



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

Jong, T. de; Jong T. de

Citation

Jong, T. de. (2017, September 13). *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*. *Meijers-reeks*. Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/52962>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/52962>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/52962> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Jong, T. de

Title: Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

Issue Date: 2017-09-13

5 | De procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM

5.1 INLEIDING

Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag welke procedurele waarborgen het EHRM heeft ingelezen in artikel 3 EVRM. Daarnaast komt, net als in het vorige hoofdstuk, de vraag naar de eventuele toegevoegde waarde van deze eisen ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM aan de orde.

De procedurele eisen van artikel 3 EVRM vinden we, net als onder artikel 2 EVRM, niet in de EVRM-tekst. Ook deze eisen zijn tot stand gekomen in de omvangrijke jurisprudentie van het Straatsburgse Hof. Deze overeenkomst met artikel 2 EVRM is niet de enige. De procedurele eisen die het Hof in het kader van artikel 3 EVRM heeft ontwikkeld, komen grotendeels overeen met de eisen die het Hof in het kader van artikel 2 EVRM heeft gecreëerd. Zo is een van de kernverplichtingen onder artikel 3 EVRM namelijk ook de procedurele plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek.

In het hiernavolgende zal ik soms de term ‘gewone’ onderzoeksplicht gebruiken wanneer ik spreek over deze kernverplichting in de standaard artikel 3 EVRM-zaken. Dit om verwarring te voorkomen met de onderzoeksplicht die het Hof in asielzaken heeft ontwikkeld onder artikel 3 EVRM en in combinatie met artikel 13 EVRM. Het Hof heeft onder artikel 3 EVRM zelfstandig en onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM in asielzaken ook diverse procedurele verplichtingen geformuleerd (artikel 3 EVRM wordt namelijk vaak ingeroepen door de asielzoeker in uitzettingszaken).¹ Hierbij gaat het in de kern om de plicht voor de nationale autoriteiten om een grondig onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker dat hij bij een uitzetting naar het land van herkomst, of een ander land, een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling. Deze plicht richt zich tot zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteiten, onder alleen artikel 3 EVRM of onder artikel 13 en 3 EVRM gezamenlijk.² Verder heeft het Hof aan de nationale

1 Mirgaux 2013a, p. 66; Gerards 2013, p. 243. Het komt ook voor dat klager zich op artikel 2 EVRM beroept teneinde de uitzetting te voorkomen, maar vaker beroept klager zich op artikel 3 EVRM. Dit is de reden dat in deze studie niet is ingegaan op de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 2 EVRM-uitzettingszaken.

2 Een ‘review authority’ in de zin van artikel 13 EVRM is niet noodzakelijkerwijs een rechterlijke, zie ook hoofdstuk 2. In de praktijk is dit doorgaans wel het geval.

asielprocedure eisen gesteld op grond van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.

De ‘gewone’ onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM en de onderzoeksplicht die het Hof in het kader van asielzaken onder artikel 3 EVRM en in combinatie met artikel 13 EVRM heeft geformuleerd roepen diverse vragen op. Wat is ervoor nodig om deze plichten te activeren? Wat is de betekenis van de absolute gelding van artikel 3 EVRM voor de onderzoeksverplichtingen? Wat is de omvang? Hoe is de bewijslast verdeeld in dit type zaken? Wanneer is het onderzoek naar de maatstaven van het Straatsburgse Hof grondig? Tot hoe ver reikt de eigen verantwoordelijkheid van de rechtszoekende?

Op deze en andere vragen wordt in dit hoofdstuk een antwoord gegeven. Om te beginnen volgt in dit hoofdstuk een bespreking van de achtergrond van het folterverbod zoals verankerd in artikel 3 EVRM (paragraaf 5.2). Daarna volgt de kern van dit hoofdstuk: de procedurele eisen die het EHRM heeft ingelezen in artikel 3 EVRM (paragraaf 5.3). In het tweede deel van paragraaf 5.3 komen de procedurele eisen aan bod van artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM in asielzaken (paragraaf 5.3.2). Ten behoeve van de leesbaarheid, ga ik in een nieuwe paragraaf in op de toepassing van voormelde vereisten (paragraaf 5.4). Aan de hand van een aantal thema's zal ik voorgaande verplichtingen bespreken. Gevolgd door een paragraaf over de relatie tussen de procedurele component van artikel 3 EVRM en artikel 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde (paragraaf 5.5). Vervolgens komt de vraag aan bod of de procedurele eisen in de besluitvormingsfase gelden en/of in de fase voor de rechter (paragraaf 5.6). Ter afsluiting volgt de conclusie (paragraaf 5.7).

Ook in dit 3 EVRM hoofdstuk geldt dat de termen ‘procedurele onderzoeksplicht’ en ‘effectief officieel onderzoek’ inwisselbaar zijn en daarom door elkaar zullen worden gebruikt.

Indien aan de orde zal ook in dit hoofdstuk een verband worden gelegd met de eerder besproken procedurele eisen van artikel 2, 6 en 13 EVRM en met de nog te bespreken procedurele eisen onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM.

5.2 ACHTERGROND ARTIKEL 3 EVRM

5.2.1 Het folterverbod

De tekst van artikel 3 EVRM luidt als volgt:

‘Niemand mag worden onderworpen aan foltering en aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.’

Artikel 3 EVRM is net zoals artikel 2 EVRM een van de meest fundamentele rechten van de Conventie. Het verbod dat niemand aan foltering en aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen mag worden onderworpen geldt absoluut.³ Ook in tijden van oorlog of indien sprake is van een andere algemene noodtoestand mag niet worden afgeweken van hetgeen in artikel 3 EVRM is bepaald.⁴ Dit laatste is te lezen in artikel 15, tweede lid van het EVRM.⁵ Indien artikel 3 EVRM op het spel staat, is er dus ook geen ruimte voor een belangenafweging.⁶ De absolute gelding van artikel 3 EVRM en het fundamentele karakter lezen we ook terug in de volgende overweging van het Hof in de zaak *Chahal*:⁷

*'Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct' [cursivering: TdJ].*⁸

In latere zaken, waaronder *Saadi*⁹ en *Gäfgen*,¹⁰ is het absolute karakter van artikel 3 EVRM bevestigd door het EHRM. Ook als de veiligheid van de burgers in het gedrang komt, handhaaft het Hof de absolute gelding van het folterverbod zoals neergelegd in artikel 3 EVRM.¹¹

3 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 79; Grabenwarter 2014, p. 34.

4 White & Ovey 2014, p. 169; Harris e.a. 2014, p. 235.

5 Artikel 15 EVRM luidt als volgt:

1. In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.

2. De voorgaande bepaling staat geen enkele afwijking toe van artikel 2, behalve ingeval van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen, en van de artikelen 3, 4, eerste lid, en 7.

3. Elke Hoge Verdragsluitende Partij die gebruik maakt van dit recht om af te wijken, moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa volledig op de hoogte houden van de genomen maatregelen en van de beweegredenen daarvoor. Zij moet de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa eveneens in kennis stellen van de datum waarop deze maatregelen hebben opgehouden van kracht te zijn en de bepalingen van het Verdrag opnieuw volledig worden toegepast.

6 Harris e.a. 2014, p. 236.

7 EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. P. Boon (Grote Kamer) (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*).

8 EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. P. Boon, par. 80 (Grote Kamer) (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*).

9 EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, m.nt. H. Battjes, EHRC 2008, 59, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 131, m.nt. C.W. Wouters, NJ 2008, 444, *RvdW* 2008, 671, par. 127 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*).

10 EHRM 1 juni 2010, zaaknr. 22978/05 (Grote Kamer) (*Gäfgen t. Duitsland*).

11 Zie ook: White & Ovey 2014, p. 169; Harris e.a. 2014, p. 235-236. Zie voor een uitzetting hoe in het Verenigd Koninkrijk hiermee wordt omgegaan: Bonner 2012.

Artikel 3 EVRM is pas van toepassing als de handeling waarover geklaagd wordt een minimale mate van ernst heeft. Het Hof spreekt van 'a minimum level of severity'.¹² De invulling van dit criterium hangt af van de omstandigheden van het geval. Tegelijkertijd biedt het Hof wel aanknopingspunten bij de invulling van voormeld criterium. Zo hangt dit onder meer af van de fysieke en geestelijke effecten, en in sommige gevallen het geslacht, de leeftijd en de gezondheidstoestand van het slachtoffer.¹³ In het kader van dit onderzoek voert het te ver om op deze plek uitgebreid in te gaan op de inhoudelijke aspecten van het folterverbod van artikel 3 EVRM. Deze studie ziet tenslotte op de procedurele eisen die het EHRM heeft ingelezen in een viertal materiële EVRM-bepalingen. Daarom volsta ik met een korte bespreking van achtereenvolgens de begrippen: foltering en een onmenselijke of vernederende behandeling. Hierbij zal ik niet apart stilstaan bij de categorie bestraffing ('punishment'),¹⁴ nu deze begrippen doorgaans niet apart worden behandeld door het EHRM en een bestraffing bovendien een behandeling impliceert. Het Hof kan ervoor kiezen om de bestraffing als onmenselijke en vernederende behandeling te kwalificeren.¹⁵ De invulling van deze begrippen vinden we in de Straatsburgse jurisprudentie.

Foltering

In het kader van de definitie van het begrip foltering is de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*¹⁶ een veelgenoemde zaak.¹⁷ In die zaak definieerde het EHRM het begrip foltering als volgt: 'deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering'.¹⁸ Het gaat dus om een opzettelijke onmenselijke behandeling met ernstig en wreed lijden tot gevolg. Dit opzetvereiste is kenmerkend voor het begrip foltering, en zien we in sommige gevallen ook terug bij de onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing.¹⁹ Voorts dient het leed dat bij foltering wordt toegebracht met een bepaald doel te zijn aangedaan, bijvoorbeeld om bewijs te verkrijgen of om te intimideren.²⁰ Om van foltering te kunnen spreken is het niet noodzakelijk dat sprake is van fysiek lijden: mentaal lijden (mits voldoende ernstig) kan eveneens worden

12 Vgl.: White & Ovey 2014, p. 171; Harris e.a. 2014, p. 236.

13 EHRM 11 juli 2006, EHRC 2006, 118, RvdW 2006, 818, par. 67 (Grote Kamer) (*Jalloh t. Duitsland*). White & Ovey 2014, p. 171.

14 Harris e.a. kiezen er overigens wel voor om de de inhuman punishment en degrading punishment apart te bespreken. Zie respectievelijk: Harris e.a. 2014, p. 259-261 en p. 271-273.

15 White & Ovey 2014, p. 170.

16 EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

17 Vgl. de handboeken van White & Ovey 2014, p. 173 e.v. en Harris e.a. 2014, p. 238.

18 EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71, par. 167 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

19 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 78.

20 Harris e.a. 2014, p. 238; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 78.

gekwalficeerd als foltering.²¹ Bovendien kan de angst voor fysieke foltering leiden tot mentale foltering.²²

In de zaak *Aksoy*²³ heeft het EHRM voor het eerst geoordeeld dat een lidstaat schuldig was aan foltering, en bevestigt het wat het eerder over foltering heeft overwogen in *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*.²⁴

Verder kunnen handelingen die in het verleden enkel kwalificeerden als onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing thans wel worden gekwalficeerd als foltering.²⁵ Het EVRM is tenslotte een 'living instrument' waarbij het gaat om een interpretatie van het Verdrag naar de huidige omstandigheden.²⁶ Illustratief in dit verband is de zaak *Selmouni*²⁷ waarin het Hof de handelingen als foltering heeft aangemerkt. Klager in deze zaak werd verdacht van drugshandel en is in detentie meerdere malen ernstig geslagen, verzocht om orale seks te hebben met een politieagent en toen hij dit weigerde is over hem heen geürineerd en tot slot werd hij bedreigd met een las lamp en injectienaald.²⁸ Toepassing van de criteria ter invulling van het begrip foltering zoals het Hof deze ontwikkelde in de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*²⁹ zou niet tot de uitkomst foltering hebben geleid in de zaak *Selmouni*,³⁰ maar als onmenselijke of vernederende behandeling zijn aangemerkt.³¹ Tegenwoordig vallen handelingen dus eerder onder de noemer foltering, dan voorheen.³²

Onmenselijke behandeling en vernederende behandeling

Kenmerkend voor de onmenselijke behandeling is dat er langdurig lichamelijk of geestelijk lijden plaatsvindt.³³ Een veelgeciteerde standaardoverweging van het Hof is de volgende:

21 Harris e.a. 2014, p. 240, volgens de auteurs volgt dit impliciet uit de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk* en latere zaken (zie daar genoemd). Vgl. ook Grabenwarter 2014, p. 33-34.

22 Harris e.a. 2014, p. 240 en de verwijzing naar de zaak *Gäfgen*. EHRM 1 juni 2010, zaaknr. 22978/05, par. 108 (Grote Kamer) (*Gäfgen t. Duitsland*).

23 EHRM 18 december 1996, zaaknr. 21987/93 (*Aksoy t. Turkije*)

24 EHRM 18 december 1996, zaaknr. 21987/93, par. 63 (*Aksoy t. Turkije*); EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*); White & Ovey 2014, p. 174.

25 Vgl. Grabenwarter 2014, p. 33; White & Ovey 2014, p. 174. Zie ook de Antwerpse dissertatie van Steven Dewulf (Dewulf 2011).

26 Zie onder meer: EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200, par. 101 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*).

27 EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*).

28 EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200, par. 82 en 103 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*).

29 EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

30 EHRM 28 juli 1999, JV 1999, 200 (Grote Kamer) (*Selmouni t. Frankrijk*).

31 Harris e.a. 2014, p. 240 en zie ook White & Ovey 2014, p. 174.

32 Zie voor een bespreking van handelingen die door het Hof als foltering zijn aangemerkt, onder meer: Harris e.a. 2014, p. 239-240; Grabenwarter 2014, p. 33.

33 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 81.

‘Treatment has been held by the Court to be “inhuman” because, inter alia, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering.’³⁴

De behandeling gebeurde dus met voorbedachte rade, heeft uren aaneengesloten geduurd en heeft ofwel fysieke verwondingen veroorzaakt ofwel intens fysiek en geestelijk lijden.

Veel schendingen van artikel 3 EVRM hebben plaatsgevonden in detentie en zijn te kwalificeren als onmenselijke behandeling.³⁵ Daarnaast kan de dreigende uitzetting of uitlevering naar een ander land mogelijk strijd opleveren met artikel 3 EVRM omdat betrokkene daar het risico loopt onmenselijk te worden behandeld.³⁶ Verder kan de angst voor het uitblijven van een gedegen onderzoek naar een verdwijning van naasten van klager worden aangemerkt als onmenselijke behandeling.³⁷ Ook verkrachting of genitale verminking vallen ofwel onder de onmenselijke behandeling of zijn aan te merken als vernederende behandeling.³⁸

Bij een vernederende behandeling gaat het erom dat een gevoel van angst en minderwaardigheid wordt opgewekt bij het slachtoffer waardoor hij kan worden vernederd en zijn fysieke en geestelijke weerstand mogelijk breekt, of als het slachtoffer ertoe wordt gebracht tegen zijn wil of geweten te handelen.³⁹ De nadruk ligt bij de vernederende behandeling op de vernedering, en in mindere mate (hoewel er overlap bestaat) op het fysiek en geestelijk lijden zoals dat het geval is bij de onmenselijke behandeling.⁴⁰ Het Hof houdt er rekening mee of de behandeling de vernedering van de persoon in kwestie tot doel had. Indien dit doel ontbreekt, hoeft dit echter nog niet te betekenen dat dan geen schending van artikel 3 EVRM meer kan worden vastgesteld. Verder maakt het Hof overigens niet altijd een onderscheid tussen de onmenselijke en vernederende behandeling.⁴¹

Bij een vernederende behandeling hoeft de ervaring niet volgens objectieve maatstaven als vernederend te worden aangemerkt: de subjectieve belevening

34 EHRM 11 juli 2006, EHRC 2006, 118, RvdW 2006, 818, par. 68 (Grote Kamer) (*Jalloh t. Duitsland*).

35 Vgl. Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 85; White & Ovey 2014, p. 175.

36 Zie paragraaf 5.3.2.

37 White & Ovey 2014, p. 175.

38 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 81 e.v. Zie verder: Harris e.a. 2014, p. 241-258; Grabenwarter 2014, p. 34-36; White & Ovey 2014, p. 174-175 en p. 176 e.v.

39 EHRM 11 juli 2006, EHRC 2006, 118, RvdW 2006, 818, par. 68 (Grote Kamer) (*Jalloh t. Duitsland*).

40 Harris e.a. 2014, p. 261. Zie ook over de reikwijdte van het begrip vernederende behandeling: EHRM 6 februari 2014, zaaknr. 2689/12 (*Semikhvostov t. Rusland*). Zie ook de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Jalloh*.

41 En spreekt het Hof van ‘inhuman and degrading treatment’. White & Ovey 2014, p. 175.

volstaat.⁴² Het gebruik van bepaalde ondervragingstechnieken kan worden aangemerkt als vernederende behandeling (en ook onmenselijke behandeling).⁴³ Veelgenoemd voorbeeld is de ‘five techniques’ waarbij de verdachte gedurende het verhoor met gesloten ogen lange tijd tegen een muur moest staan terwijl er hard geluid klinkt. Het eten en drinken is beperkt tot een minimum en zodra de verdachte in slaap valt, wordt hij weer wakker gemaakt.⁴⁴

5.2.2 Positieve verplichtingen onder artikel 3 EVRM: de materiële component

In principe omvat artikel 3 EVRM een negatieve onthoudingsverplichting.⁴⁵ Op grond van artikel 3 EVRM is het de Staat tenslotte verboden om zijn onderdanen aan foltering of aan een onmenselijke of vernederende behandeling te onderwerpen. Naast deze onthoudingsverplichting zijn in de Straatsburgse jurisprudentie onder artikel 3 EVRM ook positieve verplichtingen geformuleerd.⁴⁶ Deze verplichtingen vertonen veel overeenkomsten met de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM.⁴⁷ Hoewel dit type verplichtingen niet in de verdragstekst van artikel 3 EVRM terug te lezen, kunnen deze verplichtingen wel vergaande gevolgen hebben voor de nationale autoriteiten. In het bijzonder nu, als bekend, de positieve verplichtingen juist een actief optreden van de Staat verlangen. Dit maakt de nadere bestudering en analyse van deze positieve verplichtingen relevant.

In de kern heeft het Hof onder artikel 3 EVRM de volgende twee positieve verplichtingen geformuleerd: een materiële preventieplicht en daarnaast een procedurele onderzoeksplicht.⁴⁸ Zowel de materiële preventieplicht als de procedurele plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek vinden we ook bij artikel 2 EVRM.

⁴² Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 81.

⁴³ Harris e.a. 2014, p. 261.

⁴⁴ Vgl. Grabenwarter 2014, p. 34, noot 28; Harris e.a. 2014, p. 261. Deze ‘five techniques’ waren aan de orde in: EHRM 18 januari 1978, zaaknr. 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*). Zie opnieuw voor een uitgebreider overzicht van wat het Hof aanmerkt als vernederende behandeling: Harris e.a. 2014, p. 261-271; Grabenwarter 2014, p. 36-38.

⁴⁵ Harris e.a. 2014, p. 274.

⁴⁶ Zie ook de positieve verplichtingen ex 3 EVRM die op de Staat rusten om levenslang veroordeelde gedetineerden de mogelijkheid te bieden om te rehabiliteren (denk aan: een individueel detentieprogramma en een eventuele psychologische/medische behandeling): EHRM 26 april 2016, *NBSTRAF* 2016, 114, m.nt. M.J.N. Vermeij (Grote Kamer) (*Murray t. Nederland*).

⁴⁷ Zie ook hoofdstuk 4 en Harris e.a. 2014, p. 274. EHRM 17 september 2014, *EHRC* 2014, 244, par. 314 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

⁴⁸ Vgl. onder meer: Schabas 2015, p. 191 e.v.; Grabenwarter 2014, p. 40-41; White & Ovey 2014, p. 192-194; Harris e.a. 2014, p. 274-277; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 109-111.

Bij de preventieplicht onder artikel 3 EVRM rust op de Staat de plicht om zijn onderdanen op voorhand te beschermen tegen 'ill-treatment'. Het Hof behandelt deze plicht doorgaans onder de materiële component ('substantive limb') van artikel 3 EVRM.⁴⁹

Onder verwijzing naar eerdere vaste jurisprudentie heeft de Grote Kamer van het Hof in de zaak *O'Keeffe*⁵⁰ de preventieplicht herhaald.

*'The Court reiterates that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment. The obligation on High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken in conjunction with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals. This positive obligation to protect is to be interpreted in such a way as not to impose an excessive burden on the authorities, bearing in mind, in particular, the unpredictability of human conduct and operational choices which must be made in terms of priorities and resources. Accordingly, not every risk of ill-treatment could entail for the authorities a Convention requirement to take measures to prevent that risk from materialising.'*⁵¹

Op de Staat rust dus de plicht om maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat zijn onderdanen niet worden onderworpen aan een 'ill-treatment'. Deze plicht blijft niet beperkt tot een slechte behandeling afkomstig van overheidsfunctionarissen, maar rust ook op de Staat ten aanzien van 'ill-treatment' door private partijen.

