

De Afdeling en de rechtsstaat

Het hoger beroep in vreemdelingenzaken



Foto: Ron Zwageman

Thomas Spijkerboer is hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en medewerker van dit blad.

De Afdeling werkt in Vreemdelingenzaken een politieke agenda af en gebruikt per agendapunt die methode van rechtsvinding waarmee zij haar doel – een beperkte rechterlijke toets – kan bereiken. De inhoudelijke consistente lijn van de Afdeling, die er op neer komt dat zij het bestuur niet voor de voeten loopt, is alleen mogelijk door het gebrek aan methode bij haar rechtsvinding. Een analyse waaruit blijkt dat de Afdeling in vreemdelingenzaken haar rechtsprekende bevoegdheid voor politieke doeleinden gebruikt.

Sinds 1 april 2001 is de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State bevoegd om in hoger beroep kennis te nemen van geschillen in vreemdelingenzaken.¹ In het onderstaande zal ik een analyse presenteren van de jurisprudentie van de Afdeling over de Vreemdelingenwet 2000.² Ik zal allereerst betogen dat de grote lijn in die jurisprudentie goed is voor het bestuur, en slecht voor de fundamentele rechten van vreemdelingen. Vervolgens zal ik betogen dat de Afdeling inconsistent is in de manier waarop zij die uitkomst bewerkstelligt. Ik zal daarna die twee elementen samenvoegen en betogen dat de Afdelingsjurisprudentie wel consistent is in politiek opzicht, en niet in juridisch opzicht. Ten slotte zal ik betogen dat dat uit rechtsstatelijk oogpunt niet acceptabel is. Mijn betoog zal dus niet inhouden dat de rechtspraak van de Afdeling op sommige punten niet verenigbaar is met fundamentele mensenrechten, of met het geldend recht, hoewel ik dat in het voorbijgaan wel eens zal aanstippen. Mijn betoog heeft als kern dat de rechtspraak van de Afdeling niet voldoet aan de eisen die aan rechtspraak gesteld moeten worden. Het gaat me hier dus niet om de uitkomst, maar om de methode.

1. De Afdeling beperkt haar toetsing

In de – inhoudelijk zeer diverse – jurisprudentie van de Afdeling op het gebied van het vreemdelingenrecht is een grote lijn te ontwaren. Die houdt in dat de Afdeling haar bevoegdheid om overheidshandelen op het gebied van het vreemdelingenrecht te toetsen op rechtmatigheid zo beperkt mogelijk opvat. Dat doet de Afdeling op drie manieren.

Ten eerste heeft de Afdeling uitgemaakt dat zij over enkele kwesties in het geheel geen uitspraak kan doen. Het duidelijkste voorbeeld daarvan is de jurisprudentie over het strafrechtelijk voortraject. Vreemdelingen die moeten worden uitgezet kunnen op grond van artikel 59 Vw 2000 van hun vrijheid beroofd worden, om te voorkomen dat zij onderduiken. Op grond van artikel 50 lid 1 Vw 2000 kunnen daartoe bevoegde ambtenaren personen staande houden ter vaststelling van hun nationaliteit en van hun verblijfsrechtelijke positie, mits er sprake is van feiten die objectief bezien een redelijk vermoeden van illegaal verblijf opleveren. Vaak worden vreemdelingen echter niet aangehouden op grond van de Vreemdelingenwet, maar op grond van een strafrechtelijke bevoegdheid. Als een vreemdeling op strafrechtelijke gronden wordt aangehouden, dan kunnen daar natuurlijk heel goede gronden voor zijn. Maar het kan ook zijn dat de politie, onder het mom van een strafrechtelijke aanhouding, in feite op grond van bijvoorbeeld uiterlijk tot aanhouding overgaat, en in feite niet om strafrechtelijke redenen maar met als doel vreemdelingencontrole. Op die manier zou de norm van artikel 50 Vw 2000 (alleen controle als er een redelijk vermoeden van illegaal verblijf is) uitgehold worden. Tot een jaar geleden beoordeelde de vreemdelingenrechter daarom of, voorafgaand aan de vreemdelingenbewaring, bij de strafrechtelijke aanhouding sprake was geweest van willekeur – of niet in feite het strafrecht was gebruikt om, met ontduiking van de eis van een redelijk vermoeden van illegaal verblijf, willekeurige vreemdelingencontroles uit te oefenen.³ De Afdeling daarentegen stelt dat de vreemdelingenrechter alleen kan beoordelen of de Vreemdelingenwet juist is toegepast. Over de toepassing van het

Deze artikelen zijn ook te raadplegen op Internet www.njb.nl

1. Op grond van de Wet Arob was zij rechter in eerste aanleg in vreemdelingenzaken. Tussen 1994 en 2001 was zij niet bevoegd in vreemdelingenzaken, zij het dat zij tot 1997 uitspraken deed over vreemdelingenzaken waarin voor 1 januari 1994 beroep was ingesteld.
2. Deze analyse is gebaseerd op T.P. Spijkerboer: *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Sdu, 's-Gravenhage 2002 (hierna: *Hoger beroep*). Dit artikel is de tekst van de oratie die ik op 21 november 2002 uitsprak.
3. Zie de noot van Vermeulen bij ABRvS 25 oktober 2001, JV 2001/329.

Wetboek van Strafrecht moet de strafrechter oordelen. Pas als die heeft uitgemaakt dat de staandhouding op grond van die wet onrechtmatig was, kan de vreemdelingenrechter eventueel beslissen dat ook de daaruit voortvloeiende vreemdelingenbewaring onrechtmatig is.⁴ Het probleem is nu dat de vreemdeling de vraag of de aanhouding wel rechtmatig was vaak niet aan een rechter kan voorleggen – althans niet binnen een aanvaardbare termijn.⁵ Als de strafrechter geen oordeel kan geven, en de vreemdelingenrechter zich niet bevoegd acht, is er in feite geen rechterlijk toezicht op de vraag of niet middels het strafrecht de normstelling van het vreemdelingenrecht wordt ontdoken – is er met andere woorden geen rechter die beoordeelt of het bestuur misbruik van zijn bevoegdheid heeft gemaakt. In sommige gevallen geeft de rechter dus in het geheel geen oordeel over de rechtmatigheid van overheidsoptreden.⁶

