

Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten | NJCM-Bulletin
Jaargang 50, nummer 3, 2025

REDACTIONEEL

- *N. Schnabl*, De Advocatuur onder druk 255

ARTIKELN

- *P. Ölçer*, Het recht op getuigen in artikel 6 EVRM (opnieuw) beschouwd, handvatten voor de nationale strafrechter in het algehele eerlijkheidsconcept 261
- *E.R. Zeppenfeldt*, De Arubaanse Landsverordening normering topinkomens en het recht op eigendom 300
- *M.J.L.G. Zweers*, Gelijke toets, verborgen drempels 319

ACTUALITEITEN

- *J. Andela, C. Baarda, A. Eskandari, H. Jans, K. Janssen, S. van Heerwaarden-Smidt, A.R. Stolk & P. van der Vegt*, Mensenrechten-actualiteiten.NL 343
- *L.P. Dikkers, K. van der Pas & A. Yayla*, Chroniques Strasbourgeoises 352
- *M.S. Avramtcheva, B. Burger & J. Bossenbroek*, VN-kroniek 364
- *M. Beijer, N. van der Have, L. van der Meulen, A. Pahladsingh & G. de Vries*, EU-kroniek 374
- *B.E.P. Myjer*, Myj/mering. De plotselinge oproep tot een open-minded conversation 379

DE ADVOCATUUR ONDER DRUK

Nathalie Schnabl *

Samenvatting | In Nederland staat de advocatuur de laatste tijd weer volop in de belangstelling. Veelal gaat het om het feit dat de sociale advocatuur onder druk staat: het aanbod van sociaal advocaten neemt af, de overheidsvergoedingen zijn te laag en er is onvoldoende landelijke dekking. Ook zijn er de laatste jaren steeds meer zorgen over de druk die op advocaten wordt uitgeoefend in de vorm van agressie, bedreiging, intimidatie of zelfs gedwongen verdwijningen en moord.¹ Recent is ook politieke druk op advocaten aan dit niet zo'n fraaie lijstje toegevoegd. President Donald Trump bemoeit zich namelijk steeds intensiever met de advocatuur in de Verenigde Staten van Amerika (hierna: VS). In deze bijdrage wordt besproken dat deze bemoeienissen ook directe gevolgen kunnen hebben voor Nederland.

DOI | 10.54195/NTM.23729

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Politieke druk op de advocatuur

Eind maart 2025 heeft president Trump verschillende maatregelen doorgevoerd die het werk van bepaalde advocatenkantoren ernstig belemmeren. Ten eerste heeft Trump procureur-generaal (vergelijkbaar met de functie van Minister van Justitie in Nederland) Bondi opdracht gegeven om de veiligheidsmachtiging van advocatenkantoren in te trekken indien deze kantoren de afgelopen acht jaar tegenstanders van Trump hebben bijgestaan of een diversiteitsbeleid (*diversity, equity, and inclusion*: DEI) nastreven. Ten tweede wil Trump de betreffende advocaten weren uit federale overheidsgebouwen. Ten derde probeert Trump om alle federale overheidscontracten met deze advocatenkantoren te ontbinden. Ook dienen federale contractanten bekend te maken of ze gebruik hebben gemaakt van de diensten van deze advocatenkantoren.² Enkele advocatenkantoren, waaronder WilmerHale, Jenner en Perkins Coie, hebben inmiddels het presidentiële decreet met succes aangevochten bij de federale rechtbank. De verdere uitvoering is opgeschort,³ maar de toon is gezet. Veel advocatenkantoren zien juridische procedures namelijk niet zitten en geven gehoor aan Trumps eisen. Aldus heeft Trump succes behaald.

Niet alleen Amerikaanse juristen en organisaties hebben zich uitgesproken tegen het beleid van Trump. Ook de Nederlandse orde van advocaten (hierna: NOvA), heeft haar zorgen geuit

■ Mr. dr. N.F.H. Schnabl is universitair docent aan de Open Universiteit. Zij is tevens redacteur van dit tijdschrift.

1 'Europees verdrag verplicht staten advocaten te beschermen', *advocatie* 14 mei 2025.

2 R. Bouma, 'Meer grote advocatenkantoren 'op de knieën' voor Trump', *NOS*, 12 april 2025; K. Pijnappels, 'Trump neemt balie VS op de korrel', *Advocatenblad* 2025/04.

3 'Judge strikes down Trump order that targeted US law firm WilmerHale', *The Guardian*, 28 mei 2025; R. Bouma, 'Meer grote advocatenkantoren 'op de knieën' voor Trump', *NOS*, 12 april 2025; K. Pijnappels, 'Trump neemt balie VS op de korrel', *Advocatenblad* 2025/04.

over de situatie in de VS. De *International Bar Association*, de Europese organisatie van advocaten, deed dit eveneens.⁴

2 Ook gevolgen voor Nederland

De effecten van de politieke druk van Trump op advocaten blijft niet beperkt tot de VS. Ook voor Nederlandse advocatenkantoren heeft het beleid van Trump gevolgen. Sommige Amerikaanse advocatenkantoren hebben buitenlandse vestigingen, zoals A&O Shearman, en daarnaast werken Nederlandse advocatenkantoren, zoals NautaDutilh en CMS, samen met kantoren in de VS. Deze advocatenkantoren lijken hun samenwerkingen niet stop te willen zetten; ook niet als blijkt dat de Amerikaanse tak in is gegaan op de eisen van Trump.⁵ Hierdoor kunnen ook Nederlandse advocaten bij hun werkzaamheden geraakt worden door het beleid van Trump. Mogen zij bijvoorbeeld nog cliënten bijstaan als dat tegen het zere been van Trump is? Mogen zij nog bij de werving van nieuw personeel diversiteitsbeleid hanteren?

Het is namelijk niet ondenkbaar dat Nederlandse advocatenkantoren (met banden met kantoren in de VS) gevraagd worden om een verklaring tegen diversiteitsbeleid te tekenen of samenwerkingen met andere partners of cliënten op te schorten. Hetzelfde fenomeen hebben we immers gezien bij verschillende Europese bedrijven die een brief hebben ontvangen van de VS met vragen over hun antidiscriminatieprogramma's. Deze bedrijven zouden moeten aantonen dat hun DEI-programma niet in strijd is met de anti-discriminatiwetgeving van de VS, oftewel dat ze geen actief beleid voeren voor diversiteit en inclusie.⁶ Ook onderzoekers aan Nederlandse universiteiten (en uit andere Europese landen) hebben een enquête ontvangen over diversiteitsbeleid, klimaatrechtvaardigheden en andere (buitenlandse) instellingen. De Universiteitenvereniging UNL heeft geadviseerd de vragenlijst niet in te vullen.⁷

De NOvA heeft inmiddels een handreiking gegeven aan advocaten die samenwerken met advocatenkantoren in de VS of zelfs onderdeel zijn van een vestiging in de VS. De NOvA wijst op het belang van de onafhankelijkheid van de advocatuur: jegens cliënten, de zaak, de overheid, de politie en justitie en iedere andere derde. Advocaten zijn geen verantwoording verschuldigd over de wijze waarop zij hun werk doen, welke cliënten zij bijstaan en welke mensen zij in dienst hebben. Dus ook niet tegenover Trump. De NOvA benadrukt de rechtstatelijke rol van advocaten die zich dienen te houden aan de Advocatenwet, de Verordening op de advocatuur, beleidsregels – zoals de beleidsregel Kantoorhouden buiten Nederland – en de Gedragsregels voor de advocatuur.⁸ Deze eisen gelden voor alle advocaten die in Nederland op het tableau ingeschreven staan. Het memorandum van de NOvA komt overeen met de eerdere verklaring van de *Council*

4 K. Pijnappels, 'Trump neemt balie VS op de korrel', *Advocatenblad* 2025/04; 'Europees verdrag verplicht staten advocaten te beschermen', *Advocatie*, 14 mei 2025.

5 E. Hermanides, 'Nederlandse Zuidaskantoren blijven samenwerken met voor Trump gezwichte firma's', *BNR*, 22 april 2025.

6 "'We hebben geen lessen te krijgen van de baas van Amerika': Jambon wijst Amerikaanse druk op diversiteitsbeleid van bedrijven af', *HLN*, 30 maart 2025.

7 Hoger Onderwijs Persbureau, 'Universiteiten oproepen om Trumps vragenlijst niet in te vullen', *VOX*, 19 maart 2025.

8 Ook in deze regels worden de eisen van onafhankelijkheid, partijdigheid bij de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de cliënt, de deskundigheid, de integriteit en de vertrouwelijkheid gewaarborgd.

of Bars and Law Society of Europe waarin het beleid van Trump wordt bekritiseerd.⁹ De NOvA heeft ook aangegeven om voor deze kwestie aandacht te vragen aan de minister van Buitenlandse Zaken.¹⁰

Noemenswaardig is dat het Comité van Ministers van de Raad van Europa tijdens de 134^e ministeriële vergadering op 13 mei 2025 de *Convention for the Protection of the Profession of Lawyer* heeft aangenomen. Dit verdrag is het eerste bindende verdrag dat zich specifiek richt op de bescherming van de advocatuur. Dit verdrag waarborgt het belang van vertrouwelijke communicatie met cliënten en benadrukt het belang van de vrijheid van meningsuiting en professionele discipline voor advocaten. Daarnaast zijn er specifieke maatregelen opgenomen die advocaten en hun beroepsverenigingen beschermen, in de zin dat zij als onafhankelijke en zelfbesturende organen kunnen functioneren. Ook in dit verdrag wordt de link gelegd met het belang van de advocatuur voor het waarborgen van de rechtsstaat waarin iedereen toegang heeft tot een eerlijk proces.¹¹ Nederland heeft dit verdrag inmiddels ondertekend.¹² Bij ondertekening van dit verdrag: 1) verbinden staten zich aan de plicht om de onafhankelijkheid en veiligheid van advocaten te waarborgen, 2) zal *the Group of Experts on the Protection of the Profession of Lawyer* toezien op de uitvoering van het verdrag door periodieke evaluaties en een noodprocedure bij ernstige en systematische schendingen en 3) kunnen advocaten in hun juridische argumentatie refereren aan de bepalingen in het verdrag.¹³

3 Mogelijke gevolgen voor rechtzoekenden in de VS en Nederland

Het beleid van Trump heeft echter niet alleen gevolgen voor advocatenkantoren, maar ook voor de cliënten. Deze cliënten worden nu mogelijk niet meer juridisch bijgestaan. Voor een grote groep cliënten kan dit desastreuze gevolgen hebben. In de VS kennen ze namelijk geen stelsel van gefinancierde rechtsbijstand, maar een pro bonosysteem. Rechtzoekenden met onvoldoende financiële middelen om zelf een advocaat te betalen zijn afhankelijk van advocatenkantoren die deze werkzaamheden op basis van pro bono verrichten. Zij ontvangen dan gratis rechts-hulp.¹⁴ Op basis van de *ABA Model Rule 6.1* wordt zelfs een verantwoordelijkheid opgelegd aan advocaten om zaken op basis van pro bono in behandeling te nemen. Bijna alle staten van de VS hebben deze regel geadopteerd.¹⁵ Veel advocatenkantoren hebben ook speciaal pro bonobeleid, hebben medewerkers in dienst die zich specifiek toeleggen op deze zaken en hebben soms zelfs comités in het leven geroepen. Vaak leggen advocatenkantoren zich wel specifiek

9 Council of Bars and Law Societies of Europe, 'CCBE statement in support of the American Bar Association', 4 april 2025.

10 'Memorandum NOvA geeft Nederlandse advocaat in de Verenigde Staten houvast', 12 mei 2025, beschikbaar via <https://www.advocatenorde.nl/nieuws/memorandum-nova-geeft-nederlandse-advocaat-in-de-verenigde-staten-houvast>; NOvA, 'Memorandum voor Nederlandse advocaten die werken of kantoorhouden in het buitenland, dan wel vanuit Nederland diensten verrichten ten behoeve van cliënten in het buitenland', mei 2025.

11 'Council of Europe adopts international convention on protection lawyers', *COE*, 12 maart 2025.

12 'Europees verdrag verplicht staten advocaten te beschermen', *Advocatie*, 14 mei 2025.

13 International Association of Lawyers, 'Council of Europe Convention on the Protection of the Profession of Lawyer', 6 juni 2025, beschikbaar via <https://uianet.org/en/news/council-europe-convention-protection-profession-lawyer>.

14 8 C.F.R. § 1003.61(a)(2).

15 American Bar Association, 'Supporting Justice V. A report on the pro bono work of America's lawyers', 2024, p. 3.

toe op bepaalde zaken, zoals bepaalde rechtsgebieden, maatschappelijke doelen en (kwetsbare) doelgroepen, zoals etnische minderheden en alleenstaande ouders.¹⁶ Deze groepen blijven door het beleid van Trump mogelijk verstoken van gratis rechtshulp.

In Nederland is pro bono, sinds de Tweede Wereldoorlog, de uitzondering. Dit systeem is hier namelijk vervangen door het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand. Op grond van artikel 18 lid 2 Grondwet kan er rechtsbijstand worden verleend aan minder draagkrachtigen waarbij advocaten een overheidsvergoeding ontvangen voor de werkzaamheden die zij verrichten op basis van een toevoeging.¹⁷ In beginsel is wel een eigen bijdrage verschuldigd.¹⁸ Toch is de pro bono cultuur een klein beetje overgewaaid naar Nederland. Voorbeelden zijn Stibbe die al jarenlang een pro bono *committee* heeft, PILP (voorheen onderdeel van het NJCM) en Pro Bono Connect (een project van het NJCM). Veelal werken zij niet op pro bono basis voor de doelgroep ‘weinig financiële middelen’ – daar hebben we het systeem voor gefinancierde rechtsbijstand voor –, maar voor meer ideële doelen, zoals mensenrechten, kunst, democratie en rechtsstaat.¹⁹ Ook de advocatenkantoren met Amerikaanse banden, zoals NautaDutilh,²⁰ A&O Shearman²¹ en CMS²² voeren juridische werkzaamheden uit op basis van pro bono. Op dit moment lijkt het beleid van Trump, gelet op het feit dat zij nog steeds diversiteitsbeleid hanteren, geen invloed te hebben op de werkzaamheden van deze advocatenkantoren.²³

4 Conclusie

De (sociale) advocatuur heeft een belangrijke rol in het waarborgen van de rechtsstaat. De politieke druk die nu wordt uitgeoefend op de advocatuur in de VS door Trump heeft consequenties voor advocaten in binnen- en buitenland. Daarnaast worden ook groepen rechtzoekenden in de VS geraakt doordat zij specifiek uitgesloten worden van gratis rechtshulp. Doordat de VS niet, zoals Nederland, een stelsel van gefinancierde rechtsbijstand kent, kan dit desastreuze gevolgen hebben. Ook rechtzoekenden in Nederland kunnen worden geraakt op het moment dat de kantoren besluiten om geen pro bono werkzaamheden meer te verrichten voor deze doelgroepen. De gevolgen zijn wel minder groot voor zover individuen aan de voorwaarden van gefinancierde rechtsbijstand voldoen.

16 Harvard Law School, ‘Pro Bono Guide’, beschikbaar via <https://hls.harvard.edu/bernard-koteen-office-of-public-interest-advising/opia-job-search-toolkit/career-and-application-guides/pro-bono-guide/>; American Bar Association, Supporting Justice V. A report on the pro bono work of America’s lawyers, 2024, p. 10.

17 De regelgeving met betrekking tot het recht op gefinancierde rechtsbijstand is verankerd in de Wet op de rechtsbijstand, besluit rechtsbijstand- en toevoegcriteria en het besluit eigen bijdrage rechtsbijstand.

18 Artikel 35 Wrb.

19 L. Khadar & A. Vader-de Rooy, ‘Voor de goede zaak. Pro Bonocultuur in Nederland’, *Advocatenblad* 15 december 2016; Stibbe, ‘Pro bono’, beschikbaar via <https://www.stibbe.com/csr/pro-bono/>; PILP, ‘Over PILP’, beschikbaar via <https://pilp.nu/pilp/>; Pro Bono Connect, ‘Wie zijn wij’, beschikbaar via <https://probonoconnect.nl/over-ons/>.

20 NautaDutilh, ‘Responsible business’, beschikbaar via <https://nautadutilh.com/en/responsible-business/>.

21 A&O Shearman, ‘Pro bono’, beschikbaar via <https://aoshearman.com/en/about-us/social-impact/pro-bono>.

22 CMS, ‘Working for CMS’, beschikbaar via <https://cms.law/en/nld/cms-job-opportunities/working-for-cms>.

23 NautaDutilh, ‘Responsible business’, beschikbaar via <https://nautadutilh.com/en/responsible-business/>; A&O Shearman, ‘Pro bono’, beschikbaar via <https://aoshearman.com/en/about-us/social-impact/pro-bono>; CMS, ‘Our commitments’, beschikbaar via <https://cms.law/en/int/about-cms/responsible-business/cms-diversity-inclusion-charter/our-commitments>.

Ondanks dat Nederland een systeem van gefinancierde rechtsbijstand kent en slechts enkele overeenkomsten heeft met het pro bono systeem, kunnen enkele lessen worden getrokken uit deze kwestie. Het belang van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de advocatuur moet blijven worden benadrukt en gewaarborgd. Deze eisen gelden ook voor Nederlandse advocaten die werkzaam zijn in het buitenland, samenwerkingen hebben met buitenlandse kantoren, gefuseerd zijn met buitenlandse kantoren of buitenlandse cliënten vertegenwoordigen. Om deze reden moeten de ontwikkelingen in de VS met argusogen worden aanschouwd. Hoopvol is dat er nu ook vanuit het Comité van Ministers van de Raad van Europa een verdrag is gekomen om de cruciale rol van de advocatuur nog eens te benadrukken en de rechten en vrijheden van deze specifieke beroepsgroep te waarborgen.

Dus eens te meer, met de woorden van Willem Witteveen: 'De rechtsstaat is geen rustig bezit, geen huis waarin we onbezorgd kunnen gaan slapen'.²⁴

24 Eerste Kamer der Staten-Generaal, Plenair Witteveen bij behandeling Staat van de rechtsstaat, d.d. 11 maart 2014, beschikbaar via https://www.eerstekamer.nl/plenair/20140311/witteveen_3.

HET RECHT OP GETUIGEN IN ARTIKEL 6 EVRM (OPNIEUW) BESCHOUWD

Handvatten voor de nationale strafrechter in het algehele eerlijkheidsconcept

Pinar Ölçer *

Samenvatting | Effectieve verwezenlijking van het in artikel 6 EVRM gegarandeerde recht op getuigen in strafzaken kan ingewikkeld zijn, zo volgt ook uit belangrijke schendingen die door het EHRM in dit verband historisch en recent tegen Nederland zijn vastgesteld. Deze bijdrage gaat in op de door het EHRM (ook) bij dit recht gebruikte 'algehele eerlijkheidstoetsing', die door critici als hoofdoorzaak wordt aangewezen voor onduidelijkheid in het Straatsburgs getuigenregime. Betoogd wordt dat juist in de complexiteit van het algehele eerlijkheidsconcept een bepaalde ordening en daarmee handvatten te vinden zijn die benut kunnen worden voor meer geconcretiseerde en doeltreffende verwezenlijking van dit recht door de nationale rechter. Een aantal belangrijke daarvan worden hier belicht, mede aan de hand van recente Straatsburgse rechtspraak.

Trefwoorden | [EVRM], [Getuigen], [Strafzaken], [Algehele eerlijkheid], [Artikel 6 lid 3 jo. lid 1 EVRM].

DOI | 10.54195/NTM.23735

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

1.1 (Kritiek op) het Straatsburgs getuigenregime

Het recht op getuigen in strafzaken zoals gegarandeerd onder artikel 6 lid 3 sub d jo. lid 1 van het EVRM ziet op de aanspraak die de verdachte maakt op het (doen) ondervragen van getuigen *à charge* en het oproepen en ondervragen van getuigen *à décharge* (verder: respectievelijk, belastende en ontlastende getuigen). Waar het om verklaringen van belastende getuigen gaat omvat het recht ook eisen in verband met het gebruik daarvan in gevallen waarin het ondervragingsrecht is beperkt. De rechtspraak van het EHRM met betrekking tot dit recht kent een lang ontwikkelingstraject, is omvangrijk en gedetailleerd. Verwacht zou dan ook kunnen worden dat een gerijpt en geraffineerd kader beschikbaar is, dat op nationaal niveau gemakkelijk kan worden toegepast.

Volgens een belangrijke en bestendige lijn van kritiek – geuit in de literatuur en in *separate opinions* van rechters van het Hof – is dat echter niet het geval. Het getuigenregime in artikel 6 EVRM zou juist onduidelijk zijn en de bescherming van het getuigenrecht mede daardoor te zwak. Deze kritiek wordt niet zozeer betrokken op de concrete stappen in de (twee afzonderlijke)

■ F.P. Ölçer is Universitair hoofdocent straf- en strafprocesrecht, bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

toetsingsschema's die het Hof gebruikt bij de beoordeling van klachten over de omgang met belastende en ontlastende getuigen.¹ Vooral is het namelijk gericht op de 'algehele eerlijkheidstoetsing,' die het Hof als 'primaire zorg' vooropstelt bij de toepassing daarvan. Door de onbestemdheid van de algehele eerlijkheidstoetsing, die het Hof ook breder onder artikel 6 EVRM toepast, zou de bescherming vanuit afzonderlijke eerlijk procesrechten, waaronder het getuigenrecht, worden uitgehold.² Het algehele eerlijkheidsconcept zou voorts nader bijdragen tot te zwakke bescherming voor de verdachte vanwege een daarmee samenhangende *onjuiste inhoudelijke invulling* van artikel 6 EVRM in de context van dit recht. Enerzijds zou te veel (en te onduidelijke) ruimte bestaan om de belangen van de verdachte te wegen tegen individuele belangen (van getuigen en of slachtoffers), maar vooral ook collectieve belangen (van criminaliteitsbestrijding). Anderzijds is de kritiek dat eerlijkheid te zeer wordt ingevuld vanuit een *materiële uitkomstoriëntatie*, terwijl de nadruk juist zou dienen te liggen op *procedurele* waarden (zoals de beginselen van gelijkheid van wapenen, *adversarial* procesvoering en effectieve participatie). Daardoor zou bij toetsing de 'juistheid' van een veroordeling, zoals die wordt beoordeeld in het licht van de kwaliteit en beschikbaarheid van (overig) bewijs, zonder voldoende aandacht voor het vermogen van de verdachte tot betwisting en eigen inbreng, een te doorslaggevende rol spelen.³

Deze bezwaren zijn steekhoudend en geven aanleiding tot zorgen. Het getuigenrecht dient dagelijks te worden ingevuld in de praktijk, terwijl ontoereikende toepassing daarvan de legitimiteit van de strafrechtspleging in de kern raakt.⁴ De kritiek is voorts voor de Nederlandse strafrechtspleging van een groot actueel belang. Nederland heeft bij het EHRM op het vlak van getuigen niet alleen historisch, maar ook recent een slechte staat van dienst, ook waar het gaat om belangrijke systeemkwesties. In 2021 stelde het Hof een impactvolle schending vast in *Keskin*.

- 1 Zie voor de *leading cases* waarin die schema's zijn neergelegd: voor de belastende, EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 118147, (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 december 2015, 9154/10, par. 100-131 (*Schatschaschwili/Duitsland*) en voor de ontlastende, EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 139-168 (*Murtazaliyeva/Rusland*) (voor de ontlastende). Zie over de daarin vervatte concrete stappen, par. 2.1.
- 2 In deze bijdrage staat het getuigenrecht centraal, maar de kritiek op de algehele eerlijkheidsconcept geldt ook voor andere eerlijk procesrechten die ook (op daarop toegespitste wijze) onderhevig zijn aan deze wijze van toetsing. Zie over de dominantie van deze benadering bij het getuigenrecht, maar ook het recht op rechtsbijstand (en bij de beoordeling van het gebruik van onrechtmatige verkregen bewijs), A. Samartzis, 'Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights', *Human Rights Law Review*, 2021, afl. 21, p. 410 en 412-414 en (vooral over het recht op rechtsbijstand), R. Goss, 'The Disappearing 'Minimum Rights' of Article 6 ECHR: the Unfortunate Legacy of Ibrahim and Beuze', *Human Rights Law Review* 2023, p. 1-23. Bij sommige eerlijk procesrechten wordt algehele eerlijkheidstoetsing niet of in mindere mate ingezet. Zie voor een interessante duiding van verschillen tussen typen rechten, Trechsel, 'The Character of the Right to a Fair Trial', In: J.D. Jackson & S. Summers (Red.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 26-35.
- 3 Zie voor de hier ter duiding van deze kritiek gebruikte bronnen (op verschillende punten): Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 409-432; R. Goss, *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 1-208; Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 1-23; Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 19-36; en De Werd, 'Turen op *Keskin*. Over de meerwaarde van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet', *NJB*, 2021, afl. 10, p. 1-13. Zie voor separate opinies in de rechtspraak, o.a. de *joint partly dissenting* en *partly concurring opinion* van rechters Sajó en Karakaş bij *Al Khawaja en Tahery*; de *partly dissenting opinion* van rechter Bošnjak en de *dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva* en de *joint concurring opinion* van rechters Pavli en Zünd en de *dissenting opinion* van rechter Serghides bij EHRM 6 februari 2024, 56440/15, (*Snijders/Nederland*).
- 4 Zie ook J.H. Crijns, M.F.H. Hirsch Ballin & P.A.M. Verrest, 'De spiegel van Straatsburg' (Redactioneel), *Boom Strafblad* 2021-4, p. 110.

Daarin struikelde het over de in de nationale rechtspraak gestelde eis dat verdedigingsverzoeken om belastende getuigen voldoende geadstrueerd dienen te zijn (als gevolg waarvan verzoeken op die basis konden worden verworpen).⁵ Kort daarna volgden, op vergelijkbare maar ook andere gronden, schendingen in *Safssasi* en *Çalışkan*.⁶ Bij *Hu* en *Tong* zijn de klachten via *friendly settlement* door de Nederlandse overheid erkend en afgedaan.⁷ In *Snijders*, uit 2024, (waarin het ging om een met de bedreigde status verhoorde anonieme getuige), is weliswaar geen schending vastgesteld, maar bevat deze uitspraak een (hieronder nader te bespreken),⁸ belangrijke kritische kanttekening, ingegeven vanuit een bijzondere, *op de rechter georiënteerde*, invulling van het onmiddellijkheidsbeginsel.⁹ Deze is nog sterker aangezet als nationaal systeemprobleem in bij deze zaak gevoegde *separate opinions*.¹⁰

Nationale auteurs wijten negatieve beoordelingen van de Nederlandse praktijk aan gebreken in de omzetting en toepassing van de regels zoals voorzien door het Hof. Ondanks eerdere waarschuwingen zou het, 'marginale verbeteringen daargelaten' 'zuinigheid troef' blijven bij het aanbrengen van verbeteringen,¹¹ terwijl de kwestie van getuigen, 'al lang' geldt als 'een achilleshiel van de Nederlandse strafrechtspleging'.¹² Ook deze kritiek is terecht: blijvende

5 EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 45 en 53-62 (*Keskin/Nederland*). De regel dat bij belastende getuigen uit dient te worden gegaan van een presumptie van een noodzaak tot horen is overigens o.a. eerder neergelegd in EHRM 25 juli 2013, 11082/06 en 13772/05, par. 712 (*Khordorkovskiy en Lebedev/Rusland*) (waarin het om deskundige getuigen ging) en EHRM 23 september 2014, 17362/03, par. 77 (*Cevat Soysal/Turkije*). Na *Keskin* paste de Hoge Raad het eigen kader aan, zie het post-*Keskin* arrest van de Hoge Raad 20 april 2021, ECLI:NL:HR;2021:576. Zie over de post-*Keskin* rechtspraak van de Hoge Raad, M.J. Dubelaar & K. Pitcher, 'Post-*Keskin*: enkele reflecties op de nieuwe lijn van de Hoge Raad inzake de uitoefening van het ondervragingsrecht', *Boom Strafbblad* 2021-4, p. 139-147; T. Kooijmans, 'Verdedigingsbelang en noodzakelijkheid: noopt *Keskin* tot aanpassing van het te moderniseren Wetboek van Strafvordering?', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021-2, p. 45-49; V.J.W. Peeters & D.T. Sterk, 'Een nieuwe koers na *Keskin*. Een overzicht en analyse van Europese en Nederlandse rechtspraak met betrekking tot het recht om belastende getuigen te horen', *DD* 2021-8, p. 1-25; T.N.B.M. Spronken, 'De zaak *Keskin*: het EHRM in dialoog met de Hoge Raad', *NJB* 2021-7, p. 1-2; F.C.W. de Graaf, 'Belastende en ontlastende getuigen in de rechtspraak van het EHRM', *DD* 2022-3, p. 1-17; D.A.G. van Toor & R.L.M. Klomberg, 'Het horen van getuigen à charge na *Keskin*: een overzicht', *NTS* 2022, p. 222-227 en T.M. de Groot & P. Uijtendewillegen, 'Het ondervragingsrecht in de rechtspraak van de Hoge Raad na het post-*Keskin* arrest', *DD* 2025-5, p. 1-25. Zie in de context van deskundige getuigen: S. Ligthart, J. Bemelmans & J. Bijlsma, 'Het ondervragingsrecht ten aanzien van belastende deskundigen in strafzaken. Over post-*Keskin*, Thijs H. en de Rosmalense flatmoord', *NJB* 2023, p. 1-10; en M. Visser, 'Keskin, deskundigen en de Hoge Raad. Struisvogeljuristerij of gepaste nuance? De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het horen van deskundigen à charge na het *Keskin*-arrest', *DD* 2024-50, p. 1-14.

6 EHRM 10 januari 2023, 61125/19, (*Safssasi/Nederland*) en EHRM 10 januari 2023, 34507/16, (*Çalışkan/Nederland*).

7 EHRM 4 mei 2023, 22069/19 (*Hu/Nederland*) en EHRM 4 mei 2023, 20209/19 (*Tong/Nederland*).

8 Zie par. 3.3.

9 Het onmiddellijkheidsbeginsel vraagt om beraadslaging en beslissing op basis van direct ter zitting ingebrachte en onderzochte informatie. Zie uitgebreid over dit beginsel (en de zwakke invulling daarvan in Nederland, ook in de context van de (toen nog) vroege moderniseringsplannen (waarin hij een 'doodsteek' voor het onmiddellijkheidsbeginsel ziet)), J.S. Nan, 'Moderne onmiddellijkheid, onmiddellijkheid 'light'', *Boom Strafbblad* 2015-4, p. 1-24.

10 Enkel in EHRM (Beslissing) 14 mei 2024, 46836/18 (*Zegerius/Nederland*) kwam de beperking van het ondervragingsrecht (als kennelijk ongegrond) recent ongeschonden uit de beoordeling. Zie over deze uitspraak nader, par. 3.4.4.

11 Crijns e.a. 2021 (*supra* noot 4), p. 110. Zie ook over een 'cultuur van zuinigheid' in verband met getuigen, Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 145 en het 'krappe budget van de rechtspraak en de zorgelijke doorloopssnelheid van strafzaken', *De Werd* 2021 (*supra* noot 3), p. 2. Zie ook Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 1-24 over de rol van de ambitie kosten te besparen.

12 Dubelaar & Pitcher (*supra* noot 5), p. 140. Zie ook B.E.P. Myjer, 'Myjmering: De invloed van het EVRM op de Nederlandse strafrechtspleging. Inmiddels Fair enough?', (Opinie), *Strafbblad* 2021, p. 114, die de kwestie van getuigen aanwijst als onderwerp dat 'vrij hardnekkig' terugkomt in door het EHRM tegen Nederland gewezen zaken.

oriëntatie op minimumeisen brengt met zich dat het getuigenrecht op nationaal niveau structureel te dichtbij een gevaarzone wordt verwezenlijkt.¹³ De beweegredenen die gekoppeld worden aan de Nederlandse houding, te weten een efficiëntiestreven (manifest in de ambitie zo veel als mogelijk getuigen buiten het onderzoek ter terechtzitting te horen),¹⁴ de ‘inquisitoire traditie’ in Nederland¹⁵ (dat het systeem nu eenmaal zo is ingericht),¹⁶ en het vertrouwen in de professionaliteit van de rechter,¹⁷ gelden in de rechtspraak van het EHRM niet (zondermeer) als legitieme wegingsfactoren.

Ook al gaat dat gepaard met ‘turen’ en ‘te scherp aan de wind zeilen’,¹⁸ beoogt de nationale rechter tegelijkertijd wel steeds trouw te blijven aan de Straatsburgse regels.¹⁹ Waar deze er met enige stelselmatigheid niet goed uitkomt is dan, in het licht van de fundamentele kritiek op het algehele eerlijkheidsconcept, ook aanleiding te reflecteren op knelpunten daarin.²⁰ Waakzaamheid is in Nederland *a fortiori* geboden in verband met de inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen voorstel tot modernisering van het Wetboek van Strafvordering (verder: de modernisering).²¹ Ook de wetgever streeft steeds naar verdragsconformiteit,²² en zijn in de modernisering ter zake van het getuigenrecht nu ook verschillende verbeterende voorzieningen voorgenomen. Tegelijkertijd zijn ook, met een beroep op nuancerings in latere Straatsburgse rechtspraak, eerder (mede naar aanleiding van vastgestelde schendingen als correcties) ingevoerde beschermingsregels teruggedraaid, in lijn met een bepaald begrip van de ruimte die in artikel 6 EVRM wordt geboden voor beperkingen. Een belangrijke pijler van dat begrip is dat het Straatsburgs regime het gebruik van buiten de zitting afgelegde verklaringen toelaat. Als gevolg wordt die optie in het moderniseringsvoorstel nader ingekapseld als hoofdbenadering,²³ mede op de basis dat het EHRM lidstaten ook ruimte laat voor een eigen inrichting van het strafproces.²⁴ De vraag of die ruimte inderdaad (zo sterk) wordt geboden in de Straatsburgse rechtspraak is een belangrijke, en wordt in deze bijdrage aan de orde gesteld, ook in het licht van het gegeven dat een *margin of appreciation* in artikel 6 EVRM niet in dezelfde mate werkzaam is als bij andere verdragsrechten.²⁵

13 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 7 en Myjer 2021 (*supra* noot 12), p. 112.

14 Crijns e.a. 2021 (*supra* noot), p. 110.

15 Crijns e.a. 2021 (*supra* noot), p. 110.

16 Zie ook Myjer 2021 (*supra* noot 12), p. 112-113.

17 Zie P.A.M. Mevis, ‘Kan de Hoge Raad links en rechts worden gepasseerd? Enkele overdenkingen naar aanleiding de zaak Keskin tegen Nederland’, *DD* 2021-29, p. 4, 5 en 13.

18 De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 1 en 2.

19 Zie ook Myjer 2021 (*supra* noot 12), p. 115.

20 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 6, die wijst op een ‘grote’ ‘behoefte aan duidelijkheid uit Straatsburg’, in het licht van de ‘holistische’ benadering van het Hof.

21 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Wetboek van Strafvordering), op 1 april 2025 aangenomen door de Tweede Kamer. Gewijzigd voorstel van wet.

22 Zie ook Myjer 2021 (*supra* noot 12), p. 114.

23 Zie over de ‘beweging naar voren’, waarmee ‘de Nederlandse procescultuur’ wordt bestendigd en efficiëntie wordt bevordert, Wetsvoorstel tot Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Wetboek van Strafvordering), *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) (verder: Memorie van Toelichting, Modernisering), p. 26 en 34-38. Zie in algemene zin over ‘de beweging naar voren’ vanuit het perspectief van de rechtspraak, W.F. Groos & M.L. Ruiter, ‘De beweging naar voren: een vlucht naar voren?’, *BSb* 2024-1, p. 25-31.

24 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, o.a. p. 874 en 914-916.

25 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 37-38 en, meer algemeen over het begrip van en de omgang met nationale marges, Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 3.

Voor al is een grondige discussie echter noodzakelijk over de betekenis van het algehele eerlijkheidsconcept, ook omdat daarop in het kader van de modernisering (nog) amper is ingegaan. Reflectie daarop is eveneens van belang (ook breder dan in de context van het recht op getuigen), in verband met de voorgenomen invoering van het recht op een eerlijk proces in de inleidende bepalingen van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, zo ook het in 2022 ingevoerde recht op eerlijk proces in artikel 17 lid 1 van de Grondwet.²⁶

1.2 Doel en structuur van discussie

Deze bijdrage beoogt het algehele eerlijkheidsconcept zoals het uitwerking heeft in de context van het getuigenrecht (deels) te ontrafelen en (meer) grijpbaar te maken. Tot uitgangspunt wordt genomen dat het EHRM niet, hoewel het daartoe wordt aangespoord,²⁷ tot een significante rechtsomkeert zal komen in de rechtspraak. Derhalve wordt hier, inspelend op de aangekaarte kritiek, beoogd binnen het algehele eerlijkheidsconcept handvatten te vinden die gebruikt kunnen worden voor geoptimaliseerde verwezenlijking door de nationale rechter.

Eerst wordt het algehele eerlijkheidsconcept geproblematiseerd (par. 2). Vervolgens worden een aantal belangrijke interpretatieve regels en variabelen die bij deze wijze van toetsing (kunnen) worden betrokken geanalyseerd (par. 3). Doel is daarbij niet alleen om de complexiteit daarvan te duiden, maar vooral om te tonen hoe zij benut kunnen worden door de nationale rechter om te komen tot (meer) gestructureerde toetsing en betere concretisering van de algehele eerlijkheid. De ruimte ontbreekt om (uitgebreid) op alle pertinente variabelen in te gaan, zodat de aandacht wordt gevestigd op twee daarvan, die structureel operationeel zijn en een sterke invloed uitoefenen. Het gaat daarbij om (i) de gedifferentieerde omgang met verschillende aspecten van eerlijkprocesrechten en typen beperkingen en (ii) (compenserende en 'aggregerende'²⁸) interacties tussen procesrechten binnen algehele eerlijkheidstoetsing. Andere vaak voorkomende en belangrijke variabelen (die zien op procesvraag, procesfase en type getuige), worden binnen die verbanden summier aan de orde gesteld. De nadruk op de *problematiek omtrent de onduidelijkheid van de rechtspraak* hier brengt met zich mee dat de – belangrijke – kritiek in verband met *onjuiste inhoudelijke invulling* in deze bijdrage ook enkel kort wordt betrokken, dat ook alleen voor zover deze weerslag heeft op de helderheid van het getuigenregime. Ook wordt hier geen analyse verricht van de verenigbaarheid van het (geldend en voorgenomen) Nederlands recht aangaande getuigen met de Straatsburgse rechtspraak. Op verschillende belangrijke punten

26 Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, (*Stb.* 2022, 331). Zie De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 2 en 7-10, die in verband met de eveneens door hem gesignaleerde problematiek omtrent de duidelijkheid van de rechtspraak van het EHRM, een belangrijke rol ziet voor de ontwikkeling van een nationaal eerlijkheidsconcept, o.a. via dit grondrecht. Zie in dit verband uitgebreid (eveneens mede in verhouding tot het voorgenomen recht op een eerlijk proces in de modernisering), M.A.P. Timmerman, 'De betekenis van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces voor het huidige en toekomstige strafprocesrecht', *DD* 2023-61, p. 837-857. Zie ook Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 13.

27 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 411-412, en 421; Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 4, 70 en 87-88; Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 22-23.

28 Het gaat hier niet om een gangbare term. Bedoeld wordt situaties waarin beperkingen van verschillende eerlijk procesrechten zich tegelijkertijd voordoen. Zie nader, par. 3.4.2.

worden wel een aantal kanttekeningen geplaatst in verband met keuzes binnen de strafvorderlijke modernisering.²⁹ De bijdrage wordt uitgeleid met een aantal reflecties (par. 4).

2 Het algehele eerlijkheidsconcept geproblematiseerd

2.1 Locatie en effect (op nationaal niveau)

Het algehele eerlijkheidsconcept heeft werking via een afzonderlijke laag van toetsing die los kan worden gezien van de toetsingsstappen in de twee getuigenschema's die het Hof hanteert voor de belastende en de ontlastende getuige.³⁰ Die schema's worden als gezegd gebruikt om te toetsen of artikel 6 EVRM is geschonden omdat het ondervragingsrecht bij belastende getuigen is beperkt en hun verklaringen tot bewijs zijn gebruikt, respectievelijk dat ontlastende getuigen niet zijn opgeroepen en gehoord (en hun verklaringen aldus ook niet zijn ingebracht). Het eerste schema, betreffende belastende getuigen, ziet op de vragen (i) of er een goede reden is voor de beperking; (ii) of de bewezenverklaring/veroordeling 'solely or decisively' op ongetoetste verklaringen is gebaseerd (verder: de SDE-regel) en (iii) of toereikende compenserende maatregelen, waaronder procedurele waarborgen, zijn toegepast. Bij het tweede schema (voor ontlastende getuigen), gaat het erom (i) of een verzoek tot horen door de verdediging voldoende gemotiveerd is; (ii) of de relevantie van de gezochte verklaring door de rechter adequaat is overwogen *en* de beslissing om niet te horen toereikend is gemotiveerd en (iii) of de algehele eerlijkheid (niet) is ondermijnd.³¹ Deze stappen worden niet alleen door het EHRM gebruikt bij de beoordeling van klachten, het EHRM eist ook dat de nationale rechter ze zorgvuldig en zichtbaar toepast.³²

De algehele eerlijkheid is weliswaar als toetsingsstap enkel uitdrukkelijk verwerkt in het tweede schema, maar dit betekent niet dat het alleen daar een rol speelt. De volle kaders voor de twee typen getuigen bestaan namelijk niet alleen uit de bovengenoemde vragen in de twee schema's. Het Hof geeft ze niet in alle zaken weer, maar in beide gevallen hangt daaronder

29 Voor een meer compleet beeld van de werking van de algehele eerlijkheid in de context van getuigen zou tevens in analyse kunnen worden betrokken de wijze waarop eerlijkheidseisen kunnen variëren waar het gaat om deskundige getuigen en getuigen in *sui generis* 'non-hard core' punitieve procedures (die via extensieve uitleg van de notie van de strafvervolgning onder de bescherming van de *criminal limb* van artikel 6 EVRM worden gebracht door het EHRM, doch onder de algemene regel dat die bescherming gerelativeerd kan worden). Het een en ander geldt des te meer wegens belangwekkende actuele ontwikkelingen ter zake van het getuigenrecht in die contexten. Zie in verband met deskundige getuige recent, EHRM 5 juni 2025, 21492/17 (*Anna Maria Ciccone/Italië*), en voor *sui generis*, non-hard core punitieve procedures, o.a.: EHRM 16 februari 2021, 11230/12 (*Negulescu/Roemenië*) EHRM 16 februari 2021, 22003/12 (*Buliga/Roemenië*); EHRM 5 september 2024, 57718/15 (*Fin Fer S.P.A./Italië*, no. 57718/15 en EHRM 21 januari 2025, 74601/14 en 78295/14 (*Dilek Genç/Turkije*). In verband met de beschikbare ruimte worden die contexten echter, buiten een aantal summier beschouwingen over deskundigen, niet in de analyse meegenomen. Hetzelfde geldt voor het recht op getuigen in civiele procedures. Zie recent in dat verband recent, EHRM 24 maart 2022, 5386/10, par. 85-102 (*Zayidov/Azerbaidjan* (No. 2)).

30 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 412.

31 Zie EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 119-147, (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 15 december 2015, 9154/10, par. 107-131 (*Schatschaschwili/Duitsland*) (voor de belastende getuige) en EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 152-168 (*Murtazaliyeva/Rusland*) (voor de ontlastende getuige).

32 Zie uitdrukkelijk in die zin, EHRM 7 september 2023, 43627/16 en 71667/16, par. 90 (*Okropiridze/Georgië*), par. 90. Zie De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 6, die de (vooral retrospectief uit te voeren) toetsingsschema van het EHRM geen geschikt 'beslismodel' acht voor de nationale rechter.

ook een gedetailleerde toelichting, daarboven een duiding van algemene principes. De dominantie van het algehele eerlijkhedenconcept wordt ook in die onderdelen van de totale kaders benadrukt,³³ zo ook bij toepassing van de regels op de concrete zaken. Veelal is het ook referentiekader bij de finale duiding van uitkomst (het is vooral de ‘algehele eerlijkheid’ die al dan niet geschonden is, *versus* het recht op getuigen).

De overheersing van de algehele eerlijkheid komt vooral tot uitdrukking in de vooropgestelde algemene principes, die zijn ingebed in de (overkoepelende) notie van eerlijkheid in het eerste lid van artikel 6 EVRM. Dat is ook de reden waarom getuigenklachten vooral worden beoordeeld binnen het raamwerk lid 3 sub d in conjunctie met lid 1 van de bepaling. Deze principes zijn bij belastende getuige de volgende: (i) de garanties van artikel 6 lid 3 EVRM zijn ‘specifieke aspecten’ van het recht op een eerlijk proces; (ii) algehele eerlijkheid is steeds de ‘primaire zorg’ bij toetsing; (iii) bij de beoordeling van ‘the proceedings as a whole’ worden niet alleen de rechten van de verdediging, maar ook het algemeen belang en het belang van slachtoffers in effectieve criminaliteitsbestrijding en, waar noodzakelijk, de rechten van getuigen, betrokken en (iv) de toelaatbaarheid van bewijs is primair een nationale aangelegenheid, waardoor het Hof zich in principe op dit vlak terughoudend opstelt en ook mede daardoor zich enkel op de eerlijkheid richt.³⁴

Bij de ontlastende getuige stelt het Hof ook de algehele eerlijkheid en terughoudendheid bij interventies in bewijsaangelegenheden voorop als algemene principes. Verschil is dat daarnaast niet verwezen wordt naar (publieke) (derden)belangen, maar wel, in aansluiting op de tekst van artikel 6 lid 3 sub d EVRM (deze geeft opdracht tot omgang met belastende en ontlastende getuigen ‘under the same conditions’) uitdrukkelijk naar het principe van gelijkheid van wapenen als ordenende waarde.³⁵

Op overige aspecten van deze algemene principes wordt hierna ingegaan. Voor nu is van belang dat de indienstelling aan de algehele eerlijkheid hoofdoorzaak is voor onduidelijkheid rondom en verzwakking van het getuigenrecht. Concreet heeft de vooropstelling van de ‘eerlijkheid als geheel’ op twee samenhangende wijzen effect. In de eerste plaats verliezen de – overige – concrete toetsingsstappen niet alleen gezamenlijk aan gewicht, maar zijn zij ook onderhevig aan ‘interne’ relativisering. Zeker wanneer toetsing tot deze stappen beperkt zou blijven en zij als ‘red lines,’ in de vorm van strikte cumulatieve voorwaarden, zouden worden gehanteerd, zou dat in sterke(re) bescherming van het getuigenrecht uitpakken. De Straatsburgse rechtspraak bevat ook overvloedige instructies over de afzonderlijke stappen, hetgeen toepassing *daarvan* op nationaal niveau vergaand faciliteert. Nu dit past bij de ‘traditionele benadering’ van de algehele eerlijkheid, heeft de Grote Kamer in *Al Khawaja en Tahery* en *Schatsschaswili* echter voorheen strikter geldende eisen (de goede reden-eis en de SDE-regel) gerelativeerd, door te bepalen dat het effect van niet-naleving *daarvan* ook via algehele eerlijkheid holistisch dient te worden benaderd, waardoor die eisen fluïde zijn en onderling communiceren (zo ook met die van compenserende waarborgen).³⁶ De derde stap in het *Murtazaliyeva* kader heeft eenzelfde

33 Zie voor de meest recente iteraties van de ‘volle’ kaders, met toelichting, EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 54-57, (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*) (belastend) en EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 95-99, (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*) (ontlastend).

34 EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 54 (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*).

35 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 95 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

36 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 146-147, (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 december 2015, 9154/10, par. 106 en 110-118 (*Schatsschaswili/Duitsland*).

doel, te weten om een ‘inflexibele’ en ‘mechanische’ werking van de overige twee stappen uit te sluiten.³⁷

In de tweede plaats ziet de algehele eerlijkheid ook op meer dan het getuigenrecht en de daarbij behorende eigen criteria. Ofwel, ook *andere variabelen* worden in beoordelingen betrokken. Dat is in wezen de kernbenadering bij algehele eerlijkheidstoetsing, namelijk om tot een totaaloordeel te komen op basis van alle relevante (feitelijke en juridische) factoren en omstandigheden. De grote verscheidenheid daarvan maakt het nader moeilijk te doorgronden (wanneer) welke (samenstellingen daarvan) doorslaggevend kunnen zijn. De rechtspraak laat zich daarmee ook niet gemakkelijk volgen. Soms is het Hof strikt, soms niet, terwijl de redenen voor uitkomsten vaak niet precies kunnen worden aangewezen.

Een eerste kanttekening bij de voornemens in het kader van de strafvorderlijke modernisering in Nederland is hier op zijn plaats. Betekenisvol is dat in dit verband vooral niet is gereflecteerd op die laatste werking. Gesteld wordt dat gestreefd wordt naar een wetboek waarin de verhouding tot het EVRM ‘geoptimaliseerd’ (in plaats van ‘geminimaliseerd’) is.³⁸ Dat zou mede tot uitdrukking komen door de ‘centraalstelling’³⁹ van het eerlijk procesrecht onder de inleidende bepalingen en door het effect dat is gegeven aan de rechtspraak van het EHRM ‘op tal van plaatsen’ – zoals bij de regeling van het getuigenrecht.⁴⁰ Tegelijkertijd is ervoor gekozen niet tot concretisering van eerlijkeheidsregels te komen. Daarbij wordt ook weer in het bijzonder verwezen naar de context van getuigen, op de grond dat werken met een ‘toekomstbestendige’ en ‘open verwijzing’ naar ‘het eerlijk proces’ beter is, indachtig mogelijke latere ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof⁴¹ (die ‘nauwlettend in de gaten’ dient te worden gehouden).⁴² De optimalisering van de aansluiting bij het EVRM komt er aldus vooral op neer dat (eerder verscherpte) kaders breder worden gesteld.

Wat de ‘inhoud van de waarborg van het eerlijk proces’ betreft in de context van het getuigenrecht, is de voorstelling van zaken dat deze ‘een toets (behelst) waarbij alle drie de factoren van het beslissingsschema worden nagelopen (...)’.⁴³ Ofwel, eerlijkheid wordt (enkel) daaraan gelijkgesteld. Daarbij wordt het eerste hierboven genoemd effect wel opgepakt. In het bijzonder valt er daarbij op te wijzen dat de nuancering van de SDE-regel in de rechtspraak van het EHRM wordt aangegrepen om (thans daardoor als achterhaald opgevatte) regels in artikel 344a WvSv, die de bewijskracht van bepaalde type verklaringen (van (bedreigde) anonieme, afgeschermd

37 EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 168 (*Murtazaliyeva/Rusland*).

38 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 61 en 39. Zie ook Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 845.

39 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 63. Zie ook Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 844-845.

40 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 39 en 63-64. Zie ook Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 845.

41 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 1013. Zie ook Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 845. Zie ook Kooijmans 2021 (*supra* noot 5), p. 47, in verband met de open verwijzing naar eerlijkheid in voorgenomen artikel 4.3.11 WvSv (waarin in het eerste lid voorgeschreven wordt dat een bewezenverklaring niet in beslissende mate kan steunen op de verklaring van een niet ondervraagde getuige, tenzij het recht op een eerlijk proces niet wordt geschonden). Hij stelt dat de bepaling daarmee ‘duurzaam’ is en goed aansluit bij de Straatsburgse rechtspraak, maar ook dat de laatste niet ‘eenvoudig te doorgronden’ is en begrip bij actoren en uitwerking (door de Hoge Raad) vergt. Zie voor deze bepaling het Gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I* 2024/25, 36 327, C.

42 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 39.

43 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 1013-1014.

getuigen en kroongetuigen) mitigeren, niet meer over te nemen in het nieuwe wetboek. De nodige behoedzaamheid ter zake wordt voor de toekomst overgelaten aan de rechter, via een motiveeringsplicht bij betwisting.⁴⁴ Voorts zijn verschillende uit de Straatsburgse rechtspraak extraheerde uitgangspunten ingeroepen in het ontwerp van het nieuw systeem, doch zonder vergaande reflectie daarop. Het gaat daarbij om (publieke) derdenbelangen die tegen die van de verdachte dienen te worden afgewogen, om vrijspraken bij ernstige misdrijven te voorkomen, ook met verwijzing naar de slachtoffer-centrische positieve verplichtingen rechtspraak van het EHRM.⁴⁵ In dat verband ontbreekt echter een uiteenzetting van de rechtspraak waaruit zou kunnen blijken in welke mate en hoe dergelijke afwegingen gemaakt kunnen worden. Ook wordt als gezegd verwezen naar de discretionaire ruimte die Straatsburg lidstaten laat bij de inrichting van het eigen stelsel, zonder onderbouwing van hoe dat volgt uit 's Hofs getuigenrechtspraak en waarop die ruimte ziet.⁴⁶ Het bestaan van een dergelijke marge wordt evenwel vergaand aangegrepen in het kader van de systeemkeuze om vooral buiten de zitting te horen. Erkend wordt dat de rechtspraak van het EHRM uitgaat van onmiddellijke ondervraging (zo ook ons omringende landen), en dat onontkoombaar is, vanwege *Keskin*, dat sterker gevolg zal dienen te worden gegeven aan het onmiddellijkheidsbeginsel. Dat blijft echter beperkt tot belastende getuigen, terwijl ook daarbij uitgangspunt blijft dat het ondervragingsrecht vooral buiten de zitting kan worden gerealiseerd.⁴⁷ Vooral is daarom gestreefd naar verbeteringen van de mogelijkheden in dat verband. Opvallend is dan dat een van de kernvoorzieningen die zijn voorgenomen om die systeemkeuze te legitimeren, te weten de invoering van de regel dat de verdachte als regel aanwezig kan zijn bij het verhoor bij de rechter-commissaris, uiteindelijk is teruggedraaid.⁴⁸

Het moderniseringsvoornemen is aldus om nog meer dan thans het geval is, het aan de nationale rechter te laten gestalte te geven aan de algehele eerlijkheid. Nadere instructies worden ook niet gegeven door de moderniseringswetgever via duiding van de betekenis van het recht op een eerlijk proces in de inleidende bepalingen van het nieuwe wetboek, of met betrekking tot de (verhouding tot) artikel 17 lid 1 van de Grondwet. Sterker, in dat verband wordt een paradoxale boodschap gecommuniceerd.⁴⁹ De grondwettelijke bepaling is mede ingevoerd onder de toelichting dat het wenselijk is tot jurisprudentiële ontwikkeling van op het eigen systeem toegespitst eerlijkhedenconcept te komen, mede zodat boven de minimumeisen van artikel 6 EVRM kan worden uitgestegen.⁵⁰ In verband met het recht op eerlijkheid in het wetboek wordt echter gesteld dat het daarbij niet gaat om een zelfstandige, van verdragen afwijkende bron van eerlijkheid.⁵¹

44 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 1010-1016.

45 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 63-64.

46 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 37 en 914.

47 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 762-763 en 912-916.

48 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Wetboek van Strafvordering) Eindstemming wetsvoorstel, 1 april 2025, p. 9; Motie 21, Sneller en Ellian bij Artikel 2.10.29 over niet-aanwezigheid van de verdachte bij getuigenverhoor als hoofdregel.

49 Zie in dat verband uitgebreid, Timmerman 2023 (*supra* noot 25), p. 837-857.

50 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 7-10 en uitgebreid over de functies van de invoering van de grondwettelijke bepaling en zijn bevindingen dat die die functies niet significant terugkomen in de o.a. de modernisering, Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 837-846, respectievelijk 848-849 en 856-857.

51 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 93. Zie wederom uitgebreid in dit verband, ook met zijn aanbevelingen, Timmerman 2023 (*supra* noot 26), p. 837-857.

2.2 Visies op de algehele eerlijkheid

Problematisch is dat, niettegenstaande het grote belang ervan, het EHRM ook geen definitie biedt van de algehele eerlijkheid.⁵² In de literatuur zijn verschillende conceptualiseringen te vinden. Trechsel ziet een ‘rest’ eerlijkheid als een soort ‘pap’ binnen het recht op een eerlijk proces, dat verder bestaat uit concrete rechten zoals het recht op getuigen (als stukjes ‘fruit en noten’ in ‘Birchermüesli’): de pap is zelf ‘relatief smakeloos’ en ‘zonder contour,’ een ‘vat’ die het Hof kan vullen met ‘alles wat het dienstig acht’ – en soms de ‘uitdrukking’ is van ‘wishful thinking,’ vooral tijdens de verdediging.⁵³ Het Hof benut die pap echter ook om vorm te geven aan de voorwaarden voor toelaatbare *beperkingen* van concrete rechten. Dat doet het echter volgens Trechsel op zo onduidelijke wijze dat het recht op een eerlijk proces uiteindelijk verwordt tot een ‘ephemeral cloud, changing its shape to adapt vague concept of overall fairness’.⁵⁴

Samartzis komt tot de volgende duiding: het ‘open-ended’ en met het oog op ‘flexibiliteit’ gehanteerd algehele eerlijkhedenconcept⁵⁵ lijkt te zien op ‘elke overweging die relevant kan zijn om te bepalen of een proces eerlijk was, maar niet onderdeel is van een specifieke test’.⁵⁶ Dergelijke overwegingen worden ‘ad hoc’ in beoordelingen betrokken, aan de hand van de concrete omstandigheden van de zaak.⁵⁷ Zodoende ziet hij gelijkenissen tussen de bredere ‘ad hoc balanceren’ werkwijze die het Hof, ook onder vergelijkbare kritiek,⁵⁸ hanteert bij andere bepalingen (ook in de context van proportionaliteitsbeoordelingen).⁵⁹ Zich de vraag stellend of algehele eerlijkheidstoetsing onderdeel is van een ‘wider fault of method and substance’ in de rechtspraak van het Hof,⁶⁰ is zijn conclusie dat de toets gezien kan worden als een ‘pathologie’ van ‘s Hofs proportionaliteitsanalyses en een illustratie van ‘spillover’ in artikel 6 EVRM van de ‘algemene neiging’ van het Hof ‘conclusies vast te stellen op basis van ad hoc balanceren’.⁶¹ Dat zou in artikel 6 EVRM onwenselijk zijn omdat deze wijze van toetsing leidt tot de ‘overschrijving’ van de ‘letterlijke betekenis’ van deze bepaling.⁶² Gevolg is dat het ‘elusive,’ en ‘ambiguous’ algehele eerlijkhedenconcept⁶³ leidt tot ‘impressionistische rechtspraak’,⁶⁴ en de verzwakking van lid 3 rechten.⁶⁵

Volgens rechter Pinto de Albuquerque krijgen nationale rechters met de optie om de ‘fuzzy’ algehele eerlijkheid voorop te stellen een ‘inherent subjectief,’ ‘extreem kneedbaar’ en uit oogpunt van zelfs ‘minimale voorspelbaarheid’ ‘zeer ongeschikt’ standaard aangereikt, die niet bijdraagt

52 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416 en Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 124-125 en 138.

53 Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 19-20.

54 Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 35.

55 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410.

56 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416. Zie ook de definitie van Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 9 en Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 124-139, in het laatste geval ook met een kritische bespreking van de onduidelijkheid en soms onvolledigheid waarmee het Hof deze wijze van toetsing uitvoert.

57 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416.

58 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410-411 en 421.

59 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410-411 en 421.

60 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 421.

61 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 421.

62 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416.

63 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 412.

64 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 423.