Het Hof vervolgt zijn overweging door in te gaan op de omvang van de preventieplicht. Deze plicht mag niet een excessieve last op de autoriteiten leggen. Hierbij houdt het EHRM er ook rekening mee dat het menselijk handelen onvoorspelbaar kan zijn en daarnaast is het aan de Staat om keuzes te maken ten aanzien van prioriteiten en financiën. Ook in het kader van de materiële positieve verplichting onder artikel 2 EVRM heeft het Hof dit overwogen.⁵² Niet elk risico op een slechte behandeling activeert de verplichting voor de nationale autoriteiten om maatregelen te nemen om te voorkomen dat de slechte behandeling plaatsvindt.

Het Hof stelt echter wel een ondergrens. Aan kinderen en andere kwetsbare groepen dient ten minste effectieve bescherming te worden geboden. Bij deze bescherming gaat het dan om maatregelen die erop zijn gericht de slechte

49 Consequent is het EHRM niet op dit punt: het behandelt deze verplichting in zijn jurisprudentie ook zonder deze plicht als 'substantive' te duiden.

50 EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool (Grote Kamer) (*O'Keeffe t. Ierland*).

51 EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool, par. 144 (Grote Kamer) (*O'Keeffe t. Ierland*). Zie eerder: EHRM 12 juli 2005, EHRC 2005, 99, par. 98 (*Moldovan e.a. t. Roemenië(nr.2)*).

52 Zie hoofdstuk 4.

behandeling te voorkomen. Het Hof heeft dit ook in eerdere jurisprudentie al overwogen.⁵³ In de jurisprudentie van het Hof bestaat dus bijzondere aandacht voor de bescherming van kwetsbare groepen. Ook onder artikel 8 EVRM vinden we dit terug. Een inmenging in het recht van een persoon behorend tot een kwetsbare groep kan dus een extra beschermingsplicht voor de Staten met zich brengen. Het aanscherpen van de positieve verplichting in die gevallen kan zowel meer materieel als ook meer procedureel van aard zijn.⁵⁴ Bovendien rust een grotere plicht op de Staat in de gevallen waarin de vermeende slechte behandeling plaatsvindt onder de verantwoordelijkheid van de Staat.⁵⁵ Hierbij kan dan gedacht worden aan misstanden in detentie. Ook dit zagen we eerder onder artikel 2 EVRM.

Voorts geldt voor de activering van de preventieplicht onder artikel 3 EVRM dat de Staat op de hoogte was of had kunnen zijn van de slechte behandeling:

‘However, the required measures should, at least, provide effective protection in particular of children and other vulnerable persons and should include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge.’⁵⁶

Daarnaast dient, net als onder 2 EVRM, ook sprake te zijn van een ‘real and immediate danger’.⁵⁷

In het kader van de preventieve beschermingsplicht heeft het Hof dus overwogen dat de Staat maatregelen dient te nemen om te voorkomen dat zijn onderdanen aan een slechte behandeling worden onderworpen. De invulling van deze maatregelen is divers.⁵⁸

Zo zijn er aan de ene kant meer feitelijke maatregelen. Het gaat dan om concreet ingrijpen door de Staat, zoals het bieden van bescherming aan mensen tijdens een religieuze bijeenkomst tegen fysiek geweld van een andere religieu-

53 Vgl. onder meer: EHRM 10 mei 2001, zaaknr. 29392/95, par. 74-75 (Grote Kamer) (*Z e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 23 september 1998, zaaknr. 100/1997/884/1096, par. 22 (*A t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 274 e.v.; White & Ovey 2014, p. 192-193.

54 Zie ook verderop in dit hoofdstuk, en in de hierna volgende hoofdstukken en deel II.

55 Grabenwarter 2014, p. 40. Zie ook: EHRM 28 september 2015, *EHRC* 2015, 236, m.nt. S. Smet (Grote Kamer) (*Bouyid t. België*) (klap in gezicht door politieagent is vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM; bovendien bevonden klagers zich onder de macht van de politieagent).

56 EHRM 28 januari 2014, *EHRC* 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool, par. 144 (Grote Kamer) (*O’Keeffe t. Ierland*).

57 Grabenwarter 2014, p. 40.

58 Vgl. ook Gerards 2011a, p. 239. Gerards merkt ten aanzien van de materiële positieve verplichtingen op dat deze gevarieerd zijn: de ene keer bepaalt het Hof dat de rechter aanzet is bij een interpretatie van het EVRM en de andere keer dient het nationale beleid anders te zijn.

ze groep.⁵⁹ Of bijvoorbeeld cameratoezicht, om te voorkomen dat mensen een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling krijgen.⁶⁰ Op de Staat rust voorts de verplichting om te zorgen dat de fysieke en mentale conditie van gedetineerden gewaarborgd is. Dit betekent dus dat mishandeling door medegedetineerden tegen moet worden gegaan.⁶¹ Ook dienen de daartoe bevoegde autoriteiten ervoor te zorgen dat de detentieomstandigheden niet abominabel zijn. Dit was wel het geval in een Griekse zaak,⁶² waarin klager onder meer met een andere gedetineerde een weinig geventileerde en onhygiënisch cel deelde. Het nalaten van de bevoegde autoriteiten om dit tegen te gaan, leidt tot een vernederende behandeling van klager en daardoor een materiële schending van artikel 3 EVRM.

Ook in een Belgische zaak⁶³ schoot de Staat tekort in zijn beschermingsplicht onder artikel 3 EVRM. In die zaak is een vijf jarig meisje twee maanden in een volwassenen opvangcentrum voor illegalen ondergebracht, zonder dat zij werd bijgestaan of onderwijs kreeg.⁶⁴ Dat het in casu gaat om een minderjarig kind, en dus behorend tot een kwetsbare groep, heeft ook extra gewicht in de schaal gelegd bij het eindoordeel van het Hof.⁶⁵ Zoals ook verderop in dit hoofdstuk te lezen zal zijn, behoren zowel asielzoekers als kinderen tot de categorie kwetsbare personen.

Aan de andere kant zijn er maatregelen als onderdeel van de preventieplicht die zien op het in het leven roepen van afschrikkende wetgeving waarbij verschillende vormen van 'ill-treatment' strafbaar worden gesteld.⁶⁶ De strafbaarstelling an sich vormt voor het Straatsburgse Hof zelden een probleem: vaak knelt de schoen bij de praktische uitvoering van de wet.⁶⁷ In de eerder in deze paragraaf genoemde *O'Keeffe*⁶⁸ zaak, waarin het ging om seksueel misbruik in het basisonderwijs,⁶⁹ gaat het Hof in meer algemene bewoordingen in op de beschermingsplicht onder artikel 3 EVRM in relatie tot wetgeving en de handhaving van die wetten:

59 Harris e.a. 2014, p. 275 en daar genoemde jurisprudentie. Zie ook: EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 28490/02, par. 145-146 (*Begheluri e.a. t. Georgië*) (overheid heeft geen effectieve maatregelen genomen tegen voorkoming en stoppen religieus geweld: materiële schending 3 EVRM, en overigens ook procedurele schending).

60 Harris e.a. 2014, p. 275 en daar genoemde jurisprudentie.

61 EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 44973/04, par. 90 (*Premiñiny t. Rusland*). Zie meer recent voor een schending van artikel 3 EVRM vanwege slechte detentieomstandigheden: EHRM 3 februari 2015, *EHRC* 2015, 82 (*Apostu t. Roemenië*).

62 EHRM 19 april 2001, zaaknr. 28524/95, par. 75 (*Peers t. Griekenland*).

63 EHRM 12 oktober 2006, zaaknr. 13178/03 (*Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitung t. België*).

64 Genoemd door Harris e.a. 2014, p. 275.

65 EHRM 12 oktober 2006, zaaknr. 13178/03, par. 55 (*Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitung t. België*).

66 Bijvoorbeeld strafbaarstelling van verkrachting: Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 109.

67 Zo is te lezen bij: White & Ovey 2014, p. 192 en de daar genoemde jurisprudentie.

68 EHRM 28 januari 2014, *EHRC* 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool (Grote Kamer) (*O'Keeffe t. Ierland*).

69 Zie over zedendelicten en positieve verplichtingen de bijdrage van Lindenberg (Lindenberg 2013, p. 501-529).

‘As to the content of the positive obligation to protect, the Court recalls that effective measures of deterrence against grave acts, such as at issue in the present case, can only be achieved by the existence of *effective criminal-law provisions backed up by law enforcement machinery*. Importantly, the nature of child sexual abuse is such, particularly when the abuser is in a position of authority over the child, that the existence of useful detection and reporting mechanisms are fundamental to the effective implementation of the relevant criminal laws.’⁷⁰

Opnieuw wordt duidelijk dat de omstandigheden van het geval van belang zijn bij de concrete invulling van de plicht. Toegespitst op het onderhavige geval betekent dit dat voor de effectieve implementatie van de strafbepalingen een adequaat nationaal opsporings- en meldsysteem aanwezig dient te zijn.⁷¹

Tot slot verlangt de positieve verplichting onder artikel 3 EVRM niet te allen tijde dat tegenover een vermeende artikel 3 EVRM schending een strafrechtelijke remedie staat. De vraag of sprake is van opzet of niet, is hierbij van belang.⁷²

Resumerend: in deze paragraaf is ten eerste kort stilgestaan bij de achtergrond van het absolute en fundamentele folterverbod zoals dat is neergelegd in artikel 3 EVRM. Daarbij kwam het vereiste van een ‘minimum level of severity’ waaraan de betreffende handeling moet voldoen, voordat artikel 3 EVRM van toepassing is aan bod. Vervolgens volgde een beknopte bespreking van de begrippen foltering en onmenselijke en vernederende behandeling.

Daarna is aandacht besteed aan de door het EHRM ontwikkelde positieve verplichtingen onder artikel 3 EVRM, en dan in het bijzonder de materiële component. Het EHRM heeft bepaald dat op de Staten een materiële preventieve beschermingsplicht rust. Net als onder 2 EVRM rust deze plicht op de Staat om *vooraf* maatregelen te treffen. Hierbij kan het onder artikel 3 EVRM dan gaan om meer feitelijke maatregelen, die meer faciliterend van aard zijn. Zoals het bieden van een voldoende ruime gevangenis, de mogelijkheid tot het gebruik van hygiënisch sanitair door de gedetineerde en het inzetten van politie bij een potentieel gevaarlijke demonstratie. Het gaat hierbij dus, in tegenstelling tot de procedurele eisen, om het concreet bieden van faciliteiten, of het nemen van maatregelen die resulteren in bijvoorbeeld extra inzet van politie of camera’s. Daarnaast kan in het kader van de maatregelen ook worden gedacht aan wetgeving die met artikel 3 EVRM strijdige handelingen strafbaar stelt, en waar vanuit een afschrikwekkende werking gaat.

70 EHRM 28 januari 2014, *EHRC* 2014, 144, m.nt. R.S.B. Kool, par. 148 (Grote Kamer) (*O’Keeffe t. Ierland*).

71 Er valt wel wat voor te zeggen dat de verplichting die ziet op het meldingssysteem deels procedureel is. Dit ziet tenslotte op rechtsbescherming, en het Hof constateert ook een schending van artikel 13 EVRM.

72 EHRM 29 september 2009, *EHRC* 2009, 129, m.nt. Broeksteeg, *NJ* 2010, 306, m.nt. R.A. Lawson, *RvdW* 2010, 182 (ontv.besl.) (*Van Melle e.a. t. Nederland*). Hetzelfde geldt in het kader van artikel 2 EVRM, zie hoofdstuk 4.

Verder strekt de preventieve beschermingsplicht zich ook uit tot handelingen in de horizontale relaties. Daarnaast is ingegaan op de omvang van de plicht, en de vraag vanaf wanneer de plicht geldt. De plicht geldt in het bijzonder wanneer het gaat om de bescherming van kwetsbare groepen, zoals kinderen en gedetineerden.

5.3 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 3 EVRM

Het Hof heeft onder artikel 3 EVRM een breed scala aan procedurele eisen ontwikkeld. Om te beginnen heeft het Hof bepaald dat op de Staat de verplichting rust om een effectief officieel onderzoek te houden in het geval dat mogelijk een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling heeft plaatsgevonden,⁷³ en klager dus een verdedigbare klacht heeft.⁷⁴ Het onderzoek dient ‘thorough and effective’ te zijn: grondig en effectief dus.⁷⁵ Deze onderzoeksplicht is vervolgens opgebouwd uit aparte procedurele eisen. In sommige gevallen noemt het Hof het grondigheidsvereiste apart, maar in de kern komt dit vereiste er op neer dat de autoriteiten hun oordeel niet op vluchtige conclusies mogen baseren.⁷⁶

In de tweede plaats zijn in de Straatsburgse jurisprudentie onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM diverse procedurele eisen ontwikkeld die gelden in asielzaken. Op grond van artikel 3 EVRM rust op de nationale autoriteiten de plicht om een ‘meaningful assessment’ te doen naar de claim van betrokkene dat hij niet kan worden teruggestuurd naar het land waarvandaan hij is gevlucht omdat hij daar een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling. Deze verplichting lijkt in de nationale praktijk vooral tot de uitvoerende autoriteit van de Staat te zijn gericht, maar tegelijkertijd ook tot de nationale rechter. Artikel 13 EVRM juncto artikel 3 EVRM brengt de plicht met zich om grondig onderzoek te doen naar de verdedigbare claim van betrokkene dat hij niet kan worden uitgezet vanwege het reële risico op strijd met artikel 3 EVRM. Zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteiten zijn hiermee belast. Tot slot heeft het Hof onder artikel 13 EVRM in samenhang met artikel 3 EVRM bepaald dat de asielprocedure toegankelijk moet zijn,⁷⁷ en heeft in dat kader diverse procedurele eisen ontwikkeld.

73 Vgl. onder meer: Harris e.a. 2014, p. 275-277; White & Ovey 2014, p. 193-194; Grabenwarter 2014, p. 41; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 109-111.

74 Harris e.a. 2014, p. 275-276.

75 Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 276.

76 EHRM 17 september 2014, *EHRC* 2014, 244, par. 325 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

77 Zie o.m. Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 112.

5.3.1 De procedurele onderzoeksplicht

De procedurele onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM kan, net zoals dat geldt voor de plicht tot het doen van onderzoek onder 2 EVRM, worden gezien als een overkoepelende plicht. De onderzoeksplicht omvat diverse afzonderlijke procedurele eisen die de Staat in acht dient te nemen bij het doen van onderzoek naar een vermeende schending van artikel 3 EVRM.

In het hiernavolgende volgt ten eerste een weergave van een aantal kenmerken van de procedurele onderzoeksplicht (paragraaf 5.3.1.1). Daarna volgt een korte opsomming van de procedurele eisen van de onderzoeksplicht (paragraaf 5.3.1.2), gevolgd door de toepassing van deze eisen in de jurisprudentie van het EHRM (paragraaf 5.3.1.3).

5.3.1.1 Kenmerken van de procedurele onderzoeksplicht

Doel van de onderzoeksplicht

De procedurele eisen die het Hof in het kader van de materiële EVRM-rechten heeft ontwikkeld zien vaak op de effectuering van deze materiële rechten.⁷⁸ Het doel van de onderzoeksplicht is onder meer om het folterverbod en het verbod op een onmenselijke of vernederende behandeling te verwezenlijken.⁷⁹ Op het moment dat de bestraffing voor een handeling die in strijd komt met het folterverbod uitblijft, maakt dit de bescherming van het folterverbod immers irreëel.⁸⁰ Met de onderzoeksplicht is daarnaast beoogd dat de verantwoordelijken kunnen worden geïdentificeerd en eventueel bestraft.⁸¹

Omvang van de onderzoeksplicht

De onderzoeksplicht blijft niet beperkt tot het doen van onderzoek in de gevallen waarin de vermeende foltering of de onmenselijke of vernederende behandeling afkomstig is van overheidsfunctionarissen. Ook in de gevallen waarin voormelde handelingen afkomstig zijn van private partijen, rust op de Staat de plicht tot het doen van een effectief officieel onderzoek.⁸² De onderzoeksplicht blijft bovendien niet beperkt tot de nationale uitvoerende autoriteiten, in het bijzonder in de gevallen waarin het geweld door overheidsfunctionarissen is gepleegd, oordeelt het Hof ook of de nationale rechters de zaak aan een zorgvuldig onderzoek hebben onderworpen.⁸³ Ook dit zagen

78 Vgl. het Hof in het kader van artikel 3 EVRM in de zaak *Assenov e.a. t. Bulgarije*: Harris e.a. 2014, p. 276.

79 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 102 (*Assenov t. Bulgarije*).

80 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 102 (*Assenov t. Bulgarije*).

81 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 117-118 (*Assenov e.a. t. Bulgarije*).

82 Zie onder meer: Harris e.a. 2014, p. 275; White & Ovey 2014, p. 193; Grabenwarter 2014, p. 41; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 109.

83 EHRM 8 april 2008, *NJB* 2008, 1225, par. 61-62 (*Ali en Ayşe t. Turkije*).

we eerder onder artikel 2 EVRM.⁸⁴ Tot slot heeft de procedurele onderzoeksplicht onder het recht op leven een autonoom karakter.⁸⁵ Dit heeft de Grote Kamer van het Hof bepaald in de zaak *Šilih*.⁸⁶ Naar analogie kan worden gesteld dat de procedurele onderzoekplicht onder artikel 3 EVRM eveneens een autonoom karakter heeft, en zelfstandig (los van de materiële component) kan worden ingeroepen door het individu en bij niet naleving kan resulteren in een schending.

Bewijsstandaard

Net als onder artikel 2 EVRM, verlangt het Hof zelf ook onder artikel 3 EVRM van de Staten dat het bewijs van ‘ill-treatment’ ‘beyond reasonable doubt’ is komen vast te staan. Zoals ook in de hiernavolgende overweging te lezen, is deze hoge bewijsstandaard opnieuw ingegeven door de ernst en de stigmatiserende werking⁸⁷ die uitgaat van een schending van een fundamenteel recht als artikel 3 EVRM, of artikel 2 EVRM.

‘In assessing evidence, the Court has adopted the standard of proof “*beyond reasonable doubt*”. (...) According to its established case-law, proof may follow from the *coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact*. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake. In this context, the conduct of the parties when evidence is being obtained has to be taken into account. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights.’⁸⁸

De bewijsstandaard dat iets ‘onomstotelijk’ (‘beyond reasonable doubt’) is komen vast staan, lijkt echter in het hiervoor weergegeven citaat weer wat te worden afgezwakt met de zinsnede dat het bewijs ook kan bestaan uit: ‘sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact’.

Opnieuw geldt dat de bewijsregels die het Hof zelf hanteert onder de artikelen 3 en 2 EVRM (en ook artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM, opnieuw voor zover van toepassing) in deel II van dit onderzoek meer uitgebreid aan bod komen.⁸⁹

⁸⁴ Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.1.

⁸⁵ Zie opnieuw paragraaf 4.3.1 in hoofdstuk 4.

⁸⁶ EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01, par. 158 – 159 (Grote Kamer) (*Šilih t. Slovenië*).

⁸⁷ White & Ovey 2014, p. 194.

⁸⁸ EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98, par. 147 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*).

⁸⁹ Zie hoofdstuk 11, i.h.b. paragraaf 11.4.1 (standaard 2 en 3 EVRM-zaken), paragraaf 11.4.2 (8 EVRM en 1 EP EVRM) en paragraaf 11.5 (3 EVRM in asielzaken).

Activering van de onderzoeksplicht

Voor de activering van de onderzoeksplicht is het niet in alle gevallen vereist dat het slachtoffer een klacht heeft ingediend. De autoriteiten van de lidstaten dienen het onderzoek namelijk *ex officio* (ambtshalve) te doen als er duidelijke aanwijzingen zijn dat er is gefolterd of een andere met artikel 3 EVRM strijdige handeling heeft plaatsgevonden.⁹⁰

In de gevallen waarin het slachtoffer wel een klacht heeft ingediend, moet deze klacht verdedigbaar zijn en dient er een redelijke verdenking te bestaan.⁹¹ In het geval van een afwijzing van de klacht dient deze te worden gemotiveerd.⁹²

Onvoldoende medisch bewijs en een ongeloofwaardige klacht kan derhalve voor het Hof reden zijn om te oordelen dat de autoriteiten niet verplicht waren om een onderzoek te doen naar de beschuldigingen van klager.⁹³ Alleen een gebrek aan bewijs van 'ill-treatment' hoeft echter niet aan de verdedigbaarheid van de klacht in de weg te staan. De positieve procedurele verplichting tot het houden van een onderzoek blijft dan dus bestaan.⁹⁴

Type zaken en bijzondere onderzoeksplicht bij racistisch gemotiveerde geweldpleging

Voor wat betreft het type zaken is het zo dat artikel 3 EVRM op verschillende terreinen een rol speelt.⁹⁵ Zo kan artikel 3 EVRM aan de orde zijn als het gaat om politiegeweld.⁹⁶ Daarnaast kan sprake zijn van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het geval van abominabele detentieomstandigheden, of de wijze van behandeling van de gedetineerden.⁹⁷ Ook in verdwijningszaken speelt artikel 3 EVRM vaak een rol.⁹⁸ In gevallen waarin sprake is van huiselijk geweld kan voormeld artikel eveneens aan de orde zijn.⁹⁹ Tot slot wordt het folterverbod of het verbod op een onmenselijke of vernederende behandeling vaak ingeroepen in zaken waarin asielzoekers dreigen te worden uitgezet (of terroristen dreigen te worden

90 Harris e.a. 2014, p. 276.

91 Grabenwarter 2014, p. 41. EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 74307/01, par. 38 (*Gök en Güler t. Turkije*). Zie ook meer recent t.a.v. 'arguable claim': EHRM 3 mei 2012, zaaknr. 23880/05, par. 102 (*Salikhov t. Rusland*).