De tweede manier waarop de Afdeling haar eigen rechtsprekende bevoegdheid beperkt, is door op sommige punten marginaal te toetsen, terwijl daarvoor geen aanleiding is te vinden in de (bijvoorbeeld discretionaire) aard van de bestuurlijke bevoegdheid. Het helderst komt dat naar voren op het punt van de geloofwaardigheid van de feiten waarop een asielzoeker zich beroept, het vluchtrelaas. Het beoordelen van de geloofwaardigheid van een vluchtrelaas is berucht moeilijk. Uitzonderingsgevallen daargelaten is er maar één bron voor hetgeen de asielzoeker is overkomen, en dat is de asielzoeker zelf. Maar die wordt gewantwoord, en dat is begrijpelijk. Het wordt nog extra lastig omdat juist mensen die traumatische gebeurtenissen (zoals marteling) hebben meegemaakt – en die dus heel goed vluchteling kunnen zijn – last kunnen hebben van psychische problemen of zelfs geheugenstoornissen die leiden tot schijnbaar ongeloofwaardige verklaringen. Het maakt dan veel uit of de rechter, zoals voorheen, beoordeelt of het bestuur het vluchtrelaas terecht als ongeloofwaardig heeft beschouwd, of dat de toets is of het bestuur in redelijkheid het relaas als ongeloofwaardig heeft kunnen beschouwen. De Afdeling toetst de beoordeling van de geloofwaardigheid door het bestuur dus wel, maar marginaal.⁷

Ten derde heeft de Afdeling een aantal bepalingen in de wet aangegepen om op bijzonder formalistische gronden hoger beroepen niet-ontvankelijk te verklaren. Het helderste voorbeeld hiervan is de Afdelingsjurisprudentie over de bepaalde volmacht. Artikel 70 lid 1 Vw 2000 bepaalt dat beroep kan worden ingesteld door de vreemdeling, zijn wettelijke vertegenwoordiger, zijn bijzonder gevolmachtigde of een

Het maakt dan veel uit of de rechter, zoals voorheen, beoordeelt of het bestuur het vluchtrelaas terecht als ongeloofwaardig heeft beschouwd, of dat de toets is of het bestuur in redelijkheid het relaas als ongeloofwaardig heeft kunnen beschouwen.

advocaat, indien deze verklaart daartoe 'bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd.' Toen deze formulering in 1991 in het vreemdelingenrecht werd ingevoerd was de bedoeling dat een advocaat geen schriftelijke volmacht van de cliënt hoefde over te leggen, maar op zijn of haar woord werd geloofd als werd gesteld dat het beroep werd ingesteld namens de cliënt.⁸ Veel gebruikte formuleringen waren dat beroep werd ingesteld namens mevrouw X, of dat een advocaat als gemachtigde van de heer Y beroep instelde. Dat leverde geen enkel probleem op tot 17 augustus 2001. Toen besliste de Afdeling dat de eis van de bepaalde volmacht wel heel erg letterlijk moest worden genomen. De Afdeling stelde als eis voor de ontvankelijkheid van het hoger beroep dat de 'sacrale formule' werd gehanteerd. Maar uit coulantie overwoog zij dat er tot 1 november 2001 nog geen gevolgen zouden worden verbonden aan een verkeerde formulering. Na die datum zouden hoger beroepschriften die niet de juiste formulering bevatten niet-ontvankelijk worden verklaard.⁹ Gezien de achtergrond van de regel waar het hier om gaat – een advocaat die stelt namens iemand op te treden wordt op zijn of haar woord geloofd – is het verbluffend te zien dat de Afdeling vond dat niet aan de eisen was voldaan als de volgende formuleringen werden gebruikt:

- 'Hierbij laat ik u weten dat ik als advocaat van bovengenoemde eiser, hoger beroep instel tegen de uitspraak'¹⁰
- 'Namens appellant (...) wordt hierbij hoger beroep ingesteld tegen (...)'¹¹
- dat de advocaat 'als gemachtigde zal optreden in deze zaak'¹²
- dat de advocaat bepaaldelijk gemachtigd is tot het ondertekenen van het hoger beroep¹³
- 'Daartoe door X bepaaldelijk gevolmachtigd stel ik, advocaat Y, hierdoor beroep in tegen de uitspraak van de rechtbank.'¹⁴

Er zijn dus drie manieren waarop de Afdeling haar

4. In deze zin o.m. ABRvS 26 juli 2001, J/V 2001/234, AB 2001, 273, RV 2001, 66; ABRvS 5 september 2001, J/V 2001/284, AB 2001, 366; ABRvS 25 oktober 2001, J/V 2001/329, AB 201, 384; ABRvS 22 november 2001, J/V 2002/35, AB 2002, 112.

5. Als de strafrechtelijke vrijheidsbeneming vanaf de aanhouding korter duurt dan drie dagen en 15 uur, dan zal de rechter-commissaris geen oordeel geven, art. 59 a Sv. De enige openstaande rechtsgang terzake van de aanhouding is dan die bij de burgerlijke rechter in een bodemprocedure, waarin een verklaring voor recht wordt gevraagd. Deze procedure zal vele malen langer duren dan de door art. 5 lid 4 EVRM vereiste snelle procedure. Zie nader *Hoger beroep* p. 171-172.

6. Ook de jurisprudentie van de Afdeling met betrekking tot art. 4:6 Awb, waarop ik hieronder uitgebreid

der terugkom, brengt met zich mee dat de Afdeling de beslissing op de meeste tweede (en volgende) asielaanvragen niet toetst. Hoewel de vreemdeling zich er op beroept dat uitzetting zou leiden tot een niet acceptabele schending van mensenrechten, stelt de Afdeling zich op het standpunt dat dit beroep in gewone gevallen niet inhoudelijk door de rechter beoordeeld mag worden.

7. In deze zin het meest expliciet ABRvS 9 juli 2002, J/V 2002/275. Er is ook sprake van een marginale toets waar het gaat om het al dan niet accepteren correcties en aanvullingen op het nader gehoor, ABRvS 28 augustus 2002, J/V 2002/355; met betrekking tot feitelijke conclusies, ABRvS 28 juni 2002, J/V 2002/293; soms met betrekking tot de vraag of er nova zijn in de zin van art. 4:6 Awb, ABRvS 28 juni 2002, J/V 2002/293; en mogelijk in bewaringszaken, zie ABRvS 24 juli 2002, J/V 2002/312 met de noot van

Baudoin. Zie uitgebreid *Hoger beroep* p. 20-30.

8. Zie o.m. B.W.N. de Waard: Hoger beroep in vreemdelingenzaken: Afdeling bestuursrechtspraak eist van advocaten een specifieke procesformule, *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1843-1844, en G.M.H. Hoogvliet: De nuchterheid teruggekeerd, *Migrantenrecht* 2002, p. 48-54, p. 50.

