



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Geheime detentiecentra in Oost-Europa. De aansprakelijkheid van staten voor medeplichtigheid bij ernstige mensenrechtenschendingen in de strijd tegen terrorisme

Trampert, J.; Sluiter, G.

DOI

[10.2139/ssrn.3656327](https://doi.org/10.2139/ssrn.3656327)

Publication date

2020

Document Version

Author accepted manuscript

Published in

Orde en verwarring in de stad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Trampert, J., & Sluiter, G. (2020). Geheime detentiecentra in Oost-Europa. De aansprakelijkheid van staten voor medeplichtigheid bij ernstige mensenrechtenschendingen in de strijd tegen terrorisme. In M. Malsch, & J. W. Sap (Eds.), *Orde en verwarring in de stad* (pp. 223-252). (De veilige stad; Vol. 2). Boom criminologie. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3656327>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the Library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)



UNIVERSITY OF AMSTERDAM



GEHEIME DETENTIECENTRA IN OOST-EUROPA: DE
AANSPRAKELIJKHEID VAN STATEN VOOR MEDEPLICHTIGHEID
BIJ ERNSTIGE MENSENRECHTEN-SCHENDINGEN IN DE STRIJD
TEGEN TERRORISME (SECRET DETENTION SITES IN EASTERN
EUROPE: STATE RESPONSIBILITY FOR COMPLICITY IN SERIOUS
HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN THE WAR ON TERROR)

Joëlle Trampert

Göran Sluiter

Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2020-41

Amsterdam Center for International Law No. 2020-16

GEHEIME DETENTIECENTRA IN OOST-EUROPA

DE AANSPRAKELIJKHEID VAN STATEN VOOR MEDEPLICHTIGHEID BIJ ERNSTIGE MENSENRECHTEN-SCHENDINGEN IN DE STRIJD TEGEN TERRORISME

*Joëlle Trampert en Göran Sluiter**

INTRODUCTIE

‘The United States and many other countries are waging a war against terrorism. For our country this war often takes the form of conventional military operations in places like Afghanistan and Iraq. Sometimes this is a political struggle, a war of ideas. It is a struggle waged also by our law enforcement agencies. Often we engage the enemy through the cooperation of our intelligence services with their foreign counterparts. (...) In some situations a terrorist suspect can be extradited according to traditional judicial procedures. But there have long been many other cases where, for some reason, the local government cannot detain or prosecute a suspect, and traditional extradition is not a good option. In those cases the local government can make the sovereign choice to cooperate in a rendition. Such renditions are permissible under international law and are consistent with the responsibilities of those governments to protect their citizens.’¹

Deze woorden sprak toenmalig Minister van Buitenlandse Zaken Condoleezza Rice in december 2005, in reactie op vragen van de Europese Unie (EU), de Raad van Europa en verschillende individuele staten naar aanleiding van de berichten in de media betreffende het optreden van de Verenigde Staten (VS) in de zogenoemde *war on terror*.² Hoewel mevrouw Rice in haar eerste verklaring het bestaan van geheime detentiecentra buiten het grondgebied van de VS noch toegaf noch ontkende, bevestigde toenmalig president George W. Bush in september 2006 dat dergelijke locaties in gebruik waren: ‘In addition to the terrorists held at Guantanamo, a small number of suspected terrorist leaders and operatives captured during the war have been held and questioned outside the United States, in a separate program operated by the Central Intelligence Agency.’ Ook bevestigde hij de toepassing van ‘an alternative set of procedures’.³

* Joëlle Trampert is promovenda aan de Universiteit van Amsterdam. Göran Sluiter is hoogleraar internationaal strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam en hoogleraar straf(proces)recht aan de Open Universiteit te Heerlen. Deze bijdrage maakt onderdeel uit van het door de NWO gefinancierde Vici-project ‘Rethinking the Outer Limits of Secondary Liability for International Crimes and Serious Human Rights Violations’ (zie voor meer informatie: <https://rethinkingslic.org/>). Met dank aan Marijke Malsch en Nicky Touw voor het commentaar op een eerdere versie van dit hoofdstuk.

¹ C. Rice, Remarks Upon Her Departure for Europe, As-Aired, Andrews Air Force Base, 5 december 2005, <https://2001-2009.state.gov/secretary/rm/2005/57602.htm> (laatst geraadpleegd 10 juli 2020) (hierna: Rice, Remarks Upon Her Departure for Europe).

² Zie m.n. D. Priest, ‘CIA holds terror suspects in secret prisons – Debate Is Growing Within Agency About Legality and Morality of Overseas System Set Up After 9/11’, *The Washington Post* 2 november 2005, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/01/AR2005110101644.html (laatst geraadpleegd 10 juli 2020).

³ G.W. Bush, President, President Discusses Creation of Military Commission to Try Suspected Terrorists, The East Room, Washington, DC, 6 september 2006, <https://2001-2009.state.gov/s/ct/rls/rm/2006/71859.htm> (laatst geraadpleegd 10 juli 2020).

In dezelfde verklaring in 2005 verdedigde Rice de praktijk van *rendition* door de VS, onder meer met een verwijzing naar de *Sánchez Ramirez*-zaak van de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.⁴ De *rendition* van Sánchez Ramirez – ook bekend als Carlos – had echter niets te maken met het *extraordinary rendition* programma waar *The Washington Post* eind 2005 over had gerapporteerd. Volgens toenmalig Secretaris Generaal van de Raad van Europa Terry Davis is deze vergelijking dan ook misplaatst: de verdachte in kwestie was gearresteerd op basis van een geldig arrestatiebevel, voor een bevoegde rechter gebracht, en kreeg toegang tot een advocaat en een eerlijk proces.⁵ Het verschil tussen gewone overdracht en *rendition* enerzijds, en *extraordinary rendition*⁶ anderzijds, wordt door professor Suzanne Egan als volgt uitgelegd: ten eerste is er de categorie van verplichte overdracht van individuen door soevereine staten, bijvoorbeeld middels uitlevering of uitwijzing. Bij deze vormen van overdracht is er een wettelijke basis en kan de betrokkene in principe het besluit aanvechten. Voorts bestaat de categorie van *ordinary rendition* of *rendition to justice*, waarbij een staat een individu op het grondgebied van een vreemde staat – al dan niet met de samenwerking maar wel met de goedkeuring van die vreemde staat – kan aanhouden teneinde hem voor een rechter te brengen buiten een normale uitleveringsprocedure om. Hoewel deze categorie omstreden is, is een dergelijke overdracht tussen staten niet per definitie onrechtmatig, mits het tot doel heeft de verdachte te onderwerpen aan een erkende gerechtelijke procedure conform de vereisten van de internationale mensenrechtenverdragen.⁷ Egan verwijst hierbij naar de zaak *Öcalan/Turkije*, waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) tot de conclusie kwam dat de extraterritoriale arrestatie en detentie van de verdachte door Turkse agenten – in een Turks vliegtuig in de internationale zone van een Keniaanse luchthaven en na aanhouding door Keniaanse agenten – geen schending van artikel 5 lid 1 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) opleverde, aangezien de arrestatie en detentie voldeden aan de eisen van de Turkse wet.⁸ Wat betreft de aanhouding van de verdachte in Kenia voorafgaand aan de arrestatie door Turkije, vond het EHRM geen aanwijzingen dat Turkije de

⁴ ‘Rendition is a vital tool in combating transnational terrorism. Its use is not unique to the United States, or to the current administration. (...) One of history’s most infamous terrorists, best known as “Carlos the Jackal”, had participated in murders in Europe and the Middle East. He was finally captured in Sudan in 1994. A rendition by the French government brought him to justice in France, where he is now imprisoned. Indeed, the European Commission of Human Rights rejected Carlos’ claim that his rendition from Sudan was unlawful.’ Zie Rice, Remarks Upon Her Departure for Europe. Zie voor deze zaak Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 24 juni 1996 (*Illich Sánchez Ramirez/Frankrijk*). Een vergelijkbare type *rendition* uitgevoerd door de VS is die van Fawaz Yunis (‘Operation Goldenrod’); zie Court of Appeals, District of Columbia Circuit (Verenigde Staten) 29 januari 1991, 924 F.2d 1086 (*US/Yunis*).

⁵ S. Egan, *Extraordinary Rendition and Human Rights. Examining State Accountability and Complicity*, Cham: Palgrave Pivot 2019, p. 12-13, noot 14, refererend aan T. Davis, Speaking Notes (Council of Europe Parliamentary Assembly Session, 24-30 juni 2006). Zie ook T. Davis, ‘Unlawful Rendition’, *Wall Street Journal* 27 juni 2006, <https://www.wsj.com/articles/SB115137588064391545> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

⁶ Resolutie van het Europees Parlement over het verondersteld gebruik door de CIA van Europese landen voor het vervoer en illegaal vasthouden van gevangenen (2006/2200(INI)) (*PbEU* 2007, C 287E) overweging F: een vertaling van ‘*extraordinary rendition*’ is ‘buitengewone uitlevering’.

⁷ Egan 2019, p. 4-5. Zie ook D. Marty, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states*, Doc. 10957 AS/Jur (2006) 16 Part II (7 juni 2006) (hierna: Eerste Marty Rapport), par. 34. Vgl. *European Human Rights Cases* 2013/92, m.nt H. van der Wilt, par. 2.

⁸ EHRM 12 mei 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199 (*Öcalan/Turkije*), par. 92. Zie ook Egan 2019, p. 5.

soevereiniteit van Kenia niet had gerespecteerd of dat Turkije tekort was geschoten in een andere internationale verplichting.⁹

Bij de derde categorie, die van extraordinary rendition, ontbreekt per definitie elke wettelijke basis. De juridische grondslag voor het aanhouden en overdragen lijkt derhalve doorslaggevend. Maar een ander aspect is ook van belang. In *Babar Ahmad en anderen/Verenigd Koninkrijk* hanteerde het Hof de volgende definitie voor extraordinary rendition: ‘extra-judicial transfer of persons from one jurisdiction or State to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment.’¹⁰ Dit laatste punt, het reële risico om blootgesteld te worden aan foltering en aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen,¹¹ vormt een wezenlijk verschil tussen de rendition waar Rice kennelijk naar verwees enerzijds en de clandestiene methode waar het Amerikaanse programma daadwerkelijk gebruik van heeft gemaakt anderzijds. Het toepassen van ‘alternatieve procedures’ – foltertechnieken – door de CIA om informatie te verkrijgen en de ‘High Value Detainees’ te destabiliseren maakte een intrinsiek onderdeel uit van het extraordinary rendition programma.¹²

De aanslagen van 11 september 2001 raakten met name de VS, maar de schok was op mondiaal niveau te voelen. Het is begrijpelijk dat de VS het voortouw nam in de bestrijding van terrorisme en dat andere landen en internationale organisaties zich blijvend inspanden om terrorisme te voorkomen en de daders van de aanslagen op te sporen en te berechten. Behalve het opsporen en vervolgen van de daders van 9/11, was een van de doelen van het geheime programma ongetwijfeld om de veiligheid van het Amerikaanse volk te waarborgen en wereldwijd veilige steden te behouden en te creëren. Maar naast het feit dat de inzet van deze methoden ontegenzeggelijk in strijd was met het internationaal recht, had het ook averechtse effecten. Dergelijke praktijken raken immers ook de (gevoelens van) veiligheid van burgers, met name burgers in de Europese landen die hebben meegewerkt aan het rendition programma. Zij zullen zich moeten afvragen hoe ver de bescherming van het recht reikt in geval van aanzienlijke politieke druk van machtige buitenlandse mogendheden. Daarenboven is het ongecontroleerde handelen van buitenlandse overheidsfunctionarissen, buiten de wet om, een direct veiligheidsrisico voor alle daarbij betrokken burgers. De centrale vraag in dit hoofdstuk is in hoeverre het samenwerken met de Amerikanen in hun rendition programma, en in het bijzonder het ter beschikking stellen van geheime detentiecentra, resulteert in aansprakelijkheid onder het EVRM voor de ondersteunende en faciliterende Europese landen. Om die vraag te beantwoorden bespreken wij eerst kort de achtergrond van het Amerikaanse programma en de geheime detentiecentra op Europees grondgebied (I). Vervolgens komen een aantal aspecten van de jurisprudentie van het EHRM aan bod (II): de toerekening van de geschonden

⁹ *Öcalan* par. 95, 97-99. Zie ook Egan 2019, p. 5.

