

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap

Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma

Onder redactie van:
mr. dr. P.J. (Pim) Huisman
prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof
prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren

Eerste druk



's-Gravenhage - 2019

De empirische cyclus van Struiksma in het vreemdelingenrecht

Mr. dr. K.E. (Karen) Geertsema & prof. mr. T.P. (Thomas) Spijkerboer

In 2012 schreef Jan Struiksma ‘Het geschil als spel’ als bijdrage over rechtswetenschappelijk onderwijs en de methode van rechtswetenschappelijk onderzoek. Hij opent met een citaat van de bestuursrechtjurist Wim Duk:

‘Bestuursrechtelijke theorie dient niet (zo zeer) om de rechter te vertellen wat hij moet doen [...] maar (vooral) om de praktische vragen [...] systematisch te ordenen, en met elkaar in verband te brengen. Wat zich aanvankelijk als een chaotische massa aan ons voordoet, krijgt dan structuur en wordt zo beheersbaar voor wat ons intellect ter beschikking staat. Als de ordening, de ‘structurering’, bijdraagt tot trefzekerheid van die vragen, is dat meegenomen.’

In de periode dat Jan zijn methodologische gedachten op papier zette, troffen wij elkaar geregeld voor proefschriftbesprekingen. Duk kwam in ieder gesprek aan de orde, vanwege de structuur die hij heeft aangebracht in het bestuursrecht met zijn begrippenpaar ‘beleids- en beoordelingsvrijheid.’¹ De bestuursrechtelijke theorie is zeer gediend met het ordenend karakter van dit begrippenpaar. Toch dringt zich hierbij de vraag op of de begrippen de rechter vertellen wat hij moet doen - ook al zijn ze daar volgens Duk niet voor bedoeld. De Dukkiaanse ordening bleek niet in staat om de chaotische massa in het vreemdelingenrecht te begrijpen: de terughoudende toetsing in het asielrecht was er niet mee te verklaren. Dat leidde tijdens de proefschriftbesprekingen tot discussies over hoe rechtswetenschappelijk onderzoek bij moet dragen aan theorievorming. Jan refereerde tijdens die gesprekken nooit aan zijn *Geschil*, terwijl dat eigenlijk zo voor de hand had gelegen. Daarom willen wij bij de bespreking van Afdelingsjurisprudentie over de intensiteit van de rechterlijke toets in vreemdelingenzaken Jan’s *Geschil* als spel nemen.

1 Observatie: de cyclus van Struiksma

Ordening in het denken vraagt om indeling in fases. Voor Jan is het vanzelfsprekend om de toepassing van een bestuurlijke bevoegdheid aan de hand van vier beslisfases te analyseren. Van wetsinterpretatie naar feitenvaststelling, naar feitenkwalificatie en indien nodig nog een belangenafweging. Inderdaad hielp die indeling bij het observeren van de toepassing van de bestuurlijke bevoegdheid asiel te verlenen en de rechterlijke toetsing daarvan. Daardoor constateerden we tijdens die proefschriftbesprekingen dat kwalifica-

1 W. Duk, ‘Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid’, *RM Themis* 1988, p. 156-169.

tie van de feiten overlapt met de feitenvaststellende fase,² waardoor een terughoudende rechterlijke toetsing van die feitenvaststelling niet rijmt met het begrippenkader van Duk.

Jan laat zien dat ook rechtswetenschappelijk onderzoek in fases verloopt: van observatie, naar inductie, deductie, toetsing en evaluatie.³ Observatie is de fase waar het materiaal wordt verzameld en waar eerste ideeën over het onderwerp worden weergegeven. Inductie is de fase waarin de hypothese wordt geformuleerd aan de hand van een begripsomschrijving die de manier dekt waarop regels in uitspraken worden toegepast op de daarin omschreven feiten en omstandigheden (in ons geval: het begrippenkader van Duk). In de deductieve fase vervolgens wordt getoetst of die begripsomschrijving ook in gelijksoortige zaken volstaat, aan de hand waarvan de begripsomschrijving zich verder ontwikkelt (het proefschrift dat we bespraken). In de toetsende fase wordt daarna onderzocht of de begripsomschrijving in gelijksoortige casus met gelijksoortige feiten en omstandigheden van toepassing is (in ons geval dus niet). Tot slot vindt de evaluatie plaats waarin moet worden beoordeeld of aanpassing nodig is van de omschrijving, of dat deze in stand kan worden gelaten maar met introductie van een verbijzonderende omschrijving. Of dat het misschien nodig is een nieuw begrip te introduceren.⁴ Of is de conclusie - on-Dukkiaans - dat de werkelijkheid zich aan de theorie moet aanpassen en de rechter zijn toetsing moet veranderen?

