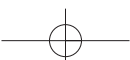
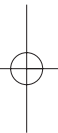
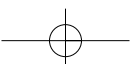
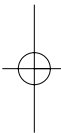
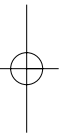
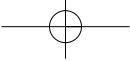
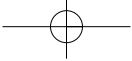


Het hoger beroep in vreemdelingenzaken

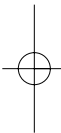
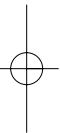




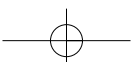


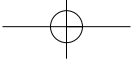
HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Prof. mr. T.P. Spijkerboer



Sdu Uitgevers BV, 's-Gravenhage





Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Servicecentrum Uitgevers

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: 070 - 378 9880

fax: 070 - 378 9783

© 2002 prof. mr. T.P. Spijkerboer

Omslagontwerp: Villa Y, Den Haag

Afbeelding: Marlene Dumas, *Name no Names*

Ontwerp binnenwerk: Studio Typeface, Lelystad

ISBN: 90 5409 356 0

NUR: 823

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: 023-7997810.

Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet 1912 dient men zich te wenden tot de stichting PRO, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: 023-7997809. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission from the publisher.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / IX

1. **Inleiding** / 1

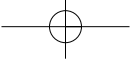
2. **De omvang van het hoger beroep** / 9
 - 2.1 De Afdelingsjurisprudentie / 9
 - 2.1.1 Inleiding / 9
 - 2.1.2 Uitspraken waartegen hoger beroep kan worden ingesteld / 10
 - 2.1.3 De formaliteiten voor het instellen van hoger beroep (art. 6:5 Awb; artikelen 70 lid 1, 85 Vw 2000) / 13
 - 2.1.4 Het grievensstelsel (art. 85 Vw 2000) / 15
 - 2.1.5 Verkorte afdoening (art. 91 Vw 2000) / 17
 - 2.1.6 Het voorwerp van de toetsing / 20
 - 2.1.7 Integrale of marginale toetsing / 20
 - 2.2 De kritiek / 30
 - 2.3 De keuze van de Afdeling / 36

3. **Het trechtermodel** / 39
 - 3.1 De Afdelingsjurisprudentie / 39
 - 3.1.1 Inleiding / 39
 - 3.1.2 De bestuurlijke fase van het besluitvormingsproces (art. 3:2 en 4:2 Awb; art. 31 lid 1 Vw 2000) / 40
 - 3.1.3 De beroepsfase (art. 83 Vw 2000) / 42
 - 3.1.4 De hoger beroepsfase / 45
 - 3.1.5 De herhaalde aanvraag (art. 4:6 Awb) / 46
 - 3.2 De kritiek / 54
 - 3.2.1 Het discretionaire karakter van artikel 4:6 Awb / 54
 - 3.2.2 De ambtshalve toepassing van artikel 4:6 Awb / 56
 - 3.2.3 De refoulementverboden / 58
 - 3.3 De keuze van de Afdeling / 71

Inhoudsopgave

4.	De procedure	/ 75
4.1	De waterscheiding	/ 75
4.1.1	Inleiding	/ 75
4.1.2	De Afdelingsjurisprudentie	/ 76
4.1.3	De kritiek	/ 78
4.1.4	De keuze van de Afdeling	/ 79
4.2	Het materiële bewijsrecht	/ 80
4.2.1	De Afdelingsjurisprudentie	/ 80
4.2.1.1	De bewijslastverdeling (art. 3:2 en 4:2 Awb; art. 31 lid 1 en 31 lid 2 sub f Vw 2000)	/ 80
4.2.1.2	Geloofwaardigheid (art. 31 lid 1 en 31 lid 2 sub f Vw 2000)	/ 85
4.2.2	De kritiek	/ 88
4.2.3	De keuze van de Afdeling	/ 92
4.3	Het één status-systeem	/ 93
4.3.1	De Afdelingsjurisprudentie	/ 93
4.3.1.1	De uitspraak van 28 maart 2002	/ 94
4.3.1.2	De uitspraak van 5 maart 2002	/ 98
4.3.2	De kritiek	/ 99
4.3.3	De keuze van de Afdeling	/ 100
4.4	De Aanmeldcentrum-procedure	/ 102
4.4.1	De Afdelingsjurisprudentie	/ 102
4.4.1.1	Inleiding	/ 102
4.4.1.2	De bepaling van de uren op grond van artikel 69 lid 2 en 82 lid 2 onder a Vw 2000	/ 103
4.4.1.3	Het AC-criterium	/ 103
4.4.1.4	De 48-uurstermijn (art. 1.1 onder f Vb 2000)	/ 106
4.4.1.5	Procedurele aspecten	/ 112
4.4.2	De kritiek	/ 114
4.4.2.1	Het AC-criterium	/ 114
4.4.2.2	De 48-uurstermijn	/ 116
4.4.2.3	De procesbeslissing	/ 117
4.4.3	De keuze van de Afdeling	/ 120
4.5	De voorlopige voorziening	/ 122
4.5.1	Inleiding	/ 122
4.5.2	De Afdelingsjurisprudentie	/ 122
4.5.3	De kritiek	/ 125
4.5.4	De keuze van de Afdeling	/ 127
4.6	De meeromvattende beschikking	/ 127
4.7	Diverse procedurele aspecten	/ 129

