

# EU-grenzen zijn ook onze grenzen

Nederlandse verantwoordelijkheid voor mensenrechten aan de EU-buitengrenzen en effectieve rechtsbescherming

**Achtergrond-  
notitie**

# Inhoudsopgave

<b>Hoofdstuk 1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>4</b>
1.1	Inleiding	4
1.2	Doelstelling	6
1.3	Leeswijzer en methodologie	9
<b>Hoofdstuk 2</b>	<b>Context</b>	<b>12</b>
2.1	<b>Situatie aan de EU-buitengrenzen</b>	<b>12</b>
2.1.1	Asielpraktijk in de EU-lidstaten aan de buitengrenzen	12
2.1.2	Bewaking van de buitengrenzen, onderscheppingen en pushbacks	15
2.2.	<b>Verschuivingen: externalisering en informalisering</b>	<b>23</b>
2.3.	<b>Voorstel EU Pact Migratie en Asiel</b>	<b>25</b>
<b>Hoofdstuk 3</b>	<b>Juridisch kader</b>	<b>27</b>
3.1	<b>Start Verdragsverplichtingen</b>	<b>27</b>
3.1.1	Internationaal recht	27
3.1.2	Unierecht	28
3.1.3	EVRM	29
3.2	<b>EU als internationale speler</b>	<b>32</b>
3.2.1	Internationale rechtspersoonlijkheid	32
3.2.2	Drager van internationale verplichtingen	32
3.2.3	EU-instellingen en -agentschappen	33
3.3	<b>ILC Artikelen over aansprakelijkheid</b>	<b>37</b>
3.4	<b>Concluderende opmerkingen</b>	<b>38</b>
<b>Hoofdstuk 4</b>	<b>Verantwoordelijkheid</b>	<b>39</b>
4.1	<b>Inleiding</b>	<b>39</b>
4.2	<b>Voorvraag: reikwijdte en rechtsmacht</b>	<b>41</b>
4.3	<b>Directe toerekenbaarheid</b>	<b>43</b>
4.4	<b>Indirecte toerekenbaarheid</b>	<b>45</b>
4.5	<b>Gezamenlijke of gedeelde verantwoordelijkheid</b>	<b>46</b>
4.5.1	Algemene uitgangspunten	46
4.5.2	Verantwoordelijkheid als lid van de EU	47
4.6	<b>Concluderende opmerkingen</b>	<b>50</b>
<b>Hoofdstuk 5</b>	<b>Effectieve rechtsbescherming</b>	<b>51</b>
5.1	<b>Criteria effectieve rechtsbescherming</b>	<b>51</b>
5.2	<b>Toegang tot een effectieve rechtsgang</b>	<b>53</b>
5.2.1	Nationaal	53
5.2.2	Europees	54



5.2.3	Internationaal	56
<b>5.3</b>	<b>Effectieve monitoring in de EU</b>	<b>57</b>
5.3.1	Randvoorwaarde effectieve rechtsbescherming	57
5.3.2	Huidige toezicht- en monitoringsmechanismes	58
5.3.3	Criteria voor toekomstige monitoring	59
<b>5.4</b>	<b>Concluderende opmerkingen</b>	<b>60</b>
	<b>Bronnen</b>	<b>61</b>



## Hoofdstuk 1

# Inleiding

## 1.1 Inleiding

In een democratische rechtsstaat moeten mensen kunnen vertrouwen op een onafhankelijke rechterlijke macht, op een wetgever die fundamentele rechten respecteert en op een uitvoerende macht die zich aan de gestelde regels houdt. Het respecteren van deze uitgangspunten is een kernwaarde van de rechtsstaat en is cruciaal voor de rechtmatigheid en verdedigbaarheid van wetgeving en beleid. (*ACVZ programmalijn effectieve rechtsbescherming*)

Verschillende instanties op het niveau van de Europese Unie (EU) en op het nationale niveau voeren het EU-asiel- en migratiebeleid uit. Dit gebeurt in diverse samenwerkingsverbanden. Een deel van deze inzet zoals grensbeheer, inclusief het voorkomen van irreguliere migratie en het realiseren van terugkeer, vindt niet alleen plaats binnen de territoriale grenzen van de EU of langs de buitengrenzen. Maar de uitvoering van EU-beleid gebeurt ook op het grondgebied van Europese landen buiten de EU (zoals een deel van de Balkanlanden), landen die lid zijn van de Raad van Europa (zoals Turkije), in internationale wateren of in andere landen. De impact van het EU-beleid blijft daarom niet beperkt tot het EU-grondgebied.<sup>1</sup>

Geregeld verschijnen er mediaberichten en rapporten van internationale organisaties, expert en ngo's over misstanden en schendingen van fundamentele rechten bij de bewaking van de EU-buitengrenzen. Een voorbeeld hiervan zijn de signalen over 'pushbacks'.<sup>2</sup>

### *Definitie pushback*

Onder 'pushbacks' verstaan wij de verschillende maatregelen, handelingen of beleidsregels van (lid)-staten (al dan niet met of via niet-staatelijke actoren), die leiden tot terugdringing van migranten naar het land, grondgebied of (inter)nationale wateren, waarvandaan zij een internationale grens<sup>3</sup> zijn overgegaan of dat probeerden te doen, zonder

<sup>1</sup> Zie hierover uitgebreid T. Strik en A. Terlouw, 'Territorialiteit en vluchtelingenrecht: verantwoordelijkheid nemen, afschuiven of delen?' in: *De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie*, NJV 2019, p. 135. e.v.

<sup>2</sup> Zie hierover nader hoofdstuk 2, dat overigens niet alleen ziet op 'pushback' situaties.

<sup>3</sup> UN Doc A/69/277, voetnoot 34: 'International borders is understood broadly as the politically defined boundaries separating territory or maritime zones between political entities and the areas where political entities exercise border governance measures in their territory or extraterritorially (such areas including land checkpoints, border posts at train stations,



een individuele beoordeling van hun situatie in lijn met mensenrechtelijke verplichtingen en procedurele waarborgen. Voorbeelden zijn toegangsweigering zonder gerechtvaardigde reden, voorkoming van ontscheping, beteugeling van doorreizen of uitzetting van migranten. Het gaat daarmee om activiteiten gericht op zowel migranten die zich op het grondgebied (van de EU) bevinden, als migranten die dat nog niet zijn.<sup>4</sup>

Effectieve rechtsbescherming, zoals opgenomen in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de EU (EU-Handvest) en artikel 13 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)<sup>5</sup>, vereist toegankelijke en effectieve procedurele mechanismes voor iedereen van wie de rechten en vrijheden, geborgd door internationale en Europese verdragen, worden geschonden. Met andere woorden: als individu heb je het recht om bij een schending van je mensenrechten dit door een onafhankelijke instantie te laten toetsen.

In de loop der jaren zijn er geregeld zaken over (vermeende) schendingen van verdragsverplichtingen aan de buitengrenzen voor de (Europese) rechter gebracht.<sup>6</sup> Het verrast niet dat de landen tegen wie een klacht is ingediend vaak de lidstaten aan de buitengrenzen zijn. De uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder EHRM) in de zaak *Hirsi Jamaa* stelde dat Italië het verbod op collectieve uitzetting en non-refoulement had geschonden door onderschepte migranten *linea recta* terug te sturen naar Libië zonder nadere identificatie en individuele beoordeling van de risico's voor hen in Libië.<sup>7</sup> Andere voorbeelden zijn *N.D. en N.T. tegen Spanje*, *M.K. tegen Polen* en *Ilias en Ahmed tegen Hongarije*.<sup>8</sup> Onlangs hebben twee minderjarige Afghaanse jongens een klacht bij het EHRM ingediend tegen Griekenland omdat zij het slachtoffer zouden zijn van een pushback door de Griekse kustwacht.<sup>9</sup>

Momenteel lopen er diverse onderzoeken<sup>10</sup> naar de betrokkenheid van het EU Grens- en Kustbewakingsagentschap Frontex bij pushbacks.<sup>11</sup> Twee ngo's hebben

---

*ports and airports, immigration and transit zones, the high seas and so-called "no-man's-land" between border posts, in addition to embassies and consulates).*'

<sup>4</sup> De ACVZ volgt hiermee de werkomschrijving van de term 'pushback' zoals beschreven in het rapport van de VN Mensenrechtenrapporteur A/HRC/47/30, para 34 e.v.

<sup>5</sup> Dit artikel kan alleen in samenhang met een ander artikel uit de EVRM worden ingeroepen.

<sup>6</sup> T. Lingsma, 'Noodsignaal op zee. De juridische strijd tegen Fort Europa', in: De Groene Amsterdammer, nr. 32, 7 augustus 2019.

<sup>7</sup> EHRM, *Hirsi Jamaa t. Italië*, nr. 27765/09, 23 februari 2012, para.156-158, 178, 185.

<sup>8</sup> EHRM, *Ilias en Ahmed t. Hongarije*, nr. 47287/15, 21 november 2019; EHRM, *N.D. en N.T. t. Spanje*, nrs. 8675/15 en 8697/15, 13 februari 2020, para. 186-187, 198, 228, 232; EHRM, *M.K. e.a. tegen Polen*, nrs. 40503/17, 42902/17 en 43643/17, 23 juli 2020.

<sup>9</sup> Zie [www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/2021/zaak-tegen-griekenland-vanwege-pushback-minderjarigen](http://www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/2021/zaak-tegen-griekenland-vanwege-pushback-minderjarigen), 5 maart 2021.

<sup>10</sup> LIBE Committee Europees Parlement, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations. Working document*, 14 juli 2021 ; European Ombudsman, *Decision in OI/2020/MHZ on the functioning of the European Border and Coast Guard Agency's (Frontex) complaints mechanism for alleged breaches of fundamental rights and the role of the Fundamental Rights Officer*, 15 juni 2021. Zie ook [www.politico.eu/article/olaf-opens-investigation-on-frontex-for-allegations-of-pushbacks-and-misconduct/](http://www.politico.eu/article/olaf-opens-investigation-on-frontex-for-allegations-of-pushbacks-and-misconduct/)

<sup>11</sup> Zie het Bellingcat onderzoek van N. Waters, E. Freudenthal en L. Williams, *Frontex at Fault: European Border Force Complicit in 'Illegal' Pushbacks*, 23 oktober 2020. Zie ook het (interne) onderzoek naar deze signalen van de Frontex Management Board werkgroep:

recentelijk een zaak aangespannen bij het Hof van Justitie van de EU (verder HvJ) om Frontex hiervoor aansprakelijk te stellen.<sup>12</sup> Ook de EU zelf ligt juridisch onder vuur: de gevolgen van het EU migratiebeleid op de Centraal Mediterrane route en in Libië en de verantwoordelijkheid van de EU voor deze gevolgen zijn in 2019 voorgelegd aan de Hoofdaanklager van het Internationaal Strafhof.<sup>13</sup> Ondertussen wordt het mandaat van de Unie en van de agentschappen in het EU-asiel en migratiedomein steeds groter. Hierdoor heeft hun handelen ook steeds vaker direct gevolgen voor individuele mensenrechten.

Vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming is het daarom van belang helder te hebben welke staat en/of organisatie verantwoordelijk kan worden gehouden en aansprakelijk kan worden gesteld voor schendingen van verdragsverplichtingen.

### **De zaak *S.S tegen Italië* bij het EHRM**

Wat betekent bijvoorbeeld de financiering en training van grenswachten in landen buiten de EU door de EU en/of de lidstaten voor de verantwoordelijkheid van die lidstaten in het geval dat die grenswachten mensenrechten schenden? Deze vraag ligt momenteel voor bij het EHRM.<sup>14</sup> De zaak is aangespannen namens 17 overlevenden van een ontschepingsactie op de Middellandse Zee op 6 november 2017. Hierbij verdronken 20 mensen en tientallen anderen zijn daarna onder inhumane omstandigheden in Libië vastgehouden. De Libische kustwacht die de actie uitvoerde was gefinancierd en getraind door Italië en door de EU.<sup>15</sup>

In dit soort zaken, met meerdere betrokken partijen waarbij het niet altijd duidelijk is op welk 'territoire' de situatie zich afspeelt en welk juridisch kader vervolgens van toepassing is, is het lastig te bepalen of, en wie waar verantwoordelijk voor is. En juist duidelijkheid over verantwoordelijkheid is van groot belang. Onduidelijkheid over tot wie het individu zich kan richten en onderlinge betwisting van verantwoordelijkheid ondermijnen de effectieve werking van het recht en de rechtsbescherming, en daarmee de rechtsstaat.

## **1.2 Doelstelling**

Via de rechtsontwikkeling, publicaties en onderzoek is veel kennis en informatie beschikbaar over (extraterritoriale) rechtsmacht, verantwoordelijkheid en vervolgens aansprakelijkheid van diverse actoren voor schendingen van internationale verplichtingen. Waar het kader voor toebedeling van

---

*Fundamental Rights and Legal Operational Aspects of Operations in the Aegean Sea, Final Report*, 1 maart 2021.

<sup>12</sup> Zie ook [www.front-lex.eu/2021/05/25/legal-action-against-frontex-submitted-2/](http://www.front-lex.eu/2021/05/25/legal-action-against-frontex-submitted-2/)

<sup>13</sup> O. Shatz en J. Branco, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court: EU Migration Policies in the Centrale Mediterrean and Libya (2014-2019)*, 2019.

<sup>14</sup> EHRM, *S.S. e.a. tegen Italië*, nr. 21660/18 (aanhangig).

<sup>15</sup> Zie meer uitgebreid over deze zaak, hoofdstuk 2.1.1.

verantwoordelijkheid in het internationaal publiekrecht vrij helder is (maar wel moeizaam toepasbaar in de praktijk), is het Unierechtelijk gezien aanzienlijk minder duidelijk.<sup>16</sup> De jurisprudentie van o.a. het EHRM die op dit punt wijd-beschreven en becommentarieerd is, is in ontwikkeling, aangezien er steeds weer nieuwe vragen opkomen.<sup>17</sup>

Zoals gezegd: vanuit het oogpunt van het *individuele recht op effectieve rechtsbescherming* is van belang dat helder is welk juridisch kader in een bepaalde situatie van toepassing is, en of er een voldoende effectieve rechtsgang is om verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor de schending vast te stellen.

### **Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en 'accountability'**

De staat dan wel de internationale organisatie (zoals de EU) is verantwoordelijk voor een internationale onrechtmatige daad. Hiervan is sprake als de staat of internationale organisatie heeft gehandeld of nagelaten in strijd met internationale verplichtingen en als dit handelen of nalaten kan worden toegerekend aan de staat of internationale organisatie.<sup>18</sup>

Met 'aansprakelijkheid' wordt bedoeld de verplichting die voortvloeit uit het vaststellen van verantwoordelijkheid voor een onrechtmatige daad, zoals bijvoorbeeld de plicht tot genoegdoening of schadevergoeding.<sup>19</sup>

In combinatie met verantwoordelijkheid vormt dit de juridische component van wat ook wel 'accountability' wordt genoemd<sup>20</sup>: a relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgement, and the actor may face consequences.<sup>21</sup>

Hoe zit het vervolgens met eventuele verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van Nederland voor schendingen van fundamentele rechten als gevolg van de

<sup>16</sup> T.P. Spijkerboer, 'Bifurcation of people, bifurcation of law: externalization of migration policy before the EU Court of Justice, in: *Journal of Refugee Studies*, nr 31-2, 2017, p. 216-239.

<sup>17</sup> Zie para 1.1. en hoofdstuk 2.

<sup>18</sup> Zie hierover hoofdstuk 4 van deze notitie.

<sup>19</sup> Kort gezegd zijn er drie cumulatieve criteria voor aansprakelijkheid in de juridische zin: (im)materiele schade; causaal verband tussen de schade en handelen of nalaten (toerekenbaarheid); en onrechtmatigheid van het handelen of nalaten (een voldoende gekwalificeerde schending van internationale verplichting). Zie EU HvJ, *Les Grands Moulins de Paris t. EEG*, zaak 50/86, 8 december 1987; EU HvJ, *Bergaderm SA t. Europese Commissie*, C 352-98 P, 4 juli 2000.

<sup>20</sup> Het *Committee on Accountability of International Organisations van de International Law Association* beoordeelde 'accountability' als zijnde een 'multifaceted' fenomeen, onderscheidde vier vormen (juridisch, politiek, administratief en financieel) en stelde dat gecombineerd dit de meeste kan maakte op een effectief systeem van 'accountability'. Zie ook Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa, Commissie Juridische Zaken en Mensenrechten, *Accountability of international institutions for human rights violations. Introductory Memorandum*, AS/Jur (2013) 17, 10 mei 2013.

<sup>21</sup> M. Bovens, 'Analyzing and Assessing Public Accountability. A Conceptual Framework,' in: *European Governance Papers (EUROGOV)* nr C-06-01, 2006. Als andere componenten van 'accountability' worden bijvoorbeeld geïdentificeerd goed bestuur, transparantie, bewustwording etc.



uitvoering van het EU asiel- en migratiebeleid, waaronder pushbacks?<sup>22</sup> De Europese buitengrenzen zijn immers ook de onze, en zijn niet beperkt tot enkel de luchthaven Schiphol of de haven in Rotterdam. Nederland is verdragspartij bij verschillende mensenrechtenverdragen zoals het EVRM. Als lid van de EU is Nederland gebonden aan het Unierecht, draagt het bij aan EU-regelgeving en moet het maatregelen nemen als de mensenrechten niet geëerbiedigd worden in de uitvoering ervan.<sup>23</sup> Daarom is het van belang - ook voor het publieke en politieke debat - dat inzichtelijk is wat de gevolgen zijn van het handelen of nalaten van Nederland in deze context, ook buiten het eigen grondgebied. Daarbij speelt ook mee dat internationale organisaties, zoals de EU, vaak immuniteit van rechtsvervolging genieten voor de nationale rechter.<sup>24</sup> Hierdoor is er een risico dat er een juridisch niemandsland ontstaat.

Dat de vraag naar de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van Nederland voor schendingen van verdragsverplichtingen een relevant en actueel vraagstuk is, blijkt uit eerdere rechtszaken in grensoverstijgende domeinen als internationale vrede en veiligheid (zoals VN-*peacekeeping* operaties) en het klimaatvraagstuk. In de zaak *Mothers of Srebrenica* oordeelde de Hoge Raad dat Nederland voor 10 procent aansprakelijk was voor de dood van 350 mannen die zich op de Nederlandse compound in Potočari bevonden. Dutchbat had meegewerkt aan de evacuatie, ondanks de wetenschap dat er voor de mannen een reëel risico bestond op mishandeling of executie door het Bosnisch-Servische leger. Nederland had hierin een eigen verantwoordelijkheid en kon zich niet (geheel) voor haar handelen verschuilen achter het VN-mandaat.<sup>25</sup> In de Urgenda-zaak ging het om de zorgplicht die de staat heeft op basis van mensenrechtenstandaarden uit het EVRM om burgers te beschermen tegen de schadelijke gevolgen van, in dit geval, klimaatverandering. <sup>26</sup> Effectieve rechtsbescherming brengt mee dat burgers moeten kunnen opkomen tegen een overheid die handelt of nalaat in strijd met verplichtingen, en hen daardoor schade berokkent.

---

<sup>22</sup> In de media noemde de directeur van de ngo MiGreat bijvoorbeeld dat Nederland 'medeplichtig' zou zijn aan de dood van mensen die zijn verdronken in de Middellandse Zee: [www.volkskrant.nl/columns-opinie/opinie-nederland-is-medeplichtig-aan-dood-van-duizenden-vluchtelingen-op-zee](http://www.volkskrant.nl/columns-opinie/opinie-nederland-is-medeplichtig-aan-dood-van-duizenden-vluchtelingen-op-zee), 14 juni 2021.

<sup>23</sup> Zie o.a. Artikel 2 Verdrag van de Europese Unie (verder VEU): 'De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.' Artikel 4(3) VEU: '[...] De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten [...] onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.' Artikel 7 VEU ziet op de genoemde 'rechtsstaat' procedure over mogelijk acties richting een lidstaat als daar 'een duidelijk gevaar dreigt voor ernstige schending van de waarden genoemd in artikel 2 VEU.'

<sup>24</sup> Zie hierover para. 3.2.1.

<sup>25</sup> Hoge Raad, *Stichting Mothers of Srebrenica t. Nederlandse Staat*, 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223.

<sup>26</sup> Hoge Raad, *Urgenda t. Nederlandse Staat*, 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006. Zie ook de rechtbankuitspraak in de zaak tegen Shell d.d. 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.



Dit deelproject over verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid valt binnen het project van de adviesraad migratie over toegang tot het recht aan de EU-buitengrenzen en maakt onderdeel uit van de programmalijn effectieve rechtsbescherming. De adviesraad wil hiermee de volgende doelstellingen bereiken: Kennis bij elkaar brengen over de ontwikkelingen in de (rechts)wetenschap, jurisprudentie, beleidsontwikkeling en uitvoeringspraktijk over verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor schendingen van verdragsverplichtingen in EU-context. De ACVZ wil deze ontwikkelingen inzichtelijk maken voor een breder publiek; de regering en het parlement informeren en adviseren over de mogelijke juridische gevolgen van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het uitvoeren van het EU-asiel- en migratiebeleid, vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming en ten behoeve van de Nederlandse inzet bij de verdere ontwikkeling van en onderhandelingen over het EU- asiel- en migratiebeleid. Deze achtergrondnotitie is bedoeld als inhoudelijke basis voor de kennis- en adviesproducten gericht op het bereiken van deze doelstellingen.

### 1.3 Leeswijzer en methodologie

Met de notitie willen we inzicht geven in de volgende vraagstukken:

- In hoeverre is er sprake van toegang tot een effectief rechtsmiddel teneinde verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor schendingen van verdragsverplichtingen in de uitvoering van het Europese asiel- en migratiebeleid aan de EU-buitengrenzen en daarbuiten.
- Welke (rechts)vragen liggen ten grondslag aan de beoordeling of, en in hoeverre, Nederland (ook als lid van de EU) voor dergelijke schendingen verantwoordelijk kan worden gehouden en aansprakelijk kan worden gesteld. Hieraan voorafgaand ligt de vraag naar het toepasselijke juridisch kader, i.a. rechtsmacht in onderscheidende situaties waarin sprake is van schendingen.

In hoofdstuk twee beschrijft deze notitie de situatie aan de EU-buitengrenzen, de gevolgen van het externe EU-migratiebeleid en andere relevante ontwikkelingen. Hoofdstuk drie gaat vervolgens over de juridische mogelijkheden (effectieve rechtsgangen) voor individuen om Nederland en/of de EU verantwoordelijk te houden aansprakelijk te stellen. Het vierde hoofdstuk beschrijft aan de hand van een aantal (fictieve) situaties het toepasselijk kader en de relevante (rechts)vragen. In het laatste hoofdstuk identificeren we ten aanzien van de effectieve rechtsbescherming een aantal mogelijke punten voor advisering.

Ten behoeve van het opstellen van deze achtergrondnotitie is deskresearch verricht in de vorm van literatuurstudie en jurisprudentieonderzoek. In conceptvorm vormde de notitie de basis voor een tweetal expertmeetings. De situatieschetsen of scenario's uit hoofdstuk 4 zijn fictief en geïnspireerd door de beschrijvingen in hoofdstuk 2. Ze dienen ter verheldering en ter vergroting van de leesbaarheid van het toepasselijk kader en worden onderscheiden naar geografische locatie, namelijk situaties die zich voordoen binnen het EU-

grondgebied, in maritieme grenszones en internationale wateren, op het grondgebied van Europese, niet EU-lidstaten en op het grondgebied van landen buiten Europa.

### *Afbakening*

De notitie richt zich daarmee op de situatie langs de buitengrenzen van de EU en buiten de EU. De toepassing van het Dublinverordening, vraagstukken rondom secundaire migratie en Schengen en de problemen in nationale asielsystemen in andere EU-lidstaten anders dan die aan de buitengrenzen vallen derhalve buiten bestek van de notitie. De focus ligt verder op de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor schendingen van verdragsverplichtingen en daarmee van een *internationale onrechtmatige daad*. Aangetekend hierbij moet worden dat op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad niet naleving door de Nederlandse staat van diens mensenrechtelijke verplichtingen strijdig is met de zorgplicht die voortvloeit uit 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW), en daarmee (ook) een nationale onrechtmatige daad kan behelzen. Verder gaat het om de vraag naar effectieve rechtsbescherming zoals bedoeld in artikel 47 EU-Handvest, en is bij uitstek gericht op juridische aansprakelijkheid en niet op andere vormen van 'accountability' zoals morele of sociale verantwoordelijkheid.

Tenslotte moet hier worden aangetekend dat het in deze notitie expliciet *niet* gaat om de vraag of Nederland daadwerkelijk verantwoordelijk dan wel aansprakelijk is voor een bepaalde concrete situatie of pushbackpraktijk. Dit is bovenal een vraag voor de rechter. De ACVZ beoogt met deze notitie alleen helderheid en inzicht te bieden in het toepasselijke kader en relevante (rechts)ontwikkelingen. Informatie en ontwikkelingen tot november 2021 zijn in deze notitie meegenomen.

Al langere tijd zijn er grote zorgen over de mensenrechtensituatie aan de buitengrenzen van de EU. De berichten over schendingen van internationale verplichtingen, zoals pushbacks, zijn talrijk en duren voort. Wie is daarvoor verantwoordelijk, heeft Nederland daar (ook) een aandeel in, en kunnen slachtoffers de verantwoordelijken ook aanspreken?

De EU-buitengrenzen zijn ook onze grenzen. De manier waarop deze grenzen worden bewaakt is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de EU-lidstaten, en daarmee ook een Nederlandse. Maar bij (mogelijke) mensenrechtenschendingen bij de uitvoering van deze grensbewaking is niet altijd duidelijk wat er is gebeurd en wie precies waarvoor verantwoordelijk is. Het gaat vaak om lastig toegankelijke plekken, zoals op zee of in militaire zones. Ook zijn er vaak verschillende partijen betrokken bij de grensbewaking, waardoor er bij de uitvoering sprake kan zijn ingewikkelde en niet-transparante gezagsverhoudingen.

Een EU-lidstaat zoals Nederland, of een internationale organisatie zoals de EU, kan aansprakelijk worden gesteld door slachtoffers op grond van 'internationale onrechtmatige daad' als bij de grensbewaking internationale regels worden

geschonden. Daarvoor moet dan wel duidelijk zijn dat het schenden van de verplichtingen aan deze staat of organisatie kan worden 'toegerekend'.



