

Begrensd vertrouwen

Begrensd vertrouwen

Mensenrechtenbescherming bij uitlevering en
overlevering

Preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen
Vereniging op 15 mei 2009

Mr. N. Rozemond

Zutphen 2009



UITGEVERIJ *Paris*

Begrensd vertrouwen
Mensenrechtenbescherming bij uitlevering en overlevering

ISBN 978-90-77320-80-8
NUR 828
© 2009 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, <www.reprorecht.nl>). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, <www.cedar.nl/pro>).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

1	Inleiding: politiek of juridisch vertrouwen? / 7
2	Methode en leeswijzer / 12
3	Het Soering-paradigma / 14
4	De Einhorn-invulling / 18
5	De aanvulling in Mamatkulov en Askarov / 23
6	De toepassing in Al-Moayad / 26
7	De Cenaj-relativering / 29
8	Shamayev of Gasayev? / 33
9	Eerste tussenbalans / 37
10	Het paradigma van de Hoge Raad / 41
11	Voltooide en dreigende marteling / 46
12	Het reële risico in de zaak Kesbir / 51
13	Uitlevering aan Amerika / 57
14	Tweede tussenbalans / 62
15	Omkering van Cenaj: verstekvonnissen / 64
16	Eindbalans: een pleidooi voor materieel vertrouwen / 68

1 Inleiding: politiek of juridisch vertrouwen?¹

Op 17 januari 2009 berichtte het NRC Handelsblad dat de ambtelijke top van het Ministerie van Buitenlandse Zaken een juridisch memorandum van 29 april 2003 over de rechtsbasis van het militaire ingrijpen in Irak had weggehouden bij de minister. De schrijvers van het memorandum waren van mening dat de inval in Irak onvoldoende rechtsgrond had in resoluties van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties. De inschatting van de schrijvers was dat 'Nederland een eventuele procedure voor het Internationaal Gerechtshof hierover zou verliezen'.² Dat is een enigszins raadselachtige uitspraak: waarom zou Nederland vanwege een onjuist regeringsstandpunt voor het Internationaal Gerechtshof kunnen worden gedaagd? Het memorandum laat echter wel zien dat er een spanning bestaat tussen de politieke en de juridische beoordeling van de oorlog in Irak. Die spanning komt eveneens tot uitdrukking in kwesties als de gevangenhouding van personen in Guantánamo Bay en de wijze waarop deze gevangenen en andere 'enemy combatants' worden behandeld. In de 'war on terror' worden handelingen verricht die op gespannen voet staan met fundamentele rechtsnormen, zoals de internationale rechtsregels over geweldgebruik door staten en de mensenrechten van personen die worden onderworpen aan maatregelen ter bestrijding van terrorisme. Die spanning is ook voelbaar in beslissingen van Nederlandse rechters over de toelaatbaarheid van de uitlevering van verdachten aan andere staten. Zo overwoog de strafkamer van de Hoge Raad in een arrest van 17 september 2004 over uitlevering aan Amerika:

'Aangenomen moet worden dat Nederland, als door het EVRM en het IVBPR gebonden Staat, het resultaat van bilaterale onderhandelingen die hebben geleid tot het hier toepasselijke Uitleveringsverdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika heeft kunnen afstemmen op de aard en mate waarin de in de eerste twee genoemde verdragen neergelegde fundamentele rechtsbeginselen worden erkend in de Verenigde Staten van Amerika, terwijl sedertdien die verdragsrelatie is gecontinueerd. Daarom is uitgangspunt dat bij de beoordeling van een uitleveringsverzoek dat is gebaseerd op het genoemde uitle-

-
1. Veel dank ben ik verschuldigd aan Vincent Glerum en Alette Smeulders voor hun kritische commentaren op het concept van dit preadvies. Bovendien wees Vincent Glerum mij op diverse belangrijke uitspraken van het EHRM inzake uitlevering en mensenrechten, met name in de zaken van Cenaj en Gasayev.
 2. Punt 9 in het Memorandum van 29 april 2003, DJZ/IR/2003/158 (te vinden op www.nrc.nl, geraadpleegd op 19 januari 2009).

veringsverdrag in beginsel moet worden uitgegaan van het vertrouwen dat de verzoekende Staat bij de vervolging en bestraffing van de opgeëiste persoon de daarop betrekking hebbende fundamentele rechten welke zijn neergelegd in het eerdergenoemde EVRM en IVBPR zal respecteren (vgl. HR 8 juli 2003, LJN AE5288). Dit betekent dat de verdragsrechtelijke verplichting tot uitlevering slechts dan moet wijken voor de ingevolge art. 1 EVRM op Nederland rustende verplichting om de rechten van dat verdrag te verzekeren indien (a) blijkt dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan het risico van een flagrante inbreuk op enig hem ingevolge art. 6, eerste lid, EVRM toekomend recht, en in dat geval voorts (b) naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat hem na zijn uitlevering niet een rechtsmiddel ten dienste staat ter zake van die inbreuk (vgl. HR 11 maart 2003, NJ 2004, 42).³

De Hoge Raad hanteert als uitgangspunt het vertrouwen dat de Verenigde Staten van Amerika de mensenrechten van de opgeëiste persoon na uitlevering zullen respecteren. De Hoge Raad leidt dat vertrouwen af uit een politieke veronderstelling. Volgens de Hoge Raad heeft Nederland het resultaat van de onderhandelingen over het uitleveringsverdrag met Amerika kunnen afstemmen op de aard en mate waarin Amerika mensenrechten erkent, terwijl sedert de totstandkoming van het uitleveringsverdrag de verdragsrelatie is gecontinueerd. Het vertrouwen in de bescherming van mensenrechten door Amerika wordt in deze redenering afgeleid van de politieke mogelijkheid om mensenrechten te betrekken bij de onderhandelingen over een uitleveringsverdrag.

De Hoge Raad zegt niet dat er bij de onderhandelingen met Amerika over het uitleveringsverdrag daadwerkelijk van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt. Ook noemt de Hoge Raad geen specifieke gegevens waaruit blijkt dat de continuering van het uitleveringsverdrag met Amerika berust op een hernieuwde beoordeling van de mensenrechtensituatie in Amerika. Daardoor heeft het vertrouwen van de Hoge Raad in het Amerikaanse rechtssysteem een fictief karakter. Dat vertrouwen is niet gebaseerd op een daadwerkelijk beoordeling door de verantwoordelijke ministers en hun deskundige ambtenaren, maar op de veronderstelling dat die beoordeling mogelijk is.

In het licht van het weggehouden memorandum uit april 2003 komt de veronderstelling van de Hoge Raad in een ander daglicht te staan. Het tegenovergestelde uitgangspunt lijkt niet minder waarschijnlijk te zijn: de continuering van de betreffende verdragsrelatie met de Verenigde Staten is niet gebaseerd op de juridische beoordeling van de mensenrechtensituatie, maar op de politieke wenselijkheid om de betrekkingen met Amerika voort te zetten.⁴ Juridische maatstaven zoals men-

3. Overweging 3.4.2 in HR 7 september 2004, NJ 2004, 595. Zie ook HR 27 mei 2003, NJ 2003, 573 (met verwijzing naar HR 1 juli 1985, NJ 1986, 162). In het arrest van 27 mei 2003 ontbreekt de zinsnede 'terwijl sindsdien die verdragsrelatie is gecontinueerd' in de relevante overweging 3.4. Deze zinsnede ontbreekt ook in het arrest van 8 juli 2003, LJN AE5288 waarnaar de Hoge Raad verwijst in het arrest van 7 september 2004.

4. In die zin Alette Smeulers, *In staat van uitlevering* (diss. Maastricht), Antwerpen: Uitgeverij Intersentia 2003, p. 226 e.v. Zij wijst erop dat mensenrechtenschendingen voor Nederland bijna nooit een reden zijn om een uitleveringsverdrag op te schorten of op te zeggen, bijvoorbeeld de grootschalige mensenrechtenschendingen in Argentinië tussen 1976 en 1981 (p. 228).

senrechten spelen daarbij een ondergeschikte rol, bijvoorbeeld in verband met de vraag of de behandeling van bepaalde personen bij de strijd tegen het terrorisme in overeenstemming is met het internationale recht, meer in het bijzonder de mensenrechten die zijn neergelegd in het EVRM en het IVBPR. Tegen het uitgangspunt van de Hoge Raad zou kunnen ingebracht dat het de typische taak van de rechter is om mensenrechten te betrekken bij de beoordeling van een uitleveringsverzoek wanneer politici voorrang geven aan politieke samenwerking boven juridische toetsing aan internationale rechtsnormen. Het rechterlijke oordeel over bescherming van mensenrechten mag niet ondergeschikt worden gemaakt aan het politieke oordeel over de wenselijkheid om samenwerking met bepaalde staten te continueren.

Het is ook de vraag of het uitgangspunt van de Hoge Raad wel in overeenstemming is met de benadering die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt sinds zijn standaardarrest in de zaak Soering uit 1989.⁵ Het uitgangspunt van het Europees Hof is dat staten die partij zijn bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens een eigen verplichting hebben om mensenrechten te beschermen van personen die zich op hun grondgebied bevinden en die worden uitgeleverd aan een staat die geen partij is bij het EVRM. Ook in de Soering-zaak ging het om uitlevering aan Amerika, maar dan vanuit het Verenigd Koninkrijk. De benadering die het EHRM kiest in de spanning tussen uitlevering en bescherming kan het *Soering-paradigma* worden genoemd. Het EHRM heeft in het Soering-arrest een toetsingskader gegeven voor de juridische beoordeling van uitleveringsverzoeken aan de hand van de mensenrechten uit het EVRM.

Het Soering-paradigma staat om verschillende redenen onder druk. Uit het aangehaalde arrest van de Hoge Raad blijkt dat nationale rechters niet zonder meer het toetsingskader van het Soering-arrest volgen. Opmerkelijk in dit verband is dat de Hoge Raad in het aangehaalde arrest niet verwijst naar de relevante overwegingen uit het Soering-arrest en latere rechtspraak van het EHRM. Daaraan kan worden toegevoegd dat ook het EHRM zelf het Soering-paradigma relativereet zodra de uitlevering ter discussie staat aan een partij bij het EVRM. In dergelijke gevallen toetst het EHRM minder streng dan in gevallen waarin de uitlevering aan derde staten wordt betwist, zoals blijkt uit de Cenaj-beslissing.⁶

Hier kan worden gesproken van de *Cenaj-relativering* van het Soering-paradigma ten aanzien van staten die partij zijn bij het EVRM. Het is echter de vraag of een dergelijke relativering terecht is, gelet op de mensenrechtenschendingen die blijkens de rechtspraak van het EHRM plaatsvinden in staten die partij zijn bij het EVRM.⁷ De Hoge Raad maakt op dit punt ook geen onderscheid. Dat blijkt uit de verwijzing in de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad naar het arrest van 11 maart 2003.⁸ In dat arrest formuleerde de Hoge Raad de tweestappentoets die de Hoge Raad ook in de Amerikaanse zaak gebruikte. In het arrest van 11 maart 2003

5. EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, NJ 1990, 158 m.nt. EAA.

6. EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (ontvankelijkheidsbeslissing, alleen in het Frans gepubliceerd op HUDOC).

7. Ook het feit dat een staat lid is van de Europese Unie is nog geen garantie dat de mensenrechten in de betreffende staat worden nageleefd. Zie Alette Smeulers en Jan de Vries, 'Het Europees aanhoudingsbevel: gerechtvaardigd vertrouwen?', *NJCM-Bulletin* 2003, nr. 4, p. 428-460.

8. NJ 2004, 42.

ging het om een uitleveringsverzoek van België. De Hoge Raad ziet bij uitlevering kennelijk geen relevante verschillen tussen Amerika en België. Opmerkelijk in dit verband is dat de civiele kamer van de Hoge Raad, anders dan de strafkamer van de Hoge Raad, geen bijzonder gewicht lijkt toe te kennen aan de beoordeling van de mensenrechtensituatie door personen die verantwoordelijk zijn voor de totstandkoming en de continuering van verdragsrelaties op het gebied van uitlevering. Ook kent de civiele kamer geen bijzonder gewicht toe aan het gegeven dat de verzoekende staat partij is bij het EVRM. Dat blijkt uit de Kesbir-zaak waarin de strafkamer van de Hoge Raad geen juridische beletselen zag voor de uitlevering van mevrouw Kesbir, verdacht van betrokkenheid bij de Koerdische Arbeiderspartij PKK, aan Turkije. De civiele kamer van de Hoge Raad overwoog in de Kesbir-zaak:

‘Op grond van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal besproken jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens moet als uitgangspunt worden aanvaard, dat uitlevering een schending kan opleveren van art. 3 EVRM indien de uitgeleverde persoon een reëel gevaar loopt om in het ontvangende land gefolterd te worden of anderszins een onmenselijke of vernederende behandeling te ondergaan. De Staat aan welke om uitlevering van een persoon wordt verzocht, dient deze tegen een zodanig gevaar een effectief rechtsmiddel te bieden (art. 13 EVRM). Ten aanzien van de verhouding tussen deze bepalingen van het EVRM en het op het onderhavige geval van toepassing zijnde Europees Verdrag betreffende uitlevering dient tot uitgangspunt te worden genomen dat niet kan worden aanvaard dat het enkele feit dat de Staat zich tot een bepaalde gedraging bij verdrag heeft verplicht, de Nederlandse rechter zou beletten te beoordelen of de Staat door die gedraging inbreuk maakt op een andere verdragsnorm waaraan de burgers rechtstreeks rechten kunnen ontleen, en aldus of de Staat jegens hen onrechtmatig handelt (vgl. HR 30 maart 1990, nrs. 13949 en 13950, NJ 1991, 249). Deze uitgangspunten, waarvan ook het hof is uitgegaan, zijn in cassatie niet bestreden.’⁹

In deze overweging van de civiele kamer ontbreekt een verwijzing naar het vertrouwensbeginsel dat volgens de strafkamer van de Hoge Raad in dergelijke zaken het uitgangspunt van de beoordeling is. Anders dan de strafkamer van de Hoge Raad neemt de civiele kamer de rechtspraak van het EHRM als uitgangspunt, waarin het vertrouwensbeginsel evenmin voorop staat. Vervolgens overweegt de civiele kamer dat een verdragsverplichting tot uitlevering niet kan beletten dat de Nederlandse rechter beoordeelt of de Nederlandse staat door uitlevering een inbreuk maakt op een andere verdragsnorm waaraan burgers rechtstreeks rechten kunnen ontleen. De civiele kamer stelt bovendien voorop dat de aangezochte staat (in dit geval Nederland) een effectief rechtsmiddel dient te bieden tegen een dreigende schending van art. 3 EVRM. De strafkamer verplaatst in het aangehaalde arrest van 7 september 2004 het daadwerkelijke rechtsmiddel in verband met dreigende flagrante schen-

9. Overweging 3.3 in HR 16 september 2006, NJ 2007, 277 m.nt. A.H. Klip.

dingen van art. 6 EVRM naar de verzoekende staat: alleen wanneer een dergelijk rechtsmiddel in die staat ontbreekt, kan een opgeëist persoon zich bij de Nederlandse uitleveringsrechter beroepen op een dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM.

Er lijkt zich daardoor een discrepantie voor te doen tussen de wijze waarop de strafkamer van de Hoge Raad als uitleveringsrechter oordeelt over uitleveringsverzoeken en de wijze waarop de civiele kamer van de Hoge Raad oordeelt over de rechtmatigheid van uitleveringsbeslissingen van de minister van Justitie. Aan de hand van het Soering-paradigma kan worden onderzocht welke kamer van de Hoge Raad het juridische gelijk aan haar zijde heeft, waarbij moet worden bedacht dat Turkije lid van de Raad van Europa en partij bij het EVRM is. Er kan daarom ook worden onderzocht in hoeverre de Cenaj-relativering zou moeten worden toegepast ten aanzien van een Turks uitleveringsverzoek zoals dat in de Kesbir-zaak moest worden beoordeeld.

De Cenaj-relativering is tevens van belang voor overlevering binnen de Europese Unie. Op 12 mei 2004 is in Nederland de Overleveringswet (OLW) in werking getreden, de implementatie van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel (KEAB). Deze regelingen hebben de Uitleveringswet en de toepasselijke uitleveringsverdragen vervangen bij overleveringen van verdachten en veroordeelden binnen de Europese Unie. Het KEAB is blijkens de tiende inleidende overweging ervan gebaseerd op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten van de Europese Unie. De twaalfde overweging uit de inleiding stelt echter dat het KEAB de grondrechten eerbiedigt en voldoet aan de beginselen die worden erkend bij art. 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en zijn weergegeven in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, met name in hoofdstuk VI. Volgens deze overweging staat niets in het KEAB eraan in de weg dat de overlevering kan worden geweigerd bij dreigende discriminerende vervolging of bestraffing. De dertiende inleidende overweging haalt de tekst van art. 19 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aan dat niemand mag worden uitgezet naar of uitgeleverd aan een staat waarin een ernstig risico bestaat dat hij aan de doodstraf, aan folteringen of aan andere onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen wordt onderworpen. Bovendien bepaalt art. 1 lid 3 KEAB dat dit kaderbesluit niet tot gevolg kan hebben dat de verplichting tot eerbiediging van grondrechten en rechtsbeginselen, zoals neergelegd in art. 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, wordt aangetast. In deze overwegingen en bepalingen kan het Soering-paradigma worden gelezen,¹⁰ maar ook de Cenaj-relativering op grond van de hoge mate van vertrouwen binnen de Europese Unie.¹¹ Daarom kan de vraag worden gesteld die centraal staat in dit preadvies: moet bij uitlevering en overlevering het vertrouwen voorop worden gesteld of juist de bescherming van mensenrechten?

10. Paul Garlick, 'The European Arrest Warrant and the ECHR', in: Rob Blekxtoon en Wouter van Ballegooij (red.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, Den Haag: T.C.M. Asser Press 2005, p. 173 en Mark Mackerel, 'Human Rights as a Barrier to Surrender', in: Nico Keijzer en Elies van Sliedrecht (red.), *The European Arrest Warrant in Practice*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009, p. 140, 145, 153 en 155.

11. In die zin (zonder verwijzing naar Cenaj) Massimo Fichera, 'The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?', *European Law Journal*, Vol. 15, No. 1, januari 2009, p. 81.

2 Methode en leeswijzer

Dit preadvies is geschreven volgens een casuïstische methode.¹² Uitgangspunt daarbij is de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de bescherming van mensenrechten bij uitlevering. De rechtspraak van het EHRM bevat algemene uitgangspunten, zoals het uitgangspunt dat de aangezochte staat door uitlevering art. 3 of art. 6 EVRM schendt wanneer een reëel risico op marteling bestaat in de verzoekende staat of wanneer een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces in die staat dreigt. De betekenis van dergelijke uitgangspunten kan worden onderzocht aan de hand van de toepassing ervan in de zaken van Soering, Einhorn, Mamatkulov en Askarov, Al-Moayad, Cenaj, Shamayev en Gasayev. Deze zaken bieden vergelijkingsmateriaal waarmee vervolgens kan worden onderzocht hoe de Nederlandse uitleveringsrechter en de voorzieningenrechter mensenrechtenverweren beoordelen, bijvoorbeeld in de zaak Kesbir en in uitleveringszaken met betrekking tot Amerika. Ook dit onderzoek zal casuïstisch van aard zijn, waarbij de nadruk ligt op de wijze waarop de verdediging bepaalde verweren heeft gevoerd en de uitleveringsrechter en de voorzieningenrechter daarover hebben beslist.

Over mensenrechten en uitlevering is in Nederland regelmatig gepubliceerd, bijvoorbeeld het baanbrekende preadvies van Bert Swart uit 1982, waarin Swart benadrukt dat uitlevering niet alleen betrekking heeft op de belangen van staten, maar ook op die van de opgeëiste persoon.¹³ Swart schreef zijn preadvies in een tijd waarin de Hoge Raad het mensenrechtenverweer in uitleveringszaken nog niet had geaccepteerd.¹⁴ Na verschijning van zijn preadvies kwam daarin verandering¹⁵ en die verandering raakte in een stroomversnelling door het Soering-arrest van het EHRM uit 1989.¹⁶ Alette Smeulers heeft deze en latere ontwikkelingen uitgebreid beschreven in haar proefschrift, dat in 2002 verscheen. Het is niet mijn bedoeling om in dit preadvies een volledig overzicht te geven van literatuur en rechtspraak op het gebied van mensenrechten en uitlevering. Mijn uitgangspunt is dat Alette Smeulers dat zeer grondig heeft gedaan en dat vooral de ontwikkeling na 2002 interessant is, omdat de Hoge Raad sindsdien zijn rechtspraak inzake uitlevering en mensenrechten heeft gepreciseerd en het EHRM uitspraken heeft gedaan die nieuw licht werpen op de betekenis van de uitgangspunten die het EHRM in de Soering-zaak heeft geformuleerd.

Centraal in dit preadvies staan de vragen hoe mensenrechtenverweren moeten worden beoordeeld in uitleverings- en overleveringszaken en welke rol het vertrouwensbeginsel daarbij speelt. Daarbij zijn verschillende mensenrechtelijke kwesties

-
12. Zie over casuïstiek als methode van rechtsvinding Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. Vrije Universiteit Amsterdam), Deventer: Kluwer 1998, p. 235 e.v. Een belangrijke inspiratiebron daarbij is de vergelijkingsmethode van Wiarda. Zie hierover G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 107 e.v.
 13. A.H.J. Swart, 'De rechten van de mens in het uitleveringsrecht', in: J.J.E. Schutte en A.H.J. Swart, *Volkenrechtelijke aspecten van uitleveringsrecht*, Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Deventer: Kluwer 1982, p. 89 e.v.
 14. Zie bijvoorbeeld HR 11 september 1979, *NJ* 1979, 637.
 15. Zie bijvoorbeeld HR 27 maart 1984, *NJ* 1984, 611 m.nt. ThWvV.
 16. Zie hierover W.F. van Hattum, 'Uitlevering: een kwestie van vertrouwen?', *DD* 1989, nr. 10, p. 928-940 en B.P. Vermeulen, 'Uitlevering, soms een kwestie van vertrouwen', *DD* 1990, nr. 4, p. 325-336.

van belang, niet alleen de kwestie wat de status van een mensenrechtenverweer is bij uitlevering en overlevering, maar ook de kwesties of de doodstraf in strijd is met art. 2 en 3 EVRM, een behandeling onmenselijk of vernederend is in de zin van art. 3 EVRM, de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis onvereenigbaar met art. 6 EVRM en een termijn van berechting onredelijk in de zin van art. 6 EVRM. Dat zijn afzonderlijke problemen die in dit preadvies niet uitgebreid zullen worden besproken. Ik zal slechts indicaties geven hoe dergelijke mensenrechtenverweren kunnen worden beoordeeld bij uitlevering en overlevering. Deze indicaties hebben meestal de strekking dat het betreffende verweer in een bepaalde zaak, bijvoorbeeld de Einhorn-zaak en de Cenaj-zaak, niet volgens de maatstaven van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM is gevoerd en beoordeeld. Verder zal blijken dat andere mogelijkheden uit het uitleveringsrecht soms onbenut blijven, zoals de weigering van de uitlevering op grond van het toepasselijke uitleveringsverdrag bij dreigende oplegging van de doodstraf of de toetsing van de uitlevering aan het specialiteitsbeginsel.¹⁷ Ook deze kwesties zal ik niet uitgebreid bespreken, maar het is wel van belang erop te wijzen dat naast de mensenrechtenverweren in bepaalde gevallen ook de klassieke uitleveringsverweren relevant zijn.¹⁸

Ik zal in dit preadvies geen overzicht geven van de uitgangspunten van het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht. Ik ga ervan uit dat de lezer bekend is met het gegeven dat uitlevering van personen tussen staten plaatsvindt ter vervolging van deze personen of ter executie van een opgelegde vrijheidsstraf. Overlevering is de nieuwe rechtsfiguur die binnen de Europese Unie de uitlevering vervangt. Overlevering van verdachten of veroordeelden vindt niet plaats tussen staten op basis van een verzoek, maar tussen justitiële autoriteiten op basis van een Europees aanhoudingsbevel.¹⁹ Een belangrijke vraag daarbij is of mensenrechtenverweren bij overlevering binnen de EU anders moeten worden beoordeeld dan bij uitlevering aan staten buiten de EU. De strekking van mijn betoog zal zijn dat dat niet het geval is en dat ook bij overleveringen binnen de EU een mensenrechtenverweer inhoudelijk moet worden beoordeeld volgens het Soering-paradigma.²⁰

Leeswijzer: In verband met de lengte van dit preadvies heb ik een Eerste tussenbalans opgenomen met een samenvatting van de rechtspraak van het EHRM (par. 9) en een Tweede tussenbalans met een overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad en een vergelijking met de rechtspraak van het EHRM (par. 14). Wie direct kennis wil nemen van de grote lijnen van dit preadvies kan na de Inleiding (par. 1) en deze paragraaf (par. 2) de twee tussenbalansen en de Eindbalans (par. 16) lezen.

-
17. Of de hardheidsclausule van art. 10 lid 2 Uitleveringswet en het toepasselijke uitleveringsverdrag, bijvoorbeeld art. 7 lid 2 van het uitleveringsverdrag met Amerika. Zie hierover Van Hattum, 'Uitlevering: een kwestie van vertrouwen?', *DD* 1989, nr. 10, p. 934.
 18. Zie voor een geslaagd beroep op het politieke delict als weigeringsgrond (art. 11 lid 1 UW, art. 3 lid 1 EUV) HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 399 m.nt. N. Keijzer.
 19. Zie voor een vergelijking tussen uitlevering en overlevering V. Glerum en K. Rozemond, 'Overlevering en uitlevering', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona en A.M.M. Orië (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 139 e.v.
 20. Zie over mensenrechten in verband met overlevering binnen de Europese Unie A. Smeulders, 'Het Europees Aanhoudingsbevel. Consequenties voor de rechtspraktijk en mensenrechtelijke aspecten', *Justitiële verkenningen* 2004, nr. 6, p. 66-84, T. Kraniotis, 'Na uitlevering overgeleverd? Hoe dient de overleveringsrechter mensenrechtenverweren te beoordelen?', *AA* 2005, nr. 5, p. 344-351 en V. Glerum en K. Rozemond, 'Een evaluatie van de Nederlandse Overleveringswet', *DD* 2006, af. 2/9, p. 157-168.

Wie daardoor nieuwsgierig is geworden naar de details, kan de beschrijvingen van de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad lezen (zie de overige paragrafen) en zich op de hoogte stellen van de specifieke aspecten van bijvoorbeeld de Einhorn-zaak of de Kesbir-zaak of de lotgevallen van de personen die aan de Verenigde Staten van Amerika werden uitgeleverd, zoals Ali Hassan Al-Moayad vanuit Duitsland en Wesam al D. vanuit Nederland.

3 **Het Soering-paradigma**

Jens Soering, geboren op 1 augustus 1966 en onderdaan van de toenmalige Bondsrepubliek Duitsland, werd in 1986 in Engeland aangehouden op verdenking van fraude met cheques. Hij werd tevens verdacht van moord op de ouders van zijn vriendin in Virginia. De Verenigde Staten verzochten het Verenigd Koninkrijk om zijn uitlevering voor deze feiten. Ook de Duitse regering vroeg de uitlevering van Soering vanwege de dubbele moord. De officier van justitie die Soering in Bedford County (Virginia) zou vervolgen, legde een verklaring af dat hij in de strafzaak in Virginia bij een schuldigverklaring wegens moord aan de rechter in het kader van de strafoplegging de Britse wens zou overbrengen dat de doodstraf niet zou worden opgelegd of ten uitvoer gelegd. De officier van justitie was echter wel van plan om de doodstraf te eisen. Op grond van art. IV van het Brits-Amerikaans Uitleveringsverdrag kan uitlevering worden geweigerd indien op het betreffende misdrijf de doodstraf staat, tenzij de verzoekende staat een bevredigende toezegging doet dat de doodstraf niet zal worden opgelegd of uitgevoerd. De Britse rechters verwierpen een verzoek van Soering om invrijheidstelling en de Britse minister van Binnenlandse Zaken (Secretary of State for Home Affairs) besliste dat Soering zou worden uitgeleverd aan de Verenigde Staten.

Tegen de uitleveringsbeslissing diende Soering een klacht in bij de Europese Commissie, die de klacht ontvankelijk verklaarde, maar tot het oordeel kwam dat het Verenigd Koninkrijk door de uitlevering van Soering aan de Verenigde Staten niet in strijd zou handelen met art. 3 en art. 6 EVRM. Wel was er volgens de Commissie sprake van schending van art. 13 EVRM omdat de uitleveringsprocedure voor de Britse rechters geen daadwerkelijk rechtsmiddel zou zijn tegen een dreigende schending van art. 3 en art. 6 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kwam echter tot het oordeel dat in deze zaak wel sprake was van dreigende schending van art. 3 EVRM in verband met de onmenselijke behandeling die Soering ten deel zou vallen wanneer hij ter dood zou worden veroordeeld en op 'death row' zijn executie zou moeten afwachten. De doodstraf is naar het oordeel van het Hof niet zonder meer in strijd met art. 3 EVRM in samenhang met art. 2 EVRM, dat de doodstraf niet uitsluit. De lange duur van het verblijf op 'death row' leverde volgens het Hof in combinatie met de jeugdige leeftijd en de geestestoestand van de verdachte een onmenselijke behandeling op in de zin van art. 3 EVRM, waarbij het EHRM de mogelijkheid betrok om Soering aan Duitsland uit te leveren ter vervolging voor de dubbele moord zonder dat daarbij de dreiging bestond dat hem in Duitsland de doodstraf zou worden opgelegd. Er was volgens het Hof geen sprake van voltooide of dreigende schending van art. 6 EVRM in verband met het ontbreken van gefinancierde rechtshulp in de Verenigde Staten en ook niet van

schending van art. 13 EVRM vanwege het ontbreken van een rechtsmiddel in het Verenigd Koninkrijk tegen een dreigende schending van art. 3 en art. 6 EVRM.²¹ De principiële overwegingen van het EHRM kunnen als volgt worden samengevat in een raamwerk voor de wijze waarop mensenrechten dienen te worden betrokken bij de beoordeling van een uitleveringsverzoek:

1. Art. 1 EVRM bevat voor een verdragsluitende partij de verplichting om de verdragsrechten te beschermen van eenieder die onder haar rechtsmacht ressorteert. Deze verplichting geldt in bepaalde gevallen ook wanneer na uitlevering schending van art. 3 EVRM dreigt buiten de rechtsmacht van de aangezochte staat. Deze verplichting gaat echter niet zo ver dat een staat niet mag uitleveren tenzij de omstandigheden in de verzoekende staat die geen partij bij het EVRM is volledig in overeenstemming zijn met alle vereisten van het EVRM (overweging 86).
2. Uit art. 3 EVRM vloeit het verbod op uitlevering voort wanneer substantiële gronden aan het licht zijn gekomen om te geloven dat de betrokken persoon zal worden blootgesteld aan een reëel risico op foltering of op onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing in de verzoekende staat. Het gaat om een aansprakelijkheid van de aangezochte staat onder het EVRM en niet om een verplichting van de verzoekende staat die geen partij bij het EVRM is (overweging 91).
3. De verplichting voor de aangezochte staat vloeit voort uit de voorzienbare gevolgen van een uitlevering, gelet op het ernstige en onomkeerbare karakter van die gevolgen in verband met art. 3 EVRM (overweging 90). De verplichting ontstaat doordat de uitleverende staat een handeling verricht waardoor een persoon wordt blootgesteld aan het risico van een behandeling die in strijd is met art. 3 EVRM (overweging 91).
4. Wat een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing inhoudt, hangt van alle omstandigheden van het geval af. Daarbij mag het belang worden betrokken dat gevluchte verdachten worden vervolgd voor de misdrijven die zij hebben gepleegd (overweging 90). Om onder art. 3 EVRM te vallen, moet een bepaalde behandeling een minimumniveau van ernst behalen (overweging 100).
5. Het is niet uitgesloten dat in uitzonderlijke gevallen een beslissing tot uitlevering onverenigbaar is met art. 6 EVRM wanneer de betrokken persoon een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces heeft ondergaan of dreigt te ondergaan in de verzoekende staat (overweging 113).
6. De aangezochte staat dient een daadwerkelijk rechtsmiddel te bieden in de zin van art. 13 EVRM in verband met de dreigende schending van art. 3 EVRM door een uitlevering (overweging 116 e.v.).