-
- 5. Het materiële asielrecht / 131**
- 5.1 De toelatingsgronden (art. 29 Vw 2000) / 131
 - 5.1.1 De a-grond / 131
 - 5.1.2 De b-grond / 133
 - 5.1.3 De c-grond / 133
 - 5.1.4 De d-grond / 135
 - 5.1.5 De f-grond / 138
 - 5.1.6 De kritiek / 139
 - 5.1.7 De keuze van de Afdeling / 139
 - 5.2 De Overeenkomst van Dublin (art. 30 onder a Vw 2000) / 139
 - 5.2.1 De Afdelingsjurisprudentie / 140
 - 5.2.2 De kritiek / 143
 - 5.2.3 De keuze van de Afdeling / 144
- 6. Vrijheidsberovende maatregelen / 145**
- 6.1 De Afdelingsjurisprudentie / 145
 - 6.1.1 Het vreemdelingenrechtelijk voortraject – omvang van de toetsing / 145
 - 6.1.2 Het vreemdelingenrechtelijk voortraject – inhoudelijke toetsing / 150
 - 6.1.3 Het op andere wetten gebaseerde voortraject (Politiewet, Strafvordering, Awbi, Wav) / 152
 - 6.1.4 Vreemdelingenbewaring na expiratie van strafrechtelijke vrijheidsberoving / 158
 - 6.1.5 Uitzetting bestuursdwang? / 160
 - 6.1.6 Toetsing van de bewaring / 163
 - 6.1.7 1F-zaken / 168
 - 6.1.8 Beoordeling van de procedure bij de rechtbank / 169
 - 6.1.9 Overige aspecten / 169
 - 6.2 De kritiek / 171
 - 6.2.1 De toetsing van het voortraject / 171
 - 6.2.2 Uitzetting wel bestuursdwang, geen aanzegging vereist; uitzetting geen discretionaire bevoegdheid / 174
 - 6.3 De keuze van de Afdeling / 176
- 7. Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling / 179**
- 7.1 Inleiding / 179
 - 7.2 De Afdeling maakt politieke keuzes ... / 181
 - 7.3 ... die uit balans zijn / 184
 - 7.4 De Afdeling verhult haar keuzes vaak / 187
 - 7.5 De Afdeling speelt het spel niet volgens de regels / 189

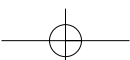
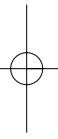


Inhoudsopgave

Bibliografie / 195

Lijst van afkortingen / 199

Jurisprudentieregister / 201



WOORD VOORAF

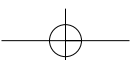
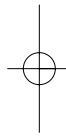
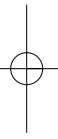
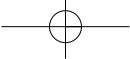
Dit boek bevat een weergave en analyse van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake de Vreemdelingenwet 2000. Dat betekent dat Afdelingsuitspraken over migratierechtelijke onderwerpen die niet op de Vreemdelingenwet 2000 zijn gebaseerd (met name die betreffende legalisatie en verificatie, naturalisatie en de Regeling verstrekkingen asielzoekers en categorieën vreemdelingen) buiten beschouwing blijven. Ook ben ik voorbij gegaan aan een enkele uitspraak die weliswaar betrekking had op de Vreemdelingenwet 2000, maar waarin deze wet als zodanig geen rol speelde omdat het bijvoorbeeld om de Algemene Termijnenwet ging.

De jurisprudentie is bijgewerkt tot eind augustus 2002. Het is de bedoeling dat dit boek een uitputtend overzicht biedt van de Afdelingsjurisprudentie tot dat moment. Het is niet compleet waar het gaat om verwijzing naar en weergave van annotaties en artikelen; daarvoor ontbrak simpelweg de tijd. Dit boek bevat het onderzoek dat de grondslag is voor de oratie die ik op 21 november 2002 hoop uit te spreken aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Het onderzoek dat in dit boek wordt weergegeven heb ik uitgevoerd met hulp van mijn student-assistenten Stefan Tellekamp Booland en Joukje van Rooij, die ik zeer dankbaar ben voor hun ondersteuning. Ook ben ik Hemme Battjes, Margriet Kraamwinkel, Anton van Leeuwen, Ymre Schuurmans en Paulien Willemsen dankbaar voor hun kritische commentaar op eerdere versies van dit boek. Zij hebben mij voor vele misslagen behoed, maar die er nog in staan zijn geheel voor mijn rekening.

Ik dank Marlene Dumas voor haar toestemming om *Name no Names* op het omslag weer te geven.

Amsterdam, 24 september 2002



1. INLEIDING

Per 1994 werd de Vreemdelingenwet ingrijpend gewijzigd. Deze wijziging was noodzakelijk omdat op 1 januari 1994 de Algemene wet bestuursrecht in werking trad. De Vreemdelingenwet werd daaraan aangepast. Er werd van afgezien om ook in vreemdelingenzaken rechtspraak in twee instanties in te voeren. De enige bevoegde rechter werd de rechtbank in Den Haag. De uitsluiting van hoger beroep werd met name gemotiveerd door te verwijzen naar het gespecialiseerde karakter van het vreemdelingenrecht, waarvan grondige kennis slechts te verwachten was van één deskundige rechter; en door te verwijzen naar het belang van korte procedures.¹ Al vrij snel na de invoering van de wetwijziging werd geconstateerd dat het ontbreken van hoger beroep het moeilijk maakte voor de verschillende zittingsplaatsen van de rechtbank om de rechtseenheid te bewaken. In afwachting van een uitspraak van de rechtseenheidskamer werden vergelijkbare zaken vaak aangehouden, waardoor de doorlooptijd van zaken langer werd.²