## Hoofdstuk 2

# Context

**Staten zijn soeverein in het bepalen wie er toegelaten wordt op hun grondgebied. Bij de uitoefening van deze soevereiniteit moeten staten zich houden aan internationale verplichtingen die volgen uit verdragen waar zij partij bij zijn en aan het internationaal gewoonterecht. Maatregelen als onderdeel van migratiemanagement zoals grensbewaking en bestrijding mensensmokkel dienen legitieme doelen. Bij de uitvoering ervan moet worden voldaan aan fundamentele mensenrechten.**

## 2.1 Situatie aan de EU-buitengrenzen

### 2.1.1 Asielpraktijk in de EU-lidstaten aan de buitengrenzen

Dat de harmonisatie van EU-regelgeving, die sinds de Raad van Tampere in 1999 is ingezet, niet heeft geleid tot de indertijd zo gewenste gelijkwaardige asielsystemen van een bepaald beschermingsniveau is een breed gedeeld inzicht. Deze grote verschillen in de asielpraktijken tussen de lidstaten vormen nog altijd een struikelblok voor een effectieve en zorgvuldige werking van het EU-asiel en migratiebeleid.<sup>27</sup> In een aantal gevallen is de beschermings- en opvangsituatie echter dusdanig onder de maat gebleken dat de Europese rechter oordeelde dat er sprake was van een schending van fundamentele rechten.<sup>28</sup> Verschillende lidstaten hebben inmiddels nieuwe wetgeving aangenomen en verbeterstappen gezet, dankzij extra investeringen vanuit de EU en ondersteuning door andere lidstaten en EASO.<sup>29</sup> Echter, de problemen rondom een effectieve asielprocedure of adequate opvang blijken hardnekkig.<sup>30</sup>

De hogere aantallen asielzoekers die in de periode 2015-2016 naar de EU kwamen leidden tot (extra) druk op de lidstaten aan de buitengrenzen om aanvragen te beoordelen en opvang te regelen. Veel landen namen, vaak unilateraal, maatregelen om secundaire migratie te voorkomen: grenscontroles werden

<sup>27</sup> ACVZ, *Na woorden nu daden. Policy brief over EU Pact Migratie en Asiel*, 9 november 2020; AIV, *Het Europees asielbeleid. Twee grote akkoorden om de impasse te doorbreken*, 1 december 2020.

<sup>28</sup> Zie o.a. EHRM, *M.S.S v. Griekenland*, nr. 30969/09, 21 januari 2011; EHRM, *Tarakhel t. Zwitserland*, nr. 29/217/12, 4 november 2014.

<sup>29</sup> EASO, *Annual Report on the situation of asylum in de European Union*, 2020.

<sup>30</sup> Zie voor meer informatie de jaarlijkse AIDA landenrapporten via [www.asylumineurope.org](http://www.asylumineurope.org).



ingevoerd, hekken en muren gebouwd, opvangvoorzieningen en materiële rechten beperkt en procedures versneld.<sup>31</sup>

#### *Nationale maatregelen ter ontmoediging van secundaire migratie*

In het onderzoek van de ACVZ uit 2019 naar secundaire migratie werden maatregelen op de volgende gebieden onderscheiden:

- communicatie
- grenscontroles en mobiel toezicht op migranten
- identificatie en registratie van asielzoekers
- inrichting van de asielprocedure
- toegang tot en niveau van opvang en bijbehorende voorzieningen
- het geboden verblijfsrecht en
- maatregelen op het gebied van of gerelateerd aan het terugkeerbeleid.

De meeste respondenten in dit onderzoek beschouwden maatregelen gericht op het verminderen van asiel gerelateerde migratie in algemene zin de beste remedie om secundaire migratie van asielzoekers tegen te gaan: daar waren de meeste maatregelen dan ook op gericht.<sup>32</sup>

Sommige Europese landen sloten (gezamenlijk) de grenzen, zoals op de zogenoemde Balkanroute, andere zetten ze open voor doorreis naar andere lidstaten zoals Duitsland. Op Europees niveau kwamen er ook nieuwe maatregelen, waaronder de inrichting van hotspotprocedures in Italië en Griekenland.<sup>33</sup> Deze maatregel moest zowel leiden tot snellere en uniforme identificatie van degenen die recht op bescherming zouden hebben, als handen en voeten geven aan intra-EU solidariteit via het daaraan gekoppelde relocatiemechanisme.

#### *Hotspots*

In 2015 werden deze procedures op initiatief van de Europese Commissie voor Italië en Griekenland ingericht, om te kunnen omgaan met substantieel hogere aantallen aankomsten. In deze procedures zouden asielzoekers geregistreerd en geïdentificeerd worden, waarna een snelle en zorgvuldige beoordeling gemaakt kon worden van de beschermingsbehoefte (op basis van nationaliteit). Tot september 2017 fungeerde het met name als procedureel vehikel om de relocatie van Syrische en Eritrese asielzoekers vanuit Italië naar andere EU-lidstaten te realiseren. Het idee was dat degenen die niet in aanmerking kwamen voor bescherming direct zouden worden teruggestuurd. In deze setting was het de bedoeling dat EU-agentenschappen (EASO, Frontex, Europol en Eurojust) met de nationale autoriteiten zouden samenwerken. De hotspots werden gezien als ontvangst- en registratiecentra waar alle administratieve handelingen rondom de aankomst van migranten, waaronder asielzoekers, snel zouden worden afgehandeld: identificatie, opvang, asielprocedure of terugkeer.

<sup>31</sup> ACVZ, *Secundaire migratie*, november 2019, hoofdstuk 4.

<sup>32</sup> Ibid., p. 28. Overigens heeft het onderzoek geen informatie opgeleverd over de daadwerkelijke effecten en is door andere respondenten, onder meer vanuit het maatschappelijk middenveld gewezen op de averechtste effecten, zie p. 30.

<sup>33</sup> COM (2015) 240 final, mei 2015. Zie ook Raadsbesluiten 2015/1523 d.d. 14 september 2015 en 2015/1601 d.d. 22 september 2015.



Op deze vorm van grensprocedures is veel kritiek gekomen vanuit het maatschappelijk middenveld, rechtshulpverlening en (andere) experts. Deze kritiek ging zowel over de asielprocedure als over de uitvoering van de relocatie (te lage aantallen, te weinig voortgang).<sup>34</sup> En terwijl de relocatie in 2017 is stopgezet, is er (nog altijd) sprake van een gebrek aan voortgang in de asielprocedures en zijn er humanitaire tekortkomingen in de opvang op de Griekse eilanden.

*'Migrants continue to be held in detention centers composed of large barred cells crammed with bed, with poor lighting and ventilation, dilapidated and broken toilets and washrooms, insufficient personal hygiene products and cleaning materials, inadequate food and no access to outdoor daily exercise. The situation was further aggravated by extreme overcrowding in several of the facilities. In addition migrants were not provided with clear information about their situation.'*

Quote van de website van CPT (het Anti-Folter Comité van de Raad van Europa)<sup>35</sup>

In de zaak *N.D. en N.T.* bevestigt het EHRM nogmaals dat, ondanks dat in de desbetreffende zaak geen sprake zou zijn van een schending van het verbod op collectieve uitzetting, ook aan de EU-buitengrens alle migranten een daadwerkelijke en effectieve gelegenheid moeten hebben om aan te geven dat terugkeer voor hen niet veilig zou zijn, en dat lidstaten aldaar effectieve mogelijkheden moeten bieden om asiel aan te vragen.<sup>36</sup>

Ook over de uitvoering van het asiel- en migratiebeleid in de landen langs de oostelijke grenzen van de EU bestaan zorgen. Onder andere ten aanzien van de toegang tot de asielprocedure en de toepassing van grensdetentie en opvang.<sup>37</sup> In 2020 oordeelde het HvJ in meerdere zaken dat de vrijheidsontneming in de Hongaarse transitzones niet was toegestaan onder het EU-recht.<sup>38</sup> Eind 2019 vond het EHRM in de zaak *Ilias en Ahmed* het risico op indirect refoulement via Servië wel reëel, maar was het van mening dat de opvangomstandigheden (nog) niet de drempel (*'mimumum level of severity'*) van schending van artikel 3 EVRM haalden.<sup>39</sup> Recent was het EHRM een andere mening toegedaan en vond het dat

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld ECRE, *A study on the implementation of the hotspots in Italy and Greece*, december 2016; Danish Refugee Council, *Fundamental Rights and the EU Hotspot Approach*, december 2007; Fundamental Rights Agency, *Update of the 2016 Opinion on fundamental rights in the hotspot set up in Greece and Italy*, maart 2019. Zie ook COM(2015) 678 final; COM (2016) 85 final.

<sup>35</sup> Het CPT heeft verschillende rapporten gepubliceerd over de opvang- en detentiesituatie in Griekenland, zowel op de eilanden als aan de landgrens bij Evros, te vinden via [www.coe.int/en/web/cpt/greece](http://www.coe.int/en/web/cpt/greece).

<sup>36</sup> Zie supra noot 8, para. 186-187, 198, 228, 232.

<sup>37</sup> Zie supra noot 30. Zie verder ook de landenrapporten EASO.

<sup>38</sup> EU HvJ, *F.M.S. e.a. t. Hongarije*, C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, 14 mei 2020; EU HvJ, *Europese Commissie t. Hongarije*, 17 december 2020.

<sup>39</sup> Zie supra noot 8.



er sprake was van inhumane en onmenselijke omstandigheden, onder andere door de gebrekkige toegang tot voedsel en slechte voorzieningen voor kinderen.<sup>40</sup>

#### *'Uithongeren'*

Vanaf 2018 begon de Hongaarse regering met het ontzeggen van voedsel aan asielzoekers in de twee 'transitzones' aan de grens met Servië, mede ter afschrikking. In de transitzone Röszke, een met hekken afgezet stuk grond waar asielzoekers in containers hun asielprocedure doorlopen, kreeg een Afghaans echtpaar van 59 en 63, beiden diabeet, drie dagen lang geen eten. Twee Syrische broers werd tot zelfs vijf-en-een-halve dag voedsel ontzegd.<sup>41</sup>

Momenteel loopt er opnieuw een procedure tegen Hongarije bij het HvJ. De Europese Commissie is namelijk van mening dat de nieuwe Hongaarse maatregel om naar een Hongaarse ambassade te moeten gaan alvorens asiel aan te kunnen vragen in Hongarije, een inbreuk op het recht op asiel betekent.

Ook in andere lidstaten aan de oostelijke grenzen zoals Polen en Bulgarije moeten de procedure en opvang nog noodzakelijke verbeteringen ondergaan.<sup>42</sup> Hetzelfde geldt voor (potentiële) landen die in het proces van toetreding tot de EU zitten, zoals Bosnië-Herzegovina en Servië. De opvang van asielzoekers uit onder andere Syrië en Afghanistan in tenten zonder verdere voorzieningen werd afgelopen winter nog onacceptabel genoemd door de Europese Commissie.<sup>43</sup>

*Op 23 december verwoestte een brand het kamp Lipa bij de Bosnische plaats Bihać, in het noordwesten van het land. Sindsdien zitten zeker duizend migranten in koud en regenachtig weer, sommigen in tenten en anderen in hutten die ze gebouwd hebben van de afgebrande resten. Er is geen water en elektriciteit en sommige vluchtelingen overnachten in het bos, waar ze vuur kunnen stoken van sprokkelhout'.*

Quote Trouw d.d. 4 januari 2021

### **2.1.2 Bewaking van de buitengrenzen, onderscheppingen en pushbacks**

De routes naar de EU via de Middellandse Zee, vanaf Kaapverdië naar de Canarische eilanden, tot aan de overtocht van Turkije naar Griekenland, behoren

<sup>40</sup> EHRM, *R.R. e.a. t. Hongarije*, nr 36037/17, 2 maart 2021. Zie ook de noot van A. Terlouw in *ECHR Updates* d.d. 10 mei 2021 waarin de uitspraak wordt vergeleken met o.a. de zaak *Ilias en Ahmed*, zie supra noot 8.

<sup>41</sup> Zie o.a. het rapport van het Hungarian Helsinki Committee d.d. 23 april 2019 te vinden via [www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Starvation-2019.pdf](http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Starvation-2019.pdf); Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, *Report of visit to Hungary from 4 to 8 February 2019*, CommDH(2019)13, 21 mei 2019. Diverse keren beval het EHRM op grond van een voorlopige voorziening om de voedselvoorziening te hervatten, nu is er een bodemuitspraak gedaan. Ibid.

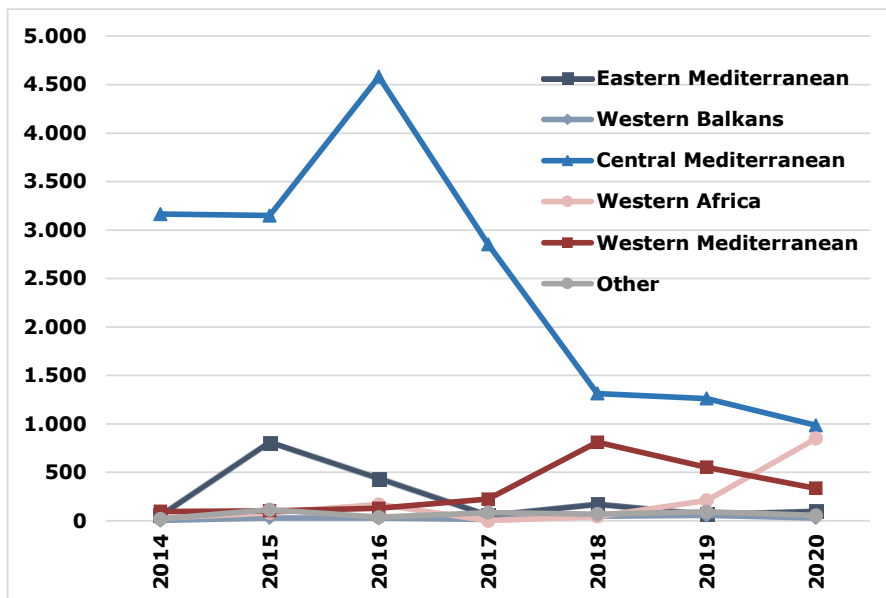
<sup>42</sup> Zie supra noot 30.

<sup>43</sup> Zie [www.ec.europa.eu/echo/news/bosnia-and-herzegovina-eu-allocates-additional-35-million-support-vulnerable-refugees-and\\_en](http://www.ec.europa.eu/echo/news/bosnia-and-herzegovina-eu-allocates-additional-35-million-support-vulnerable-refugees-and_en)



feitelijk tot de dodelijkste grensoverschrijdingen ter wereld. Al decennia komen er mensen om in hun poging de EU te bereiken.

*Figuur 1: Jaarlijks aantal vermiste en omgekomen migranten op weg naar een Europees land, 2014-2020*



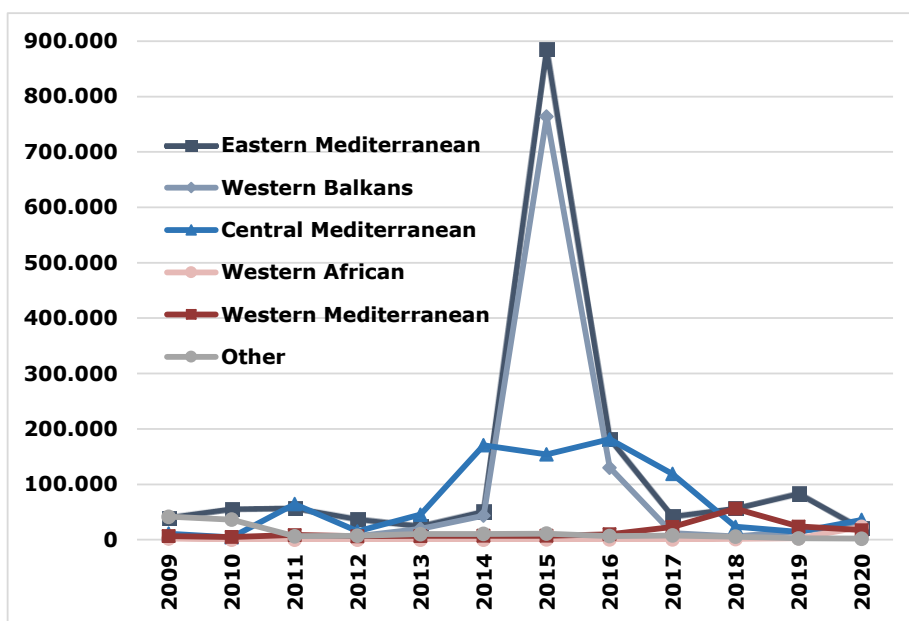
	Eastern Med.	Western Balkans	Central Med.	Western Africa	Western Med.	Other	Total
<b>2014</b>	59	4	3.165	29	96	18	<b>3.371</b>
<b>2015</b>	803	29	3.149	82	102	114	<b>4.279</b>
<b>2016</b>	434	28	4.581	169	128	37	<b>5.377</b>
<b>2017</b>	62	13	2.853	1	224	85	<b>3.238</b>
<b>2018</b>	174	47	1.314	45	811	69	<b>2.460</b>
<b>2019</b>	71	56	1.262	210	552	92	<b>2.243</b>
<b>2020</b>	104	30	984	849	335	56	<b>2.358</b>
<b>Total</b>	<b>1.707</b>	<b>207</b>	<b>17.308</b>	<b>1.385</b>	<b>2.248</b>	<b>471</b>	<b>23.326</b>

Bron: [IOM databestand](#), bewerking ACVZ

Desondanks blijven mensen proberen om Europa binnen te komen, niet alleen over zee maar ook over land, en vaak zonder voorafgaande toestemming dan wel inreisdocumenten ('irregulier').



Figuur 2: Jaarlijks aantal irreguliere binnenkomsten van migranten in de EU naar route, 2009-2020



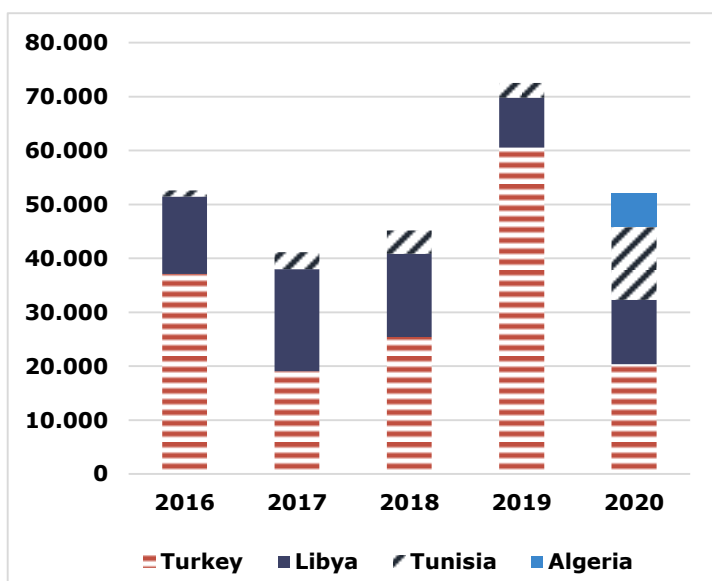
	Eastern Med.	Western Balkans	Central Med.	Western African	Western Med.	Other	Total
<b>2009</b>	39.973	2.995	11.043	2.244	6.642	41.606	<b>104.503</b>
<b>2010</b>	55.688	2.302	4.450	196	5.003	36.352	<b>103.991</b>
<b>2011</b>	57.025	4.596	64.261	340	8.448	6.319	<b>140.989</b>
<b>2012</b>	37.224	6.336	15.151	174	6.397	7.100	<b>72.382</b>
<b>2013</b>	24.798	19.926	45.298	283	6.838	10.196	<b>107.339</b>
<b>2014</b>	50.834	43.355	170.664	276	7.183	10.561	<b>282.873</b>
<b>2015</b>	885.386	764.033	153.946	874	7.004	10.859	<b>1.822.102</b>
<b>2016</b>	182.277	130.261	181.376	671	9.990	6.472	<b>511.047</b>
<b>2017</b>	42.319	12.179	118.962	421	23.063	7.710	<b>204.654</b>
<b>2018</b>	56.560	5.844	23.485	1.323	56.245	5.579	<b>149.036</b>
<b>2019</b>	83.333	15.127	14.003	2.718	23.969	2.591	<b>141.741</b>
<b>2020</b>	20.280	26.918	35.673	23.029	17.228	1.982	<b>125.110</b>

Bron: [Frontex databestand](#), bewerking ACVZ

Dit heeft te maken met het feit dat reguliere mogelijkheden voor migratie naar de EU zeer beperkt zijn, en irreguliere migratie door migranten vaak als enige mogelijkheid wordt gezien.



Figuur 3. Jaarlijks aantal onderschepte migranten op de Middellandse Zee op weg naar Europa door derde landen, 2016-2020



	Algeria	Tunisia	Libya	Turkey	Total
<b>2016</b>		1.105	14.332	37.130	<b>52.567</b>
<b>2017</b>		3.178	18.900	19.084	<b>41.114</b>
<b>2018</b>		4.359	15.428	25.398	<b>45.185</b>
<b>2019</b>		2.780	9.225	60.543	<b>72.548</b>
<b>2020</b>	6.300	13.466	11.891	20.380	<b>52.037</b>
<b>Total</b>	<b>6.300</b>	<b>24.888</b>	<b>69.776</b>	<b>162.535</b>	<b>263.451</b>

Bron: [IOM databestand](#), bewerking ACVZ

Mensensmokkelaars hebben hun businessmodel hierop ingericht. Onderzoek wijst uit dat hoe ingewikkelder de reis wordt (ten gevolge van verscherpte grensbewaking), hoe hoger de kosten en hoe groter de risico's.<sup>44</sup>

Bewaking van de EU-buitengrenzen en de aanpak van mensensmokkel, die vaak de vorm aanneemt van georganiseerde criminaliteit, zijn legitieme doelen. Maar de uitvoering van maatregelen om deze doelen te bereiken moet voldoen aan internationale standaarden.

Op grond van het internationale maritieme recht hebben schepen de verplichting om levens van mensen in nood te redden en hen naar de dichtstbijzijnde veilige

<sup>44</sup> Zie o.a. Universiteit Maastricht e.a., *Decision Making on the Balkanroute and the EU-Turkiet Statement*, in opdracht van het WODC, september 2019; J. Claes, *Towards Mutually Beneficial EU-West African Migration Cooperation*, Clingendael, 30 november 2020; F. Molenaar, *Conflict-Sensitive and Humane Migration Management in the Sahel*, Clingendael, 18 december 2018.

haven te brengen.<sup>45</sup> Na de scheepsramp bij Lampedusa in 2013 waarbij zeker 366 mensen omkwamen, startte Italië met de reddingsoperatie Mare Nostrum. Na een jaar werd deze vervangen door de EU Operatie Triton, waarbij veel minder schepen waren betrokken, en die een beperkter deel van de Middellandse Zee bestreek.<sup>46</sup>

Omdat het aantal verdrinkingen weer toenam, zijn organisaties zoals Artsen zonder Grenzen, Save the Children, SOS Med en Seawatch met eigen boten reddingsacties (Search and Rescue, verder SAR) op touw gaan zetten. Deze ontwikkelingen leiden tot een beleidsdilemma dat tot op heden voortduurt. Er zijn EU-lidstaten die van mening zijn dat de inzet van de ngo-schepen het businessmodel van mensensmokkelaars in stand houdt of zelfs ondersteunt. Het zou hen juist stimuleren om zoveel mogelijk migranten de zee op te sturen omdat ze toch wel gered worden, en de ngo-schepen niet geneigd zijn om te ontschepen in Noord-Afrikaanse landen. Door sommige politici is de SAR-inzet door ngo's ook wel een 'taxi-service' genoemd.

Betrokken organisaties zijn juist van mening dat de mensensmokkel het gevolg is van het restrictieve EU-toelatingsbeleid doordat voldoende reguliere wegen om naar de EU te migreren ontbreken. Zij springen vervolgens in waar de EU tekortschiet en stellen dat de humanitaire plicht om levens te redden boven al het andere gaat. Diverse lidstaten leggen inmiddels sancties op aan organisaties via administratieve maatregelen (zoals het aan de ketting leggen van schepen door vlaggenstaten)<sup>47</sup> of strafrechtelijke vervolging wegens deelname aan mensensmokkel.<sup>48</sup>

Deze aanvliegroute leidt echter niet tot een oplossing voor de situatie op zee en het vraagstuk van ontscheping. Bij de presentatie van de nieuwe voorstellen onder het EU Pact Migratie en Asiel benadrukte de Europese Commissie de humanitaire plicht om levens te redden en bood richtsnoeren voor de uitvoering van EU-regels over hulpverlening bij irreguliere binnenkomst, doortocht en verblijf en over hoe strafbaarstelling van humanitaire actoren kan worden voorkomen.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> VN Zeerechtverdrag (UNCLOS) en het internationale verdrag voor de veiligheid van mensenlevens op zee (SOLAS). Maar ook op basis van artikel 2 EVRM (recht op leven en de corresponderende plicht om te handelen als iemands leven in gevaar is). Zie ook para. 3.1.1.

<sup>46</sup> Andere opvolgende gezamenlijke operaties betreffen EUNAVFOR MED Sophia en door Frontex gecoördineerde operaties zoals Themis, Poseidon en Indalo.

<sup>47</sup> Zoals bijvoorbeeld gebeurd is met het schip van Seawatch dat onder Nederlandse vlag voer.

<sup>48</sup> De Italiaanse autoriteiten startten een strafrechtelijke procedure tegen de Duitse kapitein van Seawatch 3, Carola Rackete in juni 2019. In januari 2020 verwierp het Italiaanse Hof definitief het beroep tegen de vrijlating van Rackete en stelde dat ze had gehandeld uit nood van vanuit de plicht mensen te redden.

<sup>49</sup> Zie COM (2020) 609 final, 23 september 2020, para 4.3 en 5, en meer specifiek van EC Aanbeveling (EU) 2020/1365 betreffende samenwerking tussen lidstaten met betrekking tot operaties die worden uitgevoerd door vaartuigen die eigendom zijn van of geëxploiteerd worden door particuliere entiteiten met het oog op opsporings- en reddingsactiviteiten, 23 september 2020. Zie voor een nadere analyse van de SAR-voorstellen van de Europese Commissie: V. Moreno-Law, 'A new common European approach to Search and Rescue? Entrenching Proactive Containment,' 3 februari 2021 via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu).