65 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416. Zie ook Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 12.

aan ‘goodwill’ aan hun zijde en uitnodigt de voor hem ‘strikte normen’ in artikel 6 lid 3 EVRM niet na te leven.⁶⁶ De Werd wijst het algehele eerlijkheidsconcept inderdaad als struikelblok aan, specifiek voor de Nederlandse rechter. Het zou daarbij gaan om een ‘typisch common law’ werkwijze, een concept ‘dat zich beter literair laat omschrijven, dan definiëren’ en leidt tot ‘verwarring op de werkvloer van Nederlandse rechters’,⁶⁷ die rechtspreken in een door het legaliteitsbeginsel gedreven systeem en behoefte hebben aan heldere regelgevende kaders.⁶⁸

Deze conceptualisering bevestigen enerzijds dat algehele eerlijkheid meer omvat dan ‘flexibel’ toetsen aan de concrete stappen in de relevante getuigenschema’s. Anderzijds benadrukken zij de ernst van de problematiek omtrent de onduidelijkheid van het concept, die niet alleen pragmatisch is, maar ook een normatieve dimensie heeft, in de zin dat de rechtspraak daardoor niet voldoet aan de *Rule of law* eis die, vooral in de context van de mensenrechtenrecht, sterk gestalte zou moeten krijgen.⁶⁹

De complexiteit van algehele eerlijkheid is inderdaad een gegeven. Tegelijkertijd dient te worden onderkend dat er ook meer valt te extraheren uit de Straatsburgse rechtspraak. Interessant is daarbij de analyse van Goss omtrent ‘s Hofs algemene interpretatie van het eerlijk procesrecht. Waar Samartzis een ‘opmerkelijke’ afwezigheid van de algehele eerlijkheid verhelderende criteria ziet,⁷⁰ vindt Goss in artikel 6 EVRM juist te veel factoren. In zijn overzicht gaat het daarbij om een scala van ‘cross-cutting’ interpretatieve regels en variabelen.⁷¹ Voor Goss worden deze elk afzonderlijk en in onderlinge verhouding te onduidelijk en inconsistent toegepast door het EHRM. Hij is daarover zeer kritisch: artikel 6 EVRM zou daarmee zijn verworpen tot een ‘under-theorised’ en ‘poorly explained’ ‘puzzel’ dat gebukt gaat onder een ‘irrationele flexibiliteit’.⁷²

Ook is een meer positieve benadering echter mogelijk: het gegeven dat zoveel regels en variabelen vallen te ontwaren toont in zichzelf dat systematiek aanwezig is. (Interpretatieve) factoren zoals die door Goss worden geïdentificeerd, zo ook andere, kunnen juist ook worden gebruikt als handvatten in de hier bedoelde zin. De hieronder te bespreken, in de inleiding benoemde variabelen betreffen, voor het getuigenrecht belangrijke vormen daarvan. Zij vallen enerzijds te extraheren uit de specifieke op het getuigenrecht georiënteerde rechtspraak van het EHRM, in de vorm van factoren die de algehele eerlijkheid in de context van het getuigen-

66 *Dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva*, par. 52.

67 De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 2 en 6. Zie ook Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 4-5, die er ook op wijst dat de algehele eerlijkheidstoetsing niet dient te worden opgevat als een ‘terughoudende’ benadering, waarbij getoetst wordt of een zaak ‘door de beugel’ kan en dat de rechtspraak ter zake wel specificiteit biedt. Tegelijkertijd wijst Mevis er ook op dat de rechtspraak van het Hof ook niet steeds helder is, Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 9.

68 De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 6. Zie ook Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 146 en 139, kritisch over de focus die ook de Hoge Raad legt bij algehele eerlijkheid – ‘dat toch door velen wordt opgevat als een ongebreidelde mogelijkheid om inbreuken op deelrechten te sauveren’ – (en ook meer algemeen, dat de Hoge Raad in het post-Keskin arrest de feitenrechter ‘onvoldoende aanspoort om het ondervragingsrecht serieus te nemen en zich over de verwezenlijking daarvan te bekommeren’).

69 Zie Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 411, 412 en 418-419. Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 5-9. Zie ook Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 35.

70 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416.

71 Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 2.

72 Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 3 en 9-10, 67 en 115. Zie voor zijn, vanuit onduidelijkheidsperspectief kritische, bespreking van verschillende door hem omliggende variabelen, Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 9-11 en, respectievelijk, p. 15-34, 35-63, 65-88, 89-111, 115-204. Zie zijn conclusies en aanbevelingen, niet alleen voor verbetering, maar ook versterking (ook van concrete rechten), Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 201-208.

recht concretiseren *buiten* de stappen in de pertinente toetsingsschema's. Anderzijds zijn nadere instructies omtrent algehele eerlijkheid te vinden in meer algemene regels die het Hof hanteert bij de interpretatie van artikel 6 EVRM, die bepalend zijn voor de algemene eerlijkheidsecologie waarin het getuigenrecht is ingebed en dient te worden geoperationaliseerd.

3 Eerlijkheidsvariabelen

3.1 Het getuigenrecht *versus* algehele eerlijkheid

Als gezegd wordt als hoofdreden voor de relativering en verzwakking van het getuigenrecht de vooropstelling van het belang van algehele eerlijkheid aangewezen. Critici wijzen in dat verband op een onwenselijke mutatie die zich in de Grote Kameruitspraak in *Al Khawaja en Tahery* zou hebben voorgedaan, ten opzichte van de oorspronkelijke vormgeving en functie van algehele eerlijkheid zoals die in 1960 is neergelegd, in de Commissie-beslissing in *Nielsen*.⁷³ Die mutatie zou erin zijn gelegen dat ook wanneer het getuigenrecht niet is verwezenlijkt zoals voorzien, de procedure toch algeheel eerlijk kan zijn, aldus met een 'verrassende' werking in het nadeel van de verdachte.⁷⁴ De juiste (*Nielsen*-benadering) zou daarentegen zijn dat algehele eerlijkheidstoetsing pas wordt verricht nadat vastgesteld is dat concrete rechten wel adequaat zijn verwezenlijkt, maar wegens andere factoren de algehele eerlijkheidsbalans toch is verstoord. De extra laag van algehele eerlijkheidstoetsing zou aldus enkel dienen te werken in het voordeel van de verdachte.

Onmiskienbaar hanteert het Hof een relatieve benadering van het getuigenrecht (in de eerste bedoelde zin) in de actuele rechtspraak. De vraag is echter *in welke mate* het recht daarmee verzwakt wordt. Een vergelijking met de *Nielsen*-casus is in dit verband pertinent. Het algehele eerlijkheidsconcept is in deze beslissing met de volgende formule omlijnd:

'(i)n a case where no violation of paragraph 3 is found to have taken place, the question whether the trial conforms to the standard laid down by paragraph 1 must be decided on the basis of the consideration of the trial as a whole, and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect of the trial or one particular incident'.⁷⁵

Van een grote betekenis is de vermoedelijke achtergrond voor de invoering van deze regel in deze zaak,⁷⁶ gelegen in de aard van de klacht. Die zag wel op problematiek omtrent een (belastende) getuige(-deskundige), maar niet op een 'reguliere' beperking van het ondervragingsrecht (de deskundige was wel ondervraagd, terwijl ook een eigen deskundige was ingebracht). De

73 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, (Part III), par. 52 (*Nielsen/Denemarken*). Zie voor een verwijzing naar *Nielsen* in deze zin, Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 68-72, 75 en 86-88; en (ook over EHRM 6 december 1988, 10590/83, (*Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje*), waarin het Hof dezelfde benadering toepaste), Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 412. Zie over deze laatste uitspraak ook, Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 25. Zie eveneens, over beide zaken, (ook in de context van het recht op rechtsbijstand), de *dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva*, par. 29-48.

74 Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 412 en 415 en Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 72.

75 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, (Part III), par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

76 Zie de *dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva*, par. 30 (in verband met het gegeven dat de toets eerst in deze zaak is toegepast).

klacht was juist dat de deskundige te veel tijd en ruimte had gekregen om te verklaren (zeven uur over twee dagen), aan de jury een fascinerende ‘magisterial lecture’ had gehouden, en buiten zijn competentie was getreden door zich uit te laten over de schuldvraag.⁷⁷

Het ging daarmee om onder het getuigenrecht in artikel 6 lid 3 sub d EVRM niet goed te plaatsen kwestie, die ook werd behandeld als een ‘open’ potentieel eerlijkheidsprobleem onder artikel 6 lid 1 EVRM.⁷⁸ Het ligt in de rede dat de Commissie ook daarom in deze zaak vaststelde dat het gebruik van de term ‘minimumrechten’ in het derde lid indiceert dat het daarbij gaat om een niet-limitatieve opsomming.⁷⁹ Daarmee kon de onbestemde procedurele problematiek die in de klacht werd aangekaart onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM worden gebracht. De significantie van *Nielsen* is dan vooral ook dat daarin een grondslag werd geboden om dergelijke impliciete eerlijkheidsmaterie toe te voegen.

De vraag kan dan ook zijn of in *Nielsen* valt in te lezen dat *tekstuele rechten* (of andere, impliciete rechten die nadien als concrete materie zijn toegevoegd), wel autonoom dienden te worden getoetst, zonder rol voor algehele eerlijkheidstoetsing, tenzij in het voordeel van de verdachte. Dat valt niet te zeggen, omdat in die beslissing niet aan een uitdrukkelijk recht is getoetst in verband met deze klacht. Vast staat wel dat de Commissie lid 3 rechten in *Nielsen* niet heeft gereduceerd tot ‘aspecten of incidenten’ die zich kunnen voordoen bij een proces, vergelijkbaar met de niet als (tekstueel) recht omliggende kwesties die in die klacht werden aangedragen.

Tot uitgangspunt kan worden genomen dat het getuigenrecht wel zwaarder weegt en niet vatbaar is voor dezelfde mate van relativisering als gebreken zoals die in *Nielsen* aan de orde waren. Probleem blijft dat de wisselvallige striktheid ter zake, ook in de actuele Straatsburgse rechtspraak, het moeilijk te duiden maakt hoe gewichtig het getuigenrecht wel is. Indicaties kunnen enerzijds worden gevonden voor evolutieve verzwakking in de loop der jaren. In *Nielsen* werden alle lid 2 en lid 3 rechten als *essentiële* aspecten aangemerkt.⁸⁰ In *Kostovski* en *Van Mechelen e.a.* riep het Hof, bij het vaststellen van schendingen in verband met beperkingen van het getuigenrecht, in dat het fundamentele belang van eerlijke rechtspleging in democratische samenlevingen niet ‘opgeofferd’ kan worden aan doelmatigheid,⁸¹ en instrueerde het in de laatste uitspraak enkel ‘strikt noodzakelijke’ beperkingen toe te laten.⁸² In recentere rechtspraak worden lid 3 rechten daarentegen benoemd als ‘specifieke aspecten’,⁸³ die niet intrinsiek in zichzelf staande doelen zijn, maar fungeren om een bijdrage te leveren aan de algehele eerlijkheid.⁸⁴

77 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, (Part III), par. 38, 46-52 (*Nielsen/Denemarken*).

78 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

79 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

80 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

81 EHRM 20 november 1989, 11454/85, par. 44-45 (*Kostovski/Nederland*) en EHRM 23 april 1997, 21363/93 e.a., par. 58 (*Van Mechelen e.a./Nederland*). (In beide zaken ging het om anonieme getuigen). Zie ook, EHRM 26 februari 2013, 50254/07, par. 94 (*Papadakis/Het Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*).

82 EHRM 23 april 1997, 21363/93 e.a., par. 58 (*Van Mechelen e.a./Nederland*).

83 Zie, o.a., EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 38 (*Keskin*).

84 Zie in de context van getuigen, EHRM 12 maart 2020, 53791/11, par. 51-52 (*Chernika/Oekraïne*). Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 65-88, uitgebreid over wat hij de ‘interne structuur’ van artikel 6 EVRM noemt, ofwel de verhouding tussen de verschillende leden van artikel 6 EVRM, ter zake waarvan het Hof volgens hem op onduidelijke wijze verschillende benaderingen hanteert (waaronder ook de ‘taken together’ benadering, waarbij het Hof klachten over andere leden (al dan niet) in conjunctie met lid 1, of beperkingen van verschillende rechten

Anderzijds wordt het belang van het recht in de contemporaine rechtspraak wel benadrukt.⁸⁵ Betekenis kan ook worden toegedicht aan verschillen in de nadere beschrijving van algehele eerlijkheidstoetsingsmethodologie. In *Nielsen* stelde de Commissie dat zelfs wanneer sprake is van ‘prominente’ of ‘belangrijke’ procedurele kwesties, de algehele eerlijkheid toch op basis van een totale evaluatie dient te worden beoordeeld.⁸⁶ Daar is dat een begrijpelijke ingreep, om te voorkomen dat onbestemde kwesties te gemakkelijk in een schending uitpakken. In de actuele ‘lid 3’ rechtspraak geldt ook dat eerlijkheid algeheel en niet ‘op de basis van een geïsoleerde overweging van een bijzonder aspect of een bijzonder incident’ dient te worden beoordeeld. Daaraan wordt echter wel toegevoegd dat daarbij niet valt ‘uit te sluiten’ dat ‘een specifieke factor’ zo ‘beslissend’ kan zijn dat op die basis reeds een algehele beoordeling *daartoe beperkt kan blijven*.⁸⁷

In ieder geval stelt het Hof nooit dat het getuigenrecht niet fundamenteel is,⁸⁸ of dat de algehele eerlijkheidstoetsing enkel een beperkingsmechanisme vertegenwoordigt en aldus alleen in het nadeel van de verdachte werkt.⁸⁹ Voorop staat bovendien dat juist in de koppeling van het getuigenrecht aan het algehele eerlijkhedenconcept de instructie tot een strikte benadering kan worden gevonden. Het getuigenrecht kan relatief zijn, maar de ‘unqualified’ algehele eerlijkheid is absoluut.⁹⁰ Die koppeling vergt steeds een integrale analyse van alle voor de eerlijkheid relevante variabelen.

gezaamenlijk in beschouwing neemt), het een en ander terwijl de toegepaste methodologie bepalend kan zijn voor de vraag of artikel 6 EVRM al dan niet geschonden is.). Zie ook Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 22-26. Zie daarover nader, par. 3.4.2.

85 Zie EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 59 (*Kikabidze/Georgië*), waarin een schending is vastgesteld, mede omdat het ging om ‘such an important procedural right of the defence’.

86 ECommHR (Report) 15 maart 1960, 343/57, (Part III), par. 52 (*Nielsen/Denemarken*).

87 Opgemerkt dient wel te worden dat deze formulering vooral wordt gebruikt in zaken die zien op klachten over het recht op rechtsbijstand in het vooronderzoek, waarbij het Hof de volgende formulering gebruikt: ‘a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings’, (zie o.a., EHRM 9 november 2018, 71409/10, par. 121 (*Beuze/België*). Die verwijzing naar een factor in een ‘eerdere fase’, kan worden opgevat als indicatie dat deze regel enkel ziet op een gebrek in de verwezenlijking van het rechtsbijstand in het vooronderzoek. Tegelijkertijd is de formulering niet duidelijk en kan ook breder worden begrepen als betrekking hebbend op ook andere soorten procedurele (lid 3) kwesties die niet reparabel zijn, ongeacht hoe de procedure overigens is verlopen. Zie voor uitdrukkelijke toepassing in een zaak waarin het getuigenrecht centraal stond, EHRM 13 februari 2018, 5865/07, par. 87 (*Butkevich/Rusland*). Zie echter recent EHRM 29 april 2024, 23369/16, par. 95 (*Jaupi/Albanië*), waarin, naast andere klachten, ook over beperkingen van het getuigenrecht werd geklaagd, waar die laatste toevoeging ontbreekt.

88 Zie Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 420, die evenwel stelt dat het Hof met rechten onder lid 3 c en d als ‘non-determinative examples’ omgaat, in plaats van als ‘core aspects of a fair trial’ en Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 1 die stelt dat het Hof in ‘recente jaren’ lid 3 rechten tot ‘aspirational definitional suggestions’ heeft gemaakt. Zie ook Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 6, 7 en 9 en Goss 20g14 (*supra* noot 3), p. 69.

89 Dat blijkt ook uit de uitdrukkelijke aanwijzing van de Grote Kamer in de nog altijd *leading* uitspraak in EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 168 (*Murtazaliyeva/Rusland*), dat de algehele eerlijkheidstoets in beide richtingen kan werken.

90 Zie recent (in de context van een klacht over bewijsbeoordeling en motivering): EHRM 26 november 2024, 32565/23, par. 47 (*Uçar/Turkije*).

3.2 Afwijkende toetsingssituaties: aspecten van rechten en typen beperkingen

Tot uitgangspunt nemend dat het getuigenrecht *in abstracto* zwaar weegt, kan *in concreto* gedifferentieerd worden aan de hand van de algemene regel dat eerlijk procesrechten bestaan uit verschillende aspecten, die in specifieke beperkingssituaties anders kunnen worden geraakt. Ofwel, het getuigenrecht behoeft (dient) niet als homogene waarde te worden opgevat. Alle in artikel 6 EVRM vervatte rechten hebben een eigen inhoud (bepaald door eigen criteria), maar zij kunnen ook worden ingedeeld in verschillende (overlappende) typologieën. Indelingen kunnen worden gemaakt in: (i) expliciete *versus* impliciete rechten; (ii) meer of minder abstracte rechten;⁹¹ (iii) sterkere en zwakkere rechten; (iv) die waarbij een *margin of appreciation* al dan niet wordt gelaten bij de wijze van uitvoering en (v) die meer of minder vatbaar zijn voor beheersing door (en oplossing in) de algehele eerlijkheidstoets.⁹² Als afzonderlijke categorie kan ook worden aangemerkt (vi) rechten waarbij het Hof veelal ook werkt met een kernrechtenbenadering, ofwel waarbij binnen het recht een *very essence* wordt onderscheiden, die strikter wordt beschermd dan meer perifere aspecten.

Voor de noties van kernaspecten en impliciete rechten kunnen een nuttige rol spelen bij concretisering. Het Hof gebruikt het *very essence* concept niet uitdrukkelijk bij klachten die direct en enkel zien op het getuigenrecht (vooral structureel wel bij het recht op toegang en het *nemo tenetur*-beginsel),⁹³ maar de achterliggende gedachte is ook in deze context eenvoudig te operationaliseren.⁹⁴ Zo zou de kern geraakt kunnen zijn omdat het gaat om een onomwonden zware beperking, doordat aan geen van de eisen in de toetsingsschema's is voldaan. Daarnaast maakt het Hof echter ook onderscheid tussen reguliere en *afwijkende* beperkingssituaties, op basis waarvan het ook een *andere vorm van toetsing* hanteert. Soms gaat het daarbij om een aangepaste vorm van de standaardschema's, soms is de situatie zo afwijkend dat een ander kader wordt benut.

Het verschil tussen een zwaardere/lichtere beperkingssituatie *versus* een afwijkende (en de impact op toetsing) is niet steeds helder te zien. In *Fikret Karahan* was de raadsman wel, maar

91 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 409-410.

92 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410, in de zin dat er ook buiten de algehele eerlijkheidstoetsing andere algemene beperkingsmechanismen bestaan.

93 Zie bij het *nemo tenetur*-beginsel, EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 97 en 101 (*Jalloh/Duitsland*) en EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 46, 49 en 52 (*O'Halloran en Francis/Het Verenigd Koninkrijk*) en bij het recht op toegang, recent, EHRM 21 januari 2025, 19085/18, par. 43 (*Çağır/Turkije*). Zie een verwijzing in de context van artikel 6 lid 3 b EVRM, EHRM 28 juni 2011, 20197/03, par. 142 (*Miminošvili/Rusland*). Zie voor een oude verwijzing naar dit concept bij de beoordeling van een klacht rondom de toelating van tot bewijs van een *guilty plea* van een medeverdachte, waarin het mede ging om het gegeven dat die medeverdachte niet was gehoord, ECommHR (Beslissing) 17 januari 1997, 28572/95, (*M.H./Het Verenigd Koninkrijk*).

94 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 5 en 8 en 9, in verband met een kernrechtenbenadering bij het getuigenrecht (ook in verband met de moeilijkheid van het duiden van de essentie wegens de 'holistische' algehele eerlijkheidstoetsing). Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 411, 419-421, 425, 429 en 432 over een 'essentie' concept: voor hem zijn het recht op getuigen (en het recht op rechtsbijstand) steeds 'fundamenteel' voor eerlijkheid, omdat zij minimumeisen betreffen en 'de essentie' 'constitueren' van 'equality of arms and adversarial proceedings' (Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 420). Het zijn voor hem deze laatste beginselen die opgevat dienen te worden als 'exclusionary reasons' die geen beperking verdragen (Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 429). Zie Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 160-170, kritisch over de duidelijkheid van 's Hof's omgang met rechten die het niet of minder vatbaar zijn voor relativisering, in wat hij de 'never fair' rechtspraak noemt. Zie Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 190-201 over de 'very essence' benadering van het Hof.

de verdachte niet aanwezig bij ondervraging, hetgeen voor het Hof betekende dat een ‘different kind of problem’ aan de orde was.⁹⁵ Daarom kon het voor de ‘oorspronkelijk’ voor de ter zitting absente belastende getuige ontwikkeld schema wel analogisch worden toegepast, maar in ‘borrowed’ vorm en ‘voor zover relevant’.⁹⁶ In *Ürek en Ürek*,⁹⁷ waren de verdachte én zijn raadsman afwezig tijdens het getuigenverhoor ter zitting. Eveneens wijzend op de alternatieve situatie, toetste het Hof ‘in het licht van’⁹⁸ de *Al Khawaja en Tahery* regels. Hoe toetsing daarom anders uitpakte in die zaken is sterk gebonden aan de specifieke casuïstiek daarin, van belang is de erkenning dat het iets uitmaakt *wie* absent is en welke andere factoren spelen, zodat de nationale rechter daarvoor bijzondere aandacht dient te hebben.

Afwijkende toetsing kan echter ook zichtbaarder zijn, zoals bij meer ‘impliciete’ materie die, al dan niet via een ‘embryonale fase’,⁹⁹ structureel toegevoegd kan worden aan het getuigenrecht, als vast aspect daarvan. Te denken valt aan verschillende soorten informatiebronnen die onder het autonome getuigenconcept zijn gebracht, zoals deskundigen of ‘attesting’ getuigen (die vooral ingezet worden als neutrale waarnemers bij opsporingshandelingen). Bij dergelijke getuigen wordt daarop toegespitste toetsing gehanteerd.¹⁰⁰ Andere impliciete uitvloeisels kunnen uitpakken in ‘lichtere’ beperkingen, vergelijkbaar met het onderscheid dat bij het recht op rechtsbijstand wordt gemaakt tussen beperkingen van het recht op toegang, versus toegang tot een raadsman van eigen keuze.¹⁰¹ Zo deed het Hof de klacht in *Miminoshvili*, waarin het ging het om een verzoek om getuigen *nogmaals* te horen af via open algehele eerlijkheidstoetsing (met nadruk op een sterke adstructieplicht voor de verdediging in deze situatie).¹⁰² In *Chernika* stelde het Hof dat het *Al Khawaja en Tahery*-schema als ‘guidance’ van toepassing kan zijn in afwijkende situaties, waar de ‘relevante kwestie’ niet de afwezigheid van getuigen is, maar ‘the modalities of their cross-examination’.¹⁰³ In de beslissing waarnaar in die uitspraak verwezen wordt (*Cherpien*) was de klacht dat verschillende *medeverdachten* ter zitting elk afzonderlijk in elkaars afwezigheid waren gehoord (doch met aanwezigheid van de raadsman). Zij werden pas nadien op de hoogte gesteld van de verklaringen over en weer, volgens verzoeker in strijd met het principe van *adversarial* procesvoering. Ook hier verwees het Hof naar de standaardregels

95 EHRM 16 maart 2021, 53848/07 par. 39 (*Fikret Karahan/Turkije*).

96 EHRM 16 maart 2021, 53848/07, par. 38-40 (*Fikret Karahan/Turkije*).

97 EHRM 30 juli 2019, 74845/12 (*Ürek en Ürek/Turkije*).

98 EHRM 30 juli 2019, 74845/12, par 48-49 (*Ürek en Ürek/Turkije*).

99 Zie Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 110. Zie *ibid*, p. 89-111 en 119-120, ook zijn kritiek op de duidelijkheid van de wijze waarop impliciete materie tot ontwikkeling komt, alsmede hoe impliciete rechten zich onderling en tot uitdrukkelijke rechten verhouden en vatbaar zijn voor beperking, het een en ander ook in relatie tot zijn kritiek op de onduidelijkheid in verband met de ‘interne structuur’ van art. 6 EVRM zoals hierboven bedoeld (zie *supra* noot 84).

100 Zie in verband met deskundige getuigen recent, wederom EHRM 5 juni 2025, 21492/17 (*Anna Maria Ciccone/Italië*). Zie over ‘attesting’ getuigen, EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 136-138 (*Murtazaliyeva/Rusland*). Zie over de laatste type getuigen ook De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 7-8.

101 Zie EHRM 20 oktober 2015, 257003/11, par. 81-82 (*Dvorski/Kroatië*). Zie De Groot & Uijtendewillegen 2025 (*supra* noot 5), p. 17, in verband met een vergelijkbare alternatieve maar analoge benadering die de Hoge Raad hanteert bij andere soorten belastend bewijs dan getuigenverklaringen (zoals opgenomen uittalingen).

102 EHRM 28 juni 2011, 20197/03, par. 122 (*Miminoshvili/Rusland*). Deze uitspraak is zes maanden voor *Al Khawaja en Tahery* gewezen, maar opvallend is dat het Hof niet verwees naar de SDE-regel, die toen al van toepassing was.

103 EHRM 12 maart 2020, 53791/11, par. 46 (*Chernika/Oekraïne*).

als ‘guidance’, maar stelde dat die niet ‘getransponeerd’ konden worden naar dit geval, zodat het hier toetste aan het open kader van algehele eerlijkheid.¹⁰⁴

Een afwijkende situatie kan evenwel ook een kern (impliciet) aspect raken, waardoor de beperking zwaarder uitvalt. Zo speelde bij de kennelijk ongegrondheid van de klacht in *Cherpion* dat verzoeker niet had geklaagd dat bepaalde vragen niet waren gesteld.¹⁰⁵ Zeer denkbaar is dat een dergelijke beperking in de omstandigheden van het geval juist de crux van het probleem kan zijn. Opvallend is in dat laatst verband een van de meest recente getuigenuitspraken van het Hof, *Severin*.¹⁰⁶ Daarin werd onder andere geklaagd over de wijze waarop getuigen waren gehoord, namelijk wel ter zitting, maar vanuit het buitenland, via videoconferentie.¹⁰⁷ Het Hof vatte deze situatie eveneens als afwijkend op en toetste derhalve niet aan het standaard-schema voor belastende getuigen,¹⁰⁸ maar via de band van de algemene regels die het voor videoconferentie hanteert. Dat is al opmerkelijk, omdat die regels vooral zien op situaties waarin het de verdachte is die op afstand deelneemt.¹⁰⁹ Bij ‘reguliere’ getuigenklachten speelt videoconferentie ook een rol in de rechtspraak, maar figureert het daar als compenserende waarborg (omdat een getuige daarmee wel op bepaalde wijze ‘ter zitting’ is gehoord).¹¹⁰ Ook in deze zaak had het Hof aldus kunnen uitgaan van het reguliere schema, in ieder geval een afgeleide variant daarvan.

Dat laatste geldt vooral in verband nadere klachten van verzoeker in deze zaak, waarvoor het Hof geen substantiële aandacht heeft gehad, namelijk onder andere dat hij te weinig tijd had gekregen voor ondervraging, alleen de rechters vragen hadden gesteld, de ondervraging na technische problemen was afgesloten,¹¹¹ de tijd voor het horen te kort was, waardoor hij een door een van de getuigen gegeven antwoord niet kon tegenspreken en dat de getuigen ook niet opnieuw zijn gehoord.¹¹² Het Hof ging er vanuit dat de verdediging wel vragen heeft kunnen stellen (alook, dat verzoeker daarover niet klaagde, hetgeen in wezen wel het geval was), dat hij tijdens de nationale procedure ook niet heeft geklaagd over de technische problemen, dat zijn beweringen ter zake niet waren vastgesteld en dat hij ook niet had aangetoond hoe deze problemen impact zouden hebben gehad op de algehele eerlijkheid.¹¹³

Het kan zijn – de uitspraak rept daar niet over – dat het Hof de specifieke kwestie waarover verzoeker de desbetreffende getuige nader wilde tegenspreken als onvoldoende belangrijk opvatte om daarin een belangrijke(re) beperking van het ondervragingsrecht te zien. Het ging daarbij erom of de getuigen, die als journalisten een tegen verzoeker gerichte private undercoveroperatie hadden uitgevoerd, eerder waren veroordeeld voor vergelijkbare acties. Dat lijkt toch een pertinente vraag te zijn, vooral in verband met andere grieven van verzoeker, die zagen op de

104 EHRM (Beslissing) 9 mei 2017, 47158/11, par. 6, 17, 32, 34-45 (*Cherpion/België*).

105 EHRM (Beslissing) 9 mei 2017, 47158/11, par. 42 (*Cherpion/België*).

106 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18 (*Severin/Roemenië*).

107 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 58-60 (*Severin/Roemenië*).

108 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 90-94 (*Severin/Roemenië*).

109 Zie recent EHRM 8 juni 2021, 61591/16 (*Dijkhuizen/Nederland*). Zie EHRM (Beslissing) 28 november 2023, 15736/22, par. 19-24 (*Alppi/Finland*), met een bespreking van verschillende configuraties bij het gebruik van videoconferentie.

110 Zie EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 104 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*). Zie voor een geval waarin een van tevoren opgenomen verklaring ter zitting werd afgespeeld, EHRM 7 september 2023, 43627/16 en 71667/16, par. 85-92 (*Okropiridze/Georgië*).

111 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 30 (*Severin/Roemenië*).

112 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 59 (*Severin/Roemenië*).

113 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 91 (*Severin/Roemenië*).

authenticiteit van door de getuigen gemaakte opnames, de legitimiteit van de undercoveroperatie en mogelijke beïnvloeding door de autoriteiten om een eventueel uitlokkingsverweer uit te sluiten. Het Hof deed deze kwesties af met de overweging dat verzoeker gelegenheid was geboden al deze kwesties *bij de rechter* aan te kaarten, dat de laatste met zorg was omgegaan daarmee alsmede met het bewijs en dat de verklaringen van de getuigen consistent waren.¹¹⁴

Daarmee heeft het Hof de kans niet gegrepen om tot omlijning van die specifieke aanspraak – om bij het stellen van vragen een eigen regie te kunnen voeren – als een potentieel (impliciet) kernaspect van het getuigenrecht te komen.¹¹⁵ Die kwestie is onderbelicht in de Straatsburgse rechtspraak¹¹⁶ (ook doordat ter zake niet vaak wordt geklaagd).¹¹⁷ Dat laat onverlet dat het niet kunnen stellen van bepaalde vragen, daarin een bepaalde strategie niet te kunnen voeren, voor de verdediging veel grotere handicaps kan opleveren dan de mogelijkheid tot ondervraging (ter zitting, of elders) soelaas kan bieden. Voor zover de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, dient dat opgepakt te worden door de nationale rechter. Daarbij kan ruimte zijn om meer eisen te stellen, zoals nadere motivering zijdens de verdediging, ook al gaat het om belastende getuige, aldus ook aanleiding voor de verdediging om op de bijzondere problematiek te wijzen.

Iets vergelijkbaar – een ogenschijnlijk minder gewichtig probleem, dat eigenlijk de spil van een handicap kan zijn – krijgt gestalte wanneer een getuige wel ter zitting is gehoord, maar gelegenheid tot ondervraging bij verhoor in het vooronderzoek heeft ontbroken. In *Erkapić*¹¹⁸ en *Dominka*¹¹⁹ legden (medeverdachte) getuigen in beide zaken belastende verklaringen af in het vooronderzoek, maar trokken die later ter zitting in. De nationale rechters kozen ervoor op mede basis van de eerdere verklaringen te veroordelen. In beide gevallen toetste het Hof eveneens op alternatieve wijze,¹²⁰ meer gelijkend op het kader voor de beoordeling van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs¹²¹ – waarbij in deze context de *very essence* notie overigens wel uitdrukkelijk werd ingezet.¹²² In *Erkapić* kwam het tot een schending, ondanks

114 EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 55-57, 60 en 92-94 (*Severin/Roemenië*).

115 Zie in dit verband de belangwekkende bijdrage van R. van Leusden & B.J. Polman, 'Advocaten die vragen, worden door de rechter-commissaris overgeslagen', NTS, 2020, 110, afl. 5, p. 358-362.

116 R. van Leusden & B.J. Polman, 'Advocaten die vragen, worden door de rechter-commissaris overgeslagen', NTS, 2020, 110, afl. 5, p. 361 en 362, die erop wijzen dat de verdediging zich zodoende niet kan baseren op het EVRM waar het gaat om wensen omtrent regievoering over de wijze, maar ook de volgorde waarin ontlastende getuigen worden gehoord.

117 Zie evenwel recent een klacht ter zake, EHRM (Beslissing) 29 maart 2022, 73553/16, par. 11 en 21 (*Tončić/Kroatië*), (kennelijk ongegrond bevonden). Het beletten van vragen kan wel problematischer zijn bij anonieme getuigen. Zie recent EHRM 18 januari 2022, 62013/12 en 62428/12, par. 12 (*Çongar en Kala/Turkije*), waarin een schending is vastgesteld in verband met het beletten van schriftelijke vragen, op de basis dat de antwoorden daarop al gegeven waren in de reeds afgelegde schriftelijke verklaringen van die getuige. Zie in dit verband ook de *joint concurring opinion* van rechters Pavli en Zünd bij EHRM 6 februari 2024, 56440/15 (*Snijders/Nederland*), in verband met de 'highly restrictive questioning procedures' in die zaak.

118 EHRM 25 april 2013, 51198/08 (*Erkapić/Kroatië*).

119 EHRM (Beslissing) 3 april 2018, 14630/12 (*Dominka/Slowakije*).

120 EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 70-73 (*Erkapić/Kroatië*) en EHRM (Beslissing) 3 april 2018, 14630/12, par. 27 (*Dominka/Slowakije*).

121 Zie recent voor dat kader, EHRM 13 februari 2025, 51409/19 par. 51-53 (*Macharik/Tsjechische Republiek*) en EHRM 5 november 2020, 31454/10, par. 70-77 (*Ćwik/Polen*).

122 EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 73 (*Erkapić/Kroatië*) en EHRM (Beslissing) 3 april 2018, 14630/12, par. 27 (*Dominka/Slowakije*).

dat ‘in principe’ meer gewicht dient te worden toegekend aan een verklaring ter zitting.¹²³ De ernstige aantijgingen over gebreken bij de eerdere verhoren (bestaande uit druk, slechte behandeling, gebrekkige rechtsbijstand en het gegeven dat de getuigen onder invloed van ontwenningverschijnselen hadden verklaard), waren namelijk onvoldoende onderzocht.¹²⁴ In *Dominka* werd de klacht kennelijk ongegrond bevonden, mede omdat wel adequaat onderzoek was gedaan in dat verband.¹²⁵

De nationale rechter kan de algehele eerlijkheid aldus concreter navigeren door uitdrukkelijk aandacht te hebben voor de specifieke aard en impact van beperkingen. Idealiter gaat dat via een royale omgang met het getuigenrecht en uitvloeisels daarvan, maar in ieder geval nopen bijzonderheden van concrete gevallen tot daarop toegespitst zorgvuldige omgang, zichtbaar te maken in adequate, bijzondere motivering. Van belang is daarbij met precisie de aard en impact van een specifieke beperking te duiden en beoordelingen daarop toegespitst uit te voeren. Daarbij is ruimte om af te wijken van de standaard toetsingsschema’s. Dat kan erin gelegen zijn dat nadere eisen worden gesteld aan de verdediging (als gezegd, zoals het wel verlangen van bijzondere adstructie). Van het grootste belang is evenwel dat ‘kernbeperkingen’ worden gesignaleerd. Deze nopen tot het (alsnog) gelegenheid bieden rechten te verwezenlijken, dan wel op andere wijze het te niet doen van effect van de desbetreffende beperking.

3.3 (Als regel) elders horen – het onmiddellijkheidsbeginsel

Een dimensie van het getuigenrecht (te weten, de hieronder te bespreken ‘bewijsdimensie’ daarvan), die sterk interacteert met het onmiddellijkheidsbeginsel, is vooral als kernaspect van belang. Dat geldt zeker in Nederland, in het licht van de (in de toekomst nader aan te zetten) systeemkeuze vooral buiten de zitting te horen. In dit verband is de mate waarin het getuigenrecht door het onmiddellijkheidsbeginsel wordt beheerst vooral bepalend voor de ruimte die er is om *structureel* voor een surrogaatforum te kiezen. In de modernisering lijkt zelfs tot uitgangspunt te worden genomen dat bij elders horen door de verdediging er überhaupt geen sprake is van een beperking.¹²⁶

Toegegeven dient te worden dat de boodschap uit Straatsburg over het onmiddellijkheidsbeginsel niet helder is.¹²⁷ Het beginsel wordt opmerkelijk weinig aangehaald in de rechtspraak, en dat ook vooral in een bijzondere context, namelijk in die van wijzigingen in de samenstelling van gerechten.¹²⁸ Daartegenover staat dat het beginsel bij ‘reguliere’ getuigenklachten wel in

123 EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 75 (*Erkapić/Kroatië*).

124 EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 74-89 (*Erkapić/Kroatië*).

125 EHRM (Beslissing) 3 april 2018, 14630/12, par. 28-36 (*Dominka/Slowakije*).

126 *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 914.

127 Zie ook Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 9. Een eerste verwijzing naar het beginsel is te vinden in de ontvankelijkheidsbeslissing in ECommHR 3 december 1986, 11454/85 (*Kostovski/Nederland*), via discussie tussen verzoeker en overheid (zie ‘submissions of the parties’), waarbij de overheid stelde dat het beginsel geen gelding heeft in de Nederlandse strafvordering.

128 Zie o.a. EHRM (Beslissing) 9 juli 2002, 37442/97, par. 1 (*P.K./Finland*) en EHRM 12 maart 2020, 53791, par. 47-50 (*Chernika/Oekraïne*). Zie ook T.N.B.M. Spronken, ‘Getuigenverhoor en het onmiddellijkheidsbeginsel’, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2019-6, afl. 139, p. 2-5, over deze rechtspraak, alsmede die ziet op zaken waarin de verdachte in eerste aanleg is vrijgesproken en in hoger beroep wordt veroordeeld. Zie over de laatste variant van zaken, nader par. 3.4.4.

andere bewoordingen wordt ingeroepen, in de vaste formule dat de verdachte aanspraak maakt op ondervraging in *zijn* aanwezigheid, *ter zitting*.¹²⁹ Ook dan wekt het Hof soms de indruk dat het gegeven dat het ondervragingsrecht elders is uitgeoefend met zich meebrengt dat daarmee geen sprake is van een beperking. Zo stelt de Grote Kamer in *Al Khawaja en Tahery* dat de rechten van de verdediging ‘als regel’ eisen dat de verdachte een ‘adequate and proper opportunity’ krijgt ‘to challenge and question a witness against him.’¹³⁰ Zij voegt daar echter aan toe dat dit dient te geschieden op het moment dat ‘that witness makes his statement’ (aldus mogelijk ook in het vooronderzoek) of, bij ‘a later stage of proceedings’ (aldus in het eindonderzoek).¹³¹ Voorts is de Grote Kamer in deze uitspraak onduidelijk waar zij stelt dat ondervraging als een ‘general rule’ ter zitting dient plaats te vinden, terwijl het gebruik van elders afgelegde verklaringen ‘in lieu of live evidence at trial’ een ‘measure of last resort’ dient te zijn,¹³² maar dat gepaard laat gaan met de clausulering dat dit geldt ‘when a witness has not been examined at any prior stage of the proceedings’.¹³³ Ook benadrukt het Hof wel eens dat het soms noodzakelijk kan zijn gebruik te maken van in het vooronderzoek afgelegde verklaringen,¹³⁴ Dan is de opdracht om het ondervragingsrecht in die fase ook waar te laten maken,¹³⁵ maar daarmee kan de indruk worden gewekt dat voor zover dat ook gebeurt, het hier gaat om een vaste optie.

Tot uitgangspunt dient echter te worden genomen dat niet wordt bedoeld verlot te geven voor buiten de zitting te horen *als algemene regel*. Bij situaties waarin het noodzakelijk kan zijn om eerder afgelegde verklaringen te gebruiken tot bewijs, gaat het logischerwijs vooral niet om getuigen ten aanzien van wie de rechter van oordeel is dat ondervraging niet belangrijk of noodzakelijk is, maar die (voorzienbaar) onvindbaar of niet beschikbaar (zullen) zijn. De bovengenoemde overwegingen van het Hof dienen dan ook als ongelukkige formuleringen en buiten de zitting horen als uitzonderlijke mogelijkheid te worden opgevat.¹³⁶ De logica in het schema verzet zich ook tegen een andere lezing: elders horen is juist een (weliswaar significante) compenserende waarborg,¹³⁷ en kan daarom niet een gelijkwaardig alternatief zijn.

Ook hier past een kanttekening in verband met de strafvorderlijke modernisering in Nederland. In dat verband wordt erkend dat nationale auteurs wijzen op een onderschatting op

129 Zie recent, EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par. 57 (*Snijders/Nederland*).

130 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 118 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

131 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 118 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*). Zie in dat verband ook EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 119 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM 15 december 2015, 9154/10, par. 105 (*Schatschaschwili/Duitsland*).

132 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 120 en 125 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

133 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 125 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

134 Zie EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 112 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

135 Zie ook EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 55 (*Khavshabova/Georgië*), in verband met het belang in dergelijke gevallen van de beschikbaarheid van bij eerdere verhoren gemaakte opnames.

136 Zie ook (uitgebreid) in deze zin Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 1, 7-10 en 13-15. Zie ook Spronken 2019 (*supra* noot 128), p. 1-6, die een sterkere opdracht tot onmiddellijke procesvoering ziet in de Straatsburgse rechtspraak. Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 144-145 nemen tot uitgangspunt dat het EHRM ‘een voorkeur heeft voor een onmiddellijke stijl van procederen’, maar niet steeds eist dat ter zitting wordt gehoord. Zij kunnen zich vinden in een tussenpositie, zoals die waarbij niet alle maar wel ‘beslissende’ getuigen ter zitting worden gehoord, voor zover daartegen geen ‘serieuze beletselen zijn’. Zie ook de kritiek van deze auteurs op de terughoudendheid van de Hoge Raad, ook indachtig de rol die hij zelf heeft gespeeld bij de beperking van onmiddellijke procesvoering in Nederland, te reflecteren op de betekenis die het beginsel zou dienen te hebben binnen het nationale stelsel, Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), 145-146.

137 Zie recent, EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 57 (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*).

nationaal niveau van het belang dat het EHRM hecht aan het beginsel, ook dat het Hof (zo ook ‘ons omringende landen’), wel uitgaat van ‘meer onmiddellijkheid.’¹³⁸ Tevens wordt aanvaard dat het effect van de Straatsburgse rechtspraak zal zijn dat ‘in enige mate’ ‘een meer onmiddellijke procesvoering’ aan de orde zal zijn op nationaal niveau. Het standpunt van de moderniseringswetgever blijft echter dat ‘aanpassing naar een volledige of veel meer onmiddellijke procesvoering (...) evenwel niet noodzakelijk (is) en (...) ook niet wenselijk voor(komt).’ Reden daarvoor is dat aan ‘de huidige Nederlandse procescultuur (...) de nodige voordelen (zijn) verbonden.’¹³⁹ Het grote voordeel blijft gelegen in efficiëntie, terwijl ook geponeerd wordt dat korter na een strafbaar feit horen de betrouwbaarheid van een verklaring ten goede zal komen.¹⁴⁰ De opdracht toch ‘iets meer’ gevolg te geven aan het onmiddellijkheidsbeginsel, door het als ‘toetssteen’ te gebruiken, wordt zonder nadere omlijning overgelaten aan de rechter.¹⁴¹

Zodoende wordt de ‘de auditu’ praktijk, zonder vergaande reflectie, gecodificeerd, vooral door het terugdraaien van eerder op basis van Straatsburgse correcties ingevoerde regels.¹⁴² In artikel 338 WvSv staat sinds de invoering van het wetboek in 1926 de onmiddellijkheidsinstructie de bewijsbeslissing te nemen op basis van *uit het onderzoek op de terechtzitting* (door den inhoud van wettige bewijsmiddelen) bekomen overtuiging. Deze is in hetzelfde jaar weliswaar door de Hoge Raad (met het *de auditu* arrest), vooral tot fictie gemaakt, verrassend is toch dat in het moderniseringsvoorstel deze opdracht zonder enige toelichting is verwijderd uit de wet.¹⁴³ Als gezegd, een kernmaatregel die ontworpen is om de keuze om structureel buiten de zitting te horen te legitimeren, te weten invoering van de regel dat de verdachte als regel aanwezig kan zijn bij het verhoor door de rechter-commissaris, is op de valreep weer teruggedraaid.¹⁴⁴ Daarmee valt het voordeel van korter na het delict kunnen ondervragen, vanuit verdedigingsperspectief (als regel) ook weg.

Het EHRM dient zeker helderder te communiceren op dit vlak; twee recente uitspraken bieden echter nadere steun voor het standpunt dat ter zitting horen wel degelijk *de regel* dient te zijn, *vanwege* het onmiddellijkheidsbeginsel. Daarin komt een belangrijk ‘aspectenonderscheid’ dat bij het getuigenrecht valt te maken goed naar voren. Gedifferentieerd kan namelijk worden

138 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 37 en 914-915.

139 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 37 en 915.

140 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 915.

141 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 37 en 916. Zie in dit verband ook het behoud van het noodzaakcriterium in de modernisering. Dat criterium wordt ‘verruimd,’ zodat het niet alleen vanuit het perspectief van de rechter dient te worden beoordeeld, maar ook vanuit dat van de verdediging. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 917-918. Zie in verband met het behoud van het noodzaakcriterium echter EHRM 10 januari 2023, 61125/19, par. 4 en 10-12 (*Safssafi/Nederland*), waarin het Hof (ook) geen goede reden zag in de verwerping van het getuigenverzoek omdat die tardief was (per fax, negen in plaats van veertien dagen voor de zitting). Uit deze zaak, maar ook EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 45 en 53-62 (*Keskin/Nederland*) en EHRM 10 januari 2023, 34507/16, (*Çalışkan/Nederland*) volgt de daarin benadrukte ‘presumptie’ van een ‘noodzaak’ tot horen van belastende getuigen met zich meebrengt dat het in het Nederlands recht gemaakt onderscheid tussen het ‘verdedigingsbelangcriterium’ (dat geldt bij tijdige verzoeken) en dat van ‘noodzaak’ (met een hogere adstructiedrempel, voor ‘late’ verzoeken), geen stand kan houden, in ieder geval niet als afzonderlijke basis voor verwerping van verzoeken. Zie in dat verband ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 4 en Kooijmans 2021 (*supra* noot 5), p. 48-49.

142 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 23, 31, 859, 1004-1005.

143 Zie het nieuwe voorgenomen bewijscriterium in artikel 4.3.11. lid 1.

144 Het ging daarbij om het voorgenomen artikel 2.10.29. Zie *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 772-779.

tussen het ondervragingsrecht van de verdachte (dat onder *adversarial* procesvoering, effectieve participatie en gelijke omstandigheden dient te worden verwezenlijkt), *versus* een bewijsdimensie, die gestalte krijgt in de eis van eerlijke omgang met (onder beperkingen verkregen) (getuigen)bewijs. Het bewijsaspect instrueert de rechter tot zorgvuldig bewijsonderzoek en -weging en brengt met zich mee dat deze daartoe optimaal in staat is.¹⁴⁵ Beperkingen van het *ondervragingsrecht* kunnen weliswaar gemitigeerd worden door elders horen, indien de getuige dan niet absent is in verhouding tot de verdachte. De twee recente uitspraken bevestigen echter dat de *afwezige zittingsrechter* vanuit het *bewijsaspect* problematischer is, en dat het onmiddellijkheidsbeginsel vooral ook in dat verband werkzaam is.¹⁴⁶

In *Faysal Pamuk* (waarin een schending is vastgesteld), was de beperking gelegen in de ondervraging van verschillende getuigen via een in het nationale recht voorziene optie, door andere gerechten, in de plaatsen waar de getuigen zich bevonden. Verzoeker noch zijn raadsman waren aanwezig, de laatste had de verhoren wel kunnen bijwonen. Elders horen kon niet compenseren, hier met uitdrukkelijke gronding in het onmiddellijkheidsbeginsel,¹⁴⁷ zoals betrokken op het perspectief van de feitenrechter. Die heeft dan niet de mogelijkheid om ‘the demeanour and credibility of a certain witness’ zelf direct te observeren, aldus het Hof, terwijl de beoordeling van betrouwbaarheid en juistheid van verklaringen complex is en *gewoonlijk* niet kan worden verwezenlijkt ‘by a mere reading of his or her recorded words.’¹⁴⁸

In *Snijders* is geen schending vastgesteld, maar plaatste het Hof, als gezegd, een belangrijke kritische kanttekening, eveneens gerelateerd aan het onmiddellijkheidsbeginsel vanuit rechterlijk perspectief. In die zaak was een belastende anonieme getuige, met de bedreigde status, aldus enkel door een rechter-commissaris, gehoord. Conform het nationale recht waren de verdediging en de rechter niet alleen niet op de hoogte van de identiteit van de getuige, maar beschikten beiden ook alleen over een proces-verbaal van verhoor waarin antwoorden op bepaalde vragen waren weggelaten. Erop wijzend dat het eerder de in Nederland (als reactie op vastgestelde schendingen) ingevoerde procedure voor de bedreigde anonieme getuige reeds had goedgekeurd,¹⁴⁹ (wrang omdat die deels worden teruggedraaid), viel het Hof er niettemin over dat die beperkingen ook golden voor de rechter.

‘(T)he principle of immediacy would have been better served if the trial judges had been able to assess X’s credibility by knowing his or her identity and questioning the anonymous witness themselves – or,

145 Zie ook Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 141-144 in verband met de door de Hoge Raad aangebrachte splitsing tussen de twee aspecten.

146 Zie in die laatste zin ook Spronken 2019 (*supra* noot 128), p. 2 en 4. Zie ook Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 3, 8, 9 en 14-15 over de waarde van direct horen vanuit het perspectief van de bewijsbeoordelingstaak van de rechter en hoe deze functie ook zichtbaar is in de Straatsburgse rechtspraak. Zie ook zijn aanbeveling om in het kader van de modernisering tot een heroverweging te komen omtrent een sterkere onmiddellijkheidsbeginsel, ook in het licht van het gegeven dat het streven is om de aansluiting met het EVRM te optimaliseren, in plaats van minimaliseren, Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 9-10.

147 EHRM 18 januari 2022, 430/13, par. 70 (*Faysal Pamuk/Turkije*).

148 EHRM 18 januari 2022, 430/13, par. 70 (*Faysal Pamuk/Turkije*).

149 EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par 78 (*Snijders/Nederland*). Zie uitgebreid over de regeling van de bedreigde anonieme getuige en de toepassing daarvan, A.M. van Hoorn en F. Posthumus, ‘De bedreigde getuige: een vervolgvraagstuk’. In: J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Reds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren*, Boom uitgeverij, p. 739-760 en R. Cozijnsen & W.N. Ferdinandusse, ‘De bedreigde getuige en artikel 226a Sv: knelpunten uit de praktijk’, *NTS* 2021-5, p. 36-48.

at the very least, by receiving the full transcript (thus without answers redacted) of the questioning by the investigating judge (...).¹⁵⁰

Deze recente uitdrukkelijke en strikte toepassingen van het onmiddellijkheidsbeginsel door het EHRM zijn betekenisvol.¹⁵¹ Zonder de valide argumenten over de waarde van onmiddellijkheid, in normatieve maar ook empirische zin, hier te herhalen,¹⁵² wordt hier volstaan met aansluiting daarbij. Benadrukt dient evenwel te worden dat het gegeven dat in zoveel zaken geen schending is vastgesteld door het EHRM – waarin elders is gehoord – begrepen dient te worden vanuit het gezichtspunt dat *uitzonderingen* mogelijk zijn. De systeemkeuze in Nederland als regel elders te horen wringt echter met de Straatsburgse rechtspraak.¹⁵³ Bedacht dient ook te worden dat 'Hofs hierboven genoemde verwijzing naar de eigen eerdere uitdrukkelijke goedkeuring van de Nederlandse praktijk zag op de hervormde regeling ten aanzien van bedreigde, anonieme getuigen.¹⁵⁴ Enerzijds gaat het daarbij om een bijzondere categorie die intrinsiek problematisch(er) is (dan enkel absente getuigen), anderzijds is dat minder het geval juist vanwege de zware procedure die daarbij betrokken is. Daarin vervatte waarborgen zijn er niet in de overgrote meerderheid van gevallen, zeker niet waar een getuige enkel door opsporingsambtenaren is gehoord. Bovendien ging het in *Snijders* ook om die zware procedure: het Hof is aldus in bepaalde mate teruggekeerd naar een meer kritische positie.

Wat de 'gewone' (niet anonieme) absente getuige betreft, een toekomstige klacht over de Nederlandse praktijk, waarin de omgang met onmiddellijkheid goed onderbouwd als systematisch probleem wordt aangekaart, zou de basis kunnen vormen voor een volgende impactvolle schending tegen Nederland, met grote repercussies.¹⁵⁵ Reflectie op die stelselkeuze is noodzakelijk. Op zijn minst bestaat aanleiding te heroverwegen de oorspronkelijk voorgestelde voorziening de verdachte als regel toe te laten bij het verhoor bij de rechter-commissaris, terug te plaatsen in de voorgenomen regeling. Dat komt inderdaad tegemoet aan het ondervragingsrecht van de verdachte, maar vanuit het perspectief van de bewijstaak van de rechter zal het er ook toe leiden dat daar tegensprekelijk gevoerde discussie, weliswaar op papier, toch kan worden getransponeerd naar de zittingszaal.

150 EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par. 78 (*Snijders/Nederland*). Zie ook de *joint concurring opinion* van rechters Pavli en Zünd, par. 7 bij deze zaak, waarin zij vraagtekens plaatsen bij de Nederlandse interne openbaarheidsdoctrine, op basis waarvan de rechter niet over meer informatie kan beschikken dan procespartijen, in welk verband zij een 'paradox' zien in de beperking van verdedigingsrechten met een beroep op het beginsel van gelijkheid van wapenen.

151 Zie ook de bespreking van de Straatsburgse rechtspraak in verband met het onmiddellijkheidsbeginsel door Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 7-10. Zie voorts EHRM 12 maart 2024, 48309/17, par. 44-62 (*Orhan Şahin/Turkije*), met een combinatie van problematiek met betrekking tot anders samengestelde gerechten en afwijkende uitkomsten, waarbij het Hof, omdat klager het getuigenrecht niet had ingeroepen, er overigens voor koos de getuigenklacht enkel vanuit het perspectief van artikel 6 lid 1 EVRM te toetsen.

152 Zie uitgebreid over argumenten voor en tegen onmiddellijke procesvoering, Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 2-7 en 10-15. Zie ook in empirische zin, L. van Lent, A. Smolders & M. Malsch, "'We kennen allemaal de stukken ¼'". Pleidooi voor een debat over een onmiddellijker strafproces in Nederland, *DD* 2020-38, p. 1-14.

153 Zie in dezelfde zin ook Nan 2015 (*supra* noot 9), p. 7-10. Zie ook Spronken 2019 (*supra* noot 128), p. 4-5 en Spronken 2021 (*supra* noot 5), p. 2.

154 Zie wederom, EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par. 78 (*Snijders/Nederland*), met verwijzing op die plek naar EHRM (Beslissing) 4 juli 2000, 43149/98, par. 1 (*Kok/Nederland*).

155 Zie ook de *joint concurring opinion* van rechters Pavli en Zünd, par. 8, waarin zij aangeven dat zij ondanks hun bezwaren, toch niet voor een schending hebben gestemd omdat verzoeker het dit systematisch probleem in de nationale rechtspraak zelf niet aan de orde heeft gesteld.

In verband met de hierboven besproken noodzaak met precisie de exacte aard en impact van een beperking te duiden kan voorts aan de volgende wijze van concretisering worden gedacht. Voor zover de kwestie is dat de verdediging stelt geen mogelijkheid te hebben gekregen (bepaalde) vragen te stellen, gaat het om een beperking van het ondervragingsrecht die opgelost kan worden doordat die gelegenheid alsnog wordt geboden (voor zover het niet gaat om manifest irrelevante of redundante kwesties). Dat behoeft niet in de aanwezigheid van de zittingsrechter plaats te vinden, zo lang de gezochte informatie maar op heldere en volledige wijze ter zitting kan worden ingebracht (en overigens aan andere voorwaarden is voldaan). Als de verdediging zich echter beklaagt over de betrouwbaarheid van een getuige dan wel de verklaring, ligt het in de rede dat die getuige ten overstaan van de zittingsrechter wordt gehoord.¹⁵⁶

3.4 Interacties tussen procesrechten en aggregaatbeperkingen

3.4.1 *Interacties*

Het voorgaande leidt naar een nadere voor het getuigenrecht bepalende (algemene) interpretatieve regel in artikel 6 EVRM. Die is dat afzonderlijke deelrechten zich niet alleen verhouden tot de algehele eerlijkheid, maar, onder de paraplu daarvan, ook onderling (kunnen) interacteren (en dat soms ook met andere rechten in andere bepalingen doen).¹⁵⁷ Dat geldt zeker voor het getuigenrecht, dat in wezen gevormd wordt door een vaste constellatie van verschillende rechten die verwerkt zijn in de twee toetsingsschema's. Het gaat daarbij vooral, naast de algehele eerlijkheid, om het recht op motivering en – via de bewijsdimensie – het recht op eerlijke omgang met bewijs, maar ook het verdedigingsrecht in artikel 6 lid 3 sub c EVRM en het eveneens daaronder ressorterende recht op rechtsbijstand. De meer abstracte beginselen van onmiddellijkheid, *adversarial* procesvoering en gelijkheid van wapenen zijn eveneens werkzaam als rechten waarop de verdachte aanspraak maakt.

Van belang is om de werking van deze andere rechten¹⁵⁸ niet enkel op te vatten als 'compenserende factoren' die een beperking van het getuigenrecht kunnen mitigeren. Zij kunnen een relativerende werking hebben, maar dat geldt enkel wanneer zij versterkt en toegespitst worden toegepast.¹⁵⁹ Dat zij in het algemeen zijn verwezenlijkt bij een strafvervolgning is derhalve ontoereikend. De verdachte dient het verdedigingsrecht (de mogelijkheid tegen te spreken en in te brengen), daadwerkelijk en ook specifiek ten opzichte van (al) zijn getuigengrievens te kunnen uitoefenen. Dat bijstand is verleend voldoet eveneens in zichzelf niet, die dient met

156 Zie ook de noot van D. van Toor onder EHRM 18 december 2018, nr. 36658/05, EHRC 2019/70, par. 7, die een onderscheid ziet in de noodzaak de betrouwbaarheid van een belastende getuigen ter zitting te toetsen, versus de ontlastende getuige, bij wie van een betrouwbaarheidsprobleem geen sprake behoeft te zijn. Zie ook De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 3, instemmend met verwijzing naar Van Toor.

157 Zoals met artikel 3 en artikel 8 EVRM, in de context van onrechtmatig verkregen bewijs. Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 81. Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 409, die stelt dat het eerlijk proces recht een 'cluster of correlated procedural rights' omvat.

158 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 147.