Het EHRM paste deze beginselen toe op de omstandigheden van de Soering-zaak, waarbij zich enkele bijzonderheden voordeden. Allereerst had Soering in deze zaak voorafgaand aan de uitleveringsbeslissing van de minister van Binnenlandse Zaken een procedure aangespannen bij Lord Justice Lloyd van het Magistrates Court te

21. EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, NJ 1990, 158 m.nt. EAA.

Londen, die echter besliste dat deze procedure prematuur was. Volgens het Engelse uitleveringsrecht kan een opgeëist persoon achteraf bij de rechter opkomen tegen een beslissing van de minister tot uitlevering. In het hoger beroep bij het Division Court maakte de raadsman van Soering bezwaar tegen de gebrekkige toezegging van de Amerikaanse officier van justitie. Het Division Court was het met de bezwaren van de raadsman eens, maar op dat moment had de minister zijn uitleveringsbeslissing nog niet genomen. Soering heeft vervolgens nagelaten om bezwaar aan te tekenen tegen de uitleveringsbeslissing van de minister en is met zijn klacht meteen naar de Europese Commissie gestapt. Naar het oordeel van het EHRM had Soering bezwaar kunnen maken tegen de uitleveringsbeslissing bij Engelse rechters. Daarbij zouden deze rechters de redelijkheid van die beslissing hebben getoetst en zouden zij de claim van Soering in verband met art. 3 EVRM hebben onderworpen aan ‘the most anxious scrutiny’ in het licht van de fundamentele aard van het in het geding zijnde mensenrecht. Daaruit volgt dat art. 13 EVRM in dit geval niet is geschonden (overweging 122 en 124).²²

Een tweede bijzonderheid betreft het mogelijke conflict tussen het Brits-Amerikaanse Uitleveringsverdrag en het EVRM. Het Verenigd Koninkrijk was op grond van art. IV van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten bevoegd om uitlevering te weigeren bij een ongenoegzame garantie dat de doodstraf niet zal worden opgelegd of ten uitvoer gelegd.²³ Strikt genomen bestond daardoor geen direct conflict tussen de verdragsverplichting tot uitlevering en de verplichting om dreigende schending van art. 3 EVRM door een verblijf op ‘death row’ te voorkomen. Het Hof merkte in verband hiermee op dat de verklaring van de officier van justitie van Bedford County (Virginia) dat hij het standpunt van de Britse minister kenbaar zou maken bij de Amerikaanse rechter ver verwijderd was van de bewoordingen van art. IV van het Brits-Amerikaanse Uitleveringsverdrag, dat spreekt van een toezegging die bevredigend is voor de aangezochte partij. Complicatie in deze zaak was dat de officier van justitie in Bedford County niet direct onder het federale gezag viel, zodat de Verenigde Staten op dit punt geen bindende toezegging aan het Verenigd Koninkrijk konden doen. De Britse minister van Binnenlandse Zaken had in dit geval art. IV van het toepasselijke uitleveringsverdrag conform art. 3 EVRM kunnen uitleggen en extra garanties tegen de oplegging of uitvoering van de doodstraf kunnen eisen of de uitlevering kunnen weigeren. In zijn noot onder het arrest meldt Alkema dat Soering uiteindelijk aan de Verenigde Staten is uitgeleverd nadat van Amerikaanse zijde de beschuldiging wegens ‘capital murder’ was ingetrokken, zodat het risico dat hij zou worden blootgesteld aan een verblijf op ‘death row’ zich niet langer voordeed.

Een derde bijzonderheid betreft de aanvullende werking van het Soering-arrest ten opzichte van art. 3 van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing (het Verdrag tegen Foltering). Deze bepaling verbiedt de uitlevering van een persoon aan een staat wanneer er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat hij daar gevaar zou lopen om te worden onderworpen

22. Soering was met zijn klacht wel ontvankelijk bij het EHRM, ook al had hij niet de Britse rechtsmiddelen uitgeput om tegen de uitleveringsbeslissing op te komen. Het Verenigd Koninkrijk had op dit punt geen bezwaar aangevoerd tegen de ontvankelijkheid van de klacht.

23. Vgl. art. 7 lid 1 van het uitleveringsverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten, art. 11 van het Europees Uitleveringsverdrag en art. 8 Uitleveringswet.

aan foltering. Het Soering-arrest heeft een ruimere strekking dan art. 3 van het Verdrag tegen Foltering. Art. 3 EVRM beschermt niet alleen tegen dreigende foltering, maar ook tegen dreigende onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing.

Een vierde bijzonderheid heeft betrekking op de doodstraf. Volgens het Europees Hof beschermt art. 3 EVRM niet tegen de dreigende oplegging en uitvoering van de doodstraf op zich, maar wel tegen de omstandigheden op 'death row' in samenhang met de bijzondere omstandigheden van de Soering-zaak, met name de jeugdige leeftijd en de geestelijke gezondheidstoestand van Soering. Een argument van het EHRM voor het ontbreken van directe bescherming tegen de doodstraf is dat art. 2 EVRM de doodstraf onder bepaalde omstandigheden toestaat (overweging 101). De facto werd de doodstraf al niet meer ten uitvoer gelegd in de partijen bij het EVRM ten tijde van het Soering-arrest (overweging 102). De verdragsluitende staten wilden deze feitelijke consensus vastleggen in het Zesde Protocol bij het EVRM, dat ten tijde van het Soering-arrest was ondertekend door dertien staten. Het Verenigd Koninkrijk had op dat moment het Zesde Protocol echter nog niet ondertekend (overweging 102).²⁴ Inmiddels is het Dertiende Protocol bij het EVRM in werking getreden en heeft het Verenigd Koninkrijk beide Protocollen ondertekend en geratificeerd.²⁵ In de zaak van Shamayev en anderen oordeelde het Hof dat het opleggen van de doodstraf niet in strijd is met het EVRM wanneer een partij bij het EVRM het Zesde en Dertiende Protocol bij het EVRM niet heeft ondertekend.²⁶ Het Hof onderzoekt in dergelijke gevallen of de omstandigheden waaronder de doodstraf zal worden opgelegd of uitgevoerd een schending van art. 3 EVRM opleveren.²⁷ In latere zaken lijkt het Hof ervan uit te gaan dat uitlevering onverenigbaar is met art. 2 EVRM of art. 1 van het Dertiende Protocol bij het EVRM wanneer na uitlevering oplegging van de doodstraf dreigt.²⁸

24. De civiele kamer van de Hoge Raad besliste in de zaak Short dat overlevering door Nederland op basis van het NAVO-Statusverdrag bij dreigende oplegging of uitvoering van de doodstraf in strijd is met het Zesde Protocol bij het EVRM. Zie HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249 m.nt. AHJS.

25. Op 29 januari 2009 hadden veertig staten het Dertiende Protocol geratificeerd.

26. Overweging 333 in EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02 (Shamayev en anderen t. Georgië en Rusland). Zie ook overweging 162-165 in EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 (Öcalan t. Turkije) waarin het Hof speculeert op mogelijke schending van art. 2 en 3 EVRM in verband met de doodstraf, maar nog geen definitieve conclusies trekt. Wel is het opleggen van de doodstraf na een oneerlijk proces een schending van art. 3 EVRM (overweging 166-175). Zie ook overweging 47 en 48 in EHRM 8 november 2005, nr. 13284/04 (Bader en Kanbor t. Zweden).

27. Het verbod op de doodstraf is neergelegd in art. 2 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Uitlevering is volgens art. 19 lid 2 van het Handvest verboden wanneer een ernstig risico bestaat dat de opgeëiste persoon aan de doodstraf wordt onderworpen en ook wanneer foltering of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing dreigt. Zie ook de dertiende inleidende overweging bij het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel.

28. Zie EHRM 9 mei 2006, nr. 26844/04 (Salem t. Portugal, ontvankelijkheidsbeslissing inzake uitlevering aan India, alleen in het Frans gepubliceerd op HUDOC) en EHRM 18 september 2006, nr. 22871/06 (Youb Saoudi t. Spanje, ontvankelijkheidsbeslissing inzake uitlevering aan Algerije, alleen in het Frans gepubliceerd op HUDOC). In beide uitspraken verwijst het Hof naar overweging 42 in de Bader-uitspraak van 8 november 2005, nr. 13284/04. In beide zaken komt het Hof tot het oordeel dat er geen sprake is van een reëel risico op schending van art. 2, 3 en 6 EVRM in het licht van gegeven garanties door de Algerijnse en Indiase autoriteiten.

4 De Einhorn-invulling

In de Soering-zaak ging het om de vraag of uitlevering is toegestaan wanneer de opgeëiste persoon door uitlevering wordt blootgesteld aan een reëel risico dat hij ter dood zal worden veroordeeld en in afwachting van zijn executie een onmenselijke of vernederende behandeling zal ondergaan op 'death row'. In het Soering-arrest overwoog het EHRM tevens dat in uitzonderlijke gevallen een voltooide of dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM in de verzoekende staat een schending van art. 6 EVRM zou kunnen opleveren door de aangezochte staat wanneer deze staat de opgeëiste persoon uitlevert. In de Soering-zaak deed zich volgens het EHRM niet een dergelijk risico voor in verband met het ontbreken van gefinancierde rechtsbijstand in Virginia: 'The facts of the case do not disclose such a risk' (overweging 113). Het EHRM besteedde verder niet veel aandacht aan deze kwestie.

De Einhorn-zaak²⁹ leverde aanvankelijk wel een dergelijk risico op. Ira Samuel Einhorn werd ervan verdacht dat hij zijn vriendin had vermoord. Het gemummificeerde lichaam van zijn vriendin werd op 28 maart 1979 in de woning van Einhorn in Pennsylvania (Verenigde Staten) gevonden. Einhorn werd op borgtocht vrijgelaten op 3 april 1979 en op 17 april 1979 in staat van beschuldiging gesteld ('an information was filed against him'). In 1981 verliet Einhorn de Verenigde Staten terwijl de strafprocedure nog tegen hem liep ('while the proceedings were taking their course'). Op 29 september 1993 veroordeelde het Philadelphia Court of Common Pleas hem bij verstek tot een levenslange gevangenisstraf. Via Interpol werd Einhorn getraceerd in Frankrijk, waarop Amerika aan Frankrijk zijn uitlevering verzocht. Het Hof van Beroep te Bordeaux wees dit verzoek af met het argument dat Einhorn niet ondubbelzinnig afstand had gedaan van zijn recht om aanwezig te zijn bij zijn berechting in Amerika. Het was voor Einhorn ook niet mogelijk om in verzet te komen tegen zijn veroordeling tot levenslange gevangenisstraf in Amerika. Daarom zou uitlevering aan de Verenigde Staten in strijd zijn met art. 6 lid 1 en lid 3 onder c EVRM, op grond waarvan Einhorn het recht heeft om zichzelf tegen de beschuldiging te verdedigen en volgens rechtspraak van het EHRM daartoe ook aanwezig te zijn op de zitting.³⁰

Op 27 januari 1998 trad in Pennsylvania een wet in werking die verzet na verstek mogelijk maakte, zodat een verdachte die bij verstek is veroordeeld een nieuwe behandeling van zijn zaak kan verzoeken. De wet was alleen van toepassing in gevallen waarin de verdachte Amerika was ontvlucht en uitlevering slechts mogelijk was wanneer de aangezochte staat om de garantie verzocht dat de opgeëiste persoon na uitlevering een nieuwe behandeling van zijn zaak kon verzoeken. Amerika verzocht opnieuw de uitlevering van Einhorn door Frankrijk. Het Hof van Beroep te Bordeaux verklaarde de uitlevering van Einhorn nu wel toelaatbaar onder de voorwaarden dat hij na uitlevering een nieuwe behandeling van zijn zaak zou krijgen wanneer hij daarom zou verzoeken en dat daarbij niet de doodstraf zou worden gevorderd of opgelegd, of, indien dat laatste wel zou gebeuren, dat deze niet zou worden ten uitvoer gelegd. De Franse Hoge Raad verwierp het cassatiebe-

29. EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn t. Frankrijk, ontvankelijkheidsbeslissing).

30. EHRM 12 februari 1985, nr. 9094/80, NJ 1986, 685 (Colozza t. Italië).

roep van Einhorn tegen deze uitspraak. De Franse minister-president besliste vervolgens dat Einhorn zou worden uitgeleverd onder de voorwaarden die door het Hof van Beroep te Bordeaux waren gesteld. De District Attorney van Philadelphia had een toezegging met die strekking gedaan, waarbij zij ook aangaf dat oplegging van de doodstraf in dit geval niet mogelijk was, omdat de doodstraf in Pennsylvania opnieuw was ingevoerd nadat Einhorn de moord op zijn vriendin had gepleegd. Tegen de uitleveringsbeslissing van de minister-president ging Einhorn in beroep bij de Franse Raad van State. Hij voerde aan dat de nieuwe wet in Pennsylvania in strijd was met de Constitutie van die staat en dat hij wel degelijk werd blootgesteld aan het risico dat hij de doodstraf zou krijgen omdat de rechter in Pennsylvania de doodstraf kon opleggen, ook al zou de officier van justitie die straf niet vorderen. Daardoor zou Einhorn worden blootgesteld aan de onmenselijke behandeling van een verblijf op 'death row' na een veroordeling tot de doodstraf. Verder voerde hij aan dat een levenslange gevangenisstraf zonder vooruitzicht op vervroegde invrijheidstelling in strijd zou zijn met art. 3 EVRM. De Franse Raad van State verwierp zijn bezwaren, vooral op grond van de mededeling van de Amerikaanse officier van justitie dat de doodstraf niet kan worden opgelegd wanneer deze straf niet wordt gevorderd, waarop Einhorn nog diezelfde dag zijn polsen en keel doorsneed. Hij overleefde deze poging tot zelfdoding en werd op 12 juli 2001 uitgeleverd aan de Verenigde Staten na te zijn hersteld van zijn verwondingen.

Einhorn beklaagde zich bij het EHRM over het feit dat hij een reëel risico liep om de doodstraf te krijgen na een nieuw proces in Amerika en dat hij daarbij zou worden blootgesteld aan het 'death row fenomeen'. In ieder geval zou hij een levenslange gevangenisstraf moeten uitzitten zonder mogelijkheid van vervroegde vrijlating. De wet die hem de mogelijkheid bood om een nieuw proces te verzoeken na uitlevering was speciaal voor hem aangenomen (en werd daarom in Pennsylvania de 'Einhorn law' genoemd). Verschillende Amerikaanse juristen legden schriftelijke verklaringen af ten gunste van Einhorn met de strekking dat deze wet onverenigbaar was met de scheiding der machten zoals deze was neergelegd in de Constitutie van Pennsylvania, zodat de rechter deze wet niet zou kunnen toepassen. Ook verklaarden enkele juristen ten gunste van Einhorn dat officieren van justitie in bepaalde gevallen de doodstraf hadden geëist nadat deze in 1978 opnieuw was ingevoerd in Pennsylvania, ook al waren de feiten vóór die herinvoering gepleegd.

Het EHRM overwoog met een verwijzing naar de Soering-uitspraak dat het verblijf op 'death row' in bepaalde gevallen en onder bijzondere omstandigheden een schending kan opleveren van art. 3 EVRM. Het Hof was echter van oordeel dat er in het geval van Einhorn geen reëel risico op een dergelijke schending bestond, omdat Einhorn eerder tot levenslange gevangenisstraf was veroordeeld en het feit bovendien was gepleegd vóór de datum van invoering van de doodstraf in Pennsylvania. Het Hof wees daarbij op de toezegging van de Amerikaanse officier van justitie, die volgens deze toezegging bindend was voor alle officieren van justitie die zich met de zaak zouden bezighouden, en op diplomatieke nota's van de Amerikaanse ambassade waarin die toezegging werd herhaald. In die nota's werd ook verwezen naar rechtspraak van het Hooggerechtshof van Pennsylvania en het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten waarin het met terugwerkende kracht toepassen van een zwaardere straf ongrondwettig werd verklaard. Naar het oordeel van het EHRM had Frankrijk voldoende garanties van de Verenigde Staten gekregen dat de doodstraf niet zou worden gevorderd, opgelegd of uitgevoerd in overeenstem-

ming met de voorwaarde hierover die Frankrijk bij de uitlevering van Einhorn had gesteld (overweging 26).

Ten aanzien van het vooruitzicht dat Einhorn een levenslange gevangenisstraf zou moeten uitzitten, overwoog het Hof dat een dergelijk vooruitzicht onverenigbaar zou kunnen zijn met art. 3 EVRM.³¹ In Pennsylvania bestaat echter de mogelijkheid om aan de Gouverneur van Pennsylvania gratie te vragen. Weliswaar is die mogelijkheid beperkt, maar daaruit volgt niet dat de mogelijkheid om vervroegd te worden vrijgelaten na een veroordeling tot een levenslange gevangenisstraf niet bestaat (overweging 27).

In verband met de mogelijkheid van verzet overwoog het Hof dat Frankrijk bij de tweede uitleveringsbeslissing rekening mocht houden met de nieuwe wet in Pennsylvania, die een nieuwe behandeling van de zaak na uitlevering mogelijk maakte, ook al was deze wet voor dit specifieke geval gemaakt. Einhorn had verklaringen van Amerikaanse juristen overgelegd waarin werd betoogd dat de nieuwe wet onverenigbaar was met het beginsel van scheiding der machten dat is neergelegd in de Constitutie van Pennsylvania. Het EHRM overwoog hierover dat de ongrondwettigheid van de nieuwe wet pas vaststaat wanneer een bevoegde rechter in Pennsylvania zich in die zin over deze wet heeft uitgelaten. Zonder dieper op het recht van Pennsylvania in te gaan, kan niet worden vastgesteld of er in dit geval 'substantiële gronden' bestaan om te vrezen voor een 'flagrante schending' van art. 6 EVRM. Het is volgens het Hof evident niet de taak van de aangezochte staat om een dergelijke kwestie te bepalen voorafgaand aan de uitlevering en een dergelijke taak kan ook niet worden afgeleid uit het EVRM.

Volgens het Hof mocht Frankrijk vertrouwen op de toezeggingen in Amerikaanse diplomatieke nota's dat Einhorn niet de straf hoefde uit te zitten die hem bij verstek was opgelegd en dat de nieuwe wet niet onverenigbaar was met de Constitutie van Pennsylvania, ondanks het feit dat deze nota's niet ingaan op de specifieke kwestie van de scheiding der machten in de Constitutie. De nota's en ook de verklaring van de officier van justitie bevatten de ondubbelzinnige garantie dat Einhorn een nieuw proces zou krijgen onder de nieuwe wet. Bovendien had Frankrijk de mogelijkheid van een nieuw proces als voorwaarde gesteld bij de uitleveringsbeslissing en daarom mocht Frankrijk erop vertrouwen dat Einhorn op grond van het specialiteitsbeginsel vrijgelaten zou worden wanneer een nieuw proces niet mogelijk zou zijn vanwege de ongrondwettigheid van de nieuwe wet. De goede trouw van Frankrijk staat daarom niet ter discussie in dit geval, mede in het licht van het feit dat het in deze zaak gaat om nakoming van internationaal recht door Amerika, waarvan niet kan worden gezegd dat het geen rechtsstaat is (overweging 33).

Einhorn had ook nog aangevoerd dat hij geen eerlijk proces meer kon krijgen in Pennsylvania vanwege de negatieve publiciteit rond zijn zaak. Het Hof sloot niet uit dat dit op gespannen voet kan staan met art. 6 EVRM. Er dient echter sprake te zijn van een 'flagrante schending' van het recht op een eerlijk proces. De bewijslast daarvan rust in verband met uitleveringsprocedures op de klager, die moet aantonen dat er 'substantiële gronden' zijn om te geloven dat zijn proces niet eerlijk zal verlopen. Einhorn was er naar het oordeel van het Hof niet in geslaagd om in ver-

31. Zie over de kwestie in hoeverre een levenslange gevangenisstraf verenigbaar is met art. 3 EVRM de uitgebreide conclusie van A-G Knigge van 30 september 2008, *IJN* BF3741. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies had de Hoge Raad nog geen arrest gewezen in deze zaak.

band met de relevante Amerikaanse procesregels aan te tonen dat zijn proces zou verlopen in omstandigheden die onverenigbaar zouden zijn met art. 6 EVRM (overweging 34). Het Hof verklaarde de klacht van Einhorn niet-ontvankelijk. De Einhorn-zaak is van belang vanwege de wijze waarop het Hof beredeneert dat Frankrijk in dit geval te goeder trouw was en daarom zijn verplichtingen onder art. 6 EVRM is nagekomen. Het is duidelijk dat het vertrouwen dat Frankrijk uiteindelijk stelt in de Amerikaanse rechtsgang niet zonder meer is gebaseerd op het bestaan van een uitleveringsverdrag met Amerika.³² Het gerechtvaardigde vertrouwen ontstaat nadat Frankrijk voorwaarden had gesteld voor de uitlevering en Amerika garanties had afgegeven dat aan die voorwaarden zou worden voldaan. Het feit dat Amerika een rechtsstaat is ('a State based on the rule of law') is niet zonder meer voldoende voor vertrouwen. Een aangezochte staat is volgens het EHRM te goeder trouw ('in good faith') wanneer garanties worden gevraagd en verkregen. Het vertrouwen heeft vervolgens betrekking op het feit dat Amerika zich als rechtsstaat op grond van het internationale recht aan deze garanties zal houden. Het Hof volgde een vergelijkbare redenering ten aanzien van de voorwaarden en garanties met betrekking tot de doodstraf, 'death row' en art. 3 EVRM. Opmerkelijk aan deze zaak is dat er niet al te veel vragen werden gesteld over de schending van art. 6 EVRM door de berechting bij verstek zonder mogelijkheid van een nieuwe behandeling van de zaak. Einhorn was aangehouden en weer op borgtocht vrijgelaten en vervolgens was hij in staat van beschuldiging gesteld, waarop hij tijdens de procedure Amerika had verlaten. Uit de uitspraak van het EHRM blijkt bovendien dat Einhorn in de verstekprocedure werd vertegenwoordigd door een raadsman, Norris E. Gelman, die aan het Hof een schriftelijke verklaring ten gunste van Einhorn had overgelegd met betrekking tot het vorderen van de doodstraf voor feiten die speelden vóór de herinvoering van de doodstraf in Pennsylvania.

Hier kan de vraag worden opgeworpen of Einhorn met zijn vertrek uit Amerika niet de voorwaarden voor de vrijlating op borgtocht had geschonden. Dezelfde vraag kan worden gesteld in verband met zijn afwezigheid bij het vervolg van het proces tegen hem. Het is niet onwaarschijnlijk dat de voorwaarden voor vrijlating op borgtocht inhouden dat de verdachte vrijwillig verschijnt op de terechtzitting. Bovendien kan de vraag worden opgeworpen of hij zijn verdedigingsrechten heeft kunnen uitoefenen via zijn raadsman Norris E. Gelman, die hem tijdens de verstekprocedure vertegenwoordigde. In de Einhorn-uitspraak van het EHRM zijn geen antwoorden te vinden op deze vragen en uit deze uitspraak blijkt ook niet dat de Franse uitleveringsrechters deze vragen hebben gesteld.

In een uitspraak van 14 juni 2001, vier maanden vóór de uitspraak in de Einhorn-zaak, overwoog het Hof in de zaak *Medenica* dat een verdachte afstand kan doen van zijn aanwezigheidsrecht. Ook is het mogelijk dat een verdachte zich heeft onttrokken aan berechting ('sought to escape trial'). Het Hof verwees daarbij naar een vergelijkbare overweging in de *Colozza*-uitspraak uit 1985 waarin het Hof overwoog dat de bewijslast niet bij de verdachte mag worden gelegd.³³ In de *Mede-*

32. Zoals de Hoge Raad dat wel doet. Zie overweging 3.4.2 in HR 7 september 2004, NJ 2004, 595.

33. Overweging 55 in EHRM 14 juni 2001, nr. 20491/92 (*Medenica t. Italië*) met verwijzing naar overweging 30 in *Colozza*.

nica-zaak had een Zwitserse rechtbank het verzoek van Medenica om een nieuwe behandeling van zijn zaak afgewezen omdat hij geen goede redenen had aangetoond voor zijn afwezigheid bij de eerdere behandeling van de zaak. Het EHRM was van oordeel dat Medenica zelf de situatie in het leven had geroepen waarin hij niet had kunnen verschijnen bij de eerdere behandeling (overweging 58). Medenica was hangende zijn strafzaak naar Amerika geëmigreerd, had daar een medische praktijk opgebouwd en moest op last van een Amerikaanse rechter in Amerika blijven, waarbij hij naar het oordeel van de Zwitserse rechter de Amerikaanse rechter had misleid over de ware toedracht van de Zwitserse strafprocedure. Bovendien had Medenica in persoon een dagvaarding ontvangen en werd hij door gekozen raadslieden bijgestaan in zijn strafzaak (overweging 59).³⁴

In het licht van de Medenica-uitspraak is het opmerkelijk dat in de Einhorn-zaak is voorbij gegaan aan de vraag of Einhorn het aan zichzelf te wijten had dat hij afwezig was bij de behandeling van zijn strafzaak. Hier zou ook sprake kunnen zijn geweest van onttrekking aan berechting ('escape') door vertrek uit Amerika. Minder vergaand is de mogelijkheid dat hij op de hoogte was van de tegen hem lopende strafzaak en daaraan niet wilde deelnemen ('does not intend to take part in the trial').³⁵ Het Hof van Beroep van Bordeaux had dit op 4 december 1997 als uitgangspunt kunnen nemen en om die reden de uitlevering toelaatbaar kunnen verklaren, ook al was Einhorn in Amerika bij verstek veroordeeld. Uit de Einhorn-beslissing blijkt niet waarom het Hof van Beroep hiernaar geen onderzoek heeft gedaan.

Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat het EHRM in 1985 in het Colozza-arrest nog de nadruk legde op het uitgangspunt dat de bewijslast dat hij in overmacht verkeerde of zich niet aan berechting heeft onttrokken niet bij de verdachte mag worden gelegd (overweging 30).³⁶ Het EHRM aanvaardde in 2001 in de Medenica-zaak wel dat een rechter een onderzoek doet naar de redenen waarom een verdachte niet bij de behandeling van zijn zaak aanwezig was en daarbij tot de conclusie komt dat de verdachte de verhindering aan zichzelf te wijten had, waardoor art. 6 EVRM niet wordt geschonden wanneer een verzoek om een nieuwe behandeling van de zaak om die reden wordt afgewezen (overweging 56 en 58). Uit de Einhorn-zaak kunnen enkele algemene uitgangspunten worden afgeleid in verband met art. 6 en het uitleveringsrecht:

1. Schending van het aanwezigheidsrecht van de verdachte is een 'flagrante schending' van art. 6 EVRM. Wanneer substantiële gronden aanwezig zijn om aan te nemen dat een dergelijke schending dreigt of heeft plaatsgevonden, dient de aangezochte staat uitlevering te weigeren.
2. De aangezochte staat kan voorwaarden stellen bij de uitlevering ten aanzien van een nieuwe behandeling van de zaak en de verzoekende staat kan garanties geven dat die voorwaarden zullen worden nageleefd.
3. Bij duidelijke voorwaarden en garanties dat de opgeëiste persoon een nieuw proces krijgt wanneer hij daarom verzoekt, is de aangezochte staat te goeder

34. Op deze twee punten verschilt de Medenica-zaak van de Sejdivic-zaak. Zie overweging 42 in EHRM 1 maart 2006, nr. 6581/00, NJ 2006, 661 m.nt. T.M. Schalken (Sejdivic t. Italië).

35. Zie overweging 43 en 45 in Sejdivic.

36. Zie ook overweging 47 in Sejdivic.

trouw wanneer deze staat de opgeëiste persoon uitlevert voor de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis.

4. Bij andere schendingen van art. 6 EVRM, zoals beïnvloeding van de strafzaak door negatieve publiciteit, rust op de opgeëiste persoon de bewijslast dat de dreigende schending van art. 6 EVRM ‘flagrant’ is.

In de Einhorn-zaak is niet de vraag beantwoord of de uitleveringsrechter mag onderzoeken in hoeverre de opgeëiste persoon het aan zichzelf te wijten heeft dat hij niet bij de strafzaak in de verzoekende staat aanwezig was. Evenmin is in de Einhorn-zaak de vraag beantwoord in hoeverre de uitleveringsrechter rekening mag houden met de mogelijkheid dat de strafrechter in de verzoekende staat na uitlevering onderzoekt of de verdachte eigen schuld heeft ten aanzien van zijn afwezigheid bij zijn strafzaak. Uit de Medenica-zaak zou kunnen worden afgeleid dat ook de uitleveringsrechter een onderzoek kan doen naar de redenen van afwezigheid en dat de uitleveringsrechter de mogelijkheid kan openlaten dat de strafrechter na uitlevering een dergelijk onderzoek doet met het gevolg dat de verdachte geen nieuwe behandeling van zijn zaak krijgt omdat hij het aan zichzelf te wijten heeft dat hij bij een eerdere behandeling niet aanwezig was.

