



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie bij EHRM 5 juli 2016 (A.M./Nederland)

Uzman, J.

Citation

Uzman, J. (2016). Annotatie bij EHRM 5 juli 2016 (A.M./Nederland). *European Human Rights Cases, 2016*(11). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/67964>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67964>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

EHRC 2016/228 EHRM, 05-07-2016, 29094/09 Effectieve rechtsbescherming,

Ontbreken opschortende werking hoger beroep, Uitputten nationale rechtsmiddelen,

1F-vluchteling

Publicatie	EHRC 2016 afl. 11
Publicatiedatum	20 oktober 2016
College	EHRM
Uitspraakdatum	05 juli 2016
Rolnummer	29094/09 LJN
Rechter(s)	López Guerra (President) Jäderblom Silvis Lubarda Vilanova Polácková Serghides
Partijen	A.M. tegen Nederland
Noot	mr. J. Uzman
Trefwoorden	Effectieve rechtsbescherming, Ontbreken opschortende werking hoger beroep, Uitputten nationale rechtsmiddelen, 1F-vluchteling,
Regelgeving	EVRM - 13 EVRM - 3 EVRM - 8 EVRM - 35 lid 1

Samenvatting

Klager is vanuit Afghanistan gevlucht naar Nederland en heeft daar asiel aangevraagd. Dit asielverzoek wordt geweigerd omdat hij in de 1F-categorie zou vallen. Tegen dit besluit heeft klager beroep ingesteld bij de rechtbank. Nadat het beroep is afgewezen heeft hij geen hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ingesteld. In 2007 wordt vervolgens het voornemen uitgesproken om klager ongewenst te verklaren. Klager heeft daartegen opnieuw beroep ingesteld en vervolgens nagelaten om hoger beroep in te stellen bij de Afdeling. Voor het EHRM claimt hij dat het besluit in strijd is met de art. 3 jo. 13 en 8 EVRM.

Het EHRM behandelt de uitputting van rechtsmiddelen in samenhang met de klacht over art. 13 EVRM. Daarbij stelt het voorop dat sprake is van een 'arguable claim'. Het benadrukt voorts de vaste rechtspraak van het Hof, dat art. 13 EVRM in zaken waarin de vreemdeling gevaar loopt op een behandeling in strijd met art. 3 EVRM, dwingend eist dat de rechter het besluit onafhankelijk en grondig toetst, en dat automatische schorsende werking aan een besluit is verbonden. Het herhaalt in dit verband dat deze strenge eis samenhangt met het gewicht dat het Hof aan mogelijke schendingen van art. 3 EVRM toekent, en het feit dat een schending van art. 3 EVRM zich doorgaans niet laat terugdraaien. Het wijst er bovendien op dat het in het verleden geen genoegen nam met een stelsel waarin schorsende werking per geval moet worden verzocht of gevorderd, en geen automatisch rechtsgevolg is. Aangezien hoger beroep bij de Afdeling geen automatische schorsende werking heeft, schiet de procedure op dit punt tekort. Daaraan doet niet af dat het mogelijk is om een voorlopige maatregel te vragen, omdat ook een dergelijk verzoek niet automatisch schorsende werking genereert. Het verweer van de regering, ten aanzien van de uitputting van

rechtsmiddelen, wijst het Hof dan ook af; er is geen sprake van een effectief rechtsmiddel in de zin van art. 35 lid 1 EVRM. Het Hof benadrukt dat dit een hoger beroep bij de Afdeling niet irrelevant maakt, ook al omdat – wanneer een zaak wordt ingesteld bij het EHRM en intussen de Afdeling uitspraak doet – het Hof kan aannemen dat het slachtofferschap van een klager vervalft.

Ten aanzien van de klacht over schending van art. 13 EVRM wijst het Hof erop dat deze bepaling weliswaar automatische schorsende werking in asielzaken vereist, maar dat art. 13 EVRM als zodanig geen hoger beroep veronderstelt. Aangezien een procedure bij de rechtbank in asielzaken wel automatische schorsende werking heeft, voldoet Nederland aan de eisen. Er is dan ook geen sprake van een schending van art. 13 jo. 3 EVRM. Evenmin is art. 3 EVRM als zodanig geschonden door het voornemen van uitzetting, nu onvoldoende is gebleken dat klager in de individuele omstandigheden van zijn geval een concreet en reëel risico loopt op mishandeling. Ook zijn beroep op het behoren tot een kwetsbare nationale minderheid noopt het Hof niet tot een andere conclusie, nu deze minderheid weliswaar problemen ondervindt, maar die niet zodanig groot zijn dat geen van de mensen die tot deze minderheid behoren kan worden uitgezet. De klacht over art. 8 EVRM verklaart het Hof niet-ontvankelijk, omdat klager hierbij wél de nationale rechtsmiddelen had moeten uitputten.

Uitspraak

I. Alleged violation of Article 3 and Article 13 of the Convention

54. The applicant complained that his removal to Afghanistan would expose him to a risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention, which provides as follows:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

55. He further complained of a violation of Article 13 of the Convention taken together with Article 3. This provision reads:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

A. Admissibility

56. The Government submitted that the applicant had failed to exhaust domestic remedies, as required by Article 35 § 1 of the Convention, as he had not lodged a further appeal with the Administrative Jurisdiction Division against either the judgment of 25 January 2007 or the judgment of 10 February 2009. In addition, the Government noted that the judgment of 25 January 2007 apparently had not led the applicant to submit an application to the Court, as the present case was only introduced on 4 June 2009.

57. The applicant argued that a further appeal to the Administrative Jurisdiction Division in the asylum proceedings would not have stood any chance of success as the Division would not have reviewed the findings of fact made by the Regional Court of The Hague and that therefore, this did not constitute a domestic remedy which he was required to exhaust. As regards the proceedings on the decision to impose an exclusion order, he had decided not to lodge a further appeal with the Administrative Jurisdiction Division, as the judgment of 10 February 2009 concerning this exclusion order had been based mainly on the judgment of 25 January 2007 concerning his asylum request, which had become final.