159 Zie echter Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 139-160, kritisch over de duidelijkheid van de werking van wat hij noemt 'counterbalancing' en 'defect-curing, (respectievelijk, compensatie van een beperking door de werking van andere factoren en herstel in latere procesfasen).

het oog op de specifieke aan de orde getuigenproblematiek effectief te zijn geweest. Vooral is de werking van, binnen de toetsingsschema's op tal van plaatsen verwerkte, sterke, bijzondere motiveringsplichten zichtbaar: (i) bij de beslissing niet op te roepen, de mate waarin inspanningen zijn getoond om aanwezigheid te bewerkstelligen; (ii) ten aanzien van de rol die een verklaring speelt of had kunnen spelen; (iii) de beschikbaarheid van ander bewijs en (iv) met betrekking tot het effect van compenserende waarborgen. Bij de ontlastende getuige dient bijzonder te worden gemotiveerd (i) waarom de adstructie van een verworpen verzoek niet opgaat, (ii) los daarvan, via een zelfstandige analyse welke relevantie de getuigenverklaring had kunnen hebben, het een en ander (iii) gevolgd door een aparte vaststelling waarom de algehele eerlijkheid niet is ondermijnd.¹⁶⁰

De interactie met de bewijsdimensie van het getuigenrecht is voorts buitengewoon belangrijk. In de inleiding is aangestipt dat kritiek op het algehele eerlijkhedenconcept mede erop ziet dat het eraan bijdraagt dat de 'juistheid' van een veroordeling een te grote rol speelt. Daarmee zou de algehele eerlijkheid leiden tot instrumentalisering ten behoeve van waarheidsvinding en criminaliteitsbestrijding (waarbij ook te vergaand en op onduidelijke wijze ruimte wordt gelaten voor het betrekken in afwegingen van vooral abstracte, collectieve, publieke belangen).¹⁶¹

De belangrijke rol die de kwaliteit van het bewijs speelt in de Straatsburgse rechtspraak kan echter ook omgekeerd worden gewaardeerd. Aanspraak op een juiste materiële uitkomst is namelijk ook op te vatten als een fundamenteel eerlijkhedenrecht. Zo bezien zijn de bewijsaspecten van het getuigenrecht niet *gronden voor beperking* (het eerlijkhedenrisico wordt gemitigeerd doordat de bewijsbeslissing secuur is), maar als *bewijsrechten* waaraan ook voldaan dient te zijn (de uitkomst kan, vanwege de beperking van het getuigenrecht, alleen eerlijk zijn bij garantie van een *zeer secure* bewijsbeslissing). Dat sluit aan bij de nadruk die het Hof, (*mutatis mutandis*, in de context van het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht) legt op de ratio van eerlijk procesrechten in het kader van materiële waarheidsvinding, namelijk (mede) om onterechte veroordelingen te voorkomen.¹⁶²

De locatie van de interactie tussen het getuige en -bewijsaangelegenheden is allereerst te vinden in de SDE-regel: verdedigingsrechten zijn *unduly restricted* indien een veroordeling uitsluitend of vooral gebaseerd is op de verklaring van niet door de verdediging gehoorde getuigen.¹⁶³ Voorts keert de (kwaliteit) van het overig bewijs ook terug bij de compenserende waarborgen, in welk verband het Hof een tweede keer toetst of de rechter heeft getoond aandacht te hebben gehad voor de impact van de beperking van het getuigenrecht en daarmee (aantoonbaar) zorgvuldig is omgegaan, mede door zichtbaar uit te gaan van een (zelf aangebrachte) verminderde bewijswaarde van de verklaring.¹⁶⁴ Ondanks dat een bewijsregel niet figureert

160 Zie de pertinente toetsingsschema's voor al deze eisen.

161 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 416-418 en 419-420 en Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 12 en 22. Zie ook over deze benadering van het Hof en (door hem onderschreven) kritiek daarop, Van Toor 2019 (*supra* noot 156), par. 8.

162 Zie EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, par. 266 (*Ibrahim e.a./Het Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Kooijmans 2021 (*supra* noot 5), p. 46-47, over het belang, in het schema voor de belastende getuige, van de controleerbaarheid, via de derde stap in het schema, van de juistheid van een veroordeling. Zie ook Mevis 2021, (*supra* noot 17), p. 9-10 en 12, in het licht van de noodzaak tot motivering van de bewijsbeslissing en de onschuldpresumptie die volgens hem in *Keskin* zichtbaar is.

163 Zie recent, EHRM 7 september 2023, 43627/16 en 71667/16, par. 81 (*Okropiridze/Georgië*).

164 Zie recent, EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 57 en 75 (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*) en EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 66 (*Keskin/Nederland*).

in het schema voor de ontlastende getuige, speelt de kwaliteit van het (overig) bewijs ook een belangrijke rol in algehele eerlijkheidsbeoordelingen in die context. Ook daar beziet het Hof (via een impliciete) SDE-beoordeling of, bij het uitblijven van de ondervraging van een ontlastende getuige, de motivering van de weigering van het verzoek en daarmee ook (indirect) de bewijsbeslissing, voldoende secuur was.¹⁶⁵

Het bewijsrecht is echter ook breder en sterker gegrond in artikel 6 EVRM, hetgeen ook, via de daarin vervatte bewijsdimensie, toevoegt aan de zwaarte van het getuigenrecht. Het gaat daarbij om een samenstel van impliciete en expliciete materie, die gestalte krijgt in de vorm van regels zoals die omtrent het gebruik van bewijsvermoedens,¹⁶⁶ de bewijstandaard en bewijslast in strafzaken.¹⁶⁷ Het recht op motivering heeft ook een 'bewijstak' (dan gaat het om aanspraak op motivering van de bewijsbeslissing).¹⁶⁸ Het bestaan en actieve toepassing van al deze bewijsregels in artikel 6 EVRM, afzonderlijk en in samenhang bezien, weersprekt dat het Hof, zich, zoals het zelf blijft voorhouden (ook in de context van het getuigenrecht), nog altijd vergaand terughoudend opstelt bij interventies in bewijsaangelegenheden.¹⁶⁹

De fragmentatie van het bewijsrecht in artikel 6 EVRM brengt met zich dat de volle contouren van het geheel alsmede (de verhoudingen tussen) de daarin werkzame aspecten niet goed zichtbaar zijn. Omdat het Hof nimmer een verenigend kader heeft geformuleerd, zich op verbindende en ordenende wijze over het complex van bewijsregels heeft uitgesproken (en de formule van terughoudendheid blijft hanteren), kan te gemakkelijk voorbij worden gegaan aan het gewicht van het recht op een juiste bewijsomgang en -beoordeling.¹⁷⁰ Hierin dient het Hof helderder te worden. Alles bij elkaar genomen zou (op basis van artikel 6 lid 1 jo. lid 2 EVRM) een overkoepelend 'bewijsrecht' kunnen worden geformuleerd, met de strekking dat eerlijkheid betekent dat geen veroordeling mogelijk is zonder garanties van een *juiste bewezenverklaring*. De logica daarvan is zuiver: algeheel is niets oneerlijker dan een op ontoereikend bewijs gegronde veroordeling. Bij het uitblijven van een duiding van een overkoepelend kader voor het recht op eerlijkheid in bewijs (die het Hof wellicht niet biedt om de indruk te voorkomen dat het subsidiariteitsprincipe op dit punt significant wordt verlaten),¹⁷¹ is het aan de nationale rechter de gefragmenteerde, doch sterke, eisen op te pakken.

165 Zie recent, EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 102 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*); EHRM 15 december 2022, 28081/19 en 29664/19, par. 64 en 66 (*Vasaráb en Paulus/Slowakije*) en EHRM 15 februari 2024, 19920/20, par. 109 (*Škoberne/Slovenië*). Zie ook door De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 5 en 6-7 besproken rechtspraak, waarin de beoordeling of zich een schending zich al dan niet had voorgedaan bij ontlastende (rechtmatigheidsgetui- gen) mede afhankelijk was van de beschikbaarheid en kwaliteit van ander bewijs.

166 Zie recent, EHRM 3 juni 2021, 48431/18, par. 46-48 (*Busuttil/Malta*).

167 Zie EHRM 6 december 1988, 10590/83, par. 77 (*Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje*); en recent, EHRM 24 april 2025, 16497/20, par. 75 (*Sytynyk/Oekraïne*).

168 Zie recent, EHRM 17 juni 2025, 19664/18, par. 17-24 (*Saka/Turkije*).

169 Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 35-63 weersprekt ook de terughoudendheid van het Hof, erop wijzend dat de uitzonderingen op de 'fourth instance' doctrine in wezen aangeven dat bemoeienis eerder regel is geworden, ook binnen bewijsaangelegenheden, via algehele eerlijkheidstoetsing, maar ook door regels omtrent motivering en het gebruik van bewijsvermoedens. Zie ook zijn kritiek op de duidelijkheid van de regels omtrent toelaatbaarheid van bewijs en de toepassing van de SDE-regel, respectievelijk p. 58-63 en 170-176.

170 Zie uitgebreid over (de verschillende aspecten van) 'de bewijsdimensie' (van de onschuldpresumptie) in het EVRM (en andere internationale bronnen), J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (diss. Nijmegen), Zutphen: Wolter Kluwer 2018, p. 187-261.

171 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 63.

3.4.2 Aggregaties

Waar rechten zoals die op (bijzondere) motivering, ‘bewijsrechten,’ het verdedigingsrecht en het recht op rechtsbijstand in een compenserende functie ‘sterker’ dienen te worden aangezet bij beperkingen van het getuigenrecht, kan wisselwerking ook echter op andere wijze effect hebben. In alle gevallen gaat het om autonome rechten waarover afzonderlijk en direct geklaagd worden. Beperkingen daarvan kunnen ook zelfstandig tot eerlijkheidsschendingen leiden, ook zonder dat getuigenproblematiek aan de orde is. Dat brengt met zich mee dat wanneer, bovenop een beperking van het getuigenrecht, ook sprake is van *ondermaatse* verwezenlijking van een ander recht – waarbij het ook om andere dan de hierboven genoemde rechten die vast figureren rondom het getuigenrecht kan gaan – een aggregatie van eerlijkheidsverlies zich voordoet. Bij ‘numerous procedural defects’ kiest het Hof er dan ook vaak voor die in gezamenlijkheid te beoordelen.¹⁷² Van belang is daarbij dat ‘lichtere’ beperkingen (of zelfs, net niet beperkingen) van verschillende rechten samengenomen kunnen uitpakken in een negatief totaal eerlijkheidsbalans. Ofwel, de algehele eerlijkheid kan ook geschonden zijn bij meervoudige gebreken ‘even if each procedural defect, taken alone, would not have convinced it that the proceedings were “unfair”’.¹⁷³

Ook hier kan worden gesteld dat het Hof met deze variabele niet duidelijk omgaat.¹⁷⁴ Enerzijds is dat gelegen in het feit dat interacties in twee richtingen kunnen werken (compenseren of aggregeren). Voorts stelt het Hof soms uitdrukkelijk dat bepaalde klachten aan elkaar gerelateerd zijn, soms behoeft er geen correlatie te zijn voor gezamenlijke beoordeling. Soms bespreekt het meervoudige klachten, ook onder een algehele eerlijkheidsskop, maar oordeelt toch bij elke klacht afzonderlijk of artikel 6 EVRM geschonden is.¹⁷⁵ In andere gevallen wordt bij verschillende klachten steeds eerst voorlopige oordelen gevormd, om nadien tot een algeheel oordeel te komen.¹⁷⁶ Inconsistentie in deze methodologie is inderdaad problematisch, daar afzonderlijk versus geaggregeerd beoordelen tot grote verschillen in uitkomst kan leiden. Algemene richtlijnen in dit verband vallen echter moeilijk te formuleren (ook niet door de Grote Kamer), vanwege de vele verschillende soorten aggregaties die zich kunnen voordoen, nog los van de nadere impact van andere algehele eerlijkheidsvariabelen. Wederom geldt echter dat onduidelijke toepassing door het EHRM in concrete gevallen geen beletsel behoeft te zijn voor de rechter om deze – in de Straatsburgse rechtspraak actief werkzame – methodologie toe te

172 Zie recent, EHRM 29 april 2025, no.: 23369/16, par. 94, (*Jaupi/Albanië*). Goss beziet de algehele eerlijkheidstoetsing als een methodologie, naast andere, om beperkingen van eerlijk procesrechten te reguleren. Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 124-139. Daarnaast maakt hij o.a. onderscheid tussen ‘counterbalancing’ en ‘defect-curing’ (de compenserende interacties zoals hierboven bedoeld); de duiding van bepaalde rechten als niet vatbaar voor beperking; toepassing van de SDE-regel en de weging van eerlijk procesrechten van de verdachte tegen publieke belangen (al dan niet via proportionaliteitsanalyse), als aparte variabelen Goss 2014 (*supra* noot 3) p. 139-201. Tegelijkertijd stelt hij dat (onderlinge verergerende) mechanismen zoals ‘counterbalancing’ en ‘defect-curing,’ zo ook die van de ‘taken together’ benadering (zie, Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 79-88 (die verband houdt met de hierna te bespreken ‘aggregaties van beperkingen’), sterk samenhangen met algehele eerlijkheidstoetsing (zie o.a. Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 125, 136-160), zodat zij in wezen ook als daarbinnen werkzaam kunnen worden opgevat.

173 Zie EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 142 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

174 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), over de onduidelijkheid van wat hij noemt de ‘interne structuur’ van artikel 6 EVRM en de ‘taken together’ benadering, p. 65-88.

175 EHRM 6 oktober 2022, 56540/14 57252/14, par. 128-164 (*Suslov en Batikyan/Oekraïne*).

176 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 79-88, dat de omgang hiermee ook onduidelijk is.

passen. In de algehele eerlijkheid verkeert het getuigenrecht ontegenzeggelijk in relaties met andere rechten, daaraan dient gevolg te worden gegeven door deze uitdrukkelijk in oordeelsvorming te betrekken.

Waar het om de meer abstracte beginselen van onmiddellijkheid, effectieve participatie, *adversarial* procesvoering en gelijkheid van wapenen gaat, blijft de concrete impact daarvan moeilijk te bepalen.¹⁷⁷ Desondanks zijn daaromtrent, zoals hierboven besproken in verhouding tot het onmiddellijkheidsbeginsel, ook wel concretiserende illustraties van betekenis en impact te vinden.¹⁷⁸

Bij de meer concrete rechten zijn interacterende aggregaties helderder. Specificiteit is in dit verband wederom van belang. Het recht op motivering, bewijsregels en het recht op rechtsbijstand bestaan eveneens uit verschillende aspecten dan wel worden zij in specifieke contexten op andere wijzen getoetst. Zo bestaat het recht op rechtsbijstand uit meerdere dimensies: het recht op rechtsbijstand in het vooronderzoek, op vertrouwelijke communicatie, op gefinancierde rechtsbijstand, een bepaalde raadsman te kiezen, op zelfverdediging en op ingrijpen bij 'manifest falen'.¹⁷⁹ Gelokaliseerd dient te worden wordt welke aspecten aan de orde zijn en al dan niet aggregeren met getuigenkwesties.

Een aantal illustraties uit de recente rechtspraak kunnen nuttig zijn. Helder is de situatie waarin ten aanzien van verschillende rechten kan worden vastgesteld dat zij elk afzonderlijk geschonden zijn. Vanwege de troebelheid van de algehele eerlijkheid gaat het evenwel vooral om grensgevallen. In *Yzeiraj* zagen de oneerlijkheidsklachten op de inadequate motivering van de verwerping van verzoeker's alibi verweer, aldus ook van de bewijsbeslissing, én het niet ondervragen van een aantal ontlastende getuigen. Beide kwesties hadden afzonderlijk niet tot een schending behoeven te leiden, maar werkten wel op elkaar in. Met een betere motivering waarom geen geloof werd gehecht aan de schriftelijke '*deklaratie autentike*' die deze getuigen hadden gestuurd (met betrekking tot verzoeker's alibi), had het motiveringsgebrek ten opzichte van de bewijsbeslissing kunnen worden opgelost. Bij het uitblijven daarvan werd de noodzaak om die getuigen te horen dringender.¹⁸⁰

In *Khachapuridze en Khachidze* ging het bij de *three limbs* van de klachten erom dat verzoekers (i) bepaalde ontlastende getuigen niet hadden kunnen horen ter zitting; (ii) hun veroordeling mede was gebaseerd op de verklaringen van een aantal belastende ter zitting absente getuigen

177 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410, die dergelijke beginselen ook aanwijst als meer of minder abstract. De betekenis en werking van deze beginselen, zo ook de kritiek dat artikel 6 EVRM als geheel veel meer vanuit die procedurele waarden dient te worden ingevuld wordt hier verder buiten beschouwing gelaten, maar vraagt om systematisch onderzoek, ook buiten de context van het getuigenrecht.

178 Zie o.a., naast de hierboven besproken concretisering van het onmiddellijkheidsbeginsel, in relatie tot het beginsel van gelijkheid van wapenen, EHRM 6 september 2022, 27402/16, par. 18, (*V.P./De Republiek Moldavië*) en EHRM 15 december 2022, 28081/19 en 29664/19, par. 69 (*Vasaráb en Paulus/Slowakije*). In beide gevallen achtte het Hof problematisch dat de zaken werden beoordeeld op basis van al het bewijs van de aanklager en niet op de inbreng van verzoekers. Zie ook een andere concrete uitwerking van dit beginsel in EHRM 10 januari 2022, 430/13, par. 69 (*Faysal Pamuk/Turkije*), waar het vragen aan de verdediging meerdere zittingen in verschillende steden bij te wonen om aanwezig te kunnen zijn bij getuigenverhoren het risico met zich meebracht dat een 'disproportionele last' zou worden gelegd bij de verdediging 'to an extent incompatible with the principle of equality of arms'.

179 Zie in dat laatste verband recent EHRM 6 oktober 2016, 37364/05, par. 67-69, 80-82 (*Jemejanovs/Letland*): autoriteiten zijn verplicht te 'intervenieren' wanneer een verzuim in effectieve bijstand 'manifest is', dan wel 'op andere wijze voldoende onder hun aandacht zijn gebracht.'

180 EHRM 11 juli 2023, 70455/10, par. 1 en 11-19 (*Yzeiraj/Albanië*). In deze zaak speelde ook mee dat de verklaring van een belastende getuige inconsistenties bevatte.

en (iii) dat zij, wegens hun gedrag, van de zitting waren uitgesloten (zij namen deel via videoconferentie).¹⁸¹ Bij twee ontlastende getuigen stelde het Hof geen schending vast, bij een andere liet het de uitkomst open. Ook kwam het enkel tot een voorlopig oordeel met betrekking tot de klacht over de belastende getuigen. Bij de klacht over uitsluiting van de zitting bleef het eveneens bij een voorlopig oordeel.¹⁸² Alles bij elkaar opgeteld, kwam het, ten opzichte van beide verzoekers, tot een algehele eerlijkheidsschending.¹⁸³ Deze zaak toont voorts ook dat het belangrijk is, waar het gaat om kwesties in verband met meerdere getuigen, beoordelingen ook toe te spitsen op het totaaleffect van verschillende beperkingen in die zin.¹⁸⁴

In *Khavshabova* zag de, op artikel 6 lid 3 sub c en sub d EVRM gebaseerd klacht over het niet kunnen horen van twee belastende getuigen mede op de omstandigheid dat die getuigen in het vooronderzoek waren gehoord in de aanwezigheid van een tweede toegevoegde raadsman, terwijl verzoekster niet op de hoogte was van zijn toevoeging (of het verhoor). Daarmee was er ook een beperking van het recht op rechtsbijstand, in het ‘denial of choice’ aspect daarvan. Zeer wel denkbaar is dat een klacht over dat laatste in zichzelf niet tot een schending onder dat regime had geleid. Verzoekster was wel op de hoogte van de toevoeging van de eerste raadsman, zoals de overheid aandroeg was zij akkoord gegaan met toevoeging, werd ze door beide advocaten bijgestaan in het voor- en eindonderzoek en had ze, tot ze koos voor een andere raadsman, nimmer geklaagd over de diensten van de toegevoegde advocaten. Ook was het een vaste praktijk van het rechtsbijstandsbureau, omwille van efficiëntie, om steeds twee advocaten toe te voegen.¹⁸⁵ Op dit punt kwam het Hof tot een voorlopig oordeel en sloeg een brug naar de klacht over het gebruik van de verklaringen van ter zitting absente getuigen.¹⁸⁶ In dat verband stelde het vast dat, terwijl het ‘onder normale omstandigheden’, een ‘strong procedural safeguard’ zou hebben gevonden in het gegeven dat een raadsman wel aanwezig was bij het getuigenverhoor, die waarborg in dit geval wegviel, vanwege de wijze van benoeming. De kwesties *samengenomen* brachten met zich mee dat de algehele eerlijkheid was ondermijnd.¹⁸⁷ In *Jemeļjanovs* was verzoeker het met zijn (verschillende, toegevoegde) advocaten niet eens over de verdedigingsstrategie, onder andere in verband met getuigenverzoeken. Het Hof kwam in de omstandigheden van het geval niet tot een algehele eerlijkheidsschending (omdat het geen ‘passiviteit’ of ‘manifest negligence’ zag in de verleende rechtsbijstand),¹⁸⁸ maar de zaak is illustratief voor de mogelijkheid en belang van ‘manifest falen’ in de specifieke context van getuigen.

181 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 90 en 84 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

182 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 95-106, 107-131 en 134-141 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

183 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 142-143 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

184 Zie Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 140, die het gegeven dat het in *Keskin* om zeven getuigen ging problematiseren (in de zin dat hun verklaringen onderling ondersteunend waren, maar de bewezenverklaring niettemin per saldo toch berustte op door de verdediging niet getoetste verklaringen), en de oplossing aandragen dat een schending voorkomen had kunnen worden door enkele verzoeken toe te staan. Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 6 en Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 9 in dit verband.

185 EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 30 (*Khavshabova/Georgië*).

186 EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 38 (*Khavshabova/Georgië*).

187 EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 24, 28, 53 en 56 (*Khavshabova/Georgië*). Zie ook voor een vergelijkbare aggregatie van denial of choice problematiek met het verhoor van getuigen in het vooronderzoek, EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 80-89 (*Erkapić/Kroatië*).

188 EHRM 6 oktober 2016, 37364/05, par. 67-69, 80-82 en 100-101, (*Jemeļjanovs/Letland*).

In *Kikabidze* stelde het Hof vast dat verzoeker's klachten 'essentieel andere' doch 'interrelated issues', deden rijzen, te weten: (i) onvoldoende tijd en voorbereiding van de verdediging; (ii) het 'resultierend' probleem dat de lijst van door de verdediging aangebrachte lijst van ontlastende getuigen niet-ontvankelijk werd verklaard en (iii) inadequate motivering van de beslissing van het appelgerecht het hoger beroep niet toe te staan.¹⁸⁹ Bij de 'taken together' beoordeling¹⁹⁰ stelde het Hof bij alle afzonderlijke klachten een schending vast, maar de interactie is vooral vanuit het perspectief van de getuigenklacht helder te zien. Bij de tijd en faciliteiten klacht ging het erom dat verzoeker stelde dat de verdediging te late toegang had gekregen tot het dossier, reden waarom de lijst van getuigen tardief werd ingediend. Bij die klacht lag een schending ook niet zondermeer vast, daar het dossier wel ruim op tijd was verstrekt aan een initieel toegevoegde advocaat. Mede toetsend aan de daarmee eveneens relevant geworden relevante 'denial of choice' regels, zag het Hof geen kwestie in de verstrekking van het dossier aan die advocaat, doch wel in het gegeven dat het dossier niet eerder ook aan de gekozen raadsman werd verstrekt.¹⁹¹

Daarbij betrok het Hof ook (zonder die termen te gebruiken) wederom het concept van 'manifest falen':

'the apparent lack of cooperation and diligence on the part of the applicant's legal aid and private lawyers cannot by itself absolve the State and its agents of their responsibility to act diligently. Seen in this light, the Court considers that the presiding judge was expected to ensure that the difficulties allegedly experienced by the defence in the course of preparation for the jury trial were not such as to affect the *essence* [curs.: FPÖ] of the applicant's rights under Article 6 of the Convention'.¹⁹²

Bij deze klacht werd reeds een koppeling gemaakt met de getuigenkwestie. Vertraagde verstrekking van het dossier was 'exactly the reason' waarom ter zitting was verzocht om late aanvaarding van de lijst van ontlastende getuigen.¹⁹³ Die problematiek werkte ook door in de getuigenklacht. Op basis van het nationale recht was er een exceptioneel recht om late getuigenverzoeken te doen (weliswaar op beding van een boete en betaling van kosten), bij 'particular importance' van bewijs.¹⁹⁴ Ondanks dat de verdediging niet aan de (*Murtazaliyeva*) adstructieplicht had voldaan, achtte het Hof de beslissing het verzoek op deze grond niet toe te laten, 'excessively formalistic,' terwijl het met zich meebracht dat geen enkele getuige voor de verdediging werd gehoord. Vanuit *gelijkheidsperspectief* vroeg dat om gewichtige redenen, 'going beyond the issue of the applicant's compliance with a procedural time-limit'.¹⁹⁵

189 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 39 (*Kikabidze/Georgië*).

190 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 39 (*Kikabidze/Georgië*).

191 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 40-50 (*Kikabidze/Georgië*).

192 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 49 (*Kikabidze/Georgië*). Zie ook EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 37 (*Khavshabova/Georgië*).

193 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 49 (*Kikabidze/Georgië*).

194 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 23 (*Kikabidze/Georgië*).

195 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 56-57 (*Kikabidze/Georgië*); Zie ook EHRM 26 februari 2013, 50254/07, par. 94-95 (*Papadakis/Het Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), waarin de tijd voor de voorbereiding van te stellen vragen (een uur), te kort was.

3.4.3 Interacties met andere rechten en andere procesvragen dan de bewijsvraag

Aggregaties kunnen zich ook voordoen met minder voor de hand liggende rechten, zoals ook bleek uit *Keskin* en *Çalışkan*, waarin het Hof erop wees dat een adstructie-eis bij belastende getuigen ook wringt met het zwijgrecht.¹⁹⁶ Eerlijkheidseisen strekken zich voorts ook uit tot andere dan bewijskwesities, zodat het getuigenrecht ook daarbij geldt. Dat volgt uit verschillende takken van rechtspraak, zoals de regels omtrent de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs (buiten de kwestie vanwege de eventuele (on)betrouwbaarheid daarvan vanwege de wijze van verkrijging). In dat verband wordt ook als eis gesteld dat verdediging daartegen effectief kan ageren, zo nodig via het getuigenrecht, ook waar klachten (direct) op dergelijke andere kwesities gericht zijn.¹⁹⁷ Waar het om directe getuigenklachten gaat, is de aanspraak op ontlastende getuigen *Murtazaliyeva* nadrukkelijk verruimd buiten de bewijsvraag, tot alle getuigen van wie 'redelijkerwijs kan worden verwacht' dat zij 'de positie van de verdediging zullen versterken',¹⁹⁸ aldus potentieel in allerlei procedurele en materiële opzichten. Ondenkbaar is dat hetzelfde niet opgaat voor belastende getuigen.

In *Dodoja* heeft het Hof recent de aanspraak ook gekoppeld aan de straftoemingsvraag. Daarin was verzoeker, op basis van de verklaring van een ter zitting absente medeverdachte getuige, met strafverzwarend effect veroordeeld voor meerdere gevallen van handel in verdovende middelen. Zelf verklaarde hij eenmaal middelen te hebben gekocht. Het Hof ging uit van een afwijkende beperkingssituatie, omdat verzoeker niet zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid maar de straftoemering betwiste. Omdat het ging om de 'reikwijdte' van zijn veroordeling en bestraffing overwoog het Hof eerst de standaardschema voor de belastende getuige 'gelijkelijk van toepassing' was. Dat was het geval: 'although the issues concerning appropriate sentencing normally fall outside the scope of the Convention (...), as a matter of fairness, the sentence imposed should reflect the offence which the defendant actually committed [curs.: FPÖ]'. Dat bracht het Hof tot het oordeel dat 'the general principles of fairness necessarily encompass the punishment to which an accused has been sentenced [curs.: FPÖ] in criminal proceedings (...)'. Zonder minder strikt aan het schema voor belastende getuigen te toetsen, stelde het Hof een schending vast.¹⁹⁹

Gesteld kan worden dat het in deze zaak niet alleen ging om de straftoemering, maar ook om een ruimere bewezenverklaring.²⁰⁰ De regel dat het getuigenrecht zich ook kan uitstrekken tot de straftoemingsvraag, ook waar de reikwijdte van aansprakelijkheid niet aan de orde is, is evenwel ook meer algemeen gevestigd.²⁰¹ Waar aansprakelijkheidsreikwijdte wel speelt,

196 Zie respectievelijk, EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 55 (*Keskin*) en EHRM 10 januari 2023, 34507/16, par. 11 (*Çalışkan/Nederland*). Ook het gegeven dat verzoeker in *Keskin* in eerste aanleg bij verstek is veroordeeld (*Keskin*, par. 5 – zie ook Dubelaar & Pitcher 2021 (*supra* noot 5), p. 140, die hierop wijzen), had een rol kunnen spelen in de beoordeling van zijn getuigenverzoeken in appel.

197 Zie recent in de context van klachten over schending van het uitlokverbod in artikel 6 EVRM, EHRM 19 juli 2022, 60757/12, par. 7 (*Anzina e.a./ Rusland*) en EHRM 21 maart 2023, 66418/14, par. 12-13 en 14-23 (*Golovchenko/De Republiek Moldavië*).

198 EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 160 (*Murtazaliyeva/Rusland*).

199 EHRM 24 september 2021, 53587/17, par. 33-39 (*Dodoja/Croatië*).

200 Zie in dat verband over deze uitspraak, De Graaf, 2022 (*supra* noot 5), p. 4-5.

201 Zie anders, De Graaf, 2022 (*supra* noot 5), p. 4-5, die in deze uitspraak geen helder antwoord ziet op de vraag of het een en ander ook van toepassing is wanneer het enkel om de straftoemering gaat.

geldt de aanspraak voorts logischerwijs ook, zoals bij kwalificatievragen.²⁰² Bij die laatste kan er ook een (samenhangende) kwestie zijn met artikel 7 EVRM, aldus wanneer de voorzienbaarheid van de toepassing van het nationale recht aan de orde kan zijn en getuigen ter zake inzichten kunnen bieden). Getuigen kunnen voorts van belang zijn in verband met vragen naar de aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden.²⁰³ Wat in dergelijke gevallen interacteert met het getuigenrecht zijn bredere dimensies van eerlijkheid. Het recht op eerlijkheid zoals dat uitpakt in het getuigenrecht staat dan in wisselwerking met het recht op eerlijkheid in de vorm van rechtmatigheid, rechtszekerheid en proportionaliteit van straftoemeting. Alles bij elkaar mondt dat uit in een ruime eerlijkheidsteleologie die noopt tot een in al die opzichten legitieme uitkomst, en in dat verband verschillende soorten getuigenaanspraken met zich mee kan brengen. Het getuigenrecht kan ook interacteren met kwesties die niet zondermeer tot eerlijkhedsmaterie in artikel 6 EVRM behoren, maar daarin via indirecte weg betrokken kunnen worden. Te denken valt aan getuigen die kunnen verklaren over de (toepassing van) het nationale recht (anders dan het materiële, in kwalificatieve zin, zoals bepaalde vervolgingsuitsluitingsgronden). Een kanaal van waaruit een connectie daarbij kan worden gemaakt is gelegen in de ‘the requirement of legal certainty’, een eis die ‘an important element of fairness under Article 6 § 1 of the Convention,’ vertegenwoordigt.²⁰⁴ Ofwel, eerlijkheid omvat inderdaad ook een legaliteitseis, zodat het ook geraakt kan worden door onjuiste of voorzienbare toepassingen van het nationale straf(proces)recht. Een verband is dan gemaakt met het getuigenrecht wanneer getuigen ter zake relevante informatie kunnen inbrengen. Getuigenaanspraken *vis-à-vis* dergelijke kwesties kunnen voorts ook gegrond worden in het algemene recht op motivering (dat recht is overigens oorspronkelijk in de specifieke context van getuigen ingevoerd en is nadien geëvolueerd tot algemeen recht ter zake van alle potentieel belangrijke beslissingen).²⁰⁵

3.4.4 Incidenten of aspecten buiten concrete rechten en andere variabelen

Voorts, in lijn met de – nimmer opgeheven – benadering in *Nielsen* kunnen allerlei ‘incidenten of aspecten’ aggregeren tot oneerlijkheid. Het kan daarbij gaan om (nog) niet als concrete (aspecten van) rechten omlijnde (procedurele) kwesties, maar ook feitelijke bijzonderheden. *Barberà, Messegué en Jabardo* blijft in dit verband een goede illustratie, met een mengeling van

202 Zie EHRM 6 september 2022, 27402/16, par. 15 (*V.P./De Republiek Moldavië*), met een (weliswaar summiere) verwijzing naar de mogelijkheid dat de getuigen ook invloed hadden kunnen hebben op ‘the legal characterisation of the case’. Zie ook in verband met een mogelijke kwalificatievraag EHRM 8 oktober 2024, 20440/18, par. 34 (*Severin/Roemenië*), (in verband met de vraag of verzoeker zich had laten omkopen dan wel zijn gedraging binnen zijn normale taakuitoefening viel). Zie *mutatis mutandis* (in de context van rechtsbijstand), EHRM 28 augustus 2024, 989/18, par. 30, 55 en 77-87 (*W.R./Nederland*), waarin de klacht specifiek zag op de beperking van dat recht in verband met de (kwalificatieve) bewezenverklaring van voorbedachte raad.

203 Zie EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 10 en 55 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*), met een getuigenverzoek ter ondersteuning van een op psychische overmacht gelijkend verweer.

204 Zie EHRM 21 januari 2025, 14175/16 e.a., par. 141-149 (*Jóhannes Baldursson en Birkir Kristinsson/IJsland*) (in de context van een klacht over heropening van een strafvervolgning, waarin de ‘legal certainty’ eis werd beoordeeld in interactie met het *ne bis in idem*-beginsel in artikel 4 lid 2 Protocol 7 EVRM en het *nemo tenetur*-beginsel).

205 Zie voor een vroege erkenning van een motiveringsverplichtingen in de context van getuigenverzoeken, ECommHR (Report) 15 oktober 1987, 10857/84, pars. 145-156. (*Bricmont/België*). Zie echter de uitspraak van het Hof in die zaak, EHRM 7 juli 1989, 10857/84, pars. 87-89). Zie voor een veralgemenisering van de motiveringsverplichting (als autonoom recht), EHRM 19 april 1994, 16034/90, par. 61 (*Van de Hurk/Nederland*); EHRM 9 december 1994, 18390/91, par. 29 (*Ruiz Torija/Spanje*); EHRM 9 december 1994, 18064/91, par. 27 (*Hiro Balani/Spanje*).

kwesties omtrent concrete rechten en bijzondere feiten. Daarin speelden ook getuigenproblematiek en de omgang met schriftelijk bewijs, maar het algehele oneerlijkheidsoordeel werd bereikt via een cumulatie van andere ‘aspecten of incidenten’. Verzoekers waren pas een dag voor de zitting, via een reis van 600 km naar het gerecht getransporteerd en moesten volgens het Hof daardoor mentaal en fysiek verzwakt zijn geweest, aldus niet voldoende weerbaar om verhoord te worden of effectief te kunnen communiceren met hun advocaten. Daarbij kwam dat op de dag van de zitting twee zittingsrechters dienden te worden vervangen. Dat was op zichzelf niet in strijd met een apart besproken klacht over onpartijdigheid, maar werkte wel door in de algehele eerlijkheid omtrent andere grieven, omdat bij de verdachten een legitieme vrees kon ontstaan dat de nieuwe rechters onvoldoende bekend waren met het complexe dossier. Voorts had het onderzoek ter terechtzitting in deze complexe zaak te kort geduurd (een dag), mede in het licht van het gegeven dat de verdachten onvoldoende tijd hadden gehad *adversarial* rechten uit te oefenen in het vooronderzoek.²⁰⁶

Allerlei soorten kwesties kunnen (en dienen) aldus in algehele eerlijkhedsbeoordelingen (te) worden betrokken, ook wat betreft de invloed die zij kunnen uitoefenen op de wijze waarop met getuigen dient te worden omgegaan. Systematische beschouwing van de Straatsburgse rechtspraak kan veel verluchting bieden in dit verband. Waar veel geëxtraheerd kan worden uit de rechtspraak is het voorts aan de nationale rechter (maar ook de verdediging)²⁰⁷ relevante factoren te identificeren en die een juiste plek te geven in afwegingen, verzoeken en verweren. Een in het licht van de modernisering opvallende factor volgt uit *Kikabidze*. Daarin betrof het Hof bij verschillende beoordelingen en aldus de algehele eerlijkheid, de omstandigheid dat de nationale strafvordering recent was hervormd, mede om de rechten van de verdediging te versterken. Daardoor bestond bij de verschillende procedurele kwesties in die zaak nog geen ‘established practice’ van nationale gerechten, hetgeen nader noopte tot een ‘thorough and detailed’ respons op de aangedragen grieven.²⁰⁸

Terugkerend naar interacties met andere concrete rechten, van belang is voorts dat het gegeven dat verschillende rechten diverse aspecten hebben, met zich meebrengt dat wanneer het getuigenrecht daarmee interacteert (via compensatie of aggregatie), de impact op de algehele eerlijkheid in het concrete geval ook wordt bepaald door welk aspect van een ander recht aan de orde is. Zo is het binnen het regime voor de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs van groot belang om wat voor normschending het gaat. Welbekend is dat schending van bepaalde normen zich veel beter laten oplossen in algehele eerlijkheid dan andere, dat kan dan ook invloed hebben op de aanspraak op getuigen. In de tweede plaats, zoals hierboven besproken, strekt de eerlijkheid zich ook uit tot andere vragen dan de bewijsvraag, maar kan daarin wel onderscheid worden gemaakt, in de zin dat een groter belang kan bestaan bij bepaalde procesvragen (de bewijsvraag *versus* de straftoemeting). Dat wil niet zeggen dat getuigenaanspraken bij andere vragen zoals hierboven genoemd niet gewichtig zijn – dat is wel zo, bij schuldvaststellingsvragen wegen die *nog zwaarder*.

Niet is ingegaan voorts op de belangrijke werking van afstand van recht in artikel 6 EVRM die (ook impliciet, door onvoldoende operationalisering door de verdediging kan plaatsvinden

206 EHRM 6 december 1988, 10590/83, par. 67-89 en 57 (*Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje*). Zie ook over deze zaak Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 24-25.

207 Zie ook De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 4.

208 EHRM 16 november 2021, 57642/12, par. 65 en 56-60 (*Kikabidze/Georgië*).

en), ondanks de *Keskin*-presumptie, grote invloed kan hebben op de algehele eerlijkheid rondom de omgang met getuigen. De striktheid van afstandregels varieert ook naar gelang welk recht of aspect daarvan aan de orde is (van het getuigenrecht kan wel afstand worden gedaan), zodat beoordelingen bij interacties ook daarop gemoduleerd dienen te worden.²⁰⁹

Een andere voor het getuigenrecht belangrijke algemene regel in artikel 6 EVRM is dat eerlijkheidseisen ook variabel zijn naar procesfase. Bij het recht op getuigen is het gegeven dat (enkel) in het vooronderzoek is gehoord een beperking, tegelijkertijd ook een waarborg. Dan geldt wel, als gezegd, dat het Hof strikt(er) is omtrent (nadere) beperkingen in die fase.²¹⁰ In beroepsfasen geldt dat verwezenlijking van rechten in eerste aanleg de noodzaak daartoe verminderen in appel. Zo zouden appelgerechten (wel in de omstandigheden van het geval), ervan af kunnen zien getuigen opnieuw te horen wanneer het ondervragingsrecht in eerste aanleg goed is verwezenlijkt.²¹¹ Eisen in appel zijn daarentegen strikt wanneer een appelgerecht een eerdere vrijspraak vervangt met veroordeling. Onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen gevallen waarin appelgerechten tot een ‘verse’ feitelijke beoordeling komen, *versus* ‘enkel’ tot een andere interpretatie van het recht of toepassing daarvan op de feiten.²¹² In het eerste geval kan ‘direct assessment of the evidence’ noodzakelijk zijn en geldt een verplichting om ‘positive measures to this effect’ te nemen,²¹³ waaronder ook het opnieuw horen van getuigen.²¹⁴

De verplichting opnieuw te horen behoeft voorts niet beperkt te zijn tot gevallen waarin een integrale vrijspraak aangepast wordt naar veroordeling. In *Zegerius* was verzoeker na zijn veroordeling in eerste aanleg voor medeplichtigheid aan diefstal met (bedreiging van) geweld en poging tot witwassen,²¹⁵ in hoger beroep vrijgesproken ter zake medeplichtigheid aan diefstal en witwassen, maar veroordeeld als medepleger van de diefstal met (bedreiging van) geweld.²¹⁶ Daarbij werd, anders dan in eerste aanleg, gebruik gemaakt van de belastende verklaring van een medeverdachte. In beide gevallen werd vier jaar gevangenisstraf opgelegd. Ondanks dat het Hof zich ervan bewust was dat de veroordeling in eerste aanleg voor een ‘lesser offence’ was, bevat de beslissing geen overwegingen over het toch significant verschil in uitkomst, ook

209 Zie recent EHRM 21 mei 2024, 31948/13, par. 10-20 (*Caka/Albanië*), in de sleutel van de vraag of afstand van recht was gedaan, waarin het Hof mede vaststelde dat verzoeker nimmer geklaagd had over het optreden van zijn advocaten rondom getuigenverzoeken.

210 Zie EHRM 24 januari 2012, 24893/05 par. 86-91, 105-113 en 123-128 (*Nechto/Rusland*), waarin het Hof mede vaststelde dat verzoeker geen ‘betekenisvolle’ gelegenheid had gekregen om getuigen in het vooronderzoek te confronteren, mede in verband met aantijgingen van slechte behandeling tijdens politiedetentie en de afwezigheid van een raadsman.

211 Zie EHRM 9 juni 2022, 25580/18, par. 4-22 (*Grebenyuk/Oekraïne*). Zie, *mutatis mutandis*, in de context van motivering van een uitspraak, dat adequate motivering in eerste aanleg met zich mee kan brengen dat een appelrechter kan volstaan met ‘endorsement’ daarvan. Zie recent, EHRM 26 november 2024, 32565/23, par. 67-69 (*Uçar/Turkije*) en (in de context van de motivering van de weigering appel toe te staan), EHRM 30 juni 2022, 15269/13, par. 75 (*Rusishvili/Georgie*).

212 Zie EHRM 11 juni 2020, 69019/11, par. 47 (*Zirnīte/Letland*). Dat onderscheid kan complex zijn: “the facts and the legal interpretation can be intertwined to an extent that it is difficult to separate the two from each other,” EHRM 16 juli 2019, 38797/17, par. 37 (*Július Þór Sigurþórsson/IJsland*).

213 EHRM 16 juli 2019, 38797/17, par. 38 (*Július Þór Sigurþórsson/IJsland*).

214 EHRM 16 juli 2019, 38797/17, par. 39-44 (*Július Þór Sigurþórsson/IJsland*). Zie ook Spronken 2019 (*supra* noot 128), p. 2-3, die in deze rechtspraak van het Hof benadrukking van het onmiddellijkheidsbeginsel ziet.

215 EHRM (Beslissing) 14 mei 2024, 46836/18, par. 2 en 4 (*Zegerius/Nederland*).

216 EHRM (Beslissing) 14 mei 2024, 46836/18, par. 8 (*Zegerius/Nederland*).

niet wat betreft de vrijspraak voor een van de feiten.²¹⁷ Een verklaring daarvoor kan echter worden gevonden in de nadruk in deze beslissing op de passiviteit van de verdediging in het duidelijk maken daadwerkelijk het ondervragingsrecht bij de desbetreffende getuige uit te willen oefenen. Voor zover de verdediging daarin wel helder is, is zorgvuldigheid ook aangewezen bij dergelijke aangepaste uitkomsten in appel.²¹⁸

Tot slot, binnen de algehele eerlijkheid kan het veel uitmaken welke *type getuige* aan de orde is.²¹⁹ De Straatsburgse rechtspraak biedt hierin gedetailleerde inzichten. Sommige getuigen worden vast als intrinsiek problematisch(er) (dan enkel absente) opgevat (anonymi,²²⁰ kroongetuigen,²²¹ medeverdachten, vooral die met conflicterende belangen),²²² waardoor een andere vorm van toetsing, toegespitst op bijzonderheden (zoals motieven), aan de orde is.²²³

Een onbetrouwbaarheidsindicatie is gegeven wanneer een getuige inconsistent verklaart,²²⁴ onzeker is dan wel een eerdere verklaring intrekt.²²⁵ Nuttig is ook in dit verband de recente uitspraak van het Hof in *Sakaashvili* te benoemen. Het ging daarin om een klacht over het gebruik van de verklaringen van belastende getuigen, omdat het om ‘hearsay’ bewijs zou gaan. Het Hof gebruikt deze term lange tijd en vaak, maar is in deze uitspraak voor het eerst tot een definitie gekomen, met onderscheid tussen twee typen. De eerste vorm ziet op verklaringen van getuigen die niet ter zitting zijn afgelegd. De tweede vorm betreft ‘echte’ van horen zeggen verklaringen, die informatie overbrengen van de directe waarnemingen van een derde. Het Hof lijkt in *Sakaashvili* deze tweede variant te hebben gelijkgesteld met ‘indirect bewijs’, een species waarvan het gebruik in de rechtspraak niet is uitgesloten, maar wel onderhevig is aan gereduceer-

217 Zie ook EHRM 29 juni 2023, 26134/19, par. 17-20 (*Khavshabova/Georgië*), waarin het Hof ook niet struikelde over het gegeven dat verzoekster in eerste aanleg en appel was vrijgesproken, vanwege bewijsgebrek, mede vanwege het niet kunnen horen ter zitting van de getuigen, maar veroordeeld werd in cassatie.

218 Dezelfde context speelt in de tegen Nederland nog openstaande klachten in EHRM 16 december 2022, 31220/20 (*Mcardle/Nederland*) en EHRM 16 december 2022, 30395/20 (*Brunell/Nederland*).

219 Zie over de keuze niet een onderscheid in te voeren in de wet tussen belastende en ontlastende getuigen, *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 914. Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 6-7 ziet wel een noodzaak voor een wettelijk onderscheid.

220 Zie ook EHRM 23 april 1997, 21363/93 e.a., par. 56 (*Van Mechelen e.a./Nederland*), in verband met ‘bijzondere problemen’ bij anonimiteit wanneer het gaat om leden van de politie, wegens hun bijzondere positie door hun opdracht ‘gehoorzaam’ te zijn aan executieve autoriteiten, omdat zij meestal banden hebben met de aanklager. Los van de vraag naar anonimiteit volgt uit hun taak voorts dat zij ter zitting verklaren.

221 Zie EHRM 25 oktober 2022, 68725/16 e.a., par. 78-79 (*Xenofontos e.a./Cyprus*).

222 Zie bij een algemene amnestie, versus toezeggingen in een concrete zaak, EHRM 16 maart 2021, 53848/07, par. 9-12 en 55-57 (*Fikret Karahan/Turkije*); zonder toezeggingen, de noodzaak voor aandacht voor mogelijke ‘ulterior’ motieven van criminele informanten, EHRM (Beslissing) 14 mei 2024, 46836/18, par. 16-23 (*Zegerius/Nederland*), (in dat geval een celgenoot) en bij personen met een ‘criminele achtergrond’, die mogelijk ‘indirect betrokken’ waren bij het delict waarvoor verzoekers zijn veroordeeld, EHRM 17 januari 2017, 43000/11 en 49380/11, par. 97-118 (*Habran en Dalem/België*). Zie in dit verband de moderniseringskeuze de thans in artikel 341 lid 3 WvSv geldende regel dat de opgaven van een verdachte ‘alleen te zijnen aanzien gelden’, niet over te nemen, op de basis dat deze in praktijk toch wordt omzeild en de nodige zorgvuldigheid daaromtrent kan worden gelaten aan de rechter, *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 1005-1006.

223 Zie bij anonieme getuigen, EHRM 6 februari 2024, 56440/15, par. 66 (*Snijders/Nederland*) en EHRM 1 februari 2018, 27962/10, par. 36-42 (*Asani/“Het Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië”*).

224 Zie EHRM 24 april 2025, 16497/20, par. 76 (*Sytmyk/Oekraïne*), (ook in verband met ‘serious inconsistencies between different types of evidence produced by the prosecution’). Zie ook EHRM 11 juli 2023, 70455/10, par. 16 (*Yzeiraj/Albanië*) en EHRM 6 september 2022, 27402/16, par. 17 (*V.P./De Republiek Moldavië*).

225 EHRM 16 maart 2021, 53848/07, par. 53 (*Fikret Karahan/Turkije*) en EHRM 12 april 2021, 34313/06, par. 39-41 (*Olga Kudrina/Rusland*).

de bewijswaarde. Voor zover het gaat om informatie die door de verdachte zelf is overgebracht aan een getuige, gaat het in het geheel niet om ‘hearsay’ bewijs.²²⁶

Als gezegd geldt ook een afwijkend toetsingskader voor getuige-deskundigen, waarbij de noodzaak tot horen ook kan zien op aspecten als bekwaamheid, gebruikte methodologie en wijze van benoeming. Voor slachtoffer-getuigen (of diens kennissen, versus ‘neutrale’ getuigen, die geen belang hebben bij de uitkomst van een zaak²²⁷) gelden eveneens nadere gezichtspunten, vooral bij (bijzondere) kwetsbaarheid, zoals bij minderjarigheid en/of zedendelicten.²²⁸ In deze laatste context speelt ook de belangrijke vraag hoe tegelijkertijd gestalte dient te worden gegeven aan de verdachte-centrische eerlijk procesrechten en de slachtoffer-centrische positieve verplichtingen, in de derde procedurele variant daarvan, al dan niet in samenhang met het type en ernst van het aan de orde zijnde delict.²²⁹ Ook in dit verband ontbreekt de ruimte voor vergaande beschouwing, opgemerkt dient te worden dat reflectie op hoe om te gaan met de opdracht tegelijkertijd gevolg te geven aan negatieve verplichtingen jegens de verdachte en positieve verplichtingen ten aanzien van slachtoffers dringend vraagt om uitgebreide en verbindende reflectie.²³⁰

Bij weer andere getuigen kan het gevaar bestaan dat zij (structureel) ten onrechte als minder belangrijk worden opgevat door de nationale rechter. Dat geldt vooral voor de ontlastende getuige, vanwege het verschil in toetsingsschema’s, waaronder de gedifferentieerde adstructie-eisen. Dat een verschil in aanspraak bestaat kan sterk genuanceerd worden echter, omdat de toetsingsstappen in de twee schema’s in wezen in elkaar kunnen worden geschoven.²³¹ De

226 EHRM 23 mei 2024, 6232/20 en 22394/20, par. 130-132 (*Saakashvili/Georgië*). Zie ook EHRM 7 september 2023, 43627/16 en 71667/16, par. 84 (*Okropiridze/Georgië*) en EHRM 2 mei 2023, 57818/18, par. 78 (*Strassenmeyer/Duitsland*).

227 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 126 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*).

228 Voor de verdachte geldt dan dat beperkingen gepaard dienen te gaan met bijzondere nadere waarborgen zoals verdere toetsingsmogelijkheden in de vorm van door deskundigen te verschaffen betrouwbaarheidstoetsing. Zie EHRM (Beslissing), 2 april 2103, 25307/10, par. 47-53 (*D.T./Nederland*) en EHRM 18 juli 2013, 59632/09, par. 56-66 (*Vronchenko/Estland*). Deze waarborg kan ook aan de orde zijn bij kwetsbare getuigen die niet slachtoffer zijn, zie EHRM 2 mei 2023, 57818/18, par. 87-89 (*Strassenmeyer/Duitsland*) en EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 78-79 (*Erkapić/Kroatië*).

229 Zie recent in de context van mensenhandel, EHRM 14 januari 2025, 9308/18, par. 58-60 en 67 (*Vasile Pruteanu e.a./Roemenië*).

230 Zondermeer zijn de Straatsburgse boodschappen over de invloed van het delict dat aan de orde is (en daarmee ook de wijze waarop abstracte, collectieve belangen in criminaliteitsbestrijding een rol kunnen spelen, zoals het Hof ook vooropstelt in algemene principes bij het getuigenrecht), verwarrend. Het een en ander geldt ook omdat het Hof als algemene regel hanteert dat eerlijk procesrechten niet variëren afhankelijk van de ernst van het delict (zie o.a. EHRM 25 april 2013, 51198/08, par. 73 (*Erkapić/Kroatië*)), en dat zij juist bij de meest ernstige delicten en risico’s van zware straffen het scherpst dienen te worden afgesteld (zie (in de context van rechtsbijstand in het vooronderzoek), EHRM 27 november 2008, 36391/02, par. 54 (*Salduz/Turkije*) en (in de context van getuigen), EHRM 9 juli 2024, 2577/19, par. 29 (*Baygeldi/Turkije*). Zie Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 176-201 kritisch over helderheid van rechtspraak van het Hof waar het gaat over de weging van publieke (en, in mindere mate, individuele) belangen die conflicteren met de rechten van de verdachte, mede in het kader van proportionaliteitstoetsing.

231 Zie EHRM 8 september 2022, 31553/19 en 29809/20, par. 7-9 (*Palyanov en Kazantseva/Oekraïne*), waarin het voor het Hof niet uitmaakte aan welk schema werd getoetst. Zie uitgebreid over het verschil tussen de twee typen getuigen in de rechtspraak van het EHRM (en de Hoge Raad), waaronder ook moeilijke gevallen (waarin getuigen belastend en ontlastend kunnen verklaren), gevallen waarin het Hof met vermenging of combinaties van stappen in de twee schema’s toetst alsmede over verschillende typen getuigen in verband met het onderscheid belastend en ontlastend, De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 1-17. Zie ook de dissenting opinion van rechter Pinto de Albuquerque bij Murtazaliyeva, par. 6-12.

goede reden eis, de SDE-regel, en de eis van compenserende waarborgen die bij de belastende worden gesteld kunnen allen ook werkzaam zijn binnen de motiveringsplichten voor de rechter en de algehele eerlijkheidstoets bij de ontlastende. De verdedigingsadstructieplichten pakken voor de verdediging daarentegen vooral niet strikt uit,²³² terwijl de rechter in alle gevallen ook zelfstandig verplicht blijft de relevantie van een verklaring te beoordelen.²³³ Voor zover het gaat om (objectief, potentieel) *relevante* ontlastende getuigen valt daarmee zeker niet te zeggen dat de aanspraak daarop zwakker is. Dat is ook terecht: in veel gevallen zal ondervraging van een ontlastende getuige belangrijker en effectiever zijn dan die van een belastende. Omdat het onderscheid wel bestaat en het moeilijk kan zijn getuigen op deze wijze in te delen,²³⁴ is nuttig dat recent, in *Škoberne*, een handzame formule is ingevoerd voor moeilijke gevallen. Verzoeker in deze zaak had getuigen wisselend als belastend en ontlastend geduid. Om vast te stellen op welke type zijn klacht ‘in substance’ zag, gebruikte het Hof als criterium de ‘reasons adduced for his request.’ Verzoeker’s *doel* was ontlastend (om vast te stellen dat de medeverdachte getuigen alleen hadden gehandeld) en de getuigen daarmee ook.²³⁵

Bepaalde getuigen worden ook als vast (zeer) belangrijk opgevat. Het heeft invloed op de algehele eerlijkheid, wanneer een verzoek (aanvankelijk) is gehonoreerd, en/of de aanklager zich daartegen niet heeft verzet (dan wel een verzoek heeft ondersteund), maar nadien wordt verworpen.²³⁶ Voorts is het Hof strikt waar het gaat om getuigen die als ‘principale actor’ betrokken zijn geweest bij het delict,²³⁷ bij ooggetuigen,²³⁸ en ‘identificatie’²³⁹ en ‘alibi’ getuigen, die ‘*prima facie* relevant’ zijn.²⁴⁰ Voorts kunnen getuigen ook bijzonder belangrijk zijn vanwege de rol die zij kunnen spelen bij bijzondere kwesties omtrent de feiten en, als gezegd, kwalificatie. Zo speelde in *Vasaráb en Paulus* (bij ontlastende getuigen), een doorslaggevende rol dat de getuigen konden verklaren over een ander persoon die ook een motief zou hebben om het slachtoffer te willen doden, omdat (de aanwezigheid van) een motief *een essentieel element*

232 Als ondergrens wordt gesteld dat een verzoek niet ‘vexatious’ is. Zie EHRM 13 januari 2022, 44888/16, par. 50 (*Pertaia/Georgië*).

233 EHRM 13 januari 2022, 44888/16, par. 47-52 (*Pertaia/Georgië*). Zie ook EHRM 6 september 2022, 27402/16, par. 15-19 (*V.P./De Republiek Moldavië*).

234 Ook het Hof kan daar moeite mee hebben, zie EHRM 9 maart 2021, 47050/16, par. 20-26 (*Kravtsov/Rusland*). Zie over de overwegingen om een onderscheid op dit punt in te voeren in de wet (waar niet voor gekozen is, omdat dit niet passend zou zijn in het nationaal stelsel), *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT) Memorie van Toelichting, Modernisering, p. 914.

235 EHRM 15 februari 2024, 19920/20, par. 98 en 107, (*Škoberne/Slovenië*). De variabiliteit, ook in feiten, blijft echter belangrijk; in deze zaak was het moeilijk te bepalen of gebruik was gemaakt van de verklaringen van de medeverdachten, EHRM 15 februari 2024, 19920/20, par. 98 en 107, (*Škoberne/Slovenië*). Zie ook De Graaf 2022 (*supra* noot 5), p. 6 en 10 en 11 over de nuttigheid van een dergelijk doelcriterium.

236 EHRM 28 juni 2011, 20197/03, par.133 (*Miminoshvili/Rusland*); Zie ook EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 7 (*Keskin/Nederland*), waarin de A-G akkoord was met de getuigenverzoeken.

237 EHRM 29 augustus 2024, 59464/21 en 13079/22, par. 102 (*Khachapuridze en Khachidze/Georgië*). Zie ook EHRM 15 februari 2024, 19920/20, par. 109, (*Škoberne/Slovenië*), waar het Hof oordeelde dat de ondervraging van twee medeverdachten, belangrijk zou zijn geweest omdat zij als enige de juistheid van het door verzoeker gestelde omtrent de gebeurtenissen konden bevestigen of ontkennen.

238 Zie EHRM 12 april 2021, 34313/06, par. 38-39 (*Olga Kudrina/Rusland*).

239 EHRM 16 maart 2021, 53848/07, par. 55 (*Fikret Karahan/Turkije*) en EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 68 (*Keskin/Nederland*).

240 EHRM 18 december 2018, 36658/05, par. 143 (*Murtazaliyeva/Rusland*); EHRM 17 januari 2019, 49284/09, par. 28 (*Bregvadze/Georgie*) en EHRM 11 juli 2023, 70455/10, par. 11 en 14-15 (*Yzeiraj/Albanie*). Zie ook EHRM 28 juni 2011, (*Miminoshvili/Rusland* no.2), 20197/03, par. 131.

van de tenlastelegging betrof.²⁴¹ In *Keskin* was ook een belangrijke factor dat verzoeker niet enkel betwiste dat hij onjuist geïdentificeerd was door de getuigen, maar dat hij met ondervraging ook wilde aantonen dat hij niet de *feitelijk leidinggever* van de door de rechtspersoon begane strafbare feiten kon zijn (hij stelde daar als stagiaire werkzaam te zijn geweest). Het Hof is er niet zeer duidelijk over, maar verwijst wel naar het gegeven dat feitelijk leiding geven diende te worden bewezen en dat geen van de (zeven) verklaringen afzonderlijk bezien een bewezenverklaring dat verzoeker ‘in *de facto* control’ zou zijn geweest van de door de rechtspersoon begane fraude konden ondersteunen.²⁴² Getuigen die daarover inzichten kunnen verschaffen kunnen aldus in verband met complexe juridische materiële aansprakelijkheidsvoorwaarden ook zeer belangrijk zijn.

4 Uitleiding

Niet alle eerlijk procesrechten worden door het algehele eerlijkhedenconcept geregeerd, maar veel (steeds meer) wel. Rechter Pinto de Albuquerque ziet daarin een ‘corrosive’ effect en, zelfs waar het Hof, zoals in de context van het recht op rechtsbijstand, in nadere toetsingsfactoren voorziet, ‘a map of the size of the territory: apparently accurate, but in reality useless in terms of providing any guidance’.²⁴³ Nogmaals, de kritiek is terecht: de algehele eerlijkheid, en ook overigens de interpretatieve mechaniek van artikel 6 EVRM, zijn ontegensprekelijk ingewikkeld. Onder andere voor het getuigenrecht heeft dit vergaande implicaties.

