



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

DEEL III

Afronding



## 13 | Samenvattende slotbeschouwing

### 13.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is een antwoord gegeven op de in de inleiding van deze studie gestelde onderzoeksvragen:<sup>1</sup>

1. *Welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM?*
2. *Welke indirecte procedurele implicaties volgen uit de toetsingswijze van het Hof zelf onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM?*
3. *Wat is de mogelijke toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen en implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM?*

In dit laatste hoofdstuk worden deze vragen nog eens samenvattend beantwoord. Ook wordt in dit hoofdstuk de tendens, waarbij procedurele waarborgen worden ingelezen in materiële EVRM-rechten, samenvattend geanalyseerd.<sup>2</sup> Verder worden de voor- en nadelen van de procedurele tendens en de (procedurele) beoordeling door het EHRM gezien vanuit het perspectief van het Hof, de Staat en de klager en de eerder in deel I en deel II van deze studie genoemde standpunten uit de doctrine.

Dit hoofdstuk volgt de opbouw van de voorgaande delen. Om die reden wordt begonnen met de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag per materieel EVRM-artikel. Daarna volgt de beantwoording van de derde onderzoeksvraag naar de mogelijke toegevoegde waarde van de procedurele waarborgen ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM (paragraaf 13.2). Vervolgens worden de procedurele waarborgen als onderdeel van materiële EVRM-bepalingen op hoofdlijnen geanalyseerd (paragraaf 13.3). Daarna wordt de tweede onderzoeksvraag beantwoord, en ga ik in op de derde onderzoeksvraag naar de eventuele toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM (paragraaf 13.4). Vervolgens sta ik stil bij de voor- en nadelen van de procedurele tendens en de (procedurele) toetsingswijze van het EHRM

---

1 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.

2 Zie ook het slothoofdstuk van deel I (hoofdstuk 8).

zelf en de daaruit voortvloeiende indirecte procedurele implicaties (paragraaf 13.5). Tot slot volgt het besluit (paragraaf 13.6).

### 13.2 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN MATERIËLE EVRM-ARTIKELEN EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE TEN OPZICHTE VAN DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM

#### 13.2.1 De procedurele waarborgen van de artikelen 2 en 3 EVRM

De procedurele kernverplichting in de standaard 2 en 3 EVRM-zaken ziet op het houden van een effectief officieel onderzoek naar de potentieel met het recht op leven of het folterverbod strijdige gebeurtenis. De plicht geldt *achteraf*, en niet preventief, zoals doorgaans het geval is bij de materiële positieve verplichtingen onder deze rechten,<sup>3</sup> en overigens ook het geval kan zijn bij de procedurele positieve verplichtingen.

Om het onderzoek onder deze artikelen als effectief te kunnen kwalificeren dient het onderzoek onafhankelijk te worden uitgevoerd en moet de toedracht van het (dodelijke) incident duidelijk worden. Dit betekent dat de verantwoordelijken moeten worden geïdentificeerd en in de nationale procedure eventueel strafrechtelijk (of op andere wijze) verantwoordelijk moeten kunnen worden gehouden. Hiertoe moet onder omstandigheden een autopsie worden verricht, en bewijs (verder) worden onderzocht. Daarnaast dient het onderzoek voldoende snel van start te gaan en mag het niet onredelijk lang duren. Tot slot dienen de nabestaanden, familieleden of anderszins betrokkenen (in het geval van de artikelen 2 en 3 EVRM) of klager zelf (in het geval van artikel 3 EVRM) in voldoende mate bij het onderzoek te worden betrokken. Voor al deze eisen geldt dat de invulling afhankelijk is van de omstandigheden van het specifieke geval. Dit maakt het lastig om meer algemene conclusies te verbinden aan de toepassing van de procedurele eisen als onderdeel van de onderzoeksplicht onder het recht op leven en het folterverbod. De feiten blijven de doorslag geven. Evenmin is het daarom mogelijk om een simpele lijst met onderzoekshandelingen op te stellen die de nationale autoriteiten moeten verrichten bij het doen van onderzoek, om ervoor te zorgen dat het onderzoek kwalificeert als effectief in de zin van artikel 2 of 3 EVRM.<sup>4</sup>

De uitvoerende autoriteiten zijn in principe als eerste aan zet als het gaat om het doen van een onderzoek in het geval van een vermeende artikel 2 en/of 3 EVRM-schending. Deze autoriteiten beschikken doorgaans over de meeste expertise, en met het oog op het veiligstellen van bewijsmateriaal is het weinig zinvol om te wachten totdat de zaak voor de rechter komt. Dit neemt niet weg dat op de rechterlijke autoriteiten ook de procedurele onderzoeksplicht rust.

---

3 Zie de hoofdstukken 4 en 5.

4 Zie paragraaf 4.3 en 5.3.

Het EHRM bekijkt de *gehele* gang van zaken in de nationale procedure. Bovendien kunnen sommige tekortkomingen in de voorfase van het onderzoek worden gecompenseerd in de rechterlijke fase (zoals de duur van het onderzoek, of het betrekken van de nabestaanden of klager in de voortgang van het (rechterlijke) onderzoek). Ook is het aan de rechter om erop toe te zien dat de uitvoerende autoriteiten zich conform de EVRM-eisen van hun onderzoeksverplichtingen hebben gekweten.<sup>5</sup>

### 13.2.2 De procedurele waarborgen van artikel 3 EVRM (en in combinatie met artikel 13 EVRM) in asielzaken

Het Straatsburge Hof heeft onder artikel 3 EVRM (het folterverbod) zelfstandig en gelezen in combinatie met artikel 13 EVRM de plicht geformuleerd tot het doen van een grondig onderzoek naar het betoog van de asielzoeker dat hij bij uitzetting naar zijn land van herkomst (of een ander land) een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM-strijdige gebeurtenis. Deze verplichting rust onder beide artikelen zowel op de uitvoerende als de rechterlijke autoriteiten van de Staat die het uitzettingsbesluit nemen. Onder beide artikelen bestaat de verplichting om een grondig onderzoek in te stellen naar de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Deze ontlopen elkaar echter niet zoveel en dit maakt het onderscheid soms wat kunstmatig. Daarnaast veronderstelt een voldoende onderbouwde claim (een artikel 3 EVRM-eis) dat de claim verdedigbaar is (voorwaarde onder artikel 13 EVRM).<sup>6</sup>

Het grondige onderzoek dient volgens de maatstaven van het EHRM te bestaan uit (niet uitputtend) het raadplegen van voldoende objectieve en actuele bronnen en (medische) experts, het horen van de asielzoeker en het verzamelen van (tegen)bewijs. Net als bij de 'gewone' onderzoeksplicht het geval is, is ook de invulling van wat als een grondig onderzoek kwalificeert sterk ingegeven door het feitencomplex. Toch zijn er drie factoren die in dit type zaken wat houvast kunnen bieden voor de betrokken partijen en tegelijkertijd als een waarschuwingssignaal kunnen fungeren voor de nationale actoren. In de eerste plaats is dat de dreigende onomkeerbare schade die kan ontstaan bij een uitzetting van de asielzoeker. Wanneer dit aan de orde is, is het aan de autoriteiten om extra zorgvuldig te werk te gaan en dus het betoog van de asielzoeker nog grondiger te onderzoeken. In de tweede plaats activeert een aantasting van een fundamenteel en absoluut recht de plicht om het relaas van de asielzoeker op geloofwaardigheid te toetsen. Een aantasting van een dergelijk recht is bovendien automatisch ernstig, en ook de ernst van de (onomkeerbare) schade is voor het Hof vaak reden om de procedurele touwtjes aan te trekken. Tot slot en in de derde plaats kan de inmenging in een recht

---

<sup>5</sup> Paragraaf 4.5 en 5.6

<sup>6</sup> Paragraaf 5.3.2 en 5.4.

van een persoon (een asielzoeker) behorend tot een kwetsbare groep (waaronder asielzoekers, kinderen, ouderen en Roma) de autoriteiten aansporen bijzondere materiële en procedurele bescherming te bieden aan deze persoon.<sup>7</sup> Deze drie factoren doen zich bij een uitzetting van een asielzoeker vrijwel steeds voor.

Onder de combinatie van artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM, en onder artikel 13 EVRM zelfstandig gelezen gelden diverse procedurele verplichtingen waarmee de autoriteiten in hun nationale proces rekening dienen te houden. Zo volgt uit de combinatie van de artikelen 3 en 13 EVRM de eis dat de asielprocedure toegankelijk dient te zijn. In deze procedure moet aan de asielzoeker tijdig informatie worden verstrekt en moet hij worden gehoord voordat op de asielaanvraag wordt besloten. Het horen is een typische 6 EVRM-eis. Met de toepassing van dit vereiste via de genoemde artikelen omzeilt het Hof het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM op het terrein van het vreemdelingenrecht. Bovendien geldt deze eis ook al voorafgaand aan de rechterlijke fase, en zelfs voordat een besluit is genomen. Dit laatste is een verruiming van artikel 13 EVRM, omdat dit artikel ziet op een effectief rechtsmiddel tegen een besluit, waarbij het besluit dan (doorgaans) al genomen is. Tot slot kan het Hof ook nadat er geen klacht meer bestaat onder artikel 3 EVRM besluiten om alsnog onder artikel 13 EVRM (en dus niet onder artikel 3 EVRM) in te gaan op het vereiste van een automatisch schorsend rechtsmiddel. Hierin kan een bevestiging worden gevonden van het belang dat het Hof hecht aan de aanwezigheid van procedurele waarborgen in de nationale procedure.<sup>8</sup>

### 13.2.3 De procedurele waarborgen van artikel 8 EVRM

Het EHRM heeft onder artikel 8 EVRM (het recht op privé- en familielevens) diverse procedurele waarborgen ingelezen die gelden op diverse rechtsterreinen.<sup>9</sup> Zo gelden in milieuzaken, uithuisplaatsingszaken, vreemdelingenzaken en verplaatsingszaken (van Roma) procedurele verplichtingen. Daarnaast passeerden in deze studie de procedurele eisen die het EHRM heeft ontwikkeld in privacy-kwesties (toegang tot persoonlijke/vertrouwelijke informatie) en (zij het beknopter) in de gevallen van de inzet van strafrechtelijke bevoegdheden de revue. De ‘proceduralisering’ van artikel 8 EVRM is duidelijk zichtbaar in dit type zaken. Een greep uit de procedurele waarborgen onder dit recht levert de volgende opsomming op (niet uitputtend).<sup>10</sup> De besluitvormingsprocedure dient zorgvuldig te zijn, waarbij de betrokkenen tijdig moeten worden geïnformeerd en zo nodig gehoord. Ook is voorafgaand onderzoek onder

---

7 Paragraaf 5.3.2.1.

8 Paragraaf 5.3.2.2.

9 Zie hoofdstuk 6.

10 Zie voor een uiteenzetting van de procedurele waarborgen hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.



omstandigheden een procedureel vereiste onder artikel 8 EVRM, en dient de tenuitvoerlegging van de uitspraak daadwerkelijk plaats te vinden. Hoewel veel van de eisen in de praktijk zien op de besluitvorming, is de rechter onder artikel 8 EVRM ook nog altijd belast met de naleving van de procedurele waarborgen onder dit artikel.