58. The Court considers that there is a close connection between the Government’s argument as to the exhaustion of domestic remedies and the merits of the complaints made by the applicant under Article 13 of the Convention in conjunction with Article 3. It therefore finds it necessary to join this objection to the merits. The Court further finds that this part of the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and that no other reasons for declaring the complaints under Articles 3 and 13 inadmissible have been established. They must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. Alleged violation of Article 13 of the Convention

(a) The parties' submissions

59. The applicant argued that a further appeal to the Administrative Jurisdiction Division in the asylum proceedings, as well as in the proceedings on the exclusion order, was not an “effective” remedy as the Division would not have reviewed the facts on the basis of which the Regional Court had found that the applicant’s removal would not be contrary to Article 3. In this connection, he relied on three rulings given by the Administrative Jurisdiction Division on 27 April 2005 (no. 200409315/1), 17 June 2005 (no. 200501236/1) and 7 July 2005 (no. 200500948/1) respectively. In these three rulings the Administrative Jurisdiction Division reiterated its well-established case-law at that time that an individual member of a group against which organised, large-scale human rights violations are committed must establish that specific facts and circumstances exist relating to him or her personally in order to qualify for the protection offered by Article 3 of the Convention.

60. The Government reiterated that in their opinion the applicant had failed to exhaust domestic remedies, as required by Article 35 § 1 of the Convention, as he had not lodged a further appeal with the Administrative Jurisdiction Division against either the judgment of 25 January 2007 or the judgment of 10 February 2009. As to the question of whether an appeal to the Administrative Jurisdiction Division was an effective remedy for the purposes of Article 35 § 1, the Government pointed out, relying on rulings given by the Division on, respectively, 9 June 2004 (see *K. v. the Netherlands*, (dec.), no. 33403/11, §§ 30, 25 September 2012), and 2 August 2004, the Administrative Jurisdiction Division – like the Regional Court of The Hague – assessed fully whether expelling an alien to his or her country of origin would expose him or her to a real risk of treatment contrary to Article 3. The Division based its considerations on an alien’s account in so far as it was accepted as true. If it concluded in a particular case that the competent Minister or Deputy Minister had failed to carry out an adequate appraisal of an alien’s claims under Article 3 of the Convention, the Administrative Jurisdiction Division – like the Regional Court of The Hague – could quash the decision regarding that alien. The applicant could and should therefore have raised his claims under Article 3 before the Administrative Jurisdiction Division in the context of both his asylum request and the decision to impose an exclusion order.

(b) General principles

61. Article 13 guarantees the availability at a national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of this Article is thus to require the provision of a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with the substance of an “arguable” complaint under the Convention and to grant appropriate relief (see *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, 27 April 1988, § 54, Series A no. 131, and *Tselovalnik v. Russia*, no. 28333/13, § 63, 8 October 2015). The existence of an actual breach of another provision is not a prerequisite for the application of Article 13 (see *Sergey Denisov v. Russia*, no. 21566/13, § 88 with further references, 8 October 2015).

62. The Court reiterates that the effectiveness of a remedy within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. The Court also reiterates that, where a complaint concerns allegations that a person’s expulsion would expose him or her to a real risk of suffering treatment contrary to Article 3 of the Convention, the effectiveness of the remedy for the purposes of Article 13 requires imperatively – in view of the importance the Court attaches to Article 3 and given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised – that that complaint be subject to independent and rigorous scrutiny by a national authority and that this remedy has automatic suspensive effect (see the Grand Chamber’s statement of the law on Articles 13 and 3 in *De Souza Ribeiro v. France* [GC], no. 22689/07, § 82 with further references, ECHR 2012; *Mohammed v. Austria*, no. 2283/12, § 72 with further references, 6 June 2013; and *A.D. and Others v. Turkey*, no. 22681/09, § 95 with further references, 22 July 2014).

63. The Court moreover reiterates that the requirements of Article 13, and of the other provisions of the Convention, take the form of a guarantee and not of a mere statement of intent or a practical arrangement. This is one of the consequences of the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, which is inherent in all the

Articles of the Convention. The Court has, therefore, rejected similar arguments put before it in other cases concerning deportation advocating the sufficiency of a suspensive effect in “practice”. It has further pointed out the risks involved in a system where stays of execution must be applied for and are granted on a case-by-case basis (see *M.A. v. Cyprus*, no. 41872/10, § 137 with further references, 23 July 2013).

(c) Application of those principles to the present case

64. The Court accepts at the outset that the applicant’s complaint under Article 3 is “arguable” (see paragraphs 4 and 58 above). It has further considered, in light of the distribution of the burden of proof in cases where the respondent Government claims non-exhaustion (see *Sher and Others v. the United Kingdom*, no. 5201/11, § 132 with further references, ECHR 2015 (extracts)), whether – on the basis of the Government’s submissions regarding the further appeal to the Administrative Jurisdiction Division, which have not been disputed by the applicant – the Government’s objection should be allowed.

65. The Court has also considered the question of whether the applicant in the instant case can be regarded as being exempted from the obligation to lodge an appeal with the Administrative Jurisdiction Division because it would be bound to fail on the basis of domestic case-law (see *Strzelecka v. Poland* (dec.), no. 14217/10, § 41 with further references, 2 December 2014).

66. However, the Court does not find it necessary to determine these questions in the instant case for the following reason. In cases concerning expulsion or extradition it is a firmly embedded principle in the Court’s case-law under Article 13, taken together with Article 3 of the Convention, that the notion of an effective remedy under Article 13 in such cases requires (i) independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for believing that there is a real risk of treatment contrary to Article 3, and (ii) a remedy with automatic suspensive effect (see *De Souza Ribeiro*, cited above). The same applies when considering the question of effectiveness of remedies for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention in asylum cases.