In de afwezigheid van een uitdrukkelijke beperkingsclausule bij dit complexe recht²⁴⁴ is het Hof echter genoodzaakt voor een bepaalde methodologie te kiezen,²⁴⁵ een bruikbaar alternatief is niet snel voorhanden. Het strafproces laat zich nu eenmaal niet enkel via harde *bright lines* regels voeren. Daarbij komt dat de verwachtingen omtrent wat Straatsburg kan bieden aan duidelijkheid ook dienen te worden getemperd. Het Hof heeft enerzijds te maken met politieke en institutionele werkelijkheden, een zware *case load*²⁴⁶ en opereert in een landschap van grote strafvorderlijke heterogeniteit.²⁴⁷ Dat laatste roept het Hof ook uitdrukkelijk in als beweegreden voor het algehele eerlijkhedenconcept, in de zin dat de ‘nadruk’ op algehele eerlijkheid aansluit bij de rol van het Hof, dat onder niet is om de verschillende systemen te ‘harmoniseren’.²⁴⁸ Het EHRM handelt aldus ook uit noodzaak in diffuusheid en flexibiliteit en, daarmee samenhangend, in minima.

241 EHRM 15 december 2022, 28081/19 en 29664/19, par. 58 (*Vasaráb en Paulus/Slowakije*).

242 EHRM 19 januari 2021, 2205/16, par. 64 (*Keskin/Nederland*).

243 *Dissenting opinion* van rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva*, par. 71 en 53, met zijn verwijzing daarbij naar de factoren die de Grote Kamer heeft ingevoerd in die context van het recht op rechtsbijstand in EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, par. 274 (*Ibrahim e.a./Het Verenigd Koninkrijk*).

244 Dat geldt buiten bij het recht op een openbare zitting in het eerste lid. Zie over de complexiteit van artikel 6 EVRM in het licht van hoe beperkingen van daarin vervatte rechten dienen te worden beoordeeld, alsmede de verschillende door hem gesignaleerde benaderingen die het Hof in dat verband benut, Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 115-204.

245 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 410; Goss 2023 (*supra* noot 2), p. 12 en Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 115.

246 Zie ook Goss 2014 (*supra* noot 3), p. 3-4 en 35-36.

247 Zie ook Samartzis 2021 (*supra* noot 2), p. 432; Trechsel 2018 (*supra* noot 2), p. 24 en De Werd 2021 (*supra* noot 3), p. 5.

248 EHRM 12 maart 2020, 53791/11, par. 56 (*Chernika/Oekraïne*).

Omdat het nu eenmaal verplicht is de eigen kaders ook zelf toe te passen, is ook enig begrip aan de orde waar het Hof, als internationaal mensenrechtengerecht, niet steeds tot consistente (of juiste), uitkomsten komt, steeds aan de zijde van de sterkst mogelijke bescherming. Bij kennisneming van de rechtspraak dient de focus dan ook niet te liggen op uitkomsten in individuele gevallen, maar bij de algemene patronen en regels die geleidelijk in de casuïstische rechtspraak worden gevormd. De nationale strafrechter (maar ook wetgever, openbaar ministerie en verdediging), zijn daarentegen wel in staat om te concretiseren, toegespitst op het eigen systeem, aan de hand van de handvatten die het Hof wel biedt. Die zijn ook vooral te vinden wanneer de rechtspraak niet enkel gelezen, maar ook gedecodeerd wordt. Het Hof zendt soms inderdaad uit in 'subtiele hints',²⁴⁹ de werking van interpretatieve regels en variabelen is echter vaak ook helder.

Het belang van het absolute recht op eerlijkheid brengt met zich mee dat actoren op nationaal niveau eigen *goodwill* dienen te kweken en blijven handhaven, om het getuigenrecht en de algehele eerlijkheid zo royaal mogelijk te laten verwezenlijken, in plaats van legitimerende ruimte voor beperkingen te zoeken. Uitgangspunt dient steeds te zijn dat de Straatsburgse getuigenrecht-spraak ziet op *minima*. Dat gaat verder dan een banale vaststelling: het brengt met zich mee dat het getuigenregime ziet op ondergrenzen, zodat vooral weinig marge is voor afwijkingen. Ook al stelt het Hof verschillen tussen nationale systemen en procedures in acht te nemen,²⁵⁰ dat leidt niet aantoonbaar tot ruimte voor deviatie. De gestrande poging van de Britse overheid verlof te krijgen voor afwijking op basis van eigenaardigheden van het nationaal stelsel in *Al Khawaja en Tahery* blijft illustratief. De Grote Kamer wenkte wel, maar gaf niet toe: 'ultimately' dient het Hof 'the same standard of review under Article 6 §§ 1 and 3 sub (d)' toe te passen, 'irrespective of the legal system from which a case emanates'.²⁵¹

Voor afwijking is weinig ruimte bij het getuigenrecht, dat onderstreept het belang ervan. Voor zover lidstaten ernaar streven het Hof ervan te overtuigen akkoord te gaan met eigen benaderingen (zoals wel systematisch buiten de zitting horen), dienen daarvoor sterke gronden aan te worden gedragen die tonen dat er wel sprake is van functioneel equivalente bescherming. Ook dient bij het Hof dan aangetoond te kunnen worden dat reeds op nationaal niveau zorgvuldige besluitvorming heeft plaatsgevonden – door de rechter en/of de (moderniserings)wetgever – ter zake.²⁵² Het Hof heeft niet de mogelijkheid integraal zicht te houden op de wijze waarop de Straatsburgse rechtspraak uitgevoerd wordt op het nationaal niveau, vooral niet om diepe inzichten te vormen of in bepaalde systemen een te zwakke benadering de overhand heeft gekregen. Als gezegd, een gedegen onderbouwde klacht, gericht op algemene systeemproblematiek in Nederland, zou vergaande implicaties kunnen hebben. Alle aanleiding is er bij de modernisering te reflecteren op het getuigenrecht, zo ook andere vergelijkbare verdedigingsrechten, maar ook breder, op de betekenis en het belang van algehele eerlijkheid.

249 Mevis 2021 (*supra* noot 17), p. 2-3.

250 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 130 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

251 EHRM 15 december 2011, 26766/05 en 22228/06, par. 130 (*Al Khawaja en Tahery/Het Verenigd Koninkrijk*).

252 De meerwaarde daarvan is gelegen in de bereidwilligheid van het EHRM (meer) ruimte te laten voor nationale keuzes wanneer deze gegrond zijn in dergelijke zorgvuldige besluitvorming. Zie in dat verband J. Gerards, 'Procedural Review by the ECtHR – A Typology', In: J. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural Review in European Fundamental Human Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 127-160. Zie in dit verband ook Timmerman 2023 (*supra* noot 260, p. 854-855 en 857).

DE ARUBAANSE LANDSVERORDENING NORMERING TOPINKOMENS EN HET RECHT OP EIGENDOM

Elgin Zeppenfeldt *

Samenvatting | Deze bijdrage onderzoekt of de in Aruba bij formele wet geïntroduceerde bezoldigingsmaximum voor topfunctionarissen, verenigbaar is met het recht op eigendom zoals vastgelegd in artikel 1.19 van de Staatsregeling van Aruba en in artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM. De daarbij gehanteerde methode volgt grotendeels de systematiek die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft ontwikkeld bij het beoordelen van klachten over schendingen van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Het artikel concludeert dat het bezoldigingsmaximum is voorzien van een juiste wettelijke grondslag en dat het doel van de maatregel in het algemeen belang is, doch dat de proportionaliteit ervan twijfelachtig is.

Trefwoorden | [recht op eigendom], [1 EP EVRM], [1.19 Staatregeling], [proportionaliteit], [constitutionele toetsing], [Aruba]

DOI | 10.54195/NTM.23674

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

In 2022 heeft Aruba de Landsverordening normering topinkomens¹ (LNT) ingevoerd als versoberingsmaatregel ter bestrijding van de door de COVID-pandemie veroorzaakte precaire financiële situatie van de overheid. In de LNT is kort gezegd een bezoldigingsmaximum, gelijk aan 130% van de compensatie van de minister-president van Aruba, vastgesteld voor topfunctionarissen van entiteiten, zoals bijvoorbeeld publiekrechtelijke rechtspersonen waaronder de Centrale Bank van Aruba, overheids-nv's zoals Aruba Airport Authority NV (de luchthaven) en stichtingen waarvan de Arubaanse regering het recht heeft om één of meer leden te benoemen in de raad van toezicht, zoals het Algemeen Pensioenfonds Aruba.

Topfunctionarissen op wie het bezoldigingsmaximum van toepassing is ervaren van rechtswege een verlaging in hun loon. Na invoering van de LNT verhoogde de overheid echter de salarissen van ambtenaren met 11,7% en verlaagde zij de inkomstenbelasting voor een groot aantal burgers. Dit zijn maar twee van meerdere soortgelijke maatregelen die de overheid sindsdien heeft genomen die de noodzaak van de LNT als versoberingsmaatregel ter bestrijding van de precaire financiële situatie van de overheid, in twijfel trekken. De aanvaardbaarheid van het bezoldigingsmaximum is dan ook een actueel en klemmend onderwerp in Aruba. Er lopen

■ Mr. E.R. Zeppenfeldt is *general counsel* bij een entiteit die op de bijlage staat van de LNT en is in de periode 2000-2022 advocaat geweest bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba Curaçao Sint Maarten en van Bonaire Sint Eustatius en Saba. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. Mr. Zeppenfeldt verklaart geen persoonlijk belang te hebben bij de in dit artikel bereikte conclusies, reeds omdat zijn dienstverband ruim na inwerkingtreding van de LNT is afgelopen. Hij dankt Gregory Thiel en Gerhard Hoogers voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 AB 2022 no. 91.

momenteel meerdere juridische procedures die zijn aangespannen door burgers die in hun belangen zijn getroffen door implementatie van het bezoldigingsmaximum.

Dit artikel beoogt de vraag te beantwoorden of en in hoeverre het bezoldigingsmaximum voor topfunctionarissen vervat in de LNT, verenigbaar is met het recht op eigendom zoals vastgelegd in artikel I.19 Staatsregeling van Aruba² (Staatsregeling) en in artikel 1 Eerste Protocol EVRM.³ De onderzoeksvraag is evaluerend van aard en is nog niet eerder onderzocht in de literatuur.

De ter beantwoording van de onderzoeksvraag gehanteerde methode volgt in grote lijnen de systematiek die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft ontwikkeld bij het beoordelen van klachten over schendingen van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De vraag of de LNT een beperking vormt van het recht op eigendom, alsook de wettelijke grondslag, de doelvoorschriften en de proportionaliteitsvereiste, worden in dit artikel ruim behandeld.

Het artikel is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 bevat een beknopte weergave van enkele aspecten van de LNT. In paragraaf 3 sta ik stil bij de vraag of de LNT een inbreuk maakt op rechten die beschermd zijn onder artikel I.19 Staatsregeling en onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Paragraaf 4 behandelt de vraag of een eventuele beperking van de meergenoemde bepalingen voorzien is van een toereikende wettelijke grondslag en of voldaan is aan de toepasselijke doelvoorschriften. In paragraaf 5 komt het proportionaliteitsvereiste aan bod. Paragraaf 6 bevat conclusies en beoogt de onderzoeksvraag te beantwoorden.

Hoewel dit artikel de Curaçaose LNT en de Sint Maartense LNT niet behandelt, kunnen bepaalde onderdelen van het onderzoek ook relevant zijn voor de juridische discussie rondom deze landsverordeningen. Dit wegens de gelijkenissen met de Arubaanse LNT, waaronder ook de totstandkomingsgeschiedenis. Daarbij zij erop gewezen dat (relevante) lokale omstandigheden op Aruba, Curaçao en Sint Maarten aanzienlijk van elkaar kunnen verschillen, hetgeen implicaties kan hebben met name voor het in paragraaf 5 behandelde proportionaliteitsvereiste.

De termen bezoldiging, salaris en loon, hebben in dit artikel allemaal dezelfde betekenis. Verder zijn bedragen in Arubaanse florin tevens weergegeven in euro's, waarbij is uitgegaan van de wisselkoers daterend van 29 mei 2025 van 0,49 euro per Arubaanse florin.

2 De Landsverordening normering topinkomens

2.1 Totstandkomingsgeschiedenis en doel

² AB 1987 GT 1.

³ In GiEA Aruba 28 augustus 2024, ECLI:NL:OGEAA:2024:182 is het gerecht niet aan toe gekomen aan het door Stichting Algemeen Pensioenfonds Aruba gedane beroep op het recht op eigendom, terwijl in GiEA Curaçao 14 juni 2023, ECLI:NL:OGEAC:2023:146, par. 4.20-4.21 en in GiEA Curaçao 19 februari 2025, ECLI:NL/OGEAC:2025:45, par. 4.13-4.15, het gerecht een onvoldoende onderbouwd beroep op het recht op eigendom heeft afgewezen. In GiEA Aruba 2 april 2025, AUA202403145 AR, heeft het gerecht op vordering van Stichting Ziekenverpleging Aruba en haar directieleden, onder meer voor recht verklaard dat de LNT in strijd is met artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Deze uitspraak blijft in dit artikel echter buiten beschouwing omdat het Land (kennelijk per abuis) geen verweer heeft gevoerd, als gevolg waarvan de stellingen van de eisende partijen als vaststaand zijn aangenomen door het gerecht.

De tekst van de LNT is in grote lijnen geïnspireerd door de Nederlandse Wet normering topinkomens (WNT), die kort gezegd is ingevoerd om excessieve salarissen in de semipublieke sector te voorkomen. Echter, anders dan de WNT⁴ is de LNT een versoberingsmaatregel gericht op het beheersen van begrotingstekorten.⁵

De LNT is een wet in formele zin en is dus vastgesteld door de Arubaanse regering en de Arubaanse Staten gezamenlijk.⁶ De LNT werd ingevoerd als gevolg van de precaire financiële situatie van de regering, die veroorzaakt was door de COVID-pandemie.⁷ De invoering van de LNT, een uitdrukkelijke versoberingsexercitie, was een van de maatregelen vastgelegd in de tussen Aruba en de Koninkrijksregering geaccordeerde landspakket, die tot doel had het versterken van de financiële weerbaarheid van Aruba.⁸ De LNT dient dus het belang van de landsbegroting. Dit laatste volgt ook uit de memorie van toelichting op de LNT. Daaruit volgt dat de invoering van de LNT gerechtvaardigd is, doordat hoge salarissen in de (semi)publieke sector een negatief effect hebben op de beschikbare financiële middelen van de overheid en dat de financiële situatie van de overheid als gevolg van de COVID-pandemie het maximaliseren van de topinkomens in de (semi)publieke sector noodzakelijk heeft gemaakt.⁹ Ook de keuze om bij het vaststellen van de hoogte van de bezoldigingsnorm rekening te houden met een forfaitair bedrag aan pensioenbijdrage, in plaats van met de actuarieel berekende (fictieve) pensioenbijdrage ten behoeve van de minister-president die circa vijf keer hoger ligt dan het eerstgenoemde bedrag,¹⁰ alsmede de hierna in paragraaf 5.8 behandelde keuze voor een wat kortere overgangsperiode,¹¹ tonen aan dat de LNT de landsbegroting dient. Immers waren het doel van de LNT als versoberingsmaatregel en de precaire financiële situatie van de overheid, zwaarwegende overwegingen bij de besluitvorming.

De Raad van Advies, die vergelijkbaar is met de Afdeling advisering van de Raad van State, stelde echter de vraag of is onderzocht of de problematiek van bovenmatige salarissen van topfunctionarissen daadwerkelijk ook in Aruba speelde.¹² Uit de memorie van toelichting volgt immers niet (en overigens ook niet uit het nader rapport), dat ter voorbereiding van de LNT een onderzoek is verricht naar de compensaties die gebruikelijk zijn bij vergelijkbare functies (in de verschillende relevante sectoren) op de arbeidsmarkt en ook niet of het salaris van de minister-president de juiste maatstaf¹³ is voor het stellen van een bezoldigingsnorm voor Aruba. Voor zover mij bekend is een dergelijk onderzoek tot op heden niet uitgevoerd.

4 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 1-2.

5 Memorie van toelichting Landsverordening normering topinkomens, Staten van Aruba 2021-2022-964, no. 3, <https://statenvanaruba.ibabs.org/>, p. 2 en 10.

6 Artikel V.1 Staatsregeling; zie ook Arjen van Rijn, *Handboek Caribisch Staatsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 556.

7 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 2.

8 Brief Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 26 maart 2021 (*Kamerstukken II* 2020/21, 35420, nr. 245).

9 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 2.

10 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 9-10.

11 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 18.

12 Brief 6 januari 2021 van de Raad van Advies inzake Ontwerp-landsverordening houdende regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector (Landsverordening normering topinkomens), Staten van Aruba 2021-2022-964, Bijlage -A, beschikbaar via <https://statenvanaruba.ibabs.org/>, p. 4.

13 Raad van Advies 2021 (*supra* noot 12), p. 8 en 12-13.

2.3 Het bezoldigingsmaximum

De LNT stelt in artikel 9 vast, dat de bezoldiging van topfunctionarissen bij entiteiten waarop de LNT van toepassing is, maximaal Afl. 329.000 (€ 161.210) per kalenderjaar mag bedragen. In deze bijdrage wordt dit verder aangeduid als de bezoldigingsnorm. Dit bedrag is effectief lager dan het op het eerste gezicht lijkt, omdat onder meer het werkgeversdeel van zowel sociale premies als pensioenlasten, zijn inbegrepen in de maximale bezoldiging van Afl. 329.000 (€ 161.210) per jaar.¹⁴ Het bedrag van de bezoldigingsnorm was zoals al eerder op gewezen, niet het resultaat van een *benchmarking* met vergelijkbare functies op de arbeidsmarkt.¹⁵ De bezoldigingsnorm is namelijk gebaseerd op de bezoldiging van de minister-president van Aruba. De bezoldigingsnorm is immers gelijk aan 130% van de compensatie van de minister-president en is gegrond op het aan de minister-president uitbetaalde (1) salaris en vakantiegeld, (2) onkostenvergoedingen en (3) een forfaitair¹⁶ bedrag aan werkgeversbijdrage aan de pensioenpremie.¹⁷ De bezoldigingsnorm is evenwel veel lager dan het bedrag van Afl. 410.169 (€ 200.982) of Afl. 501.821 (€ 245.892) per jaar, dat de Commissie Corporate Governance van de overheid adviseerde om te hanteren als bezoldigingsnorm.¹⁸ De bezoldigingsnorm is verder ingevoerd met inachtneming van een overgangperiode. De overgangperiode wordt nader behandeld in paragraaf 5.8.

2.4 Sectorale reikwijdte

De LNT is volgens artikel 2 van toepassing op de overheid zelf (doch slechts voor zover geen andere wettelijke regeling een bepaalde bezoldiging voorschrijft), op rechtspersonen die bij landsverordening zijn ingesteld en op bepaalde privaatrechtelijke rechtspersonen. Het gaat in het laatste geval in principe om vennootschappen waarvan de aandelen in handen zijn van de overheid, om rechtspersonen waarvan de overheid één of meer bestuurders of leden van de het toezichthoudende orgaan benoemt en om entiteiten die voor meer dan 50% door de overheid zijn gesubsidieerd.¹⁹

14 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 15 in samenhang met p. 13.

15 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 3-4 en 7-11; Brief 27 oktober 2021 van de Minister van Justitie, Veiligheid en Integratie (Nader rapport LNT), Staten van Aruba 2021-2022-964, Bijlage B, beschikbaar via <https://statenvanaruba.ibabs.org/>, p. 3-5; zie ook Frank Kunneman, 'Tik', *Antilliaans Dagblad* 1 september 2024, beschikbaar via <https://antilliaansdagblad.com/>.

16 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 8-11: de forfaitaire pensioenbijdrage is vastgesteld op Afl. 30.000 (€14.700) per jaar, hoewel de (fictieve) pensioenbijdrage ten behoeve van de minister-president actuair is berekend op Afl. 171.073 (€83.826) per jaar.

17 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 7; het wetsontwerp ging uit van het tijdelijk versoberde salaris van de minister-president (zie Memorie van toelichting LNT [*supra* noot 5], p. 7-8 en p. 45-46), doch de door de Staten goedgekeurde tekst gaat kennelijk uit van het gebruikelijke (en dus niet tijdelijk versoberde) salaris van de minister-president.

18 Raad van Advies 2021 (*supra* noot 12), p. 8: de door de Commissie Corporate Governance voorgestelde norm van Afl. 410.169 (€200.983) per jaar ging kennelijk uit van de versoberde bezoldiging van de minister-president en de voorgestelde norm van Afl. 501.821 (€245.892) per jaar van de reguliere (en dus niet versoberde) bezoldiging. Zie in dit kader ook Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 9.

19 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 6 en 26.

2.5 Personele reikwijdte

De bezoldigingsnorm is verder slechts van toepassing op topfunctionarissen. De definitie van topfunctionaris onder artikel 1 LNT is volgens de memorie van toelichting beperkt tot de hoogste leidinggevendenden, zoals leden van de raad van bestuur, leden van de raad van commissarissen, leden van de raad van toezicht, vergelijkbare functionarissen en bepaalde consultants.²⁰ Topfunctionaris in de zin van de LNT is dus kort gezegd ‘het hoogste managementniveau van een instelling’ (waaronder ook begrepen de leden van interne toezichthoudende organen) en bepaalde consultants.²¹ Bij de consultants gaat het in principe om dienstverleners die in feite verkapte dienstverbanden hebben met de overheid, bijvoorbeeld doordat zij feitelijk deel uitmaken van de reguliere staf van een minister, zij de overheid nagenoeg als enige klant hebben of zij bijna niet te onderscheiden zijn van het reguliere personeel van de overheid, en om dienstverleners die verkapte bestuurders, commissarissen of toezichthouders zijn van entiteiten die vallen onder de werking van de LNT.²² Uit de parlementaire stukken blijkt in ieder geval niet dat de vergoedingen van consultants en die van de leden van de toezichthoudende organen excessief zouden zijn. Integendeel, de parlementaire stukken wekken de indruk dat het met name gaat om normering van de kennelijk als excessief beschouwde beloning van directieleden.²³

De LNT heeft verder uitdrukkelijk geen betrekking op werknemers die geen topfunctionarissen zijn.²⁴ De term topfunctionaris leent zich mijns inziens niet voor een ruime interpretatie, omdat het aanmerken van iemand als topfunctionaris vergaande financiële consequenties kan hebben, maar ook wegens de grondrechtelijke kwesties die dan spelen. Bovendien is voor een ruime interpretatie geen basis te vinden in de parlementaire stukken.

3 Het recht op eigendom

3.1 De reikwijdte van het recht op eigendom

Het recht op eigendom is beschermd in artikel I.19 Staatsregeling en in artikel 1 Eerste Protocol EVRM en is dus een grondrecht en een mensenrecht. De reikwijdte van de uit de voormelde bepalingen voortvloeiende rechten zal in het hiernavolgende gezamenlijk worden behandeld, nu het uit de Staatsregeling voortvloeiende recht op eigendom in principe verdragsconform kan worden uitgelegd.²⁵ Dit omdat artikel I.19 Staatsregeling kennelijk is gebaseerd op artikel 1 Eerste Protocol EVRM.²⁶ Dit staat bekend als de harmoniserende interpretatie van grondrechten.

20 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 5, 7 en 23.

21 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 7.

22 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 23-24; Nader rapport LNT (*supra* noot 15), p. 17-18.

23 Uit navraag blijkt dat de salarissen opgenomen op de navolgende lijsten betrekking hebben op directieleden: Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 3-4 en Nader rapport LNT (*supra* noot 15), p. 4-5.

24 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 3 en 5.

25 Gemeenschappelijk Hof 6 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:135, r.o. 2.33 (het beroep in cassatie is verworpen in HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:977), waarbij het Gemeenschappelijk Hof zelf verwijst naar Constitutioneel Hof van Sint Maarten 8 november 2013, ECLI:NL:OCHM:2013:2, r.o. 2.3.5; zie ook Raad van Advies 2021 (*supra* noot 12), p. 10; zie ook Van Rijn 2019, (*supra* noot 6), p. 326.

26 Memorie van toelichting Staatsregeling, in: P. Pronk, *Basisregelingen uit het Arubaanse Staats- en bestuursrecht deel I*, Aruba 2014, p. 112.

Het recht op eigendom wordt tamelijk ruim opgevat en omvat niet alleen fysieke goederen maar ook rechten, vorderingen en belangen.²⁷ Er is ook sprake van een inbreuk op het recht op eigendom wanneer de overheid het recht op eigendom niet direct aantast, maar wel het recht om het eigendom naar eigen goeddunken te gebruiken verhindert.²⁸ Met andere woorden wordt het 'ongestoord genot' van eigendom beschermd onder dit recht. Het begrip 'ongestoord genot' dient volgens de memorie van toelichting op de Staatsregeling, ook ruim te worden uitgelegd.²⁹ Het recht op eigendom biedt volgens het EHRM rechten die *practical and effective* zijn en niet rechten die *theoretical and illusory* zijn.³⁰ Voor het aannemen van een beperking van het recht op eigendom, is niet vereist dat er sprake is van eigendom in de zin van het Burgerlijk Wetboek ('BW').³¹ Genoeg is dat er sprake is van *possessions* die als *assets* gekwalificeerd kunnen worden.³² Er moet in principe wel sprake zijn van *existing possessions*,³³ hoewel een *legitimate expectation* om een *asset* te verkrijgen ook bescherming geniet.³⁴ Uit de rechtspraak van het EHRM, die door Elzinga, De Lange & Hoogers is getypeerd als 'eens gegeven blijft gegeven',³⁵ volgt onder meer dat vorderingen,³⁶ bepaalde vergunningen waarvan de intrekking leidt tot staking van bedrijfsactiviteiten, zoals zendvergunningen³⁷ bankvergunningen³⁸ en frequentievergunningen,³⁹ toekomstige inkomsten voor zover die *earned of definitely payable* zijn,⁴⁰ klantenkringen,⁴¹ IE-rechten,⁴² huur- of gebruiksovereenkomsten⁴³ en sociale zekerheidsrechten (zowel *contributory* als *non contributory*),⁴⁴ bescherming genieten onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

- 27 Van Rijn 2019 (*supra* noot 6), p. 399; Memorie van toelichting Staatsregeling (*supra* noot 26), p. 112; L.M. Huijbers, 'Het woonwagengebeide in Nederland vanuit mensenrechtelijk perspectief' *NTM/NJCM-Bull.* 2015, afl. 4, p. 402; J.A.M.A. Sluysmans & R.L. de Graaf, 'Ontwikkelingen in het eigendomsbegrip onder artikel 1 Eerste Protocol' *NTM/NJCM-Bull.* 2014, afl. 3, p. 258; D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Wolters-Kluwer 2014, p. 446-447.
- 28 Memorie van toelichting Staatsregeling (*supra* noot 26), p. 112.
- 29 Memorie van toelichting Staatsregeling (*supra* noot 26), p. 112.
- 30 EHRM 6 juli 2005, 65731/01 en 65900/01, par. 47 (*Stec en anderen/Verenigd Koninkrijk*); zie ook Sluysmans & De Graaff 2014 (*supra* noot 27), p. 261.
- 31 EHRM 13 december 2016, 53080/13, par. 73 (*Bélané Nagy/Hongarije*); EHRM 11 januari 2007, 73049/01, par. 63 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*); zie ook Sluysmans & De Graaff 2014 (*supra* noot 27), p. 258 en 271; zie ook Elzinga, De Lange & Hoogers 2014 (*supra* noot 27), p. 446.
- 32 EHRM 13 december 2016, 53080/13, par. 73 (*Bélané Nagy/Hongarije*); EHRM 11 januari 2007, 73049/01, par. 63 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*).
- 33 EHRM 13 december 2016, 53080/13, par. 74 (*Bélané Nagy/Hongarije*).
- 34 EHRM 7 maart 2023, 31390/18, par. 68 (*Petrescu en anderen/Roemenië*); EHRM 13 december 2016, 53080/13, par. 74 (*Bélané Nagy/Hongarije*).
- 35 Elzinga, De Lange & Hoogers 2014 (*supra* noot 27), p. 445.
- 36 EHRM 16 december 2021, 64795/19, par. 86 (*Grbac/Kroatië*).
- 37 EHRM 5 april 2022, 28470/12, par. 235 (*NIT S.R.L./Republiek Moldavië*).
- 38 EHRM 24 november 2005, 49429/99, par. 130 (*Capital Bank AD/Bulgarije*).
- 39 EHRM 7 juni 2012, 38433/09, par. 177 (*Centro Europa 7 S.R.L. en Di Stefano/Italië*).
- 40 EHRM 25 september 2018, 76639/11, par. 137 (*Denisov/Oekraïne*).
- 41 EHRM 13 maart 2012, 23780/08, par. 89 (*Malik/Verenigd Koninkrijk*).
- 42 EHRM 11 januari 2007, 73049/01, par. 72 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*).
- 43 EHRM 26 april 2011, 32521/05, par. 51-53 (*Di Marco/Italië*); EHRM 16 november 2004, 41673/98, par. 79 (*Bruncrona/Finland*); EHRM 24 juni 2003, 44277/98, par. 36 (*Stretch/Verenigd Koninkrijk*); zie ook Huijbers 2015 (*supra* noot 27), p. 402.
- 44 EHRM 11 oktober 2022, 78630/12, par. 54-55 (*Beeler/Zwitserland*); EHRM 6 juli 2005, 65731/01 en 65900/01, par. 53 (*Stec en anderen/Verenigd Koninkrijk*).

Belangrijk voor deze bijdrage is dat ook loon, volgens vaste rechtspraak van het EHRM, beschermd is onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM.⁴⁵

3.2 De bezoldigingsnorm en het recht op eigendom

Zoals al reeds vastgesteld is loon beschermd onder het recht op eigendom, terwijl de LNT bestaande contractuele loonaanspraken beperkt. Het is dus aannemelijk dat de bezoldigingsnorm zoals vastgesteld in de LNT een inbreuk maakt op het recht op eigendom van topfunctionarissen die een verlaging van hun loon (in de ruimste zin des woords) ervaren. Dit wordt ook in de parlementaire stukken erkend.⁴⁶ Voor alle duidelijkheid, personen die pas na inwerkingtreding van de LNT een topfunctionaris zijn geworden, worden door de bezoldigingsnorm niet getroffen in hun *existing possessions*, als gevolg waarvan er voor deze personen geen sprake is van enige inperking van het recht op eigendom.

Hoewel de vraag of ook de entiteiten die onder de werking van de LNT vallen een inbreuk op hun recht op eigendom ondervinden buiten de reikwijdte van dit artikel valt, is een bespreking van artikel 34 EVRM niettemin op zijn plaats. Daaruit volgt kort gezegd dat gouvernementele organisaties geen klachten kunnen indienen bij het EHRM. Hoewel artikel 34 EVRM een bepaling is van procedurele aard en dus strikt genomen niet de strekking heeft om de reikwijdte te bepalen van uit het EVRM voortvloeiende rechten, is in de literatuur het standpunt verdedigd dat artikel 34 EVRM niet is los te koppelen van de vraag wie rechten kan ontleen aan het EVRM.⁴⁷ Artikel 34 heeft tot doel om te voorkomen dat een verdragsstaat bij het EHRM als het ware tegen zichzelf procedeert.⁴⁸ Gouvernementele organisaties zijn volgens het EHRM 'centrale staatsorganen, maar ook [...] gedecentraliseerde autoriteiten die publieke taken uitoefenen, ongeacht hun mate van autonomie ten opzichte van de centrale organen'.⁴⁹ Hieronder vallen ook 'rechtspersonen die deelnemen aan de uitoefening van overheidsgezag of een openbare dienst verrichten onder toezicht van de overheid'.⁵⁰ Overheidsdeelnemingen worden in principe geacht niet-gouvernementele organisaties te zijn, indien zij hoofdzakelijk worden beheerst door het reguliere rechtspersonenrecht. Daarnaast dienen zij geen overheidsbevoegdheden te bezitten anders dan de bevoegdheden die voortvloeien uit het reguliere privaatrecht, en moeten zij voor wat betreft hun handelen onderworpen zijn aan de jurisdictie van de burgerlijke rechter, in tegenstelling tot de administratieve rechter.⁵¹ Volgens het EHRM is ook relevant of overheidsdeelnemingen commerciële activiteiten verrichtten en of zij een monopoliepositie hebben in een concurrerende markt.⁵²

45 EHRM 22 juni 2023, 61721/19, par. 82-85 (*Kubát en anderen/Tsjechië*); EHRM 15 oktober 2013, 66365/09, par. 91 (*Savickas en anderen/Litouwen*); EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, par. 32 (*Koufaki en Adedy/Griekenland*); EHRM 13 februari 2007, 75252/01, par. 52 (*Evaldsson en anderen/Zweden*); zie ook Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 17.

46 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 16-17; Raad van Advies 2021 (*supra* noot 12), p. 10-11.

47 L. Dopplinger, 'Legal persons as bearers of rights under the ECHR', *University of Vienna Law Review* (5) 2021, afl. 1, 2021, p. 10-11.

48 EHRM 13 december 2007, 40998/98, par. 81 (*Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Turkije*).

49 EHRM 23 september 2003, 53984/00, par. 26 (*Radio France en anderen/Frankrijk*).

50 EHRM 16 oktober 2018, (57691/09 en 19719/10), par. 23 (*JKP Vodovod Kraljevo/Servië*).

51 EHRM 18 november 2020, 54155/16, par. 62 (*Slovenië/Kroatië*).

52 EHRM 18 november 2020, 54155/16, par. 62 (*Slovenië/Kroatië*).

Ondanks dat het buiten het bereik van dit artikel valt om vast te stellen welke entiteiten die onder de LNT vallen niet-gouvernementele organisaties zijn in de zin van artikel 34 EVRM, is het mijns inziens aannemelijk dat meerdere van dergelijke entiteiten gekwalificeerd kunnen worden als niet-gouvernementele organisaties. Immers, het gaat niet zelden om verzelfstandigde en geprivatiseerde entiteiten die geen publieke bevoegdheden hebben, die rechtspersonen zijn in de zin van Boek 2 BW, die niet onderhevig zijn aan de jurisdictie van de administratieve rechter en die veelal een commercieel- of winstoogmerk hebben. Per geval zal moeten worden beoordeeld of sprake is van een niet-gouvernementele organisatie in de zin van artikel 34 EVRM. Los van het voormelde staat vast dat het recht op eigendom naar Arubaans recht ook beschermd is onder artikel I.19 Staatsregeling, terwijl de in de Staatsregeling opgenomen grondrechten in principe ook gelden voor rechtspersonen.⁵³ Hoewel een met artikel 34 EVRM vergelijkbare bepaling niet voorkomt in de Staatsregeling, ligt het ook hier niet voor de hand, dat entiteiten die belast zijn met overheidstaken zich jegens de overheid kunnen beroepen op grondrechten vervat in de Staatsregeling.

4 Bestaat er een toereikende wettelijke grondslag voor de beperking van het recht op eigendom?

4.1 Wettelijke grondslag

Het recht op eigendom is onder artikel I.19 Staatsregeling noch onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM absoluut. Het recht op eigendom kan worden beperkt. Hierbij is belangrijk dat krachtens artikel I.22 Staatsregeling, anders dan in Nederland het geval is, constitutionele toetsing van formele wetten aan de grondrechten opgenomen in hoofdstuk I van de Staatsregeling, in Aruba is toegestaan.

Volgens de tekst van artikel I.19 Staatsregeling dient enige beperking daarvan te geschieden ‘bij of krachtens landsverordening’. Op dit punt biedt de Staatsregeling meer bescherming dan het EVRM, omdat het EVRM voor beperkingen van het recht op eigendom, geen basis in een formele wet eist.⁵⁴ Voldoende is dat de norm *accessible, precise and foreseeable* is.⁵⁵

Het leidende beginsel bij de beperking van grondrechten beschermd in de Staatsregeling is dat de beperking (van een voor beperking vatbaar grondrecht) gebaseerd moet zijn op een in de Staatsregeling genoemde beperkingsclausule.⁵⁶ Dit brengt in principe met zich mee dat iedere beperking herleidbaar dient te zijn tot een wet in formele zin.⁵⁷ In dit kader staat vast dat de beperking van het recht op eigendom een basis heeft ‘bij of krachtens landsverordening’

53 Memorie van toelichting Staatsregeling (*supra* noot 26), p. 91.

54 EHRM 9 november 1999, 26449/95, par. 57 (*Špaček s.r.o./Tsjechië*); Van Rijn 2019 (*supra* noot 6), p. 399.

55 EHRM 11 december 2018, 36480/07, par. 95 (*Lekič/Slovenië*).

56 Memorie van toelichting Staatsregeling (*supra* noot 26), p. 92; zie ook *Kamerstukken II 19/1977*, 13872, nr. 7, p. 12; zie ook L.F.M. Verhey, ‘Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?’ *NJCM-Bulletin* 2003, afl. 3a, p. 219.

57 E.R. Zeppenfeldt, ‘Covid-19 en grondrechten in Aruba’ *NTM/NJCM-Bull.* (46) 2021, afl. 4, p. 446; Van Rijn 2019 (*supra* noot 6), p. 323; L.J.J. Rogier, *Beginselen van Caribisch Staatsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 93; Gerhard Hoogers & Frank de Vries, *Hoofdlijnen Arubaans Staatsrecht*, Zutphen: Walburg Pers 2002, p. 62; zie ook Elzinga, De Lange & Hoogers 2014 (*supra* noot 27), p. 281; zie ook Verhey 2003 (*supra* noot 56), p. 219.

en dus herleidbaar is tot een wet in formele zin. Immers, de meergenoemde beperking is verankerd in de LNT, terwijl de LNT een landsverordening – en dus een wet in formele zin – is.

Bovendien volgt uit de memorie van toelichting op de LNT dat de wetgever bewust was dat de LNT een beperking zou vormen van het recht op eigendom van de topfunctionarissen van de entiteiten.⁵⁸

4.2 Doelvoorschriften

Zowel artikel I.19 Staatsregeling als artikel 1 Eerste Protocol EVRM bevatten verder doelvoorschriften waaraan de beperking dient te voldoen. Het gaat in artikel I.19 Staatsregeling om het algemeen belang, terwijl artikel 1 Eerste Protocol EVRM kan worden beperkt in geval van een *legitimate public or general interest*.⁵⁹ Het gaat bij artikel 1 Eerste Protocol EVRM in feite dus ook om het algemeen belang. De overheid heeft in ieder geval een tamelijk ruime *margin of appreciation* wanneer het maatregelen betreft om publieke middelen te beschermen⁶⁰ en wanneer het maatregelen betreft die het gevolg zijn van een economische- en financiële crisis.⁶¹ Nu de LNT het gevolg is van de financiële crisis die het resultaat was van de COVID-pandemie, behoeft het geen verder betoog dat voldaan is aan de eis van aanwezigheid van een algemeen belang en/of dat er sprake is van een *legitimate public en general interest*.

5 De proportionaliteit van de inbreuk

5.1 Inleiding en juridisch kader

Slechts de vraag of de inbreuk op het recht op eigendom proportioneel is, dient dus nog te worden beantwoord. Noemenswaardig in dit verband is dat de Raad van Advies heeft aangegeven dat de toelichting bij het ontwerp-LNT te weinig inzicht gaf in de proportionaliteitstoets.⁶² Het nader rapport dat daarna volgde ging helaas niet verder inhoudelijk in op dat onderwerp.⁶³

In dit verband wil ik kort stilstaan bij de vraag of de proportionaliteitseis geldt onder artikel I.19 Staatsregeling of dat deze slechts geldt onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De Staatsregeling zwijgt op dit punt. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba Curaçao Sint Maarten en van Bonaire Sint Eustatius en Saba (nader te noemen Gemeenschappelijk Hof), heeft in een principiële uitspraak echter geoordeeld, dat toetsing aan de Staatsregeling in principe op dezelfde

58 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 16-18.

59 EHRM 11 december 2018, 36480/07, par. 105 (*Lekič/Slovenië*).

60 EHRM 2 juli 2013, 41838/11, par. 38, 46-48 en 50 (*R.Sz./Hongarije*); EHRM 14 mei 2013, 66529/11, par. 49, 57-59 en 61 (*N.K.M./ Hongarije*).

61 EHRM 1 september 2015, 13341/14, par. 37 (*Da Silva Carvalho Rico/Portugal*); EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, par. 37-39 (*Koufaki en Adedy/Griekenland*).

62 Raad van Advies 2021 (*supra* noot 12), p. 11.

63 Nader rapport LNT (*supra* noot 15), p. 13.

wijze moet geschieden als toetsing aan het EVRM.⁶⁴ Het Gemeenschappelijk Hof beroept zich hierbij op de in paragraaf 3.1 genoemde harmoniserende interpretatie van grondrechten en beoordeelt in de betreffende zaak ook de proportionaliteit van de maatregel. Met andere woorden: bij toetsing aan artikel I.19 Staatsregeling dient in principe de systematiek die het EHRM heeft ontwikkeld bij het beoordelen van klachten over schendingen van artikel 1 Eerste Protocol EVRM te worden gevolgd. De gevolgtrekking is dat de proportionaliteitseis ook geldt onder artikel 1.19 Staatsregeling, net zoals dat het geval is onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

Om te voldoen aan de proportionaliteitseis dient er kort gezegd sprake zijn van een *fair balance* tussen het algemeen belang dat gediend wordt met de inbreuk en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu.⁶⁵ Dat de overheid een ruime *margin of appreciation* heeft, maakt het voorgaande niet anders.⁶⁶ Er moet volgens het EHRM steeds sprake te zijn van redelijke proportionaliteit tussen de genomen maatregel en het daarmee beoogde doel.⁶⁷ Indien de betrokkene onevenredig zwaar is getroffen door de maatregel (de zogenoemde *individual and excessive burdens*), dan is er van een *fair balance* in principe geen sprake.⁶⁸

Bij de proportionaliteitstoets dient verder rekening te worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval.⁶⁹ Uit de rechtspraak van het EHRM in zaken over maatregelen die zijn genomen tegen de achtergrond van een economische- en financiële crisis, die volgens de klagers inbreuken maken op het recht op eigendom, volgt dat de navolgende omstandigheden vaak van belang zijn bij de proportionaliteitstoets:

- (1) of de maatregel het daarmee beoogde doel bereikt en dus meer concreet of de bezoldigingsnorm het belang van de landsbegroting dient;⁷⁰
- (2) of de maatregel de gehele bevolking treft of slechts een kleine groep;⁷¹
- (3) of de maatregel een tijdelijk- of definitief karakter heeft;⁷²
- (4) of adequate compensatie is verleend;⁷³

64 Gemeenschappelijk Hof 6 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:135, r.o. 2.33-2.34 en 2.39 (het beroep in cassatie is verworpen in HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:977).

65 EHRM 16 juli 2014, 60642/08, par. 108 (*Ališić en anderen/Bosnië en Herzegovina en anderen*).

66 EHRM 2 juli 2013, 41838/11, par. 50 (*R.Sz./Hongarije*); EHRM 14 mei 2013, 66529/11, par. 61 (*N.K.M./Hongarije*).

67 EHRM 22 juni 2004, 31443/96, par. 150 (*Broniowski/Polen*).

68 EHRM 24 november 2020, 75414/10, par. 79 (*Kurban/Turkije*); EHRM 16 juli 2014, 60642/08, par. 108 (*Ališić en anderen/Bosnië en Herzegovina en anderen*); Van Rijn 2019 (*supra* noot 6), p. 398.

69 EHRM 2 juli 2013, 41838/11, par. 51 (*R.Sz./Hongarije*).

70 EHRM 2 juli 2013, 41838/11, par. 52 en 60 (*R.Sz./Hongarije*); EHRM 14 mei 2013, 66529/11, par. 72 (*N.K.M./Hongarije*).

71 EHRM 14 mei 2013, 66529/11, par. 71-72 (*N.K.M./Hongarije*); EHRM 15 oktober 2013, 66365/09, par. 93 (*Savickas en anderen/Litouwen*); EHRM 2 juli 2013, 41838/11, par. 60 (*R.Sz./Hongarije*).

72 EHRM 1 september 2015, 13341/14, par. 45 (*Da Silva Carvalho Rico/Portugal*); EHRM 15 oktober 2013, 66365/09, par. 94 (*Savickas en anderen/Litouwen*); EHRM 8 oktober 2013, 62235/12 en 57725/12, par. 28 (*Da Conceição Mateus en Santos Januário/Portugal*).

73 EHRM 15 oktober 2013, 66365/09, par. 94 (*Savickas en anderen/Litouwen*); EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, par. 47 (*Koufaki en Adedy/Griekenland*); EHRM 9 februari 2023, 43932/19 en 43995/19, par. 63 (*Katona en Závorský/Slowakije*); EHRM 9 juni 2022, 22008/20, par. 54 (*Maria Azzopardi/Malta*); EHRM 19 januari 2017, 32377/12, par. 45 en 49 (*Werra Naturstein GmbH & Co KG/Duitsland*); EHRM 29 maart 2010, 34044/02, par. 91 (*Depalle/Frankrijk*).

- (5) persoonlijke omstandigheden waaronder de vraag of sprake is van goede trouw, en dus meer specifiek of de topfunctionarissen te goeder trouw arbeidsvoorwaarden hebben afgesproken;⁷⁴
- (6) of zij die door de maatregel zijn getroffen verantwoordelijk zijn voor het probleem dat de Staat met de maatregel beoogt op te lossen, en dus concreet of de betrokken topfunctionarissen verantwoordelijk zijn voor de financiële problemen van de overheid die zijn veroorzaakt door de COVID-pandemie;⁷⁵
- (7) of invoering van de maatregel gepaard is gegaan met een overgangperiode.⁷⁶

Deze opsomming is uiteraard niet limitatief, vanwege het veelomvattende karakter van de proportionaliteitstoets. Het zijn uiteindelijk de procespartijen die in concrete gevallen relevante omstandigheden moeten aanvoeren en aannemelijk maken.

5.2 Dient de bezoldigingsnorm het belang van de landsbegroting?

Zoals al eerder in deze bijdrage vastgesteld is de LNT ingevoerd als direct gevolg van de precaire financiële situatie van de overheid die het resultaat was van de COVID-pandemie. De invoering van de in de LNT vervatte bezoldigingsnorm wordt volgens de regering gerechtvaardigd door het feit dat hoge salarissen in de (semi)publieke sector een negatief effect hebben op de beschikbare financiële middelen van het Land. De in de LNT vervatte bezoldigingsnorm is dus kort gezegd een maatregel die het belang van de landsbegroting dient. Het effectueren van deze bezoldigingsnorm bereikt in zijn algemeenheid dat doel ook. Het is echter discutabel of de bezoldigingsnorm in alle gevallen het belang van de landsbegroting dient.

De overheid heeft immers geen enkel financieel voordeel bij het stellen van een bezoldigingsnorm toepasbaar op de topfunctionarissen van bijvoorbeeld een stichting zoals Algemeen Pensioenfonds Aruba. Immers, hoewel Algemeen Pensioenfonds Aruba heel vermogend is, en overigens ook geen subsidie ontvangt, genereert zij in principe geen inkomsten voor de overheid.⁷⁷ Voor zover nodig geef ik hier wellicht ten overvloede aan, dat de salarissen van Algemeen Pensioenfonds Aruba niet worden betaald door de overheid. Dit terwijl de topfunctionarissen van deze entiteit kennelijk wel financieel worden getroffen door de bezoldigingsnorm.⁷⁸ Er kan in zo een geval dus niet gezegd worden dat het stellen van de bezoldigingsnorm het belang van de landsbegroting dient. Dat de invoering van de LNT een door het Koninkrijk gestelde voorwaarde was voor liquiditeitssteun maakt dat niet anders, nu die voorwaarde tot doel had het versterken van de financiële weerbaarheid van Aruba en dus in de kern het belang van de landsbegroting dient, welk doel de bezoldigingsnorm zoals gezegd niet bereikt. Van

74 EHRM 2 juli 2013, 41838/11, par. 50, 57 en 61 (*R.Sz./Hongarije*); EHRM 14 mei 2013, 66529/11, par. 75 (*N.K.M./Hongarije*); EHRM 12 november 2013, 45092/07, par. 62 (*Pyramtiene/Litouwen*); EHRM 25 oktober 2012, 71243/01, par. 120 (*Vistiņš en Perepjolkins/Letland*).

75 EHRM 2 juli 2013, 41838/11, par. 48 (*R.Sz./Hongarije*); EHRM 14 mei 2013, 66529/11, par. 59 (*N.K.M./Hongarije*).

76 EHRM 14 mei 2013, 66529/11, par. 71 (*N.K.M./Hongarije*); EHRM 2 juli 2013, 41838/11, par. 59 (*R.Sz./Hongarije*).

77 Voor wat betreft stichtingen volgt uit de rechtspraak dat de overheid in principe geen aanspraak heeft op 'overreserves': GiEA Curaçao 24 april 2020, ECLI:NL:OGEAC:2020:109; Gemeenschappelijk Hof 4 juli 2023 en 23 januari 2024, ECLI:NL:OGHACMB:2023:112 en ECLI:NL:OGHACMB:2024:8.

78 GiEA Aruba 28 augustus 2024, ECLI:NL:OGEAA:2024:182 (*Stichting Algemeen Pensioenfonds Aruba/Het Land Aruba*).

een *fair balance* tussen het algemeen belang dat gediend wordt met de bezoldigingsnorm en de bescherming van de fundamentele rechten van de betreffende entiteit en haar topfunctionarissen, is er dus geen sprake. Hetzelfde geldt voor de andere vermogende stichtingen⁷⁹ – en mogelijk ook voor sommige openbare rechtspersonen – die voorkomen op de bijlage⁸⁰ bij de LNT.

Bij de overheids-nv's, die trouwens in Nederland niet vallen onder de werking van de WNT,⁸¹ is het evenwel anders, omdat de overheid in geval van winst in aanmerking kan komen voor dividenduitkeringen. Volgens de bijlage bij de LNT vallen 88 entiteiten onder de werking daarvan.⁸² Van deze 88 entiteiten is het volgens de parlementaire stukken waarschijnlijk dat de bezoldigingsnorm in slechts veertien entiteiten wordt bereikt of overschreden.⁸³ Het gaat vermoedelijk om de winstgevende overheids-nv's, vermogende stichtingen en vermogende openbare rechtspersonen. Ongeveer zeven van deze veertien entiteiten zijn naar mijn inschatting vermogende stichtingen en vermogende openbare rechtspersonen.⁸⁴ Het aantal overheids-nv's onder deze veertien entiteiten is na een simpele rekensom dus op ongeveer zeven te stellen, hetgeen grofweg overeenkomt met het aantal overheids-nv's waarvan algemeen wordt aangenomen dat zij rendabel zijn. Immers, op de bijlage van de LNT staan er zestien overheids-nv's. Ongeveer de helft daarvan lijdt structureel verlies of heeft weinig tot geen bedrijfsactiviteiten. Het is dan ook onwaarschijnlijk dat de bezoldigingsnorm in die overheids-nv's wordt overschreden. Wanneer in aanmerking wordt genomen de hoogte van de bruto jaarsalarissen van de topfunctionarissen, het gemiddelde bruto jaarloon van de directieleden is Afl. 376.935 (€184.698),⁸⁵ en dat is waar de schoen kennelijk wringt voor de overheid,⁸⁶ dan is de conclusie dat het effectueren van de bezoldigingsnorm van Afl. 329.000 (€161.210) op de salarissen van de topfunctionarissen van deze zeven entiteiten, een minimaal effect zal hebben op de financiële resultaten van de vennootschappen in kwestie en dus indirect ook een minimaal effect op enig aan de overheid uit te keren dividend. Voor alle duidelijkheid: de salarissen van deze overheids-nv's worden ook niet door de overheid betaald. In ieder geval is het financieel nadeel voor deze topfunctionarissen bij toepassing van de bezoldigingsnorm evident groot: het gaat in de meeste gevallen om een achteruitgang in salaris van tientallen duizenden Florin per jaar en in enkele gevallen om meer dan honderdduizend Florin per jaar.⁸⁷ Het voordeel voor de overheid is

79 Bij stichtingen (en andere entiteiten) wiens activiteiten gesubsidieerd zijn door de overheid, is dat duidelijk anders.

80 De bijlage is evenwel een niet limitatieve opsomming. Entiteiten die voldoen aan de criteria genoemd in artikel 2 LNT vallen onder de werking van de LNT, ongeacht of zij staan opgenomen op de bijlage: Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 27 en Nader rapport LNT (*supra* noot 15), p. 8.

81 Artikel 1.3, lid 1, onderdeel b en c WNT.

82 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 3: hoewel de Memorie van toelichting uitgaat van 90 entiteiten, staan er op de bijlage 88 entiteiten.

83 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 3; Nader rapport LNT (*supra* noot 15), p. 4-5.

84 De Centrale Bank van Aruba, Stichting Algemeen Pensioenfonds Aruba, Stichting Fundacion Cas pa Comunidad Aruba, Stichting Lotto pa Deporte, Aruba Tourism Authority, Instituto Medico San Nicolas, en Stichting Ziekenverpleging Aruba.

85 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 3-4; bij de 14 entiteiten die naar verwachting de bezoldigingsnorm bereiken of overschrijden, is het laagste bruto jaarloon Afl. 249.375 (€122.194) en het hoogste Afl. 694.984 (€340.542). Het gemiddelde is een bruto jaarloon van Afl. 376.935 (€184.698). Zie ook voetnoot 23.

86 De discussie in de parlementaire stukken gaat met name over de normering van de bezoldiging van directieleden. Uit de parlementaire stukken volgt niet dat de hoogte van de vergoeding van de leden van de toezichthoudende organen en van de consultants van de Arubaanse entiteiten excessief is en/of zorgen baart. Zie in dit kader paragraaf 2.5 en voetnoot 23.

87 Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 3-4: zie voetnoot 86.

evenwel minimaal: dit soort bedragen zijn relatief gezien minuscule voor de overheid, die immers over 2024 een begroting heeft van ruim Afl. 1,6 miljard (€ 0,78 miljard).⁸⁸ Echter, de topfunctionarissen in kwestie hebben op basis van hun overeengekomen salarissen bepaalde schulden aangegaan en een bepaalde levensstandaard opgebouwd. Toepassing van de bezoldigingsnorm zal dan ook zonder twijfel een reëel en nadelig effect hebben op het leven van de topfunctionarissen die als gevolg van de toepassing daarvan, achteruitgaan in inkomsten. Het hoeft weinig betoog dat het voordeel voor de overheid bij toepassing van de bezoldigingsnorm, niet in verhouding staat met het nadeel voor de topfunctionarissen. Hoewel dit mijns inziens een niet onbelangrijke omstandigheid van het geval is, is deze omstandigheid volgens het EHRM niet doorslaggevend,⁸⁹ wegens de ruime *margin of appreciation* die de overheid heeft bij het implementeren van dit soort maatregelen.

5.3 Treft de bezoldigingsnorm de gehele bevolking of slechts een kleine groep?

Vooropgesteld dient te worden dat de bezoldigingsnorm niet de gehele bevolking treft. Dit is in het kader van de proportionaliteitstoets van belang, omdat het EHRM de omstandigheid dat een maatregel is gericht tegen een kleine groep personen, kan laten meewegen bij de beoordeling of die maatregel proportioneel is. Ik verwijs naar de in paragraaf 5.1 geciteerde rechtspraak van het EHRM.

Zoals in 5.2 al reeds toegelicht treft de LNT officieel 88 entiteiten en, volgens de memorie van toelichting, effectief alleen veertien. Het kan dus niet anders dat de LNT effectief slechts een zeer gering aantal personen raakt. Hoewel exacte cijfers ontbreken, kan op basis van een grove schatting dus worden afgeleid dat de LNT effectief tussen 28 en 42 personen (met name de directieleden) in betekenisvolle mate raakt. Dit op een totale bevolking van ongeveer 107.000 inwoners. Dit wijst op een zeer beperkte reikwijdte van de maatregel. In ieder geval staat vast dat burgers die niet vallen onder de LNT, en dat is dus bijna de gehele bevolking, deze maatregel niet hoeven te dragen. De bezoldigingsnorm was weliswaar een van de meerdere maatregelen die de regering heeft ingevoerd ter bestrijding van de financiële crisis. De andere maatregelen hadden echter niet het karakter van definitieve inkorting op het loon en zijn dus niet geheel vergelijkbaar met de bezoldigingsnorm zoals vervat in de LNT. Hier komt nog bij dat de topfunctionarissen niet zijn uitgezonderd van de andere ingevoerde maatregelen en dus in principe ook al door die maatregelen zijn getroffen.

5.4 Is de bezoldigingsnorm een tijdelijke of een definitieve maatregel?

De LNT en de daarin vervatte bezoldigingsnorm hebben een definitief karakter. De bezoldigingsnorm kan evenwel bij landsbesluit houdende algemene maatregelen worden verhoogd⁹⁰ en

⁸⁸ Artikel 1 Landsverordening van 20 december 2023 tot vaststelling van de begrotingen van de ministeries van het Land voor het dienstjaar 2024 (AB 2023 no. 68).

⁸⁹ EHRM 14 november 2017, 46184/16, par 97 (*P. Plaisier B.V. en anderen/Nederland*).

⁹⁰ Artikel 9 lid 2 LNT.

in specifieke gevallen kan de Minister belast met financiën ook besluiten om daarvan af te wijken.⁹¹ Dergelijke verhogingen en afwijkingen kunnen in principe echter niet worden afgedwongen door de getroffen topfunctionarissen.

5.5 Is compensatie verleend?

Aan de topfunctionarissen en entiteiten die door de bezoldigingsnorm zijn getroffen, is geen compensatie verleend. In geval van *deprivation of property* (onteigening) is een adequate compensatie vereist volgens het EHRM, bij gebreke waarvan er in principe geen sprake zal zijn van een *fair balance*, wegens het bestaan van een *excessive and individual burden* op de door de maatregel getroffen.⁹² In de andere in artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschreven gevallen van inperking van het recht op eigendom, dus in geval van *control of use* en het vangnet van *peaceful enjoyment of property*, is een gebrek aan compensatie niet vereist doch wel een relevante omstandigheid van het geval.⁹³ De inkorting op de salarissen van de topfunctionarissen maken volgens het EHRM in principe een inbreuk op hun recht op *peaceful enjoyment of property*,⁹⁴ waardoor compensatie niet strikt vereist is.

De vraag of het hanteren van een overgangperiode in de LNT, gelijk moet worden gesteld met het verlenen van compensatie dient mijns inziens ontkennend te worden beantwoord.⁹⁵ Immers blijkt niet uit de parlementaire stukken dat de strekking van de overgangperiode is om te dienen als compensatie voor de inperking van het recht op eigendom. Hier komt nog bij dat de bezoldiging die wordt betaald tijdens de overgangperiode geen betaling is van de overheid aan de topfunctionaris als vergoeding voor de beperking van het recht op eigendom, doch een betaling van de entiteit aan diens topfunctionaris is als tegenprestatie voor het verrichten van de overeengekomen werkzaamheden. Het beschouwen van de overgangperiode als een vorm van compensatie voor de inperking van het recht op eigendom, komt mij dan ook als gekunsteld over.

De slotsom is dat geen compensatie is verleend, dat het gebrek aan compensatie waar het betreft de toepassing van de bezoldigingsnorm een relevante omstandigheid van het geval is en dat deze omstandigheid op zichzelf gezien niet doorslaggevend is.

91 Artikel 12 lid 1 LNT.

92 EHRM 9 februari 2023, 43932/19 en 43995/19, par. 63 (*Katona en Závorský/Slowakije*); EHRM 9 juni 2022, 22008/20, par. 54 (*Maria Azzopardi/Malta*).

93 EHRM 29 maart 2010, 34044/02, par. 91 (*Depalle/Frankrijk*); EHRM 15 februari 2001, 37095/97, par. 56 en 60-62 (*Pialopoulos en anderen/Griekenland*); EHRM 27 oktober 1994, 12539/86, par. 40 en 47-48 (*Katte Klitsche de la Grange/Italië*).

