

Nederlands Juristenblad, Straatsburg en het Nederlandse vluchtelingenrecht

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NJB 2007, 362	Bijgewerkt tot:	16-02-2007
Auteur:	Prof. mr. T.P. Spijkerboer [1]		

Straatsburg en het Nederlandse vluchtelingenrecht

Bij de uitspraak Salah Sheekh tegen Nederland

De afstand die de Afdeling te gaan heeft na Salah Sheekh is groot. De eerste en de beste optie is dat de Afdeling snel omgaat en de uitspraak in de zaak Salah Sheekh loyaal uitvoert. De tweede optie is dat de wetgever ingrijpt en de Afdeling een ondubbelzinnige instructie geeft dat het Hof gevolgd moet worden. Het laatste scenario is dat de burgerlijke rechter in zicht komt ofwel als restrechter ofwel omdat de wetgever hem als bevoegde rechter in vreemdelingenzaken aanwijst.

Op 11 januari jongstleden verklaarde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens voor de tweede keer binnen anderhalf jaar een klacht tegen Nederland in een asielzaak gegrond. Hoewel het Hof, net als in die vorige uitspraak tegen Nederland [\[1\]](#), geen opzienbarende nieuwe dingen deed, is het arrest toch van groot belang. Ten eerste heeft het Hof op twee punten de manier waarop artikel 3 EVRM materieel moet worden toegepast, verduidelijkt. Ten tweede wordt steeds meer onontkoombaar welke gevolgen de vaste rechtspraak van het Hof heeft voor de beoordeling van asielzaken door de Nederlandse rechter.

Voor we daar aan toe komen, is het nuttig eerst in te gaan op de verwarring die de voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak, mr. A.H. ('Bert') van Delden, zaaide door zijn publieke opmerkingen over de ontvankelijkheid van deze zaak. De klager, de Somalische asielzoeker Abdirizaq Salah Sheekh, had na de afwijzing van zijn asielverzoek alleen beroep ingesteld bij de rechtbank, zonder succes. Hij had geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Normaliter eist het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat alle beschikbare rechtsmiddelen (inclusief hoger beroep) worden gebruikt. Is dat niet gebeurd, dan wordt een klacht niet-ontvankelijk verklaard omdat de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput. Waarom verklaarde het Hof de klacht van Salah Sheekh dan toch ontvankelijk? Van Delden vond het 'onbegrijpelijk (...) dat de Raad van State gepasseerd is. Dat is tot dusver in mijn herinnering eigenlijk alleen gebeurd met landen als Turkije en Griekenland en dan in de tijd dat daar militairen de dienst uitmaakten, en dat is bij de Raad van State absoluut niet het geval, dat is echt een volstrekt onafhankelijke instelling. [\[2\]](#) Van Delden wekt hier de suggestie dat Salah Sheekh geen beroep hoefde in te stellen bij de Afdeling omdat de Afdeling door het Hof niet als onafhankelijke rechter wordt beschouwd. Die suggestie is echter onjuist. Het Hof zet in r.o. 123-124 van de uitspraak uiteen dat hoger beroep op grond van vaste rechtspraak van de Afdeling over het individualiseringsvereiste en het binnenlands vluchtalternatief (over beide onderwerpen straks meer) 'would have stood virtually no prospect of success'. Het Hof eist in het kader van de ontvankelijkheid al sinds de jaren vijftig niet dat ook kansloze rechtsmiddelen worden gebruikt. Het ging daarbij om keurige verdragsstaten waar de kolonels gewoon in de kazerne hun werk deden. [\[3\]](#) Van Delden had de uitspraak waarop hij publiekelijk commentaar leverde kennelijk niet gelezen, en kende de relevante jurisprudentie van het Hof al helemaal niet. Bovendien zijn inhoudelijke kwesties uitdrukkelijk uitgesloten van de bevoegdheden van de Raad voor de Rechtspraak (art. 96 RO). Noch als deskundige, noch als voorzitter van de Raad had hij dus iets te melden. [\[4\]](#) Er is op dit punt inhoudelijk ook niets aan de hand. Door een combinatie van twee vaste jurisprudentielijnen van de Afdeling was Salah Sheekh's hoger beroep in de visie van het Hof - wat daarvan ook zij - kansloos geweest. Het is onverstandig uit de uitspraak van het Hof af te leiden dat klachten in Straatsburg ontvankelijk zijn ook als geen hoger beroep is ingesteld. [\[5\]](#)

Groepsvervolging

Als sinds jaar en dag woedt in het vluchtelingenrecht de discussie of een vreemdeling recht op asiel kan hebben vanwege het enkele behoren tot een vervolgte minderheidsgroep (zogenaamde groepsvervolging). In het kader van een beroep op het Vluchtelingenverdrag wordt deze mogelijkheid aanvaard, althans in theorie. De Nederlandse rechtspraak is op dat punt sinds 1985 echter zeer terughoudend. Dat mag blijken uit twee leidende uitspraken over Somalische asielzoekers. In 1992 verwierp de Afdeling rechtspraak van de Raad van State een beroep op groepsvervolging van een Somalische Issaak, een bevolkingsgroep waarvan er in 1988 in drie maanden tijd zo'n 50 000 waren omgebracht.^[6] De Haagse rechtbank nam in 2000 aan dat de positie van Somalische Reer Hamar (de groep waartoe ook Salah Sheekh behoorde) niet zo slecht was dat leden van de Reer Hamar in beginsel als vluchteling moesten worden aangemerkt.^[7]