5 De aanvulling in Mamatkulov en Askarov

In de zaken van Rustam Sultanovich Mamatkulov en Zainiddin Abdurasulovich Askarov stond de uitlevering van deze twee personen door Turkije aan Oezbekistan centraal.³⁷ Mamatkulov en Askarov werden in Oezbekistan verdacht van terroristische aanslagen. Zij werden in 1999 in Turkije aangehouden. In beide zaken waren de Turkse uitleveringsrechters van oordeel dat deze aanslagen geen politieke delicten waren in de zin van de Turkse Uitleveringswet, die uitlevering voor politieke delicten verbiedt.³⁸ De President van de bevoegde kamer van het EHRM liet op basis van Rule 39 van de Rules of Court in de vorm van een voorlopige maatregel op 18 maart 1999 weten dat het wenselijk was dat de klagers niet zouden worden uitgeleverd voordat de bevoegde Kamer van het Hof was bijeengekomen. Op 23 maart 1999 verlengde de Kamer van het Hof de voorlopige maatregel. Desondanks leverde Turkije Mamatkulov en Askarov op 27 maart 1999 aan Oezbekistan uit. Tijdens de procedure bij het Hof liet de Turkse regering weten dat de klagers in Oezbekistan zijn veroordeeld tot twintig en elf jaar gevangenisstraf. De advocaten van de klagers schreven aan het Hof dat zij geen toegang konden krijgen tot hun cliënten in Oezbekistan. De Turkse regering meldde tijdens de hoorzitting bij het Hof dat gevangenisbezoek aan de klagers had uitgewezen dat zij in goede gezondheid verkeerden en niet werden gefolterd. De Oezbeekse regering bevestigde dit per brief aan het Hof. De Turkse regering liet het Hof vervolgens op basis van Oezbeekse informatie weten dat de klagers regelmatig bezoek hadden ontvangen. Het EHRM komt in deze twee zaken tot het oordeel dat er geen schending van art. 3 EVRM kan worden vastgesteld op basis van de informatie die beschikbaar was

37. EHRM 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 46951/99, NJ 2005, 321 m.nt. EAA.

38. Vgl. art. 3 lid 1 van het Europees Uitleveringsverdrag en art. 11 lid 1 van de Nederlandse Uitleveringswet.

op het moment dat Turkije Mamatkulov en Askarov uitleverde aan Oezbekistan. De klacht over de behandeling van moslimverdachten was gebaseerd op rapporten van mensenrechtenorganisaties met betrekking tot marteling en andere vormen van mishandeling van politieke dissidenten in Oezbekistan. Volgens het Hof heeft deze informatie betrekking op de algemene toestand in Oezbekistan. De informatie heeft bevestiging in ander bewijs nodig (overweging 72 en 73). Daarbij noemt het Hof het feit dat Oezbekistan aan Turkije de garantie heeft gegeven dat de opgeëiste personen na uitlevering niet zouden worden gemarteld en ook niet de doodstraf zouden krijgen. Oezbekistan heeft aan die garanties de mededeling toegevoegd dat de Republiek Oezbekistan partij is bij het Verdrag tegen Foltering van de Verenigde Naties en dat Oezbekistan zijn verplichtingen onder dat verdrag zou nakomen. Turkije produceerde verder medische verklaringen van gevangenisartsen uit Oezbekistan over de gezondheidstoestand van Mamatkulov en Askarov. Het Hof komt eveneens tot het oordeel dat geen schending van art. 6 EVRM kan worden vastgesteld op basis van de informatie waarover Turkije beschikte op het moment van de uitlevering. Op dat moment bestonden er wel redenen om te twifelen of Mamatkulov en Askarov een eerlijk proces zouden krijgen in Oezbekistan, maar er was onvoldoende bewijs om aan te tonen dat mogelijke onrechtmatigheden tijdens het proces een flagrante schending van art. 6 EVRM zouden opleveren (overweging 90 en 91).

Na een uitvoerige beschouwing komt het Hof vervolgens tot het oordeel dat de tijdelijke maatregel op basis van Rule 39 van de Rules of Court om Mamatkulov en Askarov niet uit te leveren bindend was voor Turkije en dat Turkije door het niet naleven van deze maatregel art. 34 EVRM heeft geschonden. Door het niet naleven van de maatregel kon het Hof de klacht niet op een effectieve wijze onderzoeken en kon het Hof ook geen effectieve bescherming bieden aan de klagers. Naleving van een tijdelijke maatregel maakt het mogelijk dat het Comité van Ministers toeziet op de tenuitvoerlegging van het uiteindelijke oordeel van het Hof (overweging 99-129). De overwegingen van het Hof op dit punt zijn zeer uitvoerig omdat het Hof een dergelijke beslissing nog niet eerder had genomen en het Hof terugkomt op eerdere rechtspraak.³⁹ Het Hof wijst er in zijn overwegingen op dat staten zich in de regel aan tijdelijke maatregelen houden, zoals het Verenigd Koninkrijk in de zaak-Soering.⁴⁰ Hier kan de vraag worden opgeworpen of het niet nakomen van de tijdelijke maatregel door Turkije op het moment van uitlevering wel als een schending van art. 34 EVRM kan worden beschouwd, gelet op het feit dat het Hof pas in de uitspraak naar aanleiding van die uitlevering tot het oordeel komt dat een tijdelijke maatregel bindend is.

Het arrest van het Hof laat zien dat op een klager een bepaalde bewijslast rust ten aanzien van de substantiële gronden dat een reëel risico op schending van art. 3 EVRM of op flagrante schending van art. 6 EVRM bestond op het moment van uitlevering. Algemene informatie van mensenrechtenorganisaties over de toestand in Oezbekistan is niet zonder meer voldoende om specifieke klachten over dreigende

39. Zie hierover punt 2 van de noot van Alkema onder het arrest.

40. Zie overweging 111 in Soering.

schendingen met betrekking tot de klagers te onderbouwen. Daarvoor is aanvullend bewijs nodig (overweging 73).

Opmerkelijk is ook dat het Hof zich lijkt te beperken tot de situatie zoals deze gold op het moment van uitlevering (overweging 75 en 90). Het Hof noemt wel informatie van latere datum (overweging 76) en lijkt die informatie ook te betrekken bij zijn oordeel dat art. 3 EVRM niet is geschonden (overweging 77, zie ook overweging 90). Het Hof is echter niet duidelijk in hoeverre het die informatie (over het procesverloop in Oezbekistan en de gezondheidstoestand van de klagers in Oezbekistan) bij zijn beoordeling betreft.

Het Hof is van oordeel dat Turkije het met de uitlevering onmogelijk heeft gemaakt dat het Hof de situatie na de uitleveringsdatum onderzoekt (overweging 75 en 91). Het Hof beoordeelt vervolgens de weigering van Turkije om de tijdelijke maatregel na te leven als een aparte kwestie onder art. 34 EVRM. Toch lijkt ook het ontbreken van belastende informatie met betrekking tot de situatie na uitlevering mee te wegen in het oordeel van het Hof. Die informatie kan volgens het Hof worden gebruikt ter bevestiging of weerlegging van de waardering die een aangezochte staat heeft gemaakt van de gegrondheid van de vrees voor schending na uitlevering (overweging 69).⁴¹ In dit geval leverde die latere informatie kennelijk geen bevestiging op van de vrees voor schending.

In meer recente zaken oordeelde het Hof dat er substantiële gronden aanwezig waren om te geloven dat opgeëiste personen na uitlevering door Rusland aan Oezbekistan zouden worden blootgesteld aan een reëel risico op een behandeling in strijd met art. 3 EVRM. De oordelen van het Hof waren gebaseerd op rapportages van mensenrechtenorganisaties en ook op die van de Verenigde Naties en de Verenigde Staten. Deze rapportages hadden niet alleen betrekking op de algemene situatie in Oezbekistan, maar ook op het specifieke risico dat de opgeëiste personen liepen vanwege de verdenking dat zij betrokken waren bij radicale islamitische organisaties. Het Hof achtte garanties van de Oezbeekse autoriteiten dat de opgeëiste personen na uitlevering niet zouden onderworpen aan martelingen ongenoegzaam vanwege de berichten over stelselmatige martelingen in Oezbekistan.⁴² Een mogelijke verklaring voor het verschil met de zaken van Mamatkulov en Askarov is dat de latere zaken speelden na 2001 (in 2005 en 2006): de strijd tegen de radicale islam was inmiddels verhevigd in de betreffende regio en ook de berichtgeving over de wijze waarop die strijd werd gevoerd was geïntensiveerd. Vergelijkbare uitspraken deed het Hof over de uitlevering vanuit Rusland en Oekraïne aan

41. Zie hierover punt 3 van de noot van Alkema: 'Niettemin blijft het temporele element in de redenering enigszins ongrijpbaar.'

42. Overweging 116 e.v. in EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (Ismoilov en anderen t. Rusland) met verwijzing naar de uitzettingszaken Chahal en Saadi in overweging 127 inzake de ongenoegzaamheid van garanties en met een overzicht van rapporten over Oezbekistan in overweging 74 e.v. Zie ook overweging 91 e.v. in EHRM 11 december 2008, nr. 52502/06 (Muminov t. Rusland) met een overzicht van rapporten over Oezbekistan in overweging 67 e.v. Zie voor vergelijkbare overwegingen in de genoemde uitzettingszaken EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301 m.nt. PJB (Chahal t. het Verenigd Koninkrijk), overweging 95-107 in verband met uitzetting van een Sikh-activist naar Punjab (India) en EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, NJ 2008, 444 m.nt. E.A. Alkema (Saadi t. Italië), overweging 137-149 in verband met de uitzetting naar Tunesië van een terreurverdachte. In deze zaken (behalve in Chahal) had het Hof een tijdelijke maatregel afkondigd om overdracht van de klager te voorkomen.

Turkmenistan.⁴³ Daarbij ging het niet alleen om de uitlevering van terrorismeverdachten, maar ook om een verdachte van mishandeling. Naar het oordeel van het Hof is het risico dat een verdachte in Turkmenistan wordt gemarteld tijdens zijn detentie zo groot dat uitlevering aan Turkmenistan in strijd is met art. 3 EVRM.⁴⁴

6 De toepassing in Al-Moayad

Op 20 februari 2007 verklaarde het EHRM de klachten van Mohammed Ali Hassan Al-Moayad, onderdaan van Jemen, tegen Duitsland niet-ontvankelijk.⁴⁵ Al-Moayad was adviseur van de minister van 'Religious Foundations' en imam van de Al-Ihsan Moskee in Sanaa (Jemen). Hij werd door een onderdaan van Jemen die *under cover* voor de Verenigde Staten werkte begin 2003 naar Duitsland gelokt met het vooruitzicht dat Al-Moayad geld zou ontvangen voor de 'Jihad'. Al-Moayad werd op 10 januari 2003 in Frankfurt aangehouden op verzoek van de Verenigde Staten. Zij verzochten zijn uitlevering vanwege mogelijke betrokkenheid bij terroristische organisaties, in het bijzonder Al Qaeda en Hamas. Het Hof te Frankfurt verklaarde zijn uitlevering toelaatbaar, waarbij de garantie van de Verenigde Staten dat Al-Moayad door een gewone rechtbank en niet door een militaire rechtbank zou worden berecht genoegzaam werd bevonden en het feit dat Al-Moayad uit Jemen was gelokt niet in strijd werd geacht met internationaal recht. Op 5 november 2003 verwierp het Duitse Constitutionele Hof het beroep van Al-Moayad tegen de beslissing om de uitlevering toelaatbaar te achten. Duitsland leverde Al-Moayad op 16 november 2003 uit onder de voorwaarde dat hij niet zou worden gedetineerd in Guantánamo Bay en dat hij niet de doodstraf zou krijgen. Al-Moayad werd op 28 juli 2005 in Amerika tot 75 jaar gevangenisstraf veroordeeld vanwege zijn betrokkenheid bij Al Qaeda en Hamas.

Van belang in deze zaak was een militair bevel van 13 november 2001 van de president van de Verenigde Staten inzake de gevangenhouding en berechting van terrorismeverdachten.⁴⁶ Dit bevel was de grondslag voor de behandeling van vermeende terroristen buiten het grondgebied van de Verenigde Staten in Guantánamo Bay, in Bagram (Afghanistan) en op enkele andere plaatsen. Uit rapporten van Amnesty International en uit berichten in de pers bleek dat deze verdachten werden onderworpen aan behandelingen die op gespannen voet staan met art. 3 en art. 6 EVRM.

-
43. Zie met betrekking tot uitleveringen vanuit Rusland naar Turkmenistan EHRM 19 juni 2008, nr. 8320/04 (Ryabikin t. Rusland) en EHRM 7 juni 2007, nr. 38411/02 (Garabayev t. Rusland). In deze zaken was sprake van schending van art. 3 en art. 5 EVRM door Rusland (Ryabikin) en ook van art. 13 EVRM (Garabayev) in verband met de dreigende marteling na uitlevering aan Turkmenistan. In de zaak Ryabikin had het Hof een tijdelijke maatregel afgekondigd om de uitlevering van de klagers te voorkomen. In de zaak Garabayev had de uitlevering al plaatsgevonden.
44. EHRM 23 oktober 2008, nr. 2440/07 (Soldatenko t. Oekraïne). In deze zaak oordeelde het Hof een garantie van de Turkmeense 'First Deputy Prosecutor General' ongenoegzaam omdat niet duidelijk was of deze toezegging bindend was voor de Turkmeense regering, die systematische martelingen in Turkmeense gevangenis en categorisch ontkende. Er ontbrak bovendien een effectief systeem in Turkmenistan om martelingen te voorkomen (overweging 73).
45. EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03.
46. Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, U.S. Federal Register of 16 november 2001, Vol 66 No. 222, p. 57831 e.v.

De raadsman van Al-Moayad diende op 14 november 2003 bij het EHRM het verzoek in om een tijdelijke maatregel waarin aan de Duitse regering werd gevraagd om Al-Moayad niet uit te leveren tijdens de procedure bij het Hof. Hij faxte dit verzoek op dezelfde dag aan het Ministerie van Justitie in Duitsland, maar hij gebruikte daarbij een verkeerd faxnummer. Dit zou fatale gevolgen hebben voor de klacht van Al-Moayad over schending van art. 34 EVRM. Het EHRM verklaarde deze klacht niet-ontvankelijk (overweging 122 en 123). Wel overwoog het Hof dat een staat ook in strijd met art. 34 EVRM zou kunnen handelen wanneer autoriteiten van die staat het nemen van een tijdelijke maatregel verhinderen of informatie hierover achterhouden tegenover hun regering (overweging 125). Het Hof achtte het niet aannemelijk dat dat in deze zaak ook was gebeurd, hoewel de raadsman van Al-Moayad stelde dat hij niet alleen een fax had gestuurd (naar het verkeerde nummer), maar ook met een ambtenaar van het Ministerie van Justitie had gebeld. Deze ambtenaar zou hem hebben misleid over het tijdstip waarop de uitlevering aan Amerika zou plaatsvinden. De Duitse regering verklaarde bij het Hof dat zij bereid was zich aan tijdelijke maatregelen te houden en dat zij dat in het verleden ook altijd had gedaan (overweging 26). Tegen deze achtergrond oordeelde het Hof dat een feitelijke grondslag ontbrak voor de conclusie dat Duitsland met opzet had verhinderd dat het Hof een tijdelijke maatregel had kunnen nemen op grond van art. 39 Rules of Court (overweging 128).

Het Hof verklaarde ook de klachten van Al-Moayad niet-ontvankelijk over de dreigende schending van art. 3 en art. 6 EVRM. Het Hof was wel van oordeel dat Al-Moayad in de categorie personen viel die volgens de rapporten van Amnesty International en de berichten in de pers het risico liepen om te worden mishandeld bij een ondervraging door Amerikaanse autoriteiten. Het Hof sprak ook zijn bezorgdheid uit over de berichten met betrekking tot de ondervragingsmethoden van de Amerikanen. Deze berichten betroffen echter personen die buiten de Verenigde Staten gevangen werden gehouden (Guantánamo Bay, Bagram en enkele andere landen). Volgens het Duitse Constitutionele Hof hadden de Verenigde Staten gegarandeerd dat Al-Moayad niet zou vallen onder het bevel van de president van de Verenigde Staten van 13 november 2001, waarmee de Verenigde Staten een bindende verplichting waren aangegaan om Al-Moayad niet in een interneringskamp te detineren (overweging 66).

Volgens het EHRM hadden de Verenigde Staten niet meer toegezegd dan dat Al-Moayad niet voor een militaire rechtbank zou worden vervolgd op grond van het Presidentiële bevel van 13 november 2001. De Duitse autoriteiten en rechters hadden in de uitleveringsprocedure nadrukkelijk verklaard dat zij de Amerikaanse garantie beschouwden als een toezegging om de klager ook niet buiten de Verenigde Staten te detineren. Deze verklaring werd bevestigd door de gang van zaken na uitlevering, waarbij geen aanwijzingen zijn gevonden dat de verdachte buiten de Verenigde Staten gevangen is gehouden (overweging 67). Bij de waardering van de effectiviteit van de Amerikaanse garantie betrok het Hof dat het niet de Duitse ervaring is dat Amerikaanse garanties na uitlevering niet worden nageleefd of dat uitgeleverde verdachten worden mishandeld. Het EHRM betrok daarbij ook dat de Duitse autoriteiten en rechters de persoonlijke omstandigheden van Al-Moayad zorgvuldig hadden beoordeeld in het licht van de situatie in de Verenigde Staten (overweging 68). Ook volgens het EHRM was de garantie van de Verenigde Staten bindend op grond van internationaal recht en hadden de Duitse autoriteiten bo-

vendien waarnemers gestuurd naar de strafprocedure in de Verenigde Staten (overweging 70). Door de Amerikaanse garantie was het risico afgewend dat Al-Moayad zou worden onderworpen aan ondervragingsmethoden die in strijd zijn met art. 3 EVRM (overweging 71).

Al-Moayad beklagde zich ook over schending van art. 5 lid 1 onder f EVRM in verband met de wijze waarop hij vanuit Jemen naar Duitsland was gelokt. Hierover oordeelde het Hof dat Duitsland dat niet zelf had gedaan en dat er bovendien geen geweld bij was gebruikt (overweging 86 en 88).⁴⁷ Ten aanzien van de klacht over schending van art. 6 EVRM overwoog het Hof dat art. 6 EVRM op zich niet van toepassing is op de uitleveringsprocedure (overweging 93). Wel kan dreigende of voltooide flagrante schending van art. 6 EVRM in de verzoekende staat een kwestie zijn die de aangezochte staat bij zijn uitleveringsbeslissing dient te betrekken. Dat hadden de Duitse autoriteiten en rechters in deze zaak ook gedaan. Het Hof volgde ten aanzien van de dreigende schending van art. 6 EVRM na uitlevering de redenering die het Hof had gebruikt in verband met art. 3 EVRM: Duitsland had van Amerika de garantie gekregen dat Al-Moayad niet zou worden gedetineerd buiten de Verenigde Staten zonder toegang tot een raadsman.

In het uitleveringsverdrag tussen Duitsland en Amerika staat dat uitlevering is toegestaan voor de vervolging van een strafbaar feit waarvoor uitlevering toelaatbaar is of voor de tenuitvoerlegging van de opgelegde straf op een dergelijk feit. In verband daarmee kon Duitsland redelijkerwijs uit de Amerikaanse garantie afleiden dat de klager zou worden vervolgd voor de feiten waarvoor hij zou worden uitgeliverd en dat hij niet voor onbepaalde tijd zou worden gedetineerd zonder zichzelf te kunnen verdedigen in een strafproces. Ook hierbij betrok het Hof het feit dat de Duitse autoriteiten de omstandigheden van de zaak grondig hadden onderzocht en dat de Verenigde Staten garanties in de praktijk tot dan toe hadden gerespecteerd. De Duitse uitleg van de gegeven garantie werd vervolgens ook bevestigd door de gang van zaken na uitlevering: Al-Moayad werd na uitlevering voor een rechter geleid en hij werd in het openbaar berecht, wat werd bevestigd door een vertegenwoordiger van het Duitse consulaat die als waarnemer bij het proces aanwezig was. Daaruit volgt dat er naar het oordeel van het Hof ten tijde van de uitlevering geen substantiële gronden waren om te geloven dat een flagrante schending dreigde van het recht van Al-Moayad op een eerlijk proces door detentie zonder toegang tot een raadsman en tot de gewone rechtbanken van de Verenigde Staten (overweging 105-108).

De beslissing van het Hof in de zaak Al-Moayad laat zien dat uitleveringsrechters en bevoegde autoriteiten niet zonder meer kunnen vertrouwen op de bescherming van mensenrechten na uitlevering aan de Verenigde Staten, met name in de gevallen die binnen het bereik vallen van het Presidentiële bevel van 13 november 2001 om verdachten van terrorisme buiten de Verenigde Staten te detineren en te berechten door militaire rechtbanken. Het EHRM sprak zijn zorg uit over de wijze waarop deze verdachten blijkens rapporten van Amnesty International en berichten in de pers worden behandeld. Wanneer Amerika uitlevering verzoekt van een persoon die onder het Presidentiële bevel valt (de aangezochte staat zal dit moeten

47. Zie over een vergelijkbaar probleem in verband met de aanhouding van Öcalan in Kenia door Turkse ambtenaren overweging 83-99 in EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 (Öcalan t. Turkije).

onderzoeken), moet de aangezochte staat garanties bedingen dat deze persoon niet volgens dit bevel zal worden behandeld. Wanneer een dergelijke garantie wordt gegeven, moet deze garantie bindend worden geacht volgens internationaal recht en kan de aangezochte staat ervan uitgaan dat een dreigende schending van art. 3 en art. 6 EVRM effectief is afgewend, waarbij het feit dat de Verenigde Staten dergelijke garanties tot nu toe zijn nagekomen bij die inschatting kan worden betrokken. Bij de beoordeling door het Hof wordt ook meegewogen dat de dreiging zich blijkt waarnemingen van vertegenwoordigers van de aangezochte staat na uitlevering niet heeft verwezenlijkt. Het vertrouwen in de eerlijkheid van de rechtsgang en de correcte behandeling van deze verdachten is pas gerechtvaardigd nadat de garanties daartoe zijn gegeven.

7 De Cenaj-relativering

De zaken van Soering, Einhorn en Al-Moayad hadden betrekking op uitleveringen aan de Verenigde Staten. Uit het Soering-arrest blijkt dat het EHRM niet voorschrijft dat de behandeling van de opgeëiste persoon na uitlevering volledig voldoet aan alle vereisten van het EVRM. Het is evenmin de bedoeling om het EVRM toe te passen op handelingen van staten die geen partij zijn bij het EVRM of om staten die wel partij zijn bij het EVRM te verplichten om de maatstaven van het EVRM op te leggen aan derde staten. Het gaat om de verantwoordelijkheid van de aangezochte staat onder het EVRM in verband met voorzienbare gevolgen van uitlevering.⁴⁸

In de Cenaj-zaak stond de vraag centraal of uitlevering aan een staat die partij is bij het EVRM een schending kan zijn van het EVRM.⁴⁹ Het ging in de Cenaj-zaak om de uitlevering van Lefter Cenaj, Albanees onderdaan, door Griekenland aan Albanië. Op 3 december 1998 werd in Albanië de strafvervolging gestart tegen Cenaj vanwege fraude. Op 16 augustus 1999 gelastte de Rechtbank Tirana de gevangenneming van Cenaj. Op 30 maart 2000 verzocht Albanië aan Griekenland de uitlevering van Cenaj. De Griekse Hoge Raad verklaarde de uitlevering op 20 september 2000 toelaatbaar, maar de Griekse minister van Justitie schortte de uitlevering op vanwege een strafprocedure in Griekenland tegen Cenaj. Op 24 januari 2001 stemde het Albanese parlement voor een verhoging van het strafmaximum op fraude van 5 tot 20 jaar. Als strafverzwarende grond werd fraude met pyramidespelen aan de wettelijke strafbepaling toegevoegd. Op 10 februari 2003 veroordeelde de Rechtbank Tirana Cenaj tot 10 jaar gevangenisstraf vanwege fraude. Cenaj was niet bij de behandeling van zijn zaak aanwezig, maar hij werd vertegenwoordigd door zijn raadsman. Op 23 mei 2003 bevestigde het Hof van Beroep te Tirana de veroordeling en de opgelegde straf. Daartegen heeft Cenaj geen rechtsmiddel aangewend, zodat zijn veroordeling op 23 juni 2003 onherroepelijk werd. Volgens het dossier bij het EHRM was Cenaj uiterlijk in januari 2005 op de hoogte van zijn Albanese veroordeling. Intussen was hij in Griekenland tot 5 jaar en 6 maanden gevangenisstraf veroordeeld wegens witwassen van geld. Het cassatieberoep tegen

48. Overweging 86 in Soering.

49. EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (Cenaj t. Griekenland en Albanië, ontvankelijkheidsbeslissing, alleen in het Frans gepubliceerd op HUDOC).

deze veroordeling werd op 20 december 2005 verworpen door de Griekse Hoge Raad. Ook was een asielverzoek van Cenaj in Griekenland inmiddels verworpen. Op 4 januari 2007 deed Albanië opnieuw een uitleveringsverzoek aan Griekenland. Het Hof van Beroep te Ioannina verklaarde op 8 februari 2007 de uitlevering toelaatbaar op basis van het Europees Uitleveringsverdrag. Het Hof van Beroep verwierp het verweer van Cenaj dat hem in Albanië met terugwerkende kracht een straf was opgelegd die hoger was dan het strafmaximum op het moment dat hij in Albanië de fraude pleegde. Het Hof van Beroep overwoog dat het niet bevoegd was om de gegrondheid te onderzoeken van de Albanese veroordeling. Ook de Griekse Hoge Raad verklaarde de uitlevering toelaatbaar en verwierp de verweren van Cenaj dat hij met terugwerkende kracht een hogere straf had gekregen die bovendien onherroepelijk was. De Griekse Hoge Raad overwoog eveneens dat hij niet bevoegd was om de gegrondheid van de Albanese veroordeling en bestraffing te onderzoeken. Het dossier werd vervolgens overgedragen aan de minister van Justitie. Op het moment dat het EHRM over de zaak oordeelde, bleek uit het dossier niet dat een datum van uitlevering was bepaald.

Volgens informatie in de uitspraak van het EHRM bevat art. 147 van het Albanese Wetboek van Strafrecht een voorziening in het geval van overschrijding van termijnen. Een belanghebbende moet in een dergelijk geval aantonen dat hij zich niet aan de termijn kon houden vanwege overmacht. In het geval van een verstekveroordeling moet een belanghebbende aantonen dat de veroordeling hem niet in persoon is betekend. Op grond van art. 449-461 van het Albanese Wetboek van Strafvordering kan een belanghebbende heropening van een strafprocedure verzoeken wanneer de uitspraak onherroepelijk is. Een dergelijke heropening kan zelfs worden verzocht wanneer de straf al ten uitvoer is gelegd. Een zaak kan worden heropend wanneer nieuwe feiten aan het licht zijn gekomen, waarbij betrokken kan worden dat documenten vervalst zijn en verschillende rechterlijke uitspraken tegenstrijdig zijn. Het enkele feit dat een veroordeling bij verstek is geweest, is op zichzelf geen reden voor heropening. De Albanese Hoge Raad beoordeelt de verzoeken tot heropening.

Cenaj klaagde zich bij het EHRM over schending van art. 6 lid 1 en art. 7 EVRM door Albanië, over schending van art. 6 lid 1 in de Griekse strafzaak en over schending van art. 3, 5, 6 en 7 EVRM in de Griekse uitleveringszaak. Het EHRM verklaarde de klacht van Cenaj tegen Albanië op grond van art. 35 lid 1 EVRM niet-ontvankelijk. Cenaj diende zijn klacht op 29 maart 2006 bij het Hof in, terwijl hij uiterlijk in januari 2005 op de hoogte was geraakt van zijn veroordeling in Albanië. Daardoor was zijn klacht bij het Hof te laat. Ook de klacht over de Griekse strafzaak werd niet-ontvankelijk verklaard vanwege het feit dat deze klacht vooral betrekking had op Griekse regels van bewijsrecht en de interpretatie en toepassing van die regels.

Ten aanzien van de Griekse uitleveringsprocedure overwoog het Hof dat art. 6 lid 1 EVRM niet van toepassing is op deze procedure op zich, omdat dit geen procedure is waarin over burgerlijke rechten en verplichtingen wordt beslist en ook niet over de gegrondheid van een vervolging in de zin van deze bepaling. Wel kan een voltooide of dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM in de verzoekende staat een probleem opleveren in een uitleveringsprocedure van de aangezochte staat. Het Hof overwoog dat het nog geen eerdere beslissingen had genomen in uitleveringszaken of uitzettingszaken met de strekking dat een flagrante schending van

art. 6 EVRM dreigde of reeds had plaatsgevonden. Het Hof verwees daarbij naar de Einhorn-zaak waarin het Hof had geoordeeld dat een verstekveroordeling een flagrante schending van art. 6 EVRM kan opleveren wanneer de veroordeelde geen nieuwe behandeling van zijn zaak kan krijgen na uitlevering. Het Hof verwees in de Cenaj-beslissing ook naar de zaak Al-Moayad⁵⁰ waarin het Hof had geoordeeld dat het ontbreken van toegang tot een onpartijdige en onafhankelijke rechter die over de rechtmatigheid van detentie oordeelt een flagrante schending kan opleveren, evenals de doelbewuste en systematische ontzegging van toegang tot een raadsman (dergelijke schendingen deden zich in de zaak van Al-Moayad niet voor). Vervolgens beoordeelde het Hof of uitlevering aan Albanië in dit geval substantiële gronden opleverde om te geloven dat Cenaj het risico loopt te worden onderworpen aan een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces. Het Hof overwoog daartoe:

‘Le fait que cette peine ait été prononcée in absentia ou en méconnaissance des exigences des articles 6 ou 7 de la Convention ne saurait engager la responsabilité de la Grèce, l’Albanie étant Partie contractante à la Convention (voir, mutatis mutandis, Tomic c. Royaume-Uni (déc.), n° 17837/03, 14 octobre 2003).

A la différence des affaires précitées, où les requérants risquaient d’être extradés vers un Etat tiers, dont les actes échappaient à un contrôle européen ultérieur et où le dommage allégué aurait été irréparable, en l’espèce, le requérant sera extradé vers l’Albanie, Etat qui assume l’obligation de prévoir des garanties procédurales et d’établir des voies de recours efficaces à l’égard des violations de la Convention européenne des droits de l’homme.

En effet, même s’il ne ressort pas de manière claire si le droit albanais prévoit le droit de toute personne condamnée in absentia à la réouverture de son procès (voir, ci-dessus, Droit et pratique pertinents), le requérant, une fois extradé vers l’Albanie, pourrait demander une telle réouverture. En cas de rejet de sa demande, le requérant pourra toujours saisir la Cour d’une requête contre l’Albanie (voir, notamment Sejdic c. Italie).’

Het Hof maakt in deze overweging een onderscheid tussen uitlevering aan staten die partij zijn bij het EVRM, zoals Albanië, en derde staten, zoals Amerika, de verzoekende staat in de zaken Soering, Einhorn en Al-Moayad. Het Hof verwijst eerder in de Cenaj-uitspraak naar deze zaken. Het feit dat een straf bij verstek is opgelegd onder miskenning van de vereisten van art. 6 en 7 EVRM valt volgens het Hof niet onder de verantwoordelijkheid van de aangezochte staat, maar onder die van de verzoekende staat die partij is bij het EVRM. Ook de Griekse uitleveringsrechters in de Cenaj-zaak hadden in die zin beslist: zij achtten zich niet bevoegd te onderzoeken of de veroordeling van Cenaj in Albanië in overeenstemming was met art. 6 of 7 EVRM.