Op hoofdlijnen heeft de procedurele tendens onder artikel 8 EVRM een aantal bevindingen opgeleverd.<sup>11</sup> In de eerste plaats leent de ruime *margin of appreciation* die de Staten onder het recht op privé- en familielevens toekomt zich bij uitstek voor het inlezen van procedurele waarborgen. De inhoudelijke beoordelingsruimte van de nationale actoren is ruim; de procedurele ruimte is beperkt(er). Bovendien heeft het Hof deze inhoudelijke beoordelingsruimte in sommige gevallen afhankelijk gemaakt van de aanwezigheid van de procedurele waarborgen in de nationale procedure en het gewicht dat aan de belangen van de betrokkenen is toegekend. Hoe meer procedurele garanties, des te ruimer is de *margin of appreciation*. Dit onderstreept het belang en de betekenis van de aanwezigheid en naleving van procedurele waarborgen onder een materieel EVRM-recht in de nationale procedure.

In de tweede plaats blijft de precieze toepassing van de procedurele waarborgen onder artikel 8 EVRM erg zaaksgebonden. Net zoals dat het geval is onder de artikelen 2 en 3 EVRM en artikel 1 EP EVRM. Een belangrijk verschil met de 'gewone' onderzoeksplicht onder artikel 2 en 3 EVRM is echter dat de procedurele eisen onder artikel 8 EVRM al *voorafgaand* aan de inmenging aan de orde kunnen zijn. De procedurele plicht om in milieuzaken de eventuele (onomkeerbare) gevolgen voor het milieu, de gezondheid en/of de leefomgeving van het verlenen van een fabrieksvergunning te onderzoeken geldt voorafgaand aan de daadwerkelijke vergunningverlening. Wanneer dit onderzoek tenslotte pas *na* de vergunningverlening plaatsvindt, schiet dit zijn doel om de leefomgeving van de betrokkenen te beschermen immers voorbij. De procedurele onderzoekplicht onder artikel 2 en 3 EVRM geldt daarentegen achteraf, en ziet niet op preventie maar op het achteraf boven tafel krijgen van de feiten. Hoewel de 8 EVRM-jurisprudentie heel casuïstisch is, is uit deze jurisprudentie toch een viertal factoren af te leiden die dienst kunnen doen als handvat en als alarmbel fungeren voor de nationale autoriteiten.

De eerste factor is de fundamentele aard van het recht. Hoe fundamenteeler het belang van klager, hoe meer waarde het Hof hecht aan een zorgvuldige nationale procedure. Een vitaal belang, of rechten die als 'intimate or key rights' onder artikel 8 EVRM worden aangemerkt, kwalificeert het Hof als fundamenteel, en dit gaat gepaard met extra procedurele bescherming.

De tweede factor ziet op de ernst van de inmenging en de daarmee gepaard gaande (schadelijke) gevolgen. Hoe ernstiger de inmenging, hoe ernstiger doorgaans de consequenties. Ook de eventuele onomkeerbare schade speelt

---

11 Zie ook de concluderende paragraaf 6.6.

hierbij een rol. Wanneer de schade onomkeerbaar is, impliceert dit dat de inmenging ernstig is. De ernst van de inmenging en de onomkeerbare schade hebben een aanscherping van de procedurele eisen tot gevolg. In deze gevallen is (procedureel) zorgvuldig optreden door de nationale autoriteiten geboden. Bovendien vervaagt het onderscheid tussen de procedurele eisen die onder de fundamentele absolute rechten en onder de relatieve rechten gelden wanneer we de ernst van de aantasting en het fundamentele belang als uitgangspunt nemen. In het geval dat de aantasting ernstig is onder het relatieve artikel 8 EVRM-recht, en het bovendien gaat om een vitaal (en dus fundamenteel) belang, doet de striktheid van de procedurele artikel 8 EVRM-eisen niet onder voor de procedurele eisen die gelden in het geval dat een fundamenteel absoluut recht wordt aangetast. Een inmenging in een absoluut en fundamenteel recht is overigens per definitie ernstig en vergaand (en ook sneller onomkeerbaar). Binnen een relatief recht kan het Hof dus differentiëren welke procedurele bescherming geboden moet worden aan de afzonderlijke (fundamentele) deelbelangen. Hierdoor is het onderscheid tussen de striktheid van de procedurele eisen onder een absoluut recht en een relatief recht op punten kleiner dan op het eerste gezicht lijkt.

De derde en vierde factor zien op de bijzondere bescherming van kwetsbare groepen en het beste belang van het kind. Een inhoudelijk criterium als het behoren tot een kwetsbare groep, of het belang van een minderjarig kind kan de procedure kleuren. Deze categorie personen moet worden gehoord en binnen de belangenafweging moet voldoende gewicht worden toegekend aan wat in het beste belang van het kind is. Tot zover de factoren.

Voor wat betreft de relatie tussen de procedurele component van het recht op privé- en familielevens en de procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM, en de eventuele toegevoegde waarde geldt dat een aantal van de typische 6 EVRM-eisen onderdeel kunnen zijn van artikel 8 EVRM. Zo kan het snelheidsvereiste en de tenuitvoerlegging van een uitspraak in sommige gevallen onderdeel uitmaken van artikel 8 EVRM. Daarnaast brengen de procedurele waarborgen onder het laatste artikel verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich die niet onder artikel 6 EVRM voor deze autoriteiten gelden. Op grond van artikel 6 EVRM hoeft de besluitvorming rond een uithuisplaatsing niet extra zorgvuldig te zijn in verband met de lastige omkeerbaarheid van de uiteindelijke beslissing. De procedurele component van artikel 8 EVRM vereist dit wel. Dit procedurele 8 EVRM-vereiste is daarmee nieuw, en dus van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM. Nog verstrekkender, en daarmee van toegevoegde waarde, zijn de gevallen waarin het EHRM via artikel 8 EVRM het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM omzeilt en een (of meer) 6 EVRM-eisen toepast op het vreemdelingenrecht. Niet alleen onder artikel 8 EVRM, maar ook onder artikel 13 EVRM heeft het Hof dit meerdere malen gedaan. In die gevallen mag de vreemdelingenrechtelijke procedure niet onredelijk lang duren, moet de procedure toegankelijk zijn (impliciete verwijzing naar toegang tot

de rechter onder artikel 6 EVRM) en moet betrokkene worden gehoord. De 'proceduralisering' van artikel 8 EVRM is dus van toegevoegde waarde omdat het andersoortige verplichtingen dan artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM met zich brengt. Bovendien wordt door deze procedurele tendens niet alleen de werkingssfeer uitgebreid (ook in de voorfase) maar ook het rechtsterrein, i.e. het vreemdelingenrecht.

Voor de vraag tot slot tot welke autoriteit de procedurele waarborgen onder artikel 8 EVRM zich richten is de aard van de zaak, het type verplichting en de eventuele onomkeerbare schade van belang. In het geval van onomkeerbare schade is snel, en dus vroegtijdig optreden geboden. Dit heeft tot gevolg dat het dan vaak het beslissende orgaan is dat als eerste aan zet is. De onomkeerbaarheid van de schade houdt ook verband met de aard van de zaak. Ook daar geldt dat de omstandigheden voorafgaand optreden kunnen verlangen, zoals in het eerder genoemde geval van de vergunningverlening aan een fabriek. Het past tenslotte niet bij de gedachte van effectieve rechtsbescherming wanneer pas in de rechterlijke fase wordt gekeken of de vergunningverlening schadelijk is voor de leefomgeving van de betrokkene. Daarom is ook hier vertaald naar de nationale procedure de uitvoerende instantie primair belast met de uitvoering van de verplichting. Tot slot speelt het type verplichting een rol. Het horen van Roma over het verplaatsingsvoornemen van de uitvoerende autoriteiten gebeurt door diezelfde autoriteiten en dit dient al tijdens de besluitvorming plaats te vinden.<sup>12</sup>

#### 13.2.4 De procedurele waarborgen van artikel 1 EP EVRM

Het recht op eigendom leent zich, net als het recht op privé- en familielevens, vanwege de ruime *margin of appreciation* uitstekend voor het procedureel normeren van het optreden van de nationale autoriteiten. De belangrijkste en meest voorkomende procedurele verplichting die het Hof onder het eigendomsrecht heeft gecreëerd ziet op de aanwezigheid in het nationale recht van een effectief rechtsmiddel om de eigendomsaantasting aan te vechten. Dit vereiste vertoont veel overeenkomsten met artikel 13 EVRM. Daarnaast gelden onder het eigendomsrecht ook procedurele waarborgen die zien op het horen van de betrokkene (door de uitvoerende autoriteit) en de tijdige aankondiging van de eigendomsaantastende maatregel.<sup>13</sup>

De casuïstische eigendomsrechtelijke jurisprudentie is deels te duiden met behulp van een aantal ook al onder artikel 8 EVRM en artikel 3 EVRM genoemde factoren. Ook onder artikel 1 EP EVRM geldt: hoe fundamenteeler de inmenging, hoe meer de noodzaak bestaat voor de nationale autoriteiten om de procedu-

---

<sup>12</sup> Paragraaf 6.5.

