

Aan de Hoge Raad der Nederlanden
te Den Haag

Griffienummer: S 18/01344 U
Datum conclusie: 2 oktober 2018
Datum arrest: 30 oktober 2018

REACTIE EX ART. 439 LID 5 SV.

Inzake:

Said C.,
wonende te ,
advocaat: mr. R.J. Baumgardt
dossiernummer: D20180075

Edelhoogachtbare Heren, Vrouwen:

Eerder is door ondergetekende, mr. I.N. Weski en mr. A.M. Seebregts een schriftuur houdende tegenspraak ingediend. Ondergetekende, als daartoe door **Said C.** nog steeds bijzonder gevolmachtigd, merkt naar aanleiding van de hen gezonden conclusie van de advocaat-generaal mr. D.J.M.W. Paridaens nog (kort) het volgende op.

I. Vertrouwen en vaststaan van een effectief rechtsmiddel als eis

In de conclusie gaat de A-G onder meer in op dat deel van het middel, waarin betoogd is dat de rechtbank voorbij zou zijn gegaan aan de eis dat op basis van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat aan de opgeëiste persoon na de uitlevering geen effectief rechtsmiddel ten dienste staat.

In de conclusie wordt daarbij aangegeven dat slechts in geval dit vaststaat, een oordeel daarover toekomt aan de Minister, die over meer mogelijkheden beschikt om dat risico in te schatten en eventuele waarborgen kan bedingen. Hij merkt daarbij op dat eerder wel kritiek is geuit op dit argument (ro.v 47). Zo stelde Keijzer onder meer dat bescherming van justitiabelen van nature thuishoort bij de onpartijdige rechter. De rechter geniet daartoe op grond van zijn onafhankelijkheid vertrouwen. Daarnaast behoort de uitleveringsrechter een verzochte uitlevering buiten toepassing te verklaren indien deze niet verenigbaar is met art. 1 EVRM. Hij wijst daarbij voorts naar de (wetsgeschiedenis) van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel, waaruit blijkt dat het aan de rechtbank is om te oordelen over een beroep op schending van het EVRM, en bijvoorbeeld zonodig experts of getuigen zal kunnen oproepen. Keijzer geeft aan dat moeilijk is in te zien waarom, indien in verband met Europese arrestatiebevelen het oordeel over een beroep op schending van het EVRM niet deels aan de regering wordt overgelaten, dat wel het geval moet blijven in verband met uitleveringsverzoeken uit andere staten met wie Nederland een uitleveringsverdrag heeft (CAG Keijzer voor HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243, mnt. AH Klip). Ook annotator Klip meent dat de beoordeling van het vertrouwen dat in de uitlevering vragende Staat moet worden gesteld in de uitleveringsprocedure aan de orde moet komen en dat de rechter die beoordeling dient te verrichten. Keijzer en Klip zullen hierover niet anders hebben gedacht in zaken als de onderhavige, waarin niet alleen de uitlevering is gevraagd door een Staat die niet aan het EVRM is gebonden, maar zelfs van een uitleveringsverdrag niet eens sprake is.

Vrij recent heeft de rechtbank Amsterdam de beslissing op een door Polen gevraagde overlevering overigens aangehouden in verband met de vraag of de onafhankelijkheid van de rechterlijke instanties en dus het grondrecht van verdachte op een eerlijk proces zijn aangetast ten gevolge van de recente ingrijpende wijzigingen in de Poolse rechterlijke organisaties (Rechtbank Amsterdam 4 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7032).

In zijn overzichtsarrest van 21 maart 2017 heeft de Hoge Raad eerdere jurisprudentie herhaald. In dit arrest heeft de Hoge Raad nog eens gesteld dat uitgangspunt in uitleveringszaken is dat bij de beoordeling van een uitleveringsverzoek *dat is gebaseerd op een uitleveringsverdrag*, op grond van het vertrouwensbeginsel moet

worden aangenomen dat het rechtssysteem van de verzoekende Staat de opgeëiste persoon in staat is om na diens uitlevering ter strafvervolgung een beroep op een mensenrechtenschending voor te leggen aan de rechter van de verzoekende Staat en dat deze daar dan een oordeel over geeft met het oog op de waarborging van het recht van de opgeëiste persoon op een eerlijk proces (ro.v 3.5 HR 21 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:463).