Wordt groepsvervolging bij het Vluchtelingenverdrag in elk geval in theorie geaccepteerd, over artikel 3 EVRM werd wel gesteld dat dat onder alle omstandigheden strikte individualisering vereist. De Afdeling nam in deze discussie een extreme stelling in, namelijk dat een asielzoeker 'ook in geval van uitzetting naar landen, waar sprake is van georganiseerde grootschalige mensenrechtenschendingen jegens een groep, waartoe hij behoort, specifieke, hem persoonlijk betreffende feiten en omstandigheden aannemelijk moeten maken, wil artikel 3 EVRM hem bescherming kunnen bieden'.^[8] Anderen waren van mening dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aanvankelijk wel strikte individualisering eiste maar die lijn in de loop der tijd een mildere invulling heeft gegeven; of dat het Hof individualisering nooit als absolute eis had gesteld, maar dat individualisering in de meeste contexten wel noodzakelijk was om aannemelijk te maken dat er gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat de vreemdeling bij terugkeer naar het land van herkomst een reëel risico loopt op onmenselijke behandeling - het centrale criterium in de beoordeling van het Hof.^[9]

Het Hof maakt aan deze discussie een einde. Het verwerpt de restrictieve benadering, zoals ingenomen door onder meer de Afdeling (r.o. 147). Het begint met de vaststelling dat hetgeen Salah Sheekh in Somalië is overkomen een onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM opleverde; het ging daarbij om frequent slaan, schoppen, berovingen, intimidaties, lastigvallen, en eenmaal dwangarbeid, terwijl zijn vader en broer werden vermoord en zijn zuster verkracht - mensenrechtenschendingen die kenmerkend zijn voor minderheidsclans (r.o. 146). De stelling van Nederland dat deze gebeurtenissen voortvloeien uit de algemene instabiele situatie waarin criminele bendes frequent, maar willekeurig intimideren en bedreigen acht het Hof onvoldoende om deze behandeling buiten het bereik van artikel 3 EVRM te brengen. Doorslaggevend is of Salah Sheekh bescherming en rechtsherstel kon krijgen, en dat was niet het geval. Er zijn bovendien geen aanwijzingen dat de situatie inmiddels is veranderd, waardoor ofwel het risico om opnieuw zo een behandeling te ondergaan, is afgenomen, ofwel de kans om daartegen beschermd te worden groter is geworden. Salah Sheekh zou dus na verwijdering weer belanden in de situatie waarin hij zich voor vertrek bevond, toen hij het slachtoffer was van onmenselijke behandeling.

Het Hof wordt vervolgens nog nadrukkelijker (r.o. 148). Het bestrijdt de opvatting van de Nederlandse regering dat de onmenselijke behandeling van Salah Sheekh willekeurig was. Immers, hij en zijn familie waren - net als de andere families van dezelfde clan - daarvan het slachtoffer omdat ze tot een minderheid behoorden en daarom geen bescherming konden krijgen. Het Hof verwerpt de stelling dat asielzoekers dan nog meer 'special distinguishing features' aannemelijk moeten maken om te onderbouwen dat zij een strikt persoonlijk risico lopen. De 'special distinguishing features'-eis die in het Vilvarajah-arrest uit 1991 gesteld werd, behelst aldus het Hof dat de enkele mogelijkheid van onmenselijke behandeling geen reëel risico daarvan oplevert. Naast het feit dat Salah Sheekh tot een groep behoort die het slachtoffer is van onmenselijke behandeling hoeft hij geen extra 'special distinguishing features' aannemelijk te maken.

Wat is nu de betekenis van de uitspraak van het Hof? Ik maak eruit op dat de meeste Somalische asielzoekers die tot een minderheidsgroep behoren door artikel 3 EVRM beschermd worden. Hetgeen Salah Sheekh zelf had meegemaakt in Somalië was slechts illustratief voor de positie van minderheden en Somalische asielzoekers die zich in een vergelijkbare positie bevinden als Salah Sheekh zullen dus ook beschermd worden. Het Hof heeft evenwel niet geëist dat Nederland een 'garantie' geeft dat na uitzetting geen onmenselijke behandeling zal plaatsvinden, en heeft evenmin uitgemaakt dat de beoordeling van asielzaken onder artikel 3 EVRM 'niet meer geïndividualiseerd is' (twee keer Van Delden). Het Hof heeft al helemaal niet 'het Nederlandse uitgangspunt van zorgvuldige individuele toetsing terzijde (...) geschoven ten faveure van vormen van groepsbescherming'.^[10] Het

Hof heeft, in lijn met eerdere jurisprudentie, uitgemaakt dat die vreemdelingen door artikel 3 EVRM tegen uitzetting beschermd worden, in wier geval voorzienbaar is dat er een reëel risico bestaat dat zij in het land van herkomst zullen worden onderworpen aan een onmenselijke behandeling.