¹⁰ EHRM 6 juli 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0706DEC002402707 (*Babar Ahmad en andere/Verenigd Koninkrijk*), par. 81, met verwijzing naar de United Kingdom Intelligence and Security Committee. Zie ook Egan 2019, p. 5.

¹¹ Vgl. art. 3 EVRM.

¹² Voor het leesgemak zal in het hiernavolgende de term ‘rendition’ worden gebruikt in plaats van ‘extraordinary rendition’. Wij bespreken alleen de ‘derde’ categorie van overdracht, te weten het illegale programma van overdracht en uitlevering van de CIA.

verdragsverplichtingen (A); de (voor)kennis van de betreffende staten in Europa (B); de rol en betekenis van diplomatieke garanties (C); en de verdeling van de bewijslast door het Hof (D). Tot slot volgt een conclusie (III).

I. ACHTERGROND VAN DE GEHEIME DETENTIECENTRA IN OOST-EUROPA

Zes dagen na de aanslagen van 11 september 2001, ondertekende president Bush een zogeheten ‘covert action Memorandum of Notification’ waarbij hij de Director of Central Intelligence,¹³ George J. Tenet, machtigde ‘[to] undertake operations designed to capture and detain persons who pose a continuing, serious threat of violence or death to U.S. persons and interests or who are planning terrorist activities’.¹⁴ Deze verklaring wordt gezien als de eerste aanzet van het rendition programma en het in gebruik nemen van detentiecentra voor het opsluiten en verhoren van verdachten buiten de VS in de strijd tegen terrorisme. Het doel van de arrestatie, detentie, overdracht en ondervraging buiten Amerikaans grondgebied was uiteraard om de verdachten te onttrekken aan de bescherming van de Amerikaanse Grondwet (en andere juridische verplichtingen) die, zoals ook de Nederlandse Grondwet, in beginsel geen extraterritoriaal effect heeft.¹⁵

Twee maanden later ondertekende president Bush de ‘Military Order’ voor de ‘Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism’, dat betrekking had op leden van Al Qaeda en de Taliban.¹⁶ Een paar maanden daarna bevestigde het Witte Huis in een persconferentie dat deze als terroristen aangemerkte verdachten geen *prisoners of war* status toekwam op grond van de Derde Geneefse Conventie.¹⁷ Een serie andere memoranda

¹³ De ‘Director of Central Intelligence’ is hoofd van de Amerikaanse CIA.

¹⁴ Memorandum of Notification, 17 september 2001 (vertrouwelijk). Zie S. Rept. 113-288, Report of the Senate Select Committee on Intelligence, Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program together with Foreword by Chairman Feinstein and Additional and Minority Views, 9 december 2014, Findings and Conclusions p. 9/19 en Executive Summary p. 11/499, www.intelligence.senate.gov/publications/committee-study-central-intelligence-agencys-detention-and-interrogation-program (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). Zie ook EHRM 31 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0531JUD004645411 (*Abu Zubaydah/Litouwen*), par. 26.

¹⁵ Vgl. D. Marty, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states*, Doc. 11302 rev., 7 juni 2007 (hierna: Tweede Marty Rapport), par. 34.

¹⁶ Military Order, 13 november 2001, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20011113.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

¹⁷ Zie Memo from John Yoo, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense, Subject: Application of Treaties and Laws to Al Qaeda and Taliban Detainees, 9 januari 2002, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020109.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). Dit memorandum is uiteindelijk gefinaliseerd, ondertekend en naar het Witte Huis gezonden door Jay Bybee op 22 januari 2002, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020122.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). Zie ook de persconferentie met Ari Fleischer op 28 januari 2002, <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020128-11.html> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020): ‘(...) as for the people who are the detainees who are being held in Cuba, the determination has been made that they are not and will not be considered POWs. That, in the tradition of this country, and it should go without saying, that anybody in the custody of our military will, at all times, be treated humanely. That is the American way.’ Zie verder Memo from George W. Bush to the Vice President, Secretary of State, Secretary of Defense, Attorney General et. al., Subject: Humane Treatment of Taliban and al-Qaeda, 7 februari 2002, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020207-2.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

perkte de rechten van de verdachten in Guantánamo Bay verder in.¹⁸ De legitimatie van het rendition programma als zodanig kwam per memorandum van 13 maart 2002 van Jay S. Bybee. Bybee, toen assistant Attorney General in de Bush-administratie, beargumenteerde dat de president het recht had om verdachten die gevangen waren genomen in de war on terror over te dragen aan andere landen, ongeacht of ze daar zouden worden gemarteld.¹⁹ Net als de Geneefse Conventies werd ook het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en onterende behandeling of bestraffing (CAT)²⁰ buiten toepassing verklaard, en wel omdat het net als veel andere mensenrechtenverdragen in beginsel geen extraterritoriale werking heeft. In de regel is het overdragen van een gevangene vanuit het eigen territoir naar een derde land, wanneer er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat hij daar gevaar zou lopen te worden onderworpen aan foltering, in strijd met artikel 3 CAT. Maar dit verbod geldt naar de letterlijke tekst van het verdrag niet indien een gevangene zich reeds buiten het territoir van de staat bevindt, zoals in

¹⁸ De gedachte was dat federale rechters geen *habeas corpus* verzoeken zouden kunnen behandelen van gedetineerden in Guantánamo Bay, omdat dit detentiecentrum zich buiten het 'soevereine territoir' van de VS bevindt: zie Memo from the Office of the Deputy Assistant Attorney General to William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense, 28 december 2001, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20011228.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). Tevens presenteerden drie memoranda van het Department of Justice een reeks argumenten die de basis zouden vormen voor de goedkeuring van foltering van gedetineerden in de war on terror: zie Memo from Assistant Attorney General Jay S. Bybee to White House Counsel Alberto R. Gonzales, Subject: Standards of Conduct for Interrogation under 18 USC §§2340-2340A, 1 augustus 2002, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020801-1.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020); Memo from Deputy Assistant Attorney General John C. Yoo of the Office of Legal Counsel to White House Counsel Alberto R. Gonzales, Subject: Interrogation Methods Used on Captured al Qaeda Operatives, 1 augustus 2002, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020801-3.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020); en Memo from Assistant Attorney General Jay S. Bybee to Acting General Counsel of the Central Intelligence Agency John Rizzo, Subject: Interrogation of an al Qaeda Operative, 1 augustus 2002, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020801-2.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). NB: hoewel de inhoud van dit memorandum vrijwel helemaal weg is gelakt, is een nagenoeg schone versie vindbaar op het internet. De inhoud betreft het 'advies' (m.a.w. de 'rechtvaardiging') wat betreft het toepassen van bepaalde 'enhanced interrogation' technieken op Abu Zubaydah. Op 2 december 2002 keurde Secretary of Defense Donald Rumsfeld bepaalde ondervragingstechnieken goed, onder andere 'hooding', ontkleding, sensorische deprivatie, isolatie, stressposities en het gebruik van honden om stress te veroorzaken. Zie Memo from William J. Haynes II, General Counsel, to the Secretary of Defense, Subject: Counter-Resistance Techniques, 27 november 2002, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20021127-1.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). Een maand later trok Rumsfeld zijn goedkeuring voor enkele ondervragingstechnieken in. Vanaf dat moment stond hij het gebruik van hardere technieken alleen toe als deze in een individueel geval gerechtvaardigd waren en expliciet door hem waren goedgekeurd. Zie Memo from the Secretary of Defense Donald Rumsfeld for Commander USSOUTHCOM, Subject: Counter-Resistance Techniques, 15 januari 2003, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20030115-1.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). Enkele maanden daarna werden een aantal andere technieken weer toegevoegd voor gebruik in Guantánamo Bay. Zie Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy and Operational Considerations, 4 april 2003, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20030404.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020) en Memo from Secretary of Defense Donald Rumsfeld for the Commander, US Southern Command, Subject: Counter-Resistance Techniques in the War on Terrorism, 16 april 2003, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20030416.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

¹⁹ Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense, Subject: The President's power as Commander in Chief to transfer captured terrorists to the control and custody of foreign nations, 13 maart 2002, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020313.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

²⁰ Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing (UN-Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) (aangenomen op 10 december 1984, in werking getreden op 26 juni 1987), 1465 UNTS 85 (CAT).

het geval van de gevangenen in Afghanistan of Guantánamo Bay. Tot slot concludeerde Bybee wat betreft de eventuele individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de betrokkenen: ‘so long as the United States does not intend for a detainee to be tortured post-transfer, however, no criminal liability will attach to a transfer, even if the foreign country receiving the detainee does torture him.’²¹

Het programma werd steeds verder uitgebreid, maar de Central Intelligence Agency (CIA) kon het niet alleen; de hulp van andere staten werd ingeroepen.²² De Zwitserse senator Dick Marty, die in 2005 door de Raad van Europa werd aangesteld om de vermeende betrokkenheid van Europese lidstaten bij het detineren en vervoeren van verdachten voor de CIA te onderzoeken, omschreef het programma, en meer specifiek de ontwikkeling en uitbreiding ervan, als een ‘spinnenweb’ dat zich over de wereld uitstreckte.²³ De bevindingen van dit ‘Eerste Marty Rapport’ toonden aan dat verschillende Europese staten inderdaad hadden meegewerkt met de VS door het toestaan van geheime detentiecentra en onrechtmatige interstatelijke overdracht van toen nog onbekende personen.²⁴ Roemenië en Polen werden aangewezen als landen met geheime detentiecentra, zowel door senator Marty als door verschillende NGO’s.²⁵ De term ‘geheim detentiecentrum’ omvat overigens niet alleen (geheime) gevangnissen, maar ook plaatsen waar verdachten *incommunicado*²⁶ worden gehouden, zoals privéappartementen, politiebureaus of hotelkamers, zoals in het geval van Khaled El-Masri in Skopje, Macedonië.²⁷

De zaak *El-Masri/Macedonië* was de eerste in de reeks rendition-jurisprudentie bij het EHRM. De Duitse El-Masri ging eind 2003 op vakantie naar Macedonië, toen hij op de Servisch-Macedonische grens werd aangehouden wegens zogenaamde onregelmatigheden met zijn paspoort. Hij werd ondervraagd door de Macedonische autoriteiten en vervolgens naar een hotel in Skopje gebracht. Daar werd hij vastgehouden en herhaaldelijk ondervraagd over vermeende banden met islamitische terroristen, zonder enig contact met de buitenwereld. Na 23 dagen werd hij geblinddoekt naar het vliegveld gebracht, waar hij in elkaar werd geslagen, werd uitgekleed en met een hard object anaal werd verkracht. Vervolgens werd hij geluierd, opnieuw geblinddoekt en geboeid naar een vliegtuig gebracht, waar hij aan de grond werd vastgeketend.

²¹ Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense, Subject: The President’s power as Commander in Chief to transfer captured terrorists to the control and custody of foreign nations, 13 maart 2002, p. 26, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020313.pdf> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

²² Dit is ook bevestigd door het EHRM: zie EHRM 24 juli 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD000751113 (*Abu Zubaydah/Polen*), par. 524 en EHRM 24 juli 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0724JUD002876111 (*Al Nashiri/Polen*), par. 530: ‘The rendition operations had therefore largely depended on cooperation, assistance an [sic] active involvement of the countries which put at the USA’s disposal their airspace, airports for the landing of aircraft transporting CIA prisoners and, last but not least, premises on which the prisoners could be securely detained and interrogated.’

²³ Eerste Marty Rapport, par. 24-26.

²⁴ Eerste Marty Rapport, conclusie, par. 288-289.

²⁵ Eerste Marty Rapport, par. 56-75. Dit werd bevestigd in het Tweede Marty Report.