<sup>13</sup> Zie hoofdstuk 7.

rele eisen in acht te nemen. Minder uitgekristalliseerd is de jurisprudentie onder het eigendomsrecht over de rol van de mogelijke onomkeerbare schade en het behoren tot een kwetsbare groep personen die bijzondere (materiële en/of procedurele) bescherming dient te krijgen. Zo dreigt niet in elk eigendomsgechil mogelijke schade die onomkeerbaar is, en dit is wel het geval in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM.<sup>14</sup>

Een aantal van de 6 EVRM-eisen krijgt onder artikel 1 EP EVRM betekenis in de bestuurlijke voorfase, dus voorafgaand aan de procedure voor de rechter. Zo kan het horen van betrokkenen al een rol spelen in de uitvoerende besluitvormingsfase.<sup>15</sup> In sommige gevallen kan artikel 6 EVRM zelfs via het eigendomsrecht van betekenis worden voor het belastingrecht.<sup>16</sup> Het recht op een effectief rechtsmiddel als onderdeel van artikel 1 EP EVRM tot slot is niet als zodanig onder artikel 6 EVRM aanwezig, maar vertoont wel veel overeenkomsten met artikel 13 EVRM.

### 13.2.5 De mogelijke toegevoegde waarde van deze procedurele waarborgen ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM

#### *Artikel 6 EVRM*

In de eerste plaats vertoont een deel van de procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-rechten overlap met de procedurele 6 EVRM-waarborgen. Zo kan het vereiste van de tenuitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak ook onder artikel 8 EVRM een rol spelen, hoewel dit van origine een typische 6 EVRM-eis is. Waarschijnlijk is dit ingegeven vanuit een meer pragmatisch oogpunt, maar onder omstandigheden kan een 6 EVRM-eis dus wel onderdeel uitmaken van een materieel Verdragsrecht.

In de tweede plaats kunnen sommige 6 EVRM-waarborgen van betekenis worden in de voorfase, waarbij de uitvoerende autoriteiten nog aan zet zijn. De fase dus, voordat de zaak voor de rechter komt. Illustratief in dit verband is de verplichting die op de beslissende autoriteiten rust (en overigens ook op de rechterlijke autoriteiten) om de ouders te horen in een uithuisplaatsingsprocedure onder artikel 8 EVRM. In het geval van een vergunningverlening aan een kroeg of een fabriek die schadelijk afval verwerkt, is het ook aan de uitvoerende autoriteiten om de betrokkenen te horen en tijdig te informeren. Het vereiste van hoor en wederhoor is een 6 EVRM-waARBorg die in beginsel alleen in de rechterlijke fase geldt. Nu wordt dit vereiste via artikel 8 EVRM al van toepassing in de bestuurlijke voorfase en op dit punt is er dus duidelijk sprake van meerwaarde. Het redelijke termijn-vereiste werkt onder artikel 6 EVRM al (het meest duidelijk) door in de voorfase. Dit maakt de toegevoegde

---

<sup>14</sup> Zie over de procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM: paragraaf 7.3.

<sup>15</sup> Paragraaf 7.3 en 7.5.

<sup>16</sup> Opnieuw paragraaf 7.3 en 7.5.

waarde ten aanzien van dit vereiste beperkter wanneer dit vereiste via een materieel EVRM-recht van toepassing wordt in de voorfase.

In de derde plaats is een aantal van de procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-artikelen nieuw, en niet een-op-een terug te vinden onder het recht op een eerlijk proces of een effectief rechtsmiddel. De 'gewone' onderzoeksplicht van artikel 2 en 3 EVRM is geen verplichting die op grond van artikel 6 EVRM op de nationale autoriteiten rust. Evenmin brengt dit laatste artikel de verplichting voor de autoriteiten met zich om een grondig onderzoek te doen naar de geloofwaardigheid van het relaas van de asielzoeker dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt op een met artikel 3 EVRM strijdige gebeurtenis. Deze onderzoeksverplichting rust wel op de nationale uitvoerende en rechterlijke autoriteiten ingevolge artikel 3 (en artikel 13) EVRM. De voorafgaande onderzoeksplicht onder artikel 8 EVRM in zaken waarin mogelijk gevaar voor de gezondheid of leefomgeving kan ontstaan, is evenmin aanwezig onder artikel 6 EVRM. Deze onderzoeksverplichtingen zijn dus nieuw ten opzichte van de eisen die artikel 6 EVRM met zich brengt. Het zijn niet alleen andersoortige eisen. De invulling van deze plichten is bovendien sterk ingegeven door de feiten. In de rechterlijke procedure spelen de feiten over het algemeen een minder grote rol. Verder hebben de procedurele verplichtingen als onderdeel van de materiële EVRM-rechten onder meer de effectueren van deze inhoudelijke rechten tot doel. Ook dit verklaart waarom een aantal van de aanvullende procedurele waarborgen onder deze EVRM-artikelen niet een-op-een terug is te vinden onder artikel 6 (en/of artikel 13) EVRM. Deze procedurele waarborgen van de materiële EVRM-rechten zijn 'eigen' aan deze rechten en worden bovendien sterk gekleurd door het recht waarin een inmenging plaatsvindt.

In de vierde plaats gebeurt het ook dat via een materieel artikel typische 6 EVRM-eisen worden toegepast op een terrein waar de toepassing van artikel 6 EVRM is uitgesloten. Het meest duidelijk is dit aanwezig op het terrein van het vreemdelingenrecht. Zowel onder artikel 3 EVRM zelfstandig, als in combinatie met artikel 13 EVRM (en ook onder artikel 13 EVRM zelfstandig) en onder artikel 8 EVRM is dit aan de orde. Op basis van deze artikelen worden eisen als het bieden van rechtsbijstand, een toegankelijke en niet onredelijk lange duur van de procedure, het horen van betrokkenen en het motiveren van beslissingen van toepassing in vreemdelingenrechtelijke zaken. Niet alleen vindt dan een uitbreiding van de fase plaats, maar de werkingssfeer van het recht op een eerlijk proces en de daarbij behorende eisen worden ook verruimd. De uitvoerende instanties moeten de asielzoeker tenslotte ook onder meer horen en het besluit motiveren. Op dit punt zijn de procedurele waarborgen onder de artikelen 3, 8 en 13 EVRM dus van toegevoegde waarde ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM.

Ook kan het toepassingsverbod van artikel 6 EVRM op belastinggeschillen via het eigendomsrecht worden omzeild. In deze (schaarse) gevallen heeft het

EHRM het redelijke termijn-vereiste en de tenuitvoerleggingseis via artikel 1 EP EVRM toegepast in een belastinggeshil.<sup>17</sup>

#### *Artikel 13 EVRM*

Over de toegevoegde waarde van de procedurele waarborgen als onderdeel van de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM ten opzichte van artikel 13 EVRM kan het volgende worden opgemerkt.<sup>18</sup> Om te beginnen is het recht op een effectief rechtsmiddel een accessoir recht, en dus wordt het vaak ingeroepen in combinatie met een ander materieel recht. Bovendien kleurt het inhoudelijke recht de invulling van een recht op een effectief rechtsmiddel, en kan het onder invloed van dit recht een andere betekenis krijgen. Zo brengt artikel 13 EVRM onder invloed van artikel 3 EVRM in asielzaken de verplichting met zich dat het rechtsmiddel het besluit *automatisch* schorst. Een rechtsmiddel waarbij deze automatisch schorsende werking ontbreekt, volstaat dus niet langer in het geval een uitzettingsbesluit wordt aangevochten. Daarnaast geldt onder artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 2 en 3 EVRM de procedurele onderzoeksplicht. Verder is artikel 13 EVRM meeromvattend dan de procedurele onderzoeksplicht. Een tekortkoming van de procedurele plicht onder artikel 2 EVRM resulteert daarom in veel gevallen automatisch<sup>19</sup> in een schending van artikel 13 EVRM. Tegelijk is een gedegen onderzoek naar de feiten onder artikel 2 EVRM van belang voor een schadeclaim onder artikel 13 EVRM.

#### *Resumerend*

De procedurele eisen als onderdeel van een materieel EVRM-recht hebben de grootste toegevoegde waarde wanneer deze eisen nieuw zijn ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Daarnaast is meerwaarde gelegen in de procedurele eisen die van betekenis zijn voor de voorfase. Dit betekent tenslotte een verruiming van de fase waarop artikel 6 EVRM oorspronkelijk van toepassing is. Bovendien werd de toegevoegde waarde duidelijk zichtbaar in de gevallen waarin niet alleen de fase werd verruimd waarop 6 EVRM-eisen van toepassing zijn, maar ook de werkingssfeer. Via het folterverbod en het recht op privé- en familielevens en ook (in combinatie met) artikel 13 EVRM werd artikel 6 EVRM van toepassing in vreemdelingenrechtelijke zaken, en via het eigendomsrecht in sommige gevallen in belastinggeschillen.

Een duidelijk antwoord op de vraag naar de eventuele toegevoegde waarde van de procedurele waarborgen ten opzichte van artikel 13 EVRM bleek lastig te geven. Bovendien is het antwoord zeer genuanceerd. Wanneer artikel 13 EVRM onder invloed van een materieel recht een andere betekenis krijgt, zijn deze procedurele waarborgen van toegevoegde waarde ten opzichte van het

---

<sup>17</sup> Zie paragraaf 7.4.