94 EHRM 15 oktober 2013, 66365/09, par. 91 (*Savickas en anderen/Litouwen*); EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, par. 34 in verbinding met 26-28 (*Koufaki en Adedy/Griekenland*); EHRM 5 september 2017, 78117/13, par. 64 (*Fábián/Hongarije*); EHRM 1 september 2015, 13341/14, par. 33 en 45 (*Da Silva Carvalho Rico/Portugal*).

95 EHRM 6 juli 2010, 40349/05, par. 49 en 52 (*Yetiş/Turkije*); de overheid heeft evenwel een ruime *margin of appreciation* bij het bepalen van de (omvang van de) toe te kennen compensatie: EHRM 9 juni 2022, 22008/20, par. 55-56 (*Maria Azzopardi/Malta*).

5.6 Persoonlijke omstandigheden en goede trouw

Hoewel persoonlijke en sociale omstandigheden een rol spelen bij de beoordeling van de proportionaliteit van de inbreuk, gaat dit artikel niet over een specifiek geval, waardoor persoonlijke en sociale omstandigheden verder geen grote rol spelen in deze analyse. In dit gedeelte zal de discussie worden beperkt tot de vraag over goede trouw en dus tot de vraag of de topfunctionarissen te goeder trouw arbeidsvoorwaarden hebben afgesproken. De parlementaire stukken suggereren niet dat de bedoelde topfunctionarissen niet te goeder trouw hebben gehandeld bij het overeenkomen van arbeidsvoorwaarden. In deze bijdrage zal er dus van worden uitgegaan dat de topfunctionarissen te goeder trouw arbeidsvoorwaarden hebben afgesproken.

5.7 Zijn de betrokken topfunctionarissen verantwoordelijk voor de financiële problemen van de overheid die zijn veroorzaakt door de COVID-pandemie?

Het is een gegeven dat de topfunctionarissen die getroffen worden door de bezoldigingsnorm, de COVID-pandemie niet hebben veroorzaakt en in het verlengde daarvan, ook niet de door de pandemie veroorzaakte economische en financiële crisis. De betrokken entiteiten en hun topfunctionarissen zijn dus niet verantwoordelijk voor de economische en financiële problemen die zijn veroorzaakt door de COVID-pandemie en zijn dus niet verantwoordelijk voor het probleem dat de overheid met de bezoldigingsnorm beoogt op te lossen.

5.8 Overgangsperiode

Zoals in paragrafen 2.3 en 5.5 aangegeven is de bezoldigingsnorm ingevoerd met inachtneming van een overgangsperiode. De overgangsperiode is vervat in artikel 23 LNT en komt kort gezegd erop neer, dat een voorafgaand aan de inwerkingtreding van de LNT overeengekomen bezoldiging die hoger is dan de bezoldigingsnorm, voor twee jaar ongewijzigd blijft, ook wel de eerbiedigende periode genoemd en dat vervolgens de bezoldiging gedurende een periode van drie jaar geleidelijk wordt teruggebracht tot het geldende maximum.

Noemenswaardig is dat deze overgangsperiode wezenlijk korter is dan het voorstel van de Commissie Corporate Governance, die kennelijk ingegeven door de ten tijde van de invoering in Nederland van de WNT gehanteerde overgangsperiode, adviseerde om bezoldigingen die bestonden voor invoering van de LNT en die hoger waren dan de bezoldigingsnorm, voor vier jaar ongewijzigd te laten en om vervolgens de bezoldigingen gedurende een periode van drie jaar geleidelijk terug te brengen tot het geldende maximum.⁹⁶ De door de Commissie Corporate Governance voorgestelde eerbiedigende periode van vier jaar, is dus twee keer zo lang als de eerbiedigende periode van twee jaar die uiteindelijk is vastgelegd in de LNT. Deze kortere overgangsperiode is evenwel niet onbegrijpelijk gezien de precaire financiële situatie waarin

⁹⁶ Raad van Advies 2021 (*supra* noot 12), p. 11.

Aruba verkeerde ten tijde van het voorbereiden van het wetsvoorstel.⁹⁷ Op dit punt verschilt de totstandkomingsgeschiedenis van de LNT met die van de WNT.

Een discussie over het doel en de effectiviteit van de overgangperiode is hier ook op zijn plaats. Het doel van de overgangperiode is om de topfunctionarissen tijd te geven om zich te kunnen voorbereiden op de nieuwe financiële situatie.⁹⁸ Het nut van de overgangperiode is mijns inziens twijfelachtig, omdat de overgangperiode het karakter heeft van uitstel en niet van afstel. Immers, ook met toepassing van een overgangperiode worden topfunctionarissen getroffen door de bezoldigingsnorm.

De overgangperiode heeft verder weinig nut bij bepaalde gebruikelijke vaste lasten, zoals bijvoorbeeld hypotheekleningen. Het zal in de regel moeilijk zijn om die volledig af te lossen binnen de overgangperiode. In ieder geval kan in redelijkheid niet verwacht worden dat topfunctionarissen tijdens de overgangperiode en ter voorbereiding van de implementatie van de bezoldigingsnorm, hun woningen verkopen. Zo ja, dan worden de betrokken topfunctionarissen mijns inziens onevenredig zwaar getroffen door de bezoldigingsnorm, waardoor er van een *fair balance* geen sprake kan zijn.

Topfunctionarissen kunnen de overgangperiode weliswaar ook gebruiken om te zoeken naar een nieuwe baan bij entiteiten die buiten de reikwijdte van de LNT vallen. Dit is ook een vorm van voorbereiding op de implementatie van de bezoldigingsnorm. Echter, gezien de beperkte omvang van de Arubaanse arbeidsmarkt en het feit dat de overgangperiode zich deels heeft afgespeeld tijdens een economische crisis, is het zeer de vraag of en in hoeverre dit een reële optie is. De specifieke omstandigheden van het geval spelen hierbij ook een rol. Immers, topfunctionarissen van bijvoorbeeld de Centrale Bank van Aruba en van het Algemeen Pensioenfonds Aruba, kunnen vermoedelijk makkelijker aan de slag in gelijkwaardige functies bij commerciële banken, dan de topfunctionarissen van bijvoorbeeld de luchthaven, waarvan er maar één is op Aruba. De topfunctionarissen van de luchthaven zullen het daarom waarschijnlijk moeilijker hebben bij het zoeken naar gelijkwaardige functies op de Arubaanse arbeidsmarkt. Voor wat betreft de discussie of de overgangperiode een vorm van compensatie is voor de inbreuk op het recht op eigendom, verwijs ik naar paragraaf 5.5, alwaar dit al reeds is behandeld.

De conclusie is dat de bezoldigingsnorm is ingevoerd met inachtneming van een overgangperiode waarvan de duur niet onbegrijpelijk is. De effectiviteit van de overgangperiode is echter twijfelachtig, omdat ook met toepassing van zo'n periode topfunctionarissen worden getroffen door de bezoldigingsnorm.

5.9 Een overige omstandigheid

In dit gedeelte wordt een omstandigheid behandeld die mijns inziens relevant is, doch die in geen van de in paragraaf 5.1 genoemde categorieën past. De door de COVID-pandemie veroorzaakte financiële crisis is al enige tijd kennelijk voorbij. De overheid heeft naar eigen zeggen over 2024 een begrotingssurplus van Afl. 70 miljoen (€ 34 miljoen).⁹⁹ Over 2023 zou dat volgens

⁹⁷ Zie ook Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 18.

⁹⁸ Memorie van toelichting LNT (*supra* noot 5), p. 18.

⁹⁹ 'Promer Minister Wever-Croes: di surplus no por traha cas', *24ora* 4 mei 2024, beschikbaar via <https://24ora.com/>.

nieuwsberichten Afl. 63 miljoen (€ 31 miljoen) zijn geweest.¹⁰⁰ De tijdelijke inkortingen op het loon van het personeel in de (semi) publieke sector, zijn ingaande 2023 volledig teruggedraaid.¹⁰¹ Per 1 mei 2023 zijn de inkortingen gedaan in de gezondheidszorg afgeschaft.¹⁰² Ook heeft de overheid een aanvang gemaakt met het verhogen van de bezoldiging van haar personeel met in totaal 11,7%: vanaf juli 2024 is een verhoging van 6% toegepast, en in januari 2025 een tweede verhoging van deze keer 5,7%.¹⁰³ In januari 2025 verlaagt de overheid ook nog de inkomstenbelasting voor, volgens berichten in de media, 21.000 burgers en 19.800 gepensioneerden.¹⁰⁴ Ook heeft de overheid het door haar aan gepensioneerden betaalde algemeen ouderdomspensioen, verhoogd met Afl. 250 (€ 123) per maand.¹⁰⁵

De realiteit is dus dat de overheid, die inmiddels beschikt over begrotingsoverschotten, de versoberingsmaatregelen heeft teruggedraaid, de salarissen in de publieke sector en het algemeen ouderdomspensioen op significante wijze heeft verhoogd, en de inkomstenbelasting voor een groot aantal burgers heeft verlaagd, op grofweg hetzelfde moment dat de bezoldigingsnorm na de overgangsperiode, feitelijk moet worden toegepast op bestaande rechtsverhoudingen. Dit trekt de noodzakelijkheid van de bezoldigingsnorm als maatregel ter bestrijding van de precaire financiële situatie van de overheid in twijfel. In ieder geval is de bezoldigingsnorm onder deze omstandigheden een merkwaardige maatregel. Immers, de LNT treft een heel selecte groep, terwijl (al dan niet vergelijkbare) maatregelen voor de rest van de samenleving kennelijk niet meer nodig zijn. Hier komt nog bij dat de bedoelde precaire financiële situatie van de overheid niet is veroorzaakt door de hoogte van de remuneratie van de topfunctionarissen. De overheid heeft als gezegd (zie 4.2. hierboven) een ruime *margin of appreciation* bij dit soort vraagstukken. Maar zelfs binnen die ruime *margin of appreciation* lijkt de bezoldigingsnorm onder de huidige omstandigheden moeilijk te verenigen met het vereiste *fair balance* tussen algemeen belang en individuele rechten. In ieder geval dient duidelijk te zijn dat de precaire financiële situatie van de overheid als reden voor invoering van de LNT, achterhaald is.

5.10 Conclusie proportionaliteit

Bij de entiteiten waar het effectueren van de bezoldigingsnorm geen enkel financieel voordeel oplevert voor de landsbegroting, zoals bij een (vermogende) stichting (zie 5.2 hierboven), kan in redelijkheid niet gezegd worden dat het stellen van de bezoldigingsnorm het belang van de

100 'Surplus den presupuesto 2023 ta significa mas espacio pa inversion', *Solo di Pueblo* 21 november 2022, beschikbaar via <https://solodipueblo.com/>.

101 'Conseho di Minister di Reino a aproba peticion di Gobierno di Aruba pa elimina e recorte di salario di empleadonan publico y semi publico', *Solo di Pueblo* 27 januari 2023, beschikbaar via <https://solodipueblo.com/>. Aan het begin van de COVID-pandemie en dus voor invoering van de LNT, zijn alle bezoldigingen in de publieke sector en een groot deel van de lonen in de semipublieke sector, tijdelijk ingekort als versoberingsmaatregel. De inkorting was in de meeste gevallen gelijk aan 12,6% van het salaris. Voor de ministers en de statenleden gold een inkorting van 25%.

102 'Dangui Oduber: A para recorte di 5.5% den cuida medico', *24ora* 2 mei 2023, beschikbaar via <https://24ora.com/>.

103 'E sindicatonan no a haya loke a pidi: ta otorga indexering den dos fase', *24ora* 29 april 2024, beschikbaar via <https://24ora.com/>.

104 'Tarief inkomstenbelasting omlaag', *Antilliaans Dagblad* 8 janurari 2025, beschikbaar via <https://antilliaansdagblad.com/>.

105 'AOV-uitkering Aruba stijgt met 250 florin per maand', *Aruba.nu* 3 april 2025, beschikbaar via <https://aruba.nu/>.

landsbegroting dient. Van een *fair balance* tussen het algemeen belang dat gediend wordt met de bezoldigingsnorm en de bescherming van de fundamentele rechten van de betreffende topfunctionarissen, is er reeds op deze grond mijns inziens geen sprake. Het effectueren van de bezoldigingsnorm in die gevallen levert mijns inziens dan ook strijd op met artikel I.19 Staatsregeling en artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

Voor wat betreft de topfunctionarissen van de resterende entiteiten geldt dat slechts de omstandigheid dat de bezoldigingsnorm grotendeels in theorie de landsbegroting en de toegepaste overgangperiode dient, pleiten voor de gevolgtrekking dat de effectuering van de bezoldigingsnorm proportioneel is. De overige omstandigheden pleiten juist voor het tegenovergestelde: de LNT treft effectief een zeer gering aantal personen (vermoedelijk slechts tussen 28 en 42 personen op een bevolking van ongeveer 107.000), de inbreuk op het recht op eigendom heeft een definitief karakter, er is geen compensatie verleend aan de getroffen personen, de getroffen personen hebben te goeder trouw arbeidsvoorwaarden afgesproken en zijn niet verantwoordelijk voor de financiële problemen van de overheid. Het grotendeels theoretische voordeel dat de overheid heeft bij effectueren van de bezoldigingsnorm, weegt mijns inziens echter niet op tegen het wezenlijke nadeel dat een zeer gering aantal burgers, ook met toepassing van de overgangperiode, ondervinden bij de effectuering van de bezoldigingsnorm. Temeer omdat de financiële crisis die de directe aanleiding vormde voor het introduceren van de bezoldigingsnorm al enige tijd voorbij is. De overheid beschikt immers thans over begrotingsoverschotten. Daarnaast zijn de versoberingsmaatregelen teruggedraaid, zijn aanzienlijke loonverhogingen doorgevoerd voor al het personeel in de publieke sector, is de inkomstenbelasting verlaagd voor een aanzienlijk deel van de bevolking en is het door de regering betaalde ouderdomspensioen verhoogd.

Weliswaar komt de overheid een ruime *margin of appreciation* toe, maar onder de gegeven omstandigheden lijkt de bezoldigingsnorm, zelfs binnen die ruime beoordelingsmarge, op gespannen voet te staan met het nagestreefde *fair balance* tussen het algemeen belang dat gediend wordt met de LNT en de daaruit voortvloeiende inperking van het recht op eigendom enerzijds, en anderzijds de bescherming van de fundamentele rechten van de topfunctionarissen in kwestie. Er is kort gezegd geen sprake van redelijke proportionaliteit tussen de met de LNT beoogde doelen en de manier waarop de in de LNT vervatte maatregelen een zeer gering aantal personen en entiteiten zwaar treffen. De LNT plaatst dan ook een *excessive and individual burden* op de topfunctionarissen in kwestie. De slotsom is dan ook dat mijns inziens niet is voldaan aan de proportionaliteitseis.

6 Conclusie en slotopmerkingen

Centraal in deze bijdrage staat de vraag of de in de LNT vervatte bezoldigingsnorm verenigbaar is met het recht op eigendom vastgelegd in artikel I.19 Staatsregeling en in artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De bezoldigingsnorm maakt een inbreuk op het recht op eigendom van topfunctionarissen die daardoor worden getroffen en een verlaging van hun loon (in de ruimste zin des woords) ervaren. Hoewel de bezoldigingsnorm een beperking is van het recht op eigendom van de topfunctionarissen, is die inperking voorzien van een juiste wettelijke grondslag, terwijl het beoogde doel van de inperking in het algemeen belang is. Het is echter verdedigbaar dat de meergenoemde inperking niet voldoet aan het proportionaliteitsvereiste, als gevolg waarvan het bezoldigingsmaximum voor topfunctionarissen zoals vervat in de LNT, niet verenigbaar

is met het recht op eigendom zoals vastgelegd in artikel I.19 Staatsregeling en in artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

Het gevolg van strijdigheid met artikel I.19 Staatsregeling en artikel 1 Eerste Protocol EVRM, is dat de LNT, gedeeltelijk buiten toepassing moet worden gelaten.¹⁰⁶ Meer in het bijzonder zal de verplichting tot implementatie van de bezoldigingsnorm buiten toepassing moeten worden gelaten. Echter, de LNT voorziet in artikel 9 lid 2 en in artikel 12 lid 1, in de mogelijkheid om de bezoldigingsnorm al dan niet in specifieke gevallen te verhogen. Effectieve rechtsbescherming kan mijns inziens ook worden geboden middels verstandig gebruik door de overheid van de voormelde bevoegdheden.

106 Artikel I.22 Staatsregeling is van toepassing in geval van strijdigheid met de Staatsregeling en artikel 94 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden ('Grondwet') in geval van strijdigheid met het EVRM; zie voor wat betreft de toepasselijkheid van artikel 94 Grondwet in het Caribisch deel van het Koninkrijk, waaronder in Aruba: Gemeenschappelijk Hof 6 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:135, r.o. 2.8, Constitutioneel Hof Sint Maarten 8 november 2013, ECLI:NL:OCHM:2013:2, r.o. 2.3.5, en Gemeenschappelijk Hof 25 juni 2013, ECLI:NL:OGHACMB:2013:9, r.o. 2.11; Zeppenfeldt 2021 (*supra* noot 57), p. 447; Van Rijn 2019 (*supra* noot 6), p. 263-264 en 326; Rogier 2012 (*supra* noot 57), p. 92; C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 33 en 138; Hoogers & De Vries 2002 (*supra* noot 57), p. 64 en 192-193.

GELIJKE TOETS, VERBORGEN DREMPELS

Intersectionale benadeling van kandidaten voor het inburgeringsexamen in het buitenland

Masja Zweers *

Samenvatting | Het basisexamen inburgering buitenland heeft de afgelopen jaren geleid tot kritische vragen over de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel. Tot nu toe is echter weinig onderzoek gedaan naar de gelijkheid tussen kandidaten onderling. Voor zover dat wel is gebeurd, is dit hoofdzakelijk beperkt gebleven tot de analyse van één enkele mogelijke grond voor uitsluiting. Hierdoor is de intersectionele dimensie van uitsluiting door het basisexamen nog onvoldoende belicht. Dit artikel onderzoekt daarom in hoeverre het basisexamen en de bewijslast voor ontheffing leiden tot een onevenredige beperking van het recht op gezinshereniging voor kandidaten die, door de intersectie van geslacht, opleidingsniveau en nationale herkomst, tot een beschermde groep gerekend kunnen worden. Deze vraag wordt onderzocht aan de hand van een gecombineerde methode van kwantitatieve en kwalitatieve analyse van jurisprudentie en geanonimiseerde gegevens van DUO en de IND. Daarnaast wordt getoetst aan artikel 14 juncto artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, alsmede aan de relevante jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De centrale onderzoeksvraag luidt of een holistische benadering van de geraadpleegde bronnen voldoende aanleiding geeft om een weerlegbaar vermoeden van indirect onderscheid aan te nemen. Tot slot wordt onderzocht in hoeverre een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden.

Trefwoorden | [inburgering], [vreemdelingenrecht], [art. 14 EVRM], [empirisch onderzoek], [intersectionaliteit], [gelijke behandeling]

DOI | 10.54195/NTM.23732

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

Nederland is één van de weinige landen ter wereld die het proces van inburgering al vóór de komst naar Nederland laat beginnen. Gezinsmigranten en religieuze predikers dienen sinds 2006 te slagen voor het basisexamen inburgering buitenland (basisexamen). Zonder het behalen van dit basisexamen komen zij niet in aanmerking voor de machtiging tot voorlopig verblijf (mvv). De mvv is een visum en verleent toegang tot en verblijf in Nederland.

Het basisexamen bestaat inmiddels bijna twintig jaar en heeft van meet af aan in de kritische belangstelling gestaan.¹ Het actuele debat richt zich in het bijzonder op de vraag of het basis-

■ M.J.L.G. Zweers is docent-promovendus migratierecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

1 Zie onder meer: *Advies inburgeringseisen als voorwaarde voor verblijf in Nederland*, Den Haag: Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2004; *The Netherlands: Discrimination in the Name of Integration – Migrants' Rights under the Integration Abroad Act (rapport)*, 13 mei 2008; R. van Oers, 'Kroniek inburgering 2018-2020', *Asiel & Migrantenrecht* 2020/2, p. 96-102; K.M. de Vries, 'De Wib en het recht op gelijke behandeling: geen gestreden strijd', *A&MR* 2010, p. 145-147; J. Moritz, 'Inburgering in het buitenland: vraagtekens bij de rechtmatigheid vanuit Europees perspectief', *Asiel & Migrantenrecht* 2012/4, p. 202-206; K. Groenendijk & J. Werner, 'Onderscheid op grond van nationaliteit of ras bij het inburgeringsexamen buitenland', *A&MR* 2024/5-6, p. 266-278;

examen leidt tot onderscheid op grond van nationaliteit en etniciteit.² Onderdanen van, onder meer, de Verenigde Staten, Australië en Canada zijn namelijk vrijgesteld van het visum-vereiste. Doordat zij geen visum nodig hebben voor toegang tot Nederland, geldt ook de slagingsplicht van het basisexamen niet voor hen. Het is echter de vraag of de doorwerking van dit onderscheid in het basisexamen gerechtvaardigd is. Recent heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS of Afdeling) deze vraag voorgelegd aan het Europees Hof van Justitie (HvJEU).³

De uitspraak van het HvJEU kan ertoe leiden dat het basisexamen voortaan ook moet worden afgelegd door Amerikanen, Canadezen en andere onderdanen die zijn vrijgesteld van het visum-vereiste. Als het HvJEU oordeelt dat sprake is van een ontoelaatbaar onderscheid op grond van nationaliteit, is dat een voor de hand liggende manier om het onderscheid op te heffen. Daarmee blijft echter een minstens zo relevante dimensie van het basisexamen onderbelicht: onderscheid op grond van gender van de kandidaten onderling.

Bij de invoering van het basisexamen toonde de wetgever zich bewust van onderscheid tussen de kandidaten onderling, door specifiek in te gaan op de positie van vrouwelijke gezinsmigranten.⁴ Een te hoog examenniveau zou hen als gevolg van hun sociale positie mogelijk uitsluiten van hun recht op gezinsmigratie.⁵ Zo stelt de regering:

‘Selectie op opleiding zou vrouwelijke gezinsmigranten zwaarder treffen dan de mannelijke gezinsmigranten, nu meer dan tweederde van de gezinsvormers vrouw is en vrouwen in de herkomstlanden vaker dan mannen laagopgeleid of zelfs analfabeet zijn. Op dit moment is 64% van de analfabeten vrouw.’⁶

Het moet volgens de regering mogelijk blijven voor laaggeschoolden en laaggeletterden om te slagen voor het basisexamen. Dat het slechts gaat om motivatie en doorzettingsvermogen, zou met het lage niveau zijn gewaarborgd. Verhoging van dat niveau zou leiden tot ‘grote problemen met het internationale recht’.⁷

De regering beloofde bovendien dat in de jaarlijkse evaluatie van het basisexamen onderzoek zou worden gedaan naar geslacht.⁸ Uit die jaarlijkse evaluaties volgt dat vrouwelijke kandidaten structureel hoger scoren op het basisexamen dan mannelijke kandidaten.⁹ In de evaluaties wordt echter niet nader gespecificeerd of dit ook geldt voor alle vrouwelijke kandidaten, in het bijzonder de vrouwen die niet veel onderwijs hebben genoten. Uit de evaluatie van 2021 volgt tegelijkertijd dat opleidingsniveau de slagingskans sterk beïnvloedt: van de theoretisch geschoolde kandidaten

2 Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 23 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:622; Rb. Den Haag Zp. Amsterdam, 16 april 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:5396; Rb. Den Haag Zp. Utrecht 16 juli 2024, NL23.31943; Rb. Den Haag Zp. Middelburg, 24 augustus 2024, ECLI:NL:RBDHA:2023:12901; Rb. Den Haag 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17417; Rb. Den Haag Zp. Arnhem 11 juni 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:9148.

3 ABRvS 11 juni 2025, ECLI:NL:RVS:2025:2628, r.o. 25.

4 *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 16.

5 *Handelingen II* 2004/05, nr. 62, p. 4039; *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 16.

6 *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 16.

7 *Handelingen II* 2004/05, nr. 62, p. 4039.

8 *Handelingen II* 2004/05, nr. 62, p. 4039.

9 *Monitor Inburgeringsexamen Buitenland* 2008 p. 16; *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 18.

slaagt 86% in één keer, tegenover 48% van de laaggeschoolde kandidaten.¹⁰ De laaggeschoolde kandidaten hebben bovendien de meeste moeite met de leestoets.¹¹ De evaluatie gaat echter niet in op het geslacht van deze groepen kandidaten. Wel bevestigt de evaluatie dat kandidaten met lage slagingspercentages afkomstig zijn uit landen waarin de alfabetisering onder meisjes en vrouwen laag is.¹² Zo slaagt slechts 35% van de kandidaten afkomstig uit Somalië, een land waarin 28% van de vrouwelijke bevolking is gealfabetiseerd.¹³

De vorm van onderscheid waar de wetgever zich bewust van toonde in 2005, is niet direct zichtbaar gemaakt in de evaluaties. De literatuur laat zich evenmin uit over de vraag of vrouwelijke kandidaten als gevolg van alfabetisering en scholing door het basisexamen worden uitgesloten van gezinsmigratie.¹⁴ De relevantie van deze vraag is echter toegenomen, omdat het examen-niveau wél is gewijzigd. Zo werd in 2011 het niveau verhoogd van A1-min naar A1 en werd een leestoets aan het basisexamen toegevoegd.¹⁵ Lange tijd bestond deze leestoets grotendeels uit het omzetten van letters in klanken (denk aan: aap, noot mies). In 2023 zijn deze onderdelen echter weggehaald: de leestoets bestaat nu volledig uit begrijpend lezen. De vraag is of dit heeft geleid tot disproportioneel nadeel voor laaggeletterde kandidaten die op grond van hun geslacht een beschermde groep vormen. Een vervolgvraag is of een eventueel onderscheid kan worden gerechtvaardigd onder het relevante juridische kader. Voor dit artikel beantwoord ik beide vragen op grond van een intersectionele analyse en het juridische kader van artikel 14 jo. 8 EVRM.

De centrale onderzoeksvraag luidt of een holistische benadering van de geraadpleegde bronnen voldoende aanleiding geeft voor een vermoeden van indirect onderscheid. Daarnaast wordt onderzocht in hoeverre een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Deze vraag is normatief-beschrijvend en empirisch van aard. De 'holistische benadering' is ontwikkeld door het Europees Hof voor de Rechten van de mens (EHRM of Hof) in het kader van bewijs voor indirect onderscheid. Dit wordt toegelicht in het theoretisch-juridisch kader van paragraaf 2, dat ook de juridische grondslag van het basisexamen en het concept intersectionaliteit uiteenzet. De onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van een gecombineerde methode van kwantitatieve en kwalitatieve analyse van jurisprudentie en geanonimiseerde gegevens van DUO en de IND. Deze methode en de gebreken ervan worden uitgewerkt in paragraaf 3. In paragraaf 4 worden vervolgens de resultaten van de analyses gedeeld. In paragraaf 5 wordt de vraag beantwoord of voldoende bewijs is voor het aannemen van een *prima facie*-vermoeden van indirect intersectioneel onderscheid van Marokkaanse vrouwen. Ook wordt ingegaan op de eventuele rechtvaardigingstoets van het EHRM voor dit onderscheid.

10 *Monitor basisexamen in het buitenland* 2020, p. 20. Gehanteerde definities voor opleidingsniveau: laagopgeleiden (basisschoolonderwijs), midden-opgeleiden (al het onderwijs tussen basisschool en hbo) en theoretisch opgeleiden (hbo en universitair onderwijs).

11 *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 4.

12 B. de Hart & P. Snelders, 'Gender en non-discriminatie in het reguliere migratierecht: de betekenis van het VN-Vrouwenverdrag en Istanbul-verdrag voor Nederland', *A&MR* 2024/5-6 p.258; *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 4, 27-31.

13 Tegenover 54% van de mannelijke Somalische bevolking; 'Data Worldbank, Literacy rate adult female: Somalia' beschikbaar via www.data.worldbank.org; 'Data Worldbank, Literacy rate adult male: Somalia' beschikbaar via www.data.worldbank.org; *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 30.

14 Met uitzondering van B. de Hart & P. Snelders (*supra* noot 12).

15 *Sib.* 2010, 679.

2 Juridisch-theoretisch kader

2.1 De Wib

Een aanvraag voor een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd wordt afgewezen indien de vreemdeling 'niet beschikt over kennis op basisniveau van de Nederlandse taal en de Nederlandse maatschappij'.¹⁶ Over deze kennis beschikt de vreemdeling, aldus artikel 3.71a Vb, indien hij is geslaagd voor het basisexamen inburgering.¹⁷ Kandidaten worden geacht zich door middel van het gratis zelfstudiepakket (met alfabetiseringscursus) voor te bereiden op het basisexamen.¹⁸ Het basisexamen wordt afgelegd in het Nederlands op een diplomatieke post in het land van herkomst.¹⁹ Het examen bestaat uit drie onderdelen: spreken, lezen en kennis van de Nederlandse samenleving.²⁰ Elk examendeel kost 50 euro per poging.

Het basisexamen werd in 2006 ingevoerd, met als doel de integratiepositie van etnische minderheidsgroepen te verbeteren.²¹ De aanleiding was het sinds 2002 toenemende aantal huwelijksmigranten onder 'niet-Westerse allochtonen', in het bijzonder uit Marokko en Turkije.²² De huwelijksmigranten bezitten volgens de regering kenmerken die ongunstig zijn voor een goede integratie in de Nederlandse samenleving.²³ Zij zijn 'veelal' huisvrouw, laaggeschoold en houden met betrekking tot emancipatie er de 'meest traditionele opvattingen' op na.²⁴ Het basisexamen dient hun start- en integratiepositie te verbeteren.²⁵ Het idee is dat dit het integratieproces als geheel verbeterd, omdat de verbeterde positie zal worden doorgegeven aan de generatie kinderen die de huwelijksmigranten voortbrengen.²⁶

Indien de vreemdeling in verband met bijzondere, individuele omstandigheden onmogelijk of uiterst moeilijk zijn recht op gezinshereniging kan uitoefenen, kan hij sinds 2015 worden vrijgesteld van het basisexamen.²⁷ Directe aanleiding voor deze vrijstelling was de kritische uitspraak over het basisexamen en de Gezinsherenigingsrichtlijn van het HvJEU in *K & A*.²⁸

Uit de Vreemdelingencirculaire volgt een niet-limitatieve lijst van omstandigheden die, zelfstandig dan wel gezamenlijk, kunnen leiden tot ontheffing.²⁹ Zo kunnen opleidingsniveau en laaggeletterdheid leiden tot ontheffing. Ook de veiligheidssituatie en de reisafstand tot de dichtstbijzijnde diplomatieke post zijn relevante omstandigheden.³⁰ De Vreemdelingencirculaire legt daarnaast de nadruk op de termijn waarmee de gezinshereniging wordt uitgesteld. De

16 Artikel 16 lid 1 onder h Vw 2000.

17 Artikel 3.71a Vb 2000.

18 Artikel 3.11 lid 2 VV 2000.

19 Artikel 3.98a Vb 2000.

20 Artikel 3.98a lid 3 Vb 2000 jo. Examenprogramma basisexamen inburgering.

21 Staatsblad 2006, 75.

22 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 2.

23 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 4.

24 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 5; zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 15.

25 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 5.

26 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 5.

27 Artikel 3.71a Vb, tweede lid onder c,

28 HvJ EU 9 juli 2015, C-153/14, ECLI:EU:C:2015:523 (*K en A*).

29 B1/4.7 Vc 2000; Werkinstructie 2022.

30 B1/4.7 Vc 2000. Immers, niet alle landen hebben een Nederlandse diplomatieke post. Het is ook niet altijd veilig of mogelijk om te reizen naar een ander land. Zo is het in Irak, Iran en Afghanistan verboden voor vrouwen om zelfstandig te reizen.

inspanningen voor het basisexamen mogen niet ‘zo lang duren’ dat uitoefening van het recht op gezinshereniging onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt.³¹ De duur van de relatie en de tijd die is verstreken sinds het voornemen van de gezinshereniging zijn daarnaast omstandigheden die kunnen leiden tot ontheffing.³² Andere omstandigheden zijn leeftijd, gezondheidssituatie en de financiële positie van de kandidaten.³³

2.2 Artikel 14 EVRM

Artikel 14 EVRM verzekert de uitoefening van de rechten en vrijheden uit het EVRM zonder discriminatie op grond van, onder andere, geslacht en nationaliteit. Artikel 14 EVRM kan niet zelfstandig worden ingeroepen, maar moet worden gerelateerd aan de uitoefening van een ander recht.³⁴ De feiten dienen onder het ruimere bereik van dat recht te vallen, in het geval van gezinshereniging is dat artikel 8 EVRM (het recht op familieleven).³⁵

Artikel 14 EVRM omvat een verbod van zowel direct als indirect onderscheid. Indirect onderscheid is onderscheid dat is gebaseerd op een neutrale grond maar dat een ongelijk effect sorteert.³⁶ Het EHRM legt bij deze vorm van onderscheid de nadruk op de zogeheten ‘benadelingstoets’.³⁷ De nadruk ligt op de vraag of sprake is van een benadeling van een bestaande beschermde groep, bijvoorbeeld vrouwen ten opzichte van een hypothetische groep mannen. De vergelijkingsgroep hoeft dus niet daadwerkelijk te bestaan, maar kan een hypothetische vergelijking dienen waaruit volgt dat een bestaande groep wordt benadeeld.³⁸

Het EHRM benadert bewijs voor indirect onderscheid op een wijze die door Janneke Gerards wordt omschreven als holistisch.³⁹ Het onderscheid hoeft niet ‘hard’ te worden bewezen, maar moet een *prima facie vermoeden* kunnen schragen. Dit vermoeden baseert het Hof op een holistische

31 B1/4.7 Vc 2000; Werkinstructie 2022 p. 8.

32 B1/4.7 Vc 2000; Werkinstructie 2022 p. 10.

33 B1/4.7 Vc 2000; Werkinstructie 2022 p. 10.

34 EHRM 23 juli 1968, 1474/62 (*Belgische Taalzaak*); EHRM 13 juni 1979, 6833/74, NJ 1980, 462, m.nt. Alkema, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, par. 31 (*Marckx/België*); EHRM 23 november 1983, 8919/80, par. 43 (*Van der Mussele/België*); EHRM 28 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8914, NJ 1988, 187, m.nt. Alkema, par. 71 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/VK*); EHRM 6 november 2012, 22341/09, EHRC 2013/55, m.nt. Boeles, JV 2013/1, m.nt. Van Walsum (*Hode en Abdi/VK*), r.o. 53.

35 EHRM 28 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8914, NJ 1988, 187, m.nt. Alkema, par. 71 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/VK*); EHRM 24 mei 2016, 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, EHRC 2016/209, m.nt. K.M. de Vries (*Biao/Denemarken*); EHRM 20 oktober 2022, 22105/18, ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUD002210518 (*M.T. e.a./Zweden*); EHRM 23 februari 2016, 68453/13, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, EHRC 2016/118, m.nt. N.R. Koffeman (*Pajić/Kroatië*); EHRM 30 juni 2016, 51362/09, ECLI:CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, EHRC 2016/213 (*Taddeucci en McCall/Italië*).

36 J.H. Gerards, ‘Art. 14 EVRM – Verbod van discriminatie’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu 2020.

37 EHRM 30 juli 2009, 67336/01, ECLI:NL:XX:2009:BJ9236, EHRC 2009/113 (*Danilenkov e.a./Rusland*);

38 EHRM 27 september 2011, 56328/07, ECLI:NL:XX:2011:BU7948, EHRC 2011/165, m.nt. Leijten en Gerards, JV 2012/33, m.nt. Slingenbergh (*Bah/VK*), r.o. 41-44.

39 Gerards (*supra* noot 36); EHRM 13 november 2007, 57325/00, ECLI:NL:XX:2007:BC1879, EHRC 2008/5, m.nt. Hendriks, NJ 2008, 380, m.nt. Alkema, *RvdW* 2008, 308 (*D.H./Tsjechië*); EHRM 9 juni 2009, 33401/02, ECLI:NL:XX:2009:BJ7514, EHRC 2009/97, m.nt. Westendorp, NJ 2010, 345, m.nt. Alkema, *NJB* 2009, 1415, *RvdW* 2009, 1291, (*Opuz/Turkije*), r.o. 97; EHRM 29 januari 2013, 11146/11 (*Horoáth en Kiss/Hongarije*); EHRM 16 maart 2010, 15766/03, ECLI:NL:XX:2010:BM6392, EHRC 2010/59, m.nt. Gerards, *NJB* 2010/1019 (*Oršuš e.a./Kroatië*), r.o. 152-154.

benadering van kwantitatief en kwalitatief bewijsmateriaal, en soms zelfs op basis van logisch redeneren.⁴⁰ Het EHRM acht de verdragsstaat beter in staat om een vermoeden van indirect onderscheid te weerleggen, dan dat klagers in staat zijn om indirect onderscheid te bewijzen. Om die reden ligt de bewijslast van discriminerende effecten van een regeling niet volledig bij de klager.

Indien de verdragsstaat er niet in slaagt een *prima facie* vermoeden van indirect onderscheid te weerleggen, dient het te bewijzen dat het onderscheid desalniettemin objectief kan worden gerechtvaardigd. Er moet sprake zijn van een legitiem doel en het onderscheid moet een geschikt en noodzakelijk middel vormen om dit doel te bereiken.⁴¹

Het EHRM toetst de objectieve rechtvaardiging niet altijd even streng. De strengheid van de rechtvaardigingstoets is afhankelijk van de grond van het onderscheid.⁴² Geslacht wordt over het algemeen aangemerkt als een verdachte grond.⁴³ Het EHRM verlangt dan zeer zwaarwegende redenen die het onderscheid rechtvaardigen. Onder deze zogeheten *very weighty reasons*-test slaagt het beroep van de verdragsstaat vrijwel nooit.⁴⁴

Artikel 14 EVRM stelt expliciet dat onderscheid op grond van 'nationale of sociale afkomst' is verboden. De klassendimensie van sociale afkomst is echter niet door het EHRM ontwikkeld als discriminatiegrond: de nadruk ligt bij het EHRM op de nationaliteitsdimensie. Bij onderscheid tussen staatsburgers zijn nationale afkomst, etniciteit en nationaliteit verdachte gronden.⁴⁵ Indien het gaat om vreemdelingen ligt dit anders. Het EHRM merkt migratiestatus bijvoorbeeld niet aan als verdachte grond.⁴⁶ Een lastige kwestie bij discriminatie in het vreemdelingenrecht is echter dat nationaliteit, sociale, nationale of etnische afkomst en migratiestatus niet altijd van elkaar te onderscheiden zijn. Zo heeft het Hof in *Bah t. het Verenigd Koninkrijk* een beroep op

40 Gerards (*supra* noot 36); EHRM 13 november 2007, 57325/00, ECLI:NL:XX:2007:BC1879, EHRC 2008/5, m.nt. Hendriks, NJ 2008, 380, m.nt. Alkema, *RvdW* 2008, 308 (*D.H./Tsjechië*); EHRM 9 juni 2009, 33401/02, ECLI:NL:XX:2009:BJ7514, EHRC 2009/97, m.nt. Westendorp, NJ 2010, 345, m.nt. Alkema, NJB 2009, 1415, *RvdW* 2009, 1291, (*Opuz/Turkije*), r.o. 97; EHRM 29 januari 2013, 11146/11 (*Horoáth en Kiss/Hongarije*); EHRM 16 maart 2010, 15766/03, ECLI:NL:XX:2010:BM6392, EHRC 2010/59, m.nt. Gerards, NJB 2010/1019 (*Oršuš e.a./Kroatië*), r.o. 152-154; EHRM 24 mei 2016, 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, EHRC 2016/209, m.nt. K.M. de Vries (*Biao/Denemarken*), r.o. 113.

41 EHRM 24 juli 2003, 40016/98, ECLI:NL:XX:2003:AP0732, EHRC 2003/83 (*Karner/Oostenrijk*), r.o. 41; EHRM 2 maart 2010, 13102/02 (*Kozak/Polen*), r.o. 92.

42 J.H. Gerards, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination', in: M. Balboni (red.), *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Napels: Editoriale Scientifica 2018 pp. 27-62.

43 EHRM 28 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8914, NJ 1988, 187, m.nt. Alkema, (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/VK*), r.o. 78; EHRM 22 februari 1994, 16213/90, ECLI:CE:ECHR:1994:0222JUD001621390 (*Burghartz/Zwitserland*), r.o. 27; EHRM 24 juni 1993, 14518/89, ECLI:CE:ECHR:1993:0624JUD001451889 (*Schuler-Zraggen/Zwitserland*), r.o. 67; EHRM 22 maart 2012, 30078/06, ECLI:NL:XX:2012:BW6113 (*Konstantin Markin/Rusland*), r.o. 127; EHRM 24 oktober 2019, 32949/17 en 34614/17, ECLI:CE:ECHR:2019:1024JUD003294917 (*J.D. en A./VK*), r.o. 89; EHRM 20 oktober 2020, 33139/13, ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003313913 (*Napotnik/Roemenië*), r.o. 75; EHRM 4 februari 2021, 54711/15, ECLI:CE:ECHR:2021:0204JUD005471115 (*Jurčić/Kroatië*), r.o. 65.

44 Gerards (*supra* noot 42 en 36).

45 EHRM 13 november 2007, 57325/00, ECLI:NL:XX:2007:BC1879, EHRC 2008/5, m.nt. Hendriks, NJ 2008, 380, m.nt. Alkema, *RvdW* 2008, 308 (*D.H./Tsjechië*), r.o. 176; EHRM 13 december 2005, 55762/00 en 55974/00, ECLI:NL:XX:2005:AV1501, EHRC 2006/19, m.nt. Henrard, *RvdW* 2006, 160 (*Timishev/Rusland*), r.o. 56; EHRM 16 maart 2010, 15766/03, ECLI:NL:XX:2010:BM6392, EHRC 2010/59, m.nt. Gerards, NJB 2010/1019 (*Oršuš e.a./Kroatië*), r.o. 149.

46 EHRM 27 september 2011, 56328/07, ECLI:NL:XX:2011:BU7948, EHRC 2011/165, m.nt. Leijten en Gerards, JV 2012/33, m.nt. Slingenberg (*Bah/VK*), r.o. 47; 9 juni 2022, 49270/11, ECLI:CE:ECHR:2022:0609JUD004927011 (*Savickis e.a./Letland*), r.o. 183.

indirecte nationaliteitsdiscriminatie ‘vertaald’ naar onderscheid op grond van migratiestatus en hierop een minder strenge rechtvaardigingstoets toegepast.⁴⁷

Indien de *very weighty reasons*-toets niet van toepassing is, moet het onderscheid alsnog objectief worden gerechtvaardigd. Dit betekent niet dat een marginale rechtvaardigingstoets plaatsvindt. Integendeel, er kan sprake zijn van verschillende tussenvormen waarin bepaalde elementen een overwegende rol spelen. Zo stelt het EHRM zich extra kritisch op ten aanzien van aangedragen rechtvaardigingen die gestoeld zijn op (gender) stereotypering of een inherente negatieve bias bevatten.⁴⁸ Het kan dan kiezen voor een kritische bestudering van proportionaliteit zonder te verwijzen naar de *very weighty reasons*-test. Het Hof is dan echter sneller geneigd de aangedragen rechtvaardiging te accepteren. Het beleidsterrein en daarbij behorende beoordelingsruimte, de *margin of appreciation*, spelen hierin een belangrijke rol.⁴⁹ In de context van migratie hebben verdragsstaten bijvoorbeeld een grote *margin of appreciation*.⁵⁰

2.3 Intersectionaliteit

Kimberly Crenshaw beargumenteerde al in 1989 dat een eendimensionale benadering van discriminatie leidt tot het risico dat genderdiscriminatie pas wordt herkend zodra witte vrouwen – onterecht beschouwd als de ‘universele’ norm – getroffen worden.⁵¹ De combinatie van meerdere discriminatiegronden sluit genderdiscriminatie echter niet uit, maar geeft daar juist specifieke invulling aan. In Nederland is dit concept van intersectionaliteit verder uitgewerkt in onderzoek naar de positie van vrouwen met een migratieachtergrond.⁵² Gender heeft volgens deze auteurs altijd een etnische en een klassedimensie; etniciteit is tegelijkertijd ook altijd gendeerd en heeft ook altijd een klassedimensie.⁵³ Vanuit dit perspectief is de discriminatie die een Islamitische vrouw ervaart altijd een combinatie van discriminatie op grond van (onder

47 Het Hof meent dat bij migratie een element van keuze aanwezig is, althans sterker aanwezig is dan bij geslacht en etniciteit. Door dit keuze-element merkt het Hof migratiestatus niet aan als verdachte grond. EHRM 27 september 2011, 56328/07, ECLI:NL:XX:2011:BU7948, EHRC 2011/165, m.nt. Leijten en Gerards, JV 2012/33, m.nt. Slingenberg (Bah/VK), r.o. 44.

48 Stereotypering: EHRM 24 mei 2016, 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, EHRC 2016/209, m.nt. K.M. de Vries (Biao/Denemarken), r.o. 125; EHRM 22 maart 2012, 30078/06, ECLI:NL:XX:2012:BW6113, EHRC 2012/117, m.nt. Gerards, RSV 2013, 4, NJB 2012, 1178 (Konstantin Markin/Rusland), r.o. 127, 142-143; EHRM 13 oktober 2015, 33631/06, ECLI:CE:ECHR:2015:1013JUD003363106, EHRC 2016/7, m.nt. J. Uzman, (Vrontou/Cyprus), r.o. 75. Inherente negatieve bias: (Molla Salli/Griekenland), EHRM 19 december 2018, 20452/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1219JUD002045214; EHRM 13 november 2007, 57325/00, ECLI:NL:XX:2007:BC1879, EHRC 2008/5, m.nt. Hendriks, NJ 2008, 380, m.nt. Alkema, RvdW 2008, 308 (D.H./Tsjechië), r.o. 200-201.

49 Gerards (*supra* noot 42);

50 Zie bij. EHRM 3 oktober 2014, 12738/10, ECLI:CE:ECHR:2014:1003JUD001273810 (Jeunesse/Nederland), r.o. 106; 9 juni 2022, 49270/11, ECLI:CE:ECHR:2022:0609JUD004927011 (Savickis e.a./Letland), r.o. 183.

51 K. Crenshaw, ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics’, *The University of Chicago Legal Forum*, 1989/140 p. 139-167.

52 Onder meer: N. Jouwe, M. Botman & G. Wekker (red.), *Caleidoscopische visies: de zwarte, migranten- en vluchtelingen-vrouwenbeweging in Nederland*, Zutphen: Mazirel Pers 2024; H. Lutz & A. Moors, ‘De mythe van de ander. Beeldvorming over Turkse migranten in Nederland’, *Lover* 1989 16/1, p. 4-8; S. van Walsum, ‘The Politics of Culture. Orientalism in Court’ in: I. Boer e.a. (red.) *Changing Stories. Postmodernism and the Arab-Islamic World.*, Amsterdam: Rodopi 1995 p. 121-132.

53 Wekker & Lutz ‘Een Hoogvlakte met koude winden. De geschiedenis van het gender- en etniciteitsdenken in Nederland’ in: N. Jouwe, M. Botman & G. Wekker (*supra* noot 52).

meer) geslacht, etniciteit en klasse: een aparte vorm van discriminatie die anders is dan die ervaren door Islamitische mannen en niet-Islamitische vrouwen.

Het concept van intersectionaliteit is slechts in weinig jurisprudentie van het EHRM terug te zien. De verschillende gronden van discriminatie worden standaard apart van elkaar besproken.⁵⁴ Dit geeft het EHRM de ruimte om intersectioneel onderscheid op verschillende manieren te ‘vertalen’ zoals in *Bah t. het Verenigd Koninkrijk*.⁵⁵ Bij indirect onderscheid in het kader van het verbod op het dragen van een boerka en Nikaab in Frankrijk, erkent het EHRM bijvoorbeeld wel de rol van gender maar legt het de nadruk op geloofsovertuiging als discriminatiegrond.⁵⁶ Wel benadrukt het EHRM in deze zaak de ontoelaatbaarheid van stereotypering, op basis waarvan het overgaat tot een strikte proportionaliteitstoets.⁵⁷ Onder verwijzing naar de *margin of appreciation* concludeert het echter niet tot een schending.⁵⁸ In *Carvalho Pinto de Sousa Morais* past het EHRM dan weer de strenge *very weighty reasons*-test toe op onderscheid dat op geslacht, leeftijd en seksualiteit is gebaseerd.⁵⁹ Het concept van intersectionaliteit als meervoudig onderscheid is bovendien expliciet erkend door het EHRM in de *guide* over artikel 14 EVRM.⁶⁰ Het is daarmee lastig te zeggen of en hoe intersectionele benadeling de intensiteit van de rechtvaardigingstoets beïnvloedt. De verdachtheid van de grond en de *margin of appreciation* blijven waarschijnlijk leidend, evenals de ontoelaatbaarheid van negatieve stereotypering en impliciete bias.

3 Methode

3.1 Onderzoeksvragen

De holistische werkwijze van het EHRM vormt de basis voor de methode van dit artikel. De hoofdvraag is daarbij of de bestudeerde gegevens voldoende aanleiding geven voor de aanname van een *prima facie* vermoeden van indirect onderscheid op grond van de intersectie van geslacht, opleidingsniveau en nationale afkomst. De mogelijkheid van weerlegging van de analyse blijft expliciet open. In deze paragraaf wordt de methode besproken en stilgestaan bij de gebreken ervan.

54 EHRM 28 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8914, NJ 1988, 187, m.nt. Alkema, par. 71 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/VK*);

55 EHRM 27 september 2011, 56328/07, ECLI:NL:XX:2011:BU7948, EHRC 2011/165, m.nt. Leijten en Gerards, JV 2012/33, m.nt. Slingenberg (*Bah/VK*), r.o. 44.

56 EHRM 1 juli 2014, 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, EHRC 2014/208, m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (*S.A.S./Frankrijk*).

57 EHRM 1 juli 2014, 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, EHRC 2014/208, m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (*S.A.S./Frankrijk*) para 122.

58 EHRM 1 juli 2014, 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, EHRC 2014/208, m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (*S.A.S./Frankrijk*) para 153-159. De tegenstrijdigheid van de strikte proportionaliteitstoets en ruime *margin of appreciation* is fel bekritiseerd in paragraaf 18 van de dissenting opinion en, onder meer, I Fleming, ‘S.A.S. v. France: A Margin of Appreciation Gone Too Far’ (2020) 52 *Connecticut Law Review* 917.

59 EHRM 25 juli 2017, 17484/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0725JUD001748415 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*). Zie ook EHRM 24 oktober 2023, 25226/18, 25805/18, 8378/19 en 43949/19, ECLI:CE:ECHR:2023:1024JUD002522618 (*Paják e.a./Poland*), r.o. 260-263.

60 Council of Europe: European Court of Human Rights, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention – Prohibition of Discrimination*, 31 december 2020, p. 15.

Er zal worden onderzocht in hoeverre het basisexamen een beschermde groep vrouwen disproportioneel benadeelt in de uitoefening van hun recht op gezinshereniging.⁶¹ Onder benadeling in de uitoefening van het recht op gezinshereniging wordt verstaan: de uitstel van de gezinshereniging als gevolg van de plicht om te slagen voor het basisexamen. Dit wordt onderzocht door de slagingskansen en ontheffingskansen van Marokkaanse kandidaten te onderzoeken in relatie tot opleidingsniveau en geslacht.⁶² De slagingskans is de kans dat een kandidaat slaagt voor het basisexamen, terwijl de ontheffingskans verwijst naar de kans om van het basisexamen te worden vrijgesteld.

Marokkaanse vrouwen vormen al jaren de grootste groep kandidaten-basisexamen.⁶³ Het beleid rondom het basisexamen was bovendien van meet af aan expliciet gericht op de positie van Marokkaanse vrouwen in Nederland, zoals volgt uit paragraaf 2.1. Het relatief grote aantal beschikbare gegevens over deze groep leent zich daarom voor de meest complete analyse.

3.2 Cijfers DUO

Ter ondersteuning van dit onderzoek heeft de DUO inzicht gegeven in verschillende, geanonimiseerde gegevens over kandidaten-basisexamen over 2021-2023. De gebruikte cijfers van de DUO geven inzicht in het totaal aantal unieke personen en aantal examens, onderscheiden naar geslacht. Daarnaast is inzage gegeven in het opleidingsniveau van kandidaten afkomstig uit Marokko, onderscheiden naar geslacht. Deze cijfers geven dieper inzicht in de rol van geslacht, opleidingsniveau en leesvaardigheid in de slagingskansen van Marokkaanse kandidaten. Zij zijn daarom geanalyseerd in combinatie met de beschikbare cijfers uit de jaarevaluatie van 2021.⁶⁴

Tegelijkertijd zijn de cijfers van de DUO onvoldoende voor een antwoord op de onderzoeksvraag. In hoeverre kandidaten zijn gealfabetiseerd wordt bijvoorbeeld niet bijgehouden door de DUO. De mate waarin een kandidaat geen onderwijs heeft genoten, kan echter voorzichtig worden beschouwd als een indicatie van laaggeletterdheid en daarmee benadeling. Iemand die enkel basisonderwijs heeft genoten, moet immers langer studeren voor het basisexamen en heeft vaker een herkansing nodig dan een theoretisch opgeleide kandidaat.⁶⁵ Het uitstel van diens gezinshereniging is dus langer, omdat diens slagingskans lager is. Dit leidt op zichzelf niet automatisch tot intersectionele, disproportionele benadeling in de uitoefening van gezinshereniging. Immers, van een dergelijke beperking is geen sprake als de kandidaat wordt ontheven van de plicht om te slagen voor het basisexamen. De gezinshereniging kan dan uiteindelijk alsnog doorgaan. Om die reden wordt de ontheffingsregeling juridisch en empirisch geanalyseerd.

61 Een recht dat Richtlijn 2003/86 (de Gezinsherenigingsrichtlijn) dwingend toekent aan alle kandidaten-basisexamen.

62 Onder laaggeletterdheid wordt verstaan: het niet kunnen lezen en schrijven ('analfabetisme'). Onder laaggeschoold wordt verstaan: geen scholing of enkel basisschool gevolgd. Onder theoretisch opgeleid wordt verstaan: HBO of universiteit.

63 *Monitor Inburgeringsexamen Buitenland* 2008 p. 16; *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 18.

64 *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 18.

65 *Monitor Inburgeringsexamen Buitenland* 2008 p. 16; *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 18. De regering raamt de voorbereidingstijd voor het basisexamen op 300 uur voor laaggeschoolde kandidaten en op 100 uur voor theoretisch opgeleide kandidaten: *Kamerstukken II* 2004/05, 29700 nr. 6, p. 47.

3.3 Cijfers IND

Ter ondersteuning van het onderzoek heeft de IND geanonimiseerd inzicht verschaft in de aantallen verzoeken om ontheffing over 2021-2023, onderscheiden naar geslacht en nationaliteit. Daarnaast heeft de IND inzicht verschaft in de aantallen toegekende verzoeken, onderscheiden naar geslacht. De aantallen zijn afgerond op tientallen. Tot slot is voor dit artikel gebruik gemaakt van het door de IND verschaft percentage toegekende verzoeken van het aantal inhoudelijk behandelde verzoeken, onderscheiden naar geslacht van Marokkaanse en Afghaanse kandidaten.⁶⁶

De mate waarin vrouwen al dan niet ontheven worden van het basisexamen is relevant voor de vraag of het basisexamen vrouwen disproportioneel benadeelt in de uitoefening van gezinshereniging. De mate waarin vrouwelijke en mannelijke kandidaten ongeschoold zijn én verzoeken om ontheffing, geeft bovendien een indicatie van de mate waarin deze groepen benadeling ervaren. De door de DUO beschikbaar gestelde gegevens zijn daarom in paragraaf 4.1 geanalyseerd in combinatie met cijfers die de IND heeft gedeeld. Enige voorzichtigheid is hier echter op zijn plaats. Er kan immers niet worden aangenomen dat laaggeletterde kandidaten altijd bewust zijn van de ontheffingsregeling en daartoe vereiste administratieve procedure.

De door de IND verschaft inzage geeft geen inzicht in de wijze waarop verzoeken om ontheffing in de besluitvorming worden beoordeeld. Evenmin kan worden vastgesteld of de vrouwelijke kandidaten die (succesvol) verzoeken om ontheffing laaggeletterd zijn. Beide gegevens zijn echter relevant voor de beantwoording van de vraag of de ontheffingsregeling benadelende effecten (en eventuele genderongelijkheid hierin) wegneemt. Dit vereist echter een uitgebreid dossieronderzoek bij de IND, waarvoor een afstudeerwerk in het kader van een master zich niet leent.

3.4 Rechtspraak over ontheffingsregeling

De wijze van beoordeling door de IND is daarom met enige voorzichtigheid afgeleid uit het verweer van de IND in rechtspraak over het basisexamen. De rechtspraak geeft bovendien een lichte indicatie van de intersectie van geslacht, nationaliteit en scholingsniveau van de kandidaten die verzoeken om ontheffing en de wijze waarop hun omstandigheden worden afgewogen. Om die reden zijn 81 uitspraken over het basisexamen systematisch geanalyseerd. De uitspraken zijn gevonden op rechtspraak.nl, migratieweb.nl en vluchtweb.nl door te zoeken op 'basisexamen'. Dit leverde 140 uitspraken op, waarvan 21 van de ABRvS en de rest van rechtbanken. De uitspraken die geen betrekking hebben op ontheffing van het basisexamen zijn uit de sample gehaald. Dit zijn bijvoorbeeld uitspraken die enkel betrekking hebben op het gelijkheidsbeginsel of het verhalen van kosten.⁶⁷ Daarnaast is gecontroleerd of meerdere uitspraken niet toevallig betrekking hebben op dezelfde kandidaat. In totaal hebben 81 uitspraken betrekking op een

⁶⁶ Niet alle verzoeken om ontheffing worden in hetzelfde jaar inhoudelijk afgehandeld, mede omdat kandidaten soms in de tussentijd slagen.

⁶⁷ In 2011 oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat opleggen van het reguliere inburgeringsvereiste in strijd is met het EEG Associatierecht Turkije, zie CRvB 16 augustus 2011, ECLI:NL:CRB:2011:BR4959. Als gevolg hiervan konden Turkse migranten die het basisexamen hadden afgelegd de door hen gemaakte kosten hiervan terugvragen.

individueel verzoek om ontheffing: acht zijn gewezen door de ABRvS en 73 door de rechtbanken. De uitspraken dateren van juli 2008 tot juli 2024.

De 81 uitspraken zijn in twee rondes systematisch gelezen en gecodeerd door middel van het data-analyse programma Nvivo. In de eerste ronde zijn door middel van open codering de aspecten van de aangedragen argumenten en overwegingen van de eiser, IND en bestuursrechter bijgehouden. Daarnaast is bijgehouden of het beroep op ontheffing verband houdt met ‘analfabetisme’ en lage scholing. Ook is het geslacht en de nationaliteit van de eiser gecodeerd. Tot slot is bijgehouden hoelang de voorbereidingstijd duurt, indien die wordt genoemd. Op basis van deze analyse zijn algemene thema’s ontdekt die relevant zijn voor de toepassing van de ontheffingsregeling. Dit is verder onderzocht in de tweede ronde van de analyse, waarin de uitspraken opnieuw zijn gelezen en kwantitatief is bijgehouden hoeveel pogingen de eiser heeft ondernomen en of de eiser een cursus heeft gevolgd. Op deze wijze is het verband tussen voldoende voorbereiding, alfabetisering, scholing, geslacht, nationaliteit en geslaagd beroep kwantitatief en kwalitatief onderzocht. De resultaten van deze analyse worden in paragraaf 4.3 gedeeld.