9. ABRvS 17 augustus 2001, J/V 2001/263, AB 2001, 300.

10. ABRvS 17 augustus 2001, J/V 2001/263, AB 2001, 300.

11. ABRvS 17 augustus 2001, NAV 2001/272; ABRvS 9 oktober 2001, NAV 2001/341.

12. ABRvS 16 oktober 2001, J/V 2002/524.

13. ABRvS 8 januari 2002, J/V 2002/47.

14. ABRvS 9 juli 2002, 20 0203601/1, n.g.

eigen rechtsprekende bevoegdheid beperkt:¹⁵ zij toetst bepaalde bestuurshandelingen niet; zij toetst bestuurshandelingen soms marginaal; en zij 'loost' ingestelde hoger beroepen vanwege detailkwesties.¹⁶

De beperking van de rechterlijke toetsing heeft daadwerkelijke gevolgen voor de verhouding tussen bestuur en rechtzoekende. Als de rechter het optreden van het bestuur niet of minder indringend toetst, dan betekent dat dat hij meer handelingen van het bestuur in stand laat dan het geval was geweest bij een meer omvattende toetsing. Het bestuur krijgt dus meer armslag, meer ruimte om naar eigen inzicht te handelen. Dat impliceert dat de rechtsbescherming van de rechtzoekende tegen de overheid vermindert. Daarmee vermindert het toezicht op de handhaving

De vreemdeling delft vaker het onderspit, niet om inhoudelijke maar om formele redenen.

van de grondrechten van vreemdelingen.¹⁷ De vreemdeling delft vaker het onderspit, niet om inhoudelijke maar om formele redenen. De vreemdeling wordt relatief vaker in het ongelijk gesteld, niet omdat de rechter vindt dat hij vaker ongelijk heeft, maar omdat de rechter de kwestie die de vreemdeling aankomt in het geheel niet wil beoordelen, of omdat de rechter niet de vraag stelt of hij gelijk heeft maar of hij *overduidelijk* gelijk heeft. De beperkte taakopvatting van de Afdeling betekent dus dat de onderlinge verhouding tussen vreemdeling en bestuur wordt gewijzigd in het voordeel van het bestuur.

2. Interne consistentie ontbreekt

Het feit dat de jurisprudentie van de Afdeling deze lijn kiest, en deze gevolgen heeft, lijkt mij op zichzelf niet onaanvaardbaar. Rechter moeten keuzes maken, en de keuze die de Afdeling in vreemdelingenzaken maakt is niet bij voorbaat minder geldig dan een andere. Er zijn twee manieren om een dergelijke keuze juridisch te analyseren. Ten eerste kan men de vraag opwerpen of de jurisprudentie van de Afdeling kan leiden tot strijd met de wet of met verdragen. Deze vorm van kritiek, die mij overigens op onderdelen juist lijkt, laat ik hier liggen. Ik wil hier betogen dat de manier waarop de Afdeling tot deze resultaten komt juridisch inconsistent is. Het gaat hierbij om

een interne analyse, een analyse van binnenuit. Ik betoog niet dat de jurisprudentie in strijd is met hogere normen, maar dat zij innerlijk tegenstrijdig is.

De letterlijke tekst van de wet

Het eerste punt is de manier waarop de Afdeling omgaat met de tekst van de wet. Zojuist zagen we al dat de Afdeling de tekst van de wet soms zeer letterlijk neemt, ook als dat ongerijmde gevolgen heeft. De bepaling van artikel 70 lid 1 Vw 2000, inhoudend dat beroep kan worden ingesteld door een advocaat indien deze verklaart daartoe bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd, wordt zo uitgelegd dat het van essentieel belang is dat de advocaat de volgende woorden hanteert: bepaaldelijke volmacht (en niet: namens of iets dergelijks); het instellen van hoger beroep (en niet: het ondertekenen van het hoger beroep); en verklaren (een advocaat die in feite verklaart bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd, maar daarbij niet het *woord* verklaren laat vallen gebruikt niet de sacrale formule). Deze vergaande letterlijkheid heeft een ongerijmd gevolg, dat tegengesteld is aan de bedoeling van de wetgever. Inmiddels is gebleken dat de Afdeling een hoger beroep ingesteld door een advocaat die niet de sacrale formule gebruikt niet-ontvankelijk verklaart, terwijl een niet-advocaat die hoger beroep instelt zonder de vereiste schriftelijke volmacht over te leggen de gelegenheid krijgt om de volmacht alsnog over te leggen.¹⁸ Hier leidt letterlijkheid dus tot strijd met de bedoeling van de wetgever.

Artikel 4:6 Awb is in het migratierecht van belang voor asielzoekers die een tweede asielaanvraag indienen. Artikel 4:6 bepaalt dat iemand die een nieuwe aanvraag indient nieuwe feiten of omstandigheden moet vermelden.¹⁹ Doet de aanvrager dat niet, dan kan het bestuur de tweede aanvraag afwijzen, en deze afwijzing motiveren met verwijzing naar de eerdere beschikking. De gedachte hierachter is dat een afwijzing een afwijzing is, dat een i.c. afwijzende beschikking *formele rechtskracht* heeft. Rechtzoekenden kunnen niet een geschil dat al is afgehandeld naar believen heropenen. Het bestuur is alleen verplicht om opnieuw inhoudelijk op de kwestie in te gaan als er nieuwe feiten of omstandigheden zijn. In principe komt, ingevolge artikel 4:6 Awb, aan beschikkingen formele rechtskracht toe, en zijn zij dus niet meer aantastbaar, tenzij er nieuwe feiten zijn. Als er nieuwe feiten zijn, kan een nieuwe aanvraag worden ingediend die moet leiden tot een nieuwe inhoudelijke beoordeling.

In asielzaken is strikte toepassing van deze regel problematisch. Zo zijn getraumatiseerde asielzoekers niet steeds in staat om onmiddellijk na aankomst alle relevante feiten te vertellen. Zij komen dan in

15. Met de beperkte toetsing door de Afdeling is in overeenstemming dat Schreuder-Vlasblom, lid van de vreemdelingenkamer van de Afdeling, van mening is dat bij het hoger beroep in vreemdelingenzaken het accent ligt op het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling, en dat de waarborgen voor individuele rechtsbescherming overwegend moeten worden geboden door de rechtbanken; zie haar *De Awb; het bestuursprocesrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001, p. 242-243. Ik acht deze stellingname geen zuivere weergave van het wettelijk systeem en de bedoeling van de wetgever, *Hoger beroep*, p. 1-6.

16. Naast het hier behandelde art. 70 lid 1 Vw 2000 gebruikt de Afdeling ook een concept van het begrip grieven in de zin van art. 85 Vw 2000 dat er toe leidt dat appèllen op formalistische gronden

stranden, zie bijv. ABRvS 15 augustus 2001, *JV* 2001/261 en ABRvS 17 april 2002, *JV* 2002/198. Ook werd een hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard op grond van art. 85 lid 3 Vw 2000 omdat één pagina van de bestreden uitspraak ontbrak (aldus Marcelle Reneman, Hoe beperkt is het hoger beroep?, *Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht* 2002, p. 212-219, p. 213), ABRvS 16 augustus 2001, *JV* 2001/264, *NAV* 2001/318.