67. As a further appeal to the Administrative Jurisdiction Division does not have an automatic suspensive effect, the Court cannot but find that this remedy falls short of the second effectiveness requirement. This finding is not altered by the fact that it is possible to seek a provisional measure from the Administrative Jurisdiction Division, as such a request does not itself have an automatic suspensive effect either.

68. Consequently, the Court dismisses the Government’s objection as to the applicant’s failure to exhaust domestic remedies in respect of his complaints under Article 3 as, having no automatic suspensive effect, a further appeal to the Administrative Jurisdiction Division in asylum proceedings cannot be regarded as an effective remedy which must be exhausted for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention.

69. This does not mean, however, that a further appeal to the Administrative Jurisdiction Division in asylum cases should be regarded as irrelevant. Such an approach would overlook the important role played by the Administrative Jurisdiction Division as a supervisory tribunal that seeks to ensure legal consistency in, *inter alia*, asylum law. In addition, it is quite feasible that – whilst an asylum case is pending before the Court – the Administrative Jurisdiction Division in continued proceedings could decide to accept the further appeal against the impugned ruling of the Regional Court, quash it and remit the case to the Regional Court for a fresh ruling. Such a development at the domestic level could affect an applicant’s status as “victim” in the context of Article 34 of the Convention.

70. As regards the question whether the applicant’s rights under Article 13 of the Convention have been respected, the Court has noted the automatic suspensive effect of an appeal filed with the Regional Court of the Hague in asylum cases, as well as the powers of this appeal court in asylum cases. Given that Article 13 does not compel Contracting States to set up a second level of appeal, the Court is satisfied that being able to appeal to the Regional Court of The Hague the applicant had at his disposal a remedy complying with the above two requirements (see § 66 above) for challenging the Minister’s decision to deny him asylum. The Regional Court is empowered to examine the Article 3 risks in full and indeed evaluated these on different occasions (see §§ 19 and 24 above). It is true that the appeal to the Regional Court of the Hague in the exclusion order proceedings did not have suspensive effect (as it was imposed after the decision not to grant the applicant asylum had become final). However, the character of those

proceedings does not affect the Court's conclusion that Article 13 was complied with by virtue of the suspensive effect in the asylum proceedings.

71. The Court therefore concludes that there has been no violation of Article 13 in conjunction with Article 3 of the Convention.

2. Alleged violation of Article 3 of the Convention

(a) The parties' submissions

72. The applicant submitted that, if returned to Afghanistan, he feared he would be subjected to treatment prohibited under Article 3 from (i) the civilian population on account of his membership of the former PDPA and his activities on behalf of the former communist regime, (ii) Hezb-e Wahdat, for whom he had been forced to work, (iii) Jamiat-e Islami, by whom he had been captured and detained, (iv) the current Afghan governmental authorities of which numerous persons who had once belonged to Jamiat-e Islami and the Taliban now formed part, and (v) Mr S., who had recognised him as a former member of Hezb-e Wahdat. He further submitted that the general security situation in Afghanistan had worsened in recent years, in particular in the south, south-west and south-east of the country.

73. The Government accepted as credible the applicant's statements that he was a former member of the PDPA and had served in the Revolutionary Guard. However, given that according to several public sources, including country assessment reports and UNHCR guidelines, former communists were no longer considered as a group running an enhanced risk in Afghanistan of persecution or treatment proscribed by Article 3, the Government held that the applicant had not demonstrated that he faced a genuine risk of being subjected to such treatment in Afghanistan on the basis of his activities for the former communist regime. The Government emphasised that former communists were leading normal lives, that many were currently employed by the Afghan authorities and that some had set up political parties.

74. The Government further did not find that the applicant had established the existence of such a risk emanating from the Afghan authorities currently in power, the Afghan civilian population, the mujahideen, the Taliban, Hezb-e Wahdat, Jamiat-e Islami or Mr S. They pointed out that neither the broadcast of the interview (see paragraph 9 above) nor his subsequent detention by Ittehad-al-Islami had prompted the applicant to leave Afghanistan and that, after Hezb-e Wahdat had left Kabul in 1994, the applicant had stayed in Afghanistan until 2002. Although he had stated that he had been in hiding during that period, he had – according to his statements to the Netherlands authorities – been able to move about freely during his stay in the villages of Siah Khak and Sar Shesmeh and had not mentioned that he had encountered any problems with members of the general population during that period. As regards the alleged risk from the side of Hezb-e Wahdat, the Government noted that, according to his statements to the Netherlands authorities, the applicant had stopped working for this group in 1994 when, defeated, it had left Kabul for the north (while the applicant had remained in Kabul). The applicant had further stated to the Netherlands authorities that he had had no problems with this group between 1994 and 2001.

75. As to the alleged risk from the side of Jamiat-e Islami, the applicant had lived in his house in Kabul for two weeks after his escape from detention by this group; in the Government's opinion, this suggests that Jamiat-e Islami had no specific interest in him at that time. The Government further submitted that, in a statement given on 5 February 2004, the applicant had said that he had no reason to believe that Jamiat-e Islami was looking for him. To the extent that the applicant's fears were based on Mr S., the Government submitted that they knew nothing about this person from general sources, that the applicant had not specified with which group Mr S. was currently affiliated, and that in any event the applicant had not provided concrete evidence suggesting that Mr S. was currently looking for him. To the extent that the applicant feared ill-treatment at the hands of the Taliban, the Government submitted that this group had not been in power since 2001 but continued to be responsible for a great many violent incidents and human rights violations on a large scale. However, the applicant had not demonstrated satisfactorily that he would be singled out and targeted by the Taliban.