Of deze uitspraak ook relevant is voor andere groepen asielzoekers hangt er dus van af of er nog andere groepen asielzoekers zijn wier positie in het land van herkomst zo benard is dat zij als groep zijn blootgesteld aan onmenselijke behandeling. Merk daarbij op dat het Hof in r.o. 148 enige dubbelzinnigheid laat bestaan. Immers, in r.o. 147 overweegt het dat het gaat om de mogelijkheid om bescherming te krijgen. In r.o. 148 stelt het echter dat de minderheden in Somalië, anders dan de Nederlandse regering stelt, niet het slachtoffer zijn van willekeurig geweld, maar van tegen hen gericht geweld. Hiermee laat het Hof de mogelijkheid open om, bijvoorbeeld als Irakese asielzoekers aannemelijk maken dat delen van het land voor allen bijzonder gevaarlijk zijn vanwege de gewapende strijd tussen de verschillende bevolkingsgroepen, te overwegen dat sprake is van willekeurig geweld en dat artikel 3 EVRM daartegen niet beschermt. Ik vind het niet plausibel dat het Hof dat zal doen, maar het Hof heeft deze kwestie open gehouden.

De uitspraak van het Hof is ondertussen ook van belang voor de interpretatie van de vluchtelingdefinitie uit het Vluchtelingenverdrag. Nu het Hof heeft geoordeeld dat de positie van Somalische minderheden zodanig is dat zij in beginsel door artikel 3 EVRM beschermd wordt, ligt het voor de hand hen - anders dan in de Nederlandse jurisprudentie gebeurde, zie boven - ook als vluchteling aan te merken.

Verder rijst de vraag of artikel 15 onder c van EG-Richtlijn nr. 2004/83 (de Definitierichtlijn), dat recht op 'subsidiare bescherming' geeft in geval van 'ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict' met de uitspraak van het Hof niet zinledig is geworden. Worden de asielzoekers die de bescherming van deze bepaling kunnen invoeren niet al beschermd door artikel 3 EVRM? Ik ben daar niet van overtuigd. Ten eerste omdat het, zoals ik hierboven opmerkte, geen uitgemaakte zaak is dat het Hof vindt dat artikel 3 EVRM bescherming biedt tegen *willekeurig* geweld. Ten tweede omdat artikel 15 onder c van Richtlijn nr 2004/83 waarschijnlijk een minder stringente eis stelt aan het risico dat de asielzoeker getroffen zal worden.^[11] Wel is het zo dat de keuze van het Hof voor de liberale lijn met betrekking tot het individualiseringsvereiste de relevantie van artikel 15 onder c beperkt.

Het binnenlands vluchtalternatief

In de zaak Salah Sheekh was de Nederlandse regering niet van plan om de asielzoeker uit te zetten naar het zuiden van Somalië, waar hij vandaan kwam. Dat zou, volgens de regering, weliswaar niet in strijd met artikel 3 EVRM zijn, maar op grond van nationaal humanitair beleid vond Nederland dat desondanks onverantwoord. Het plan was om Salah Sheekh uit te zetten naar een relatief veilig deel van Somalië, in het noorden van het land. Het Hof wijdt wel enige overwegingen aan de vraag of de situatie van binnenlandse vluchtelingen in het noorden niet zo slecht was dat ook dat strijdig met artikel 3 EVRM zou zijn (r.o. 139-140), maar gaat aan die kwestie uiteindelijk voorbij.^[12] Nadat het Hof in eerdere uitspraken al overwegingen had gewijd aan het binnenlands vluchtalternatief^[13],

stelt het daaraan nu drie heldere eisen met betrekking tot de toegankelijkheid ervan (r.o. 141)

- 1 de asielzoeker moet naar het als veilig aangemerkte deel van het land kunnen reizen;
- 2 de asielzoeker moet daar toegang kunnen verkrijgen; en
- 3 de asielzoeker moet zich daar kunnen vestigen.

De Nederlandse regering had zich op het standpunt gesteld dat zij best eens mocht uitproberen of het noorden van Somalië voor Salah Sheekh toegankelijk was. Er waren eerder ook Somaliërs teruggestuurd en van problemen was niet gebleken.^[14] Bovendien worden de grenzen van Somalië toch niet goed bewaakt, dus het moest best lukken. De autoriteiten in het noorden van Somalië hebben echter herhaaldelijk formeel laten weten dat ze teruggestuurde asielzoekers die afkomstig zijn uit het zuiden van Somalië niet willen hebben. Het Hof stelt dat, zeker nu de Nederlandse regering niet vertegenwoordigd is in Somalië, er geen enkele garantie is dat Salah Sheekh na terugzending zou worden toegelaten; dat hij toestemming zou krijgen zich daar te vestigen is zelfs onaannemelijk. Omdat dat ertoe kan leiden dat hij zich gedwongen zou zien om terug te gaan naar het deel van Somalië waar hij vandaan komt, is dit binnenlands vluchtalternatief onacceptabel (r.o. 143).