²⁶ *Incommunicado* detentie betekent detentie waarbij de gedetineerde volledig is afgezonderd van de buitenwereld; geïsoleerde opsluiting.

²⁷ Zie Verslag van het Europees Parlement over verondersteld gebruik door de CIA van Europese landen voor het vervoer en illegaal vasthouden van gevangenen (2006/2200(INI)), A6-0020/2007, 30 januari 2007, par. 150. Zie ook www.therenditionproject.org.uk/about/issues/secret-detention.html#defining-sd (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

Gedrogeerd werd hij naar Bagdad gevlogen, en vervolgens naar Kabul. Hier werd hij wederom gedetineerd, ondervraagd en gemarteld. In mei 2004 werd El-Masri opgehaald uit de gevangenis in Kabul en vervoerd naar Albanië. Eenmaal hier aangekomen werd hij onder begeleiding terug naar Duitsland gevlogen.²⁸ Wat bleek: de CIA had de verkeerde man te pakken.

De feitencomplexen van de andere zaken voor het Hof zijn verschillend (en betreffen geen vergissing in de identiteit van de verdachten), maar de gebruikte methoden door de CIA – en, zoals zal blijken, de manier waarop Europese lidstaten samenwerkten met de CIA – lopen als een rode draad door de jurisprudentie. Het EHRM heeft tot nu toe Noord-Macedonië, Polen, Italië, Roemenië en Litouwen aansprakelijk gehouden voor hun rol in het Amerikaanse rendition programma. Hierbij zijn interessante beslissingen genomen wat betreft de toerekening van de verwijtbare handelingen, de vaststelling van de wetenschap van de betrokken lidstaten, de functie van diplomatieke garanties en de verdeling van de bewijslast.

II. JURISPRUDENTIE VAN HET EHRM

A. De toerekening van de geschonden verdragsverplichtingen

Het moge duidelijk zijn dat het rendition programma op meerdere punten in strijd is met het EVRM, van het recht op een eerlijk proces tot het recht op familieleven en het folterverbod. De voor deze bijdrage interessante verdragsverplichtingen betreffen voornamelijk artikel 3 EVRM – het verbod van foltering – en artikel 5 EVRM – het recht op vrijheid.

Het uitgangspunt in het internationaal publiekrecht is dat staten aansprakelijk zijn voor hun eigen schendingen van internationale verplichtingen.²⁹ Maar ook als staten andere staten faciliteren bij het begaan van een onrechtmatige daad onder internationaal recht, kunnen eerstgenoemden aansprakelijk worden gehouden op basis van medeplichtigheid. Dit is neergelegd in artikel 16 van de Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) van de International Law Commission van de Verenigde Naties (ILC).³⁰ Het medeplichtigheidsbegrip zoals toegepast door het Hof vertoont kenmerken van de regel vervat in artikel 16 ARSIWA.³¹ Daarnaast baseert het Hof de aansprakelijkheid voor de schending van artikel 3 en 5 EVRM ook op het refolementverbod en positieve verplichtingen. Waar aansprakelijkheid voor de schending van artikel 3 EVRM is gebaseerd op een ruime interpretatie van het refolementverbod en de relevante positieve verplichtingen, gaat het Hof

²⁸ Eerste Marty Rapport, par. 93-101.

²⁹ Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), art. 1 (hierna: ARSIWA).

³⁰ Art. 16 Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act:

‘A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

(a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and

(b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.’

³¹ De regel in art. 16 ARSIWA is een regel van internationaal gewoonterecht. Zie Internationaal Gerechtshof 26 februari 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina/Serbia and Montenegro)*, par. 420.

in de toerekening van de schending van artikel 5 EVRM verder, en lijkt het een eigen, nieuwe toerekeningsgrond te ontwikkelen.³²

Deze paragraaf zal de bevindingen van het Hof voor de schendingen van artikel 3 en 5 EVRM los reconstrueren. Het Hof heeft tevens aandacht besteed aan de zogeheten procedurele tak van beide verplichtingen, namelijk de verplichting om effectief onderzoek te doen naar een vermeende schending van de verplichting. Met het oog op de beperkte omvang van deze bijdrage zal dit aspect echter buiten beschouwing worden gelaten.

1. Het verbod van foltering

Het EHRM maakte bij de bespreking van de schending van artikel 3 EVRM in *El-Masri/Macedonië* onderscheid tussen drie fasen: de onmenselijke of vernederende behandeling van El-Masri door de CIA in het hotel in Skopje, de mishandeling van El-Masri bij de luchthaven, en tot slot de inbreuk op zijn rechten tijdens de overdracht van Macedonië naar een andere *black site* in Afghanistan.³³ Voor de beoordeling van dit laatste punt, de overdracht, paste het Hof het refoulementverbod van artikel 3 EVRM toe.³⁴ Het beginsel van non-refoulement houdt in dat een staat een individu niet mag overdragen aan een andere staat als diegene daarmee wordt blootgesteld aan het reële risico op behandeling in strijd met zijn of haar rechten onder artikel 3 EVRM.³⁵ Het Hof voegde hier in het welbekende *Soering*-arrest aan toe dat lidstaten – in het kader van uitlevering – individuen die zich binnen hun rechtsmacht bevinden moeten beschermen tegen dreigende schendingen van hun rechten door een derde staat, ook indien die staat geen partij is bij het EVRM.³⁶ Deze verplichting is absoluut; er kan niet van worden afgeweken door een belangenafweging te maken tussen het risico voor het individu en de nationale veiligheid.³⁷

De verantwoordelijkheid van Macedonië voor El-Masri's overdracht aan de Amerikaanse autoriteiten werd vastgesteld op grond van een aantal verschillende punten: het ontbreken van enige juridische basis voor zijn overdracht; de voorkennis van Macedonië over de bestemming van het gebruikte rendition vliegtuig en de wetenschap dat het ging om een buitengewone uitlevering (zie hierna); en het feit dat Macedonië had nagelaten om diplomatieke garanties te verzoeken van de VS teneinde het risico dat El-Masri zou worden mishandeld af te wenden (zie hierna).³⁸ Het Hof concludeerde dat Macedonië El-Masri met deze overdracht inderdaad bewust had blootgesteld aan een risico op behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, en benadrukte dat

³² Egan 2019, p. 98-99.

³³ Zie ook Van der Wilt 2013, par. 7-9.

³⁴ EHRM 12 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1213JUD003963009 (*El-Masri/Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), par. 212.

³⁵ Vgl. op het gebied van asiel art. 19 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het beginsel van *non-refoulement* komt oorspronkelijk uit art. 33 lid 1 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen van 1951.

³⁶ EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook *El-Masri* par. 212.

³⁷ EHRM 28 februari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0228JUD003720106 (*Saadi/Italië*), par. 138 en 139.

³⁸ *El-Masri* par. 216-219.

het hier ging om een extraordinary rendition.³⁹ Het verdient te worden opgemerkt dat Macedonië aansprakelijk werd gehouden voor het blootstellen aan het risico op behandeling in strijd met artikel 3 EVRM en niet voor de uiteindelijke foltering in Afghanistan zelf. Dit is geheel in lijn met de eerdere jurisprudentie van het Hof in dit kader.⁴⁰

Tijdens de opsluiting in de hotelkamer in Skopje werd El-Masri – onder de onafgebroken bewaking van Macedonische veiligheidsagenten – ondervraagd in een taal die hij niet machtig was en bedreigd met een vuurwapen. Hij mocht geen contact hebben met personen anders dan zijn ondervragers. Hoewel er geen fysiek geweld werd gebruikt, oordeelde het Hof toch dat deze condities het niveau bereikten van onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM. El-Masri verkeerde hierdoor namelijk in een constante staat van angst over zijn lot. Tevens was de hotelkamer duidelijk een buitengewone plaats van detentie, hetgeen bijdroeg aan zijn lijden. Voor dit alles gaf de staat geen rechtvaardiging.⁴¹ Het Hof rekende dit toe aan Macedonië, aangezien dit alles plaatsvond in het bijzijn en met de medewerking van de Macedonische autoriteiten.⁴² Op grond van de verplichting van de staat onder artikel 1 EVRM om eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden in het EVRM te verzekeren in samenhang met artikel 3 EVRM, had Macedonië redelijke stappen moeten nemen om een risico op mishandeling, waarvan zij het bestaan wist of hadden moeten weten, te voorkomen.⁴³

Waar het in de hotelkamer nog ‘slechts’ ging om onmenselijke of vernederende behandeling, werd El-Masri vervolgens op het vliegveld zodanig fysiek mishandeld door de CIA dat er sprake was van foltering.⁴⁴ De Macedonische veiligheidsagenten waren weliswaar aanwezig toen El-Masri aan boord van het rendition vliegtuig werd genomen, maar hebben El-Masri zelf niet gefolterd.⁴⁵ Het Hof rekende deze gedragingen toch toe aan Macedonië. Daarbij werd benadrukt dat een en ander had plaatsgevonden in de aanwezigheid van Macedonische agenten en op Macedonisch grondgebied. Macedonië werd dan ook aansprakelijk bevonden ‘voor gedragingen verricht door buitenlandse ambtenaren op haar grondgebied met de formele of stilzwijgende toestemming van haar autoriteiten’.⁴⁶ Het Hof concludeerde dat Macedonië ‘direct aansprakelijk’ was voor de schending van El-Masri’s rechten onder de materiële tak van artikel 3 EVRM, nu haar agenten ‘actief hadden gefaciliteerd en geen maatregelen hadden getroffen die in de omstandigheden van het geval nodig zouden kunnen zijn geweest om te

³⁹ *El-Masri* par. 220-221.

⁴⁰ Zie M. Jackson, *Complicity in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 194:

‘Macedonia’s role in the removal of the applicant in his rendition to Afghanistan entails a straightforward application of the *non-refoulement* obligation stemming from *Soering*’ (met verwijzing naar par. 212-222).

⁴¹ *El-Masri* par. 200-204.

⁴² *El-Masri* par. 223.

⁴³ *El-Masri* par. 198 en 218.

⁴⁴ *El-Masri* par. 205 en 211.

⁴⁵ *El-Masri* par. 205.

⁴⁶ *El-Masri* par. 206, met verwijzing naar EHRM 8 juli 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD004878799 (*Ilaşcu en anderen/Moldavië en Rusland*), par. 318. Originele Engelse tekst: ‘(...) for acts performed by foreign officials on its territory with the *acquiescence or connivance* of its authorities’ en FR: ‘(...) à raison des actes commis sur son territoire par des agents d’un Etat étranger, avec *l’approbation formelle ou tacite* de ses autorités’ [cursivering toegevoegd].

voorkomen dat de schending zich zou voordoen'.⁴⁷ In deze bewoordingen zijn twee verschillende concepten te herkennen: het actief vergemakkelijken en het niet nemen van maatregelen. Het actief vergemakkelijken van foltering kan overlappen met het – bewust – nalaten om maatregelen te nemen, maar er is een belangrijk conceptueel verschil. De formulering 'actively facilitated' geeft aan dat het Hof waarschijnlijk meer voor ogen had dan het vaststellen van een schending van een positieve verplichting (te weten het nemen van redelijke stappen om folteren te voorkomen) alleen. Gesteld zou kunnen worden dat het Hof aansluiting zocht bij het concept van medeplichtigheid in artikel 16 ARSIWA. Het Hof heeft artikel 16 ARSIWA genoemd onder het kopje van het toepasselijk recht,⁴⁸ alleen is deze bepaling vervolgens niet toegepast. Bovendien werkt artikel 16 ARSIWA fundamenteel verschillend: onder artikel 16 is de medeplichtige staat alleen aansprakelijk voor haar eigen aandeel in de onrechtmatige daad, en niet voor de schending (en de schade) als geheel. In dit opzicht biedt artikel 16 ARSIWA ook geen basis voor toerekening van de gedraging van agenten van de geassisteerde staat (i.c. de VS) aan de assisterende staat (i.c. Macedonië). Het EHRM heeft dit faciliteren hier kennelijk juist wel gebruikt als basis voor toerekening van de gedraging.⁴⁹