<sup>18</sup> Zie paragraaf 4.4 (2 EVRM), paragraaf 5.5 (3 EVRM), paragraaf 6.4 (8 EVRM) en tot slot paragraaf 7.4 (1 EP EVRM).

<sup>19</sup> De meningen in de literatuur zijn hierover verdeeld, zie eerder hoofdstuk 4 en 5.

recht op een effectief rechtsmiddel. Het is niet zozeer het materiële EVRM-artikel zelf dat additionele procedurele waarborgen met zich brengt, maar het is wel van invloed op de procedurele eisen onder artikel 13 EVRM. Iets gemakkelijker is de vraag te beantwoorden in hoeverre artikel 13 EVRM potentieel een meerwaarde heeft ten opzichte van artikel 6 EVRM. In de gevallen namelijk waarin via artikel 13 EVRM zelfstandig een 6 EVRM-vereiste wordt toegepast in een vreemdelingenrechtelijke casus kunnen deze nieuwe procedurele waarborgen van artikel 13 EVRM van toegevoegde waarde zijn ten opzichte van de procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Het aantal procedurele verplichtingen neemt dit keer niet over de band van een inhoudelijk Verdragsrecht toe, maar via het procedurele recht op een effectief rechtsmiddel (artikel 13 EVRM) gelden nu extra verplichtingen op een terrein waar deze van oorsprong niet van toepassing zijn.

### 13.3 EEN SAMENVATTENDE ANALYSE VAN DE PROCEDURELE WAARBORGEN ALS ONDERDEEL VAN EEN MATERIEEL EVRM-ARTIKEL

In deel I van deze studie is geprobeerd om de tendens, waarbij materiële EVRM-rechten ook procedureel van betekenis worden, van meer duiding te voorzien aan de hand van drie vragen.<sup>20</sup>

In de eerste plaats ging het om de vraag waarom het Straatsburgse Hof de procedurele waarborgen ontleent aan een materieel EVRM-recht en niet aan de artikelen 6 en 13 EVRM. Het antwoord luidt dat het specifieke karakter van het materiële EVRM-recht in sommige gevallen een andersoortige procedurele bescherming verlangt. De procedurele eisen van artikel 6 en 13 EVRM voorzien niet te allen tijde in deze bescherming. Onder artikel 6 EVRM vinden we immers veel van de in het kader van de materiële EVRM-bepalingen geformuleerde procedurele eisen niet terug. Om dit gat in de procedurele bescherming onder het Verdrag op te lossen en de materiële rechten te effectueren heeft het Hof procedurele waarborgen ingelezen in naar hun aard materiële EVRM-rechten.

Deze procedurele waarborgen als onderdeel van bijvoorbeeld het recht op leven of het folterverbod zien expliciet op de verwezenlijking van deze rechten. Dit maakt dat de procedurele onderzoeksplicht onder deze artikelen specifiek ziet op de effectuering van deze rechten, en dit bepaalt tegelijkertijd sterk de invulling van deze plicht. Met andere woorden: de eisen van deze plicht zijn in mindere mate van algemene toepassing op allerlei gevallen. Anders is dit in het geval van een recht op een eerlijk proces, en overige procedurele eisen van artikel 6 EVRM. Hoewel ook van dit recht zou kunnen worden gezegd dat het de verwezenlijking van de inhoudelijke Verdragsrechten tot doel heeft, staan deze eisen toch in een wijder verband tot de inhoud.

---

20 Zie hoofdstuk 8.

Dit maakt de toepassing van deze eisen breder en algemener. Voor de procedurele waarborgen als onderdeel van een materieel EVRM-recht geldt verder dat de toepassing sterk wordt ingegeven door de feiten. In de rechterlijke fase doen zich doorgaans geen nieuwe feiten meer voor. De fase kan daarom ook een bepaald type verplichting verlangen.

De procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-artikelen hebben meer raakvlakken met het accessoire artikel 13 EVRM. De inhoud van deze artikelen kleurt de invulling van het recht op een effectief rechtsmiddel naar nationaal recht. Ondanks het feit dat het recht op een effectief rechtsmiddel ook onderdeel kan uitmaken van een materieel EVRM-recht, heeft dit niet tot gevolg dat artikel 13 EVRM overbodig wordt. Het Hof toetst nog regelmatig aan dit artikel. Bovendien zijn veel van de procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-rechten ingegeven door artikel 13 EVRM. Zo wordt de invloed van artikel 13 EVRM op de procedurele waarborgen onder artikel 8 EVRM goed zichtbaar bij de eis van een toegankelijke procedure om persoonlijke of vertrouwelijke informatie te verkrijgen.<sup>21</sup> Tot slot verlangt artikel 13 EVRM over het algemeen geen procedurele zorgvuldigheidseisen.<sup>22</sup> Voor de effectuering van een materieel Verdragsrecht biedt dit artikel dus niet altijd voldoende procedurele bescherming.<sup>23</sup>

In de tweede plaats ging het om de vraag of het absolute of relatieve karakter van de rechten van invloed is op de procedurele verplichtingen als onderdeel van de materiële EVRM-bepalingen. Hierbij ging het enerzijds om het absolute recht op leven (artikel 2 EVRM) en het folterverbod (artikel 3 EVRM) en anderzijds om het relatieve recht op privé- en familielevens (artikel 8 EVRM) en het eigendomsrecht (artikel 1 EP EVRM). Daarnaast is gekeken naar de invloed van het materiële recht op de procedurele verplichtingen. Allereerst is ondanks het verschil tussen absolute en relatieve rechten de procedurele ruimte voor de nationale autoriteiten onder beide categorieën rechten nagenoeg gelijk. De ruime *margin of appreciation* die de Staat onder het relatieve recht op privé- en familie leven en het recht op eigendom toekomt, ziet op de inhoud en niet op de procedurele beoordelingsruimte van de autoriteiten. Dit heeft tot gevolg dat onder zowel absolute als relatieve rechten het EHRM eisen kan stellen aan deze procedurele bewegingsruimte van de nationale actoren. De verschillen ten aanzien van de procedurele eisen onder absolute en niet-absolute rechten wordt nog kleiner wanneer we de ernst van de inmenging als vertrekpunt nemen. Het materiële recht is namelijk niet het meest van invloed op de procedurele verplichtingen. De ernst van de inmenging en de daarmee gepaard gaande (ernstige of onomkeerbare) schade zijn meer van invloed op

---

21 Zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.3.4.

22 Uitzonderingen daargelaten in asielzaken ten aanzien van de eisen die onder dit artikel gelden met betrekking tot de toegankelijkheid van de asielprocedure. Zie hoofdstuk 8, paragraaf 8.2 en hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.

23 Informatie ontleend aan paragraaf 8.2.



de procedurele verplichtingen. Bovendien kwalificeert een inmenging eerder als ernstig in het geval dat een inmenging in een fundamenteel (deel)belang plaatsvindt, en dus is ook het soort belang (fundamenteel/vitaal) van invloed op de procedurele verplichtingen. Het voorgaande heeft tot gevolg dat onder een relatief recht dezelfde hoge procedurele eisen kunnen worden gesteld als onder een absoluut recht. Onder artikel 8 EVRM kunnen bij een ernstige inmenging in een vitaal belang met ernstige gevolgen vergelijkbare strenge eisen gelden als in het geval van een inmenging in het recht op leven (artikel 2 EVRM). Binnen een relatief recht kan het Hof dus differentiëren in de procedurele bescherming die het verlangt. Dit hangt af van de ernst van de inmenging en de schade en het (fundamentele) belang waarin de aantasting plaatsvindt/plaats gaat vinden.<sup>24</sup>

In de derde plaats tot slot werd bezien in hoeverre er andere, meer algemene factoren uit de EHRM-jurisprudentie zijn af te leiden die van invloed zijn op de procedurele eisen onder de materiële EVRM-rechten. Het doel van deze vraag was om meer orde aan te brengen in de enorme hoeveelheid casuïstische EHRM-rechtspraak. Het meest duidelijk zijn deze factoren af te leiden uit de artikel 3- en artikel 8 -jurisprudentie. Toch laat dit onverlet dat deze meer algemene factoren ook onder andere artikelen van waarde kunnen zijn om meer lijn aan te brengen in de EHRM-uitspraken.

Uit de artikel 8 EVRM-jurisprudentie zijn de volgende vier factoren af te leiden. Ten eerste speelt de aanwezigheid van een fundamenteel belang of recht (of absoluut recht onder artikel 3 EVRM) een rol bij wat het EHRM op procedureel vlak van de Staat verlangt. Ten tweede is de ernst van de inmenging (en de daaropvolgende (onomkeerbare) schade) van belang voor de activering van de procedurele eisen onder zowel het recht op privé- en familielevens als het folterverbod. Ten derde en vierde kan het behoren tot een categorie kwetsbare personen en het zijn van een minderjarig kind ertoe leiden dat het Hof meer van de Staat verlangt op het terrein van de procedurele zorgvuldigheid.