Voor de Nederlandse juridische dogmatiek maken deze overwegingen van het Hof op het eerste gezicht weinig uit; dat het vluchtalternatief toegankelijk moest zijn, is algemeen aanvaard.^[15] Maar voor de praktijk maakt het

wel degelijk uit. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft immers geen gevolgen verbonden aan de ontoegankelijkheid van het noorden van Somalië^[16], terwijl het Hof dat hier wel doet. Verder eist het Hof dat aannemelijk is dat het gestelde vluchtalternatief bereikbaar is, en dat impliceert dat de Minister dat aannemelijk moet maken. De Nederlandse praktijk komt er echter op neer dat verwijdering naar een beweerd alternatief kan worden uitgeprobeerd, totdat aannemelijk is gemaakt dat het niet toegankelijk is, en daarmee ligt de bewijslast bij de asielzoeker.

Voor het Europese recht maakt de uitspraak van het Hof ook voor het leerstuk zelf van het binnenlands vluchtalternatief uit. De Definitierichtlijn^[17] bepaalt in artikel 8 lid 3 dat het binnenlands vluchtalternatief kan worden tegengeworpen 'ondanks het feit dat er technische belemmeringen bestaan om terug te keren naar het land van herkomst'. Battjes stelde zich op het standpunt dat dit niet verenigbaar is met het Vluchtelingenverdrag omdat dan een vluchtalternatief wordt tegengeworpen dat feitelijk niet beschikbaar is^[18], en vindt op dat punt steun bij het Hof (de kwesties zijn onder het Vluchtelingenverdrag en het EVRM materieel identiek). Deze uitspraak heeft dus gevolgen voor de toepassing van de Definitierichtlijn, omdat in weerwil van artikel 8 lid 3 een binnenlands vluchtalternatief niet kan worden tegengeworpen als dat niet toegankelijk is.

De rol van de rechter in asielzaken

Er is veel discussie over de vraag of de rechterlijke toetsing in asielzaken in Nederland wel voldoet aan de maatstaven van het EVRM. Die discussie komt in deze uitspraak niet rechtsreeks aan de orde. In de beslissing van de rechtbank speelde het trechtermodel geen rol; het vluchtrelaas werd geloofwaardig geacht; en de zaak was niet in de Aanmeldcentrumprocedure afgedaan. De klacht onder artikel 13 EVRM betrof uitsluitend de beweerde onmogelijkheid om op te komen tegen de manier waarop zou worden uitgezet, maar de beroepsmogelijkheid ter zake was door Salah Sheekh zelf gebruikt en die stond dus open.

Maar het Hof laat zich wel nadrukkelijk uit over de manier waarop het zelf het voorliggende beroep beoordeelt. Het Hof heeft als standaardoverwegingen eerder uitgesproken dat de rechterlijke beoordeling in zaken betreffende artikel 3 EVRM indringend ('rigorous') moet zijn; dat de beoordeling, als de vreemdeling nog niet is uitgezet, plaatsvindt naar het moment waarop het Hof zijn uitspraak geeft, inclusief informatie die aan het licht is gekomen na de nationale beslissing tot uitzetting; en dat het zijn oordeel baseert op al het aangedragen materiaal, inclusief materiaal dat uit eigen beweging is verzameld.^[19] Aan de standaardpassage daarover voegt het Hof een aantal zinnen toe (r.o. 136). De cruciale passage luidt als volgt:

'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. 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 non-governmental organisations. 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. This further implies that, in assessing an alleged risk of treatment contrary to Article 3 in respect of aliens facing expulsion or extradition, a full and *ex nunc* assessment is called for as the situation in a country of destination may change in the course of time.'

Het Hof zegt in deze passage niets nieuws. Het gaat om een uitweiding over eerdere standaardjurisprudentie. Het nieuwe is dat het Hof dit zegt op zo een manier en in zo een context dat onontkoombaar is dat de Nederlandse marginale toetsing niet als een indringende toetsing kan worden beschouwd; en dat de toepassing van het bestuursrechtelijke trechtermodel dat veel informatie uitsluit van bewijsvoering omdat het ook eerder had kunnen

worden ingebracht, voor het Hof onacceptabel is. Het Hof gebruikt in deze uitspraak voor het eerst twee begrippen die ontleend zijn aan de Nederlandse bestuursrechtelijke discussie over de toetsing in asielzaken. Waar het Hof eerder zei dat de toetsing *indringend* diende te zijn, zegt het nu dat deze *vol* moet zijn.^[20] Waar het Hof eerder zei dat de beoordeling, als de asielzoeker nog niet is uitgezet, plaatsvindt naar de stand van zaken *ten tijde van de beslissing van het Hof*, daar zegt het Hof nu dat deze *ex nunc* moet zijn. Het Hof geeft deze overwegingen weliswaar in de context van de algemene informatie over het land van herkomst, maar deze overwegingen zijn daarvoor niet specifiek. Ook de marginale toetsing van de geloofwaardigheid van de verklaringen van de asielzoeker^[21] is met deze uitspraak van het Hof niet verenigbaar.

Wat nu?