76. In respect of the current general security situation in Afghanistan, the Government submitted that although the security situation in Afghanistan still gave cause for great concern, it was not so poor that returning the applicant to Afghanistan would in itself amount to a violation of the Convention. On this point, they referred, *inter alia*, to the

Court's findings in the cases of *N. v. Sweden* (no. 23505/09, § 52, 20 July 2010); *Husseini v. Sweden* (no. 10611/09, § 84, 13 October 2011); *J.H. v. the United Kingdom* *J.H. v. the United Kingdom*, no. 48839/09, § 55, 20 December 2011; *S.H.H. v. the United Kingdom* (no. 60367/10, 29 January 2013); and *H. and B. v. the United Kingdom* (nos. 70073/10 and 44539/11, §§ 92-93, 9 April 2013). Further pointing out that both the International Organisation for Migration and UNHCR were assisting Afghans who wished to return voluntarily to Afghanistan, the Government considered that the general security situation in Afghanistan was not such that for this reason the applicant's removal to Afghanistan should be regarded as contravening Article 3.

(b) *The Court's assessment*

(i) *General principles*

77. The Court reiterates at the outset that the Convention and its Protocols cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law of which they form part. Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties", and in particular the rules concerning the international protection of human rights (see *Margus v. Croatia* [GC], no. 4455/10, § 129 with further references, ECHR 2014 (extracts)).

78. It also reaffirms that a right to political asylum and a right to a residence permit are not, as such, guaranteed by the Convention and that, under the terms of Articles 19 and 32 § 1 of the Convention, the Court cannot review whether the provisions of the 1951 Refugee Convention have been correctly applied by the Netherlands authorities (see, for instance, *I. v. the Netherlands* (dec.), no. 24147/11, § 43, 18 October 2011).

79. The Court further observes that the Contracting States have the right as a matter of international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens. However, expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if deported, faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3.

In such a case, Article 3 implies an obligation not to deport the person in question to that country. The mere possibility of ill-treatment on account of an unsettled situation in the requesting country does not in itself give rise to a breach of Article 3. Where the sources available to the Court describe a general situation, an applicant's specific allegations in a particular case require corroboration by other evidence, except in the most extreme cases where the general situation of violence in the country of destination is of such intensity as to create a real risk that any removal to that country would necessarily violate Article 3.

The standards of Article 3 imply that the ill-treatment the applicant alleges he will face if returned must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this is relative, depending on all the circumstances of the case. Owing to the absolute character of the right guaranteed, Article 3 of the Convention may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection.

Finally, in cases concerning the expulsion of asylum-seekers, the Court does not itself examine the actual asylum applications or verify how the States honour their obligations under the 1951 Refugee Convention. It must be satisfied, though, that the assessment made by the authorities of the Contracting State is adequate and sufficiently supported by domestic materials as well as by materials originating from other reliable and objective sources such as, for instance, other Contracting or non-Contracting States, agencies of the United Nations and reputable non-governmental organisations (see *F.G. v. Sweden* [GC], no. 43611/11, § 117, ECHR 2016; and *M.E. v. Denmark*, no. 58363/10, §§ 47-51 with further references, 8 July 2014).

80. As regards the material date, the existence of such risk of ill-treatment must be assessed primarily with reference to the facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of expulsion (see *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, § 121, ECHR 2012). However, since the applicant has not yet

been deported, the material point in time must be that of the Court's consideration of the case. It follows that, although the historical position is of interest in so far as it may shed light on the current situation and its likely evolution, it is the present conditions which are decisive (see *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 86, *Reports of Judgments and Decisions* 1996 V).

(ii) Application of the general principles to the present case

81. As regards the individual features of the risk of ill-treatment claimed by the applicant, the Court notes that after the communist regime in Afghanistan was overthrown by mujahideen forces in 1992 he did not flee the country but remained in Afghanistan where – after having been held for ten days by the mujahideen faction Ittehad-al-Islami, who apparently were under the erroneous impression that he was an important communist – he had started to work in Kabul for another mujahideen faction, Hezb-e Wadat, until 1994, without encountering any problem from the authorities, any group or private persons on account of his past activities for the former communist regime.

82. The Court further notes that, when Hezb-e Wahdat retreated from Kabul to Bamyan in 1994 (see paragraph 11 above), the applicant remained in Kabul and that, in his own words, he was not persecuted by “Khalili” (see paragraph 11 above), whom the Court understands to be its leader, Abdol Karim Khalili (see paragraph 39 above).

83. The Court also notes that, according to the applicant, he had been living in hiding in different places between 1994 and the arrival of American troops in December 2001. There is no indication in the case file that, when travelling between different hiding places in Kabul and in Wardak province during that period, the applicant met with any problem from the side of the Taliban, any other group or private persons. The Court also notes that, in March 2002, the applicant was arrested and incarcerated by Jamiat-e Islami and that, after he had managed to abscond after 45 days by bribing a prison guard, he first stayed in hiding in his own home for about 15 days and subsequently in the home of a relative until he left Afghanistan in May 2002. It has not been argued that Jamiat-e Islami conducted a search for the applicant or otherwise showed a concrete interest in finding him after his escape from detention.

84. The Court further finds no indication that the applicant, since his departure from Afghanistan in May 2002, has attracted negative attention from any governmental or non-governmental body or any private individual in Afghanistan on account of his communist past, his activities for Hezb-e Wahdat or any other personal element cited by him. The Court further notes that UNHCR does not include persons involved in the former communist regime and/or Hezb-e Wahdat in their potential risk profiles in respect of Afghanistan.

85. In view of the above, the Court does not find that it has been demonstrated that, on individual grounds, the applicant will be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3.

86. Although this argument has only been raised in the domestic proceedings but not in the present application, the Court has examined the question whether the applicant runs a risk of being subjected to ill-treatment on account of his Hazara origin. On this point, the materials before the Court contain no elements indicating that the applicant's personal position would be any worse than most other persons of Hazara origin who are currently living in Afghanistan. Although the Court accepts that the general situation in Afghanistan for this minority may be far from ideal, it cannot find that it must be regarded as being so harrowing that there would already be a real risk of treatment prohibited by Article 3 in the event that a person of Hazara origin were to be removed to Afghanistan.