De zaak *Nasr en Ghali/Italië* vertoont sterke overeenkomsten met de zaak tegen Macedonië. De Egyptische Osama Mustafa Nasr, ook bekend als Abu Omar, werd middels dezelfde methode ontvoerd. Midden op de dag in het midden van Milaan, werd Abu Omar op 17 februari 2003 door onbekende mannen overmeesterd en in een busje geduwd. Vanuit Italië, waar hij verbleef op grond van zijn vluchtelingenstatus, werd hij via de Duitse luchtbasis Ramstein naar Egypte gevlogen, waar hij tot 2007 werd gedetineerd en gemarteld.⁵⁰ Het Hof hield Italië verantwoordelijk voor het schenden van de materiële verplichting van artikel 3 EVRM, op basis van een combinatie van het refoulementverbod en de positieve verplichting om stappen te nemen teneinde te verzekeren dat ieders rechten binnen de Italiaanse rechtsmacht waren gewaarborgd.⁵¹ In het kader van dit laatste benadrukte het Hof expliciet dat Italië 'direct aansprakelijk' was voor de schending van Abu Omar's rechten onder artikel 3 EVRM, omdat de staat had nagelaten de maatregelen te nemen die noodzakelijk zouden zijn geweest om de schending te voorkomen.⁵²

Nog voor de zaak van Abu Omar boog het Hof zich over de verzoekschriften van *Al Nashiri en Abu Zubaydah/Polen*. De mannen waren in verschillende derde landen opgepakt en vervolgens naar een detentiecentrum in Thailand gebracht, waarna zij naar Polen waren gevlogen, en vanuit daar naar Guantánamo Bay. Hoogstwaarschijnlijk zijn beiden hier preventief weggehaald in 2004 omdat de VS vreesde voor een uitspraak van de Supreme Court die gedetineerden in

⁴⁷ *El-Masri* par. 211.

⁴⁸ *El-Masri* par. 97.

⁴⁹ Egan 2019, p. 94-95.

⁵⁰ Eerste Marty Rapport, par. 162. Zie ook EHRM 23 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD004488309 (*Nasr en Ghali/Italië*), par. 289.

⁵¹ *Nasr en Ghali* par. 288-289.

⁵² *Nasr en Ghali* par. 289, met verwijzing naar *El-Masri* par. 211, en *Al Nashiri / Polen* par. 517.

Guantánamo het recht op juridische bijstand en ‘*habeas corpus* review’ zou verlenen.⁵³ Vanuit hier maakten de gedetineerden een rendition ‘circuit’, waarbij zij via Marokko naar respectievelijk Roemenië en Litouwen werden gebracht. Beiden zijn nu weer – via een rendition naar Afghanistan – gedetineerd in Guantánamo Bay.⁵⁴

In plaats van de ontvoering van verdachten door de CIA direct te faciliteren, stelde Polen een militaire basis in Stare Kiejkuty, met als codenaam ‘Detention Site Blue’, ter beschikking aan de CIA.⁵⁵ In de zaken van Al Nashiri en Abu Zubaydah tegen Polen kwalificeert het Hof de aansprakelijkheid van Polen onder de noemer van ‘medeplichtigheid’ (‘complicity’).⁵⁶ In *Al Nashiri* voerde zowel de verzoekende partij als Amnesty International en de International Commission of Jurists aan dat artikel 16 ARSIWA van toepassing was.⁵⁷ Hoewel het Hof zich niet expliciet uitsprak op dit punt, werd wederom geconcludeerd dat een verdragspartij bij het EVRM verantwoordelijk was voor de mishandeling door de CIA op basis van de (positieve) verplichtingen van de staat ex artikel 1 in samenhang met artikel 3 EVRM: ‘voor alle praktische doeleinden heeft [Polen] het gehele proces gefaciliteerd, de voorwaarden geschapen om het te laten gebeuren en nagelaten om het te voorkomen.’⁵⁸ Omdat de gedragingen van de CIA plaatsvonden met de formele of stilzwijgende toestemming van de Poolse autoriteiten en op Pools grondgebied, kon Polen aansprakelijk worden gehouden.⁵⁹ Hier citeert het Hof tevens de formule uit *El-Masri*, waarbij de foltering op het vliegveld in Skopje werd toegerekend aan Macedonië. Ook hier gold immers dat de Poolse autoriteiten de verzoekers niet fysiek hadden aangeraakt, sterker nog, zij waren in tegenstelling tot de Macedonische agenten waarschijnlijk nooit aanwezig geweest tijdens de folteringen van de CIA. Desalniettemin was de algemene houding van Polen buitengewoon actief; het optreden van de overheid was geen kwestie van nalatigheid.⁶⁰ Met betrekking tot de overdracht van de verzoekende partijen van Polen naar een

⁵³ Deze uitspraak kwam er: zie Supreme Court (Verenigde Staten) 28 juni 2004, 542 U.S. 466 (*Rasul/Bush*). Hierin werd bepaald dat Amerikaanse gerechten bevoegd zijn om *habeas corpus*-claims te horen van vreemdelingen die gedetineerd zijn op de Amerikaanse marinebasis in Guantánamo Bay, Cuba, omdat de Verenigde Staten ‘complete jurisdiction and control’ uitoefende over Guantánamo Bay. Dit werd ook erkend door het Hof: zie EHRM 31 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0531JUD003323412 (*Al Nashiri/Roemenië*), par. 505, en EHRM 31 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0531JUD004645411 (*Abu Zubaydah/Litouwen*), par. 493.

⁵⁴ Zie <https://www.therenditionproject.org.uk/prisoners/nashiri.html> en

<https://www.therenditionproject.org.uk/prisoners/zubaydah.html> (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

⁵⁵ Zie *Al Nashiri/Roemenië* par. 159: ‘The experts heard by the Court identified the locations of the eight colour code-named CIA detention sites (...) as follows: Detention Site Green was located in Thailand, Detention Site Cobalt in Afghanistan, Detention Site Blue in Poland, Detention Site Violet in Lithuania, Detention Site Orange in Afghanistan, Detention Site Brown in Afghanistan, Detention Site Gray in Afghanistan and Detention Site Black was identified as having been located in Romania’ (zie tevens *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 166).

⁵⁶ Zie beiden zaken onder ‘THE LAW - III.D.4: Assessment of the facts and evidence relevant for Poland’s alleged knowledge of and complicity in the CIA HVD Programme’; onder ‘III.D.5: Court’s conclusions as to Poland’s alleged knowledge of and complicity in the CIA HVD Programme’; en onder ‘IV: RESPONSIBILITY UNDER THE CONVENTION FOR COMPLICITY IN THE HVD PROGRAMME’ en het expliciete gebruik van de term in de conclusie van beide zaken. Zie ook Egan 2019, p. 96.

⁵⁷ *Al Nashiri/Polen* par. 446-447. NB: Amnesty International en de International Commission of Jurists verwezen ook naar art. 41 lid 2 ARSIWA in par. 450.

⁵⁸ *Al Nashiri/Polen* par. 517. Zie ook *Abu Zubaydah/Poland* par. 512.

⁵⁹ *Al Nashiri/Polen* par. 517 en 452. Zie ook *Abu Zubaydah/Polen* par. 512 en 449. Zie ook de verwijzing naar *El-Masri* par. 206 en 211.

⁶⁰ Egan 2019, p. 97.

ander geheim detentiecentrum stelde het Hof de aansprakelijkheid van Polen vast middels het principe van non-refoulement.⁶¹

Het Hof paste dezelfde redenering, gestoeld op de combinatie van non-refoulement en positieve verplichtingen onder artikel 1 en 3 EVRM, toe in *Al Nashiri/Roemenië*⁶² en *Abu Zubaydah/Litouwen*.⁶³ Wat betreft de medeplichtigheid van Roemenië en Litouwen is het bovendien opvallend dat beide landen sinds 2004 lid zijn van de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO), vlak voordat verzoekers gedetineerd werden op hun grondgebied.⁶⁴ Polen was al voor het ter beschikking stellen van geheime detentielocaties lid van de NAVO,⁶⁵ en er is gesuggereerd dat Polen financiële steun ontving van de VS in ruil voor deze dienst.⁶⁶ Tevens werd in de zaken tegen Roemenië en Litouwen respectievelijk bevestigd dat beide staten een niet-gespecificeerde doch zeer omvangrijke financiële beloning van de VS hebben kregen.⁶⁷

Al met al is de manier waarop het Hof de verantwoordelijkheid van deze staten krachtens artikel 3 EVRM heeft opgebouwd – als uitbreiding van *Soering* in combinatie met de positieve verplichtingen uit hoofde van artikel 3 EVRM en artikel 1 EVRM – in het algemeen vrij duidelijk. De toerekening op grond van artikel 5 EVRM is echter minder evident, zoals zal blijken in de navolgende paragraaf.

2. Het recht op vrijheid

De onduidelijkheid over de reikwijdte van aansprakelijkheid voor medeplichtigheid onder artikel 5 EVRM begon bij *El-Masri*. Het Hof analyseerde de schending van artikel 5 in twee

⁶¹ *Al Nashiri/Polen* par. 518 en 453-454. Zie ook *Abu Zubaydah/Polen* par. 513 en 450-451.

⁶² *Al Nashiri/Roemenië* par. 676-679.

⁶³ *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 641-644.

⁶⁴ Zie www.nato.int/cps/en/natohq/topics_52044.htm (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). NB: Roemenië werd lid van de NAVO op 29 maart 2004; Al Nashiri is in Roemenië vastgehouden tussen 12 april 2004 en het najaar van 2005. De heer Ioan Talpes, voormalig hoofd van de Roemeense geheime dienst, heeft bevestigd dat Roemenië meewerkte met de CIA in ruil voor NAVO-lidmaatschap, zie K. Verseck, “‘Black Site’ in Rumänien – Ehemaliger Spionagechef gibt Existenz von CIA-Lager zu”, *Spiegel Online* 13 december 2014, www.spiegel.de/politik/ausland/rumaenien-ex-spionagechef-spricht-ueber-black-site-der-cia-a-1008333.html (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). Mogelijk geldt hetzelfde voor Litouwen. Litouwen werd lid van de NAVO op 10 maart 2004; Abu Zubaydah is in Litouwen vastgehouden tussen 17 of 18 februari 2005 en 25 maart 2006.

⁶⁵ Zie www.nato.int/cps/en/natohq/topics_52044.htm (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

⁶⁶ R. Abel, *Law's Wars. The Fate of the Rule of Law in the US 'War on Terror'*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 649.