17. Het meest indringend blijkt de beperkte effectiviteit van het beroep op de Afdeling uit het feit dat de mogelijkheid om schorsende werking voor een ingesteld beroep te verkrijgen niet voldoet aan de eisen die daaraan door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens worden gesteld in EHRM 5 februari 2002, *JV* 2002/117 (Conka v. België). Het is namelijk niet verzekerd dat een vreemdeling daadwerkelijk opschorting van de uitzetting hangende

het beroep kan bewerkstelligen indien daarvoor, volgens de criteria die de Afdeling in dat verband zelf aanlegt, aanleiding is. Dat heeft als ultieme consequentie dat het beroep op de Afdeling niet kan worden aangemerkt als een rechtsmiddel dat ingevolge art. 35 lid 1 EVRM moet worden aangewend voordat een klacht bij het EHRM ontvankelijk is, zie *Hoger beroep* p. 125-127.

18. ABRvS 8 april 2002, *JV* 2002/171.

19. De Afdeling stelt zich op het standpunt dat deze nieuwe feiten of omstandigheden ook aanleiding moeten zijn om de eerste beslissing te herzien, zie ABRvS 5 maart 2002, *JV* 2002/124; ABRvS 13 mei 2002, *JV* 2002/263; ABRvS 5 augustus 2002, *JV* 2002/339, en de noot van Battjes; ABRvS 23 augustus 2002, *JV* 2002/350.

een tweede asielpcedure met feiten die strikt genomen niet nieuw zijn (want zij zelf kenden ze al), maar die dat voor het bestuur wel zijn, en die relevant kunnen zijn voor de vraag of uitzetting rechtens toelaatbaar is. De toepassing van het beginsel van formele rechtskracht kan dan leiden tot strijd met het verbod om vreemdelingen terug te sturen naar een land waar zij dreigen te worden vervolgd of gemarteld (het refoulementverbod).

De Afdeling geeft het beginsel van formele rechtskracht voorrang boven handhaving van het refoulementverbod. Dat bleek het duidelijkst in het volgende geval. Het asielverzoek van een Iraanse vrouw was in de versnelde procedure, in dit geval binnen drie dagen na de aanvraag, afgewezen. Haar was tijdens deze procedure gevraagd of zij was verkracht, en zij had dat ontkend. Een week na de afwijzende beschikking verklaarde zij schriftelijk dat zij wel degelijk was verkracht; zij onderbouwde deze verklaring met een onderzoeksrapport van een traumatherapeut. De Afdeling meende dat geen sprake was van een nieuw feit. Dat de vrouw stelde uit schaamte jengens haar echtgenoot en door psychische problemen niet eerder in staat te zijn geweest om van de verkrachtingen melding te maken maakte dat, aldus de Afdeling, niet anders. De stelling van de vrouw dat zij werd verkracht werd daarom niet betrokken bij de beoordeling van de asielaanvraag.²⁰

In de visie van de Afdeling kan de rechter de afwijzing van een herhaalde aanvraag alleen maar beoordelen op de vraag of er nieuwe feiten of omstandigheden zijn. Door de toetsing zo te beperken gaat de Afdeling nogal vrij om met de tekst van de wet. Artikel 4:6 Awb bepaalt immers dat een tweede aanvraag waarbij geen nieuwe feiten zijn gesteld *kan* worden afgewezen onder de enkele verwijzing naar de eerdere beschikking; er staat niet dat de tweede aanvraag op die wijze afgewezen *wordt*. Als (overigens marginaal) getoetst zou worden of het bestuur ondanks het ontbreken van nieuwe feiten gebruik kon maken van artikel 4:6 Awb, hetgeen in overeenstemming zou zijn met de tekst van de wet, dan zou het goed denkbaar zijn dat de jurisprudentie er van uitging dat een herhaalde asielaanvraag in redelijkheid niet kan worden afgewezen als dat zou leiden tot schending van het refoulementverbod. De Afdeling doet dat niet, en toetst de toepassing van artikel 4:6 Awb niet op redelijkheid.²¹ Artikel 4:6 Awb bepaalt dat een herhaalde aanvraag vereenvoudigd afgewezen *kan* worden; de Afdeling doet alsof er staat dat

een herhaalde aanvraag vereenvoudigd afgewezen *wordt*. De letterlijke tekst van de wet wijkt hier voor de bedoeling van de Afdeling.²²

In de ene context – op het punt van de sacrale formule – houdt de Afdeling zich dus aan de wettekst, ook al leidt dat tot onvermoede en onbedoelde gevolgen;²³ waar het gaat om artikel 4:6 Awb doet de Afdeling of de bepaling niet facultatief maar imperatief is geformuleerd,²⁴ en negeert zij derhalve de wettekst, of amendeert zij deze zelfs.²⁵

Formele rechtskracht: een beginsel van openbare orde?

De Afdeling meent dus dat de rechter de beslissing van het bestuur om gebruik te maken van de be-

De Afdeling geeft het beginsel van formele rechtskracht voorrang boven handhaving van het refoulementverbod.

voegdheid om bij ontstentenis van nova een tweede asielaanvraag vereenvoudigd af te doen niet (marginaal) kan toetsen. Maar zij gaat nog een stapje verder. Zij meent dat de rechter artikel 4:6 Awb *moet* toepassen, ook al heeft geen van de betrokken partijen een beroep op deze bepaling gedaan. De Afdeling beschouwt artikel 4:6 Awb dus kennelijk als een bepaling van openbare orde; zij is kennelijk van zo grote betekenis dat haar gelding moet worden verzekerd ongeacht de stellingen of de belangen van partijen.²⁶ Uiteraard is het mogelijk op te werpen dat een bepaling niet van openbare orde kan zijn als zij discretionair geformuleerd is, omdat de wetgever dan niet heeft gewild dat zij *moet* worden toegepast. Dat is een variant van het punt dat in de vorige paragraaf aan de orde was: de Afdeling negeert de facultatieve formulering van artikel 4:6.

Maar het is opvallend dat de Afdeling in een andere uitspraak, inzake het één status-systeem, het beginsel van formele rechtskracht heeft laten wijken voor de bedoeling van de wetgever. Onder de oude Vreemdelingenwet kon een asielzoeker die in Nederland mocht blijven drie verschillende verblijfsvergunningen krijgen. De ene verblijfsvergunning bood een be-

20. ABRvS 28 juni 2002, *JV* 2002/294. Het betrof hier overigens niet art. 4:6 Awb maar art. 83 Vw 2000. Op dit punt zijn deze bepalingen echter identiek, zie ABRvS 3 augustus 2001, *JV* 2001/258, *NAV* 2002/319.