Ondanks de ontbrekende belangenafweging onder het absolute recht op leven en het folterverbod kan een aantal van de hiervoor genoemde factoren wel van invloed zijn op de toepassing van de procedurele verplichtingen. Vanzelfsprekend is dit het absolute en fundamentele karakter, maar ook de behandeling van de kwetsbare gedetineerde onder verantwoordelijkheid van de Staat die potentieel strijdig is met artikel 2 of 3 EVRM activeert de (strengere) procedurele verplichting voor de Staat.<sup>25</sup>

---

24 Paragraaf 8.3.

25 Paragraaf 8.4.

13.4 DE INDIRECTE PROCEDURELE IMPLICATIES VAN MATERIËLE EVRM-ARTIKELN EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE TEN OPZICHTE VAN DE ARTIKELN 6 EN 13 EVRM

13.4.1 De indirecte procedurele implicaties van de artikelen 2 en 3 EVRM

*Feitenvaststelling*

Het meest duidelijk zijn de indirecte procedurele implicaties aanwezig onder de artikelen 2 en 3 EVRM ten aanzien van de feitenvaststelling.<sup>26</sup> In het geval dat het recht op leven of het folterverbod in het geding is, zijn de feiten niet zelden in geschil. Daarom moet het EHRM in sommige gevallen zelf de feiten vaststellen. Hiertoe kan het EHRM bijvoorbeeld uit eigen beweging extra rapporten raadplegen. In het geval van het zelfstandig vaststellen van de feiten, wijkt het Hof af van de hoofdregel dat het in beginsel een ‘grensrechter’ is, en geen vierde instantie. Toch is met de introductie van de procedurele onderzoeksplicht onder artikel 2 en 3 EVRM de noodzaak voor het Hof afgenomen om de feiten eigenhandig vast te stellen. Dit heeft tot gevolg gehad dat de toets van het Hof een meer procedureel karakter heeft gekregen. De ontwikkeling van deze onderzoeksplicht onder deze artikelen heeft er bovendien toe geleid dat het aantal *fact-finding missions* die het EHRM onderneemt zijn afgenomen. Dit bespaart het Hof tijd en geld.

Ondanks de komst van de procedurele onderzoeksplicht blijft de opstelling van het Hof ten aanzien van het vaststellen van de feiten nog altijd het meest actief onder artikel 2 en 3 EVRM. In dit type zaken zijn de feiten niet altijd vast komen te staan in de nationale procedure. Deze artikelen brengen dus – in vergelijking met artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM – ten aanzien van de feitenvaststelling de meeste indirecte procedurele implicaties met zich.<sup>27</sup>

*Omgang met bewijs(regels)*

De indirecte implicaties die zijn af te leiden uit de wijze waarop het Hof omgaat met bewijs en bewijsregels zijn het meest aanwezig onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken. Voor de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken gaat dezelfde redenering op die hiervoor in het kader van de feitenvaststelling is genoemd.<sup>28</sup> De procedurele onderzoeksplicht als onderdeel van deze rechten heeft ertoe geleid dat het Hof minder vaak zelf de feiten vaststelt. Ten aanzien van de omgang met bewijs levert dit minder indirecte procedurele implicaties op.

De indirecte consequenties die de bewijspraktijk van het EHRM onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken met zich brengt is, als gezegd, niet gering. Deels houden deze implicaties ook verband met de feitenvaststelling, omdat

---

26 Hoofdstuk 10 en hoofdstuk 12.

27 Paragraaf 10.6.

28 Hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.1.

dit tevens een belangrijk onderdeel van de geloofwaardigheidstoets van het relaas is. Om te beginnen raadpleegt het Hof bij deze toets meer objectieve en actuele bronnen, en kan het eventueel de bewijslast in het voordeel van klager bijstellen. Dit doet het Hof wanneer klager behoort tot een systematisch vernederend behandelde groep in het land waarnaar wordt uitgezet, of wanneer de algemene situatie in ditzelfde land zeer slecht is. Ook toetst het Hof de uitzetting *ex nunc*, wanneer deze nog niet heeft plaatsgevonden, om zo artikel 3 EVRM te kunnen effectueren. Het belang van deze toets wordt onderstrept en bevestigd door de eventuele onomkeerbare schade.<sup>29</sup>

#### 13.4.2 De indirecte procedurele implicaties van artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM

##### *Feitenvaststelling*

De indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit feitenvaststellingswijze van het Hof onder artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM zijn nagenoeg afwezig.<sup>30</sup> In de procedure voor het Hof richt de kern van het geschil zich op de vraag of in de uitkomst van de nationale procedure sprake is van een *fair balance*. Anders dan onder de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken zijn de feiten hier niet langer in geschil. Het vaststellen van de feiten is dan niet nodig. De situatie is ‘versteend’ op het moment dat de klacht ter beoordeling in Straatsburg voorligt. Bovendien komt de Staat onder het recht op privé- en familielevens en het eigendomsrecht een ruime *margin of appreciation* toe en om die reden zal het Hof dus ook niet snel de inhoudelijke belangenafweging over doen. In sommige eigendomszaken kan het Hof uit eigen beweging meer rapporten raadplegen als de hoogte van de schadevergoeding wordt betwist. Toch zijn hier tot nu toe nog niet veel voorbeelden van te vinden in de Straatsburgse jurisprudentie.

##### *Omgang met bewijs(regels)*

Uit de omgang met bewijs onder het eigendomsrecht zijn geen indirecte procedurele implicaties af te leiden, omdat in de procedure voor het Hof, als gezegd, de nadruk ligt op de vraag of in de nationale procedure naar een *fair balance* is gezocht.<sup>31</sup> Anders is dit echter in sommige gevallen voor het recht op privé- en familielevens. Hoewel de kern van het geschil ook onder dit recht ziet op de EVRM-conforme nationale belangenafweging. Onder artikel 8 EVRM kan het Hof namelijk besluiten om in met artikel 3 EVRM vergelijkbare gevallen (een voorgenomen uitzetting), en ook daarbuiten wanneer het uithuisplaatsingszaken betreft, de feiten en omstandigheden *ex nunc* te toetsen. Het Hof

---

<sup>29</sup> Paragraaf 11.5 en de subparagrafen.

<sup>30</sup> Paragraaf 10.6.

<sup>31</sup> Zie ook hiervoor onder de feitenvaststelling.

wijkt dan af van de standaard *ex tunc plus*-toets die het in de meeste zaken toepast. Het Hof beperkt zich nu niet tot een beoordeling van de nationale gang van zaken tot aan de uitspraak van de hoogste nationale rechter (de *ex tunc plus*-toets), maar toetst de feiten en omstandigheden *ex nunc* in de gevallen waarin een minderjarige delinquent met uitzetting wordt bedreigd of in het geval van gezinsherenigingszaken of ontvoeringszaken.<sup>32</sup>

In toekomstige situaties onder artikel 8 EVRM kan het Hof dus besluiten om de feiten en omstandigheden *ex nunc* te toetsen. Daarnaast brengt de *ex tunc plus*-toets van het Hof, die inherent is aan de toetsingswijze van het Hof en waarbij de nationale procedure in zijn geheel wordt beoordeeld, met zich dat de nationale rechter de besluiten van het bestuur bij voorkeur *ex nunc* toetst.

#### 13.4.3 De mogelijke toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties ten opzichte van de artikelen 6 en 13 EVRM

De indirecte procedurele bewijsimplicaties die volgen uit de EHRM-toets onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken hebben de grootste toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM.<sup>33</sup> De indirecte verplichting om meer actuele en objectieve bronnen mee te nemen bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het relaas van klager vinden we niet terug onder het recht op een eerlijk proces. Evenmin als de verplichting om *ex nunc* te toetsen of de bewijslast bij te stellen. De indirecte procedurele bewijsimplicaties zijn dus nieuw ten opzichte van artikel 6 EVRM, en daarmee van toegevoegde waarde.

Anders dan de indirecte procedurele implicatie onder de artikelen 2 en 3 EVRM brengt artikel 6 EVRM niet de verplichting met zich om zelfstandig de feiten vast te stellen. Tegelijkertijd heeft de procedurele onderzoeksplicht de gevallen waarin het Hof zelfstandig de feiten vaststelt onder het recht op leven en het folterverbod verminderd. Dit maakt de toegevoegde waarde van deze indirecte procedurele implicatie kleiner.

De toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties voortvloeiend uit de standaard artikel 2 en 3 EVRM-zaken en 3 EVRM-uitzettingszaken ligt genuanceerder ten opzichte van artikel 13 EVRM. Onder deze artikelen zijn de nationale autoriteiten al verplicht om een grondig onderzoek te starten, respectievelijk de geloofwaardigheid van het relaas te toetsen onder artikel 3 EVRM. Dit zijn de meer expliciete procedurele verplichtingen waarbij in deel I van dit onderzoek uitvoerig is stilgestaan. Wanneer onder artikel 3 EVRM zelfstandig procedurele waarborgen worden gecreëerd, zijn deze (voor zover niet aanwezig onder artikel 13 EVRM) van toegevoegde waarde. Dit heeft echter tot gevolg dat de toegevoegde waarde van de indirecte procedurele implicaties

---

<sup>32</sup> Paragraaf 11.4.2.1.

<sup>33</sup> Zie paragraaf 10.7, 11.6 en 12.4.

afneemt, omdat de verplichtingen tenslotte al (duidelijker) uit artikel 3 EVRM zelfstandig, of onder de combinatie met artikel 13 EVRM voortvloeien.<sup>34</sup> De overlap die bestaat tussen de explicietere procedurele waarborgen en de indirecte procedurele implicaties onder artikel 3 EVRM (en eventueel in combinatie met artikel 13 EVRM) bevestigt wel het belang van deze waarborgen en implicaties. Niet alleen stelt het Hof extra procedurele eisen aan de nationale procedure via een materieel EVRM-recht, maar ook de beoordeling van het Hof zelf is in deze uitzettingskwesties grondiger.

Tot slot is de *ex nunc*-toets die het Hof in sommige gevallen onder artikel 8 EVRM toepast van toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 6 EVRM en artikel 13 EVRM. Geen van deze artikelen verplicht immers tot een *ex nunc*-toets in de gevallen waarin het Hof de feiten en omstandigheden onder het recht op privé- en familielevens *ex nunc* toetst.

#### 13.4.4 Karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling als meer algemene indirecte procedurele implicaties

Los van de hiervoor genoemde indirecte procedurele implicaties die aan het specifieke recht zijn gelieerd, kan ook in meer algemene termen de toetsingswijze van het Hof van wat extra duiding worden voorzien.<sup>35</sup> Bovendien brengt ook dit indirecte implicaties met zich. De materiële EVRM-rechten die centraal staan in deze studie vormen hiervoor de basis en de uitkomst heeft een bredere toepassing.