50. Overweging 101 in EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03 (Al-Moayad t. Duitsland) met verwijzing naar eerdere uitspraken van het EHRM.

Ten aanzien van derde staten geldt volgens het EHRM dat zij niet onder latere Europese controle vallen, zodat een schending van het EVRM onherstelbaar zou zijn.⁵¹ Bij uitlevering aan een partij bij het EVRM heeft die partij de verplichting om te voorzien in procedurele garanties en in daadwerkelijke rechtsmiddelen in het geval van schendingen van het EVRM. Cenaj kan na uitlevering in Albanië heropening van zijn zaak verzoeken, ook al bestaat er geen duidelijkheid of het Albanese recht voorziet in het recht op heropening na een verstekveroordeling. Wanneer het verzoek van Cenaj wordt afgewezen, kan hij een klacht indienen bij het Hof tegen Albanië.⁵² Het Hof legt in de Cenaj-uitspraak de verantwoordelijkheid voor de naleving van het EVRM volledig bij de verzoekende staat die partij is bij het EVRM. Griekenland hoeft in deze zaak kennelijk geen onderzoek te doen naar de aanwezigheid van substantiële gronden om te vermoeden dat een flagrante schending dreigt of heeft plaatsgevonden en Griekenland is kennelijk ook niet verplicht om voorwaarden te stellen bij uitlevering of garanties te vragen in verband met een nieuwe behandeling van de zaak en de inachtneming daarbij van art. 6 en 7 EVRM.

De overwegingen van het Hof zijn stellig en in algemene termen geformuleerd, waarbij het Hof verwijst naar een uitzettingszaak waarin de etnische Serviër Milovan Tomic, afkomstig uit Kroatië, zich had beklaagd over uitzetting naar Kroatië vanuit het Verenigd Koninkrijk waardoor schending van art. 3, 5, 6 en 8 EVRM dreigde. Het Hof oordeelde in deze zaak dat er geen substantiële gronden bestonden om aan te nemen dat schending van de genoemde bepalingen dreigde, waarbij het Hof ook het feit betrok dat Kroatië partij is bij het EVRM.⁵³ Een verschil met de Cenaj-

-
51. Ook bij de overname van vonnissen maakt het Hof onderscheid tussen staten die partij zijn bij het EVRM en derde staten. Ten aanzien van derde staten dient een partij bij het EVRM te onderzoeken of de overgenomen beslissing niet het resultaat is van een schending van art. 6 EVRM. Zie overweging 2 in EHRM 5 juli 2007, nr. 69917/01 (Saccoccia t. Oostenrijk, ontvankelijkheidsbeslissing) met verwijzing naar de zaken Drozd en Janousek t. Frankrijk en Spanje (nr. 12747/87) en Pellegrini t. Italië (nr. 30882/96). In de Saccoccia-zaak kwam het Hof tot het oordeel dat art. 6 EVRM en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM niet waren geschonden (EHRM 18 december 2008, nr. 69917/01).
52. Interessant in dit verband is ook de volgende overweging van het Hof in de zaak Veermäe tegen Finland in verband met de overdracht van een gevonnist persoon aan Estland: 'The Court would add that he would be free to lodge an application against Estonia should he consider his treatment there to be a breach of that Article or any other provision of the Convention' (EHRM 15 maart 2005, nr. 38704/03, ontvankelijkheidsbeslissing). Deze overweging volgt na de vaststelling door het Hof dat er onvoldoende bewijs is om een reëel risico op schending van art. 3 EVRM aan te nemen in verband met de overdracht van Veermäe door Finland aan Estland. Het Hof was echter wel van oordeel dat een staat bij de overdracht van een gevonnist persoon de verantwoordelijkheid heeft om ervoor te zorgen dat er geen sprake is van schending van art. 5 EVRM doordat de straf van de betrokkene na overdracht op flagrante wijze zou worden verlengd. Daarvan was in dit geval volgens het Hof echter geen sprake.
53. EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03 (Tomic t. het Verenigd Koninkrijk, ontvankelijkheidsbeslissing). Zie ook overweging 2 in EHRM 18 april 2002, nr. 72032/01 (Aronica t. Duitsland, ontvankelijkheidsbeslissing): 'The Court also notes that in the present case the extradition is to a State Party to the Convention'. Het Hof betrok dit gegeven bij zijn beoordeling van de overige omstandigheden van het geval die betrekking hadden op de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon die in de weg zou staan aan uitlevering (vgl. art. 10 lid 2 UW en het Nederlandse voorbehoud hierover bij art. 1 van het Europees Uitleveringsverdrag). Het Hof kwam tot de conclusie dat uitlevering aan Italië geen (dreigende) schending opleverde van art. 2 en 3 EVRM. Zie hierover ook punt 7 van de noot van A.H. Klip onder HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243. Klip wijst op de mogelijkheid om een statenklacht in te dienen over schending in een andere staat (art. 33 EVRM). Hij wijst verder op art. 7 van het Verdrag betreffende de Europese Unie dat eveneens voorziet in de mogelijkheid om ernstige schendingen van mensenrechten binnen een lidstaat van de EU aan de orde te stellen. Hierbij kan

zaak is dat het Hof in de Tomic-zaak het feit dat Kroatië partij is bij het EVRM niet als belangrijkste argument gebruikte om te beoordelen of een risico op schending van art. 3 bestond. Het Hof betrok daarbij ook de persoonlijke omstandigheden van Tomic en de bestaande situatie in Kroatië.

Het Hof paste in de Cenaj-zaak het criterium toe van de substantiële gronden om te vermoeden dat een flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt of heeft plaatsgevonden. In de Cenaj-zaak ontbraken volgens het Hof dergelijke substantiële gronden. Wellicht woog bij het oordeel van het Hof mee dat Cenaj ook een klacht tegen Albanië had ingediend, maar daarmee te laat was. Verder zou relevant kunnen zijn dat Cenaj via het uitleveringsverzoek op de hoogte was van de procedure in Albanië en hij in die procedure werd vertegenwoordigd door een raadsman. Daar staat echter tegenover dat Cenaj in Griekenland van zijn vrijheid was beroofd vanwege de Griekse strafzaak. Daardoor kon hij waarschijnlijk niet op de strafzitting in Albanië aanwezig zijn. Al deze aspecten van de zaak spelen echter geen expliciete rol in de overwegingen van het Hof.

Het verschil met de Einhorn-zaak is daardoor groot. Het is de vraag of dat verschil gerechtvaardigd is en of de noodzaak tot controle bij uitlevering aan de Verenigde Staten zo veel groter is dan bij uitlevering aan staten die partij zijn bij het EVRM, zoals Albanië en Kroatië. Die vraag is van belang omdat binnen de Raad van Europa bijzondere voorwaarden kunnen worden gesteld bij uitlevering voor een verstekvonnis op grond van het Tweede Aanvullende Protocol bij het Europees Uitleveringsverdrag. Griekenland heeft dit Tweede Aanvullende Protocol wel ondertekend, maar niet geratificeerd, Albanië heeft dit protocol wel geratificeerd.⁵⁴ Binnen de Europese Unie kunnen vergelijkbare voorwaarden worden gesteld op grond van art. 5 onder 1 van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de implementaties daarvan in de lidstaten.⁵⁵ In de nabije toekomst zullen bijzondere regels voor verstekvonnissen gelden bij overlevering binnen de Europese Unie op grond van een nieuw Kaderbesluit. Het is de vraag of dergelijke bijzondere regels voor verstekvonnissen wel noodzakelijk zijn in het licht van de Cenaj-uitspraak van het EHRM, gelet op het feit dat het EHRM in deze uitspraak de verantwoordelijkheid voor naleving van art. 6 EVRM in verband met verstekvonnissen volledig neerlegt bij de verzoekende staat die partij is bij het EVRM. Hierop zal nader worden ingegaan in par. 15 van dit preadvies.

8 Shamayev of Gasayev?

Het Hof woog in de zaak Tomic ten aanzien van dreigende schending van art. 3 EVRM mee dat een staat partij is bij het EVRM, hoewel die omstandigheid niet de enige factor was die het Hof bij zijn beslissing betrok. Dat roept de vraag op in hoeverre staten bij uitlevering aan andere staten die partij zijn bij het EVRM de

echter de vraag worden gesteld of deze voorzieningen een praktische en effectieve bescherming bieden tegen dreigende schendingen van mensenrechten van een betrokken persoon.

54. Nederland is partij bij het Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Uitleveringsverdrag. Bovendien heeft Nederland bij dit verdrag een voorbehoud gemaakt dat Nederland de bevoegdheid geeft om uitlevering te weigeren wanneer de opgeëiste persoon bij verstek is veroordeeld en daardoor zijn verdedigingsrechten in de zin van art. 6 lid 3 onder c EVRM niet heeft kunnen uitoefenen. Zie ook art. 5 lid 3 Uitleveringswet waarin deze weigeringsgrond wettelijk is vastgelegd.
55. In Nederland is dat art. 12 Overleveringswet.

verplichting hebben om dreigende schendingen van art. 3 EVRM te onderzoeken. Opmerkelijk in dit verband is dat het Hof in de Cenaj-beslissing wel verwees naar zijn beslissing in de zaak Tomic, maar niet naar zijn uitspraak in de zaak van Shamayev en anderen tegen Georgië en Rusland, die beide partij zijn bij het EVRM.⁵⁶ In deze zaak stond de uitlevering van dertien Tsjetsjenen door Georgië aan Rusland ter discussie. Georgië had vijf van deze personen uitgeleverd onder de garantie van de Russische procureur-generaal dat deze personen niet de doodstraf zouden krijgen en niet zouden worden onderworpen aan marteling of onmenselijke of vernederende behandeling.⁵⁷ Het Hof was van oordeel dat Georgië door de uitlevering van deze vijf personen aan Rusland niet art. 3 EVRM had geschonden, waarbij het Hof gewicht toekende aan de garantie van de Russische procureur-generaal over de behandeling van deze personen na uitlevering.

Na de uitlevering van deze vijf personen deed zich in deze zaak het probleem voor dat de Russische autoriteiten weigerden om waarnemers van het Hof toe te laten tot deze personen in verband met het onderzoek door het Hof van de klacht tegen Rusland over schending van art. 3 en 6 EVRM. Het Hof kon daardoor geen oordeel geven over een dergelijke schending door Rusland (overweging 491). Wel was het Hof van oordeel dat Rusland art. 34 en 38 EVRM had geschonden door niet mee te werken aan een onderzoek van het Hof (art. 38 EVRM) en door te belemmeren dat de betrokkenen hun recht om een klacht in te dienen doeltreffend konden uitoefenen (art. 34 EVRM).⁵⁸ Het Hof merkte daarbij op (overweging 494) dat Rusland aan het Hof de toezegging had gedaan dat het Hof tijdens de procedure toegang tot de uitgeleverde personen zou krijgen. Na deze toezegging hief het Hof de tijdelijke maatregel om de overige betrokkenen niet uit te leveren op (overweging 495 en 15-22).

Vijf Tsjetsjenen waren op het moment dat de tijdelijke maatregel werd opgeheven al uitgeleverd aan Rusland. Vijf andere Tsjetsjenen waren nog niet uitgeleverd en Georgië had ook nog niet beslist dat deze personen zouden worden uitgeleverd, zodat hun klachten om die reden niet-ontvankelijk waren bij het Hof (overweging 355). Deze personen waren op vrije voeten toen de zaak speelde bij het Hof (overweging 55). Twee personen 'verdwenen' in Tbilisi en werden door Rusland aangehouden in het grensgebied, zodat het Hof het niet nodig vond om hun klacht tegen Georgië over dreigende schending van art. 2 en 3 EVRM door uitlevering te onderzoeken (overweging 357). Ten aanzien van de dertiende persoon was door Georgië de uitlevering gelast, maar was de tenuitvoerlegging daarvan opgeschort. Ook deze persoon was inmiddels op vrije voeten (overweging 55). Het Hof oordeelde dat uit-

56. EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02. Het Hof verwijst ook niet naar zijn ontvankelijkheidsbeslissing van 7 maart 2000 in de zaak van T.I. tegen het Verenigd Koninkrijk (nr. 43844/98) waarin het Hof overwoog: 'The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention.' Er zou echter kunnen worden betoogd dat het in deze laatste zaak ging om dreigende uitzetting (via Duitsland) naar een derde staat (Sri Lanka) die geen partij is bij het EVRM. Het Hof verklaarde de klacht van T.I. overigens niet-ontvankelijk.

57. Een tijdelijke maatregel van het Hof om deze personen niet uit te leveren was ten gevolge van 'faxproblemen' op het Ministerie van Justitie in Georgië niet aangekomen (overweging 5-11). Naar het oordeel van het Hof leverde dit een schending op van art. 34 EVRM door Georgië (overweging 468-479).

58. Zie overweging 492-518 in verband met overweging 27-49.

levering van de dertiende persoon een dreigende schending van art. 3 EVRM opleverde. Bij zijn overwegingen hierover betrok het Hof het gegeven dat de vijf personen die reeds waren uitgeleverd geen toegang tot hun raadslieden kregen, hoewel het Hof daartoe een specifieke aanwijzing had gegeven. Het Hof had ook geen gelegenheid gekregen om de klachten van de uitgeleverde personen te onderzoeken. Daarom baseerde het Hof zich op andere informatiebronnen die het Hof uit eigen beweging had verkregen. Het Hof wees daarbij met verontrusting op het gegeven dat de Russische autoriteiten het internationale toezicht op de rechten van gevangenen in het Tsjetsjeense conflict in ernstige mate belemmeren. Rusland heeft ook het uitstel van de doodstraf opgeheven in verband met de feiten waarvoor uitlevering was verzocht. Het Hof wees verder op het 'extremely alarming phenomenon' dat Tsjetsjenen die een klacht bij het Hof indienen, worden onderworpen aan vervolging en moord (overweging 358-368).

Anders dan in de zaken *Tomic* en *Cenaj* betrok het Hof in zijn overwegingen niet het gegeven dat Rusland partij is bij het EVRM. In de *Cenaj*-zaak leidde dit gegeven tot het oordeel dat de verplichting tot naleving van het EVRM rustte op Albanië als verzoekende staat en niet op Griekenland als aangezochte staat. Wanneer Albanië haar verplichtingen onder het EVRM niet zou nakomen, zou *Cenaj* een klacht bij het Hof kunnen indienen. Daarom kon *Cenaj* zich niet met succes bij het Hof beklagen over schending van art. 6 EVRM door Griekenland in verband met de uitlevering aan Albanië. Deze redenering zou ook kunnen worden gevolgd ten aanzien van Georgië in de zaak van *Shamayev* en anderen. Deze zaak laat echter zien waarom een dergelijke redenering problematisch is: het enkele feit dat Rusland partij is bij het EVRM, betekent nog niet dat Rusland haar verplichtingen onder art. 34 en 38 EVRM nakomt om mee te werken aan de procedure bij het Hof. Deze zaak laat juist zien dat Rusland deze verplichtingen ondanks eerdere toezeggingen aan het Hof in de betreffende zaak niet nakomt en dat personen die klachten bij het Hof indienen worden vervolgd of vermoord. In overweging 28-49 doet het Hof uitgebreid verslag van alle belemmeringen die Rusland opwierp voor een onderzoek door het Hof naar de toestand van de uitgeleverde Tsjetsjenen. Uit deze door het Hof zelf vastgestelde en ondervonden belemmeringen volgt dat de mogelijkheid om het Hof bij de zaak te betrekken niet zonder meer een garantie oplevert dat de rechten van betrokkenen daadwerkelijk zullen worden beschermd na uitlevering. Een belangrijk onderdeel van het Soering-paradigma komt in gevaar wanneer de verantwoordelijkheid voor de naleving van mensenrechten wordt gelegd bij de verzoekende staat die partij is bij het EVRM: de bepalingen van het EVRM moeten volgens het Soering-arrest zo worden uitgelegd en toegepast dat de bescherming van mensenrechten 'practical and effective' is.⁵⁹ Wanneer een partij bij het EVRM ondanks toezeggingen verdragsbepalingen schendt, is de bescherming niet praktisch en effectief en verschuift de verantwoordelijkheid naar de staat die over de uitlevering moet beslissen en daarbij rekening dient te houden met de mogelijke gevolgen van de uitlevering voor de mensenrechten van de betrokken persoon. Daarom kwam het Hof in de zaak van *Shamayev* en anderen tot de conclusie dat uitlevering aan Rusland van de persoon die nog in Georgië verbleef in strijd zou

59. Overweging 87 in *Soering*.

zijn met art. 3 EVRM. Het gegeven dat Rusland partij bij het EVRM is, speelt dan geen rol meer.

Opmerkelijk is dat het Hof in 2009 in de zaak van Gasayev tot een ander oordeel komt dan in de zaak van Shamayev en anderen uit 2005.⁶⁰ Bij het oordeel in de zaak Gasayev betreft het Hof wel het gegeven dat Rusland partij bij het EVRM is en daarom de verplichting heeft om de mensenrechten van Gasayev te respecteren. Rusland had aan Spanje de uitlevering van Gasayev verzocht in verband met betrokkenheid van Gasayev bij een organisatie die terroristische aanslagen pleegde. Gasayev was van Tsjetsjeense afkomst. De hoogste Spaanse uitleveringsrechter, de *Audiencia Nacional*, had van de Russische autoriteiten nadere garanties gevraagd in verband met het niet-opleggen van de doodstraf of levenslange gevangenisstraf en het respecteren van art. 3 EVRM tijdens de detentie van Gasayev na uitlevering. Ook had de Spaanse uitleveringsrechter de garantie gevraagd dat Gasayev in Rusland kon worden bezocht door leden van het Comité tegen Foltering van de Verenigde Naties. De procureur-generaal van de Russische Federatie had de gevraagde garanties gegeven, maar het Comité tegen Foltering deelde in de Spaanse uitleveringsprocedure mee dat een bezoek aan Gasayev niet mogelijk was in het kader van art. 19-22 van het Verdrag tegen Foltering. De *Audiencia Nacional* besliste daarop dat het toezicht op de naleving van de Russische garanties zou moeten worden uitgevoerd door het Europees Comité inzake de voorkoming van folteringen en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen, of door de Spaanse diplomatieke vertegenwoordiging in Moskou. Op 31 december 2008 werd Gasayev aan Rusland uitgeleverd.

Naar het oordeel van het EHRM was deze gang van zaken niet onverenigbaar met art. 2 en 3 EVRM. Het Hof plaatste de beoordeling van de zaak nadrukkelijk in het kader van het Soering-paradigma, maar het Hof concludeerde dat er in dit geval geen substantiële gronden aanwezig waren om aan te nemen dat er een reëel risico bestond dat art. 2 en 3 EVRM zouden worden geschonden. Het Hof stelde wel vast dat het Comité tegen Foltering van de Verenigde Naties niet kon toezien op de naleving van de Russische garanties, maar het Hof stelde ook vast dat de Spaanse uitleveringsrechter daarvoor in de plaats het Europees Comité inzake de voorkoming van folteringen en de Spaanse diplomatieke vertegenwoordiging in Moskou als vervangende toezichthouders had aangewezen. Naar het oordeel van het Hof kon de Spaanse uitleveringsrechter de Russische garanties op naleving van art. 2 en 3 EVRM genoegzaam achten. Daarbij betrok het Hof het gegeven dat Rusland partij is bij het EVRM en zich daardoor heeft verbonden om de beginselen en rechten uit de gegeven garanties te respecteren, waaronder het recht op leven en het verbod op onmenselijke of vernederende behandeling.⁶¹

60. EHRM 17 februari 2009, nr. 48514/06 (Gasayev t. Spanje, ontvankelijkheidsbeslissing, alleen in het Frans gepubliceerd op HUDOC).

61. Bij uitlevering aan derde staten betreft het Hof in bepaalde gevallen het gegeven dat de verzoekende staat partij is bij een mensenrechtenverdrag waarbij een internationale rechter toezicht houdt op de naleving van mensenrechten in de verzoekende staat. Zie bijvoorbeeld EHRM 16 oktober 2006, nr. 1101/04 (Burga Ortiz t. Duitsland, ontvankelijkheidsbeslissing inzake uitlevering door Duitsland aan Peru), EHRM 16 oktober 2006, nr. 43346/05 (Sanchez Munte t. Duitsland, ontvankelijkheidsbeslissing inzake uitlevering door Duitsland aan Argentinië) en EHRM 16 april 2002, nr. 65964/01 (Peñafiel Salgado t. Spanje, ontvankelijkheidsbeslissing inzake uitlevering aan Ecuador). Deze beslissingen zijn in het Frans op HUDOC gepubliceerd. In deze gevallen waren de verzoekende staten

De beslissing van het Hof in de zaak Gasayev is opmerkelijk omdat in de overwegingen van het Hof een verwijzing naar de zaak Shamayev ontbreekt. Kennelijk ziet het Hof geen relevante overeenkomsten tussen deze twee zaken, hoewel het in beide zaken om de uitlevering van Tsjetsjeense verdachten aan Rusland ging. Ook ziet het Hof geen aanleiding om aan te geven wat de relevante verschillen zijn tussen deze twee zaken die de verschillende beoordelingen zouden kunnen verklaren. Gelet op de verontrusting die het Hof in de Shamayev-beslissing tot uiting bracht over de Russische behandeling van Tsjetsjeense verdachten is het opvallend dat het Hof in de Gasayev-zaak niet ingaat op het feit dat deze klager van Tsjetsjeense afkomst is. Ook het gegeven dat Rusland in de zaak Shamayev toezeggingen aan het Hof niet nakwam op het punt van het onderzoek door het Hof naar de naleving van mensenrechten zou een reden kunnen zijn om de uitlevering van Tsjetsjeense verdachten aan Rusland kritischer te toetsen.

Een verklaring voor de verschillende oordelen in de zaken van Shamayev en Gasayev zou allereerst kunnen zijn dat de Spaanse uitleveringsrechter, anders dan de Georgische autoriteiten in de Shamayev-zaak, zeer kritisch was ten aanzien van het Russische uitleveringsverzoek en ook specifieke garanties eiste ten aanzien van de behandeling van Gasayev en het toezicht op de naleving van die garanties door onafhankelijke toezichthouders. Een tweede verklaring zou kunnen zijn dat Gasayev onvoldoende specifieke informatie ten grondslag legde aan zijn klacht dat art. 2 en 3 EVRM dreigden te worden geschonden na uitlevering aan Rusland. Blijkens de beslissing van het Hof beriep Gasayev zich op rapporten van mensenrechtenorganisaties (Amnesty International en Human Rights Watch) en op een algemene verklaring van het Europees Comité inzake de voorkoming van foltering en over de situatie in Tsjetsjenië. Wellicht was die informatie onvoldoende toegesneden op het risico dat Gasayev zelf liep na uitlevering aan Rusland, zoals het Hof ook in de zaken van Mamatkulov en Askarov de informatie van mensenrechtenorganisaties onvoldoende achtte voor het oordeel dat Turkije art. 3 EVRM had geschonden door uitlevering van deze personen aan Oezbekistan.

9 Eerste tussenbalans

De aansprakelijkheid van een aangezochte staat op grond van het EVRM vloeit voort uit het gegeven dat uitlevering in bepaalde gevallen een riskante handeling is. Wanneer voorzienbaar is dat een opgeëist persoon na uitlevering zal worden gemarteld of onmenselijk of vernederend zal worden behandeld, mag de aangezochte staat de opgeëiste persoon niet uitleveren. Hetzelfde geldt in uitzonderlijke gevallen in verband met flagrante schendingen van het recht op een eerlijk proces. Dit is de kern van het Soering-paradigma.

Deze aansprakelijkheid is problematisch omdat de aangezochte staat niet zelf het EVRM schendt door marteling, onmenselijke, vernederende of oneerlijke behandeling van de opgeëiste persoon. De schending vindt mogelijk plaats in een derde staat waaraan de opgeëiste persoon wordt uitgeleverd. Op het moment van uitlevering staat de schending nog niet vast, tenzij de schending al onomkeerbaar heeft

partij bij het Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens en hadden zij het Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens erkend.

plaatsgevonden. Het is volgens het EHRM niet de bedoeling om staten die geen partij zijn bij het EVRM verplichtingen op te leggen op basis van dat verdrag. Wel vloeit uit het Soering-paradigma voort dat een aangezochte staat die partij is bij het EVRM een beoordeling moet geven van de situatie in de derde staat. Ook moet de aangezochte staat aan de opgeëiste persoon een daadwerkelijk rechtsmiddel bieden in de zin van art. 13 EVRM tegen dreigende schendingen van het EVRM in de verzoekende staat die geen partij is bij het EVRM.

In het Soering-paradigma ligt een bepaalde bewijslastverdeling besloten. De klager dient te bewijzen dat er substantiële gronden zijn om te geloven dat hij na uitlevering zal worden blootgesteld aan een reëel risico dat art. 3 EVRM zal worden geschonden. Hoe de bewijslast in een bepaalde zaak uitvalt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarom is het moeilijk algemene regels te geven voor de wijze waarop een uitleveringsrechter het risico op schending van art. 3 EVRM dient te beoordelen. In bepaalde gevallen is het wel duidelijk wat de dreigende schending inhoudt, bijvoorbeeld de dreiging dat de opgeëiste persoon na uitlevering zal worden veroordeeld tot de doodstraf en daardoor op 'death row' komt, zoals in de Soering-zaak het geval was. Ook het gegeven dat de opgeëiste persoon binnen een risicocategorie valt doordat hij terreurverdachte is, kan vaststaan op het moment van de uitleveringsbeslissing, zoals in de zaak Al-Moayad op grond van het militaire bevel van 13 november 2001 van de Amerikaanse president.

In bepaalde gevallen kan eveneens duidelijk zijn dat een flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt. In de Einhorn-zaak overwoog het Hof dat het aan de klager is om te bewijzen dat een dreigende schending van art. 6 EVRM flagrant zal zijn in verband met de gestelde beïnvloeding van de Amerikaanse strafproces door negatieve berichtgeving in de pers. Het Hof was in deze zaak van oordeel dat een verstekveroordeling zonder dat de verdachte zijn aanwezigheidsrecht heeft kunnen uitoefenen een flagrante schending van art. 6 EVRM oplevert. Dat geldt eveneens voor een opzettelijke en systematische weigering van toegang tot een raadsman en voor het ontbreken van toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, aldus het Hof in de zaak Al-Moayad.

De garanties die de verzoekende staat al dan niet afgeeft, kunnen een rol spelen bij de beoordeling van de dreiging. In de Soering-zaak weigerde de Amerikaanse officier van justitie de toezegging te doen dat hij niet de doodstraf zou eisen na uitlevering van Soering. Hij kondigde juist aan dat hij dat wel zou doen, waarbij hij slechts wilde toezeggen dat hij aan de rechter de wens van het Verenigd Koninkrijk zou overbrengen dat in deze zaak niet de doodstraf zou worden opgelegd. Met die gebrekkige garantie lijkt de realiteit van het risico op schending van art. 3 EVRM gegeven, hoewel ook de omstandigheden van tenuitvoerlegging en de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene volgens het Hof moeten worden meegewogen. Wanneer een garantie wordt afgegeven dat een verdachte een bepaalde behandeling niet zal ondergaan, kan daarmee een dreigende schending van art. 3 of art. 6 EVRM worden afgewend. Dat blijkt uit de zaak Al-Moayad waarin Amerika genoegzame garanties gaf dat de terreurverdachte niet door een militaire rechter buiten het grondgebied van de Verenigde Staten zou worden berecht. Ook in de Einhorn-zaak mocht Frankrijk afgaan op de garanties van de Verenigde Staten dat Einhorn na uitlevering een nieuw proces kon verzoeken en dat daarin niet de doodstraf zou worden gevorderd. Het is niet aan de aangezochte staat om te onderzoeken of de toegezegde garanties in overeenstemming zijn met het nationale recht van de

verzoekende staat. Een bevoegd gegeven garantie kan bindend worden geacht op grond van internationaal recht. Bij de beoordeling van een garantie kan het gedrag van de betrokken staat in verband met eerder gegeven garanties worden betrokken, zoals het Hof deed in de zaken *Einhorn* en *Al-Moayad*.

Het enkele feit dat een verzoekende staat garanties geeft, is niet zonder meer voldoende, zoals blijkt uit de zaken waarin uitleveringen aan Oezbekistan en Turkmenistan ter discussie stonden. De mensenrechtensituatie in een bepaald land kan zo slecht zijn en het toezicht op de naleving van mensenrechten zo gebrekkig, dat een algemeen geformuleerde garantie dat deze rechten zullen worden nageleefd niet genoegzaam kan worden geacht. Daarbij baseert het Hof zich niet alleen op de rapporten van mensenrechtenorganisaties, maar ook op die van de Verenigde Naties en de Verenigde Staten. Wanneer een opgeëist persoon alleen rapporten van mensenrechtenorganisaties aanvoert ter onderbouwing van zijn klacht, kan het Hof tot het oordeel komen dat die informatie te algemeen is en te weinig bevestiging vindt in andere bronnen, zoals in de zaken van *Mamatkulov* en *Askarov*. Een belangrijk instrument ter bescherming van de opgeëiste persoon is de tijdelijke maatregel die het Hof kan opleggen op grond van art. 39 Rules of Court. Deze maatregel is bindend voor de betrokken staat en niet-naleving van de maatregel levert een schending van art. 34 EVRM op. Het Hof past deze maatregel regelmatig toe in uitleveringszaken. Het gevolg daarvan is dat de klager op twee punten in een gunstiger positie komt dan een klager die al is uitgeleverd. Allereerst kan de klager profiteren van een oordeel van het Hof met de strekking dat uitlevering in strijd zou zijn met art. 3 of art. 6 EVRM. Het Hof gaat er in dergelijke gevallen van uit dat de aangezochte staat zich houdt aan het oordeel van het Hof en de betrokkene niet uitlevert. Ten tweede beoordeelt het Hof bij tijdelijke maatregelen de situatie naar het moment waarop de zaak door het Hof wordt beoordeeld en niet naar het moment waarop de staat de uitleveringsbeslissing heeft genomen. Indien uitlevering al heeft plaatsgevonden, kan de toestand van de klager na uitlevering worden betrokken bij de beoordeling van de uitleveringsbeslissing. De toestand van de klager na uitlevering kan een bevestiging of een ontkrachting zijn van de klacht dat de betrokken persoon na uitlevering zou worden blootgesteld aan schendingen van art. 3 of art. 6 EVRM.