Het aantal van 81 uitspraken is voldoende voor een systematische analyse van beoordelingscriteria, maar onvoldoende voor een volledige kwantitatieve analyse. Pas sinds 2022 worden rechtbankuitspraken vaker gepubliceerd. Bovendien is een gerechtelijke procedure niet voor iedere kandidaat wiens verzoek om ontheffing is afgewezen, een reële optie. Zo is de beslissing om géén ontheffing te verlenen niet zelfstandig vatbaar voor bezwaar en beroep.⁶⁸

Harde conclusies over de mate waarin kandidaten-basisexamen worden benadeeld in hun uitoefening van het recht op gezinshereniging op grond van de intersectie tussen geslacht, scholing en nationale afkomst, kunnen in dit artikel niet worden getrokken. Gelet op de holistische benadering van het Hof bij het vaststellen van indirect onderscheid is dit ook niet nodig. De zwakke elementen in de ene bron, worden enigszins gecompenseerd door de krachtige elementen in de andere bronnen. De onderzoeksvraag kan daarom voldoende worden beantwoord voor Marokkaanse vrouwen. Dat gebeurt in de analyse van paragraaf 5. Daarin wordt in 5.2 ook stilgestaan bij de vraag of een eventueel vermoeden van indirect onderscheid kan worden gerechtvaardigd.

4 Resultaten

4.1 Kwantitatieve analyse cijfers IND & DUO

Gemiddeld zijn er in 2021-2023 jaarlijks 5800 vrouwelijke kandidaten-basisexamen en 2100 mannelijke.⁶⁹ Vrouwelijke kandidaten doen in 2021-2023 gemiddeld anderhalf keer zo vaak beroep op ontheffing als mannelijke kandidaten.⁷⁰ Zo doet 9% van de vrouwelijke kandidaten beroep op ontheffing en 6% van de mannelijke. Uit de gegevens van de IND over 2021-2023

⁶⁸ Bezwaar en beroep staan slechts open tegen de beschikking op de aanvraag voor de machtiging tot voorlopig verblijf. Dat betekent dat leges moeten worden betaald en moet worden voldaan aan andere administratieve vereisten.

⁶⁹ Cijfers DUO.

⁷⁰ Cijfers DUO en cijfers IND.

volgt verder dat geen sprake is van significante verschillen tussen de toekenning van ontheffing voor mannen en vrouwen: voor beide groepen geldt dat gemiddeld 52% van hun inhoudelijk behandelde verzoeken om ontheffing worden toegekend.

In 2021-2023 zijn er in totaal 3009 vrouwelijke kandidaten met Marokko als land van herkomst. In die periode ontvangt de IND 410 verzoeken om ontheffing van Marokkaanse vrouwen. Als percentage van het aantal Marokkaanse vrouwelijke kandidaten is dit 13,6%. Marokkaanse vrouwelijke kandidaten doen dus meer dan twee keer zo vaak beroep op ontheffing als alle mannelijke kandidaten.⁷¹ Ten opzichte van Marokkaanse mannen is het verschil nog groter. Over 2021-2023 doet 5,4% van de Marokkaanse mannelijke kandidaten beroep op ontheffing.⁷² Marokkaanse vrouwen doen daarmee bijna drie keer zo vaak beroep op ontheffing als Marokkaanse mannen.

De inhoudelijk behandelde ontheffingsverzoeken van Marokkaanse vrouwen worden relatief vaak afgewezen. Gemiddeld wordt 38% van hun inhoudelijk behandelde verzoeken toegekend. Dat is significant lager dan het honoreringspercentage van Marokkaanse mannelijke kandidaten: dat bedraagt 54%. Ook is het ontheffingspercentage van Marokkaanse vrouwen lager dan dat van alle kandidaten (dat bedraagt immers 52% van het aantal inhoudelijk behandelde verzoeken). Ter vergelijking: 86% van de inhoudelijk behandelde verzoeken om ontheffing van Afghaanse vrouwen wordt toegekend. De inhoudelijk behandelde verzoeken van Marokkaanse vrouwen worden daarmee 1,3 keer zo vaak afgewezen als de inhoudelijk behandelde verzoeken van (alle) vrouwelijke kandidaten en (alle) mannelijke kandidaten.⁷³

Tegelijkertijd zijn Marokkaanse vrouwelijke kandidaten relatief vaak ongeschoold vergeleken met Marokkaanse mannelijke kandidaten. Zo heeft 15% van de vrouwelijke kandidaten afkomstig uit Marokko geen onderwijs genoten, tegenover 7% van de mannen afkomstig uit Marokko. Vergeleken met de mate waarin Marokkaanse vrouwen verzoeken om ontheffing, is de mate waarin zij ongeschoold zijn echter *hoog*.⁷⁴ Immers, als alle ongeschoolde vrouwen afkomstig uit Marokko ontheffing zouden aanvragen, zou meer dan 13,6% van de Marokkaanse vrouwelijke kandidaten verzoeken om ontheffing. Mogelijk is deze groep dus niet geneigd om een verzoek om ontheffing in te dienen. Bijvoorbeeld omdat ze eerst meerdere pogingen ondernemen om het examen te halen, de kans klein achten dat ze worden ontheven of omdat zij niet op de hoogte zijn van de ontheffingsregeling (of een combinatie hiervan).

Marokkaanse vrouwelijke kandidaten zijn op grond van het voorgaande twee keer zo vaak als Marokkaanse mannen ongeschoold en verzoeken 2,5 keer zo vaak om ontheffing, maar hun inhoudelijk behandelde verzoeken worden 1,4 keer zo vaak afgewezen als die van Marokkaanse mannen.

71 Immers, 6% van de mannelijke kandidaten verzoekt om ontheffing.

72 Zo doen 70 Marokkaanse mannen een verzoek om ontheffing bij de IND in 2021-2023. Als percentage van de 1296 mannelijke kandidaten afkomstig uit Marokko is dit 5,4%.

73 48% van de inhoudelijk behandelde verzoeken van vrouwelijke kandidaten wordt afgewezen.

74 15% van de vrouwen afkomstig uit Marokko is ongeschoold terwijl 13,6% verzoekt om ontheffing.

4.2 Analyse evaluatierapporten

Uit de jaarlijkse evaluatie van het basisexamen in 2021 volgt dat 20% van de Marokkaanse kandidaten niet een eerste volledig examen afleggen, maar een examen herkansen of in delen afleggen (of allebei).⁷⁵ De kandidaten scoren het slechtst op de leestoets.⁷⁶ Die leestoets is in 2023 gewijzigd van 60% geletterdheid en 40% begrijpend lezen naar 100% begrijpend lezen. Dit om beter aan te sluiten bij het doel om vast te stellen of nieuwkomers beschikken over de praktische leesvaardigheid.⁷⁷ Een door Cito samengestelde adviescommissie meent dat het niveau hiermee niet is veranderd, omdat praktisch hetzelfde wordt getoetst.⁷⁸ Laaggeletterde kandidaten kunnen door deze wijziging een lage score op begrijpend lezen echter niet meer compenseren met een hoge score op geletterdheid. Dit treft waarschijnlijk de ongeschoolde Marokkaanse vrouwelijke kandidaten extra hard. Marokkaanse vrouwelijke kandidaten zijn immers twee keer zo vaak als Marokkaanse mannen ongeschoold en verzoeken 2,5 keer zo vaak om ontheffing.

Dat Marokkaanse vrouwen twee keer zo vaak geen scholing hebben genoten als Marokkaanse mannen, kan gelegen zijn in de kwetsbare positie van vrouwen uit bepaalde inheemse gemeenschappen die (onder andere) in Marokko leven. Onder de Bedoeïenen en Imazighen is het alfabetiseringspercentage onder vrouwen tussen de 20% en 10%.⁷⁹ Dit is opvallend laag, gelet op het feit dat het algemene alfabetiseringspercentage in Marokko 100% nadert.⁸⁰ Dat de afwezigheid van alfabetisering in het Arabisch Bedoeïenen en Imazighen vrouwen 'analfabeet' maakt is echter een controversiële en gevoelige kwestie. De orale traditie van taal en cultuur binnen deze gemeenschappen is mede het gevolg van marginalisering en uitsluiting van deze groepen. Zo is pas recent het Tarafit Berber in Marokko erkent als een officiële taal. Tegelijkertijd spelen sociaal-culturele opvattingen over de rol van vrouwen in het gezin een belangrijke rol in de ongelijkheid van scholingskansen van vrouwen en meisjes binnen deze gemeenschappen.⁸¹

Op grond van het voorgaande lijken Marokkaanse vrouwen vaker te worden benadeeld door hun scholingsniveau op het basisexamen dan Marokkaanse mannen. Tegelijkertijd volgt uit de sociaal-politieke context van Marokko dat gender en sociale afkomst de kwetsbaarheid van Bedoeïenen en Imazighen vrouwen versterken. Uit de cijfers van de IND volgt echter niet direct dat Marokkaanse vrouwen in gelijke mate in aanmerking komen voor ontheffing.

75 *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 30. Er zijn dat jaar 1366 kandidaten uit Marokko en er worden 1083 eerste volledige examens onder deze kandidaten afgenomen.

76 *Monitor basisexamen in het buitenland* 2021, p. 30.

77 Staatscourant 2023, 13939.

78 Staatscourant 2023, 13939.

79 Y.J. Lee, F. Mouktaoui & Y. Kim, 'Mitigating gender gap in access to primary education in rural areas of Morocco', *Africa Review* 2020/12, p. 39.

80 Data Worldbank, 'Literacy rate adult total: Morocco', beschikbaar via www.data.worldbank.org; Data Worldbank, 'Literacy rate female total: Morocco', beschikbaar via www.data.worldbank.org; Data Worldbank, 'Literacy rate male total: Morocco', beschikbaar via www.data.worldbank.org.

81 B. Laghssais & I. Comins-Mingol, 'Beyond vulnerability and adversities: Amazigh women's agency and empowerment in Morocco', *The Journal of North African Studies* 2023/28, p. 347.

4.3 Rechtspraak-analyse

Om in aanmerking te komen voor ontheffing, moet de kandidaat zich ‘aantoonbaar voldoende hebben ingespannen’ om te slagen. De IND toetst dit aan de hand van het door de kandidaat aangevoerde bewijs van concreet verrichte inspanningen.⁸² Uit de voorgaande paragraaf volgt dat dit niet vaak slaagt: het gemiddelde ontheffingspercentage bij de IND is 52% en voor Marokkaanse vrouwen 38%. Ook bij de bestuursrechter is de kans op vrijstelling klein. Van de 81 uitspraken slaagt het beroep van de eiser dertien keer: tien keer bij een vrouw en drie keer bij een man. Twee keer wordt dit voor vrouwen echter in hoger beroep door de Afdeling teruggedraaid.⁸³ De slagingskans van het beroep bij de rechtbank is daarmee voor vrouwen 12% en voor de mannen 25%. Bovendien komt onder vrouwen ‘analfabetisme’ en gebrek aan scholing, voor zover genoemd, vaker voor dan onder de mannen (zie tabel 1). Dit wekt de suggestie dat laaggeletterdheid niet snel leidt tot ontheffing (bij de rechtbank). De drie mannen die bij de rechtbank in het gelijk worden gesteld, zijn echter alle drie laaggeletterd.⁸⁴

Kenmerken	Totaal	Vrouwen	Mannen	Marokkaanse vrouwen	Afghaanse vrouwen	Ghanese vrouwen	Iraakse vrouwen
Beroep op ontheffing	81	69	12	28	7	3	3
Laaggeschoold	59	53	5	27	6	2	3
Ongeletterd	51	46	4	24	4	2	3
Geslaagd beroep op ontheffing	11	8	3	2	2	0	0

Tabel 1 Scholing, alfabetisering en (geslaagd) beroep onderscheiden naar geslacht en nationaliteit

Bovenstaande tabel heeft betrekking op het totaal aantal zaken sinds 2008, toen uitspraken minder werden gepubliceerd. Bovendien hebben de uitspraken van vóór 2015 betrekking op een andere vorm van ontheffing, de hardheidsclausule die als gevolg van *K en A* is aangepast naar een individuele beoordeling. De mate waarin de bestuursrechter de IND in het ongelijk stelt is na *K en A* echter niet wezenlijk anders: de slagingskans van een beroep op ontheffing bij de rechtbank na *K en A* is 13,8%: voor vrouwen 11,1% en voor mannen 27,3% (zie tabel 2). Wel worden na *K en A* de omstandigheden in de uitspraken uitvoeriger besproken en getoetst door de rechter. Hieruit volgt dat het volgen van een cursus en ondernemen van meerdere pogingen van groot belang is om te voldoen aan de bewijsvraag van voldoende inspanningen.⁸⁵

82 Rb. Den Haag 25 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14544, r.o. 20; Rb. Haarlem 10 mei 2019, zaak nummer AWB 18/9555, r.o. 4.2.1; Rb. Den Haag 2 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10371, r.o. 3.2; Rb. Den Haag 22 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2979, r.o. 8.

83 ABRvS 15 augustus 2011, 201007300/1/V1; ABRvS 18 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3412.

84 Rb. Den Haag Zp. Haarlem 7 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:579; Rb. Den Haag 20 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4842; Rb. Den Haag Zp. Amsterdam 28 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11422.

85 Rb. Den Haag Zp. Haarlem 10 mei 2019, AWB 18/9555, r.o. 4.2.1; Rb. Den Haag 22 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2979, r.o. 8.

Volgen van een cursus

Rechtbank Rotterdam stelt expliciet dat de IND van kandidaten mag verwachten dat zij een cursus volgen om zo de inspanningen ‘geobjectiveerd’ inzichtelijk te maken.⁸⁶ Zelfstudie, oefenen met familie en YouTube filmpjes, tenzij uitvoerig gestaafd met notities en aantekeningen, maken de inspanningen niet voldoende inzichtelijk.⁸⁷ Van de negen kandidaten bij de rechtbank met een geslaagd beroep op ontheffing, hebben dan ook zes een cursus gevolgd.⁸⁸

Van de 27 kandidaten bij de rechtbank die een cursus hebben gevolgd, doen echter slechts zes een geslaagd beroep op ontheffing. Veel kandidaten hebben zich, ondanks het volgen van de cursus, niet op ‘passende’ wijze voorbereid.⁸⁹ Een passende voorbereiding vergt een geaccrediteerde cursus die aansluit op de ‘leerbehoefte’ van de kandidaat.⁹⁰ Vooral laaggeschoolde en laaggeletterde kandidaten wordt tegengeworpen dat de cursus niet bedoeld is voor laaggeletterden.⁹¹ De kandidaat moet daarnaast kunnen concretiseren welke inspanningen zijn verricht tijdens de cursus.⁹² Bijvoorbeeld door het bijhouden van een agenda met studiemomenten en het bewaren van bonnetjes van aangeschaft materiaal.⁹³ Bovendien moet een kandidaat aantonen dat zij haar best heeft gedaan, bijvoorbeeld aan de hand van evaluaties van docenten.⁹⁴ Tussen de geanalyseerde uitspraken zitten drie Imazighen vrouwen en één Bedoeïenen vrouw.⁹⁵ Zij zijn laaggeletterd en hebben geen tot beperkte scholing genoten. Van slechts één vrouw, de Bedoeïenen vrouw, slaagt het beroep: haar medische omstandigheden zijn onvoldoende meegenomen.

86 Rb. Den Haag Zp. Rotterdam 21 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11572, r.o. 5.2.

87 Rb. Den Haag Zp. Haarlem 10 mei 2019, AWB 18/9555, r.o. 4.2.1; Rb. Den Haag 22 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2979, r.o. 8; Rb. Den Haag 21 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11572, r.o. 5.2; Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 19 december 2018, AWB 18/5521.

88 Rb. Den Haag 20 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4842; Rb. Den Haag 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17417; Rb. Den Haag Zp. Amsterdam 28 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11422; Rb. Den Haag Zp. Haarlem 7 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:579; Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 19 december 2018, AWB 18/5521; Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 6 augustus 2018, VK, AWB 18/1443.

89 Rb. Den Haag 22 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2979, r.o. 8; Rb. Den Haag Zp. Utrecht 25 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15536; Rb. Den Haag Zp. Utrecht 25 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14544, r.o. 19.

90 Rb. Den Haag 25 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14544, r.o. 20; Rb. Den Haag 14 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:8848, r.o. 7; Rb. Utrecht 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14850, r.o. 9; Rb. Den Haag Zp. Arnhem, 15 september 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:13985, r.o. 4.1.

91 Rb. Den Haag Zp. Middelburg 9 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5727, r.o. 5; Rb. Den Haag Zp. Middelburg 4 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12350, r.o. 4; Rb. Den Haag Zp. Amsterdam 16 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9317, r.o. 6.1; Rb. Den Haag 22 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2979, r.o. 8; Rb. Den Haag Zp. Haarlem 2 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10371, r.o. 3.1; Rb. Den Haag 7 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9154, r.o. 2; Rb. Den Haag Zp. Utrecht 25 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14544, r.o. 19; Rb. Den Haag Zp. Utrecht 25 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15536, r.o. 5.

92 Rb. Den Haag 25 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14544, r.o. 20; Rb. Den Haag 14 juni 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:8848, r.o. 7; Rb. Utrecht 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14850, r.o. 9; Rb. Den Haag Zp. Arnhem, 15 september 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:13985, r.o. 4.1.

93 Rb. Den Haag 22 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2979, r.o. 8; Rb. Den Haag 2 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10372, r.o. 3.1; Rb. Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10478, r.o. 6.

94 Rb. Den Haag Zp. Middelburg 9 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5727, r.o. 2; Rb. Den Haag Zp. Middelburg 1 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:10478, r.o. 6; Rb. Den Haag Zp. Arnhem 11 juni 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:9148, r.o. 7.3.

95 Rb. Den Haag Zp. Arnhem, 15 september 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:13985; Rb. Den Haag Zp. Utrecht 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14850; Rb. Den Haag Zp. Utrecht 25 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14544; ABRvS 9 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5761.

men door de IND.⁹⁶ Over de andere vrouwen wordt geoordeeld dat zij onvoldoende hun inspanningen hebben bewezen. Zo wordt een Imazighen vrouw verweten dat zij weinig over de door haar gevolgde cursus kan vertellen.⁹⁷ Een andere Imazighen vrouw wordt verweten dat de door haar gevolgde cursus niet bedoeld is voor laaggeletterden.⁹⁸

Meerdere pogingen

Van de acht uitspraken waarin na *K en A* de eisers in het gelijk worden gesteld, hebben zes eisers het basisexamen meermaals herkanst (zie tabel 2).⁹⁹ Eén vrouw heeft acht pogingen gedaan.¹⁰⁰ Slechts in één zaak wordt geoordeeld dat sprake is van voldoende inspanningen ondanks het niet doen van meerdere pogingen.¹⁰¹ De rechtbank acht daarbij relevant dat de (Dominicaanse) vrouw al vier jaar bezig is met voorbereiden, het zelfstudiepakket is gedownload, een cursus is gevolgd en er veel aantekeningen uit het studieboek zijn overgelegd.¹⁰² In de andere uitspraken wordt het 'niet nog eens hebben geprobeerd' tegengeworpen.¹⁰³ Zo vraagt een Marokkaanse vrouw om ontheffing nadat zij voor de tweede keer gezakt is voor het basis-examen.¹⁰⁴ Dat ze het niet nog eens heeft geprobeerd, getuigt volgens de IND en rechtbank van onvoldoende inspanning.¹⁰⁵ Dat de vrouw in de vier jaren ervoor intensief cursussen heeft gevolgd, maakt dit niet anders; het gebrek aan inspanning na de mislukte poging weegt zwaarder.¹⁰⁶ De eerder besproken Imazighen vrouw heeft drie herkansingen gemaakt. Haar wordt echter tegengeworpen dat haar scores niet zijn verbeterd met de herkansingen.¹⁰⁷

Impliciete benadeling

De drie mannen die een geslaagd beroep doen op ontheffing, voldoen alle drie aan meerdere criteria tegelijkertijd. Ze zijn niet alleen laaggeletterd, maar hebben ook een cursus gevolgd en drie of meer pogingen gedaan.¹⁰⁸ Marokkaanse vrouwen voldoen echter relatief vaker aan meerdere beoordelingscriteria tegelijkertijd, zonder dat dit relatief vaker leidt tot een geslaagd beroep. Dit staat schematisch weergegeven in tabel 2.

96 Rb. Den Haag Zp. Arnhem, 15 september 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:13985, r.o. 4.4.

97 Rb. Den Haag Zp. Utrecht 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14850 r.o. 9.

98 Rb. Den Haag Zp. Utrecht 25 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14544 r.o. 19.

99 Rb. Den Haag 20 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4842; Rb. Den Haag 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17417; Rb. Den Haag Zp. Arnhem, 15 september 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:13985; Rb. Den Haag Zp. Haarlem 7 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:579; Rb. Den Haag Zp. Amsterdam 28 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11422; Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 19 december 2018, AWB 18/5521; Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 6 augustus 2018, VK, AWB 18/1443.

100 Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 6 augustus 2018, VK, AWB 18/1443.

101 Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 19 december 2018, AWB 18/5521. In Rb. Den Haag 11 april 2024 NL23/21163 bevindt de vreemdeling zich in Oeganda als vluchteling waardoor zij het examen noch in Oeganda (waar geen diplomatieke post is), noch haar land van herkomst kan maken.

102 Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 19 december 2018, AWB 18/5521, r.o. 3.4.

103 ABRvS 18 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3412, r.o. 6; Rb. Den Haag 20 april 2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:4094, r.o. 8; Rb. Den Haag 25 februari 2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:15536, r.o. 5; Rb. Den Haag 2 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10371, r.o. 3; Rb. Haarlem 10 mei 2019, zaak nummer AWB 18/9555, r.o. 4.2.1.

104 Rb. Den Haag 2 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10371, r.o. 3.

105 Rb. Den Haag 2 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10371, r.o. 3.2.

106 Rb. Den Haag 2 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10371, r.o. 3.2.

107 Rb. Den Haag Zp. Utrecht 20 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:14850 r.o. 9.

108 Rb. Den Haag Zp. Haarlem 7 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:579; Rb. Den Haag 20 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4842; Rb. Den Haag Zp. Amsterdam 28 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11422.

Na K en A	Totaal	Vrouwen	Mannen	Marokkaanse vrouwen
Beroep op ontheffing	65	54	11	23
Cursus gevolgd	29	26	3	17
Meerdere pogingen	30	26	4	15
Laaggeschoold, ongeletterd en cursus	25	22	3	14
Waarvan geslaagd beroep	6	3	3	1
Laaggeschoold, ongeletterd en meerdere pogingen	22	19	3	12
Waarvan geslaagd beroep	6	3	3	2
Laaggeschoold, ongeletterd, cursus én meerdere pogingen	19	16	3	10
Waarvan geslaagd beroep	5	2	3	1

Tabel 2 Beoordelingscriteria en (geslaagd) beroep na K en A onderscheiden naar geslacht en Marokkaanse nationaliteit

Van de veertien laaggeletterde Marokkaanse vrouwen die een cursus hebben gevolgd, slaagt één beroep bij de rechtbank. Onder de acht niet-Marokkaanse vrouwen geldt dit voor twee beroepen. Van de Marokkaanse vrouwen die ongeletterd en laaggeschoold zijn, een cursus hebben gevolgd en meerdere pogingen hebben gedaan, is bij 10% het beroep op ontheffing geslaagd. Dit is lager dan bij de mannen (27,3%) en niet-Marokkaanse vrouwen (16,7%) die aan die beoordelingscriteria voldoen. Onder de Marokkaanse vrouwen lijken dus vaker andere individuele omstandigheden zwaarder te wegen dan de omstandigheid dat sprake is van laaggeletterdheid, een cursus is gevolgd en/of meermaals is herkanst. Te wijzen valt op de cursus die bij de leerbehoefte moet aansluiten, het gebrek aan progressie in de scores en het verstrijken van tijd tussen de pogingen. De IND voert dit aan onder verwijzing naar de besluit- en bezwaarfase en de terughoudende toetsende rechter gaat daar vervolgens in mee. Dit wijst erop dat de contraindicaties voor voldoende inspanning tijdens de bestuurlijke besluitvorming worden geconstateerd. Dit kan, mede gelet op het lage ontheffingspercentage van Marokkaanse vrouwen bij de IND, betekenen dat sprake is van onbewuste *bias* in de beoordeling van de bewijslast van 'voldoende inspanning'. Dit wordt bevestigd door de eerdere analyse, waaruit volgt dat 15% van de Marokkaanse vrouwelijke kandidaten geen scholing heeft gehad: zij zouden dus in aanmerking kunnen komen voor ontheffing als zij voldoende inspanning bewijzen. De rechtspraak-analyse bevestigt verder enigszins het beeld dat de meerderheid van Marokkaanse vrouwen die verzoeken om ontheffing, dit doet in verband met laaggeletterdheid. Hun inhoudelijk behandelde verzoeken worden echter relatief het vaakst afgewezen in vergelijking met Marokkaanse mannelijke kandidaten, (alle) vrouwelijke kandidaten en (alle) mannelijke kandidaten.

5 Analyse

5.1 Weerlegbaar vermoeden van indirect onderscheid

Op grond van het voorgaande kan niet de conclusie worden getrokken dat het basisexamen leidt tot indirect onderscheid op grond van de intersectie tussen geslacht, scholing en nationale afkomst. Daartoe ontbreken teveel gegevens. Wel volgt uit het voorgaande dat Marokkaanse kandidaten relatief veel moeite hebben met de leestoets en dat Marokkaanse vrouwelijke kandidaten twee keer zo vaak ongeschoold zijn als Marokkaanse mannelijke. Tegelijkertijd volgt uit de rechtspraak dat laaggeletterde en laaggeschoolde kandidaten soms meerdere jaren bezig zijn met studeren voor en het herkansen van het basisexamen.¹⁰⁹ Vergeleken met midden tot hoogopgeleide kandidaten die minder herkansingen nodig hebben, worden zij dus benadeeld in hun slagingskans. Het is daarom aannemelijk dat de verhoging van het examenniveau in 2011 en 2023 hebben geleid tot disproportionele benadeling van in het bijzonder Imazighen en Bedoeïenen vrouwen in Marokko.

Doordat de verzoeken om ontheffing van Marokkaanse vrouwen relatief vaak worden afgewezen, kan daarnaast worden gesproken van disproportionele benadeling in de uitoefening van het recht op gezinsherening. Het lage ontheffingspercentage bij de IND kan er echter mee te maken hebben dat Marokkaanse kandidaten mogelijk relatief vaak omstandigheden aanvoeren die enkel zien op laaggeletterdheid en lage scholing. In tegenstelling tot Afghaanse en Syrische kandidaten vormt de algehele veiligheidssituatie in Marokko geen belemmering voor het afleggen van het basisexamen. Daarnaast hoeven Marokkaanse kandidaten ook niet naar een ander land af te reizen om het basisexamen te maken. Dit geldt echter ook voor Marokkaanse mannen. Hun inhoudelijk behandelde verzoeken worden vooralsnog relatief vaker toegekend door de IND dan die van Marokkaanse vrouwen.

In reactie op dit artikel heeft de IND laten weten zich niet te kunnen vinden in de karakterisering ‘inherente negatieve bias’. Daarnaast benadrukt de IND dat niet via een apart traject extra bewijs wordt geëist van bepaalde categorieën vreemdelingen. Dat bewust extra eisen worden gesteld aan laaggeletterde kandidaten of Marokkaanse vrouwen, volgt inderdaad niet uit dit onderzoek. Tegelijkertijd bevat dit onderzoek wel degelijk aanknopingspunten voor een risico op onbewuste *bias*. Marokkaanse vrouwelijke kandidaten zijn immers twee keer zo vaak als Marokkaanse mannen ongeschoold en verzoeken 2,5 keer zo vaak om ontheffing bij de IND, maar hun inhoudelijk behandelde verzoeken worden relatief vaker *afgewezen*. Een dergelijke *bias* kan onbedoeld insluipen door een nadruk op individuele omstandigheden. Een gebrekkige onderbouwing van verrichte inspanning kan als gevolg van *availability bias* onterecht worden beschouwd als onderbouwing van gebrek aan inspanning. Deze nadruk wordt door de rechtspraak-analyse bevestigd: ook wanneer Marokkaanse vrouwen een cursus hebben gevolgd en meermaals hebben herkanst, wegen andere individuele omstandigheden zwaarder in hun nadeel.

¹⁰⁹ Rb. Den Haag 18 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7399; Rb. Haarlem 18 augustus 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG7474, r.o. 3; Rb. Noord-Holland Zp. Haarlem 29 december 2017 zaaknummer HAA 17/2030, r.o. 1; Rb. Den Haag 22 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2979, r.o. 4; Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 6 augustus 2018, VK, AWB 18/1443; Rb. Den Haag Zp. Haarlem, 19 december 2018, AWB 18/5521; Rb. Den Haag 31 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4802, r.o. 10.

Gelet hierop is voldoende aanleiding voor het aannemen van een *prima facie* vermoeden van indirect onderscheid in de mogelijkheid van de uitoefening van gezinshereniging door Marokkaanse vrouwen, in het bijzonder Imazighen en Bedoeïenen vrouwen in Marokko. Het is dan aan de verdragsstaat, in dit geval Nederland, om objectieve (intersectionele) gegevens aan te leveren die dit vermoeden weerleggen.

5.2 Objectieve rechtvaardiging

Indien verdere gegevens dit vermoeden niet kunnen weerleggen, zal moeten worden beoordeeld of het indirecte onderscheid niet vooralsnog objectief kan worden gerechtvaardigd. Gelet op de verdachtheid van de grond van geslacht en de ruime *margin of appreciation* die verdragsstaten hebben bij migratiebeleid, ligt een tussenvorm qua toetsingsintensiteit voor de hand. De rechtvaardiging van het onderscheid moet daarbij losstaan van het onderscheid. Dit impliceert, ten eerste, dat de benadeling op grond van laaggeletterdheid en lage scholing niet objectief kan worden gerechtvaardigd zolang dit leidt tot disproportionele benadeling van een beschermde groep (i.c. Marokkaanse vrouwen). Immers, het ligt dan op de weg van de verdragsstaat om hier onderzoek naar te doen.¹¹⁰

Legitieme doelstelling

Zoals volgt uit paragraaf 2.1 beschouwt de regering het basisexamen als een middel om zowel de individuele integratie als het integratieproces als geheel te verbeteren. Dit zijn op zichzelf beschouwt legitieme doelen. De vraag is echter of uitsluiting niet ook een doelstelling is van het basisexamen. Zie ook de discussie van K.M. de Vries en J. Moritz in *A&MR*.¹¹¹ Het beperken van de 'instroom' van huwelijksmigranten is volgens de regering geen primair doel van het basisexamen.¹¹² Het is echter wel een 'belangrijk effect' van het uitstel van hun gezinsmigratie als gevolg van de studie voor het basisexamen.¹¹³ In 2011 werd het niveau van het basisexamen bovendien verhoogd. De aanleiding was de hoge 'instroom' van laagopgeleide huwelijksmigranten, in het bijzonder uit Marokko en Turkije.¹¹⁴ De doelstelling lijkt met deze aanpassing meer gericht op het uitsluiten van bepaalde kandidaten. Tegelijkertijd werden maatregelen getroffen om uitsluiting te voorkomen. Het zelfstudiepakket werd uitgebreid met een alfabetiseringscursus en er werd een hardheidsclausule aan het examen toegevoegd.¹¹⁵ Deze hardheidsclausule wordt echter in 2015 door het HvJEU als te strikt beschouwd wegens een gebrek aan individuele beoordeling.¹¹⁶ De rechtvaardigingsvraag draait hierdoor sterk om de vraag of de ontheffings-

110 EHRM 24 mei 2016, 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, *EHRC* 2016/209, m.nt. K.M. de Vries (*Biao/Denemarken*), r.o. 126.

111 K.M. de Vries, 'Inburgering in het buitenland: Integratie door uitsluiting', *A&MR* 2012/4, p. 207-212; J. Moritz, 'Inburgering in het buitenland: vraagtekens bij de rechtmatigheid vanuit Europees perspectief', *A&MR* 2012/4, p. 202-206.

112 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 19.

113 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 19.

114 *Kamerstukken II* 2009/10, 32175, nr. 1, p. 1.

115 Staatsblad 2010, 679, p. 9.

116 HvJ EU 9 juli 2015, C-153/14, K&A, ECLI:EU:C:2015:523.

categorie het onderscheid objectief kan rechtvaardigen: die moet proportioneel zijn en mag geen impliciete *bias* bezitten.¹¹⁷

Dat Marokkaanse vrouwelijke kandidaten minder voor ontheffing in aanmerking lijken te komen, moet dus ook objectief worden gerechtvaardigd. Wat eventueel kan worden aangevoerd als legitieme doelstelling is de juridische effectuering van de ontheffingscategorie. Voor laaggeletterde Marokkaanse vrouwen komt ontheffing sterk neer op het bewijs van ‘voldoende inspanning’. Vasthouden aan de eis dat deze kandidaten zich aantoonbaar moeten inspannen, kan mogelijk worden gerechtvaardigd door het legitieme doel van integratie. Hetzelfde geldt voor vasthouden aan de eis dat laaggeletterde kandidaten moeten slagen voor het basisexamen, al kan sinds 2011 dus worden getwist over de vraag of het basisexamen nog een legitieme doelstelling heeft zolang de ontheffingscategorie strikt wordt toegepast.

Negatieve stereotypering

Onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd als de onderbouwing van beleid is gestoeld op negatieve genderstereotypering.¹¹⁸ In *Biao t. Denemarken* past het EHRM deze rationale toe in de context van indirect onderscheid op grond van nationale afkomst in migratieregels.¹¹⁹ De Deense regering centraliseerde het probleem van achterblijvende integratie rondom een etnische groep op grond van de aantallen waarin zij migreren, hun cultuur en etnische komaf.¹²⁰ Dit komt overeen met de Nederlandse parlementaire geschiedenis over het basisexamen.

De regering sluit niet uit dat de ‘massale’ keuze voor laaggeschoolde, traditionele huwelijksmigranten ‘doelbewust’ is, omdat ‘men de in Nederland opgegroeide (migranten)vrouwen te geëmancipeerd vindt.’¹²¹ De huwelijksmigranten worden verder omschreven als huisvrouwen die niet beschikken over ‘de referentiekaders die in Nederland nodig zijn om invulling te geven aan hun pedagogische gezinstaken.’¹²² De regering spreekt in dit kader van huwelijksmigratie als een zichzelf repeterend ‘verschijnsel van permanente aanwas van groepen etnische minderheden met een achterstandspositie’.¹²³ De kinderen die de huwelijksmigranten voortbrengen behoren namelijk ‘wederom’ tot de tweede generatie.¹²⁴ Zij zullen daarom, aldus de regering, eveneens ‘massaal’ kiezen voor een laagopgeleide, traditionele partner uit het buitenland.¹²⁵ De regering legt bovendien zonder onderbouwing het verband tussen herhalende huwelijksmigra-

117 EHRM 19 december 2018, 20452/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1219JUD002045214 (*Molla Salli/Griekenland*); EHRM 13 november 2007, 57325/00, ECLI:NL:XX:2007:BC1879, EHRC 2008/5, m.nt. Hendriks, NJ 2008, 380, m.nt. Alkema, *RodW* 2008, 308 (*D.H./Tsjechië*), r.o. 200-201.

118 EHRM 22 maart 2012, 30078/06, ECLI:NL:XX:2012:BW6113, EHRC 2012/117, m.nt. Gerards, RSV 2013, 4, *NJB* 2012, 1178 (*Konstantin Markin/Rusland*) r.o. 127, 142-143; EHRM 13 oktober 2015, 33631/06, ECLI:CE:ECHR:2015:1013JUD003363106, EHRC 2016/7, m.nt. J. Uzman, (*Vrountou/ Cyprus*) r.o. 75.

119 EHRM 24 mei 2016, 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, EHRC 2016/209, m.nt. K.M. de Vries (*Biao/Denemarken*) r.o. 127.

120 EHRM 24 mei 2016, 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, EHRC 2016/209, m.nt. K.M. de Vries (*Biao/Denemarken*) r.o. 127.

121 *Kamerstukken II* 2009/10, 32175, nr. 1, p. 1, 5 en 6.

122 *Kamerstukken II* 2009/10, 32175, nr. 1, p. 5.

123 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 6.

124 *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 3; *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 5; *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 2.

125 *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 14; *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 4.

tie, achterblijvende integratie en moslimextremisme en terrorisme.¹²⁶ In dit kader valt op dat ten aanzien van de huwelijkspartner vooral wordt gewezen op een passieve rol als traditionele huisvrouw en slachtoffer van huiselijk geweld of huwelijksdwang.¹²⁷ In het kader van de kinderen die deze vrouwen voortbrengen wordt vervolgens vaker verwezen naar veiligheidsoverwegingen.¹²⁸ Gender en etniciteit lopen dus door elkaar heen in deze negatieve stereotyperingen. Op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat het onderscheid niet berust op objectieve rechtvaardiging. Kiest het EHRM echter voor een terughoudendere toetsing, dan ligt het voor de hand dat de negatieve stereotyperingen aanleiding vormen voor een strikte proportionaliteits-toets.¹²⁹

Proportionaliteit

De invulling van voldoende inspanning aan de hand van individuele omstandigheden kan leiden tot maatwerk en proportionaliteit. Tegelijkertijd bevat dit ook een risico op onbewuste *bias*, waarbij een gebrekkige onderbouwing van verrichte inspanning onterecht wordt beschouwd als gebrek aan inspanning. Juist bij laaggeletterde kandidaten is het risico hierop aanwezig, zo laat het jurisprudentie-onderzoek zien. De gevolgen hiervan zijn groot: voor zowel het behalen van het examen als voor de bewijslast van voldoende inspanningen zijn kandidaten zich soms jarenlang aan het voorbereiden.¹³⁰ Het is bovendien aannemelijk dat het lange uitstel van de gezinshereniging een integratie-beperkend effect heeft. Immers, het familieleven moet soms voor jaren over een (lange) afstand worden onderhouden. Gezins- en familieleden worden aldus gedwongen om er een dubbelleven in het buitenland op na te houden. Het is zeer de vraag of het uitstel van de gezinshereniging dan nog in verhouding staat tot het doel van inburgering.

De kans is groot dat het onderscheid onder een strikte proportionaliteitstoets niet kan worden gerechtvaardigd, in het bijzonder gelet op de subsidiariteit. Er kunnen immers minder ingrijpende maatregelen worden genomen die bijdragen aan inburgering zonder intersectionele genderuitsluiting. Zo is in 2009 nogal eens voorwaardelijke verblijfsvergunning verleend aan kandidaten, zodat die zich in Nederland konden voorbereiden op het basisexamen.¹³¹ Daarnaast valt te wijzen op het expert-advies in 2011 over de verhoging van het niveau: dat raadt aan om van overheidswege te investeren in actieve begeleiding en voorbereiding van laaggeletterde kandidaten in het land van herkomst.¹³² Tot slot kunnen de examens van vóór 2023 en 2011 worden gebruikt als maatwerk-herkansing voor kandidaten die zijn gezakt en mogelijk vrijstelling wensen. Een examen is een objectievere toetsing van voldoende inspanning dan een individuele beoordeling van het aangedragen bewijs.

Een schending wegens het niet-nemen van positieve maatregelen is door het EHRM niet eerder aangenomen. Echter, wanneer beleid specifiek beoogt om een minderheidsgroep te beschermen,

126 *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 47.

127 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 5, zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 15.

128 *Kamerstukken II* 2003/04, 29700, nr. 3, p. 4; *Kamerstukken II* 2004/05, 29700, nr. 6, p. 47.

129 EHRM 1 juli 2014, 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, EHRC 2014/208, m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (*S.A.S./Frankrijk*) r.o. 122.

130 Rb. Den Haag 18 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7399. De vrouw is één maand te laat met het indienen van haar mvv-aanvraag, waardoor de geldigheidsduur van het basisexamen is verlopen.

131 Rb. Den Haag Zp. Amsterdam 19 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19294; Rb. Den Haag Zp. Amsterdam 28 mei 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI8787.

132 Staatsblad 2010, 679, p. 10.

is dit alleen toelaatbaar als die beschermingsregeling niet inherent discrimineert.¹³³ Een staat schept dan als het ware zelf de *commitment* aan een positieve verplichting die het vervolgens schendt door onvoldoende te waarborgen dat de beschermde groep niet alsnog disproportioneel wordt benadeeld.¹³⁴ De regering was bewust van de kwetsbare positie van laaggeletterde vrouwen. Met de verhogingen van het examenniveau zonder de ontheffingscategorie hierop af te stellen, is dit te veel uit het oog verloren.

6 Conclusie

Gelet op het voorgaande bestaan voldoende aanknopingspunten voor een weerlegbaar vermoeden van indirect onderscheid op grond van de intersectie van geslacht, etniciteit en scholing voor Imazighen en Bedoeïenen vrouwen in Marokko. De verhogingen van het examenniveau hebben onvoldoende rekening gehouden met hun lage slagingskans op het basisexamen. Die slagingskans is laag als gevolg van de intersectie van geslacht en sociale en etnische afkomst. Bovendien lijkt de strikte toepassing van de ontheffingscategorie en de bewijslast van ‘voldoende inspanning’ onvoldoende in staat om hun benadeling te compenseren. Dit onderscheid kan waarschijnlijk niet objectief worden gerechtvaardigd. Gelet op de negatieve stereotyperingen in de parlementaire geschiedenis en de impliciete negatieve bias van de bewijslast van de ontheffingsregeling, ligt een strikte proportionaliteitstoets voor de hand. Nu minder ingrijpende middelen voorhanden zijn die bijdragen aan inburgering, is geen sprake van de benodigde proportionaliteit.

Een volledige analyse van intersectioneel onderscheid als gevolg van het basisexamen vereist diepgaand onderzoek naar alle laaggeschoolde en laaggeletterde kandidaten en hun slagings- en ontheffingskansen. Pas daarna kan de rol van geslacht binnen de slagings- en ontheffingskansen goed worden beoordeeld. Dit onderzoek kiest echter voor de omgekeerde benadering: er is gekeken naar het opleidingsniveau, de slagingskans en de ontheffingskans van vrouwen binnen specifieke nationaliteitsgroepen. In paragraaf 3 zijn de tekortkomingen van deze methode al besproken. Daarom wordt de conclusie benut om twee inzichten uit dit onderzoek te belichten die voornamelijk als betekenisvol kunnen worden beschouwd.

In de eerste plaats is dat de relevantie van intersectionaliteit als analytische lens in beleids-onderzoek. De lens waarmee beleid wordt geanalyseerd, beïnvloedt de keuzes die worden gemaakt om beleid aan te passen én de rechtvaardiging van die keuzes. Kijkt men alleen naar het geslacht *of* de nationaliteit *of* het opleidingsniveau van kandidaten, dan blijven de overlappende dimensies van benadeling onzichtbaar. Het gegeven dat vrouwelijke kandidaten structureel hoger scoren dan mannelijke kandidaten, kan dan paradoxaal genoeg worden aangegrepen als rechtvaardiging voor een niveauverhoging. Intersectionaliteit laat echter zien dat het geheel altijd meer is dan de som der delen.¹³⁵ De dimensie van genderuitsluiting door het basisexamen omvat, met andere woorden, meer dan de som van de delen geslacht, nationaliteit en opleidings-

133 EHRM 19 december 2018, 20452/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1219JUD002045214 (*Molla Salli/Griekenland*); EHRM 13 november 2007, 57325/00, ECLI:NL:XX:2007:BC1879, EHRC 2008/5, m.nt. Hendriks, NJ 2008, 380, m.nt. Alkema, *RvdW* 2008, 308 (*D.H./Tsjechië*), r.o. 200-201.

134 EHRM 16 maart 2010, 15766/03, ECLI:NL:XX:2010:BM6392, EHRC 2010/59, m.nt. Gerards, NJB 2010/1019 (*Oršuš/Kroatië*) r.o. 152.

135 Wekker & Lutz (*supra* noot 53); Nozizwe Dube, ‘A Typology of Comparators and Comparisons in EU Equality Law’ *Common Market Law Review* 2025/62, p. 52.

niveau. Doordat de jaarlijkse evaluatie van het basisexamen kenmerken afzonderlijk van elkaar analyseerde, bleef het nadeel van de niveauverhoging voor de meest kwetsbare groep vrouwen onzichtbaar. Een intersectionele lens kan de gevolgen van beleidsveranderingen beter in kaart brengen, waardoor discriminerende effecten van meet af aan kenbaar en vermijdbaar zijn. In dit licht is het een positieve ontwikkeling dat beleidsonderzoek steeds vaker aandacht besteedt aan de intersectie van geslacht en nationaliteit.¹³⁶

Tot slot, de holistische benadering van bewijs voor indirect onderscheid door het EHRM. Deze benadering stelt slachtoffers van indirect onderscheid beter in staat om zich te beroepen op het gelijkheidsbeginsel. De holistische benadering kan daarnaast worden beschouwd als een aansporing tot meer interdisciplinariteit in onderzoek naar de discriminerende effecten van een regeling. De benadering van het EHRM bevestigt immers de relevantie van een methode die kwalitatieve en kwantitatieve elementen combineert. De holistische benadering van bewijs is daarmee niet alleen een procedurele waarborg, maar ook een theoretische waarborg voor onderzoek naar het gelijkheidsbeginsel. Gelet op het belang van wetenschappelijke integriteit is het essentieel dat zowel de sterktes als de zwaktes van gebruikte onderzoekselementen expliciet worden benoemd en tegen elkaar worden afgewogen. Vanuit dat perspectief is het verheugend dat binnen de studie rechtsgeleerdheid steeds meer aandacht uitgaat naar onderzoeksmethoden en -vaardigheden. Zelf heb ik dit ten volle mogen ervaren tijdens mijn juridische onderzoeksmaster aan de Universiteit Utrecht, onder de deskundige begeleiding van prof. Janneke Gerards.

¹³⁶ *Analyse Chavez-Vilchez III* (analyse van oktober 2021 voor Ministerie van Justitie en Veiligheid), Den Haag: IND 2021.

MENSENRECHTEN-ACTUALITEITEN.NL

April – juni 2025

Jolanda Andela, Charlotte Baarda, Azar Eskandari, Hannah Jans, Krista Janssen, Samantha Smidt, Anne-Rose Stolk en Pepijn van der Vegt *

Samenvatting | De rubriek mensenrechten-actualiteiten.nl beoogt door middel van korte berichten informatie te geven over recente ontwikkelingen in de nationale rechtspraak, de parlementaire praktijk, het regeringsbeleid en de beslissingen van decentrale overheden op het terrein van de grond- en mensenrechten. Door verwijzingen naar verdere bronnen wil deze rubriek vooral als een richtingwijzer fungeren naar uitvoeriger informatie over de gepresenteerde onderwerpen. Waar in deze rubriek verwezen wordt naar jurisprudentie met een European Case Law Identifier (ECLI), is de betreffende uitspraak te raadplegen op de internetsite van de rechterlijke macht, www.rechtspraak.nl (onder het vermelde nummer).

DOI | 10.54195/NTM.23731

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Een verkenning naar een wettelijk verbod op gezichtsbedekking bij demonstraties

De minister van Binnenlandse Zaken heeft in een debat over het demonstratierecht op 22 januari 2025 een toezegging gedaan om een verkenning naar een wettelijk verbod op gezichtsbedekkende kleding bij demonstraties in de Wet openbare manifestaties (Wom) uit te laten voeren. De vraag is echter of een algeheel verbod überhaupt kan worden gerechtvaardigd door de minister.

Het demonstratierecht omvat namelijk de vrijheid om te kiezen waar, wanneer en hoe er wordt gedemonstreerd. De keuze voor vermommingen, anonimiteit en bepaalde kleding zijn te beschouwen als onderdeel van dit recht. Zowel burgerlijke ongehoorzaamheid (indien vreedzaam), als gedrag dat aanstoot kan geven of tijdelijk hinder kan veroorzaken voor derden, kan onderdeel zijn van een vreedzame betoging.¹ Een veilig verloop van demonstraties en ordebewaring zijn taken van de burgemeester. Op grond van de Wom kan de burgemeester beperkingen opleggen met betrekking tot hoe er gedemonstreerd mag worden. Gelet op de huidige mogelijkheid van burgemeesters om op grond van de Wom voor specifieke demonstraties gezichtsbedekking te verbieden, lijkt een algeheel verbod niet te voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en noodzakelijkheid. Het Nederlands Genootschap van Burgemeesters, de politie en het Openbaar

■ Mr. H. Jans en mr. J.R.E. Stolk zijn juridisch adviseurs bij het College voor de Rechten van de Mens, Dr. C. Baarda is onderzoeker, en dr. mr. J. J. Andela, mr. A. Eskandari, mr. K. Janssen, mr. S. F. Smidt, en mr. P. van der Vegt zijn beleidsadviseurs bij het College voor de Rechten van de Mens.

1 Venice Commission Assembly, Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3rd edition) 2019, par. 46-50.

Ministerie hebben bovendien aangegeven dat een landelijk wettelijk verbod in hun optiek geen toegevoegde waarde heeft.²

Een demonstrant kan ervoor kiezen om gezichtsbedekking te gebruiken wegens medische redenen, om specifieke meningen of religieuze overtuigingen op bepaalde symbolische wijze te uiten en/of om zichzelf tegen represailles te beschermen. Het gebruik van vermommingen mag op zichzelf niet worden beschouwd als een teken van gewelddadige bedoelingen.³ Een individu is bovendien enkel verplicht de gezichtsbedekking te verwijderen als er sprake is van een mogelijke arrestatie van de demonstrant en de gezichtsbedekking diens identificatie in de weg staat.⁴

Een algeheel verbod op gezichtsbedekking bij demonstraties kan derhalve een inbreuk vormen op het recht op eerbiediging van het privéleven van deelnemers, ook als het gaat om aanwezigheid bij een demonstratie op openbaar terrein.⁵ De ministers van Justitie en Veiligheid en Binnenlandse Zaken hebben met het oog op de behoefte aan uitzonderingen aangekondigd een vrijstellingsmogelijkheid voor gezichtsbedekking bij demonstraties in de wet op te willen nemen en de bevoegdheid daarvoor aan de burgemeester toe te kennen. Vooralsnog heeft de minister naar aanleiding van het schriftelijk overleg op 22 mei 2025 geen nieuwe stappen aangekondigd.

Vanaf 2027 kunnen uitzendbureaus strengere regels verwachten

De Tweede Kamer heeft op 15 april 2025 ingestemd met het wetsvoorstel van minister Eddy van Hijum van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW).⁶ De wet 'toelating terbeschikkingstelling arbeidskrachten' komt voort uit één van de aanbevelingen van het 'Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten' (commissie Roemer),⁷ en heeft als doel om malafide uitzendbureaus harder aan te pakken.

Op dit moment zijn er nog veel misstanden in de uitzendbranche waardoor mensenrechten van arbeidsmigranten vaak geschonden worden. Denk aan onveilige werkplekken en onzekere contracten. Malafide uitzendbureaus maken misbruik van de kwetsbare positie van arbeidsmigranten en verdienen daar geld aan. De slechte huisvesting van arbeidsmigranten verdient extra aandacht, omdat deze uitzendbureaus ook vaak voor woningen van deze mensen zorgen. De rapporteur voor het recht op huisvesting van de VN, dhr. Balakrishnan, tikte Nederland in 2024 al op de vingers en riep op om tot betere huisvesting voor arbeidsmigranten te komen.⁸

2 Brief van minister J.J.M. Uitermark, minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 15 april 2025, 34324-36.

3 Human Rights Committee, General Comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly, par. 51, 58, 60; Venice Commission Assembly, Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3rd edition) 2019, par. 153.

4 Human Rights Committee, General Comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly, par. 51, 58, 60; Venice Commission Assembly, Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3rd edition) 2019, par. 153.

5 Human Rights Committee, General Comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly, par. 10, 61, 62; A/HRC/44/24, par. 33-34.

6 Kamerstukken II 2023/24, 36446, nr. 2, Wetsvoorstel Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten.

7 Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten, *Geen tweederangsburgers: aanbevelingen om misstanden bij arbeidsmigranten in Nederland tegen te gaan*, 30 oktober 2020.

8 Special Rapporteur on adequate housing, A/HRC/55/53/Add.1: *Visit to The Netherlands – Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context*, Balakrishnan Rajagopal, 28 februari 2024.

In het wetsvoorstel is een toelatingsstelsel opgenomen. Om voor toelating in aanmerking te komen moeten uitzendbureaus onder meer een verklaring omtrent het gedrag (VOG) indienen, een waarborgsom van 100.000 euro overmaken en laten zien dat ze een eerlijk loon uitkeren en zich aan de belastingregels houden. De minister van SZW bepaalt uiteindelijk zelf of een uitzendbureau wel of niet tot dit register wordt toegelaten. Alleen toegelaten bureaus mogen op de markt opereren. Om hier toezicht op te houden wordt de arbeidsinspectie met negentig voltijdsbanen uitgebreid.

Op het moment van schrijven moet de Eerste Kamer nog over het wetsvoorstel stemmen.

Civiel verbod uitlevering Rwanda

Op 25 april 2025 besliste de civiele kamer van de Hoge Raad dat het verbod om een verdachte naar Rwanda uit te leveren, in stand kan blijven.⁹ In kort geding had de opgeëiste persoon, die in Rwanda verdacht wordt van misdrijven die verband houden met de genocide in 1994, de stelling ingenomen dat hij in Rwanda geen eerlijk proces zou krijgen, als bedoeld in artikel 6 EVRM.

De toelaatbaarheid van een uitlevering wordt in eerste aanleg getoetst door de uitleveringsrechter; ook daarbij geldt een beperkt toetsingskader op basis van weigeringsgronden in de Uitleveringswet. Tegen de beslissing van de uitleveringsrechter staat geen appel open, alleen cassatieberoep. Uiteindelijk is het de minister die beslist over de uitlevering. Vervolgens ligt alleen de weg naar de civiele rechter open om een uitlevering te voorkomen.

De civiele (rest)rechter komt niet snel tot het oordeel dat een uitlevering onrechtmatig is wegens strijd met artikel 6 EVRM. Allereerst moet sprake zijn van een reëel risico dat de opgeëiste persoon in de verzoekende staat blootgesteld wordt aan een *'flagrant denial of justice'*.¹⁰ Een enkele schending is daarvoor niet voldoende: er moet sprake zijn van een schending van de beginselen van een eerlijk proces die zó fundamenteel is dat deze de essentie van dat recht tenietdoet. Het gaat daarbij om een beoordeling van de in de verzoekende staat te voeren strafprocedure in haar geheel. Bovendien mag er geen rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM beschikbaar zijn om een dergelijke schending aan te vechten. Bij toetsing dient de rechter uit te gaan van de juistheid van door de verzoekende autoriteiten verstrekte informatie, op grond van het interstatelijk vertrouwensbeginsel.¹¹ Wanneer een buitenlandse staat iemand wil vervolgen en daarvoor aan Nederland om uitlevering vraagt, moet diegene met sterk bewijs komen wil de uitlevering als onrechtmatig worden beoordeeld.

In deze zaak oordeelde het Hof dat de uitlevering onrechtmatig was vanwege een dreigende *'flagrant denial of justice'*. Daarbij baseerde het Hof zich onder andere op nieuw bewijsmateriaal dat door de opgeëiste persoon was overgelegd. Uit dit bewijsmateriaal bleek dat de mensenrechtensituatie in Rwanda aanzienlijk was verslechterd. Ook bleek dat de opgeëiste persoon een bekende politiek tegenstander was van het regime in Rwanda, wat een aanzienlijk risico meebracht op een oneerlijk proces en onvoldoende rechtswaarborgen.¹²

9 HR 25 april 2025, ECLI:NL:HR:2025:592.

10 EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, par. 259 (*Othman/UK*).

11 Zie Conclusie AG Snijders 24 januari 2025, ECLI:NL:PHR:2025:92, para. 3.

12 Hof Den Haag 19 december 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2470.

In cassatie kwam de Staat op tegen dit oordeel van het Hof. Onder meer stelde de Staat zich op het standpunt dat het Hof een beoordeling had gegeven over dit nieuwe bewijsmateriaal, terwijl de uitleveringsrechter al in een eerder stadium over de feiten had geoordeeld. Volgens de Staat dient de civiele rechter de door de uitleveringsrechter vastgestelde feiten tot uitgangspunt te nemen en mag geen acht worden geslagen op nieuwe bewijs.¹³

De Hoge Raad volgt deze redenering van de Staat niet. Uit de wettelijke taakverdeling tussen de uitleveringsrechter en de minister volgt, dat de opgeëiste persoon de beschikking van de minister kan voorleggen aan de civiele rechter ter toetsing aan zijn fundamentele rechten. Het is dus mogelijk dat de civiele rechter tot een ander oordeel komt dan de uitleveringsrechter, op grond van feiten en omstandigheden waarover de uitleveringsrechter niet beschikte. Het verbod om de betrokkene uit te leveren is daarmee onherroepelijk geworden.

Overlevering naar Polen

Tegen de achtergrond van de politiek-juridische ontwikkelingen in Polen van de afgelopen jaren, heeft de Internationale Rechtshulpkamer (IRK) in 2021 geoordeeld dat er een ‘algemeen reëel gevaar bestaat van schending van het grondrecht op een eerlijk proces’.¹⁴

Sindsdien wordt ten overstaan van de IRK regelmatig gediscussieerd over de betekenis van deze vaststelling voor de toelaatbaarheid van overlevering naar Polen. Strijd met het door artikel 47 van het EU-Handvest voor de grondrechten gewaarborgde recht op een effectief rechtsmiddel kan aan de inwilliging van een Europees aanhoudingsbevel in de weg staan.

Toch blijkt dat een ‘algemeen reëel gevaar’ daarvoor niet zonder meer voldoende is. In een recente zaak oordeelde de IRK over een Europees aanhoudingsbevel ter fine van executie van een in Polen opgelegde gevangenisstraf. De rechtbank oordeelde dat de opgeëiste persoon onvoldoende had aangetoond dat de structurele of fundamentele gebreken in de Poolse rechtspleging een concrete invloed hadden gehad op de behandeling van zijn strafzaak.¹⁵

Op dezelfde dag kwam de IRK tot hetzelfde oordeel in een andere zaak, die ging om een vervolgingsuitlevering.¹⁶ In dit geval ging het dus om een toekomstige strafzaak. Ook hier oordeelde de rechtbank dat de opgeëiste persoon onvoldoende had aangetoond dat er een individueel reëel gevaar bestond voor een oneerlijk proces.

Deze uitspraken staan niet op zichzelf: al geruime tijd wordt executie- en vervolgingsoverlevering naar Polen regelmatig toegestaan.¹⁷ Wat ook verder in algemene zin aan te merken is op de Poolse rechtspleging, wanneer iemand er niet in slaagt om in zijn eigen individuele geval een schending van het recht op een eerlijk proces aan te tonen, kan dit niet aan de inwilliging van een Europees aanhoudingsbevel in de weg staan.

13 HR 25 april 2025, ECLI:NL:HR:2025:592, r.o. 3.1 – 3.3.

14 Rb. Amsterdam 10 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:420, r.o. 5.3.1-5.3.3 en Rb. Amsterdam 6 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1794, r.o. 4.4.

15 Rb. Amsterdam 13 mei 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:3077.

16 Rb. Amsterdam 13 mei 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:3043.

17 Zie bijv. Rb. Amsterdam 6 maart 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:1546; Rb. Amsterdam 7 mei 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:2989; Rb. Amsterdam 7 mei 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:2986; Rb. Amsterdam 7 mei 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:2985.

Afwijzing herhaalde asielaanvraag onder artikel 3 EVRM en verblijfsvergunning op grond van artikel 8 EVRM

In deze zaak beoordeelt de rechtbank het beroep van eiseres tegen de afwijzing van haar herhaalde asielaanvraag, waarbij zij zich zowel op artikel 3 als op artikel 8 EVRM beroept.¹⁸ De aanvraag ziet enerzijds op haar eigen situatie en die van haar eerste minderjarige zoon (artikel 3 EVRM), en anderzijds op een reguliere verblijfsvergunning ten behoeve van haar tweede minderjarige zoon (artikel 8 EVRM). Eiseres voert aan dat zij bij terugkeer naar Ethiopië vreest voor problemen met haar familie en voor de verslechterde veiligheidssituatie in het land.