Tegen mijn verwachting in heeft de Nederlandse regering, op grond van artikel 43 EVRM, gevraagd de zaak Salah Sheekh/Nederland te verwijzen naar de Grote Kamer van het Hof. Een college van vijf rechters met nu beslissen of 'de zaak aanleiding geeft tot een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag (...) dan wel een ernstige kwestie van algemeen belang'. Zo ja, dan geeft de Grote Kamer een einduitspraak. Het spreekt niet vanzelf dat de zaak inderdaad zal voorkomen bij de Grote Kamer; het verzoek om verwijzing wordt meestal afgewezen.^[22] Tegen verwijzing pleit dat het Hof in deze - unanieme - uitspraak op zijn hoogst zaken verheldert, maar geen radicale wijzigingen aanbrengt. Alleen op het punt van de groepsvervolging heeft het Hof een keuze gemaakt uit de verschillende mogelijke lezingen van zijn jurisprudentie, zij het de naar mijn smaak meest voor de hand liggende. Op de andere punten is sprake van een eenvoudige voortzetting van de jurisprudentie. Daarom moeten we ervan uitgaan dat deze uitspraak in grote lijnen de eindstand weergeeft. Op basis van die veronderstelling ga ik in op de vraag wat daaruit voortvloeit voor de Nederlandse situatie.

Op de punten groepsvervolging, binnenlands vluchtalternatief en ambtsberichten kan de minister zelf initiatieven ondernemen. Op korte termijn kan de Vreemdelingencirculaire worden gewijzigd. In die wijziging kan, in wetsinterpreterende beleidsregels, worden aangegeven dat in asielzaken een minder strikte individualisering is vereist dan voorheen werd aangenomen. En aangegeven kan worden dat voor de toepasselijkheid van het binnenlands vluchtalternatief vereist is dat de toegankelijkheid gegarandeerd is. Zo'n beleidswijziging is gemakkelijk gemaakt, maar haar onderdeel te maken van de alledaagse praktijk van de IND zal heel wat voeten in de aarde hebben. Immers, de vergaande individualisering is al decennia een hoeksteen van de Nederlandse asielpraktijk en een attitudewijziging bij de uitvoerders zal tijd vergen. Daarom kan de minister een tweede ding doen. Sinds een jaar of vijf wordt met betrekking tot steeds minder landen een zogenaamde categoriaal beschermingsbeleid gevoerd (dat wil zeggen dat bepaalde groepen asielzoekers collectief asiel krijgen tenzij ze strafbare feiten hebben gepleegd). De beslissing daartoe is nog onder Paars II genomen. De uitspraak in de zaak Salah Sheekh komt uit deze beslissing voort. Om uit de gevarenzone te blijven, zou de minister herinvoering van categoriaal beschermingsbeleid kunnen overwegen voor landen waar de situatie vergelijkbaar is met die in Somalië - denk bijvoorbeeld aan Irak. Zo blijft Nederland uit de gevarenzone van artikel 3 EVRM.

Ook kan de regering bewerkstelligen dat ambtsberichten beter van kwaliteit worden. Het Hof impliceert in r.o. 136 dat er gronden waren om te twifelen aan de accuraatheid van de ambtsberichten over Somalië en dat lag ook voor de hand op grond van een rapport waarin VluchtelingenWerk de tekst van het ambtsbericht vergeleek met de bronnen waarnaar het verwees.^[23] Zoiets hoort natuurlijk niet te gebeuren. Bovendien kan de Minister van Justitie handen en voeten geven aan de zogenaamde vergewisplicht - de verplichting om zich er, alvorens een besluit mede op een deskundigenbericht te baseren, van te vergewissen dat de adviseur deskundig is en dat het verrichte onderzoek op deugdelijke en zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

Omdat Hirsch Ballin de portefeuille vreemdelingenzaken heeft overgenomen van Verdonk, kan men erop vertrouwen dat op deze punten een verdere confrontatie met het Hof vermeden zal worden. Niets staat daar ook aan in de weg. Dat is anders bij de positie van de Nederlandse rechter.

Eerst de vraag welke consequenties de overwegingen van het Hof over zijn *eigen* beoordeling hebben voor de beoordeling door de *Nederlandse* rechter. Het is zonneklaar dat de nationale rechter niet een beoordeling kan uitvoeren die minder garanties biedt dan die van het Hof. Het zijn immers de verdragspartijen die gehouden zijn het EVRM na te leven en het is primair aan de nationale rechter om daar op toe te zien. Het Hof biedt pas in tweede instantie een aanvullende rechtsgang. Zoals het Hof eerder heeft overwogen: 'the object and purpose

underlying the Convention, as set out in Article 1, is that the rights and freedoms should be secured by the Contracting State within its jurisdiction. It is fundamental to the machinery of protection established by the Convention that the national systems themselves provide redress for breaches of its provisions, the Court exerting its supervisory role subject to the principle of subsidiarity. In that context, Article 13, which requires an effective remedy in respect of violations of the Convention, takes on a crucial function.^[24] Daarmee verdraagt zich niet dat een rechtzoekende bij het Hof iets kan krijgen (i.c. een rechterlijke toetsing van een bepaalde kwaliteit) wat bij de nationale rechter niet verkregen kon worden. De Afdeling heeft dat impliciet ook erkend, door normen die het Hof heeft geformuleerd in het kader van de eigen toetsing toepasselijk te achten voor de toetsing door de Nederlandse rechter.^[25]