92 Harris e.a. 2014, p. 277.

93 EHRM 26 november 2009, zaaknr. 25282/06, par. 164 (*Dolenec t. Kroatië*).

94 EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 74307/01, par. 38 (*Gök en Güler t. Turkije*).

95 Niet is beoogd om een uitputtende opsomming te geven.

96 Grabenwarter 2014, p. 41 e.v.

97 White & Ovey 2014, p. 186 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 244 e.v. en p. 261-269.

98 White & Ovey 2014, p. 180-182.

99 Vgl. White & Ovey 2014, p. 183; Grabenwarter 2014, p. 51-52.

uitgeleverd).¹⁰⁰ Artikel 3 EVRM is in het bijzonder van grote betekenis voor het vreemdelingenrecht wanneer het gaat om uitzettingszaken.¹⁰¹

Het EHRM heeft tot slot een bijzondere procedurele onderzoeksplicht geformuleerd in de gevallen waarin het geweld gepleegd is met racistische motieven.¹⁰² Deze plicht kan onderdeel zijn van artikel 3 EVRM, of van artikel 14 EVRM (discriminatieverbod) in combinatie met artikel 3 EVRM.¹⁰³ Eerder heeft het Hof deze bijzondere procedurele onderzoeksplicht naar racistische motieven ontwikkeld in het kader van artikel 2 EVRM in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Nachova*.¹⁰⁴ In de zaak *Begheluri e.a.* heeft het Hof onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie herhaald dat op de Staat de plicht rust om een onderzoek in te stellen naar eventuele racistische motieven. Klagers in deze zaak zijn Jehova's getuigen die meerdere klachten uiten over religieuze haat jegens hen door Orthodoxe extremisten. Het Hof heeft de bijzondere procedurele onderzoeksplicht als volgt weergegeven:

'(...) the national authorities failed to look into the possible discriminatory motive behind the violent acts committed against the applicants, which in itself raises an issue as to the inadequacy and ineffectiveness of the investigation. The Court reiterates in this connection that, *as in respect of racially motivated attacks, when investigating violent incidents State authorities have the additional duty to take all reasonable steps to unmask any religious motive and to establish whether or not religious hatred or prejudice may have played a role in the events* [cursivering: TdJ].'¹⁰⁵

100 Grabenwarter 2014, p. 45 e.v.; White & Ovey 2014, p. 176-180; Harris e.a. 2014, p. 244-256; Boeles e.a. 2014, p. 343-344. Niet alleen artikel 3 EVRM kan soms aan de realisering van een uitzettingsbesluit in de weg staan, ook artikel 6 EVRM kan dit onder omstandigheden verhinderen ('flagrant denial of justice'). Dit bepaalde het Hof voor het eerst in de zaak *Soering* (EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema, NJCM – bull. 1989, 846, m.nt. B.P. Vermeulen (Grote Kamer) (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*)). In de zaak *Othman* oordeelt het Hof dat het gebruik van door foltering verkregen bewijsmateriaal (hetgeen strijdig is met artikel 3 EVRM par. 264 van de uitspraak) een 'flagrant denial of justice' in de zin van artikel 6 EVRM oplevert (EHRM 17 januari 2012, EHRC 2012, 64, m.nt. M. den Heijer, par. 260 (*Othman (Abu Qatada) t. Verenigd Koninkrijk*)). Zie Wouters voor de vraag of ook andere verdragsartikelen als 5, 8 en 9 een verbod van refoulement omvatten. Wouters 2009, p. 351-353. Artikel 8 EVRM en de betekenis voor het vreemdelingenrecht komen in hoofdstuk 6 aan de orde.

101 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 83 en Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p.85. Vgl. ook: Spijkerboer 2009, p. 47 e.v.

102 Vgl. EHRM 11 maart 2014, EHRC 2014, 122, m.nt. K. Henrard (*Abdu t. Bulgarije*) en EHRM 7 oktober 2014, EHRC 2015, 10, m.nt. K. Henrard (*Begheluri e.a. t. Georgië*). Zie over de ontwikkeling van een adequaat bewijsstelsel in discriminatiezaken: Mačkić 2017.

103 Zo merkt Henrard op in de noot bij de zaak *Abdu tegen Bulgarije* onder punt 4: EHRM 11 maart 2014, EHRC 2014, 122, m.nt. K. Henrard (*Abdu t. Bulgarije*).

104 EHRM 6 juli 2005, zaaknr. 43577/98 en 43579/98 (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*)

105 EHRM 7 oktober 2014, EHRC 2015, 10, m.nt. K. Henrard, par. 141 (*Begheluri e.a. t. Georgië*).

In de onderhavige zaak oordeelt het Hof dat de nationale Georgische autoriteiten daarin tekort zijn geschoten, en komt het Hof tot een procedurele schending van artikel 3 EVRM (en overigens ook een materiële schending).¹⁰⁶

5.3.1.2 De procedurele eisen van de onderzoekplicht

Het EHRM heeft voor het eerst in de zaak *Assenov e.a.*¹⁰⁷ de plicht tot het houden van een effectief officieel onderzoek ingelezen in artikel 3 EVRM. Het Hof overwoog hiertoe als volgt:

‘(...) in these circumstances, where an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-treated by the police or other such agents of the State unlawfully and in breach of Article 3, that provision, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention”, requires by implication that there *should be an effective official investigation*. This investigation, as with that under Article 2, should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible.’¹⁰⁸

Net als onder artikel 2 EVRM dient het onderzoek te leiden tot de identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken. Als dit uit zou blijven, zou dit tot gevolg kunnen hebben dat het folterverbod en het verbod van een slechte behandeling in de praktijk ineffectief zijn.¹⁰⁹

Eerder en voorzichter en in combinatie met artikel 13 EVRM formuleerde het Hof de onderzoekplicht ook al in de zaak *Aksoy*.¹¹⁰ Met de uitspraak in de zaak *Sevtap Veznedaroglu*¹¹¹ heeft het Hof de onderzoekspflicht sterker ingelezen in artikel 3 EVRM en de plicht onder dit artikel als een ‘procedural obligation’ bestempeld.¹¹²

Opnieuw heeft het Hof ook in het kader van artikel 3 EVRM diverse eisen geformuleerd ter invulling van het effectiviteitsvereiste. Deze eisen komen overeen met de eisen die het EHRM heeft ontwikkeld in het kader van de

106 EHRM 7 oktober 2014, *EHRC* 2015, 10, m.nt. K. Henrard, par. 142 en par. 146 (*Begheluri e.a. t. Georgië*). Zie eerder: EHRM 13 december 2005, zaaknr. 15250/02, par. 69 (*Bekos en Koutropoulos*). En recenter: EHRM 24 maart 2016, zaaknr. 48475/09 (*Sakir t. Griekenland*) (ineffectief onderzoek naar een racistisch gemotiveerde aanval jegens Afghaanse asielzoeker; uit bronnen die het EHRM in zijn oordeel betreft, blijkt dat dit type geweld vaker voorkomt).

107 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264 (*Assenov e.a. t. Bulgarije*). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 276; Christoffersen 2009, p. 503 e.v.

108 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 102 (*Assenov t. Bulgarije*).

109 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 102 (*Assenov t. Bulgarije*).

110 EHRM 18 december 1996, *NJCM – bull.* 1998, 167, par. 98 (*Aksoy t. Turkije*).

111 EHRM 11 april 2000, *EHRC* 2000, 48, m.nt. H. van der Wilt, par. 32 (*Sevtap Veznedaroglu t. Turkije*).

112 White & Ovey 2014, p. 194. EHRM 11 april 2000, *EHRC* 2000, 48, m.nt. H. van der Wilt, par. 35 (*Sevtap Veznedaroglu t. Turkije*).

procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM.¹¹³ In de eerste plaats moet het onderzoek onafhankelijk worden uitgevoerd¹¹⁴ en in de tweede plaats dient het onderzoek te leiden tot de identificatie en eventueel bestraffing van de verantwoordelijken.¹¹⁵ In de derde plaats dient het onderzoek onmiddellijk en voortvarend te gebeuren.¹¹⁶ Tot slot, en in de vierde plaats, dient het onderzoek openbaar te zijn, wat betekent dat familieleden of naasten in voldoende mate bij het onderzoek moeten worden betrokken.¹¹⁷ Hierbij moet dan gedacht worden aan het verstrekken van informatie over de voortgang van het onderzoek.

5.3.1.3 De toepassing van de procedurele eisen

Onafhankelijk onderzoek

Om te beginnen dient het onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM onafhankelijk te worden uitgevoerd, zo overweegt het Hof:

‘(...) for an investigation to be effective, the persons responsible for carrying it out must be independent from those targeted by it. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence.’¹¹⁸

Het gaat er dus om dat de personen die het onderzoek leiden niet in een afhankelijke relatie mogen staan tot de personen die mogelijk betrokken zijn bij de gebeurtenis. Hierbij mag geen sprake zijn van een hiërarchische of institutionele afhankelijkheid, en een praktische afhankelijkheid is evenmin toelaatbaar. Gelet op de grote overeenkomsten tussen de eisen van de onderzoeksplicht tussen artikel 3 EVRM en artikel 2 EVRM kan worden verwacht dat het Hof ook onder artikel 3 EVRM voor een holistische benadering kiest wanneer het de onafhankelijkheid van het onderzoek beoordeelt. Het EHRM koos

113 Zie het vorige hoofdstuk, en vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 193 en de verwijzing onder noot 191.

114 EHRM 11 juli 2006, zaaknr. 41088/05, par. 121 (*Boicenco t. Moldavië*).

115 EHRM 28 oktober 1998, *Reports* 1998, 3264, par. 117-118 (*Assenov e.a. t. Bulgarije*). In veel zaken blijft de strafrechtelijke vervolging uit, zie o.m.: EHRM 20 mei 2010, zaaknr. 30685/05, par. 58-62 (*Baran en Hun t. Turkije*) (uitblijven strafrechtelijke procedure/vervolgung als gevolg van verjaring). Zie ook de zaak EHRM 28 juli 2009, zaaknr. 74307/01, par. 40 (*Gök en Güler t. Turkije*), waarin het uitblijven van het onderzoek erin heeft geresulteerd dat de termijn voor vervolging is verstreken.

116 Vgl. White & Ovey 2014, p. 193; Harris e.a. 2014, p. 277; Grabenwarter 2014, p. 41. EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 39229/03, par. 72-76 (*Fyodorov en Fyodorova t. Oekraïne*) (te lange duur onderzoek: 7 jaar).

117 EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 20212/05, par. 40 (*Alchagin t. Rusland*). Eerder: EHRM 1 juli 2011, zaaknr. 72250/01, par. 110 (*Lopata t. Rusland*).

118 EHRM 17 september 2014, *EHRC* 2014, 244, par. 320 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

voor deze benadering in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Tunç en Tunç*¹¹⁹ die in het vorige hoofdstuk uitgebreid aan bod is gekomen.

In het kader van een gebrekkig onafhankelijk onderzoek kan gewezen worden op de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Mocanu e.a.*¹²⁰ In deze zaak ging het om een demonstratie in 1990 tegen de nieuwe Roemeense regering waarbij hardhandig is opgetreden, met de dood van de betrokkenen tot gevolg. Het Hof constateert meerdere schendingen, waaronder een procedurele schending van artikel 3 EVRM nu geen sprake is van een effectief officieel onderzoek naar het gewelddadig optreden. Het onderzoek kent meerderde gebreken, en is onder meer niet onafhankelijk nu het onderzoek in handen was van militaire aanklagers die, net als de verdachten, in een hiërarchische ondergeschikte relatie stonden binnen de militaire hiërarchie.¹²¹

Ook in de Moldavische zaak *Taraburca*¹²² was niet voldaan aan het vereiste van een onafhankelijk onderzoek. In deze zaak stelt klager te zijn mishandeld door de politie, nadat hij is opgepakt tijdens een grootschalig protest tegen de gehouden verkiezingen. Klager heeft naar eigen zeggen de protesten slechts aanschouwd. Voor het Hof stelt klager dat artikel 3 EVRM is geschonden omdat hij door de politie mishandeld is, en dat het onderzoek dat hierop volgde gebrekkig is verlopen. Het EHRM constateert zowel een materiële als een procedurele schending van artikel 3 EVRM. Ten aanzien van de onafhankelijkheid van het onderzoek overweegt het Hof dat het in de eerste plaats is uitgevoerd onder leiding van het ministerie van binnenlandse zaken. Dit is het ministerie waar een groot aantal van de verdachten (politieambtenaren) werkzaam zijn. Het niet starten van een strafrechtelijk onderzoek door de militaire aanklager lijkt eveneens te zijn ingegeven door voormeld ministerie. Dit is des te opmerkelijker nu de militaire aanklagers juist zijn aangesteld om de afhankelijke relatie tussen de onderzoekers en de personen die het onderzoeksobject vormen tegen te gaan. Daarnaast hebben de militaire aanklagers verklaard dat de senior politieambtenaren die werkzaam zijn op het ministerie van binnenlandse zaken ook verdacht zijn, hetgeen ertoe leidt dat het onderzoek door ditzelfde ministerie daarom niet als onafhankelijk kan worden gekwalificeerd.¹²³

119 Met name de GK-uitspraak: EHRM 14 april 2015, EHRC 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards, par. 217-219 (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*). Zie ook het jaarverslag van het Hof van 2015, digitaal te raadplegen.

120 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

121 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 332-334 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

122 EHRM 6 december 2011, EHRC 2012, 45, m.nt. J. Mačkić (*Taraburca t. Moldavië*).

123 EHRM 6 december 2011, EHRC 2012, 45, m.nt. J. Mačkić, par. 54 (*Taraburca t. Moldavië*). Zie voor andere zaken waarin het onderzoek niet onafhankelijk was: EHRM 3 mei 2012, zaaknr. 23880/05, par. 105 (*Salikhov t. Rusland*); EHRM 4 maart 2008, zaaknr. 42722/02, par. 79 (*Stoica t. Roemenië*).

Identificatie en bestraffing/aansprakelijkheid van verantwoordelijken

In de tweede plaats dient met het onderzoek vast komen te staan wie verantwoordelijk kan worden gehouden voor de gebeurtenis, en deze verantwoordelijken dienen vervolgens te kunnen worden bestraft/aansprakelijk worden gehouden.¹²⁴

Hoewel deze verplichting geen resultaatsverplichting is, maar een middelenverplichting, maakt elke tekortkoming die ertoe leidt dat de feiten niet komen vast te staan en de verantwoordelijken ongeïdentificeerd blijven, het onderzoek ineffectief.¹²⁵

In de zojuist aangehaalde zaak *Mocanu*¹²⁶ oordeelde het Hof dat de nationale autoriteiten hebben nagelaten om de nodige maatregelen te treffen om te achterhalen wie verantwoordelijk waren voor het gewelddadig optreden tegen de demonstranten.¹²⁷

In twee Spaanse zaken¹²⁸ komt het Hof tot de conclusie dat artikel 3 EVRM zowel materieel als procedureel is geschonden. De materiële schending van artikel 3 EVRM is een direct gevolg van het ontoereikende onderzoek naar de vermeende 'ill-treatment'. De klagers in deze zaak worden ervan verdacht lid te zijn van de terroristische organisatie ETA. Klagers (mevrouw Caballero en meneer Rojo) zijn gedurende een aantal dagen (respectievelijk vijf en vier) *incommunicado* vastgehouden. Gedurende deze periode verbleven zij in totale isolatie. Klagers stellen voor het Hof dat de Spaanse autoriteiten na hebben gelaten om effectief onderzoek te doen naar de vermeende 'ill-treatment' toen beide klagers werden vastgehouden in de geheime politiedetentie. Een van de klagers, mevrouw Caballero, klaagde ook nog apart over de vermeende 'ill-treatment'.¹²⁹

Het Hof komt in deze zaken tot de slotsom dat Spanje maatregelen had moeten treffen om te voorkomen dat geweld wordt gepleegd door de autoriteiten jegens de gevangenen die *incommunicado* worden vastgehouden. Het Hof constateert verder in deze zaken dat het onderzoek diverse gebreken vertoont. De vermeende 'ill-treatment' is door de betreffende nationale rechters op basis van de forensische rapporten en kopieën van de verklaringen van klagers niet bewezen geacht. Verzoeken van klagers om de veiligheidsbeelden van de opsluiting aan de rechtbank te doen toekomen zijn afgewezen. Verder hebben de nationale autoriteiten onder meer nagelaten om de politieambtenaren die

124 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 321 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

125 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 322 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

Vgl. ook: Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 94.

126 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

127 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 342-348 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*). Vgl. ook: EHRM 12 maart 2015, zaaknr. 31305/09, par. 87-92 (*Lyalyakin t. Rusland*).

128 EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12 (*Extebarria Caballero t. Spanje*); EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 3344/13 (*Ataun Rojo t. Spanje*).

129 EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12, par. 6-25 (*Extebarria Caballero t. Spanje*); EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 3344/13, par. 5-20 (*Ataun Rojo t. Spanje*).

betrokken waren bij de isolatieopsluiting te ondervragen, waardoor de verantwoordelijken niet zijn geïdentificeerd en vervolgens verantwoordelijk konden worden gehouden.¹³⁰ Dit betekent dus onder meer het ondervragen van getuigen en het doen van een autopsie.¹³¹

Interessant aan deze zaak is verder dat het Hof opnieuw benadrukt dat juist in het geval van een dergelijke opsluiting een onderzoek geboden is en rechterlijke maatregelen dienen te kunnen worden genomen vanwege de kwetsbare positie van gedetineerden.¹³² Een dergelijke isolerende opsluiting vraagt dus om een extra inspanning van de nationale autoriteiten om de feiten boven tafel te krijgen. Het Hof volgt hierbij ook de aanbevelingen van het CPT die zien op de verbetering van de kwaliteit van de forensische rapporten in het geval van isolatieopsluiting. Eerder benadrukte het Hof dit ook al.¹³³

Ook kinderen behoren tot de categorie kwetsbare personen. Zaken waarin mogelijk sprake is van kindermisbruik dienen daarom met bijzondere zorg aan een onderzoek te worden onderworpen.¹³⁴

Onmiddellijk en voortvarend onderzoek

In de derde plaats dient het onderzoek snel van start te gaan, en ook het verdere verloop van het onderzoek moet voortvarend gebeuren. De ratio van dit vereiste ziet op het tegengaan van een schijn van samenzwering of tolerantie ten aanzien van onrechtmatige daden. Op die manier wordt bijgedragen aan het behoud van het publieke vertrouwen in de rechtsstaat.¹³⁵

Bovendien komt de snelheid waarmee het onderzoek van start gaat het succes van het onderzoek ten goede.¹³⁶ Met succes wordt bedoeld dat de feiten boven tafel komen. Hoe meer tijd verstrijkt voordat het onderzoek wordt gestart, hoe groter de kans dat bewijsmateriaal moeilijker is te verkrijgen, of zelfs helemaal niet meer verkregen kan worden. Zo overwoog het Hof in een Russische zaak met betrekking tot het moment waarop het medisch onderzoek naar de vermeende verwondingen werd gedaan als volgt:

'The Court notes that the inquiry did not include a medical examination of the applicant at a time when the presence of the traces of beatings could still be verified, failing thus to secure crucial evidence in the ill-treatment case.'¹³⁷

130 EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12, par. 44-47 (*Extebarria Caballero t. Spanje*); EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 3344/13, par. 35-37 (*Ataun Rojo t. Spanje*).

131 Zie ook: EHRM 17 april 2012, zaaknr. 23893/06, par. 66 (*J.L. t. Letland*).

132 EHRM 7 oktober 2014, zaaknr. 74016/12, par. 47-48 (*Extebarria Caballero t. Spanje*).

133 EHRM 16 oktober 2012, zaaknr. 47303/08, par. 41 (*Otamendi t. Spanje*).

134 Harris e.a. 2014, p. 277.

135 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 323 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

136 Zie bijvoorbeeld: EHRM 24 juli 2014, zaaknr. 46956/09, par. 133 (*Lyapin t. Rusland*).

137 EHRM 9 juli 2009, zaaknr. 24325/03, par. 141 (*Generalov t. Rusland*) en zie ook: EHRM 29 april 2003, EHRC 2003, 50, m.n.t. De Jonge (*Poltoratskiy t. Oekraïne*) (een onnodige vertraging van een medisch onderzoek).