In de conclusie wordt (terecht) aangegeven dat de Hoge Raad niet aangeeft waarop het vertrouwen in de verzoekende Staat wordt gebaseerd (ro.v 52). Eerder heeft de Hoge Raad wel aangegeven dat dit vertrouwen kan worden gebaseerd op de omstandigheid dat de verzoekende Staten zich eveneens hebben verbonden aan het EVRM (zie o.m. HR 11 maart 2003, NJ 2004,42). Bij EVRM-staten mag er immers vanuit gegaan worden dat zij voorzien in een mechanisme ter voorkoming van schending van het recht op een eerlijk proces en als dat niet lukt in compenserende maatregelen en de mogelijkheid de EVRM-schending aan de orde te stellen (art.13 EVRM) (noot van A.H. Klip onder HRNJ 2005, 243). Overigens kan ook dan een uitzondering worden gemaakt, namelijk indien aannemelijk is dat de verweren niet kunnen worden gevoerd in de verzoekende Staat en beklag bij het EHRM geen corrigerende werking kan hebben, bijvoorbeeld indien de verzoekende Staat de oordelen van het EHRM over schendingen van het EHRM naast zich neerlegt en vonnissen zonder meer tenuitvoerlegt (aldus van N. Rozemond in zijn noot onder HR 12 september 2017, NJ 2018,93).

Het EHRM stelt in zijn uitspraken niet de betreffende eis van het vaststaan van de afwezigheid van rechterlijke toets van de mensenrechtenschending in de verzoekende Staat. Integendeel.

In de meest recente versie van de 'Guide on Article 6 of the Convention' wordt ten aanzien van de 'real risk of being subjected to a flagrant denial of justice' slechts gesteld:

"501. In order to determine whether there is a risk of a flagrant denial of justice, the Court must examine the foreseeable consequences of sending the applicant to the receiving country, bearing in mind the general situation there and his personal circumstances (Saadiv.Italy [GC], §130; Al-Saadoon and Mufdhiv.the United Kingdom, §125). The existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of expulsion (Saad v.Italy[GC], §133; Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, § 125). Where the expulsion or transfer has already taken place by the date on which it examines the case, however, the Court is not precluded from having regard to information which comes to light subsequently (Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], § 69; J.K. and Others v. Sweden [GC], § 83; Al-Saadoon and Mufdhi v.the United Kingdom, § 149).

502. Lastly, in the context of a European Arrest Warrant (EAW) between the EU member States, the Court has held that in cases in which the State did not have any margin of manoeuvre in applying the EU law, the principle of "equivalent protection", as developed in the Court's case-law (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [GC], §§ 149-158;

Avotiņš v. Latvia [GC], §§ 115-116), applied. This is the case where the mutual recognition mechanisms require the court to presume that the observance of fundamental rights by another member State has been sufficient. As envisaged by the EAW framework, the domestic court is thus deprived of discretion in the matter, leading to automatic application of the presumption of equivalence. However, any such presumption can be rebutted in the circumstances of a particular case. Even taking into account, in the spirit of complementarity, the manner in which mutual recognition mechanisms operate and in particular the aim of effectiveness which they pursue, the Court must verify that the principle of mutual recognition is not applied automatically and mechanically to the detriment of fundamental rights (Pirozzi v. Belgium, § 62).

503. In this spirit, where the courts of a State which is both a Contracting Party to the Convention and a member State of the European Union are called upon to apply a mutual recognition mechanism established by EU law, such as the EAW, they must give full effect to that mechanism where the protection of Convention rights cannot be considered manifestly deficient. However, if a serious and substantiated complaint is raised before them to the effect that the protection of a Convention right has been manifestly deficient and this situation cannot be remedied by EU law, they cannot refrain from examining that complaint on the sole ground that they are applying EU law. In such instances, they must apply the EU law in conformity with the Convention requirements (ibid., §§ 63-64)."

Indien de uitlevering is verzocht op basis van een verdrag met een Staat die niet (ook) aan het EVRM was gebonden, en dat verdrag tot stand was gekomen na inwerkingtreding van het EVRM, is in Nederlandse jurisprudentie wel gesteld dat Nederland, als door het EVRM en IVBPR gebonden Staat, het resultaat van bilaterale onderhandelingen die hebben geleid tot dat uitleveringsverdrag tussen Nederland en die andere staat, heeft kunnen afstemmen op de aard en mate waarin de in het EVRM en IVBPR neergelegde fundamentele rechtsbeginselen worden erkend in die andere staat (vgl. ro.v. 4.4. CAG Aben 23 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ8173, zie voorts noot 33 van de conclusie van de A-G).