⁶⁷ Zie S. Rept. 113-288, Report of the Senate Select Committee on Intelligence, Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program together with Foreword by Chairman Feinstein and Additional and Minority Views, 9 december 2014, conclusie 20: ‘To encourage governments to clandestinely host CIA detention sites, or to increase support for existing sites, the CIA provided millions of dollars in cash payments to foreign government officials. CIA Headquarters encouraged CIA Stations to construct “wish lists” of proposed financial assistance to [redacted] entities of foreign governmental, and to “think big” in terms of that assistance’, www.intelligence.senate.gov/publications/committee-study-central-intelligence-agencys-detention-and-interrogation-program (laatst geraadpleegd 13 juli 2020). Het Hof voegt hier aan toe: ‘The requested subsidy which was received in appreciation of “cooperation and support” amounted to a sum (redacted in the text) that was a multiple of USD million; in fact, the amount which was initially put on – in the report’s words – “wish list” presented on behalf of the country by the CIA station was later increased by a further (redacted) multiple of USD million (...).’ Zie *Al Nashiri/Roemenië* par. 548-559 en *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 553-557.

verschillende temporele fasen: eerst de vrijheidsbeneming in het hotel en, ten tweede, de daaropvolgende detentie in Afghanistan. De toerekening van de vrijheidsbeneming van El-Masri in Skopje was geen groot obstakel voor het Hof; El-Masri was beroofd van zijn vrijheid ‘in een buitengewone plaats van detentie buiten elk juridisch kader’, hetgeen de willekeur en de ‘volledige onachtzaamheid van de waarborgen in Artikel 5’ door Macedonië verder onderstreepte.⁶⁸ De verantwoordelijkheid voor de detentie van El-Masri na zijn overdracht is echter ingewikkelder. Hier herhaalde het Hof dat de uitzetting van een individu naar een staat waar hij of zij een reëel risico loopt op een flagrante schending van artikel 5 EVRM de aansprakelijkheid van de verdragsluitende partij met zich mee zou brengen.⁶⁹ Dit is een expliciete uitbreiding van het beginsel van non-refoulement, dat in eerdere jurisprudentie voornamelijk was vastgesteld voor artikel 2 en 3 EVRM.⁷⁰ Het Hof oordeelde dat het in de gegeven omstandigheden duidelijk had moeten zijn voor de Macedonische autoriteiten dat er inderdaad sprake was van een dergelijk risico, nu El-Masri was overhandigd aan de CIA. Vervolgens herhaalde het Hof dat artikel 5 EVRM tevens de verplichting omvat om ‘passende maatregelen te nemen om bescherming te bieden tegen een onrechtmatige inmenging in die rechten voor iedereen binnen zijn rechtsgebied’, wat duidelijk een positieve verplichting is. De conclusie van het Hof luidde:

‘The Macedonian authorities not only failed to comply with their positive obligation to protect the applicant from being detained in contravention of Article 5 of the Convention, but they actively facilitated his subsequent detention in Afghanistan by handing him over to the CIA, despite the fact that they were aware or ought to have been aware of the risk of that transfer. The Court considers therefore that the responsibility of the respondent State is also engaged in respect of the applicant’s detention between 23 January and 28 May 2004.’⁷¹

Wat hier gelijk opvalt is dat het Hof wederom het handelen van Macedonië kwalificeerde als ‘actief faciliteren’, net als bij de analyse van artikel 3 EVRM. Dit doet wederom vermoeden dat het Hof meer in gedachten had dan een schending van het refoulementverbod of van een positieve verplichting. Nog opvallender is dat het Hof Macedonië kennelijk verantwoordelijk achtte voor de gehele periode waarin El-Masri van zijn vrijheid was beroofd, namelijk van zijn detentie in de ‘Salt Pit’ in Kabul, Afghanistan, tot en met zijn zogeheten *reverse rendition* naar Albanië, van waaruit hij uiteindelijk kon terugkeren naar zijn woonplaats in Duitsland.⁷²

Met de toerekening van El-Masri’s detentie in Afghanistan aan Macedonië, gaat het Hof verder dan *Soering* en ook verder dan artikel 16 ARSIWA.⁷³ Indien het Hof de regel in *Soering* of artikel 16 als basis had genomen, zou Macedonië slechts aansprakelijk zijn gehouden voor ofwel het blootstellen van El-Masri aan het reële risico, ofwel enkel haar eigen aandeel in de

⁶⁸ *El-Masri* par. 236-237.

⁶⁹ *El-Masri* par. 239, met verwijzing naar EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909 (*Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk*), par. 233.

⁷⁰ *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2013/111, m.nt. M. den Heijer, par. 3 noot. Zie ook *Othman* par. 233.

⁷¹ *El-Masri* par. 239, met verwijzing naar EHRM 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), par. 207.

⁷² *El Masri* par. 241. Zie ook Egan 2019, p. 95-96.

⁷³ Egan 2019, p. 95-96. Zie ook A. Nollkaemper, ‘The ECtHR Finds Macedonia Responsible in Connection with Torture by the CIA, but on What Basis?’, *EJIL: Talk!*, 24 december 2012.

onrechtmatige detentie. Het Hof sloeg echter een andere weg in, en verbreedde de mogelijke basis van aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid van Macedonië werd niet alleen vastgesteld voor een specifieke gedraging die kan worden toegerekend op basis van de gewone regels voor staatsaansprakelijkheid, maar ook voor de consequenties waar Macedonië El-Masri bewust aan had blootgesteld. Het Hof heeft dit verder niet uitgelegd, maar de volgende paragraaf biedt wel een zeker inzicht. De detentie van El-Masri werd gezien als een gedwongen verdwijning, die, hoewel tijdelijk van aard, werd gekarakteriseerd door

‘an ongoing situation of uncertainty and unaccountability, which extended through the entire period of his captivity. (...) In this connection the Court would point out that in the case of a series of wrongful acts or omissions, the breach extends over the entire period starting with the first of the acts and continuing for as long as the acts or omissions are repeated and remain at variance with the international obligation concerned’.⁷⁴

In dit opzicht was de detentie in Afghanistan aan te merken als een voortdurende schending, waar Macedonië (mede)verantwoordelijk voor bleef. Wellicht probeerde het Hof hier ook de beperkingen van haar eigen rechtsmacht te overbruggen of te verzachten: aangezien de VS geen lid is van de Raad van Europa (en derhalve geen partij is bij het EVRM) en de CIA primair verantwoordelijk is voor wat in Afghanistan heeft plaatsgevonden, staat het slachtoffer voor deze periode met lege handen.⁷⁵ Een andere mogelijkheid is dat het Hof daadwerkelijk heeft beoogd uit te drukken dat medeplichtigheid in mensenrechtenschendingen op zichzelf tot aansprakelijkheid kan leiden; ook wanneer deze schendingen buiten de sfeer van het EHRM liggen. Sinds *El-Masri* heeft het EHRM verschillende mogelijkheden gehad om de vragen naar aanleiding van de toerekening van de detentie van het slachtoffer na de overdracht te verduidelijken. De daaropvolgende jurisprudentie heeft deze kwestie echter (nog) niet verhelderd.

In *Al Nashiri/Polen* en *Abu Zubaydah/Polen* oordeelde het Hof dat de conclusies inzake artikel 3 EVRM, namelijk dat de Poolse autoriteiten hadden meegewerkt aan de overdracht van de verzoekende partij en hem derhalve hadden blootgesteld aan een voorzienbaar ernstig risico op verdere onmenselijke of vernederende behandeling en detentiecondities in strijd met artikel 3, ook golden ten aanzien van artikel 5 EVRM. Hiermee was Polen aansprakelijk voor ‘zowel de detentie op het grondgebied als de overdracht vanuit Polen’.⁷⁶ Het is niet helemaal helder wat het Hof hiermee bedoelt. Beslaat ‘de overdracht vanuit Polen’ de gehele daaropvolgende periode van vrijheidsbeneming, inclusief de nog altijd voortdurende detentie in Guantánamo

⁷⁴ *El-Masri* par. 240.

⁷⁵ El-Masri spande in 2005 een zaak aan tegen het hoofd van de CIA en drie private ondernemingen. De VS voerde aan dat de zaak geen doorgang kon vinden op basis van de ‘state secrets privilege’. De Court of Appeals for the Fourth Circuit ging hierin mee. Zie Court of Appeals, Fourth Circuit (Verenigde Staten) 2 maart 2007, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007) (*El-Masri/George J. Tenet; Premier Executive Transport Services; Keeler & Tate Management Group, LLC; Aero Contractors, Limited; Does 1–20*). NB: er is momenteel een zaak aanhangig tegen de VS bij de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens. Zie IACHR, Report nr. 21/16, Case Petition 419-08, Admissibility (*Khaled El-Masri/United States*), ontvankelijk verklaard 15 april 2016.

⁷⁶ *Al Nashiri/Polen* par. 531; *Abu Zubaydah/Polen* par. 525.

Bay?⁷⁷ Of wordt dit gelimiteerd tot de eerstvolgende rendition vlucht? Dit laatste lijkt de meest voor de hand liggende interpretatie te zijn, zeker gezien de latere vaststelling van aansprakelijkheid van Roemenië en Litouwen.

De uitspraak van het Hof in *Nasr en Ghali/Italië* lijkt duidelijk de lijn van *El-Masri* te volgen.⁷⁸ Het Hof concludeerde dat Italië op de hoogte was van de overdracht van Abu Omar in het kader van het rendition programma en dat de Italiaanse autoriteiten hem bewust hadden blootgesteld aan een reëel risico op behandeling in strijd met artikel 3 EVRM wegens het feit dat zij de CIA hadden toegestaan om Abu Omar op Italiaanse bodem te ontvoeren. Aangezien deze conclusies in dezelfde mate golden voor artikel 5 EVRM, was Italië aansprakelijk zowel met betrekking tot de ontvoering van verzoeker als met betrekking tot zijn gehele detentie na zijn overhandiging aan de Amerikaanse autoriteiten.⁷⁹ Dit lijkt te impliceren dat Italië verantwoordelijk is voor de gehele periode van detentie in Egypte.⁸⁰

In de twee meest recente zaken, te weten tegen Roemenië en Litouwen, heeft het Hof zijn conclusie in de Poolse zaken gehandhaafd: ‘De verantwoordelijkheid uit hoofde van het verdrag rust op zowel de geheime detentie van verzoeker op zijn grondgebied als zijn overplaatsing van Litouwen [of Roemenië] naar een andere detentieplaats van de CIA.’⁸¹ Hier dient te worden herinnerd dat Abu Zubaydah eerst werd overgebracht van Polen naar Guantánamo Bay, vervolgens naar Marokko, vanuit waar hij naar Litouwen werd gebracht, en daarna terug naar Guantánamo Bay, waar hij nog altijd is gedetineerd.⁸² Wederom rijst de vraag of het Hof daadwerkelijk wil zeggen dat Litouwen verantwoordelijk is voor de voortdurende detentie van verzoeker in Guantánamo Bay, of alleen voor zijn overdracht tot het volgende detentiecentrum. Er lijkt hier een klein verschil te zijn met de taal die het Hof gebruikt in de Macedonische en Italiaanse zaken. In *El-Masri* en *Nasr en Ghali* is er weinig discussie over de bedoeling van het Hof: Macedonië en Italië zijn verantwoordelijk voor de daaropvolgende detentie in respectievelijk Afghanistan en Egypte. Maar in de andere zaken spreekt het Hof over de ‘overdracht van [staat X] naar een andere CIA-detentieplaats’, waarbij een zeker limiet lijkt te worden gesteld.

Op het moment van schrijven is er een andere rendition-zaak aanhangig bij het EHRM: *Al-Hawsawi/Litouwen*.⁸³ Ook al is de medeplichtigheid van Litouwen bij het rendition programma als zodanig reeds vastgesteld, biedt deze zaak – naast een zeer belangrijke rechtsgang voor de

⁷⁷ Egan 2019, p. 98: ‘[The Court] did not specify that Poland was being found responsible for the entire duration of the applicants’ subsequent detention afterwards in Guantanamo Bay.’

⁷⁸ Egan 2019, p. 98.

⁷⁹ *Nasr en Ghali/Italië* par. 302. Deze uitspraak is in het Frans. De bewoording is duidelijk: ‘[La Cour] estime que ces conclusions sont également valables dans le contexte du grief tiré par le requérant de l’article 5 de la Convention et que la responsabilité de l’Italie est engagée eu égard tant à son enlèvement qu’à l’ensemble de la détention consécutive à sa remise aux autorités américaines (*El-Masri*, précité, § 239 (...)).’ [cursivering toegevoegd].

⁸⁰ Egan 2019 p. 98.

⁸¹ *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 657 en *Al Nashiri/Roemenië* par. 691.

⁸² *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 490 en *Al Nashiri/Roemenië* par. 500.

⁸³ Zaaknr. 6383/17, ter kennis gebracht aan Litouwen op 30 januari 2019.

verzoeker – het Hof de kans om de (temporele) reikwijdte van de aansprakelijkheid van de staat te specificeren en eventueel meer aansluiting te zoeken bij artikel 16 ARSIWA.

B. De voorkennis van Europese lidstaten

Naast de onrechtmatige gedraging moet, voor de vaststelling van aansprakelijkheid in strafrechtelijke of civielrechtelijke zin, de mens rea, de geestesgesteldheid van de betrokkene, worden onderzocht. Is er met opzet of schuld aan of wetenschap van het onrechtmatig gedrag gehandeld? Voor de aansprakelijkheid van de staat, een rechtssubject naar internationaal recht, is het onder de regels van het staatsaansprakelijkheidsrecht in beginsel niet nodig om de geestesgesteldheid van de staat te onderzoeken.⁸⁴ Dit is echter anders bij de regel betreffende staatsaansprakelijkheid voor medeplichtigheid; bij het ondersteunen of faciliteren van onrechtmatig gedrag van een andere staat zal de wetenschap van de assisterende staat wel moeten worden vastgesteld.