Dit denken in fases helpt het ordenen en het vormen van gedachten. Maar wat als na veelvuldige evaluatie de onderzoeker tot de conclusie moet komen dat er nog steeds geen helderheid ontstaat?

2 **Deductie: de Afdeling bestuursrechtspraak in vreemdelingenzaken**

Vanuit algemeen bestuursrechtelijk perspectief is het vreemdelingenrecht in de woorden van staatsraad Nico Verheij ‘een redelijk afgesloten wereldje’, terwijl de verschillen minder groot zijn dan velen denken.⁵ Ondanks dat het procesrecht op veel punten afwijkt van het algemene bestuursprocesrecht,⁶ sippelen ontwikkelingen vanuit het vreemdelingenrecht door in het algemeen bestuursrecht.⁷ De sectie migratierecht aan de VU heeft sinds de invoering van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS of Afdeling) als hoogste bestuursrechter in vreemdelingenzaken de jurispruden-

2 K. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Een juridisch onderzoek naar de intensiteit van de rechterlijke toets in de Nederlandse asielprocedure van 2001-2015* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2018, p. 86.

3 J. Struiksma, *Geschil als spel*, 2012, p. 3 en 44.

4 J. Struiksma, *Geschil als spel*, 2012, p. 44.

5 Interview Nico Verheij, A&MR 2017-3, p. 113-117.

6 Zoals bijvoorbeeld de kortere termijnen in het migratierecht, Art. 69 Vw (vier weken) tegenover art. 6:19 Awb (zes weken), het grievenstelsel in hoger beroep (Art. 85 Vw), de mogelijkheid tot verkorte afdoening in hoger beroep (Art. 91 lid 2 Vw), de gelijkstelling van een feitelijke handeling met een besluit (art. 72 lid 3 Vw) en het ontbreken van een bezwaarfase in de asielprocedure (Art. 39 Vw).

7 Bijvoorbeeld de ontwikkelingen over het ‘ne bis in idem- beginsel’, zie H. Battjes en A.R. Reneman, ‘Het vreemdelingenrecht en de Awb’ in: T. Barkhuysen e.a. (red.) *25 jaar Awb, in eenheid en verscheidenheid* Deventer: Kluwer, 2019.

tie van deze instantie nauwlettend gevolgd.⁸ De ordenende blik van Jan, als bestuursrechter en als rechtswetenschapper, heeft daarbij altijd geholpen.

2.1 Geloofwaardigheid van asielrelazen

Het bestuursorgaan dat de bevoegdheid heeft asiel te verlenen, moet een toekomstig risico beoordelen: loopt de aanvrager het risico bij terugkeer naar het land van herkomst vluchtelingrechtelijk te worden vervolgd of slachtoffer te worden van foltering of een onmenselijke behandeling.⁹ Conform de eerder beschreven beslisfases moet het bestuursorgaan eerst de feiten vaststellen, alvorens het kan beoordelen of de vastgestelde feiten kwalificeren in het licht van de toepasselijke norm. Die feitenvaststellende fase in het asielrecht kenmerkt zich door weinig objectief verifieerbaar bewijsmateriaal. Documenten zijn moeilijk op echtheid te controleren. Documenten zien meestal op de identiteit van de asielzoeker, de reisroute en het dagelijks leven van de persoon in het land van herkomst. Documenten die de reden voor de vlucht onderbouwen ontbreken uit de aard der zaak meestal. Daarvoor zijn vaak alleen de verklaringen van de asielzoeker voorhanden. Op zich zijn verklaringen een op zich zelf staand bewijsmiddel. In het asielrecht echter, worden die verklaringen niet behandeld als bewijsmiddel, maar als te bewijzen partijstelling. Zij worden pas geaccepteerd als bewijsmiddel als ze door het bestuursorgaan geloofwaardig zijn bevonden. De beoordeling van de geloofwaardigheid van de verklaringen speelt daarom een centrale rol in de feitenvaststellende fase. Het is op dat punt dat de ABRvS deskundigheid aan het bestuursorgaan toekent die een reden vormt voor een terughoudende rechterlijke toetsing, omdat de bestuursrechter die deskundigheid niet heeft. Die deskundigheid geeft het bestuursorgaan beoordelingsruimte, aldus de Afdeling.