In 1995 adviseerde de Hoge Raad de regering om hoger beroep in vreemdelingenzaken in te voeren, ter bevordering van de rechtseenheid en de rechtszekerheid, en ten behoeve van de correctie van mislagen in eerste aanleg. De Raad beval aan hoger beroep mogelijk te maken tegen alle beschikkingen in vreemdelingenzaken. Maar het hoger beroep moest niet leiden tot te grote aantallen zaken. Alleen in gevallen waarin belangrijke vragen van feitelijke of juridische aard speelden zou hoger beroep moeten openstaan. De Hoge Raad beoogde dit te bereiken door hoger beroep alleen open te stellen indien de zaak in eerste aanleg door een meervoudige kamer was afgedaan, of als was beslist in afwijking van een advies van de ACV.³ De regering onderschreef de stelling van de Hoge Raad dat in vreemdelingenzaken in beginsel hoger beroep moest open staan, en dat daarbij beperkingen aanvaardbaar zijn. Het kabinet was ook overtuigd door de argumenten die voor het hoger beroep

1 Zie Strijards 1994, p. 156-158.

2 Visser en Homburg 1995.

3 TK 1995-1996, 24 424, nr. 1, p. 1-2.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

waren aangevoerd, namelijk het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtszekerheid, en de mogelijkheid van correctie van misslagen in eerste aanleg. Ook de regering wilde de toegang tot het hoger beroep beperken tot die zaken, waarin belangrijke vragen van feitelijke of juridische aard een rol spelen. Maar alvorens voor een bepaalde vorm van hoger beroep te kiezen, wilde de regering eerst nadere studies afwachten.⁴

De regering koerste uiteindelijk aan op hoger beroep in vreemdelingenzaken met een aantal uitzonderingen. Uitgezonderd van hoger beroep zouden worden: zaken over vrijheidsberoving; voorlopige voorzieningen; en zaken waarin de asielaanvraag niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond was verklaard. Bovendien moest de appèl-instantie de mogelijkheid krijgen om kansloze zaken buiten zitting af te doen.⁵ Het doel van deze beperkingen was te voorkomen dat vreemdelingen hoger beroep zouden instellen in kansloze zaken, met het oogmerk hun verblijf in Nederland te verlengen.

Uiteindelijk werd in december 1997 het voorstel ingediend om artikel 33e Vw (oud), waarin werd bepaald dat geen hoger beroep mogelijk was, te schrappen. Hoger beroep zou daardoor ook in vreemdelingenzaken mogelijk worden. Als gevolg van nieuwe uitzonderingsbepalingen zou echter geen beroep kunnen worden ingesteld

- als de vreemdeling al toelating had;
- als het ging om een asielaanvraag die versneld als niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond was aangemerkt;
- als het ging om een beslissing over schorsende werking;
- als het bezwaar of administratief beroep naar het oordeel van de rechtbank terecht kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond was verklaard;
- als de rechtbank enkelvoudig uitspraak had gedaan over een asielaanvraag die niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond was verklaard;
- als het ging om vrijheidsbeperking of vrijheidsberoving;
- als het ging om visa voor kort verblijf;
- als het ging om een besluit een aanvraag niet te behandelen omdat deze onvolledig is;
- als het ging om het tegenwerpen van het veilige derde land op grond van artikel 15 lid 4 Vw (oud);
- als het ging om legeskwesties;

4 TK 1995-1996, 24 424, nr. 1, p. 2-4. Vgl. TK 1995-1996, 24 424, nr. 2, p. 2.

5 TK 1995-1996, 24 424, nr. 2; TK 1995-1996, 24 424, nr. 3, p. 3.

- als het ging om feitelijke handelingen;
 - als de president op grond van artikel 33b Vw (oud) had beslist op het bewaar.⁶
- Het doel van deze beperkingen was het hoger beroep alleen open te stellen voor zaken waarin complexe feitelijke of juridische vragen spelen.⁷ Als algemeen doel van het hoger beroep beschouwde de regering de bevordering van de rechtseenheid en rechtszekerheid en de mogelijkheid misslagen in eerste aanleg te corrigeren. De Afdeling moest een tweede feitelijke instantie worden:

Het is inderdaad wenselijk om in het vreemdelingenrecht ter bevordering van de rechtseenheid en de rechtszekerheid en ten behoeve van de correctie van misslagen een tweede feitelijke instantie in te voeren. De toegang tot die voorziening zou evenwel niet onbeperkt moeten zijn. Invoering van dit rechtsmiddel geschiedt niet alleen in het belang van de vreemdeling, maar ook in het belang van een juiste uitvoering van de Vreemdelingenwet. Beperkingen daarop lijken in het bijzonder gerechtvaardigd om te voorkomen dat na de reeds overbelaste rechter in eerste aanleg ook de rechter in hoger beroep zo zwaar wordt belast dat daardoor de procedure te lang wordt.⁸