21. De Afdeling zette de hakken op dit punt nadrukkelijk in het zand in een nieuwe standaarduitspraak, ABRvS 6 november 2002, 20 0205002, te publiceren in o.m. *JV*.

22. De parlementaire geschiedenis van de Awb bevat geen aanwijzingen dat art. 4:6 Awb imperatief moet worden opgevat, in weerwil van de facultatieve formulering. Inmiddels is de Vreemdelingen-circulaire bij TBV 2002/3 van 18 februari 2002 zodanig gewijzigd dat van de bevoegdheid om art. 4:6 Awb niet tegen te werpen geen gebruik meer wordt gemaakt; het bestuurlijk beleid sluit nu dus geheel aan bij de rechtspraak van de Afdeling. Zie nader H.B. Winter: Duidelijkheid laat te wensen over, *Migratierecht* 2002, p. 85-87.

23. Ook waar het gaat om het instellen van rechtsmid-

delen tegen de weigering van de verblijfsvergunning asiel en de ambtshalve te verlenen verblijfsvergunning regulier past de Afdeling de wettekst toe in weerwil van de bedoeling van de wetgever, waar in die context overigens veel voor te zeggen valt, zie o.m. ABRvS 6 december 2001, *JV* 2002/42, *NAV* 2002/70, *AB* 2002, 86, *RV* 2001, 55; nader *Hoger beroep* p. 77-79. Ook een strikte toepassing van de wettekst is de Afdelingsjurisprudentie inzake de termijn van 48 proces-uren, zie daarover *Hoger beroep* p. 106-111, zij het dat ABRvS 29 juni 2001, *JV* 2001/208, *NAV* 2001/229 niet goed in die lijn past, zie de noot van Olivier bij ABRvS 20 december 2001, *RV* 2001, 20.

24. Evenzo interpreteert de Afdeling art. 63 lid 1 Vw 2000 (de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft *kan* worden uitgezet) als een niet-facultatieve bepaling, ABRvS 29 mei 2001, *JV* 2001/166, *RV* 2001, 62 en 65. Dat is niet alleen strijdig met de tekst van de wet, maar ook met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, TK 1988-1999, 26 743, nr 3, p. 65.

25. De Afdeling negeert eveneens de tekst van de wet waar zij het doet voorkomen alsof in het Vreemdelingenbesluit het aantal uren als bedoeld in artt. 69 lid 2 en 82 lid 2 onder a Vw 2000 is bepaald, ABRvS 29 juni 2001, *JV* 2001/208, *NAV* 2001/229; en waar zij geen gevolgen voor de beroepstermijn verbindt aan het feit dat de afwijzende beschikking op een asielaanvraag weliswaar in het Aanmeldcentrum, maar na afloop van de termijn van 48 proces-uren is uitgereikt, zie ABRvS 5 maart 2002, *JV* 2002/143, *AB* 2002, 197. De Afdeling beroept zich in de laatste uitspraak weliswaar op de bedoeling van de wetgever, maar wie de passages waarnaar de Afdeling verwijst naslaat treft geen uitlatingen aan als door de Afdeling bedoeld.

26. Zie over bepalingen van openbare orde J.B.J.M. ten Berge en R.J.G.M. Widdershoven, *Bescherming tegen de overheid: Nederlands Algemeen Bestuursrecht 2*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001, p. 133-134; M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001, p. 129-132.

De Afdeling heeft in haar uitspraak over het één status-systeem doorslaggevend belang gehecht aan de bedoeling van de wetgever. Had zij dat ook gedaan op het punt van het strafrechtelijk voortraject bij vreemdelingenbewaring, dan had haar jurisprudentie op dat punt er heel anders uit gezien.

tere rechtspositie dan de andere. Daarom procedeerden veel asielzoekers die al een verblijfsvergunning hadden door om een betere verblijfsvergunning te verkrijgen.²⁷ Dat is eigenlijk zonde van de capaciteit van het bestuur en de rechterlijke macht. In de Vreemdelingenwet 2000 werd daarom het één status-systeem ingevoerd: alle asielzoekers die mogen blijven, krijgen één en dezelfde verblijfsvergunning, ongeacht de grond waarop de vergunning wordt verleend. De bedoeling van de wetgever was dat zij niet meer kunnen doorprocederen over de grond waarop de vergunning is verleend. Dat is niet expliciet in de wet vastgelegd, omdat dat in de visie van de wetgever reeds volgde uit het ontbreken van een procesbelang bij doorprocederen. Asielzoekers met een verblijfsvergunning hebben bij een verdere procedure geen belang, omdat zij al hebben wat zij aangevraagd hebben.

Echter, een verblijfsvergunning asiel die is verleend op de 'zwakste' grond is, om redenen die hier niet terzake doen, eerder intrekbaar dan een vergunning die op een 'sterkere' grond is verleend.²⁸ Een asielzoeker die een verblijfsvergunning heeft gekregen op de zwakste grond zal, als die vergunning wordt ingetrokken, natuurlijk willen betogen dat de vergunning niet op die 'zwakste' grond, maar op een 'sterkere' grond verleend had moeten worden. De op een 'sterkere' grond verleende vergunning had, zo zal hij stellen, niet ingetrokken kunnen worden. De wetgever meende daarom dat een asielzoeker wel in discussie kan gaan over de juistheid van de verleningsgrond, maar pas als de vergunning ooit zou worden *ingetrokken*. In de visie van de wetgever heeft hij op dat moment een procesbelang bij die discussie; eerder niet.