Deze toetsnorm, die de ABRvS in 2003 heeft gegeven,¹⁰ is in de loop der jaren eindeloos verfijnd en na ingreep van de wetgever in 2015 aangepast om te kunnen voldoen aan de Unierechtelijke norm van een volledig en *ex nunc* rechterlijk onderzoek. Als in een empirische cyclus heeft de ABRvS gereflecteerd op de eerdere norm en de formulering daarvan aangepast. Daarnaast heeft de ABRvS via haar rechtspraak het bestuursorgaan voorgeschreven hoe die de geloofwaardigheid van een asielrelaas moet beoordelen.¹¹ Sinds 2015 geldt artikel 83a Vw op grond waarvan de rechterlijke toetsing volledig en *ex nunc* moet zijn. Desondanks oordeelt de ABRvS dat het bestuurlijke oordeel over de geloofwaardigheid van verklaringen die niet met bewijs zijn gestaafd terughoudend moeten worden getoetst¹² (het soort manoeuvre dat de Afdeling de kwalificatie van 'meer dan gemiddeld eigenwijze rechter' opleverde).¹³ Tegelijkertijd is de toetsing aan het motiveringsbeginsel indringender dan voorheen, doordat de rechter de motivering van het

8 T. Spijkerboer, *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu 2002 en T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014.

9 Internationale normen volgend uit het Vluchtelingenverdrag en het EVRM.

10 ABRvS 27 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5566, AB 2003/286 m.nt. B. Vermeulen.

11 K. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Een juridisch onderzoek naar de intensiteit van de rechterlijke toets in de Nederlandse asielprocedure van 2001-2015* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, hoofdstuk 8 en p. 310.

12 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891, JV 2016/194 m.nt. S. Kok, AB 2016/196 m.nt. A.M. Reneman.

13 Hoofdartikel NRC-Handelsblad 22 oktober 2014.

besluit toetst aan de normen voor de geloofwaardigheidsbeoordeling zoals die volgen uit het beleid.¹⁴ De Afdeling omschrijft de toetsnorm als een ‘enigszins terughoudende toetsing’. Op deze manier past de rechterlijke toetsing op dit punt maar moeilijk in de bestuursrechtelijke jurisprudentie als geheel, maar het verschil is wel kleiner geworden.

2.2 Vreemdelingenbewaring

In de Vreemdelingenwet is de bestuurlijke bevoegdheid opgenomen om een vreemdeling in bewaring te stellen. De bestuurlijke beoordeling moet blijk geven van de aanleiding voor de bewaring, de grondslag, en moet een toets omvatten van de vraag of in dit geval een lichter middel dan inbewaringstelling mogelijk is.¹⁵ Volgens de Afdeling moest de rechter de grond voor bewaring vol toetsen en de lichter middel toets terughoudend. Bij de vraag of een lichter middel mogelijk is, een norm die volgt uit artikel 15 Terugkeerrichtlijn, meende de Afdeling dat het bestuursorgaan ‘enige beoordelingsruimte’ geniet, waardoor een terughoudende rechterlijke toetsing gepast is.¹⁶ Ook deze gecombineerde toetsnorm van volledig en terughoudend omschreef de Afdeling, net als bij asielzaken, als ‘enigszins terughoudend’.¹⁷ Na rechtspraak van het Hof van Justitie EU over de uitleg van artikel 15 Terugkeerrichtlijn,¹⁸ is de Afdeling teruggekomen van deze toetsnorm:¹⁹

‘Volgens het Hof impliceert de voormelde bevoegdheid van de rechter een grondig onderzoek naar de feitelijke elementen van het concrete geval. Ook oordeelt het Hof dat de rechter zijn beslissing in de plaats van die van de administratieve autoriteit moet kunnen stellen en moet kunnen beslissen over de mogelijkheid om een vervangende maatregel te gelasten. Deze overwegingen van het Hof laten zich, in samenhang bezien en gelet op de daarbij gebruikte bewoordingen, niet rijmen met een enigszins terughoudende toetsing door de rechter. Die toetsingsmaatstaf dient derhalve te worden verlaten.’