Het voorstel van wet werd ingetrokken nadat het voorstel voor de nieuwe Vreemdelingenwet was ingediend.⁹ In het wetsvoorstel voor de Vreemdelingenwet 2000 werd in het belang van de rechtseenheid en de rechtsbescherming in vreemdelingenzaken een vorm van hoger beroep ingevoerd. Het ingetrokken voorstel zou, stelde de regering, leiden tot een onaanvaardbare belasting voor het appèlcollege en een onaanvaardbare verlenging van de procedure.¹⁰ De gekozen vorm van hoger beroep in de Vreemdelingenwet 2000 werd als volgt gerechtvaardigd:

Tegen deze achtergrond is in dit wetsvoorstel gekozen voor een beperkte vorm van hoger beroep. Deze beperking is niet primair gezocht in het type zaken waarin hoger beroep openstaat. De behoefte aan rechtseenheid bestaat in beginsel op het hele terrein van het vreemdelingenrecht, in reguliere zaken evenzeer als in asielzaken. Daarom is, met enkele uitzonderingen die hierna worden toegelicht, in alle zaken op grond van de Vreemdelingenwet hoger beroep opengesteld. Dit betekent, dat jaarlijks in naar schatting enkele

6 TK 1997-1998, 25 829, nrs. 1-2.

7 TK 1997-1998, 25 829, nr. 3, p. 2.

8 TK 1997-1998, 25 829, nr. 3, p. 1.

9 TK 1997-1998, 25 829, nr. 6.

10 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 10-11.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

tienduizenden zaken hoger beroep kan worden ingesteld, en, naar de ervaring leert, in het grootste deel daarvan ook zal worden ingesteld. Een schatting op basis van een instroom van 60 000 asielzoekers komt uit op tussen de 19 000 en 23 000 hoger beroepen in asielzaken per jaar; daar komt dan nog een vergelijkbaar aantal reguliere zaken bij. Als al deze zaken met inachtneming van het algemene bestuursprocesrecht zouden moeten worden behandeld, zou dit nog steeds een voor het appèlcollege onhanteerbare werklast en een onaanvaardbare verlenging van de procedure meebrengen. Daarom is een procedure ontworpen die enerzijds recht doet aan de eisen van artikel 6 EVRM, maar anderzijds de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in staat stelt om de te verwachten grote aantallen zaken, waarin geen vragen spelen die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven, op een zeer snelle en doelmatige wijze af te doen. De gewone behandeling wordt dan gereserveerd voor zaken waarin wel vragen als hiervoor bedoeld zijn gerezen. Dit betekent, dat de procedure op nogal wat punten afwijkt van het algemene bestuursprocesrecht. De belangrijkste afwijkingen houden in, dat ten opzichte van het algemene bestuursprocesrecht zowel de mogelijkheid om zaken in hoger beroep enkelvoudig af te doen als de mogelijkheid om zaken in hoger beroep buiten zitting af te doen, belangrijk worden verruimd, dat in hoger beroep een grievensstelsel zal gelden, alsmede dat de Afdeling bestuursrechtspraak de bevoegdheid krijgt om verkorte uitspraken te doen. Alleen langs die weg kunnen de werklast voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de duur van de procedure binnen aanvaardbare proporties worden gehouden.¹¹

Hoewel de Afdeling in haar beslissingen het oogmerk benadrukt de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te bevorderen, was een van de doelen van het hoger beroep dus wel degelijk de rechtsbescherming van de vreemdeling te versterken.¹²

Uit de passages in de Memorie van Toelichting wordt nogmaals duidelijk dat het beperkte karakter van het hoger beroep bestaat uit het uitsluiten van enkele catego-

11 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 11.

12 In die zin het meest expliciet TK 1999-2000, 26 732, nr. 9, p. 49; Hand TK 8 juni 2000, p. 85-5462; EK 2000-2001, 26 732 en 26 975, nr. 5b, p. 2, p. 10; Hand EK 14 november 2000, p. 4-123. Zie ook Baudoin e.a. 2001, p. 311-312.

rieën zaken;¹³ behandeling door een enkelvoudige kamer als regel;¹⁴ de mogelijkheid van de Voorzitter om artikel 8:86 Awb toe te passen (“door te pakken”);¹⁵ de uitsluiting van verzet;¹⁶ een verplichte versnelde behandeling;¹⁷ de mogelijkheid dat de Afdeling de beoordeling beperkt tot de aangevoerde grieven;¹⁸ en de mogelijkheid van een verkorte motivering bij afwijzing van grieven.¹⁹ Later werd in dit verband gesproken van de “sobere vormgeving” van het hoger beroep.²⁰ Het bijzondere karakter van het hoger beroep is volgens de regering gelegen in de afwijkende bepalingen over het procesrecht.²¹

Op één punt werd tijdens de parlementaire behandeling de omvang van het hoger beroep uitgebreid. Het (aangenomen) amendement waarmee hoger beroep tegen de eerste uitspraak van de rechtbank over vrijheidsontneming mogelijk werd gemaakt (het uiteindelijke artikel 95 Vw 2000) geeft niet aan met welk oogmerk het werd ingevoerd.²² Maar omdat in de toelichting wel wordt aan gegeven dat het tot meer zaken zal leiden, moet het oogmerk verruiming van de rechtsbescherming zijn geweest.²³

De conclusie lijkt te moeten zijn dat het hoger beroep mogelijk werd gemaakt om twee redenen. Ten eerste wenste de wetgever de rechtsbescherming van vreemdelingen te verbeteren. Ten tweede wenste de wetgever de bewaking van de rechtseenheid en het bevorderen van de rechtsontwikkeling niet meer bij de rechtbank 's-Gravenhage te leggen. Deze rechtbank was bij uitsluiting bevoegd kennis te nemen van geschillen over de toepassing van de oude Vreemdelingenwet, en had niet alleen zit-

13 Namelijk zaken betreffende toezicht en bewaring; visa voor kort verblijf; zaken waarin is doorgepakt; kwesties over schedevergoeding voor onrechtmatige bewaring, TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 80-81. Zie voor de uiteindelijke uitsluitingen artikel 84 en 95 Vw 2000.