De rechtbank stelt voorop dat het op grond van artikel 3 EVRM in eerste instantie aan de vreemdeling is om aannemelijk te maken dat hij of zij bij terugkeer een reëel risico loopt op een behandeling in strijd met dit artikel. Uit vaste jurisprudentie van het EHRM volgt dat, gezien het absolute karakter van artikel 3 EVRM, de overheden verplicht zijn om uit eigen beweging een ex nunc-toets toe te passen, dat wil zeggen dat bij de beoordeling hiervan rekening moet worden gehouden met de actuele situatie in het land van herkomst.¹⁹ De rechtbank is echter van oordeel dat eiseres in dit geval niet heeft kunnen aantonen met welke concrete en actuele informatie specifiek in haar situatie rekening had moeten worden gehouden. De rechtbank oordeelt dan ook dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat eiseres geen reëel risico loopt op een schending van artikel 3 EVRM bij terugkeer naar Ethiopië.

Op grond van artikel 4 van de Kwalificatierichtlijn (2011/95/EU) geldt een samenwerkingsverplichting die onder meer inhoudt dat de minister bepaalde informatie moet verstrekken als hij daar gemakkelijker toegang toe heeft. Tegelijk rust op de vreemdeling een inspanningsverplichting om zijn beschermingsverzoek met relevante gegevens te onderbouwen. Met betrekking tot de samenwerkingsverplichting, merkt de rechtbank op dat eiseres onvoldoende heeft geconcretiseerd op welke wijze de minister meer met haar had moeten samenwerken.

Ten aanzien van artikel 8 EVRM voert eiseres aan dat haar tweede minderjarige zoon, die in Nederland is geboren, een verblijfsrecht zou moeten verkrijgen op basis van het gezinsleven met zijn vader. De rechtbank stelt vast dat deze zoon is geboren buiten een huwelijk, en dat niet is komen vast te staan dat er ten tijde van zijn geboorte sprake was van een daarmee gelijk te stellen duurzame relatie tussen eiseres en de vader van het kind. De rechtbank oordeelt dat de minister de herhaalde asielaanvraag en het verzoek op grond van artikel 8 EVRM terecht heeft afgewezen. Eiseres heeft geen reëel risico op schending van artikel 3 EVRM aangetoond, noch gezinsleven dat een verblijf in Nederland rechtvaardigt.

College: geen creditcard omdat aanvrager Wajong uitkering heeft is discriminatie

Het College voor de Rechten van de Mens (College) oordeelde recent over twee zaken die een man had aangespannen omdat zijn aanvraag voor een creditcard was afgewezen. De ene zaak richtte zich tegen de bank waar hij de creditcard aanvroeg, ABN AMRO Bank N.V. (de bank),²⁰ en de andere zaak tegen de dochteronderneming die de aanvraag beoordeelt, International

18 Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2025:8277, 9 mei 2025.

19 EHRM 23 maart 2016, nr. 43611/11 (*F.G./Zweden*); EHRM, 12 november 2024, nr. 56390/21 (*M.I./Zwitserland*).

20 College voor de Rechten van de Mens 25 maart 2025, 2025-32.

Creditcard Services (ICS).²¹ In beide gevallen oordeelde het College dat sprake was van discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte.

Het ging in deze zaak om een man die een studentencreditcard aanvraagt via de website van de bank. Hij ontvangt een Wajong-uitkering. ICS handelt de aanvraag en uitgifte af. Zij wijst de aanvraag af met als reden dat het inkomen van de man onvoldoende bestendig is. Hij dient daarop een klacht in en licht toe dat zijn uitkering van blijvende aard is en dus dat zijn inkomen voldoende bestendig is. Er vindt contact plaats met ICS, maar het besluit blijft ongewijzigd. Volgens de man maken zowel de bank als ICS hiermee verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Ook zou zijn discriminatieklacht onvoldoende zorgvuldig behandeld zijn.

Interessant is hier allereerst de verhoudingen tussen de bank en haar dochteronderneming; wie is verantwoordelijk voor wat? De bank voert namelijk aan dat zij geen partij is in deze zaak, omdat de dochteronderneming de aanvraag beoordeelt. Het College stelt vast dat de bank de creditcard aanbiedt op de website en dat deze ook via de eigen website kan worden aangevraagd. De naam van de bank staat op de creditcard en haar voorwaarden zijn van toepassing. Gezien de verwevenheid tussen de bank en de dochteronderneming en de wijze waarop verweerder de creditcard aanbiedt, overweegt het College dat de bank zelf kan worden aangesproken op het gestelde onderscheid. Het College acht de bank bovendien verantwoordelijk voor het handelen van derden die zij bij de uitvoering van haar financiële dienstverlening betreft.

Het College concludeert dat het weigeren vanwege een Wajong-uitkering direct onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte oplevert. Het is namelijk nagenoeg onmogelijk om een Wajong-uitkering te krijgen zonder dat er sprake is van een handicap in de zin van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte. Een vergelijkbare vraag zien we terug bij andere uitkeringen, zoals de WIA-uitkering. Bepalend is daarbij of ook personen zonder handicap of chronische ziekte in aanmerking kunnen komen voor deze uitkering. Een ander voorbeeld van een dergelijke redenering zien we bij het afwijzen van iemand die onder bewind gesteld is. Dit zal eerder leiden tot indirect onderscheid, omdat er verschillende redenen kunnen zijn voor een onderbewindstelling.²²

Geen recht op compensatie vanwege zwangerschapsverlof? College oordeelt of sprake is van zwangerschapsdiscriminatie

Het College heeft in een zaak over zwangerschapsdiscriminatie geoordeeld dat sprake is van discriminatie wanneer een compensatieregeling niet wordt toegekend aan een vrouwelijke werknemer, omdat zij met zwangerschapsverlof was.²³ Het oordeel is met name interessant omdat het ingaat op het verschil tussen afwezigheid door zwangerschapsverlof en afwezigheid door zwangerschapsgerelateerde ziekte.

Allereerst de feiten. Een vrouwelijke medewerker start met de politieopleiding. Op het moment dat de vrouw met zwangerschapsverlof gaat, vallen ook veel lessen uit door de coronacrisis. Hierdoor lopen studenten vertraging op en dit heeft ook gevolgen voor hun salaris. De

21 College voor de Rechten van de Mens 25 maart 2025, 2025-33.

22 Zie hierover bijv. College voor de Rechten van de Mens 13 augustus 2024, 2024-69.

23 College voor de Rechten van de Mens 31 maart 2025, 2025-35.

korpschef besluit dit financiële nadeel te compenseren doormiddel van een covid-compensatie. De vrouw rond de opleiding af op hetzelfde moment als een mannelijke medestudent. De mannelijke student ontvangt de covid-compensatie en krijgt daardoor een salarisverhoging. De vrouw krijgt de covid-compensatie niet en dus ook geen salarisverhoging. Zij vindt dat hier sprake is van discriminatie op grond van geslacht en legt de zaak voor aan het College.

Het College beoordeelt eerst of de situaties van de mannelijke en vrouwelijke werknemer met elkaar vergelijkbaar zijn. Verzoeker en haar mannelijke collega zijn tegelijkertijd begonnen met de politieopleiding. Verzoeker en de collega hebben de opleiding gelijktijdig afgerond en zijn aangesteld in dezelfde functie. De mannelijke collega heeft de covid-compensatie gekregen en is daardoor hoger ingeschaald dan verzoeker. Het College stelt vast dat zowel verzoeker als haar mannelijke collega in dezelfde periode studievertraging hebben opgelopen. Hun situaties zijn daarmee vergelijkbaar, maar zij zijn niet hetzelfde behandeld door verweerder.

Vervolgens moet het College beoordelen of verzoeker hiermee is gediscrimineerd op grond van geslacht. Verweerder voert aan dat geen sprake is van discriminatie, omdat de redenen van de vertraging verschillen. Verzoeker had ongeacht de coronacrisis vertraging opgelopen vanwege haar zwangerschapsverlof. Verweerder heeft alle redenen van vertraging die niet veroorzaakt zijn door de coronacrisis hetzelfde behandeld. Daarbij beroept verweerder zich op het arrest *McKenna* van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU), waarin staat dat een werkgever bij de beloning van een vrouwelijke werknemer die vanwege zwangerschapsgereleerde ziekte niet kan werken hetzelfde moet behandelen als een mannelijke werknemer die afwezig is vanwege ziekte.²⁴

Het College volgt het standpunt van verweerder niet. Een belangrijke overweging daarbij is dat er onderscheid gemaakt moet worden tussen afwezigheid door zwangerschapsverlof en afwezigheid door zwangerschapsgereleerde ziekte. Afwezigheid door zwangerschapsverlof is een onlosmakelijk en onvermijdelijk gevolg van de zwangerschap zelf. Uitsluitend vrouwelijke medewerkers krijgen met deze situatie te maken en dit kan je niet vergelijken met (andere) ziekte. De afwezigheid van verzoeker kan dan ook niet gelijkgesteld worden met bijvoorbeeld de afwezigheid door ziekte of vertraging die is opgelopen bij het schrijven van een scriptie.

Het College concludeert dat verweerder onderscheid heeft gemaakt op grond van zwangerschap door de vrouw niet in aanmerking te laten komen voor de covid-compensatie omdat zij in dezelfde periode met zwangerschapsverlof was. Dit is een vorm van direct onderscheid op grond van geslacht.

De discriminatiecijfers uit 2024

De gezamenlijke registratiegegevens van de Nationale Politie, antidiscriminatievoorzieningen (ADV's), het Meld.Online Discriminatie (MOD), het College, de Nationale ombudsman (NO) en de Kinderombudsman, geven een overzicht van het aantal discriminatie-incidenten en meldingen bij officiële instanties in 2024.²⁵ Deze geven inzicht in de aard (gronden en terreinen) van gemelde discriminatie-incidenten, in (ontwikkelingen in) de meldingsbereidheid, en het

²⁴ HvJ EU 8 september 2005, ECLI:NL:EU:C:2005:513 (*McKenna*).

²⁵ Discriminatiecijfers in 2024, *Een rapport over registraties van discriminatie-incidenten door de politie, en meldingen bij antidiscriminatievoorzieningen en andere organisaties in Nederland*, april 2025.

rapport geeft ook duiding aan de cijfers tegen de achtergrond van maatschappelijke ontwikkelingen en debat.

Opvallend is dat de ADV's een enorme toename van discriminatiemeldingen registreren in 2024: meer dan een verdubbeling van het jaar daarvoor. Ook bij Meld.Online Discriminatie is er een forse toename van het aantal meldingen (van 483 in 2023, naar 718 meldingen in 2024). De stijging van discriminatiemeldingen bij de Politie zet eveneens gestaag door (van 8990 in 2023, naar 9613 in 2024).

De grond 'herkomst' (huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming) is ook in 2024 weer veruit de meest geregistreerde discriminatiegrond bij zowel de Politie, ADV's, Meld.Online Discriminatie, de NO als de Kinderombudsman, waarmee de trend van de afgelopen jaren doorzet. Alleen bij het College is de meest voorkomende discriminatiegrond handicap/chronische ziekte.

De stijging van discriminatie van en geweld tegen de LHBTQI+ gemeenschap die in 2023 al werd waargenomen, heeft dit jaar doorgezet. De discriminatie van transgender personen is met 20% gestegen en tegen de gemeenschap in het algemeen is de stijging 37%.²⁶

Ongelijkheid in Nederland zit in sociale klasse, niet in woonplaats

Uit het onderzoek 'Verdeeld over het Land' van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) dat 5 juni verscheen, blijkt dat de kloof tussen de randstad en het platteland niet zo belangrijk is als het om ongelijkheid gaat.²⁷ Wat echt telt voor iemands positie in de maatschappij is niet waar iemand woont, maar of diegene toegang heeft tot voldoende hulpbronnen. Regionale verschillen bestaan, maar zijn meestal maar klein. Hoe mensen in het leven staan en wat hun maatschappelijke overtuigingen zijn, hangen veel steker samen met sociale klasse dan met de plek waar ze wonen. Dat geldt onder meer voor ervaren discriminatie, het 'onwelbevinden', het gebruik van media, politieke oriëntatie en maatschappelijk onbehagen. Wel toont het onderzoek ook aan dat er in bepaalde regio's een sterk gevoel is dat de landelijke politiek onvoldoende oog heeft voor de regio.

Het onderzoek bouwt voort op de eerdere studie *Eigentijdse Ongelijkheid* uit 2023.²⁸ Daaruit bleek dat er in Nederland zeven sociale klassen te onderscheiden zijn, met grote onderlinge verschillen. De structurele ongelijkheid die wordt aangetoond in beide SCP-rapporten, vraagt om een nationale aanpak, gericht op basisvoorzieningen en een behoorlijke levensstandaard voor iedereen en aanvullende steun voor wie dat niet genoeg is. Ook zegt het SCP dat het belangrijk is om te investeren in sleutelmomenten zoals het volgen van onderwijs, de start op de arbeidsmarkt en ouder worden. En moeten sectoren als gezondheidszorg, woningmarkt, arbeidsmarkt, kinderopvang, sociale zekerheid en het onderwijs beter en integraal op elkaar worden afgestemd.

26 Transgender Netwerk, *stijging discriminatie tegen transgender mensen zet door*, 24 april 2025; COC, *opnieuw uiterst verontrustende stijging lhbt+ discriminatie*, 24 april 2025.

27 Sociaal en Cultureel Planbureau, *Verdeeld over het land: ongelijkheid, leefwerelden en maatschappelijke overtuigingen in provincies, regio's en gemeenten*, juni 2025.

28 Sociaal en Cultureel Planbureau, *Eigentijdse ongelijkheid: de postindustriële klassenstructuur op basis van vier typen kapitaal*, maart 2023.

Rapport kindershulp: basisvoorzieningen staan onder druk

In de afgelopen vier jaar steeg het aantal kinderen dat door het fonds Kinderhulp is geholpen met een bijdrage voor basisvoorzieningen met ruim 40%.²⁹ Binnen deze forse groei is ook een duidelijke trend zichtbaar. Waar een paar jaar geleden vooral aanvragen worden gedaan voor grotere uitgaven zoals een bed of een laptop, zijn het de laatste jaren steeds meer aanvragen voor basisvoorzieningen geworden. Denk bijvoorbeeld aan hulpvragen voor persoonlijke verzorging zoals menstruatieproducten, maar ook deodorant, tandpasta, brillen of kleding.

De armoede die deze kinderen ervaren brengt grote zorgen met zich mee, zoals stress over eten, kleding of zelfs de huur. Ook hebben kinderen te maken met schaamte en stigmatisering. Kinderhulp geeft aan dat de nood hoog is. Ondanks andere voorzieningen zoals regelingen vanuit de gemeente, of andere fondsen, is Kinderhulp als vangnet nog hard nodig.

Het ministerie van SZW heeft onlangs een nieuw Nationaal Programma Armoede en Schulden met de kamer gedeeld.³⁰ Het aanpakken van kinderarmoede en het ondersteunen van kwetsbare gezinnen met kinderen in de leeftijd van 0-27 jaar heeft een centrale plek in dit programma gekregen.

²⁹ Kinderhulp, *Armoedestress voor kinderen en jongeren in Nederland: Basisvoorzieningen onder druk*, 17 april 2024.

³⁰ *Kamerstukken II 2024/25*, 24515, nr. 799, brief van de staatssecretaris van Participatie en Integratie van 6 juni 2025 (*Nationaal Programma Armoede en Schulden*).

CHRONIQUES STRASBOURGEOISES

April – juni 2025

Lucas Dikkers & Ayla Yayla *

Samenvatting | Wie aan Straatsburg en de mensenrechten denkt, denkt aan de jurisprudentie van het EHRM. Er gebeurt echter meer mensenrechtelijks in Straatsburg. In deze kroniek wordt verslag gedaan van activiteiten, beslissingen, aanbevelingen en standpunten van alle andere organen die zich binnen het raamwerk van de Raad van Europa bezighouden met mensenrechtenkwesities.

DOI | 10.54195/NTM.23675

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Introductie

Op 22 mei 2025 werd op initiatief van Denemarken en Italië en namens in totaal negen lidstaten van de Raad van Europa een open brief gepubliceerd.¹ In de brief vragen de lidstaten zich af of verdragen, in het bijzonder het EVRM, nog wel passen bij de uitdagingen van het moment. De brief gaat in het bijzonder over mensen die naar Europese staten migreren en daar niet integreren. Verder is de brief lovend over het strengere migratiebeleid dat steeds meer staten voeren. Tegen die achtergrond vragen de betreffende lidstaten zich in de brief af of het EHRM niet te ver is doorgeschoten in zijn interpretatie van het EVRM. Hierdoor zou het te moeilijk zijn geworden om politieke beslissingen te nemen, in het bijzonder met betrekking tot migratie. Het EVRM zou bijvoorbeeld te veel beperkingen opwerpen voor het uitzettingsbeleid van staten.

Ten tijde van het schrijven van deze kroniek was de brief net verschenen, maar er is door velen direct fel gereageerd. Zoals zelfs de brief zelf onderkent, staat een dergelijke politieke interventie ten aanzien van een rechterlijke instantie haaks op democratische waarden.² Alain Berset, Secretaris-Generaal van de Raad van Europa, liet optekenen dat, hoewel debat gezond is, het politiseren van het EHRM dat niet is. Ook gaf hij aan dat instituties die fundamentele rechten behoren te beschermen niet kunnen meebewegen met politieke ontwikkelingen, omdat zo de stabiliteit waarop die instituties zijn gebouwd erodeert. Bovendien is het EVRM vrijwillig door de lidstaten ondertekend en geratificeerd; de negen staten hebben zichzelf dus vastgelegd aan de bescherming van mensenrechten.³ In een later interview gaf Berset niettemin aan dat

■ Mr. L.P. Dikkers is junior docent en promovendus bij de Radboud Universiteit en mr. A. Yayla is docent publiekrecht bij de Hogeschool Leiden.

1 De brief is beschikbaar via https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera_aperta_22052025.pdf, en werd ondertekend door Denemarken, Italië, Oostenrijk, België, Tsjechië, Estland, Letland, Litouwen en Polen. Nederland heeft schijnbaar overwogen ook te tekenen, maar dat uiteindelijk niet gedaan. Zie NRC: 'Kabinet verdeeld over brief EU landen over uitzetten criminelen', <https://www.nrc.nl/nieuws/2025/05/23/kabinet-verdeeld-over-brief-eu-landen-over-uitzetten-criminelen-a4894451>.

2 In de brief staat: 'We know that this is a sensitive discussion. Although our aim is to safeguard our democracies, we will likely be accused of the opposite.'

3 Raad van Europa, 'Alain Berset on the joint letter challenging the European Court of Human Rights', beschikbaar via https://www.coe.int/en/web/portal/-/alain-beret-on-the-joint-letter-challenging-the-european-court-of-human-rights?p_l_back_url=%2Fen%2Fweb%2Fportal%2Fnewsroom.

hij de noodzaak voor verandering ziet – zij het met respect voor de kernwaarden van het EVRM.⁴ De brief is temeer verbazingwekkend te noemen, omdat slechts twee jaar geleden de lidstaten van de Raad van Europa de Reykjavik verklaring hebben ondertekend.⁵ Eén van de *Principles for Democracy* uit de verklaring betreft het belang van een onafhankelijke, onpartijdige en effectieve rechterlijke macht. Daaronder valt blijkens principe vijf expliciet ook de afwezigheid van interventies van de uitvoerende macht – kennelijk waren de ondertekenende lidstaten dat alweer vergeten. In deze kroniek lichten we u weer in hoe, ondanks tegenwerking door sommige lidstaten, de Raad van Europa de afgelopen tijd zich heeft ingezet voor onder meer democratie en mensenrechten.

Oorlog in Oekraïne; integratie EU

De afgelopen maanden werden er voor het eerst sinds lange tijd pogingen gedaan om vrede tussen Oekraïne en Rusland te bespreken. De oorlog duurt niettemin onverminderd voort. Er was binnen de Raad van Europa in het bijzonder aandacht voor de gevolgen van de oorlog voor kinderen. Thórdís Kolbrún Reykþjard Gylfadóttir, eerder dit jaar aangesteld als speciaal gezant voor de situatie van kinderen in Oekraïne, heeft op 19 en 20 maart haar eerste *fact-finding mission* uitgevoerd. Ze sprak met verschillende partijen om de meest urgente problemen voor kinderen in Oekraïne in kaart te brengen.⁶ Over haar bevindingen sprak Gylfadóttir voorts met het parlementaire netwerk voor de situatie van kinderen in Oekraïne.⁷ Bij een conferentie over het tegengaan van mensenhandel, georganiseerd door de Organisatie voor veiligheid en samenwerking in Europa, werd door een groep vertegenwoordigers van de Raad van Europa gesproken over ontheemde kinderen uit Oekraïne.⁸

Verder zijn er stappen gezet om een Speciaal Tribunaal voor de misdaad van agressie tegen Oekraïne op te richten. Het voornemen om dit tribunaal op te richten werd op 9 mei tot uiting gebracht. Vooralsnog gaat het om een voornemen dit tribunaal op te richten; de financiering en praktische aspecten van het tribunaal moeten nog georganiseerd worden. Niettemin is het

4 Caolán Magee, 'Convention on human rights must adapt, says Council of Europe head', 6 juni 2025, The Guardian, beschikbaar via <https://www.theguardian.com/world/2025/jun/05/convention-on-human-rights-must-adapt-says-council-of-europe-head>.

5 'Reykjavik Declaration, United around our values', op 16 en 17 mei 2023 aangenomen door de staatshoofden en regeringsleiders van de Raad van Europa, beschikbaar via <https://edoc.coe.int/en/the-council-of-europe-in-brief/11619-united-around-our-values-reykjavik-declaration.html>, p. 10.

6 Raad van Europa, 'Children's rights in focus', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/migration-and-refugees/-/children-s-rights-in-focus>.

7 Raad van Europa, 'Special Envoy's first presentation to the Parliamentary Network on the situation of children of Ukraine', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/kyiv/-/special-envoy-s-first-presentation-to-the-parliamentary-network-on-the-situation-of-children-of-ukraine>.

8 Raad van Europa, '25th OSCE Alliance against Trafficking in persons conference: Council of Europe side-event on preventing trafficking and online exploitation among displaced children of Ukraine', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/-/25th-osce-alliance-against-trafficking-in-persons-conference-council-of-europe-side-event-on-preventing-trafficking-and-online-exploitation-among-displaced-children-of-ukraine>.

voornemen volgens de Secretaris-Generaal een teken van eenheid, en een belangrijke stap ten behoeve van vrede in Oekraïne.⁹

Ook de kwestie van verdere samenwerking van Oekraïne met de Europese Unie speelt al een tijd. Hier wordt, zo blijkt, gestaag voortgang in geboekt. Bij een bijeenkomst, op 23 april georganiseerd door de mensenrechtencommissaris van het Oekraïens parlement, Dmytro Lubinets, werden enkele successen en uitdagingen voor verdere integratie besproken. Het project voor de ondersteuning bij het implementeren van Europese standaarden met betrekking tot anti-discriminatie en de rechten van minderheden in Oekraïne, dat loopt sinds 1 juli 2023, was het startpunt van de bijeenkomst. Dat project wordt ondersteund door zowel de Europese Unie als de Raad van Europa. Van Lubinets' 75 aanbevelingen aan Oekraïne zijn of worden inmiddels ruim driekwart geïmplementeerd. Niettemin zijn er een aantal obstakels, waaronder de oorlog met Rusland, fragmentatie van verantwoordelijkheden tussen Oekraïense autoriteiten en tekortkomingen in juridische procedures.¹⁰ In Kiev vond op 9 mei een bijeenkomst plaats waarin de vraag onder welke voorwaarden Oekraïne op een gegeven moment toe zou kunnen treden tot de Europese Unie centraal stond. In een toespraak gaf Daniel Popescu van het secretariaat van het Congres van lokale en regionale overheden daar aan dat, symbolisch gezien, de weg naar Brussel langs Straatsburg loopt. Volgens Popescu is de hervorming van de Oekraïense ambtenarij conform de geest van het Europees Handvest inzake lokale democratie en de Reykjavik principes voor democratie, waarmee Oekraïne dus een belangrijke stap heeft gezet.¹¹

Journalistiek onder druk

Verder blijft de Raad van Europa zich eveneens richten op andere kwesties die de fundamenteën van democratie in Europa raken, zoals de bescherming van de persvrijheid. Binnen de Raad van Europa stond ook de bescherming van journalistiek en persvrijheid opnieuw op de agenda. Op 2 april was het tien jaar geleden dat het Platform voor de bescherming van journalistiek en de veiligheid van journalisten werd opgericht. Het platform is een samenwerking tussen de Raad van Europa en maatschappelijke organisaties die vrije pers en journalisten beschermen. In de tien jaar sinds de oprichting van het platform zijn er 2025 'alerts' gemeld over serieuze bedreigingen van de vrije pers in lidstaten van de Raad van Europa, Wit-Rusland en Rusland. Bij een alert krijgen nationale autoriteiten een notificatie en een uitnodiging om te reageren. Van de 2025 alerts zijn er 403 opgelost; het probleem is in die gevallen ofwel verdwenen, ofwel

9 Raad van Europa, 'Secretary General highlights next steps on Special Tribunal for Ukraine in moment of unity in Lviv', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-highlights-next-steps-on-special-tribunal-for-ukraine-in-moment-of-unity-in-lviv>. Voor een uitgebreidere bespreking, zie Andrew Forde, 'The Road Not (Yet) Taken: A Special Tribunal for the Crime of Aggression against Ukraine', *OpinioJuris*, 16 April 2025, beschikbaar via <https://opiniojuris.org/2025/04/16/the-road-not-yet-taken-a-special-tribunal-for-the-crime-of-aggression-against-ukraine/>.

10 Raad van Europa, 'Recommendations for protecting the rights of national minorities in Ukraine: achievements and challenges on the path to European integration', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/kyiv/-/recommendations-for-protecting-the-rights-of-national-minorities-in-ukraine-achievements-and-challenges-on-the-path-to-european-integration>.

11 Raad van Europa, 'United by Values: Congress supports Ukraine's aspiration for EU membership', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/kyiv/-/united-by-values-congress-supports-ukraine-s-aspiration-for-eu-membership>.

actief opgelost. 735 hebben überhaupt geen reactie gekregen van de betreffende staat. Het aantal alerts neemt toe, wat volgens de betrokken maatschappelijke organisaties voornamelijk te maken heeft met democratische erosie en teruglopende persvrijheid.¹² Binnen de Raad van Europa is er veel aandacht voor deze thema's. Zo was het op 3 mei *World Press Freedom Day*. De zogenaamde *Group of Friends of the Council of Europe on the Safety of Journalists and Media Freedom*, waar onder andere Nederland onderdeel van is, kwam op die dag met een gezamenlijk statement. In het statement wordt stilgestaan bij het belang van vrije, onafhankelijke en pluralistische media voor democratische samenlevingen. Het statement stelt verder vast dat de vrijheid van de media en de veiligheid van journalisten met een alarmerend tempo achteruitgaat, zowel in Europa als in de rest van de wereld. Ook desinformatie wordt benoemd als gevaar voor democratische processen en het vertrouwen in professionele media. Het statement benoemt ook het gevaar dat AI bestaande uitdagingen voor het medialandschap versterkt. AI zou bijvoorbeeld het medialandschap verder homogeniseren door efficiëntie te verhogen en daarmee creativiteit verder weg te drukken.¹³

Een gerelateerde gebeurtenis vond plaats binnen het raamwerk van de *Journalists Matter* campagne – een project dat sinds 2023 loopt en is gericht op het beschermen van persvrijheid en journalisten.¹⁴ Op 29 april was de jaarlijkse conferentie van dit project; het thema was het tegengaan van straffeloosheid bij misdaden tegen journalisten. Belanghebbenden spraken op de conferentie onder andere over effectieve opsporing en vervolging van dergelijke misdaden, de veiligheid van journalisten, en geschikte oplossingen voor slachtoffers.¹⁵ Er werd ook concrete actie ondernomen om deze problematiek onder handen te nemen. Door de Raad van Europa en de Europese Unie werd een training georganiseerd voor zo'n dertig openbare aanklagers uit heel Europa. De training was bedoeld om de vaardigheden van openbare aanklagers bij het aanpakken van misdaden tegen journalisten te vergroten. In de training stond de Europese en internationale regelgeving over vrijheid van meningsuiting centraal, met een belangrijke rol voor de jurisprudentie van het EHRM. Ook werd er gesproken over het waarborgen van de veiligheid van journalisten, het beschermen van bronnen en klokkenluiders en het aanpakken van intimidatie.¹⁶

12 Raad van Europa, 'Ten years on: Safety of Journalists Platform issued 2,000 alerts on serious threats to media freedom', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/portal/-/ten-years-on-safety-of-journalists-platform-issued-2-000-alerts-on-serious-threats-to-media-freedom>.

13 Raad van Europa, 'Joint Statement by the Group of Friends of the Council of Europe on the Safety of Journalists and Media Freedom', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/-/joint-statement-by-the-group-of-friends-of-the-council-of-europe-on-the-safety-of-journalists-and-media-freedom>.

14 Raad van Europa, 'Journalists Matter: Council of Europe Campaign for the Safety of Journalists', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/safety-of-journalists-campaign>.

15 Raad van Europa, 'Annual Thematic Conference: Building the paradigm against impunity of crimes against journalists', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/annual-thematic-conference-2025>.

16 Raad van Europa, 'Prosecutors strengthen capacities to uphold media freedom and protect journalists', beschikbaar via <https://www.coe.int/fr/web/freedom-expression/-/prosecutors-strengthen-capacities-to-uphold-media-freedom-and-protect-journalists>.

Internationale Vrouwendag: Europese wetgeving versterkt de strijd tegen geweld tegen vrouwen

Naast het beschermen van journalisten en de persvrijheid richt de Raad van Europa zich uiteraard ook op het versterken van andere mensenrechten, zoals de strijd tegen geweld tegen vrouwen. Ook dit jaar staan we stil bij de Internationale Vrouwendag. Deze dag biedt een jaarlijks moment om terug te blikken op de geboekte vooruitgang op het gebied van vrouwenrechten en gendergelijkheid. In het bijzonder was het afgelopen jaar van groot belang voor de versterking van juridische kaders rondom digitaal geweld tegen vrouwen.

In deze bijdrage lichten we enkele ontwikkelingen uit die van belang zijn voor de bestrijding van digitaal geweld tegen vrouwen. De Raad van Europa besteedde bijvoorbeeld expliciet aandacht aan de Richtlijn (EU) 2024/1385¹⁷ die in mei 2024 werd aangenomen door het Europees Parlement en Raad van de Europese Unie. Deze richtlijn vormt een gemeenschappelijke juridische basis voor de aanpak van dit geweld in de hele EU, met expliciete aandacht voor online vormen zoals het zonder toestemming delen van intieme beelden, cyberstalking, cyberpesten en het aanzetten tot haat of geweld via digitale middelen. Daarnaast biedt de richtlijn bescherming aan alle slachtoffers, ongeacht hun gender.¹⁸

Enkele maanden later, op 25 november 2024 – tijdens de Internationale Dag tegen Geweld tegen Vrouwen – werd ook stilgestaan bij een andere belangrijke mijlpaal. De Secretaris-Generaal herinnerde aan het tienjarig bestaan van het Verdrag van Istanbul.¹⁹ Hoewel er belangrijke vooruitgang is geboekt, benadrukte Berset dat verdere actie nodig is – met name op het gebied van digitale intimidatie en psychisch geweld.²⁰ In het verlengde hiervan werd op 1 en 2 oktober 2024 een nieuwe stap gezet met de oprichting van het Comité van Experts inzake technologie-gefaciliteerd geweld tegen vrouwen en meisjes. Tijdens de eerste bijeenkomst in Straatsburg werd onderstreept dat dit comité, in het kader van de Verklaring van Reykjavik, aanbevelingen zal ontwikkelen om digitaal geweld systematisch aan te pakken.²¹

De Raad van Europa blijft concrete ondersteuning aanbieden aan lidstaten om wetgeving en beleid te verbeteren, instellingen te versterken en bewustwording te vergroten rond digitale en seksuele geweldsvormen tegen vrouwen.²² In toekomstige edities zullen wij de verdere ontwikkelingen binnen de Raad van Europa blijven belichten, met bijzondere aandacht voor de implementatie van juridische en beleidsmatige actiepunten ter bestrijding van geweld tegen vrouwen.

17 Richtlijn (EU) 2024/1385 van het Europees Parlement en de Raad van 14 mei 2024 ter bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, beschikbaar via <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1385/oj/eng>.

18 Raad van Europa, '8 March 2025: International Women's Day: How far have we come?', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/8-march-2025-%7C-international-women-s-day-how-far-have-we-come->.

19 CETS (Council of Europe Treaty Series) no. 210, Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, 11.V.2011.

20 Raad van Europa, '8 March 2025: International Women's Day: How far have we come?', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/8-march-2025-%7C-international-women-s-day-how-far-have-we-come->.

21 Raad van Europa, '8 March 2025: International Women's Day: How far have we come?', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/8-march-2025-%7C-international-women-s-day-how-far-have-we-come->.

22 Raad van Europa, '8 March 2025: International Women's Day: How far have we come?', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/8-march-2025-%7C-international-women-s-day-how-far-have-we-come->.

Ontwikkelingen vanuit GREVIO

De Groep van Experts inzake Actie tegen Geweld tegen Vrouwen en Huiselijk Geweld (GREVIO) hield haar 35ste plenaire vergadering van 24 tot 27 maart 2025 in Straatsburg. Tijdens deze bijeenkomst stemde GREVIO in met het concept-thematische rapport over Nederland. Dit wijst op positieve ontwikkelingen in de aanpak van geweld tegen vrouwen door de Nederlandse overheid.²³ Zo is de 'gendergelijkheidstoets' sinds 2023 opgenomen in het beleidsinstrumentarium van de Rijksoverheid via het nieuwe Beleidskompas, waarmee de effecten van beleid systematisch wordt getoetst. Daarnaast is er meer aandacht gekomen voor intersectionaliteit binnen het emancipatiebeleid en is er structurele financiering beschikbaar gesteld via de Subsidie-regeling Gender- en LHBTI-gelijkheid 2022-2027. Ook zijn er concrete beleidsprogramma's opgezet zoals het Nationaal Actieprogramma Seksueel Grensoverschrijdend Gedrag en Seksueel Geweld en het Actieplan ter preventie van femicide. Verder wordt via diverse monitors – waaronder de Prevalentiemonitor en de Impactmonitor Huiselijk Geweld – nauwgezet data verzameld en geanalyseerd, met specifieke aandacht voor gendergerelateerd geweld, wat bijdraagt aan effectiever beleid en preventie.²⁴

In bovengenoemde plenaire vergadering werd ook het zesde algemene activiteitenrapport van GREVIO aangenomen.²⁵ Dit rapport wijst op een *shrinking space* voor non-gouvernementele organisaties die zich inzetten voor de ondersteuning van vrouwen en meisjes in Europa. Volgens GREVIO krijgen verdedigers van vrouwenrechten in toenemende mate te maken met geweld, bedreigingen en seksistisch haatzaaien. Uit recente landenrapporten blijkt bovendien dat er in sommige Europese landen een groeiend vijandig klimaat ontstaat waarin het bestaan van geweld tegen vrouwen wordt ontkend en het belang van gendergelijkheid wordt betwist.²⁶ Dergelijke ontwikkelingen maken het voor vrouwenrechtenorganisaties steeds moeilijker om op te komen voor bescherming van vrouwen tegen geweld.²⁷

Een extra obstakel is het gebrek aan effectieve samenwerking tussen overheden en deze organisaties – een probleem dat GREVIO al tijdens eerdere evaluatierondes signaleerde. Ook de financiering vormt een structurele uitdaging. Hoewel sommige landen de afgelopen tien jaar geïnvesteerd hebben in opvanghuizen en nieuwe ondersteuningsdiensten, blijven duurzame middelen uit. Daardoor komt de continuïteit van essentiële hulpverlening door deze vrouwenorganisaties onder druk te staan.²⁸ Het rapport spreekt verder zijn zorgen uit over aanbestedingsprocedures die grotere, niet-gespecialiseerde aanbieders bevoordelen. Dit benadeelt feministische organisaties met jarenlange ervaring en diepgewortelde expertise. Daarnaast werpen strikte

23 Raad van Europa, 'Grevio held its 35th meeting', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/grevio-held-its-35th-meeting>. Voordat het concept-thematisch rapport definitief wordt vastgesteld, legt GREVIO het rapport nog voor aan de Nederlandse overheid voor opmerkingen.

24 Raad van Europa, 'Grevio held its 35th meeting', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/grevio-held-its-35th-meeting>.

25 Raad van Europa, '6th General report on Grevio's activities: covering the period from January to December 2024', Council of Europe 2025, beschikbaar via <https://rm.coe.int/6th-general-report-on-grevio-s-activities/1680b5cbe8>.

26 De recente landenrapporten zijn beschikbaar via: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/country-monitoring-work>.

27 Raad van Europa, 'New report indicates "shrinking space" for women's rights defenders', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/new-report-indicates-shrinking-space-for-women-s-rights-defenders>.

28 Raad van Europa, 'New report indicates "shrinking space" for women's rights defenders', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/new-report-indicates-shrinking-space-for-women-s-rights-defenders>.

vergunningsvereisten voor gespecialiseerde hulpverlening – vooral bij opvangcentra voor slachtoffers van huiselijk geweld – onnodig hoge drempels op, wat vooral kleinere of gemeenschapsgerichte initiatieven van vrouwenorganisaties belemmert.²⁹

Dit alles maakt dat GREVIO-lidstaten wordt opgeroepen hun toezegging uit de Verklaring van Reykjavik³⁰ na te komen en veilige, ondersteunende omgevingen te creëren voor het maatschappelijk middenveld van verdedigers van vrouwenrechten zodat zij hun werk kunnen doen.³¹

Kinderrechtenstrategie op koers, maar uitdagingen blijven

De aandacht voor geweld tegen vrouwen en de bescherming van vrouwenrechten sluit aan bij bredere zorgen rondom de bescherming van kwetsbare groepen, waaronder kinderen, waarvoor de Raad van Europa ook concrete actie onderneemt. In april van dit jaar vond in Straatsburg de midterm review-conferentie plaats van de Vierde Strategie voor de Rechten van het Kind (2022–2027).³² Onder het Luxemburgse voorzitterschap van het Comité van Ministers van de Raad van Europa kwamen meer dan tweehonderd vertegenwoordigers bijeen van nationale overheden, parlementen, internationale organisaties, het maatschappelijk middenveld, de academische wereld en kind- en jeugddelegaties. Hun gedeelde doel: reflecteren op de geboekte vooruitgang, urgente knelpunten bespreken en gezamenlijk bepalen hoe de rechten van kinderen in Europa de komende jaren effectiever kunnen worden gewaarborgd.³³

De conferentie begon met een duidelijke herbevestiging van de politieke wil om kinderrechten daadwerkelijk vorm te geven. Marja Ruotanen, directeur-generaal Democratie en Menselijke Waardigheid van de Raad van Europa, benadrukte dat de bijeenkomst bedoeld is als ‘een stap richting een wereld waarin kinderrechten beschermd worden, hun stemmen gehoord worden en hun toekomst wordt veiliggesteld.’ Tegelijkertijd klonken er ook waarschuwende geluiden. Najat Maalla M’jid, speciaal vertegenwoordiger van de VN-secretaris-generaal inzake geweld tegen kinderen, wees op de groeiende risico’s die het welzijn en de veiligheid van kinderen bedreigen, waaronder online intimidatie, seksuele uitbuiting, schadelijk gedrag en maatschappelijke uitsluiting. Volgens haar vormt de strategie van de Raad van Europa een essentieel beleidsinstrument, niet alleen ter bescherming, maar ook voor het bevorderen van het welzijn en de zelfbeschikking van kinderen, in overeenstemming met het VN-Kinderrechtenverdrag en de

29 Raad van Europa, ‘New report indicates "shrinking space" for women’s rights defenders’, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/new-report-indicates-shrinking-space-for-women-s-rights-defenders>.

30 Raad van Europa, ‘Reykjavik Summit: 4th Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe’, Council of Europe 2023, beschikbaar via: <https://edoc.coe.int/en/the-council-of-europe-in-brief/11619-united-around-our-values-reykjavik-declaration.html>.

31 Raad van Europa, ‘New report indicates "shrinking space" for women’s rights defenders’, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/new-report-indicates-shrinking-space-for-women-s-rights-defenders>.

32 Deze strategie is terug te vinden in het volgende document: Raad van Europa, ‘Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2022–2027)’, Council of Europe 2022, beschikbaar via <https://rm.coe.int/council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-2022-2027-child/1680a5ef27>.

33 Raad van Europa, ‘Council of Europe Strategy for the Rights of the Child: mid-term review of achievements, challenges and next steps’, beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/children/-/council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-mid-term-review-of-achievements-challenges-and-next-steps>.

Duurzame Ontwikkelingsdoelen.³⁴ Glenn Micallef, Europees commissaris voor Intergenerationele Rechtvaardigheid, Jeugd, Cultuur en Sport, voegde hieraan toe dat, hoewel vooruitgang mag worden erkend, aanhoudende inspanning nodig blijft om bestaande uitdagingen daadwerkelijk het hoofd te bieden.³⁵

Inhoudelijk stonden diverse thema's centraal die aansloten bij de kernambities van de strategie, zoals de bescherming van kinderen tegen geweld, waaronder ook risicovol of schadelijk gedrag door kinderen zelf. Preventie werd daarbij gepresenteerd als een essentieel middel, onder meer in de vorm van relationele- en seksuele vorming.³⁶ Ook kwam het veilige gebruik van technologie aan bod, met aandacht voor kinderrechten in het digitale tijdperk en de rol van kunstmatige intelligentie. Lidstaten deelden praktijkvoorbeelden, en er werd input verzameld voor een beoordelingsinstrument rond AI en kinderrechten, onder leiding van het Stuurcomité voor de Rechten van het Kind.³⁷ Verder stond de bevordering van gelijke kansen en sociale inclusie op de agenda. In het bijzonder kwam de bestrijding van kinderarmoede aan bod. Beleidsmaatregelen uit verschillende landen werden besproken, waarbij de nadruk lag op samenwerking tussen de staten, de Raad van Europa, academische wereld, jeugdvertegenwoordigers en maatschappelijke organisaties.³⁸ Door het delen van uiteenlopende perspectieven, expertise en goede praktijken werd de collectieve inzet herbevestigd om de doelstellingen van de Strategie te verwezenlijken en de samenwerking te versterken voor een veiliger, inclusiever en kindvriendelijker Europa.

AI in de rechtspraak: kansen, grenzen en de noodzaak van menselijk toezicht

De voortdurende aandacht voor de bescherming van kwetsbare groepen, zoals kinderen, en de bescherming van rechten in de digitale sfeer, werpt een bredere vraag op over hoe technologie, zoals kunstmatige intelligentie, de toegang tot en de werking van rechtssystemen kan verbeteren.

Het recent gepubliceerde rapport van de Artificial Intelligence Advisory Board (AIAB) werpt nieuw licht op de inzet van kunstmatige intelligentie in de rechtspraak, gebaseerd op informatie uit het European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)³⁹ Resource Centre on Cyber-justice and AI.

34 Raad van Europa, 'Council of Europe Strategy for the Rights of the Child: mid-term review of achievements, challenges and next steps', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/children/-/council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-mid-term-review-of-achievements-challenges-and-next-steps>.

35 Raad van Europa, 'Council of Europe Strategy for the Rights of the Child: mid-term review of achievements, challenges and next steps', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/children/-/council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-mid-term-review-of-achievements-challenges-and-next-steps>.

36 Raad van Europa, 'Council of Europe Strategy for the Rights of the Child: mid-term review of achievements, challenges and next steps', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/children/-/council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-mid-term-review-of-achievements-challenges-and-next-steps>.

37 CDENF staat in het Engels voor 'Steering Committee for the Rights of the Child'.

38 Raad van Europa, 'Council of Europe Strategy for the Rights of the Child: mid-term review of achievements, challenges and next steps', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/children/-/council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-mid-term-review-of-achievements-challenges-and-next-steps>.

39 Het European Commission for the Efficiency of Justice is een instantie van de Raad van Europa, die tot doel heeft om de efficiëntie en de kwaliteit van rechtssystemen in Europa te verbeteren.

Uit de analyse in het rapport blijkt dat inmiddels 125 technologische instrumenten zijn geïdentificeerd die bijdragen aan een efficiëntere en toegankelijker rechtspraak. Deze tools, grotendeels afkomstig uit Europa, zijn ontwikkeld met het oog op het ondersteunen van juridische processen. Binnen deze ontwikkeling nemen AI-systemen gebaseerd op *machine learning* en natuurlijke taalverwerking een steeds prominenter plaats in. Vooral het gebruik van generatieve AI in de rechtspraak is opvallend toegenomen.⁴⁰

Toch blijft menselijke tussenkomst essentieel. De huidige AI-systemen hebben duidelijke beperkingen en functioneren niet autonoom; ze kunnen dus niet zonder toezicht opereren binnen rechtbanken. De inzet van deze technologie vraagt daarom om zorgvuldige controle en afweging. Positief is dat de meeste cyberjustice-instrumenten zodanig zijn ontworpen dat juridische professionals ermee kunnen werken zonder diepgaande technische kennis. Een belangrijk aandachtspunt is dat veel van deze tools niet openbaar toegankelijk zijn. Ze maken vaak deel uit van de interne IT-infrastructuur van rechtbanken of andere overheidsinstellingen. Dat neemt echter niet weg dat ook zij moeten voldoen aan de eisen van transparantie en verantwoording.⁴¹

Het rapport zal voortaan jaarlijks verschijnen en biedt daarmee niet alleen inzicht in de technologische stand van zaken, maar ook in de ethische en juridische vraagstukken die met de inzet van AI in de rechtspraak gepaard gaan. Verdere ontwikkelingen rond AI in de rechtspraak zullen wij nauwgezet blijven volgen en in onze kroniek blijven belichten.

Parlementariërs bespreken vertrouwen en rechtszekerheid in AI

Tijdens de aprilzitting van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa (PACE) vond in Straatsburg een nevenevenement plaats over 'Rechtszekerheid en vertrouwen in AI'. Beleidsmakers, juridische experts en parlementariërs bespraken de noodzaak van internationale samenwerking en duidelijke juridische kaders, nu kunstmatige intelligentie zich in hoog tempo ontwikkelt en grote invloed heeft op mensenrechten, democratie en de rechtsstaat.⁴²

Keynote-spreker Bjørn Berge, plaatsvervangend Secretaris-Generaal van de Raad van Europa, riep parlementariërs op hun verantwoordelijkheid te nemen als sleutelfiguren in een verantwoord en inclusief AI-beleid. Hij benadrukte het belang van een snelle ratificatie van het nieuwe Kaderverdrag over AI – het eerste wereldwijd juridisch bindende verdrag op dit terrein.⁴³

De experts bespraken verder hoe nationale parlementen kunnen bijdragen aan een transparant en controleerbaar AI-beleid, met aandacht voor risicogebaseerde regelgeving, gegevensbescherming en de ethiek van geautomatiseerde besluitvorming. Ook werd de dringende noodzaak onderstreept van een breed gedragen dialoog tussen overheden, experts en samenleving. Nu AI-technologieën een steeds grotere rol spelen, is een gezamenlijke, op mensenrechten gebaseerde juridische aanpak essentieel om het publieke vertrouwen te versterken en de democratische

40 Zie voetnoot 39.

41 CDENF staat in het Engels voor 'Steering Committee for the Rights of the Child'.

42 Raad van Europa, 'Legal Certainty and Trust in AI: Parliamentarians at the Forefront of AI Governance', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/-/pace-ai-side-event>.

43 Raad van Europa, 'Legal Certainty and Trust in AI: Parliamentarians at the Forefront of AI Governance', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/-/pace-ai-side-event>.

veerkracht te waarborgen.⁴⁴ Deze ontwikkelingen onderstrepen ook voor Nederland het belang van tijdige wetgevende betrokkenheid en kritische reflectie op AI-toepassingen, zodat rechtszekerheid, transparantie en mensenrechten vanaf het begin stevig verankerd blijven in onze digitale toekomst.

Eerste jaarverslag O'Flaherty

Op 7 april 2025 presenteerde Michael O'Flaherty, Commissaris Mensenrechten van de Raad van Europa zijn eerste jaarverslag.⁴⁵ Daarin schetste hij een duidelijke driedeling in zijn verslaglegging over 2024. Allereerst deelde hij zijn persoonlijke observaties over de zorgwekkende ontwikkeling van de mensenrechtensituatie in Europa. Hij signaleerde een groeiende terughoudendheid bij politieke leiders om mensenrechten actief te beschermen en wees op het gevaar van het terugvallen op machtspolitiek zonder oog voor internationale verdragskaders. Daarnaast benadrukte hij de pandemie van desinformatie die deze ontwikkelingen versterkte. Het tweede deel van zijn rapport bestond uit een uitgebreide beschrijving van zijn activiteiten gedurende het jaar, waarbij vier kernprioriteiten centraal stonden: de mensenrechtelijke gevolgen van de oorlog in Oekraïne, de noodzaak om mensenrechten te verankeren in grens- en migratiebeleid, aandacht voor gemarginaliseerde groepen zoals Roma en Travellers, en de bescherming van mensenrechtenverdedigers die onder toenemende druk stonden. Tot slot bevatte zijn verslag een annex met het werk van zijn voorganger in de eerste maanden van 2024, waarmee het rapport ook de continuïteit en consistentie in het commissariaat onderstreepte. Met deze driedeling bood O'Flaherty niet alleen inzicht in de huidige uitdagingen, maar ook in de concrete inzet van zijn ambt om mensenrechten te waarborgen en te versterken.⁴⁶

Belangrijke stap voor bescherming van advocatenberoep

Na het jaarverslag van Michael O'Flaherty, dat het belang van mensenrechten onderstreepte, is er ook goed nieuws op het gebied van bescherming van advocaten. De Raad van Europa heeft het allereerste internationale verdrag aangenomen dat specifiek gericht is op de bescherming van het advocatenberoep. Dit initiatief komt voort uit de toenemende meldingen van intimidatie, bedreigingen en andere belemmeringen waarmee advocaten te maken krijgen tijdens hun werk. Advocaten zijn onmisbaar voor de rechtsstaat en de toegang tot rechtvaardigheid, bijvoorbeeld bij het verdedigen van mensenrechten. Het verdrag beschermt niet alleen individuele advocaten, maar ook hun beroepsverenigingen, en garandeert dat zij zonder ongepaste hindernissen kunnen werken. Staten zijn op grond van het verdrag verplicht ervoor te zorgen dat advocaten vrij zijn

44 Raad van Europa, 'Legal Certainty and Trust in AI: Parliamentarians at the Forefront of AI Governance', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/-/pace-ai-side-event>.

45 Inhoudelijke weergave van de tekst van de presentatie van de Commissaris Mensenrechten van de Raad van Europa, Michael O'Flaherty, beschikbaar via <https://rm.coe.int/presentation-of-first-annual-activity-report-2024-by-michael-o-flaherty/1680b53da7>.

46 Inhoudelijke weergave van de tekst van de presentatie van de Commissaris Mensenrechten van de Raad van Europa, Michael O'Flaherty, beschikbaar via <https://rm.coe.int/presentation-of-first-annual-activity-report-2024-by-michael-o-flaherty/1680b53da7>.

van geweld, intimidatie en ongewenste belemmeringen. Daarnaast moeten beroepsverenigingen onafhankelijk kunnen opereren. Het verdrag is sinds 13 mei 2025 opengesteld voor ondertekening tijdens de ministeriële bijeenkomst van Buitenlandse Zaken in Luxemburg. We wachten nog af of ook Nederland het zal ondertekenen.⁴⁷

Implementatienieuws

De voortdurende innovaties, zoals AI in de rechtspraak, benadrukken de noodzaak voor de Raad van Europa om niet alleen toezicht te houden op de naleving van mensenrechten, maar ook om lidstaten te ondersteunen bij de daadwerkelijke implementatie van juridische normen en uitspraken. Zo is afgelopen maart het jaarlijkse rapport van het Comité van Ministers over de implementatie van de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) verschenen. Volgens de Secretaris-Generaal laat het rapport zien dat het EHRM een concrete en positieve impact heeft op de levens van Europeanen.⁴⁸ Het rapport betreft 992 zaken. 798 van die zaken gaan over zogenaamde *repetitive cases*; zaken die gaan over reeds vastgestelde problemen. De overige 194 zaken zijn *leading cases*; deze vereisen actie van de betreffende lidstaat, vaak in de vorm van een wetsaanpassing, om te voorkomen dat dezelfde overtreding opnieuw voor zal komen.⁴⁹ Het Comité van Ministers, dat toeziet op de naleving van de uitspraken van het Hof, heeft een toenemende werklast. Bij de *Human Rights meetings* van het Comité werden in 2024 in totaal 148 zaken besproken. Dit is een toename ten opzichte van 2023, waarin 128 zaken werden besproken. Vergeleken met tien jaar geleden zijn dit grote aantallen; in 2015 werden 64 zaken besproken.⁵⁰ Deze ontwikkeling is in lijn met het in de Reykjavik verklaring vastgestelde voornemen om toezicht op de tenuitvoerlegging van de uitspraken van het EHRM te verbeteren.⁵¹ Het rapport voorziet voor de lange termijn dat het Comité het alsmaar drukker zal krijgen. Het EHRM werkt efficiënter, en focust steeds meer op *impact cases*, die verregaande implementatie vereisen. Hierdoor komen er meer ingewikkelde zaken bij het Comité terecht.⁵² Een ander punt van aandacht is de capaciteiten van de lidstaten. Vaak ontbreekt het aan

47 Raad van Europa, 'Council of Europe adopts international convention on protecting lawyers', beschikbaar via: Council of Europe adopts international convention on protecting lawyers – Portal

48 Raad van Europa, 'Publication of the Annual Report on the execution of the European Court's judgments and decisions', beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/execution/-/secretary-general-more-needs-to-be-done-to-implement-the-european-court-s-judgments>.

49 Raad van Europa, '18th Annual Report of the Committee of Ministers', maart 2025, beschikbaar via <https://rm.coe.int/gbr-2001-18e-rapport-annuel-2024/1680b4d77d>.

50 Raad van Europa, 'Reykjavik Declaration, United around our values', op 16 en 17 mei 2023 aangenomen door de staatshoofden en regeringsleiders van de Raad van Europa, beschikbaar via <https://edoc.coe.int/en/the-council-of-europe-in-brief/11619-united-around-our-values-reykjavik-declaration.html>, p. 10.

51 Raad van Europa, 'Reykjavik Declaration, United around our values', op 16 en 17 mei 2023 aangenomen door de staatshoofden en regeringsleiders van de Raad van Europa, beschikbaar via <https://edoc.coe.int/en/the-council-of-europe-in-brief/11619-united-around-our-values-reykjavik-declaration.html>, p. 11.

52 Raad van Europa, 'Reykjavik Declaration, United around our values', op 16 en 17 mei 2023 aangenomen door de staatshoofden en regeringsleiders van de Raad van Europa, beschikbaar via <https://edoc.coe.int/en/the-council-of-europe-in-brief/11619-united-around-our-values-reykjavik-declaration.html>, p. 10.

voldoende middelen, expertise of prioriteit.⁵³ Door Nederland waren er eind 2024 negen zaken niet volledig geïmplementeerd. Daarvan waren zeven een *leading case*.⁵⁴

53 Raad van Europa, 'Reykjavik Declaration, United around our values', op 16 en 17 mei 2023 aangenomen door de staatshoofden en regeringsleiders van de Raad van Europa, beschikbaar via <https://edoc.coe.int/en/the-council-of-europe-in-brief/11619-united-around-our-values-reykjavik-declaration.html>, p. 12.

54 Een uitgebreid overzicht met data over Nederland en het EHRM is beschikbaar via <https://www.coe.int/en/web/execution/netherlands>.

TUSSEN NEW YORK EN GENÈVE: VN-KRONIEK Maart tot mei 2025

Margarita Avramtcheva, Bram Burger & Janneke Bossenbroek *

Samenvatting | Deze kroniek beschrijft de gebeurtenissen in de diverse mensenrechtenorganen van de Verenigde Naties (VN) van maart tot mei 2025. Hierbij komt eerst een discussie over het Gaza/Israël-conflict en de VN-liquiditeitscrisis aan bod. Deze twee stukken worden vervolgd door stukken over de Veiligheidsraad en de Mensenrechtenraad, en vervolgens de gespecialiseerde Comités die toezien op de naleving van de verschillende VN-mensenrechtenverdragen.

DOI | 10.54195/NTM.23675

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Gaza/Israël

Sinds het schrijven van de vorige kroniek is het tijdelijke staakt-het-vuren tussen Israël en Gaza beëindigd en is er sprake van een blokkade van toevoer van goederen naar Gaza vanuit Israël. Als gevolg hiervan wordt de humanitaire situatie steeds nijpender in Gaza. Meerdere internationale comités roepen in dit kader op tot het voorkomen van een ernstige humanitaire crisis, opheffing van de blokkade en een hernieuwd staakt-het-vuren.¹

Zo veroordelen het Kinderrechtencomité en het Rassendiscriminatiecomité de aanhoudende belemmering van humanitaire hulp aan Gaza en roepen ze de internationale gemeenschap op om druk uit te oefenen op Israël om onmiddellijke en duurzame toegang tot voedsel en medische benodigdheden te verlenen.² Het Kinderrechtencomité benadrukt dat sinds het blokkeren van humanitaire hulp vijftig kinderen zijn gestorven van honger en vele andere kinderen op het punt van sterven staan.³ Mocht de blokkade aanhouden, dan zouden 71.000 kinderen onder de vijf jaar het komende jaar aan acute ondervoeding kunnen lijden, waarbij het zich baseert op cijfers van het VN-Kinderfonds (UNICEF) en de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO).⁴

- M.S. Avramtcheva rondde een LL.M. Public International Law af aan de Universiteit van Oslo en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. B. Burger rondde een LL.M. Public International Law af aan de Universiteit Leiden en een LL.M. in International Human Rights & Environmental Law aan de University of New South Wales en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. J.A. Bossenbroek rondde een LL.M. Public International Law af en een LL.M. Strafrecht aan de Universiteit Utrecht en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel.

- 1 'Gaza: UN Child Rights Committee condemns mass starvation of children amid aid blockades', *OHCHR* 21 mei 2025; 'Gaza: UN anti-racism committee decries halt to food aid, urges immediate humanitarian access', *OHCHR* 9 mei 2025.
- 2 'Gaza: UN Child Rights Committee condemns mass starvation of children amid aid blockades', *OHCHR* 21 mei 2025; 'Gaza: UN anti-racism committee decries halt to food aid, urges immediate humanitarian access', *OHCHR* 9 mei 2025.
- 3 'Gaza: UN Child Rights Committee condemns mass starvation of children amid aid blockades', *OHCHR* 21 mei 2025.
- 4 'Gaza: UN Child Rights Committee condemns mass starvation of children amid aid blockades', *OHCHR* 21 mei 2025.

‘Het recht op voedsel is een fundamenteel mensenrecht, intrinsiek verbonden met het recht op leven’,⁵ aldus het Kinderrechtencomité.