Ook het verdere verloop van het onderzoek mag volgens de Straatburgse maatstaven niet onredelijk lang duren, nu dit de effectiviteit van het onderzoek op een nadelige manier kan beïnvloeden. Dit geldt zowel voor de verdachten als voor de slachtoffers.¹³⁸

Net als onder artikel 2 EVRM zijn er zaken waarin het onderzoek evident te lang heeft geduurd. Zo heeft het onderzoek bij een aantal van de klagers rond de 20 jaar geduurd in de zaak *Mocanu e.a.*¹³⁹ Ook meer recent bepaalde het EHRM in een verkrachtingszaak dat de totale duur van 26 jaar na de gebeurtenis (en vijftien jaar sinds het EVRM in werking was getreden) buitensporig lang was. De complexe feiten deden hieraan volgens het Hof geen afbreuk nu de nationale autoriteiten te weinig maatregelen hebben genomen om de verdachte op te sporen en zijn aanwezigheid tijdens het proces te verzekeren.¹⁴⁰ Ook een zaak waarin het onderzoek zeven jaar duurde, zonder dat is vast komen te staan of de betreffende personen verantwoordelijk konden worden gehouden had, in combinatie met het meerdere malen stoppen en hervatten van het onderzoek, een ineffectief onderzoek onder artikel 3 EVRM tot gevolg.¹⁴¹ Een onderzoek waarin na veertien jaar slechts een aantal van de verantwoordelijken strafrechtelijk aansprakelijk is gesteld, is evenmin effectief.¹⁴²

Tot slot acht het Hof het ontoelaatbaar dat verjaringstermijnen worden tegengeworpen als gevolg waarvan het strafrechtelijk onderzoek wordt gestopt in de gevallen waarin het gaat om foltering of 'ill-treatment' gepleegd door politieambtenaren.¹⁴³

Openbaarheid onderzoek

Tot slot, en in de vierde plaats, dient het onderzoek voldoende openbaar te zijn. Dit betekent dat de familieleden of naasten in voldoende mate bij het onderzoek moeten worden betrokken. Zo kan dit dus betekenen dat de betrokkenen op de hoogte worden gehouden over de voortgang van het onderzoek.¹⁴⁴ Wanneer dit laatste niet gebeurt, kan dit voor het Hof reden zijn om een procedurele schending van artikel 3 EVRM aan te nemen.¹⁴⁵ De achter-

138 EHRM 15 januari 2015, zaaknr. 3400/07, par. 50 (*M.A. t. Slovenië*).

139 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 335 e.v. (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

140 EHRM 15 januari 2015, zaaknr. 3400/07, par. 49-52 (*M.A. t. Slovenië*).

141 EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 39229/03, par. 72-76 (*Fyodorov en Fyodorova t. Oekraïne*). Vgl. ook: EHRM 16 februari 2012, zaaknr. 75345/01, par. 48 (*Yatsenko t. Oekraïne*).

142 EHRM 3 maart 2015, EHRC 2015, 104 (*S.Z. t. Bulgarije*). Zie ook: EHRM 28 mei 2015, zaaknr. 41107/10, par. 99-100 (*Y. t. Slovenië*).

143 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 326 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*). Zie ook eerder: EHRM 23 juli 2013, zaaknr. 42606/05, par. 73 (*Izci t. Turkije*).

144 EHRM 17 september 2014, EHRC 2014, 244, par. 324 (Grote Kamer) (*Mocanu e.a. t. Roemenië*).

145 EHRM 10 mei 2011, zaaknr. 4512/09, par. 119 (*Popandopulo t. Rusland*).

liggende gedachte bij het openbaarheidsvereiste ziet op de mogelijkheid voor de familie/naasten om hun legitieme belangen te waarborgen.¹⁴⁶

In de zaak *J.L.*¹⁴⁷ stelt klager te zijn mishandeld en verkracht door een aantal van zijn celgenoten, en hebben de autoriteiten zijn transferverzoek naar een andere gevangenis afgewezen. Klager stelt dat geen onderzoek is ingesteld en dat hij derhalve geen effectief rechtsmiddel had. Het Hof neemt een procedurele schending van artikel 3 EVRM aan, en is daarbij onder meer van oordeel dat klager onvoldoende bij het onderzoek is betrokken.¹⁴⁸

Resumerend: de procedurele eisen die het Hof in het kader van artikel 3 EVRM heeft ontwikkeld komen grotendeels overeen met de eisen die het Hof onder artikel 2 EVRM heeft geformuleerd. De toepassing van de eisen blijft, net als onder artikel 2 EVRM, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Het onderzoek dient onafhankelijk te worden uitgevoerd, en daarnaast dienen de verantwoordelijken te kunnen worden geïdentificeerd en verantwoordelijk te worden gehouden. Voorts moet het onderzoek voldoende snel van start gaan om te voorkomen dat bewijsmateriaal verloren gaat, en dient ook het verdere verloop van het onderzoek niet onredelijk lang te duren. Tot slot moeten de betrokkenen van het slachtoffer in voldoende mate op de hoogte worden gebracht van de voortgang van het onderzoek.

In deze paragraaf werd ook duidelijk dat de mensen die behoren tot een kwetsbare groep, zoals kinderen en gedetineerden, bijzondere bescherming verdienen. Meer concreet betekent dit dat van de Staat een extra inspanning wordt gevraagd bij het doen van het onderzoek naar de vermeende slechte behandeling of foltering.

5.3.2 Procedurele waarborgen in asielzaken onder artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM

In deze paragraaf gaat het om de procedurele plichten die het Straatsburgse Hof in asielzaken onder artikel 3 EVRM en artikel 3 en 13 EVRM heeft ontwikkeld. De asielzoeker verzet zich in dit type zaken tegen uitzetting omdat dit strijd zou opleveren met het verbod van *refoulement*. Bij dit verbod gaat het erom dat de asielzoeker niet mag worden uitgezet naar een land waar hij mogelijk een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.

146 EHRM 16 februari 2012, zaaknr. 75345/01, par. 43 (*Yatsenko t. Oekraïne*).

147 EHRM 17 april 2012, zaaknr. 23893/06 (*J.L. t. Letland*).

148 EHRM 17 april 2012, zaaknr. 23893/06, par. 81 (*J.L. t. Letland*).

Het kan dan gaan om het risico op foltering, of een vervolging of een anderszins onmenselijke of vernederende behandeling.¹⁴⁹

In de eerste plaats heeft het Hof onder artikel 3 EVRM in asielzaken de plicht tot het doen van een ‘meaningful assessment’¹⁵⁰ ingelezen naar de claim van klager dat hij een *refoulement*-risico loopt.¹⁵¹ Deze verplichting brengt met zich dat de nationale autoriteiten de foltering uit het verleden, en het toekomstige risico van *refoulement* dienen te onderzoeken.¹⁵² In dit type zaken wenst de asielzoeker een asielvergunning te krijgen, en wordt vaak een beroep gedaan op artikel 3 EVRM op grond waarvan volgens vaste jurisprudentie een Staat een asielzoeker niet uit mag zetten naar een land waar hij een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.¹⁵³ Dit verbod beperkt zich niet alleen tot de gevallen waarin de ‘ill-treatment’ door overheidsfunctionarissen wordt gepleegd, maar geldt ook in de gevallen waarin de reële dreiging van een slechte behandeling afkomstig is van private partijen.¹⁵⁴ Verder heeft het verbod om een asielzoeker uit te zetten naar een land waar een reëel risico aanwezig is op een slechte behandeling absolute gelding.¹⁵⁵ Afwijken of het maken van een belangenafweging is niet toegestaan. De belangen van de Staat of de dreiging voor de nationale veiligheid¹⁵⁶ die kan ontstaan als de asielzoeker niet wordt uitgezet, brengen hier dus geen verande-

149 Wouters 2009, p. 579. In meer algemene zin verwoordt Wouters het *refoulement* verbod als volgt: ‘(...) het verbod van *refoulement* [verbiedt] de gedwongen verwijdering van een persoon naar een land, doorgaans aangeduid als het land van herkomst, waar hij het risico loopt te worden blootgesteld aan ernstige schendingen van mensenrechten.’

150 Het Hof gebruikt dan de term ‘meaningful’ en dan weer de term ‘adequate’. De begrippen zijn inwisselbaar, en ik zal deze begrippen dus afwisselend gebruiken.

151 Christoffersen daarentegen is van mening dat het Hof in artikel 3 EVRM geen *onafhankelijke* [cursivering: TdJ] procedurele plichten in de context van ‘expulsion’ zaken inleest: Christoffersen 2009, p. 478-479. Wel ziet Christoffersen in de *Hilal* zaak de procedurele verplichtingen in het kader van artikel 3 EVRM uitgebreid doordat het Hof in die zaak de nationale procedure onder artikel 13 EVRM beoordeelt. Christoffersen sluit af met: ‘The procedural obligations are thus not developed in the context of Article 3, but the impact of domestic procedures on the Court’s review is, as we shall see, confirmed by case-law’. Naar mijn opvatting zien we dit laatste ook bevestigd in onder meer: EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*) en EHRM 2 februari 1999, zaaknr. 42225/98 (ontv.besl.) (*J.E.D. t. Verenigd Koninkrijk*), waarbij het overigens wel opmerkelijk is dat het Hof ondanks de zorgvuldige nationale procedure toch ook zelf overgaat tot een onderzoek van de 3 EVRM-claim. Reneman signaleert deze inconsistentie ook: Reneman 2012, p. 284

152 Reneman 2012, p. 210 e.v.

153 Vgl. onder meer: EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema, NJCM – bull. 1989, 846, m.nt. B.P. Vermeulen (Grote Kamer) (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 20 maart 1991, zaaknr. 15576/89 (Grote Kamer) (*Cruz Varas e.a. t. Zweden*). Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 244 e.v.; Boeles e.a. 2014, p. 343-344.

154 Harris e.a. 2014, p. 253; White & Ovey 2014, p. 176.

155 Boeles e.a. 2014, p. 366 e.v.; EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, m.nt. H. Battjes, EHRC 2008, 59, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 131, m.nt. C.W. Wouters, NJ 2008, 444, RvdW 2008, 671, par. 137-141 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*).

156 Dit is vooral aan de orde in uitleveringszaken (*extradition cases*) van vermeende terroristen.

ring in.¹⁵⁷ Tot slot verschillen de uitzettingszaken van de reguliere vreemdelingenzaken waarin met een beroep op artikel 8 EVRM kan worden geprobeerd om in het kader van gezinsvorming/hereniging een verblijfsvergunning te krijgen. In dit type zaken is de wens om in het nieuwe thuisland te blijven niet zozeer ingegeven door de angst voor een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het land waarnaar wordt uitgezet. Maar wenst de vreemdeling in het nieuwe thuisland te blijven vanwege familiebanden, en de mate van integratie in het nieuwe land.

In de tweede plaats heeft het Hof procedurele plichten geformuleerd die gelden onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM. Het gaat dan om de plicht die op de nationale autoriteiten rust om een 'rigorous scrutiny' te houden. Onder deze combinatie artikelen heeft het Hof bovendien ook procedurele eisen geformuleerd die gelden in de nationale asielprocedure.

5.3.2.1 Procedurele waarborgen onder artikel 3 EVRM in asielzaken

Grondig onderzoek

Onder artikel 3 EVRM in asielzaken rust op zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteiten de plicht om een grondig onderzoek te doen naar de claim van de betrokkene dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.¹⁵⁸ Ook de plicht tot het doen van een grondig onderzoek onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM richt zich tot beide autoriteiten.

Voor het eerst heeft het Hof de plicht tot het doen van een 'a meaningful assessment' (i.e. een grondig onderzoek) naar de geloofwaardigheid van de 3 EVRM-claim van klager dat hij niet kan worden uitgezet naar het land van herkomst ingelezen in de zaak *Jabari* tegen Turkije.¹⁵⁹ In deze zaak ging het om de uitzetting van een vrouw naar Iran. De vrouw stelt dat haar in Iran een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling te wachten staat, nu zij daar op verdenking van overspel is gearresteerd. Het Hof concludeert in deze zaak dat artikel 3 EVRM (ook de materiële component) en artikel 13 EVRM geschonden zijn. Turkije hanteert een te korte termijn van vijf dagen voor het indienen van een klacht tegen het uitzettingsbesluit. Bovendien ontbreekt naar nationaal Turks recht een beroepsmogelijkheid tegen het besluit de asielaanvraag niet te behandelen. Daar komt nog bij dat de klacht niet inhoudelijk is getoetst, maar puur op formele punten is gezien.¹⁶⁰ Het Hof spreekt in deze zaak van 'authorities of the respondent state'. Het Hof lijkt in deze uitspraak nog niet expliciet de uitvoerende autoriteiten van de Staten hiermee te bedoelen.

¹⁵⁷ Harris e.a. 2014, p. 252.

¹⁵⁸ Baldinger 2013, p. 203 en de daar genoemde jurisprudentie.

¹⁵⁹ EHRM 11 juli 2000, *JV* 2000, 240, m.nt. BV (*Jabari t. Turkije*).

¹⁶⁰ EHRM 11 juli 2000, *JV* 2000, 240, m.nt. BV, par. 40 (*Jabari t. Turkije*). Vgl. ook Wouters 2009 p. 330-331.

Wouters leest echter in de *Jabari*-zaak al wel de plicht voor de uitvoerende autoriteiten tot het doen van een onderzoek naar de 3 EVRM claim van betrokkene.¹⁶¹

De procedurele positieve verplichting tot het doen van een gedegen onderzoek naar de 3 EVRM-claim is gericht tot de Staat als geheel. Het Hof spreekt doorgaans afwisselend van ‘domestic authorities’, ‘national authorities’, ‘State authorities’ of ‘competent national authorities’.¹⁶² Toch valt uit latere jurisprudentie van het Hof af te leiden dat in veel gevallen de uitvoerende autoriteiten *de facto* belast zijn met het doen van een ‘meaningful assessment’.¹⁶³

Zo oordeelde het Hof in een aantal Turkse zaken¹⁶⁴ dat de uitvoerende autoriteiten hebben nagelaten om klager te interviewen om de geloofwaardigheid van het relaas van klager te kunnen beoordelen en de *refoulement*-claim te onderzoeken. Het Hof behandelde in een aantal van deze zaken de klachten onder artikel 13 in combinatie met artikel 3 EVRM. Ook al eerder, in de zaak *Nasimi*¹⁶⁵ heeft het Hof aangegeven waarde te hechten aan interviews die de beslissende autoriteiten houden met de asielzoeker. Bovendien is deze uitspraak illustratief voor de implementatie van EHRM-normen in het nationale recht. Zo zijn in de Zweedse wetgeving de nationale autoriteiten verplicht om dezelfde factoren mee te nemen in de toets onder artikel 3 EVRM als het Hof doet.¹⁶⁶ Wanneer de nationale autoriteiten aansluiten bij de door het EHRM ontwikkelde factoren, zal het EHRM minder snel zijn eigen oordeel in de plaats stellen voor dat van de nationale autoriteiten.¹⁶⁷

Bij het uitvoeren van een ‘meaningful assessment’ naar de geloofwaardigheid van de claim van klager dienen de autoriteiten dus onder meer interviews

¹⁶¹ Wouters 2009, p. 339.

¹⁶² EHRM 15 oktober 2015, *EHRC* 2016, 9, m.nt. M. den Heijer (*L.M. e.a. t. Rusland*); EHRM 10 mei 2016, zaaknr. 49867/08, par. 48-49, t.a.v. het belang van het zorgvuldige onderzoek onder 3 EVRM onder meer vanwege het absolute karakter en de onomkeerbare aard van de potentiële schade (*Babajanov t. Turkije*).

¹⁶³ Reneman 2012, p. 210. Zie ook: EHRM 21 oktober 2010, zaaknr. 25404/09, par. 122 (*Gaforov t. Rusland*) (extradition case); EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 12717/08, par. 38 (*Ahmadpour t. Turkije*); EHRM 19 januari 2010, zaaknr. 21896/08, par. 48 (*Z.N.S. t. Turkije*).

¹⁶⁴ EHRM 22 september 2009, zaaknr. 30471/08, par. 82 (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*) (ontbreken interviews); EHRM 13 april 2010, zaaknrs. 32940/08; 41626/08; 41626/08; 43616/08, par. 64 (*Tehrani e.a. t. Turkije*) (artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM); EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 15916/09, par. 44 (*Dbouba t. Turkije*) (artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM). In deze zaken speelde ook mee dat de UNHCR klagers als vluchteling hadden aangemerkt. Dit, in combinatie met de niet gehouden interviews, maakte dat het Hof concludeerde dat uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM zou komen. Zie Reneman 2012, p. 210.

¹⁶⁵ EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*).

¹⁶⁶ EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*).

¹⁶⁷ Zie in dit verband de bijdrage van Gerards (Gerards 2017) waarin zij onder meer ingaat op de procedurele beoordeling van de nationale rechterlijke uitspraken door het EHRM. Vgl. ook eerder: Gerards 2014, p. 52-62, waar Gerards o.a. ook ingaat op de procedurele beoordeling van het EHRM t.a.v. het de totstandkoming van nationale wetgeving.

met de asielzoeker te houden,¹⁶⁸ en daarnaast dient een afwijzing van een vergunningaanvraag gedegen te worden gemotiveerd.¹⁶⁹

Welke verplichtingen brengt het doen van een ‘meaningful assessment’ nog meer met zich? Op de nationale autoriteiten rust de plicht om landeninformatie van diverse bronnen mee te nemen in de toets van de asielclaim, zo nodig een medisch deskundigenrapport op te laten stellen en tot slot een proactieve houding van de beslissende autoriteit als het gaat om het verzamelen van bewijs.¹⁷⁰ Bij het laatste kan het dan dus ook gaan om bewijsmiddelen die alleen door de uitvoerende autoriteit verkregen kunnen worden en niet, of lastiger, door de asielzoeker.¹⁷¹ De plicht die op de nationale autoriteiten rust om diverse bronnen te raadplegen zagen we eerder in de *Salah Sheekh* zaak.¹⁷²

De Staat is verder verplicht om zowel in het geval dat ruime informatie beschikbaar is over de algemene veiligheidssituatie in het land waarnaar wordt uitgezet,¹⁷³ als ook in het geval dat het op de hoogte is van specifiek aan het individu gerelateerde feiten uit eigen beweging een onderzoek naar het reële 3 EVRM risico te starten.¹⁷⁴ Dit is ingegeven door het absolute karakter van artikel 3 EVRM en de kwetsbare positie waarin asielzoekers zich bevinden.¹⁷⁵ Deze plicht geldt in het bijzonder wanneer de nationale autoriteiten op de hoogte zijn van het behoren van klager tot een groep die structureel slecht wordt behandeld.¹⁷⁶

Verder dient de asielzoeker toegang te krijgen tot de procedure. Hierbij gaat het erom dat de asielzoeker op de hoogte wordt gehouden van de stand van zaken rond de procedure, en ook eventuele bezwaren moet kunnen uiten. Deze toegang tot de procedure betekent dat juridische of praktische beperkin-

168 Zie over de competentie van de interviewer: Reneman 2012, p. 171.

169 Zie onder meer: EHRM 5 september 2013, zaaknr. 886/11, par. 92 (*K.A.B. t. Zweden*) (nationale besluitvormingsprocedure voldoet (zowel in de uitvoerende als rechterlijke fase): interview en besluit gemotiveerd); EHRM 18 april 2013, zaaknr. 18372/10, par. 41 (*MO.M. t. Frankrijk*) (in dit geval was het onderzoek van de nationale rechters onvoldoende. Toch neemt het Hof dit mee in de beoordeling onder artikel 3 EVRM; en niet – zoals te verwachten zou zijn – onder artikel 13 EVRM jo. 3 EVRM).

170 Reneman 2012, p. 210-213. EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 358-359 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

171 Reneman 2012, p. 213.

172 EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie ook: White & Ovey 2014, p. 178.

173 EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 126 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

174 EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 127 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

175 Zie de *M.S.S.*-zaak.

176 Opnieuw par. 127 van de uitspraak.

gen niet zijn toegestaan.¹⁷⁷ Het Hof beoordeelt de toegankelijkheid van de procedure vaak onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.¹⁷⁸

Tot slot: in principe zijn de Staten vrij in de inrichting van de ‘meaningful assessment’. Deze vrijheid geldt bijvoorbeeld ook ten aanzien van de vraag welke autoriteit de claim aan het onderzoek (‘assessment’) onderwerpt.¹⁷⁹ Het gaat erom dat er een zorgvuldig onderzoek plaatsvindt op nationaal niveau.

Het Hof stelt echter wel eisen ten aanzien van de tijd die betrokkene krijgt om zijn of haar claim te bewijzen.¹⁸⁰ Zo bepaalde het Hof in de zaak *Bahaddar* dat formele eisen en tijdsbeperkingen in beginsel zijn toegestaan in het nationale recht, nu deze regels zien op het in goede banen leiden van de zaaklast.¹⁸¹ Op het moment echter dat de tijdslimieten heel kort zijn of inflexibel worden toegepast is dit niet langer het geval.¹⁸² Een door UNHCR uitgevoerd onderzoek ontslaat de Staat niet van zijn plicht tot het doen van een grondig onderzoek,¹⁸³ en lopende het onderzoek mag de betrokkene niet worden uitgezet.¹⁸⁴

5.3.2.2 Procedurele waarborgen onder artikel 13 en artikel 3 EVRM in asielzaken

Grondig onderzoek

Onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM rust op de nationale uitvoerende en rechterlijke autoriteiten¹⁸⁵ de plicht tot het doen van een grondig onderzoek in uitzettingszaken.¹⁸⁶ Het gaat hierbij om een toets van de 3 EVRM-claim. Vaak concludeert het Hof tot een schending van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM omdat (zo is doorgaans te lezen in de EHRM

177 Wouters 2009, p. 330 en opnieuw onder verwijzing naar Mole 2000, p. 33.

178 Zie ook de hierna volgende paragraaf.

179 Wouters 2009, p. 330.

180 Zie o.m. Wouters 2009, p. 330 en Spijkerboer 2009, p. 54.

181 EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 25894/94, par. 45 (*Bahaddar t. Nederland*). Wouters 2009, p. 330 en p. 357.

182 EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 25894/94, par. 45 (*Bahaddar t. Nederland*).

183 Wouters 2009, p. 330 en de verwijzing naar: EHRM 22 juni 2006, EHRC 2006, 102, JV 2006, 342 (*D. e.a. t. Turkije*).

184 Hier zien we al het vereiste van de automatische schorsende werking. Zie hierover nader de paragraaf over de procedurele verplichtingen onder artikel 13 en 3 EVRM.

185 Zie voor procedurele tekortkomingen ten aanzien van het onderzoek naar de geloofwaardigheid in zowel de nationale asielprocedure als de beroepsprocedure voor de rechter: EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman, par. 100-105 (*Singh e.a. t. België*). Vgl. ook: EHRM 7 januari 2014, JV 2014, 55, par. 58-63 (*A.A. t. Zwitserland*) (geen schending artikel 13 EVRM jo. artikel 3 EVRM: nationale uitvoerende autoriteiten wordt niet verweten geen nader onderzoek te hebben gedaan naar identiteit klager. Echter, wel schending artikel 3 EVRM: reëel risico op strijd met artikel 3 EVRM bij uitzetting).