Het uitgangspunt in artikel 16 ARSIWA is dat een staat aansprakelijk is voor het helpen bij een onrechtmatige daad gepleegd door een andere staat als dat gebeurt met kennis van de omstandigheden van de onrechtmatige daad. In haar commentaar op artikel 16 ARSIWA spant de ILC zich nogal in om de lat redelijk hoog te leggen als het gaat om wetenschap en andere mens rea aspecten. Zoals de ILC zegt: ‘If the assisting or aiding State is unaware of the circumstances in which its aid or assistance is intended to be used by the other State, it bears no international responsibility.’⁸⁵ Vervolgens rept het ILC-commentaar nog over de noodzaak dat de helpende staat het oogmerk moet hebben gehad op het faciliteren van het plegen van een onrechtmatige daad: ‘The second requirement is that the aid or assistance must be given with a view to facilitating the commission of the wrongful act (...).’⁸⁶ De ILC lijkt dus nadrukkelijk situaties van voorwaardelijk opzet of wetenschap (‘should have known’) niet voldoende te achten voor het aannemen van aansprakelijkheid. De vraag rijst of in het kader van het faciliteren van mensenrechtenschendingen bij het rendition programma het EHRM andere maatstaven aanlegt.

Wat betreft het oogmerk op het plegen van een mensenrechtenschending door een andere staat te faciliteren kunnen we kort zijn; dit vereiste wordt niet overgenomen door het EHRM. Dat is begrijpelijk. Het vereiste volgt niet uit de tekst van artikel 16 ARSIWA en de overweging in het ILC-commentaar maakt geen deel uit van het internationaal recht.⁸⁷ Wat betreft het vereiste van daadwerkelijke wetenschap van onrechtmatig handelen is dit niet eenvoudig vast te stellen,

⁸⁴ Commentaar bij art. 2 ARSIWA, par. 10.

⁸⁵ Commentaar bij art. 16 ARSIWA, par. 4.

⁸⁶ Commentaar bij art. 16 ARSIWA, par. 5.

⁸⁷ Zie G. Gaja, ‘Interpreting Articles Adopted by the International Law Commission’, *British Yearbook of International Law* 2015, afl. 85 (1), p. 10-20, i.h.b. p. 20. Vgl. het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, dat voor medeplichtigheid bij internationale misdrijven het vereiste van oogmerk op het faciliteren van het grondmisdrijf stelt. Dit vereiste is echter zwaar bekritiseerd en wordt in nationale strafrechtssystemen bij medeplichtigheid eigenlijk nauwelijks gesteld; in het algemeen is kennis van het grondmisdrijf, al dan niet in voorwaardelijke zin, voldoende. Zie G. Sluiter & S. Yau, ‘Aiding and Abetting and Causation in the Commission of International Crimes – the Cases of Dutch Businessmen Van Anraat and Kouwenhoven’, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper* 2019, nr. 30, <https://ssrn.com/abstract=3362307>.

zeker niet bij een entiteit als de staat. Er zal zelden sprake zijn van direct bewijs dat de staat op de hoogte was van onrechtmatig handelen. Uit al het beschikbare bewijs kan een rechter afleiden dat het niet anders kan dan ('only reasonable inference') dat de staat heeft geweten van het onrechtmatig handelen door een andere staat. Het EHRM heeft er zelf voor gekozen een 'ought to have known'-standaard te hanteren bij de beoordeling van de wetenschap van de staat. Deze cognitieve standaard heeft het EHRM niet alleen toegepast bij de artikel 3-jurisprudentie met betrekking tot uitlevering of uitzetting,⁸⁸ maar ook waar de staat een positieve verplichting heeft met betrekking tot artikel 2 of 3 EVRM.⁸⁹ Het EHRM heeft deze lagere standaard – in afwijking van artikel 16 ARSIWA – ook toegepast in de rendition-zaken.⁹⁰ Het Hof heeft niet geëxpliciteerd waarom het deze ruimere standaard gebruikt, maar een reden zou kunnen zijn dat er juist bij een risico op artikel 3-schendingen meer van staten mag worden verlangd. Ook zou het onwenselijk zijn als staten zich te gemakkelijk achter onwetendheid kunnen verschuilen.⁹¹

In *El-Masri* en volgende zaken wordt herhaald dat de staat aansprakelijk is voor het blootstellen van individuen aan risico's op onmenselijke of vernederende behandeling waarvan de staat het bestaan wist of had moeten weten.⁹² Hetzelfde geldt voor een risico op artikel 5-schendingen na uitlevering of uitzetting; ook dan wordt de lagere standaard van 'aware or ought to have been aware of the risk of that transfer' gehanteerd.⁹³ In de zaken tegen zowel Polen als Italië vond het Hof het kennelijk niet nodig om verder te onderzoeken of de autoriteiten wisten of hadden moeten weten van het risico op een artikel 5-schending.⁹⁴ De reden hiervoor is dat geheime detentie zonder enige processuele waarborgen en het risico op onmenselijke en vernederende

⁸⁸ EHRM 20 maart 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0320JUD001557689 (*Cruz Varaz en anderen/Zweden*), par. 76; EHRM 30 oktober 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:1030JUD001316387 (*Vilvarajah en anderen/Verenigd Koninkrijk*), par. 107 (2); EHRM 4 februari 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0204JUD004682799 (*Mamatkulov en Askarov/Turkijë*), par. 69.

⁸⁹ ECHR 28 oktober 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*), par. 116; EHRM 28 maart 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0328JUD002253593 (*Mahmut Kaya/Turkijë*), par. 115-116.

⁹⁰ Zie bijv. *El-Masri* par. 198, 214, 218; *Nasr en Ghali* par. 246 en 283.

⁹¹ NB: In *Soering*, de eerste zaak waarbij de aansprakelijkheid van de staat werd ingeroepen met betrekking tot een handeling (of beter gezegd: praktijk) van een derde staat, hanteerde het Hof de standaard of er 'substantial grounds for believing that the applicant faces a real risk' aanwezig waren (par. 91). De lagere standaard van 'constructive knowledge' werd geïntroduceerd in *Cruz Varas*. Een praktische reden voor deze uitbreiding zou kunnen zijn dat in eerstgenoemd arrest, de heer Soering nog niet was uitgeleverd; op het moment van toetsing was hij nog in het Verenigd Koninkrijk. In de andere zaak was de heer Cruz Varas reeds uitgezet naar Chili, en toetste het Hof het besluit van Zweden *ex tunc*. Hierbij kijkt het Hof niet alleen naar wat de verdragsstaat wist, maar ook naar wat zij had moeten of had kunnen weten.

⁹² *El-Masri* par. 198 en 218; *Al Nashiri/Polen* par. 440, 509 en 517 (par. 517 luidt: 'The Court has already found that Poland *knew* of the nature and purposes of the CIA's activities on its territory at the material time and cooperated in the preparation and execution of the CIA rendition, secret detention and interrogation operations on its territory. It has also found that, given that knowledge and the emerging widespread public information about ill-treatment and abuse of detained terrorist suspects in the custody of the US authorities, it ought to have known that, by enabling the CIA to detain such persons on its territory, it exposed them to a serious risk of treatment contrary to the Convention.' [cursivering toegevoegd]); *Abu Zubaydah/Polen* par. 442, 502 en 512 (NB: in deze laatste paragraaf is weer de 'ought to have known'-standaard gebruikt); *Al Nashiri/Roemenië* par. 583 en 668; *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 571 en 632. Tevens is in de zaken van *Al Nashiri* en *Abu Zubaydah* een standaard van 'must have been aware' toegepast: zie *Al Nashiri/Polen* par. 517; *Al Nashiri/Roemenië* par. 677; *Abu Zubaydah/Polen* par. 512; *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 642.

⁹³ *El-Masri* par. 239.

⁹⁴ *Al Nashiri/Polen* par. 531; *Abu Zubaydah/Polen* par. 525; *Nasr en Ghali* par. 302. Zie ook *Al Nashiri/Roemenië* par. 691; *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 657.

behandeling een intrinsiek onderdeel van het CIA rendition programma vormden. De betrokken staten wisten van het bestaan van het programma en wisten dat zij eraan meewerkten. Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat het Hof het zeer onwaarschijnlijk acht dat een onafhankelijke, soevereine staat niet op de hoogte is van wat agenten van een vreemde staat op haar grondgebied deden, en, meer specifiek, waar de geheime dienst van een vreemde staat het terrein van een chique manege voor nodig had, zoals in het geval van Litouwen.⁹⁵ Dit, tezamen met het feit dat de meerderheid van de betrokken staten geen informatie wilde verschaffen en hun betrokkenheid bleef ontkennen, bracht het Hof ertoe te oordelen dat de schendingen van artikel 3 en 5 EVRM voorzienbaar waren voor de betrokken staten en dat zij daarvoor verantwoordelijk waren.

We kunnen concluderen dat het EHRM in de rendition-zaken met zeker gemak en soepelheid een ‘should have known’-standaard aanlegt en daarmee evident afwijkt van het vereiste van daadwerkelijke wetenschap, zoals dat geldt in artikel 16 ARSIWA. Daar komt nog bij, zoals we hierna zullen bespreken, dat onder de omstandigheid dat klager nauwelijks toegang heeft tot het bewijs, zoals in dit soort zaken, het EHRM kan besluiten tot omkering van de bewijslast. Kortom, het ligt dan in toenemende mate op de weg van de staat om aan te tonen dat zij niet wist en ook niet had kunnen of behoren te weten van de (risico’s op) mensenrechtenschendingen. De zorgplicht van de staat wordt, als het gaat om mensenrechten, daarmee verstevigd. Bovendien introduceert de ‘ought to have known’-standaard ook wellicht een onderzoeksplicht: als staten verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het EHRM op basis van wat zij hadden moeten weten, zullen zij gestimuleerd worden om degelijk onderzoek te doen alvorens gehoor te geven aan een verzoek tot medewerking van een andere staat.⁹⁶

De rechters in de zaken tegen de drie landen die detentiecentra ter beschikking hebben gesteld aan de CIA concludeerden:

‘[it cannot] stand to reason that activities of such a character and scale, possibly vital for the country’s military and political interests, could have been undertaken on [the State’s] territory without [its] knowledge and without the necessary authorisation and assistance being given (...).’⁹⁷

Toch was een lagere standaard van wetenschap mogelijk ook voldoende geweest voor aansprakelijkheid. Is dit een indicatie dat bij situaties van vergaande collusie de samenwerkende staat simpelweg wordt geacht op de hoogte te zijn van de onrechtmatige activiteiten van de andere staat? In dat geval zal ook de staat die verkeert in een zelfgekozen toestand van *wilful*

⁹⁵ *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 498 e.v.

⁹⁶ Zie H. Moynihan, ‘Aiding and Assisting: The Mental Element Under Article 16 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility’, *International and Comparative Law Quarterly* 2018, afl. 67, p. 455-471, i.h.b. p. 462-463.