Sindsdien toetst de rechter het besluit tot inbewaringstelling grondig op alle aspecten.²⁰ Steeds moet het besluit blijk geven van een bestuurlijke beoordeling van de bijzondere feiten en omstandigheden van het individuele geval, en indien deze ontbreekt kan de rechter zelf een dergelijke beoordeling uitvoeren. Overigens blijft de vraag of dit niet vooral een kwestie van woorden is. De gevolgen van een eerdere intensivering van de rechterlijke toetsing van bewaring waren in individuele gevallen niet kenbaar.²¹

14 De zgn. ‘integrale geloofwaardigheidsbeoordeling’, die is uitgewerkt in de Vreemdelingencirculaire, Vc C1/3 (ingevoerd bij besluit van 24 december 2014, WBV 2014/36, *Str.* 2014, 36910) en in de INDI-werkinstructie 2014/10 (gepubliceerd op www.ind.nl).

15 Art. 59, 59a of 59b Vw en artikel 59c Vw.

16 Zie bv. ABRvS 28 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2803, *JV* 2011/304 m.nt. F. Fonville.

17 Voor analyse zie T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 338-340.

18 HvJEU 5 juni 2014 C-146/14 PPU (*Mabdi*), *JV* 2014/230 m.nt. G.N. Cornelisse.

19 ABRvS 23 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:232, *JV* 2015/63, r.o. 2.2.

20 Zie ook ABRvS 23 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:674, ABRvS 10 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1309, ABRvS 24 september 2015, *JV* 2015/321 en ABRvS 5 november 2015, *JV* 2015/352 m.nt. Fonville.

21 T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 340.

2.3 Toetsing aan artikel 8 EVRM

Een derde vorm van een 'enigszins terughoudende toetsing' is te zien bij de toetsing van besluiten waarbij aan een vreemdeling een verblijfsvergunning voor verblijf bij familie wordt geweigerd wegens een gevaar voor de openbare orde. Het bestuursorgaan moet dan toetsen aan artikel 8 lid 2 EVRM en de vraag beantwoorden of sprake is van een gerechtvaardigde inmenging in het gezinsleven van de vreemdeling. Uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat die beoordeling een belangenafweging vergt, waarvoor het EHRM een reeks criteria heeft geformuleerd.²² Volgens de Afdeling moet de rechter die belangenafweging als volgt toetsen:

'De rechter dient te beoordelen of de staatssecretaris alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de staatssecretaris zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een "fair balance" tussen enerzijds het belang bij de uitoefening van het familie- en gezinsleven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Nederlandse samenleving bij het voeren van een restrictief toelatingsbeleid. Deze maatstaf impliceert dat de toetsing door de rechter enigszins terughoudend dient te zijn.'²³

Hiermee geeft de Afdeling aan dat de rechterlijke toets in ieder geval moet waarborgen dat de Straatsburgse criteria zijn meegewogen. *Of* alle criteria zorgvuldig zijn meegewogen dient de rechter intensief te toetsen, maar *hoe* ze zijn meegewogen behoort volgens de Afdeling tot het terrein van het bestuur hetgeen de rechter terughoudend toetst.²⁴ Deze gecombineerde toetsnorm van vol en terughoudend blijkt in de praktijk te leunen op een dunne scheidslijn tussen 'of' en 'hoe'. Formuleringen in de rechtbankuitspraken die enigszins wijzen op een intensieve rechterlijke toetsing, worden door de Afdeling hersteld, waarbij de Afdeling vervolgens in de eigen beoordeling van het geschil de belangenafweging die de Staatssecretaris heeft verricht met formuleringen als 'heeft mogen oordelen' of 'niet ten onrechte' goedkeurt.²⁵ Bij uitspraken waarin het belang van het kind een rol speelt in de belangenafweging, heeft de Afdeling inmiddels overwogen dat aan dat belang een aanzienlijk gewicht moet worden toegekend, waarmee de Afdeling toch iets zegt over hoe belangen gewogen moeten worden.²⁶ Over de band van het motiveringsbeginsel wordt dan toch intensiever getoetst dan de toetsingsmaatstaf suggereert.