Binnen SAR-operaties en ontschepping spitst de discussie zich vaak toe op de vraag wat de dichtstbijzijnde *veilige* haven is. Het non-refoulementbeginsel is ook hierbij de ondergrens van het toetsingskader over een veilige ontschepping.<sup>50</sup>

In 2021 heeft het journalistieke platform Lighthouse, in samenwerking met Trouw, Der Spiegel, ARD en Libération, onderzoeksresultaten gepubliceerd over *pull-backs*.<sup>51</sup> Hierin wordt gesteld dat de Libische kustwacht, gesteund en getraind door de EU, boten met migranten onderschept en terugbrengt naar Libische havens alwaar ze worden gedetineerd. Deze onderscheppingen zouden plaatsvinden op basis van surveillance-informatie van Frontex-vliegtuigen. Uit de vele rapporten en talrijke nieuwsberichten die over de Libische detentiecentra zijn gepubliceerd volgt dat sprake is van een reëel risico op blootstelling aan marteling, verkrachting en andere inhumane behandeling. Door Lighthouse wordt gesproken over een intern EU-document waaruit zou blijken dat in 2019 bijna 12.000 migranten op deze wijze teruggebracht zijn naar Libië.

#### *Rampochtend op zee*<sup>52</sup>

Op 6 november 2017 maakt een rubberboot met 150 migranten water. De boot is niet lang daarvoor midden in de nacht vertrokken uit Tripoli. Er wordt een noodsignaal uitgestuurd naar de Italiaanse kustwacht. Het ngo-reddingsschip Sea Watch 3 ontvangt een noodsignaal van de Italianen en zet koers in de richting van de boot. Intussen is deze lek geslagen; mensen belanden in het water. Een Portugees vliegtuig dat in de buurt is gooit reddingmateriaal uit. Desondanks verdrinkt er direct al een twintigtal mensen. Italië heeft inmiddels de hulp van het Libische kustwachtschip Ras Jadir ingeroepen. Als deze bij de zinkende boot aankomt, wil zij de operatie van Sea Watch overnemen. De ngo weigert dit en gaat door met de reddingsactie. De Libische kustwacht trekt vervolgens de lekke boot naar het schip toe om de overblijvende migranten van boord te halen. Uit angst en wanhoop springen er mensen in het water en proberen de Sea Watch bootjes te bereiken. Vele pogingen mislukken en uitgestrekte handen verdwijnen onder water.

De Libische kustwacht handelt dreigend en intimiderend waardoor Sea Watch hun inzet moet staken. Op de Ras Jadir worden de migranten ondertussen met een touw vastgebonden en geslagen. Dan varen ze op hoog tempo terug naar Libië. Ondertussen proberen migranten alsnog het schip te ontvluchten. Via de radio wordt de Libische kustwacht herhaaldelijk gevraagd om te stoppen omdat er mensen het risico lopen overvaren te worden of geraakt te worden door de motoren. Maar de Ras Jadir vaart

<sup>50</sup> Het vraagstuk van veiligheid vormt op alle fronten de basis van het vluchtelingenrecht (vervolgung, non-refoulement) en vormt ook de kaders van migratiesamenwerking (veilige landen concepten). Een voorbeeld naar aanleiding van de EU-Turkije Verklaring is de vraag die veelvuldig bij de (Griekse) rechter aan de orde is gesteld, namelijk of Turkije wel voldoet aan de criteria voor 'veilig derde land'. Zie over het vraagstuk van veilige landen van herkomst ACVZ, *Op zoek naar veilige( r) landen*, 5 februari 2018.

<sup>51</sup> Trouw, 'De EU helpt de Libische kustwacht vluchtelingen te onderscheppen en schendt dus het internationale recht' d.d. 29 april 2021. Zie ook Lighthouse Reports, [www.lighthousereports.nl/investigations/frontex-in-the-central-mediterranean/](http://www.lighthousereports.nl/investigations/frontex-in-the-central-mediterranean/). Voor een juridische analyse zie ook A. Pijnenburg, 'From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0. in the making in Strasbourg?', in: *European Journal of Migration and Law*, nr 20-2018, p. 396-426.

<sup>52</sup> Deze tekst is gebaseerd op de reconstructie die T. Lingsma voor de Groene Amsterdammer heeft gemaakt: 'Noodsignaal op zee. De juridische strijd tegen Fort Europa' nr. 32, 7 augustus 2019. De Sea-Watch 3 heeft via een aantal breedbeeldcamera's de situatie vastgelegd. Ook heeft Forensic Architecture een videoreconstructie gemaakt op basis van deze beelden, radioverkeer, getuigenissen en documenten.

door. Uiteindelijk zijn volgens de berichten 59 migranten aan boord van de Sea Watch opgenomen, 20 mensen zijn verdronken en 47 migranten zijn teruggebracht naar Libië. Latere getuigenissen van deze overlevenden via ngo's verhalen over erbarmelijke detentieomstandigheden in het detentiecentrum van Tajura, bij Tripoli. Enkelen zijn vrijgelaten en teruggekeerd, anderen zijn vanuit het detentiecentrum doorverkocht aan mensenhandelaren en gemarteld om zo geld te krijgen van familieleden.

Over de samenwerking tussen de Italiaanse en Libische kustwacht, en de verantwoordelijkheid van Italië voor de gebeurtenissen wordt momenteel geprocedeerd bij het EHRM (de zaak *S.S .e.a. tegen Italië*).<sup>53</sup>

*Pushbacks*<sup>54</sup> zijn in strijd met het Unierecht en internationale standaarden.<sup>55</sup> Toch zijn er veel signalen over pushbackpraktijken aan de EU-grenzen.<sup>56</sup> In 2021 publiceerde The Guardian een onderzoek waarin zij stelde dat er in totaal meer dan 40.000 migranten zouden zijn 'teruggeduwd' en dat er zeker 2.000 van hen zijn omgekomen.<sup>57</sup>

#### *Voorbeeld uit het onderzoek van The Guardian*

In juni 2020 houdt een Roemeens Frontex-schip bij Lesbos een overvol bootje met 47 asielzoekers tegen. In plaats van de migranten aan boord te helpen en ze te vragen of ze asiel willen aanvragen, laat de bemanning met handgebaren weten dat ze rechtsomkeert moeten maken. Als dat niet gebeurt, trekt het Frontex-schip opzettelijk met hoge snelheid op waardoor hekgolven ontstaan en het migrantenbootje stuurloos raakt. Even later komt een schip van de Griekse kustwacht aanvaren dat het bootje terugdrijft richting Turkse wateren.<sup>58</sup>

UNHCR spreekt over de waarneming van 'enkele honderden zaken' waarin pushbacks hebben plaatsgevonden door de Griekse autoriteiten. Zo rapporteert de VN-organisatie dat in februari 2021 een groep van dertien asielzoekers die aankwamen op Lesbos direct weer door 'hooded men' de zee in werden getrokken en zonder hulpmiddelen werden achtergelaten.<sup>59</sup> De *Frontex Scrutiny Working Group* van het Europees Parlement wijst in haar recente rapport (working document) op een groot aantal bronnen waarin onder andere pushbacksituaties zijn gedocumenteerd.<sup>60</sup>

<sup>53</sup> Zie hierover uitgebreid A. Pijnenburg, supra noot 51.

<sup>54</sup> Zie de definitie in paragraaf 1.1. van deze notitie.

<sup>55</sup> Zie ook de zaak *Hirsi Jamaa t. Italie*, supra noot 7.

<sup>56</sup> Zie eerder paragraaf 1.1.

<sup>57</sup> Te vinden via [www.theguardian.com/global-development/2021/may/05/revealed-2000-refugee-deaths-linked-to-eu-pushbacks](https://www.theguardian.com/global-development/2021/may/05/revealed-2000-refugee-deaths-linked-to-eu-pushbacks). Zie ook de brief aan de Tweede Kamer d.d. 2 juli 2021 in reactie op dit rapport.

<sup>58</sup> Naar dit voorbeeld wordt gewezen in het Volkskrant interview met Tineke Strik d.d. 15 juli 2021.

<sup>59</sup> UNHCR, Greece Highlights, mei 2021. Zie ook [www.infomigrants.net/en/post/31174/unhcr-reprimands-greece-over-more-reports-of-pushbacks-at-sea](https://www.infomigrants.net/en/post/31174/unhcr-reprimands-greece-over-more-reports-of-pushbacks-at-sea).

<sup>60</sup> Frontex Scrutiny Working Group, EP Libe Committee, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged human rights violations (working document)*, 14 juli 2021, onder sub A.

Pushbacks en collectieve uitzettingen vinden overigens niet alleen via zee, maar ook bij de landsgrenzen plaats. Zo betrof de zaak *M.K. tegen Polen* dertien Tsjetsjeense Russen, waaronder gezinnen met kinderen, die in 2016-2017 vanuit Wit-Rusland naar Polen wilden reizen.<sup>61</sup> Herhaaldelijk probeerden zij bij de grensovergang Terespol asiel aan te vragen bij de Poolse grenswacht. De Poolse autoriteiten stuurden hen keer op keer weg met een administratieve beslissing dat zij terug moesten naar Belarus omdat ze geen toestemming hadden om Polen binnen te komen en dat ze geen asiel hadden aangevraagd. Dit terwijl ze dit (gedocumenteerd) wel hadden gedaan, en terwijl ze de rechtshulpverleners die de asielzoekers hadden ingeschakeld niet te zien of te spreken kregen. Volgens het EHRM schond Polen hiermee zowel artikel 3 EVRM als het verbod op collectieve uitzettingen (artikel 4 van EVRM Protocol nr. 4) omdat zij ten onrechte direct waren teruggestuurd zonder voldoende geïndividualiseerde mogelijkheid om te laten zien dat zij in Belarus het gevaar liepen te worden teruggestuurd naar Rusland.<sup>62</sup> Zeer recent zijn er in het grensgebied de lichamen van enkele migranten gevonden. Naar de toedracht wordt nog onderzoek gedaan.<sup>63</sup>

Over pushbackpraktijken in de regio rond de Griekse grensrivier de Evros zijn ook meerdere rapporten gepubliceerd. Onlangs is nog een Nederlandse televisieploeg die daar een reportage maakte kortstondig gedetineerd.<sup>64</sup>

#### *Rapport Amnesty International Greece: Violence, lies and pushback*<sup>65</sup>

In dit rapport tekende Amnesty getuigenissen op van mensen die gewelddadig behandeld waren of dit hadden gezien bij anderen. De daders waren volgens hen Grieken in overheidsfunctie (met uniform), maar ook mannen in burgerkleding. Er werd fysiek geweld gebruikt met stokken of knuppels, trappen en duwen. Ook werd er verteld over vernederende foullering, soms in bijzijn van vrouw en kinderen.

Een Syrische man vertelt hoe mannen in het zwart met bivakmutsen zijn groep terugbrachten naar de Evros. Iemand die probeerde weg te rennen werd zo hard op zijn rug geslagen dat hij helemaal niets meer kon bewegen. Een ander vertelt in het rapport dat een man die uitriep niet te kunnen zwemmen het water in werd geduwd. Hij werd meegesleurd en niet meer gezien.

<sup>61</sup> Zie supra noot 8.

<sup>62</sup> Zie voor een analyse van deze zaak in vergelijking met de zaak *N.D en N.T. t. Spanje*: U. Brandl, 'A human right to seek refuge at Europe's external borders: The ECtHR adjusts its case law in M.K. versus Poland,' 11 september 2020, via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu).

<sup>63</sup> [www.nos.nl/artikel/2398487-dode-migranten-gevonden-in-grensgebied-polen-wit-rusland](http://www.nos.nl/artikel/2398487-dode-migranten-gevonden-in-grensgebied-polen-wit-rusland)

<sup>64</sup> [www.nos.nl/artikel/2382822-griekse-politie-verhindert-dat-nederlandse-filmploeg-pushback-filmt](http://www.nos.nl/artikel/2382822-griekse-politie-verhindert-dat-nederlandse-filmploeg-pushback-filmt).

<sup>65</sup> Het onderzoek focust op de regio rond de Evros-rivier op de grens met Turkije tussen maart en december 2020. Het rapport doet verslag van gesprekken met zestien verschillende mensen die 21 pushbacks meemaakten. In totaal zouden naar schatting duizend mensen slachtoffer zijn geworden van deze illegale uitzettingen, soms uitgevoerd vanuit onofficiële detentielocaties. Ook werden mensen illegaal uitgezet die al langere tijd in Griekenland verbleven. Onder hen zijn een erkende vluchteling en een asielzoeker wiens procedure nog liep.

De pushbacks vinden niet alleen plaats in grensgebieden. Mensen worden ook tot ver op het Griekse vasteland opgepakt en vastgehouden om vervolgens via de Evros rivier illegaal te worden teruggestuurd zonder dat zij een procedure hadden gehad of een rechter hebben gezien. Soortgelijke verhalen zijn bekend uit de Balkanregio. Zo zijn er verschillende berichten over gewelddadige pushbacks van asielzoekers naar zowel Bosnië-Herzegovina als Servië.<sup>66</sup>

Kort gezegd, de signalen en publicaties wijzen op het risico dat bij de uitvoering van onderdelen van het EU-asiel- en migratiebeleid fundamentele rechten worden geschonden. Naast problemen rondom de nationale asielopvang en -procedures in lidstaten, zijn pushbacks onderdeel van de uitvoeringspraktijk aan de buitengrenzen. Toegangsweigerings gaat in meer dan incidentele gevallen gepaard met geweld. Fundamentele rechten als het recht op leven, recht op menselijke waardigheid, het verbod op refoulement en op collectieve uitzetting, het recht gevrijwaard te blijven van inhumane en onmenselijke behandeling en het recht op vrijheid van beweging komen hierbij in het geding. Inbreuken op deze rechten met een beroep op een crisissituatie (door hoge aantallen)<sup>67</sup> of om veiligheidsoverwegingen (vrees voor terrorisme) zijn niet of slechts beperkt gerechtvaardigd gezien het absolute karakter ervan.<sup>68</sup>

## 2.2. Verschuivingen: externalisering en informalisering

Migratiemanagement wordt ook voor een belangrijk deel *buiten* de EU uitgevoerd. Om te voorkomen dat migranten ongecontroleerd toegang krijgen tot de EU wordt ingezet op grensbeheer vanuit landen buiten de EU. Daarbij wordt onder andere gebruik gemaakt van verschillende instrumenten zoals visabeleid;<sup>69</sup> plaatsing van *immigration liaison offers* (ILO's) die reisbewegingen en documenten controleren op buitenlandse luchthavens; en *carrier sanctions*.<sup>70</sup> In steeds toenemende mate investeert de EU in partnerschappen met transit- en herkomstlanden waarin grensbeheer en -bewaking een belangrijke rol spelen.<sup>71</sup>

Migratie is een grensoverschrijdend vraagstuk: samenwerking tussen staten (herkomst-, transit-, en bestemmingslanden) in de omgang met migratie is nodig en nuttig.<sup>72</sup> Migratie- en mobiliteitspartnerschappen vormen daarmee ook een cruciaal onderdeel van het EU asiel- en migratiebeleid, in lijn met de afspraken uit

<sup>66</sup> Zie voor een overzicht van berichtgeving Refugee Rights Europe, *Pushbacks and rights violations at Europe's borders. State of play in 2020*, p. 39 e.v.

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld UNHCR d.d. 2 maart 2020 via <https://www.unhcr.org/news/press/2020/3/5e5d08ad4/unhcr-statement-situation-turkey-eu-border.html>; Fundamental Rights Agency, *Migration: Fundamental Rights Issues at Land Borders*, november 2020, p. 21.

<sup>68</sup> EU HvJ, *Europese Commissie t. Polen, Hongarije en Tsjechië* (C-715/17, C-718/17 and C-719/17), 2 april 2020, para. 144-147. Zie hierover ook R. Continovis, *Pushbacks and lack of accountability at the Greek-Turkish borders*, CEPS Paper 2021-01, februari 2021, p. 14.

<sup>69</sup> Hiermee wordt bedoeld de verplichte voorafgaande toestemming om naar de EU te reizen.

<sup>70</sup> Dit ziet op verplichtingen opleggen aan vervoerders zoals vliegtuigmaatschappijen om migranten zonder de juiste reisdocumenten niet mee te nemen, en indien ze dat wel doen dit te sanctioneren. Zie ook ACVZ Beleidsadvies, *Vervoerdersverplichtingen*, 31 januari 2020.

<sup>71</sup> COM (2020) 609 final, 23 september 2020.

<sup>72</sup> Zie ACVZ en AIV supra noot 27.



de Global Compacts. Migratiesamenwerking moet echter wel voldoen aan bepaalde randvoorwaarden. Zo dienen de partnerschappen fundamentele rechten, waaronder effectieve rechtsbescherming, te waarborgen. Er moet sprake zijn van wederkerigheid en gelijkwaardigheid tussen betrokken partijen en alle partijen moeten kunnen worden aangesproken op gevolgen van hun handelen.<sup>73</sup>

In de praktijk worden samenwerkingsafspraken vervat in politieke overeenkomsten en informele partnerschappen.<sup>74</sup> De nadruk ligt vaak op de praktische uitvoering en doorgaans wordt alleen in algemene termen gesproken over juridische verplichtingen en standaarden. Dit betekent overigens niet dat de uitvoering van informele overeenkomsten geen juridische gevolgen kan hebben, maar het maakt het kader wel minder eenduidig.<sup>75</sup> Een informeel of niet-bindend karakter van een overeenkomst maakt het politiek gezien makkelijker om überhaupt overeenkomsten te sluiten, maar heeft ook een schaduwzijde. De partnerschappen omvatten vaak grote en tegengestelde belangen.<sup>76</sup> De afspraken hebben een grote impact op de rechten van individuele migranten,<sup>77</sup> op het lokaal bestuur en gemeenschappen in de landen buiten de EU en de mobiliteit en economische activiteit in deze regio's. Door deze impact en een gebrek aan gedeeld (ervaren) transparantie en medezeggenschap, kunnen dit soort partnerschappen negatieve gevolgen hebben voor de relatie en het vertrouwen tussen deze actoren en de EU, internationale organisaties, ngo's en de eigen overheid. Er is een risico dat de effectiviteit van de partnerschappen hiermee onder druk komt te staan.<sup>78</sup> Ook is er vaak veel (ontwikkelings)geld mee gemoeid.<sup>79</sup> Er is echter veel minder en gefragmenteerder juridische en democratische controle op vorm, inhoud en uitvoering van deze meer informele afspraken.<sup>80</sup>

Een bekend voorbeeld is de EU-Turkije Verklaring die in feite bestaat uit een (pers)tekst op de website van de Europese Raad.<sup>81</sup> Zo'n overeenkomst is lastig aan te vechten bij de Europese rechter. Dit is geprobeerd maar het Hof van Justitie

<sup>73</sup> Zie o.a. ACVZ, Strategische Landenbenadering Migratie, 25 juni 2015; ACVZ supra noot 27; Clingendael supra noot 44.

<sup>74</sup> A. Ott, 'The "Contamination" of EU Law by Informalization?: International Arrangements in EU Migration Law,' via <https://verfassungsblog.de/the-contamination-of-eu-law-by-informalization/>, 29 september 2020.

<sup>75</sup> N.F. Tan en J. Vedsted-Hansen, *Inventory and Typology of EU arrangements with third countries. Instruments and Actors*, ASILE project, januari 2021.

<sup>76</sup> Zie AIV noot 27.

<sup>77</sup> Zie bijvoorbeeld het initiatiefrapport van de subcommissie mensenrechten van het Europees Parlement te vinden via <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210318IPR00301/eu-migration-policy-better-protection-against-human-rights-violations>. Zie ook College voor de Rechten van de Mens en Commissie Meijers, *Human act or devil's pact, Human rights aspects of migration agreements between EU and third countries*, 18 mei 2017.

<sup>78</sup> J. Claes, supra noot 44.

<sup>79</sup> T. Raty en R. Shilhav, *The EU Trust Fund for Africa: Trapped between aid policy and migration politics*, Oxfam policy paper, 30 januari 2020.

<sup>80</sup> S. Carrera, L. den Hertog en M. Stefan, 'The EU-Turkey deal: reversing 'Lisbonisation' in EU migration and asylum policies,' in S. Carrera, J. Santos Vara en T. Strik (red), *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis. Legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, 2019.

<sup>81</sup> EU-Turkije Verklaring, 18 maart 2016, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>. Zie over de juridische status M. den Heijer en H. Battjes, *Is de EU-Turkije deal een verdrag?*, 9 april 2016, via <https://verblijfblog.nl/is-de-eu-turkije-deal-een-verdrag/>

besloot dat zij niet bevoegd was om de legitimiteit van de Verklaring te beoordelen, omdat het volgens het Hof een handeling betrof van lidstaten en niet van de EU.<sup>82</sup>

### 2.3. Voorstel EU Pact Migratie en Asiel

In september 2020 presenteerde de Europese Commissie het EU-Pact Migratie en Asiel, met nieuwe voorstellen voor de verdere ontwikkeling van het EU-asiel- en migratiebeleid.<sup>83</sup> Net als bij eerdere meerjarige EU-migratieagenda's komt de wens van de EU-lidstaten om meer 'grip' te krijgen op migratie naar Europa en om migratie te managen en te beheren duidelijk naar voren, evenals een sterke focus op de externe dimensie. Tegelijkertijd benadrukt de Commissie expliciet het belang van juridische waarborgen, solidariteit en verantwoordelijkheid bij de uitwerking ervan.<sup>84</sup>

De eerste analyses wijzen echter op het risico dat de wetgevende voorstellen, zoals bijvoorbeeld het opzetten van pre-screening en asiel- en terugkeerprocedures aan de buitengrenzen, in de huidige vorm in conflict komen met fundamentele rechten. Er zijn vaak zeer korte termijnen voor besluitvorming en beperkingen voor het instellen van rechtsmiddelen, waardoor de zorgvuldigheid en effectiviteit van de procedure in het geding is. Detentie is vaak geen ultimum remedium, maar eerder een standaard, met mogelijkheden tot verlenging van de beslistermijn. Er wordt zelden voorzien in een systeem om bij de toepassing van de grensprocedure kwetsbare groepen te identificeren en uit te zonderen van detentie.<sup>85</sup>

Geïstitutionaliseerde monitoring van de uitvoering van EU-beleid blijft vooralsnog beperkt.<sup>86</sup> Ondertussen worden de mandaten van de EU-agentschappen, die (mede) praktische uitvoering geven aan het beleid, uitgebreid. Het voorstel om EASO om te zetten in een EU-asielagentschap is 'losgetrokken' van de overige onderhandelingen. In zomer 2021 is er overeenstemming,<sup>87</sup> en inmiddels is het Agentschap van start gegaan. Ten aanzien van de ontwikkeling van Frontex wordt nog altijd voorzien in een Europese Grens- en Kustwacht met een capaciteit van 10.000 grensmedewerkers, en het agentschap zal ook (terugkeer) activiteiten gaan ontplooiën op grondgebied buiten de EU.<sup>88</sup> De uitbreiding van de mandaten van de agentschappen kan directe gevolgen hebben voor individuele migranten.

<sup>82</sup> EU HvJ, *NF t. Europese Raad* T-192/16; *NG t. Europese Raad en T193/16*; *NM t. Europese Raad* T257/16, 28 februari 2017, r.o. 73. Vergelijk ook de EVRM jurisprudentie over het Europees Arrestatiebevel.

<sup>83</sup> Deze voorstellen zijn overigens gedaan zonder voorafgaande evaluaties of impact assessment van eerdere wetgeving en/of beleidsmaatregelen.

<sup>84</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1706](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706)

<sup>85</sup> Zie supra noot 27; M. Wijnkoop, 'Begrensdde mogelijkheden. Het EU Pact Migratie en Asiel en het voorstel over grensprocedures nader bezien,' in: *JNVR*, maart 2021, nr. 1, p. 37-49.

<sup>86</sup> Zo is in het Pact bijvoorbeeld alleen voorzien in een monitoringsmechanisme voor de pre-screeningprocedure, en niet van de grensprocedure. Zie COM(2020) 611 en 612. Zie ook het commentaar en aanbevelingen van o.a. ECRE, *Joint Statement: The Pact on Asylum and Migration*, 6 oktober 2020.

<sup>87</sup> COM(2016) 271 final, 4 mei 2016. Zie het persbericht van de Europese Commissie d.d. 29 juni 2021.

<sup>88</sup> EU Grens- en kustwacht Verordening 2019/1896, 13 november 2019.

Vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming is het daarom van belang dat in de operationalisering van het EU-beleid helder en inzichtelijk is wie waar verantwoordelijk voor is, en dat er een effectieve rechtsgang openstaat.

Voor het overige is er nog altijd sprake van een politieke impasse rondom het wetgevingsproces en heeft het Pact de onderliggende conflicterende belangen tussen de EU lidstaten (nog) meer inzichtelijk gemaakt.<sup>89</sup> Naar verwachting zullen de onderhandelingen dan ook nog geruime tijd in beslag nemen.

---

<sup>89</sup> Zie ook AIV supra noot 27. Zie voor een recent verslag van de voortgang in de JBZ-raad: Kamerstukken II, 32317, nr. 723.



## Hoofdstuk 3

# Juridisch kader

**In dit hoofdstuk gaat het in vogelvlucht over de relevante mensenrechtelijke verplichtingen van staten bij het uitvoeren van EU grensbewaking, en hun werkingssfeer of reikwijdte. Ook wordt er nader ingegaan op de rechten en plichten van de EU als internationale organisatie. Tot slot schetsen we de contouren van het leerstuk van aansprakelijkheid van staten en internationale organisaties.**

### 3.1 Start Verdragsverplichtingen<sup>90</sup>

Staten hebben met elkaar afspraken gemaakt ter bescherming van mensenrechten. Met name binnen de mondiale samenwerking in VN verband zijn sinds halverwege de vorige eeuw diverse mensenrechtenverdragen tot stand gebracht. Ook op regionaal niveau, binnen de Europese Unie en de Raad van Europa, zijn verdragsverplichtingen overeengekomen die relevant zijn in de context van grensbewaking. Deze paragraaf gaat daarnaast kort in op de reikwijdte van deze verplichtingen: op wie zijn ze van toepassing?