Maar de wetgever zag hierbij over het hoofd dat een beschikking waartegen niet binnen de beroepstermijn een rechtsmiddel wordt ingesteld formele rechtskracht krijgt. Ook de motivering van de beschikking krijgt – voor zover die dragend was voor de beschikking, zoals in het hier besproken geval – formele rechtskracht. Daarom kan, vanuit het perspectief van de formele rechtskracht bezien, na verloop van de beroepstermijn niet meer ter discussie worden gesteld of het bestuur de verblijfsvergunning asiel wel op terecht op de 'zwakste' grond heeft verleend. De motivering heeft formele rechtskracht, dus de verlening op die zwakste grond staat vast. Van die grond moet in de procedure over een eventuele intrekking worden uitgegaan. In een aantal uitspraken werd het om die reden wel mogelijk geacht dat vreemdelingen die een verblijfsvergunning asiel hadden gekregen op de 'zwakste' grond doorprocedeerden om een verblijfsvergunning op een 'sterkere' grond te verkrijgen. Die op de 'sterkere' grond verleende verblijfsvergunning is immers minder gemakkelijk intrekbaar, en daarin is het procesbelang van de vreemdeling gelegen. Over de verleningsgrond pas bij intrekking procederen is in deze visie geen optie, omdat de verleningsgrond dan onaantastbaar is, formele rechtskracht heeft.²⁹

Op grond van het feit dat de Afdeling de formele rechtskracht beschouwt als een beginsel van open-

bare orde, had verwacht kunnen worden dat zij het één status-systeem onderuit zou halen en zou uitmaken dat de vreemdeling er belang bij heeft op te komen tegen de verleningsgrond. Daarmee zou één van de hoofddoelen van de Vreemdelingenwet 2000 – minder procedures – worden gefrustreerd. Zij heeft er dan ook de voorkeur aan gegeven om uitvoering te geven aan het wettelijk stelsel zoals dat de wetgever voor ogen heeft gestaan, alsmede de bedoeling van de wetgever om doorprocederen te voorkomen. Zij meent dat de discussie over de verleningsgrond in voorkomende gevallen kan worden gevoerd bij de intrekking; daarbij zal de formele rechtskracht niet worden tegengeworpen.³⁰ Hiermee kwam de Afdeling tegemoet aan het belang van de staat door, ondanks het in andere context heilig geachte systeem van de Awb, de formele rechtskracht terzijde te schuiven. Waar het in het belang van de vreemdeling was geweest om de formele rechtskracht – in bepaalde gevallen en onder bepaalde omstandigheden – terzijde te schuiven, daar heeft zij dat nadrukkelijk geweigerd juist vanwege dat systeem van de Awb.

Het is een in het oog lopende inconsistentie dat de Afdeling in de ene context het beginsel van formele rechtskracht van openbare orde acht, omdat de betekenis daarvan voor de rechtsorde kennelijk zo groot is dat haar gelding moet worden verzekerd ongeacht de wil, de kennis of het belang van partijen; terwijl dit beginsel in een andere context buiten toepassing wordt gelaten op grond van de – niet in de wettekst geëxpliciteerde, maar overigens wel onmiskenbare – bedoeling van de wetgever. Het beginsel kan niet in de ene context van openbare orde zijn en zelfs de facultatieve formulering van artikel 4:6 Awb overtreffen, en in de andere context slechts een gewoon beginsel zijn dat wordt overtroefd door de bedoeling van de wetgever.

De bedoeling van de wetgever

Zoals we zagen heeft de Afdeling in haar uitspraak over het één status-systeem doorslaggevend belang gehecht aan de bedoeling van de wetgever. Had zij dat ook gedaan op het punt van het strafrechtelijk voortraject bij vreemdelingenbewaring, dan had haar jurisprudentie op dat punt er heel anders uit gezien. Zoals we eerder zagen, meent de Afdeling dat de vreemdelingenrechter niet kan treden in de vraag of de aan de vreemdelingenbewaring voorafgaande strafrechtelijke opsporingshandelingen rechtmatig zijn geweest. Volgens de wetgever echter wordt '(b)ij de beoordeling van de rechtmatigheid van de inbewaringstelling (...) het hele voortraject betrokken', en wordt bij deze beoordeling mede betrokken of de toepassing van de bevoegdheden discriminatoir was.³¹ Ook uit andere uitingen van de wetgever blijkt dat hij uitdrukkelijk heeft gewild dat sprake was van een non-discriminatoir vreemdelingentoezicht.³² Als de Afdeling deze bedoeling van de wetgever had willen honoreren, had zij niet tegen de wettekst in hoeven gaan. Zij had kunnen volstaan met de overweging dat uit artikel 94 lid 4 Vw 2000 voortvloeit dat de rechter niet alleen beoordeelt of de bewaring in

27. Zie N. Doornbos en C.A. Groenendijk: Uitkomsten van asielprocedures: een cohortonderzoek, *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 245-253.
28. Zie nader P.J.A.M. Baudoin, P. Boeles, A. Kuijjer en T.P. Spijkerboer: *Vreemdelingenwet 2000. Gevolgen voor de rechtspraak*, OSR Juridische Opleidingen/Stichting Studiecentrum rechtspleging, Utrecht 2001, p. 152; B.P. Vermeulen: De procedures in de Vreemdelingenwet 2000, *Ars Aequi* 2000, p. 384-391, p. 387-388.
29. Zie in deze zin Rechtbank 's-Gravenhage zp Zwolle 12 november 2001, *JV* 2002/50.
30. ABRvS 28 maart 2002, *JV* 2002/153, *NAV* 2002/127, *AB* 2002, 132. Het is overigens opmerkelijk dat de Afdeling in dit verband de toezegging van de staatssecretaris relevant heeft geacht. Het beginsel van formele rechtskracht wordt door haar immers van openbare orde geacht, zodat de wil, de kennis of het belang van partijen niet relevant is. Het is dan merkwaardig dat een toezegging van een van beide partijen wel relevant kan zijn.
31. TK 1999-2000, 26 732, nr 11, p. 3.
32. TK 1999-2002, 26 732, nr 12, p. 29; TK 1999-2000, 26 732, nr 76; Hand TK 8 juni 2000, p. 85-5493-4; EK 2000-2001, 26 732, nr 5d, p. 21;

strijd is met de Vreemdelingenwet, maar ook of deze bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is. De belangenafweging biedt ruimte voor toetsing op willekeur van aan de vreemdelingenbewaring voorafgaande strafrechtelijke handelingen.

We zien dus dat de Afdeling op het punt van het doorprocederen de bedoeling van de wetgever laat prevaleren boven een beginsel dat, naar zij elders meent, van openbare orde is. Maar op het punt van de toetsing van het strafrechtelijk voortraject geeft zij geen gevolg aan de bedoeling van de wetgever, terwijl de wettekst daarvoor alle ruimte laat.³³