Een moeilijk punt in de rechtspraak van het EHRM is het onderscheid tussen partijen bij het EVRM en derde staten. In de *Cenaj*-beslissing oordeelde het Hof dat er geen substantiële gronden bestonden om aan te nemen dat na uitlevering een flagrante schending van art. 6 en art. 7 EVRM dreigde. Het stond op dat moment vast dat *Cenaj* in Albanië bij verstek was veroordeeld en dat hij een hogere straf had gekregen dan de maximumstraf op het moment dat hij het feit pleegde. Daarmee leek ook de dreigende schending van art. 6 en art. 7 EVRM vast te staan. In een dergelijke situatie lijkt het voor de hand te liggen dat een aangezochte staat de dreiging van een flagrante schending onderzoekt en garanties bedingt, zoals in de *Einhorn*-zaak gebeurde. De redenering van het Hof in de *Cenaj*-zaak was dat Albanië als partij bij het EVRM de verplichting heeft om de mensenrechten van *Cenaj* te respecteren en dat Albanië na schending van die verplichting ter verantwoording kan worden geroepen bij het Hof. Daardoor rust er op Griekenland als aangezochte staat geen verantwoordelijkheid om te onderzoeken of de rechten van een opgeëist persoon na uitlevering in acht zullen worden genomen of om daarover garanties te vragen.

De Cenaj-zaak vormt een scherp contrast met de Einhorn-zaak waarin de Franse uitleveringsrechtshouders de uitlevering aan de Verenigde Staten hadden geweigerd in verband met een verstekvonnis. Uitlevering in die zaak vond pas plaats na aanpassing van het recht in Pennsylvania, zodat Einhorn op basis van de ‘Einhorn law’ een nieuwe behandeling van zijn zaak kon verzoeken. Daarbij valt op dat de Franse uitleveringsrechtshouders niet hadden onderzocht in hoeverre Einhorn zich kon beroepen op dreigende schending van art. 6 EVRM in het licht van het gegeven dat hij op borgtocht was vrijgelaten en in Amerika had verlaten terwijl de strafzaak tegen hem aanhangig was. Uit rechtspraak van het EHRM (Medenica) blijkt dat een strafrechter bij de beoordeling van een verzoek op een nieuwe behandeling van een zaak de vraag mag betrekken in hoeverre de verdachte het aan zichzelf te wijten heeft dat hij geen gebruik kon maken van zijn aanwezigheidsrecht. Wanneer de verdachte zich door te vluchten aan berechting heeft onttrokken, kan hij zich er niet over beklagen dat hij zijn aanwezigheidsrecht niet heeft kunnen uitoefenen. Ook kan hij afstand van dat recht hebben gedaan of zich door een raadsman hebben laten vertegenwoordigen.

Het uitgangspunt dat bij uitlevering aan een partij bij het EVRM de verantwoordelijkheid om het EVRM na te leven volledig bij de verzoekende staat berust, kan problemen opleveren. Dat blijkt uit de zaak van Shamayev en anderen tegen Georgië en Rusland. Rusland blokkeerde in deze zaak het onderzoek door het Hof naar de toestand van uitgeleverde Tsjetsjenen in Rusland, hoewel Rusland eerder had toegezegd aan een dergelijk onderzoek te zullen meewerken. De blokkade van het onderzoek was naar het oordeel van het Hof een schending van art. 34 en art. 38 EVRM, op grond waarvan verdragspartijen verplicht zijn om de uitoefening van het klachtrecht niet te belemmeren (art. 34) en om mee te werken aan een onderzoek door het Hof naar de klacht (art. 38). De zaak van Shamayev en anderen laat zien dat de garanties van partijen bij het EVRM, ook al gaat het om toezeggingen aan het Hof, niet zonder meer betrouwbaar zijn. In de zaak van Gasayev oordeelde het Hof echter zonder meer verwijzing naar de zaak Shamayev dat garanties van Rusland aan Spanje dat art. 2 en 3 EVRM zullen worden nageleefd na uitlevering van een Tsjetsjeense verdachte wel genoegzaam waren, mede in het licht van het gegeven dat Rusland partij is bij het EVRM. Dat gegeven is op zich geen reden om Spanje als aangezochte staat te ontslaan van zijn verplichting om toe te zien op naleving van mensenrechten na uitlevering, maar dat gegeven is wel een argument om garanties van de verzoekende staat in bepaalde gevallen genoegzaam te achten. Het is niet uitgesloten dat de Cenaj-uitspraak een uitzondering is die mede kan worden verklaard door het feit dat Cenaj bij het Hof te laat was met zijn klacht over Albanië. In een dergelijke zaak zou een verdachte bij tijdige indiening van zijn klachten een verzoek kunnen doen om een tijdelijke maatregel ter opschorting van de uitlevering hangende de procedure bij het Hof. Vervolgens zou het Hof kunnen onderzoeken in hoeverre Albanië op flagrante wijze de rechten van de verdachte heeft geschonden. Wanneer het Hof daarover duidelijkheid heeft verkregen, kan vervolgens worden onderzocht in hoeverre een verzoekende staat bereid is de schendingen te repareren of daartoe garanties te verstrekken. Daarbij kan het gedrag van de betrokken staat uit het verleden worden betrokken en ook de wijze waarop de staat de rechten beschermt van personen die onder de rechtsmacht van deze staat vallen.

Het enkele feit dat de betrokken staat partij bij het EVRM is, levert niet zonder meer het vertrouwen op dat deze partij de rechten van de betrokken persoon na uitlevering zal respecteren of garanties daartoe zal nakomen. Het kan in specifieke gevallen evident zijn dat een schending van bepaalde rechten zo ernstig zou zijn dat een persoon daaraan niet mag worden onderworpen, ook al zou hij daarover achteraf zijn beklag kunnen doen bij het EHRM. Het gegeven dat bepaalde klagers bij het Hof ook nog eens met vervolging en moord worden bedreigd, zoals blijkt uit de zaak van Shamayev en anderen, levert een extra argument op om niet zonder meer doorslaggevend gewicht toe te kennen aan het gegeven dat de staat die de vervolgingen en moorden op de klagers uitvoert, partij is bij het EVRM. Uit de verschillende oordelen in de zaken van Shamayev en Gasayev kan worden afgeleid dat het Hof de betreffende zaken casuïstisch beoordeelt en dat het gegeven dat een verzoekende staat partij is bij het EVRM in de bijzondere omstandigheden van het ene geval niet relevant is, terwijl het in een ander geval een factor kan zijn die wel wordt meegewogen bij de beoordeling van de vraag of de aangezochte staat zijn verplichtingen onder het EVRM is nagekomen.

Uit het voorafgaande vloeit voort dat het aanbeveling verdient om in het uitleveringsrecht niet te werken met formele argumenten die een inhoudelijke beoordeling van de zaak op het gebied van mensenrechten belemmeren. Het ligt meer voor de hand om iedere uitleveringszaak waarin een mensenrechtenverweer wordt gevoerd afzonderlijk te beoordelen en daarbij de specifieke omstandigheden van het geval en de bestaande situatie in de verzoekende staat te onderzoeken. Er kan daarbij een bepaalde bewijslast op de opgeëiste persoon worden gelegd in de zin dat hij zich niet alleen op algemene informatie kan beroepen, maar dat hij ook informatie moet aanvoeren die op zijn specifieke situatie betrekking heeft. Wanneer hij valt onder een categorie personen die het risico op schending lopen, kan hij volstaan met het aanvoeren van informatie dat dat risico inderdaad bestaat voor de categorie waartoe hij behoort. Vervolgens is het aan de verzoekende staat om genoegzame garanties te verstrekken dat het dreigende risico zich niet zal verwezenlijken, waarbij de genoegzaamheid van de garanties kan worden getoetst in het licht van het gedrag van de verzoekende staat in het verleden, de bestaande situatie in die staat en ook het gegeven dat deze staat partij is bij het EVRM.

10 **Het paradigma van de Hoge Raad**

In een arrest van 11 maart 2003 vatte de strafkamer van de Hoge Raad zijn eigen rechtspraak inzake mensenrechten en uitlevering als volgt samen:

‘3.3. De rechtspraak van de Hoge Raad kan, voorzover hier van belang, als volgt worden samengevat. Indien de uitlevering is verzocht teneinde de opgeëiste persoon (verder) te vervolgen, komt het in de gevallen - zoals hier - waarin zowel de verzoekende Staat als de aangezochte Staat is toegetreten tot het EVRM, aan de rechter die moet oordelen over de toelaatbaarheid van de gevraagde uitlevering in het algemeen niet toe te beslissen over de vraag of in het kader van die strafvervolging enig in het EVRM gegarandeerd recht van de opgeëiste persoon is of dreigt te worden geschonden, omdat in beginsel moet worden uitgegaan van het vertrouwen dat de verzoekende Staat de bepalingen van dit verdrag zal eerbiedigen.

Wat betreft art. 6 EVRM kan dit beginsel evenwel uitzondering lijden indien blijkt dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan zodanig risico van een flagrante inbreuk op enig hem ingevolge art. 6, eerste lid, EVRM toekomend recht dat de ingevolge art. 1 EVRM op Nederland rustende verplichting om dat recht te verzekeren in de weg staat aan nakoming van de verdragsrechtelijke verplichting tot uitlevering. Zoals volgt uit onder meer HR 29 mei 1990, *NJ* 1991, 467 en HR 5 maart 1991, *NJ* 1991, 547 is niet uitgesloten dat tijdsverloop grond kan opleveren voor ontoelaatbaarverklaring van de verzochte uitlevering, namelijk indien het tijdsverloop van dien aard is dat er - alle omstandigheden in aanmerking genomen - geen sprake meer kan zijn van een berechting van de opgeëiste persoon binnen een redelijke termijn als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM.

3.4. De Hoge Raad is van oordeel dat voormelde opvatting precisering behoeft. In de gevallen waarin zowel de verzoekende Staat als de aangezochte Staat is toegetreden tot het EVRM, brengt het vertrouwen dat de verzoekende Staat de bepalingen van dat verdrag zal eerbiedigen, mee dat ervan moet worden uitgegaan dat de opgeëiste persoon in geval van schending van enig hem bij dat verdrag toegekend recht na zijn uitlevering ter (verdere) strafvervolgning het recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM voor een instantie van de verzoekende Staat. Dit betekent dat de verdragsrechtelijke verplichting tot uitlevering slechts dan moet wijken voor de ingevolge art. 1 EVRM op Nederland rustende verplichting om de rechten van dat verdrag te verzekeren indien (a) blijkt dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan het risico van een flagrante inbreuk op enig hem ingevolge art. 6, eerste lid, EVRM toekomend recht, en (b) voorts naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat hem na zijn uitlevering niet een rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste staat ter zake van die inbreuk.⁶²

De Hoge Raad stelt in dit arrest net als in eerdere rechtspraak het vertrouwensbeginsel voorop bij een beoordeling van een beroep op mensenrechten in een Nederlandse uitleveringsprocedure.⁶³ Op grond van het vertrouwensbeginsel komt het volgens de Hoge Raad aan de uitleveringsrechter in het algemeen niet toe om een beroep op mensenrechten te beoordelen. Dat wordt anders wanneer sprake is van een dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM. Schending van de redelijke termijn van berechting kan volgens de Hoge Raad een flagrante schending van art. 6 EVRM opleveren. De Hoge Raad preciseert deze redenering met de aanvulling dat is komen vast te staan dat de opgeëiste persoon na uitlevering geen rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM ten dienste staat. Op grond van deze precisering casseerde de Hoge Raad de beslissing van de Rechtbank Rotterdam om de uitlevering van de opgeëiste persoon aan België ontoelaatbaar te verklaren vanwege flagrante schen-

62. HR 11 maart 2003, *NJ* 2004, 42.

63. Zie voor een uitgebreide analyse van voorafgaande rechtspraak Alette Smeulers, *In staat van uitlevering* (diss. Maastricht), Antwerpen: Uitgeverij Intersentia 2003, p. 180 e.v.

ding van de redelijke termijn van berechting in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. De Rechtbank Rotterdam had niet vastgesteld dat de opgeëiste persoon zich na uitlevering niet zou kunnen beroepen op schending van art. 6 EVRM en ook niet dat een eventuele schending niet zou kunnen worden gecompenseerd in België. De opgeëiste persoon had dit ook niet aangevoerd, aldus de Hoge Raad.⁶⁴

Het lijkt erop alsof de Hoge Raad met zijn overwegingen en de daarin opgenomen precisering vooruitloopt op de Cenaj-relativering in de betreffende uitspraak van het EHRM van 4 oktober 2007. Er is echter wel een belangrijk verschil met die latere relativering door het EHRM. De Hoge Raad redeneert vanuit het vertrouwensbeginsel waaruit de Hoge Raad afleidt dat het in het algemeen niet aan de uitleveringsrechter is om te beslissen over de vraag of enig mensenrecht is of dreigt te worden geschonden in de verzoekende staat. Het EHRM redeneert in de Cenaj-zaak vanuit de vraag wie de verantwoordelijkheid heeft om mensenrechten na te leven. Wanneer de verzoekende staat partij is bij het EVRM, valt de naleving van mensenrechten in die staat niet onder de verantwoordelijkheid van de aangezochte staat.⁶⁵ Het gaat er in de redenering van het Hof niet om dat een partij bij het EVRM te vertrouwen is, maar het gaat erom of de aangezochte staat een verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de naleving van mensenrechten in de verzoekende staat. Het Hof gaat er in de Cenaj-zaak van uit dat die verantwoordelijkheid bij de verzoekende staat (Albanië) rust als partij bij het EVRM. Daaruit volgt niet zonder meer dat deze partij ook te vertrouwen is, zoals ook wel uit de feiten van de Cenaj-zaak kan worden afgeleid (strafoplegging met terugwerkende kracht in een verstekzaak) en nog sterker uit de Shamayev-zaak (niet nakoming van toezeggingen aan het Hof). Het probleem van de Cenaj-relativering komt aan het licht in de overwegingen van de Hoge Raad. De centrale vraag bij uitlevering in verband met mensenrechten is of de opgeëiste persoon een praktische en effectieve bescherming krijgt van deze rechten.⁶⁶ Dat is een wezenlijk andere vraag dan de vraag of een bepaalde partij op formele gronden moet worden vertrouwd of op formele gronden een eigen verantwoordelijkheid heeft om die bescherming te bieden. Er zou hier een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen formeel vertrouwen en materieel vertrouwen.⁶⁷ Formeel vertrouwen wordt afgeleid uit het feit dat een staat partij is bij een uitleveringsverdrag of een mensenrechtenverdrag. Materieel vertrouwen is aanwezig wanneer een staat zich in een concreet geval aan mensenrechten houdt en dat in het verleden ook heeft gedaan in vergelijkbare gevallen, zodat er geen reden is om aan te nemen dat deze staat de mensenrechten van de opgeëiste persoon na uitlevering zal schenden. Het materiële vertrouwen kan worden geschaad door gedragingen die op gespannen voet staan met mensenrechten, zoals de verstekveroordeling in de Cenaj-zaak waarbij met terugwerkende kracht een hoger strafmaximum

64. Overweging 3.5 in HR 11 maart 2003, NJ 2004, 42. De Rechtbank Rotterdam en de opgeëiste persoon konden deze nadere precisering ook nog niet kennen, zodat zij er geen rekening mee konden houden. De opgeëiste persoon werd wel opgeroepen om op de zitting van de Hoge Raad te verschijnen en dan zou hij zijn verweer op dit punt nader hebben kunnen invullen.

65. Overweging 2 in EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06: 'Le fait que cette peine ait été prononcée *in absentia* ou en méconnaissance des exigences des articles 6 ou 7 de la Convention ne saurait engager la responsabilité de la Grèce.'

66. Overweging 87 in Soering.

67. Of tussen vertrouwen in abstracto en in concreto. Zie N. Keijzer, 'Goede trouw in het uitleveringsrecht', *DD* 2005, afl. 5/34, p. 498-499.

werd toegepast. Geschaad vertrouwen kan weer worden hersteld door garanties die de betreffende staat ook in het verleden heeft afgegeven en nageleefd. Een vergelijkbaar probleem deed zich voor in de zaak waarin de Hoge Raad uitspraak deed op 11 maart 2003: het vertrouwen werd geschaad door het tijdsverloop van deze zaak. De Rechtbank Rotterdam had in deze zaak geoordeeld dat de redelijke termijn van berechting in de zin van art. 6 EVRM was geschonden doordat de opgeëiste persoon in 1993 was verhoord terzake van de hem verweten feiten (vermogensdelicten) door de Belgische autoriteiten bij gelegenheid van een tegen hem gericht, op verzoek van de Belgische autoriteiten uitgevoerde huiszoeking. De rechtbank beschouwde dit verhoor als het begin van de vervolging in België. Sedertdien had de opgeëiste persoon niets meer vernomen vanuit België, hoewel hij op een GBA-adres in Nederland bereikbaar was. In 1999 werd hij bij verstek veroordeeld in België, maar ook die veroordeling of een oproeping voor de zitting had hem niet bereikt. In 2002 verzocht België de uitlevering van deze persoon, zodat negen jaar waren verstreken sinds het verhoor in 1993. Na zijn verhoor in 1993 heeft geen enkele voor hem kenbare vervolgingshandeling plaatsgevonden, aldus de Rechtbank Rotterdam.

In een dergelijke zaak kan het tijdsverloop een vermoeden opleveren dat aanleiding kan zijn tot nader onderzoek. Bij dat onderzoek zouden twee vragen centraal kunnen staan: is er sprake geweest van een schending van art. 6 EVRM en is die schending ook flagrant te noemen? Daarbij kan het uitgangspunt van het EHRM uit de Einhorn-zaak worden gehanteerd dat de opgeëiste persoon de 'flagrant nature' van de gestelde schending moet bewijzen.⁶⁸ In de zaak uit het arrest van 11 maart 2003 zou dat betekenen dat de opgeëiste persoon moet aantonen dat het door de rechtbank als beginpunt van vervolging genoemde verhoor een maatregel was die zijn situatie 'substantially' heeft beïnvloed op een manier die is te vergelijken met een 'official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence'.⁶⁹ Daarbij moet de opgeëiste persoon aantonen dat de schending van art. 6 EVRM inderdaad 'flagrant' was. Uit het arrest van 11 maart 2003 blijkt niet dat de opgeëiste persoon dergelijke standpunten uitdrukkelijk heeft gesteld en onderbouwd aan de hand van de criteria uit de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad.⁷⁰ Het is niet uitgesloten dat de

68. Overweging 34 in EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn t. Frankrijk): '...where extradition proceedings are concerned, an applicant is required to prove the "flagrant" nature of the denial of justice which he fears'. Zie ook Keijzer, 'Goede trouw in het uitleveringsrecht', *DD* 2005, afl. 5/34, p. 508-509. Keijzer bepleit een stelplicht en een plicht om het gestelde behoorlijk te onderbouwen, waarbij niet het onmogelijke van de opgeëiste persoon mag worden verwacht en waarbij eventueel toezeggingen van de verzoekende staat kunnen worden gevraagd. Zie verder Alette Smeulers, *In staat van uitlevering* (diss. Maastricht), Antwerpen: Uitgeverij Intersentia 2003, p. 121-127 over bewijslastverdeling op basis van het EVRM.

69. Zie bijvoorbeeld overweging 34 in EHRM 10 december 1982, nr. 8304/70 (Corigliano t. Italië). Zie ook overweging 3.12.1 in HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 358 m.nt. P.A.M. Mevis: heeft de staat jegens de betrokkene een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat tegen hem ter zake van een bepaald strafbaar feit door het openbaar ministerie een strafvervolging zal worden ingesteld. Volgens de Hoge Raad vloeit uit art. 6 EVRM niet zonder meer voort dat het eerste politieverhoor een dergelijke handeling is. Zie ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 534-535.

70. Vgl. art. 359 lid 2 Sv. Deze bepaling is niet van toepassing bij uitlevering en overlevering (art. 29 UW, art. 30 lid 1 OLW), maar aan een mensenrechtenverweer zou wel het minimumvereiste kunnen worden gesteld dat het verweer als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt moet worden geformuleerd,

opgeëiste persoon en zijn raadsman dat wel hebben gedaan, maar de Rechtbank Rotterdam geeft in haar uitspraak niet weer hoe het verweer is gevoerd. Uit de overwegingen van de Rechtbank Rotterdam die in het arrest van de Hoge Raad worden aangehaald, blijkt slechts dat deze rechtbank heeft onderzocht welke activiteiten de Belgische autoriteiten hebben ondernomen om de betrokkene op de hoogte te stellen van de vervolging die inmiddels tegen hem liep en die uitmondde in een verstekveroordeling. De Rechtbank Rotterdam gaat er zonder nadere argumentatie van uit dat het eerste verhoor van de opgeëiste persoon het beginpunt van de redelijke termijn was.

In deze zaak kan de vraag worden opgeworpen of het tijdsverloop wel een schending was van art. 6 EVRM en of deze schending 'flagrant' was in de zin waarin het EHRM deze term hanteert. Het Hof heeft de mogelijkheid van een 'flagrante' schending aangenomen met betrekking tot verstekvonnissen (Einhorn) en de systematische ontzegging van toegang tot een raadsman of tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter (Al-Moayad). In verband met uitleveringen heeft het Hof zich nog niet uitgelaten over de vraag of een schending van de redelijke termijn 'flagrant' kan zijn in de betekenis die het Hof daaraan toekent in de zaken van Soering, Einhorn en Al-Moayad.

In het arrest van 11 maart 2003 sluit de Hoge Raad niet uit dat termijnverloop een reden kan zijn voor ontoelaatbaarverklaring van de uitlevering. Inmiddels is de Hoge Raad op 17 juni 2008 tot de categorische conclusie gekomen dat schendingen van de redelijke termijn in Nederlandse strafzaken niet tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kunnen leiden, ook niet in uitzonderlijke gevallen.⁷¹ Die conclusie lijkt op de veronderstelling te zijn gebaseerd dat een schending van de redelijke termijn in de zin van art. 6 EVRM nimmer 'flagrant' kan zijn. Dat zou tot gevolg kunnen hebben dat een dergelijke schending naar het oordeel van de Hoge Raad ook niet tot ontoelaatbaarverklaring van de uitlevering kan leiden, waardoor de Hoge Raad op dit punt zou zijn teruggekomen op zijn arrest van 11 maart 2003 en de rechtspraak die daarin wordt aangehaald.⁷²

Hierbij past de kanttekening dat het EHRM nog niet heeft uitgesloten dat een overschrijding van de redelijke termijn in bepaalde gevallen 'flagrant' moet worden geacht in de betekenis die het Hof aan die term toekent. Zo sluit het Hof in de Einhorn-zaak ook niet uit dat negatieve publicaties over een strafzaak tot de conclusie kunnen leiden dat art. 6 EVRM in het geding is. Een vergelijkbare redenering

waaraan kan worden toegevoegd dat het EHRM in uitleveringszaken een bepaalde bewijslast op de klager legt.

71. Overweging 3.21 in HR 17 juni 2008, NJ 2008, 358 m.nt. P.A.M. Mevis.

72. In overleveringszaken heeft de Rechtbank Amsterdam op grond van art. 11 OLV de overlevering geweigerd met het argument dat de overschrijding van de redelijke termijn in de zin van art. 6 EVRM zodanig van aard was dat zij 'naar Nederlandse maatstaven nog slechts gecompenseerd zou kunnen worden door een verval van een recht op vervolging'. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 1 juli 2005, NJ 2005, 341. Gelet op de categorische uitsluiting van deze mogelijkheid door de Hoge Raad in het arrest van 17 juni 2008 lijkt deze redenering niet langer te kunnen worden gevolgd. Bovendien wees de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 1 juli 2005 af van de 'precisering' uit het arrest van de Hoge Raad van 11 maart 2003 dat tegen de flagrante schending geen rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM openstaat in de betrokken staat. Inmiddels lijkt de Rechtbank Amsterdam de lijn van de Hoge Raad te volgen. Zo besliste deze rechtbank in een uitspraak van 14 november 2008 (LJN BG6622) dat voor de opgeëiste persoon een effectieve remedy beschikbaar is in de uitvaardigende staat Griekenland tegen een 'zeer aanzienlijk' tijdsverloop van meer dan twaalf jaar.

lijkt mij niet zonder meer uitgesloten ten aanzien van de redelijke termijn. Het is niet ondenkbaar dat een klager kan bewijzen dat zijn situatie zodanig is geraakt door een onredelijk lange vervolging dat de schending van art. 6 EVRM flagrant genoemd moet worden. Het zou daardoor mogelijk kunnen zijn dat uitlevering op grond van het EVRM dient te worden geweigerd. Gelet op het open karakter van art. 6 EVRM kan het onwenselijk worden geacht om bij voorbaat uit te sluiten dat een overschrijding van de redelijke termijn een ‘flagrante’ schending van art. 6 EVRM kan opleveren.⁷³

11 Voltooide en dreigende marteling

In een arrest van 20 mei 2003 verwees de Hoge Raad naar zijn overwegingen uit het arrest van 11 maart 2003 inzake het ontbreken van een daadwerkelijk rechtsmiddel. In de zaak uit het arrest van 20 mei 2003 had de opgeëiste persoon zich op het standpunt gesteld dat belastende verklaringen tegen hem in Spanje waren verkregen door marteling van getuigen. Door het gebruik van deze verklaringen tegen hem zou art. 6 EVRM worden geschonden. Bovendien zou de opgeëiste persoon zelf door uitlevering aan Spanje worden blootgesteld aan het reële risico dat hij zou worden gefolterd. Om die reden zou uitlevering onverenigbaar zijn met art. 3 EVRM.⁷⁴

De Hoge Raad bouwde zijn redenering ten aanzien van het vertrouwensbeginsel iets anders op dan in het arrest van 11 maart 2003. De Hoge Raad leidde in het arrest van 20 mei 2003 uit het vertrouwensbeginsel af dat ervan moet worden uitgegaan dat een partij bij het EVRM de opgeëiste persoon een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen schendingen van het EVRM toekent. Daarop herhaalde de Hoge Raad de twee stappen die hij in het eerdere arrest had geformuleerd: er dient sprake te zijn van een dreigende flagrante inbreuk op art. 6 EVRM en naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat een rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM ontbreekt in de verzoekende staat.

De opgeëiste persoon en zijn raadsman hadden die tweede stap in deze zaak niet gezet.⁷⁵ Zij hadden niet aangevoerd dat de opgeëiste persoon zich na uitlevering niet met vrucht zou kunnen beroepen op schending van art. 6 EVRM in verband met de marteling van de getuigen. De Hoge Raad liet daarbij in het midden of een schending van art. 6 EVRM heeft plaatsgevonden door marteling van getuigen (waarbij jegens die getuigen art. 3 EVRM zou zijn geschonden). Net als in de zaak van 11 maart 2003 stuitte het mensenrechtenverweer af op het vertrouwen in de beschikbaarheid van een rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM in de verzoekende staat.

Vanuit de Cenaj-relativering geredeneerd is dat te verdedigen: het is de verantwoordelijkheid van Spanje en niet van Nederland dat in Spanje de mensenrechten worden nageleefd. In deze zaak had echter ook de eerste stap uit het paradigma van de Hoge Raad kunnen worden gevolgd ten aanzien van de gestelde schending van art. 6 EVRM. De opgeëiste persoon had aangevoerd dat belastende verklaringen

73. Zie ook de kritiek van Mevis in punt 13 van zijn noot onder HR 17 juni 2008, NJ 2008, 358.

74. HR 20 mei 2003, NJ 2004, 41 m.nt. YB.

75. Overweging 6.4.2 in HR 20 mei 2003, NJ 2004, 41.

in Spanje door marteling waren verkregen. Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt niet dat dit standpunt nader is onderbouwd. Uit de rechtspraak van het EHRM (Einhorn) volgt dat de bewijslast van de flagrante schending in beginsel op de opgeëiste persoon berust. In dit geval zou die bewijslast kunnen inhouden dat deze persoon informatie moet aandragen ter onderbouwing van zijn verweer. Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt niet dat dat is gebeurd.

Wellicht is deze bewijslast te zwaar, maar dan zou nader onderzoek kunnen worden gedaan naar de wijze waarop belastende verklaringen in deze zaak zijn verkregen. Ook zouden aan Spanje nadere garanties kunnen worden gevraagd in verband met een dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM en het gebruik van de belastende verklaringen. Het voordeel van deze benadering is dat Nederland als aangezochte staat een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM biedt tegen dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM vanuit de gedachte dat dergelijke schendingen zo ernstig zijn dat een opgeëist persoon daaraan niet mag worden blootgesteld. De bescherming tegen flagrante schendingen dient praktisch en effectief te zijn en daaruit volgt dat het daadwerkelijke rechtsmiddel in de aangezochte staat moet worden geboden.

Deze redenering past in het Soering-paradigma, maar zij wordt aangetast door de Cenaj-relativering. Deze relativering is problematisch in verband met dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM en ook in verband met dreigende schendingen van art. 3 EVRM. De redenering dat een verdachte na marteling in Spanje een rechtsmiddel daartegen zou kunnen aanwenden en eventueel naar het EHRM zou kunnen stappen, is geen aanvaardbare redenering om uitlevering toelaatbaar te achten. Het effectieve rechtsmiddel moet worden geboden in de aangezochte staat. Dat vloeit eveneens voort uit het verbod tot uitlevering bij dreigende foltering op grond van art. 3 lid 1 van het Verdrag tegen Foltering.⁷⁶

Ten aanzien van het verweer dat foltering in Spanje dreigde na uitlevering overwoog de Hoge Raad dat het oordeel of de uitlevering op die grond moet worden geweigerd, is voorbehouden aan de minister van Justitie.⁷⁷ Aan deze overweging voegde de Hoge Raad de volgende redenering toe:

‘Slechts indien komt vast te staan dat de opgeëiste persoon door politiefunctionarissen van de verzoekende staat in verband met deze zaak is gefolterd, kan een inbreuk op het door art. 6 EVRM gegarandeerde recht op een eerlijk proces niet meer worden afgewend en komt het oordeel of de gevraagde uitlevering moet worden geweigerd toe aan de uitleveringsrechter, die daarbij het onder 6.4.1 overwogene in zijn oordeel zal hebben te betrekken. Dat de opgeëiste persoon in verband met deze zaak reeds is gefolterd is niet gesteld en ook niet komen vast te staan.’

Dit is een opmerkelijke overweging, gelet op het feit dat de Hoge Raad een reeds voltooid foltering onder een schending van art. 6 EVRM brengt en niet onder art. 3 EVRM. Vervolgens verwijst de Hoge Raad in de aangehaalde overweging naar het

76. Zie ook art. 19 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de dertiende inleidende overweging bij het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel.