#### 3.1.1 Internationaal recht

De gezaghebbende, maar niet juridisch bindende Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948, vormt de basis voor de hedendaagse internationale mensenrechtenkader, inclusief de 'klassieke' grondrechten als recht op leven, vrijheid van beweging, vrijwaring van marteling en van onmenselijke behandeling, het recht op rechtsbescherming en een eerlijk proces. Maar ook het recht om asiel te vragen en te genieten (artikel 14) en het recht om het land te verlaten (artikel 'right to leave') staan hierin vermeld. Het Vluchtelingenverdrag van 1951 ziet specifiek op vluchtelingenbescherming. Kern van het verdrag is het verbod op refoulement (artikel 33). Kort gezegd: niemand mag worden teruggestuurd naar een situatie waarin hij of zij gevaar loopt. Dit recht op bescherming tegen refoulement is ook impliciet en expliciet neergelegd in het Internationale Verdrag inzake Burgerlijk en Politieke Rechten (artikel 7) en het Anti-Folterverdrag (artikel 3), en heeft zich binnen de internationale rechtsorde ontwikkeld tot een

<sup>90</sup> Deze kaders zijn (mede) gestoeld op internationale standaarden uit o.a. VN-mensenrechtenverdragen en het internationale gewoonterecht. Verder hebben zij (in)directe doorwerking in de nationale rechtsorde. Mensenrechtennormen liggen ook besloten in het Nederlandse recht. Een overtreding hiervan is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen (artikel 6:162 BW). Zie ook de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Mothers of Srebrenica*, supra noot 25.



gewoonterechtelijk principe.<sup>91</sup> Daarnaast omvatten deze en andere internationale verdragen ook andere relevante mensenrechten in relatie tot grensbewaking en push- en pullbacks, zoals hierboven benoemd.

Ook de internationale afspraken, zoals die bijvoorbeeld gelden binnen het maritieme recht, zijn in dit kader relevant. Zo vereist het internationale zeerecht (o.a. het VN Verdrag inzake het recht van de zee UNCLOS) dat de levens van mensen in nood op zee moeten worden gered (*search and rescue* operaties) en dat 'drenkelingen' naar de dichtstbijzijnde veilige haven moeten worden gebracht.<sup>92</sup> Overigens moet hierbij worden opgemerkt dat verplichtingen uit andere internationale kaders of onderlinge afspraken mensenrechtelijke verplichtingen niet aantasten of opzij zetten.<sup>93</sup> Met andere woorden, staten kunnen deze verplichtingen en verantwoordelijkheden niet 'ontlopen' door zich te beroepen op andere verplichtingen.

Behalve dat de vraag van belang is welke mensenrechten(schendingen) op een bepaalde situatie van toepassing zijn, is ook de vraag relevant of dit recht kan worden ingeroepen en jegens wie. In het algemeen kennen de internationale mensenrechtenverdragen zogenoemde rechtsmachtclausules: een artikel in het verdrag dat stelt dat verdragspartijen verplicht zijn de rechten te beschermen van degenen die binnen hun rechtsmacht vallen.<sup>94</sup> In de volgende paragrafen en hoofdstuk 4 gaan we hier nader op in.

### 3.1.2 Unierecht

De bescherming van mensenrechten is sterk ingebed in het Unierecht. Zo volgt uit het Verdrag van de EU (VEU) dat de Unie gestoeld is op (eerdere genoemde) internationale verdragen en fundamentele rechten en vrijheden, en dat het mensenrechtelijk kader ook van toepassing is op het extern optreden van de EU.<sup>95</sup> Meer expliciet volgt uit het Werkingsverdrag van de EU (WVEU) dat fundamentele rechten moeten worden geëerbiedigd in de Unierechtelijke ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, als ook ten aanzien van onderdanen van landen buiten de EU ('billijk' beleid).<sup>96</sup>

De Unie kent een eigen juridisch bindende mensenrechtencatalogus, het eerdergenoemde EU-Handvest. Dit heeft dezelfde juridische waarde als de

<sup>91</sup> Zie bijvoorbeeld C.W. Wouters, *International legal standards for the protection from refoulement. A legal analysis of the prohibitions of refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, 2009.

<sup>92</sup> L.M. Komp, *Border deaths at Sea under the Right to Life in the European Convention on Human Rights*, 2020.

<sup>93</sup> M. den Heijer, 'Reflections on Refoulement and Collective Expulsions in the Hirsi Case,' in: *International Journal of Refugee Law*, nr. 25-2, 2013, p. 271-272. Zie ook *Hirsi*, suora noot 7, para 79: 'Italy cannot circumvent its 'jurisdiction' under the Convention by describing the event in issue as rescue operations on the high seas.'

<sup>94</sup> A. Pijnenburg, 'Containment Instead of Refoulement: Shifting State Responsibility in the Age of Cooperative Migration Control?' in: *Human Rights Law Review*, nr 20, 3 juni 2020, p. 306-332, para 2-4.

<sup>95</sup> Artikel 2 en 21 VEU.

<sup>96</sup> Artikel 67 WVEU.

Verdragen van de EU, en daarmee behoort het tot het primaire Unierecht.<sup>97</sup> De bepalingen uit het EU-Handvest bieden ten minste dezelfde bescherming als het EVRM.<sup>98</sup> Omgekeerd maakt het EVRM als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.<sup>99</sup>

De EU is een internationale organisatie, geen staat, en beschikt daarmee niet over 'eigen (soeverein)' grondgebied. Artikel 51 van het EU-Handvest bepaalt dat de werkingssfeer van het Handvest gerelateerd is aan het handelen (en nalaten) van de EU. Bepalingen uit het EU-Handvest kunnen daarmee worden ingeroepen wanneer het Unierecht van toepassing is, ongeacht de geografisch locatie: de mensenrechtenverplichtingen 'volgen' de EU-inzet.<sup>100</sup> Een voorbeeld waar dit expliciet is gemaakt is de Frontex Verordening. Hierin staat dat het agentschap en de lidstaten het Unierecht, inclusief de rechten en standaarden die tot het acquis behoren, in acht nemen bij de samenwerking met landen buiten de EU, ook indien deze samenwerking plaatsvindt op het grondgebied van dat land.<sup>101</sup> Meer in het algemeen volgt uit artikel 51 dat EU-instellingen –organen, en –instanties in al hun handelen (onder diens vlag) volledig gebonden zijn aan het EU-Handvest, evenals lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen.

### 3.1.3 EVRM

Toetreding van de EU tot het EVRM<sup>102</sup> is nog altijd geen realiteit. De EU-lidstaten zijn wel verdragspartij bij het EVRM, evenals een groot aantal landen die wel tot de Raad van Europa behoren, maar niet tot de EU. Ten aanzien van de werkingssfeer kent het EVRM, in tegenstelling tot het EU-Handvest, wel een 'rechtsmachtsclausule of -drempel': de mensenrechten uit het EVRM worden verzekerd ten aanzien van iedereen die *binnen de rechtsmacht* van de betrokken verdragspartij valt.

Meest gangbaar bij het bepalen of er in een bepaalde zaak rechtsmacht is, is dat gekeken wordt naar de *plek* waar de eventuele schending van verplichtingen heeft plaatsgevonden ('territoriale rechtsmacht').<sup>103</sup> Extraterritoriale rechtsmacht, dus buiten het eigen territorium, wordt nog als de uitzondering beschouwd.<sup>104</sup> Hiervan is in algemene zin sprake als de staat buiten het eigen grondgebied 'effectieve controle' uitoefent op het territorium van een andere staat of in internationale wateren ('territoriale' vorm van extraterritorialiteit) of over een persoon buiten het eigen

<sup>97</sup> Artikel 6 lid 1 VEU.

<sup>98</sup> Artikel 52 lid 3 en 53 EU-Handvest.

<sup>99</sup> Artikel 6 lid 3 VEU. Dit geldt overigens ook voor de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben.

<sup>100</sup> EU HvJ, *Akerberg Fransson t. Zweden*, C617/10, 7 mei 2013, para. 21: '*The applicability of EU law entails applicability of the fundamental rights guaranteed by the Charter.*'

<sup>101</sup> Artikel 71 lid 3 van de EU Grens- en kustwacht Verordening 2019/1896, 13 november 2019 (verder: Frontex Verordening).

<sup>102</sup> Artikel 6 lid 2 VEU.

<sup>103</sup> EHRM, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 14/038/88, 7 juli 1989. Uit deze uitspraak volgt ook dat er sprake is van rechtsmacht indien het geval de handeling op grondgebied (de uitzetting) extraterritoriale effecten heeft (in casu vervolging en/of marteling, mishandeling en/of inhumane behandeling).

<sup>104</sup> EHRM, *Bankovic e.a. t. België e.a.*, nr. 52207/99, 21 december 2001. Zie ook Hoge Raad, *IS vrouwen t. Nederlandse Staat*, 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 4.16-4.18.



grondgebied ('personele' vorm van extraterritorialiteit).<sup>105</sup> Via internationale en regionale jurisprudentie is het criterium van effectieve controle verder ontwikkeld.<sup>106</sup> Van 'effectieve controle' kan in verschillende situaties sprake zijn:

- De uitoefening van (exclusieve) *controle over het territoire* van een andere staat, of een deel daarvan. Dit geldt bijvoorbeeld in het geval van bezetting. Het gaat hierbij om *de facto* controle en zeggenschap. De legitimiteit ervan is niet relevant.<sup>107</sup>
- Het uitoefenen van autoriteit en (fysieke) controle, over personen door organen of functionarissen/agenten van de ene staat op het grondgebied van de andere. Dit wordt ook wel *personele controle/rechtsmacht* genoemd. Ook hier speelt de legitimiteit geen rol.

Traditionele voorbeelden hiervan zijn situaties waarin personen zich in een ambassade of op een consulaat bevinden, in voer- of vaartuigen onder eigen vlag, op militaire bases of in detentiecentra (*enforcement jurisdiction*).<sup>108</sup>

In recente jaren heeft het EHRM geoordeeld dat sprake is van extraterritoriale rechtsmacht in situaties van *de facto* controle waarbij migranten werden onderschept en hun bewegingsvrijheid werd beperkt door statelijke organen of agenten die acteerden buiten het eigen grondgebied. Een bekend voorbeeld is de zaak *Hirsi Jamaa*, waarin de Italiaanse kustwacht onderschepte migranten aan boord nam en terugvoer richting Libië.<sup>109</sup> In de periode tussen de onderschepping en de overdracht aan de Libische autoriteiten oefenden de Italiaanse militairen effectieve controle uit over de migranten. Daarom was er sprake van rechtsmacht, hetgeen vervolgens leidde tot verantwoordelijkheid voor schending van refoulement. Ook als onderschepping leidt tot overdracht naar een gesloten centrum buiten het territoire van de onderscheppende staat, is er sprake van rechtsmacht.<sup>110</sup>

Personele controle kan ook *indirect* zijn, zoals volgt uit de *Marine I* zaak:<sup>111</sup> *[T]he jurisdiction of a State party refers to any territory in which it exercises, directly or indirectly, in whole or in part, de jure or de facto effective control, in accordance with international law. In particular, such jurisdiction must also include situations where a State party exercises, directly or indirectly, de facto or de jure control*

<sup>105</sup> Dit om te voorkomen dat staten zich kunnen onttrekken aan de verdragsverplichtingen bij het uitoefenen van rechtsmacht buiten hun eigen grondgebied.

<sup>106</sup> Zie o.a. M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 2012; L.M. Komp, supra noot 92; A. Pijnenburg, *At the Frontiers of State Responsibility. Socio-economic Rights and Cooperation on Migration*, 2021.

<sup>107</sup> IGH, *Nicaragua t. Verenigde Staten*, 26 november 1984.

<sup>108</sup> Zie bijv. EHRM, *Bankovic e.a. t. Belgie e.a.* supra noot 100; EHRM, *Issa e.a. t. Turkije*, nr. 31821/96, 16 november 2004; EHRM, *Medvedyev t. Frankrijk*, nr. 37388/97, 29 maart 2010; EHRM, *Al-Skeini t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 55721/07, 7 juli 2011.

<sup>109</sup> De zaak *Hirsi Jamaa v. Italië*, zie supra noot 7. Zie ook uitgebreid A. Pijnenburg, 'From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is *Hirsi* 2.0 in the Making in Strasbourg?' in: *European Journal of Migration and Law*, 2018, nr.20, p. 396-426.

<sup>110</sup> EHRM, *Al-Saadoon en Mufdhi t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 13284/04, 2 maart 2010.

<sup>111</sup> VN Anti-Folter Comité, *J.H.A. t. Spanje*, nr. 323/2007, U. Doc. CAT/C/41/D/323/2007 (2008). Zie ook Den Heijer, supra noot 106.



*over persons in detention*. Zo wordt wel gesteld dat het blokkeren van een schip met migranten of het escorteren ervan ook valt onder het uitoefenen van rechtsmacht, nu de migranten feitelijk 'vastzitten' in een beperkte ruimte.<sup>112</sup>

Ook kan er sprake zijn van personele rechtsmacht als personen buiten het grondgebied van de staat schade ondervinden van diens grensoverschrijdend handelen of nalaten binnen het eigen grondgebied. Dit vereist inzet om dat soort schade te voorkomen.<sup>113</sup>

Naast deze twee 'standaard' modellen van effectieve controle worden vanuit de literatuur en wetenschap, (mede) op basis van de jurisprudentie, andere modellen uitgewerkt.<sup>114</sup> Zo beargumenteren Gammelthof-Hansen en Hathaway dat effectieve controle ook kan ontstaan als staten gerechtigd zijn tot de *uitoefening van publieke taken* buiten het eigen territorium.<sup>115</sup> Hierbij moet sprake zijn van drie voorwaarden:

- Het moet gaan om publieke taken die normaal gesproken door de territoriale staat worden uitgevoerd, waaronder niet alleen bestuurlijke maar ook uitvoerende of rechtsprekende taken;
- Deze taakuitvoering moet zijn geregeld op basis van gewoonterecht, verdrag of een andere overeenkomst;
- Het betreffende handelen of nalaten moet toerekenbaar zijn aan die staat in plaats van aan de staat op wiens grondgebied het plaatsvindt.

Moreno-Lax heeft in dezelfde lijn een '*functioneel model*' beschreven dat kort gezegd elementen van het territoriale en personele model combineert. Hierbij worden alle vormen van het uitoefenen van publieke taken, die normaal gesproken behoren tot een soevereine staat, betrokken: zowel de *jure* en de *facto* handelingen of nalaten, en zowel wetgevende, uitvoerende of rechtsprekende activiteiten. Het model stelt dat er sprake is van rechtsmacht in geval van:

- controle die beslissend/van doorslaggevende aard voor het verloop van de gebeurtenissen;
- ook indien van een afstand uitgeoefend; en

<sup>112</sup> EHRM, *Xhavara t. Italië*, nr. 39473/98, 11 januari 2001.

<sup>113</sup> Inter-Amerikaanse Hof voor de Mensenrechten stelde dat ook bij grensoverschrijdende milieuschade als gevolg van een handeling of nalaten op het grondgebied van een staat, deze staat verantwoordelijk is te houden voor de extraterritoriale schade. Volgens het Hof verplicht de Inter-Amerikaanse Conventie voor de Mensenrechten staten ertoe om dergelijke schade te voorkomen: '*When transboundary harm occurs that affects convention rights, it is understood that the persons whose rights have been violated are under the jurisdiction of the State of origin if there is a causal relationship between the fact that the harm originated in their territory and the violation of the human rights of persons outside their territory.*' Zie hierover T. Strik en A. Terlouw, supra noot 1, p. 151.

<sup>114</sup> Zie in dit kader ook het 'model' inzake de uitoefening van publieke taken zoals beschreven door T. Gammeltoft-Hansen en J. Hathaway, 'Non-refoulement in a world of cooperative deterrence,' in: *Columbian Journal of Transnational Law*, 53-2, 2015, p. 266 e.v.; En het functionele model zoals uitgewerkt door V. Moreno-Lax, 'Unpacking Contactless Control: The Architecture of Functional Jurisdiction,' In: *German Law Journal*, nr 21-3, 2020, p. 385-416.

<sup>115</sup> Dit argument is met name afgeleid uit de zaak *Al-Skeini*, supra noot 107, r.o. 135., maar ook uit EHRM, *Jaloud v. Nederland*, nr. 47708/08, 20 november 2014. Zie over deze argumentatie, en de verhouding met territoriale en personele rechtsmacht T. Gammeltoft-Hansen en J. Hathaway, *ibid.*

- beoordeeld in het licht van (mate van) de invloed ervan op de uiteindelijke schending.<sup>116</sup>

De aanklagers in de zaak *S.S. tegen Italië* die nu aanhangig is bij het EHRM hebben hun klacht gebaseerd op dit model.

## 3.2 EU als internationale speler

### 3.2.1 Internationale rechtspersoonlijkheid

De Europese Unie kan gecategoriseerd worden als een 'internationale organisatie': een op een verdrag gebaseerde vorm van samenwerking tussen meerdere staten waarbij ten minste een orgaan met een eigen wil is opgericht.<sup>117</sup> Het is een regionale organisatie, waarbij alleen Europese landen kunnen toetreden. De verhouding tussen een internationale organisatie en haar leden is complex. Aan de ene kant heeft de oprichting van een internationale organisatie een hoger gezamenlijk doel waartoe bevoegdheden worden overgedragen aan die organisatie zodat deze zelfstandig kunnen worden uitgevoerd, terwijl lidstaten anderzijds ook vrezen voor verlies van zeggenschap en soevereiniteit. De EU vormt hierop geen uitzondering. Lang waren de lidstaten dan ook terughoudend met het expliciet verlenen van internationale rechtspersoonlijkheid aan de EU.<sup>118</sup> Inmiddels is dit wel geregeld (artikel 47 VEU), en is de EU in het internationale verkeer eigenstandig drager van rechten en plichten. Wat deze rechten en plichten inhouden hangt wel af van de bevoegdheden die door de lidstaten aan de EU zijn toegekend. Internationale rechtspersoonlijkheid is echter de *eerste* randvoorwaarde om een internationale organisatie überhaupt verantwoordelijk te houden dan wel juridisch aansprakelijk te stellen voor schendingen van fundamentele rechten.

### 3.2.2 Drager van internationale verplichtingen

Een *tweede* randvoorwaarde is dat de internationale organisatie, in dit geval de EU, zelf gebonden is aan de internationale verplichtingen die zouden zijn geschonden. Over het algemeen zijn internationale organisaties geen verdragspartij bij mensenrechtenverdragen. De bescherming van mensenrechten en de rechtsstaat is evenwel sterk ingebed in het Unierecht. Allereerst via artikel 2 VEU dat aangeeft dat de Unie gestoeld is op internationale verdragen en fundamentele rechten en vrijheden.<sup>119</sup> Artikel 21 VEU stelt dat het mensenrechtelijk kader ook van toepassing is op het extern optreden van de EU,

<sup>116</sup> Zie supra noot 113.

<sup>117</sup> N. Blokker, 'Het recht van internationale organisaties' in *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, 2007, hoofdstuk 13, p. 3.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 8. Lidstaten hebben zich in het verleden langdurig verzet tegen expliciete toekenning van (internationale) rechtspersoonlijkheid, uit vrees dat de EU een te eigen koers zou gaan varen. Desondanks vond die toekenning impliciet (zie hierover nader IGH, *Reparation for Injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*, Rep. 1949, p. 174) al wel plaats. Zo werd de EU in praktijk als bevoegd geacht om bepaalde verdragen te sluiten.

<sup>119</sup> Op grond van artikel 7 VEU kan een procedure worden gestart indien wordt geconstateerd dat een lidstaat zich niet aan art. 2 VEU houdt. Art. 7 is een buitengewone procedure voor lidstaten om elkaar ter verantwoording te roepen.

en dat fundamentele rechten moeten worden geëerbiedigd in de Unierechtelijke ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (artikel 67(1)). Lid 2 van artikel 67 VEU stelt expliciet dat het gemeenschappelijke beleid inzake asiel, migratie en controle aan de buitengrenzen 'billijk' moet zijn ten aanzien van onderdanen van landen buiten de EU.

Het EU-Handvest, de eigen mensenrechtencatalogus van de Unie, kreeg een bindende juridische status via het Verdrag van Lissabon, behoort tot het primaire Unierecht (artikel 6 VEU) en is van toepassing op het handelen van de EU (artikel 51 EU-Handvest). Uit artikelen 52(3) en 53 van het EU-Handvest volgt dat de Unierechtelijke mensenrechtenverplichtingen ten minste dezelfde bescherming bieden als het EVRM. In het licht van deze notitie, waarbij het met name gaat over verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor zogenoemde 'pushback' praktijken, de situatie aan de buitengrenzen van de EU en de *de facto* externalisatie van het EU asiel- en migratiebeleid, zijn een aantal internationale mensenrechtenverplichtingen met name van belang. Dit betreft onder andere het recht op menselijke waardigheid (artikel 1 EU-Handvest), het recht op vrijwaring van marteling, onmenselijke en/of inhumane behandeling (artikel 4 EU-Handvest) het recht op vrijheid en veiligheid van persoon (artikel 6 EU-Handvest), het recht op asiel (artikel 18 EU-Handvest)<sup>120</sup> en het beginsel van non-refoulement (artikel 19 EU-Handvest).

Internationale organisaties als actoren in het internationale recht zijn verder gebonden aan algemene bepalingen van het internationale recht. Gezien de mate waarin mensenrechten mondiaal gezien formeel-juridisch onderdeel uitmaken van rechtssystemen, kun je beargumenteren dat de mensenrechten behoren tot internationale rechtsbeginselen. Van sommige mensenrechten, zoals het beginsel van *non-refoulement*, wordt inmiddels breed aanvaard dat zij onderdeel uitmaken van *ius cogens* dat altijd door iedereen moet worden gerespecteerd, ongeacht of daar een verdragsrechtelijke verplichting aan ten grondslag ligt.<sup>121</sup> Deze 'duty to respect' betekent dan ook een positieve verplichting voor alle internationale actoren om ernstige en systematische schendingen van het non-refoulementbeginsel te doen stoppen,<sup>122</sup> en/of daaraan niet bij te dragen (negatieve verplichting).<sup>123</sup> Dit geldt ook ten aanzien van de EU, diens instellingen en de EU-agentschappen.

### 3.2.3 EU-instellingen en –agentschappen

De EU-instellingen zijn de organen van de EU: het Parlement, de Commissie, De Europese Raad, de Raad van Ministers, het Hof van Justitie, de Europese Centrale

<sup>120</sup> I.a. het recht een beschermingsvraag te laten beoordelen in een procedure. Zie ook M.E. Wijnkoop, 'Het recht op asiel. Zoeken, genieten, krijgen en/of garanderen,' in *Asiel & Migrantenrecht*, nr. 7 (2013), p. 327-336.

<sup>121</sup> Hierover staat wel enige discussie, onder meer vanwege het ontbreken van het absolute karakter van non-refoulement in artikel 33 Vluchtelingenverdrag. Toch is het wel de heersende opvatting dat non-refoulement behoort tot het gewoonterecht. Zie ook para. 3.1.1.

<sup>122</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM, *Opuz t. Turkije*, nr. 33401/02, 9 juni 2009, para. 159.

<sup>123</sup> T. Strik en A. Terlouw, supra noot 1, p. 142.



Bank en de Europese Rekenkamer (artikel 13 VEU).<sup>124</sup> Zij zijn bij de uitvoering van hun taken en verantwoordelijkheden gebonden aan het Unierecht, waaronder het EU-Handvest.

Naast de instellingen kent de EU ook een groot aantal agentschappen. Dit zijn onderdelen van de EU die met een specifiek doel en mandaat zijn opgericht via secundaire Uniewetgeving. Hiermee wordt bedoeld dat zij niet genoemd staan in het VEU, maar via een verordening tot stand zijn gekomen. Hieronder gaan we nader in op de verplichtingen van de twee agentschappen die een belangrijke rol spelen in de uitvoering van het EU-asiel- en migratiebeleid: Frontex en EASO.

### *Frontex*

Frontex, oftewel het Europese Grens- en Kustwachtagentschap, ondersteunt en faciliteert de uitvoering van het Europese Integrale Grensmanagement.<sup>125</sup> Kort gezegd omvat dit de bewaking van de buitengrenzen en het ondersteunen bij terugkeer als belangrijkste taken. De primaire verantwoordelijkheid van grensbeheer ligt bij de lidstaten; bij gezamenlijke operaties behouden de lidstaten het gezag over de via Frontex ingezette functionarissen, en claimt Frontex een coördinerende rol. Op grond van de huidige Verordening zal er (uiterlijk in 2027) een Europese grens- en kustwacht worden ingericht van maximaal 10.000 operationele krachten bestaande uit personeelsleden van Frontex, medewerkers die door de lidstaten gedetacheerd worden en reservepersoneel ten behoeve van snelle acties. Dit permanente korps zal in de lidstaten (op verzoek of op eigen initiatief in overleg) uitvoerende bevoegdheden hebben met het oog op grensbewaking en terugkeeractiviteiten. Ten aanzien van terugkeer krijgt het agentschap meer ruimte: het is de bedoeling dat de EU met landen buiten de EU statusovereenkomsten (artikel 218 VWEU) sluit zodat grensbeheerteams van Frontex kunnen worden ingezet en operaties kunnen plaatsvinden op het grondgebied van derde landen. Het agentschap zal ook deskundigen als verbindingsfunctionarissen kunnen inzetten.

In aanvulling op het algemene kader zoals eerder in deze paragraaf beschreven, verwijzen diverse bepalingen in de Frontex-verordening van 2019 en interne beleidsinstructies naar de mensenrechtelijke verplichtingen van het agentschap bij de uitvoering van diens taken.<sup>126</sup> Naast een verwijzing naar respect voor mensenrechten in artikel 1 van de Verordening, geeft artikel 10(1) van de

---

<sup>124</sup> Daarnaast zijn er ook nog de Europese Ombudsman, de Europese Investeringsbank, het Comité van de Regio's en het Europees Economisch en Sociaal Comité.