De bevoegdheid van de Afdeling

De Afdeling heeft haar weigering om het strafrechtelijk voortraject te toetsen gebaseerd op de overweging dat de vreemdelingenrechter niet kan oordelen over bevoegdheden die niet zijn gebaseerd op de Vreemdelingenwet 2000. De Afdeling houdt zich hier dus strikt aan haar eigen rechtsprekende bevoegdheid, en eigent zich geen bevoegdheden toe die zij niet heeft. Dat is op andere punten wel anders. In enkele zaken besliste de Afdeling dat zij niet bevoegd was om van het ingestelde hoger beroep kennis te nemen. Dat verhinderde haar niet om vervolgen, na invoeging van het woord 'overigens', het geschil ook nog even inhoudelijk te beslechten.³⁴ Maar de Afdeling is nog verder gegaan. We zagen al dat de Afdeling de eis dat de advocaat bij het instellen van beroep moet verklaren daartoe bepaaldelijk gemachtigd te zijn bijzonder letterlijk opvat. Omdat deze formulering al sinds 1991 in de Vreemdelingenwet stond, en daaraan niet eerder zulke vergaande gevolgen waren verbonden, achtte de Afdeling het nodig een overgangsregeling te treffen. In de eerste uitspraak waarin de sacrale formule als absolute eis werd gesteld, besliste de Afdeling ook dat gedurende een periode van 2,5 maand geen gevolgen zouden worden verbonden aan het hanteren van een onjuiste formulering, om advocaten in de gelegenheid te stellen zich aan te passen aan wat de Afdeling aanduidt als 'het gewijzigde wettelijke regime' – in feite de gewijzigde jurisprudentie van de Afdeling.³⁵ Dat de Afdeling zich in het jaar 2001 bevoegd acht om overgangsrecht te maken met betrekking tot een uit 1991 stammende wettelijke bepaling spoort niet met de erg strikte manier waarop zij op andere punten haar bevoegdheid opvat.

Op het punt van het strafrechtelijk voortraject heeft de Afdeling zich dus zeer strikt aan haar eigen bevoegdheid gehouden. Maar in andere gevallen heeft zij bijgeklust, terwijl zij zich op het punt van de sacrale formule iets heeft toegeëigend dat dicht in de buurt zit van wetgevende bevoegdheid.

Conclusie

Ik concludeer dat de Afdeling niet consistent is in haar wetsinterpretatie, of breder in haar rechtsvinding. Zij houdt zich soms tot in het absurde aan de tekst van de wet, maar soms gaat zij daar aan voorbij of amendeert zij deze. In het ene geval verabsoluteert zij het beginsel van formele rechtskracht in weerwil van de letterlijke tekst van de wet, in het andere geval delft dat beginsel het onderspit tegen de bedoeling van de wetgever. Soms is de bedoeling van de wetgever belangrijker dan een beginsel van openbare orde, maar in een ander geval moet de bedoeling van de wetgever wijken voor het eigen inzicht van de Afdeling, ook al biedt de tekst van de wet alle ruimte om gevolg te geven aan de bedoeling van de wetgever. Soms houdt de Afdeling zich nauwgezet aan haar eigen bevoegdheid, maar in enkele gevallen gaf zij,

hoewel naar eigen zeggen onbevoegd, een inhoudelijk oordeel – en in één geval overschreed zij haar rechtsprekende bevoegdheid door zich als semi-wetgever op te stellen. De Afdeling veroorlooft zich te grote vrijheden in haar rechtsvinding, met name omdat die willekeurig is.

3. Twee tegenwerpingen

Ik kan mij twee tegenwerpingen tegen de hier gepresenteerde analyse indenken. Ten eerste: ligt het niet voor de hand dat de rechter soms meer, en soms minder belang hecht aan de bedoeling van de wetgever, het wettelijk systeem, of andere relevante overwegingen? Is de norm waartegen ik de jurisprudentie van de Afdeling impliciet afzet niet te simplistisch, te mechanisch?

Ik zou er geen moeite mee hebben als de Afdeling haar beslissingen altijd materieel zou motiveren, altijd een inhoudelijke afweging zou maken tussen de bedoeling van de wetgever, het wettelijk systeem, de tekst van de wet, en andere elementen die een rol spelen bij een rechterlijk oordeel. De uitspraak van 28 maart 2002 over het één status-systeem³⁶ is op die manier gemotiveerd, en de Afdeling heeft wat mij betreft overtuigend beargumenteerd waarom het beginsel van formele rechtskracht daar het onderspit delft. Het is mij er niet om te doen dat rechtsvinding een strikt logische of mechanische bezigheid zou zijn. Het is mij er wel om te doen dat de Afdeling overtuigingskracht mist als zij enerzijds het beginsel van formele rechtskracht als iets relatiefs aanmerkt, maar het anderzijds in haar jurisprudentie over artikel 4:6 Awb zonder enige nader motivering als een beginsel van openbare orde behandelt. Het beginsel van formele rechtskracht kan niet *en* van openbare orde zijn *en* het afleggen tegen de bedoeling van de wetgever. Bovendien betekent vrije rechtsvinding niet dat alles kan. Een rechter die een facultatief geformuleerde bepaling als een imperatieve bepaling wenst op te vatten moet bijzonder overtuigende argumenten aandragen. De Afdeling heeft twee maal een facultatief geformuleerde bepaling als imperatief aangemerkt. Teneinde van de facultatief geformuleerde bevoegdheid tot uitzetting van artikel 63 Vw 2000 een imperatieve bevoegdheid te maken heeft zij de wetgever een bedoeling toegedicht die tegengesteld is aan de bedoeling die hij zonneklaar had. Op het punt van artikel 4:6 Awb is deze manoeuvre in het geheel niet gemotiveerd. En ook hier weer: de Afdeling kan niet *en* de letterlijke tekst van de wet zonder zwaarwegende motivering terzijde schuiven, *en* – op het punt van de sacrale formule, het strafrechtelijk voortraject – de letterlijke tekst van de wet heilig verklaren terwijl dat bizarre consequenties heeft. Vrije rechtsvinding is dus in orde, maar dat betekent niet dat de rechter zijn eigen opvattingen over het wenselijke recht zonder meer tot geldend recht kan verklaren.

De tweede tegenwerping komt er op neer dat het verwijt van het bedrijven van politiek tegen mij wordt gekeerd. Is het niet zo dat ik de Afdelingsjurisprudentie alleen maar aan de kaak stel omdat ik het er inhoudelijk niet mee eens ben? Maak ik niet alleen een probleem van de methode, omdat de uitkomst me niet zint? Dit verwijt is zonder meer juist, maar doet niets toe of af aan de geldigheid van mijn argumentatie. Ik denk dat ik inderdaad niet op het idee was gekomen om de Afdelingsjurisprudentie aan een uitgebreide analyse te onderwerpen als ik met de resultaten ervan gelukkig was geweest. Maar mijn privé-motief om dat wel te doen betekent niet dat mijn analyse om die reden minder juist is. Was de Afde-