In haar conclusie van 2 juni 2015 is (ook) A-G Spronken ingegaan op de vraag, of moet komen vast te staan dat in de verzoekende Staat een effectief rechtsmiddel ontbreekt, ook kan/moet worden gesteld in zaken waarin de verzoekende Staat niet aan het EVRM is gebonden, zoals de Verenigde Staten. Zij wijst daarbij naar een arrest uit 2006, waaruit zou blijken dat die eis (destijds) niet werd gesteld (HR 4 april 2006, NJ 2006,408). Indien die Staat die partij is bij het IVBPR zal volgens Spronken die eis mogen worden gesteld en wel omdat er op basis van het vertrouwensbeginsel immers van mag worden uitgegaan dat daar een effectief rechtsmiddel tegenover staat. Daarbij past volgens haar dan wel de kanttekening dat dit vertrouwen berust op het bestaan van een uitleveringsverdrag met uitleveringsgarantie zodat de situatie anders kan liggen indien de uitleveringsrelatie op een ander verdrag berust dat niet in een uitleveringsverplichting voorziet maar (slechts) uitlevering mogelijk maakt (ECLI:NL:PHR:2015:965).

Marokko is niet gebonden aan het EVRM. In de conclusie geeft de A-G aan dat in de onderhavige zaak de gevraagde uitlevering niet wordt gebaseerd op een uitleveringsverdrag (ro.v 38), zodat hier zich niet de situatie voordoet dat Nederland het resultaat van de onderhandelingen heeft kunnen afstemmen op de aard en mate waarin in Marokko de in het EVRM/IVBPR neergelegde fundamentele rechtsbeginselen worden erkend. Voorts kan (dus ook) niet worden gesteld dat het vertrouwen in het bestaan van een effectief rechtsmiddel in Marokko ook kan worden gebaseerd op het bestaan van een uitleveringsverdrag met uitleveringsgarantie.

Gelet op het bovenstaande kan niet worden gesteld dat i.c. ook had moeten vaststaan dat de opgeëiste persoon na uitlevering niet een effectief rechtsmiddel ten dienste zal staan.

II. Vasstaat dat er i.c. ook geen effectief rechtsmiddel bestaat

Voorts wordt opgemerkt dat in de onderhavige zaak de rechtbank terecht geoordeeld heeft dat de opgeëiste persoon geen effectief rechtsmiddel ten dienste staat, althans dat dit in de overwegingen van de rechtbank besloten ligt. Zo heeft de rechtbank in de onderhavige zaak (onder meer) vastgesteld dat in de onderhavige zaak door de Marokkaanse rechter geen onderzoek is gedaan naar de door de medeverdachten/getuigen gestelde martelingen.

Zoals eerder al in de conclusie houden tegenspraak is aangevoerd, heeft het EHRM in de zaak *Othman* overwogen dat het ook 'unfair' is 'to impose any higher burdens of proof on him' terzake van de gestelde martelingen van de medeverdachten. De jurisprudentie van het EHRM dat een uitlevering niet toelaatbaar is (en) (reeds) in strijd is met art 6 EVRM vanwege het risico op een flagrante inbreuk vanwege het dreigende gebruik van die verklaringen als bewijsmiddel, staat haaks op de opvatting dat die kwestie maar aan de rechter van het verzoekende land zal moeten worden voorgelegd. Overigens moet hierbij worden opgemerkt dat uit de uitspraak van het EHRM ook wel wordt afgeleid dat reeds het enkele *inbrengen* van bewijs dat onacceptabel zou zijn met het oog op het recht op een eerlijk proces, al tot ontoelaatbaarverklaring van de gevraagde uitlevering zou moeten leiden (zie ro.v. 24 CAG Paridaens voor HR 4 september 2017, NJ 2018, 371).

In de conclusie stelt de A-G dat het oordeel van de rechtbank, dat er een reëel risico is dat de verklaringen van Kh. en Za. zijn verkregen door handelingen die in strijd zijn met art. 3 EVRM en dat die verklaringen voor het bewijs zullen worden gebruikt, niet onbegrijpelijk is.

Indien (zoals i.c.) vaststaat dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zal worden blootgesteld aan het *risico van een flagrante inbreuk* op een hem ingevolge het EHRM toekomend recht, te weten doordat de rechter in Marokko door marteling verkregen verklaringen als bewijsmiddel tegen hem zal gebruiken, kan niet meer worden gezegd dat de opgeëiste persoon na zijn uitlevering ter zake van die inbreuk een rechtsmiddel ten dienste zal staan teneinde het gevaar af te wenden, nu immers al vaststaat dat die Marokkaanse rechter nu juist geen enkel gevolg zal verbinden aan de omstandigheid dat die verklaringen door marteling zijn verkregen.