<sup>125</sup> Zie artikel 3 Frontex Verordening over wat het Europese Integrale Grensmanagement behelst. Het gaat met name om grensbewaking van de EU-buitengrenzen en Schengengrenzen, reddingsoperaties (SAR), veiligheidsanalyses, informatie-uitwisseling, samenwerking tussen agentschappen onderling, met de EU-instellingen en met derde landen, realiseren van terugkeer van onrechtmatig verblijvende migranten.

<sup>126</sup> Commissie Meijers, *Frontex and pushbacks: obligations and accountability*, CM2105, april 2021. De Commissie Meijers wijst hierin op het bestaan van een aantal inconsistenties tussen het Unierechtelijke kader dat van toepassing is op de activiteiten van Frontex op zee en de algemene fundamentele standaarden. De experts beargumenteren dat ondanks dat de specifieke regels over de maritieme operaties van Frontex niets zeggen over waarborgen van fundamentele rechten, het algemene kader zoals de Schengengrenscore wel procedurele waarborgen kent om te zorgen dat toegangswijgering en uitzetting voldoet aan mensenrechtenstandaarden.



Verordening aan Frontex een positieve verplichting om toe te zien op het respecteren van fundamentele rechten en deze te beschermen en promoten om zo schendingen te voorkomen. Artikel 80 Frontex-verordening stelt dat het agentschap de bescherming van mensenrechten moet garanderen in overeenstemming met het Unierecht en het internationaal recht, en de toepassing van het beginsel van non-refoulement moet verzekeren. Deze verplichting reikt niet alleen tot de eigen staf, maar omvat alle betrokkenen bij de uitvoering van Frontex-operaties.<sup>127</sup>

Met andere woorden, Frontex heeft de positieve verplichting om alle *redelijke* maatregelen te nemen om schendingen van mensenrechten te voorkomen dan wel de schade ervan te beperken, *indien en voor zover zij hier weet van heeft*. Met redelijke maatregelen wordt bedoeld maatregelen die een reëel zicht bieden op het beperken van de schade en die geen disproportionele last leggen op de organisatie. Ook kan niet worden verwacht dat, in dit geval, Frontex, handelt buiten de eigen bevoegdheden.<sup>128</sup> Het vereiste van 'weten of had behoren te weten' betekent dat binnen Frontex een goed werkend mechanisme moet zijn ingericht om ervoor te zorgen dat zij daadwerkelijk zicht heeft op het dagelijkse reilen en zeilen van operaties in de lidstaten.<sup>129</sup> Hiervoor is meer nodig dan alleen een rapportageplicht, dan is het leed vaak al geschied. Invulling geven aan het element van 'voorzienbaarheid' vraagt ook om een effectieve mogelijkheden voor continue monitoring, zoals de aanwezigheid van Operationele Coördinator (artikel 44 Frontex Verordening) naast het uitvoerende personeel. Dat deze, in de verordening voorziene mechanismes, in praktijk wellicht niet altijd even effectief werken en er feitelijk geen 'wetenschap' is van een bepaalde schending, ontslaat het agentschap niet van haar positieve verplichting maatregelen te nemen, nu ze wel 'had behoren te weten.'

Een belangrijke waarborg ter invulling van deze positieve verplichting hiervan volgt uit artikel 46 van de Verordening, namelijk dat de *Frontex Executive Director*, na consultatie van de *Fundamental Rights Officer*,<sup>130</sup> actie moet ondernemen in het geval van mensenrechtenschendingen.<sup>131</sup> Deze acties omvatten onder meer het stopzetten van financiering, opschorten, beëindigen of niet van start gaan van activiteiten. Bij het nemen van deze beslissing dient relevante informatie te worden betrokken zoals het aantal en de inhoud van niet door nationale instanties

<sup>127</sup> M. Fink, s Melanie Fink, *Frontex and Human Rights: Responsibility in 'Multi- Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, 2018.

<sup>128</sup> Zie hierover Commissie Meijers, supra noot 126.

<sup>129</sup> Zie uitgebreid over de werkmethoden en uitvoeringspraktijk van Frontex: M. Fink, supra noot 127.

<sup>130</sup> Artikel 109 Frontex Verordening.

<sup>131</sup> Artikel 46 lid 4 en 5 Frontex Verordening: [...] er in verband met de betrokken activiteit sprake is van [danwel 'zou kunnen leiden tot] van schendingen van de grondrechten of de internationale verplichtingen op het gebied van bescherming, die ernstig zijn of waarschijnlijk zullen voortduren.

opgeloste klachten,<sup>132</sup> rapporten over ernstige incidenten,<sup>133</sup> verslagen van coördinatoren, internationale organisaties en Unie-instellingen.<sup>134</sup>

### *Europees Asielagentschap*

Recentelijk is overeenstemming bereikt over een nieuwe EU Verordening waardoor het Europees Asielondersteuningsbureau (EASO) wordt omgezet in een EU Asiel Agentschap (EUAA).<sup>135</sup> Met deze wijziging is een versteviging van het mandaat van het agentschap beoogd om zo bij te dragen aan een effectiever en efficiënter EU asiel- en migratiebeleid. In feite wordt met de nieuwe verordening het mandaat dat in de praktijk, met name in de Griekse en Italiaanse hotspots, al was uitgebreid, nu in rechte vastgelegd.<sup>136</sup> Naast een belangrijke rol bij een eenduidiger EU-beleid via richtlijnen, informatie-uitwisseling, training en technische ondersteuning, is voor deze notitie met name de uitbreiding van de operationele activiteiten relevant. Zo dragen zij bij aan (de voorbereiding van) besluiten over toelating en bieden zij ondersteuning in beroepsprocedures. Een team van 500 asielexperts zal te allen tijde beschikbaar zijn om in geval van plotselinge druk op nationale asielsystemen ondersteuning te bieden. Het nieuwe EUAA zal ook buiten de EU aan 'capaciteitsopbouw' op het gebied van asielprocedures en opvang gaan doen, en bouwt tenslotte de rol inzake monitoren en rapporteren van nationale asielpraktijken, uit.

De rol van EUAA is evident anders dan die van Frontex,<sup>137</sup> en manifesteert zich in grotere mate op het intra-EU domein. In de hotspotprocedures in Griekenland en Italië werk(t)en EASO en Frontex nauw samen, zoals ook voorzien in voorstellen rondom de procedures aan de grens (pre-screening, asiel- en terugkeerprocedure) onder het Pact.

Zowel in de preambule (para 26) als in artikel 1 van de EUAA Verordening wordt expliciet gesteld dat het EUAA in de uitvoering van haar taken de fundamentele rechten dient te respecteren. Ook in artikel 35 over de samenwerking met landen buiten de EU wordt verwezen naar de verplichting om mensenrechten te beschermen. Verder wordt er een *Fundamental Rights Officer* aangesteld (artikel 47a) die de mensenrechtelijke verplichtingen van het agentschap nader invulling moet geven, o.a. door te rapporteren over mogelijke misstanden, een *fundamental rights strategy* te ontwikkelen en een klachtenprocedure op te zetten.

<sup>132</sup> Artikel 111 Frontex Verordening.

<sup>133</sup> Deze rapportage procedure is niet opgenomen in de Frontex Verordening, maar wordt geregeld in zogenoemde *Standard Operational Procedures* die niet openbaar zijn. Zie hierover verder ECRE, *Holding Frontex to Account. ECRE's proposals for strengthening non-judicial mechanisms for scrutiny of Frontex*, policy paper nr. 7, mei 2021, p. 4 e.v. Het is overigens precies hier waar de gebreken zitten in de incidentenrapportage, namelijk het ontbreken van transparante monitoring van dit systeem. Zie verder Frontex, *Fundamental Rights and Legal Operational Aspects of Operations in the Aegean Sea*, final report of the Frontex Management Board Working Group, 1 mei 2021.

<sup>134</sup> Artikel 46 lid 6 Frontex Verordening.

<sup>135</sup> Zie voor alle relevante stukken: [www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_21\\_3241](http://www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3241)

<sup>136</sup> Zie artikel 2 EUAA Verordening voor een volledige omschrijving van de taken.

<sup>137</sup> Zie voor een vergelijking ook D. Fernandez Rojo, 'From EASO to EU Asylum Agency. Business as usual?' oktober 2018, te vinden via <https://eumigrationlawblog.eu/from-easo-to-the-european-agency-for-asylum-business-as-usual/>



### 3.3 ILC-artikelen over aansprakelijkheid

Er bestaat (nog) geen verdrag met juridisch bindende bepalingen over aansprakelijkheid voor schendingen van internationaal recht. De International Law Commission (ILC) van de VN heeft wel (ontwerp)artikelen opgesteld over zowel de verantwoordelijkheid van staten (*Draft Articles on State Responsibility DARS, 2001*)<sup>138</sup> als die van internationale organisaties (*Draft Articles on the Responsibility of International Organizations DARIO, 2011*).<sup>139</sup> Dit zijn momenteel de belangrijkste en meest invloedrijke bronnen van internationaal recht voor het bepalen van aansprakelijkheid voor schendingen van verdragsverplichtingen.<sup>140</sup> Ze zijn echter niet geheel zonder controverse. Van de DARS werd o.a. gezegd dat ze te behoudend waren opgesteld, vanuit een (te) traditionele (statelijke) blik op de internationale rechtsorde.<sup>141</sup> Door de totstandkoming van de artikelen over internationale organisaties werd dit (deels) gecorrigeerd. Echter, de verschillende mandaten en structuren van internationale organisaties maken het lastig eenvormige regels vast te stellen. Een ander punt van kritiek zag op het gebrek aan inbedding van werkende mechanismes voor individuen om organisaties daadwerkelijk verantwoordelijk te houden en aansprakelijk te stellen.<sup>142</sup>

Desondanks vullen deze standaarden een leemte in het internationale rechtssysteem. Ze zijn niet integraal formeel juridisch bindend (geen verdrag), maar met name de DARS worden wel internationaal breed erkend als gezaghebbende en richtinggevende bron van internationaal recht die kan worden toegepast bij het bepalen van de aansprakelijkheid in het geval van schendingen van verdragsverplichtingen.<sup>143</sup> Zo zijn verschillende bepalingen erkend als internationaal gewoonterecht.<sup>144</sup> De bepalingen uit de artikelen over de verantwoordelijkheid van staten zijn grotendeels gelijk aan die over internationale organisaties. Doel hiervan is het bewaken van uniformiteit in het internationale

<sup>138</sup> Zie ILC, *Draft Articles on State Responsibility*, Official Records of the General Assembly, Fifth-sixth Session (A/56/10). Nederland beschouwt de ARS voor een groot deel als internationaal gewoonterecht maar vindt de tijd nog niet rijp voor een verdrag inzake staatsaansprakelijkheid. De regering ziet meer in het consolideren van de toepassing ervan in de rechtspraktijk. (Zie [www.centruminternationaalrecht.nl](http://www.centruminternationaalrecht.nl))

<sup>139</sup> Resolutie 66/100 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (8 december 2011), *Responsibility of international organisations*, UN Doc A/Res/66/100.

<sup>140</sup> Zie o.a. IGH, *Bosnian Genocide Case*, 26 februari 2007. Het EHRM stelde in de zaak *Jaloud* (zie supra noot 114), dat het internationale mensenrechten kader rekenschap geeft van het recht inzake staatsaansprakelijkheid). Het EHRM paste artikel 6 DARS ook toe in deze zaak. In de zaak *Al-Jedda* paste het EHRM-artikel 5 DARIO toe (EHRM, *Al-Jedda t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 27021/08, 7 juli 2011).

<sup>141</sup> J. Crawford, 'The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect' in: *The American Journal of International Law*, vol. 96, nr. 4, oktober 2002, p. 874-890.

<sup>142</sup> Zie supra noot 20.

<sup>143</sup> A. Nollkaemper, 'Introduction,' in: A. Nollkaemper en I. Plakokefalos (red.), *Principles of Shared Responsibility in International Law: An appraisal of the state of the art*, Shared Responsibility in International Law Series, 2014, p. 3.

<sup>144</sup> Zie bijvoorbeeld t.a.v. artikel 8 DARS het IGH, *Nicaragua t. Verenigde Staten*, 26 november 1984, para 115: 'Effectieve controle reflecteert de norm van artikel 8 DARS en het internationale gewoonterecht.' Zie ook *Hirsi Jamaa*, supra noot 7, meer specifiek de separate opinion van rechter Albuquerque. De gewoonterechtelijke interpretatie van Artikel 16 DARS inzake indirecte toerekenbaarheid volgt onder meer uit IGH *Bosnian Genocide Case*, supra noot 140, para. 420.

recht en ter voorkoming van situaties waarin actoren hun verantwoordelijkheid ontlopen door bijvoorbeeld bevoegdheden (onderling) over te dragen.

In de ontwerpartikelen wordt onder meer uitgewerkt wat de voorwaarden zijn voor aansprakelijkheid voor een internationale onrechtmatige daad (zie verder hoofdstuk 4). Ook beschrijven de artikelen welke actor aansprakelijkheid kan invoeren, welke vormen van handelen of niet-laten leiden tot welke aansprakelijkheid, welke tegenmaatregelen kunnen worden genomen en op welke wijze en in welke vorm rechtsherstel kan worden geëist.

### 3.4 Concluderende opmerkingen

Bij de uitvoering van het EU- asiel- en migratiebeleid zijn veel verschillende actoren betrokken. Het betreft staatsfunctionarissen zoals reguliere politie, grenspolitie en/of bewaking, gespecialiseerde eenheden, militaire en veiligheidsdiensten, die werkzaam zijn op nationaal, EU/Europees en internationaal niveau. Zij opereren vervolgens al dan niet in samenwerking met niet-statelijke actoren (paramilitaire groeperingen, vervoerders, commerciële partijen, private veiligheidsdiensten e.d.). Er is vaak sprake van hybride operaties met gedeelde zeggenschap. Hierbij heeft bijvoorbeeld een EU-agentschap controle over de operatie, maar blijft de lidstaat die personeel levert functioneel verantwoordelijk voor de uitgeleende ambtenaren. De ene keer gaat het om korte detachingscontracten, een andere keer komt iemand (tijdelijke) in dienst van het EU-agentschap.

De uitvoering vindt plaats op EU-territoir, in andere Europese landen, in internationale wateren en/of buiten Europa waardoor verschillende juridische regimes van toepassing zijn. Operaties door de EU en de lidstaten buiten de Europese Unie worden over het algemeen ingekaderd in *'status agreements'* met niet-EU-landen, waarbij niet zelden strafrechtelijke aansprakelijkheid voor *'misconduct'* wordt uitgesloten. De fragmentatie van het toepasselijk juridisch en operationeel kader leidt ertoe dat rollen, taken en zeggenschap met betrekking tot de betrokken partijen niet altijd goed op elkaar aansluiten.<sup>145</sup>

Het is daarom in praktijk niet altijd duidelijk wie waar verantwoordelijk voor is en wie dus waarop (juridisch) aangesproken kan worden. In het volgende hoofdstuk zal aan de hand van enkele illustratieve casusposities inzichtelijk worden gemaakt via welk kader van (rechts)vragen de verantwoordelijkheid voor schendingen van internationale verplichtingen aan en buiten de EU-buitengrenzen kan worden bepaald.

---

<sup>145</sup> Zie ECRE, supra not 133.

## Hoofdstuk 4

# Verantwoordelijkheid

**In dit hoofdstuk wordt het toepasselijk kader geschetst voor de beoordeling van verantwoordelijkheid voor mensenrechtenschendingen aan de EU-buitengrenzen. Een internationale onrechtmatige daad brengt aansprakelijkheid met zich mee. Twee zaken zijn hierbij van belang, namelijk de vraag of de gedraging in strijd is met internationale verplichtingen, en of deze toerekenbaar is.**

## 4.1 Inleiding

Nederland zet overheidspersoneel uit de vreemdelingenketen (KMar, politie, IND, COA, DT&V) in ten behoeve van EASO en Frontex operaties.<sup>146</sup> Nederland neemt deel aan trainingsmissies in het kader van migratiepartnerschappen met landen buiten de EU.<sup>147</sup> Ook draagt de Nederlandse regering financieel bij aan de uitvoering van o.a. de bewaking van de buitengrenzen, zowel in algemene zin als voor specifieke projecten.<sup>148</sup> De regering verleent verder naast personele, ook materiële ondersteuning aan diverse EU-operaties door het sturen van schepen en vliegtuigen.<sup>149</sup> Daarnaast maakt Nederland in voorkomende gevallen ook bilateraal afspraken met andere EU-lidstaten in het kader van het EU-asiel- en migratiebeleid. Denk bijvoorbeeld aan de overeenkomst tussen Nederland en Griekenland over de opvang van alleenstaande minderjarigen in Athene.<sup>150</sup> Tot slot draagt Nederland - als EU-lid - ook bij aan het EU-beleid via het opstellen van wetgeving en het medebepalen van de financiële kaders en keuzes.<sup>151</sup>

Nederland draagt dus op verschillende manieren bij en/of maakt onderdeel uit van de uitvoering van het EU-asiel- en migratiebeleid. Hierbij dient Nederland zich te houden aan de verdragsverplichtingen waaraan de staat zich verbonden heeft, zowel internationaal als Unierechtelijke, of die bindend zijn omdat het om gewoonterecht gaat.

<sup>146</sup> Kamerstukken II, 32317 nr. 700, 5 juli 2021.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> Kamerstukken II, 21501-03 nr.150, 14 juli 2021.

<sup>149</sup> Zie supra noot 146.

<sup>150</sup> Kamerstukken II, 27062 nr. 111, 7 mei 2020.

<sup>151</sup> Kamerstukken II, 32317 nr. 701-703, juli 2021.



Er is sprake van **strijd met een internationale verplichting** als een staat of internationale organisatie een verdragsrechtelijke verplichting schendt of inbreuk maakt op een regel van internationaal gewoonterecht of een algemeen rechtsbeginsel.<sup>152</sup> De oorsprong van de verplichting kan dus verschillend zijn,<sup>153</sup> en de verplichting moet ook daadwerkelijk van kracht en bindend zijn ten tijde van de schending.<sup>154</sup> Verdragsverplichtingen zijn over het algemeen makkelijker te identificeren,<sup>155</sup> maar gelden over het algemeen vaker voor staten dan voor internationale organisaties, omdat deze vaak geen partij zijn bij verdragen. Normen uit het gewoonterecht of algemene beginselen zijn meestal minder duidelijk gedefinieerd en/of de mate van verbinding meer betwist, maar gelden daarentegen ook voor organisaties. In principe is er sprake van een schending als gedrag van een staat niet overeenkomt met het handelen of nalaten zoals een internationale verplichting van die staat vereist, zelfs als dat slechts gedeeltelijk niet conform die verplichting is. De exacte inhoud, interpretatie en strekking van een verplichting bepalen of en wanneer er sprake is van een schending van een internationale verplichting. Vanzelfsprekend spelen de feiten en omstandigheden van de situatie waarin een schending wordt geclaimd een belangrijke rol.<sup>156</sup>

Elke internationale onrechtmatige daad van een staat of een internationale organisatie brengt met zich mee dat de staat dan wel de internationale organisatie hiervoor verantwoordelijkheid draagt.<sup>157</sup>

Twee elementen zijn van belang om te beoordelen of er sprake is van verantwoordelijkheid voor een internationale onrechtmatige daad, namelijk de vraag of de handeling of het nalaten:<sup>158</sup>

- in strijd is met internationale verplichtingen<sup>159</sup>; en
- toegerekend kan worden aan een staat of internationale organisatie.

Om een staat of een internationale organisatie verantwoordelijk te houden voor schending van hun mensenrechtelijke verplichtingen, moet wel helder zijn wat die verplichting is en tot hoever die reikt. Hier gaat de volgende paragraaf nader op in.

<sup>152</sup> Artikel 12 DARS en artikel 10 DARIO.

<sup>153</sup> 'It is well established, when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect.' Zie IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, 1997, para. 47, p. 38.

<sup>154</sup> Artikel 13 DARS en 11 DARIO. Zie verder artikel 14 resp. 12 over de noodzakelijke duur van de schending.

<sup>155</sup> Volgens de tekst van de artikelen kunnen zij zowel bilateraal als multilateraal zijn.

<sup>156</sup> Verder kan er ook sprake zijn uitzonderingen of rechtvaardigingsgronden (20-25 DARS en DARIO). Deze maken het handelen of nalaten opeens rechtmatig, maar zorgen er wel voor dat dit niet leidt tot aansprakelijkheid voor de schending. Er kan geen beroep worden gedaan op deze gronden in het geval van een schending van dwingend internationaal recht, zoals het verbod op non-refoulement. (art.26 DARS en DARIO).

<sup>157</sup> Artikel 1 DARS en artikel 3 DARIO.

<sup>158</sup> Artikel 2 DARS en artikel 4 DARIO.

<sup>159</sup> Er is dus geen sprake van een internationale onrechtmatige daad als de handeling of het nalaten 'alleen' in strijd is met nationaal recht.

## 4.2 Voorvraag: reikwijdte en rechtsmacht

### Casusbeschrijving: registratie, procedure en opvang in 'hotspots'

A. is zijn land ontvlucht wegens dreigende vervolging door een rebelligroepering. Na een uitputtende reis vol ontberingen is hij aangekomen in de EU. Samen met honderden anderen wacht hij in een tentenkamp aan de grens in Italië op wat er komen gaat. In de opvanglocatie, onderdeel van de door de EU gefinancierde en door EASO, Eurojust en Frontex uitgevoerde hotspot-procedure, verblijven veel meer mensen dan waarvoor het is opgezet: het is er onveilig, er is amper privacy en de hygiëne is ver te zoeken. A mag zich niet buiten de hekken begeven. Bij aankomst hebben ze hun naam en nationaliteit moeten opgeven, maar verder is er geen informatie bekend over wat er gaat gebeuren en hoe lang dat duurt. A hoort van anderen dat hij een advocaat nodig heeft, maar dat die er niet genoeg zijn. Na weken wachten wordt hij een kamer ingeleid met een bureau. Een vrouw stelt hem in gebrekkig Engels een aantal vragen over waar hij vandaan komt en waarom hij hier is. Hij geeft zo goed en kwaad als hij kan antwoord en wil zijn verhaal vertellen, maar wordt keer op keer afgekapt door de vrouw. Na een half uur is het interview afgelopen. Weken later wordt hij met enkele andere asielzoekers in een busje gezet en naar een detentiecentrum op het vliegveld gebracht. Daar krijgt hij te horen dat zijn aanvraag is afgewezen en dat hij wordt teruggestuurd naar zijn land van herkomst.

Zonder rechtsmacht bestaat er geen verdragsverplichting tot het waarborgen van de bindende afspraken die in de verdragen zijn neergelegd. Zonder rechtsmacht dus ook geen verantwoordelijkheid. Zoals beschreven in hoofdstuk 3, kennen mensenrechtenverdragen als het EVRM<sup>160</sup> zogenoemde rechtsmachtsclausules die de werkingssfeer van de bepalingen uit het verdrag beschrijft. De werkingssfeer van een bepaling uit een verdrag wordt over het algemeen territoriaal begrensd. De gedachte daarachter is dat staten op hun eigen grondgebied soeverein zijn en hier bij uitstek in staat zijn de mensenrechten te garanderen. Toebedeling van rechtsmacht aan een andere staat op dit grondgebied zorgt voor aantasting van die soevereiniteit.<sup>161</sup> De Procureur-Generaal van de Nederlandse Hoge Raad benadrukte in de zaak over het terughalen van Nederlandse vrouwen die zich bij IS hadden aangesloten, dat bij mensenrechtenschendingen territorialiteit nog altijd het uitgangspunt van rechtsmacht zou moeten zijn.<sup>162</sup> Dus als op Nederlands grondgebied, bijvoorbeeld aan de grens met Duitsland of vanuit Schiphol, iemand wordt teruggestuurd naar het land van herkomst zonder beoordeling of iemand

<sup>160</sup> Bij de uitleg over rechtsmachtsclausules wordt veel waarde toegekend aan de rechtspraak van het EHRM over artikel 1 EVRM. Dit komt doordat hierover de meeste uitspraken zijn gedaan.

<sup>161</sup> Rechtsmacht kan bijvoorbeeld ook aan de orde zijn op grond van nationaliteit (dus als dader of slachtoffer de Nederlandse nationaliteit heeft) of universaliteit (in het geval van dusdanig ernstige schendingen dat alle staten, of er nu een band is met de zaak of niet, rechtsmacht kunnen uitoefenen, bijvoorbeeld in het geval van genocide). <https://www.asser.nl/media/1580/h-7-jurisdicctie-andre-de-hoogh-gelij-n-molier.pdf>

<sup>162</sup> Hoge Raad, *IS vrouwen t. Nederlandse Staat*, 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 4.16-4.18.

daar gevaar loopt, kan Nederland verantwoordelijk worden gesteld voor schending van het recht op asiel en/of non-refoulement.

Ook buiten het eigen grondgebied (extraterritoriaal) kan er sprake zijn van rechtsmacht, namelijk als een staat 'effectieve controle' uitoefent.

Een illustratieve nationale zaak rondom rechtsmacht en aansprakelijkheid voor schendingen van verdragsverplichting is de zaak *Mothers of Srebrenica tegen de Nederlandse Staat*. Nabestaanden stelden Nederland aansprakelijk voor het handelen en nalaten van Dutchbat rondom de val van Srebrenica, en de daaropvolgende dood van vele mannelijke vluchtelingen. Omdat Dutchbat tot de late avond van 11 juli 1995 onder 'command and control' van de VN viel, oordeelde de Hoge Raad in 2019 dat diens handelingen tot die tijd niet golden als handelingen van Nederland, maar van de VN. Nederland had dus geen rechtsmacht over die gedragingen en kon daarvoor niet aansprakelijk worden gesteld. Maar, zo stelde de Hoge Raad: '*In de periode vanaf 11 juli 1995 om 23.00 uur, nadat Srebrenica was gevallen en nadat besloten was tot evacuatie van de Bosnische moslims die naar de mini safe area waren gevlucht, oefende de Staat wel 'effectieve controle' uit over de gedragingen van Dutchbat. Die gedragingen kunnen dus aan de Staat worden toegerekend.*'<sup>163</sup>

Nu staten, waaronder ook Nederland, in het kader van internationale samenwerking in steeds meer situaties buiten het eigen grondgebied opereren, speelt de extraterritoriale rechtsmacht en daarmee ook het vraagstuk van 'effectieve controle' een grote rol bij het bepalen van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Met name voor het migratiedomein is dit interessant vanwege de effecten van beleid en uitvoering buiten het nationale grondgebied.<sup>164</sup>

Ten aanzien van het Unierecht gelden echter geen rechtsmachtsbepalingen in de zin van (extra)territorialiteit. Hier zijn de verdragsverplichtingen uit het EU-Handvest van toepassing voor zover de situatie valt binnen de reikwijdte van het Unierecht (artikel 51 EU-Handvest). Met andere woorden: elk toepassing van het Unierecht triggert de toepassing van het mensenrechtelijk kader daarbinnen. Zie ook paragraaf 3.1.2.