⁹⁷ *Al Nashiri/Roemenië* par. 588 en *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 575, met verwijzing naar *Al Nashiri/Polen* par. 441-442 en *Abu Zubaydah/Polen* par. 443-444.

blindness zich niet achter onwetendheid kunnen verschuilen.⁹⁸ Verder rijst de vraag in hoeverre de EHRM-benadering in deze tijd van globalisering en daarmee gepaard gaande risico's voor de bescherming van mensenrechten noopt tot aanpassing van de mens *rea*-standaard in artikel 16 ARSIWA. Is het nog wel redelijk om bij de aansprakelijkheid van de staat die ernstige mensenrechtenschendingen heeft gefaciliteerd vast te houden aan daadwerkelijke wetenschap?⁹⁹

C. De rol en betekenis van diplomatieke garanties

Het moge duidelijk zijn dat de 'black sites' een onmisbaar onderdeel vormden van een geolied programma waarbij door de CIA aangemerkte terreurverdachten van land naar land werden gevlogen om ondervraagd en gedetineerd te worden buiten iedere normale juridische procedure om. Ook de overdracht – de rendition als zodanig – was een cruciaal onderdeel van het programma. Het is gebruikelijk dat overheden in hun besluit tot uitlevering, uitwijzing, of andere vorm van overdracht onderzoeken of de persoon in kwestie een risico loopt om in de verzoekende of eerstvolgende staat van bestemming te worden onderworpen aan foltering of een andere vorm van onmenselijke of vernederende behandeling. In het geval een dergelijk risico aanwezig lijkt, kan de eerste staat een diplomatieke garantie verzoeken van de ontvangende staat dat de mensenrechten van de persoon wiens overdracht wordt verzocht zullen worden gerespecteerd. Hoewel de praktijk van het rendition programma natuurlijk afwijkt van een normale uitleverings- of uitwijzingsprocedure, is wel gebleken dat diplomatieke garanties ook in deze context een rol hebben gespeeld.

El-Masri voerde in zijn zaak tegen Macedonië zelf aan dat de staat de plicht had om diplomatieke garanties te verzoeken van de CIA alvorens hem te overhandigen.¹⁰⁰ Het Hof ging hierin mee, en liet het feit dat er geen diplomatieke garanties waren verzocht meewegen in de conclusie dat Macedonië El-Masri met de overhandiging bewust had blootgesteld aan een reëel risico op onmenselijke of vernederende behandeling en detentieomstandigheden in strijd met artikel 3 EVRM.¹⁰¹ In *Nasr en Ghali* concludeerde het Hof eveneens dat Italië garanties had moeten verzoeken teneinde het risico op onmenselijke en vernederde behandeling af te wenden.¹⁰² Het Hof rekende het Macedonië en Italië dus aan dat zij geen diplomatieke garanties hadden verzocht van de VS. Volgens Egan is deze redenering problematisch. Dat onder meer

⁹⁸ Met 'wilful blindness' wordt bedoeld dat de staat opzettelijk geen kennisneemt van bepaalde illegale praktijken, terwijl er geloofwaardig bewijs is dat er sprake is of zal zijn van dergelijke praktijken. Zie Moynihan 2018, p. 461. Zie ook Jackson 2015, p. 162.

⁹⁹ In dit verband is het interessant dat de ARSIWA hier tot zekere mate ook zelf in voorziet in art. 41 lid 2: 'Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter (...)

2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.'

Met andere woorden: indien het gaat om een ernstige schending van een norm van *ius cogens*, hanteert de ILC juist helemaal geen *mens rea*-standaard voor de ondersteunende of faciliterende staat. De reden hiervoor is dat het zeer onwaarschijnlijk is dat staten een dergelijke schending en de consequenties ervan niet zullen opmerken. Zie Commentaar bij art. 41 lid 2 ARSIWA, par. 11.

¹⁰⁰ *El-Masri* par. 171.

¹⁰¹ *El-Masri* par. 215, 219, 220.

¹⁰² *Nasr en Ghali* par. 289, met verwijzing naar *El-Masri* par. 219.

dit nalaten bijdroeg aan de vaststelling van aansprakelijkheid, biedt volgens Egan een ‘betreurenswaardige maas’¹⁰³ in de bescherming van het EVRM in het licht van *Othman/Verenigd Koninkrijk*: in *Othman* oordeelde het Hof dat diplomatieke garanties slechts in uitzonderlijke gevallen geen enkel gewicht in de schaal zouden kunnen leggen.¹⁰⁴ Het Hof stelde in deze uitspraak een niet-uitputtende lijst van criteria op waar dergelijke garanties aan getoetst kunnen worden. Indien Macedonië en Italië wel garanties hadden verzocht en verkregen, en deze voldeden aan de *Othman*-checklist, zou dit dan leiden tot een mindere mate van aansprakelijkheid voor deze staten?¹⁰⁵ Het zou inderdaad zo kunnen zijn dat diplomatieke garanties tot een uitholling van het refoulementverbod leiden.¹⁰⁶ De zaak *Othman* verschilt echter op fundamentele punten van de rendition-zaken. Voor *Othman* stond het niet vast dat hij gefolterd zou worden in Jordanië, terwijl dit wel het geval was voor onder meer El-Masri en Abu Omar: zoals hiervoor is aangetoond, maken de ‘verbeterde ondervragingstechnieken’ een inherent onderdeel uit van het rendition programma. Een aantal van de *Othman*-criteria zouden dan ook niet gehaald worden, ook al hadden de desbetreffende staten garanties gekregen van de VS.

Voorts vertoont de jurisprudentie in de zaak van Al Nashiri nog een ander interessant element. Al Nashiri, die met succes zowel Polen als Roemenië voor het EHRM daagde, was (en is nog altijd) gedetineerd in Guantánamo Bay, waar hij terechtstaat voor strafbare feiten waar de doodstraf op staat.¹⁰⁷ In beide zaken heeft het Hof bevolen dat de staat garanties moet verzoeken van de VS dat de doodstraf niet zal worden opgelegd aan de verdachte.¹⁰⁸ Dit is geformuleerd als een inspanningsverplichting:

‘the Court may require the State concerned to “take all possible steps” to obtain the appropriate diplomatic assurances from the destination State. Those representations may be required even if an applicant has already been transferred from the territory of the respondent State but the risk still continues.’¹⁰⁹

Het Hof had eerder vastgesteld dat Polen aansprakelijk was voor de artikel 3-schendingen op haar grondgebied wegens haar “acquiescence and connivance” in the HVD [High Value Detainee] Programme’.¹¹⁰ Hier voegde het Hof in zijn conclusie aan toe:

‘The Court has already found that, through the actions and inaction of the Polish authorities in the context of their complicity in the operation of the CIA HVD Programme on its territory, the applicant has been exposed to the risk of the death penalty being imposed on him (...). Even

¹⁰³ Egan 2019, p. 131.

¹⁰⁴ *Othman* par. 187 en 188.

¹⁰⁵ Egan 2019, p. 131.

¹⁰⁶ Zie ook Interim Report on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners (2006/2027(INI)), Temporary Committee on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners, Rapporteur: Giovanni Claudio Fava, A6-0213/2006, par. 10. Hier heeft de EU dus een andere positie ingenomen dan het EHRM.

¹⁰⁷ Zie www.therenditionproject.org.uk/prisoners/nashiri.html (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).

¹⁰⁸ De heeft het Hof bevolen op basis van art. 46 EVRM. Zie *Al Nashiri/Polen* par. 586-589; en *Al Nashiri/Roemenië* par. 738-739.

¹⁰⁹ *Al Nashiri/Polen* par. 587.

¹¹⁰ *Al Nashiri/Polen* par. 517.

though the proceedings against him before the military commissions are still pending and the outcome of the trial remains uncertain, that risk still continues (...). For the Court, compliance with their obligations under Articles 2 and 3 of the Convention taken together with Article 1 of Protocol No. 6 to the Convention requires the Government to seek to remove that risk as soon as possible, by seeking assurances from the US authorities that he will not be subjected to the death penalty.’¹¹¹

Roemenië betoogde dat het zich niet kon mengen in de interne aangelegenheden van een soevereine staat en verzocht het Hof om Al Nashiri’s vordering om dergelijke maatregelen af te wijzen.¹¹² Het Hof ging hier echter niet in mee, en bevestigde dat de staat deze verplichting had. In dit opzicht lijkt het erop dat het Hof een criterium heeft toegevoegd aan de *Othman*-checklist. De verplichting om garanties te verzoeken én te verkrijgen houdt niet op nadat de persoon in kwestie is uitgeleverd of anderszins uitgewezen; de verplichting loopt door, indien die persoon is blootgesteld aan een risico op de doodstraf of andere mishandeling door de uitwijzende staat in de ontvangende staat.¹¹³

D. Waarheidsvinding en bewijslast

Er is in de rendition-zaken voor het Hof veel aandacht voor de feiten. Hiermee wijken ze af van veel andere zaken bij het EHRM waarin (a) de feiten vaak goeddeels vaststaan op basis van nationale procedures, (b) de klager en de staat het vaker eens zijn over de feiten, en (c) er vaak geen derde staat in het spel is. In de rendition-zaken weerspreken de betrokken landen echter de feiten en werken de VS, hoewel zij daar ook niet toe verplicht zijn, in het geheel niet mee aan de waarheidsvinding, onder het mom van de nationale veiligheid.¹¹⁴ De klager ziet zich in extreme mate geconfronteerd met onwil en tegenwerking bij het verzamelen van de feiten. De vraag rijst dan of het onder die omstandigheden wel redelijk is om het beginsel van *affirmanti incumbit probatio* (‘wie stelt, moet bewijzen’)¹¹⁵ strikt toe te passen.

Voor een integrale beoordeling van de kansen op succes bij het aansprakelijk houden van de staat die behulpzaam is bij het schenden van mensenrechten moet zowel naar het materiële als het formele recht worden gekeken. Of in het materiële aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld een vereiste van daadwerkelijke of voorwaardelijke wetenschap geldt, zegt vrij weinig als we tegelijkertijd niet weten op welke wijze dit bewezen moet worden. De ARSIWA, in het bijzonder artikel 16, zijn in dit verband vrij onbevredigend, nu er met geen woord gerept wordt over de formele kant – welke bewijsregels zouden er moeten gelden? Dit is nadrukkelijk voorbehouden aan instanties en rechterlijke organen waar de aansprakelijkheid van de staat

¹¹¹ *Al Nashiri/Polen* par. 589. Zie ook *Al Nashiri/Roemenië* par. 739.

¹¹² *Al Nashiri/Roemenië* par. 736.

¹¹³ Zie ook Egan 2019, p. 125.

¹¹⁴ Vgl. M. Scheinin, ‘The ECtHR Finds the US Guilty of Torture – As an Indispensable Third Party?’, *EJIL: Talk!*, 28 juli 2014, m.n. de derde opmerking m.b.t. de mogelijkheid om niet-Europese staten te laten interveniëren op grond van art. 36 EVRM.

¹¹⁵ Het complete adagium in het burgerlijk procesrecht luidt: ‘negativa non sunt probanda, affirmanti incumbit probatio, non neganti’: ontkenningen behoeven niet te worden bewezen; op degene die iets stelt rust het bewijs, niet op degene die iets ontkent.

wordt ingeroepen, zoals bijvoorbeeld het Internationaal Gerechtshof.¹¹⁶ In de procedures bij het EHRM komen het materiële en het formele recht samen en wat dat betreft zijn zij zeer waardevol vanuit het perspectief van een integrale beoordeling van de aansprakelijkheid van staten die assistentie verlenen bij schendingen van mensenrechten.