Kenmerkend voor de EHRM-beoordeling is ten eerste de op het individu georiënteerde benadering of de beoordeling op maat. Ten tweede typeert de bijzondere bescherming die de categorie kwetsbare personen toekomt de beoordeling door het Hof.

Illustratief voor de op het individu georiënteerde benadering is zowel de coulantere opstelling van het Hof ten aanzien van klager in een artikel 3 EVRM-uitzettingszaak als de invulling van het minimale niveau van ernst waaraan de door klager ondervonden hinder moet voldoen om binnen het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM te vallen.<sup>36</sup> In het geval van artikel 3 EVRM is het Hof bereid om de bewijslast naar beneden bij te stellen, omdat dit beter aansluit bij de lastige (bewijs)positie waarin klager zich bevindt.<sup>37</sup>

Bij het bepalen of artikel 8 EVRM van toepassing is, speelt onder meer wat op nationaal niveau aan maatregelen is genomen om de hinder voor klager te beperken. Dit kan onder omstandigheden betekenen dat aan klager alternatieve woonruimte had moeten worden geboden of dat een vergunningverlening

---

<sup>34</sup> Hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.

<sup>35</sup> Hoofdstuk 12, paragraaf 12.3.3.

<sup>36</sup> Zie hoofdstuk 11, in het bijzonder paragraaf 11.4.2.1 en 11.5.2 en 11.5.5.

<sup>37</sup> Zie ook hiervoor onder paragraaf 13.4.1.

geen doorgang had mogen vinden. Of het Hof de ‘minimum level of severity’ van de hinder aanwezig acht, is dus sterk afhankelijk van de hinder die door klager is ervaren en wat de nationale autoriteiten hebben gedaan om dit te voorkomen of te beperken. Dit maatwerk van het EHRM levert in zoverre een indirecte procedurele implicatie op, nu in de nationale procedure zowel materieel als procedureel aandacht dient te bestaan voor de concrete gevolgen (zoals hinder) van besluiten voor het individu. Zo kan op nationaal niveau al worden voorkomen dat artikel 8 EVRM in de procedure voor het Hof van toepassing wordt verklaard.

Daarnaast is ook het gewicht dat het belang van het kind toekomt in de beoordeling van het Hof illustratief voor het maatwerk dat het Hof levert. Binnen deze beoordeling wordt bijzondere aandacht gegeven aan welke maatregel in het beste belang van het kind is. Hieruit volgt de indirecte verplichting dat ook binnen de nationale procedure bijzondere bescherming aan het (kwetsbare) individu moet worden geboden.<sup>38</sup>

Tot slot is ook het oordeel van het Hof dat een algemene regeltoepassing niet aansluit bij de bijzondere omstandigheden van het individu kenmerkend voor het maatwerk dat het Hof (doorgaans)<sup>39</sup> levert.<sup>40</sup> Toch lijkt het Hof in sommige gevallen juist wel de voorkeur te geven aan een meer algemene regeltoepassing. Voordeel hiervan is dat dit de rechtszekerheid ten goede komt en er minder twijfel voor de nationale autoriteiten bestaat over de toepassing van de regel.<sup>41</sup>

Het tweede kenmerk als onderdeel van de karakteristieken van mensenrechtenbeoordeling ziet op de bijzondere bescherming van kwetsbare groepen. Opnieuw is het maatwerk van het Hof onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken ten aanzien van de omgang met het bewijs hier een voorbeeld van. Het feit dat het gaat om een kwetsbare asielzoeker heeft bijgedragen aan deze aangepaste/bijzondere bescherming. Ook de toekenning van procesbevoegdheid aan een NGO in een Roemeense zaak door de Grote Kamer van het Hof illustreert deze bijzondere bescherming. In casu hebben de ernstige omstandigheden en de kwetsbaarheid van de inmiddels overleden minderjarige klager eraan bijgedragen dat het Hof deze bevoegdheid aan de NGO heeft verleend.<sup>42</sup>

38 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*).

39 Uitzonderingen zijn er tenslotte ook waar het gaat om de strikte toepassing van termijnen door het EHRM, zie hoofdstuk 10, paragraaf 10.3.3.

40 Opnieuw: 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*).

41 Zie hoofdstuk 11, paragraaf 11.4.2.1 en hoofdstuk 12, paragraaf 12.3.3.1 en de eerdere verwijzing naar Nussberger 2017.

42 EHRM 17 juli 2014, EHRC 2014, 212, m.nt. H. De Vylder (*Centre of Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*). Zie ook: EHRM 18 juni 2013, EHRC 2013, 210, m.nt. A.E.M. Leijten (*Necheva e.a. t. Bulgarije*) (overlijden van deze kwetsbare kinderen als gevolg van een tekort aan eten en medicijnen komt veel gewicht toe in de belangenafweging van het Hof), en hoofdstuk 10, paragraaf 10.4.2.2.

### 13.5 DE VOOR- EN NADELEN VAN DE 'PROCEDURALISERING' VAN MATERIËLE EVRM-RECHTEN EN DE (PROCEDURELE) TOETSINGSWIJZE VAN HET EHRM

Het perspectief van het Hof, de Staat en de klager vormen het vertrekpunt bij de waardering van de tendens waarbij procedurele waarborgen worden ingelezen in een materieel EVRM-recht en uit de toetsingswijze van het Hof zelf indirecte procedurele implicaties voortvloeien. Vanuit het perspectief van deze actoren afzonderlijk worden de in deel I en deel II van deze studie beschreven tendensen gewaardeerd. Deze waardering heeft een meer normatief karakter en verschilt daarmee van de meer beschrijvende antwoorden op de eerste, tweede en derde onderzoeksvraag.

Vooraf moet worden opgemerkt dat kan worden gezegd dat het EHRM drie taken heeft.<sup>43</sup> Allereerst vervult het als supranationaal Hof een subsidiaire taak. Wanneer de nationale autoriteiten tekortschieten in hun verplichtingen onder het EVRM kan worden geklaagd in Straatsburg. De bescherming van de mensenrechten is en blijft dus primair een taak voor de Staten. In de tweede plaats is het Hof een mensenrechtenhof dat een oordeel geeft over de vermeende EVRM-schending in het individuele geval. In de derde plaats, tot slot, kan het Hof worden gezien als een (semi-)constitutioneel hof waarbij het meer richtinggevende uitspraken doet ten aanzien van de interpretatie en toepassing van de bepalingen uit het EVRM.<sup>44</sup> Deze uiteenlopende taken kunnen in sommige gevallen voor frictie zorgen.<sup>45</sup> De drie verschillende taken zijn bovendien van invloed op de waardering van de in deze studie beschreven procedurele tendens en de toetsingswijze van het EHRM. Een terughoudende procedurele toets van het EHRM sluit immers aan bij de subsidiaire taak van het Hof, maar vanuit het Hof als mensenrechtenhof bezien en beschermer van mensenrechten in het individuele geval is dit minder positief te waarderen.

Ten eerste geldt voor wat betreft het inlezen van procedurele waarborgen in materiële EVRM-bepalingen vanuit het perspectief van de individuele klager bezien dat de procedurele bescherming onder het EVRM toeneemt. De procedurele verplichtingen blijven immers niet langer beperkt tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM. De extra procedurele eisen waartoe materiële EVRM-rechten verplichten bieden de klager aanvullende procedurele bescherming. Wanneer klager in een nationale procedure wordt geconfronteerd met een inmenging in zijn EVRM-recht, dient daarbij onder omstandigheden voorafgaand onderzoek plaats te vinden naar de gevolgen van het voorgenomen besluit (bijvoorbeeld in milieuzaken onder artikel 8 EVRM). In het geval dat een familielid van klager is omgekomen bij een dodelijk ongeval, rust op de nationale autoriteiten de verplichting om vervolgens een onderzoek te starten

43 Leijten 2015, p. 30; Gerards 2014, p. 15-19.

44 Zie voor deze drie taakopvattingen van het Hof: Leijten 2015, p. 30 e.v.

45 Leijten 2015, p. 30 e.v.

om de feiten boven tafel te krijgen. Ook dient een voor klager negatief besluit of rechterlijk oordeel te worden gemotiveerd, waarbij binnen de nationale belangenafweging voldoende rekening moet zijn gehouden met het belang van de klager. Wanneer de nationale autoriteiten deze procedurele eisen in acht nemen, zijn deze nationale besluiten en oordelen op procedureel vlak EVRM-proof. De focus van het EHRM op de naleving van de procedurele verplichtingen kan er echter toe leiden dat de materiële tekortkomingen over het hoofd worden gezien of geen aandacht krijgen. Dit kan voor de klager betekenen dat de *uitkomst* heel onbevredigend is en misschien ook wel in strijd met het EVRM, maar dat dit geen gevolgen heeft voor de Staat omdat de *procedure* conform de procedurele EVRM-standaarden is. De procedurele verplichtingen kunnen dus onder sommige omstandigheden een materiële schending voorkomen. Het Hof toetst ook steeds vaker de kwaliteit van de nationale procedure (vooral) op de aanwezigheid van een proportionele belangenafweging. Dit raakt aan deel II van deze studie en bevestigt daarmee het ontbreken van een waterdicht onderscheid tussen (de bevindingen van) deel I en deel II.<sup>46</sup> De belangenafweging komt vooral aan de orde onder de artikelen waarbij de Staat een ruime *margin of appreciation* toekomt. In de zaken waarin de beoordelingsruimte voor de Staten dus ruim is, verlangt het Hof vooral dat op nationaal niveau een belangenafweging is gemaakt met een proportionele uitkomst. Het EHRM beoordeelt dan dus minder vaak (ook) de inhoud van de klacht. Overigens geldt ook onder de absolute rechten als het recht op leven en het folterverbod dat de procedurele onderzoeksplicht ertoe heeft geleid dat het Hof minder vaak zelfstandig de feiten vaststelt (middels bijvoorbeeld een *fact-finding mission*) en de klacht ook dan kan beperken tot een toets aan de procedurele component.