Nederland is verdragspartij bij tal van mensenrechtenverdragen, waaronder het Vluchtelingenverdrag, het EVRM, het Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) en het Anti-Folterverdrag. Ook is Nederland als lid van de EU gebonden aan het Unierecht, waaronder het EU-Handvest. De procedure en de uitzetting maken deel uit van een EU-project, op het territorium van een EU-lidstaat, met betrokkenheid van EU-agentschappen, ter uitvoering van het EU-asiel- en migratiebeleid: Het Unierecht is van toepassing, en daarmee ook de waarborgen uit het EU-

<sup>163</sup> Zie Hoge Raad uitspraak in *Mothers of Srebrenica t. Nederlandse Staat*, supra noot 25. r.o. 3.51. e.v., 5.1.

<sup>164</sup> T. Strik en A. Terlouw, supra noot 1, p. 149-150.

Handvest. De veronderstelling is dat de grensprocedure in bovengeschetste casus in strijd is met fundamentele rechten en dat de uitzetting leidt tot refoulement. Noch de procedure, noch de uitzetting vinden plaats op of vanaf Nederlands grondgebied maar in een andere EU-lidstaat. Dat wil niet zeggen dat Nederland dan per definitie geen rechtsmacht heeft en dus niet verantwoordelijk kan zijn onder bijvoorbeeld het EVRM of het Unierecht. Maar dan moet er wel sprake zijn van een schending die toerekenbaar is.

Voor het bepalen van verantwoordelijkheid voor schending van verdragsverplichtingen is noodzakelijk dat het handelen of nalaten dat heeft geleid tot de schending toerekenbaar is aan de staat of internationale organisatie. Vanuit het leerstuk van staatsaansprakelijkheid c.q. aansprakelijkheid van internationale organisaties wordt hierbij onderscheid gemaakt tussen *directe* (para 4.3.) en *indirecte* toerekenbaarheid (para 4.4.).

### 4.3 Directe toerekenbaarheid

#### Casusbeschrijving: pushbackpraktijken op zee

Een overvolle rubberboot vaart in het donker op de Egeïsche Zee tussen Griekenland en Turkije. Een patrouilleboot wordt langs het bootje met migranten gemanoeuvreerd. Het bootje wordt teruggeduwd in de richting van de territoriale wateren van Turkije. De mensen op het bootje schreeuwen en gillen: ze roepen om hulp. Het weer is slecht en de druk van de patrouilleboot leidt ertoe dat het bootje kapseist. Er wordt geen reddingspoging gedaan, integendeel, de patrouilleboot vaart direct weg. Een aantal mensen verdrinkt en de overige migranten worden opgepikt door de Turkse kustwacht. In Turkije worden zij gedetineerd in afwachting van uitzetting naar het land van herkomst, zonder dat ze de mogelijkheid krijgen asiel aan te vragen.

Het uitgangspunt is dat staten en internationale organisaties zelfstandig verantwoordelijk zijn voor schendingen van verdragsverplichtingen.<sup>165</sup>

Van 'directe toerekenbaarheid' is sprake als het gaat om gedragingen door organen of functionarissen van de staat of organisatie zelf, van personen in dienst van de Nederlandse overheid in de uitvoering van aan hen opgedragen werkzaamheden. Dit kan gaan om uitvoerende, wetgevende, rechterlijke of andere (bestuurs)macht. Dit ongeacht of de functies een internationaal of nationaal karakter dragen, en ongeacht of dit orgaan een superieure of een ondergeschikte

<sup>165</sup> Een staatsorgaan kan ook buiten de eigen bevoegdheid handelen (*ultra vires*). Ook dan is sprake van verantwoordelijkheid, maar alleen als het orgaan is opgetreden in zijn officiële functie en binnen het algemene kader van zijn bevoegdheid. In het geval de andere partij wist of had behoren te weten dat het een onbevoegde handeling van het staatsorgaan betrof, dan leidt dit niet tot aansprakelijkheid (Art 7 DARS en art 8 DARIO).

positie binnen de organisatie van de staat heeft.<sup>166</sup> Er is ook sprake van directe toerekenbaarheid als het gaat om gedragingen door organen of functionarissen waarover Nederland effectieve controle heeft.

Bij toerekenbare 'gedragingen' gaat het zowel om handelen (negatieve verplichting om rechten niet te schenden) als nalaten. Dus ook als is *nagelaten* actie te ondernemen om de schending te voorkomen of de ernst ervan te beperken. Dit laatste ziet op de positieve verplichting die volgt uit het respecteren en waarborgen van fundamentele rechten, namelijk om te handelen als er sprake is van wetenschap hebben van een schending. 'Wetenschap hebben' moet worden uitgelegd als 'wist of redelijkerwijs had moeten weten.'<sup>167</sup>

Mensenrechtenschendingen ten gevolge van een pushbackactie kunnen direct worden toegerekend aan Nederland als de actie bijvoorbeeld is uitgevoerd door een Nederlandse patrouilleboot van de Koninklijke Marechaussee (KMar) in eigen territoriale wateren zoals de Noordzee. Dan kan je bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin een migrant wordt 'teruggeduwd' naar het Verenigd Koninkrijk en vanuit daar zonder adequate asielprocedure naar het land van herkomst wordt gestuurd, en daar wordt gedetineerd en gemarteld (indirect refoulement).

Ook kan gedacht worden aan een situatie waarin schendingen door Libië Nederland kunnen worden toegerekend, namelijk als Nederland wist of hadden kunnen weten dat Libië de rechten van migranten zou schenden, en heeft nagelaten om, binnen wat redelijkerwijs binnen het vermogen ligt, in te grijpen om de schending te stoppen en/of de ernst van de schade zoveel mogelijk te beperken. Een voorbeeld is de situatie waarin Nederlandse trainers meevaren met de kustwacht als onderdeel van de training, en zij getuigen zijn van forse mishandelingen of het in directe nood achterlaten van migranten op zee in de uitvoering van een onderscheppingsoperatie. Als zij niet ingrijpen of dit nadertijd niet rapporteren, kunnen zij voor de gevolgen verantwoordelijk worden gesteld, in verhouding tot het daadwerkelijke aandeel in de schendingen.

---

<sup>166</sup> Zie Artikel 4 DARS en artikel 6 DARIO. Hieronder worden ook organen gerekend aan wie enige mate van overheidshandeling is toegedeeld (art 5 DARS). Verder wordt het gedrag van een orgaan dat door een bepaalde staat dan wel ter beschikking is gesteld aan een andere staat gezien als een daad van die ontvangende staat, indien dat orgaan als zodanig in de zendende staat die status heeft en tevens daadwerkelijk elementen van overheidsbevoegdheid van die ontvangende staat uitoefent, i.e. ervan uitgaande dat dat orgaan handelt met toestemming, onder de bevoegdheid, exclusieve leiding en controle, en voor doeleinden van de ontvangende staat (art. 6 DARS). Waar 'staat' staat, kan ook 'internationale organisatie' worden gelezen (7 DARIO).

<sup>167</sup> IGH, *Corfu Channel t. Verenigd Koninkrijk/Albanië*, 9 april 1949.



## 4.4 Indirecte toerekenbaarheid

### Casusbeschrijving: migratiesamenwerking met Afrikaanse landen

Het sluiten van partnerschappen met, onder meer, Afrikaanse landen, is al langere tijd een prioritaire inzet van de EU(-lidstaten) in het kader van migratiemanagement. Zo wordt er ondersteuning geboden bij het opbouwen van nationale asielcapaciteit in transitlanden. Veel van deze EU-, maar ook multilaterale en bilaterale overeenkomsten, zetten met name in op het versterken van grensbeheer ter voorkoming van irreguliere migratie (naar de EU). In verschillende Afrikaanse landen worden grenswachten getraind en financieel en materieel ondersteund om zo gezamenlijk verantwoordelijkheid te nemen voor migratiebeheer. Dit geldt ook voor de Libische kustwacht. Als onderdeel van dit partnerschap voert de Libische kustwacht een actief 'pull back' beleid uit. Zij halen boten van migranten terug voordat deze de EU bereiken, als onderdeel van de bestrijding van mensensmokkel. De opgehaalde migranten komen daarna in detentiecentra terecht waar zij slecht worden behandeld, teruggestuurd naar het land van herkomst zonder asielbeoordeling, achtergelaten in de woestijn in het binnenland of doorverkocht aan mensenhandelaren.

Van indirecte verantwoordelijkheid (oftewel 'medeplichtigheid') voor schending van verdragsverplichtingen is sprake wanneer er een bepaalde betrokkenheid is bij het handelen of nalaten door een andere staat of organisatie.<sup>168</sup> Hiervan is bijvoorbeeld sprake in het geval van hulp of ondersteuning, waarbij het wel moet gaan om een bepaalde mate van (materieële) ondersteuning die significant heeft bijgedragen aan de schending.<sup>169</sup> Andere vormen van betrokkenheid zien op aanwijzing tot, goedkeuring van, controle op of dwanguitoefening<sup>170</sup> ten aanzien van de gedraging door de andere staat.

Bij indirecte verantwoordelijkheid is het van belang dat de handeling of het nalaten ook zou hebben geleid tot een schending als de handeling zelf door de staat of organisatie zou zijn gepleegd. Er geldt dus een lagere bewijsdrempel.

De mate van de verantwoordelijkheid (en aansprakelijkheid) van de ondersteunde staat of organisatie is beperkt tot het aandeel waarin deze heeft bijgedragen aan de schending. De 'hoofdfactor' blijft volledig zelfstandig verantwoordelijk, ongeacht de

<sup>168</sup> H.P. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, 2013. Zie verder Artikel 16-18 DASR en 14-17 DARIO. Bij indirecte verantwoordelijkheid is het van belang dat de handeling of het nalaten ook zou hebben geleid tot een schending als de handeling zelf door de staat of organisatie zou zijn gepleegd.

<sup>169</sup> In het algemeen wordt aangegeven dat dit meer betreft dan een enkel 'zetje' maar dat het moet gaan om een bepaalde mate van materiele ondersteuning. Zie M. Milanović, 'State Responsibility for Genocide: A Follow-Up,' in *European Journal of International Law*, nr 18, 2007, p. 669-682. Het hoeft niet essentieel te zijn, maar moet wel 'significant' hebben bijgedragen. Verder wordt in de toelichting van de ILC bij deze artikelen wordt als extra criterium aangegeven dat deze ondersteuning geboden moet worden met de bedoeling de schending mogelijk te maken. Zie hierover ook T. Strik en A. Terlouw, supra noot 1.

<sup>170</sup> In dat geval is het aandeel verantwoordelijkheid wel groter. Zie hierover International Law Commission, Draft Articles on State Responsibility, Articles 16-18, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, p. 66, para. 5.



bron van de internationale verplichting.<sup>171</sup> Het idee hierachter is dat zo wordt voorkomen dat staten (of internationale organisaties) hun verplichtingen en verantwoordelijkheden ontlopen door anderen opdrachten of toestemming te geven.

Wat zouden nou situaties zijn waarin de vraag aan de orde komt of schendingen van verdragsverplichtingen indirect aan Nederland kunnen worden toegerekend? Een paar (fictieve) voorbeelden: De Libische kustwacht is de afgelopen jaren een aantal keren getraind door een team van Nederlandse ambtenaren. Daarnaast heeft Nederland een financiële bijdrage geleverd aan de aanschaf van nieuwe boten, en heeft het een en ander aan communicatieapparatuur toegestuurd ten behoeve van *border surveillance*. Mede door deze ondersteuning is Libië in staat geweest om de locatie van migrantenboten te bepalen en hen terug te halen. Tripoli is echter in de praktijk geen veilige haven en schendt door de handelingen van de nationale kustwacht internationale verplichtingen, o.a. het non-refoulement beginsel. Zonder de ondersteuning van Nederland was Libië niet in staat geweest om het grensbeheer, in de context waarvan de schendingen plaatsvonden, uit te voeren.<sup>172</sup> Een andere situatie is die waarin de Nederlandse trainers meevaren met een Libische boot en in het kader van de training/als onderdeel van de opleiding de onervaren Libische beambten vertellen en aanwijzingen geven over hoe de actie uit te voeren. Ze aangeven dat geen medische hulp moet worden gegeven en dat rechtshulpverlening geen toegang moet worden gegeven tot onderschepte migranten en dat de Libische beambten hen ook geen asiel moeten laten aanvragen 'omdat de migranten anders nooit weggaan'.

## 4.5 Gezamenlijke of gedeelde verantwoordelijkheid

### 4.5.1 Algemene uitgangspunten

De verantwoordelijkheid voor een internationale onrechtmatige daad ligt in principe bij de handelende staat (of internationale organisatie). Als verschillende actoren gezamenlijk hebben bijgedragen aan de schending en de grenzen tussen hoofdfactor(en) en 'medeplechtigen' onduidelijk zijn, wordt het echter steeds lastiger om vast te stellen welke betrokken staat in welke mate en voor welke schade verantwoordelijk en aansprakelijk kan worden gesteld.

Om die reden is het concept van 'gedeelde verantwoordelijkheid' uitgewerkt in artikel 47 DARS en de artikelen 58-62 DARIO. In het geval van gedeelde verantwoordelijkheid voor een en dezelfde internationale onrechtmatige daad, zijn de betrokken actoren niet aansprakelijk voor hun eigen deel maar ieder volledig

<sup>171</sup> Dit betekent dat het erom gaat dat er sprake is van een schending van een internationale verplichting, en niet op welke bron deze verplichting rust. Zo zijn verschillende landen, zoals Libië, geen partij bij het Vluchtelingenverdrag, maar zijn wel verplicht het verbod op refoulement te respecteren op grond van het internationale recht.

<sup>172</sup> Momenteel is bij het EHRM de zaak *S.S. t. Italië* aanhangig, waarin hoogstwaarschijnlijk ook zal volgen wat de precieze criteria en drempels (zoals 'significant' en de mate waarin intentie tot bijdrage aan schendingen een rol speelt.) zullen zijn. Zie supra noot 14.

voor het geheel. Hierbij doet het er niet toe of de schending direct of indirect toerekenbaar is aan de staat of organisatie, maar deze moet wel significant zijn.

173

### Voorbeeld met meerdere betrokken landen en de EU

In het kader van een gezamenlijk EU-operatie geeft Italië signalen en locatie van een boot in nood op hoge zee door aan Libië. De Libische kustwacht onderschept de boot en verstoort een reddingsoperatie door een van de ngo-schepen die in de buurt is. Er was zowel een Spaanse marine boot als een Portugees vliegtuig in de buurt die beiden geen enkele actie ondernamen. Verschillende mensen verdrinken; de andere worden door de Libiërs teruggevaren naar Tripoli.

Soms zijn er echter zoveel betrokken actoren, dat maar tot een hele beperkte aansprakelijkstelling kan worden gekomen omdat de onderlinge bijdragen dan wel erg klein (niet significant) zijn geworden. Vanuit de wetenschap zijn suggesties naar voren gebracht om dit probleem op te lossen:<sup>174</sup>

- in het geval van schending door gezamenlijke organen, is elke betrokken staat verantwoordelijk voor de gehele schade;
  - alle betrokken staten zijn volledig verantwoordelijk als de afzonderlijke individuele acties culminereren in een internationale onrechtmatige daad;
  - alle betrokken actoren zijn volledig verantwoordelijk als meerdere staten deelnemen aan een gezamenlijke actie die resulteert in een schending ook als de onrechtmatige daad het gevolg is van een handeling van slechts een actor.
- Dit onderdeel van het juridisch kader over aansprakelijkheid is nog volop in ontwikkeling.

## 4.5.2 Verantwoordelijkheid als lid van de EU

### Casusbeschrijving: grensbewaking- en terugkeeractiviteiten aan de oostgrenzen

De Europese Grens- en Kustwacht Frontex wordt op basis van diens nieuwe mandaat ingezet in het grensgebied in Oost-Europa en de Balkanregio. Inmiddels zijn duizenden mensen uit allerlei EU-lidstaten in dienst getreden

<sup>173</sup> EHRM, T.I. t. Verenigd Koninkrijk, 7 maart 2000: *Where States establish international organisations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue cooperation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution.*"

<sup>174</sup> A. Nollkaemper en D. Jacobs, 'Shared responsibility in international law: a conceptual framework,' in: *Michigan Journal of International Law*, nr 34, 2012-2013, p. 359 e.v.; A. Nollkaemper en I. Plakokefalos (red.), *The practice of shared responsibility in international law*, 2017.



van het agentschap. Het budget van Frontex is fors verhoogd om de taken te kunnen uitoefenen en het groeiende personeelsbestand te financieren. Niet alleen ter voorkoming van irreguliere binnenkomst op EU-territoir maar ook voor terugkeeractiviteiten op het grondgebied van landen buiten de EU. Ondanks alle voorbereidingen en interne verbeteringen en trainingen over mensenrechten gaat het mis tijdens een grote operatie aan de net gerealiseerde grensmuren bij Polen, Litouwen en Hongarije. Er komt beeldmateriaal in handen van Europese media waarop is te zien dat grenswachten in dienst van het EU-agentschap migranten mishandelen en vernederen. Ook worden er onderzoeksrapporten uitgebracht over langdurige detentie aan de grens en refoulement na overdracht van migranten aan nationale overheden.

Hoe zit het nu met de (mogelijke) verantwoordelijkheid van Nederland als EU-lidstaat voor het handelen van de EU als internationale organisatie, omdat Nederland een lidstaat is van de EU?

De aansprakelijkheid van staten aangesloten bij een internationale organisatie is een relevant vraagstuk. Door de decennia heen zijn internationale organisaties, naast staten, steeds meer als eigenstandige actoren gaan deelnemen aan het internationale verkeer.<sup>175</sup> De verhouding tussen internationale organisaties en staten die daarbij zijn aangesloten is echter ingewikkeld.<sup>176</sup>

De EU is een internationale organisatie, heeft eigen rechtspersoonlijkheid en is drager van eigen internationale verplichtingen, inclusief het respecteren en waarborgen van mensenrechten.<sup>177</sup> Dit betekent dat het handelen van de EU niet (alleen) beschouwd moet worden als het handelen van een of meer lidstaten gezamenlijk, maar ook als eigenstandig handelen. Zo kan het handelen of nalaten van organen of agentschappen van de organisatie op gelijke wijze aan de organisatie worden toegerekend als aan staten.<sup>178</sup> Internationale organisaties zijn dus zelfstandig verantwoordelijk te houden, en via het leerstuk van de toerekenbaarheid kunnen staten ook verantwoordelijk worden gehouden voor schendingen door internationale organisaties waarbij zij zijn aangesloten.<sup>179</sup> Bij een samenloop van verantwoordelijkheid van een organisatie en een of meerdere staten voor dezelfde schending, kan elke actor volledig aangesproken worden. Dit is om te voorkomen dat betrokken partijen naar elkaar wijzen; nu kunnen ze ieder volledig aangesproken worden (artikel 48 DARIO). Tegelijkertijd zijn meerdere

<sup>175</sup> Zie over dit onderwerp o.a. C. Ryngaert, *Member State Responsibility and International Organizations*, *International Organizations Law Review*, nr. 1, 2015

<sup>176</sup> I.F. Dekker en R.A. Wessel, 'Identities of States in International Organizations'; en C. Brölmann, 'Member States and International Legal Responsibility: Developments of the Institutional Veil', in *International Organizations Law Review*, nr. 1, 2015.

<sup>177</sup> Zie hoofdstuk 3.

<sup>178</sup> De bepalingen uit de ontwerp-artikelen over de verantwoordelijkheid van staten zijn grotendeels gelijk aan die over internationale organisaties. Doel hiervan is het bewaken van uniformiteit in het internationale recht en ter voorkoming van situaties waarin actoren hun verantwoordelijkheid ontlopen door bijvoorbeeld bevoegdheden (onderling) over te dragen.

<sup>179</sup> Een staat is (mede)verantwoordelijk voor het handelen of nalaten van een internationale organisatie, als dit toegerekend kan worden aan de staat. Hiervan is sprake onder dezelfde omstandigheden als bij 'medeplichtigheid' aan gedragingen door andere staten (art. 58-60 DARIO (zie ook bijlage: juridisch kader) en vergelijk para. 3.4). Zie ook Hoge Raad, *Nuhanović t. Nederland*, 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225.



staten aangesloten bij een internationale organisatie. Zij kunnen ook gezien worden als bestuur van de organisatie (zoals bijvoorbeeld de Europese Raad). Nederland kan, al dan niet met andere lidstaten, verantwoordelijkheid dragen voor het handelen door de EU.<sup>180</sup>

Op basis van de ILC-ontwerpartikelen lijkt echter het idee van verantwoordelijkheid op de enkele basis van lidmaatschap terughoudend beoordeeld te moeten worden en moet er sprake zijn van (nadere) betrokkenheid bij de schending.<sup>181</sup> Bijvoorbeeld door het niet nakomen van de positieve verplichting om schendingen te doen beëindigen of de gevolgen ervan te beperken (indirecte toerekenbaarheid).

Naast de (in)directe toerekenbaarheid in algemene zin, zijn er in de ILC-ontwerpartikelen een aantal basisprincipes neergelegd over de verhouding tussen de internationale organisatie en diens lidstaten waar het gaat om verantwoordelijkheid voor schendingen. Deze zijn geformuleerd vanuit het idee dat lidstaten niet via de constructie van 'uitbesteding' van een bepaalde taak aan een internationale organisatie hun verantwoordelijkheid mogen ontlopen (artikel 61 DARIO).<sup>182</sup> Met andere woorden: in het geval lidstaten de (publieke) taak (zoals grensbewaking) overdragen aan de EU, zijn zij daarmee nog niet ontheven van elke verantwoordelijkheid voor gevolgen van de uitvoering van die taak door een EU-agentschap. Artikel 62 gaat daarentegen over de situatie dat een lidstaat (expliciet) verantwoordelijkheid aanvaardt voor het handelen door de internationale organisatie.<sup>183</sup>

#### *Nederland als lidstaat*

Alhoewel dit een rechtsgebied in ontwikkeling is, lijkt het er vooralsnog op dat het enkele feit dat Nederland een lidstaat is van de EU, in principe nog niet dat Nederland daarmee ook automatisch verantwoordelijk is voor schendingen van mensenrechten door de EU. Dit ligt anders als Nederland bij uitvoering van EU-zelf *in command and/or control* is, en er dus sprake is van (in)directe toerekenbaarheid. Het gaat dan immers niet om schendingen door de EU als internationale organisatie, maar om schendingen die zijn gepleegd in de context van de EU (geautoriseerde) activiteiten dan wel ter uitvoering/implementatie van het Unierecht. Of in het geval er in het Unierecht iets anders is afgesproken.<sup>184</sup> Voorbeelden zijn afspraken in *status agreements* met andere landen (218 VWEU), of artikelen 84 en 85 van de Frontex verordening die bepalingen bevatten over nationale civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt

<sup>180</sup> Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV), *Advies inzake Aansprakelijkheid van Internationale Organisaties*, nr. 27, december 2015.

<sup>181</sup> Zie hierover bijvoorbeeld C. Ryngaert en H. Buchanan, 'Member State responsibility for the acts of international organizations' in: *Utrecht Law Review (peer reviewed)*, nr 7-1, januari 2011, p. 132, 136, e.v.

<sup>182</sup> En andersom dus ook.

<sup>183</sup> Hieruit volgt ook het idee dat de lidstaat op actieve wijze betrokkenheid heeft getoond. Zie ook C. Ryngaert en H. Buchanan, *supra* noot 181.

<sup>184</sup> Artikel 64 DARIO bevat een bepaling over *lex specialis*, met andere woorden een specifieke bepaling of overeenkomst tussen een internationale organisatie en de lidstaten gaat boven de principes uit de ILC-ontwerpartikelen.



door teamleden van de permanente EU kust- en grenswacht tijdens een operatie in een ontvangende staat. Gezien de geografische ligging van Nederland ligt dat niet snel voor de hand.

Vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming zou verantwoordelijkheid richting Nederland als EU-lidstaat wellicht aan de orde kunnen komen in het geval er geen effectieve rechtsgang openstaat om de EU (agentschappen) aansprakelijk te stellen, en de toegang tot de rechter in de lidstaat waar de schending heeft plaatsgevonden onvoldoende effectief is. Dit vanuit de gedachte dat er altijd iemand verantwoordelijk moet zijn, juist in het geval van schending van fundamentele rechten en vanuit de gedachte van verplichtingen *erga omnes*.

## 4.6 Concluderende opmerkingen

Naast de constatering dat er een schending van internationale verplichtingen heeft plaatsgevonden, zal sprake moeten zijn van toerekenbaarheid om verantwoordelijkheid vast te kunnen stellen. Daartoe zullen de volgende vragen in ieder geval aan de orde moeten komen:

- wie bepaalde/beval/controleerde de handeling die leidde tot schending (gezag)
- wie wist of had moeten weten van de schending (kennis)
- wie had het mandaat of mogelijkheid om de schending te voorkomen of te stoppen (handelingsruimte).<sup>185</sup>

Het bepalen van de (mate van) verantwoordelijkheid voor schending van verdragsverplichtingen in de uitvoering van EU-asiel en migratiebeleid aan de grenzen en daarbuiten is kort gezegd verre van eenvoudig. Grensbeheer is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de EU en de lidstaten. Er is een complex geheel van juridisch criteria, operationele afspraken, feiten en omstandigheden en bewijsmaatstaven. Om dit geheel te ontwarren en te komen tot verantwoordelijkheidsbepaling en mogelijk ook aansprakelijkheidsstelling is een effectieve rechtsgang en een gedegen feitenvaststelling nodig. In het volgende hoofdstuk gaan wij daarom nader in op de effectiviteit van de rechtsbescherming in de EU.