De Nederlandse rechter zal dus in asielzaken een toetsing moeten gaan uitvoeren die door het Hof als vol en ex nunc wordt beschouwd. Omdat verdragspartijen autonoom zijn in het inrichten van hun procesrecht is het niet erg als de rechterlijke toetsing naar nationaal recht als marginaal of ex tunc wordt aangemerkt. Het resultaat telt, niet het etiket dat het nationale recht erop plakt. Het leerstuk van marginale toetsing in asielzaken met betrekking tot wat in de kern feitenvaststelling is, is door de Afdeling ad hoc ontwikkeld. Het maakt geen deel uit van een breder leerstuk. Sterker nog, het staat op gespannen voet met wat in het bestuursrecht gebruikelijk is.^[26] Hoewel de Afdeling de marginale toetsing in asielzaken heeft gelegitimeerd onder verwijzing naar de trias politica - wat natuurlijk vrij zwaar geschut is -^[27], is het voor de Afdeling goed mogelijk deze opvatting te herzien zonder te hoeven vrezen voor het bredere bestuursrechtelijke systeem. Overigens verdient het in dit verband opmerking dat in de tijd voor de Afdeling de marginale toetsing van de geloofwaardigheid introduceerde, vernietigingen door de rechtbank op het punt van geloofwaardigheid meestal gebeurden wegens schending van het motiveringsbeginsel, of van het beginsel van zorgvuldig voorbereiding.

Dat ligt anders voor het trechtermodel. Het trechtermodel in de strikte zin van het woord (de steeds beperktere omvang van het geding naarmate het geding voortschrijdt), en de daarbij behorende passieve rol van de rechter, is geen specifiek vreemdelingenrechtelijke vinding.^[28] Ook de interpretatie van artikel 4:6 Awb dat herkansing door een tweede procedure te starten vrijwel onmogelijk maakt, maakt deel uit van een breder leerstuk. Hoewel ook buiten het asielrecht wordt gepleit voor een koerswijziging door de Afdeling, bijvoorbeeld door auteurs als Damen en De Bock, is het de vraag of de Afdeling daartoe bereid is. Kan de Afdeling gevolg geven aan de uitspraak van het Hof, terwijl zij haar lijn op andere rechtsgebieden doorzet? Zij kan de uitzonderingen die zij in dit verband eerder zelf heeft ontwikkeld in het asielrecht ruim toepassen. Dat brengt een kans op uitstraling naar andere rechtsgebieden met zich. Ook kan de Afdeling, zoals de vreemdelingenrechtelijke voor 2001 deden^[29], de leerstukken buiten toepassing laten onder verwijzing naar artikel 94 Gw. Het risico dat dit invloed heeft op andere rechtsgebieden is miniem.

Maar de afstand die de Afdeling te gaan heeft, is groot. Het Hof *beoordeelt de uitzetting ex nunc*. De Nederlandse bestuursrechter *toetst* het *besluit* tot uitzetting (in beginsel) *ex tunc*. Ik zie drie opties om de afstand tussen het Nederlandse bestuursprocesrecht in asielzaken enerzijds en de vereisten van het EVRM anderzijds te verkleinen. De eerste, en naar mijn smaak de beste, is dat de Afdeling snel omgaat en de uitspraak in de zaak Salah Sheekh loyaal uitvoert. Dat vereist een andere attitude dan waarvan de Afdeling tot nu toe blijk gaf. Na de uitspraak in de zaak Said, in juli 2005, verzon de Afdeling van alles om de invloed van die uitspraak nihil te laten zijn. Dat is niet voor herhaling vatbaar. De tweede optie is dat de wetgever ingrijpt, en de Afdeling een ondubbelzinnige instructie geeft dat het Hof gevolgd moet worden. Hoewel er dan nog even goed geknobbeld moet worden, is het behulpzaam dat een initiatiefwetsontwerp van D66 al klaar ligt.^[30] Dat zou als uitgangspunt kunnen dienen.

Het laatste scenario is echter dat de Afdeling toch probeert haar eigen lijn zo veel mogelijk door te zetten en net als bij eerdere gelegenheden argumenten bedenkt om niet vol en ex nunc te toetsen. De Afdeling heeft daarbij eerder grote scherpzinnigheid aan de dag gelegd en daar kwamen best goede argumenten aan te pas. Het risico is alleen dat de burgerlijke rechter dan, in zijn functie van restrechter, in asielzaken betrokken raakt. De Hoge Raad heeft in een recente uitspraak uitdrukkelijk geweigerd in te gaan op de uitnodiging van de Staat om, net als de Afdeling, in het kader van artikel 3 EVRM marginaal te toetsen. De Hoge Raad overwoog dat artikel 3 EVRM, blijkens vaste jurisprudentie van het Hof, een volle toetsing vergt.^[31] Bovendien ondervindt de burgerlijke rechter geen enkele belemmering bij een ex nunc-toetsing. Als naar het oordeel van de burgerlijke rechter de toetsing

door de bestuursrechter niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen (en voor dat oordeel is de uitspraak in de zaak Salah Sheekh een extra grond), dan kunnen asielzoekers de burgerlijke rechter benaderen met het verzoek om de uitzetting naar het land van herkomst vol en ex nunc te beoordelen op verenigbaarheid met artikel 3 EVRM.^[32] Dat is juridisch reuze leuk, maar volstrekt onwenselijk - dubbele procedures zijn slecht voor het rechterlijk systeem, dubbel werk voor advocaten, en *last but not least* slecht voor asielzoekers. Omdat deze laatste optie niet helemaal irreëel is, doet de wetgever er goed aan ook de mogelijkheid te overwegen om de bevoegdheid in vreemdelingenzaken over te hevelen van de bestuursrechter naar de burgerlijke rechter. Dat zou een vergaande stap zijn. Maar waar het bestuursrecht een aantal beletselen kent om aan de Hofuitspraak te voldoen (sommige door de Afdeling wel erg opgeblazen, maar andere volstrekt reëel), daar kent het burgerlijk recht er niet een, zoals de Hoge Raad heeft laten zien.