77. Overweging 6.5 in HR 20 mei 2003, NJ 2004, 41 met verwijzing naar HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 533 (overweging 5.3).

tweestappenschema uit overweging 6.4.1: de opgeëiste persoon zal moeten aanvoeren dat er sprake is van een flagrante schending van art. 6 EVRM waartegen in de verzoekende staat geen rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM openstaat. Met deze redenering lijkt de Hoge Raad terug te komen op eerdere rechtspraak waarin reeds voltooide foltering in verband met de zaak waarvoor uitlevering wordt verzocht als een dwingende weigeringsgrond werd beschouwd.⁷⁸

Inmiddels heeft de Hoge Raad in een arrest van 26 juni 2007 duidelijk gemaakt dat hij in het arrest van 20 mei 2003 niet is teruggekomen op eerdere rechtspraak. De Hoge Raad overwoog:

‘3.3. Anders dan wel wordt afgeleid uit HR 20 mei 2003, NJ 2004, 41 dient, indien komt vast te staan dat de opgeëiste persoon in verband met de zaak waarvoor zijn uitlevering wordt gevraagd door functionarissen van de verzoekende staat is gefolterd, de verzochte uitlevering door de rechter zonder meer ontoelaatbaar te worden verklaard (vgl. HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 533, HR 17 december 1996, NJ 1997, 534 en HR 21 maart 2000, NJ 2000, 540).’⁷⁹

De zaak uit dit arrest van 26 juni 2007 levert een goed voorbeeld op van een te algemeen gesteld verweer in verband met art. 3 EVRM. De Rechtbank Amsterdam verwierp het verweer met de overweging dat de stelling van de raadvrouw dat de opgeëiste persoon in Moldavië was gefolterd in verband met zijn zaak slechts werd onderbouwd met omstandigheden die door de opgeëiste persoon in algemene zin werden omschreven. De gestelde foltering werd niet nader onderbouwd met specifieke gegevens in de vorm van data, personen en plaatsen waardoor de stelling controleerbaar zou worden. De enkele stelling van foltering is onvoldoende om de uitlevering ontoelaatbaar te achten, aldus de rechtbank. De Hoge Raad achtte dit oordeel niet onbegrijpelijk. Hier zou een analogie kunnen worden gelegd met de rechtspraak van het EHRM waarin te algemeen geformuleerde en niet nader onderbouwde klachten over dreigende marteling ongegrond worden geacht zonder specifieke informatie met betrekking tot de zaak van de klager die door bewijs wordt bevestigd.⁸⁰

In verband met voltooide of dreigende foltering doen zich enkele problemen voor. Allereerst beperkt de Hoge Raad het verweer van de voltooide foltering tot de zaak waarvoor uitlevering wordt verzocht.⁸¹ De Hoge Raad motiveert niet waarom deze beperking gerechtvaardigd is en de beperking lijkt ook te categorisch te zijn. Het argument van de Hoge Raad om uitlevering ontoelaatbaar te achten bij voltooide foltering is de analogie met art. 3 lid 1 van het Verdrag tegen Foltering. Doel en strekking van dat verdrag is het doeltreffender maken van de bestrijding van foltering in de gehele wereld. Daarin ligt volgens de Hoge Raad *a fortiori* besloten dat

78. Overweging 5.4 in HR 15 oktober 1997, NJ 1997, 533.

79. Overweging 3.3 in HR 26 juni 2007, LJN BA0875. Hiermee ontkracht de Hoge Raad de kritiek die in de literatuur is geuit op de aangehaalde overweging uit HR 20 mei 2003, NJ 2004, 42. Zie V. Glerum en K. Rozemond, ‘Een evaluatie van de Nederlandse Overleveringswet’, DD 2006, afl. 2/9, p. 163. Zie ook punt 4.6 in de conclusie van A-G Wortel bij HR 15 september 2006, NJ 2007, 277 m.nt. A.H. Klip (Kesbir).

80. Overweging 72 en 73 in Mamatkulov en Askarov.

81. Overweging 5.2 in HR 17 december 1996, NJ 1997, 534 m.nt. Sch.

evenmin mag worden uitgeleverd indien vaststaat dat, in verband met de zaak met betrekking waartoe de uitlevering wordt gevraagd, foltering reeds heeft plaatsgehad.⁸² In het licht van doel en strekking van het Verdrag tegen Foltering ligt de beperking tot folteringen in verband met de zaak waarvoor uitlevering wordt gevraagd allerm minst voor de hand. Een minder categorische benadering is wellicht beter verde digbaar, bijvoorbeeld de benadering dat foltering in het algemeen een reden is om uitlevering te weigeren, maar dat zeer bijzondere omstandigheden een uitzondering op dit beginsel kunnen rechtvaardigen, bijvoorbeeld de omstandigheid dat de foltering in het verleden heeft plaatsgevonden en inmiddels veranderingen in het regiem zijn doorgevoerd.⁸³ Een foltering kan echter zo ernstig zijn geweest dat de foltering gelet op de strekking en het doel van het Verdrag tegen Foltering een reden kan zijn om uitlevering te weigeren, ook al vond de foltering niet plaats in verband met de zaak waarvoor uitlevering wordt verzocht. Ook kan een reeds voltooide foltering een indicatie zijn voor het reële risico dat de opgeëiste persoon na uitlevering opnieuw zal worden gefolterd.⁸⁴ Er zou zelfs kunnen worden betoogd dat uit doel en strekking van het Verdrag tegen Foltering volgt dat uitlevering in beginsel moet worden geweigerd wanneer getuigen zijn gemarteld in de zaak tegen de opgeëiste persoon.⁸⁵

Ook is het mogelijk om het vereiste verband tussen de foltering en de uitleveringszaak ruim te nemen. Die oplossing volgde de Rechtbank Maastricht in een uitleveringszaak waarin de opgeëiste persoon aannemelijk had gemaakt dat hij was gemarteld na een demonstratie in het kader van de strijd voor de 'Koerdische zaak' in 1989 in Turkije. De opgeëiste persoon had hierover in Nederland nog voordat er sprake was van een Turks uitleveringsverzoek een gedetailleerde verklaring afgelegd, die werd bevestigd door een verklaring van een andere persoon die deels dezelfde martelingen had ondergaan na de betreffende demonstratie, en door een ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en informatie van Amnesty International en Human Rights Watch over de situatie in Turkije in 1990. Het Turkse uitleveringsverzoek had betrekking op het lidmaatschap van de opgeëiste persoon van de PKK vanaf 20 maart 1991 tot 1996. Daardoor vond de marteling in 1989 volgens de Rechtbank Maastricht plaats in verband met het feit waarvoor uitlevering werd verzocht.⁸⁶ Dat verband lijkt wat ver gezocht te zijn en wordt ook niet nader toegelicht door de rechtbank. Het valt echter te verdedigen dat de ontoelaatbaarheid van de uitlevering voortvloeit uit doel en strekking van het Verdrag tegen Foltering. Het feit dat de opgeëiste persoon in het verleden gemarteld is in verband met zijn betrokkenheid bij de Koerdische zaak levert bovendien een argument op om te vrezen dat deze persoon na uitlevering zal worden blootgesteld aan het reële risico dat hij opnieuw zal worden gemarteld. Hierover zouden nadere

82. Overweging 5.5.2 in HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 533.

83. Alette Smeulers, *In staat van uitlevering* (diss. Maastricht), Antwerpen: Uitgeverij Intersentia 2003, p. 124 en de door haar aangehaalde rechtspraak van het EHRM.

84. Alette Smeulers, *In staat van uitlevering*, (diss. Maastricht), Antwerpen: Uitgeverij Intersentia 2003, p. 129 en de door haar aangehaalde rechtspraak van het EHRM.

85. In die zin J. Wortel, 'Mensenrechten en uitlevering', in: P.D. Duyx en P.D.J. van Zeven (red.), *Via Straatsburg* (Liber amicorum Egbert Myjer), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 367. De minister van Justitie zou in zijn uitleveringsbeslissing dergelijke aspecten kunnen betrekken. Hierop wijst A-G Keizer in punt 9 zijn conclusie bij HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243 m.nt. A.H. Klip.

86. Rb. Maastricht 5 december 2006, L/N AZ3649.

vragen kunnen worden gesteld aan de Turkse autoriteiten en wellicht ook nadere garanties kunnen worden bedongen via de minister van Justitie.

Over het reële risico op marteling na uitlevering gaat niet de uitleveringsrechter, maar de minister van Justitie. De Hoge Raad leidt deze bevoegdheidsverdeling af uit de parlementaire geschiedenis van de Uitleveringswet. Op grond van art. 8 en art. 10 UW is de minister van Justitie bevoegd uitlevering te weigeren wanneer in de verzoekende staat de doodstraf is gesteld op het feit waarvoor uitlevering wordt verzocht of wanneer discriminerende vervolging dreigt of de gevolgen van uitlevering van bijzondere hardheid zouden zijn voor de opgeëiste persoon vanwege zijn leeftijd of gezondheid. In verband met de doodstraf kan de minister garanties bedingen dat de doodstraf niet wordt opgelegd of ten uitvoer gelegd. Het wetshistorische argument om deze bevoegdheden aan de minister toe te kennen, was dat de regering over 'informaties' beschikt over andere staten die niet toegankelijk zijn voor de rechter. Ook zou de minister niet verantwoordelijk zijn voor de beslissing wanneer de rechter over deze weigeringsgronden beslist. Een eventuele interventie van de regering wanneer toch discriminatoire vervolging plaatsvindt, zou daardoor aan kracht inboeten.⁸⁷

Deze argumenten zijn op zich niet erg sterk. Bovendien zijn ze niet zonder meer van toepassing op de toetsing van mensenrechten bij uitlevering.⁸⁸ Zo is de uitleveringsrechter wel bevoegd om te beslissen over verweren inzake dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM en ook over de toelaatbaarheid van uitlevering in verband met verstekvonnissen op grond van art. 5 lid 3 UW. In overleveringszaken is de Rechtbank Amsterdam bevoegd om op grond van art. 11 OLW alle mensenrechtenverweren te beoordelen en op grond van art. 12 OLW bevoegd om garanties te vragen in verband met verstekvonnissen.

In ieder geval geldt op grond van het Soering-paradigma het vereiste dat de aangezochte staat een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM dient te bieden tegen dreigende schendingen van art. 3 EVRM. Dat rechtsmiddel kan worden geboden via een kort geding tegen de beslissing van de minister om uit te leveren. In het kort geding kan het verweer worden gevoerd dat de beslissing van de minister onrechtmatig is omdat de minister er ten onrechte van uit gaat dat er geen risico op marteling bestaat of omdat hij garanties heeft gevraagd en gekregen die niet genoegzaam zijn om een dreigende schending van art. 3 EVRM af te wenden. De uitleveringsrechter kan op grond van art. 30 lid 2 UW een advies aan de minister geven dat kan doorwerken in de uiteindelijke beoordeling van zijn beslissing door de voorzieningenrechter. Het nadeel van deze gang van zaken is de omslachtigheid ervan. Wanneer de uitleveringsrechter het daadwerkelijke rechtsmiddel zou bieden, zou dat een gang naar de voorzieningenrechter kunnen besparen. Daardoor krijgt

87. Overweging 5.3.1 en 5.3.2 in HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 533, herhaald in overweging 3.4.1 in HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243 m.nt. A.H. Klip.

88. De redenering van de Hoge Raad dat de minister beslist over dreigende martelingen is uitvoerig bekritiseerd. Zie de noten van Schalken onder HR 17 december 1997, NJ 1997, 534 en HR 21 maart 2000, NJ 2000, 540, Alette Smeulers, *In staat van uitlevering* (diss. Maastricht), Antwerpen: Uitgeverij Intersentia 2003, p. 236-266, punt 11-18 van de conclusie van A-G Keijzer bij HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243, punt 4 en 8 van de noot van Klip onder dat arrest, J. Wortel, 'Mensenrechten en uitlevering', in: P.D. Duyx en P.D.J. van Zeven (red.), *Via Straatsburg* (Liber Amicorum Egbert Myjer), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 366, V. Glerum en K. Rozemond, 'Een evaluatie van de Nederlandse Overleveringswet', *DD* 2006, afl. 2/9, p. 162.

de opgeëiste persoon eerder zekerheid over de vraag of hij wel of niet wordt uitgelverd. Wanneer de dreiging van een marteling reëel is, dan staat het langdurig blootstellen van de opgeëiste persoon aan deze dreiging op gespannen voet met art. 3 EVRM.⁸⁹

12 Het reële risico in de zaak Kesbir

Nuriye Kesbir werd verdacht van betrokkenheid bij terroristische activiteiten van de Koerdische Arbeiderspartij PKK. Meer in het bijzonder werd zij ervan verdacht dat zij binnen de PKK een leidinggevende functie vervulde. Om die redenen verzocht Turkije Nederland om uitlevering van Kesbir. De Rechtbank Amsterdam verklaarde de uitlevering ontoelaatbaar vanwege de ongenoegzaamheid van de stukken (art. 18 lid 3 en art. 28 lid 2 UW, art. 12 EUV). De Rechtbank Amsterdam was van oordeel dat zij op basis van het uitleveringsverzoek en de aanvullende stukken uit Turkije niet kon onderzoeken of was voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid van het feit op grond van art. 2 lid 1 EUV en art. 5 lid 1 onder a UW.⁹⁰ De Hoge Raad caseerde deze beslissing en verklaarde de uitlevering toelaatbaar. Naar het oordeel van de Hoge Raad konden de feiten worden gekwalificeerd als deelneming aan een criminele organisatie in de zin van art. 140 Sr (in verbinding met art. 289 Sr en/of art. 303 Sr).⁹¹

De Hoge Raad ging in zijn beslissing tot toelaatbaarverklaring uitgebreid in op de vraag of Kesbir zich kon beroepen op de weigeringsgrond van het politieke delict (art. 11 lid 1 UW en art. 3 lid 1 EUV). De Hoge Raad kwam tot de conclusie dat een dergelijk beroep in dit geval niet mogelijk was vanwege de onevenredigheid van het geweld van de PKK in verhouding tot het nagestreefde politieke doel. Bij aanslagen van de PKK die in de Turkse stukken werden omschreven, waren ook burgerslachtoffers gevallen en door de wijze waarop die aanslagen waren uitgevoerd, kon niet worden gezegd dat het politieke aspect van het delict zwaarder woog dan het gewelddadig criminele karakter ervan. Ook had de verdediging volgens de Hoge Raad niet gesteld dat de aanslagen in de redelijke voorstelling van de dader rechtstreeks tot het beoogde politieke einddoel konden leiden.⁹² Verder verwierp de

89. Alette Smeulers, *In staat van uitlevering* (diss. Maastricht), Antwerpen: Uitgeverij Intersentia 2003,, p. 260.

90. Rb. Amsterdam 10 december 2002, *IJN* AF1681.

91. HR 17 juni 2003, *IJN* AF6988 en 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276 m.nt. A.H. Klip. De Raad van State verklaarde het hoger beroep van Kesbir in verband met de afwijzing van haar asielaanvraag op 23 juli 2004 ongegrond (*IJN* AQ5615). Volgens de Raad van State prevaleert de uitleveringsprocedure boven de uitzettingsprocedure en diende daarom met uitzetting te worden gewacht. Op dat moment had de minister van Justitie zijn uitleveringsbeslissing nog niet genomen (deze beslissing viel op 7 september 2004).

92. Overweging 3.4.11, 3.4.12 en 3.4.13 in HR 7 mei 2004 *NJ* 2007, 276. De kwestie van het politieke delict was in deze zaak gecompliceerd door de toepasselijkheid van het Europees Verdrag tot bestrijding van Terrorisme dat een beroep op het politieke delict als weigeringsgrond bij uitlevering uitsluit (art. 1 EVT). Nederland heeft bij dit verdrag een voorbehoud gemaakt in de zin van art. 13 EVT: een beroep op het politieke delict blijft mogelijk, maar bij de beoordeling daarvan moet rekening worden gehouden met de omstandigheden die in art. 13 lid 1 EVT worden genoemd, waarbij onder andere van belang is dat door het feit personen zijn geschaad die niets hebben uit te staan met de achterliggende motieven. Zie overweging 3.4.8 in het arrest, punt 49 e.v. in de samenvatting van A-G Jörg en punt 9 e.v. van de noot van Klip.

Hoge Raad het beroep van de verdediging op de straffeloosheid van de gedragingen op grond van humanitair oorlogsrecht.⁹³

De Hoge Raad ging in het arrest niet in op de mensenrechtenverweren van de verdediging. Wel bracht de Hoge Raad op grond van art. 30 lid 2 UW advies uit aan de minister van Justitie. Uit het advies blijkt dat de verdediging zich bij de behandeling van het verzoek op de zitting bij de Hoge Raad had beroepen op dreigende schending van art. 3 EVRM en dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM. De Hoge Raad achtte onvoldoende gronden aanwezig om de minister te adviseren de verzochte uitlevering niet toe te staan. Wel gaf de Hoge Raad de minister in overweging dat hij in overleg met de Turkse autoriteiten zou bevorderen dat de nodige waarborgen zouden worden geschapen in verband met de mensenrechten van Kesbir.

Het advies van de Hoge Raad is om twee redenen opmerkelijk. Allereerst is het opmerkelijk dat de Hoge Raad niet in het arrest, maar in het advies ingaat op de gevoerde mensenrechtenverweren. Weliswaar had het beroep op dreigende schending van art. 3 EVRM (en op art. 3 Verdrag tegen Foltering) verworpen kunnen worden met de standaardoverweging dat de beoordeling daarvan is voorbehouden aan de minister van Justitie,⁹⁴ maar het beroep op dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM zou volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad door de uitleveringsrechter moeten worden beoordeeld. In zijn samenvatting gaat A-G Jörg wel op dit verweer in en gebruikt hij de tweede stap in de standaardredenering van de Hoge Raad om dit verweer ongegrond te achten: de verdediging heeft bij de Rechtbank Amsterdam niet aangevoerd dat de opgeëiste persoon zich na uitlevering in Turkije niet met vrucht op een inbreuk op art. 6 EVRM zou kunnen beroepen. Jörg merkt daarbij op dat de Turkse autoriteiten de garantie hebben gegeven dat Kesbir voor een civiele rechtbank zal worden vervolgd waaraan geen militairen zijn verbonden.⁹⁵

Jörg droeg zijn samenvatting in de zaak Kesbir voor op de zitting bij de Hoge Raad waarop de toelaatbaarheid van het Turkse uitleveringsverzoek werd behandeld (art. 31 lid 8 UW). Op die zitting voerde ook de verdediging verweer tegen dit verzoek, maar daarop kon Jörg in zijn samenvatting nog niet ingaan. Zijn opmerkingen over de mensenrechtenverweren betreffen deze verweren zoals ze bij de Rechtbank Amsterdam zijn gevoerd. In zijn arrest gaat de Hoge Raad ook niet in op de verweren die de verdediging op de zitting bij de Hoge Raad heeft gevoerd, zodat een gemotiveerde bespreking van deze verweren in de samenvatting van Jörg en het arrest van de Hoge Raad ontbreekt. Uit het advies van de Hoge Raad blijkt wel dat de

93. Overweging 3.3.1-3.3.9 in HR 7 mei 2004, NJ 2007, 276, punt 13 e.v. in de samenvatting van A-G Jörg en punt 2 e.v. van de noot van Klip.

94. Zie punt 108 en 109 van de samenvatting van A-G Jörg.

95. Punt 105 en 106 van de samenvatting van A-G Jörg. Het feit dat een militaire rechter betrokken was bij de berechting van PKK-leider Öcalan leidde tot het oordeel van het EHRM dat Öcalan geen eerlijk proces had gekregen in Turkije. Zie overweging 111-121 in EHRM 12 maart 2003, nr. 46221/99 (Öcalan t. Turkije) met verwijzing naar eerdere uitspraken van gelijke strekking. Deze beslissing werd bevestigd door de Grote Kamer van het Hof in EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 (overweging 106-118). Het Hof constateerde eveneens schendingen van art. 6 EVRM in verband met beperkingen in de toegang tot een raadsman en het dossier (overweging 130-148 in het arrest van 12 mei 2005). Het Hof was van oordeel dat het opleggen van de doodstraf na een oneerlijk proces een schending was van art. 3 EVRM (overweging 162-175). Het Hof was van oordeel dat de detentieomstandigheden van Öcalan geen schending van art. 3 EVRM opleverden (overweging 179-185 en 190-196).

Hoge Raad van oordeel was dat er onvoldoende gronden waren om aan te nemen dat Kesbir na uitlevering zal worden blootgesteld aan het reële risico dat zij zou worden onderworpen aan marteling of onmenselijke of vernederende behandeling. De Hoge Raad was ook van oordeel dat er onvoldoende gronden waren om te vrezen voor een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces na uitlevering. Uit het advies blijkt echter niet wat de feitelijke grondslag is van deze oordelen en ook niet op welke wijze de Hoge Raad de relevante feiten uit deze zaak heeft beoordeeld aan de hand van de criteria uit de rechtspraak van de Hoge Raad en het EHRM.

Dat is het eerste opmerkelijke aspect van deze zaak: de strafkamer van de Hoge Raad heeft in het kader van de uitleveringsprocedure nagelaten een gemotiveerd oordeel te geven over de mensenrechtenverweren van Kesbir. Het tweede opmerkelijke aspect is dat de Hoge Raad ondanks de afwezigheid van een motivering ten aanzien van de gevoerde verweren wel een voor Kesbir ongunstig oordeel gaf: er waren volgens de Hoge Raad onvoldoende gronden om uitlevering ontoelaatbaar te achten vanwege dreigende schendingen van art. 3 en 6 EVRM, waarbij opvalt dat dat oordeel afwijkt van het uiteindelijke oordeel van de civiele kamer van de Hoge Raad in deze zaak.

De minister van Justitie besliste op 7 september 2004 dat Kesbir kon worden uitgeleverd aan Turkije, nadat de Turkse autoriteiten de toezegging hadden gedaan dat zij zich jegens Kesbir aan de verdragsrechtelijke verplichtingen zouden houden onder de toepasselijke mensenrechtenverdragen. De meest concrete toezegging van Turkije betrof de mededeling dat de speciale 'State Security Courts' inmiddels waren afgeschaft, waaruit kon worden afgeleid dat Kesbir voor een gewone strafrechter zou verschijnen. Tegen de uitleveringsbeslissing spande Kesbir een kort geding aan. De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage was van oordeel dat de Turkse garanties ongenoegzaam waren om een dreigende schending van art. 3 EVRM af te wenden. Daarom was de uitleveringsbeslissing van de minister van Justitie onrechtmatig. Dit vonnis werd bevestigd door het Hof 's-Gravenhage. De civiele kamer van de Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de staat.⁹⁶

Het verschil met de beoordeling van mensenrechtenverweren in uitleveringsprocedure is dat de civiele rechters deze verweren beoordeelden binnen het Soering-paradigma. De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage onderzocht de vraag of er een reël risico op marteling na uitlevering bestond aan de hand van rapporten van mensenrechtenorganisaties en overheidsinstanties, waaronder een ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en een rapport van het Amerikaanse State Department. Uit die rapporten bleek dat in 2004 nog steeds het risico op marteling bestond in Turkije, ondanks inspanningen van de Turkse overheid om martelingen terug te dringen door middel van wetgeving en vervolging van ambtenaren die zich schuldig maken aan folter. PKK-verdachten worden volgens het ambtsbericht van Buitenlandse Zaken overgebracht naar de antiterreureenheid van de politie en bij die eenheid is foltering of mishandeling niet uitgesloten. Koerdische activisten lopen volgens het Amerikaanse State Department een groter risico om te worden onderworpen aan marteling en ook vrouwen krijgen in voor-

96. Rb. 's-Gravenhage 8 november 2004, *IJN* AR5322, Hof 's-Gravenhage 20 januari 2005, *IJN* AS3366, HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277 m.nt. A.H. Klip.

arrest vaak te maken met seksuele intimidatie en soms zwaardere vormen van seksueel misbruik. De Speciale Rapporteur inzake marteling van de Verenigde Naties had daarom een beroep op de minister gedaan om specifieke garanties te bedingen in de vorm van toezeggingen dat Kesbir niet in afzondering zou worden gehouden, dat zij directe toegang tot een raadsman zou krijgen en dat er een systeem van onafhankelijk toezicht op Kesbir zou zijn om te waarborgen dat haar mensenrechten zouden worden gerespecteerd. In het licht van deze gegevens en aanbevelingen is een algemene Turkse garantie dat de mensenrechten van Kesbir gewaarborgd zijn naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende. Ook het Hof 's-Gravenhage kwam tot het oordeel dat algemene garanties onvoldoende waren in het licht van het specifieke risico dat Kesbir als Koerdische vrouw en leidinggevende binnen de PKK liep.

De civiele kamer van de Hoge Raad verwierp het cassatiemiddel dat tegen dit oordeel werd aangevoerd. De civiele kamer van de Hoge Raad stelde daarbij voorop dat de verplichting tot uitlevering op grond van het Europees Uitleveringsverdrag niet kan beletten dat de Nederlandse rechter beoordeelt of de staat door de uitlevering een inbreuk maakt op een andere verdragsnorm waaraan burgers rechtstreeks rechten kunnen ontlenuen. Daardoor kan volgens de civiele kamer ook niet worden gezegd dat de civiele rechter onvoldoende betekenis heeft gehecht aan het vertrouwensbeginsel.⁹⁷ In het arrest van het Hof 's-Gravenhage wordt naar het vertrouwensbeginsel verwezen, maar dan in de zin dat het vertrouwensbeginsel met zich meebrengt dat in beginsel op toezeggingen van een verdragsland moet worden vertrouwd. Er zijn volgens het Hof 's-Gravenhage ook geen voorbeelden dat Turkije garanties niet nakomt. Het gaat er in deze zaak echter om of de gegeven garanties voldoende zijn en dat hangt volgens het Hof 's-Gravenhage af van de inhoud van de garanties en de omstandigheden van het geval.⁹⁸ De civiele kamer van de Hoge Raad is het met deze benadering eens: in de gegeven omstandigheden schoot de inhoud van de garanties tekort omdat deze garanties te algemeen waren en niet toegesneden op de specifieke omstandigheden van Kesbir en de Turkse situatie. De civielrechtelijke invulling van het vertrouwensbeginsel lijkt een wezenlijk andere te zijn dan de invulling die de strafkamer van de Hoge Raad aan dat beginsel geeft. De strafkamer van de Hoge Raad stelt het vertrouwen voorop dat een verzoekende staat in het algemeen de mensenrechten zal respecteren. De strafkamer ontleent dat vertrouwen aan het gegeven dat een verzoekende staat partij is bij het EVRM of aan het gegeven dat Nederland een uitleveringsverdrag met de betreffende staat heeft gesloten, waarbij Nederland rekening heeft kunnen houden met de vereisten die mensenrechtenverdragen stellen aan het rechtssysteem van de andere partij bij het verdrag.⁹⁹ Een dergelijke formele invulling van het vertrouwensbeginsel ligt niet ten grondslag aan de civielrechtelijke uitspraken in de zaak Kesbir. De civiele rechters gaan uit van een materiële invulling van het vertrouwensbeginsel aan de hand van de informatie over de algemene toestand in de verzoekende staat met betrekking tot mensenrechten, de specifieke risico's die de opgeëiste persoon

97. Overweging 3.3 en 3.4.2 in HR 15 september 2006, NJ 2007, 277 met verwijzing naar het arrest van de civiele kamer in de zaak Short: HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249 m.nt. AHJS.

98. Overweging 3.2 in Hof 's-Gravenhage 20 januari 2005, LJN AS3366.

99. Overweging 3.3 in HR 11 maart 2003, NJ 2004, 42 en overweging 3.4.2 in HR 7 september 2004, NJ 2004, 595.

loopt en de gegeven garanties in het licht van de specifieke risico's en de algemene toestand. Daardoor lijkt de civielrechtelijke beoordeling van een mensenrechtenverweer op de wijze waarop het EHRM klachten over dreigende schending van art. 3 EVRM beoordeelt in verband met uitlevering, bijvoorbeeld in de Al-Moayad-zaak. Ook is een parallel te trekken met de wijze waarop het EHRM gegeven garanties in verband met art. 6 EVRM betrok bij zijn beoordeling van de Einhorn-zaak. Verder kan er op relevante verschillen worden gewezen tussen de Kesbir-zaak en de zaak van Gasayev: in die laatste zaak hadden de Russische autoriteiten de garantie gegeven dat onafhankelijk toezicht op de naleving van mensenrechten kon worden uitgeoefend na uitlevering van Gasayev door Spanje aan Rusland en bovendien had Gasayev zich in verband met dreigende schending van art. 2 en 3 EVRM beroepen op algemene informatie van mensenrechtenorganisaties en niet op specifieke informatie die zijn situatie betrof.

In de Kesbir-zaak overwoog de civiele kamer van de Hoge Raad met een verwijzing naar de conclusie van A-G Wortel en het Chahal-arrest van het EHRM dat de toetsing van een uitleveringsbeslissing naar aanleiding van een beroep op art. 3 EVRM een volledige dient te zijn en niet een marginale. In zijn conclusie stelde Wortel zich op het standpunt dat de beperkingen uit de rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad niet gelden voor de civiele rechter omdat anders een rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM tegen dreigende schendingen van art. 3 EVRM zou ontbreken.¹⁰⁰ Het daadwerkelijke rechtsmiddel dient in de civielrechtelijke procedure te worden geboden omdat de uitleveringsprocedure daartoe te veel belemmeringen bevat.

Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat het EHRM in zijn Chahal-arrest niet besliste dat een nationale rechter een uitzettingsbeslissing volledig dient te toetsen. Wel oordeelde het Hof dat bij de beoordeling van het risico op schending van art. 3 EVRM geen afweging mag worden gemaakt tegen het nationale veiligheidsbelang.¹⁰¹ Het Hof achtte een rechterlijke redelijkheidstoetsing op zich niet onverenigbaar met art. 13 EVRM. In het Soering-arrest oordeelde het Hof dat een dergelijke toetsing in het Engelse recht aan de vereisten van art. 13 EVRM voldoet, waarbij het Hof aantekende dat de Engelse rechter een uitleveringsbeslissing van de minister van Binnenlandse Zaken aan 'the most anxious scrutiny' onderwerpt in het licht van het fundamentele karakter van art. 3 EVRM.¹⁰² Het is niet uitgesloten dat het Hof een marginale toetsing door een uitleveringsrechter of een voorzieningenrechter toelaatbaar acht, mits de uitleveringsbeslissing niet op een afweging van belangen berust (het belang om niet te worden gemarteld tegenover het belang van nationale veiligheid). Daar staat echter tegenover dat het Hof zelf bij uitleveringsbeslissingen een volledige toetsing uitvoert in het licht van art. 3 EVRM, waarbij het Hof alle relevante informatie bij zijn beoordeling betreft en uit eigen beweging materiaal verzamelt wanneer dat noodzakelijk is.¹⁰³ Het ligt voor de hand dat nationale rechters op een dergelijke toetsing anticiperen, ook al zou dat strikt

100. Punt 5.9, 5.10 en 9.6 in de conclusie van A-G Wortel voor HR 15 september 2006, NJ 2007, 277.

101. Overweging 153 in EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301 (Chahal t. het Verenigd Koninkrijk), zie ook punt 6 van de noot onder het arrest.

102. Overweging 121 en 122 in EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, NJ 1990, 158 (Soering t. het Verenigd Koninkrijk).