---

<sup>185</sup> Vrij naar M. Fink, Frontex: Human Rights Responsibility and Access to Justice, april 2020, via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu).



## Hoofdstuk 5

# Effectieve rechtsbescherming

**Effectieve rechtsbescherming betekent dat, wanneer sprake is van een vermeende schending van individuele mensenrechten, toegang moet bestaan tot een effectief rechtsmiddel. Dit hoofdstuk gaat over de mogelijkheden voor een effectieve rechtsgang, en aan welke voorwaarden deze zou moeten voldoen.**

## 5.1 Criteria effectieve rechtsbescherming

Het recht op effectieve rechtsbescherming omvat het principe dat het individu moet kunnen opkomen tegen beslissingen van de overheid in het geval deze het oneens is met de regels of de toepassing ervan, en/of als deze schade heeft geleden.<sup>186</sup> Overigens richt dit recht zich op het proces, en niet op de uitkomst ervan: iemand kan op grond van de inhoud van de claim ongelijk hebben, en tegelijkertijd kan zijn recht op effectieve rechtsbescherming worden of zijn geschonden.

### *Elementen van effectieve rechtsbescherming*

Effectieve rechtsbescherming kent verschillende elementen, die in de jurisprudentie zijn (door)ontwikkeld. Zaken als rechtsbijstand en/of vertegenwoordiging door een derde, toepassing van het gelijkheidsbeginsel, aandacht voor specifieke behoeften van kwetsbare groepen als minderjarigen zijn belangrijk. Ook elementen van tijd zoals behandeling van de claim binnen een redelijke termijn en opschortende werking van het beroep maken onderdeel uit van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>187</sup>

Een belangrijk onderdeel, ook in de context van deze notitie, is het recht op een eerlijk proces (*fair trial*), zoals ook neergelegd in artikel 6 EVRM.<sup>188</sup> Dit ziet kort gezegd op effectieve toegang tot een rechter, het recht op gelijke proceskansen (*equality of arms*) en het recht op een procedure op tegenspraak (*adversarial proceedings*).<sup>189</sup> Criteria als onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter,

<sup>186</sup> Dit is een fundamenteel beginsel dat stevig is verankerd in het Europese migratierecht, zowel in het Unierecht (artikel 47 EU-Handvest), het EVRM (artikel 13) als het internationaal gewoonterecht: A. Prechal, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het Europese migratierecht' in: *A&MR*, 2020-9, p. 436-443. Vanzelfsprekend is dit beginsel ook neergelegd in het nationale recht, waaronder in de Awb. Echter in deze notitie ligt de primaire focus op het internationale en Europese recht, zie paragraaf 3.1.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Uit artikelen 52(3) en 53 van het Handvest volgt dat de Unierechtelijke mensenrechtenverplichtingen ten minste dezelfde bescherming bieden als het EVRM. In de uitleg en toepassing van artikel 47 EU-Handvest wordt derhalve de jurisprudentie over artikel 6 EVRM betrokken.

<sup>189</sup> Artikel 6 EVRM heeft overigens geen absoluut karakter, wat betekent dat er inperkingen op het inroepen/uitoefenen van dit recht mogelijk zijn. Deze beperkingen moeten niet de



zijn toetsstenen voor de effectiviteit rechtsbescherming. Dit is in lijn met de jurisprudentie van het EHRM waaruit volgt dat de vraag naar effectiviteit vooral draait om de samenstelling, mandaat en bevoegdheden. De onafhankelijkheid van de instantie, ten aanzien van beide partijen,<sup>190</sup> is van cruciaal belang.<sup>191</sup> Verder moet het orgaan beschikken over eigen onderzoeksbevoegdheden, en moet het de capaciteit hebben om bindende beslissingen te nemen.

Ook het HvJ heeft zich o.a. uitgelaten over criteria voor 'effective review' in de zaak *La Quadrature du Net*.<sup>192</sup> Hierin stelde het Hof dat er toegang moet zijn tot beoordeling van het handelen of nalaten van rechtshandhavende autoriteiten<sup>193</sup> door een (quasi)gerechtelijke instantie die voldoet aan de voorwaarden voor effectieve rechtsbescherming op grond van artikel 47 EU-Handvest.<sup>194</sup>

#### *Internationale organisaties en effectieve rechtsgang*

Zijn de randvoorwaarden uit de Europese jurisprudentie nu ook van toepassing op de toegang tot een effectieve rechtsgang bij internationale organisaties?

Volgens het EHRM moet de kwaliteit van rechtsbescherming wel 'vergelijkbaar', maar hoeft niet per definitie hetzelfde te zijn: hier wordt onderscheid gemaakt tussen 'soorten' deelnemers aan de internationale rechtsorde. In het geval van een rechtsgang bij een internationale organisatie, moeten eventuele tekortkomingen 'kennelijk ontoereikend' zijn om te spreken van een situatie waarin de kern van het recht op toegang tot de rechter wordt geschonden. Een beroep op algemene tekortkomingen is onvoldoende om deze drempel te bereiken.<sup>195</sup>

Uit de jurisprudentie volgt ook dat de rechtsgang bij internationale organisatie wel aan een aantal voorwaarden moet voldoen. Degenen die rechtspreken moeten voldoende zijn gekwalificeerd, en zij dienen onafhankelijk en onpartijdig te zijn; er moet een mogelijkheid bestaan op tegenspraak; er moet een mogelijkheid bestaan om gehoord te worden en er moet sprake zijn van processuele gelijkheid; de beslissing moet voldoende gemotiveerd worden.<sup>196</sup> Met andere woorden: dit zijn de criteria die tot 'de kern van het recht op toegang tot de rechter' behoren.

Voordat beoordeeld kan worden in hoeverre een rechtsgang effectief is, komt eerst de vraag aan de orde welke opties een individu heeft om een staat en/of de EU verantwoordelijk te houden voor schendingen van verdragsverplichtingen aan de buitengrenzen van de EU.

---

kern van het recht raken, en een legitiem doel dienen en proportioneel zijn ten opzichte van het na te streven doel.

<sup>190</sup> EHRM, *Piersack t. België*, nr. 8692/79, 26 oktober 1984.

<sup>191</sup> EHRM, *Luka t. Roemenië*, nr. 34197/02, 21 juli 2009; EU HvJ, *HK t. Estland*, C-746/18, 2 maart 2021.

<sup>192</sup> EU HvJ, *La Quadrature du Net*, nr. C-511/18, 8 oktober 2020.

<sup>193</sup> E. Guild; 'The Frontex Pushback Controversy. What oversight for Frontex (part I)', 19 april 2021, via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu). Prof. E. Guild legt terecht uit dat de zaken weliswaar materieel verschillend zijn van het onderwerp van (ook) deze notitie, maar dat het wel beiden gaat om gedragingen van handhavende autoriteiten en het in het geding zijn van fundamentele rechten. Grensbeheer en migratiemanagement zijn bij uitstek handhavende dan wel 'coercive' taken.

<sup>194</sup> Zie over de verhouding tussen het EU-Handvest en het EVRM para. 3.1.2.

<sup>195</sup> CAVV, supra noot 180, p. 15-16.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 19.



## 5.2 Toegang tot een effectieve rechtsgang

### 5.2.1 Nationaal

#### *Staat*

Er zijn verschillende manieren om als individu de Nederlandse staat voor de rechter te dagen en te laten toetsen of Nederland heeft gehandeld in strijd met verdragsverplichtingen of nalatig is geweest, ook als de schending buiten het Nederlands grondgebied heeft plaatsgevonden. Ten aanzien van het toelatingsbeleid, dat is gestoeld op internationale verplichtingen, geldt dat besluiten rondom toegangsweigering, toelating en uitzetting door de bestuursrechter in beroep en hoger beroep kunnen worden getoetst. Door de civiele rechter kan verder worden beoordeeld of en in hoeverre Nederland aansprakelijkheid gesteld kan worden voor mensenrechtenschendingen. Een illustratieve nationale zaak rondom aansprakelijkheid voor schendingen van verdragsverplichting is de zaak *Mothers of Srebrenica tegen de Nederlandse Staat*, waarin Nederland voor een deel verantwoordelijk en aansprakelijk was voor het handelen van Dutchbat en vervolgens voor de dood van Bosnische mannen die bij Dutchbat toevlucht hadden gezocht.<sup>197</sup>

#### *Europese Unie*

Het is daarentegen vrijwel onmogelijk om de EU aansprakelijk stellen voor een nationale rechter, nu de EU op basis van artikel 343 VWEU immuniteit geniet ten aanzien van het nationale rechtssysteem, voor zover het gaat om handelingen ter uitvoering van haar taken. Deze immuniteit is onderdeel van het internationale recht en is van essentieel belang voor het onafhankelijk en effectief functioneren van een internationale organisatie. Tegelijkertijd is het vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming lastig uit te leggen dat de rol en invloed van internationale organisaties door uitbreidingen van mandaten en overdracht van bevoegdheden door staten groter wordt, en dezelfde organisatie niet of nauwelijks door individuen kan worden aangesproken op de (ernstige) gevolgen van hun handelen.

Ondanks de aangenomen immuniteit, zou de nationale rechter ambtshalve moeten kunnen onderzoeken of hij bevoegd is kennis te nemen van en uitspraak te doen in zaken tegen internationale organisaties.<sup>198</sup> In het advies over aansprakelijkheid van internationale organisaties constateerde de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (verder CAVV) dat immuniteit uit artikel 343 VWEU in principe helder is, maar dat Europese en nationale jurisprudentie in toenemende mate wijst op spanning met andere internationale verplichtingen. Met name het recht op toegang tot een rechter en een eerlijk proces, en daarmee het recht op effectieve rechtsbescherming, kan in het geding komen wanneer internationale organisaties niet zelf voorzien in toereikende procedures. De verplichting om immuniteit te respecteren komt dan in conflict met andere verdragsverplichtingen,

<sup>197</sup> Zie verder para. 4.2.

<sup>198</sup> Zie supra noot 180, p. 11.

zoals waarborging van artikel 6 EVRM.<sup>199</sup> De CAVV wijst op de gezaghebbende academische trend die mensenrechten 'hoger' acht dan andere internationale rechten en plichten,<sup>200</sup> en dat ook nationale rechters bij immuniteitsvraagstukken de vraag naar de aanwezigheid van een (andere) rechtsgang van groot belang achten in hun afwegingen.<sup>201</sup>

## 5.2.2 Europees

### *Staat*

Alhoewel het mogelijk is voor een individu om een zaak voor te (laten) leggen bij het HvJ, kan dit niet tegen een lidstaat (of een andere persoon). Het HvJ is ook geen beroepsinstantie voor beslissingen van nationale rechters.<sup>202</sup>

Een klacht indienen tegen een staat bij het EHRM behoort wel tot de mogelijkheden. Hierbij moet vanzelfsprekend wel worden voldaan aan de ontvankelijkheidsvereisten, zoals de uitputting van (effectieve) nationale rechtsmiddelen. Dit, tezamen met de lange doorlooptijden bij het EHRM, maakt dat procederen wel een zaak van lange adem is. Het is ook mogelijk om een zogenoemde '*interim measure*' aan te vragen: een maatregel waarbij lopende de procedure aan de staat wordt opgelegd om iets te doen of na te laten, vaak gaat het daarbij in migratiezaken om het opschorten van een uitzetting vanwege mogelijk risico dat dit met zich meebrengt. Ook een verzoek om een *interim measure* moet voldoen aan bepaalde eisen.<sup>203</sup>

### *Europese Unie*

Nu de EU immuniteit geniet voor de nationale rechter, is het vanuit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming relevant te weten in hoeverre er andere mogelijkheden zijn om naar de rechter te stappen (zie vorige paragraaf). Zoals gezegd, de EU is (nog) geen partij bij het EVRM en daarmee is een procedure bij het EHRM (nog) geen optie.

Het HvJ kent wel een mogelijkheid voor individuen tot nietigverklaring van bepaalde handelingen van de EU (artikel 263 VWEU), maar de schendingen van mensenrechten vallen daar niet onder.<sup>204</sup> Een andere optie is de niet-contractuele aansprakelijkstelling op grond van artikelen 268 en 340 lid 2 (VWEU).<sup>205</sup> Uit artikel 268 volgt dat het HvJ exclusief bevoegd is (met andere woorden, er staat geen

---

<sup>199</sup> Ibid., paragraaf 3.

<sup>200</sup> Ibid. p. 16.

<sup>201</sup> Gerechtshof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL8979, r.o. 5.1.3.

<sup>202</sup> Wel kunnen deze een vraag over interpretatie van een bepaling uit het Unierecht voorleggen aan het HvJ ('prejudiciële vraag').

<sup>203</sup> Zie [www.echr.coe.int/Documents/PD\\_interim\\_measures\\_NLD.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_NLD.pdf)

<sup>204</sup> Commissie Meijers, supra noot 126, onder punt 7.

<sup>205</sup> Artikel 268 VWEU: 'Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd kennis te nemen van geschillen over de vergoeding van de in artikel 340 tweede en derde alinea bedoelde schade'. Artikel 340 lid 2 VWEU: 'Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Unie overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.'



weg naar de nationale rechter open). Op basis van artikel 340 VWEU moet het gaan om een inbreuk op een regel waaraan een individu rechten kan ontlenen, en deze inbreuk moet voldoende zwaarwegend zijn.<sup>206</sup> Als er sprake is van een dergelijke aansprakelijkheid, moet de EU 'in overeenstemming de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.' (Artikel 340 VWEU, tweede zin).

Bewijsdrempels in deze procedure zijn hoog en er is weinig transparantie door beperkte toegang tot documenten. Verder is het HvJ tot nog toe terughoudend geweest in de erkenning van aansprakelijkheid. Dit maakt het voor een individueel slachtoffer van bijvoorbeeld pushbacks geen makkelijk toegankelijke procedure.<sup>207</sup> Recentelijk heeft een Nederlands advocatenkantoor een procedure aangehangig gemaakt: het heeft namens een Syrisch gezin Frontex voor het EU-Hof gedaagd. Het is nog niet duidelijk of de zaak ook inhoudelijk in behandeling zal worden genomen.<sup>208</sup>

Zijn er nog alternatieve mogelijkheden binnen het Unierechtelijke kader om verantwoordelijkheid voor mensenrechtenschendingen door de EU, diens instellingen, organen en agentschappen te laten beoordelen?

Zowel de Frontex Verordening (artikel 111) als de nieuwe EUAA Verordening (artikel 48a) voorzien in een individuele klachtenprocedure. De mogelijkheid om als individu een klacht bij Frontex in te dienen vanwege schendingen van diens rechten door medewerkers ingezet tijdens een Frontex-operatie is ingevoerd in 2016 (Verordening 2016/1624). In 2019 werd de bepaling gewijzigd: een klacht kan nu niet alleen worden ingediend tegen het handelen, maar ook tegen het nalatig zijn van de staf die onderdeel uitmaakt van een Frontex-operatie.<sup>209</sup>

Van verschillende kanten is er kritiek op zowel de opzet van de procedure als de uitvoering ervan. De klachtenprocedure zou ineffectief, onvoldoende toegankelijk en weinig zichtbaar zijn.<sup>210</sup> Tot eind 2020 zijn er 69 klachten ingediend, waarvan

<sup>206</sup> Zie meer uitgebreid [www.ecer.minbuza.nl/ecer/dossiers/aansprakelijkheid-van-de-eu/aansprakelijkheid-van-de-eu](http://www.ecer.minbuza.nl/ecer/dossiers/aansprakelijkheid-van-de-eu/aansprakelijkheid-van-de-eu).

<sup>207</sup> Zie hierover M. Fink, 'The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable', in: *German Law Journal*, nr. 21, p. 532-548.

<sup>208</sup> [www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/2021/eu-agentschap-frontex-voor-illegale-pushbacks-aangeklaagd](http://www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/2021/eu-agentschap-frontex-voor-illegale-pushbacks-aangeklaagd), 20 oktober 2021.

<sup>209</sup> Artikel 111 lid 2 Frontex Verordening: 'Any person who is directly affected by the actions or failure to act on the part of staff involved in a joint operation, pilot project, rapid border intervention, migration management support team deployment, return operation, return intervention or an operational activity of the Agency in a third country, and who considers herself/himself to have been the subject of a breach of her/his fundamental rights due to those actions or that failure to act, or any party representing such a person, may submit a complaint in writing to the Agency.'

<sup>210</sup> Zie hierover uitgebreid ECRE, supra noot 133, p. 12.e.v. Zie ook European Parliament, LIBE Committee, *Final Mission Report following the LIBE Mission to the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) in Warsaw, Poland (24-25 February 2020)*, 2020.; European Ombudsman, *Report on the meeting of the European Ombudsman's inquiry team with Frontex representatives, 2021*; FRA, *The revised European Border and Coast Guard Regulation and its fundamental rights implications: Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, 2018.

er 22 ontvankelijk zijn verklaard: te weinig zo stelden critici. Verklaringen die hiervoor worden genoemd, zijn verschillend. Om een klacht te laten behandelen moet iemand 'direct' geraakt zijn door Frontex handelen of nalaten. Dit zou, gezien de ingewikkelde structuur van de operaties, vrij lastig aan te tonen zijn. Praktische drempels worden ook genoemd. Individuele migranten zouden de weg lastig weten te vinden, wat juridische ondersteuning en tolken noodzakelijk maakt. Het is gebleken dat klachten over medewerkers van lidstaten direct werden doorgestuurd naar de lidstaten zonder inhoudelijke beoordeling, waarna er geen follow-up plaatsvond. De Executive Director is (momenteel) zelf verantwoordelijk voor de beoordeling van klachten over het niet nakomen van verplichtingen en voor het nemen van vervolgstappen (artikel 111(6)). De beoordelingscriteria en het tijdsplan van de klachtenafhandeling zijn onduidelijk en er is geen beroep mogelijk.<sup>211</sup>

Geconcludeerd kan worden dat deze klachtenprocedure niet voldoet aan de vereisten van een effectief rechtsmiddel zoals bedoeld in artikel 47 EU-Handvest (zie paragraaf 5.1.). Vanwege alle kritiek en de recente onderzoeken naar de gang van zaken bij Frontex, wordt er door Frontex gewerkt aan verbetering van de huidige klachtenprocedure.<sup>212</sup> Op het moment van het opstellen van deze notitie is de klachtenprocedure bij het EUAA nog in ontwikkeling en zijn er nog geen praktijkervaringen.

### 5.2.3 Internationaal

#### *Staat*

Er is geen mogelijkheid om als individu een zaak te starten tegen een staat voor het Internationale Gerechtshof, aangezien het alleen zaken tussen staten behandelt en adviesaanvragen van VN-instellingen beoordeelt. Het Internationale Strafhof heeft daarentegen alleen rechtsmacht over personen.

Een individu heeft wel de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de toezichthoudende comités bij VN-mensenrechtenverdragen. Deze hebben een sterk gezaghebbend karakter en vaak een bredere interpretatieve werking, maar zijn niet juridisch bindend. Het Kinderrechtencomité heeft enige tijd geleden in een zaak van een pushback van een minderjarige geoordeeld dat dit een schending was van het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> Ibid.

<sup>212</sup> Zie voor voorbeelden van concrete aanbevelingen ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Regulation on the European Border and Coast Guard COM(2018) 631 final*, 2018; Europese Ombudsman, zie supra noot 10.

<sup>213</sup> VN Kinderrechtencomité, *D.D. tegen Spanje*, CRC/C/80/D4/2016, 1 februari 2019. In een andere zaak nam het Kinderrechtencomité extraterritoriale werking van de rechten uit het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK) aan: VN Kinderrechtencomité, *S.H. e.a. tegen Frankrijk*, CRC/C/85/D79/2019, 30 september 2020. Nederland heeft overigens ten aanzien van een aantal klachtencomités geen goedkeuring verleend om individuele klachten in te dienen, waaronder het CRC.

## Europese Unie

Binnen de internationale rechtsorde zijn er weinig mogelijkheden om de EU aansprakelijk te stellen voor schendingen van mensenrechtenverplichtingen. Het Internationaal Gerechtshof heeft geen rechtsmacht aangezien het alleen zaken tussen staten behandelt en adviesaanvragen van VN-instellingen beoordeelt. Momenteel liggen er twee zaken bij het Internationale Strafhof over mensenrechtenschendingen in en rond Griekenland en op de Centraal Mediterrane route, waarin het verzoek is gedaan om hooggeplaatste EU-functionarissen aan te klagen. Er is nog geen beslissing over de ontvankelijkheid ervan bekend.<sup>214</sup>

## 5.3 Effectieve monitoring in de EU

### 5.3.1 Randvoorwaarde effectieve rechtsbescherming

Ook effectieve monitoring van de uitvoering van het EU-asiel- en migratiebeleid en onafhankelijk onderzoek naar schendingen zijn belangrijke randvoorwaarden voor effectieve rechtsbescherming, naast een effectieve rechtsgang. Voor de feitenvaststelling op basis waarvan beoordeeld moet worden of en wie er verantwoordelijk en aansprakelijk is, is het van groot belang dat alle beschikbare informatie op tafel komt, en voor beide partijen beschikbaar is.

De feitenvaststelling is bij (mogelijke) situaties van pushbacks en mensenrechtenschendingen aan de buitengrenzen van de EU, in internationale wateren en op het territorium van andere landen een uitdaging.

Niet alle documenten over verantwoordelijkheidsverdeling zijn openbaar en dus toegankelijk voor externe toetsing.<sup>215</sup> Veel van de (vermeende) schendingen van verdragsverplichtingen vinden daarnaast plaats op plekken die redelijk ontoegankelijk zijn: op volle zee of in militaire zones langs de grens.

Dit is ook gebleken in de eerste onderzoeken naar de betrokkenheid van Frontex bij pushbacks, en de signalen over misdragingen door bijvoorbeeld de Griekse kustwacht:<sup>216</sup> de aantijgingen zijn lastig te bewijzen. Bronnen en instanties weerspreken elkaar, soms zijn er gewoonweg geen getuigen vanwege de ontoegankelijkheid van gebieden. Of de informatie is er wel, maar de slachtoffers zijn zelf niet te traceren.

Effectieve monitoring is noodzakelijk onderdeel van effectieve rechtsbescherming.<sup>217</sup> Ook uit de Europese jurisprudentie volgt dat effectieve en gezaghebbende monitoringsmechanismen, als onderdeel van maatregelen ter voorkoming (en/of beperking van de gevolgen) van mensenrechtenschendingen, van groot belang zijn voor een accurate en onafhankelijke (juridische) feitenvaststelling in concrete gevallen van schendingen.<sup>218</sup> Wat is er precies

<sup>214</sup> Zie supra noot 13.

<sup>215</sup> Dit geldt onder andere voor de 'status agreements'. Zie ook M. Fink, supra noot 185.

<sup>216</sup> Zie paragraaf 2.1.

<sup>217</sup> Zie o.a. Commissie Meijers, supra noot 126 onder punt 4. Zie ook ECRE, supra noot 133, p. 6.

<sup>218</sup> Zie bijvoorbeeld hierover E. Guild, supra noot 193.

voorgevallen, wie waren er bij betrokken en wat was de onderlinge relatie of gezagsstructuur, wie had redelijkerwijs moeten weten wat er gebeurde, was er causaal verband tussen het handelen en de schade? <sup>219</sup> Dit ook mede omdat het vaak langere tijd duurt voordat een zaak voor de rechter komt en dit de feitenverzameling niet altijd ten goede komt.

### 5.3.2 Huidige toezicht- en monitoringsmechanismes

De rol van de **Europese Commissie** om misstanden door handhavingsautoriteiten te onderzoeken en te toetsen is beperkt: '*enforcement of EU law takes place at national level.*'<sup>220</sup> Toch heeft de Commissie wel opties. Als hoeder van het Unierecht (artikel 17(1) VEU) kan zij inbreukprocedures opstarten tegen lidstaten (artikel 258-260 VWEU). Hiertoe heeft de Commissie maar heel beperkt eigen onderzoekscapaciteit, maar baseert zich met name op informatie van derden. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan mediaberichten, onderzoeken, petitie of klachten van (groepen) individuen). Verder kunnen er in de context van evaluaties van de uitvoering van artikel 43 van de Schengengrenscodex onaangekondigde werkbezoeken worden afgelegd. Ook heeft de Commissie de bevoegdheid om te controleren op welke wijze EU-fondsen zijn aangewend, en dan met name of dit in lijn is met het Unierecht.<sup>221</sup>

Het **Fundamental Rights Agency** (FRA) heeft een aantal publicaties uitgebracht over de mensenrechtensituatie aan de buitengrenzen van de EU.<sup>222</sup> Zou het agentschap niet zelf een rol moeten hebben in de monitoring van de naleving van mensenrechtenverplichtingen door de EU-agentschappen? Het FRA heeft momenteel die bevoegdheid niet en is onder het huidige mandaat alleen verantwoordelijk verschuldigd aan het Europees Parlement. Ook is momenteel beperkte capaciteit beschikbaar om daadwerkelijk breder veldonderzoek te doen en is het agentschap voor de financiën afhankelijk van de EU-lidstaten.

Deze beperkingen gelden in zekere zin ook voor de **nationale mensenrechten instituten**. Ze zijn breed geografisch verspreid over de EU en zien monitoring van de naleving van mensenrechten in de lidstaten tot hun taak.<sup>223</sup> In sommige

<sup>219</sup> Zo is onder andere in zaken over de *rendition schemes* die de VS gebruikten in Europese landen voor de ondervraging van terrorismeverdachten het belang van *on site fact finding* en monitoring benadrukt. Zie bijv. EHRM, *El-Mashi t. Macedonië*, nr. 39630/09, 13 december 2021; EHRM, *Nasr en Ghali t. Italië*, nr. 44883/09, 23 februari 2016; EHRM, *Al Nashiri t. Roemenië*, nr. 33234/12, 31 mei 2018.

<sup>220</sup> Zie de speech van EC tijdens de hoorzitting van EP LIBE over de situatie in Griekenland d.d. 6 juli 2020, te vinden via: [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/johansson/announcements/intervention-european-parliament-libe-committee-situation-greenturkish-border-and-respect\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/johansson/announcements/intervention-european-parliament-libe-committee-situation-greenturkish-border-and-respect_en)

<sup>221</sup> Zie hierover nader R. Lannaue, 'The Commission's Proposal for a new Independent Monitoring Mechanism at the external border of the EU: a necessary but limited mechanism, 22 februari 2021, te vinden via [www.eumigrationlablog.eu](http://www.eumigrationlablog.eu).