Hierbij moet worden aangetekend dat uit de diverse uitspraken van het EHRM, waaronder Othman ook volgt dat de in Nederland ook wel als compensatie beschouwde alternatieven zoals strafvermindering of schadevergoeding bij schendingen als de onderhavige, niet als compensatie mogen worden beschouwd. Bij deze schendingen past, net zoals het geval is bij schending van het recht op rechtsbijstand voorafgaande of tijdens een politieverhoor en verkrijgen van verklaringen na uitlokking ('entrapment'), slechts bewijsuitsluiting (zie voor het eerste geval EHRM 28 juni 2011, appl. 4429/09, Seblaj v. Croatia, zie voor bewijsuitsluiting in geval van 'entrapment' EHRM 4 november 2010, appl. 18757/06, par. 56, Bannikova v. Russia).

III. Rapporten

Uit de conclusie kan voorts worden afgeleid dat naar de mening van de A-G in deze zaak bij de beoordeling van het risico op een flagrante inbreuk en/of het ten dienste staan van een effectief rechtsmiddel, rapporten van internationale mensenrechtorganisaties omtrent de in de verzoekende Staat gepleegde schendingen niet mogen/behoeven te worden meegewogen, althans dat daaruit niet zou kunnen worden afgeleid dat in deze zaak sprake is van het ontbreken van een effectief rechtsmiddel in Marokko. Dit is evenwel niet juist.

Zo blijkt uit jurisprudentie van het EHRM dat de rechter moet *examine the foreseeable consequences of sending the applicant to the receiving country, bearing in mind the general situation there and his personal circumstances*. In de betreffende uitspraken wordt dan ook naar dergelijke rapporten verwezen. Dit blijkt ook uit jurisprudentie van het HvJ (HvJ 6 september 2016, C-182/15 (ro.v 59) (Petruhhin).

Daar komt nog bij dat een onderzoek naar de vraag of in Marokko gemarteld wordt en/of in Marokko een effectief rechtsmiddel aanwezig is te klagen over het gebruik als bewijsmiddel van door marteling verkregen verklaringen, hetzelfde geldt als bij de vraag of de opgeëiste persoon is gefolterd. Te dien aanzien verwijst A-G Spronken (in haar conclusie voor HR 12 september 2017, NJ 2019,93) naar het arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad d.d. 11 juli 2014 (NJ 2016, 14, mnt. AHK) en jurisprudentie van het EHRM, waaronder de zaak El Masri:

"() where the events in issue lie within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons under their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring that detention. The burden of proof in such a case may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation () In the absence of such explanation, the Court can draw inferences which may be unfavourable for the Government".

In de onderhavige zaak zijn in 1^e aanleg en in cassatie vrij uitvoerig rapporten en krantenberichten aangehaald en geciteerd waaruit blijkt dat in Marokko nog steeds wordt gemarteld; verdachten niet in staat worden gesteld hierover tegenover een rechter te klagen; rechters en overheid geen onderzoek daarnaar verrichten en niet toestaan dat daarnaar onderzoek wordt verricht. Hieruit blijkt dat in Marokko wijdverbreid en routinematig gebruik wordt gemaakt van bewijs dat het resultaat is

van foltering en de Marokkaanse rechter routinematig beroepen afwijst die inhouden dat het bewijs verkregen is door handelingen die in strijd zijn met art. 3 EVRM. Dit is zeker het geval in zaken als de onderhavige, waarin de verdachte/opgeëiste persoon door Marokko en de Marokkaanse rechter beschouwd wordt als iemand die de nationale integriteit van Marokko in gevaar brengt.

Dat algemeen bekend is dat in Marokko verdachten worden gemarteld; verdachten die zoals de opgeëiste persoon tot de Hirak-beweging behoren geen eerlijk proces hebben gekregen; onderzoek daarnaar niet wordt toegestaan; mensenrechtenorganisaties en journalisten de toegang wordt ontzegd en journalisten zelfs worden geïntimideerd en worden tegengewerkt, volgt ook uit de 'Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (V) voor het jaar 2018', TK 34 775 V, Vergaderjaar 2017-2018, nr. 87 en de bij die beraadslaging gemaakte opmerkingen van (onder meer) De Roon; Karabulut; Ploumen,; Sjoerdsma; Van Hemert.