87. Regarding the question of whether the general security situation in Afghanistan is such that any removal there would necessarily breach Article 3 of the Convention, in its judgment in the case of *H. and B. v. the United Kingdom* (cited above, §§ 92-93), it did not find that in Afghanistan there was a general situation of violence such that there would be a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being returned there. In view of the evidence now before it, the Court finds no reason to hold otherwise in the instant case.

88. The Court is therefore of the opinion that the applicant has failed to adduce evidence capable of demonstrating that there are substantial grounds for believing that he would be exposed to a real and personal risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention if removed to Afghanistan.

89. Accordingly, the applicant's expulsion to Afghanistan would not give rise to a violation of Article 3 of the Convention.

II. Alleged violation of Article 8 of the Convention

90. The applicant further complained that his removal from the Netherlands would be contrary to his rights under Article 8 of the Convention. This provision reads in its relevant part as follows:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. ..."

91. The Government submitted that the applicant had failed to exhaust domestic remedies as required by Article 35 § 1 of the Convention as he had not lodged a further appeal with the Administrative Jurisdiction Division against either the judgment of 25 January 2007 or the judgment of 10 February 2009.

92. The applicant contested this argument.

93. The Court reiterates the applicable general principles (see *Gherghina v. Romania* [GC] (dec.), no. 42219/07, §§ 83-89, 9 July 2015). It further reiterates its above finding under Article 13 taken together with Article 3 that, in cases concerning removal from the Netherlands raising issues under Article 3 of the Convention, a further appeal to the Administrative Jurisdiction Division cannot be regarded as an "effective remedy" as it does not have automatic suspensive effect (see paragraph 66 above). However, the Court also reiterates that by contrast, where expulsions are challenged on the basis of alleged interference with private and family life, it is not imperative, in order for a remedy to be effective, that it should have automatic suspensive effect. Nevertheless, in immigration matters, where there is an arguable claim that expulsion threatens to interfere with the alien's right to respect for his private and family life, Article 13 of the Convention in conjunction with Article 8 requires that States must make available to the individual concerned the effective possibility of challenging the deportation or refusal-of-residence order and of having the relevant issues examined with sufficient procedural safeguards and thoroughness by an appropriate domestic forum offering adequate guarantees of independence and impartiality (see *De Souza Ribeiro*, cited above, § 83; and *Al Hanchi v. Bosnia and Herzegovina*, no. 48205/09, § 56, 15 November 2011).

94. Having regard to the nature of the review carried out by the Administrative Jurisdiction Division in administrative law proceedings (see paragraphs 32-33 above), the Court is satisfied that, in respect of a grievance that a removal from the Netherlands is contrary to Article 8, a further appeal is in principle an "effective" remedy for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention.

95. The Court therefore finds that the applicant did not provide the national judicial authorities with the opportunity which is in principle intended to be afforded to Contracting States under Article 35 of the Convention, namely the opportunity to prevent or put right Convention violations through their own legal system (see *Gherghina*, cited above, § 115).

96. Accordingly, the Government's objection of failure to exhaust domestic remedies must be upheld and this part of the application must be rejected as inadmissible pursuant to Article 35 §§ 1 and 4 *in fine* of the Convention.

III. Rule 39 of the Rules of Court

97. The Court reiterates that, in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the present judgment will not become final until (a) the parties declare that they will not request that the case be referred to the Grand Chamber; or (b) three months after the date of the judgment, if reference of the case to the Grand Chamber has not been requested; or (c) the Panel of the Grand Chamber rejects any request to refer under Article 43 of the Convention.

98. It considers that the indication made to the Government under Rule 39 of the Rules of Court (see paragraph 4 above) must continue in force until the present judgment becomes final or until the Court takes a further decision in this connection.

For these reasons, the Court, unanimously,

1. *Decides* to join to the merits the Government's objection as to the exhaustion of domestic remedies and to reject it in respect of the applicant's complaints under Article 3 and Article 13 of the Convention;
2. *Declares* the complaints under Article 3 and Article 13 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;
3. *Holds* that there has been no violation of Article 13 of the Convention taken together with Article 3;
4. *Holds* that there would be no violation of Article 3 of the Convention in the event of the applicant's removal to Afghanistan; and
5. *Decides* to continue to indicate to the Government under Rule 39 of the Rules of Court that it is desirable in the interests of the proper conduct of the proceedings not to expel the applicant until such time as the present judgment becomes final or until further order.

Noot

1. Dit arrest trekt vooral de aandacht vanwege de overwegingen die het Hof wijdt aan de vraag of het Nederlandse bestuursprocesrecht voldoende garanties biedt op een 'effectieve remedie' in de zin van de art. 13 en 35 EVRM. Tussen beide artikelen zit een duidelijke samenhang: art. 13 EVRM eist dat staten een stelsel van effectieve rechtsmiddelen organiseren om de klachten over (eventuele) schending van materiële verdragsbepalingen op nationaal niveau af te handelen. Art. 35 EVRM veronderstelt het bestaan van zulke rechtsmiddelen. Het legt klagers de verplichting op om van die rechtsmiddelen gebruik te maken alvorens de gang naar Straatsburg te maken, *tenzij* die rechtsmiddelen onvoldoende effectief zijn. Het begrip 'effectief rechtsmiddel' of 'effectieve remedie' is dus een centraal aangrijpingspunt voor de toetsingspraktijk van het Hof onder beide verdragsbepalingen. Het is, in elk geval op het eerste gezicht, dan ook opmerkelijk dat het Hof die samenhang in deze zaak doorbreekt. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de klacht onder art. 35 EVRM kraakt het een kritische noot over het Nederlandse bestuursprocesrecht, maar het weigert vervolgens de lijn door te trekken en een schending van art. 13 EVRM uit te spreken. Een gemiste kans, prudente terughoudendheid, of gewoon een logisch gevolg van vaste jurisprudentie zoals het Hof het doet voorkomen? Over die vragen gaat deze noot.