103. Overweging 97 in Chahal, zie ook overweging 69 in Mamatkulov en Askarov.

genomen niet vereist zijn op grond van art. 13 EVRM. Een marginale toetsing heeft op nationaal niveau weinig zin wanneer het EHRM vervolgens een volledige toetsing uitvoert in Straatsburg.

Een tweede kanttekening betreft het gegeven dat Turkije partij is bij het EVRM. In verband met de Cenaj-relativering (en het Tomic-precedent) zou aan dit gegeven betekenis kunnen worden toegekend, zoals het Hof deed in de zaak van Gasayev die speelde na de Kesbir-zaak. In de Soering-zaak vloeide de verplichting om bij uitlevering aan art. 3 en 6 EVRM te toetsen voort uit het feit dat de Verenigde Staten van Amerika geen partij zijn bij het EVRM en daarom geen verplichting hebben op grond van dat verdrag om de mensenrechten van een uitgeleverd persoon te respecteren. Ook kan het EHRM niet worden ingeroepen bij eventuele schending van het EVRM na uitlevering aan Amerika. Wanneer de verzoekende staat wel partij bij het EVRM is, rust op die staat de verplichting om het EVRM na te leven en kan over die staat worden geklaagd bij het EHRM na eventuele schending van dat verdrag. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de aangezochte staat niet een verplichting heeft om te onderzoeken of schending van het EVRM dreigt na uitlevering. Het gaat hierbij niet om een formeel vertrouwen dat de verzoekende staat het EVRM zal naleven, maar om een formele verantwoordelijkheid: wie van de partijen bij het EVRM heeft de verantwoordelijkheid om het EVRM na te leven en tegen wie kan bij het EHRM worden geklaagd over (dreigende) schending?

Uit de Kesbir-zaak zou, net als uit de Shamayev-zaak, kunnen worden afgeleid dat een formele onderscheiding van verantwoordelijkheden om het EVRM na te leven in uitleveringszaken onwenselijk is. Het gaat in dergelijke zaken om de praktische en effectieve bescherming van het recht van de betrokkene om niet te worden onderworpen aan marteling of onmenselijke of vernederende behandeling. Die praktische en effectieve bescherming loopt gevaar wanneer er reële risico's op schending van art. 3 EVRM bestaan na uitlevering. Materiële overwegingen dienen daarom voorrang te hebben boven formele onderscheidingen. Uit deze redenering volgt dat de aangezochte staat op grond van art. 3 EVRM verplicht kan zijn om voldoende garanties te vragen ter bescherming van het fundamentele recht dat in het geding is, ook al is de verzoekende staat partij bij het EVRM. Of een dergelijke garantie dient te worden bedongen, is afhankelijk van de algemene en specifieke informatie in het betreffende geval.

De toestand in Turkije ten tijde van de zaak Kesbir was kennelijk te vergelijken met die in Oezbekistan en Turkmenistan: de situatie in deze landen is zodanig van aard dat uitlevering van verdachten aan deze staten op gespannen voet staat met art. 3 en art. 6 EVRM, ook al doen de betreffende staten de algemene toezegging dat zij deze rechten zullen respecteren.¹⁰⁴ Voorbeelden van genoegzame garanties zijn te vinden in de zaken met Amerika als verzoekende staat: in de zaken van Soering, Einhorn en Al-Moayad werden de garanties *uiteindelijk* genoegzaam geacht, mede in het licht van het specifieke karakter van die garanties en de reputatie van

104. Zie EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (Ismoilov en anderen t. Rusland) en EHRM 11 december 2008, nr. 52502/06 (Muminov t. Rusland) in verband met Oezbekistan en EHRM 19 juni 2008, nr. 8320/04 (Ryabikin t. Rusland) en EHRM 7 juni 2007, nr. 38411/02 (Garabayev t. Rusland) in verband met Turkmenistan. Er zou in dit verband ook een vergelijking kunnen worden gemaakt met uitlevering aan Rusland in de zaak van Shamayev en anderen (EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02) of uitzetting naar Tunesië of Sri Lanka: EHRM 28 februari 2008, NJ 2008, 444 (Saadi t. Italië) en EHRM 15 november 1996, NJ 1997, 301 (Chahal t. het Verenigd Koninkrijk).

Amerika als partij die in het verleden steeds zijn toezeggingen is nagekomen. Ook in de zaak Gasayev oordeelde het EHRM in navolging van de Spaanse uitleveringsrechter dat de door Rusland gegeven garanties in die zaak genoegzaam waren. Daarbij betrof het Hof het feit dat Rusland partij is bij het EVRM en zich daardoor heeft verbonden om de gegarandeerde rechten te respecteren. Het feit dat Rusland partij is bij het EVRM is op zich geen reden om het vragen van garanties achterwege te laten, maar dat feit kan wel worden meegewogen bij de beoordeling van de genoegzaamheid van de gegeven garantie.

13 Uitlevering aan Amerika

In zijn arrest van 7 september 2004¹⁰⁵ paste de Hoge Raad het paradigma toe uit zijn arrest van 11 maart 2003.¹⁰⁶ De Hoge Raad stelde het vertrouwen in Amerika als partij bij een uitleveringsverdrag voorop. De verdragsrechtelijke verplichting tot uitlevering dient volgens de Hoge Raad slechts te wijken voor de verplichting om de rechten van het EVRM te verzekeren indien (1) een flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt (2) waartegen de verzoekende staat (in dit geval Amerika) geen rechtsmiddel biedt. De Hoge Raad heeft dit paradigma in een aantal Amerikaanse zaken toegepast en daarbij vallen enkele aspecten op. Allereerst verschuift de Hoge Raad het vereiste van een rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM naar de Verenigde Staten: de opgeëiste persoon moet een voldoende onderbouwd verweer voeren dat is komen vast te staan dat hem na uitlevering geen rechtsmiddel ten dienste staat ter zake van een flagrante inbreuk op art. 6 EVRM. Deze verschuiving staat op gespannen voet met het Soering-arrest waarin het EHRM ervan uitgaat dat het rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM in de aangezochte staat moet worden geboden.¹⁰⁷ Weliswaar hadden de overwegingen in het Soering-arrest betrekking op art. 13 EVRM in verband met art. 3 EVRM, maar uit de strekking van het arrest vloeit voort dat de aangezochte staat ook een rechtsmiddel tegen dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM dient te bieden. De aangezochte staat heeft immers een eigen verantwoordelijkheid onder het EVRM in verband met voltooid of dreigende flagrante schendingen van het recht op een eerlijk proces.¹⁰⁸ De Einhornzaak is daarvan een voorbeeld.

Daaruit volgt dat het tweede vereiste in het arrest van de Hoge Raad van 7 september 2004 bij uitlevering aan Amerika onverenigbaar is met het EVRM. De Hoge Raad zou bij de toetsing van uitleveringsverzoeken aan mensenrechten moeten volstaan met een onderzoek of er sprake is van een voltooid of dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in het arrest van 7 september 2004 alleen een oordeel op dit punt geeft. De Rechtbank Amsterdam had een uitlevering aan Amerika ontoelaatbaar verklaard vanwege de onrechtmatige verkrijging van de informatie waarop het uitleveringsverzoek was gebaseerd. De officier van justitie had kopieën van tapverbalen naar de Verenigde Staten gezonden, hoewel de Rechtbank Amsterdam het verlof daartoe op grond van art. 552oa lid 4 (oud) en art. 552p lid 2 Sv nog niet had verleend. De Hoge Raad constateerde dat de Recht-

105. Overweging 3.4.2 in *NJ* 2004, 595, hiervoor aangehaald in de inleiding (par. 1).

106. Overweging 3.3 in *NJ* 2004, 42.

107. Overweging 116 e.v. in *Soering*.

108. Overweging 113 in *Soering*.

bank Amsterdam niet had vastgesteld dat er sprake was van een flagrante inbreuk op art. 6 EVRM. Bovendien was de Hoge Raad van oordeel dat een dergelijke onrechtmatigheid geen flagrante schending van art. 6 EVRM oplevert. De Hoge Raad liet het vereiste buiten beschouwing dat is komen vast te staan dat de opgeëiste persoon na uitlevering in de verzoekende staat geen rechtsmiddel ten dienste staat tegen een flagrante schending van art. 6 EVRM.¹⁰⁹

De Hoge Raad volgt deze eerste stap van zijn paradigma (zonder in te gaan op de tweede stap) eveneens ten aanzien van verweren dat art. 6 EVRM op flagrante wijze is geschonden doordat de opgeëiste persoon in Amerika een 'plea agreement' krijgt aangeboden. In de zaak die leidde tot een arrest van 21 mei 2002 had de opgeëiste persoon al een 'plea agreement' getekend om te voorkomen dat hij een levenslange gevangenisstraf zou krijgen. Afhankelijk van de mate waarin hij aan de voorwaarden uit de 'plea agreement' zou voldoen, zou hij dertig, vijftien, twaalf, tien, acht, vijf of nog minder jaren gevangenisstraf krijgen. De Rechtbank Amsterdam was van oordeel dat de 'plea agreement' op zorgvuldige wijze tot stand was gekomen en dat er geen sprake was van onevenredigheid tussen de straffen uit de 'plea agreement' en het alternatief van een levenslange gevangenisstraf in geval van veroordeling door een jury. De Hoge Raad was het eens met het oordeel van de Rechtbank Amsterdam dat hier geen sprake was van een flagrante schending van art. 6 EVRM, in aanmerking genomen dat er geen zodanige flagrante wanverhouding bestond tussen de 'plea agreement' en het alternatief dat de opgeëiste persoon gedwongen was om de 'plea agreement' aan te gaan.¹¹⁰

In de zaak die leidde tot een arrest van 8 juli 2003 stelde de verdediging zich op het standpunt dat de opgeëiste persoon na uitlevering gedwongen zou zijn om een 'plea agreement' te sluiten, gelet op de onredelijk lange duur van een gewone strafprocedure. De Hoge Raad was van oordeel dat de gestelde omstandigheden betrekking hebben op toekomstige gebeurtenissen waaromtrent nog niets met zekerheid is vast te stellen. Er kan dus ook nog niet worden gezegd dat er een zodanige wanverhouding tussen de 'plea agreement' en de dreigende straf in de gewone procedure bestaat dat de opgeëiste persoon wordt gedwongen om de 'plea agreement' aan te gaan. Het enkele vermoeden dat bij een gewone procedure geen berechting binnen een redelijke termijn zal plaatsvinden, levert volgens de Hoge Raad nog geen dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM op.¹¹¹ Ook hier lijkt de Hoge Raad een toetsing uit te voeren aan de hand van art. 6 EVRM in de lijn van de uitspraken van het EHRM in de zaken Soering, Einhorn en Al-Moayad, ook

109. Overweging 3.4.3, 3.5.1 en 3.5.3 in het arrest van 7 september 2004. Zie ook overweging 3.1.2 in HR 8 juli 2003, *IJN* AE5288 waarin de Hoge Raad eveneens de flagrante schending van art. 6 EVRM als mogelijke uitzondering noemt op het vertrouwen dat is gebaseerd op het uitleveringsverdrag met Amerika. Opmerkelijk is dat in deze overweging het vereiste van het ontbreken van een rechtsmiddel in Amerika niet wordt genoemd.

110. Overweging 3.5 in HR 21 mei 2002, *NJ* 2003, 114 m.nt. JR. In overweging 4.6 verwerpt de Hoge Raad de klacht dat er geen rechtsmiddel openstaat tegen het verstekvonnis waarin de 'plea agreement' is bekrachtigd. Deze overweging hangt samen met het verweer dat het vonnis bij verstek is gewezen zonder dat de verdachte in persoon op de hoogte was gesteld van de zitting en zonder dat een rechtsmiddel tegen dit vonnis openstaat. De Rechtbank Amsterdam was op grond van mededelingen van de Amerikaanse officier van justitie van oordeel dat er wel een rechtsmiddel openstond tegen de strafoplegging in het verstekvonnis. Hier wordt de term rechtsmiddel niet gebruikt in de zin van art. 13 EVRM, maar in de zin van hoger beroep of verzet tegen het verstekvonnis.

111. Overweging 3.1.3 en 3.1.4 in HR 8 juli 2003, *IJN* AE5288. Zie ook overweging 3.3.3 in HR 19 april 2004, *IJN* AT4110.

al had de verdediging in deze zaken niet een onderbouwd verweer gevoerd dat in Amerika een rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM ontbreekt tegen de dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM.¹¹²

Op vergelijkbare wijze kan het verweer worden beoordeeld dat een opgeëist persoon na uitlevering aan Amerika op grond van 'sentencing guidelines' zal worden gestraft voor feiten waarvoor de uitlevering niet is toegelaten. Een dergelijke bestraffing zou in strijd kunnen worden geacht met het specialiteitsbeginsel van art. 15 lid 1 uit het uitleveringsverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten, op grond waarvan de uitgeleverde persoon niet in hechtenis kan worden gesteld, vervolgd of bestraft voor andere feiten dan de feiten waarvoor uitlevering toelaatbaar is verklaard. De Hoge Raad heeft beslist dat de uitleveringsrechter dreigende schending van het specialiteitsbeginsel niet kan beoordelen. Deze beoordeling valt onder de bevoegdheid van de minister van Justitie. Dat wordt anders wanneer schending van het specialiteitsbeginsel tevens een flagrante schending van art. 6 EVRM zou opleveren. De enkele stelling dat een dergelijke schending dreigt, lijkt daartoe onvoldoende te zijn.¹¹³

De Haagse voorzieningenrechter leest de relevante overweging van de Hoge Raad uit het arrest van 28 maart 2000 zo dat geen flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt wanneer de Amerikaanse rechter bij de strafmaatoverwegingen rekening zou houden met feiten waarvoor uitlevering niet is toegestaan.¹¹⁴ Dat zou kunnen betekenen dat een dergelijke strafoplegging wel in strijd zou kunnen zijn met art. 15 van het uitleveringsverdrag tussen Nederland en Amerika, en mogelijk ook met art. 6 EVRM, maar dat deze schending niet zonder meer flagrant is in de zin die het EHRM aan dat begrip toekent in de zaken van Soering, Einhorn en Al-Moayad. Het is vooraf ook moeilijk om vast te stellen in hoeverre de Amerikaanse rechter rekening zal houden met feiten waarvoor niet is uitgeleverd en de opgeëiste persoon zich in de Amerikaanse strafprocedure tegen die feiten zal kunnen verdedigen.¹¹⁵ Dreigende schending van het specialiteitsbeginsel werd ook aangevoerd in een zaak waarin de Verenigde Staten verzochten om uitlevering van een persoon van-

112. Zie in verband met een te algemeen gesteld verweer dat 'het Amerikaanse rechtssysteem niet eerlijk is' vanwege het verschijnsel van 'plea bargaining' HR 27 mei 2003, NJ 2003, 573. Ook in dit arrest liet de Hoge Raad het vereiste buiten beschouwing dat de raadsman moet onderbouwen dat in Amerika een rechtsmiddel tegen dreigende flagrante schendingen van het recht op een eerlijk proces ontbreekt.

113. In die zin overweging 3.5 in HR 28 maart 2000, NJ 2000, 367. Zie over deze zaak H. van der Wilt, 'Uitlevering aan de Verenigde Staten: een knieval voor de Amerikaanse *zero tolerance*?', DD 2001, afl. 7, p. 722-734.

114. Rb. 's-Gravenhage 20 augustus 2004, IJN AQ7086. De relevante overwegingen in deze uitspraak zijn niet helemaal duidelijk. De voorzieningenrechter lijkt in het midden te laten of er sprake is van dreigende schending van het specialiteitsbeginsel en art. 6 EVRM. De vordering van de opgeëiste persoon wordt afgewezen omdat deze dreigende schendingen naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet 'onaanvaardbaar' en 'flagrant' zijn (overweging 3.3 en 3.4).

115. Wanneer de veroordeelde Nederlander is en na zijn veroordeling naar Nederland wordt overgebracht om zijn straf te ondergaan, kan hij in het kader van de overname van de straf door Nederland ook niet klagen over schending van het specialiteitsbeginsel. Zie HR 6 november 2007, NJ 2007, 600 en HR 9 september 2003, NJ 2003, 698. Hij kan zich echter wel beroepen op schending van art. 6 EVRM in het geval dat de Amerikaanse rechter rekening heeft gehouden met feiten waartegen de verdachte zijn verdedigingsrechten niet heeft kunnen uitoefenen (vgl. EHRM 5 juli 2007, nr. 69917/01 (Sac-coccia t. Oostenrijk, ontvankelijkheidsbeslissing, met verwijzing naar eerdere rechtspraak van het EHRM)). Dat verweer was in de zaken uit de aangehaalde arresten van de Hoge Raad kennelijk niet uitdrukkelijk gevoerd (zie punt 3.5 van de conclusie van A-G Machielse bij HR 6 november 2007, NJ 2007, 600).

wege fraude met telefoonkaarten. Uit de Amerikaanse stukken bij het uitleveringsverzoek kon worden afgeleid dat de Amerikanen vermoedden dat de fraude in verband stond met activiteiten van Al Qaeda. Het uitleveringsverzoek had echter geen betrekking op terroristische activiteiten van de opgeëiste persoon. In een nadere toelichting schreven de Amerikaanse autoriteiten dat dat ook niet nodig was om de opgeëiste persoon uitgeleverd te krijgen. De Hoge Raad verwierp vervolgens het verweer betreffende het specialiteitsbeginsel met de overweging dat de uitleveringsrechter daarover niet mag oordelen, tenzij een flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt. Uit het door de raadsman gestelde kan zulks echter niet blijken, aldus de Hoge Raad.¹¹⁶

Nadat de minister van Justitie besliste dat de opgeëiste persoon in deze zaak kon worden uitgeleverd aan Amerika, spande de opgeëiste persoon een kort geding aan tegen deze beslissing. De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage hield op 8 augustus 2005 de zaak aan om de staat in de gelegenheid te stellen bij Amerika garanties te bedingen dat het specialiteitsbeginsel en de mensenrechten van de opgeëiste persoon zouden worden gerespecteerd. In zijn tussenbeslissing stelde de voorzieningenrechter het vertrouwen in de naleving van mensenrechten in de Verenigde Staten voorop, met de daarop door de strafkamer van de Hoge Raad geformuleerde uitzondering van dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM en het ontbreken van een rechtsmiddel daartegen in de verzoekende staat. In deze zaak kon echter uit rapporten van mensenrechtenorganisaties en uit het militaire bevel van de president van de Verenigde Staten van 13 november 2001 betreffende Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism worden afgeleid dat het vertrouwen niet zonder meer gerechtvaardigd was. Daarom waren aanvullende garanties noodzakelijk.¹¹⁷ De voorzieningenrechter oordeelde vervolgens dat een door de Amerikanen afgegeven garantie ongenoegzaam was omdat deze slechts in algemene bewoordingen was gesteld en niet was toegespitst op de opgeëiste persoon. Dat liet naar het oordeel van de voorzieningenrechter de mogelijkheid open dat de Verenigde Staten het militaire bevel van 13 november 2001 op hem zouden toepassen, zodat hij als terreurverdachte zou worden behandeld. Ook bevatte de garantie niet de concrete toezegging dat de opgeëiste persoon niet voor andere feiten zou worden gedetineerd en vervolgd dan voor de feiten uit het uitleveringsverzoek.¹¹⁸

Opmerkelijk is dat de Haagse voorzieningenrechter niet specificeert welk recht dreigt te worden geschonden na uitlevering aan Amerika. De voorzieningenrechter lijkt een dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM op het oog te hebben in verband met toegang tot een raadsman en een rechter.¹¹⁹ Volgens vaste rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad is de uitleveringsrechter bevoegd om over dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM te oordelen. De Haagse voorzieningenrechter gaat echter niet in op het gegeven dat de eiser in deze zaak zijn

116. Overweging 3.2.4 in HR 19 april 2005, *LJN AT4110*. Ook hier ging de Hoge Raad voorbij aan de kwestie of tegen een dergelijke dreigende schending een rechtsmiddel openstaat in de Verenigde Staten. Uit het arrest blijkt niet dat de verdediging het ontbreken van een rechtsmiddel in Amerika had gesteld of onderbouwd.

117. Overweging 3.5 en 3.8 in Rb. 's-Gravenhage 8 augustus 2005, *LJN AU0615*.

118. Overweging 3.5 en 3.6 in Rb. 's-Gravenhage 12 oktober 2005, *LJN AU4178*.

119. Overweging 3.7 in Rb. 's-Gravenhage 8 augustus 2005, *LJN AU0615* en overweging 3.4 in Rb. 's-Gravenhage 12 oktober 2005, *LJN AU4178*.

verweer met betrekking tot art. 6 EVRM bij de uitleveringsrechter had kunnen voeren.

Na het vonnis van de Haagse voorzieningenrechter gaven de Amerikaanse autoriteiten de garantie dat de opgeëiste persoon niet zou worden vervolgd volgens het militaire bevel van 13 november 2001, maar dat hij door een United States Federal Court zou worden berecht. Het Hof 's-Gravenhage was van oordeel dat deze garantie genoegzaam was, hoewel de Verenigde Staten in deze garantie geen specifieke toezegging deden in verband met het specialiteitsbeginsel. Het Hof 's-Gravenhage achtte een algemene toezegging op dit punt voldoende omdat de Verenigde Staten partij zijn bij het IVBPR en omdat zij aanvoerden dat er geen voorbeelden zijn van schendingen door de Verenigde Staten van het specialiteitsbeginsel. Ook wees het Hof klachten in verband met 'plea agreements' en 'sentencing guidelines' af.¹²⁰ Opmerkelijk is het geloof dat het Hof 's-Gravenhage hechtte aan de mededeling van de Amerikaanse autoriteiten dat er geen voorbeelden zijn van schendingen door de Verenigde Staten van het specialiteitsbeginsel, gelet op de specifieke voorbeelden die in de rechtspraak en de literatuur zijn te vinden.¹²¹ Het is te verdedigen dat dergelijke schendingen niet zonder meer flagrante inbreuken op art. 6 EVRM zijn, maar dat laat de mogelijkheid onverlet om de uitleveringsbeslissing van de minister van Justitie in kort geding te toetsen aan art. 15 van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten.

De overwegingen van het Hof 's-Gravenhage inzake de Amerikaanse garanties lijken op die van het EHRM in de zaak *Al-Moayad*. Daarbij kan worden opgemerkt dat het Hof 's-Gravenhage in zijn overwegingen niet de vraag betreft of in Amerika een rechtsmiddel openstaat tegen dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM. De opgeëiste persoon en zijn raadsman hadden een dergelijke stelling niet naar voren gebracht in het kort geding tegen de staat en ook niet nader onderbouwd, zoals is vereist volgens het paradigma van de Hoge Raad. Ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage ging aan dit aspect van de zaak voorbij, hoewel de voorzieningenrechter wel de relevante overwegingen van de Hoge Raad hierover aanhaalde, waarbij opvalt dat de voorzieningenrechter het vereiste veralgemeniseert tot 'enig hem ingevolge het EVRM toekomstend recht'.¹²² Wanneer de verdediging inderdaad zou moeten stellen en onderbouwen dat een rechtsmiddel in Amerika ontbreekt tegen dreigende schendingen van 'enig hem ingevolge het EVRM toekomstend recht', dan zou de voorzieningenrechter in deze zaak niet zijn toegekomen aan de vraag of van Amerika nadere garanties moesten worden gevraagd. Het beroep op het EVRM zou direct kunnen worden verworpen met het argument dat de verdediging het ontbreken van een rechtsmiddel in Amerika niet heeft gesteld of onderbouwd.

Uit het feit dat de voorzieningenrechter het verweer van de verdediging niet direct heeft verworpen, zou kunnen worden afgeleid dat deze rechter niet al te veel betekenis toekent aan het vereiste dat het ontbreken van een rechtsmiddel in Amerika

120. Overweging 7.1, 7.2 en 10 in Hof 's-Gravenhage 22 december 2005, *IJN* AU8586. Ook het Hof 's-Gravenhage gaat voorbij aan het gegeven dat de opgeëiste persoon zijn verweer met betrekking tot art. 6 EVRM bij de uitleveringsrechter had kunnen voeren.

121. Zie bijvoorbeeld Van der Wilt, 'Uitlevering aan de Verenigde Staten: een knieval voor de Amerikaanse *zero tolerance*?', *DD* 2001, afl. 7, p. 726-728.

122. Overweging 3.1 in Rb. 's-Gravenhage 8 augustus 2005, *IJN* AU0615.

moet worden gesteld en onderbouwd. Uit de beslissingen van het EHRM in de zaken van Soering, Einhorn en Al-Moayad zou kunnen worden afgeleid dat het ontbreken van een rechtsmiddel in de Verenigde Staten ook niet als vereiste kan worden gesteld voor een geslaagd beroep op het EVRM. Er dient in Nederland een rechtsmiddel te worden geboden tegen dreigende schendingen van art. 3 EVRM en dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM. Dat rechtsmiddel is in de zaak van de fraude met de telefoonkaarten en de vermeende Al Qaeda link, net als in de zaak Kesbir, de civiele procedure waarin de voorzieningenrechter specifieke garanties eist. Die garanties werden in de fraudezaak uiteindelijk ook verkregen ter afwending van de dreigende schending van de genoemde verdragsbepalingen, maar niet in de zaak Kesbir.¹²³

14 Tweede tussenbalans

Het meest opvallend in de rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad zijn de beperkingen die worden gesteld aan mensenrechtenverweren in uitleveringszaken. De opgeëiste persoon kan in de uitleveringsprocedure niet het verweer voeren dat na uitlevering een schending van art. 3 EVRM dreigt, aangezien de beoordeling van deze kwestie volgens de Hoge Raad onder de bevoegdheid van de minister van Justitie valt. Het argument hiervoor is dat de minister over bepaalde informatie beschikt die niet toegankelijk is voor de uitleveringsrechter en de minister niet verantwoordelijk is voor rechterlijke beslissingen waardoor eventuele interventies na uitlevering minder effectief zouden zijn.

Deze argumenten zijn op zich moeilijk te doorgronden en ze worden bovendien onderuit gehaald door het vereiste dat Nederland een rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM dient te bieden tegen dreigende schendingen van art. 3 EVRM. De civiele rechter biedt ook een dergelijk rechtsmiddel en toetst daarbij of gegeven garanties genoegzaam zijn in het licht van de dreiging. Verschuiving van deze toetsing naar de uitleveringsprocedure zou de duur aanzienlijk kunnen bekorten, wat in het belang is van de opgeëiste persoon die daardoor minder lang te lijden heeft onder de dreiging dat hij aan marteling of onmenselijke of vernederende behandeling wordt onderworpen. Daar kan aan worden toegevoegd dat de verzoevende staat de opgeëiste persoon eerder kan vervolgen of een opgelegde straf ten uitvoer kan leggen wanneer de gevoerde mensenrechtenverweren in de uitleve-

123. Ook in de zaak van *Wesam al D.*, verdacht van betrokkenheid bij het voorbereiden van aanslagen in Irak, werd het verweer gevoerd dat de opgeëiste persoon na uitlevering aan de Verenigde Staten als terreurverdachte zou worden behandeld en voor een militaire rechtbank zou worden geleid. Uit HR 5 september 2006, NJ 2007, 10 m.nt. Keijzer blijkt niet dat de verdediging dat verweer in de uitleveringsprocedure heeft gevoerd. Het verweer werd wel in kort geding gevoerd tegen de beslissing van de minister van Justitie tot uitlevering. De vordering werd afgewezen vanwege de specifieke garanties van de Verenigde Staten dat *Wesam al D.* niet als terreurverdachte door een militaire rechtbank zou worden berecht en dat hij in de Verenigde Staten zou worden gedetineerd. Zie Rb. 's-Gravenhage 19 december 2006, LJN AZ4647. Inmiddels heeft *Wesam al D.* in Amerika een 'plea agreement' gesloten waarin hij een gevangenisstraf van 25 jaar heeft aanvaard. Zie het dossier van *Vrij Nederland* over *Wesam al D.* op www.vn.nl.

ringsprocedure worden beoordeeld en verworpen. Dat zou ook de proceseconomie in Nederlandse uitleveringszaken ten goede komen.¹²⁴

De opgeëiste persoon kan bij de uitleveringsrechter wel het verweer voeren dat hij in het verleden is gefolterd in de verzoekende staat. Hier brengt de Hoge Raad de niet nader gemotiveerde beperking aan dat de foltering ‘in verband met de zaak’ moet hebben plaatsgevonden. Ook deze beperking heeft tot gevolg dat ruimere verweren met betrekking tot schendingen van art. 3 EVRM bij de civiele rechter moeten worden gevoerd wanneer de minister van Justitie bij zijn uitleveringsbeslissing geen of onvoldoende rekening houdt met folteringen uit het verleden. Ook deze gang van zaken is zonder nadere argumentatie niet goed te begrijpen. Het valt niet in te zien waarom de uitleveringsrechter dergelijke verweren niet zou kunnen beoordelen en de voorzieningenrechter wel.

In verband met voltooide of dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM stelt de Hoge Raad het aanvullende vereiste dat de opgeëiste persoon een onderbouwd verweer dient te voeren dat een rechtsmiddel tegen deze schendingen ontbreekt in de verzoekende staat. De Hoge Raad maakt daarbij geen onderscheid tussen staten die partij zijn bij het EVRM en staten die dat niet zijn, zoals de Verenigde Staten van Amerika. Dit aanvullende vereiste van het ontbreken van een rechtsmiddel in de verzoekende staat is niet in de rechtspraak van het EHRM terug te vinden. Het vereiste lijkt op gespannen voet te staan met de uitspraken van het EHRM in de zaken van Soering, Einhorn en Al-Moayad.

In de meeste uitleveringskwesaties ten aanzien van Amerika speelt het aanvullende vereiste geen beslissende rol. Verweren met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs, het specialiteitsbeginsel, ‘plea agreements’ en ‘sentencing guidelines’ worden door de uitleveringsrechter en de civiele rechter beoordeeld aan de hand van de vraag of flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt. Meestal stuiten deze verweren af op het vereiste dat een schending ‘flagrant’ dient te zijn en dat daartoe onvoldoende gronden zijn aangevoerd, ook al is er mogelijk wel sprake van een onrechtmatigheid in de bewijsgaring of een dreiging dat na uitlevering het specialiteitsbeginsel niet in acht zal worden genomen. Dat lijkt in overeenstemming te zijn met de wijze waarop het EHRM in vergelijkbare zaken (Soering, Einhorn, Al-Moayad) oordeelde over dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM. Op grond van art. 15 van het uitleveringsverdrag met Amerika kan de minister van Justitie echter ook los van art. 6 EVRM nadere garanties vragen in verband met de naleving van het specialiteitsbeginsel. De voorzieningenrechter zou de beslissingen van de minister van Justitie op dit punt strenger kunnen toetsen.