Op <http://www.njblog.nl> kan gediscussieerd worden over de stelling:
Het EHRM heeft Salah Sheekh terecht ontvankelijk verklaard.

Voetnoten

Voetnoten

- [*] Thomas Spijkerboer is hoogleraar migratierecht, Vrije Universiteit Amsterdam, en medewerker van dit blad. Hij was als - onbezoldigd - adviseur van klager bij de zaak Salah Sheekh betrokken. Met dank aan Hemme Battjes voor zijn kritische opmerkingen bij een eerdere versie van dit stuk.
- [1] EHRM 5 juli 2005, RV 2005, 2, JV 2005/304, Said v. Nederland.
- [2] Zie <http://www.uitzendinggemist.nl>, Buitenhof 14 januari 2007, geraadpleegd 18 januari 2007.
- [3] Van Dijk e.a. (eds): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, vierde druk, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 147-148. Ik deel dus niet de opvatting van Van der Vlies, die meent dat van belang was dat de jurisprudentie van de Afdeling 'constant in strijd is met de jurisprudentie van het Hof', I.C. van der Vlies, 'Voorbeeldige jurisprudentie', NJB 2007/3, 138, p. 143. Het gaat om de vraag of hoger beroep de klager had kunnen baten, niet of de uitspraak in hoger beroep juist zou zijn geweest.
- [4] Het wordt er niet beter op door een verklaring, uitgegeven door de Raad voor de Rechtspraak op 23 januari 2007, waarin Van Delden verklaart: 'Ik heb mij (in Buitenhof, TS) niet uitgelaten over de inhoudelijke merites van de beslissing, behalve dat ik heb gezegd dat ik daarin een nieuwe lijn meende te bespeuren.' Echter, een uitspraak aanmerken als 'opmerkelijk en ook tot op grote hoogte onbegrijpelijk' kan toch nauwelijks als niet-inhoudelijk worden beschouwd. Ook een uitlating als 'ik vraag me af of ze (in Straatsburg, TS) zich helemaal gerealiseerd hebben wat ze nu gedaan hebben want juist, vind ik, de Raad van State is altijd erg Straatsburg-getrouw, doet altijd alles wat Straatsburg zegt', is zonder meer inhoudelijk.
- [5] Ik ga voorbij aan een andere kwestie, namelijk de verwerping van het ontvankelijkheidsverweer op grond van art. 37 lid 1 onder b EVRM (zaak wordt van de rol geschrapt als het geschil opgelost is). Het Hof heeft dit verweer om proceseconomische redenen gepasseerd, en had daarvoor m.i. ook de ruimte vanwege de facultatieve formulering van de bepaling.
- [6] ABRvS 25 mei 1992, RV 1992, 8, GV (oud), D12-213, NAV 1992, p. 288. Zie nader T.P. Spijkerboer en B.P. Vermeulen: *Vluchtelingenrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders*, Utrecht 1995, p. 88-89.
- [7] Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 14 juli 2000, RV 1974-2003, 11, RV 2000, 12, JV 2000/190, AB 2001, 25, NAV 2000/160.
- [8] O.m. ABRvS 29 oktober 2003, JV 2003/561; ABRvS 7 november 2003, JV 2004/17, NAV 2004/1; ABRvS 15 december 2003, JV 2004/70; specifiek m.b.t. de groep waartoe Salah Sheekh behoort ABRvS 5 december 2003, RV 2003, 16, JV 2004/62. Van der Vlies 2007 acht deze opvatting van de Afdeling in strijd met jurisprudentie van het Hof, maar hoewel de Afdeling wel erg ver ging, liet de jurisprudentie van het Hof mijns inziens wel ruimte voor verschillende interpretaties.
- [9] Nader T.P. Spijkerboer en B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht, Ars Aequi Libri*, Nijmegen 2005, p. 76-81.
- [10] Vragen Kamerstukken II 2006/07, 2060705650, vragen van de leden Schippers en Ten Broeke, 18 januari 2007.