Ook het Rassendiscriminatiecomité heeft wederom⁶ een dringende oproep gedaan voor onmiddellijke humanitaire toegang en een duurzaam staakt-het-vuren. Het Comité waarschuwt voor catastrofale gevolgen voor de burgerbevolking door onder andere voedseltekorten.⁷ De oproep kwam enkele uren nadat de World Central Kitchen aankondigde dat het gedwongen was zijn resterende gaarkeukens in Gaza te sluiten vanwege voedselgebrek. Het Wereldvoedselprogramma sloeg eerder alarm over de totale ineenstorting van de voedselhulpoperaties in de belegerde enclave. Eind april maakte het VN-voedselagentschap bekend dat al zijn voedselvoorraden in Gaza uitgeput waren en dat aanhoudende beperkingen bij belangrijke grensovergangen de invoer van extra voorraden hebben geblokkeerd.⁸

Naast de humanitaire crisis veroordelen beide comités in de afgelopen periode de aanhouden- de militaire acties van Israël in Gaza, waarbij naar verluidt meer dan honderd kinderen werden gedood in een week, aldus het Kinderrechtencomité.⁹ Het Rassendiscriminatiecomité verwees naar willekeurige bombardementen en uitgebreide grondinvallen, ‘die de humanitaire crisis dramatisch hebben verergerd en de burgerbevolking ernstig in gevaar hebben gebracht.’¹⁰ Het Rassendiscriminatiecomité vestigde ook de aandacht op de bredere verslechtering van de omstandigheden in de bezette Palestijnse gebieden, waaronder Oost-Jeruzalem en de Westelijke Jordaanoever, waar patronen van massale ontheemding en kolonistengeweld steeds meer lijken op die in Gaza.¹¹

De Mensenrechtenraad heeft het mandaat van de Speciaal Rapporteur voor de mensenrechten in de Palestijnse Gebieden, Francesca Albanese met drie jaar verlengd.¹² Albanese’s mandaatverlenging vond plaats ondanks grote tegendruk van pro-Israëliëse organisaties zoals UN Watch

5 ‘Gaza: UN Child Rights Committee condemns mass starvation of children amid aid blockades’, *OHCHR* 21 mei 2025.

6 Op 12 december 2024 heeft het Rassendiscriminatiecomité, onder de procedure voor vroegtijdige waarschuwingen en dringende maatregelen, een besluit gepubliceerd aangaande Israël/Palestijnse gebieden, waarin het de aandacht vestigde op de situatie in Gaza en nalatigheid van Israël omtrent naleving van internationaal recht, zie: ‘Gaza: UN committee alarmed by Israel’s blatant disregard for binding international orders’, *OHCHR* 13 december 2024, beschikbaar via <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/12/gaza-un-committee-alarmed-israels-blatant-disregard-binding-international>.

7 ‘Gaza: UN anti-racism committee decries halt to food aid, urges immediate humanitarian access’, *OHCHR* 9 mei 2025.

8 ‘Gaza: UN anti-racism committee decries halt to food aid, urges immediate humanitarian access’, *OHCHR* 9 mei 2025.

9 ‘Gaza: UN anti-racism committee decries halt to food aid, urges immediate humanitarian access’, *OHCHR* 9 mei 2025; ‘Gaza: UN Child Rights Committee condemns mass starvation of children amid aid blockades’, *OHCHR* 21 mei 2025.

10 ‘Gaza: UN anti-racism committee decries halt to food aid, urges immediate humanitarian access’, *OHCHR* 9 mei 2025.

11 ‘Gaza: UN anti-racism committee decries halt to food aid, urges immediate humanitarian access’, *OHCHR* 9 mei 2025.

12 ‘UN Human Rights Council extends Francesca Albanese’s mandate despite pro-Israel opposition’, *TRT Global* 4 april 2025, beschikbaar via trt.global/world/article/6e0b924d2b9d.

die haar als antisemitisch bestempelen.¹³ Ook de VS heeft zich kritisch uitgesproken over de herbenoeming tegen de VN en heeft aangegeven dat deze verlenging nog een voorbeeld is waarom President Trump zijn ambtenaren heeft bevolen alle deelname aan de VN-Mensenrechtenraad te staken.¹⁴ De relevante resolutie volgde kort na de publicatie van het meeste recente rapport van Albanese, waarin zij, gezamenlijk met andere experts, landen oproept 'to end unfolding genocide or watch it end life in Gaza'.¹⁵ Ook de onderzoekscommissie van de VN voor de Palestijnse Gebieden en Israël rapporteerde aan de Mensenrechtenraad in de afgelopen sessie over de wrede daden in Gaza. De focus van de commissie is hoe Israël steeds vaker gebruik maakt van seksueel, reproductief en andere vormen van gender-gerelateerd geweld tegen Palestijnen als onderdeel van een bredere poging om hun recht op zelfbeschikking te ondermijnen en genocide te plegen door de systematische vernietiging van seksuele en reproductieve gezondheidszorgfaciliteiten.¹⁶

Liquiditeitscrisis in de VN

Zoals algemeen bekend verkeert de VN in een liquiditeitscrisis. De Algemene Vergadering heeft een 'vijfde commissie', de Commissie van de Algemene Vergadering die verantwoordelijk is voor administratieve en begrotingsaangelegenheden.¹⁷ In april en mei heeft die commissie haar hervatte 79e zitting afgesloten, waarbij de nadruk vooral lag op de begrotingen voor vredeshandhaving en de aanhoudende liquiditeitscrisis.¹⁸ De reguliere begrotingsontvangsten van de VN blijven ver achter bij de ramingen en liggen aanzienlijk onder het niveau van vorig jaar, waardoor de commissie de lidstaten heeft aangespoord hun betalingen te versnellen. Door de liquiditeitscrisis zijn de VN gedwongen te bezuinigen en de werving van personeel te bevriezen, waardoor het vermogen om de opgedragen programma's uit te voeren in gevaar komt en de organisatie een steeds groter reputatierisico loopt.¹⁹ Volgens het comité zijn de staten 2,4 miljard USD aan bijdragen aan de reguliere begroting verschuldigd, waarvan 1,5 miljard USD door de VS en

13 'VS heeft het gehad omstrede VN-rapporteur Francesca Albanese, eist 'onmiddellijk' ontslag', *De Telegraaf* 21 mei 2025, beschikbaar via www.telegraaf.nl/nieuws/312878950/vs-heeft-het-gehad-omstrede-vn-rapporteur-francesca-albanese-eist-onmiddellijk-ontslag; 'Woede om komst omstrede VN-rapporteur naar Nederland', *RTL* 12 februari 2025, beschikbaar via rtl.nl/nieuws/buitenland/artikel/5494176/vn-rapporteur-gaza-francesca-albanese-niet-welkom-tweede-kamer.

14 'U.S. condemns extension of Albanese's UN mandate, citing anti-Israel bias', *i24 News* 16 april 2025, beschikbaar via www.i24news.tv/en/news/israel/diplomacy-defense/artc-u-s-condemns-extension-of-albanese-s-un-mandate-citing-anti-israel-bias.

15 'End unfolding genocide or watch it end life in Gaza: UN experts say States face defining choice', *OHCHR* 7 mei 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/05/end-unfolding-genocide-or-watch-it-end-life-gaza-un-experts-say-states-face.

16 "'More than a human can bear': Israel's systematic use of sexual, reproductive and other forms of gender-based violence since October 2023", *OHCHR* 13 maart 2025, beschikbaar via www.ohchr.org/en/press-releases/2025/03/more-human-can-bear-israel-s-systematic-use-sexual-reproductive-and-other?sub-site=HRC.

17 'Administrative and Budgetary Committee (Fifth Committee)', UNGA, beschikbaar via <https://www.un.org/en/ga/fifth/>.

18 'Programme of Work & Status of Documentation of the 79th Session', UNGA Fifth Committee, beschikbaar via <https://www.un.org/en/ga/fifth/79/main79.shtml>.

19 UNGA, 'Severe Cash Shortfall Exposing United Nations to Growing Reputational Risk, Speakers Warn, as Fifth Committee Discusses Organization's Worsening Financial Situation', GA/AB/4499, 19 mei 2025.

590 miljoen USD door China.²⁰ Dit betekent een stijging van de schulden van 1,7 miljard dollar ten opzichte van het voorgaande jaar en een tekort van 2,7 miljard dollar voor vredesoperaties.²¹

Gedurende de zitting had de commissie zelf moeite om grip te krijgen op de situatie. Hoewel vijf resoluties werden aangenomen, spraken meerdere delegaties hun ernstige zorgen uit over de beperkte en teleurstellende uitkomsten van de zitting.²² Dit benadrukten de delegaties van de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Japan: 'We zeggen tegen de VN dat ze efficiënter moet werken, maar onze werkmethoden zijn waarschijnlijk het minst efficiënt. We zeggen tegen de VN dat ze moet bezuinigen, maar we geven haar geen richtlijnen om dat te doen'.²³ Een van de voorgestelde oplossingen die worden besproken, is een herziening van de al lang bestaande regel dat niet-bestede middelen aan het einde van het jaar als kredieten aan de lidstaten moeten worden terugbetaald.²⁴

De commissie wederom zegt dat een slecht onderbouwde VN rechtstreeks leidt tot een minder gezonde, minder veilige en minder welvarende wereld.²⁵ Dit werd vooral bevestigd nadat de Verenigde Staten hun financiering via USAID drastisch hadden verminderd.²⁶ Op 24 januari kondigde de Amerikaanse regering aan dat zij miljarden dollars aan financiering via USAID zou schrappen. Aangezien deze regering vorig jaar ongeveer 47 procent van de wereldwijde humanitaire hulp financierde, heeft deze maatregel nu al enorme negatieve gevolgen voor de VN, ngo's en anderen wereldwijd.²⁷ Als gevolg hiervan moeten VN-agentschappen die wereldwijd hulpverleners, serieus overwegen om banen te schrappen en kosten te besparen.

Nog een voorbeeld van hoe de VS financiële druk uitoefent op het internationale rechtssysteem zijn de sancties tegen het Internationaal Strafhof.²⁸ De VS heeft de sancties opgelegd in reactie op het bekendmaken van een arrestatiebevel tegen zowel Netanyahu en (voormalige) Israëlische legerleiding voor misdrijven tegen de mensheid, als Hamas leiderschap.²⁹ Deze sancties raken het Hof hard; naast visumrestricties en financiële straffen voor mensen die het ICC helpen valt de grootste klap bij serviceverleners zoals banken en software bedrijven.³⁰

Veiligheidsraad

20 UNGA, 'Regular Budget Collections Trailing Expectations, UN Controller Tells Fifth Committee, Urging Member States to Expedite Payments amid Worsening Liquidity Crisis', GA/AB/4498, 9 mei 2025.

21 UNGA, 'Severe Cash Shortfall Exposing United Nations to Growing Reputational Risk, Speakers Warn, as Fifth Committee Discusses Organization's Worsening Financial Situation', GA/AB/4499, 19 mei 2025.

22 UNGA, 'Fifth Committee Concludes Resumed Session amidst Concerns Over Working Methods, Meagre Results', GA/AB/4495, 28 maart 2025.

23 UNGA, 'Fifth Committee Concludes Resumed Session amidst Concerns Over Working Methods, Meagre Results', GA/AB/4495, 28 maart 2025.

24 UNGA, 'Fifth Committee Concludes Resumed Session amidst Concerns Over Working Methods, Meagre Results', GA/AB/4495, 28 maart 2025.

25 'US aid cuts will make world 'less healthy, less safe and less prosperous': Guterres', *UN Press* 28 februari 2025.

26 'US funding pause leaves millions 'in jeopardy', insist UN humanitarian', *UN Press* 4 februari 2025.

27 'US funding pause leaves millions 'in jeopardy', insist UN humanitarian', *UN Press* 4 februari 2025.

28 'Imposing Sanctions On The International Criminal Court', *The White House* 6 februari 2025, beschikbaar via www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/imposing-sanctions-on-the-international-criminal-court.

29 'Imposing Sanctions On The International Criminal Court', *The White House* 6 februari 2025, beschikbaar via www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/imposing-sanctions-on-the-international-criminal-court.

30 'Internationaal Strafhof hard geraakt door sancties VS: 'Ik schrik hiervan'', *NOS* 15 mei 2025, beschikbaar via nos.nl/artikel/2567417-internationaal-straft-hof-hard-geraakt-door-sancties-vs-ik-schrik-hiervan.

In maart, april, en mei besteedde de Veiligheidsraad bijna dagelijks aandacht aan het Midden-Oosten en de Palestijnse Gebieden³¹ en sprak de raad over de toename van terroristische aanslagen en aanslagen op VN-missies. Deze terroristische aanslagen vonden plaats in Pakistan, Niger en Jammu en Kasjmir.³² Ook VN-troepen en vredeshandhavers van de Multidimensionale Geïntegreerde Stabilisatiemissie van de VN in de Centraal-Afrikaanse Republiek (MINUSCA), de Interim-Veiligheidsmacht van de VN voor Abyei (UNISFA) en de VN-missie in Zuid-Sudan (UNMISS) werden tijdens deze periode aangevallen.³³ De aanvallen op VN-personeel varieerden van de detentie van meer dan zestig personeelsleden in Zuid-Sudan, tot een aanval op twee VN-evacuatiehelikopters en de moord op een vredeshandhaver in de Centraal-Afrikaanse Republiek tijdens een routine patrouille. De leden van de Veiligheidsraad herhaalden dat aanvallen op vredeshandhavers oorlogsmisdaden kunnen vormen en herinnerden alle partijen aan hun verplichtingen uit hoofde van het internationaal humanitair recht.

Als laatste, naar aanleiding van het aftreden in januari van rechter Nawaf Salam (Libanon) van het Internationaal Gerechtshof, heeft de Raad en de Algemene Vergadering van de VN de heer Mahmood Daifallah Hmoud (Jordanië) tot lid van het Hof gekozen voor het resterende gedeelte van de ambtstermijn.³⁴

Mensenrechtenraad

De 58^e sessie van de Mensenrechtenraad (hierna: Raad) heeft van 24 februari tot 4 april plaatsgevonden. Naast de aangenomen resolutie die het mandaat van de Speciaal Rapporteur voor de mensenrechten in de Palestijnse Gebieden met drie jaar verlengt, focuste de Raad zich op onder meer Venezuela en Zuid-Soedan.

Diplomatieke relaties tussen Venezuela en Nederland begonnen erg slecht dit jaar; nadat de Nederlandse ambassade in Caracas gedwongen werd te halveren door de Venezolaanse regering, heeft ook Nederland de opdracht aan de Venezolaanse ambassade gegeven om te halveren.³⁵ De reden voor deze diplomatieke rel was dat Nederland zich in binnenlandse aangelegenheden in Venezuela zou hebben gemengd en steun zou hebben verleend aan extremistische groepen.³⁶ Zodoende kreeg de ambassadeur te horen dat zes diplomaten binnen 48 uur

31 'Security Council in Review March 2025', SCPCRB/SCAD, maart 2025; 'Security Council in Review April 2025', SCPCRB/SCAD, april 2025; 'Security Council in Review May 2025', SCPCRB/SCAD, mei 2025.

32 'Security Council Press Statement on Terrorist Attack in Jammu and Kashmir', SC/16050, 25 april 2025; 'Security Council Press Statement on Terrorist Attack in Pakistan', SC/16019, 14 maart 2025; 'Security Council Press Statement on Terrorist Attack in Niger', SC/16032, 27 maart 2025; 'Security Council Press Statement on Terrorist Attack in Pakistan', SC/16069, 22 mei 2025.

33 'Security Council Press Statement on UN Interim Security Force for Abyei Detention, Abduction and Looting by Rapid Support Forces', SC/16022, 17 maart 2025; 'Security Council Press Statement on Attack against United Nations Mission in South Sudan', SC/16026, 21 maart 2025.

34 'Security Council 9922nd Meeting Agenda', S/PV.9922, 27 mei 2025.

35 'Kamerbrief over ontbieden Venezolaanse Zaakgelastigde', *Rijksoverheid* 15 januari 2025, beschikbaar via rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2025/01/16/kamerbrief-inzake-ontbieden-venezolaanse-zaakgelastigde.

36 'Diplomatenrel met Venezuela: ook Venezolaans ambassadepersoneel gehalveerd', NOS 15 januari 2025, beschikbaar via nos.nl/artikel/2551941-diplomatenrel-met-venezuela-ook-venezolaans-ambassadepersoneel-gehalveerd.

het land uit moesten.³⁷ Nederland deed krachtig afstand van deze aantijgingen en onderstreepte juist dat het hier gaat om het inzetten voor mensenrechten en het herstel van democratie en rechtsstaat in Venezuela.³⁸ Zo heeft ook Nederland ondervonden dat de regering Maduro diplomatieke pogingen om aandacht te vragen voor deze mensenrechtenschendingen niet in dank afneemt.

Ook de Mensenrechtenraad heeft tijdens de afgelopen sessie zich laten informeren over de schrikbarende mensenrechtensituatie in Venezuela. De VN-onderzoeksmis­sie naar Venezuela rapporteerde dat de regering zich blijft schuldig maken aan acties die een misdaad tegen de menselijkheid vormen, namelijk vervolging op politieke gronden, gepleegd in verband met de misdaad van gevangenisstraf of ernstige vrijheidsberoving en andere misdaden.³⁹ Willekeurige detenties van personen die worden gezien als tegenstanders van de regering, waaronder leden van de politieke oppositie, mensenrechtenverdedigers en journalisten, vinden regelmatig plaats volgens de missie; er zijn minstens 42 arrestaties gedocumenteerd tussen september en december 2024 en nog eens 84 in de eerste vijftien dagen van januari 2025.⁴⁰ De missie geeft aan dat diplomatieke pogingen om te communiceren met gevangenen door de regering van Maduro worden genegeerd en dat gevangenen incommunicado worden gehouden, in strijd met het internationaal recht.⁴¹

Terwijl de President van de Mensenrechtenraad de nieuwe leden van het Permanente Forum voor personen van Afrikaanse afkomst benoemt,⁴² slaat de VN-Commissie betreffende de mensenrechtensituatie in Zuid-Soedan alarm deze sessie. ‘Zuid-Soedan moet vooruitgang boeken, de bepalingen van het vredesakkoord implementeren, instellingen versterken en een fundament voor democratie leggen’, aldus Yasmin Sooka, voorzitter van de Commissie.⁴³ ‘In plaats daarvan zijn we getuige van een alarmerende achteruitgang die jaren van moeizaam verworven vooruitgang teniet zou kunnen doen. In plaats van verdeeldheid en conflict aan te wakkeren, moeten leiders zich dringend weer richten op het vredesproces, de mensenrechten van Zuid-Soedanese burgers verdedigen en zorgen voor een soepele overgang naar democratie’, voegde ze eraan

37 ‘Diplomatenrel met Venezuela: ook Venezolaans ambassadepersoneel gehalveerd’, NOS 15 januari 2025, beschikbaar via nos.nl/artikel/2551941-diplomatenrel-met-venezuela-ook-venezolaans-ambassadepersoneel-gehalveerd.

38 ‘Diplomatenrel met Venezuela: ook Venezolaans ambassadepersoneel gehalveerd’, NOS 15 januari 2025, beschikbaar via nos.nl/artikel/2551941-diplomatenrel-met-venezuela-ook-venezolaans-ambassadepersoneel-gehalveerd.

39 ‘Venezuela: Harsh repression and crimes against humanity ongoing Fact-Finding Mission says’, OHCHR 18 maart 2025, beschikbaar via ohchr.org/en/press-releases/2025/03/venezuela-harsh-repression-and-crimes-against-humanity-ongoing-fact-finding?sub-site=HRC.

40 ‘Venezuela: Harsh repression and crimes against humanity ongoing Fact-Finding Mission says’, OHCHR 18 maart 2025, beschikbaar via ohchr.org/en/press-releases/2025/03/venezuela-harsh-repression-and-crimes-against-humanity-ongoing-fact-finding?sub-site=HRC.

41 ‘Venezuela: Harsh repression and crimes against humanity ongoing Fact-Finding Mission says’, OHCHR 18 maart 2025, beschikbaar via ohchr.org/en/press-releases/2025/03/venezuela-harsh-repression-and-crimes-against-humanity-ongoing-fact-finding?sub-site=HRC.

42 ‘President of the Human Rights Council appoints members of Permanent Forum on People of African Descent’, OHCHR 7 maart 2025, beschikbaar via ohchr.org/en/press-releases/2025/03/president-human-rights-council-appoints-members-permanent-forum-people?sub-site=HRC.

43 ‘South Sudan’s leaders must avert another deadly crisis and uphold peace agreement, urges UN Commission’, OHCHR 8 maart 2025, beschikbaar via ohchr.org/en/press-releases/2025/03/south-sudans-leaders-must-avert-another-deadly-crisis-and-uphold-peace?sub-site=HRC.

toe.⁴⁴ Terwijl de kabinetsbezuinigingen leidden tot het voornemen om de Nederlandse ambassade in Juba te sluiten (juist grotendeels vanwege de hoge kosten voor het mitigeren van veiligheidsrisico's),⁴⁵ deelt de commissie haar bevindingen dat het gebruik van seksueel geweld blijft bestaan, zowel binnen als buiten conflicten; dat hoge functionarissen buitengerechtelijke executies blijven goedkeuren, en dat de gedwongen rekrutering en ontvoering van jongens en meisjes voor gevechten of seksuele slavernij ongecontroleerd doorgaan.⁴⁶

Rassendiscriminatiecomité

Op 21 maart 2025 was de Internationale Dag voor de Uitbanning van Rassendiscriminatie en het zestigjarig jubileum van de totstandkoming van het CERD. Om deze gelegenheid te markeren hield de voorzitter van het comité, Michal Balcerzak, een toespraak bij de algemene vergadering van de VN.⁴⁷ In zijn speech vestigde de voorzitter aandacht op huidige conflicten met etnische dimensies. Daarnaast riep hij in dit zestigjarige jubileumjaar de staten op om volledig samen te werken met het CERD en de aanbevelingen effectief uit te voeren om geweld tegen mensen op basis van hun nationale of etnische afkomst te voorkomen en te beëindigen.⁴⁸ Ook signaleerde de voorzitter de opleving van politieke platforms en organisaties die ideeën van raciale superioriteit promoten. 'Racistische en xenofobe uitlatingen nemen niet alleen toe, maar worden ook aangemoedigd door sommige politici en publieke figuren. Dit is niet het moment om te zwijgen'⁴⁹, aldus de voorzitter. In dit kader moedigt hij de CERD-verdragsstaten aan om organisaties te veroordelen die raciale superioriteit verspreiden en strengere maatregelen te nemen om racistische haat zaaiende uitlatingen, ook op sociale media platforms, effectief te voorkomen en te bestrijden.⁵⁰

Verder publiceerde het Comité een landenrapport over onder andere Oekraïne.⁵¹ Het Comité uitte zorgen over het feit dat deze lidstaat de verdragsrechten niet kan garanderen, gezien de aanhoudende oorlog en het feit dat Oekraïne geen effectieve controle heeft over bezette gebieden. Ook is het bezorgd over het ontbreken van informatie over gevallen van discriminatie tegen

44 'South Sudan's leaders must avert another deadly crisis and uphold peace agreement, urges UN Commission', *OHCHR* 8 maart 2025, beschikbaar via [ohchr.org/en/press-releases/2025/03/south-sudans-leaders-must-avert-another-deadly-crisis-and-uphold-peace?sub-site=HRC](https://www.ohchr.org/en/press-releases/2025/03/south-sudans-leaders-must-avert-another-deadly-crisis-and-uphold-peace?sub-site=HRC).

45 'Brief van de minister van Buitenlandse Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal – Adequaat postennetwerk in tijden van taakstelling', *Tweede Kamer der Staten-Generaal* 17 april 2025, beschikbaar via [tweedekamer.nl/downloads/document?id=2025D17727](https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=2025D17727).

46 'UN Commission's inquiry finds South Sudan's leaders fuelling violence, obstructing peace, and perpetuating gross human rights violations', *OHCHR* 28 februari 2025, beschikbaar via [ohchr.org/en/press-releases/2025/02/un-commissions-inquiry-finds-south-sudans-leaders-fuelling-violence?sub-site=HRC](https://www.ohchr.org/en/press-releases/2025/02/un-commissions-inquiry-finds-south-sudans-leaders-fuelling-violence?sub-site=HRC).

47 'Statement by the Chair of CERD to the UN General Assembly during the commemorative plenary meeting on occasion of the International Day for the Elimination of Racial Discrimination', *OHCHR* 21 maart 2025.

48 'Statement by the Chair of CERD to the UN General Assembly during the commemorative plenary meeting on occasion of the International Day for the Elimination of Racial Discrimination', *OHCHR* 21 maart 2025.

49 'Statement by the Chair of CERD to the UN General Assembly during the commemorative plenary meeting on occasion of the International Day for the Elimination of Racial Discrimination', *OHCHR* 21 maart 2025.

50 'Statement by the Chair of CERD to the UN General Assembly during the commemorative plenary meeting on occasion of the International Day for the Elimination of Racial Discrimination', *OHCHR* 21 maart 2025.

51 'UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination publishes findings on Gabon, Kyrgyzstan, Mauritius, Republic of Korea and Ukraine', *OHCHR* 9 mei 2025.

mensen van Afrikaanse, Aziatische, Midden-Oosterse en Latijns-Amerikaanse afkomst tijdens hun pogingen om de staat te ontvluchten en zich te verplaatsen naar buurlanden.⁵² Het Comité maakt zich daarnaast zorgen over meldingen van haatmisdrijven, intimidatie en georganiseerde gewelddadige aanvallen op Roma-gemeenschappen die in 2018 plaatsvonden, waaronder moordpartijen en vernieling van eigendommen, gepleegd door georganiseerde burgerwachten, zoals de Gemeentelijke Garde van Kiev.⁵³ Het Comité riep de lidstaat op om bovengenoemde incidenten te onderzoeken, de verantwoordelijken te vervolgen en ervoor te zorgen dat zij op passende wijze worden berecht.⁵⁴

Het Comité voor Rechten van Migrerende Werknemers en hun Familieleden

Tijdens zijn veertigste zitting heeft het Comité voor migrerende werknemers (CMW) zijn bevindingen over Jamaica, Mexico en Niger gepubliceerd.⁵⁵ Alle drie rapporten herhalen dat migratiebeheer gebaseerd moet zijn op mensenrechtenbeginselen, zoals non-refoulement, bescherming van migranten en kwetsbare personen, en hervorming van verouderde wetgeving.⁵⁶ De drie staten moeten de bescherming van kwetsbare groepen en personen, waaronder kinderen en personen met een handicap, verbeteren, bijvoorbeeld door te voorkomen dat kinderen worden gescheiden van hun gedetineerde migrantenouders (Jamaica), door verlating te voorkomen (Niger) en door bescherming voorrang te geven boven handhaving (Mexico).⁵⁷ Mexico werd bekritiseerd vanwege het inzetten van militairen en particuliere actoren bij de handhaving van migratie, wat blijkt geeft van een gebrek aan verantwoordingsplicht en toezicht op de mensenrechten. Hetzelfde geldt voor Niger, waar na de ontbinding van de nationale mensenrechtencommissie geen toezichtmechanismen meer bestaan.⁵⁸

Het CMW heeft ook zijn *General Comment* nummer 6 gepubliceerd over de convergente bescherming van de rechten van migrerende werknemers en hun gezinsleden door middel van het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun gezinsleden en het Global Compact voor veilige, ordelijke en reguliere migratie

52 'UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination publishes findings on Gabon, Kyrgyzstan, Mauritius, Republic of Korea and Ukraine', *OHCHR* 9 mei 2025.

53 'UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination publishes findings on Gabon, Kyrgyzstan, Mauritius, Republic of Korea and Ukraine', *OHCHR* 9 mei 2025.

54 'UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination publishes findings on Gabon, Kyrgyzstan, Mauritius, Republic of Korea and Ukraine', *OHCHR* 9 mei 2025.

55 'Committee on the Rights of Migrant Workers Opens Fortieth Session and Meets with Civil Society Representatives', CMW, 07 April 2025; 'UN Committee on Migrant Workers publishes findings on Jamaica, Mexico and Niger', CMW, 24 April 2025.

56 'Committee on the Rights of Migrant Workers Opens Fortieth Session and Meets with Civil Society Representatives', CMW, 07 April 2025; 'UN Committee on Migrant Workers publishes findings on Jamaica, Mexico and Niger', CMW, 24 April 2025.

57 'Committee on the Rights of Migrant Workers Opens Fortieth Session and Meets with Civil Society Representatives', CMW, 07 April 2025; 'UN Committee on Migrant Workers publishes findings on Jamaica, Mexico and Niger', CMW, 24 April 2025.

58 'Committee on the Rights of Migrant Workers Opens Fortieth Session and Meets with Civil Society Representatives', CMW, 07 April 2025; 'UN Committee on Migrant Workers publishes findings on Jamaica, Mexico and Niger', CMW, 24 April 2025.

(2018).⁵⁹ De *General Comment* is een poging om de verschillende migratie sectoren op elkaar af te stemmen en verduidelijkingen, toelichtingen en richtlijnen te geven over beide, aangezien het verdrag en het Global Compact weliswaar uniek zijn, maar elkaar sterk aanvullen en versterken om het migratiebeleid te verbeteren en de rechten van alle migranten te bevorderen en te beschermen.⁶⁰

Het Global Compact is een niet-bindend samenwerkingskader dat in 2018 door de Algemene Vergadering van de VN is aangenomen.⁶¹ Met zijn visie, leidende beginselen en 23 doelstellingen beoogde het de internationale samenwerking te ondersteunen, een uitgebreid instrumentarium voor staten te bieden, staten flexibiliteit te bieden om de uitvoering van migratiebeleid af te stemmen op hun eigen migratiesituatie, en de bescherming van reguliere migratie en migranten in kwetsbare situaties te waarborgen.⁶²

Het Comité tegen foltering en het Subcomité voor de preventie van foltering (SPT)

Het Comité tegen foltering (CAT) heeft in mei zijn 87^e zitting afgesloten en zijn bevindingen over Armenië, Frankrijk, Mauritius, Monaco, Turkmenistan en Oekraïne gepubliceerd.⁶³ Alvorens de overeenkomsten en de belangrijkste punten uit de verslagen te presenteren, verklaarde de voorzitter dat het comité nog steeds niet op de hoogte was gebracht of de twee voor 2025 geplande zittingen zouden plaatsvinden vanwege de liquiditeitscrisis.⁶⁴ Wat de belangrijkste punten in de verslagen betreft, werd alle staten gevraagd en aanbevolen hun detentieomstandigheden te verbeteren vanwege een aantal problemen, waaronder overbevolking, ongeschikte faciliteiten, systematisch misbruik en het ontbreken van wettelijke waarborgen (zoals dat slachtoffers toegang tot de rechter moeten hebben).⁶⁵

Wat de medeplichtigheid aan schendingen van de mensenrechtenwetgeving betreft, is Oekraïne interessant omdat aan de ene kant werd erkend dat het land met bijzondere uitdagingen te kampen heeft als gevolg van de 'grootschalige agressie en bezetting van zijn grondgebied' door Rusland, terwijl het comité aan de andere kant zijn zorgen uitte over berichten over foltering, mishandeling en andere schendingen van de rechten van Russische krijgsgevangenen.⁶⁶ Het comité benadrukte dat geen enkele uitzonderlijke omstandigheid als rechtvaardiging kan

59 'Committee on Rights of Migrant Workers Launches General Comment on the Convergence of the Migrant Workers' Convention and the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration', CMW, 15 April 2025.

60 'General Comment on the Convergence of the Migrant Workers' Convention and the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration', CMW, 15 november 2024.

61 'General Comment on the Convergence of the Migrant Workers' Convention and the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration', CMW, 15 november 2024.

62 'General Comment on the Convergence of the Migrant Workers' Convention and the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration', CMW, 15 november 2024; IOM, 'Global compact for safe, orderly and regular migration', beschikbaar via <https://www.iom.int/global-compact-migration>.

63 'UN Committee against Torture publishes findings on Armenia, France, Mauritius, Monaco, Turkmenistan and Ukraine', CAT, 2 mei 2025.

64 'Committee against Torture Concludes Eighty-Second Session', CAT, 2 mei 2025.

65 UN Committee against Torture publishes findings on Armenia, France, Mauritius, Monaco, Turkmenistan and Ukraine', CAT, 2 mei 2025.

66 'Experts of the Committee against Torture Praise Measures to Prevent Torture in Ukraine, Ask about Alleged Torture of Russian Prisoners of War and Reports of Corruption and Torture in Prisons', OHCHR 25 april 2025.

worden aangevoerd voor foltering en dat het verbod op foltering niet onderworpen is aan wederkerigheid.

KRONIEK EU EN MENSENRECHTEN

April – juni 2025

Malu Beijer, Nienke van der Have, Lucia van der Meulen, Aniel Pahladsingh & Guus de Vries *

Samenvatting | Deze kroniek signaleert en becommentarieert de belangrijkste mensenrechtelijke ontwikkelingen in de EU, met nadruk op mensenrechtelijk relevante beleidsontwikkelingen en institutionele ontwikkelingen. Daarnaast is er regelmatig aandacht voor mensenrechtelijke ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU.

DOI | 10.54195/NTM.23730

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

Inleiding

In de eerste helft van 2025 was in de Europese politiek en media – terecht – veel aandacht voor de drastische maatregelen die president Trump trof, waaronder natuurlijk voor zijn importtarieven. Maar ook was er veel aandacht voor Trumps decreten waardoor voortaan slechts twee geslachten door de federale overheid worden erkend en transgender personen niet langer onderdeel mogen uitmaken van het leger. Ondertussen werd Europa zelf ook in de greep gehouden door rechtse politieke partijen die hun macht proberen uit te breiden.

Zo zette Hongarije zijn politiek om de rechten van LHBTIQ+-personen in te perken voort. In maart nam het parlement een amendement aan waarmee de jaarlijkse Pride-optocht werd verboden en deelnemers via gezichtsherkenning kunnen worden beboet.¹ Slowakije volgde de trend om de ruimte voor het maatschappelijk middenveld te beperken via invoering van een zogeheten ‘foreign agents law’.² Ondanks meerdere demonstraties nam het Slowaakse parlement

- Mr. dr. M.P. Beijer is senior beleidsmedewerker bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en daarnaast research fellow bij de Radboud Universiteit. Mr. dr. Nienke van der Have is Programme Officer bij het EU Grondrechten-agentschap. L.I. van der Meulen (LLM) is PhD onderzoeker aan de KU Leuven. Mr. A. Pahladsingh is senior EU-jurist bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, rechter-plaatsvervanger bij de rechtbanken Rotterdam en Amsterdam. Mr. G.B.M. de Vries is beleidsmedewerker bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken en tevens buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit. De auteurs schrijven deze kroniek op persoonlijke titel.

1 Zie het bericht hierover op ‘Orbán bans Pride in Hungary as polls show rival surging’, *Politico*, 18 maart 2025 beschikbaar via <https://www.politico.eu/article/orban-tries-to-ban-pride-hungary-appease-extremists-rivals-surge-polls/>.

2 Deze wetgeving kent verschillende varianten. In Rusland bestaat sinds 2012 een wet op basis waarvan onder meer NGO’s die buitenlandse financiering ontvangen en politiek actief zijn zich dienen te registreren. Zij kunnen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties ontvangen. Zie hierover de recente uitspraak van het EHRM van 22 oktober 2024 in de zaak Kobaliya en anderen tegen Rusland (nr. 39446/16). In Georgië werd in 2023 vergelijkbare wetgeving ingevoerd en in Hongarije trad 2024 de zogeheten ‘Soevereiniteitswet’ in werking op basis waarvan NGO’s die de soevereiniteit van Hongarije schaden kunnen worden onderzocht door een speciaal daarvoor in het leven geroepen ‘Soevereiniteitsbureau’. De Europese Commissie startte hierom een inbreukprocedure, zie het daarover verschenen persbericht: ‘Commission decides to refer HUNGARY to the Court of Justice’, beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/mt/ip_24_4865.

in april een wet aan waardoor non-gouvernementele organisaties (NGO's) worden verplicht om de gegevens van hun donoren prijs te geven. Bij niet-naleving van deze wetgeving kunnen boetes worden opgelegd.³ In Roemenië liepen de presidentsverkiezingen uiteindelijk met een sisser af. Niet de radicaal-rechtse George Simion, maar de oud-corruptieactivist Nicosur Dan ging er in mei met de winst vandoor. Daarnaast kwam in Polen na een spannende verkiezingsstrijd alsnog de EU-kritische PiS-kandidaat Karol Nawrocki aan de macht. Dit, terwijl Polen onder leiding van premier Tusk, hard werkt aan allerlei maatregelen om de rechtsstaat te herstellen. Het worden – of liever gezegd blijven – daarmee spannende tijden voor de eerbiediging van de rechtsstaatsbeginselen en de bescherming van mensenrechten op het Europese continent.

Tegen deze rommelige politieke achtergrond, richten we ons in deze kroniek op een tweetal belangrijke en interessante ontwikkelingen in de EU die aan de mensenrechten raken. Als eerste komt het voorstel van de Europese Commissie voor een nieuwe terugkeerverordening aan bod. Daarna bespreken we een interessante zaak van het Gerecht (onderdeel van het Europees Hof van Justitie van de EU) over de grondrechten van individuen tegen wie de Europese Unie sancties heeft ingesteld.

De terugkeerhubs in het voorstel voor een nieuwe terugkeerverordening

De Europese Commissie heeft een voorstel gepubliceerd voor een nieuwe terugkeerverordening.⁴ Deze is, volgens de Commissie, nodig omdat het EU-systeem voor terugkeer een centrale pijler is van het migratie- en asielpact waarover in 2024 overeenstemming is bereikt.⁵ De nieuwe terugkeerverordening hervormt het Europese stelsel op een aantal fronten, zoals de invoering van een Europees terugkeerbevel (in aanvulling op de nationale terugkeerbesluiten), een mechanisme voor de erkenning en uitvoering van door een andere lidstaat uitgevaardigde besluiten en de mogelijkheid om onderdanen van derde landen tegen wie een terugkeerbesluit is uitgevaardigd, te repatriëren naar een derde land waarmee een terugkeerovereenkomst of -regeling is getroffen. Dit worden ook wel 'terugkeerhubs' genoemd. Deze mogelijkheid wordt uitgewerkt in artikel 17 van het voorstel.

De Europese Commissie lijkt hiermee tegemoet te komen aan een trend in verschillende landen om met een dergelijke constructie te werken. Zo waren er in het Verenigd Koninkrijk al plannen om asielzoekers die het land illegaal waren binnengekomen over te brengen naar Rwanda, sloot Italië een deal met Albanië om in dat laatste land irreguliere migranten op te vangen en was er ook in Nederland sprake van het overbrengen van uitgeprocedeerde asielzoekers naar Oeganda. De plannen van zowel het Verenigd Koninkrijk als Italië kwamen niet goed van de grond, mede door allerlei juridische bezwaren. De nieuwe Labourregering in het Verenigd

3 Zie over de ontwikkelingen in Slowakije: 'Slovakia adopts Russian-style law targeting NGOs', *Politico*, 17 april 2025, beschikbaar via <https://www.politico.eu/article/slovakia-adopts-russian-bill-targeting-ngos/>.

4 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een gemeenschappelijk systeem voor de terugkeer van illegaal in de Unie verblijvende onderdanen van derde landen en tot intrekking van Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2001/40/EG van de Raad en Beschikking 2004/191/EG van de Raad, COM/2025/101 final.

5 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over een nieuw migratie- en asielpact, COM/2020/609 final.

Koninkrijk heeft inmiddels afstand genomen van de plannen. Nadat Italië door Romeinse rechters was teruggefloten, is de constructie ook voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.⁶ Een aantal mensenrechtenorganisaties hebben reeds hun zorgen geuit over het gebruik van terugkeerhubs in het licht van de grondrechten.⁷

Het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten (*Fundamental Rights Agency*; FRA) heeft in een zogenaamde standpuntnota (*position paper*) een juridische analyse gemaakt van grondrechtelijke aspecten van het fenomeen terugkeerhubs in het voorstel voor een nieuwe terugkeerverordening.⁸ Het Bureau definieert terugkeerhubs als een open of gesloten voorziening buiten de EU waar derdelanders, met een bevel om het EU-grondgebied te verlaten of met een weigering van toegang, tijdelijk worden ondergebracht in afwachting van hun terugkeer naar het land van herkomst. De terugkeerhubs kunnen worden beheerd door autoriteiten van de betrokken EU-lidstaten, maar ook door de autoriteiten van het betreffende derde land. Het Bureau komt tot de conclusie dat overeenkomsten tussen EU-lidstaten en derde landen tot het oprichten van terugkeerhubs juridisch toelaatbaar zijn, mits wordt voldaan aan een aantal strikte voorwaarden.

Allereerst moet er volgens het Bureau altijd een geldig en uitvoerbaar terugkeerbesluit ten grondslag liggen aan elke terugkeer. Een dergelijk besluit moet altijd zijn gebaseerd op een individuele beoordeling, met inachtneming van het recht op een effectieve rechterlijke toetsing (Artikel 47 van het Handvest). Het overbrengen van een individu naar een terugkeerhub in een derde land, mag daarbij alleen plaatsvinden als dit onder EU-wetgeving is toegestaan en artikelen 4 en 19 van het EU-Grondrechtenhandvest worden geëerbiedigd. Er mag dus geen sprake zijn van blootstelling aan foltering, onmenselijke of vernederende behandeling en het beginsel van non-refoulement moet worden eerbiedigd. Als tweede vereiste moet de overeenkomst in kwestie ten minste de kernaspecten regelen die verband houden met de uitvoering van een terugkeerhub-regeling zodat er voldoende juridische grondslag aanwezig is en moeten rechten en beginselen zoals vastgelegd in het EU-Grondrechtenhandvest in acht worden genomen ten aanzien van het verblijf in de terugkeerhub. De derde voorwaarde is dat EU-lidstaten verantwoordelijk blijven voor de fundamentele rechten van de personen die zich in de terugkeerhubs bevinden, ook al is dit buiten het EU-grondgebied. Dit is uitzonderlijk omdat het EVRM in artikel 1 stelt dat deze alleen van toepassing is op een ieder die ressorteert onder de rechtsmacht van de Hoge Verdragsluitende Partijen. Het Bureau gebruikt verschillende indicatoren, namelijk de jure controle, de facto controle en de uitoefening van openbaar gezag, om te beargumenteren dat bij terugkeerhubs sprake is van extraterritoriale rechtsmacht. De terugkeerhubs kunnen tot gevolg hebben dat Frontex personen zal uitzetten van het ene derde land (terugkeerhub in derde land), naar het andere derde land (land van herkomst). Dit is een nieuwe situatie en brengt risico's met zich mee in het licht van het beginsel van non-refoulement. Daarom moeten volgens het Bureau waarborgen worden geïmplementeerd om dit beginsel te verzekeren.

6 HvJ EU 10 april 2025, Gevoegde zaken C-758/24 en C-759/24 (*Alace and Campelli*).

7 Zie o.a. Defence for Children, 'Nederland wil ook uitgeprocedeerde kinderen uitzetten naar 'terugkeerhubs'', 8 mei 2025; en Vluchtelingenwerk Nederland, Brief VluchtelingenWerk Nederland – Commissiedebat 11 december over de JBZ-Raad van 12 en 13 december in Brussel (vreemdelingen- en asielbeleid), 5 december 2024.

8 Het bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Planned return hubs in third countries: EU fundamental rights law issues*, 6 februari 2025.

Tenslotte en overkoepelend, moet elke overeenkomst die terugkeerhubs opricht, en de uitvoering ervan, onderworpen worden aan een effectief en onafhankelijk toezichtsmechanisme.

Uitspraak van het Gerecht over grondrechten en sancties

Op 26 februari heeft het Gerecht uitspraak gedaan in de zaak *Melnichenko* (T-498/22) over beperkingen op individuele fundamentele rechten als gevolg van sancties.⁹ De zaak gaat over de vrouw van een Russisch industrieel ondernemer, aan wie beperkende maatregelen zijn opgelegd in verband met de Russische inval in Oekraïne. Haar tegoeden zijn bevroren en zij kan zich niet meer vrij bewegen binnen de Europese Unie. In de zaak gaat het Gerecht onder meer in op de beperkingen van deze maatregelen op grondrechten en toetst het Gerecht in welke mate deze beperkingen gerechtvaardigd kunnen worden onder artikel 52(1) van het Handvest. Mevrouw Melnichenko betoogt dat het opnemen van haar naam op de sanctielijst een ongerechtvaardigde, willekeurige en disproportionele inbreuk maakt op de eerbiediging van haar privéleven, haar recht op eigendom en haar vrijheid van verkeer en verblijf (artikelen 7, 17 en 45 van het Handvest).

Wat betreft haar recht op privéleven en recht op eigendom overweegt het Gerecht dat dit geen absolute rechten zijn en dat de beperking van deze rechten in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Volgens het Gerecht is aan alle vier de voorwaarden van artikel 52(1) van het Handvest voldaan en zijn de beperkingen daarom gerechtvaardigd. Ten eerste zijn de beperkingen bij wet gesteld, namelijk in Besluit 2014/145/GBVB van de Raad betreffende beperkende maatregelen met betrekking tot acties die de territoriale integriteit, soevereiniteit en onafhankelijkheid van Oekraïne ondermijnen of bedreigen. Ten tweede raken de beperkingen niet aan de wezenlijke inhoud van het recht op eerbiediging van het privéleven en het recht op eigendom omdat de beperkingen tijdelijk en omkeerbaar zijn. Daarbij is er in Besluit 2014/145 de mogelijkheid opgenomen om bevroren middelen vrij te geven voor basisbehoeften of andere noodzakelijke uitgaven. Ten derde streven de beperkingen een door de Unie erkend doel van algemeen belang na. De maatregelen zijn immers bedoeld om druk uit te oefenen op de Russische autoriteiten zodat zij zich terugtrekken uit Oekraïne. Tenslotte, wat betreft proportionaliteit, betoogt het Gerecht dat alternatieve en minder beperkende maatregelen minder effectief zijn. Het Gerecht herhaalt dat de beperkingen tijdelijk en omkeerbaar zijn en dat uitzonderingen mogelijk zijn.

Wat betreft de beperkingen op het recht op vrij verkeer en verblijf binnen de Europese Unie (artikel 45 Handvest en 21 VWEU), komt het Gerecht tot gelijksoortige conclusies. Het recht zich vrij te bewegen is geen absoluut recht en mag worden beperkt. Ook deze beperking raakt volgens het Gerecht niet de wezenlijke inhoud van het recht op vrij verkeer. Ten eerste, omdat de persoon nog altijd mag verblijven op het grondgebied van de lidstaat waarvan de persoon onderdaan is. Daarnaast wordt de lijst met personen aan wie sancties worden opgelegd periodiek geëvalueerd waarbij de personen die niet langer aan de voorwaarden voldoen van de lijst worden verwijderd. Aangezien de beperkingen slechts tijdelijk en onder specifieke voorwaarden op basis

⁹ HvJ EU 26 februari 2025, T-498/22 (*Melnichenko/Raad*).

van de individuele situatie het recht op bewegingsvrijheid beperken, wordt de wezenlijke inhoud van het recht niet aangetast.

MYJ/MERING: de plotselinge oproep tot een open-minded conversation. Is het EHRM echt te activistisch in het beschermen van vreemdelingen?

Egbert Myjer *

Samenvatting | Oud EHRM-rechter Egbert Myjer myj/mert over de open brief van eind mei 2025 waarin tien lidstaten van de Raad van Europa de jurisprudentie van het EHRM op, onder meer, het gebied van vreemdelingenrecht ter discussie stellen.

DOI | 10.54194/NTM.23677

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

22 mei 2025. De dag van de op initiatief van Denemarken en Italië geschreven en ook door regeringsleiders van Oostenrijk, België, Tsjechië, Estland, Letland, Litouwen en Polen ondertekende brief.

De brief met daarin de oproep tot een *new and open-minded conversation* over de manier waarop het EHRM het EVRM interpreteert, in het bijzonder op het gebied van het omgaan met uitzetten van illegale vreemdelingen of migranten die zijn veroordeeld voor ernstige criminele feiten. Een overigens niet ook door Nederland ondertekende brief, wat volgens berichtgeving in de NRC van 23 mei 2025 (*Kabinet verdeeld over brief EU-landen over uitzetten criminelen*) weer heeft geleid tot een boze twitter van PVV-leider Wilders, die het onder meer heeft over 'rechtsstaatsfetisjisten van NSC-minister BZ' naar wie premier Schoof zijn oor zou laten hangen.¹

Omdat iedere 'nuance' zou kunnen tellen citeer ik de brief van de 9 regeringsleiders vrijwel integraal:

'(...) we agree that it is necessary to start a discussion about how the international conventions match the challenges that we face today. What was once right might not be the answer of tomorrow.

The world has changed fundamentally since many of our ideas were conceived in the ashes of the great wars. The ideas themselves are universal and everlasting. However, we now live in a globalized world where people migrate across borders on a completely different scale.

Over the past decades, irregular migration has contributed significantly to the immigration to Europe. Many have come via legal pathways. They have learned our languages, believe in democracy, contribute

- Prof. mr. B.E.P. Myjer is oud-rechter van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg en emeritus bijzonder hoogleraar Mensenrechten aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.
- 1 Op 26 mei 2025 presenteerde PVV-leider Wilders een tienpunten-plan 'De grens is bereikt', dat ook betrekking heeft op migranten en criminele asielzoekers. Onder die punten:
 - grenzen dicht voor asielzoekers;
 - tijdelijke stop op gezinshereniging;
 - vreemdelingen die zijn veroordeeld, verliezen hun verblijfsstatus en moeten het land uit
 - van mensen met een dubbele nationaliteit die worden veroordeeld voor een gewelds- en zedendelict, wordt hun Nederlandse nationaliteit afgenomen. Ook worden ze het land uitgezet; NOS 26 mei 2025: *Wilders wil binnen 'enkele weken' alle grenzen dicht voor asielzoekers, anders is PVV weg*; NOS 26 mei 2025 meldt naar aanleiding van dat plan: *Oppositie hekelt 'politieke show' Wilders en coalitiepartijen lijken niet onder de indruk*. Toen de coalitiegenoten VVD, NSC en BBB weigerden hun handtekening onder dat lijstje te zetten trok Wilders zijn steun in aan het kabinet Schoof.

to our societies and have decided to integrate themselves into our culture. Others have come and chosen not to integrate, isolating themselves in parallel societies and distancing themselves from our fundamental values of equality, democracy and freedom. In particular, some have not contributed positively to the societies welcoming them and have chosen to commit crimes. (..)

Fortunately, in some areas, we are moving in the right direction. Many European countries have chosen to tighten their national policies on irregular migration. A majority of EU Member States are ready to consider new solutions to Europe's challenges with migration. These are crucial steps and we should continue this work. Because there is much more to be done before Europe regains control of irregular migration.

However, as leaders, we also believe that there is a need to look at how the European Court of Human Rights has developed its interpretation of the European Convention on Human Rights. Whether the Court, in some cases, has extended the scope of the Convention too far as compared with the original intentions behind the Convention, thus shifting the balance between the interests which should be protected.

We believe that the development in the Court's interpretation has, in some cases, limited our ability to make political decisions in our own democracies. And thereby affected how we as leaders can protect our democratic societies and our populations against the challenges facing us in the world today.

We have seen, for example, cases concerning the expulsion of criminal foreign nationals where the interpretation of the Convention has resulted in the protection of the wrong people and posed too many limitations on the states' ability to decide whom to expel from their territories.

In our opinion, safety and security for the victims and the vast majority of law-abiding citizens is a crucial and decisive right. And, as a general rule, it should have the highest priority.

On this basis, we – the signatories of this letter – agree that the safety and stability of our own societies should have the highest priority. We believe that

- We should have more room nationally to decide on when to expel criminal foreign nationals. For example, in cases concerning serious violent crime or drug-related crime. By its nature such crime always has serious implications for the victims.

- We need more freedom to decide on how our authorities can keep track of for example criminal foreigners who cannot be deported from our territories. Criminals who cannot be deported even though they have taken advantage of our hospitality to commit crime and make others feel unsafe.

- We need to be able to take effective steps to counter hostile states that are trying to use our values and rights against us. For example, by instrumentalizing migrants at our borders.

We know that this is a sensitive discussion. Although our aim is to safeguard our democracies, we will likely be accused of the opposite.

In all modesty, we believe that we are strongly aligned with the majority of the citizens of Europe in our approach. We want to use our democratic mandate to launch a new and open-minded conversation about the interpretation of the European Convention on Human Rights. We have to restore the right balance. And our countries will cooperate to further this ambition.'

Voor de Utrechtse hoogleraar en directeur van het SIM Antoine Buyse was het plan aanleiding om al een dag later een alleszins doorwrocht en bezorgd commentaar te plaatsen in de ECHR Blog: *Nine States Call for 'Open-Minded Conversation' on ECHR and Migration*.

De secretaris-generaal van de Raad van Europa, Alain Berset, reageerde twee dagen met een aan duidelijkheid niets te wensen overlatend persbericht:

'(..) Their concern centres on rulings in the field of migration.

These are complex challenges, and democracies must always remain open to reflection through the appropriate institutional avenues. But clarity is essential.

The European Court of Human Rights is not an external body. It is the legal arm of the Council of Europe – created by our member states, established by sovereign choice, and bound by a Convention that

all 46 members have freely signed and ratified. It exists to protect the rights and values they committed to defend.

Upholding the independence and impartiality of the Court is our bedrock.

Debate is healthy, but politicizing the Court is not. In a society governed by the rule of law, no judiciary should face political pressure. Institutions that protect fundamental rights cannot bend to political cycles. If they do, we risk eroding the very stability they were built to ensure. The Court must not be weaponized – neither against governments, nor by them.

This year, the Convention marks its 75th anniversary. The Court has brought its principles to life, guiding European states through threats to judicial independence, political turmoil, even war. In each case, it has served as a steady compass, upholding the rule of law and protecting individual rights within the system of checks and balances our states chose to build together.

The European Court of Human Rights is the only international court adjudicating violations of human rights in the context of the Russian war of aggression against Ukraine. This should never be undermined.

As we face today's complex challenges, our task is not to weaken the Convention, but to keep it strong and relevant – to ensure that liberty and security, justice and responsibility, are held in balance. That is the legacy we inherit. And it is the duty we share'.

Op zich is het niet nieuw dat landen die partij zijn bij het EVRM zich uiten over de verhouding EHRM-lidstaten. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in de verklaringen die door de lidstaten zijn aangenomen op de (*high level*) *conferences* in Interlaken (18-19 februari 2010), Izmir (26-27 april 2011) en Brighton (19-20 april 2012). Dat gaf onder meer aanleiding tot het aannemen op 24 juni 2013 van Protocol 15, waarbij aan de preambule van het EVRM de zin werd toegevoegd:

'Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.'

In de verklaringen van Brussel (27 maart 2015) en Copenhagen (12-13 april 2018) werd het belang van subsidiariteit opnieuw benadrukt. Wel werd in die laatste verklaring ook uitdrukkelijk uitgelegd: 'Reiterates that strengthening the principle of subsidiarity is not intended to limit or weaken human rights protection, but to underline the responsibility of national authorities to guarantee the rights and freedoms set out in the Convention'. Een mijns inziens niet onbelangrijke verduidelijking.

In de Reykjavik verklaring (16-17 mei 2023) wordt nog eens herhaald:

'We reaffirm our deep and abiding commitment to the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as the ultimate guarantors of human rights across our continent, alongside our domestic democratic and judicial systems. We reaffirm our primary obligation under the Convention to secure to everyone within our jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention in accordance with the principle of subsidiarity, as well as our unconditional obligation to abide by the final judgments of the European Court of Human Rights in any case to which we are parties'.

En ja, nationale politici – soms gesteund door hen welgezinde media – hebben meer dan eens kritische opmerkingen gemaakt als het EHRM met betrekking tot hun land tot schending van het EVRM concludeerde. En wat niet geheel verbaast, daarbij ging het nog al eens om zaken waarin de positie van een 'vreemdeling' aan de orde was. Soms werd zelfs gesuggereerd dat het wellicht tijd was uit het EVRM te stappen. Een van de schandelijkste voorbeelden daarvan

valt te lezen in The Times van 19 april 2012 (*international edition*), waar op de voorpagina staat vermeld: *Britain threatens exit from European Court of Human Rights as Home Office mix-up over deadline lets Abu Qatada win again*. In grote kapitalen staat dan: *Europe's court jesters* (hofnarren, EM), met een foto van rechters van het EHRM, met president Sir Nicolas Bratza in het midden.²

Ook is het voorgekomen dat nationale autoriteiten juist bij veroordeelde vreemdelingen een verbod van het EVRM tot uitzetting bewust negeerden. Ik schreef daarover al eerder een Myj/mering.³

Maar de plotselinge⁴ gezamenlijke actie van negen regeringsleiders van de 46 lidstaten – twee jaar na de Reykjavik-verklaring – is letterlijk ongehoord. Een *open-minded conversation about the interpretation* van het EVRM? Of gaat het over ineens met betrekking tot vreemdelingen niet meer willen voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM? Artikel 1 EVRM geeft duidelijk aan dat de lidstaten een verplichting hebben tot eerbiediging van de rechten van de mens tegenover een ieder die ressorteert onder de rechtsmacht van die lidstaat. Zo iemand heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13 EVRM) en er is een verbod van discriminatie, ‘op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status (artikel 14). De rechtsmacht van het EHRM strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het EVRM (artikel 32 EVRM). Let wel: het zijn de verdragsluitende partijen die dat zo hebben bepaald. Met betrekking tot vreemdelingen heeft het EHRM kunnen aannemen dat zij, eenmaal aanwezig in een lidstaat, rechten hebben. En dat geldt helemaal als zij, wanneer ze zouden worden teruggestuurd naar hun land van herkomst, aldaar gevaar lopen voor hun lijf en leden. In de *case-law guide on immigration*⁵ valt daarover een uitgebreide samenvatting te vinden.

Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie ook aangegeven dat het EVRM ‘is a living instrument, which must be interpreted in the light of present-day conditions.’⁶ In punt 26 van de Copenhagen verklaring (2018) wordt door de hoge vertegenwoordigers van de lidstaten nog eens uitdrukkelijk met betrekking tot de rol van het EHRM vermeld dat het EHRM

‘(...) authoritatively interprets the Convention in accordance with relevant norms and principles of public international law, and, in particular in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties, giving appropriate considerations to present-day conditions’.

Het is best begrijpelijk dat het extra irriteert als blijkt dat migranten die inmiddels een verblijfs-status hebben gekregen (ernstige) misdrijven plegen en dat dat helemaal geldt als illegale vreemdelingen dat soort misdrijven plegen. Dat kan een factor zijn die in de straftoemeting

2 Egbert Myjer, *About court jesters: Freedom of expression and duties and responsibilities of journalists*, in: Freedom of Expression. Essays in honour of Nicolas Bratza, Wolf Legal Publishers 2012.

3 Myj/mering: *Ook veroordeelde terroristen hebben mensenrechten*, in: NTM/NJCM-Bull 2023, p. 109-114). Zie ook: Myj/mering, *Migranten, populistische weerzin en Straatsburgse verplichtingen*, in: NTM/NJCM-Bull 2024, p. 189-192.

4 Het kwam ook voor Straatsburgse gremia compleet uit de lucht vallen. En niet oninteressant: van 4 van de 9 ondertekenaars (Oostenrijk, Tsjechië, Estland en Letland) lag geen een EHRM-arrest over migratie voor waarop het Comité van Ministers toezicht moest houden op de tenuitvoerlegging (art. 46 lid 2 EVRM). Alleen Denemarken had 5 migratie-arresten ter executie. En de andere landen 2.

5 Zie hiervoor https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_immigration_eng.

6 Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge 2019.

wordt meegenomen. Het kan soms ook bij *'settled migrants'* een reden zijn tot het intrekken van de verblijfsstatus. Criteria die daarbij in acht genomen moeten worden staan vermeld in het Grote Kamer-arrest *Üner/Nederland* (18 oktober 2006), waar overigens ook uitdrukkelijk wordt verwezen naar *Committee of Ministers Recommendations Rec(2000)15 concerning the security of residence of long-term migrants and Rec(2002)4 on the legal status of persons admitted for family reunification, and of Parliamentary Assembly Recommendation 1504 (2001) on the non-expulsion of long-term immigrants*. Aanbevelingen van het Comité van Ministers of de Parlementaire Assemblée, die weer als inspiratie kunnen dienen bij het interpreteren *in the light of present-day conditions*.

Maar is dat een reden tot een *open-minded conversation* over de interpretatie van het EVRM?