14 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 83.

15 Idem.

16 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 83-84.

17 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 84.

18 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 85. De facultatieve formulering van het uiteindelijke artikel 91 lid 1 Vw 2000 wordt gemotiveerd door er op te wijzen dat de Afdeling buiten de grieven zal moeten treden als het gaat om bepalingen van openbare orde. Later werd gewezen op de mogelijkheid dat de Afdeling de rechtsgronden ambtshalve aanvult op grond van artikel 8:69 Awb, TK 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 71.

19 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 85.

20 TK 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 65, 69; Hand EK 14 november 2000, p. 4-131.

21 TK 1999-2000, 26 732, nr. 9, p. 68; TK 1999-2000, 26 732 en 26 975, nr. 14, p. 27; EK 2000-2001, 26 732 en 26 975, nr. 5b, p. 47.

22 TK 1999-2000, 26 732, nr. 30.

23 Dat is ook de visie van de Afdeling, zie par. 6.1.1.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

ting in Den Haag, maar ook in de zogenaamde nevenzittingsplaatsen. Het bewaken van de rechtseenheid was echter, ondanks de ingestelde Rechtseenheidskamer, moeilijk.²⁴ Zeker omdat het aantal nevenzittingsplaatsen fors werd uitgebreid, leek het effectiever een appèlinstantie met de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te belasten. De wetgever vreesde echter dat vreemdelingen een weinig kritisch gebruik zouden maken het hoger beroep. Daarom werd het hoger beroep op zodanige wijze vorm gegeven, dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in staat geacht moest worden grote aantallen zaken binnen korte termijnen (de wet noemt zelf een maximale behandelingstermijn van 23 weken, artikel 89 lid 2 Vw 2000) af te handelen.²⁵

Voorshands is de Afdeling zeer goed in staat gebleken om de hoger beroepen op grond van de Vreemdelingenwet 2000 snel af te doen. Onderstaande tabellen²⁶ geven de cijfers over het eerste jaar waarin de Afdeling als appèlinstantie in vreemdelingenzaken opereerde.

Hoger beroepszaken krachtens de Vreemdelingenwet 2000

	Hoofdzaken
	2001
In behandeling op 1 januari:	0
Ingekomen:	<u>494</u>
	494
Afgedaan *)	<u>432</u>
Per 31 december in behandeling	62
*) waarvan	
Met zitting	52
Buiten zitting	379
Ingetrokken of op andere wijze afgedaan	1

24 Zie daarover Thieme e.a. 1999.

25 Van Bennekom 2001 uitte voor inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 twijfels over de evenwichtigheid van de regeling.

26 Ontleend aan het Jaarverslag van de Raad van State over 2001, p. 137.

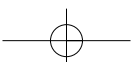
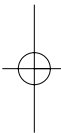
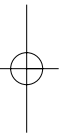
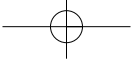
Verzoeken om voorlopige voorziening/schorsing in hoger beroepszaken krachtens de Vreemdelingenwet 2000

	2001
In behandeling op 1 januari:	0
Ingekomen:	<u>92</u>
	92
Afgedaan *)	<u>88</u>
Per 31 december in behandeling	4
*) waarvan	
Met zitting	3
Buiten zitting	81
Ingetrokken of op andere wijze afgedaan	4

Hoewel het hier ging om het eerste jaar (en daarvan was de Afdeling dan nog maar vanaf 1 april bevoegd), en hoewel het overgangsrecht er toe leidt dat reguliere zaken en asielzaken die niet in de Aanmeldcentrum-procedure zijn afgedaan de Afdeling nog niet bereikten, zijn er geen indicaties dat het tempo waarmee de Afdeling zaken afdoet thans omlaag gaat.

De vraag die ik in mijn oratie wil behandelen is: wat heeft de Afdeling met haar bevoegdheid om in hoger beroep kennis te nemen van zaken betreffende de Vreemdelingenwet 2000 gedaan? Het doel is een omvattende analyse te geven van de Afdelingsjurisprudentie. Ik heb daarbij twee beperkingen aangebracht. Ten eerste gaat het alleen om uitspraken over de toepassing van de Vreemdelingenwet 2000. Ik ga dus niet in op uitspraken over de Rva, op uitspraken over legalisatie en verificatie, of op zaken over naturalisatie. Ten tweede ga ik alleen in op gepubliceerde uitspraken.