2. Het draait in deze zaak om de schorsende werking van het instellen van beroep of hoger beroep in het bestuursrecht, of in elk geval het vreemdelingenrecht als bijzonder onderdeel van dat bestuursrecht. Zoals bekend heeft het instellen van bezwaar noch beroep of hoger beroep doorgaans schorsende werking in Nederland. Dat is althans de hoofdregel van art. 6:16 Awb. Daarop zijn uitzonderingen mogelijk en die kent het vreemdelingenrecht dan ook: het instellen van bezwaar en beroep levert – behoudens weer andere uitzonderingen – schorsende werking op, aldus de art. 73 Vw (voor bezwaar) en 82 Vw (voor beroep in het asielrecht). Die schorsende werking beperkt zich echter tot de eerste aanleg. Het instellen van hoger beroep bewerkstelligt als zodanig niet opnieuw schorsende werking. Wie vreest voor lijf en leden kan uitzetting proberen te voorkomen door een voorlopige voorziening bij de hoger beroepsrechter te vragen, in dit geval de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Hoewel die over het algemeen bereidwillig is de context zwaar te laten wegen is er uiteraard echter geen garantie dat schorsende werking wordt verleend (zie o.a. A.T. Marseille, 'Voorlopige oordelen, verstrekkende beslissingen', in: B.W.N. de Waard, T.G.M. Simons & A.T. Marseille, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht* (VAR-preadvies), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, pp. 87-166).

3. De klager in de hier afgedrukte zaak ging wel tegen de afwijzing van zijn asielverzoek (en een latere ongewenstverklaring) in beroep, maar besloot uiteindelijk van hoger beroep af te zien toen bleek dat de rechtbank zijn bezwaren tegen de beide beschikkingen niet honoreerde. Of hem daarbij het ontbreken van schorsende werking voor ogen stond, blijkt niet uit het arrest van het EHRM. Het valt denk ik te betwijfelen, want anders had hij – los van een eventuele onmiddellijke klacht bij het EHRM – toch in elk geval kunnen proberen om zijn naderende uitzetting te voorkomen via een voorlopige voorziening bij de Afdeling. Zijn argumentatie lijkt eerder te wijzen op een inhoudelijke inschatting van zijn proceskansen bij de Afdeling: de klager meende kennelijk dat hij bij de Afdeling vermoedelijk weinig voet aan de grond zou krijgen. Zijn betoog voor het EHRM, dat het hoger beroep voor hem geen serieus te nemen 'effectieve remedie' was, stoelde vooral op de vaste – in zijn ogen onjuiste – rechtspraak van de Afdeling waarin deze van individuele leden van een vervolgte groep zou eisen dat zij individuele omstandigheden aanvoeren

voordat de bescherming van art. 3 EVRM wordt verleend. Tegen die vaste rechtspraak keert zich de klager vooral. Hij had eenvoudigweg 'niets te verwachten' van de Afdeling. Die processtrategie doet sterk denken aan het befaamde, in Den Haag zelfs beruchte, arrest *Salah Sheekh t. Nederland*, waarin het Hof eveneens bereid bleek om de uitputtingseis van art. 35 en de Afdeling te passeren, deze keer inderdaad op inhoudelijke gronden (namelijk vaste jurisprudentie van de Afdeling met betrekking tot een binnenlands vluchtalternatief, zie EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, «EHRC» 2007/36 m.nt. Woltjer). Ook in die zaak zag het EHRM daarin overigens geen aanleiding om een schending van art.13 EVRM uit te spreken (daarover later meer). Het is opvallend dat het Hof er in de onderhavige zaak (van *A.M.*) voor kiest om dat inhoudelijke betoog volstrekt te negeren. Het Hof baseert de ontvankelijkheid – en daarmee de conclusie dat het hoger beroep in Nederland in dit geval niet te beschouwen was als een effectieve remedie in de zin van art. 35 EVRM – op een volstrekt andere redenering dan aangevoerd. Dat is op zichzelf al opmerkelijk. De vraag is waarom het dat deed. Ik ga daar bij randnr. 8 nader op in.

4. De vraag die het Hof in de hier afgedrukte zaak centraal stelde was of het ontbreken van schorsende werking *in hoger beroep* problematisch is. Het antwoord van het Hof is een letterlijk 'ja én nee'. Ja, onder art. 35 EVRM is het in zoverre problematisch dat het EHRM volgens vaste rechtspraak eist dat in asielzaken waarin een door art. 3 EVRM verboden behandeling centraal staat, moet worden voorzien in *automatische* schorsende werking. Een vreemdeling die het niet ziet zitten om in hoger beroep te gaan bij de Afdeling kan dus, met voorbijgaan aan de uitputtingseis van art. 35 EVRM, worden ontvangen in Straatsburg. Anderzijds is het antwoord óók 'nee': onder art. 13 EVRM is het geen probleem dat hoger beroep geen schorsende werking heeft, want staten zijn onder art. 13 EVRM helemaal niet verplicht om een stelsel van hoger beroep in het leven te roepen. Zolang in eerste aanleg maar voorzien wordt in schorsende werking – en dat is hier, uitzonderingen daargelaten, het geval – is aan de eisen van art. 13 EVRM voldaan. In wezen komt die redenering er, ondanks de opzichtige poging van het Hof later in het arrest (par. 69) om de diplomatieke schade te beperken, op neer dat de Afdeling stevig aan relevantie inboet. De vraag rijst of hier nu sprake is van een (al dan niet bedoelde) gevoelige tik uit Straatsburg, en waarom die dan niet de vorm van een schending van art. 13 EVRM heeft gekregen.