- [11] Zie nader H. Battjes: *European Asylum Law and International Law*, Martinus Nijhoff 2006, par. 299-305.
- [12] Van der Vlies 2007 veronderstelt dat de omstandigheden in de vluchtelingenkampen in het noorden onmenselijk zijn, maar het Hof heeft zich daar dus niet over uitgelaten.
- [13] Zie met name EHRM 6 maart 2001, RV 2001, 1, JV 2001/104, Hilal/Verenigd Koninkrijk.
- [14] Het is, overigens, ook maar wat je geen problemen noemt. Een door Nederland uitgezette Somalische asielzoeker werd, naar zich laat aanzien, acht maanden na de uitzetting gedood bij een overval. Dat is het soort gebeurtenissen waarvoor Somalische asielzoekers, zoals ook uit de uitspraak van het Hof blijkt, bescherming zoeken en - soms - behoren te krijgen. Zie nader, ook over de weigering van de minister om het geval te onderzoeken, Aanslag Kamerstukken II 2003/04, 4253-4254, nader VluchtelingenWerk: Update 2004 nr 31, p. 5-7. Een andere door Nederland teruggestuurde Somalische asielzoeker zou zijn gedetineerd en mishandeld, Dagvaarding VAJN, VluchtelingenWerk, FSAN en ASPV tegen de Staat der Nederlanden, 2 maart 2004 (Vluchtweb).
- [15] Spijkerboer/Vermeulen 2005, p. 43.
- [16] De Afdeling meende hoogstens 'dat bepaalde gebieden van het relatief veilige deel van Somalië via de buitengrenzen tijdelijk niet toegankelijk zijn', reden waarom de ontoegankelijkheid geen beletsel was voor het onthouden van een verblijfsvergunning in het kader van artikel 29 lid 1 onder d Vw 2000, zie ABRvS 24 juni 2003, JV 2003/352; ABRvS 7 juli 2003, 220302208/1 (Vluchtweb); ABRvS 8 juli 2003, 200302487/1 (Vluchtweb); ABRvS 22 augustus 2003, JV 2003/526; ABRvS 1 oktober 2003, 200305239/1 (Vluchtweb); ABRvS 10 oktober 2003, JV 2003/539
- [17] RI 2004/83.
- [18] Battjes 2006, par. 321.
- [19] Zie uitgebreid J. van Rooij: *Asylum Procedure versus Human Rights*, VU Amsterdam 2004, beschikbaar op <http://www.rechten.vu.nl/documenten>, over het trechtermodel; S. Essakkili: *Marginal judicial review in the Dutch asylum procedure*, VU Amsterdam 2005, beschikbaar op <http://www.rechten.vu.nl/documenten>, over de marginale toetsing. Beknopter Spijkerboer/Vermeulen 2006, p. 281-313.
- [20] Men kan tegenwerpen dat full jurisdiction in de context van art. 6 EVRM verenigbaar kan zijn met een zekere marginaliteit van rechterlijke toetsing, zeker als het om een gespecialiseerde feitenvaststelling gaat. Daar staat echter tegenover dat het Hof dit niet aanvaardt in zaken met een strafrechtelijk karakter; de jurisprudentie van het Hof wijst er m.i. op dat het dat evenmin aanvaardt in art. 3-zaken. Bovendien acht het Hof een zekere marginaliteit aanvaardbaar als de feiten zijn vastgesteld in een quasi-rechterlijke procedure die beheerst wordt door een aantal garanties van art. 6; daarvan is in asielzaken geen sprake. Zie nader Van Dijk e.a. 2006, p. 561.
- [21] Zie daarover S. Essakkili en T.P. Spijkerboer: 'De marginale toetsing in asielzaken', NJB 2006, 1439, p. 1882-1889.
- [22] Als ik goed heb geteld, waren in 2006 210 verzoeken om verwijzing ingediend, waarvan er slechts veertien werden ingewilligd, zie het Annual Activity Report 2006 van de Grand Chamber op de website van het Hof, op p. 58-66. Met dank aan Rick Lawson.
- [23] VluchtelingenWerk: *Put to the Test. Sources of Dutch Foreign Office Country Report on Somalia*, Juni 2004; VluchtelingenWerk: *Put to the Test, Part 2. Sources of the Dutch Foreign Office Country Report on Somalia* (22 November 2004), 25 februari 2005.
- [24] EHRM 10 mei 2001 (GC), *Z. v. Verenigd Koninkrijk*, klachtnr 29 392/95; vgl. EHRM 26 oktober 2000 (GC), *Kudla v. Polen*, klachtnr 30 210/96; EHRM 6 juli 2006, *Baybasin v. Nederland*, klachtnr 13 600/02. Met dank aan Rick Lawson.
- [25] Het meest duidelijk blijkt dit uit ABRvS 15 juni 2006, JV 2006/290.
- [26] Y. Schuurmans: *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, Kluwer 2006, p. 264 e.v.
- [27] ABRvS 27 januari 2003, RV 1974-2003, 57, RV 2003, 5, JV 2003/103, AB 2003, 286, NAV 2003/100.
- [28] Zie over deze kwestie o.m. E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul: De vaststelling van feiten in het bestuursprocesrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2000, p. 214-221; R.H. de Bock: *De omvang van het geding*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2004; K.F. Bolt: *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht*, diss. Groningen 2005, Den Haag: Boom 2005.

- [29] Zie voor jurisprudentie ter zake T.P. Spijkerboer: Het hoger beroep in vreemdelingenzaken, Den Haag: Sdu 2002, p. 71.
- [30] Kamerstukken II 2006/07, 30 830.
- [31] HR 15 september 2006, JV 2006/395.
- [32] Zie nader T.P. Spijkerboer, 'De burgerlijke rechter en het vreemdelingenrecht', Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 2005, p. 137-145.