186 Zie in het kader van uitzettingen in het geval van natuurrampen, klimaatverandering en *non-refoulement* en een eventueel beroep op de artikelen 3 en 8 EVRM het verkennende artikel van Scott: Scott 2014.

jurisprudentie) het gevolg van het gebrek van artikel 13 EVRM tenslotte is dat er geen effectieve bescherming tegen een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling is.¹⁸⁷ In de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Chahal*¹⁸⁸ heeft het Hof deze onderzoeksverplichting voor het eerst ingelezen. Later heeft het EHRM hier in de eerder genoemde zaak *Jabari*¹⁸⁹ aan toegevoegd dat het moet gaan om een grondig ('rigorous') onderzoek.¹⁹⁰ De betreffende overweging van het Hof in deze zaak luidt als volgt:

'In the Court's opinion, given the *irreversible nature* of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised and the *importance which it attaches to Article 3*, the notion of an effective remedy under Article 13 requires *independent and rigorous scrutiny* of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the *possibility of suspending the implementation of the measure impugned*. Since the Court is led to conclude that the judicial review proceedings relied on by the Government did not satisfy the requirements of Article 13. Accordingly, there has been a violation of Article 13 [cursivering: Td]].¹⁹¹

Artikel 3 EVRM is dus van invloed op de invulling die het Hof geeft aan een 'effective remedy' onder artikel 13 EVRM in uitzettingszaken. Het Hof merkt daarbij bovendien op dat het gaat om potentiële onomkeerbare schade op het moment dat marteling of een onmenselijke/vernederende behandeling zich voordoet.¹⁹² Het is niet mogelijk om de geleden schade ongedaan te maken of te herstellen. Daarom is het van groot belang dat voorafgaand aan een eventuele uitzetting grondig onderzoek wordt gedaan naar het reële risico dat de asielzoeker eventueel loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het land waarnaar wordt uitgezet. De procedurele verplichtingen hebben nu duidelijk een preventief karakter.

Voor een antwoord op de vraag hoe indringend aan het besluit wordt getoetst onder artikel 13 EVRM, is het recht dat op het spel staat dus mede

187 Zie hierover de volgende paragrafen.

188 EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. P. Boon, par. 151 (Grote Kamer) (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*).

189 EHRM 11 juli 2000, JV 2000, 240, m.nt. BV (*Jabari t. Turkije*).

190 Vgl. ook Baldinger die dit opmerkt: Baldinger 2013, p. 199. Zie de plicht tot het doen van een 'rigorous scrutiny' onder meer bevestigd in: EHRM 22 september 2009, JV 2010, 24, NAV 2009, 37, m.nt. A.M. Reneman & Bruin, RV 2009, 3, m.nt. H. Battjes, par. 108 (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*); EHRM 23 februari 2012, EHRC 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, JV 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck, par. 198 (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*).

191 EHRM 11 juli 2000, JV 2000, 240, m.nt. BV, par. 50 (*Jabari t. Turkije*). Vgl. ook: EHRM 20 juli 2010, AB 2011, 132 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2010, 113, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 157 (*A. t. Nederland*); EHRM 21 januari 2011, EHRC 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 286-293 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

192 Vgl. ook: EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa en BPV (*Said t. Nederland*) onder punt 6.

bepalend. Ook de onomkeerbare mogelijke schade die zal ontstaan als de marteling of onmenselijke behandeling zich voordoet is hierbij van belang. Hoe fundamenteeler dus het recht, en hoe ingrijpender (en onomkeerbaarder) de gevolgen, des te indringender de toetsing.¹⁹³

In uithuisplaatsingszaken waarin door de biologische ouders vaak een beroep wordt gedaan op artikel 8 EVRM, is de lastige onomkeerbaarheid van de uithuisplaatsingsbeslissing reden voor het Hof om willekeur tegen te gaan in dit soort zaken. Het kind kan namelijk in de tussentijd een band opbouwen met de 'nieuwe' ouders en het terugdraaien van de uithuisplaatsing is dan doorgaans niet in het belang van het kind. Het Hof stelt dan procedurele (zorgvuldigheids)eisen aan de nationale besluitvormingsprocedure rondom een dergelijke uithuisplaatsing en kent daarnaast veel gewicht toe aan het belang van het kind.¹⁹⁴

Een vastomlijnde definitie van wat de 'rigorous scrutiny' onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM precies inhoudt, ontbreekt in de Straatsburgse jurisprudentie. Of op nationaal niveau aan deze eis is voldaan beoordeelt het Hof in iedere zaak afzonderlijk.¹⁹⁵ Baldinger onderscheidt wel een drietal categorieën ter verduidelijking van wat het Hof onder het 'rigorous scrutiny'-begrip verstaat en gaat daarbij uit van een negatieve formulering.¹⁹⁶ Zo is geen sprake van een grondig onderzoek naar de maatstaven van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM in de gevallen dat (i) de claim niet inhoudelijk is onderzocht door de nationale rechters (als gevolg van naleving nationale procedurele regels),¹⁹⁷ (ii) de nationale rechters het onderzoek onvoldoende grondig hebben gedaan¹⁹⁸ en (iii) naar nationaal recht incorrecte bewijsstandaarden zijn toegepast.¹⁹⁹ Incorrect, in die zin dat deze standaarden afwijken van de standaarden die het EHRM hanteert.

In *I.M.* tegen Frankrijk²⁰⁰ constateert het Hof dat de gang van zaken in de Franse asielprocedure verschillende tekortkomingen kent. Dit resulteert

193 Zie ook Reneman 2010, p. 244. Vgl. ook Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 30-31, i.h.b. noot 57, waar het verschil in toepassing van de procedurele vereisten wordt genoemd ten aanzien van de artikelen 5 en 8 EVRM (i.e. artikel 5 EVRM > artikel 8 EVRM). Zie ook de annotatie en dan met name punt 6 van Vermeulen bij: EHRM 5 juli 2005, *AB* 2005, 369, m.nt. HBa en BPV (*Said t. Nederland*).

194 Zie uitgebreider hoofdstuk 6.

195 Baldinger 2013, p. 199. Baldinger onderscheidt vervolgens drie 'non compliant' categorieën van hoe rechters in vreemdelingenzaken te werk zijn gegaan teneinde uitten te zetten wat wordt verstaan onder een 'rigorous scrutiny'. De vraag dus op welke punten de nationale rechter tekort is geschoten. Baldinger 2013, p. 199-210.

196 Baldinger 2013, p. 199 e.v.

197 Baldinger 2013, p. 199-202.

198 Baldinger 2013, p. 203-209.

199 Baldinger 2013, p. 209.

200 EHRM 2 april 2012, *EHRC* 2012, 70, m.nt. A.M. Reneman (*I.M. t. Frankrijk*).

in een schending van artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM.²⁰¹ Klager beschikte niet over een effectief rechtsmiddel teneinde uitzetting te voorkomen. De tekortkomingen zien onder meer op de automatische toepassing van de versnelde asielprocedure en de korte termijnen in zowel de administratieve fase als de beroepsfase. Daarnaast schortte het ingestelde beroep het afwijzingsbesluit van de asielaanvraag niet op. Dit maakte dat uitzetting zonder verder onderzoek nog tot de mogelijkheid behoorde. Tot slot komt daar nog bij dat klager tijdens de asielprocedure in vreemdelingendetentie verbleef.²⁰²

In de zaak *Singh e.a.*²⁰³ hebben zowel de uitvoerende autoriteiten (CGRA) als de rechterlijke autoriteiten (CCE) nagelaten om de kern van het asielrelaas van klager te onderzoeken.²⁰⁴ De nationale autoriteiten in deze zaak hebben nagelaten om de authenticiteit van de door klagers overgelegde documenten te onderzoeken. Hoewel dit heel gemakkelijk was nu de Belgische autoriteiten contact hadden kunnen opnemen met de UNHCR in Nieuw Delhi.²⁰⁵ Dit maakt dat het Hof tot een schending van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM concludeert: er is geen sprake van een 'examen attentif et rigoureux'.²⁰⁶

Interessant is ook dat het Hof in deze uitspraak pleit voor een *ex nunc*-toets door een controlerende autoriteit van het besluit van het bestuur. Dat het Hof zelf het uitzettingsbesluit *ex nunc* toetst zolang de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden (en in geval dat uitzetting wel al is gerealiseerd onder omstandigheden ook nieuwe feiten en omstandigheden meeneemt die bekend zijn geworden *na* uitzetting), is vaste jurisprudentie.²⁰⁷ In deze uitspraak lijkt het Hof dit echter ook expliciet van de nationale controlerende autoriteiten te vragen.²⁰⁸

Nadrukkelijker verlangde de Grote Kamer van het Hof in een Zweedse zaak een *ex nunc*-beoordeling door de nationale Zweedse autoriteiten van de claim van de asielzoeker dat hem bij uitzetting naar Iran een met artikel 2 en 3 EVRM strijdige behandeling te wachten stond vanwege zijn bekering tot het

201 Het Hof gaat niet standaard over tot een zelfstandige behandeling van artikel 13 EVRM in asielzaken zo merkt Reneman op onder punt 2 en de verwijzing naar EHRM 31 januari 2008, JV 2008, 105, m.nt. T.P. Spijkerboer (*Mir Isfahani t. Nederland*) waarin geklaagd werd over de omvang van de rechterlijke toetsing bij afwijzing asielaanvraag.

202 EHRM 2 april 2012, EHRC 2012, 70, m.nt. A.M. Reneman, par. 136-160 (*I.M. t. Frankrijk*). Zie helder uiteengezet door Reneman onder punt 3 van de annotatie bij deze zaak.

203 EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*).

204 Vgl. ook Baldinger 2013, p. 208.

205 Zie meer recent over deze plicht: EHRM 18 november 2014, JV 2015, 1, m.nt. F. Schüller en T. de Boer (*M.A. t. Zwitserland*).

206 EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman, par. 104 (*Singh e.a. t. België*).

207 White & Ovey 2014, p. 179; Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 112-113.

208 EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman, par. 91 (*Singh e.a. t. België*) en zie ook helder uiteengezet door Reneman onder punt 5 van de noot.

Christendom. Het nalaten hiervan zou resulteren in een schending van artikel 2 en 3 EVRM.²⁰⁹

Nationaal rechtsmiddel met automatisch schorsende werking

Artikel 13 EVRM in combinatie met 3 EVRM in asielzaken brengt daarnaast de verplichting met zich dat naar nationaal recht de mogelijkheid moet bestaan om de opgelegde maatregel te schorsen.²¹⁰ In de zaak *Conka* tegen België²¹¹ is dit vervolgens nadrukkelijker door het Hof verwoord²¹² en heeft het Hof overwogen dat uitzettingsbesluiten met onomkeerbare schade niet ten uitvoer mogen worden gelegd voordat is onderzocht of het besluit conform het EVRM is.²¹³

In *Gebremeddhin* tegen Frankrijk²¹⁴ gaat het Hof een stap verder door te overwegen dat in *refoulement*-zaken er een *automatische* schorsende werking moet zijn.²¹⁵ Dit is ook bevestigd in latere jurisprudentie.²¹⁶ In *Mohammed* tegen Oostenrijk²¹⁷ kon de gegrondheid van de klacht van klager niet worden onderzocht. Naar Oostenrijks recht vormde een opnieuw ingediend asielverzoek op grond van de Dublinverordening geen belemmering om de asielzoeker terug te sturen naar Hongarije. Hoewel er nog geen besluit was genomen over zijn tweede asielaanvraag. Ten tijde van het tweede asielverzoek was er een *arguable claim* van een schending van artikel 3 EVRM. Naar het oordeel van het Hof maakte dit dat de Oostenrijkse gang van zaken niet verenigbaar was met de eisen van artikel 13 EVRM. De gegrondheid van de artikel 3 EVRM claim kon niet worden onderzocht.²¹⁸

Indien een automatische schorsende remedie niet voorhanden is, moet de betrokkene in ieder geval in de gelegenheid worden gesteld om een procedure

209 EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 156-158 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*). Van strijd met 2 en/of 3 EVRM is overigens materieel gezien geen sprake naar het oordeel van de Grote Kamer van het Hof.

210 EHRM 11 juli 2000, *JV* 2000, 240, m.nt. BV, par. 50 (*Jabari t. Turkije*).

211 EHRM 5 februari 2002, *JV* 2002, 117, m.nt. BPV (*Concka t. België*).

212 Vgl. ook de heldere uiteenzetting door Wouters: Wouters 2009, p. 341, en zie ook Spijkerboer 2009, p. 69-73.

213 EHRM 5 februari 2002, *JV* 2002, 117, m.nt. BPV, par. 79 (*Concka t. België*).

214 EHRM 26 april 2007, *EHRC* 2007, 75, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2007, 252, m.nt. T.P. Spijkerboer, *NAV* 2007, 29, m.nt. A.M. Reneman, *RV* 2007, 67, m.nt. H. Battjes (*Gebremeddhin t. Frankrijk*). Zie onder punt 2 van de noot.

215 Wouters 2009, p. 341. Zie ook: Boeles e.a. 2014, p. 425.

216 Vgl. onder meer: EHRM 20 september 2007, zaaknr. 45223/05, par. 50-52 (*Sultani t. Frankrijk*) (effectiviteit rechtsmiddel onder artikel 35 EVRM, eerste lid); EHRM 18 november 2010, zaaknr. 42360/08, par. 35-37 (*Boutagni t. Frankrijk*); EHRM 23 juli 2013, zaaknr. 41872/10, par. 140 (*M.A. t. Cyprus*).

217 EHRM 6 juni 2013, *EHRC* 2013, 175, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2013, 325, m.nt. A.M. Reneman (*Mohammed t. Oostenrijk*).

218 EHRM 6 juni 2013, *EHRC* 2013, 175, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2013, 325, m.nt. A.M. Reneman, par. 74 e.v. (*Mohammed t. Oostenrijk*) en de heldere uiteenzetting van Reneman onder punt 3 van de annotatie.

aanhangig te maken teneinde de uitkomst van de gewone procedure af te wachten en uitzetting te voorkomen.²¹⁹ Bijvoorbeeld door middel van een aanvraag van een voorlopige voorziening.²²⁰ Het Hof past het vereiste van uitputting van nationale rechtsmiddelen niet toe in het geval dat een remedie met schorsende werking ontbreekt.²²¹ Klagers kunnen zich in dat geval direct tot het Hof wenden met het verzoek om een voorlopige maatregel.²²² Voorlopige maatregelen (Rule 39 Procesreglement van het Hof) binden de Staten ook.²²³

Eisen inrichting nationale asielprocedure

Naast de plicht tot het doen van een 'rigorous scrutiny' van de claim van de asielzoeker, kan artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM ook eisen stellen aan de inrichting van de asielprocedure. Het Hof heeft onder deze artikelen in meerdere zaken²²⁴ bepaald dat de asielprocedure toegankelijk moet zijn.²²⁵ Zo kan dit onder omstandigheden betekenen dat de asielzoeker over een tolk dient te beschikken of dat er gratis rechtsbijstand beschikbaar is. Daarnaast moet de asielzoeker tijdig worden geïnformeerd over het verloop van de procedure. Het is niet toegestaan om aan asielzoeker slechts enkele dagen te gunnen voor het instellen van beroep tegen de afwijzing van zijn asielaanvraag/het uitzettingsbesluit. Tot slot kan ook de eerder genoemde maatregel dat een tegen het uitzettingsbesluit/de afwijzende asielaanvraag ingesteld rechtsmiddel automatisch schorsende werking moet hebben, worden

219 Wouters 2009, p. 342.

220 Boeles e.a. 2014, p. 425. Zie de uitspraak van het Hof in een Nederlandse zaak waarin onder meer de vraag centraal staat of het ontbreken van de automatische schorsende werking van het hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State Straatsburg-proof is: EHRM 5 juli 2016, EHRC 2016, 228, m.nt. J. Uzman (*A.M. t. Nederland*). Uzman is kritisch in zijn noot, nu het EHRM deze vraag niet eenduidig beantwoordt. De ontbrekende schorsende werking levert wel een schending op van artikel 35, eerste lid EVRM, maar niet van 13 EVRM (zie onder punt 4 e.v. van de annotatie).

221 Reneman 2012, p. 141.

222 Reneman 2012, p. 141.

223 Wouters 2009, p. 342. In EHRM 4 februari 2005, AB 2005, 274, m.nt. T. Barkhuysen, EHRC 2005, 32, m.nt. Rieter, JV 2005, 89, m.nt. B.P. Vermeulen & De Vries (par. 124) (Grote Kamer) (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*) heeft de Grote Kamer van het Hof voor het eerst bepaald dat een voorlopige maatregel gedurende een aanhangige procedure in Straatsburg bindend is. Overigens in navolging van de uitspraak van de Kamer van het Hof: EHRM 6 februari 2003, EHRC 2003, 31, JV 2003, 237, m.nt. B.P. Vermeulen, NAV 2003, 94, m.nt. Bruin, NJCM-bull. 2004, 1, RV 1974-2003, 53, m.nt. T.P. Spijkerboer, RV 2003, 1, m.nt. H. Battjes, p. 73 e.v., m.nt. Rieter (*Mamatkulov en Abdurasulovic t. Turkije*). Zie over voorlopige maatregelen de dissertatie van Rieter uit 2010 (handelseditie).

224 Waaronder: EHRM 21 januari 2011, EHRC 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 396 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*); EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*); EHRM 2 april 2012, EHRC 2012, 70, m.nt. A.M. Reneman (*I.M. t. Frankrijk*).

225 Vgl. ook: Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 99 e.v. en p. 112.

aangemerkt als een eis die geldt ten tijde van de asielprocedure.²²⁶ Het verschil met de eerder genoemde eisen is dat bij de schorsende werking van het rechtsmiddel, het rechtsmiddel zich richt tot het besluit van de uitvoerende of rechterlijke autoriteit. De eisen als de beschikbaarheid van een tolk en het informeren over de voortgang van de asielaanvraag kunnen daarentegen in de aanvraagfase al een rol spelen. Met andere woorden: een besluit op de aanvraag is dan nog niet genomen.²²⁷

Resumerend: onder artikel 3 EVRM heeft het Hof in vreemdelingenzaken bepaald dat op de nationale autoriteiten van de Staat de plicht rust om een 'meaningful assessment' te doen naar de claim van de asielzoeker dat hij niet kan worden teruggestuurd naar het land van herkomst. Hierbij moet de geloofwaardigheid van het relaas worden beoordeeld. Bij het doen van dit onderzoek kan het gaan om het houden van interviews met de asielzoeker, het raadplegen van diverse bronnen waaronder rapporten van NGO's, het raadplegen van medische rapporten en het in voldoende mate betrekken van de asielzoeker in de procedure. Tot slot dient een eventuele afwijzing van een asielaanvraag te worden gemotiveerd. De verplichting die onder artikel 3 EVRM op de Staten rust om een onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker kan zowel tot de uitvoerende autoriteiten gericht zijn als tot de rechter.

Ook onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM heeft het Hof bepaald dat op de uitvoerende en rechtsprekende autoriteiten de plicht rust om een grondig onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker dat hij niet kan worden uitgezet vanwege de strijd die dit met artikel 3 EVRM zou opleveren. Daarnaast volgt uit de Straatsburgse jurisprudentie dat een rechtsmiddel dat is ingesteld tegen een afwijzende asielaanvraag/uitzettingsbesluit automatisch schorsende werking dient te hebben. Dit vereiste kan, samen met nog een aantal andere vereisten (waaronder een toegankelijke asielprocedure en het bieden van een redelijke termijn voor het instellen van beroep) worden aangemerkt als eisen die gelden in de nationale asielprocedure.

5.4 DE TOEPASSING VAN DE PROCEDURELE WAARBORGEN ONDER ARTIKEL 3 EN 13 EVRM IN ASIELZAKEN

Aan de hand van een aantal illustratieve zaken zal in deze paragraaf in kaart worden gebracht welke procedurele plichten onder artikel 3 zelfstandig, en in combinatie met artikel 13 EVRM op de nationale autoriteiten rusten in de gevallen waarin de vreemdeling zich beroept op artikel 3 EVRM. De asielzoeker verzet zich tegen een uitzetting vanwege het reële risico op een 'ill-treatment'

²²⁶ Vgl. ook: Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 102-104.

²²⁷ In paragraaf 5.4 en 5.5 komt dit meer uitgebreid aan bod.

in het land waarnaar wordt uitgezet. Het EHRM maakt in uitzettingszaken en uitleveringszaken overigens geen onderscheid tussen het potentiële risico op foltering of een andere vorm van 'ill-treatment'.²²⁸ Dit onderscheid is tenslotte gemakkelijker te maken in de nationale context omdat in die gevallen de slechte behandeling al heeft plaatsgevonden, en in uitzettingszaken het om een toekomstige behandeling gaat.²²⁹

Voor de invulling van deze paragraaf is gekozen voor een thematische bespreking. Aan de hand van een aantal thema's worden de procedurele plicht tot het doen van een onderzoek naar de artikel 3 EVRM claim en de eisen rond de inrichting van de nationale asielprocedure uiteen gezet. Deze thema's zijn geselecteerd op basis van recente uitzettings/asielzaken van het EHRM²³⁰ en daarnaast gebaseerd op de in de vorige paragraaf uiteengezette procedurele eisen.²³¹ In het hiernavolgende komen vooral de zaken aan de orde waarin de nationale procedure tekortschiet, omdat hieruit voor de nationale praktijk de meeste lering kan worden getrokken. Vanzelfsprekend zijn er ook zaken waarin de nationale praktijk wel conform de EVRM-standaarden is.²³²

In de eerste en tweede plaats volgt hierna een beantwoording van de vraag wat er voor nodig is om de plicht tot het doen van een grondig onderzoek naar een *refoulement*-claim van betrokkene te activeren en wat de omvang is van deze plicht (inclusief deelthema's). Tussen de vraag naar de activering en de omvang van de plicht tot het doen van een grondig onderzoek bestaat echter geen waterdichte scheiding. Het derde thema ziet op de bijzondere (procedurele) bescherming van kwetsbare groepen die het EHRM verlangt van de nationale autoriteiten in asielzaken. In de vierde plaats volgt een bespreking van de procedurele eisen die het Straatsburgse Hof stelt in het kader van de asielprocedure. In de vijfde plaats gevolgd door de toepassing van artikel 6 EVRM in asielzaken via artikel 13 EVRM. Tot slot volgt in de zesde plaats de zelfstandige beoordeling onder artikel 13 EVRM.

i. Activering grondige onderzoeksplicht

Wat is er voor nodig om de plicht tot het doen van een grondig onderzoek te activeren voor de nationale autoriteiten? Ten aanzien van de rol van medi-

228 Harris e.a. 2014, p. 245. Zoals bepaald in: EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 9146/07 en 32650/07, par. 119 e.v., i.h.b. par. 123 (*Harkins en Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

229 EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 9146/07 en 32650/07, par. 122 (*Harkins en Edwards t. Verenigd Koninkrijk*).

230 Bij de selectie uitspraken is met name uitgegaan van de uitspraken die zijn gepubliceerd in de EHRC, de JV en de AB.

231 Zie paragraaf 5.3.2, waarbij ook de thema's in diverse handboeken van dienst zijn geweest.

232 Bijvoorbeeld: EHRM 19 januari 2016, EHRC 2016, 93, m.nt. M. den Heijer, JV 2016, 66 (*Sow t. België*) (voldoende onderzoek, onvoldoende nova om aanvraag opnieuw te beoordelen) en EHRM 24 juli 2014, JV 2014, 321, par. 69-71 (*A.A. e.a. t. Zweden*) (uitzetting naar Somalië; voldoende nationale objectieve en betrouwbare bronnen betrokken bij de geloofwaardigheidstoets; onvoldoende substantiële gronden aangevoerd door klagers om de strijd met artikel 3 EVRM aan te tonen).

sche rapporten in relatie tot de activering van de onderzoeksplicht geldt het volgende. Wanneer een door de asielzoeker overgelegd medisch rapport de marteling of mishandeling op het eerste gezicht aannemelijk maakt, is het aan de nationale autoriteiten is om een deskundige te raadplegen. Het is geen vereiste dat dit een forensisch deskundige is.²³³ Als in een medisch rapport alleen recente verwondingen en littekens zijn gedocumenteerd, is het aan de Staat om dit te nader te onderzoeken.²³⁴

Verder kan in meer algemene zin worden gesteld dat de onderzoeksplicht die op de nationale autoriteiten rust, wordt geactiveerd op het moment dat de asielzoeker zijn claim met substantiële gronden heeft onderbouwd. Het is immers vervolgens aan de Staat om een dergelijke claim in twijfel te trekken,²³⁵ onder meer door middel van het doen van onderzoek.

ii. *Omvang grondige onderzoeksplicht*

De toets van de geloofwaardigheid van het asielrelaas vormt samen met de concrete stappen die de nationale autoriteiten moeten nemen de kern van de omvang van de grondige onderzoeksplicht. Hierbij spelen onder meer factoren als bewijslast(verdeling), toetsingsintensiteit, *ex nunc* toetsing en het criterium van wisten of hadden moeten weten ('knew or ought to have known') door de nationale autoriteiten een rol.

Ten aanzien van de geloofwaardigheid heeft het Hof bepaald dat het in eerste instantie aan de nationale autoriteiten is om de geloofwaardigheid van het relaas te toetsen.²³⁶ Dit is conform het subsidiariteitsbeginsel. Bij het beoordelen van de geloofwaardigheid is het naar het oordeel van het EHRM niet zo dat iedere onduidelijkheid de geloofwaardigheid van het relaas van de asielzoeker negatief beïnvloedt.²³⁷

Inconsistenties in asielrelaas en authenticiteit documenten

De zaak *M.A. tegen Zwitserland*²³⁸ is een belangrijke uitspraak. Het EHRM laat zich in deze zaak namelijk uit over de wijze waarop de nationale autoriteiten om moeten gaan met inconsistenties in het asielrelaas. Daarnaast gaat het Hof in op het belang van onderzoek naar de authenticiteit van overgelegde

233 Battjes e.a. 2014, p. 2488 en daar genoemd: EHRM 9 maart 2010, *JV* 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 48 (*R.C. t. Zweden*).

234 Battjes e.a. 2014, p. 2488 en daar genoemd: EHRM 19 september 2013, *JV* 2013, 375, m.nt. F. Schüller (*R.J. t. Frankrijk*).

235 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 55 (*M.A. t. Zwitserland*).

236 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 114.

237 Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 114. Zie ook: EHRM 15 mei 2012, *EHRC* 2012, 153, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2012, 273, par. 66 (*S.F. e.a. t. Zweden*): Harris e.a. 2014, p. 247.

238 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer (*M.A. t. Zwitserland*).

documenten²³⁹ en de bewijslast in de nationale procedure. De annotatoren onderstrepen het belang van de uitspraak ook om voormelde redenen, en in het bijzonder nu het Hof zich in deze uitspraak in meer algemene termen over genoemde zaken uitspreekt.²⁴⁰

Kort de feiten in deze zaak. Klager in deze zaak stelt niet te kunnen worden teruggestuurd naar Iran omdat hij daar tussen 2009 en 2011 heeft deelgenomen aan demonstraties tegen het regime. De Zwitserse IND acht het relaas van klager niet geloofwaardig. De verklaringen die door klager tijdens het eerste gehoor in juli 2011 zijn afgelegd zouden te zeer verschillen van de verklaringen die klager heeft afgelegd tijdens het tweede gehoor in april 2013. Ook bij de rechter vangt klager bot: vanwege de twijfel die bestaat over de authenticiteit van een kopie van een vonnis van een Iraanse rechtbank verwerpt de Zwitserse rechter het beroep. In dit vonnis is klager bij verstek veroordeeld tot zeven jaar gevangenisstraf en zeventig zweepslagen voor zijn deelname aan de demonstraties. Klager beroept zich voor het Straatsburgse Hof op artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM. Het EHRM behandelt de klacht van klager onder artikel 3 EVRM, en hoewel het de klacht onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM ontvankelijk acht, ziet het geen reden om deze klacht afzonderlijk te behandelen.²⁴¹ In het kader van artikel 3 EVRM gaat het Hof reeds uitvoerig in op de tekortkomingen met betrekking tot de onderzoeksplicht die op de nationale autoriteiten rust. Dit is waarschijnlijk de reden om de klacht dan niet ook nog afzonderlijk onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM te behandelen.

Zoals in elke uitspraak refereert het Hof eerst aan zijn *general principles*, om deze vervolgens toe te passen op de onderhavige zaak. In meer algemene termen herhaalt het Hof zijn standaarden ten aanzien van de bewijslast(verdeling).²⁴² De asielzoeker krijgt het voordeel van de twijfel bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het relaas en de in het kader daarvan overgelegde documenten, vanwege de bijzondere situatie waarin hij zich bevindt.²⁴³

Het is *in principe* aan de asielzoeker om substantiële gronden aan te dragen dat bij een uitzetting hij gevaar loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling. Vervolgens is het aan de regering (de nationale autoriteiten) om

239 Vgl. eerder: EHRM 18 januari 2013, *EHRC* 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*); EHRM 19 december 2013, *EHRC* 2014, 61 (*N.K. t. Frankrijk*) (onder meer: door de nationale autoriteiten is onvoldoende onderbouwd waarom de echtheid van de documenten twijfelachtig is).

240 Zie onder punt 3 van de noot.

241 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 70-71 (*M.A. t. Zwitserland*).

242 Zie over de bewijslast ook: Reneman 2012, p. 201 e.v.

243 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 55 (*M.A. t. Zwitserland*).

dit in twijfel te trekken.²⁴⁴ Op het moment echter dat er informatie is op grond waarvan gereede twijfel bestaat over de betrouwbaarheid van de beweringen van de asielzoeker, is het aan de asielzoeker om de discrepanties te verklaren.

Nieuw in deze uitspraak is dat het Hof in deze zaak voor het eerst expliciet uitspreekt dat ‘full proof’ niet kan en niet mag worden geëist van de asielzoeker, zo stellen de annotatoren. Het Hof overweegt dit in het kader van de twijfel die in de nationale procedure bestond over de authenticiteit van de overgelegde documenten. Dit had tot gevolg dat deze documenten niet werden meegenomen in het nationale onderzoek naar de geloofwaardigheid van het relaas van klager.

Over de geloofwaardigheid van het asielrelaas en de inconsistenties die er bestaan tussen de verklaringen tussen de twee gehoren kan het volgende worden gezegd. Het Hof overweegt dat de gehoren correct zijn afgenomen.²⁴⁵ De gehoren dienen niet afzonderlijk, maar ook in het licht van verdere verklaringen van klager te worden beoordeeld op hun geloofwaardigheid.²⁴⁶ In het tijdsverloop van bijna twee jaar tussen het eerste gehoor en het tweede gehoor vindt het Hof een verklaring voor de verschillen tussen de afgelegde verklaringen tijdens deze gehoren.²⁴⁷ Zeker gelet op de uiteenlopende aard van de gehoren: tijdens het tweede gehoor was meer ruimte voor een gedetailleerde verklaring van klager.²⁴⁸

Vervolgens gaat het Hof in op de wijze waarop de Zwitserse IND is omgegaan met de overgelegde documenten. In casu heeft klager een officiële dagvaarding overgelegd met als datum 10 mei 2011, een kopie van de dagvaarding van 5 februari 2013 en een kopie van het bij verstek gewezen vonnis van 7 mei 2013. De Zwitserse IND stelt zich op het standpunt dat het vonnis in Iran gekocht zou kunnen zijn, en laat vervolgens na om dit potentiële bewijs bij de beoordeling te betrekken. Het Hof acht dit in het licht van de bijzondere situatie waarin de asielzoeker zich bevindt niet gerechtvaardigd. Van de asielzoeker mag geen ‘full proof’ ten aanzien van het leveren van bewijs voor de veroordeling in het land van herkomst (‘persecution in their home countries’) worden verlangd. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst het Hof naar een eerdere overweging²⁴⁹ uit de uitspraak waarin aan klagers vaak

244 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 55 (*M.A. t. Zwitserland*). Vgl. ook deze standaard in eerdere zaken, zie daarvoor o.m.: Woltjer & Van Pachtenbeke 2013, p. 115.

245 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 59 (*M.A. t. Zwitserland*).

246 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 60 (*M.A. t. Zwitserland*).

247 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 61 (*M.A. t. Zwitserland*).

248 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 60 (*M.A. t. Zwitserland*).

249 Par. 55.

het voordeel van de twijfel wordt gegund. Het Hof doet dit vanwege de bijzondere situatie waarin de asielzoeker zich doorgaans bevindt. Dit levert namelijk bijzondere moeilijkheden voor de asielzoeker op ten aanzien van het overleggen van 'full proof'.²⁵⁰

Het Hof houdt dus rekening met de bijzondere moeilijkheden waarmee de asielzoeker zich geconfronteerd kan zien, en overweegt dat dit voor de nationale autoriteiten reden kan zijn om de overgelegde documenten, hoewel het kopieën zijn, toch mee te nemen in de geloofwaardigheidsbeoordeling.²⁵¹ Met andere woorden: gelet op de situatie waarin de asielzoeker zich bevindt, heeft de asielzoeker met het overleggen van de kopieën alles gedaan wat van hem verlangd kon worden.²⁵² In zulke gevallen, waaronder dit geval, kan dus geen 'volledig bewijs' ('full proof') van de asielzoeker worden geëist.²⁵³

Het Hof acht verder de straffen van het bij verstek gewezen vonnis plausibel in de context van straffen in Iran en concludeert dat de Zwitserse IND de authenticiteit van de documenten niet gesubstantieerd heeft weerlegd. In de daarna volgende overwegingen gaat het Hof meer uitgebreid in op de originele dagvaarding en de kopieën. Het EHRM constateert dat zowel de Zwitserse IND als de Zwitserse rechter na hebben gelaten om de kopieën te verifiëren. Klager heeft gemotiveerd waarom hij de originele documenten niet heeft kunnen overleggen: zijn familie durfde deze niet per post te versturen. Daarnaast heeft de rechter de officiële dagvaarding (van 10 mei 2011) nooit geverifieerd. Tussen het vonnis bij verstek, en het oordeel van de Zwitserse rechter zat amper twee maanden, ook dat maakte het voor klager moeilijk om het originele vonnis te overleggen. Aan klager is door de rechtbank tot slot niet de mogelijkheid geboden om alsnog de authenticiteit van de documenten aan te tonen.²⁵⁴ Op grond van het voorgaande komt het Hof tot het eindoordeel dat klager voldoende substantiële gronden heeft aangevoerd dat een uitzetting strijd zou opleveren met artikel 3 EVRM, en dat de Zwitserse regering onvoldoende heeft gedaan om dit in twijfel te trekken: schending artikel 3 EVRM.²⁵⁵ In deze uitspraak constateert het Hof zowel tekortkomingen aan de zijde van de nationale uitvoerende autoriteit als aan de zijde van de nationale rechterlijke autoriteit. Alle procedurele tekortkomingen behandelt het Hof in het kader van artikel 3 EVRM.

Deze uitspraak laat zien dat inconsistenties in het relaas moeten worden beschouwd in het kader van de gehele geloofwaardigheid. Daarnaast volgt

250 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 62 (*M.A. t. Zwitserland*).

251 Zie ook deel II.

252 Zo stellen de annotatoren.

253 Zie onder punt 6 van de noot en ook par. 62-64 van de uitspraak.

254 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 65-68 (*M.A. t. Zwitserland*).

255 EHRM 18 november 2014, *JV* 2015, 1, m.nt. F. Schüller & T. de Boer, par. 69 (*M.A. t. Zwitserland*).

uit deze uitspraak dat op de nationale autoriteiten (zowel de uitvoerende als de rechterlijke) de plicht rust om de authenticiteit van de overgelegde bewijsmaterialen te verifiëren. Tot slot komt de sterk individueel georiënteerde benadering van het Hof tot uitdrukking in deze uitspraak.²⁵⁶ Het Hof houdt tenslotte rekening met de bijzondere positie van de asielzoeker en de moeilijkheid van het leveren van volledig bewijs ('full proof') van de veroordeling in het land van herkomst door de asielzoeker.

Verschuiving bewijslast en rol medische rapporten

In *R.C. tegen Zweden*²⁵⁷ oordeelde het Hof dat de nationale uitvoerende autoriteiten een contra expertise hadden moeten laten uitvoeren naar de herkomst van de littekens. In casu heeft de asielzoeker een begin van bewijs geleverd nu uit het medisch rapport volgt dat de littekens het gevolg kunnen zijn van marteling. Het is dan aan de Staat om elke twijfel hierover weg te nemen en dus tegenbewijs te leveren. Daarmee verschuift de bewijslast naar de Staat.²⁵⁸ Deze uitspraak is dus zowel illustratief voor het gewicht dat het Hof toekent aan medische rapporten als bewijsmiddel als ook de bewijslastverschuiving.²⁵⁹ Een ongeloofwaardig asielrelaas kan de plicht tot het doen van een contra expertise afzwakken volgens Spijkerboer. Tegelijkertijd lijken de indicatoren die in casu wijzen op een ongeloofwaardig relaas geen reden voor het Hof om af te wijken van voormelde plicht.²⁶⁰

iii. Bijzondere bescherming kwetsbare groepen

De bijzondere bescherming van kwetsbare groepen die het EHRM verlangt, kan onder omstandigheden materiële en/of procedurele positieve verplichtingen voor de Staten met zich brengen. Wanneer klager behoort tot een kwetsbare groep, kan dit betekenen dat de Staat extra (procedurele) maatregelen (had) moet(en) nemen.²⁶¹

Illustratief voor het belang dat het Straatsburgse Hof hecht aan de bescherming van personen die behoren tot een kwetsbare groep is de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Tarakhel*.²⁶² Deze uitspraak laat in het bijzonder de waar-

²⁵⁶ Zie meer uitgebreid deel II.

²⁵⁷ EHRM 9 maart 2010, EHRC 2010, 51, m.nt. A.M. Reneman, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer (*R.C. t. Zweden*).

²⁵⁸ EHRM 9 maart 2010, EHRC 2010, 51, m.nt. A.M. Reneman, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 53 e.v. (*R.C. t. Zweden*). Vgl. ook: EHRM 5 september 2013, JV 2013, 374 (*I. t. Zweden*).

²⁵⁹ Zie de heldere noot van Spijkerboer (JV 2010, 147) en ook: Battjes e.a. 2014, p. 2488.

²⁶⁰ Aldus Spijkerboer onder punt 4 van de noot.

²⁶¹ Vgl. ook: EHRM 21 januari 2011, EHRC 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

²⁶² EHRM 4 november 2014, EHRC 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, JV 2014, 384, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*). Vgl.: EHRM 3 februari 2015, EHRC 2015, 112 (ontv.besl.) (*M.O.S.H. t. Nederland*) (geen sprake van persoon behorend tot een kwetsbare groep en voldoende consultatie van Nederlandse autoriteiten met Italië of en hoe de

de zien die het Hof toekent aan de bescherming van minderjarige kinderen. Het Hof heeft overigens ook in eerdere zaken de kwetsbare positie van minderjarige kinderen benadrukt.²⁶³

Kort de feiten. De klagende partij in deze zaak is een Afghaans gezin. Korte tijd verbleven zij in Italië en Oostenrijk om vervolgens in Zwitserland asiel aan te vragen. Het gezin kan naar het oordeel van de Zwitserse autoriteiten de uitkomst van hun asielaanvraag afwachten in Italië. In de procedure voor het EHRM moet het Hof zich buigen over de vraag of het uitzetten naar Italië door de Zwitserse autoriteiten strijd oplevert met artikel 3 EVRM. Onder verwijzing naar de Grote Kamer uitspraak in de zaak *M.S.S.*²⁶⁴ oordeelt het Hof in *Tarakhel* dat de situatie in Italië niet gelijk is aan de erbarmelijke situatie in Griekenland. Toch mag Zwitserland het gezin alleen terugsturen op twee voorwaarden. Ten eerste moet van Italië de garantie worden verkregen dat het gezin wordt opgevangen. Ten tweede moet de garantie worden gegeven dat in Italië het gezin niet uit elkaar wordt gehaald. Nu Zwitserland hier in casu niet aan heeft voldaan concludeert het Hof tot een schending van artikel 3 EVRM.²⁶⁵

In meer algemene termen herhaalt het Hof in de onderhavige uitspraak zijn overwegingen ten aanzien van de bescherming van kwetsbare groepen, waarbij het ook de bijzondere bescherming van minderjarige kinderen nog eens onderstreept. In de hierna volgende overweging is deze bijzondere beschermingsplicht te lezen, en de aansluiting van het Hof bij internationale en Europese standaarden.

‘In the same judgment [verwezen wordt naar de *M.S.S.* zaak, par. 251: TdJ], the Court attached considerable importance to the applicant’s status as an asylum seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection. It noted the existence of a broad consensus at the international and European level concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the European Union Reception Directive.’²⁶⁶

terugzending dient plaats te vinden); EHRM 26 februari 2015, *JV* 2015, 58 (ontv.besl.) (*A.M.E. t. Nederland*) (geen risico op schending 3 EVRM bij overdracht naar Italië van gezonde volwassen klager A.M.E.) Zie ook: EHRM 3 november 2015, *JV* 2016, 1 (ontv.besl.) (*J.A. t. Nederland*) (ontv.besl.) (klacht kennelijk ongegrond ex artikel 35, lid 3, sub a).

263 EHRM 12 oktober 2006, zaaknr. 13178/03, par. 55 (*Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitung t. België*); EHRM 19 januari 2012, zaaknr. 39472/07; 39474/07, par. 91 (*Popov t. Frankrijk*).

264 EHRM 21 januari 2011, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

265 EHRM 4 november 2014, *EHRC* 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, *JV* 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 122 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

266 EHRM 4 november 2014, *EHRC* 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, *JV* 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 97 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

Minderjarige kinderen dienen in het bijzonder te worden beschermd, zo is ook te lezen in de hierna volgende overweging. Zeker vanwege hun leeftijd en afhankelijkheid, en tegelijkertijd ook hun vluchtelingenstatus. Het Hof sluit aan bij het Kinderrechtenverdrag dat eveneens van de Staten verlangt dat aan een kind dat de vluchtelingenstatus wil krijgen bescherming en humanitaire hulp wordt geboden. Hierbij maakt het geen verschil of het kind alleen is, of samen met zijn ouders.

‘With more specific reference to minors, the Court has established that it is important to bear in mind that the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant. Children have specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status. The Court has also observed that the Convention on the Rights of the Child encourages States to take the appropriate measures to ensure that a child who is seeking to obtain refugee status enjoys protection and humanitarian assistance, whether the child is alone or accompanied by his or her parents.’²⁶⁷

De toepassing van deze standaarden in de onderhavige zaak leidt ertoe dat het Hof van Zwitserland verlangt dat het van de Italiaanse autoriteiten de garanties ontvangt dat het gezin opvang krijgt die is aangepast aan de leeftijd van de kinderen en dat daarnaast de familie een eenheid blijft.²⁶⁸

Terecht merkt Battjes in zijn noot bij deze uitspraak op dat het Hof dus zeer specifieke eisen stelt aan de opvang en daarbij aan de individuele omstandigheden veel gewicht toekent. Het Hof ‘gaat in op de bijzondere beschermingsbehoeften van de minderjarige Tarakhels’.²⁶⁹ Nu de ‘minimum level of severity’ onder artikel 3 EVRM mede wordt bepaald door de leeftijd, leidt dit er in het onderhavige geval toe dat, nu het gaat om minderjarige kinderen, de eisen aan de opvang worden opgeschroefd, zo vervolgt Battjes.²⁷⁰ De opvang die reeds door Italië wordt geboden (zoals opvang, eten, onderwijs) is naar het oordeel van Hof onvoldoende specifiek ten aanzien van klagers.²⁷¹

Het Hof verlangt bovendien van de Zwitserse autoriteiten dat zij van de Italiaanse autoriteiten gedetailleerde en betrouwbare informatie over de specifieke opvanglocatie krijgen. Hierbij gaat het onder meer om de specifieke opvanglocatie, de fysieke omstandigheden van de opvang en het behoud van de familie als een eenheid. Momenteel beschikt Zwitserland niet over voldoende

267 EHRM 4 november 2014, EHRC 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, JV 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 99 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

268 EHRM 4 november 2014, EHRC 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, JV 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 120 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

269 Zie onder punt 1, en de uitwerking onder punt 3 van de noot.

270 Zie opnieuw onder punt 3 van de noot, en de verwijzing naar par. 118.

271 EHRM 4 november 2014, EHRC 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, JV 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 120 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*).

de garanties dat de klagers worden opgevangen op een aan de leeftijd van de kinderen aangepaste wijze.²⁷²

De verplichtingen die het Hof in deze uitspraak formuleert zijn materieel van aard. Het gaat immers om het bieden van concrete tastbare opvangfaciliteiten. Toch heeft het behoren tot een kwetsbare groep tegelijkertijd procedurele implicaties voor de terugsturende Staat. Wanneer klager behoort tot een kwetsbare groep, dienen de nationale autoriteiten dit niet alleen te betrekken in hun besluitvorming. Op de Staat rust bovendien de verplichting om voldoende specifieke garanties van de Italiaanse autoriteiten te verkrijgen over de opvang aldaar. Het is aan de nationale autoriteiten om een extra procedurele stap te zetten. De plicht die op het terugsturende land rust ten aanzien van de garanties is dus procedureel van aard, en is sterk ingegeven door de bijzondere kwetsbare positie van minderjarige kinderen.

Illustratief voor de procedurele implicaties die het behoren tot een kwetsbare groep voor de Staat met zich kunnen brengen voor de bewijslast is de hiervoor uitvoerig besproken zaak *M.A.* tegen Zwitserland ten aanzien van de 'full proof'. In casu was de lastige situatie waarin de kwetsbare asielzoeker zich doorgaans bevindt voor het Hof reden om geen onredelijk hoge eisen te stellen aan het over te leggen bewijs, en hetzelfde van de Staat verlangt. Dit bevestigt tevens de nauwe relatie tussen de inhoud van een zaak en de toepassing van de procedurele regels, zoals regels omtrent bewijs. De mate van striktheid waarmee procedurele regels worden toegepast is ingegeven door de materie van de zaak. Aanknopingspunten die hierbij richtinggevend zijn, kunnen worden gevonden in de ernst van de gevolgen voor betrokkenen, de onomkeerbaarheid van de potentiële schade en het behoren tot een kwetsbare groep.

In deel II van deze studie komt de bijzondere bescherming van kwetsbare groepen als onderdeel van de karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling aan de orde, waarbij de nadruk dan vooral ligt op de wijze waarop het Hof deze bescherming van kwetsbare groepen meeneemt in het te vormen oordeel.²⁷³ Ook asielzoekers behoren tot een kwetsbare groep personen waaraan derhalve bijzondere bescherming moet worden geboden. De Grote Kamer van het EHRM heeft dit voor het eerst in algemene zin vastgesteld in *M.S.S.* tegen

272 EHRM 4 november 2014, *EHRC* 2015, 33, m.nt. J.R. Groen, *JV* 2014, 384, m.nt. H. Battjes, par. 121 (Grote Kamer) (*Tarakhel t. Zwitserland*). Zie over onder meer de individuele en voldoende garanties (m.b.t. de noodzakelijke medische zorg voor de ernstig zieke klager) die de uitzettende Staat dient te krijgen van het land waarnaar de klager dreigt te worden uitgezet: EHRM 13 december 2016, zaaknr. 41738/10 (Grote Kamer) (*Paposhvili t. België*) (de Belgische autoriteiten hebben de medische situatie van de ernstig zieke klager onvoldoende onderzocht; schending artikel 3 EVRM (unaniem) en overigens ook schending van artikel 8 EVRM (opnieuw unaniem))

273 Zie hoofdstuk 10 en 11.

Griekenland en België.²⁷⁴ Battjes is kritisch op deze vaststelling, nu dit een breuk betekent met de bestaande EHRM-jurisprudentie²⁷⁵ en ten onrechte aansluiting wordt gezocht bij de Opvangrichtlijn.²⁷⁶ Deze richtlijn bindt 25 lidstaten en niet alle 47 landen die lid zijn van de Raad van Europa. Dit maakt dat er dus niet per definitie sprake is van Europese consensus.²⁷⁷ Daarnaast roept dit de vraag op of in de vele gevallen waarin de Opvangrichtlijn niet in opvang voor de asielzoekers voorziet, dit ertoe leidt dat ontbrekende opvang conform artikel 3 EVRM is.²⁷⁸

iv. Inrichting nationale asielprocedure: de vereisten

Onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM heeft het EHRM een aantal eisen gesteld aan de nationale asielprocedure.²⁷⁹ Zo dient de asielprocedure toegankelijk te zijn²⁸⁰ en dient een door de asielzoeker ingesteld rechtsmiddel automatisch het afwijzingsbesluit van de asielaanvraag te schorsen.²⁸¹ Daarnaast mag aan de asielzoeker geen te korte termijn worden gegund om beroep in te stellen.²⁸² Verder moet onder omstandigheden rechtsbijstand worden geboden, en bovendien moet de asielzoeker informatie ontvangen over de te volgen asielprocedure en eventueel een tolk tot zijn beschikking krijgen.²⁸³ De Grote Kamer uitspraak in de zaak *M.S.S.* is in het kader van deze eisen besprekenswaardig.

Kort de feiten. Klager is de in Afghanistan geboren M.S.S. die via Griekenland (waar hij geen asielverzoek indient) op 10 februari 2009 in België aankomt. Op grond van de Dublinverordening draagt België klager op 15 juni 2009 over aan Griekenland. De voorlopige voorziening die klager in België heeft ingesteld

274 Zie par. 233 van deze uitspraak: EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th.Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 251 en 263 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

275 Battjes verwijst naar de opinion van Sajó.

276 Richtlijn 2003/9/EG.

277 Aldus Battjes in zijn annotatie bij de uitspraak onder punt 4.2.

278 Opnieuw onder punt 4.2 van de annotatie en zie ook: Battjes 2012, p. 87 e.v.

279 Zie helder onder punt 2 van de noot van Reneman bij: EHRM 18 januari 2013, *EHRC* 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*) (schending artikel 13 EVRM jo. 3 EVRM: geen 'rigorous scrutiny' door nationale autoriteiten uitgevoerd).

280 Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 99.

281 Vgl. onder meer: EHRM 27 februari 2014, *JV* 2014, 168, m.nt. A.M. Reneman (*Joseft. België*) (te complex systeem m.b.t. rechtsmiddel met schorsende werking); EHRM 22 april 2014, *JV* 2014, 170 (*A.C. e.a. t. Spanje*) (ontbreken rechtsmiddel automatisch schorsende werking).

282 Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 100-101 en EHRM 22 april 2014, *JV* 2014, 170 (*A.C. e.a. t. Spanje*) (naast ontbreken rechtsmiddel met schorsende werking, heeft de versnelde procedure tot gevolg dat klagers hun zaak niet hebben kunnen toelichten, dit was nodig om de uitzetting te kunnen schorsen); EHRM 10 oktober 2013, *JV* 2014, 1 (*K.K. t. Frankrijk*) (eigen gedrag van klager maakt dat analoge toepassing van *I.M. t. Frankrijk* niet opgaat: klager heeft in casu onder meer pas na twee jaar asielaanvraag ingediend, en pas na 10 maanden beroep ingesteld tegen uitzettingsbevel. Termijn van vijf dagen voor asielaanvraag, en 48 uur voor verzoek om opschorting acht het Hof derhalve voldoende).

283 Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 99.

heeft dit niet kunnen verhinderen. In Griekenland wordt klager in detentie genomen, de omstandigheden zijn slecht. Zonder bestaansmiddelen en alleen in het bezit van een asielpas leeft hij vervolgens op straat. Een eerste verzoek van klager om een 'interim measure' wijst het Hof af, de tweede wordt wel toegewezen.

Het EHRM constateert diverse procedurele tekortkomingen in de Griekse asielprocedure. Zo is de informatieverstrekking aan de asielzoekers over de vervolgprocedure niet toereikend, en zijn de politiebureaus lastig bereikbaar. Daarnaast ontbrak het aan een betrouwbaar communicatiesysteem tussen autoriteiten en de asielzoeker. Bovendien is er een tekort aan tolken en ontbreekt een training voor de personen die de interviews af moeten nemen. Evenmin is er juridische bijstand, met gevolg dat de asielzoekers niet over juridisch advies beschikken. Tot slot noemt het Hof het lange wachten op een besluit.²⁸⁴

Deze procedurele tekortkomingen opgeteld en het gevaar van uitzetting door Griekenland naar Afghanistan,²⁸⁵ maken dat het Hof tot een schending van artikel 13 EVRM juncto artikel 3 EVRM concludeert. De klacht van M.S.S. is niet inhoudelijk behandeld en van toegang tot een effectief rechtsmiddel is evenmin sprake.²⁸⁶

In de annotatie bij deze zaak is te lezen dat de autoriteiten hun besluit ook moeten motiveren²⁸⁷ en dat de Grote Kamer van het Hof in deze zaak enkele nieuwe waarborgen inleest onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM en deze waarborgen maken daarmee voor het eerst onderdeel uit van de 'effectieve waarborg' van artikel 3 in combinatie met artikel 13 EVRM.²⁸⁸

Ten aanzien van de klacht tegen België oordeelt het Hof dat België artikel 3 EVRM heeft geschonden omdat het wist van de tekortkomingen in de Griekse procedure.²⁸⁹ Battjes wijst op de onduidelijkheid in de uitspraak ten aanzien van de veroordeling van België voor de schending van artikel 3 EVRM. Het is niet duidelijk of de veroordeling terug te voeren is tot de ontbrekende mogelijkheid voor klager om al in de aanvraagfase de redenen tegen uitzetting

284 Zie voor een opsomming van deze procedurele gebreken ook de annotaties van Battjes en Woltjer onder respectievelijk de punten 5.3 en 5. EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 300-301 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

285 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 321 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

286 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 321 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

287 Zie de noot van Battjes onder punt 5.3 onder verwijzing naar par. 313. EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

288 Aldus Battjes, zie punt 5.3 van de noot bij EHRM 21 januari 2011, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

289 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 366-367 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

aan te voeren.²⁹⁰ Als dit zo is, roept dit de vraag op waarom het Hof dit nu wel onder artikel 3 EVRM schaart en niet onder artikel 13 EVRM, zoals bij de behandeling van de klacht tegen Griekenland.²⁹¹ Het Hof lijkt weinig consistent als het gaat om het scharen van de procedurele verplichten onder de ene keer artikel 3 EVRM en de andere keer artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.

Verder veroordeelt het Hof België voor een schending van artikel 13 juncto artikel 3 EVRM. Naar Belgisch recht ontbreekt een effectief rechtsmiddel met als gevolg dat er geen grondig onderzoek heeft plaatsgevonden door de Belgische rechter. Bovendien is een maatregel met schorsende werking afwezig.²⁹² Daar komt nog bij dat de rechterlijke toets volgens het Hof beperkt blijft tot de vraag of klager concreet bewijs heeft overgelegd om de onomkeerbare schade aannemelijk te maken van de potentiële strijd met artikel 3 EVRM. Hierbij is de bewijslast zodanig verhoogd dat de inhoud van de klacht van de vermeende schending niet langer kon worden getoetst.²⁹³

In deel II wordt duidelijk dat een incorrecte toepassing van bewijsstandaarden op nationaal niveau reden kan zijn voor het Hof om zelf over te gaan tot een ‘assessment’ van de artikel 3 EVRM claim. Dit kan implicaties hebben voor de nationale praktijk. In die zin dat het onder omstandigheden aan te bevelen is dat op nationaal niveau een met Straatsburg vergelijkbare bewijsstandaard wordt toegepast.

v. *Toepassing artikel 6 EVRM-eisen via artikel 13 EVRM in asielprocedures*

Als bekend is artikel 6 EVRM niet van toepassing op asielzaken.²⁹⁴ Toch signaleert Reneman in haar noot bij de zaak *Singh e.a.*²⁹⁵ dat artikel 13 EVRM steeds meer overeenkomsten vertoont met artikel 6 EVRM. In dit verband wijst zij, onder verwijzing naar de zaak *M.S.S.*,²⁹⁶ op het recht op toegang tot een effectief rechtsmiddel, een asielprocedure binnen een redelijke termijn en een recht op rechtsbijstand.²⁹⁷ Artikel 6 en artikel 13 EVRM schuiven steeds meer naar elkaar toe. In sommige gevallen beschouwt het Hof de klacht onder artikel 6 EVRM als een herformulering van de klacht onder artikel 13 EVRM.²⁹⁸

290 Zie punt 6.2.1 van de noot bij: EHRM 21 januari 2011, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

291 Aldus Battjes in zijn noot.

292 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 385 e.v. (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

293 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes, par. 389 (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

294 Zie eerder hoofdstuk 2, en ook: Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration 2014, p. 100.

295 EHRM 18 januari 2013, *EHRC* 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*).

296 EHRM 21 januari 2011, *EHRC* 2011, 42, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 68, m.nt. H. Battjes (Grote Kamer) (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

297 Zie onder punt 2 van de noot.

298 EHRM 15 april 2014, zaaknr. 16458/12 (*N. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

Het Hof stelt het horen van artikel 6 EVRM (het horen ziet in casu op de fase waarin een (nieuwe) asielaanvraag wordt ingediend) op een lijn met de automatische schorsende werking van artikel 13 EVRM. Immers: horen *na* uitzetting is zinloos.²⁹⁹

In de hiervoor besproken *M.S.S.* zaak³⁰⁰ oordeelt het Hof onder meer dat de nationale asielprocedure van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM tekortschiet. Onder andere de niet toegankelijke procedure, en het ontbreken van een tolk en/of rechtsbijstand tonen overeenkomsten met de eisen van artikel 6 EVRM.³⁰¹ Niet via een materieel Verdragsartikel dit keer, bijvoorbeeld via artikel 3 EVRM, maar via het naar zijn aard procedurele artikel 13 EVRM past het Hof nu artikel 6 EVRM toe in asielzaken.³⁰² Toch lijkt artikel 3 EVRM hierbij wel een rol te spelen.

Toegesпитst op de asielzaken betekent dit dat het Hof van de Staat verlangt dat zij een ‘rigorous scrutiny’ starten naar de 3 EVRM-claim van betrokkene. Bovendien kan dit dus betekenen dat het Hof onder artikel 13 EVRM in zaken waarin artikel 3 EVRM wordt ingeroepen eisen stelt aan onder meer toegankelijkheid en de inrichting van de nationale asielprocedure. Deze eisen komen op punten overeen met de procedurele eisen zoals we die kennen van artikel 6 EVRM. De eisen die het Hof onder artikel 13 EVRM stelt in het kader van de asielprocedure leiden dus tot een verruiming van de 6 EVRM-eisen op een terrein waar artikel 6 EVRM eigenlijk van oorsprong niet van toepassing is in de visie van het Hof.³⁰³

vi. Zelfstandige toepassing artikel 13 EVRM in asielprocedures

In sommige zaken toetst het Hof de asielprocedure alleen onder artikel 13 EVRM, en gaat het daarbij niet meer in op de vraag of de eventuele uitzetting strijd oplevert met artikel 3 EVRM.³⁰⁴ De zelfstandige behandeling onder artikel 13 EVRM is illustratief voor het belang dat het Hof hecht aan een zorgvuldige nationale asielprocedure en effectieve rechtsbescherming in de nationale procedure. In deze zaken was via een *interim measure* van het Hof uitzetting

²⁹⁹ Zie par. 128 van de uitspraak.

³⁰⁰ Ook later in de zaak *Sharifi e.a. t. Italië en Griekenland*. De overeenkomsten en verschillen zijn uiteengezet door Battjes in zijn noot bij deze uitspraak: EHRM 21 oktober 2014, EHRC 2015, 30, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2014, 365, m.nt. H. Battjes (*Sharifi e.a. t. Italië en Griekenland*).

³⁰¹ Opnieuw Reneman onder punt 2 bij: EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*).

³⁰² Zie overigens voor het toepassen van artikel 6 EVRM over de band van artikel 13 EVRM in een zaak waarin artikel 8 EVRM werd ingeroepen hoofdstuk 6.

³⁰³ Zie in dit kader ook: EHRM 10 januari 2012, AB 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*G.R. t. Nederland*), en zie hoofdstuk 6.

³⁰⁴ Zo stelt Reneman in haar noot (onder punt 2) bij: EHRM 18 januari 2013, EHRC 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*), en zie ook de verwijzing naar: EHRM 26 april 2007, EHRC 2007, 75, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2007, 252, m.nt. T.P. Spijkerboer, NAV 2007, 29, m.nt. A.M. Reneman, RV 2007, 67, m.nt. H. Battjes (*Gebremedhin t. Frankrijk*).

voorkomen, en hadden de asielzoekers een asielstatus verkregen.³⁰⁵ Dit neemt de noodzaak om aan artikel 3 EVRM te toetsen weg. Heel consistent is het Hof niet op dit punt: in de zaak *Singh e.a.*³⁰⁶ onderzoekt het Hof de eventuele strijdigheid van een uitzetting met artikel 3 EVRM niet nader zelf, hoewel de klagers in casu nog geen asielstatus hebben gekregen. De reden hiervoor is dat de authenticiteit van belangrijke bewijsstukken nog niet vaststond en het Hof op dit punt een taak voor de Belgische autoriteiten ziet weggelegd.³⁰⁷ Dit is wel in lijn met het subsidiariteitsbeginsel. De nationale autoriteiten zijn tenslotte de primaire mensenrechtenbeschermers.

Ook in de latere zaak *A.D. e.a. tegen Turkije*³⁰⁸ behandelt het Hof de klachten over de nationale asielprocedure zelfstandig onder artikel 13 EVRM, zonder daarbij ook nog de klacht onder artikel 3 EVRM te behandelen. Ten tijde van de klachtbehandeling voor het EHRM dreigt geen uitzetting meer voor klagers, hetgeen tot niet-ontvankelijkheid van de klacht onder artikel 2 en 3 EVRM leidt. Toch hoeft dit er nog niet automatisch toe te leiden dat de klacht niet alsnog onder artikel 13 EVRM behandeld kan worden.³⁰⁹ Volgens Reneman vindt de zelfstandige behandeling van de klacht onder artikel 13 EVRM vaak plaats in zaken waarin geen rechtsmiddel met automatisch schorsende werking voor handen is, en een uitzetting zonder voorafgaand onderzoek dus per definitie tot een schending van artikel 13 EVRM leidt. Een daarna toegeken- de verblijfsvergunning brengt hier geen verandering in. Het geschil richt zich dan op de ontbrekende automatische schorsende werking. Artikel 13 EVRM kan dus ook zelfstandig procedurele verplichtingen voor de Staten met zich brengen.

Resumerend: aan de hand van een zestal thema's is in deze paragraaf ingegaan op de toepassing van de procedurele eisen door het EHRM in asielzaken waarin artikel 3 EVRM en/of artikel 13 EVRM een rol spelen/speelt. De invulling van het grondige onderzoek onder voormelde artikelen is zaaksgebonden. Wel kunnen factoren als de 'onomkeerbare schade' en het behoren tot een kwetsbare groep zowel de verplichtingen voor de nationale autoriteiten activeren als aanscherpen. Bovendien kan ook artikel 13 EVRM zelfstandig verplichtingen met zich brengen, zelfs in de gevallen waarin de klacht onder 3 EVRM niet langer bestaat (doordat er inmiddels een verblijfsvergunning is verleend). Over de band van artikel 13 EVRM, en in combinatie met 3 EVRM heeft het Hof verder in sommige gevallen 6 EVRM-eisen toegepast in asielzaken. Dit betekent een verruiming van het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM op een terrein waar

³⁰⁵ Zie onder punt 2 van de noot.

³⁰⁶ EHRM 18 januari 2013, *EHRC* 2013, 7, m.nt. A.M. Reneman (*Singh e.a. t. België*).

³⁰⁷ Zo stelt Reneman.

³⁰⁸ EHRM 22 juli 2014, *JV* 2014, 319, m.nt. A.M. Reneman (*A.D. e.a. t. Turkije*).