5. Om met die eerste vraag te beginnen. De Straatsburgse eis dat de schorsende werking voor art. 3-asielzaken een automatisch gegeven is en niet afhankelijk kan worden gemaakt van een verzoek om een voorlopige voorziening, komt niet uit de lucht vallen. Reeds in 2007, inmiddels bijna tien jaar geleden, overwoog het Hof in *Gebremedhin t. Frankrijk* dat de onherstelbare gevolgen van een uitzetting in strijd met art. 3 EVRM, gecombineerd met het fundamentele belang van art. 3 EVRM, tot de conclusie leiden dat art. 13 EVRM in dit soort zaken 'verscherpt' moet worden uitgelegd (EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, «EHRC» 2007/75 m.nt. Woltjer, par. 66). Tot die tijd nam het Hof genoegen met 'the possibility of suspending the implementation of the measure impugned' (zie o.a. *Jabari t. Turkije*, EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, par. 50). Sinds *Gebremedhin* is het uitgangspunt door de Grote Kamer overgenomen en diverse keren herhaald (zie o.a. *Hirsi Jamaa t. Italië*, EHRM 23 februari 2012 (GK), nr. 27765/09, «EHRC» 2012/91 m.nt. Terlouw en Pankratz, par. 200; *De Souza Ribeiro t. Frankrijk*, EHRM 13 december 2012 (GK), nr. 22689/07, «EHRC» 2013/43, par. 82). Dat het Hof in de hier afgedrukte zaak begint over die schorsende werking is als zodanig dus niet opmerkelijk. De bijzonderheid van dit arrest is er echter in gelegen dat het Hof die regel ongevraagd toepast en vervolgens combineert met ándere vaste rechtspraak, namelijk dat art. 13 EVRM geen hoger beroep veronderstelt, zodat de eis van '*automatic suspension*' van art. 13 EVRM hier niet opgaat (zie o.a. *Kudla t. Polen*, EHRM 26 oktober 2000 (GK), nr. 30210/96, «EHRC» 2000/89 m.nt. Van der Velde, par. 153). Dát het Hof die beide jurisprudentielijnen aan elkaar knoopt is op zichzelf begrijpelijk en verdedigbaar maar het had ook anders kunnen redeneren. Men had ook de lijn kunnen volgen dat hoger beroep volgens art. 13 EVRM weliswaar niet verplicht is, maar dat áls staten ervoor kiezen om een stelsel van hoger beroep in het leven te roepen, een dergelijk stelsel moet voldoen aan de eisen die art. 13 EVRM aan de procedure stelt. Een dergelijke lijn koos het EHRM in het verleden wel ten aanzien van de procedurele eisen onder art. 6 EVRM (zie o.a. *Lalmahomed t. Nederland*, EHRM 22 februari 2011, nr. 26036/08, «EHRC» 2011/75 m.nt. De Roos, par. 36). Dat het Hof dit niet gedaan heeft is wat mij betreft overigens een gelukkige keuze. De ratio om de procedurele eisen van de art. 6 en 13 EVRM op het onverplichte hoger beroep van overeenkomstige toepassing te verklaren, ligt erin dat het hoger beroep de eerlijke procedure in eerste aanleg niet teniet mag doen. Het heeft weinig zin om in eerste aanleg te eisen dat de rechter onpartijdig moet zijn als de rechter in hoger beroep kan doen wat hij of zij wil. Dat ligt wezenlijk anders bij de schorsende werking. Daar geldt dat het bij de afweging om automatische schorsende werking toe te kennen aan het instellen van beroep, respectievelijk hoger beroep, gaat om zelfstandige beslissingen.

6. Uit het voorgaande wordt wel duidelijk waarom het EHRM er uiteindelijk voor kiest om het ontbreken van automatische schorsende werking wél aan de orde te stellen in het kader van art. 35 EVRM, maar niet in het kader van art. 13 EVRM. Onder dat laatste artikel speelt mee dat hoger beroep niet verplicht is, terwijl dat voor de ontvankelijkheidsvoorwaarde van art. 35 EVRM niet uitmaakt. Kortgezegd luidt de redenering van het EHRM dus: 'op basis van art. 13 EVRM vergen wij dat rechtsmiddelen in het art. 3-asielrecht schorsende werking hebben. Een rechtsmiddel dat daaraan niet voldoet, hoeft niet te worden uitgeput alvorens in Straatsburg kan worden geklaagd. Het is immers onvoldoende effectief. Maar gaat het om hoger beroep, dan is van een schending van art. 13 geen sprake omdat hoger beroep geen verdragsverplichting is'. Vanuit technisch-juridisch oogpunt is die redenering te begrijpen. Toch blijft er wat knagen, tenminste bij uw annotator. Uitgangspunt is dat er tussen het rechtsmiddelbegrip van de art. 13 en 35 EVRM een hechte band bestaat. Het Hof overweegt geregeld dat de beide bepalingen in nauwe samenhang moeten worden gelezen (zie o.a. het bij randnr. 5 aangehaalde arrest *Kudla*, par. 152). Die samenhang gaat over meer dan het enkele feit dat de bepalingen het allebei over een 'rechtsmiddel' hebben dat effectief moet zijn. In onderlinge samenhang bezien vormen de artikelen een krachtige uitdrukking van het subsidiariteitsbeginsel: de gedachte dat het zwaartepunt van de rechtsbescherming tegen schendingen van het EVRM bij de nationale staten ligt. Die subsidiariteit is van vitaal belang, zeker in een tijd waarin het gezag van het Hof onder vuur ligt en het kampt met een forse werklust. In serie geschakeld komen de beide bepalingen erop neer dat de staten verplicht zijn om hun stelsel van rechtsbescherming zo vorm te geven dat (dreigende) schendingen effectief op nationaal niveau kunnen worden afgedaan. Op basis van de presumptie dat dit het geval is, laat het EHRM de nationale instanties zo veel mogelijk de ruimte om mogelijke schendingen zelf te voorkomen. In die zin is de subsidiariteit gediend met een relatief strenge toepassing van zowel de eisen die uit art. 13 EVRM voortvloeien, als van de eisen die op potentiële klagers rusten als zij de gang naar Straatsburg maken. Pas als duidelijk is dat de klager écht niets van de nationale rechter te verwachten heeft, wordt de hiervoor genoemde presumptie doorbroken en werpt het Hof zich op als laatste redmiddel.