Op welke manier is de individuele rechtsbescherming nu het beste gewaarborgd? Is dat via de genoemde verruiming van het aantal procedurele verplichtingen waaraan de nationale autoriteiten moeten voldoen of juist toch door een inhoudelijke beoordeling van de klacht door het EHRM? Wanneer de beoordeling van het Hof louter procedureel is, blijft de inhoud van de klacht van klager onderbelicht. Een combinatie van zowel een materieel als procedureel oordeel heeft in het licht van de individuele rechtsbescherming de voorkeur.<sup>47</sup> In de EHRM-jurisprudentie zijn zowel voorbeelden te vinden van alleen een procedurele beoordeling als een mix-vorm waarbij zowel een inhoudelijk als procedureel oordeel wordt gegeven, en ook voorbeelden waarin het Hof alleen een inhoudelijk oordeel geeft.<sup>48</sup> Het is dus niet zo dat het Hof in de regel alleen de nationale procedure beoordeelt, en dat in alle gevallen de inhoudelijke aspecten van de EVRM-klacht in Straatsburg onderbelicht blijven.

---

<sup>46</sup> Vgl. ook Gerards 2017.

<sup>47</sup> Vgl. ook Gerards & Brems 2017, onder paragraaf 3.

<sup>48</sup> Zie in dit verband de bijdrage van Gerards, onder de paragraaf 'Procedural review of national judicial decision-making': Gerards 2017.



Dit neemt niet weg dat het onwenselijk is wanneer het Hof zich verder zou ontwikkelen tot een Hof dat alleen een procedurele beoordeling van de vermeende EVRM-schending geeft.<sup>49</sup>

Vanuit het EHRM als supranationaal Hof bezien, onthoudt het Hof zich enerzijds van een inhoudelijk oordeel wanneer het de klacht alleen beoordeelt op de naleving van de procedurele verplichtingen in de nationale procedure. Met andere woorden, het mengt zich op deze manier niet in de materiële besluiten genomen op nationaal niveau. Anderzijds hebben de procedurele positieve verplichtingen als onderdeel van de materiële EVRM-rechten wel structurele wijzigingen van het procesrecht van de Staten tot gevolg. Anders dan de materiële positieve verplichtingen die sterk verband houden met de inhoud van de specifieke zaak, hebben de procedurele verplichtingen tenslotte een breder toepassingsbereik.<sup>50</sup> Voor alle inmengingen in het recht op privé- en familielevens in milieuzaken die raken aan de leefomgeving geldt immers de procedurele verplichting om voorafgaand onderzoek te doen naar de eventuele gevolgen voor de leefomgeving van het individu. Wanneer de artikelen 2 en 3 potentieel zijn geschonden, rust op de nationale autoriteiten achteraf de onderzoeksplicht. Deze procedurele verplichtingen kunnen (op punten) een aanpassing van het procesrecht van de Staat verlangen, en zijn daarmee verstrekkend. Verder sluiten de procedurele eisen aan sich aan bij de positie van het Hof als (semi-)constitutioneel hof. Deze eisen verschaffen de Staten immers duidelijkheid ten aanzien van de verplichtingen waaraan moet worden voldaan om procedurele EVRM-schendingen te voorkomen. Tegelijkertijd maakt de sterk casuïstische jurisprudentie van het EHRM, in het bijzonder bij de invulling van deze eisen, het lastig om meer algemene conclusies hieraan te verbinden.<sup>51</sup> Verder doet een puur procedurele toets van het Hof op het eerste gezicht onvoldoende recht aan de inhoudelijke bescherming onder het EVRM.<sup>52</sup> Dit houdt verband met wat in het voorgaande is opgemerkt ten aanzien van de voordelen van de procedurele waarborgen voor de klager. Van een mensenrechtshof mag toch worden verwacht dat het zich ook inhoudelijk uitlaat over de EVRM-klacht.<sup>53</sup> Tegelijkertijd zijn de procedurele eisen juist van groot belang voor de idee van procedurele rechtvaardigheid. Wanneer op nationaal niveau de procedurele eisen in acht worden genomen, draagt dit doorgaans bij aan de acceptatie van (onwelgevallige) besluiten of oordelen en hiermee aan de idee van procedurele rechtvaardigheid.<sup>54</sup> Daarnaast kan een verbetering van de nationale procedures juist ook tot een verbetering van

49 Zie hierover ook de diverse bijdragen in Gerards & Brems 2017. Vgl. ook: Arnardóttir 2017.

50 Zie hoofdstuk 12, paragraaf 12.5.

51 Zie de hoofdstukken 4 tot en met 8 van deel I.

52 Tegelijkertijd: wanneer het bewijsmateriaal gebrekkig is in artikel 2 en 3 EVRM-zaken biedt de procedurele toets in ieder geval nog iets.

53 Met uitzondering van de gevallen waarin de lijn van het Hof ten aanzien van het inhoudelijke deel van de klacht vaste Straatsburgse jurisprudentie is.

54 Brems 2017, in het bijzonder onder paragraaf 2.4.

de inhoudelijke besluitvorming leiden.<sup>55</sup> De nadruk op de procedure(le) (eisen) hoeft dus niet in alle gevallen per definitie nadelig te zijn.

Voor de Staat tot slot geldt allereerst dat de procedurele eisen onder de materiële EVRM-artikelen voor de nationale autoriteiten geen inhoudelijke verplichtingen met zich brengen. Straatsburg dicteert in deze gevallen niet hoe de autoriteiten de besluiten inhoudelijk conform het EVRM moeten nemen en de oordelen moeten vellen. Dit kan de Staat als een voordeel ervaren. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is echter juist de invloed van de procedurele eisen verstrekkend. Dit type eisen is tenslotte op allerhande gevallen van toepassing, want deze eisen houden minder sterk verband met de inhoud van de kwestie. Bovendien gelden de procedurele verplichtingen zowel onder de absolute rechten als onder de relatieve rechten. Het verschil in materiële positieve verplichtingen tussen enerzijds de absolute rechten en anderzijds de relatieve rechten is duidelijk zichtbaar. In het geval van de procedurele positieve verplichtingen onder de absolute en relatieve rechten is dit verschil echter kleiner. Het verschil wordt nog kleiner wanneer we de ernst van de inmenging als vertrekpunt nemen. In dat geval scherpt het EHRM namelijk de eisen onder het relatieve recht aan. Hierdoor schuiven deze eisen op in de richting van de procedurele verplichtingen onder de absolute rechten als het recht op leven en het folterverbod. Het voorgaande kan door de Staat wellicht minder positief worden ervaren. Niet alleen neemt namelijk het aantal procedurele EVRM-verplichtingen toe, waarbij de terreinen (vreemdelingenrecht, belastingrecht) en de fase (besluitvormingsfase) worden uitgebreid, maar ook onder de relatieve rechten doen de plichten in het geval van ernstige aantastingen niet langer onder voor die van de absolute rechten.<sup>56</sup>

Ten tweede de (procedurele) toets van het Hof zelf. Hoe deze te waarderen? Wat te vinden van de indirecte procedurele implicaties die voortkomen uit de toetsingswijze van het EHRM zelf?

Om te beginnen heeft het inlezen van procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten ertoe geleid dat het zwaartepunt in de eigen beoordeling van het EHRM ook steeds meer is komen te liggen op het beoordelen van de nationale procedurele gang van zaken. Zoals ook hiervoor opgemerkt, kijkt het Hof soms helemaal niet (of minder) naar de inhoud van de klacht, en beziet het puur of de nationale belangenafweging proportioneel is. Deze procedurele beoordeling is in lijn met het subsidiariteitsbeginsel en sluit aan bij de idee van de *margin of appreciation*. Wanneer de Staat inhoudelijk veel beoordelingsruimte toekomt, onthoudt het Hof zich tenslotte eerder van een inhoudelijk oordeel, maar kan het de klacht nog wel op de kwaliteit van de procedure beoordelen. Toegespitst op deze studie gaat het dan om de artikelen 8 EVRM

---

<sup>55</sup> Zie uitgebreid Brems 2017.

<sup>56</sup> Hoofdstuk 8, paragraaf 8.3.

en artikel 1 EP EVRM. Toch kan dit vanuit de individuele klager bezien, zoals ook hiervoor opgemerkt, onbevredigend zijn.

De beoordeling van het Hof in uitzettingszaken onder artikel 3 EVRM ziet echter vaker zowel op de procedure als op de *merites* van de klacht. In het geval van een voorgenomen uitzetting, is het Straatsburgse Hof immers genoodzaakt de feiten en omstandigheden *ex nunc* en de geloofwaardigheid van het asielrelaas inhoudelijk te beoordelen. Alleen op die manier kan een effectieve bescherming aan het recht onder artikel 3 EVRM worden geboden. De houding van het Hof is hier actiever, en het Hof manifesteert zich in dit type zaken meer als een feitenrechter. De artikel 3 EVRM-zaken en de *ex nunc*-toets die het Hof onder omstandigheden (ook) onder artikel 8 EVRM toepast, leverden daarom de meeste indirecte procedurele implicaties op. Het Hof doet hier meer dan dat er in de nationale procedure door de autoriteiten is gedaan aan onderzoek, waaronder het raadplegen van extra objectieve actuele bronnen. In deze gevallen is de bescherming die Straatsburg biedt dus meeromvattend dan de inhoudelijke bescherming die aan klager in de nationale procedure is geboden. Het Hof biedt hier een extra inhoudelijk vangnet aan de klager. Dit is vanuit de individuele klager bezien als een voordeel aan te merken. Tegelijkertijd wordt de optimale EVRM-bescherming bij voorkeur in de nationale procedure geboden. Dit vergroot immers de individuele rechtsbescherming en is bovendien efficiënt, want bespaart het EHRM, de Staat en de klager (veel) tijd en geld. Dit bevestigt dat het uitermate belangrijk is dat de nationale autoriteiten beschikken over gedegen kennis van zowel de directe procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-rechten als de indirecte procedurele implicaties volgend uit de toetsingswijze van het EHRM. In dit verband moet ook gewezen worden op de aanzienlijke invloed van het EU-recht op het nationale recht van de Lidstaten, in het bijzonder op het terrein van het vreemdelingenrecht.<sup>57</sup> In artikel 47 van het HvEU zijn bovendien de artikelen 6 en 13 EVRM gecodificeerd en daarmee van betekenis geworden voor het nationale vreemdelingenrecht.<sup>58</sup>

Gelet op de taakopvatting van het Hof als een mensenrechtenhof is de inhoudelijke beoordeling in 3 EVRM-uitzettingszaken positief te waarderen. Aan de klager wordt tenslotte (extra) inhoudelijke bescherming geboden. Wanneer we het echter bezien vanuit het perspectief van het Hof als supra-

---

57 Illustratief in dit verband zijn de Afdelingsuitspraken van 13 april 2016 waarin de toetsing van de geloofwaardigheid van het asielrelaas op onderdelen wordt geïntensiveerd n.a.v. Procedurerichtlijn (Richtlijn 2013/32/EU; zie over deze Procedurerichtlijn Reneman 2015). Over de uitleg van de indringendere toets: ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, ABkort 2016, 146 en ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891. Over de toepassing zijn de volgende drie uitspraken gedaan: ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:956 (in het voordeel van de vreemdeling); ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:957 (ook in het voordeel van de vreemdeling); ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:958 (in het voordeel van de staatssecretaris besloten).