3 Induktie: de empirische cyclus in de rechtspraak

Jan Struiksma spreekt van een 'mentale empirische cyclus' bij geschilbeslechting, om te illustreren hoe een geschilbeslechter komt tot een uitspraak. De rechter bepaalt de toepasbare begrippen, toetst of de feiten en omstandigheden overeenkomen met die begrippen en of de redenering in overeenstemming is met het rechtvaardigheidsgevoel van

22 Zie bv. EHRM 2 augustus 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0802JUD005427300 (*Boultif t. Zwitserland*), RV 2001/23 m.nt. S. van Walsum.

23 Zie bv. ABRvS 10 december 2010, JV 2011/75 en ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:964, JV 2017/121 m.nt. P. Boeles.

24 Zie ABRvS 1 april 2010, JV 2010/195 m.nt. Geertsema.

25 T. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 335-338.

26 ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:964, JV 2017/121 m.nt. P. Boeles. Vgl. ABRvS 17 september 2015, 201502332/1/V3, JV 2015/319 m.nt. Ismaili.

de geschilbeslechter.²⁷ Volgens Jan ontbreekt bij de mentale empirische cyclus van de rechter echter de rapportage, een verslag van de toepassing van de cyclus, de evaluatie. In de drie gegeven voorbeelden blijkt echter dat de Afdeling goed in staat is te reflecteren op de eerdere cyclus, door het begrip aan te passen (bijvoorbeeld van een terughoudende naar een enigszins terughoudende toetsing) en daarvan in de uitspraak ook verslag te doen.²⁸ En niet alleen in de uitspraken van de Afdeling maar ook in de jaarverslagen geeft de Raad van State rapportage van de aangepaste begripsomschrijving om de intensiteit van de rechterlijke toetsing inzichtelijker te maken.²⁹ Volgens de Raad van State is reflectie over de intensiteit van de rechterlijke toetsing nodig en is de uitspraak van 13 april 2016 over de toetsing van asielbesluiten daar een eerste voorbeeld van.³⁰ In het jaarverslag 2017 kondigde de Raad van State vervolgens aan geen gebruik meer te maken van de Dukkiaanse begrippen beleids- en beoordelingsvrijheid, maar alleen nog de begrippen 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte' te gebruiken, met als overkoepelende term 'beslissingsruimte'.

Toch blijkt er ondanks de algemene regels over intensiteit van rechterlijke toetsing en de aanpassing van de begrippen sprake van allerlei afwijkende toepassingen. Verschillende annotaties van Leo Damen in de *AB* laten zien dat dit niet alleen geldt voor het vreemdelingenrecht maar ook voor het algemene bestuursrecht.³¹ De empirische cyclus lijkt niet de helderheid te geven die Jan zo graag zou zien.

4 Evaluatie

De vraag is hoe het komt dat een algemene regel over de toetsingsintensiteit, ook in de handen van de Afdeling zelf, toch weer tot allerlei afwijkende toepassingen leidt. Zou dat komen doordat (a) de regel niet helder is, omdat de concepten te vaag zijn; en (b) de rechter zo betrokken is bij de materie dat-ie telkens toch meer afstand neemt (om z'n vingers niet te branden) of minder afstand houdt (omdat-ie z'n zin wil doorzetten) dan volgens de zelf geformuleerde regel zou kunnen? Ongetwijfeld speelt de politieke gevoeligheid van het migratierecht een rol - het is een meer omstrede kwestie dan sociale zekerheid. Een hoogste nationale rechter zal ook op zo'n heikel terrein soms een ondergrens aan moeten geven, maar moet het draagvlak daarvoor niet ondermijnen door het bestuursorgaan met permanent micro-management voor de voeten te lopen. Bovendien kan ook - zelfs - de ABRvS soms even van slag zijn. In haar uitspraak over de Armeense kinderen Lily en Howick wilde ze zo graag haar vingers niet branden dat ze met een

27 J. Struiksma, *Geschild als spel*, 2012, p. 30.

28 Zoals in ABRvS 13 april 2016, 201507952; ECLI:NL:RVS:2016:890, *AB* 2016/195 m.nt. A.R. Reneman maar zie ook ABRvS 21 juli 2009, ECLI:NL:RVS:BJ3621, *JV* 2009/378 m.nt. K.Geertsema voor begripsaanpassing in de geloofwaardigheidsbeoordeling.