Ik heb een aantal onderwerpen gekozen om de jurisprudentie te rubriceren; de indeling blijkt uit de inhoudsopgave. Telkens geef ik eerst de Afdelingsjurisprudentie weer; dan geef ik de kritiek die op de jurisprudentie mogelijk is weer; en tot besluit geef ik aan welke keuzes de Afdeling heeft gemaakt. In het concluderende hoofdstuk vat ik de Afdelingsjurisprudentie in grote lijnen samen, en geef ik de kritiek in grote lijnen neer. Ik zal tenslotte een extra laag van kritiek toevoegen. Nadat ik eerder al ben ingegaan op de (externe) kritiek die op de Afdelingsjurisprudentie mogelijk is (en die bijvoorbeeld inhoudt dat deze niet spoort met de wet of met internationaal recht), zal ik de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak analyseren op interne consistentie.



2. DE OMVANG VAN HET HOGER BEROEP

2.1 De Afdelingsjurisprudentie

2.1.1 Inleiding

Het hoger beroep in vreemdelingenzaken is ingebed in de algemene bestuursrechtelijke regeling van het hoger beroep, die is neergelegd in de Wet op de Raad van State (Wet RvS) en de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Artikel 37 lid 1 Wet RvS bepaalt, dat zowel de belanghebbende als het bestuursorgaan hoger beroep kunnen instellen tegen een uitspraak van de rechtbank, alsmede tegen een uitspraak van de president van de rechtbank indien deze toepassing heeft gegeven aan artikel 8:86 Awb (onmiddellijke uitspraak in de bodemzaak na de zitting inzake het verzoek om een voorlopige voorziening).

Artikel 37 lid 2 Wet RvS sluit bepaalde uitspraken uit van hoger beroep. Het gaat in hoofdzaak om de uitspraak waarin de rechtbank bepaalt dat zij kennelijk onbevoegd is, of dat het beroep kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond, of kennelijk gegrond is (art. 8:54 Awb); de uitspraak op verzet (art. 8:55 Awb); en de uitspraak op een verzoek om voorlopige voorzieningen (art. 8:84 Awb).

Artikel 84 Vw 2000 sluit daarnaast nog een aantal zaken uit van hoger beroep. Daarbij gaat het om

- uitspraken inzake toezicht en uitvoering, en vrijheidsbeperkende en -ontnemende maatregelen; overigens staat tegen een eerste uitspraak van de rechtbank met betrekking tot een vrijheidsontnemende maatregel als bedoeld in de artikelen 6, 58 en 59 Vw 2000 wel hoger beroep open, op grond van artikel 95 lid 1 en 2 Vw 2000;
- uitspraken over een visum voor een verblijf van drie maanden of minder;
- uitspraken waarin de president van de rechtbank tevens het bezwaar of administratief beroep heeft afgedaan op grond van artikel 78 Vw 2000;

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

- en uitspraken over schadevergoeding wegens een vrijheidsontnemende maatregel op grond van artikel 106 Vw 2000.

De Vreemdelingenwet 2000 bevat een aantal afwijkingen van het gewone procesrecht. De belangrijkste zijn de volgende. Ingevolge artikel 85 Vw 2000 dient het beroepschrift één of meer grieven te bevatten. Indien een beroepschrift niet voldoet aan de wettelijke eisen, dan wordt het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard; de appellant krijgt geen termijn om eventuele verzuimen te herstellen. De Afdeling kan zich op grond van artikel 91 lid 1 Vw 2000 bij haar uitspraak beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat de Afdeling de gronden van de uitspraak kan beperken tot het oordeel dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden.

2.1.2 *Uitspraken waartegen hoger beroep kan worden ingesteld*

Hoe is de Afdeling omgegaan met de uitzonderingen op de regel dat in vreemdelingenzaken hoger beroep open staat? Zij ging niet in op de suggestie om hoger beroep toe te staan inzake schadevergoeding in bewaringszaken. Nadat de Afdeling, conform artikel 84 lid 3 Vw 2000, eerder had vastgesteld dat geen hoger beroep open staat tegen de beslissing van de rechtbank om geen schadevergoeding toe te kennen in verband met een vrijheidsontnemende maatregel,¹ wierp een vreemdeling tegen dat hij aan artikel 5 lid 5 EVRM en artikel 9 lid 5 IVBPR een aanspraak op schadevergoeding ontleende en dat deze bepalingen prevaleren boven de uitsluiting van hoger beroep, neergelegd in de Vreemdelingenwet 2000. Deze artikelen bepalen dat een ieder die het slachtoffer is geweest van vrijheidsontneming in strijd met deze bepalingen recht heeft op schadevergoeding. De Afdeling overwoog dat deze bepalingen tot niet meer verplichten dan te voorzien in een rechtsgang ter vaststelling of een persoon, wiens vrijheid ten onrechte is ontnomen, deswege aanspraak heeft op schadeloosstelling. Artikel 106 Vw 2000 biedt een dergelijke rechtsgang bij de rechtbank. De Afdeling stelt zich dus op het standpunt dat terzake de beroepsmogelijkheid bij de rechtbank aan artikel 5 EVRM en 9 IVBPR voldoet, en dat daaruit niet voortvloeit dat ook hoger beroep open moet staan.²

Bijzonder formalistisch stelde de Afdeling zich op in de volgende casus. De rechtbank had een eerste uitspraak gedaan over de bewaring van een vreemdeling. Deze