58 Hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.

nationale instantie luidt het oordeel op het eerste gezicht tegengesteld. Immers, het Hof gaat hier zijn taak van 'grensrechter' te buiten. Toch kunnen de omstandigheden dit wel rechtvaardigen. Wanneer het Hof tenslotte niet de geloofwaardigheid van de 3 EVRM-claim van klager *ex nunc* toetst, is de bescherming van het folterverbod illusoir. Hetzelfde geldt, zo overwoog het Hof, voor de artikel 8 EVRM-kwesties die soms net als artikel 3 EVRM-situaties op een toekomstige situatie zien.

Ten slotte brengt de toetsingswijze onder artikel 3 EVRM in uitzettingszaken en onder omstandigheden de *ex nunc*-toets onder artikel 8 EVRM indirecte procedurele implicaties met zich voor de Staat. De Staat doet er goed aan om ook op de hoogte te zijn van deze eisen, omdat op deze manier kan worden geanticipeerd op de Straatsburgse toetsingswijze. De verplichtingen voor de Staat blijven door deze indirecte procedurele implicaties niet beperkt tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM en evenmin tot de procedurele eisen als onderdeel van de verschillende materiële EVRM-bepalingen.<sup>59</sup> Deze toenemende EVRM-verplichtingen zullen misschien niet te allen tijde op brede steun van de Staten kunnen rekenen. Verder volgt uit de procedurele beoordeling van het Hof onder met name de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM dat dit de indirecte plicht met zich brengt voor de nationale autoriteiten om de kwaliteit van de nationale procedure conform de EVRM-standaarden in te richten. In deze zaken spelen feitenvaststelling en bewijs minder of geen rol. Uit de nadruk die het EHRM in zijn eigen beoordeling van de nationale gang van zaken legt op de kwaliteit van de procedure kan zowel een bevestiging worden gevonden van het belang van naleving van de procedurele verplichtingen onder deze artikelen (deel I) als een indirecte procedurele implicatie (deel II) om de nationale procedure op orde te hebben. Het is echter onwenselijk wanneer de nationale rechter zijn toets ook tot een procedurele beoordeling beperkt, omdat dan in sommige gevallen noch op nationaal niveau noch op Straatsburg niveau een inhoudelijk beoordeling onder het EVRM plaatsvindt.

#### *Resumerend*

Tot slot kunnen we de balans opmaken. Wanneer we de voor- en nadelen tegen elkaar afwegen, komt de balans ergens in het midden uit en daarmee is het eindoordeel genuanceerd. Zo is om te beginnen het inlezen van procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten *an sich* positief te waarderen, en bovendien passend bij het EHRM als supranationaal hof. Immers, de procedurele bescherming voor het individu neemt toe en het Hof vervult zijn subsidiaire rol. Toch is een louter procedurele bescherming, bestaande uit de procedurele waarborgen onder de materiële EVRM-artikelen en de procedurele beoordeling van het Hof zonder daarbij op de inhoud van de klacht in te gaan, onwenselijk.

---

59 Deel I van deze studie.

Het Hof biedt dan geen duidelijkheid ten aanzien van de inhoudelijke beschermingsstandaard onder het EVRM. Een van de taakopvattingen van het Hof is dat het functioneert als een (semi)-constitutioneel hof, en daarbij hoort het doen van inhoudelijk richtinggevende uitspraken. Bovendien mag van een mensenrechtenhof worden verwacht dat het inhoudelijk oordeelt over de individuele klacht van klager.<sup>60</sup> Deze twee taakopvattingen kunnen met elkaar botsen.<sup>61</sup> Daarnaast kan het ontbreken van een inhoudelijk oordeel over de klacht de klager het gevoel geven dat hij achterblijft met een inhoudelijk onjuist, maar procedureel juist en dus onaantastbaar besluit of rechterlijk oordeel.

De actievare opstelling van het Hof in 3 EVRM-uitzettingszaken en in sommige 8 EVRM-zaken ten aanzien van de feitenvaststelling en de omgang met het bewijs, is vanuit het Hof als mensenrechtenhof en gezien vanuit klager over het algemeen positief te waarderen. Dit is dus als een voordeel aan te merken. Beide partijen hebben er immers baat bij dat optimale inhoudelijke en procedurele bescherming wordt geboden aan de rechten uit het EVRM. Het is denkbaar dat de Staat in sommige gevallen een andere mening is toegedaan. Het nationale inhoudelijk oordeel kan onder omstandigheden immers worden verworpen.

Ik kom tot een afronding. Een eenduidige waardering van de in deze studie beschreven tendensen ontbreekt. Het is en blijft zoeken naar een (juiste) balans, waarbij rekening moet worden gehouden met enerzijds het Hof als supranationaal, mensenrechten- en (semi-) constitutioneel hof en anderzijds de belangen van de Staat. Bovendien dient daarbij ook nog optimale effectieve rechtsbescherming aan de individuele klager te worden geboden. Het is en blijft een uitdagende opdracht om deze uiteenlopende en soms tegenstrijdige belangen zoveel mogelijk met elkaar in lijn te brengen.

### 13.6 BESLUIT

Met dit onderzoek is duidelijk geworden dat de procedurele bescherming onder het EVRM niet beperkt blijft tot de artikelen 6 en 13 EVRM. De materiële EVRM-bepalingen omvatten veel meer verplichtingen dan dat *prima facie* zichtbaar is bij het lezen van de Verdragstekst. Onder deze rechten is een breed procedureel eisenpakket tot stand gekomen met daarin uiteenlopende verplichtingen voor de nationale autoriteiten. De algemene procesrechtelijke eisen en de procedurele zorgvuldigheidseisen onder het materiële recht op leven, het folterverbod, het recht op privé- en familielevens en het eigendomsrecht spelen in veel gevallen in de (bestuurlijke) voorfase al een belangrijke rol. Ook brengen veel van deze procedurele eisen verplichtingen met zich voor de nationale

---

60 Deze taakopvattingen zijn te lezen bij Leijten 2015, p. 30, zie eerder genoemd in de voetnoot in hoofdstuk 10, paragraaf 10.1.

61 Zie opnieuw Leijten 2015, p. 30 e.v.

rechters. Een aantal van de in deel I en deel II van deze studie beschreven procedurele eisen bleek van toegevoegde waarde te zijn ten opzichte van de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM. Verder bleek de bestudering van de toetsingswijze van het Hof eveneens functioneel om een volledig beeld te krijgen van de procedurele implicaties en verplichtingen onder materiële EVRM-rechten in de artikelen 2, 3 en 8 en 1 EP.

De bevindingen van deze studie geven aanleiding tot nader onderzoek. In dit vervolgonderzoek kan het mensenrechtenprocesrecht met het bestuursprocesrecht worden vergeleken. Zo kan de vraag worden onderzocht in hoeverre de gestandaardiseerde uniformerende Awb voldoende is toegesneden op de op het individu georiënteerde mensenrechtenbeoordeling.<sup>62</sup> Onder omstandigheden verlangt het Hof tenslotte dat een gedifferentieerde aanpak plaatsvindt om zo recht te doen aan de bescherming van de rechten van het individu onder het EVRM. Ook kan de vraag worden onderzocht in hoeverre de aanwezigheid van fundamentele rechten noopt tot aanpassing van het procesrecht van de Awb.<sup>63</sup> De bevindingen van deze studie kunnen als vertrekpunt dienen voor dit vervolgonderzoek.

---

62 Zo stelden eerder Barkhuysen & Van Emmerik 2012, p. 194 en recenter herhaald in: Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2014, p. 56.

63 In de nationale jurisprudentie is een aantal uitspraken te vinden over de toepassing van het leerstuk van het afgeleide belang onder invloed van de aanwezigheid van een fundamenteel recht. Bijvoorbeeld: ABRvS 21 november 2007, AB 2008, 9, m.nt. B.W.N. de Waard (*T-Mobile-zaak*); ABRvS 5 september 2007, AB 2008/4, m.nt. B.W.N. de Waard; ABRvS 19 september 2012, AB 2013, 265, m.nt. T. de Jong & Y.E. Schuurmans; ABRvS 21 augustus 2013, AB 2013, 315, m.nt. H.D. Tolsma, *Gst.* 2013, 121, m.nt. L.J.M. Timmermans, *JB* 2013, 199, *JIN* 2013, 210, beide m.nt. R.J.N. Schlössels; Rb. Overijssel 28 oktober 2015, AB 2016, 12, m.nt. H.D. Tolsma (*Monstertruck*).