<sup>222</sup> Zie bijvoorbeeld Fundamental Rights Agency (FRA), *June 2021 Update. Search and Rescue Operations in the Mediterranean and fundamental rights*, 18 juni 2021; FRA, *Migration: Fundamental rights issues at land borders*, 8 december 2020; FRA, *Border Controls and fundamental rights at external borders*, 24 juni 2020; FRA, *Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*, 5 december 2016.

<sup>223</sup> Zie voor diverse nationale rapporten over de mensenrechtensituatie aan de grens: [www.enhri.org/publications-statements/#asylum-and-migration-publications](http://www.enhri.org/publications-statements/#asylum-and-migration-publications).

lidstaten zijn de instituten stevig ingebed in de overheidsstructuur, en worden daardoor niet overal gezien en ervaren als volledig onafhankelijk.

De **Europese Ombudsman** daarentegen kent een formele basis in de institutionele structuur van de EU en is bevoegd om klachten van individuen en organisaties over o.a. schendingen van fundamentele rechten door instellingen, organen en agentschappen van de EU te onderzoeken. Voorwaarde is dat de klagende partij zich op het EU-grondgebied bevindt, ongeacht verblijfsstatus. Een klacht kan ook worden ingediend *namens* iemand die zich buiten de EU bevindt: praktisch gezien kent dit wel beperkingen. Daarnaast kan de Europese Ombudsman zelf een onderzoek starten, zoals het onderzoek naar het handelen door Frontex.<sup>224</sup> Hierbij zijn de individuen wiens rechten zijn geschonden formeel geen partij. De ervaring leert dat ook de Ombudsman in de praktijk problemen heeft met toegang tot documenten en bewijsmateriaal.<sup>225</sup> De bevindingen van de Ombudsman zijn niet juridisch bindend.

### 5.3.3 Criteria voor toekomstige monitoring

In de verordening voor een prescreeningsprocedure als onderdeel van het EU Pact Migratie en Asiel wordt voorzien in het opzetten van een monitoringsysteem aan de buitengrenzen van de EU.<sup>226</sup> Gezien de beperkingen in de huidige systematiek, is dit voorstel zeker welkom.<sup>227</sup>

In reactie op dit voorstel hebben diverse experts overeenkomstige criteria benoemd voor effectieve monitoring van, in dit geval, de praktijk van bewaking van de EU-buitengrenzen, die (mede) zijn gebaseerd op voorwaarden die ontwikkeld zijn vanuit de Europese jurisprudentie.<sup>228</sup> In een dergelijke mechanisme moet er in ieder geval sprake zijn van:

- Een duidelijk en effectief onderzoeksmandaat;
- Institutionele onafhankelijkheid;
- (Directe) Toegang tot bronnen, zoals documenten;
- Adequate financiering en goed-gekwalificeerde staf;
- Afleggen van openbare en gemotiveerde verantwoording ten aanzien van de bevindingen;
- Afdwingbaarheid van maatregelen naar aanleiding van de bevindingen.

De onderhandelingen over en verdere ontwikkeling van het monitoringsmechanisme onder de prescreening-verordening zijn nog in volle gang.

<sup>224</sup> Zie supra noot 10.

<sup>225</sup> E. Guild, 'The Frontex Pushback Controversy. What oversight for Frontex (part II)', 22 april 2021, te vinden via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu)

<sup>226</sup> COM (2020) 612 final, 23 september 2020.

<sup>227</sup> ACVZ, zie supra noot 27; R. Lanneau, zie supra noot 138.

<sup>228</sup> Zie de commentaren op het voorstel inzake het monitoringsmechanisme onder de screeningsverordening: OHCHR en UNHCR, *Note on Joint Consultation on Independent National Monitoring Mechanisms proposed in the EU Pact on Migration and Asylum*, 23 februari 2021; FRA rapporten, zie supra noot 149. ECRE e.a. *Joint NGO statement: Turning rhetoric into reality: New monitoring mechanism at European borders should ensure fundamental rights and accountability*, 10 november 2020; R. Lanneau, supra noot 221.

Discussies richten zich o.a. op de beperkte reikwijdte van het voorstel, zo valt bijvoorbeeld 'border surveillance' er niet onder, evenmin als de grensprocedure die volgt op de screeningsprocedure. Ook zouden de waarborgen voor bijvoorbeeld onafhankelijkheid in de verordening zelf moeten worden opgenomen in plaats van 'slechts' in een onderliggend protocol.<sup>229</sup> Hier is vast het laatste woord nog niet over gezegd.

## 5.4 Concluderende opmerkingen

De toegang tot het een effectieve rechtsgang kan op verschillende manieren en op verschillende niveaus gerealiseerd worden. Vanuit de (Europese) jurisprudentie zijn er ook toetsingskaders en criteria ontwikkeld om handen en voeten te geven aan het recht op effectieve rechtsbescherming.

Waar er, in algemene zin en met name op nationaal en Europees niveau (via het EHRM) mogelijkheden zijn om als burger de staat aan te spreken op diens verantwoordelijkheid voor mensenrechtenschendingen, ligt dat anders ten aanzien van de EU. Ondanks het materieel gezien hoge niveau van de Unierechtelijke bescherming van mensenrechten, zijn de procedurele mogelijkheden om de EU (en de agentschappen) aansprakelijk te stellen via een effectieve rechtsgang beperkt.

Deze beperkingen zijn niet te ondervangen met (interne) klachtenprocedures en (externe) toezicht- en monitoringsmechanismes: het gaat daarbij immers niet om toetsing door een rechtelijke instantie, en dus niet om toegang tot de rechter. De bevindingen, zoals bijvoorbeeld van de Europese Ombudsman zijn niet juridisch bindend en vormen daarom geen effectief rechtsmiddel. Als onderdeel van een gedegen systeem van '*checks and balances*' en effectieve rechtsbescherming zijn zij echter van groot belang. Bijvoorbeeld ten behoeve van documentatie, bewijsgaring en (juridisch) feitenvaststelling. Dat betekent dat deze mechanismes ten volle zouden moeten worden benut.

---

<sup>229</sup> Ibid.

# Bronnen

## Literatuur, rapporten en artikelen

ACVZ, *Advies Strategische Landenbenadering Migratie*, 25 juni 2015

ACVZ, *Advies Op zoek naar veilige(r) landen*, 5 februari 2018

ACVZ, *Advies Secundaire migratie*, november 2019

ACVZ, *Advies Vervoerdersverplichtingen*, 31 januari 2020

ACVZ, *Na woorden nu daden. Policy brief over EU Pact Migratie en Asiel*, 9 november 2020

AIV, *Het Europees asielbeleid. Twee grote akkoorden om de impasse te doorbreken*, 1 december 2020

H.P. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, 2013

N. Blokker, 'Het recht van internationale organisaties' in: *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, 2007

M. Bovens, 'Analyzing and Assessing Public Accountability. A Conceptual Framework,' in: *European Governance Papers (EUROGOV)*, nr C-06-01, 2006

U. Brandl, 'A human right to seek refuge at Europe's external borders: The ECtHR adjusts its case law in M.K. versus Poland,' 11 september 2020, via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu)

C. Brölmann, 'Member States and International Legal Responsibility: Developments of the Institutional Veil', in: *International Organizations Law Review*, nr. 1, 2015

S. Carrera, L. den Hertog en M. Stefan, 'The EU-Turkey deal: reversing 'Lisbonisation' in EU migration and asylum policies,' in: S. Carrera, J. Santos Vara en T. Strik (red), *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis. Legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, 2019

J. Claes, *Towards Mutually Beneficial EU-West African Migration Cooperation*, Clingendael rapport, 30 november 2020

College voor de Rechten van de Mens en Commissie Meijers, *Human act or devil's pact, Human rights aspects of migration agreements between EU and third countries*, 18 mei 2017

Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken, *Advies inzake Aansprakelijkheid van Internationale Organisaties*, nr. 27, december 2015

Commissie Meijers, *Frontex and pushbacks: obligations and accountability*, CM2105, april 2021

Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, *Report of visit to Hungary from 4 to 8 February 2019*, Comm DH(2019)13, 21 mei 2019

R. Continovis, *Pushbacks and lack of accountability at the Greek-Turkish borders*, CEPS Paper 2021-01, februari 2021

J. Crawford, 'The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect' in: *The American Journal of International Law*, vol. 96, nr. 4, oktober 2002, p. 874-890

Danish Refugee Council, *Fundamental Rights and the EU Hotspot Approach*, december 2007

I.F. Dekker en R.A. Wessel, 'Identities of States in International Organizations,' in: *International Organizations Law Review*, nr. 1, 2015

EASO, *Annual Report on the situation of asylum in de European Union*, 2020

ECRE, *A study on the implementation of the hotspots in Italy and Greece*, december 2016

ECRE, *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Regulation on the European Border and Coast Guard COM(2018) 631 final*, 2018

ECRE, *Joint Statement: The Pact on Asylum and Migration*, 6 oktober 2020

ECRE, *Joint NGO statement: Turning rhetoric into reality: New monitoring mechanism at European borders should ensure fundamental rights and accountability*, 10 november 2020

ECRE, *Holding Frontex to Account. ECRE's proposals for strengthening non-judicial mechanisms for scrutiny of Frontex*, policy paper nr. 7, mei 2021

European Parliament, LIBE Committee, *Final Mission Report following the LIBE Mission to the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) in Warsaw, Poland (24-25 February 2020)*, 2020

European Parliament, LIBE Committee, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations. Working document*, 14 juli 2021

European Ombudsman, *Decision in OI/2020/MHZ on the functioning of the European Border and Coast Guard Agency's (Frontex) complaints mechanism for alleged breaches of fundamental rights and the role of the Fundamental Rights Officer*, 15 juni 2021

European Ombudsman, *Report on the meeting of the European Ombudsman's inquiry team with FRONTEX representatives*, 2021

D. Fernandez Rojo, 'From EASO to EU Asylum Agency. Business as usual?,' oktober 2018, via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu)

Melanie Fink, *Frontex and Human Rights: Responsibility in 'Multi- Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, 2018

M. Fink, 'The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable', in: *German Law Journal*, nr. 21, april 2020, p. 532-548

M. Fink, *Frontex: Human Rights Responsibility and Access to Justice*, april 2020, via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu)

Frontex Management Board Working Group, *Fundamental Rights and Legal Operational Aspects of Operations in the Aegean Sea, Final Report*, 1 maart 2021

Frontex Scrutiny Working Group, European Parliament, LIBE Committee, *Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged human rights violations. Working document*, 14 juli 2021

Fundamental Rights Agency, *Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*, 5 december 2016

Fundamental Rights Agency, *The revised European Border and Coast Guard Regulation and its fundamental rights implications: Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, 2018

Fundamental Rights Agency, *Update of the 2016 Opinion on fundamental rights in the hotspot set up in Greece and Italy*, maart 2019



Fundamental Rights Agency, *Migration: Fundamental Rights Issues at Land Borders*, november 2020

Fundamental Rights Agency, *Border Controls and fundamental rights at external borders*, 24 juni 2020

Fundamental Rights Agency, *June 2021 Update. Search and Rescue Operations in the Mediterrean and fundamental rights*, 18 juni 2021

T. Gammeltoft-Hansen en J. Hathaway, 'Non-refoulement in a world of cooperative deterrence,' in: *Columbian Journal of Transnational Law*, 53-2, 2015, p. 266 e.v.

E. Guild, 'The Frontex Pushback Controversy. What oversight for Frontex (part I),' 19 april 2021, via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu)

E. Guild, 'The Frontex Pushback Controversy. What oversight for Frontex (part II),' 22 april 2021, te vinden via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu)

M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, 2012

M. den Heijer, 'Reflections on Refoulement and Collective Expulsions in the Hirsi Case,' in: *International Journal of Refugee Law*, nr. 25-2, 2013, p. 264-290.

M. den Heijer en H. Battjes, 'Is de EU-Turkije deal een verdrag?', 9 april 2016, via <https://verblijfblog.nl/is-de-eu-turkije-deal-eeen-verdrag/>

L. M. Komp, *Border Deaths at Sea under the Right to Life in the European Convention on Human Rights*, 2020.

R. Lannaeu, 'The Commission's Proposal for a new Independent Monitoring Mechanism at the external border of the EU: a necessary but limited mechanism,' 22 februari 2021, via [www.eumigrationlablog.eu](http://www.eumigrationlablog.eu)

T. Lingsma, 'Noodsignaal op zee. De juridische strijd tegen Fort Europa', in: *de Groene Amsterdammer*, nr. 32, 7 augustus 2019

F. Molenaar, *Conflict-Sensitive and Humane Migration Management in the Sahel*, Clingendael rapport, 18 december 2018

V. Moreno-Lax, 'Unpacking Contactless Control: The Architecture of Functional Jurisdiction,' in: *German Law Journal*, nr 21-3, 2020, p. 385-416

V. Moreno-Law, 'A new common European approach to Search and Rescue? Entrenching Proactive Containment,' 3 februari 2021 via [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu)



M. Milanović, 'State Responsibility for Genocide: A Follow- Up,' in: *European Journal of International Law*, nr. 18, 2007, p. 669-682

A. Nollkaemper en D. Jacobs, 'Shared responsibility in international law: a conceptual framework,' in: *Michigan Journal of International Law*, nr 34, 2012-2013, p. 359 e.v.

A. Nollkaemper en I. Plakokefalos (red.), *Principles of Shared Responsibility in International Law: An appraisal of the state of the art*, Shared Responsibility in International Law Series, 2014

A. Nollkaemper en I. Plakokefalos (red.), *The practice of shared responsibility in international law*, 2017

OHCHR en UNHCR, *Note on Joint Consultation on Independent National Monitoring Mechanisms proposed in the EU Pact on Migration and Asylum*, 23 februari 2021

A. Ott, 'The "Contamination" of EU Law by Informalization?: International Arrangements in EU Migration Law,' 29 september 2020, via <https://verfassungsblog.de/the-contamination-of-eu-law-by-informalization/>

Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa, Commissie Juridische Zaken en Mensenrechten, *Accountability of international institutions for human rights violations. Introductory Memorandum*, AS/Jur nr. 17, 10 mei 2013

A. Pijnenburg, 'From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0. in the making in Strasbourg?', in: *European Journal of Migration and Law*, nr. 20, 2018

A. Pijnenburg, 'Containment Instead of Refoulement: Shifting State Responsibility in the Age of Cooperative Migration Control?' in: *Human Rights Law Review*, nr. 20, 3 juni 2020

A. Pijnenburg, *At the Frontiers of State Responsibility. Socio-economic Rights and Cooperation on Migration*, 2021

A. Prechal, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het Europese migratierecht,' in: *Asiel&MigrantenRecht*, nr. 9, 2020

Refugee Rights Europe, *Pushbacks and rights violations at Europe's borders. State of play*, 2020

C. Ryngaert en H. Buchanan, 'Member State responsibility for the acts of international organizations' in: *Utrecht Law Review* (peer reviewed), nr 7-1, januari 2011



C. Ryngaert, Member State Responsibility and International Organizations', in: *International Organizations Law Review*, nr. 1, 2015

O. Shatz en J. Branco, *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court: EU Migration Policies in the Centrale Mediterrean and Libya (2014-2019)*, 2019

T.P. Spijkerboer, 'Bifurcation of people, bifurcation of law: externalization of migration policy before the EU Court of Justice,' in: *Journal of Refugee Studies*, nr. 31(2), 2017, p. 216-239

T. Strik en A. Terlouw, 'Territorialiteit en vluchtelingenrecht: verantwoordelijkheid nemen, afschuiven of delen?' in: *De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie*, NJV 2019, p. 135. e.v.

N.F. Tan en J. Vedsted-Hansen, *Inventory and Typology of EU arrangements with third countries. Instruments and Actors, ASILE project*, januari 2021

UNHCR, *Greece Highlights*, mei 2021

Universiteit Maastricht e.a., '*Decision Making on the Balkanroute and the EU-Turkktet Statement*,' in opdracht van het WODC, september 2019

N. Waters, E. Freudenthal en L. Williams, *Frontex at Fault: European Border Force Complicit in 'Illegal' Pushbacks*, 23 oktober 2020.

M.E. Wijnkoop, 'Het recht op asiel. Zoeken, genieten, krijgen en/of garanderen,' in: *Asiel & Migrantenrecht*, nr. 7, 2013

M.E. Wijnkoop, 'Begrensde mogelijkheden. Het EU Pact Migratie en Asiel en het voorstel over grensprocedures nader bezien,' in: *JNVR*, nr 1, maart 2021

C.W. Wouters, *International legal standards for the protection from refoulement. A legal analysis of the prohibitions of refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, 2009

#### Officiële documenten

UN Doc A/56/10/(2001)

UN Doc CAT/C/41/D/323/2007 (2008)

UN Doc A/Res/66/100 (2011)

UN Doc A/69/277 (2014)

UN Doc A/HRC/47/30 (2021)



COM (2015) 240 final, 13 mei 2015  
COM(2015) 678 final, 15 december 2015  
COM (2016) 85 final, 10 februari 2016  
COM(2016) 271 final, 4 mei 2016  
COM (2020) 609 final, 23 september 2020  
COM(2020) 611 final, 23 september 2020  
COM (2020) 612 final, 23 september 2020

Raadsbesluiten 2015/1523, 14 september 2015  
Raadsbesluiten 2015/1601, 22 september 2015

Kamerstukken II, 27062 nr. 111, 7 mei 2020  
Kamerstukken II, 32317 nr. 700-703, juli 2021  
Kamerstukken II, 21501-03 nr.150, 14 juli 2021  
Kamerstukken II, 32317, nr. 723, 13 december 2021

### Jurisprudentie

IGH, *Reparation for Injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*, 1949

IGH, *Corfu Channel t. Verenigd Koninkrijk/Albanië*, 9 april 1949

IGH, *Nicaragua t. Verenigde Staten*, 26 november 1984

IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, 25 september 1997

IGH, *Bosnian Genocide Case*, 26 februari 2007

EHRM, *Piersack t. België*, nr. 8692/79, 26 oktober 1984

EHRM, *Soering. t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 14/038/88, 7 juli 1989

EHRM, *T.I. t. Verenigd Koninkrijk*, 7 maart 2000

EHRM, *Xhavara t. Italië*, nr. 39473/98, 11 januari 2001

EHRM, *Bankovic e.a. t. België e.a.*, nr. 52207/99, 21 december 2001

EHRM, *Issa e.a. t. Turkije*, nr 31821/96, 16 november 2004

EHRM, *Opuz t. Turkije*, nr. 33401/02, 9 juni 2009

EHRM, *Luka t. Roemenië*, nr. 34197/02, 21 juli 2009

EHRM, *Medvedyev t. Frankrijk*, nr. 37388/97, 29 maart 2010

EHRM, *Al-Saadoon en Mufdhi t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 13284/04, 2 maart 2010

EHRM, *M.S.S v. Griekenland*, nr. 30969/09, 21 januari 2011

EHRM, *Al-Skeini t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 55721/07, 7 juli 2011

EHRM, *Al-Jedda t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 27021/08, 7 juli 2011

EHRM, *Hirsi Jamaa t. Italië*, nr. 27765/09, 23 februari 2012

EHRM, *Tarakhel t. Zwitserland*, nr. 29/217/12, 4 november 2014

EHRM, *Jaloud v. Nederland*, nr. 47708/08, 20 november 2014

EHRM, *Nasr en Ghali t. Italië*, nr. 44883/09, 23 februari 2016

EHRM, *Al Nashiri t. Roemenië*, nr. 33234/12, 31 mei 2018



EHRM, *Ilias en Ahmed t. Hongarije*, nr. 47287/15, 21 november 2019  
EHRM, *N.D. en N.T. t. Spanje*, nrs. 8675/15 en 8697/15, 13 februari 2020  
EHRM, *M.K. e.a. tegen Polen*, nrs. 40503/17, 42902/17 en 43643/17, 23 juli 2020  
EHRM, *R.R. e.a. t. Hongarije*, nr 36037/17, 2 maart 2021  
EHRM, *El-Mashi t. Macedonië*, nr. 39630/09, 13 december 2021  
EHRM, *S.S. e.a. tegen Italië*, nr. 21660/18 (aanhangig)

EU HvJ, *Les Grands Moulins de Paris t. EEG*, 50/86, 8 december 1987  
EU HvJ, *Bergaderm SA t. Europese Commissie*, C 352-98 P, 4 juli 2000  
EU HvJ, *Akerberg Fransson t. Zweden*, C617/10, 7 mei 2013  
EU HvJ, *NF t. Europese Raad*, T192/16, *NG t. Europese Raad* T-193-16 en *NM t. Europese Raad*, T-257/16, 28 februari 2017  
EU HvJ, *Europese Commissie t. Polen, Hongarije en Tsjechië (C-715/17, C-718/17 and C-719/17)*, 2 april 2020  
EU HvJ, *F.M.S. e.a. t. Hongarije*, C-924/19 PPU en C-925/19 PPU, 14 mei 2020  
EU HvJ, *La Quadrature du Net t. Frankrijk*, nr. C-511/18, 8 oktober 2020  
EU HvJ, *Europese Commissie t. Hongarije*, 17 december 2020  
EU HvJ, *HK t. Estland*, C-746/18, 2 maart 2021

VN Anti-Foltercomite, *J.H.A. t. Spanje*, nr. 323/2007, 21 november 2008

VN Kinderrechtencomite, *D.D. tegen Spanje*, CRC/C/80/D4/2016, 1 februari 2019.  
VN Kinderrechtencomite, *S.H. e.a. tegen Frankrijk*, CRC/C/85/D79/2019, 30 september 2020.

Hoge Raad, *Nuhanovic t. Nederland*, 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225

Hoge Raad, *Stichting Mothers of Srebrenica t. Nederlandse Staat*, 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223

Hoge Raad, *Urgenda t. Nederlandse Staat*, 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006

Hoge Raad, *'IS vrouwen' t. Nederlandse Staat*, 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148

#### *Nieuwsberichten en websites*

[www.asser.nl/media/1580/h-7-jurisdictie-andre-de-hoogh-gelij-n-molier.pdf](http://www.asser.nl/media/1580/h-7-jurisdictie-andre-de-hoogh-gelij-n-molier.pdf)

[www.asylumineurope.org](http://www.asylumineurope.org)

[www.coe.int/en/web/cpt/greece](http://www.coe.int/en/web/cpt/greece)

[www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/)

[www.ec.europa.eu/echo/news/bosnia-and-herzegovina-eu-allocates-additional-35-million-support-vulnerable-refugees-and\\_en](http://www.ec.europa.eu/echo/news/bosnia-and-herzegovina-eu-allocates-additional-35-million-support-vulnerable-refugees-and_en)

[www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1706](http://www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706)



[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/johansson/announcements/intervention-european-parliament-libe-committee-situation-greekturkish-border-and-respect\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/johansson/announcements/intervention-european-parliament-libe-committee-situation-greekturkish-border-and-respect_en)  
[www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_21\\_3241](http://www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3241)  
[www.ecer.minbuza.nl/ecer/dossiers/aansprakelijkheid-van-de-eu/aansprakelijkheid-van-de-eu](http://www.ecer.minbuza.nl/ecer/dossiers/aansprakelijkheid-van-de-eu/aansprakelijkheid-van-de-eu)  
[www.echr.coe.int/Documents/PD\\_interim\\_measures\\_NLD.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_NLD.pdf)  
[www.enhri.org/publications-statements/#asylum-and-migration-publications](http://www.enhri.org/publications-statements/#asylum-and-migration-publications)  
[www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210318IPR00301/eu-migration-policy-better-protection-against-human-rights-violations](http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210318IPR00301/eu-migration-policy-better-protection-against-human-rights-violations)  
[www.front-lex.eu/2021/05/25/legal-action-against-frontex-submitted-2/](http://www.front-lex.eu/2021/05/25/legal-action-against-frontex-submitted-2/)  
[www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Starvation-2019.pdf](http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Starvation-2019.pdf)  
[www.infomigrants.net/en/post/31174/unhcr-reprimands-greece-over-more-reports-of-pushbacks-at-sea](http://www.infomigrants.net/en/post/31174/unhcr-reprimands-greece-over-more-reports-of-pushbacks-at-sea)  
[www.lighthousereports.nl/investigations/frontex-in-the-central-mediterranean/](http://www.lighthousereports.nl/investigations/frontex-in-the-central-mediterranean/)  
[www.nos.nl/artikel/2398487-dode-migranten-gevonden-in-grensgebied-polen-wit-rusland](http://www.nos.nl/artikel/2398487-dode-migranten-gevonden-in-grensgebied-polen-wit-rusland)  
[www.nos.nl/artikel/2382822-griekse-politie-verhindert-dat-nederlandse-filmploeg-pushback-filmt](http://www.nos.nl/artikel/2382822-griekse-politie-verhindert-dat-nederlandse-filmploeg-pushback-filmt)  
[www.politico.eu/article/olaf-opens-investigation-on-frontex-for-allegations-of-pushbacks-and-misconduct](http://www.politico.eu/article/olaf-opens-investigation-on-frontex-for-allegations-of-pushbacks-and-misconduct)  
[www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/2021/zaak-tegen-griekenland-vanwege-pushback-minderjarigen](http://www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/2021/zaak-tegen-griekenland-vanwege-pushback-minderjarigen)  
[www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/2021/eu-agentschap-frontex-voor-illegale-pushbacks-aangeklaagd](http://www.prakkendoliveira.nl/nl/nieuws/2021/eu-agentschap-frontex-voor-illegale-pushbacks-aangeklaagd)  
[www.theguardian.com/global-development/2021/may/05/revealed-2000-refugee-deaths-linked-to-eu-pushbacks](http://www.theguardian.com/global-development/2021/may/05/revealed-2000-refugee-deaths-linked-to-eu-pushbacks)  
[www.unhcr.org/news/press/2020/3/5e5d08ad4/unhcr-statement-situation-turkey-eu-border.html](http://www.unhcr.org/news/press/2020/3/5e5d08ad4/unhcr-statement-situation-turkey-eu-border.html)  
[www.volkskrant.nl/columns-opinie/opinie-nederland-is-medeplichtig-aan-dood-van-duizenden-vluchtelingen-op-zee](http://www.volkskrant.nl/columns-opinie/opinie-nederland-is-medeplichtig-aan-dood-van-duizenden-vluchtelingen-op-zee)