Wanneer de uitleveringsrechter voltooide of dreigende schendingen van art. 3 EVRM of flagrante schendingen van art. 6 EVRM niet beoordeelt, biedt de civiele rechter in Nederland het rechtsmiddel daartegen. De civiele rechter eist in dergelijke gevallen garanties die via de minister van Justitie kunnen worden verkregen van de verzoekende staat en die vervolgens in kort geding op genoegzaamheid kunnen worden getoetst. Het gaat vooral om zaken waarin de opgeëiste persoon tot een bepaalde risicogroep behoort, zoals terreurverdachten die aan de Verenigde Staten moesten worden uitgeleverd en die onder het militaire bevel van de president van

124. Gelet op de vasthoudendheid van de Hoge Raad met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling tussen uitleveringsrechter en minister (HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243) zal de wetgever hierin verandering moeten aanbrengen.

de Verenigde Staten van 13 november 2001 konden vallen of de Koerdische vrouw Nuriye Kesbir die aan Turkije zou worden uitgeleverd vanwege mogelijke betrokkenheid bij de PKK. De civiele rechter neemt alleen genoegen met specifieke garanties ten aanzien van de opgeëiste persoon. Algemene garanties dat mensenrechten zullen worden nageleefd, zoals in de Kesbir-zaak, worden ongenoegzaam geacht wanneer een reëel risico op schending van art. 3 EVRM bestaat of flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt. Ook dat lijkt in overeenstemming te zijn met de wijze waarop het EHRM dergelijke garanties beoordeelt.

In de civiele rechtspraak speelt vooralsnog geen rol dat bepaalde staten partij zijn bij het EVRM en andere staten niet. In het licht van de specifieke gevallen lijkt er ook geen reden te zijn om een dergelijk onderscheid te maken bij dreigende schendingen van art. 3 EVRM. Steeds gaat het om de vraag in hoeverre de opgeëiste persoon in het licht van de beschikbare informatie een reëel risico loopt om te worden gemarteld of onmenselijk of vernederend te worden behandeld. De dreiging is in bepaalde zaken zodanig van aard dat niet kan worden volstaan met de redenering dat de opgeëiste persoon na marteling een rechtsmiddel tegen de schending van art. 3 EVRM kan aanwenden in de verzoekende staat en uiteindelijk zijn beklag kan doen bij het EHRM. Het gegeven dat een verzoekende staat partij bij het EVRM is, kan echter wel worden betrokken bij de beoordeling van de genoegzaamheid van specifieke garanties, zoals het EHRM deed in de Gasayev-zaak. Het is ook niet uitgesloten dat een onderscheid tussen partijen bij het EVRM en derde staten kan worden gemaakt in verband met voltooide of dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM in het licht van de Cenaj-relativering van het EHRM. Er zijn echter argumenten om de redenering van het EHRM uit de Cenaj-uitspraak om te keren. Die argumenten kunnen onder andere worden ontleend aan de wijze waarop verstekvonnissen worden beoordeeld in uitleverings- en overleveringszaken. Hierop zal worden ingegaan in de volgende paragraaf van dit preadvies.

15 Omkering van Cenaj: verstekvonnissen

In de zaken van Einhorn en Cenaj werd uitlevering gevraagd voor de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis. In de Einhorn-zaak verklaarden de Franse uitleveringsrechters aanvankelijk de uitlevering aan Amerika ontoelaatbaar omdat Einhorn zijn verdedigingsrechten niet had kunnen uitoefenen. In de Cenaj-zaak verklaarden de Griekse uitleveringsrechters zich onbevoegd om de gegrondheid te onderzoeken van de strafrechtelijke veroordeling van Cenaj in Albanië. Ten aanzien van beide zaken kan de vraag worden gesteld of er wel sprake was van een dreigende schending van art. 6 EVRM, gelet op het feit dat Einhorn en Cenaj op de hoogte waren van de strafzaken die tegen hen liepen en Einhorn Amerika had verlaten terwijl hij op borgtocht vrij was. Ten aanzien van Cenaj liggen de feiten moeilijker omdat hij in Griekenland gedetineerd was toen de zitting in Albanië plaatsvond, maar hierover hadden nadere vragen kunnen worden gesteld wanneer de Griekse rechters zichzelf wel bevoegd hadden geacht om nader onderzoek te doen naar de Albanese veroordeling.

De Nederlandse Uitleveringswet bevat in art. 5 lid 3 de bepaling dat bij verstekveroordelingen de uitlevering slechts kan worden toegestaan indien de opgeëiste persoon in voldoende mate in de gelegenheid is geweest of alsnog zal worden gesteld om zijn verdediging te voeren. Deze bepaling heeft een verdragsrechtelijke grondslag

in het Nederlandse voorbehoud bij het Europees Uitleveringsverdrag en in art. 3 lid 1 van het Tweede Aanvullend Protocol bij dat verdrag. In de tekst van het Nederlandse voorbehoud bij het EUV wordt verwezen naar art. 6 lid 3 onder c EVRM. Daaruit blijkt dat dit voorbehoud uit het EVRM voortvloeit. Dit geldt eveneens voor art. 3 lid 1 van het Tweede Aanvullend Protocol bij het EUV. Overweging 24 van het Explanatory Report bij dit protocol verwijst ter onderbouwing van art. 3 TAP naar het Nederlandse voorbehoud bij het Europees Uitleveringsverdrag en naar de verdedigingsrechten van art. 6 lid 3 EVRM.¹²⁵ In het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten ontbreekt een bepaling betreffende uitlevering voor verstekvonnissen, zodat bij uitlevering aan Amerika (en andere staten die geen partij zijn bij het EUV) de grondslag van art. 5 lid 3 UW moet worden gezocht in art. 6 EVRM en de rechtspraak van het EHRM (met name *Einhorn*).

De Nederlandse Overleveringswet bevat in art. 12 OLW een vergelijkbare bepaling: overlevering wordt niet toegestaan voor de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis dat is gewezen zonder dat de verdachte in persoon is gedagvaard of anderszins in persoon in kennis is gesteld van de terechtzitting, tenzij de uitvaardigende justitiële autoriteit voldoende garantie geeft dat de opgeëiste persoon na overlevering een nieuw proces kan verzoeken en aanwezig kan zijn op de terechtzitting. Deze bepaling is de implementatie van art. 5 onder 1 van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel, dat lidstaten de bevoegdheid geeft om in dergelijke gevallen garanties te vragen.

Inmiddels is in de Raad van de Europese Unie een politiek akkoord bereikt over een kaderbesluit waarin nadere regels worden gesteld in verband met de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen.¹²⁶ Dit kaderbesluit vervangt art. 5 onder 1 KEAB en voert daarvoor in de plaats een nieuw art. 4a KEAB in met specifieke regels betreffende overlevering voor verstekvonnissen. Uit de inleidende overwegingen 1 en 15 blijkt dat dit nieuwe kaderbesluit eveneens is gebaseerd op art. 6 EVRM en de rechtspraak van het EHRM. De nieuwe regels komen erop neer dat een uitvoerende justitiële autoriteit overlevering voor een verstekvonnis kan weigeren, tenzij de uitvaardigende justitiële autoriteit in het aanhoudingsbevel heeft vermeld dat de opgeëiste persoon op de hoogte was van de terechtzitting of dat hij de gelegenheid heeft gehad om in verzet te komen tegen het verstekvonnis of die gelegenheid na overlevering alsnog zal krijgen.¹²⁷

Opmerkelijk is de schrapping van art. 5 onder 1 KEAB en de toevoeging aan art. 4 KEAB van een nieuw art. 4a met een gelijkkluidende aanhef als art. 4 KEAB: 'De uitvoerende rechterlijke autoriteit kan de tenuitvoerlegging weigeren...'. Het verschil met de aanhef van art. 5 KEAB is dat die laatste aanhef verwijst naar 'het recht van de uitvoerende lidstaat' waarin de tenuitvoerlegging afhankelijk kan worden gesteld van bepaalde garanties. Art. 5 KEAB lijkt voor de lidstaten de mogelijkheid te openen om deze bepaling al dan niet te implementeren, terwijl art. 4 KEAB zonder meer voorschrijft dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit bepaalde be-

125. Het Explanatory Report is te vinden op www.conventions.coe.int.

126. Zie het Initiatief van een aantal lidstaten voor een Kaderbesluit betreffende de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen, *PbEU* 2008, C-52/01. Zie voor de meest recente versie raadsdocument nr. 11638/08.

127. Zie voor de uitwerking van deze regels art. 2 van het Kaderbesluit betreffende de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen.

voegdheden krijgt. Uit het Kozłowski-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zou kunnen worden afgeleid dat de lidstaten verplicht zijn om deze bevoegdheid te implementeren en dat de uitvoerende justitiële autoriteit deze bevoegdheid vervolgens op grond van een uniforme interpretatie dient toe te passen.¹²⁸

Het nieuwe kaderbesluit lost een probleem op in verband met de garantie die op grond van art. 5 onder 1 KEAB en art. 12 OLW kan worden gevraagd. Een dergelijke garantie is onder het nieuwe art. 4a KEAB niet meer nodig, aangezien de uitvaardigende justitiële autoriteit in het Europees aanhoudingsbevel dient aan te geven welke situatie zich voordoet: de opgeëiste persoon was op de hoogte van de zitting of hij heeft de mogelijkheid gehad om een rechtsmiddel aan te wenden of hij krijgt daartoe de gelegenheid na overlevering. In de huidige praktijk onder art. 3 TAP en art. 5 onder 1 KEAB bestaat soms onduidelijkheid over de vraag of een gegeven garantie genoegzaam is, bijvoorbeeld wanneer de uitvoerende justitiële autoriteit slechts de garantie geeft dat de opgeëiste persoon een nieuwe behandeling van zijn zaak kan verzoeken, zonder dat bij voorbaat vaststaat dat hij die nieuwe behandeling daadwerkelijk zal krijgen.¹²⁹

De Hoge Raad heeft dit probleem in verband met art. 3 TAP opgelost door het probleem in de sleutel van zijn eigen paradigma te plaatsen. De Hoge Raad stelt bij de beoordeling van gegeven garanties het vertrouwen voorop dat de verzoekende staat het toepasselijke uitleveringsverdrag zal naleven. Dat lijkt slechts uitzondering indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verzoekende staat een garantie niet zal nakomen waardoor een flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt waartegen in de verzoekende staat geen rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM openstaat.¹³⁰ In overleveringszaken volgt de Rechtbank Amsterdam de Hoge Raad op dit punt.¹³¹

In het licht van de rechtspraak van het EHRM over verstekvonnissen, met name de Medenica-uitspraak,¹³² lijkt de rechtspraak van de Hoge Raad niet onvereenigbaar te zijn met het EVRM. Volgens het EHRM mag bij de beoordeling van een verzoek om een nieuwe behandeling van de zaak de vraag worden betrokken in hoeverre de verdachte het aan zichzelf te wijten heeft dat hij niet bij de eerdere behandeling aanwezig was. Wanneer deze redenering wordt toegepast in uitleverings- en overleveringszaken, zou daaruit volgen dat een verzoekende of uitvaardigende lidstaat

128. Overweging 42 en 43 in HvJ EG 17 juli 2007, nr. C-66/08, NJ 2008, 586 m.nt. M.J. Borgers. Zie hierover V. Glerum en K. Rozemond, 'Overlevering van Nederlanders: copernicaanse revolutie of uitlevering in overgang?', *DD* 2008, afl. 8/58, p. 824-832. Het HvJ EG zal de vraag of lidstaten verplicht zijn om art. 4 KEAB (en dus ook het nieuwe art. 4a KEAB) te implementeren waarschijnlijk beantwoorden in de zaak Wolzenburg (C-123/08). Blijkens de vijftiende inleidende overweging bij het nieuwe kaderbesluit is de implementatie ervan facultatief, maar dat uitgangspunt zal wellicht moeten worden aangepast na de uitspraak van het HvJ EG in de zaak Wolzenburg. Zie overweging 101-107 van de conclusie van 24 maart 2009 van A-G Bot in de Wolzenburg-zaak.

129. Zie over deze problemen in de rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam als uitvoerende justitiële autoriteit van Europese aanhoudingsbevelen V. Glerum en K. Rozemond, 'Een evaluatie van de Nederlandse Overleveringswet', *DD* 2006, afl. 2/29, p. 169-180. Zie ook V. Glerum en K. Rozemond, 'Overlevering en uitlevering', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona en A.M.M. Orie (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 226-229.

130. Overweging 3.3 in HR 21 december 2007, NJ 2008, 44 en overweging 3.5.2 in HR 16 september 2008, LjN BF0843 (het vervolg op HR 27 mei 2008, NJ 2008, 341).

131. Rb. Amsterdam 7 maart 2008, LjN BD2427 en Rb. Amsterdam 28 maart 2008, LjN BD2213.

132. EHRM 14 juni 2001, nr. 20491/92 (Medenica t. Italië).

in verband met een verstekvonnis aan de opgeëiste persoon de mogelijkheid moet bieden om een nieuwe behandeling van zijn zaak te verzoeken. Wanneer een verdachte na uitlevering of overlevering een dergelijk verzoek doet, kan daarbij worden beoordeeld of het verzoek gegrond is, bijvoorbeeld in verband met de vraag of de verdachte van de zaak op de hoogte was, afstand van zijn aanwezigheidsrecht heeft gedaan of zich aan berechting heeft onttrokken door te vluchten. Daaruit zou volgen dat een verzoekende staat of een uitvaardigende justitiële autoriteit slechts hoeft te garanderen dat de opgeëiste persoon een nieuwe behandeling kan verzoeken en niet dat hij die nieuwe behandeling ook daadwerkelijk zal krijgen.¹³³ Het verzoek zal vervolgens in overeenstemming met art. 6 EVRM en de rechtspraak van het EHRM moeten worden beoordeeld door de strafrechter van de verzoekende of uitvaardigende staat.

In het licht van de Cenaj-beslissing zou zelfs kunnen worden gesteld dat de aangezochte staat of de uitvoerende justitiële autoriteit onder het EVRM geen verantwoordelijkheid heeft om te onderzoeken of schending van art. 6 EVRM dreigt in verband met verstekvonnissen wanneer de verzoekende of uitvaardigende staat partij is bij het EVRM. Daaruit zou volgen dat de regelingen hierover in het Tweede Aanvullend Protocol en het Nederlandse voorbehoud bij het Europees Uitleveringsverdrag, het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en het nieuwe Kaderbesluit betreffende de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen overbodig zijn. Deze regelingen zijn gebaseerd op de rechtspraak van het EHRM, waarbij wellicht kan worden gedacht aan de uitspraken van het Hof in de zaken Soering, Einhorn en Al-Moayad, maar deze zaken betroffen uitleveringen aan de Verenigde Staten. Inmiddels lijken deze uitspraken te zijn gerelativeerd in de Cenaj-uitspraak ten aanzien van uitleveringen aan een staat die partij is bij het EVRM.

Uit de verstekbepalingen in de genoemde verdragsregelingen en kaderbesluiten kan echter ook het omgekeerde worden afgeleid: de lidstaten van de Europese Unie en de staten die partij zijn bij het Tweede Aanvullend Protocol achten regels in verband met uitlevering of overlevering voor verstekvonnissen juist wel noodzakelijk. Staten hebben op grond van de genoemde regelingen in ieder geval de bevoegdheid om te onderzoeken of zij willen meewerken aan de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen in andere staten. Nadere regels hieromtrent worden kennelijk wel noodzakelijk geacht ter bescherming van personen tegen flagrante schendingen van art. 6 EVRM. Deze redenering zou kunnen worden veralgemeniseerd: er zijn ook andere flagrante schendingen van art. 6 EVRM mogelijk (bijvoorbeeld de systematische ontzegging van toegang tot een raadsman of het ontbreken van toegang tot een onafhankelijk en onpartijdige rechter) en van andere bepalingen uit het EVRM.

De aanvaarding van een bevoegdheid of zelf een verplichting om overlevering te weigeren bij dreigende flagrante schendingen van het EVRM binnen de Europese Unie kan worden afgeleid uit de twaalfde en dertiende inleidende overwegingen van het KEAB en art. 1 lid 3 KEAB, en ook uit de inleidende overwegingen bij het nieuwe Kaderbesluit betreffende de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen. De

133. De tekst van art. 12 OLW en art. 5 onder 1 KEAB gaat uit van de garantie dat de opgeëiste persoon een nieuwe behandeling kan verzoeken. Art. 3 lid 1 TAP heeft het over een verzekering die voldoende wordt geacht om de opgeëiste persoon het recht te waarborgen op een nieuw proces waarin de rechten van de verdediging worden gegarandeerd.

Nederlandse wetgever heeft deze bevoegdheid omgezet in een algemene en dwingende weigeringsgrond in art. 11 Overleveringswet voor de Nederlandse uitvoerende justitiële autoriteit bij flagrante schendingen van fundamentele rechten uit het EVRM, naast de weigeringsgrond in art. 12 Overleveringswet met betrekking tot verstekvonnissen. De grondslag van de dwingende weigeringsgrond van art. 11 OLW moet worden gevonden in de genoemde inleidende overwegingen en art. 1 lid 3 KEAB waarin naar art. 6 VEU wordt verwezen, welke bepaling op haar beurt verwijst naar het EVRM.¹³⁴ Er zijn geen goede redenen te bedenken waarom een algemene en dwingende weigeringsgrond bij dreigende of voltooide flagrante mensenrechtenschendingen niet zou moeten gelden bij uitleveringen aan staten die partij zijn bij het EVRM, maar geen lid van de Europese Unie, zoals Rusland, Turkije en Albanië.

In ieder geval staat op grond van het Soering-paradigma nog steeds vast dat bij uitlevering aan derde staten, zoals de Verenigde Staten, de aangezochte partij de verplichting heeft om de opgeëiste persoon te beschermen tegen dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM. Te verdedigen valt dat de verplichting om een dergelijke bescherming te bieden niet afhankelijk zou moeten worden gesteld van formele omstandigheden (een betrokken staat is lid van de EU of partij bij het EVRM of bij het Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Uitleveringsverdrag of een staat heeft een voorbehoud gemaakt bij dat verdrag of het gaat om een derde staat). In een materiële benadering van mensenrechten wordt de geboden bescherming afhankelijk gesteld van de vraag of er daadwerkelijk sprake is van voltooide of dreigende flagrante schending van het EVRM en van de vraag of daartegen genoegzame garanties worden geboden door de verzoekende staat of de uitvaardigende justitiële autoriteit.

16 Eindbalans: een pleidooi voor materieel vertrouwen

De strekking van dit preadvies is dat een mensenrechtenverweer in een uitleverings- of overleveringsprocedure moet worden beoordeeld aan de hand van de criteria uit het Soering-arrest. Dit houdt in dat de opgeëiste persoon in zijn verweer feiten moet stellen die in het licht van de Soering-criteria tot het oordeel kunnen leiden dat de uitlevering of de overlevering dient te worden geweigerd vanwege dreigende schending van art. 3 EVRM of dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM.

Daarbij zal de opgeëiste persoon in beginsel zelf de informatie moeten aandragen die betrekking heeft op zijn specifieke situatie ter onderbouwing van het verweer dat hij een reëel risico loopt dat hij na uitlevering of overlevering zal worden onderworpen aan een behandeling die onverenigbaar is met art. 3 EVRM of die een flagrante inbreuk op art. 6 EVRM oplevert. Wanneer de opgeëiste persoon een dergelijk onderbouwd verweer voert, kan een schending van art. 3 EVRM of een flagrante schending van art. 6 EVRM mogelijk worden afgewend door genoegzame garanties van de verzoekende of uitvaardigende staat.

In bepaalde uitleveringszaken kan een mensenrechtenverweer worden gevoerd door te stellen dat de opgeëiste persoon tot een bepaalde groep behoort die een

134. Zie ook overweging 45 in HvJ EG 3 mei 2007, nr. C-303/05, NJ 2007, 619 m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld).

bijzonder risico loopt op een behandeling die onverenigbaar is met art. 3 of art. 6 EVRM. De persoon die ervan wordt verdacht betrokken te zijn bij terroristische activiteiten en die aan de Verenigde Staten wordt uitgeleverd, loopt het risico dat hij als 'enemy combatant' wordt behandeld volgens het militaire bevel van de president van de Verenigde Staten van 13 november 2001. Bij een dergelijke behandeling wordt de opgeëiste persoon blootgesteld aan het risico dat hij niet door een onafhankelijke rechter wordt berecht en dat zou een flagrante schending zijn van art. 6 EVRM. Bovendien loopt hij het risico te worden ondervraagd op een wijze die onverenigbaar is met art. 3 EVRM. Vergelijkbare risico's bestaan voor terreurverdachten van Koerdische afkomst die aan Turkije worden uitgeleverd of Tsjetseense strijders die aan Rusland worden uitgeleverd.

In dergelijke gevallen is uitlevering alleen toelaatbaar wanneer de verzoekende staat een genoegzame garantie geeft dat de opgeëiste persoon een eerlijk proces krijgt en niet zal worden onderworpen aan foltering of onmenselijke of vernederende behandeling. Of een gegeven garantie genoegzaam is, kan afhankelijk worden gesteld van de mate waarin de garantie is toegesneden op de specifieke persoon en de mate waarin de verzoekende staat in het verleden dergelijke garanties heeft nageleefd. De garanties van de Verenigde Staten in de zaken *Einhorn* en *Al-Moayad* werden uiteindelijk genoegzaam geacht in het licht van het gegeven dat Amerika een rechtsstaat is en in het verleden gegeven garanties is nagekomen. In de Nederlandse uitleveringszaken waarin terreurverdachten aan de Verenigde Staten werden uitgeleverd, werd uiteindelijk ook met dergelijke garanties genoegen genomen. In de zaak *Kesbir* werd de Turkse garantie dat de mensenrechten van *Kesbir* zouden worden gerespecteerd te algemeen geacht.

In deze zaken lijkt het vertrouwensbeginsel een minder zwaar gewicht te hebben dan de strafkamer van de Hoge Raad daaraan toekent. De strafkamer van de Hoge Raad begint zijn beoordeling van mensenrechtenverweren met de overweging dat de verzoekende staat in beginsel dient te worden vertrouwd op grond van het uitleveringsverdrag met die staat of het gegeven dat de staat partij is bij het EVRM. Wanneer een opgeëist persoon echter stelt dat hij door de Verenigde Staten van Amerika of door Turkije van terroristische activiteiten wordt verdacht en hij die stelling kan onderbouwen, dan geeft het vertrouwen in Amerika of Turkije niet de doorslag bij de inhoudelijke weging van het verweer. Hetzelfde zou gelden in verband met een Russisch uitleveringsverzoek ten aanzien van een Tsjetsjeen die wordt opgeëist in verband met terroristische activiteiten. De algemene overweging dat de uitleveringsrechter erop dient te vertrouwen dat Rusland als partij bij het EVRM de mensenrechten van de opgeëiste persoon zal respecteren, is geen geloofwaardige overweging in het licht van de zaak van *Shamayev* en anderen tegen Georgië en Rusland. Of een Russische garantie dat de mensenrechten van deze persoon zullen worden gerespecteerd een genoegzame garantie is, zal moeten worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval en de specifieke garanties die Rusland geeft, zoals in de *Gasayev*-zaak de garantie dat onafhankelijke waarnemers toezicht kunnen houden op de naleving van gegeven garanties na uitlevering. Hetzelfde geldt in verband met de uitlevering van Koerdische terreurverdachten aan Turkije: het feit dat Turkije partij is bij het EVRM legt niet veel gewicht in de schaal in het licht van eerdere zaken waarin Koerdische verdachten (bijvoorbeeld *Öcalan*) geen eerlijk proces kregen in Turkije. Een algemene garantie dat Turkije de mensenrechten van de opgeëiste persoon zal naleven, is dan niet

genoegzaam en er zullen specifieke toezeggingen moeten worden gedaan, bijvoorbeeld in verband met toezicht op de naleving van gegeven garanties door onafhankelijke waarnemers.

Vergelijkbare redeneringen kunnen worden verdedigd bij voltooide of dreigende flagrante schendingen van art. 6 EVRM. Het feit dat een staat met Amerika een uitleveringsverdrag heeft, is geen reden om erop te vertrouwen dat een opgeëist persoon na uitlevering een eerlijk proces zal krijgen in het licht van het gegeven dat hij bij verstek is veroordeeld. Ook het feit dat Albanië partij is bij het EVRM, is geen reden om te vertrouwen dat een opgeëist persoon die bij verstek is veroordeeld eerlijk zal worden berecht na uitlevering. In dergelijke gevallen zou in navolging van de Einhorn-zaak de garantie kunnen worden gevraagd dat de opgeëiste persoon een nieuwe behandeling van zijn zaak kan verzoeken. Voordat een dergelijke garantie wordt gevraagd, dient echter wel vast te staan dat tenuitvoerlegging van de verstekveroordeling inderdaad in strijd zou zijn met art. 6 EVRM. In dit verband kan van de opgeëiste persoon worden verwacht dat hij voldoende informatie geeft ter onderbouwing van zijn verweer dat een flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt of heeft plaatsgevonden. In de zaken van Einhorn en Cenaj had de opgeëiste persoon wellicht niet aan dit vereiste voldaan en had om die reden het verweer kunnen worden verworpen dat flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt.

In bepaalde gevallen volgt de Hoge Raad ook die weg, bijvoorbeeld in de gevallen waarin de opgeëiste persoon stelt dat het Amerikaanse rechtssysteem oneerlijk is vanwege het systeem van 'plea bargaining' of dat hij op grond van de Amerikaanse 'sentencing guidelines' zal worden gestraft voor feiten waarvoor de uitlevering niet is toegestaan. Dergelijke verweren kunnen worden beoordeeld aan de hand van de vraag of substantiële gronden zijn gesteld en onderbouwd dat flagrante schending van art. 6 EVRM dreigt. In bepaalde zaken is dat niet het geval en kan om die reden het verweer worden verworpen. In andere zaken verwerpt de Hoge Raad het beroep op art. 6 EVRM met de overweging dat niet is gesteld dat een rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM ontbreekt in de verzoekende staat, bijvoorbeeld bij gestelde schendingen van de redelijke termijn van berechting of bij gestelde marteling van getuigen. Een dergelijke redenering werpt een formeel beletsel op om het verweer inhoudelijk te beoordelen. Dat staat op gespannen voet met het Soering-paradigma. In dergelijke gevallen dient de uitleveringsrechter zijn beslissing te baseren op een inhoudelijke beoordeling van het verweer en niet op een formele belemmering om dat te doen.

Ook bij verweren met betrekking tot dreigende schending van art. 3 EVRM heeft de strafkamer van de Hoge Raad formele beletselen opgeworpen voor een inhoudelijke beoordeling van het verweer: de minister van Justitie en niet de uitleveringsrechter is bevoegd om dreigende schending van art. 3 EVRM te beoordelen en bij voltooide schending van art. 3 EVRM moet deze schending hebben plaatsgevonden 'in verband met de zaak' waarvoor uitlevering is verzocht. Ook hier zouden de formele beletselen kunnen worden vervangen door een inhoudelijke beoordeling van het verweer. Een dergelijke beoordeling is vereist omdat Nederland als aangezochte staat een rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM dient te bieden op grond van het Soering-paradigma. Uiteindelijk wordt dat rechtsmiddel geboden in de civiele procedure bij de voorzieningenrechter tegen de uitleveringsbeslissing van de minister van Justitie. Ter verkorting van de duur van de procedure zou dat rechtsmiddel door de uitleveringsrechter kunnen worden geboden. Bij overleveringszaken

is die verkorting gerealiseerd doordat de overleveringsrechter op grond van art. 11 Overleveringsrecht de bevoegdheid heeft om alle mensenrechtenverweren te beoordelen.

Het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever is niet dat binnen de EU een hoge mate van vertrouwen geldt en dat de overleveringsrechter daarom in beginsel niet de bevoegdheid heeft om mensenrechtenverweren te beoordelen. Uit art. 19 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en uit de dertiende inleidende overweging bij het KEAB volgt in ieder geval dat binnen de Europese Unie het Soering-paradigma onverkort geldt ten aanzien van art. 3 EVRM: het is niet toegestaan om bij dreigende marteling of onmenselijke of vernederende behandeling uit te leveren. Daaraan voegen deze bepaling en overweging een categorisch verbod tot uitleveren toe in geval van dreigende oplegging van de doodstraf. In het licht van deze uitgangspunten valt niet in te zien waarom bij dreigende flagrante schending van art. 6 EVRM of van andere rechten uit het EVRM binnen de EU minder streng zou worden getoetst of overlevering toelaatbaar is. Daaraan kan worden toegevoegd dat het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en het nieuwe Kaderbesluit betreffende de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen specifieke regels bevatten ter bescherming van de opgeëiste persoon bij overlevering voor verstekvonnissen. Dat levert een argument op voor vergelijkbare bescherming tegen andere flagrante schendingen van mensenrechten bij overleveringen binnen de EU. Daarmee zou de Cenaj-relativering in belangrijke mate worden ontkracht.

Dit betekent niet dat de rol van het vertrouwensbeginsel volledig naar de achtergrond verdwijnt. Algemeen gestelde verweren dat onmenselijke behandeling of oneerlijke procesvoering dreigt, kunnen worden verworpen met een algemene verwijzing naar het vertrouwensbeginsel, zonder dat nader onderzoek of nadere garanties noodzakelijk zijn. In bepaalde gevallen kunnen gegeven garanties worden vertrouwd op grond van de bindende werking daarvan en het gedrag van de betreffende staat in het verleden ten aanzien van dergelijke garanties, waarbij het feit dat de verzoekende staat partij bij het EVRM gewicht in de schaal kan leggen, hoewel dat feit niet zonder meer de doorslag geeft. Ook de betrouwbaarheid van gegeven garanties moet worden beoordeeld in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval, zoals uit de Shamayev-zaak blijkt. Daarbij kan ook de aard van de uitleveringsrelatie gewicht in de schaal leggen. Binnen de Europese Unie is het vertrouwen in de rechtsstelsels van de lidstaten wellicht groter dan binnen de Raad van Europa, hoewel een dergelijk formeel onderscheid al vragen oproept: waarom zouden wij meer vertrouwen hebben in Litouwen en Roemenië dan in Rusland en Turkije? Het vertrouwen in staten waarmee via algemene verdragen uitleveringsrelaties bestaan kan minder groot zijn vanwege de onbekendheid met de situatie in die staten, bijvoorbeeld in de Verenigde Arabische Emiraten.¹³⁵ Specifieke gebeurtenissen, zoals terroristische aanslagen en de politieke reacties daarop, kunnen het vertrouwen in bepaalde staten schaden, zoals het vertrouwen dat de Verenigde Staten van Amerika terreurverdachten eerlijk en menselijk behandelen. Daaruit volgt dat de mate van vertrouwen in een bepaalde staat in ver-

135. Zie HR 13 januari 2009, *IJN* BF083: uitlevering aan de Verenigde Arabische Emiraten is mogelijk op grond van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad.

band met een mensenrechtenverweer moet worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare gegevens over die staat en de specifieke feiten waarvoor uitlevering wordt verzocht of overlevering wordt bevolen. Deze materiële benadering volgt uit de aard van mensenrechten: het is onaanvaardbaar om een persoon bloot te stellen aan de doodstraf of een marteling of een onmenselijke of vernederende behandeling of aan een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces of andere mensenrechten.