1 ABRvS 22 juni 2001, JV 2001/205.

2 ABRvS 25 oktober 2001, JV 2001/327, RV 2001, 67.

2. De omvang van het hoger beroep

uitspraak had gedaan moeten worden op basis van artikel 94 lid 3 Vw 2000; tegen zo een uitspraak staat ingevolge artikel 95 lid 1 Vw 2000 hoger beroep open. De rechtbank had echter in de uitspraak – naar de vreemdeling kennelijk stelde ten onrechte – aangegeven dat het ging om een uitspraak inzake een vervolgberoep tegen het voortduren van de bewaring op basis van artikel 96 lid 3 Vw 2000; tegen zo een uitspraak staat ingevolge artikel 84 onder a Vw 2000 geen hoger beroep open. De vreemdeling betoogde kennelijk dat hoger beroep wel mogelijk was, omdat de uitspraak moest worden aangemerkt als zijnde gebaseerd op artikel 94 lid 3 Vw. De Afdeling lijkt deze gedachte niet te volgen:

De aangevallen uitspraak van de rechtbank is blijkens het opschrift en de overwegingen ervan een uitspraak als bedoeld in artikel 96, derde lid, van de Vw 2000, omdat de rechtbank die grondslag voor haar uitspraak heeft aangewezen. Niet is daarvoor van belang, welke grondslag zij had behoren aan te wijzen. Tegen deze uitspraak staat derhalve geen hoger beroep open bij de Afdeling. Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat niet is betoogd dat de Afdeling bevoegd is van het hoger beroep kennis te nemen, alhoewel de wet in die bevoegdheid niet voorziet, omdat de rechtbank een onjuiste grondslag voor haar uitspraak heeft aangewezen.³

De laatste overweging laat overigens enige ruimte, maar lijkt te eisen dat een afzonderlijke grief wordt gewijd aan de onjuiste grondslag van de uitspraak van de rechtbank, en dat de bevoegdheid van de Afdeling uitdrukkelijk wordt bepleit. De Afdeling wenst deze stellingen i.c. kennelijk niet uit het beroepschrift af te leiden.

De Afdeling heeft voorts uitgemaakt dat een partij wel hoger beroep kan instellen tegen een uitspraak van de rechtbank die voor haar gunstig is.⁴ Het kan zich bijvoorbeeld voordoen dat de rechtbank een beschikking vernietigt, omdat de vreemdeling mogelijk in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning asiel op grond van artikel 29 lid 1 onder d Vw 2000, maar tevens overweegt dat de vreemdeling niet in aanmerking komt voor de (sterkere) toelatingsgronden a tot en met c van deze bepaling. De Afdeling overwoog dat de vreemdeling wel degelijk belang kan hebben bij het instellen van hoger beroep, omdat de beslissing van de rechtbank op dat punt anders formele rechtskracht krijgt:

³ ABRvS 15 augustus 2001, JV 2001/261, AB 2001, 328.

⁴ Het instellen van hoger beroep tegen een begunstigende uitspraak van de rechtbank, hetgeen hier aan de orde is, moet worden onderscheiden van wat in de wandeling wordt aangeduid als “doorprocederen”; daarbij gaat het om het instellen van beroep tegen een begunstigende beschikking van het bestuur.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

In de hernieuwde besluitvorming na vernietiging van zijn besluit kan de staatssecretaris immers uitgaan van de ongegrondverklaring van het beroep, voor zover dat gericht was tegen het niet verlenen van een verblijfsvergunning, als bedoeld in artikel 28 van de Vw 2000, op de in artikel 29, eerste lid, aanhef en onder a tot en met c van die wet neergelegde gronden, nu dit niet onlosmakelijk samenhangt met het beroep, gericht tegen het onthouden van een zodanige verblijfsvergunning, op de in artikel 29, eerste lid, aanhef en onder d van die wet neergelegde grond.⁵

Het is echter niet mogelijk hoger beroep in te stellen tegen een overweging ten overvloede die niet dragend is voor de beslissing van de rechtbank en waarmee de rechtbank geen bindende uitspraak heeft gedaan.⁶

Indien een asielzoeker er bezwaar tegen heeft dat geen besluitmoratorium (art. 43 Vw 2000) is ingesteld, kan dat niet met vrucht worden aangevoerd in de procedure over de afwijzende beschikking. De vreemdeling zal een (expliciet of impliciet) besluit over de toepassing van artikel 43 moeten uitlokken, en kan daartegen ingevolge artikel 71 lid 5 Vw 2000 alleen rechtstreeks beroep op de Afdeling instellen.⁷

Ook als tegen een uitspraak geen hoger beroep kan worden ingesteld, kan dit appèlverbod worden doorbroken als sprake is van schending van fundamentele rechtsbeginselen die een eerlijk en onafhankelijk proces waarborgen.⁸ Overschrijding van de maximale termijn voor het vooronderzoek in bewaringszaken met één dag (art. 96 lid 2 Vw 2000) levert volgens de Afdeling niet een zodanige schending op, reeds omdat de overschrijding te kort is.⁹ Van zo een schending was wel sprake in een geval waarin de vreemdeling niet op de hoogte was gesteld van de gronden voor het laten voortduren van de vreemdelingenbewaring.¹⁰

Met betrekking tot het overgangsrecht heeft de Afdeling in één beslissing een zaak aan haar competentie onderworpen geacht waar het twijfelachtig was of dat wel

5 ABRvS 15 november 2001, JV 2002/S25, NAV 2002/11, AB 2002, 54; de Afdeling voerde dit aan ter toelichting van haar conclusie dat geen incidenteel appèl open staat. Vgl. ABRvS 25 januari 2002, JV 2002/121, NAV 2002/102, AB 2002, 152 en ABRvS 25 maart 2002, JV 2002/151.

