van het EHRM in onderhavig arrest zuiverder dan de benadering van de Grote Kamer in *Markovic*. De overweging in *Markovic* dat de toepassing van een *political question*-doctrine op zichzelf niet leidt tot een inbreuk op het recht op toegang tot de rechter oogt formalistisch. Hoewel een *political question*-doctrine op zichzelf onverlet laat dat een geschil feitelijk aan de rechter kan worden voorgelegd, zoals het EHRM in *Markovic* nog benadrukte, leidt de toepassing van een dergelijke doctrine er per saldo toe dat de rechter afziet van een inhoudelijke beoordeling van het geschil ten gronde.

Verdedigbaar is dat de toegang tot de rechter bij toepassing van een *political question*-doctrine materieel daarmee wel degelijk in het geding is. Dit geldt temeer nu uit vaste rechtspraak van het EHRM volgt dat het recht op toegang tot de rechter mede het recht omvat voor burgers om de omvang van hun burgerlijke rechten en verplichtingen door een onafhankelijke rechter te laten beoordelen. Juist daaraan komt de rechter, als hij oordeelt dat een *political question* aan de orde is, niet toe.[13]

9. Hoe dan ook lijkt mij de uitkomst in dit arrest wel verdedigbaar. De in 2021 door president Macron aangekondigde wetgeving erkent dat de Franse staat verantwoordelijk is voor het leed van de harki's en hun familie in de nasleep van de Algerijnse onafhankelijkheidsoorlog. Aan de klagers was een schadevergoeding toegekend van EUR 15.000, mede ter compensatie voor de onmenselijke omstandigheden tijdens hun verblijf in zogenoemde harki-kampen na hun vlucht naar Frankrijk. Hoewel het EHRM zich in dit arrest kritisch toont over de hoogte van deze vergoeding, stonden klagers daarmee niet volledig met lege handen.

Mr. dr. R. (Rob) van der Hulle is advocaat in Amsterdam en als research fellow verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht van de Radboud Universiteit. Deze annotatie is op persoonlijke titel geschreven.

[1] 'Macron in Algerije: 'Pijnlijke geschiedenis achter ons laten'', NOS 25 augustus 2022.

[2] E. Huisman, 'President Macron vraagt vergeving aan Algerijnen die aan Franse zijde vochten tegen onafhankelijkheid', *de Volkskrant* 20 september 2021.

[3] Zie bijv. P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijnden en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004. Vgl. ook R. van der Hulle, 'De rol van de rechter bij vraagstukken van buitenlands beleid en defensie: over *Crown acts of state*, *political questions* en rechterlijk abstineren', *RM Themis* 2018, afl. 2, p. 58-66.

[4] Zie daarover uitgebreid R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine? Een beschouwing over de rol van de rechter in politieke geschillen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

[5] U.S. Supreme Court 26 maart 1962, 369 U.S. 186 (*Baker v. Carr*).

[6] Van der Hulle 2020, hoofdstukken 3 en 4, met verdere verwijzingen.

[7] Van der Hulle 2020, hoofdstukken 7 en 8, met verdere verwijzingen. Vgl. ook recent A.E.M. Leijten en J. Uzman, '*Political Questions as Trumps?* Machtenscheiding als absoluut of relatief

concept?', in: H. Broeksteeg e.a. (red.), *Rechter & Politiek (Bovend'Eert-Bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 275-289.

[8] Zie bijv. Rb. Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667, AB 2017/415, m.nt. Boogaard en Uzman onder AB 2017/416. Vgl. ook Rb. Den Haag 4 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7888, AB 2018/399, m.nt. Van der Hulle.

[9] Zie ook R. van der Hulle, 'De rol van de rechter bij geschillen over het buitenlands beleid: over politieke afwegingen, rechtsbescherming en de knip van de Hoge Raad', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 137-156; en recent M.K.G. Tjepkema, C.P.J. Smeulders en A. Pijnenburg, 'Staatsaansprakelijkheid voor het buitenlands en veiligheidsbeleid. Wat is er nog over van de beleidsvrijheid', *NJB* 2024/937, afl. 16, p. 1192-1200, in reactie op Hof Den Haag 12 februari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:191, AB 2024/ 132, m.nt. De Goede en Nijenhuis, over de levering van F-35-onderdelen aan Israël.

[10] HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *NJ* 2003/691, m.nt. Koopmans (*Waterpakt*).

[11] *Markovic en anderen t. Italië*, EHRM (GK) 14 December 2006, nr. 1398/03, ECLI:CE:ECHR:2006:1214JUD000139803, *EHRC* 2007/32, m.nt. Heringa.

[12] *Markovic e.a. t. Italië*, par. 115.

[13] Vgl. ook Van der Hulle 2020, p. 294-296, mede onder verwijzing naar *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170, *NJ* 1975/462, m.nt. Alkema.