Uit de uitgangspunten van het EHRM voor de waarheidsvinding, zoals die tot uitdrukking komen in *El-Masri*, blijkt dat het Hof een redelijk vormvrij bewijsrecht hanteert. Daarbij geldt weliswaar een bewijsniveau van ‘beyond a reasonable doubt’, maar het Hof is vrij dit naar eigen inzicht in te vullen; de taak van het Hof om zorg te dragen voor naleving door staten van het EVRM is leidend in diens ‘bewijsbenadering’.¹¹⁷ Binnen deze vrijheid heeft het Hof al laten zien dat een omkering van de bewijslast geëigend is als het gaat om situaties waarin de staat exclusieve wetenschap heeft omtrent de feiten of waar personen door de staat worden gedetineerd.¹¹⁸ Als de staat in die omstandigheden geen overtuigende verklaring geeft voor de door de klager gestelde gang van zaken dan kan dit tot voor de staat negatieve conclusies leiden.¹¹⁹ In *El-Masri* heeft het Hof vervolgens vastgesteld dat prima facie bewijs de door de klager gestelde versie van de feiten ondersteunt en dat de bewijslast daarmee op de staat komt te liggen.¹²⁰ Nu Macedonië geen adequate verklaring wist te geven en dus niet wist te voldoen aan de omgekeerde bewijslast, oordeelde het Hof dat het op basis van het beschikbare bewijsmateriaal tot voor Macedonië negatieve conclusies – namelijk schending van verdragsbepalingen – mocht komen.¹²¹ Deze bewijsrechtelijke uitgangspunten herhaalde het Hof in de volgende rendition-zaken.¹²²

Hoewel het EHRM in de rendition-zaken niet bijzonder vernieuwend is als het gaat om de waarheidsvinding en de omkering van de bewijslast (deze lijn was namelijk al eerder ingezet), zijn deze zaken wel bijzonder omdat juist onder deze omstandigheden de bewijspositie van de klager uiterst nadelig is. De klager heeft immers te maken met het ontbreken van nationale procedures waarin adequaat onderzoek naar de feiten plaats kan vinden, het weerspreken van de feiten door de EVRM-staat (al dan niet onder politieke druk) en de betrokkenheid van een derde staat, de VS, die in het geheel geen enkele informatie wenst te verschaffen. Onder die

¹¹⁶ In het algemeen geldt ook voor het Internationaal Gerechtshof het adagium ‘wie stelt moet bewijzen’ (zie Internationaal Gerechtshof 20 april 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina/Uruguay)*, par. 162) maar dit is niet absoluut: ‘[t]he determination of the burden of proof is in reality dependent on the subject-matter and the nature of each dispute brought before the Court; it varies according to the type of facts which it is necessary to establish for the purposes of the decision of the case.’ Zie Internationaal Gerechtshof 30 november 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea/Democratic Republic of the Congo)*, par. 54.

¹¹⁷ *El-Masri* par. 151. Zie uitgebreid over de benadering van waarheidsvinding door het EHRM en het eigen bewijsrecht: M. O’Boyle, ‘Proof: European Court of Human Rights (ECtHR)’ *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* 2018, par. 53-56.

¹¹⁸ *El-Masri* par. 152.

¹¹⁹ *El-Masri* par. 152.

¹²⁰ *El-Masri* par. 165.

¹²¹ *El-Masri* par. 166-167.

¹²² *Al Nashiri/Polen* par. 393-400; *Abu Zubaydah/Polen* par. 393-400; *Nasr en Ghali* par. 219-220; *Al Nashiri/Roemenië* par. 490-498; *Abu Zubaydah/Litouwen* par. 480-488.

omstandigheden lijkt een omkering van de bewijslast en een sterk beroep op ‘circumstantial evidence’ niet onredelijk.¹²³ Toch roept dit ook vragen op.

Zo is het voor de lezer van de arresten niet duidelijk hoe de omkering van de bewijslast zich verhoudt tot het materiële recht zoals het Hof dat hanteert, in het bijzonder de toepassing van de ‘ought to have known’-standaard als voldoende voor aansprakelijkheid onder het EVRM. Het staat voorop dat het Hof kon aannemen dat de betrokken staten wel degelijk op de hoogte waren van het rendition programma en hun aandeel daarin. Toch besloot het Hof de lagere cognitieve standaard toe te passen, alsmede een omgekeerde bewijslast. Bij een omkering van de bewijslast ligt het meer voor de hand om aan te nemen dat de staat daadwerkelijk wist van de schendingen indien de staat niet voldoet aan de op haar rustende bewijslast. Andersom: wanneer het EHRM vaststelt dat de staat had behoren te weten van de door de Amerikanen gepleegde mensenrechtenschendingen, lijkt een omkering van de bewijslast daarvoor niet nodig, omdat dit meestal wel zal kunnen worden afgeleid uit het al beschikbare bewijsmateriaal. De thans door het Hof toegepaste bewijsbenadering in deze zaken past wellicht goed bij een vormvrije en holistische benadering, maar na lezing van de arresten bekruipt vanuit procesrechtelijk perspectief wel de behoefte aan een heldere afbakening. Welke feitelijke vaststellingen volgen nu precies uit de situatie met of zonder omkering van de bewijslast en welke van die feiten schragen vervolgens de daadwerkelijke wetenschap of de ‘ought to have known’-standaard?

Vanuit procesrechtelijk perspectief rijst verder de vraag in hoeverre het jegens de staat redelijk zou zijn deze de gelegenheid te bieden alsnog het benodigde bewijs te leveren na omkering van de bewijslast. Indien de staat reageert op de door klager gestelde feiten is het nog ongewis of het EHRM besluit tot omkering van de bewijslast.¹²⁴ Daarmee weet de staat niet of uiteindelijk meer informatie nodig was om de door klager gestelde feiten te betwisten. Dit zou ervoor kunnen pleiten om in de procedure de staat alsnog de gelegenheid te bieden om te voldoen aan de omgekeerde bewijslast. Als tegenargument zou echter kunnen gelden dat de staat op basis van de EHRM-jurisprudentie terdege op de hoogte is van de mogelijkheid van omkering van de bewijslast, en het dan aan de staat is om in dit soort zaken hierop te anticiperen.

III. CONCLUSIE

De veiligheid van burgers in EVRM-staten kan, zo blijkt uit deze bijdrage, aanzienlijk onder druk komen te staan indien er bereidheid is om mensenrechtenschendingen die worden gepleegd door andere staten te faciliteren. Dat faciliteren kan vergaande vormen aannemen, inclusief het mogelijk maken van ernstige mensenrechtenschendingen op eigen grondgebied, of daarvoor ostentatief de ogen sluiten. De praktijken van rendition, ondervraging door middel

¹²³ Een vergelijking met het Nederlandse burgerlijk procesrecht: als bewijsnood is ontstaan door toedoen van de wederpartij kan er reden zijn voor omkering van de bewijslast (zie HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529, *Nederlandse Jurisprudentie* 2006/78; HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2988, *Nederlandse Jurisprudentie* 2004/422).

¹²⁴ Zie voor een geval waarin omkering van de bewijslast werd geweigerd EHRM 6 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0706JUD004357798 (*Nachova en anderen/Bulgarije*), par. 157. Vgl. O’Boyle 2018, par. 49 en K. Reid, *A Practitioner’s Guide to the ECHR*, Londen: Sweet & Maxwell 2019, p. 90-92.

van methoden die dikwijls het niveau van foltering bereiken en langdurige detentie zonder enige vorm van proces, raken misschien niet rechtstreeks de veiligheid van een groot aantal burgers, maar het legt wel op pijnlijke wijze bloot waartoe staten onder de nodige politieke druk bereid zijn. Vandaar dat we in het kader van deze bundel over de veilige stad de volgende onderzoeksvraag hebben opgeworpen: *in hoeverre resulteert het samenwerken met de Amerikanen in hun rendition programma, en in het bijzonder het ter beschikking stellen van detentiecentra, in aansprakelijkheid naar internationaal recht voor de ondersteunende en faciliterende Europese landen?*

Beantwoording van deze vraag bracht ons eerst langs de achtergrond van het rendition programma, in de VS en in Europa. Een belangrijk onderdeel van het programma was dat de rechten van de verdachten steeds verder werden uitgehold tot op het punt dat zij werden onttrokken aan de jurisdictie van de VS, waardoor de individuen zich – in juridische zin – in een zwart gat bevonden. De jurisdictiebepaling van het EVRM maakt echter geen onderscheid op basis van nationaliteit of plaats van verblijf; eenieder die zich binnen de rechtsmacht van een EVRM-staat bevindt, geniet de rechten die het verdrag garandeert. Vervolgens hebben wij de zes zaken besproken die tot op heden door het Hof zijn behandeld, met een focus op de grondslag voor toerekening van medeplichtigheid bij de schendingen van het folterverbod en het recht op vrijheid en de voorkennis van de betrokken EVRM-staten. In de context van klassieke uitlevering of uitzetting spelen diplomatieke garanties vaak een rol, en het Hof heeft in de rendition-zaken geoordeeld dat deze ook in het kader van rendition van toepassing zijn. Tot slot bespraken wij de benadering van het Hof bij de waarheidsvinding en de verdeling van de bewijslast.

Uit deze jurisprudentie blijkt dat het EVRM ook bescherming biedt in het geval dat ernstige mensenrechtenschendingen plaatsvinden buiten de nationale rechtsmacht: als een individu zich – door toedoen van een lidstaat van de Raad van Europa – in een derde staat bevindt waar hij of zij wordt gefolterd of onrechtmatig wordt vastgehouden, kan deze lidstaat alsnog aansprakelijk worden gehouden voor hetgeen dit individu overkomt, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Opvallend in deze context is ten eerste dat het Hof meer toerekent dan men op basis van de klassieke regels inzake staatsaansprakelijkheid of voorgaande jurisprudentie zou verwachten; de betrokken landen werden aansprakelijk gehouden voor de detentie van de slachtoffers op, maar ook buiten, het eigen grondgebied. Het Hof wil hiermee waarschijnlijk duidelijk maken dat aan het willens en wetens meewerken aan een dergelijk grove schending consequenties worden verbonden. Voorts lijkt de (voor)kennis van de staat in kwestie en de mate van inspanning om de schending te voorkomen doorslaggevend. Het Hof objectificeert tot op zekere hoogte de kennis van de betrokken staten: wist de staat het niet, dan hadden ze het wel moeten weten. Een soepelere materiële standaard van toerekening is al een zeer progressieve stap op zich. Het EHRM voegt daar nog een aanzienlijke versoepeling van bewijsrechtelijke beginselen aan toe, waaronder een omkering van de bewijslast wanneer de klager in aanzienlijke bewijsnood zou verkeren. Is dat onverdeeld een goede ontwikkeling? Wij menen van wel. Het EHRM geeft in de in deze bijdrage besproken beslissingen ontegenzeggelijk het heldere signaal af dat de steun van sommige Europese landen voor de

Amerikaanse praktijken van onrechtmatige detentie en foltering van terrorisme verdachte personen niet te verteren is.

Toch biedt deze jurisprudentie een beperkte oplossing. Niet alleen omdat de aansprakelijkheid van de primair verantwoordelijke – de VS – (nog) niet is vastgesteld, maar ook omdat er in zeer beperkte mate sprake is geweest van strafrechtelijke vervolging van bij de diverse mensenrechtenschendingen betrokken personen. In Italië zijn enkele Italianen en een twintigtal Amerikanen veroordeeld voor hun rol in de ontvoering en foltering van Abu Omar (en het leed van zijn echtgenote), alleen zijn de Amerikanen bij verstek veroordeeld en zijn zij niet uitgeleverd aan Italië.¹²⁵ In Duitsland is vooralsnog niemand in strafrechtelijke of civielrechtelijke procedures aansprakelijk gehouden, inclusief de staat.¹²⁶ Tot slot is het vanuit het rechtvaardigheidsgevoel zeer onbevredigend dat de medeplichtige staten wel degelijk lijken te hebben geprofiteerd van hun rol in dit jarenlange systeem; zo hebben de staten die detentiecentra ter beschikking hebben gesteld in ruil voor hun bijstand in verschillende vormen Amerikaanse steun ontvangen, te weten exorbitante contante betalingen en wellicht ook NAVO-lidmaatschap. Alles wijst er dan ook op dat de staten in kwestie bewust hebben gekozen om mee te werken met de Amerikanen, en een eventuele veroordeling door het EHRM op de koop toe hebben genomen.

¹²⁵ *Nasr en Ghali* par. 135 en 137. Zie ook European Parliament Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *A quest for accountability? EU and Member State inquiries into the CIA Rendition and Secret Detention Programme*, Study for the LIBE Committee, 2015, p. 44-45.

¹²⁶ Zowel voor de ontvoering van El-Masri als de rendition van Nasr (Abu Omar) via luchtbasis Ramstein te Duitsland hebben verschillende zaken geen doorgang gevonden wegens gebrek aan informatie, die in handen is van de VS. Ten overvloede dient nog te worden opgemerkt dat andere Europese staten die medewerking hebben verleend, zoals Ierland en het Verenigd Koninkrijk, ook nog niet aansprakelijk zijn bevonden door een internationaal hof.