7. Vanuit die gedachte van subsidiariteit lijkt mij de benadering die het EHRM in deze zaak kiest minder gelukkig. Wat er ook zij van de verzekering van het Hof dat het de hoogste bestuursrechter nog altijd hoog acht en dat het, via het slachtoffervereiste een gelukkige samenwerking met de Afdeling voor zich ziet – ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de gevolgen voor het ontvankelijkheidsrecht toch groot zijn. De insteek die het Hof kiest is relatief algemeen: zolang de wetgever niet zorgt voor automatische schorsende werking, is het adiëren van de Afdeling voor een asielzoeker die zich beroept op art. 3 EVRM geen noodzakelijkheid om in Straatsburg te worden ontvangen. Dat levert onnodig nieuwe zaken in Straatsburg op. Bovendien ontnemt het de Afdeling in bepaalde gevallen de mogelijkheid schendingen in Straatsburg te voorkomen door de jurisprudentie bij te stellen. Uiteraard moeten we de gevolgen niet overdrijven. Nog altijd zullen veel vreemdelingen de gang naar de Afdeling wél maken en natuurlijk kan de Afdeling de koers van de rechtsontwikkeling bijsturen voordat het in Straatsburg tot schendingen komt, maar de hier afgedrukte uitspraak van het EHRM draagt aan die effectieve samenwerking naar mijn idee niet echt bij.

8. De vraag is dus of dit nu zo nodig was geweest. Ik denk het niet. Het Hof had het, uit oogpunt van *judicial restraint* bij de aangevoerde bezwaren van de klager tegen het beweerdelijk niet effectieve karakter van het hoger beroep bij de Afdeling kunnen laten. Het had kunnen overwegen dat de art. 13 en 35 EVRM als zodanig niet vereisen dat de klager ook noodzakelijkerwijs een grote kans op succes heeft (zie o.a. *Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*, EHRM 6 februari 1976, no. 5614/72, par. 50). Dat had tot niet-ontvankelijkheid geleid. Of was dat misschien niet de bedoeling?

9. Als we het juridisch-technische perspectief even inruilen voor een meer rechtspolitieke en strategische bril: wat was dan de boodschap van het Hof? Ik zie drie opties. In de eerste plaats heeft het Hof eenvoudigweg de mogelijkheid te baat genomen om vooral de Nederlandse wetgever er op te wijzen dat het toch wel erg graag heeft dat hoger beroep bij de Afdeling in dit soort kwesties automatische schorsende werking verkrijgt. Het is best mogelijk dat de kwestie in Straatsburg hoog wordt opgenomen. Weliswaar kan het Hof niet zeggen dat staten verplicht zijn om automatische schorsende werking toe te kennen aan hoger beroep, het kan wel duidelijk maken dat het uiterst wenselijk is. Als dát de achterliggende gedachte is, dan lijkt mij dat geen gelukkige. De afweging tussen schorsende werking of niet is, zoals gezegd, een zeer gevoelige waaraan – in de huidige tijd met haar forse vluchtelingenstromingen – allerlei beleidsmatige kwesties kleven. Het uitbreiden van de eis van *automatische* schorsende werking naar het hoger beroep is dan een gevoelige politieke keuze. Alvorens daarop aan te sturen lijkt het mij een aantrekkelijker alternatief om per staat te onderzoeken in hoeverre de rechter in hoger beroep van de

mogelijkheid van schorsende werking via een voorlopige voorziening serieus werk maakt. Mij dunkt dat gedifferentieerd kan worden tussen landen waarin de rechter uiterst terughoudend is met het toekennen van schorsende werking en landen waarin de rechter de ernst van de zaak serieus meeneemt in zijn afweging.

Een tweede optie is dat het EHRM eigenlijk wel iets over de inhoudelijke aspecten van de zaak kwijt wilde, zoals dat ook het geval was in het eerdergenoemde arrest van *Salah Sheekh*. Deze optie kent twee smaken. In de eerste plaats is denkbaar dat het Hof de Afdeling wil laten zien hoe het een indringende toets onder art. 3 EVRM zelf voor zich ziet, ook al is de uitkomst dezelfde als waartoe de Nederlandse rechter kwam. Ik heb geen idee of het Hof het zo bedoeld heeft en of daarvoor überhaupt termen aanwezig zijn. Dat laat ik over aan de beoefenaren van het vreemdelingenrecht. Mij valt wel op dat het Hof de beoordeling door de Nederlandse rechter en de vaste jurisprudentie van de Afdeling nauwelijks noemt bij de beoordeling van de vraag in hoeverre art. 3 EVRM hier werkelijk in het geding is. Dat kan een indicatie zijn dat het Hof even 'laat zien hoe het wél moet'. Maar het omgekeerde is ook denkbaar, en dat is de tweede smaak: dat het Hof de Nederlandse rechter duidelijk wilde maken dat deze op de goede weg zat. Zou het Hof de klachten niet-ontvankelijk hebben verklaard wegens het niet-uitputten van de nationale rechtsmiddelen, dan had het zichzelf de kans ontnomen om iets inhoudelijks te zeggen over art. 3 EVRM. Dan was de vraag boven de markt blijven hangen in hoeverre het Hof de benadering van de Nederlandse bestuursrechter steunt. Of daaraan behoefte was en of dat hier een realistisch scenario was: ik zou het, zoals gezegd, niet weten.

Tot slot de derde optie, die is dat er helemaal geen strategische of rechtspolitieke dubbele boodschap in dit arrest zit. Misschien waren de Straatsburgse rechters echt alleen maar consequent hun rechtspraak aan het toepassen. Wij weten het niet. Deze noot eindigt dus een beetje rommelig. Het opruimen van die rommel laat ik graag aan anderen over. Er zullen vast nog wel meer annotaties bij deze uitspraak verschijnen. En anders buigt het Hof zich ongetwijfeld nog weleens over een soortgelijke zaak.

mr. J. Uzman, Universitair docent staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden
