



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

11 | De toetsingspraktijk van het EHRM

Bewijs(regels) onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

11.1 INLEIDING

De vraag die als een rode draad door dit hoofdstuk loopt is: welke indirecte procedurele implicaties volgen uit de omgang met bewijs(regels) door het Hof zelf onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM? Daarnaast wordt opnieuw de derde onderzoeksvraag beantwoord naar de mogelijke toegevoegde waarde van deze indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM.

De toetsingspraktijk van het EHRM toespitst op de omgang met bewijsregels is om meerdere redenen een nadere bestudering waard. Zo is het om te beginnen interessant om te bezien wat voor het Hof reden kan zijn om zelfstandig bewijs te verzamelen, en hoe het Hof dit bewijs vervolgens waardeert. In hoeverre zijn de omstandigheden van het geval van invloed op de omgang met het bewijs? Is het Hof opnieuw, net als bij de feitenvaststelling, actiever onder de artikelen 2 en 3 EVRM? Of kunnen bewijskwesties ook onder de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM een rol spelen met als gevolg dat het EHRM ook hier een actievere houding aanneemt?

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Om te beginnen zal ik in meer algemene zin ingaan op het bewijsrecht ten aanzien van mensenrechten (paragraaf 11.2). Vervolgens zal ik kort ingaan op enkele bewijsrechtelijke thema's, zoals de bewijslast en de bewijsomvang (paragraaf 11.3). Daarna sta ik stil bij een aantal bewijsregels onder de standaard 2 en 3 EVRM-zaken en artikel 8 EVRM en 1 EP EVRM (paragraaf 11.4). Standaard, ter onderscheiding van de asielzaken waarin door klager een beroep op voormelde artikelen kan worden gedaan en in het bijzonder op artikel 3 EVRM.¹ Dit type zaken zal ik vervolgens behandelen aan de hand van een selectie uitspraken,² waarbij ik inzoom op de bewijsregels die het Hof in die gevallen hanteert (paragraaf 11.5). De jurisprudentie op dit terrein is omvangrijk. Om toch enigszins structuur aan

1 In uitzettingszaken wordt het vaakst een beroep gedaan op 3 EVRM, en minder vaak op 2 EVRM. Zie ook hoofdstuk 5 en de verwijzing naar: Mirgaux 2013a, p. 66; Gerards 2013, p. 243.

2 Vertrekpunt voor deze selectie uitspraken vormt de door Baldinger genoemde EHRM jurisprudentie (Baldinger 2013, i.h.b. p. 234-287), aangevuld met daarna verschenen relevante EHRM jurisprudentie.

te brengen is ervoor gekozen om in te zoomen op een aantal bewijsrechtelijke thema's met mogelijke indirecte procedurele implicaties.³ Vervolgens ga ik in op de indirecte bewijsrechtelijke consequenties van de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en 1 EP EVRM in relatie tot de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM en de mogelijke toegevoegde waarde (paragraaf 11.6) gevolgd door de conclusie (paragraaf 11.7).

11.2 BEWIJSRECHT EN MENSENRECHTEN

Het is interessant om te kijken wat de invloed kan zijn van fundamentele mensenrechten op de wijze waarop het EHRM omgaat met het bewijsrecht. Van een internationaal mensenrechtenhof als het EHRM kan worden verwacht dat het een bijzondere invulling geeft aan bewijsregels omdat het tenslotte onder meer tot doel heeft de individuele mensenrechten te beschermen. Zo is het naar mijn mening goed denkbaar dat dit zich vertaalt in een coulante opstelling van het Hof ten aanzien van kwetsbare groepen. Als bekend beschikken kwetsbare groepen doorgaans niet over de middelen om op te komen voor hun belangen, en met deze achterstand kan het Hof eventueel rekening houden bij de toepassing van de bewijsregels.⁴ In deel I hebben we immers kunnen lezen dat het Hof van de nationale autoriteiten kan verlangen om in de procedure rekening te houden met het behoren tot een kwetsbare groep.

Hoewel het Hof pretendeert geen 'vierde instantie' te zijn, kan het toch gebeuren dat het Hof zich in bepaalde gevallen actiever opstelt, dan dat aanvankelijk was te verwachten gelet op de bijzondere positie die het inneemt (ten opzichte van de Staten). Misschien dat niet alleen het zeer fundamentele recht (artikel 2 of 3 EVRM) dat op het spel staat, en de daarmee gepaard gaande ingrijpende gevolgen voor betrokkenen, reden kan zijn voor het Hof om zich actiever op te stellen. Ook het feit dat het in 3 EVRM-uitzettingszaken gaat om een toekomstige situatie kan bijdragen aan de actievere opstelling van het EHRM. Of de klager een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling op het moment dat hij wordt uitgezet, is dan nog niet met zekerheid te zeggen. Bovendien bestaat de kans dat de schade die zich voordoet onomkeerbaar is. Dit kan voor het Hof reden zijn om de procedurele eisen die gelden voor de nationale autoriteiten aan te scherpen.⁵ Het ligt in de lijn der verwachting dat deze eventuele onomkeerbare schade ook voor het Hof zelf een *trigger* kan zijn om extra stappen te zetten ten aanzien van het doen

3 Zie paragraaf 11.5.1 t/m 11.5.5.

4 Zie in dit verband ook de dissertatie van Michiel van Emmerik: Van Emmerik 1997, i.h.b. op p. 167 e.v. en p.275 over het fenomeen van de 'loss of opportunities' waarbij het Hof rekening houdt met de bewijsproblemen bij immateriële schade en zo klager tegemoetkomt. Zie ook recenter: Somers 2016, p. 144 e.v. (over artikel 41 EVRM).

5 Zie ook deel I.

van onderzoek naar de geloofwaardigheid van het relaas van klager.⁶ Het gaat in uitzettingszaken, zoals helder verwoord door Smith, om 'forward looking inquiries'⁷ en niet om 'backward looking inquiries'. Dit laatste is het geval als we te maken hebben met een potentieel met artikel 2 en/of 3 EVRM⁸ strijdige gebeurtenis in de Verdragsstaat zelf. Met andere woorden: in het eerste geval hebben de gevolgen zich nog niet gerealiseerd, en in het tweede geval richt het onderzoek zich op de gevolgen die reeds zijn ingetreden. Dus in het eerste geval kan de onomkeerbaarheid van de mogelijke schade nog worden voorkomen. Terwijl in het tweede geval slechts nog een remedie kan worden geboden, die de toegebrachte schade niet terug kan draaien.

Wat betekent dit verschil in type onderzoek voor de opstelling van het Hof in zaken waarin sprake is van gevaren en risico's voor de gezondheid en klagers zich beroepen op artikel 8 EVRM? In eerste instantie zou, met Smith, gezegd kunnen worden dat het hier gaat om 'backward looking inquiries'.⁹ In dit type zaken is de vergunning tenslotte doorgaans reeds verleend. Tegelijkertijd kunnen de gevaren en risico's voor de gezondheid en het milieu echter voortbestaan, en spelen zich daarmee af in de toekomst. De standaardbenadering van het Hof is dat het Hof de feiten bekijkt zoals deze zich hebben voorgedaan in de nationale procedure. Toch kan het EHRM misschien ook in dit type zaken uit eigen beweging besluiten om meer bewijs mee te nemen in zijn oordeel dan dat naar voren is gebracht in de nationale procedure. Is een ontbrekende consensus over de schadelijke gevolgen voor de gezondheid/het milieu een reden om dit te doen? Geldt dit ook wanneer uit de feiten en het door partijen overgelegde bewijs niet duidelijk is geworden wat de precieze schadelijke gevolgen van het besluit zijn? Waarschijnlijk raadpleegt het Hof alleen dan extra expertrapporten als de omstandigheden van het specifieke geval daar aanleiding toe geven. Kunnen ook onder artikel 8 EVRM de mogelijke onomkeerbaarheid van de eventuele schade en de ernstige gevolgen die dit met zich brengt het Hof ertoe bewegen zelfstandig meer bewijs te vergaren en onderzoek te doen? Onder artikel 8 EVRM is de lastige onomkeerbaarheid van de beslissing om het kind uit huis te plaatsen reden voor het Hof om extra zorgvuldigheid van de nationale autoriteiten te verlangen. Primair zal het Hof naar mijn verwachting aansturen op een zorgvuldige procedure naar nationaal recht. De hoofdregel blijft immers dat het Hof de klacht *ex tunc* beoordeelt, en de feiten zoals die in de nationale procedure zijn vast komen te staan als uitgangspunt neemt. Dit neemt echter niet weg dat er mogelijk ook gevallen

6 Baldinger noemt dit ook een van de *triggers* voor het doen van *a rigorous scrutiny* door het Hof zelf, zie Baldinger 2013, p. 234.

7 Smith 2009, p. 211. Geldt ook als een beroep wordt gedaan om artikel 2 EVRM in een uitzettingszaak.

8 Volgens Smith overigens ook bij de artikelen 5, 8, 9, 10, 11 en 14 EVRM waar het Hof ook de 'beyond reasonable doubt' standaard gebruikt. Smith 2009, p. 211.

9 Zie *supra* noot 5.

zijn waarin het Hof zich zelf genoodzaakt voelt om uit eigen beweging onderzoek te verrichten onder artikel 8 EVRM en *ex nunc* te toetsen.

Onder het eigendomsrecht, met uitzondering ten aanzien van de omvang van de schade,¹⁰ zijn de feiten doorgaans ook niet langer in geschil in de procedure voor het Hof. Gelet op de ruime *margin of appreciation* en de minder grote kans op mogelijke onomkeerbare schade of de onomkeerbaarheid ten aanzien van een besluit, is de houding van het Hof onder artikel 1 EP EVRM waarschijnlijk minder proactief dan onder de artikelen 2 en 3 EVRM in uitzettingszaken en onder omstandigheden onder artikel 8 EVRM.

11.3 BEWIJSRECHTELIJKE THEMA'S IN HET BESTUURSRECHT: BEWIJS(LASTVERDELING/RISICO), BEWIJSOMVANG, BEWIJSMIDDELEN, BEWIJSWAARDERING EN BEWIJSSTANDAARD

Een aantal voor dit hoofdstuk relevante bewijsrechtelijke thema's in het bestuursrecht zijn de *bewijslastverdeling*, de *bewijsomvang*, de *bewijsmiddelen*, de *bewijswaardering* en de *bewijsstandaard*.¹¹

Bij de *bewijslast* gaat het om het volgende: 'Wanneer een partij de bewijslast draagt, rust op haar de verplichting om bewijs te leveren'.¹² Binnen het begrip bewijslast kan een onderscheid worden gemaakt tussen de begrippen *bewijsrisico* en *bewijsvoeringslast*.¹³ Helder heeft Schuurmans uiteen gezet wat de betekenis is van dit *bewijsrisico* en de *bewijsvoeringslast*, als ook de verschuiving (i.e. omkering) van dit laatste. Op het moment dat een partij niet slaagt in de bewijslast, met andere woorden: de feiten zijn niet aannemelijk gemaakt, draagt deze partij het bewijsrisico.¹⁴ In de kern gaat het bij de verdeling van de bewijslast dus om het toedelen van het *bewijsrisico* aan een van de partijen. In de literatuur wordt ook wel gesproken van: 'bewijslast is bewijsrisico'.¹⁵ Een partij draagt het bewijsrisico als sprake is van een *non liquet*: in dat geval is ondanks de bewijsvoering van de partijen het te bewijzen feit niet komen vast te staan. De rechter moet dan het bewijsrisico bij een van de partijen leggen.¹⁶

Zoals gezegd omvat de term bewijslast niet alleen het *bewijsrisico*, maar ook de *bewijsvoeringslast*. Wat betekent het voor een partij als deze de bewijsvoeringslast draagt? Het is dan aan deze partij om met bewijsstukken te komen. Doorgaans draagt de partij met het *bewijsrisico* de *bewijsvoeringslast*.

10 Zie hoofdstuk 10.

11 Zie: Schuurmans 2005, p. 20. Zie voor de bewijsregels die het EHRM hanteert onder meer de Leidse dissertatie van Jasmina Mačkić (Mačkić 2017).

12 Schuurmans 2005, p. 22.

13 Giesen 2001, p. 12; Schuurmans 2005, p. 23.

14 Schuurmans 2005, p. 23.

15 Damen 2009, p. 264.

16 Schuurmans 2005, p. 23.

Het *bewijsrisico* blijft op deze partij rusten als de wederpartij tegenbewijs levert.¹⁷ Op de wederpartij die dus het tegenbewijs heeft geleverd rust de *bewijsvoeringslast*, en niet het *bewijsrisico*. Van een omkering van de bewijslast (of eigenlijk: 'een bewijsrisico-omkering')¹⁸ is sprake als deze bewijslast komt te rusten op de partij die aanvankelijk niet met het bewijsrisico belast was.¹⁹

Bij de *bewijsomvang* gaat het om de vraag: 'wat moet worden bewezen?'²⁰ Het gaat dan dus om de vraag naar de omvang van het feitelijke geding.²¹ Op het moment dus dat de omvang van het feitelijke geschil is vastgesteld, dan is duidelijk welke feiten partijen moeten bewijzen. Dit maakt dat de bewijsomvang van invloed is op de inhoud van de bewijslast.²²

Bij de *bewijsmiddelen* gaat het om 'de juridisch toegelaten middelen waarmee de feiten kunnen worden bewezen'.²³ In het Nederlandse bestuursrecht geldt de vrij bewijsleer: van een beperking in de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen is derhalve geen sprake.²⁴

Bij de *bewijswaardering* gaat het om de overtuigingskracht van het bewijsmiddel. Dit is aan het bestuursorgaan of de rechter.²⁵ De bewijswaardering en de bewijslastverdeling zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden: de vraag of iemand slaagt in zijn/haar bewijslast hangt af van de bewijswaarderingsmaatstaf.²⁶

Tot slot de *bewijsstandaard*. Binnen het bestuursrecht geldt in principe dat door eiser een bepaald nadeel aannemelijk moet worden gemaakt.

11.4 BEWIJSREGELS VOOR HET EHRM: ARTIKEL 2, 3 EN 8 EVRM EN ARTIKEL 1 EP EVRM

Centraal in deze paragraaf staan de bewijsregels die het Hof hanteert bij de beoordeling van de klacht ten gronde²⁷ in het geval dat artikel 2, 3 of 8 EVRM of 1 EP EVRM op het spel staat.

17 Schuurmans 2005, p. 22 – 23.

18 Zo merkt Schuurmans op: Schuurmans 2005, p. 23.

19 Schuurmans 2005, p. 23. Zie ook: Schreuder – Vlasblom 2011, p. 629 – 641.

20 Damen e.a. 2009, p. 262 e.v.

21 Schuurmans 2005, p. 20.

22 Schuurmans 2005, p. 20.

23 Schuurmans 2005, p. 20; Damen 2009, p. 270 e.v.

24 Schuurmans 2005, p. 20; Schueler 1999, p. 624.

25 Schuurmans 2005, p. 21; Damen 2009, p. 271 – 273.

26 Schuurmans 2005, p. 21.

27 Ik ga hier uit van de fase waarin het Hof ingaat op de inhoudelijke gronden van de klacht, en ga er dus vanuit dat de klacht ontvankelijk is ex artikel 35 EVRM. Kanttekening is wel dat een van de ontvankelijkheidsvoorwaarden ziet op 'manifestly ill-founded', en dit vraagt wel al om een inhoudelijke beoordeling (in de ontvankelijkheidsfase). Zie voor de verdeling van de bewijslast in de ontvankelijkheidsfase tussen staat en klager: Haeck & Herrera 2011,

11.4.1 Standaard artikel 2 en artikel 3 EVRM-zaken

In de standaard 2 EVRM-zaken kan het gaan om gedwongen verdwijningen, overlijden tijdens detentie of een medische fout met de dood tot gevolg. Bij de standaard 3 EVRM-zaken kan onder meer gedacht worden aan een vernederende of onmenselijke behandeling gedurende detentie, of tijdens de opname in een psychiatrische kliniek.²⁸ Nu volgt een uiteenzetting van de omgang van het Hof met de bewijsstandaard, de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de bewijswaardering in dit type zaken. Vooraf moet opgemerkt worden dat de procedurele onderzoeksplicht onder deze artikelen²⁹ in belangrijke mate de noodzaak voor het Hof om zelfstandig het bewijs te beoordelen heeft doen afnemen en daarmee de indirecte procedurele implicaties.

Bewijsstandaard

Noch in het EVRM noch in het Procesreglement van het Hof zijn regels opgenomen over de bewijsstandaard.³⁰ Dit is ook verwoord door Bonello: *‘Both the Convention and the rules of procedure keep very silent as to what standards of proof the Court should adopt.’*³¹ In de jurisprudentie van het Hof is echter de volgende bewijsstandaard ontwikkeld in zaken waarin artikel 2 en/of artikel 3 EVRM op het spel staan/staat: het gebeurde moet ‘beyond reasonable doubt’ vast komen te staan.³² Dit betekent dat de gebeurtenis(sen) ‘buiten redelijke twijfel’, oftewel: ‘onomstotelijk’ moet(en) kunnen worden vastgesteld.

Verder heeft dit criterium een autonome betekenis, en is het niet de bedoeling van het Hof geweest om dit criterium over te nemen van de nationale systemen.³³

Het ‘beyond reasonable doubt’-vereiste is een hoge bewijsstandaard,³⁴ en als reden kan worden gegeven dat de vaststelling van een schending van artikel 2 en/of artikel 3 EVRM stigmatiserend kan werken voor de Staat.³⁵ Bij het bepalen van de mate van overtuiging die nodig is zien we dit ook terug in de volgende overweging van het Hof.

p. 359-360, en voor de bewijslast bij de inhoudelijke behandeling van de klacht: Haeck & Herrera 2011, p. 360-364. Het gaat dan om de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken, en dus niet om uitzettingszaken.

28 Hoofdstuk 4 en hoofdstuk 5.

29 Zie uitgebreid hoofdstuk 4 en 5.

30 Zie ook: Haeck & Herrera 2011, p. 358-359.

31 Bonello 2009, p. 67.

32 Haeck & Herrera 2011, p. 364; Tigroudja 2007, p. 134.

33 EHRM 24 januari 2008, zaaknr. 48804/99, par. 45 (*Osmanoğlu t. Turkije*). Ook de begrippen *criminal charge* en *civil rights and obligations* van artikel 6 EVRM hebben een autonome betekenis, zie hoofdstuk 2.

34 Zie ook Haeck & Herrera 2011, p. 365 en de daar genoemde kritiek.

35 White & Ovey 2014, p. 194 (i.h.k.v. artikel 3 EVRM).

‘According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact 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. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights (...)’³⁶

Uit deze overweging kunnen we afleiden dat de ernst die het Hof hecht aan het oordeel dat de Staat een fundamenteel recht heeft geschonden van invloed is op de mate van overtuiging die nodig is en de uiteindelijke verdeling van de bewijslast. Daarnaast is uit voorgaande overweging op te maken dat de verdeling van de bewijslast wordt ingegeven door onder meer de specifieke feiten van het geval.³⁷ Tot slot volgt uit voorgaande overweging dat het bewijs kan volgen uit de aanwezigheid van ‘voldoende sterke, duidelijke en overeenstemmende conclusies of uit vergelijkbare niet weersproken vermoedens over de feiten.’³⁸ De vraag blijft wel hoe dit laatste criterium ‘vergelijkbare niet weersproken vermoedens over de feiten’, in de praktijk moet worden gehanteerd. In het bijzonder als we zien dat het Hof in de voorgaande overweging expliciet spreekt van ‘conflicting account of events’. Het is goed denkbaar dat in het geval van conflicterende verklaringen over de gebeurtenissen de vermoedens elkaar juist tegenspreken.

Bewijsomvang

Bij de vraag naar de bewijsomvang gaat het om wat bewezen moet worden. De vraag dus om welke feiten het gaat. Toegespitst op de artikelen 2 en 3 EVRM betekent dit dat vast moet komen te staan dat klager door toedoen of juist door het nalaten van de Staat om het leven is gekomen of vernederend is behandeld. Via het leerstuk van de positieve verplichtingen kan de Staat ook verantwoordelijk zijn voor een met artikel 2 en/of 3 EVRM strijdige handeling/nalaten door private partijen.³⁹

Bewijslastverdeling

Uitgangspunt bij de bewijslastverdeling onder artikel 3 EVRM is dat het in principe aan de klager is om aannemelijk te maken dat hij is gemarteld of

36 Vgl. o.m. EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 92, par. 151 (Grote Kamer) (*El-Masri t. Voormalig Joegoslavische Republiek Macedonië*) (uitleveringszaak). Dit zien we ook terug in artikel 2 EVRM zaken: EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 158/1996/777/97, par. 77 (*Kaya t. Turkije*); EHRM 15 mei 2007, EHRC 2007, 83, m.nt. De Jonge, par. 273 e.v. (Grote Kamer) (*Ramsahai e.a. t. Nederland*); EHRM 6 juli 2005, zaaknrs. 43577/98 en 43579/98, (Grote Kamer) (*Nachova e.a. t. Bulgarije*). Zie overigens ook ten aanzien van artikel 5 EVRM: EHRM 23 februari 2012, zaaknr. 29226/03, par. 88 (Grote Kamer) (*Creangă t. Roemenië*).

37 Haeck & Herrera 2011, p. 360-361.

38 Vgl. ook: Haeck & Herrera 2011, p. 364. Zie ook: White & Ovey 2014, p. 194-195.

39 Zie ook hoofdstuk 4 en 5.

onmenselijk/vernederend is behandeld.⁴⁰ Hetzelfde geldt ten aanzien van artikel 2 EVRM: het is dan in beginsel aan de nabestaande(n) van het slachtoffer om 'boven redelijke twijfel' aan te tonen dat het slachtoffer om het leven is gekomen als gevolg van overheidshandelen/nalaten.⁴¹ In het geval van niet dodelijk geweld is het aan klager om aan te tonen dat hij 'boven redelijke twijfel' in een levensbedreigende situatie verkeerde waarvoor de Staat verantwoordelijk was. De bewijslast rust dus in principe op klager.

Absoluut is deze plicht echter niet. De bewijslast verschuift in de gevallen waarin sprake is van overlijden tijdens detentie,⁴² of als klager stelt tijdens detentie te zijn mishandeld. Op de Staat rust dan de plicht om aannemelijk te maken dat hem geen verwijt kan worden gemaakt op dit punt.⁴³ Het gaat dan dus om gevallen waarin de mogelijk met artikel 2 en/of 3 EVRM strijdige handeling onder verantwoordelijkheid van de Staat heeft plaatsgevonden. In zaken waarin vermeende gedwongen verdwijningen hebben plaatsgevonden,⁴⁴ het lichaam niet is gevonden en de overheid de detentie niet erkent, vindt opnieuw een omkering van de bewijslast plaats. Het overlijden gedurende opsluiting kan dan worden gebaseerd op basis van alle omstandigheden van de zaak waarbij in het bijzonder de aanwezigheid van voldoende indirect bewijs (concreet onderbouwd) een rol speelt.⁴⁵ In zaken echter waarin het gaat om 'dodelijk geweld door oorlogstroepen'⁴⁶ is het aan klager om aan te tonen dat zijn recht op leven is geschonden.⁴⁷

Een aparte categorie vormen de zaken waarin sprake is van een vermeende discriminatie. In sommige gevallen is het aan de Staat om de discriminerende beschuldigingen te weerleggen. Tegelijkertijd reikt de plicht van de Staat niet zover dat hij moet aantonen dat bij politieagenten racistische motieven afwezig waren (in het geval van levensberoving van Roma).⁴⁸ De Grote Kamer van het Hof bepaalde dit in de zaak *Nachova e.a.*⁴⁹ Daarnaast is het zo dat in gestelde indirecte discriminatiezaken minder strenge regels door het Hof worden gehanteerd ten aanzien van klager.⁵⁰

40 Haeck & Herrera 2011, p. 361.

41 De staat kan ook verantwoordelijk worden gehouden voor een nalaten in te grijpen in een relatie tussen burgers onderling. Het gaat dan om gevaar afkomstig van derden. Een bekend voorbeeld is de zaak *Osman* (EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*)). Zie nader in hoofdstuk 4.

42 Haeck & Herrera 2011, p. 362.

43 Haeck & Herrera 2011, p. 361.

44 Zie ook: Keller & Heri 2014, i.h.b. p. 738-740.

45 Geparafraseerde weergave van Haeck & Herrera (2011), op p. 362-363.

46 Haeck & Herrera 2011, p. 362.

47 Harris e.a. 2009, p. 850.

48 Haeck & Herrera 2011, p. 363.

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

50 Haeck & Herrera 2011, p. 363; zie over discriminatie i.h.k.v. onterende behandeling: Harris e.a. 2014, p. 269-270, en zie het Leidse promotieonderzoek van Jasmina Mačkić over de ontwikkeling van een adequaat bewijsstelsel in discriminatiezaken (Mačkić 2017).

Bewijswaardering en bewijsmiddelen

Tot slot de bewijswaardering en de bewijsmiddelen. Bij de waardering van het bewijs gaat het om de overtuigingskracht die aan het bewijsmiddel wordt toegekend. In de hiervoor genoemde Roma zaken waarin potentieel sprake is van indirecte discriminatie kunnen relevante en betrouwbare statistieken volstaan als een begin van bewijs (*prima facie*) van klager.⁵¹ Verder kunnen medische rapporten voor het Hof als bewijs dienen voor opgelopen verwondingen, veroorzaakt door en/of onder verantwoordelijkheid van de Staat.⁵² In artikel 3 EVRM zaken maakt het Hof verder onder andere gebruik van de CPT-rapporten.⁵³

Ten aanzien van de bewijsmiddelen die zijn toegelaten in de procedure voor het Hof werpt het Hof geen procedurele barrières op.⁵⁴ Met andere woorden: elk type bewijsmateriaal is toegestaan.⁵⁵ Bovendien kan het Hof besluiten om meer informatie mee te nemen dan dat in de nationale procedure is gebeurd.⁵⁶ Een regeling die hieraan in de weg staat, ontbreekt.

11.4.2 Artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

Artikel 8 EVRM beschermt het recht privé- en familieleven. Bij een inbreuk op dit recht kan het bijvoorbeeld gaan om de inzet van geheime toezichtsbevoegdheden met een ((on)gerechtvaardigde) inmenging in de privésfeer tot gevolg. Bij een inmenging in het familieleven kan het gaan om een uithuisplaatsing van een kind. In eigendomszaken onder artikel 1 EP EVRM kan gedacht worden aan een overheidsmaatregel waarmee mogelijk een inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van betrokkene.

Allereerst volgt een bespreking van de bewijsregels die het Hof zelf onder artikel 8 EVRM hanteert en de mogelijke indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de omgang met bewijs door het Hof onder dit artikel (paragraaf 11.4.2.1). Daarna volgen de bewijsregels van het Hof zelf onder artikel 1 EP EVRM (paragraaf 11.4.2.2).

51 Haeck & Herrera 2011, p. 363

52 Haeck & Herrera 2011, p. 361.

53 Harris e.a. 2014, p. 145, en zie ook hoofdstuk 10.

54 Haeck & Herrera 2011, p. 359; Leach 2011, p. 172; Tigroudja 2007, p. 132-133; Erdal 2001, p. 73; Rogge 1993, p. 692.

55 In de paragraaf over artikel 3 EVRM in asielzaken sta ik hier langer bij stil.

56 Leach 2011, p. 57; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 73. Zie ook: EHRM 19 april 2001, zaaknr. 22751/95, par. 89 (*KA t. Finland*).

11.4.2.1 Artikel 8 EVRM

Bewijsomvang en bewijsstandaard

De eerste vraag die gesteld moet worden is de vraag naar de bewijsomvang: wat moet in de 8 EVRM-procedure voor het Hof bewezen worden? In het geval dat het gaat om een negatieve verplichting onder artikel 8 EVRM concentreert het onderwerp van geschil zich op de vraag naar de gerechtvaardigheid van de inmenging in het recht op privacy.⁵⁷ Het Hof stelt in dit type zaken vaak vrij snel vast dat sprake is van een inmenging. Dit behoeft in de procedure voor het Hof dus doorgaans geen nader bewijs. Bij de positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM gaat het om de vraag of de Staat de maatregelen heeft genomen die nodig zijn om het recht op privéleven van klager te beschermen. Dan dient dus bewezen te worden dat het nalaten hiervan tot gevolg heeft dat het recht van betrokkene onvoldoende is beschermd door de Staat. Overigens geldt zowel in het kader van de negatieve verplichtingen als de positieve verplichtingen dat sprake moet zijn van een *fair balance*.⁵⁸

Wanneer sprake is van een inmenging in artikel 8 EVRM, is het aan klager om de inmenging aan te tonen. Ook nu, net als onder artikel 2 en 3 EVRM, past het EHRM de bewijsstandaard van 'beyond reasonable doubt' toe.⁵⁹ In *Fadeyeva e.a.*⁶⁰ refereert het Hof expliciet aan voormelde bewijsstandaard. In de hiernavolgende overweging is echter te lezen dat het Hof flexibel is ten aanzien van deze hoge bewijsstandaard en rekening houdt met de aard van het materiële recht dat in het geding is en eventuele bewijsmoeilijkheden. De betreffende overweging van het Hof:

'The Court recalls at the outset that, in assessing evidence, the general principle has been to apply the standard of proof "beyond reasonable doubt". Such proof may follow from the co-existence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. *It should be also noted that it has been the Court's practice to allow flexibility in this respect, taking into consideration the nature of the substantive right at stake and any evidentiary difficulties involved.* In certain instances solely the respondent Government have access to information capable of corroborating or refuting the applicant's allegations; consequently, a

⁵⁷ Vgl. ook Haeck & Herrera 2011, p. 364.

⁵⁸ Zie ook hoofdstuk 6 en de verwijzing naar: EHRM 4 december 2007, *EHRC* 2008, 13, m.nt. E. Brems, *NJ* 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-bull.* 2008, 3, p. 293, m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker, par. 70 (Grote Kamer) (*Dickson t. Verenigd Koninkrijk*).

⁵⁹ Harris e.a. 2014, p. 531; Smith 2009, p. 211. Zie ook: EHRM 29 november 2005, zaaknr. 37038/97, par. 101-107 (*Nuri Kurt t. Turkije*) (niet 'beyond reasonable doubt' is vast komen te staan dat het huis van klager is verwoest door Turkse veiligheidstroepen: geen schending van artikel 8 EVRM, evenmin schending artikel 1 EP EVRM).

⁶⁰ EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadeyeva t. Rusland*) (luchtvervuiling veroorzaakt door uitstoot staalfabriek. De combinatie van indirect bewijs en de 'presumptions' zijn voor het Hof reden om aan te nemen dat de gezondheid van klaagster is verslechterd als gevolg van de blootstelling aan schadelijke stoffen van de staalfabriek (par. 88)).

rigorous application of the principle *affirmanti, non neganti, incumbit probatio* is impossible' [cursivering: TdJ].⁶¹

Hoewel de 'beyond reasonable doubt'-standaard een hoge bewijsstandaard is, is het Hof dus wel flexibel op dit punt en kan het de standaard ten faveure van klager naar beneden bijstellen als de omstandigheden dit verlangen. Het EHRM heeft hier in het bijzonder oog voor de individuele klager en de bewijsmoeilijkheden waarmee hij geconfronteerd kan worden. Bovendien lijkt het Hof dus ook oog te hebben voor de ongelijkheid tussen de procespartijen. Immers: de Staat beschikt doorgaans over meer (financiële) middelen en daarnaast over toegang tot belangrijke informatie die dient ter onderbouwing of weerlegging van de beweringen van klager. In die gevallen vindt het Hof het niet redelijk om vast te houden aan het beginsel: 'wie stelt, bewijst'.

In het geval van positieve verplichtingen gaat het als bekend om de verplichting die op de Staat kan rusten om maatregelen te treffen. In dat geval dient vast komen te staan dat de Staat ten onrechte heeft nagelaten deze maatregelen te nemen. Deze verplichting rust zowel op de Staat in het geval dat de Staat zelf partij is, als in het geval dat het gaat om de relatie tussen een private partij en een burger. Ook dan kan de Staat gehouden zijn om maatregelen te treffen. Het is aan klager om aan te tonen dat het nalaten maatregelen te treffen ertoe leidt dat zijn recht op privéleven onvoldoende is beschermd door de nationale autoriteiten. Hoewel het Hof, voor zover mij bekend, in dit verband niet spreekt van 'beyond reasonable doubt' kan naar mijn opvatting wel worden betoogd dat in deze gevallen ook 'boven redelijke twijfel' dient vast te komen te staan dat de Staat hierin tekort is geschoten. Het is dan aan het Hof om te oordelen of dit nalaten resulteert in een schending van artikel 8 EVRM.

Bewijslastverdeling

Wat betreft de bewijslastverdeling is het doorgaans⁶² aan klager om de inmenging aan te tonen, waarna de Staat moet aantonen dat deze inmenging de lid 2-toets doorstaat. Dat wil zeggen: de Staat moet aantonen dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, met als gevolg dat de inbreuk gerechtvaardigd is.⁶³

De bewijslast die op de Staat rust in het geval dat hij een inmenging in het recht van het individu moet rechtvaardigen heeft het Hof als volgt verwoord:

61 EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005, 80, m.nt. Janssen, par. 79 (*Fadeyeva t. Rusland*).

62 In sommige gevallen is het aan klager om aan te tonen dat er minder vergaande grondrecht beperkende maatregelen waren om een bepaald doel te bereiken. Zie bijvoorbeeld: EHRM 21 februari 1986, zaaknr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) (1 EP en 14 EVRM).

63 Haack & Herrera 2011, p. 364. Vgl. ook Harris e.a. 2014, p. 148; Ambrus 2013, p. 109.

‘(...) the onus is on the State to justify, using detailed and rigorous data, a situation in which certain individuals bear a heavy burden on behalf of the rest of the community’.⁶⁴

Bewijswaardering

Tot slot de bewijswaardering. Dit houdt verband met de feitenvaststelling; het gaat immers om de vraag naar de bewijskracht die de bewijsmiddelen toekomt in de procedure voor het Hof teneinde de feiten vast te stellen. Onder artikel 8 EVRM zijn het onder meer de in de nationale procedure overgelegde deskundigenrapporten aan de hand waarvan het Hof zich een finaal oordeel vormt en de documenten die de Staat of de klager heeft ingebracht om aan te tonen dat de inmenging (on)gerechtvaardigd is.

Indirecte procedurele (bewijs)implicaties onder artikel 8 EVRM

Voor de vraag naar de indirecte procedurele implicaties voortkomend uit de omgang met bewijs is het relevant om de toetsingswijze⁶⁵ van het Hof onder artikel 8 EVRM in kaart te brengen.⁶⁶ Hiertoe behoort ook de beantwoording van de vraag door het Hof of het artikel van toepassing is. Daarnaast houdt het toetsingsmoment nauw verband met de toetsingswijze en het bewijs. Immers: een *ex tunc*-toets of een *ex nunc*-toets is bepalend voor de hoeveelheid informatie/bewijs en welke omstandigheden in de toets worden betrokken.

Vanwege de enorme *scope* van artikel 8 EVRM is het niet haalbaar om op alle rechtsterreinen die dit artikel beslaat stil te staan bij de toetsingspraktijk van het Hof zelf. In deel I van deze studie zijn de procedurele postieve verplichtingen uiteengezet die het EHRM in het kader van omgevingsgerelateerde zaken/milieukwesties heeft geformuleerd onder het recht op privéleven. In dit type zaken is niet zelden een overheidsorgaan betrokken (vergunningverlening). Bovendien zijn de nationale autoriteiten via de positieve verplichtingen ertoe gehouden om binnen horizontale rechtsverhoudingen actief te handelen en zorg te dragen voor de naleving van de procedurele waarborgen. Het omgevingsrecht behoort tot het bijzonder bestuursrecht. Wanneer dit raakt aan een door artikel 2, 3 of 8 EVRM of 1 EP EVRM beschermd recht, is het relevant voor deze studie om stil te staan bij de toetsingswijze die het EHRM in dit type zaken hanteert. Daarnaast zijn de gezinsherenigings- en uithuisplaatsingszaken illustratief voor de inhoudelijke beoordeling van de klacht door Straatsburg en het toetsingsmoment, en dit komt in het hierna volgende aan bod.

⁶⁴ EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 30499/03, par. 145 (*Dubetska e.a. t. Oekraïne*). Vgl. ook: EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen, par. 128 (*Fadeyeva t. Rusland*).

⁶⁵ Ik spreek afwisselend van toetsingswijze/toetsingspraktijk waarmee ik hetzelfde bedoel. Zie ook hoofdstuk 9.

⁶⁶ Zie ook de vragen in paragraaf 11.2.

Toetsingswijze: de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM

Vooropgesteld moet worden dat het Hof vanzelfsprekend, nadat het de klacht ontvankelijk heeft verklaard, een oordeel geeft over de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM. Voor de toepassing van dit artikel in milieuzaken moet de door klager ondervonden hinder voldoen aan 'a certain minimum level of severity'.⁶⁷ De mate en duur van de hinder en de lichamelijke of mentale effecten kleuren deze toets in. Ook een mogelijke overschrijding van (inter)nationale regelgeving met betrekking tot huisvesting, geluid of luchtkwaliteit kan hierbij een rol spelen.⁶⁸

In de zaak *Dzemyuk*⁶⁹ klaagt klager over de verontreiniging van het drinkwater als gevolg van de aanleg van een begraafplaats dichtbij zijn huis. In de nationale procedure komt vast te staan dat de aanleg van de begraafplaats in strijd is met de wet. Daarnaast blijkt uit rapporten van deskundigen dat het drinkwater verontreinigd is. Het causale verband tussen het vervuilde water en de aanleg van de begraafplaats staat echter niet vast. Klager krijgt tot in hoogste instantie gelijk: de uitspraak wordt echter niet ten uitvoer gelegd. Van de mogelijkheid om te verhuizen heeft klager geen gebruik gemaakt.

Het EHRM oordeelt uiteindelijk dat, ondanks het ontbrekende causale verband, er een risico voor de gezondheid van klager was en komt tot een schending van artikel 8 EVRM. De aanleg van de begraafplaats is niet conform het 'lawfulness' vereiste.

De standaardoverweging⁷⁰ van het Hof in het kader van de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM (en dus de vraag of voldaan is aan het 'minimum level of severity') toegespitst op de omgang met de bewijsmiddelen, is de nu volgende overweging:

'Taking into consideration the evidentiary difficulties involved, the Court will primarily give regard to the findings of the domestic courts and other competent authorities in establishing the factual circumstances of the case. As a basis for the analysis it may use, for instance, domestic legal provisions determining unsafe levels of pollution and environmental studies commissioned by the authorities. *Special attention will be paid by the Court to individual decisions taken by the authorities with respect to an applicant's particular situation, such as an undertaking to revoke a polluter's operating licence or to resettle a resident away from a polluted area.* However, the Court cannot rely blindly on the decisions of the domestic authorities, especially when

67 Zie eerder hoofdstuk 6.

68 Zie ook hoofdstuk 6, i.h.b. par. 6.3.2 en de verwijzing naar: Brouwer & Hesselman 2015 (onder punt 3) en EHRM 9 november 2010, AB 2012, 16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 23-24 (*Dées t. Hongarije*):

69 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

70 Vgl. o.m.: EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 30499/03, par. 107 (*Dubetska e.a. t. Oekraïne*); en passages uit deze overweging: EHRM 26 februari 2008, AB 2008, 225, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 85, m.nt. Backes (ontv.besl.) (*Fägerskiöld t. Zweden*); EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadeyeva t. Rusland*); EHRM 16 september 2004, zaaknr. 53157/99, par. 90 (*Ledyeva e.a. t. Rusland*).

they are obviously inconsistent or contradict each other. In such a situation it has to assess the evidence in its entirety. *Further sources of evidence for consideration in addition to the applicant's personal accounts of events, will include, for instance, his medical certificates as well as relevant reports, statements or studies made by private entities* [cursivering: TdJ].⁷¹

Het vertrekpunt bij het beoordelen of sprake is van de minimale mate van ernst van de inmenging en of dit de 'quality of life'⁷² van betrokkene verslechtert, zijn de bevindingen van nationale rechters en bevoegde autoriteiten. Het Hof kijkt hierbij naar de nationale wet- en regelgeving met betrekking tot milieunormen en de in opdracht van de autoriteiten verrichte milieustudies. In het bijzonder kijkt het Hof echter wat op nationaal niveau is gedaan voor de situatie van klager. Hierbij wijst het Hof op het bieden van verhuismogelijkheden aan klager of de intrekking van de exploitatievergunning van de vervuiler. Gelet op de taakstelling van het Hof ligt de nadruk op de bescherming van de rechten van het individu ook voor de hand. Het bieden van verhuismogelijkheden en het intrekken van een vergunning zijn materieel van aard. Bij het bepalen van de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM betreft het Hof deze aspecten. Dit zorgt indirect voor een procedurele verplichting voor de Staat. Immers: wanneer binnen de nationale procedure rekening is gehouden met het belang van klager, zal door het Hof minder snel het vereiste niveau van ernst worden aangenomen (nodig voor toepassing van artikel 8 EVRM). De Staat zal willen voorkomen dat de feiten binnen het bereik van artikel 8 EVRM kunnen worden gebracht, met het oog op het voorkomen van een schending van deze bepaling. Hier kan de Staat in de nationale procedure op anticiperen door bij het verlenen van vergunningen en ook daarna rekening te houden met de (gezondheids)belangen van het individu.⁷³

In de hiervoor geciteerde overweging is verder te lezen dat het Hof in het geval dat de beslissingen van de nationale autoriteiten elkaar tegenspreken, het totaal aan bewijs meeneemt in zijn oordeel. Zo kan het Hof ook medische verklaringen en expertrapporten in zijn oordeel betrekken. Op grond van het overgelegde bewijs (rapporten) en reeds vaststaande feiten (overtreding wetgeving) oordeelt het Hof dat in casu sprake is van een inmenging in en toepasselijheid van artikel 8 EVRM.⁷⁴

71 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 80 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

72 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 79 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

73 In deel I, i.h.b. de hoofdstukken 4, 5, en 6, hebben we kunnen zien dat het Hof onder de noemer van de materiële positieve verplichtingen van de Staat kan verlangen dat opvang wordt geboden aan asielzoekers. Daarnaast is in deel I te lezen dat binnen de nationale besluitvorming voldoende aandacht dient te zijn voor het individu en de groep waartoe hij behoort (kwetsbaar/minderjarig). Dit kwalificeerde ik als procedureel, hoewel het effect uiteindelijk materieel is.

74 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 84 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

Bij de uiteindelijke toepassing van voorgaande uitgangspunten in de onderhavige zaak noemt het Hof ook de mogelijke schade die veroorzaakt kan worden en die niet gemakkelijk is om te keren of te voorkomen.⁷⁵ Deze eventuele onomkeerbare schade is voor de nationale autoriteiten een *trigger* om op procedureel vlak extra zorgvuldig te werk te gaan. Nu gebruikt het Hof dit criterium ook bij zijn eigen beoordeling onder artikel 8 EVRM,⁷⁶ en kan het daarin reden vinden voor toepassing van artikel 8 EVRM. De onomkeerbaarheid van de schade draagt immers bij aan het niveau van ernst. Misschien dat de onomkeerbare schade ook reden kan zijn voor het Hof om de 8 EVRM-claim aan een eigen onderzoek te onderwerpen.

De jurisprudentie van het Hof is weinig consistent als het gaat om de vraag wanneer het Hof uitgebreid beoordeelt of de inmenging voldoet aan het minimum van ernst en wanneer het volstaat met een beknopt oordeel. De jurisprudentie is dus opnieuw casuïstisch.⁷⁷ Zo veegde het Hof vrij gemakkelijk de argumenten van de regering van tafel in een Maltese vuurwerkzaak en in een Italiaanse afvalcrisiszaak.⁷⁸ Hoewel het juist in de hiervoor besproken *Dzemyuk*⁷⁹ zaak, en ook in *Fadayeveva*⁸⁰ wel uitgebreid ingaat op de toepasbaarheid van artikel 8 EVRM.

Toetsingswijze: de inhoudelijke beoordeling door het EHRM

Nadat het Hof artikel 8 EVRM van toepassing heeft verklaard, gaat het Hof na of de inmenging de lid 2-toets doorstaat of beantwoordt het de vraag of de Staat wel of niet heeft voldaan aan zijn positieve verplichtingen. Zoals gezegd, moet ook in het laatste geval een *fair balance* aanwezig zijn.

In milieu en gezondheids gerelateerde zaken zijn de indirecte procedurele (bewijs)implicaties die voortkomen uit de toetsingswijze van het Hof beperkt. Om te beginnen komt de Staat als bekend in milieukwesties een ruime *margin of appreciation* toe⁸¹ en hebben de complexe milieubeleidsmatige kwesties bovendien tot gevolg dat de rol van het Hof subsidiair is.⁸² Het Hof beperkt zich tot het geven van een oordeel over de vraag of de procedure eerlijk ('fair')

75 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 83 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

76 Meer precies spreekt het Hof in de zaak *Dzemyuk* (par. 83) van: 'possible health hazards and the potential damage caused by such is not easily reversible or preventable'. Zie ook in asielzaken, paragraaf 11.5.

77 Zo merkt ook Sanderink op: Sanderink 2015a, p. 52. Zie ook een reeks uitspraken genoemd waarbij het Hof of wel uitvoerig, of wel minder uitvoerig ingaat op het 'minimum level of severity' criterium, onder voetnoot nummer 52.

78 EHRM 22 november 2011, EHRC 2012, 41, m.nt. S.T. Ramnewash-Oemrawsingh (*Zammit Maempel t. Malta*); EHRM 10 januari 2012, EHRC 2012, 79, par. 107 en 113 (*Di Sarno e.a. t. Italië*). Zie ook: Sanderink 2015a, p. 52.

79 EHRM 27 oktober 2014, EHRC 2014, 242, par. 80 (*Dzemyuk t. Oekraïne*).

80 EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen (*Fadayeveva t. Rusland*) (luchtvervuiling afkomstig van uitstoot staalfabriek).

81 Zie ook hoofdstuk 6 en 7.

82 EHRM 10 februari 2011, zaaknr. 30499/03, par. 142 (*Dubetska e.a. t. Oekraïne*).

is verlopen, en alleen in uitzonderlijke omstandigheden herziert het Straatsburgse Hof de inhoudelijke beslissingen van de nationale autoriteiten.⁸³ Het is denkbaar dat zeer schadelijke niet te herstellen gevolgen voor de leefomgeving (en daarmee de gezondheid) van klager door het Hof als een bijzondere omstandigheid kan worden aangemerkt. Dit kan dus resulteren in een inhoudelijke herziening van het nationale besluit. In dat geval houdt het Hof zich niet, conform de hoofdregel, bij zijn spreekwoordelijke 'leest'. Dit brengt tegelijkertijd de indirecte procedurele implicatie met zich dat de uitzonderlijke omstandigheden reden kunnen zijn voor een zelfstandige beoordeling door het Hof, en daarmee potentieel afwijkend van de nationale beoordeling.

Voor wat betreft de inhoudelijke beoordeling wil ik in het kader van gezinshereniging in een vreemdelingenzaak nog wijzen op de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Jeunesse*.⁸⁴ In de kern ziet het geschil in deze zaak op de vraag of er uitzonderlijke omstandigheden zijn op grond waarvan klaagster in Nederland zou mogen blijven en een uitzetting dus strijd op zou leveren met artikel 8 EVRM. Deze uitspraak is om twee redenen relevant voor de toetsingspraktijk van het Hof en daarmee de mogelijke indirecte (bewijs)implicaties.

In de eerste plaats doet de Grote Kamer van het Hof de beoordeling van de nationale autoriteiten in feite over. De Grote Kamer formuleert namelijk vier cumulatieve criteria met behulp waarvan de vraag moet worden beantwoord of verblijf is toegestaan vanwege de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden.⁸⁵ Met het formuleren van deze criteria geeft het EHRM de nationale autoriteiten handvatten mee bij het beoordelen van de vraag of er uitzonderlijke omstandigheden zijn. Door deze criteria te formuleren, doet het Hof de besluitvorming van de nationale autoriteiten nog eens (dunnetjes) over, terwijl de Staat juist onder artikel 8 EVRM een ruime *margin of appreciation* toekomt.⁸⁶ De proactieve opstelling van de Grote Kamer van het Hof kan ook wel verklaard worden doordat hier belangen van kinderen op het spel staan. In de onderhavige zaak komt wat in het beste belang van de kinderen is veel gewicht toe. Dit is tevens het vierde criterium waarmee de nationale

83 De nadruk die het Hof hier legt op de eerlijkheid (en daarmee zorgvuldigheid) van de procedure hebben we ook kunnen lezen in deel I. De hiervoor weergegeven overweging vinden we onder meer ook terug in de *Fadayeveva*-zaak (EHRM 9 juni 2005, EHRC 2005, 80, m.nt. Janssen, par. 105 (*Fadayeveva t. Rusland*)). De overweging vinden we hier terug onder de *general principles* van het Hof. Zie ook nog: EHRM 10 november 2004, zaaknr. 46117/99, par. 117 (*Taşkın e.a. t. Turkije*). En daarnaast in een ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak: EHRM 12 mei 2009, EHRC 2009, 103, m.nt. M. Peeters (ontv.besl.) (*Greenpeace e.a. t. Duitsland*). Ook eerder: EHRM 19 augustus 2003, EHRC 2003, 71, m.nt. Janssen, par. 123 (Grote Kamer) (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

84 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

85 Zie hoofdstuk 6, i.h.b. paragraaf 6.3.5.2.

86 Tegelijkertijd: deze *margin* is beperkter in het geval van uitzetting in vergelijking met eerste toelating van vreemdelingen, aldus Klaassen 2015, p. 95.

autoriteiten in hun besluitvorming voldoende rekening moeten houden. Volgens Gerards is de reden dat het Hof niet alleen op de procedurele aspecten van de zaak ingaat, maar ook meer inhoudelijke argumenten in zijn oordeel betreft gelegen in het feit dat de eigen standaarden van het Hof meer verduidelijking nodig hebben. Een procedurele beoordeling alleen biedt deze verheldering immers niet.⁸⁷

In de tweede plaats is de *Jeunesse* zaak het noemen waard, omdat de hierna volgende overweging de sterke focus van het Hof op de behandeling op maat illustreert.⁸⁸ Zo overweegt de Grote Kamer in casu ten aanzien van de vraag of een beroep op algemene beleidsoverwegingen een uitzetting in de specieke zaak, gelet op de bijzondere omstandigheden, voldoende kan rechtvaardigen als volgt:

‘In view of the particular circumstances of the case, it is questionable whether *general immigration policy considerations* of themselves can be regarded as sufficient justification for refusing the applicant residence in the Netherlands.’⁸⁹

De Grote Kamer heeft in beginsel een voorkeur voor voldoende aandacht voor het individu. Dit betekent geen standaardisering waar het de rechten van de individuen betreft. Het Hof verlangt dit in de meeste gevallen ook van de Staat. Standaardisering binnen het nationale (bestuurs)recht kan dus onder omstandigheden problemen opleveren met de mensenrechtenbeoordeling naar EHRM-maatstaven.⁹⁰ Toch volgt uit de EHRM-jurisprudentie dat het Hof nog aarzelend is ten aanzien van de algemene regeltoepassing tegenover de beoordeling op maat.⁹¹ Aan de ene kant wil het Hof een ‘op maat’-aanpak, waarbij de toepassing van de criteria op zaaksbasis plaatsvindt en zo recht wordt gedaan aan de bescherming van de individuele mensenrechten. Deze *case to case*-aanpak zorgt echter wel voor vragen betreffende de juiste toepassing van de criteria in andere zaken.⁹² Aan de andere kant verlangt het Hof algemene oplossingen die zijn gebaseerd op heldere criteria en zo de rechtszekerheid vergroten, maar waarbij minder aandacht bestaat voor de concrete gevolgen voor het individu.⁹³

87 Zie Gerards 2017.

88 Zie ook deel II.

89 EHRM 3 oktober 2014, AB 2014, 433, m.nt. A.J.Th. Woltjer, EHRC 2014, 262, m.nt. M. den Heijer, JV 2014, 343, m.nt. P. Boeles, par. 121 (Grote Kamer) (*Jeunesse t. Nederland*).

90 Zo stellen Barkhuysen & Van Emmerik 2012, p. 194 en recenter herhaald in: Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2014, p. 56.

91 Nussberger 2017.

92 Opnieuw Nussberger 2017. Nussberger is kritisch ten aanzien van een louter op het individu toegesneden beoordeling door het EHRM, omdat daarmee voorbij wordt gegaan aan beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid en de voorzienbaarheid van te verwachten oordelen afneemt. Vgl. ook: Brems 2013, p. 159.

93 Nussberger 2017.

Toetsingsmoment in diverse artikel 8 EVRM-zaken: ex tunc of ex nunc?

Voor de indirecte procedurele (bewijs)implicaties kan het verder relevant zijn om te weten welk toetsingsmoment het Hof onder artikel 8 EVRM als uitgangspunt neemt en of de nationale praktijk hierop aansluit. Vertrekpunt is en blijft dat het Hof de feiten en omstandigheden beoordeelt zoals deze zich hebben voorgedaan op nationaal niveau. Tegelijkertijd kan onder artikel 8 EVRM sprake zijn van een uitzetting van bijvoorbeeld een minderjarige delinquent. Welk moment neemt het EHRM in dat geval om de rechtmatigheid van de uitzetting te beoordelen? Belangrijker nog is de vraag: welke nieuwe(re) omstandigheden neemt het mee in zijn beoordeling? Zijn er daarnaast andere zaken waarin het Hof tóch de situatie naar 'nu' beoordeelt?

Het afwijkende toetsingsmoment dat het Hof onder omstandigheden onder artikel 8 EVRM hanteert, is in een aantal zaken goed zichtbaar. In de eerste plaats gaat het om de zaken waarin sprake is van een met artikel 3 EVRM vergelijkbare situatie en de uitzetting nog moet plaatsvinden. In het verlengde hiervan, en in de tweede plaats, kan gedacht worden aan ontvoeringszaken en de vraag of het kind nu wel of niet terug moet worden gestuurd naar het land waaruit het is ontvoerd.⁹⁴ In de derde plaats kan, in navolging van Klaassen,⁹⁵ gewezen worden op gezinsherenigingszaken en het toetsingsmoment dat het Hof dan toepast. Tot slot, en in de vierde plaats, noemt het Hof in een uithuisplaatsingszaak zijn standpunt ten aanzien van het toetsingsmoment, inclusief de toelaatbare uitzondering hierop.

Uitzetting minderjarige (delinquent en/of vreemdeling)

De Grote Kamer van het EHRM hanteert in de zaak *Maslov*⁹⁶ een *ex nunc*-toets. In casu gaat het om de uitzetting (en uiteindelijk ongewenst verklaring) van een jeugdige delinquent. Het EHRM kan deze toetsingswijze ook van de Staten verlangen.⁹⁷

In een latere zaak uit 2011 gaat het Hof in meer expliciete bewoordingen in op de analoge toepassing van de *ex nunc*-toets onder artikel 8 EVRM. Annotatoren bij deze uitspraak wijzen er op dat het Hof hier twee redenen voor geeft: (i) de toets aan artikel 8 EVRM moet gelijk zijn aan die onder artikel 3 EVRM om te voorkomen dat de rechten illusoir worden en (ii) het toetsingsmoment moet actueel zijn: dus de feiten die gelden op het moment dat de uitzetting plaatsvindt.⁹⁸ Ook in deze zaak gaat het om een uitzetting van een (destijds minderjarige) migrant die strafrechtelijk veroordeeld is. De nationale autoritei-

94 Deze materie is meer strafrechtelijk en civielrechtelijk van aard, daarom sta ik hier slechts kort bij stil en zoom ik vooral in op de voor deze studie relevante thema's.

95 Klaassen 2015, p. 304 en p. 321.

96 EHRM 6 augustus 2008, EHRC 2008, 97, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 267, m.nt. P. Boeles, RV 2008, 20, m.nt. S.K. van Walsum (Grote Kamer) (*Maslov t. Oostenrijk*).

97 EHRM 6 augustus 2008, EHRC 2008, 97, m.nt. A.J.Th. Woltjer, JV 2008, 267, m.nt. P. Boeles, RV 2008, 20, m.nt. S.K. van Walsum, par. 93 (Grote Kamer) (*Maslov t. Oostenrijk*).

98 Zie onder punt 6 van de noot bij deze zaak.

ten vorderen uitzetting om wanordelijkheden en strafbare feiten te voorkomen. Het Hof gaat eerst in op het toetsingsmoment onder artikel 3 EVRM, en wijkt hier niet van af onder artikel 8 EVRM:

‘(...) under Article 3 of the Convention, the existence of a risk faced by an applicant in the country to which he is to be expelled is assessed by reference to the facts which were known or ought to have been known at the time of the expulsion; in cases where the applicant has not yet been deported, the risk is assessed at the time of the proceedings before the Court. *The Court sees no reason to take a different approach to the assessment of the proportionality of a deportation under Article 8 of the Convention and points out in this regard that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion and not of the final expulsion order. Any other approach would render the protection of the Convention theoretical and illusory by allowing Contracting States to expel applicants months, even years, after a final order had been made notwithstanding the fact that such expulsion would be disproportionate having regard to subsequent developments* [cursivering: TdJ].⁹⁹

Tot slot geeft deze uitspraak de wisselwerking tussen de nationale procedure(regels) en de inhoudelijke beoordeling van het Hof helder weer. In het ontbreken van de mogelijkheid naar Brits recht om de nova (nieuwe feiten) mee te nemen na een finaal besluit over de uitzetting en het tijdsverloop na het definitieve oordeel over de proportionaliteit van het uitzettingsbesluit, ziet het Hof reden om zelf de feiten in de zaak vast te stellen.¹⁰⁰ Ook onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken kan een afwijkende (tekortschietende) nationale praktijk reden zijn voor het Hof om zelfstandig tot een grondig onderzoek over te gaan.¹⁰¹

Ontvoeringszaken

Opnieuw lijkt het Hof onder artikel 8 EVRM in zaken waarin het gaat om een gedwongen terugkeer (als gevolg van een bevel van de hoogste rechter) van een minderjarig kind *ex nunc* te toetsen, zo was het geval in een Grote Kamer uitspraak van het Hof.¹⁰² Hoewel het hier gaat om een Grote Kamer uitspraak, past wel enige nuance: de hierna weergegeven overweging is niet onder de *general principles* van de uitspraak opgenomen.

De *ex nunc*-toets die het Hof hanteert onder artikel 8 EVRM in dit type zaken, is opnieuw te vergelijken met een onder artikel 3 EVRM voorgenomen uitzetting. In casu betekent dit dat het Hof ook de omstandigheden in zijn oordeel betreft die zich hebben voorgedaan *na* het besluit van de hoogste

99 EHRM 8 december 2011, EHRC 2011, 162, m.nt. Aarrass & Helmink, par. 67 (*A.A. t. Verenigd Koninkrijk*).

100 Zie onder punt 7 van de noot van Aarrass en Helmink bij deze uitspraak. Het gaat dan om par. 57-66.

101 Zie uitgebreider paragraaf 11.5.

102 EHRM 6 juli 2010, zaaknr. 41615/07, NJ 2010, 644, m.nt. S.F.M. Wortmann, par. 145 (Grote Kamer) (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*).

rechter waarbij terug sturing van het kind is bevolen. In de hierna volgende overwegingen wordt duidelijk dat het toetsingsmoment sterk is ingegeven door wat in het beste belang van het kind is. Het belang van het kind komt gewicht toe bij de beoordeling of de terug sturing geoorloofd is of niet. De betreffende overweging van het Hof:

‘Even though doubts in this respect may appear justified, the Court is prepared to accept that in the present case the measure in question remains within the margin of appreciation afforded to national authorities in such matters. *However, in order to assess whether Article 8 has been complied with, it is also necessary to take into account the developments that have occurred since the Federal Court’s judgment ordering the child’s return. The Court must therefore place itself at the time of the enforcement of the impugned measure.* If it is enforced a certain time after the child’s abduction, that may undermine, in particular, the pertinence of the Hague Convention in such a situation, it being essentially an instrument of a procedural nature and not a human rights treaty protecting individuals on an objective basis. Moreover, whilst under Article 12, second paragraph, of the Hague Convention, a judicial or administrative authority before which the case is brought after the one-year period provided for in the first paragraph must order the child’s return, this is not so if it is demonstrated that the child is now settled in his or her new environment.’¹⁰³

Het toetsingsmoment in de procedure voor het Hof is dus het moment waarop het besluit ten uitvoer wordt gelegd. Het Hof geeft vervolgens aan dat de 3 EVRM ‘expulsion cases’ bij deze beoordeling als ‘guidance’ kunnen dienen.¹⁰⁴

Familiehereniging

Volgens Klaassen zou de nationale rechter een *ex nunc*-toets moeten hanteren bij de gezinsherenigingsbesluiten van het uitvoerende orgaan teneinde de zaken conform de toetsingspraktijk van het EHRM te beoordelen.¹⁰⁵ Onder verwijzing naar een aantal uitspraken van de ABRvS stelt Klaassen dat deze hoogste rechter in vreemdelingenzaken ten onrechte de besluiten van het bestuursorgaan (de IND) *ex tunc* toetst.¹⁰⁶

Het EHRM daarentegen neemt in zijn oordeel ook de feiten en omstandigheden mee die zich hebben voorgedaan *nadat* het besluit door het bestuursorgaan is genomen.¹⁰⁷ Het Hof beperkt zich dus niet, zoals de ABRvS, tot

103 EHRM 6 juli 2010, zaaknr. 41615/07, NJ 2010, 644, m.nt. S.F.M. Wortmann, par. 145 (Grote Kamer) (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*).

104 EHRM 6 juli 2010, zaaknr. 41615/07, NJ 2010, 644, m.nt. S.F.M. Wortmann, par. 146 (Grote Kamer) (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*).

105 Zo stelt Klaassen: Klaassen 2015, p. 304 en p. 321 en de verwijzing naar hoofdstuk 3 van zijn dissertatie.

106 Klaassen 2015, p. 320-321.

107 Zo stelt Klaassen op p. 321.

een *ex tunc*-toets van het besluit.¹⁰⁸ Dit volgt onder meer uit de zaak *Nunez*,¹⁰⁹ waarin het Hof ook de duur van de procedure in zijn oordeel betreft, en dit ziet op de periode *na* het besluit van het bestuursorgaan.¹¹⁰

Deze *ex nunc*-toets onder 8 EVRM verschilt echter wel van de *ex nunc*-toets die het Hof onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken hanteert indien de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden. In het laatste geval beoordeelt het Hof de omstandigheden zoals die gelden op het moment dat het Hof de claim behandelt, en niet zoals die golden ten tijde dat het besluit werd genomen door het bestuursorgaan of gehandhaafd door de nationale rechter.¹¹¹

Onder artikel 8 EVRM daarentegen bestaat de *ex nunc*-toets uit de gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan tussen het besluit van het uitvoerende orgaan en dat van de nationale rechter.¹¹² Naar mijn idee is dit conform het principe dat het Hof de nationale procedure in zijn geheel op EVRM-conformiteit toetst. In dit licht is de *ex nunc*-toets onder artikel 8 EVRM dan ook minder verrassend. Voor zover mij bekend spreekt het Hof ook niet expliciet van een *ex nunc*-toets in het kader van gezinsherenigingszaken onder 8 EVRM, maar volgt dit impliciet uit de beoordeling van het Hof en de omstandigheden die het daarbij betreft. De toets die het EHRM onder artikel 8 EVRM in gezinsherenigingszaken toepast kan naar mijn opvatting daarom eerder worden gekwalificeerd als een *ex tunc plus*-toets. De toets van het EHRM kan zich namelijk in dit type zaken ook uitstrekken tot de feiten die zich hebben voorgedaan *nadat* het uitvoerende orgaan het besluit heeft genomen en tot aan het in stand laten van dit besluit door de nationale rechter(s). Het voorgaande doet niets af aan het punt van Klaassen dat het aanbeveling verdient dat de Afdeling de bestuursbesluiten onder artikel 8 EVRM in gezinsherenigingszaken aan een *ex nunc*-toets onderwerpt. De toets van het EHRM in dit type zaken is echter eerder te kwalificeren als een *ex tunc plus*-toets.

Uithuisplaatsing

Eind 2015 heeft het Hof in de zaak *N.P.*¹¹³ herhaald¹¹⁴ dat het extra informatie en nieuwe argumenten mag betrekken bij de beoordeling van de klacht als het dit van belang acht. Ook in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM kan

108 Vgl. ook: EHRM 10 januari 2012, *AB* 2012, 31, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 17 (*G.R. t. Nederland*).

109 Aldus Klaassen: Klaassen 2015, p. 321. EHRM 28 juni 2011, *EHRC* 2011, 133, m.nt. A.J.Th. Woltjer, *JV* 2011, 402, m.nt. S.K. van Walsum, par. 65-85 (*Nunez t. Noorwegen*).

110 Klaassen 2015, p. 321. Het belang van het kind verhindert uiteindelijk uitzetting en het inreisverbod. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze zaak hoofdstuk 6.

111 Zie uitgebreider paragraaf 11.5.4.

112 Zie ook hoofdstuk 6, i.h.b. paragraaf 6.3.5. Met uitzondering van de zaken waarin wordt geklaagd over de niet tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak: EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 40, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Butt t. Noorwegen*).

113 EHRM 6 oktober 2015, *EHRC* 2015, 239 (*N.P. t. Moldavië*).

114 Zie namelijk eerder: EHRM 12 juli 2001, zaaknr. 25702/94, par. 147 (Grote Kamer) (*K. en T. t. Finland*).

het Hof besluiten om informatie in zijn oordeel te betrekken welke *na* de uitzetting aan het licht is gekomen.¹¹⁵

In casu wordt de vierjarige dochter van klaagster N.P. uit huis geplaatst en wordt klaagster de ouderlijke macht ontnomen. Het Hof overweegt ten aanzien van het meenemen van aanvullende informatie en nieuwe argumenten:

‘The Court is in principle not prevented from taking into account additional information and fresh arguments in determining the merits of a complaint, if it considers such factors to be relevant. New information may, for example, be of value in confirming or refuting the assessment that has been made by the Contracting State. Such “new” material may take the form of further particulars as to the facts underlying the complaints declared admissible or legal arguments relating to those facts. Accordingly, the Court is not precluded from taking cognisance of such material in so far as it is judged to be pertinent’.¹¹⁶

In casu geeft de regering als reden voor het besluit om het kind van klaagster uit huis te plaatsen dat klaagster haar tweede kind in de steek heeft gelaten. Klaagster heeft echter ‘pas’ *na* de ontzetting uit de ouderlijke macht haar tweede kind in de steek gelaten.¹¹⁷ Met andere woorden: de regering verwijst in de procedure voor het Straatsburgse Hof naar informatie waarover de nationale autoriteiten ten tijde van het nemen van het besluit om het eerste kind uit huis te plaatsen nog helemaal niet beschikten. Dit is voor het Hof reden om af te zien van een *ex nunc*-toets, zo is ook te lezen in de hierna volgende overweging:

‘At the same time, however, it cannot be part of the Court’s task to examine a grievance in the light of information which did not appear in the file made available to the authorities, the courts and – in normal circumstances – the parties at the time when they reached the decisions which this Court has been called upon to scrutinise. In this case, in so far as the material which the Government have relied on to justify the withdrawal of the applicant’s parental authority in respect of A. [de vierjarige dochter van klaagster] was not available to the decision-making bodies and the parties to the proceedings, it cannot be deemed pertinent for the purposes of examining whether those restrictions were in compliance with Article 8 of the Convention’.¹¹⁸

Het Hof toetst dus de omstandigheden en de feiten *ex tunc* en laat de nieuwere informatie waarop de regering zich beroept om voormelde reden buiten beschouwing.

115 Zie o.m.: EHRM 20 maart 1991, zaaknr. 15576/89, par. 76 (Grote Kamer) (*Cruz Varas e.a. t. Zweden*), en zie ook paragraaf 11.5.4.

116 EHRM 6 oktober 2015, EHRC 2015, 239, par. 62 (*N.P. t. Moldavië*).

117 EHRM 6 oktober 2015, EHRC 2015, 239, par. 61 (*N.P. t. Moldavië*).

118 EHRM 6 oktober 2015, EHRC 2015, 239, par. 63 (*N.P. t. Moldavië*).

11.4.2.2 Artikel 1 EP EVRM

Nog meer dan onder artikel 8 EVRM beperkt het EHRM zich in de toets aan het eigendomsrecht tot de nationale gang van zaken. Doorgaans beoordeelt het Hof onder dit recht geen huidige of toekomstige situaties op EVRM-conformiteit. Dit heeft tot gevolg dat onder artikel 1 EP EVRM de indirecte procedurele implicaties voortkomend uit de omgang van het Hof met de bewijsregels zeer beperkt zijn. Onder dit Verdragsrecht is in principe geen sprake van met artikel 3 EVRM of artikel 8 EVRM vergelijkbare situaties die het Hof ertoe kunnen nopen om *ex nunc* te toetsen of in te gaan op bewijskwesties. In lijn met de voorgaande paragrafen volgt nu een bespreking van een aantal bewijsaspecten onder artikel 1 EP EVRM.

Bewijsomvang

Wat moet bewezen worden in de procedure voor het Hof waarin klager stelt dat sprake is van een schending van zijn eigendomsrecht?

In de procedure voor het Hof is doorgaans niet in geschil dat sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht van klager.¹¹⁹ De daaraan voorafgaande vraag of sprake is van eigendom kan echter wel lastig zijn. Vooral in de gevallen waarin het gaat om eigendom in sociale zekerheidszaken, zoals uitkeringen kan dit lastig en tijdrovend zijn.¹²⁰ Minder tijdrovend en iets gemakkelijker is het om in de klassieke eigendomszaken, bijvoorbeeld als het gaat om een grondonteigening, vast te stellen dat sprake is van eigendom.

De kern van het geschil concentreert zich onder artikel 1 EP EVRM, net als onder artikel 8 EVRM, op de vraag of de inmenging in het eigendomsrecht gerechtvaardigd is.¹²¹ Dit betekent dat er een *fair balance* dient te zijn tussen het algemeen belang en de aantasting van het eigendomsrecht van klager. Bij deze belangenafweging sluit het Hof aan bij de drie criteria die het in het kader van de rechtvaardigheidstoets onder artikel 8 EVRM heeft geformuleerd.¹²² Onder artikel 1 EP EVRM toetst het EHRM aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden: het wetmatigheidsvereiste, het algemeen belang dat gediend is met de eigendomsbeperkende maatregel – met andere woorden, of de beperking een legitiem doel diende – en tot slot de *fair balance* waarbij op het individu als gevolg van de maatregel geen individuele en onevenredig zware

119 Een uitzondering zien we echter in de volgende zaak: EHRM 18 juli 2013, zaaknr. 50757, par. 60 – 72 (*Tazyieva e.a. t. Rusland*) (100 gewapende mannen doen huiszoeking bij klager en familie, par. 7). Onder artikel 1 EP EVRM oordeelt het Hof dat niet is komen vast te staan dat klagers eigenaar zijn van verschillende voorwerpen in het huis. Klagers geen slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM.

120 Zie over *possessions* en *margins* in sociale zekerheidszaken in de EHRM jurisprudentie: Leijten 2013, p. 309- 349.

121 Zie ook hoofdstuk 10.

122 White & Ovey 2014, p. 492-493.

last mag komen te rusten.¹²³ De toepassing door het Hof van deze criteria onder het eigendomsrecht is minder streng dan de toets die het Straatsburgse Hof onder artikel 8 EVRM hanteert.¹²⁴ Waarschijnlijk is dit ingegeven door de ruime *margin of appreciation* die de Staat toekomt onder artikel 1 EP EVRM. De Staten hebben onder het eigendomsrecht een ‘wide power to interfere with property rights in the general social and economic interest’.¹²⁵ Ook onder artikel 8 EVRM is de *margin* voor de Staten ruim, maar onder omstandigheden kan deze wel worden beperkt door het Hof.¹²⁶ Daar komt bij dat in 1 EP-zaken minder snel sprake zal zijn van potentiële schade die onomkeerbaar is of onomkeerbare besluiten.¹²⁷ Dit kan ook een reden zijn voor het Hof om zich terughoudender op te stellen. Tegelijkertijd kan het Hof de Staat juist minder ruimte laten in de meer klassieke eigendomszaken waarin in mindere mate de sociaal- economische component een rol speelt. De jurisprudentie van het Hof blijft ook op dit punt casuïstisch.

Als bekend toetst het EHRM de nationale gang van zaken achteraf op conformiteit met het EVRM. Het gaat dus om een *flashback*-beoordeling. Bij het vaststellen van de vraag of sprake is van een *fair balance* onder artikel 1 EP EVRM kijkt het Hof onder meer naar de aanwezige procedurele waarborgen in het nationale recht, de geboden compensatie, de voorzienbaarheid etc.¹²⁸ Het Hof steunt vooral op de beslissingen van de nationale autoriteiten en dit maakt de 1 EP-jurisprudentie erg zaaksafhankelijk. Dit ‘varen’ op de besluiten van de nationale autoriteiten heeft zich bovendien vertaald in een weinig specifieke benadering van het Hof ten aanzien van compensatie.¹²⁹ Tot slot is het Hof strenger in de gevallen dat sprake is van structurele inbreuken op het eigendomsrecht (dit type zaken leent zich goed voor de pilot procedure van het Hof)¹³⁰ of wanneer de wet ‘manifestly without reasonable foundation’ is.¹³¹

Bewijsstandaard en bewijslastverdeling

Een met artikel 2 en 3 EVRM vergelijkbare bewijsstandaard zien we onder artikel 1 EP EVRM niet terug. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat sprake is van eigendom, dient vervolgens te worden beoordeeld of sprake is van een inmenging, en vervolgens of deze inmenging gerechtvaardigd is of niet.

123 Zie over deze voorwaarden ook hoofdstuk 7.

124 White & Ovey 2014, p. 519.

125 Harris e.a. 2014, p. 904.

126 Bijvoorbeeld in de gevallen waarin het gaat om ‘verdere beperkingen van het recht op omgang met de kinderen’, zoals te lezen in: hoofdstuk 6, i.h.b. paragraaf 6.3.1.

127 Zie ook paragraaf 11.2.

128 Harris e.a. 2014, p. 904, en zie ook uitgebreid hoofdstuk 7.

129 Aldus Harris e.a. 2014, p. 904.

130 Rule 61 van het Procesreglement.

131 Harris e.a. 2014, p. 904.

Het is aan klager om te laten zien dat de inbreuk makende maatregel hem heeft geconfronteerd met een individuele en excessieve last die disproportioneel is.¹³² Het is vervolgens aan de Staat om te laten zien dat de inmenging in het algemeen belang is en klager geen onevenredige excessieve last heeft moeten dragen. Wanneer de Staat hierin slaagt, is de inmenging gerechtvaardigd. De Staat dient als het ware de maatregel te rechtvaardigen, verwijzende naar het doel dat ermee werd gediend en de last die door de maatregel op de klager is komen te rusten.

Anders dan onder artikel 2 en 3 EVRM, bestaat onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM wel ruimte voor een belangenafweging en komen de Staten een (ruime) *margin of appreciation* toe. Een ruime *margin* betekent dat er minder nodig zal zijn voor de Staat om de inmenging te rechtvaardigen. Omgekeerd betekent dit dat het EHRM in het geval van een beperktere *margin* onder de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM meer van de Staat kan vragen om de inmenging te rechtvaardigen.¹³³ Strikt genomen is het dan niet de bewijsstandaard die wordt verhoogd. Binnen de belangenafweging rust dan een grotere plicht op de Staat om aan te tonen dat de maatregel de lid 2 toets (artikel 8 EVRM) doorstaat of dat er daadwerkelijk een *fair balance* is (artikel 1 EP EVRM).

Bewijswaardering

Tot slot de bewijswaardering. Ook hier geldt dat, net als onder artikel 8 EVRM, de bewijsmiddelen een minder grote rol spelen dan onder artikel 2 en 3 EVRM. De nationale situatie is versteend op het moment dat het Hof de klacht moet beoordelen, zoals ook een van de respondenten opmerkte.¹³⁴ Vertrekpunt bij de beoordeling van het Hof vormen de door klager en de Staat in de nationale procedure naar voren gebrachte bewijsmiddelen. Hierbij kan dan gedacht worden aan overgelegde deskundigenrapporten en/of taxatierapporten.

Wanneer de nationale onderzoeksrapporten gebreken vertonen en in de nationale procedure volgens het Hof de inmenging niet is komen vast te staan en evenmin de exacte omvang van de financiële gevolgen voor klager, kan het Hof klager en/of de Staat om extra informatie vragen. Dit was aan de orde in de Franse zaak *Flamenbaum e.a.*,¹³⁵ waarin het ging om de uitbreiding van een startbaan van een vliegveld. Omwonenden van dit vliegveld klaagden onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM over de door hen ondervonden

¹³² Harris e.a. 2014, p. 904.

¹³³ Zie in dit kader ook de bijdrage van Ambrus 2013 waarin de auteur de bewijsstandaard in religiezaken onder artikel 9 EVRM reconstrueert aan de hand van de omvang van de ruimte – de *margin of appreciation* die de Staat wordt gelaten door het Hof. In de kern komt dit er op neer dat hoe ruimer de *margin of appreciation*, hoe lager de bewijsstandaard die op de Staat rust.

¹³⁴ Zie hoofdstuk 10.

¹³⁵ EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*).

overlast en waardevermindering van hun huizen.¹³⁶ Het EHRM heeft klagers verzocht extra informatie te overleggen die onder meer zag op de tegenwoordige waarde van hun huis en de waarde van de huizen in hetzelfde gebied waarvan de bewoners geen hinder ervoeren van geluid van vliegtuigen.¹³⁷ De overgelegde informatie is echter tegenstrijdig en onvolledig, en het Hof concludeert dan ook dat van een inmenging in het eigendomsrecht geen sprake is, en derhalve ook geen schending.¹³⁸

Resumerend: onder het recht op leven en het folterverbod zijn de feiten in vergelijking met artikel 8 EVRM en het eigendomsrecht vaker in het geding. Vanwege de bestuursprocesrechtelijke focus van deze studie is onder artikel 2 en 3 EVRM volstaan met een weergave van de bewijsregels onder deze artikelen. Een proactieve houding van het Hof waarbij het meer bewijs betreft in zijn oordeel kan indirecte procedurele implicaties met zich brengen. Toch heeft de komst van de procedurele onderzoeksplicht onder deze artikelen ertoe geleid dat het Hof ook in dit type zaken minder vaak zelfstandig een inhoudelijk oordeel geeft. Voor de Staten is daarom een (extra) belangrijke taak weggelegd.

Uit de wijze waarop het Hof de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM in milieu- en gezondheidsgerelateerde zaken toetst, kan worden afgeleid dat het Hof een op het individu georiënteerde benadering hanteert. Daarnaast stelt het Hof zich bij de inhoudelijke beoordeling ten aanzien van de rechtvaardiging van de inmenging terughoudend op. De Staat komt hier een ruime *margin of appreciation* toe, en alleen bijzondere omstandigheden kunnen het Hof ertoe bewegen de klacht op zijn merites te beoordelen. In de regel kiest het Hof in dit type zaken dus voor een procedurele benadering, en dit maakt dat de indirecte procedurele bewijsimplicaties hier in beginsel beperkter zijn. In beginsel, omdat de nadruk op de nationale procedure in de toets van het Hof wel impliciet met zich brengt dat de nationale procedure dus op orde moet zijn, nu dit een belangrijk onderdeel is van de EHRM-beoordeling.

Hoewel de hoofdregel onder artikel 8 EVRM is en blijft dat het Hof de feiten en omstandigheden *ex tunc* toetst, houdt het Hof zich niet te allen tijde aan dit basisprincipe. Op dit punt is onder artikel 8 EVRM dan ook het meest duidelijk een aantal indirecte procedurele implicaties te vinden. Om te beginnen kan het Hof, in navolging van de uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM en het toetsingsmoment dat het dan hanteert, in het geval van uitzetting van een (minderjarige) delinquent of een ontvoeringszaak de omstandigheden *ex nunc* toetsen. Het Hof betreft dan dus de gebeurtenissen *na* het oordeel van

¹³⁶ Zie ook hoofdstuk 6.

¹³⁷ EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 173 en 188 (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*).

¹³⁸ EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 77, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 184-192 (*Flamenbaum e.a. t. Frankrijk*).

de nationale rechter in zijn oordeel. Daarnaast is de toets van het Hof in gezinsherenigingszaken geen zuivere *ex nunc*-toets. Het is eerder een *ex tunc plus*-toets. Het Hof neemt hier ook de feiten mee die zich hebben voorgedaan tussen het besluit van het uitvoerende orgaan en het oordeel van de rechter. Deze manier van toetsing is inherent aan de toetsingswijze van het Hof waarin het de gebeurtenissen in zijn totaliteit aan het EVRM toetst. Toch brengt dit een indirecte procedurele consequentie met zich, omdat deze praktijk afwijkt van de rechterlijke beoordeling op nationaal niveau.

Tot slot spelen de bewijsregels onder het eigendomsrecht geen grote rol, nu de kern ziet op de rechtvaardigheid van de inmenging en de nationale procedure hierbij leidend is voor het Hof. Bij een tekort aan informatie om vast te kunnen stellen of sprake is van een inmenging kan het Hof echter onder het eigendomsrecht extra informatie vragen aan de partijen. Dit zal dan met name spelen in zaken waarin de inmenging in de nationale procedure wordt betwist, en minder of niet wanneer de belangenafweging de kern van het nationale geschil vormt.

11.5 BEWIJSREGELS VOOR HET EHRM: ARTIKEL 3 EVRM IN ASIELZAKEN

De kernvraag van deze paragraaf ziet op de toetsingspraktijk ten aanzien van de bewijsregels van het EHRM in asielzaken waarin door klager een beroep is gedaan op artikel 3 EVRM om een uitzetting te voorkomen en of hieruit indirecte procedurele implicaties zijn af te leiden.¹³⁹

De rechtsbescherming die in Straatsburg en op nationaal niveau in asielzaken wordt geboden, loopt uiteen. Diverse specialisten uit het vreemdelingenrecht hebben dit gesignaleerd.¹⁴⁰ Zo verschilt de Straatsburgse toetsing in *Said* tegen Nederland van de toets van de hoogste nationale rechter.¹⁴¹ Ten tijde van de nationale procedure (2001) was in deze zaak de algemene informatie (die o.m. bestond uit rapporten van NGO's) nog niet beschikbaar op basis waarvan het EHRM in 2005 het asielrelaas van klager geloofwaardig achtte.¹⁴² Ook in de latere zaak *Salah Sheekh* tegen Nederland¹⁴³ uit 2007 hebben de

139 Dit geldt ook in de context van artikel 2 EVRM in uitzettingszaken. Zoals echter in hoofdstuk 5 (paragraaf 5.1, supra noot 1) is opgemerkt, wordt in de meeste gevallen een beroep gedaan op artikel 3 EVRM in dit type zaken en daarom wordt in deze studie niet apart aandacht besteed aan artikel 2 EVRM in uitzettingszaken.

140 Waaronder Spijkerboer, Battjes en Vermeulen. Zie Spijkerboer 2007, en de annotaties van Vermeulen bij de zaken *Said* en *Salah Sheekh* en van Battjes bij de *Said*-zaak. Zie ook Barkhuysen in zijn oratie: Barkhuysen 2006, p. 25 e.v.

141 EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV (*Said t. Nederland*). Eerste veroordeling van Nederland dat uitzetting strijd oplevert met artikel 3 EVRM, aldus de annotatoren onder punt 1 van de noot.

142 Zie helder uiteengezet onder punt 3 van de noot bij de *Said* zaak.

143 EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie ook: Vlemminx 2013, p. 56-57.

klagers in de nationale procedure tevergeefs een beroep gedaan op artikel 3 EVRM om hun uitzetting naar het land van herkomst te voorkomen. In deze zaken toetste het EHRM, anders dan de hoogste Nederlandse bestuursrechter, de feiten en omstandigheden *ex nunc*.¹⁴⁴ Mede als gevolg hiervan toetste het Hof het bewijs strenger en nam het meer informatie mee dan de Nederlandse hoogste bestuursrechter. De zaken *Said* en *Salah Sheekh* laten zien dat een schending van artikel 3 EVRM op nationaal niveau niet aan het licht was gekomen op basis van de gevolgde procedure. Daarnaast oordeelde het Hof in deze zaken in lijn met eerdere Straatsburgse jurisprudentie ex artikel 35 EVRM dat klagers niet over een effectief nationaal rechtsmiddel beschikten, en dat daarom de niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen niet aan klagers kon worden tegengeworpen.¹⁴⁵

Gelet op de omvang en de haalbaarheid van dit onderzoek is het niet mogelijk om op elk element van toetsing door het Hof in te gaan.¹⁴⁶ Daarom volsta ik hier met een vijftal thema's die relevant zijn voor de omgang met bewijs door het Hof en daarmee de eventuele indirecte procedurele implicaties. Vertrekpunt bij de selectie van deze thema's vormen de door Baldinger in haar dissertatie geformuleerde criteria voor bewijs en rechterlijk onderzoek,¹⁴⁷ aangevuld met recente(re) EHRM-jurisprudentie.

De kern van deel II van deze studie wordt gevormd door de vraag of de Straatsburgse praktijk indirecte procedurele implicaties voor de omgang met bewijs met zich brengt. Om deze vraag te kunnen beantwoorden volgt allereerst een uiteenzetting over de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Hierbij is het interessant om te zien wanneer het Hof overgaat tot een zelfstandige beoordeling van het relaas van klager en welke factoren de geloofwaardigheid volgens het Hof beïnvloeden (paragraaf 11.5.1). Vervolgens volgt de omvang van de 'rigorous scrutiny' van het Hof. Hierbij ga ik uitgebreid in op de bewijsstandaard, -omvang en -last (paragraaf 11.5.2). Daarna komen de termijnen die het Hof hanteert ten aanzien van het bewijs, het type bewijs en het gewicht dat het Hof toekent aan de diverse bewijsbronnen aan bod (paragraaf 11.5.3). Tot slot volgt het toetsingsmoment dat het Hof toepast bij de beoordeling van de claim van klager (paragraaf 11.5.4), gevolgd door de beoordeling van en het gewicht dat toekomt aan de individuele omstandigheden (paragraaf 11.5.5).

144 EHRM 5 juli 2005, *AB* 2005, 369, m.nt. HBa & BPV, par. 48-49 (*Said t. Nederland*); EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*).

145 Barkhuysen plaatst bij de zaak *Said* de kanttekening dat het Hof in deze zaak echter heeft nagelaten een schending van artikel 13 EVRM aan te nemen en leidt hieruit af dat het Hof hiermee het signaal afgeeft dat de nationale rechtsbescherming adequaat is. Barkhuysen 2006, p. 25-26.

146 Voor een zeer nauwkeurig overzicht verwijs ik naar de lezenswaardige dissertatie van Baldinger (Baldinger 2013).

147 Baldinger 2013, p. 8 en voor de toepassing van de elf criteria op de EHRM jurisprudentie: p. 234-287.

11.5.1 Geloofwaardigheid asielrelaas

De geloofwaardigheidstoets van het asielrelaas vormt onderdeel van de feitenvaststelling door het EHRM.¹⁴⁸ In de eerste plaats valt bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas op dat het Hof aan de ene kant terughoudend is bij het zelfstandig beoordelen van de geloofwaardigheid. Conform het subsidiariteitsbeginsel is dit meer een taak voor de nationale autoriteiten. Bovendien zouden de nationale autoriteiten hier ook beter toe in staat zijn. Tegelijkertijd erkent het Hof het absolute karakter en de fundamentele waarde van artikel 3 EVRM, en ziet het hierin reden om in sommige gevallen zelf grondig onderzoek te doen naar de aanwezigheid van een reëel risico.¹⁴⁹ Een onafhankelijke toets van de door de Staat betwiste geloofwaardigheid van het asielrelaas maakt ook onderdeel uit van dit grondige onderzoek.¹⁵⁰ Het Straatsburgse Hof heeft nagelaten om een ‘elaborate doctrinal position’ in te nemen waar het gaat om de vraag of het Hof de geloofwaardigheidstoets van de nationale autoriteiten volgt of toch het relaas zelf aan een grondig onderzoek onderwerpt.¹⁵¹ Baldinger heeft wel drie ‘triggers’ geformuleerd die ertoe kunnen leiden dat het Hof het asielrelaas zelfstandig op waarheid toetst. Deze drie *triggers* zijn achtereenvolgens: (1) de nationale procedure is onvoldoende. Het kan dan gaan om bewijs dat niet is meegenomen, of om het feit dat de landenrapporten in de toets ontbreken.¹⁵² De volgende trigger (2) ziet op nieuwe feiten en omstandigheden of ontwikkelingen. Bij de laatste trigger tot slot (3) kan het Hof besluiten om zelf de geloofwaardigheid te toetsen in het geval dat op nationaal niveau onvoldoende rekening is gehouden met het absolute karakter van artikel 3 EVRM of als sprake is van een incorrecte toepassing van de bewijsstandaard. Dat wil zeggen dat op nationaal de bewijsstandaard te strikt is toegepast of te veel gericht op de individualisering van het reële risico.¹⁵³

Ter illustratie van de eerste trigger kunnen de zaken *Jabari*¹⁵⁴ en *R.C.*¹⁵⁵ worden genoemd. In de eerste zaak is helemaal geen inhoudelijk onderzoek door de autoriteiten uitgevoerd. In *R.C.* tegen Zweden ontbrak het aan een serieus onderzoek en zijn medische rapporten onvoldoende in het nationale oordeel betrokken. In *Salah Sheekh*¹⁵⁶ leunden de nationale autoriteiten te

148 Zie over de geloofwaardigheidstoets door het EHRM ook: Reneman 2012, p. 221-234. Dit kan dus ook onderdeel zijn van ‘a rigorous scrutiny’ aldus Baldinger (Baldinger 2013, p. 246 e.v.).

149 Baldinger 2013, p. 246.

150 Baldinger 2013, p. 247.

151 Aldus Baldinger 2013, p. 248.

152 Zie Gibb & Good 2013, p. 291-322 voor het gebruik van landeninformatie (‘country of origin information’) in het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk.

153 Baldinger 2013, p. 248.

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

155 EHRM 9 maart 2010, *JV* 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer (*R.C. t. Zweden*).

156 EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV (*Salah Sheekh t. Nederland*).

veel op het ambtsbericht van het ministerie van Buitenlandse Zaken, zonder verdere bronnen in hun oordeel te betrekken.¹⁵⁷ Wanneer door klager gegronde redenen zijn aangevoerd om te twijfelen aan de accurateheid van de informatie waarmee de regering zijn standpunt onderbouwt, kan dit voor het Hof reden zijn om uit eigen beweging meer bronnen te raadplegen:

‘In determining whether it has been shown that the applicant runs a real risk, if expelled, of suffering treatment proscribed by Article 3, the Court will assess the issue in the light of all the material placed before it, or, if necessary, *material obtained proprio motu*, in particular where the applicant — or a third party within the meaning of Article 36 of the Convention — provides *reasoned grounds which cast doubt on the accuracy of the information relied on by the respondent Government* [cursivering: Td]].’¹⁵⁸

Het voorgaande impliceert dat deze gegronde redenen ook voor de nationale rechter – in navolging van het Hof – reden kunnen zijn om zelf extra materiaal in het oordeel te betrekken. Het Hof doet tenslotte *meer* dan de nationale rechters hebben gedaan, en de nationale autoriteiten zijn en blijven de primaire EVRM-beschermers.

Het Hof vervolgt zijn overweging door in te gaan op zijn eigen beoordeling van extra (uit eigen beweging verkregen) informatie. Deze overweging is tevens illustratief voor de wisselwerking tussen de toetsingspraktijk van het Hof zelf en wat het in dit kader van de Staat verlangt.¹⁵⁹ In de volgende overweging expliciteert het Hof namelijk ook wat het van de Staat verlangt met betrekking tot het type bronnen dat in het oordeel in de nationale procedure moet worden betrokken:

‘In respect of materials obtained *proprio motu*, the Court considers that, given the absolute nature of the protection afforded by Article 3, it must be satisfied that the assessment made by the authorities of the Contracting State is adequate and sufficiently supported by domestic materials as well as by materials originating from other, reliable and objective sources, such as, for instance, other Contracting or non-Contracting States, agencies of the United Nations and reputable nongovernmental organisations.’¹⁶⁰

De ratio voor het meenemen van nieuwe(re) informatie en andere bronnen (en de *ex nunc*-toets die dit vervolgens impliceert) is naar het oordeel van

157 Baldinger 2013, p. 249; Reneman 2012, p. 243 e.v. Zie ook: EHRM 1 april 2010, zaaknr. 24268/08, par. 56 (*Klein t. Rusland*); EHRM 21 oktober 2010, zaaknr. 25404/09, par. 125 (*Gaforov t. Rusland*) waarin het Hof oordeelde dat de staat bij de beoordeling van de *refoulement* claim onvoldoende ‘human rights reports’ heeft meegenomen.

158 EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*).

159 Zie ook hoofdstuk 5.

160 EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie recenter: EHRM 8 juli 2014, zaaknr. 58363/10, par. 47-51 (*M.E. t. Denemarken*).

het Hof gelegen in artikel 19 EVRM. Dit artikel ziet op het verzekeren van de nakoming van het Verdrag. Daarnaast past een te beperkte beoordeling niet bij het zijn van een internationaal mensenrechtenhof:

‘In its supervisory task under Article 19 of the Convention, it would be too narrow an approach under Article 3 in cases concerning aliens facing expulsion or extradition if the Court, as an international human rights court, were only to take into account materials made available by the domestic authorities of the Contracting State concerned without comparing these with materials from other, reliable and objective sources.’¹⁶¹

Bij de tweede trigger gaat het om nieuwe feiten en veranderde omstandigheden. Het kan dan gaan om nieuwe door klager overgelegde documenten¹⁶² of om veranderende omstandigheden in het land waarnaar wordt uitgezet waarbij het Hof in dat geval de klacht van klager *ex nunc* beoordeelt. Dat wil zeggen naar de omstandigheden die gelden op het moment dat het Hof de artikel 3 EVRM klacht van klager behandelt.¹⁶³

Bij de derde trigger wijst Baldinger op de zaak *Chahal*¹⁶⁴ waarin het Verenigd Koninkrijk het risico van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling heeft afgezet tegen de nationale veiligheid en een incorrecte bewijsstandaard heeft toegepast.¹⁶⁵ Van een incorrecte bewijsstandaard, in de zin dat deze naar het oordeel van het Hof te hoog was voor klager, was ook sprake in de Grote Kamer uitspraak in de *M.S.S.* zaak.¹⁶⁶

De eerste trigger en de derde trigger houden nauw verband met elkaar. In beide gevallen schiet de nationale procedure naar het oordeel van het Hof tenslotte tekort. Deze eerste en derde trigger zien beide volgens het Hof op onvoldoende onderzoek en een verkeerde toepassing van bewijsregels op nationaal niveau.

161 EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie recenter EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 25077/06 (*A.Q.W. en D.H. t. Nederland*) waarin het Hof ook andere bronnen (NGO-rapporten) meeneemt in zijn beoordeling (par. 70 en par. 38-50).

162 EHRM 6 maart 2001, *EHRC* 2001, 30, m.nt. Gijzen, *JV* 2001, 104, m.nt. TS (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*). Later: EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 157 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

163 Baldinger 2-13, p. 249 en de verwijzing naar de zaak *Salah Sheekh* (par. 136). Geen nieuwe beoordeling achtte het Hof noodzakelijk in de zaak *J.H.* (EHRM 20 december 2011, zaaknr. 48839/09, par. 59 (*J.H. t. Verenigd Koninkrijk*)) nu hier geen nieuw bewijs was aangedragen.

164 EHRM 15 november 1996, zaaknr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*).

165 Baldinger 2013, p. 249.

166 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*). Zie hoofdstuk 5, i.h.b. paragraaf 5.4 onder het kopje *Dublinzaken*.

Vervolgens is het interessant om te zien hoe het Hof de geloofwaardigheid van het asielrelaas beoordeelt.¹⁶⁷ Met andere woorden: welke factoren spelen een rol bij de beoordeling van de geloofwaardigheid? De geloofwaardigheids-toets van het relaas maakt, samen met het rechterlijk onderzoek en de bewijsregels die het Hof hanteert, onderdeel uit van het grondige onderzoek ('rigorous scrutiny') van het Hof.¹⁶⁸ Niet is beoogd om een uitputtende opsomming te geven van de factoren die een rol spelen bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het relaas van klager.

Bij de beoordeling van de geloofwaardigheid geeft het Hof het voordeel van de twijfel aan klager:¹⁶⁹

'The Court acknowledges that, owing to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently necessary to give them the benefit of the doubt when it comes to assessing the credibility of their statements (...).'¹⁷⁰

De 'geloofwaardigheidsmaatstaf' die het EHRM hanteert bij het beoordelen van de geloofwaardigheid is die van een 'general credibility'. Het Hof verlangt dus niet van klager dat elk detail van het vluchtrelaas accuraat en consistent is.¹⁷¹

'The Court acknowledges that complete accuracy as to dates and events cannot be expected in all circumstances from a person seeking asylum.'¹⁷²

Het gaat erom dat het basisverhaal van de asielzoeker geloofwaardig is. Het EHRM sprak van 'basic story' in de al eerder genoemde zaak *R.C. tegen Zweden*.¹⁷³ Wat maakt het basisverhaal nu geloofwaardig? Het gaat er onder meer om dat het relaas in lijn is met de landeninformatie. Dit is informatie van algemene aard, die ziet op de situatie in het land. Deze informatie kan afkomstig zijn van zowel de Staten (in de vorm van algemene ambtsberichten) als van NGO's. Bovendien is het van belang dat het relaas gedurende de procedure consistent is: wanneer de asielzoeker elke keer wat anders stelt, komt

167 Zie in dit verband ook: EHRM 18 december 2012, *JV* 2013, 35, m.nt. H. Battjes, par. 70-78 (*F.N. e.a. t. Zweden*).

168 Zo stelt Baldinger: Baldinger 2013, p. 234.

169 Baldinger 2013, p. 250. Later zullen we zien dat het Hof klager ook het voordeel van de twijfel geeft in het geval het gaat om twijfel omtrent de authenticiteit van de overgelegde documenten.

170 EHRM 29 januari 2013, *EHRC* 2013, 87, m.nt. M. den Heijer, par. 71 (*S.H.H. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook eerder: EHRM 9 maart 2010, *JV* 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 50 (*R.C. t. Zweden*) en de genoemde jurisprudentie door Baldinger: Baldinger 2013, p. 250 onder noot nummer 309.

171 Baldinger 2013, p. 251.

172 EHRM 17 januari 2006, zaaknr. 32213/04 (*Bello t. Zweden*).

173 Zie Baldinger die dit opmerkt, en ook spreekt van 'basic story' in het kader van de geloofwaardigheid van het asielrelaas.

dit de geloofwaardigheid niet ten goede.¹⁷⁴ Ook moet het basisverhaal tijdig naar voren worden gebracht.¹⁷⁵ In een Zweedse zaak oordeelde het Hof dat het in een zeer laat stadium in de nationale procedure naar voren brengen van de homoseksuele geaardheid van klager teneinde de uitzetting naar Irak te voorkomen weinig bevorderlijk was voor de geloofwaardigheid van zijn relaas.¹⁷⁶ In het geval waarin pas in de procedure voor het Hof een verklaring over een vermeende marteling wordt ingebracht door klager is dit evident niet tijdig.¹⁷⁷

11.5.2 Omvang 'rigorous scrutiny'-test

In de zaak *Vilvarajah*¹⁷⁸ overwoog het Hof voor het eerst¹⁷⁹ dat het zelf de aanwezigheid van een risico van 'ill-treatment' (de *refoulement-claim*)¹⁸⁰ in strijd met artikel 3 EVRM aan een grondig onderzoek ('a rigorous scrutiny') moet onderwerpen:

'The Court's examination of the existence of a risk of ill-treatment in breach of Article 3 at the relevant time must necessarily be a *rigorous one* in view of the absolute character of this provision and the fact that it enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe (...).'¹⁸¹

Eerder is al opgemerkt dat de ratio voor dit grondige onderzoek door het Hof zelf dus gevonden kan worden in: (1) het absolute karakter van artikel 3 EVRM en (2) het feit dat artikel 3 EVRM behoort tot een van de meest fundamentele waarden van de democratische samenlevingen die deel uitmaken van de Raad

174 Van dit laatste was sprake in: EHRM 2 april 2013, EHRC 2013, 215, par. 63 – 64 (*Mohammed Hussein e.a. t. Nederland en Italië*).

175 Helder is de opsomming van Baldinger: Baldinger 2013, p. 25-252.

176 EHRM 27 juni 2013, zaaknr. 72413/10, par. 43 (*M.K.N. t. Zweden*).

177 Zie EHRM 26 oktober 2004, zaaknr. 16578/03 (ontv.besl.) (*B. t. Zweden*).

178 EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

179 Spijkerboer merkt hierover op: "Since its *Vilvarajah* judgment, the Court has consistently held that its own examination of the existence of ill-treatment in breach of Article 3 must necessarily be a rigorous one, in view of the absolute character of this provision and the fact that it enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe (par. 108)." Spijkerboer 2009, p. 63. Dit leidt Spijkerboer af uit de zaak *Vilvarajah e.a.*: EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Dit is bevestigd in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Saadi*. EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, par. 128 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*). Vgl. ook Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 215. Vgl. ook: Baldinger 2013, p. 234; Reneman 2012, p. 282 onder noot 115 de verwijzing naar de zaak *Saadi*.

180 Zie paragraaf 4.3.2. van hoofdstuk 4 over het *refoulement* verbod.

181 EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, par. 108 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie recenter ook: EHRM 23 februari 2012, EHRC 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, JV 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck, par. 116 (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*).

van Europa. Als derde achterliggende reden voor deze ‘rigorous scrutiny’ wijst Baldinger nog op de onomkeerbare eventuele schade in het geval dat een slechte behandeling (ill-treatment) zich voordoet. Het EHRM refereerde eerder hieraan in het kader van artikel 13 EVRM bij de plicht die op de nationale autoriteiten rust tot het houden van een ‘rigorous scrutiny’.¹⁸² Ook in het kader van artikel 8 EVRM bij de uithuisplaatsing van minderjarige kinderen verlangt het Straatsburgse Hof van de nationale autoriteiten dat de besluitvorming omtrent de voorgenomen uithuisplaatsing zorgvuldig is, en wijst als een van de redenen op de onomkeerbaarheid van de beslissing tot uithuisplaatsing vanwege de nadelige gevolgen hiervan voor het minderjarige kind.¹⁸³ Het belang van het kind prevaleert overigens boven de procedurele waarborgen van de ouders.

Het Straatsburgse Hof spreekt dus zowel in het kader van zijn eigen onderzoek onder artikel 3 EVRM van een ‘independent and rigorous scrutiny’ als ook in het kader van wat het van de nationale rechters verwacht onder de artikelen 3, 13 en 35, eerste lid EVRM.¹⁸⁴ Het Hof scherpt de regels aan in de gevallen dat het gaat om mogelijke schade die onomkeerbaar is. In die gevallen vraagt het meer van de nationale autoriteiten en daarnaast is het ook reden voor het Hof zelf om de artikel 3 EVRM-claim aan een grondig onderzoek te onderwerpen.

Toch lijkt het Hof niet altijd even consistent als het gaat om de vraag wanneer het wel of niet zelf overgaat tot een ‘rigorous scrutiny’.¹⁸⁵ Zo is het Hof de ene keer terughoudender ten aanzien van het zelf doen van onderzoek, en een andere keer onderwerpt het juist wel zelf de klacht aan een grondig onderzoek.¹⁸⁶ Ook als op nationaal niveau klager meerdere keren is geïnterviewd en er een gemotiveerd besluit ligt dat het relaas van klager niet geloofwaardig is, kan het Hof alsnog besluiten om de klacht aan een ‘rigorous scrutiny’ te onderwerpen.¹⁸⁷

Als gezegd, geven de bewijsregels en het rechterlijk onderzoek (*judicial scrutiny*) invulling aan het grondige onderzoek van het Hof.¹⁸⁸ Baldinger

182 Baldinger 2013, p. 234. Vgl. ook hoofdstuk 5.

183 Zie hoofdstuk 6.

184 Baldinger 2013, p. 234; Reneman 2012, p. 276; Spijkerboer 2009, p. 263.

185 Reneman 2012, p. 285 en de verwijzing naar EHRM 13 oktober 2011, zaaknr. 10611/09, par. 86 – 87 (*Husseini t. Zweden*).

186 In EHRM 20 oktober 2011, zaaknr. 55463/09, par. 54 – 55 (*Samina t. Zweden*) en EHRM 22 november 2011, zaaknr. 32010/09 (ontv.besl.) (*Sibomana t. Zweden*) beoordeelt het Hof de aanwezige procedurele garanties naar nationaal recht in plaats van zelf een *rigorous scrutiny* uit te voeren. Dit is wat we ook al in deel I van dit onderzoek hebben kunnen zien. Namelijk dat het Hof de nadruk legt op aanwezige procedurele garanties in het nationale recht.

187 EHRM 16 maart 2004, zaaknr. 38865/02 (ontv.besl.) (*Nasimi t. Zweden*). Zie ook de ‘overall examination of the applicant’s case’ hoewel de nationale autoriteiten de klacht aan een grondig onderzoek hebben onderworpen: EHRM 20 december 2011, zaaknr. 48839/09, resp. par. 58 en 66 (*J.H. t. Verenigd Koninkrijk*).

188 Onder verwijzing naar Baldinger 2013.

heeft in haar dissertatie elf criteria van bewijs en rechterlijk onderzoek ('evidence and judicial scrutiny') geformuleerd.¹⁸⁹

Deze elf criteria dienden als een *research tool* bij de analyse van de door de internationale tribunalen/rechterlijke instanties¹⁹⁰ gebruikte standaarden en principes. Bij de bespreking van de bewijsstandaard, de -omvang en de -last(verdeling) volg ik de volgorde en indeling van Baldinger, aangevuld met recentere relevante EHRM-zaken.

Bewijsstandaard

De bewijsstandaard die het Hof hanteert in zaken waarin klager zich beroept op artikel 3 EVRM om een mogelijke uitzetting (*expulsion*) tegen te gaan is dat er 'substantiële gronden' (*substantial grounds*) moeten worden aangevoerd door klager¹⁹¹ die aantonen dat bij een uitzetting een daadwerkelijk gevaar bestaat dat de uitzetting in strijd komt met artikel 3 EVRM.¹⁹² Om binnen het bereik van artikel 3 EVRM te vallen moet de 'ill-treatment' die klager bij terug sturing naar het betreffende land vreest voldoen aan een 'minimum level of severity'.¹⁹³ De met artikel 3 EVRM strijdige behandeling moet dus voldoen aan een 'minimum niveau van ernst'. De plicht die op klager rust om substantiële gronden aan te voeren, heeft het Hof als volgt verwoord:

'(...), expulsion, extradition or any other measure to remove an alien may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of the expelling State under the Convention, *where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country (...).*'¹⁹⁴

189 Baldinger 2013, p. 8 en voor de toepassing van de elf criteria op de EHRM jurisprudentie: p. 234-287.

190 Baldinger analyseert niet alleen de voor haar onderzoek relevante EVRM bepalingen, maar gaat ook in op de 'Refugee Convention' (RC), 'International Covenant on Civil and Political Rights' (ICCPR), 'Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment' (CAT), EU asylum law. Baldinger 2013, p. 12.

191 Zie over de verdeling van de bewijslast hierna meer uitgebreid.

192 Baldinger 2013, p. 234. Ter vergelijking: bij een beroep op artikel 2 EVRM om een 'extradition' of 'deportation' tegen te gaan, geldt dat sprake moet zijn van 'a virtual certainty' dat het recht op leven zoals beschermd door artikel 2 EVRM bij een eventuele uitlevering of uitzetting wordt geschonden. Fribergh & Kjaerum 2013, p. 67.

193 EHRM 2 april 2013, EHRC 2013, 215, par. 68 (*Mohammed Hussein e.a. t. Nederland en Italië*).

194 EHRM 23 februari 2012, EHRC 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, JV 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck, par. 114 (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*). Vgl. eerder: EHRM 20 maart 1991, zaaknr. 15576/89, par. 69 (Grote Kamer) (*Cruz Varas e.a. t. Zweden*); EHRM 9 maart 2010, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 48 (*R.C. t. Zweden*). Deze bewijsstandaard is ook herhaald in ontvankelijkheidsbeslissingen, aldus Baldinger: Baldinger 2013, p. 234 onder noot nummer 210. Zie ook Haeck & Herrera 2011, p. 362.

Een poging van het Verenigd Koninkrijk¹⁹⁵ om in de zaak *Saadi* de bewijsstandaard te verhogen was zonder succes.¹⁹⁶ Het EHRM hield vast aan de hiervoor weergegeven bewijsstandaard van de *substantial grounds*, en ging niet mee in het betoog van het Verenigd Koninkrijk om de standaard te verhogen naar: 'be proved that subjection to ill- treatment is more likely than not'.¹⁹⁷

Het vereiste niveau van 'real risk' wordt helder verwoord door Baldinger: 'The level of risk required is a real (not fictional), personal (relating to the individual), and foreseeable risk exceeding the mere possibility of being subjected to proscribed ill-treatment.'¹⁹⁸ Het risico mag dus niet fictief zijn, maar moet daadwerkelijk bestaan. Daarnaast moet het gaan om een aan het individu gerelateerd risico.¹⁹⁹ Tot slot moet het gaan om een voorzienbaar risico groter dan de enkele mogelijkheid dat betrokkene aan de verboden slechte behandeling wordt onderworpen. Niet nodig is echter dat het risico zich zeker of hoogstwaarschijnlijk zal voordoen.²⁰⁰ Het Straatsburgse Hof verlangt dus geen absolute zekerheid daar waar het gaat om zowel de bewijsstandaard als de eisen die het stelt aan het vereiste niveau van het reële risico.

Bewijsomvang

In asielzaken gaat het erom dat het Hof bewezen moet achten dat bij een uitzetting een reëel risico bestaat op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling. Bij het beoordelen van het risico op een slechte behandeling in het land waarnaar wordt uitgezet moet het Hof rekening houden met de voorzienbare gevolgen van de uitzetting voor klager. Het Hof doet dit in het licht van de algemene situatie in het land als ook in het licht van de persoonlijke omstandigheden in het land voor klager. De relevante overweging van de Grote Kamer in de zaak *Hirsi Jamaa* luidt als volgt:

'In order to ascertain whether or not there was a risk of ill-treatment, the Court must examine the foreseeable consequences of the removal of an applicant to the

¹⁹⁵ Derde partij in deze zaak.

¹⁹⁶ Baldinger 2013, p. 235.

¹⁹⁷ EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, par. 140 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*). Baldinger 2013, p. 235. Zie deze lijn later bevestigd in: 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*) zoals ook genoemd door Baldinger.

¹⁹⁸ Baldinger 2013, p. 235.

¹⁹⁹ Zie ter illustratie: EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 25077/06 (*A.Q.W. en D.H. t. Nederland*). Op dezelfde dag heeft het Hof in vier vergelijkbare zaken tegen Nederland uitspraak gedaan. Het gaat om *A.G.R. t. Nederland* (zaaknr. 13442/08), *M.R.A. e.a. t. Nederland* (zaaknr. 46856/07); *S.D.M. e.a. t. Nederland* (zaaknr. 8161/07) en *S.S. t. Nederland* (zaaknr. 39575/06). Alle zaken zien op de vraag of uitzetting naar Afghanistan van voormalig hoge legerofficieren/veiligheidsdienst (IF-ers) is toegestaan.

²⁰⁰ Baldinger 2013, p. 235; Wouters 2009, p. 247.

receiving country in the light of the general situation there as well as his or her personal circumstances (...).²⁰¹

Dit is dus het uitgangspunt. Het Hof kijkt zowel naar de algemene situatie als de persoonlijke situatie voor klager. Dit staat er echter niet aan in de weg dat het Straatsburgse Hof zoals bekend maatwerk levert, en dus in sommige gevallen kan bepalen dat het de bewijslast voor klager verlaagt in het geval dat de situatie in het land van herkomst zeer slecht is.²⁰² Dit was aan de orde in de zaak *NA* tegen het Verenigd Koninkrijk.²⁰³ In deze zaak merkte het Hof allereerst op om terughoudend om te gaan met de slechte situatie als belemmering voor terug sturing vanwege een mogelijk met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.²⁰⁴ Toch formuleert het Hof hierop de volgende uitzondering:

*'Exceptionally, however, in cases where an applicant alleges that he or she is a member of a group systematically exposed to a practice of ill-treatment, the Court has considered that the protection of Article 3 of the Convention enters into play when the applicant establishes that there are serious reasons to believe in the existence of the practice in question and his or her membership of the group concerned [cursivering: TdJ].'*²⁰⁵

De bescherming van artikel 3 EVRM gaat van start op het moment dat klager behoort tot een groep die in het land waarnaar wordt uitgezet structureel slecht wordt behandeld en klager daarnaast heeft aangetoond dat er serieuze redenen zijn om te geloven dat de groep waar hij deel van uitmaakt wordt geconfronteerd met deze structureel slechte behandeling.

Onder deze omstandigheden zal het Hof er niet op staan dat klager nog meer speciale onderscheidende kenmerken naar voren brengt om de persoonlijke structurele 'ill-treatment' aan te tonen.²⁰⁶ Indien het Hof dit wel van klager zou vragen zou de bescherming van artikel 3 EVRM illusoir worden. De relevante overweging van het Hof is als volgt:

201 EHRM 23 februari 2012, *EHRC* 2012, 91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz, *JV* 2012, 171, m.nt. M.Y.A. Zieck, par. 117 (Grote Kamer) (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*).

202 Vgl. ook Baldinger die dit onder de bewijslast behandelt: Baldinger 2013, p. 238. Zie voor de eventuele (nationale) verzwarende van de bewijslast wanneer sprake is van veilige landen van herkomst en hoe dit zich verhoudt tot het Vluchtelingenverdrag, het EVRM en het Unierecht: Battjes 2016.

203 EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer (*NA t. Verenigd Koninkrijk*).

204 Zie par. 115 van de uitspraak.

205 EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 116 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: EHRM 23 maart 2016, *EHRC* 2016, 131, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2016, 132, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 12 (Grote Kamer) (*F.G. t. Zweden*).

206 Vgl. eerder: EHRM 11 januari 2007, *AB* 2007, 76, m.nt. BPV (*Salah Sheekh t. Nederland*). Zie ook: Boeles e.a. 2014, p. 350-352.

*'In those circumstances, the Court will not then insist that the applicant show the existence of further special distinguishing features if to do so would render illusory the protection offered by Article 3. This will be determined in light of the applicant's account and the information on the situation in the country of destination in respect of the group in question. The Court's findings in that case as to the treatment of the Ashraf clan in certain parts of Somalia, and the fact that the applicant's membership of the Ashraf clan was not disputed, were sufficient for the Court to conclude that his expulsion would be in violation of Article 3 (...).'*²⁰⁷

Bij de beoordeling van de vraag of het Hof 'further' speciale onderscheidende kenmerken van klager vraagt, kijkt het Hof ook naar de algemene gewelddadige situatie in het land. Indien uit de algemene situatie volgt dat de autoriteiten systematisch een groep slecht behandelen, dan neemt het Hof de algemene situatie dus mee in zijn beoordeling en vraagt het evenmin om meer speciale onderscheidende kenmerken van klager:

*'In determining whether it should or should not insist on further special distinguishing features, it follows that the Court may take account of the general situation of violence in a country. It considers that it is appropriate for it to do so if that general situation makes it more likely that the authorities (or any persons or group of persons where the danger emanates from them) will systematically ill-treat the group in question.'*²⁰⁸

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat het Hof dus onder omstandigheden klager niet vraagt om verdere speciale onderscheidende kenmerken naar voren te brengen. Een van de voor dit onderzoek geïnterviewden²⁰⁹ geeft dit ook aan:

'In z'n algemeenheid zegt het Hof: wie stelt, moet bewijzen. Maar als iemand uit een heel erg eng land komt, waar de toestand echt heel erg slecht is, dan denk ik dat die net ietsje minder hoeft te bewijzen dan wanneer die uit een heel keurig land komt.'

In de zaak *NA* was de algemene gewelddadige situatie in combinatie met het behoren van klager tot een structureel slecht behandelde groep, en het verleden van klager als gevangene reden voor het Hof om een schending aan te nemen.²¹⁰

Het Hof levert dus maatwerk, en is bereid om in sommige gevallen de bewijslat naar beneden bij te stellen wanneer de situatie van klager daartoe noopt.

207 EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 116 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*).

208 EHRM 17 juli 2008, *JV* 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 117 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*).

209 Zie hoofdstuk 9, supra noot 3.

210 Boeles e.a. 2014, p. 352. Zie uitgebreider paragraaf 11.5.5.

Bewijslast(verdeling)

Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM²¹¹ ligt de bewijslast in zaken waarin de voorgenomen uitzetting of uitlevering²¹² mogelijk strijd oplevert met artikel 3 EVRM in beginsel bij klager. Hier geldt het adagium: 'wie stelt, bewijst'. In de zaak *Said* luidt de relevante overweging als volgt:

*'(...) it is incumbent on persons who allege that their expulsion would amount to a breach of Article 3 to adduce, to the greatest extent practically possible, material and information allowing the authorities of the Contracting State concerned, as well as the Court, to assess the risk a removal may entail.'*²¹³

De verdeling van de bewijslast speelt dus zowel in de nationale procedure al een rol als in de procedure voor het Hof.

Het is vervolgens aan de verdragsstaat om, nadat dit bewijs door de asielzoeker is overgelegd, twijfel aan het bewijs te onderbouwen:²¹⁴

*'It is in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds to believing that (...) he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3. Where such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it.'*²¹⁵

De bewijslast die in beginsel op klager rust, impliceert dat klager een verdedigbare claim moet hebben.²¹⁶ Wat maakt een claim 'arguable'? Uit de zaak *R.C.* tegen Zweden leidt Baldinger af dat de claim dan een zekere mate van substantiëring moet hebben, inhoudende een zeker aantal verifieerbare details ondersteund door bewijs (niet noodzakelijkerwijs veel bewijs).²¹⁷

Wanneer de hobbels van de 'verdedigbare claim' is genomen waaruit blijkt dat er substantiële gronden zijn aangevoerd door klager om aan te nemen dat een uitzetting naar het land in strijd kan komen met het verbod van *refoulement*

211 Van Bennekom & Van der Winden (Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 215) noemen onder meer: EHRM 17 juli 2008, m.nt. TS, par. 111 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 15 november 1996, zaaknr. 22414/93, par. 96 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 28 februari 2008, zaaknr. 37201/06, par. 128 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*); EHRM 26 juli 2005, AB 2005, 370, m.nt. HBa & BPV en JV 2005, 306, m.nt. TS, par. 167 (*N. t. Finland*). Vgl. ook: Baldinger 2013, p. 236.

212 Haack & Herrera 2011, p. 363.

213 EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV, par. 49 (*Said t. Nederland*).

214 Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 215; Harris e.a. 2009, p. 849.

215 EHRM 28 februari 2008, zaaknr. 37201/06, par. 129 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*). Zie deze lijn bevestigd in onder meer: EHRM 9 maart 2010, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 50 (*R.C. t. Zweden*); EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer, par. 214 (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

216 Aldus Baldinger. Baldinger 2013, p. 236-237.

217 Baldinger 2013, p. 237 en de verwijzing naar EHRM 9 maart 2010, JV 2010, 147, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 48 (*R.C. t. Zweden*).

van artikel 3 EVRM, verschuift de bewijsvoeringslast naar de Staat.²¹⁸ Het is dan aan de Staat 'to dispel any doubt' ten aanzien van de vermeende strijd met artikel 3 EVRM in de betreffende zaak weg te nemen. Concreet betekent dit onder andere dat de Staat de overgelegde documenten van klager aan een authenticiteitstest kan onderwerpen, dat de Staat (medische) rapporten kan raadplegen of getuigen kan horen, of dat de Staat actuele landeninformatie inbrengt waarin het relaas van klager weersproken wordt.²¹⁹

De bewijsvoeringslast komt dus op de Staat te rusten zodra klager zijn claim in voldoende mate heeft gesubstantieerd. Hiermee is het bewijsrisico dus niet op de Staat komen te rusten. Het is alleen aan de Staat om tegenbewijs te leveren. Ook in de gevallen dat klager behoort tot een groep die structureel slecht wordt behandeld of wanneer uit een landenrapport blijkt dat sprake is van grove mensenrechtenschendingen in het thuisland van klager, kan dit ertoe leiden dat het aan de Staat is om tegenbewijs te leveren.²²⁰

11.5.3 Bewijs(bronnen): termijnen, type en gewicht

Termijnen voor het overleggen van bewijs

Het EHRM hanteert een soepele benadering waar het gaat om het moment waarop klager voor het EHRM het bevestigende bewijs ('corroborating evidence') ter onderbouwing van zijn 3 EVRM-claim mag overleggen.²²¹ De relevante bepaling in het Procesreglement van het Hof (Rule 38 Rules of Court) met betrekking tot het indienen van schriftelijke stukken luidt:

- '1. No written observations or other documents may be filed after the time-limit set by the President of the Chamber or the Judge Rapporteur, as the case may be, in accordance with these Rules. No written observations or other documents filed outside that time-limit or contrary to any practice direction issued under Rule 32 shall be included in the case file unless the President of the Chamber decides otherwise.
2. For the purposes of observing the time-limit referred to in paragraph 1 of this Rule, the material date is the certified date of dispatch of the document or, if there is none, the actual date of receipt at the Registry.'

Het is dus aan de President van de Kamer dan wel de rechter rapporteur om de termijn voor het indienen van de schriftelijke stukken te bepalen. De achterliggende gedachte van deze regel is dat de rechters van het Hof voldoende

218 Reneman 2012, p. 253.

219 Baldinger 2013, p. 237, en opnieuw: Reneman 2012, p. 253.

220 Zie ook: Reneman 2012, p. 253.

221 Baldinger 2013, p. 276.

tijd moeten hebben om het overgelegde bewijsmateriaal te kunnen beoordelen.²²²

Het niet tijdig presenteren van bewijsmateriaal door klager is dus niet per definitie reden voor het Hof om de klacht niet te behandelen.²²³ Toch kan dit wel problemen opleveren voor het Hof als dit gepaard gaat met een opsomming van procedurele tekortkomingen. Daartoe behoren vals bewijs, inconsistenties en vage verklaringen van klager. Deze tekortkomingen kunnen zich dan zowel in de nationale procedure als in de procedure voor het Hof hebben voorgedaan.²²⁴

Minder flexibel is het Hof ten aanzien van het moment waarop klager de verklaringen van 'ill-treatment' door de autoriteiten naar voren brengt in de nationale procedure. Hier gaat het er namelijk om dat klager deze verklaringen zo vroeg mogelijk in de nationale procedure naar voren brengt.²²⁵ Het niet tijdig naar voren brengen van verklaringen kan ertoe leiden dat het Hof de klacht niet ontvankelijk verklaart. Tegelijkertijd blijft de jurisprudentie van het Hof casuïstisch op dit punt.²²⁶

Type bewijs(bronnen)

Het EHRM heeft meerdere malen herhaald dat het geen procedurele barrières opwerpt bij het toelaten van het soort bewijsmateriaal.²²⁷ In de woorden van het Straatsburgse Hof:

'In the proceedings before the Court, there are *no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formulae for its assessment*. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions.'²²⁸

Bij het beoordelen van de klacht neemt het Hof *al* het bewijsmateriaal mee dat door de partijen is overgelegd, dan wel het materiaal dat het Hof zelf heeft

222 Baldinger 2013, p. 276.

223 Zie uitgebreid Baldinger 2013, p. 276-278 en de daar genoemde jurisprudentie.

224 Baldinger 2013, p. 278.

225 Baldinger 2013, p. 274 e.v.

226 Baldinger 2013, p. 274 e.v.

227 Vgl. ook in meer algemene zin ten aanzien van artikel 3 EVRM, en dus niet toegespitst op uitzetting dan wel uitleveringszaken: Haeck & Herrera 2011, p. 359; Leach 2011, p. 172; Erdal 2001, p. 73; Rogge 1993, p. 692.

228 EHRM 13 december 2012, EHRC 2013, 92, par. 151 (Grote Kamer) (*El-Masri t. Voormalig Joegoslavische Republiek Macedonië*). Zie ook: EHRM 25 april 2013, zaaknr. 71386/10, par. 129 (*Savriiddin Dzhurayev t. Rusland*); EHRM 23 september 2010, zaaknr. 17185/05, par. 107 (*Iskandarov t. Rusland*). Ook in het kader van artikel 2 EVRM: EHRM 6 juli 2005, EHRC 2005, 97, m.nt. K. Henrard, par. 147 (Grote Kamer) (*Nachova t. Bulgarije*) (artikel 2 EVRM).

verzameld.²²⁹ Het type bewijs varieert van (medische) expertrapporten en getuigenverklaringen tot landenrapporten en rapporten van NGO's en arrestatiebevelen en politierapporten.²³⁰

Gewicht van het bewijsmateriaal

Bij het bepalen van het gewicht dat toekomt aan de bewijsmiddelen, geldt in meer algemene zin allereerst dat hoe specifiek, meeromvattend en consistent de informatie in het bewijsmateriaal over de gebeurde feiten en het mogelijk toekomstig risico, des te meer bewijskracht dit bewijsmateriaal krijgt.²³¹ Verder is voor de bewijswaardering van belang dat de bron en auteur onafhankelijk, betrouwbaar en objectief zijn.²³² Deze en voorgaande criteria spelen zowel een rol bij de getuigenverklaringen van familieleden die dienen als bevestigend bewijs voor de claim van klager als ook bij rapporten van mensenrechtenorganisaties en informatie van wetenschappers.²³³ Zo hecht het Hof bijvoorbeeld ook waarde aan de consistentie van de diverse expertrapporten. Deze rapporten moeten ook consistent zijn in relatie tot landeninformatie en informatie van klager.²³⁴ Ten aanzien van bewijs afkomstig van anonieme bronnen geldt dat dit niet het enige bewijs mag zijn, en dus moet worden bevestigd door ander bewijsmateriaal.²³⁵

Voor wat betreft de authenticiteit van documenten geeft het EHRM de voorkeur aan originele documenten boven een kopie van het bewijsstuk.²³⁶

Bij het beoordelen van de betrouwbaarheid van de overgelegde documenten geeft het Hof klager opnieuw het voordeel van de twijfel.²³⁷ Een veel geciteerde overweging in de Straatsburgse jurisprudentie is de volgende overweging:

229 EHRM 28 februari 2008, zaaknr. 37201/06, par. 128 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*). Eerder: 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. 69 (Grote Kamer) (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*). Vgl. ook Baldinger 2013, p. 253 en de onder noot nummer 324 genoemde jurisprudentie inclusief ontvankelijkheidsbeslissingen van het Hof waarin het deze standaard herhaalt.

230 Baldinger 2013, p. 253 en de daar genoemde jurisprudentie. Zie ook: Haeck & Herrera 2011, p. 359.

231 Baldinger 2013, p. 259. Vgl. ook: EHRM 7 juni 2007, zaaknr. 38411/02, par. 11 – 13 en 78 (*Garabayev t. Rusland*) (verschillende overgelegde brieven vormden een consistent geheel en besteedden bovendien in het bijzonder aandacht aan de gevaarlijke individuele situatie voor klager, zie helder Baldinger (2013) op p. 260).

232 Baldinger 2013, p. 260 e.v.

233 Baldinger 2013, p. 261.

234 Aldus Baldinger 2013, p. 262.

235 Baldinger 2013, p. 268-269 en de verwijzing naar: EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer, par. 232-233 (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

236 Baldinger 2013, p. 259 en EHRM 10 februari 2009, zaaknr. 47683/08 (ontv.besl.) (*S.M. t. Zweden*). Zie ook: Reneman 2012, p. 237 e.v.

237 Baldinger 2013, p. 258.

‘The Court acknowledges that, owing to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently necessary to give them *the benefit of the doubt* when it comes to assessing the credibility of their statements and the documents submitted in support thereof.’²³⁸

Dit houdt in dat het EHRM in principe de door klager overgelegde documenten als authentiek beschouwd.²³⁹ Het Hof stelt zich dus coulant op ten aanzien van klager.

Wanneer uit nationaal onderzoek volgt dat de overgelegde documenten niet authentiek zijn of vervalst, is het aan klager om aan te tonen op welke punten het nationale onderzoek onjuist is:

‘However, when information is presented which gives strong reasons to question the veracity of an asylum seeker’s submissions, the individual must provide a satisfactory explanation for the alleged discrepancies.’²⁴⁰

Een nalaten hiervan komt de betrouwbaarheid van de claim niet ten goede.²⁴¹ Bij twijfel over de echtheid van de documenten hangt ten slotte veel af van de kwantiteit en kwaliteit van het andere bewijsmateriaal.²⁴²

Verder spelen informatie of rapporten over de situatie in het land waarnaar wordt uitgezet een belangrijke rol bij de beoordeling van de vraag of er substantiële gronden zijn die aan uitzetting in de weg staan vanwege de strijd met artikel 3 EVRM.

Baldinger onderscheidt vier hoofdbronnen van landeninformatie (‘country of origin information’) die het Hof hierbij gebruikt. Het gaat hier achtereenvolgens om (1) samengestelde informatie van lichamen van de VN of de Raad van Europa, (2) door (niet-)Verdragsluitende partijen samengestelde informatie, (3) informatie van internationale mensenrechtenorganisaties (bijvoorbeeld

238 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 87, m.nt. M. den Heijer, par. 71 (*S.H.H. t. Verenigd Koninkrijk*).

239 Zie ook: EHRM 6 december 2012, zaaknr. 29946/10, par. 36 (*D.N.W. t. Denemarken*); EHRM 28 juni 2012, JV 2012, 402, m.nt. H. Battjes, par. 73 (*A.A. e.a. t. Zweden*); EHRM 24 januari 2012, zaaknr. 12096/10, par. 69 (*S.S. t. Verenigd Koninkrijk*). Recenter: EHRM 27 juni 2013, JV 2013, 301, m.nt. H. Battjes, par. 43 (*S.A. t. Zweden*); EHRM 4 juni 2015, JV 2015, 184, par. 51 (*J.K. e.a. t. Zweden*) (geen schending 3 EVRM; stemverhouding vijf tegen twee) en de Grote Kamer uitspraak: EHRM 23 augustus 2016, zaaknr. 59166/12 (Grote Kamer) (*J.K. e.a. t. Zweden*) (wel schending van 3 EVRM bij uitzetting; stemverhouding tien tegen zeven).

240 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 87, m.nt. M. den Heijer, par. 71 (*S.H.H. t. Verenigd Koninkrijk*).

241 Baldinger 2013, p. 258 en de onder voetnoot nummer 347 genoemde ontvankelijkheidsbeslissingen van het Hof waaruit dit volgt, waaronder: EHRM 17 mei 2011, zaaknr. 43408/08, par. 78 (*Izevbekhai e.a. t. Ierland*).

242 Baldinger 2013, p. 258 en de verwijzing naar: EHRM 6 maart 2001, EHRC 2001, 30, m.nt. Gijzen, JV 2001, 104, m.nt. TS, par. 63-64 (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*).

Amnesty International) en (4) informatie van de media en andere bronnen.²⁴³ Een hiërarchie binnen deze bronnen ontbreekt.²⁴⁴ Tegelijkertijd vindt het Hof VN-rapporten en rapporten van Staten belangrijke bronnen. De reden is dat Staten vanwege hun diplomatieke missies en hun mogelijkheid om informatie te verzamelen het EHRM relevant materiaal kunnen verschaffen. Dit geldt te meer voor organisaties van de VN. In het bijzonder nu deze organisaties direct toegang hebben tot de autoriteiten van het land. Bovendien hebben zij de mogelijkheid om *on the spot* inspecties uit te voeren op een manier waar Staten en non-gouvernementele organisaties niet toe in staat zijn. In *Sufi en Elmi*²⁴⁵ heeft het Hof als volgt overwogen:

‘The Court also recognises that consideration must be given to the presence and reporting capacities of the author of the material in the country in question. In this respect, the Court observes that States (whether the respondent State in a particular case or any other Contracting or non-Contracting State), through their diplomatic missions and their ability to gather information, will often be able to provide material which may be highly relevant to the Court’s assessment of the case before it. It finds that the same consideration must apply, a fortiori, in respect of agencies of the United Nations, particularly given their direct access to the authorities of the country of destination as well as their ability to carry out on-site inspections and assessments in a manner which States and non-governmental organisations may not be able to do.’²⁴⁶

243 Baldinger 2013, p. 267 en de verwijzing naar: EHRM 17 juli 2008, JV 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer (*NA t. Verenigd Koninkrijk*).

244 Aldus Baldinger 2013, p. 267.

245 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

246 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer, par. 231 (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

Daarnaast kent het Hof veel waarde toe aan UMHCR rapporten.²⁴⁷ Hiervan was sprake in de zaak *Jabari*,²⁴⁸ en in een aantal zaken tegen Turkije²⁴⁹ en Rusland.²⁵⁰ In de zaak *Charahili* overwoog het Hof:

‘(...) the Court must give due weight to the UMHCR’s conclusions as to the applicant’s claim regarding the risk which he would face if he were to be removed to Tunisia. In this connection the Court observes that, unlike the Turkish authorities, the UMHCR interviewed the applicant and tested the credibility of his fears and the veracity of his account of circumstances in his country of origin. Following this interview, it found that the applicant risked being subjected to ill-treatment in his country of origin.’²⁵¹

In een latere Nederlandse zaak beperkt de regering zich niet tot het ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse zaken over de situatie in Afghanistan (in *Salah Sheekh* beperkte de regering zich tot de ambtsberichten, wat er onder meer toe leidde dat Nederland werd veroordeeld voor een schending van artikel 3 EVRM), maar refereert ook aan een rapport van UMHCR op grond waarvan uitzetting van klager geen probleem zou opleveren.²⁵²

11.5.4 Toetsingsmoment

Als de uitzetting nog niet heeft plaatsgevonden, toetst het Hof de vraag of sprake is van een reëel risico op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling *ex nunc*.²⁵³ Het Hof gaat dus uit van de feiten en omstandigheden die gelden

247 Bruin 2011, p. 244 ; Baldinger 2013, p. 250. noemt onder meer: EHRM 4 december 2008, zaaknr. 20113/07, par. 90 (*Y. t. Rusland*) (in deze zaak volgde het Hof het UNHCR rapport niet). In deze zaken deed het Hof dit wel: EHRM 11 juli 2000, EHRC 2000, 240, m.nt. BV, par. 41 (*Jabari t. Turkije*); EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 15916/09, par. 42 – 43 (*Dbouba t. Turkije*); EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 36009/08, par. 14 en par. 33 – 34 (*M.B. e.a. t. Turkije*). Zie voor een kritische beschouwing ten aanzien van de wijze waarop het EHRM gebruik maakt van secundaire bronnen (zoals rapporten van NGO’s als UNHCR en Amnesty International): Sadeghi 2009, p. 127-151, zie i.h.b. p. 134 e.v. en m.b.t. kritiek op gebruik van rapporten van Amnesty International en UNHCR: p. 142-146

248 EHRM 11 juli 2000, JV 2000, 240, m.nt. BV, par. 41 (*Jabari t. Turkije*). Zie dit herhaald in onder meer: EHRM 17 juli 2008, JV 2008, 329, m.nt. T.P. Spijkerboer, par. 122 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 22 september 2009, zaaknr. 30471/08, par. 82 (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*).

249 EHRM 22 september 2009, JV 2010, 24, NAV 2009, 37, m.nt. A.M. Reneman & Bruin, RV 2009, 3, m.nt. H. Battjes (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*); EHRM 13 april 2010, JV 2010, 211 (*Tehrani e.a. t. Turkije*); EHRM 13 april 2010, zaaknr. 36370/08 (*Keshmiri t. Turkije*); EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 36009/08 (*M.B. e.a. t. Turkije*); EHRM 13 april 2010, zaaknr. 46605/07 (*Charahili t. Turkije*) en EHRM 13 juli 2010, zaaknr. 15916/09 (*Dbouba t. Turkije*).

250 EHRM 20 mei 2010, zaaknr. 21055/09 (*Khaydarov t. Rusland*) (Russische uitleveringszaak).

251 EHRM 13 april 2010, zaaknr. 46605/07, par. 59 (*Charahili t. Turkije*).

252 EHRM 12 januari 2016, zaaknr. 25077/06, par. 62 (*A.Q.W. en D.H. t. Nederland*).

253 Vgl. Baldinger 2013, p. 279.

op het moment dat het zelf de klacht behandelt. Een relevante overweging die tot de standaardoverwegingen²⁵⁴ van het Hof behoort is de volgende:

*'If the applicant has not yet been extradited or deported when the Court examines the case, the relevant time will be that of the proceedings before the Court (...). A full and ex nunc assessment is called for as the situation in a country of destination may change in the course of time. Even though the historical position is of interest in so far as it may shed light on the current situation and its likely evolution, it is the present conditions which are decisive and it is therefore necessary to take into account information that has come to light after the final decision taken by the domestic authorities (...)' [cursivering: TdJ].*²⁵⁵

Op het moment dat de uitzetting al heeft plaatsgevonden, toetst het Hof de feiten en omstandigheden die bekend waren ten tijde van de uitzetting door de nationale autoriteiten. Het Hof kan echter ook besluiten om na de uitzetting verkregen informatie toch mee te nemen. Deze nieuwe informatie kan gevolgen hebben voor wat de Staat wist of had moeten weten ten tijde van de uitzetting,²⁵⁶ en derhalve voor het finale oordeel over artikel 3 EVRM. In een zaak tegen Rusland heeft het Hof dit uitgangspunt bevestigd:²⁵⁷

*'If the deportation has already occurred, the existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of the extradition or deportation. The Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequent to the extradition or deportation (...).*²⁵⁸

Het Hof kan dus besluiten om extra informatie in zijn oordeel te betrekken dat pas na de uitlevering of uitzetting aan het licht is gekomen. Vanzelfsprekend is het lastiger om daar al op te anticiperen in de nationale procedure. Dit kan echter anders zijn, zo laat de zaak *Said* zien, wanneer klager in de nationale procedure kenbaar heeft gemaakt dat nog niet alle relevante informatie voorhanden was.²⁵⁹

254 Zie eerder o.m.: EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, par. 133 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*); EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV, par. 136 (*Salah Sheekh t. Nederland*).

255 EHRM 28 juni 2011, EHRC 2011, 125, m.nt. M. den Heijer, par. 215 (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

256 Baldinger 2013, p. 280.

257 Zie eerder: EHRM 30 oktober 1991, NJ 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, par. 107 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*); 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. 69 (Grote Kamer) (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*).

258 EHRM 22 september 2009, JV 2010, 24, NAV 2009, 37, m.nt. A.M. Reneman & Bruin, RV 2009, 3, m.nt. H. Battjes, par. 76 (*Abdolkhani en Karimnia t. Turkije*). Van latere datum: EHRM 15 april 2014, zaaknr. 16458/12, par. 114 (ontv.besl.) (*N. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

259 Zo merken annotatoren op onder punt 4 bij de zaak *Said*. EHRM 5 juli 2005, AB 2005, 369, m.nt. HBa & BPV (*Said t. Nederland*).

De inwerkingtreding van de Procedurerichtlijn²⁶⁰ verplicht de rechter in eerste aanleg om de feiten en juridische argumenten volledig en *ex nunc* te toetsen.²⁶¹ Naar verwachting zal de toets intensiever zijn.²⁶² Op onderdelen is de toets van de rechter van geloofwaardigheidsoordeel van de staatssecretaris van V&J geïntensiveerd onder invloed van de implementatie van deze Procedurerichtlijn, zo getuigt een aantal uitspraken van de Afdeling van het voorjaar 2016.²⁶³ Hoewel de EU-regelgeving buiten het bereik van dit onderzoek valt, is de Procedurerichtlijn relevant omdat deze onder meer raakt aan de voor dit onderzoek relevante thema's als de toetsingsomvang en het moment.²⁶⁴

11.5.5 Individuele omstandigheden: beoordeling en gewicht

Bij de risicobeoordeling kijkt het EHRM zowel naar de algemene situatie in het land waarnaar wordt uitgezet als naar de persoonlijke omstandigheden.²⁶⁵ Hoe beoordeelt het Hof de individuele omstandigheden van klager en hoeveel gewicht komt toe aan deze omstandigheden? Welk reëel risico moet klager lopen om te voorkomen dat de autoriteiten overgaan tot uitzetting?

Het Hof bepaalt per zaak of het van klager 'special distinguishing features' verlangt waaruit volgt dat klager doelwit is en een reëel risico loopt bij uitzetting.²⁶⁶ De situatie van klager moet dus slechter zijn dan die van anderen in het land waarnaar wordt uitgezet.²⁶⁷

Baldinger onderscheidt drie categorieën die richting zouden kunnen geven aan de invulling van het criterium 'special distinguishing features'.²⁶⁸ Ten eerste de situatie waarin in het land waarnaar wordt uitgezet een extreem gewelddadige situatie heerst. Slechts één keer, in *Sufi en Elmi*²⁶⁹ oordeelde het Hof dat de gewelddadige situatie in Mogadishu uitzetting van klagers verhinderde. In 2013 kwam het hier echter op terug.²⁷⁰ In 2015 heeft het Hof deze uitspraak uit 2013 bevestigd, en vindt het de algemene veiligheidssituatie

260 Richtlijn 2013/33/EU d.d. 26 juni 2013 (*PbEU* L 180/60).

261 Battjes e.a. 2015, p. 2478.

262 Opnieuw: Battjes e.a. 2015, p. 2478.

263 Zie uitgebreider hoofdstuk 13.

264 Bovendien krijgen personen behorend tot een kwetsbare groep (minderjarigen/asielzoekers) speciale aandacht in de Procedurerichtlijn, zo is te lezen bij Battjes e.a. 2015, p. 2478 en zie ook de verwijzingen.

265 Baldinger 2013, p. 238.

266 EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1995, 743, m.nt. E.A. Alkema, par. 112 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

267 EHRM 26 juli 2005, *AB* 2005, 370, m.nt. HBa & BPV en *JV* 2005, 306, m.nt. TS, par. 162 (*N. t. Finland*).

268 Baldinger 2013, p. 243-245.

269 EHRM 28 juni 2011, *EHRC* 2011, 125, m.nt. M. den Heijer (*Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*).

270 EHRM 5 september 2013, *EHRC* 2013, 244, m.nt. M. den Heijer, par. 91 (*K.A.B. t. Zweden*).

in Mogadishu niet zo ernstig dat dit uitzetting verhindert.²⁷¹ De omstandigheden buiten Oost Congo waren evenmin zodanig dat iedereen bij uitzetting alleen al een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.²⁷² Evenmin is sprake van een algemene geweldssituatie in Irak.²⁷³ De Grote Kamer heeft deze uitspraak echter overruled en oordeelt dat gelet op zowel de persoonlijke situatie van klagers (waaronder het behoren tot een groep die door al-Qaeda vernederend is behandeld) als de verslechterde veiligheidssituatie in Irak (mede als gevolg van de aanvallen van IS) uitzetting strijd oplevert met artikel 3 EVRM.²⁷⁴ Tot slot lijkt het Hof zijn vingers nog niet hebben willen branden aan een algemeen uitzettingsverbod naar Syrië.²⁷⁵ Toch duidt volgens annotator Den Heijer 'de beknopte analyse (...) erop dat het Hof de schendingen [van artikel 2 en 3 EVRM: TdJ] tamelijk vanzelfsprekend acht.²⁷⁶

Ten tweede kan het behoren tot een groep personen die in het land van herkomst structureel slecht wordt behandeld voldoende zijn om niet langer van klager te vragen om 'further special distinguishing features' naar voren te brengen. Dit oordeelde het Hof in *Salah Sheekh*.²⁷⁷ Dit is bevestigd²⁷⁸ in de Grote Kamer uitspraak in de zaak *Saadi*.²⁷⁹

Onder verwijzing naar een citaat van een van de geïnterviewden voor dit onderzoek, werd al eerder duidelijk dat het Hof minder bewijs verlangt van klager indien de situatie in het land van herkomst heel slecht is en klager behoort tot een groep die structureel slecht wordt behandeld.²⁸⁰ Ook alleen het behoren tot een groep die structureel slecht wordt behandeld kan reden zijn om uitzetting te verbieden.²⁸¹

271 EHRM 10 september 2015, EHRC 2015, 224, JV 2015, 306, m.nt. H. Battjes, par. 62-68 (*R.H. t. Zweden*).

272 EHRM 17 februari 2015, JV 2015, 108, par. 40 (ontv.besl.) (*Justin Ndabarishye Rugira t. Nederland*).

273 EHRM 4 juni 2015, JV 2015, 184 (*J.K. e.a. t. Zweden*).

274 EHRM 23 augustus 2016, zaaknr. 59166/12 (Grote Kamer) (*J.K. e.a. t. Zweden*). Deze uitspraak is ook zeer illustratief voor de toets van het Hof van de persoonlijke omstandigheden van klager en de vraag of dit uitzetting belemmert. In het bijzonder nu de Grote Kamer oordeelt dat de situatie in Irak in het algemeen nog veilig genoeg is, maar niet voor klagers omdat zij behoren tot een in het verleden systematisch aangevallen en vernederend behandelde doelgroep vanwege hun banden met Amerikaanse strijdkrachten.

275 EHRM 15 oktober 2015, EHRC 2016, 9, m.nt. M. den Heijer (*L.M. e.a. t. Rusland*).

276 Onder punt 1 van de noot.

277 EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76, m.nt. BPV, par. 148 (*Salah Sheekh t. Nederland*). Boeles e.a. 2014, p. 351.

278 Aldus Boeles e.a. 2014, p. 351.

279 EHRM 28 februari 2008, AB 2008, 177, par. 132 (Grote Kamer) (*Saadi t. Italië*).

280 Zie ook: EHRM 17 juli 2008, m.nt. TS, par. 117 (*NA t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook Baldinger 2013, p. 245. Vgl. ook: Boeles e.a. 2014, p. 350-351; Cox 2010, p. 392; Van Bennekom & Van der Winden 2011, p. 220.

281 Boeles e.a. 2014, p. 351.

Het voorgaande is illustratief voor de op het individu georiënteerde benadering die het Hof hanteert. Het Hof verlaagt tenslotte de bewijslast voor klager door niet te verlangen van klager dat hij bewijs levert voor ‘further special distinguishing features’. Het Hof hecht veel waarde aan het bieden van individuele rechtsbescherming. Het ontbreken van deze ‘verdere speciale onderscheidende kenmerken’ weerhoudt het Hof er niet van om uitzetting van klager te verbieden.

Ten derde kan het Hof van klager verlangen dat hij aantoont dat er speciale onderscheidende kenmerken zijn om aan te nemen dat klager bij uitzetting een reëel risico op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling te wachten staat. Zo was het geval in de zaak *Hilal*²⁸² waarin de persoonlijke situatie van klager samen met de informatie over het land van herkomst maakten dat uitzetting in strijd kwam met artikel 3 EVRM.²⁸³ In *Iskandarov* tegen Rusland²⁸⁴ waren de bijzondere onderscheidende kenmerken en de situatie van klager (lid van politieke oppositie partij) opnieuw reden voor het Hof om te oordelen dat de Russische autoriteiten hadden kunnen voorzien dat klager slecht behandeld zou worden in Tajikistan. Ook oordeelde het Hof in *M.O.* tegen Frankrijk – waarin het ging het om een uit Chad afkomstige klager die deel heeft uitgemaakt van de Darfurse rebellen – dat ondanks de verbeterde situatie tussen Sudan en Chad het terugsturen van klager naar Chad toch in strijd is met artikel 3 EVRM. Klager heeft namelijk voldoende bewijs overgelegd dat hij vanwege zijn persoonlijke situatie een reëel risico loopt op een onmenselijke en vernederende behandeling.²⁸⁵

In de hiervoor genoemde zaak *R.H.* tegen Zweden uit 2015,²⁸⁶ waarin het EHRM geen reden zag voor een algemeen uitzettingsverbod naar Mogadishu, stond de persoonlijke situatie van klagster evenmin aan uitzetting in de weg. De vele inconsistenties in het verhaal van klagster zijn voor het Hof onder meer reden om geen schending van artikel 3 EVRM aan te nemen. Zo heeft klagster pas na vier jaar contact opgenomen met de Zweedse autoriteiten. Bovendien zijn de verklaringen zeer gefaseerd en soms pas na de afwijzing van de aanvraagprocedure door klagster ingebracht. Ook heeft klagster familieleden in Mogadishu die haar kunnen beschermen.²⁸⁷ Hoewel het Hof rekening houdt met de kwetsbare positie van vrouwen in Mogadishu,²⁸⁸

282 EHRM 6 maart 2001, EHRC 2001, 30, m.nt. Gijzen, JV 2001, 104, m.nt. TS (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*).

283 EHRM 6 maart 2001, EHRC 2001, 30, m.nt. Gijzen, JV 2001, 104, m.nt. TS, par. 64-66 (*Hilal t. Verenigd Koninkrijk*).

284 EHRM 23 september 2010, zaaknr. 17185/05 (*Iskandarov t. Rusland*).

285 EHRM 18 april 2013, zaaknr. 18372/10, par. 39 – 43 (*MO.M. t. Frankrijk*).

286 EHRM 10 september 2015, EHRC 2015, 224, JV 2015, 306, m.nt. H. Battjes (*R.H. t. Zweden*).

287 EHRM 10 september 2015, EHRC 2015, 224, JV 2015, 306, m.nt. H. Battjes, par. 68-74 (*R.H. t. Zweden*).

288 Zie par. 70 en 74 van de uitspraak.

verandert dit niets aan het oordeel dat klaagster bij uitzetting geen reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.

Resumerend: opnieuw geldt ook onder artikel 3 EVRM in asielzaken dat het Hof in principe geen vierde instantie is, en dus geen feitenrechter. De nationale gang van zaken is en blijft het vertrekpunt voor de beoordeling van het Hof. Toch gebeurt het niet zelden dat het Hof de 3 EVRM-claim zelf aan een grondig onderzoek onderwerpt met als gevolg dat deze toets verschilt van de toets op nationaal niveau. Op dit terrein zijn dan ook de meeste indirecte procedurele implicaties te vinden, die voortkomen uit hoe het EHRM omgaat met het bewijs en daarmee verband houdende zaken. Het meest duidelijk manifesteren deze implicaties zich op het gebied van het zelfstandig beoordelen van de geloofwaardigheid van het asielrelaas door het Hof, het bijstellen van de bewijslast ten faveure van klager, de hoeveelheid bronnen waarop het Hof zijn oordeel baseert en tot slot de *ex nunc*-toets.

In vergelijking met de standaard 2 en 3 EVRM-zaken en de 8 EVRM en 1 EP EVRM-zaken stelt het Hof zich in asielzaken onder artikel 3 EVRM dus veel actiever op. Daarbij valt vooral de coulante houding ten opzichte van klager op. Het Hof is duidelijk een voorstander van het leveren van maatwerk. Daarnaast speelt ook een rol dat het folterverbod, net als het recht op leven, een fundamenteel en absoluut recht is en het Hof daarom veel waarde hecht aan de bescherming van deze rechten. Daarbij is ook de eventuele onomkeerbare schade die zich voor kan doen bij uitzetting een belangrijke reden om het relaas van klager bij twijfel zelfstandig te beoordelen. Het Hof doet dit zelf, maar verlangt dit ook van de Staten.²⁸⁹

11.6 DE INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES VAN DE BEWIJSPRAKTIJK VAN HET HOF IN RELATIE TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Wat is de mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties voortvloeiend uit de bewijspraktijk onder de artikelen 2, 3 en 8 van het Verdrag en artikel 1 EP EVRM in relatie tot de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM? Opnieuw kan hier de vraag worden gesteld: komen de eisen die het Hof onder deze materiële artikelen indirect aan de nationale autoriteiten (rechter en bestuur) stelt (op punten) overeen met de eisen die voor hen voortvloeien uit artikel 6 en 13 EVRM?

De indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de omgang met het bewijs en de bewijsregels door het Hof zijn vooral te vinden onder artikel 3

²⁸⁹ Zie uitgebreid hoofdstuk 5.

EVRM in uitzettingszaken en onder artikel 8 EVRM in bepaalde zaken ten aanzien van het toetsingsmoment.

In uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM kan het Hof besluiten de geloofwaardigheid van het relaas zelfstandig te beoordelen. Hierbij kan het de bewijslast verlagen, of bijvoorbeeld meer bronnen betrekken in zijn oordeel. Ook hanteert het Hof een *ex nunc*-toets bij het beoordelen van de 3 EVRM-claim van klager bij uitzetting.

Onder artikel 8 EVRM past het Hof in sommige gevallen, waaronder uitzettingszaken van minderjarige delinquenten, ontvoeringszaken en uithuisplaatsingszaken, ook een *ex nunc*-toets toe. De omstandigheden die gelden ten tijde dat het Hof de klacht beoordeelt dienen dan als vertrekpunt. Hiermee wijkt het Hof dus af van de hoofdregel waarbij het de klacht beoordeelt in het licht van de omstandigheden die golden ten tijde van de nationale procedure.

De volgende vraag is wat de relatie is tussen de genoemde indirecte procedurele implicaties en de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM, en of deze implicaties van toegevoegde waarde zijn.

Om te beginnen de indirecte procedurele implicaties onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken in relatie tot artikel 6 EVRM. Geldt onder artikel 6 EVRM de verplichting om het relaas van de asielzoeker zelfstandig te beoordelen en daarbij de bewijslast te verlagen in het geval dat de situatie (van klager) dit verlangt? Het antwoord luidt ontkennend. Het recht op een eerlijk proces verlangt van de nationale autoriteiten geen differentiatie in de beoordeling van het geschil afhankelijk van de situatie en de persoonlijke omstandigheden van klager. Evenmin verplicht artikel 6 EVRM de nationale autoriteiten tot het raadplegen van meer bronnen om een oordeel te kunnen geven over de zaak.²⁹⁰ Op punten bestaat hier wel wat overlap met het vereiste van *full jurisdiction*.²⁹¹ Hierbij moeten de nationale autoriteiten ex artikel 6 EVRM een oordeel over de feiten en rechtsvragen kunnen geven. De verplichting om zelfstandig de feiten vast te stellen met behulp van extra bronnen geldt echter niet op grond van artikel 6 EVRM. Bovendien is artikel 6 EVRM niet van toepassing op het vreemdelingenrecht. Tot slot kan de vraag worden gesteld in hoeverre uit artikel 6 EVRM de verplichting voortvloeit om de feiten en omstandigheden *ex nunc* te toetsen, conform de indirecte procedurele verplichting onder artikel 3 EVRM. Een *ex nunc*-toets maakt evenmin onderdeel uit van het recht op een eerlijk proces.

De indirecte eisen die voortkomen uit het materiële 3 EVRM-recht komen dus niet overeen met wat het Hof van de rechter en het bestuur verlangt op grond van artikel 6 EVRM. In die zin zijn deze indirecte eisen dus van toegevoegde waarde, omdat het andersoortige eisen zijn dan waartoe artikel 6 EVRM de nationale autoriteiten verplicht. Voor klager neemt de rechtsbescherming toe, en voor de nationale autoriteiten het aantal verplichtingen.

²⁹⁰ Zie ook hoofdstuk 10, paragraaf 10.7.

²⁹¹ Zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.3 en zie eerder ook paragraaf 10.7.

Wat is de eventuele toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties van artikel 3 EVRM in uitzettingszaken ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 13 EVRM? Om te beginnen wordt artikel 13 EVRM gekleurd door het artikel dat op het spel staat. In het geval van een combinatie met artikel 3 EVRM in uitzettingszaken gelden diverse procedurele verplichtingen voor de nationale autoriteiten, waaronder de plicht tot het doen van een grondig onderzoek en een toegankelijke asielprocedure.²⁹² Wanneer de bewijsregels in de nationale procedure afwijken van de bewijsregels die het Hof verlangt, ontbreekt een grondig onderzoek in de zin van artikel 3 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM.²⁹³ Nu de procedurele verplichting om het relaas grondig te onderzoeken al explicieter volgt uit deze artikelen, is de toegevoegde waarde van de indirecte implicatie onder artikel 3 EVRM om in uitzettingszaken soms afwijkende bewijsstandaarden te hanteren beperkter. Hetzelfde geldt voor het raadplegen van bronnen en de *ex nunc*-toets. De nationale autoriteiten zijn hiertoe tenslotte op grond van artikel 3 EVRM alleen of in combinatie met artikel 13 EVRM ook al uitdrukkelijk verplicht. Dit maakt dat de indirecte procedurele implicaties in de uitzettingszaken niet direct nieuwe verplichtingen opleveren. Wel onderstreept dit het belang van een grondig onderzoek op nationaal niveau. Immers; niet alleen verlangt het Hof dit expliciet van de Staat, het Hof toetst zelf de geloofwaardigheid van het asielrelaas in de regel ook grondig.

In sommige zaken hanteert het Hof, als gezegd, onder artikel 8 EVRM een *ex nunc*-toets. Deze *ex nunc*-toets is geen vereiste onder artikel 6 EVRM, en evenmin onder artikel 13 EVRM in 8 EVRM-zaken. Voor artikel 13 EVRM geldt dat in combinatie met artikel 8 EVRM de nadruk vooral ligt op de effectiviteit van het nationale rechtsmiddel. De indirecte verplichting voor de nationale rechters om *ex nunc* te toetsen is dus nieuw, en daarmee een aanvulling op de reeds bestaande procedurele plichten onder artikel 6 en 13 EVRM.

11.7 CONCLUSIE

Op hoofdlijnen zijn er drie indirecte procedurele implicaties af te leiden uit de wijze waarop het Hof omgaat met bewijs en bewijsregels. De eerste twee zijn gekoppeld aan de EVRM-bepaling, en voor de derde geldt dat deze meer op meta niveau iets zegt over de toetsingswijze van het EHRM.

Allereerst zijn de meeste indirecte procedurele implicaties te vinden onder artikel 3 EVRM in asielzaken. Het is dit type zaken waarin het EHRM, in strijd met de hoofdregel geen 'fourth instance' te (willen) zijn, kan besluiten om het relaas van klager zelfstandig te beoordelen. Dat doet zich voor wanneer het

²⁹² Zie uitgebreid deel I, in het bijzonder hoofdstuk 5.

²⁹³ Zie hierover hoofdstuk 5, in het bijzonder paragraaf 5.3 en 5.4, en de verwijzing naar Baldinger 2013, p. 199 e.v.

Hof de beoordeling van het relaas van klager in de nationale procedure ontoereikend acht, omdat er een verkeerde bewijsstandaard is toegepast of omdat onvoldoende bronnen zijn meegenomen in het nationale oordeel. Dit brengt de indirecte procedurele consequentie met zich dat de Staat ervan op de hoogte moet zijn dat onder meer een afwijkende bewijsstandaard kan resulteren in een zelfstandige toets van het Hof. Daarnaast kan het Hof in sommige gevallen de bewijslast naar beneden bijstellen vanwege de persoonlijke situatie van klager. Dit laatste houdt verband met de waarde die het Straatsburgse Hof hecht aan de persoonlijke omstandigheden van klager. Wanneer klager behoort tot een groep die structureel in strijd met artikel 3 EVRM wordt behandeld, of wanneer de algemene veiligheidssituatie in het land waarnaar wordt uitgezet zeer abominabel is, is Straatsburg coulant en vraagt het minder van klager bij het substantiëren van zijn claim. In die zin dat de aanwezigheid van 'further special distinguishing features' dan niet langer door hem aannemelijk hoeven te worden gemaakt. Verder betreft het Hof doorgaans meer bronnen in zijn oordeel dan dat er in de nationale procedure is gebeurd. Dit heeft (indirect) ook consequenties voor de nationale autoriteiten. Wanneer dit niet wordt aangepast in het nationale proces(recht) blijft de toets in Straatsburg anders uitpakken met eventuele veroordelingen tot gevolg. Tot slot is de *ex nunc*-toets die het Hof in uitzettingszaken toepast relevant voor de indirecte procedurele implicaties. Het vasthouden aan een *ex tunc*-toets op nationaal niveau kan een conflict opleveren in Straatsburg.

In de tweede plaats is uit de toetsingswijze van het EHRM onder artikel 8 EVRM in een aantal type zaken een belangrijke indirecte procedurele implicatie af te leiden. Hoewel het Hof de feiten en omstandigheden onder dit recht in principe als 'versteend' beoordeelt op het moment dat de klacht ter beoordeling voorligt in Straatsburg, past het Hof toch in sommige gevallen een *ex nunc*-toets toe. Het gaat hier bijvoorbeeld om uitzetting van minderjarige delinquenten, ontvoering van kinderen, uithuisplaatsingszaken en gezinsherenigingszaken. Met uitzondering van de uithuisplaatsingszaken gaat het in de overige zaken om toekomstige situaties. Dit verklaart waarom het Hof in de toets onder artikel 8 EVRM aansluiting zoekt bij de *ex nunc*-toets onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken. Nu het in uithuisplaatsingszaken gaat om (kwetsbare) kinderen, is dit waarschijnlijk de reden voor het Hof om onder omstandigheden ook in dat geval nieuwe informatie in zijn oordeel te betrekken. Overigens verschilt het voorwerp van de *ex nunc*-toets onder artikel 8 wel van die onder artikel 3 EVRM. Onder artikel 3 EVRM wordt de algemene en persoonlijke veiligheidssituatie in het land waarnaar wordt uitgezet *ex nunc* getoetst. Onder artikel 8 EVRM ziet de toets in gezinsherenigingszaken en uitzettingszaken van (minderjarige) delinquenten op de gevolgen voor het kind en eventuele familie in het land waarnaar wordt uitgezet. Daarnaast ziet de toets op de band die de betrokkene heeft met het 'nieuwe' land op het moment dat het Hof de zaak beoordeelt. Tijdsverloop tussen het oordeel van de hoogste nationale rechter en het oordeel van het Hof pakt ten aanzien van het tweede aspect dan vaak

in het voordeel van de klager uit. Bovendien beoordeelt het Hof de nationale procedurele als geheel. Dit heeft tot gevolg dat ook de periode tussen het besluit van het bestuur en het oordeel van de rechter wordt betrokken in het EHRM-oordeel. Deze toets van het Hof kwalificeerde ik in paragraaf 11.4.2.1 als een *ex tunc plus*-toets. Overigens brengt dit wel²⁹⁴ een indirecte verplichting om *ex nunc* te toetsen voor de nationale (hoogste) rechters met zich om ervoor te zorgen dat de nationale toets zoveel mogelijk aansluit bij de Straatsburgse toetsingswijze.

In de derde plaats kunnen in meer algemene zin de kenmerken van de Straatsburgse toetsingswijze als een indirecte procedurele implicatie worden aangemerkt. De op het individu georiënteerde benadering en de bescherming van kwetsbare groepen zijn gezamenlijk te typeren als de 'karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling.' Uit zowel de 8 EVRM-jurisprudentie als de 3 EVRM-uitspraken in asielzaken kwam het beeld naar voren dat het kwetsbare kind en de kwetsbare (minderjarige) asielzoeker bijzondere bescherming genieten in de beoordeling van het Hof. Dit resulteerde niet zelden in een beoordeling op maat door het Hof. Straatsburg voelt weinig voor een gestandaardiseerde aanpak waar het mensenrechten betreft, in het bijzonder wanneer het gaat om de bescherming van de rechten van kwetsbare personen.

De indirecte procedurele implicaties onder artikel 3 en 8 EVRM hebben de grootste toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. Deze implicaties gelden op grond van het recht op een eerlijk proces namelijk niet voor de nationale autoriteiten. Anders is dit in het geval van artikel 13 EVRM, omdat de indirecte procedurele implicaties ook al meer expliciet gelden voor de nationale autoriteiten onder artikel 13 EVRM zelfstandig, of in combinatie met artikel 3 EVRM in uitzettingszaken. De *ex nunc*-toets als indirecte verplichting voor de nationale autoriteiten onder artikel 3 EVRM, of in sommige gevallen onder artikel 8 EVRM, is wel van toegevoegde waarde ten opzichte van zowel artikel 6 als 13 EVRM. Het heeft een uitbreiding van het aantal verplichtingen waaraan de nationale autoriteiten moeten voldoen tot gevolg.

In dit hoofdstuk is verder duidelijk geworden dat de eventuele onomkeerbare schade bij een voorgenomen uitzetting niet alleen een *trigger* voor de Staat is om extra zorgvuldig te werk te gaan,²⁹⁵ maar ook voor het Hof zelf reden kan zijn om de claim aan een grondig onderzoek te onderwerpen. Hierbij kan het meer bewijs betrekken in het oordeel, of de bewijslast aanpassen wanneer de (persoonlijke) situatie van klager dit verlangt. Het fundamentele en absolute karakter van artikel 3 EVRM draagt hier ook aan bij. Daarnaast lijkt ook de toekomstige situatie waar het in uitzettingszaken om gaat (en onder omstandigheden onder artikel 8 EVRM) reden voor het Hof om zich actiever en meer als

²⁹⁴ In navolging van Klaassen, zie paragraaf 11.4.2.1.

²⁹⁵ Zie deel I.

een feitenrechter op te stellen. Alleen op die manier kan een effectieve bescherming van het EVRM worden geboden. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat juist de prognose ten aanzien van een schending van artikel 3 of 8 EVRM het ook voor het Hof lastig(er) maakt om de klacht te beoordelen.

Het meest actief is het Hof dus in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM. Onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM zijn bewijskwesties veel minder aan de orde in de procedure voor het Hof. Voor de standaard 2 en 3 EVRM-zaken geldt dat de procedurele onderzoeksplicht ertoe heeft geleid dat het Hof minder vaak zelf ingaat op bewijskwesties, en de nadruk vooral legt op de aanwezigheid van een effectief officieel onderzoek in de nationale procedure.

Is het wenselijk dat het Hof zich actiever opstelt in 3 EVRM-zaken en ook in sommige gevallen onder artikel 8 EVRM? Voor de klager is het prettig dat het Hof een extra inhoudelijk vangnet kan bieden. Tegelijkertijd blijft de schending bestaan, en beschikt het Hof niet over de mogelijkheid om de Staat te dwingen inhoudelijk een nieuw besluit te nemen. Bij voorkeur wordt de optimale bescherming op nationaal niveau geboden. Een materiële schending, als gevolg van een zelfstandige beoordeling van het Hof, kan niettemin een signaal richting de Staat afgeven. In dat opzicht is een inhoudelijk oordeel bevredigender voor klager dan wanneer het Hof de klacht alleen procedureel benadert en inhoudelijk geen oordeel en dus geen duidelijkheid geeft.