33. De bedoeling van de wetgever werd ook genegeerd zonder dat de wettekst daartoe dwong op het punt van de sacrale formule, zie hiervoor. Eveneens in strijd met de parlementaire geschiedenis is toepassing van art. 31 lid 2 onder f Vw 2000 op asielsezoekers die wel een document hebben overgelegd waaruit hun nationaliteit en identiteit blijkt, maar geen documenten met betrekking tot hun reis- en vluchtmotieven, bijv. ABRvS 8 april 2002, JV 2002/172, ABRvS 3 juli 2002, JV 2002/296; nader *Hoger beroep* p. 90. De bedoeling van de wetgever wordt (m.i. overigens op goede gronden) eveneens genegeerd waar het gaat om het instellen van rechtsmiddelen tegen de weigering van de verblijfsvergunning asielen en de ambtshalve te verlenen verblijfsvergunning regulier, zie o.m. ABRvS 6 december 2001, JV 2002/42, NAV 2002/70, AB 2002, 86, RV 2001, 55; nader *Hoger beroep* p. 77-79. De Afdeling oordeelt eveneens in strijd met de bedoeling van de wetgever (blijkend uit TK 1999-2000, 26 732, nr 29 en art. 3.14 onder b Vb 2000) in ABRvS 26 november 2001, JV 2002/36, *Hoger beroep* p. 138-139. Op een ander punt heeft de Afdeling zelfs ruimte gezien om de wetgever een bedoeling toe te dichten die hij duidelijk niet had. Het gaat hier om de vraag of uitzetting bestuursdwang is, ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/166, RV 2001, 62 en 65, zie nader de noot van Olivier bij RV 2001, 62 en *Hoger beroep*, p. 174-175.
34. ABRvS 14 augustus 2001, JV 2001/260; ABRvS 24 augustus 2001, JV 2001/281.
35. ABRvS 17 augustus 2001, JV 2001/263, AB 2001/300.
36. JV 2002/153, AB 2002, 132, NAV 2002/127.

lingsjurisprudentie erg vriendelijk voor vreemdelingen geweest en erg hard voor het bestuur, dan was een meer conservatieve jurist misschien op het idee gekomen een analyse van die jurisprudentie te geven, en die had misschien met het grootste gelijk van de wereld betoogd dat die jurisprudentie niet in de haak was. De vraag die aan de orde is, is of de Afdelingsjurisprudentie juist is, of mijn analyse daarvan

De Raad van State is één van de plechtankers van de rechtsstaat in dit land. Als mijn analyse klopt, dan zit dat anker niet meer goed vast.

juist is, en niet wat we vinden van de politieke of ethische opvattingen die leden van de Afdeling hebben of die ik heb.

4. Besluit

De Afdeling heeft op basis van de Vreemdelingenwet 2000 rechtspraak ontwikkeld die de rechtsbescherming van vreemdelingen beperkt, en het bestuur meer bewegingsvrijheid geeft. Zij heeft daarmee een interventie gepleegd in de verhouding tussen bestuur en vreemdelingen die de positie van het bestuur ten opzichte van vreemdelingen versterkt. Ik wil niet verhullen dat ik dat een interventie in de verkeerde richting vind. Maar dat is nu niet mijn punt. Rechtspraak is altijd gebaseerd op – al dan niet impliciete – keuzes. Die moeten nu eenmaal gemaakt worden, en zijn altijd voor discussie vatbaar. Maar omdat het om rechtspraak gaat, kunnen rechters hun keuzes niet op elke denkbare manier maken. Hun functie vereist dat zij zich zo veel mogelijk laten binden door het geldend recht. De Afdeling doet dat in vreemdelingenzaken niet. Zij werkt een politieke agenda af, en gebruikt per agendapunt die methode van rechtsvinding waarmee zij haar doel – een beperkte rechterlijke toets – kan bereiken.

Als de letterlijke tekst van de wet, zoals die van artikel 4:6 Awb, leidt tot een ruime toets, dan negeert de Afdeling de wettekst en vervangt zij deze als het ware door de door haar geprefereerde tekst; leidt de tekst van de wet *wel* tot een beperking, zoals die van artikel 70 lid 1 Vw 2000, dan is de Afdeling zeer verknocht aan de letter van de wet. Leidt het beginsel van formele rechtskracht tot een beperkte toetsing, zoals in-

zake artikel 4:6 Awb, dan is het in de visie van de Afdeling van openbare orde; leidt het tot een inhoudelijke toets, zoals bij het één status-systeem, dan legt het het af tegen de bedoeling van de wetgever. Als de bedoeling van de wetgever een beperkte toets impliceert, zoals bij het één status-systeem, dan wordt die bedoeling getrouw gevolgd; maar leidt die tot een ruime toets, zoals bij het strafrechtelijk voortraject, dan horen we er minder over. Leidt een beperkte bevoegdheid om van geschillen kennis te nemen tot een beperkte toets, zoals bij het strafrechtelijk voortraject, dan spreidt de Afdeling een voorbeeldige rechterlijke terughoudendheid ten toon; maar zit een beperkte bevoegdheid haar in de weg (zoals bij de overgangsregeling voor artikel 70 lid 1 Vw, de aard van artikel 96 lid 2 Vw 2000) dan overschrijdt zij haar bevoegdheid zonder blikken of blozen. Kortom: de inhoudelijk consistente lijn van de Afdeling, die er op neer komt dat zij het bestuur niet voor de voeten loopt, is alleen mogelijk door het gebrek aan methode bij haar rechtsvinding. Het is alleen dit gebrek aan innerlijke consistentie dat de Afdeling in staat heeft gesteld om haar rechtsprekende taak in vreemdelingenzaken beperkt op te vatten, met als gevolg dat de verhouding tussen bestuur en vreemdeling ten gunste van het bestuur wordt beïnvloed.

Als deze analyse juist is, betekent dat dat de Afdeling in vreemdelingenzaken haar rechtsprekende bevoegdheid gebruikt voor politieke doeleinden. Dat is niet alleen een punt van zorg voor mensen die zich bekommeren om de rechtspositie van vreemdelingen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is één van de hoogste rechterlijke colleges van het land. Er is geen toezicht meer op haar uitspraken. Weliswaar is een beroep op met name het Europese Hof voor de Rechten van de Mens mogelijk, maar alleen voor zover in het EVRM vastgelegde rechten aan de orde zijn, en bovendien kan dat Hof geen toezicht houden op de methode van rechtsvinding van de Afdeling. Als de Afdeling haar rechtsprekende bevoegdheid in vreemdelingenzaken mag gebruiken voor politieke doeleinden, waarom zou zij dat dan niet mogen in andere zaken waarover zij oordeelt? En als de Afdeling dat mag, waarom zouden de Hoge Raad der Nederlanden of het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat dan niet mogen?

De Raad van State is één van de plechtankers van de rechtsstaat in dit land. Als mijn analyse klopt, dan zit dat anker niet meer goed vast. De Afdeling is het tegenover vreemdelingen, maar evenzeer tegenover Nederlandse staatsburgers verplicht daar verandering in te brengen. ■