³⁰⁹ EHRM 22 juli 2014, *JV* 2014, 319, m.nt. A.M. Reneman, par. 86 (*A.D. e.a. t. Turkije*). In casu heeft het Hof een zevental procedurele tekortkomingen geconstateerd in de nationale asielprocedure (zie par. 97-104 van de uitspraak).

dit artikel eigenlijk is uitgesloten. Bovendien kan ook de fase worden uitgebreid. Artikel 6 EVRM blijft dan niet langer beperkt tot de fase voor de rechter, maar kan ook al gelden in de uitvoerende/aanvraagfase.

5.5 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 3 EVRM IN RELATIE TOT DE ARTIKELN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Onder artikel 3 EVRM zelfstandig, en in combinatie met artikel 13 EVRM heeft het Hof een veelvoud aan procedurele verplichtingen geformuleerd.

Om te beginnen rust op de nationale autoriteiten de plicht om, net als onder artikel 2 EVRM, een onderzoek te starten naar een vermeende foltering of vernederende/onmenselijke behandeling. In essentie ziet deze ‘gewone’ onderzoeksverplichting op het realiseren van artikel 3 EVRM. Bovendien overlappen sommige van de afzonderlijke eisen van de 3 EVRM-onderzoeksplicht, net als onder artikel 2 EVRM, met de eisen van artikel 6 EVRM. Toch vinden we de onderzoeksplicht als zodanig niet terug in laatstgenoemd artikel. Bovendien is de uitleg van het onafhankelijkheidsvereiste als onderdeel van de onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM anders dan de toepassing van dit vereiste onder artikel 6 EVRM, zo volgt uit de in het vorige hoofdstuk uitvoerig besproken Grote Kamer uitspraak *Tunç en Tunç*.³¹⁰ Het EHRM koos in deze zaak voor een holistische benadering, waarbij niet in absolute zin aan het onafhankelijkheidsvereiste hoeft te zijn voldaan (zoals bij artikel 6 EVRM het geval is). Het ligt in de lijn der verwachting dat het onafhankelijkheidsvereiste als onderdeel van de onderzoeksplicht behorend bij artikel 3 EVRM ook op deze manier door het Hof wordt toegepast.

Verder kleurt artikel 3 EVRM ook artikel 13 EVRM. De combinatie van deze artikelen brengt ook de verplichting met zich om een effectief onderzoek te starten naar een potentieel met artikel 3 EVRM strijdige gebeurtenis. Daarnaast is het Hof niet heel eenduidig ten aanzien van de vraag of artikel 13 EVRM en de procedurele bescherming onder artikel 3 EVRM inwisselbaar zijn, of dat zij toch op zichzelf staan. Zo zijn er zaken waarin het Hof niet apart de klacht onder artikel 13 EVRM behandelt, wanneer het al tot een procedurele schending onder artikel 3 EVRM concludeerde en zaken waarin het dit wel doet.³¹¹

Het EHRM heeft daarnaast in asielzaken onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM de verplichting geformuleerd om een

310 EHRM 14 april 2015, *EHRC* 2015, 150, m.nt. J.H. Gerards (Grote Kamer) (*Mustafa Tunç en Fecire Tunç t. Turkije*). Zie paragraaf 4.4 van hoofdstuk 4. Zie ook het jaarverslag van het Hof van 2015, digitaal te raadplegen en Nussberger 2017, hoofdstuk 7.

311 Brems 2013, p. 156-158. Onder verwijzing naar Grabenwarter (Grabenwarter 2014, p. 335) is in het vorige hoofdstuk opgemerkt dat de verplichtingen onder artikel 13 EVRM verstrekender zijn dan de verplichtingen onder artikel 2 EVRM, en dat een schending van artikel 2 EVRM dus een schending van artikel 13 EVRM impliceert. Wellicht dat dezelfde redenering opgaat onder artikel 3 EVRM. Bij Grabenwarter is hier overigens niets over te lezen.

grondig onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker dat uitzetting naar het land van herkomst in strijd is met artikel 3 EVRM.³¹² Onder de combinatie van deze artikelen gelden ook procedurele eisen voor de inrichting van de asielprocedure.

Zijn de procedurele verplichtingen onder artikel 3 EVRM van toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM?

Ten aanzien van artikel 6 EVRM kan het volgende worden opgemerkt. De plicht tot het doen van een grondig onderzoek in de standaard 3 EVRM-zaken is niet aanwezig onder het recht op een eerlijk proces en is daarom van toegevoegde waarde. Net als onder artikel 2 EVRM, levert de onderzoeksverplichting onder het folterverbod nieuwe procedurele verplichtingen op waarbij de feiten een belangrijke rol spelen in de toepassing.

In uitzettingszaken geldt onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM de plicht voor de nationale autoriteiten om het relaas van de asielzoeker aan een grondige toets te onderwerpen. Wanneer we deze plicht, en de in dit kader geformuleerde eisen, afzetten tegen de procedurele plichten van artikel 6 EVRM geldt het volgende. In de eerste plaats is de overkoepelende procedurele onderzoeksplicht ex artikel 3 EVRM (en in combinatie met artikel 13 EVRM) én in de (bestuurlijke) voorfase én in de fase voor de rechter zelf van toepassing. In de tweede plaats neemt het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM toe. Over de band van artikel 3 EVRM alleen, en meer nog in combinatie met artikel 13 EVRM (de eisen van de inrichting van de asielprocedure) en onder artikel 13 EVRM zelfstandig³¹³ worden typische 6 EVRM-eisen relevant voor het vreemdelingenrecht. Hierbij valt te denken aan het bieden van rechtsbijstand, een toegankelijke procedure, een redelijke duur van de asielprocedure, het horen van de asielzoeker en het motiveren van beslissingen. In dit opzicht zijn de procedurele eisen van artikel 3 EVRM, en in combinatie met artikel 13 EVRM (of zelfstandig), van toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Het zijn andersoortige verplichtingen, en zowel de fase als het rechtsterrein van de 6 EVRM-verplichtingen wordt uitgebreid. Hierbij moet echter nog wel de volgende kanttekening worden geplaatst. Met de inwerkingtreding van het Handvest heeft de rechtszoekende op grond van artikel 47 recht op een doeltreffende voorziening in rechte en een onpartijdig gerecht. Dit artikel is een codificatie van de artikelen 13 en 6 EVRM. Anders dan artikel 6 EVRM is artikel 47 van het Handvest wel van toepassing op vreemdelingenzaken. Over de band van dit artikel zijn de 6 en 13 EVRM-waar-

312 Zie paragraaf 5.4.

313 Zie onder vi. van paragraaf 5.4.

borgen dan dus ook van toepassing in dit type zaken, mits deze zien op EU-verblijfskwesties.³¹⁴

Op een aantal punten zijn de 3 EVRM-procedurele waarborgen in uitzettingszaken ook van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM. Ondanks het gegeven dat onder beide artikelen in asielzaken een vergelijkbare toets (i.e. grondig onderzoek van geloofwaardigheid) plaatsvindt. Toch laat dit onverlet dat artikel 13 EVRM wel onder invloed van het materiële artikel 3 EVRM de procedurele verplichting tot het doen van een grondig onderzoek in uitzettingszaken met zich brengt. Bovendien verlangt artikel 13 EVRM in 3 EVRM-uitzettingszaken een rechtsmiddel met automatisch schorsende werking. Dit zijn op zichzelf staande vereisten, die onder invloed van artikel 3 EVRM onder artikel 13 EVRM tot stand zijn gekomen. De inhoud van de 3 EVRM-klacht maakt dat een automatisch schorsende werking van het rechtsmiddel nodig is, omdat de kern van het geschil is gericht tegen de uitzetting. Daarnaast brengt artikel 13 EVRM onder invloed van artikel 3 EVRM verplichtingen met zich die zien op de asielprocedure. Hiermee wordt artikel 13 EVRM al van belang in de fase *voordat* er een besluit is genomen en in de verlengde besluitvorming. Deze laatste twee verplichtingen zijn van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM. Onder invloed van artikel 3 EVRM wordt de fase verruimd en moet het ingestelde rechtsmiddel het besluit *automatisch* schorsen.

Net als onder artikel 2 EVRM is opgemerkt in het kader van de gewone onderzoeksplicht, geldt ook onder 3 EVRM dat de toegevoegde waarde van deze plicht ten opzichte van artikel 13 EVRM genuanceerd ligt. Artikel 13 EVRM alleen verlangt geen effectief onderzoek, maar een tekortschietend onderzoek onder artikel 3 EVRM kan ook nadelige implicaties (ten aanzien van bewijs en daarmee een schadevergoedingsclaim) hebben voor de effectiviteit van artikel 13 EVRM.³¹⁵

5.6 DE PROCEDURELE WAARBORGEN: BESLUITVORMINGSFASE EN/OF RECHTERLIJKE FASE

Onder artikel 3 EVRM zijn twee type onderzoeksverplichtingen voor de Staat geformuleerd. De eerste plicht ziet op de ‘gewone’ onderzoeksplicht waarbij op de nationale autoriteiten de plicht rust om een onderzoek te starten naar de vermeende met artikel 3 EVRM strijdige gebeurtenis, om de verantwoordelij-

314 Zie over de uitzetting op basis van geheime informatie en het artikel 47 HvEU-vereiste op grond waarvan de belangrijkste redenen om een EU-burger te beperken in zijn recht op vrij verkeer van personen toegankelijk moeten zijn: Reneman 2014. Zie voor de relatie tot de EHRM-jurisprudentie (en dan vooral artikel 6 EVRM) op p. 75 e.v.

315 Vgl. ook Nussberger 2017 en EHRM 15 maart 2011, zaaknr. 39414/06, par. 50 (*Serdar Güzel t. Turkije*).

ken op te sporen en eventueel te bestraffen/verantwoordelijk te houden. De tweede plicht ziet op de taak voor de nationale autoriteiten om in asielzaken onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM een grondig en zorgvuldig onderzoek te doen. Kenmerkend voor de ‘gewone’ onderzoeksplicht is dat het voorwerp van het onderzoek in het verleden ligt: de gebeurtenis heeft zich reeds voorgedaan. Anders is dit voor de onderzoeksplicht in asielzaken nu het hier gaat om het reële toekomstige risico op een vermeende met artikel 3 EVRM strijdige behandeling in het land waarnaar wordt uitgezet.

In de meeste gevallen zal de ‘gewone’ onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM, net als onder artikel 2 EVRM, in de praktijk in handen zijn van de uitvoerende autoriteiten van de Staat. Gelet op de soms benodigde expertise ligt het ook voor de hand dat de uitvoerende autoriteiten met dit onderzoek zijn belast. Echter, de plicht blijft niet beperkt tot deze autoriteiten: ook op de rechterlijke autoriteit rust een onderzoeksverplichting.³¹⁶

Ook de onderzoeksverplichting in asielzaken onder artikel 3 EVRM en in combinatie met artikel 13 EVRM richt zich zowel tot de uitvoerende als rechterlijke autoriteit van de Staat. Toch lijkt opnieuw vooral voor de uitvoerende autoriteit een belangrijke rol en taak te zijn weggelegd. Het zijn immers de migratieautoriteiten van de Staat die de asielaanvraag behandelen en de asielzoeker horen/ondervragen en de 3 EVRM-claim van de asielzoeker te onderzoeken. Dit kan dan onder meer betekenen dat de uitvoerende autoriteit het overgelegde bewijsmateriaal moet verifiëren, en eventueel deskundigen(rapporten) moet raadplegen. Daarnaast is het ook aan de nationale rechter om de verdedigbare claim van de asielzoeker grondig te onderzoeken. Een nalaten hiervan kan reden zijn voor het Hof om zelf de 3 EVRM-claim op EVRM conformiteit te beoordelen.³¹⁷

In asielzaken gelden daarnaast diverse verplichtingen die zien op de inrichting van de asielprocedure. Waar het gaat om het informeren van de asielzoeker en het beschikbaar stellen van een tolk, richten deze eisen zich in de nationale procedure toch vooral tot de uitvoerende autoriteit van de Staat. De asielprocedure (inclusief de asielaanvraag) is immers de primaire verantwoordelijkheid van de migratieautoriteiten van de Staat. De vereisten die zien op het voldoende tijd gunnen aan de asielzoeker om beroep in te stellen en de beschikbaarheid van een rechtsmiddel met automatische schorsende werking kunnen zich zowel richten tot de uitvoerende (bestuurlijke voor)fase als de rechterlijke fase.

³¹⁶ White & Ovey 2014, p. 194.

³¹⁷ Zie ook par. 118 in: EHRM 15 oktober 2015, EHRC 2016, 9, m.nt. M. den Heijer (*L.M. e.a. t. Rusland*).

5.7 CONCLUSIE

Artikel 3 EVRM brengt een veelheid aan procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich. Net als onder artikel 2 EVRM, rust ook onder het folterverbod op de Staat de 'gewone' procedurele verplichting om een vermeende met artikel 3 EVRM strijdige gebeurtenis achteraf aan een grondig onderzoek te onderwerpen. Ook onder artikel 3 EVRM moet het onderzoek onafhankelijk worden uitgevoerd en dienen de verantwoordelijken te worden geïdentificeerd. Daarnaast moet het onderzoek voortvarend van start gaan en mag het niet onredelijk lang duren. Tot slot moet de klager, of zijn familie, in voldoende mate bij (de voortgang van) het onderzoek worden betrokken. Deze afzonderlijke eisen waaraan het onderzoek dient te voldoen om als effectief te worden gekwalificeerd kunnen dienen als handvat. De inhoud van de zaak zelf is uiteindelijk het meest bepalend voor de uitkomst. Opnieuw geldt onder artikel 3 EVRM dus dat de invulling van wat als een effectief onderzoek kwalificeert sterk afhankelijk is van de feiten. Deze casuïstische en enorm omvangrijke jurisprudentie maakt het lastig om algemene conclusies te trekken.

In asielzaken heeft het EHRM bepaald dat onder artikel 3 EVRM zelfstandig en in combinatie met artikel 13 EVRM op de nationale uitvoerende en rechterlijke autoriteiten de plicht rust om voorafgaand aan een voorgenomen uitzetting een grondig onderzoek te doen naar de claim van de asielzoeker. De asielzoeker stelt niet te kunnen wordt uitgezet vanwege het reële risico dat hij loopt op een 'ill-treatment'. Nu in beide gevallen zowel de uitvoerende als de rechterlijke autoriteit belast is met deze verplichting, doet het onderscheid tussen de onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM en de plicht onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM wat kunstmatig aan. Bovendien is onder artikel 13 EVRM de verdedigbaarheid van de materiële EVRM-claim een vereiste om ontvankelijk te worden verklaard. Onder artikel 3 EVRM moet klager de klacht voldoende substantiëren, voordat de Staat aan zet is om elke bestaande twijfel over de klacht weg te nemen. Een verdedigbare claim impliceert tenslotte dat de claim voldoende is onderbouwd.

De omvang van de procedurele plicht tot het doen van een grondig onderzoek naar de 3 EVRM-claim van de asielzoeker wordt gevormd door de toets van de geloofwaardigheid van het asielrelaas en de concrete stappen die de nationale autoriteiten vervolgens dienen te nemen. Bij deze concrete stappen kan het dan in sommige gevallen gaan om het verlagen van de bewijslast, of het nemen van meer procedurele (en/of materiële) maatregelen in het geval dat het gaat om minderjarige kwetsbare asielzoekers en het doen van een *ex nunc*-toets. Toch blijven ook hier de feiten van de zaak het meest bepalend voor de concrete invulling van de geloofwaardigheidstoets in het specifieke geval. Dit maakt het dus opnieuw moeilijk om meer algemene conclusies te trekken ten aanzien van de invulling van deze geloofwaardigheidstoets. Toch

kunnen er wel aanknopingspunten voor de invulling van deze toets worden gevonden in de ratio van de plicht tot het doen van een grondig onderzoek naar de 3 EVRM-claim van de asielzoeker.

Zo is om te beginnen de onomkeerbaarheid van de eventuele schade in het geval van een onterechte uitzetting reden voor het Hof om van de Staat te verlangen dat voorafgaand aan de uitzetting een grondig onderzoek plaatsvindt. Deze onomkeerbare eventuele schade kan voor de nationale autoriteiten fungeren als een alarmbel om extra procedurele stappen te zetten. In dit geval door een grondig onderzoek naar de claim te starten en dus de geloofwaardigheid van het relaas te toetsen. Ook de absolute en fundamentele aard van het recht, en daarmee de per definitie ernstige gevolgen in het geval van een aantasting, zijn reden voor het Hof om de procedurele plichten aan te scherpen. Daarnaast dienen zij de Staat te alarmeren om procedureel zorvuldig(er) te werk te gaan. De bijzondere bescherming die het Hof verlangt van de Staat in de gevallen waarin het gaat om personen behorend tot een kwetsbare groep, fungeert opnieuw zowel als ratio als alarmbel voor de nationale autoriteiten. Nu het gaat om kwetsbare personen die bijzondere bescherming verdienen, kan het Hof de Staat verplichten tot het verrichten van extra procedurele (of materiële) handelingen, of onderzoek. Het voorgaande kan ertoe leiden dat de Staat minder bewijs mag verlangen van een asielzoeker, of zich extra moet inspannen om de overgelegde bewijsmiddelen van de asielzoeker te verifiëren.

Onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM heeft het Hof bovendien eisen geformuleerd die zien op de inrichting van de nationale asielprocedure. Hierbij kan het dan gaan om een toegankelijke procedure, het horen van de betrokkenen en het bieden van rechtsbijstand. Een aantal van deze eisen vertoont overeenkomsten met artikel 6 EVRM, en dus kunnen onder omstandigheden sommige artikel 6 EVRM-eisen van toepassing zijn op de nationale asielprocedure. Dit is opmerkelijk omdat, zoals bekend, artikel 6 EVRM in beginsel alleen in de rechterlijke fase speelt en bovendien in principe niet van toepassing is in vreemdelingenzaken. Ook over de band van artikel 13 EVRM zelfstandig kan het Hof soms impliciet een 6 EVRM-eis toepassen in een asielzaak. Het Hof kan dit doen door de 6 EVRM-klacht die ziet op het afwezige horen bij een nieuwe aanvraag als een 13 EVRM-klacht aan te merken. Dit brengt extra procedurele waakzaamheid voor de nationale autoriteiten met zich. Artikel 6 EVRM kan dan niet alleen al in de uitvoerende fase gelden en zelfs voordat een besluit is genomen (verruiming van artikel 13 EVRM): onder omstandigheden kan het artikel zich ook uitstrekken tot asielzaken. Artikel 13 EVRM kan tot slot zelfstandig procedurele verplichtingen genereren voor de Staat. Ook in de gevallen waarin in principe niet langer een geschil bestaat onder artikel 3 EVRM – bijvoorbeeld omdat een verblijfsvergunning is verleend, kan het Hof alsnog ingaan op het 13 EVRM-vereiste van de aan- of afwezigheid van een nationaal rechtsmiddel dat de uitvoering van het besluit automatisch opschort.

De toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen onder artikel 3 EVRM zelfstandig of in combinatie met artikel 13 EVRM in asielzaken, inclusief de asielprocedure, is evident. De verplichtingen die nu ook in asielzaken gelden, golden niet eerder onder artikel 6 EVRM. Hiermee zijn de procedurele eisen nieuw, anders en van toepassing op de (bestuurlijke) voorfase. Onder artikel 6 EVRM geldt immers geen plicht tot het houden van een grondig onderzoek naar de artikel 3 EVRM-claim, en al helemaal niet in asielzaken. Evenmin geldt onder artikel 6 EVRM de 'gewone' onderzoeksplicht van artikel 3 EVRM. Hoewel het onderscheid tussen de plicht tot het doen van een grondig onderzoek in asielzaken onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM en onder artikel 3 EVRM zelfstandig soms wat kunstmatig aandoet, laat dit onverlet dat onder invloed van het folterverbod artikel 13 EVRM een andere uitleg heeft gekregen. In artikel 3 EVRM-uitzettingzaken dient het rechtsmiddel het besluit namelijk automatisch te schorsen. Bovendien hebben de eisen die zien op de toegankelijkheid van de asielprocedure tot gevolg dat artikel 13 EVRM al voorafgaand aan een besluit op de asielaanvraag aan de orde kan zijn.

Tot besluit: in dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat artikel 3 EVRM veel meer omvat dan een negatieve onthoudingsverplichting voor de Staat om niet te folteren. Onder artikel 3 EVRM gelden zowel materiële als procedurele positieve verplichtingen. Op de laatste categorie is in dit hoofdstuk uitgebreid ingegaan. Niet alleen rust op de autoriteiten een met artikel 2 EVRM vergelijkbare onderzoekplicht, maar juist ook in asielzaken heeft het Hof veel procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten geformuleerd. Het is van belang voor de Staat om op de hoogte te zijn van het moment waarop deze plicht wordt geactiveerd, en daarnaast van de omvang van de plicht. Zo is het aan de asielzoeker om zijn 3 EVRM-claim voldoende te onderbouwen met bewijs, en vervolgens zijn de nationale autoriteiten aan zet om elke bestaande twijfel hierover weg te nemen. Verder zijn de dreigende onomkeerbare schade, het feit dat het gaat om personen behorend tot een kwetsbare groep en het fundamentele en absolute karakter van artikel 3 EVRM redenen voor het Hof om de eisen aan te scherpen. Ook op nationaal niveau kan en moet hier dus al op worden geanticipeerd. Wachten totdat een klager zich tot Straatsburg wendt, is inefficiënt en in strijd met het Verdrag. Bovendien is dit niet in lijn met het subsidiariteitsbeginsel, waarbij het primair aan de Staat is om de (mensen)rechten van het individu te beschermen en – waar mogelijk – te verzekeren.