29 Jaarverslag Raad van State 2015, p. 67 en Jaarverslag Raad van State, 2017. Zie hierover het blog <<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/public-law/de-afdeling-neemt-afschied-van-het-begrip-marginale-toetsing-een-nieuwe-stap-richting-meer-rechtsbescherming>>.

30 Zie het persbericht bij de uitspraak van 13 april 2016, 201507952, ECLI:NL:RVS:2016:890, *AB* 2016/195 m.nt. Reneman, *JV* 2016/195 m.nt. Kok.

31 L.J.A. Damen, 'Marginale toetsing 1 t/m 25', *AB* 2012/245 t/m *AB* 2012/320 en 'Marginale toetsing 26 t/m 30', *AB* 2014/382 t/m *AB* 2014/386. Voor een analyse over het bouwrecht zie L. Damen, 'En de bestuursrechter maar marginaal toetsen', in: A.G. Bregman, H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening (Lubach-bundel)*, Den Haag: IBR 2014, p. 67-76.

slecht opgezette uitspraak de staatssecretaris we gelijk gaf, maar geen dienst bewees.³² De vanzelfsprekende gevoeligheid van een rechter voor de politieke context waarin hij opereert is in de theorievorming over rechterlijke toetsing niet verwerkt.

Op dat punt kan wel een stapje worden gezet, dat de rechtspraak van de Afdeling duidelijker zou maken. Bij de drie onderwerpen die we hier bespraken staat steeds een fundamenteel recht centraal. Bij asiel het recht op internationale bescherming, bij vreemdelingenbewaring het recht op vrijheid en veiligheid en bij de verblijfsvergunningen op grond van gezinsleven het recht op eerbiediging van het familieleven. Zowel de rechtspraak van het EHRM als het HvJEU over deze onderwerpen laat zien dat deze grondrechten een factor zijn die de rechterlijke beoordeling beïnvloeden. Uit het arrest Mahdi bleek zelfs dat het fundamentele recht op vrijheid vereist dat de rechterlijke beoordeling in de plaats kan komen van de bestuurlijke besluitvorming.³³ In het asielrecht vereist het EHRM in klachten over artikel 3 EVRM een *rigorous scrutiny*, een grondige toetsing. De deskundigheid van het bestuursorgaan bij de beoordeling van de geloofwaardigheid speelt in de EHRM-jurisprudentie wel een rol, maar niet op de manier zoals de Afdeling het opvoert als argument voor een terughoudende toetsing. Het grondrecht is dusdanig zwaar dat het EHRM indien nodig ingrijpt in de bestuurlijke besluitvorming. Ook in de jurisprudentie van het EHRM over artikel 8 EVRM speelt het fundamentele recht een rol in de intensiteit van de rechterlijke beoordeling, zij het dat de *margin of appreciation* hier een zekere terughoudendheid ten opzichte van de nationale belangenafweging tot gevolg heeft. De ABRvS kent deze marge voor de verdragspartij in zijn geheel aan het bestuursorgaan toe.

In de Afdelingsjurisprudentie heeft het kaliber van het grondrecht dat in een zaak aan de orde is geen kenbare rol bij de bepaling van de passende toetsingsintensiteit. Haar rechtspraak moet echter wel in overeenstemming zijn met de procedurele aspecten van de aan de orde zijnde grondrechten, en met name met de jurisprudentie van de Europese hoven daarover. Als de Afdeling expliciet zou maken welke rol grondrechten spelen bij de toetsingsintensiteit, zou haar positie duidelijker worden. Het zou bovendien recht doen aan de rechtsnorm die in het geschil centraal staat. 'Het geschil als spil'. En het zou onderzoeksmateriaal geven voor een volgende empirische cyclus.

32 Zie de annotatie van Spijkerboer bij ABRvS 24 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2815, *JV* 2018/163.

33 HvJEU 5 juni 2014 C-146/14 PPU (*Mahdi*), *JV* 2014/230 m.nt. G.N. Cornelisse.