Zoals eerder al is aangegeven blijkt ook uit de uitspraak van het EHRM in de zaak *El Haski v Belgium*, 25 september 2012, appl. 649/08, dat (het EHRM op basis van rapporten van internationale organisaties heeft geconcludeerd dat) in Marokko sprake is van een 'real risk' van een 'flagrant denial' 'lorsque le système judiciaire de l'Etat tiers dont il est question n'offre pas de garanties réelles d'examen indépendant, impartial et sérieux des allégations de torture ou de traitements inhumains ou dégradants'. Dit volgt ook uit de uitspraak van X tegen Zweden (EHRM 8 januari 2018, appl. 36417/16).

Zoals ook al eerder aangegeven blijkt tenslotte alleen al uit de omstandigheid dat 2 medeverdachten gemarteld zijn, althans handelingen hebben ondergaan die in strijd zijn met art. 3 EVRM, die zelf recent niet in staat zijn gesteld een effectief rechtsmiddel aan te wenden tegen (onder meer) het gebruik van die verklaringen in hun met de strafzaak van de opgeëiste persoon samenhangende strafzaak, genoegzaam dat ook de opgeëiste persoon geen effectief rechtsmiddel ten dienste staat tegen het gebruik van de verklaringen als bewijsmiddel.

IV. Conclusie

Op grond van het bovenstaande dient het cassatie beroep ongegrond te worden verklaard. Indien de Hoge Raad het cassatieberoep niet reeds op grond van het bovenstaande ongegrond verklaart, wordt he volgende opgemerkt.

V. Vragen aan EHRM

Op 1 augustus jl. heeft Frankrijk als 10^e Staat het 16^e Protocol bij het EVRM getekend. Naar verwachting zal binnen afzienbare tijd, mogelijk ten tijde van het wijzen van een arrest door de Hoge Raad, ook Nederland deze mogelijkheid wettelijk zijn geregeld zodat (alsdan) de Hoge Raad vragen zal kunnen stellen aan het EHRM. De bevoegdheid van het EHRM om adviezen uit te brengen is ingegeven om de interactie tussen het Hof en de nationale autoriteiten te verbeteren en de uitvoering van het EVRM te versterken (zie o.m. de Preambule).

Uit hetgeen hierboven is weergegeven volgt dat binnen de rechtspraak en literatuur op een aantal punten verschil van mening bestaat omtrent de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen. Daarnaast heeft de opgeëiste persoon belang dat maximale zorgvuldigheid wordt betracht bij de beoordeling van het uitleveringsverzoek, gelet de mogelijke zware consequenties van zijn uitlevering naar Marokko. Indien niet reeds op grond van het bovenstaande het cassatie beroep ongegrond moet worden verklaard, stelt de opgeëiste persoon voor dat de Hoge Raad het EHRM dan ook de volgende vragen zal stellen:

- a. Is in uitleveringszaken sprake van een flagrant denial of justice indien er een reëel risico bestaat dat in de in de verzoekende Staat na de uitlevering te entameren strafzaak verklaringen worden ingebracht, die zijn verkregen na marteling en andere handelingen in strijd met art 3 EVRM of is daarvan pas sprake indien dergelijke verklaringen uiteindelijk daadwerkelijk als bewijs bij een veroordeling zullen worden gebruikt;
- b. Zal voorafgaande aan de uitlevering moeten vaststaan dat de opgeëiste persoon na zijn uitlevering bij de rechter in de verzoekende Staat in de gelegenheid wordt gesteld onderzoek te doen naar de vraag of belastende verklaringen verkregen zijn na marteling of andere handelingen in strijd met art. 3 EVRM of dient dit aannemelijk te zijn;
- c. Zal voorafgaande aan de uitlevering moeten vaststaan dat dat verklaringen van getuigen die zijn verkregen door marteling niet als bewijsmiddel zullen worden gebruikt;
- d. Maakt het voor de beantwoording van bovenstaande vragen verschil uit of ook de verzoekende Staat zich gebonden heeft aan het EVRM;
- e. Indien de verzoekende Staat niet gebonden is aan het EVRM, maakt het dan voor de beantwoording van bovenstaande vragen verschil uit of er sprake is van een uitleveringsverdrag;
- f. Maakt het daarbij verschil uit of in dat uitleveringsverdrag een uitleveringsverplichting is opgenomen.

Rotterdam, 15 oktober 2018

mr. R.J. Baumgardt

mede namens mr. I.N. Weski en

mr. A.M. Seebregts