6 ABRvS 18 februari 2002, JV 2002/154.

7 ABRvS 2 juli 2001, JV 2001/S227.

8 Dit is in overeenstemming met algemene jurisprudentie, Schreuder-Vlasblom p. 243-244.

9 ABRvS 24 augustus 2001, JV 2001/281.

10 ABRvS 14 september 2001, JV 2001/308, NAV 2001/308, AB 2001, 237, RV 2001, 73

kon. De Afdeling opteerde voor de ruimte die de letterlijke tekst haar bood, in weerwil van de wetsgeschiedenis.¹¹

2.1.3 *De formaliteiten voor het instellen van hoger beroep (art. 6:5 Awb; art. 70 lid 1, 85 Vw 2000)*

Bij het instellen van hoger beroep moet een aantal vormvoorschriften in acht genomen worden. Sommige zijn te vinden in de Awb, terwijl specifiek voor het vreemdelingenrecht voorschriften zijn opgenomen in de Vreemdelingenwet 2000. Artikel 6:5 Awb bepaalt dat een beroepschrift wordt ondertekend en ten minste bevat: de naam en het adres van de indiener; de datum waarop het is ingediend; een omschrijving van het besluit waartegen het is gericht; de gronden van het beroep; en zo mogelijk een kopie van de uitspraak waartegen het zich richt. Het bijzondere van het hoger beroep in vreemdelingenzaken is dat, in afwijking van artikel 6:6 Awb, geen termijn wordt gegeven om verzuimen te herstellen als een beroepschrift niet aan de formele eisen voldoet, en meteen tot niet-ontvankelijkverklaring wordt overgegaan (art. 85 Vw 2000).

De Afdeling heeft zich op dit punt bijzonder strikt opgesteld. Zo verklaarde de Afdeling hoger beroepen niet-ontvankelijk, omdat

- het beroepschrift niet het adres van appellante bevatte, en evenmin een domiciliekeuze;¹²
- geen volledige kopie van de uitspraak van de rechtbank was overgelegd, terwijl gesteld noch gebleken was dat het niet mogelijk was een complete kopie over te leggen.¹³

Een bijzondere serie uitspraken betreft artikel 70 lid 1 Vw 2000. Deze bepaling bepaalt dat rechtsmiddelen, inclusief het hoger beroep, kunnen worden ingesteld door de vreemdeling in persoon, zijn wettelijke vertegenwoordiger, zijn bijzondere gevolmachtigde of een advocaat, indien deze verklaart daartoe bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd. Exact dezelfde bewoordingen werden gebruikt in de artikelen 30 lid 2 en 35 lid 2 van de oude Vreemdelingenwet. Onder de vigeur van de Vreemdelingenwet 2000 ging de Afdeling daar echter op een veel striktere manier mee om dan

11 ABRvS 1 mei 2002, JV 2002/203. Zie voor de kritiek de noot van Olivier; zie voor de bedoeling van de wetgever TK 1999-2000, 26 732, nr. 44, p. 10.

12 ABRvS 14 augustus 2001, JV 2001/262.

13 ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/264, NAV 2001/318.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

voorheen gebeurde. In de eerste uitspraak terzake¹⁴ overwoog de Afdeling het volgende:

Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling – Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 68, en de Nota van Wijziging, Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 8 – is met voormeld artikel 70, eerste lid, van de Vw 2000 beoogd aan te sluiten bij artikel 30, tweede lid, en artikel 35, tweede lid, van de Vreemdelingenwet (oud). Op zichzelf is het vereiste dat een advocaat, die in een bepaalde zaak voor een bepaalde cliënt een rechtsmiddel aanwendt tegen een krachtens de Vw 2000 gegeven beschikking, dient te verklaren daartoe bepaaldelijk gevolmachtigd te zijn, dus niet nieuw. Nieuw is wel dat artikel 85, derde lid, van de Vw 2000 voorschrijft dat het hoger beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, indien aan dat vereiste niet is voldaan en – in overeenstemming daarmee – de toepassing van artikel 6:6 van de Awb uitsluit. Gebleken is dat sommige advocaten in dit opzicht nog niet of in onvoldoende mate rekening houden met het gewijzigde wettelijke regime. Tot nu toe heeft de Afdeling hieraan niet de door de wet voorgeschreven gevolgen verbonden, mede in aanmerking nemend dat dit vereiste niet is gesteld bij de Awb, maar bij de bijzondere wet. Zij zal deze gedragslijn voortzetten tot 1 november 2001. Hoger beroepen, in te stellen op en na die datum, die niet aan het hier bedoelde vereiste voldoen, zullen niet-ontvankelijk worden verklaard.

De Afdeling stelde dus eigener beweging een overgangsregeling in. Wat opvalt is dat de Afdeling niet ambtshalve toetst of het beroep bij de rechtbank wel aan deze eisen voldeed, terwijl zij wel ambtshalve onderzoekt of het appèlschrift daaraan voldoet.

De Afdeling maakte uit dat niet werd voldaan aan de eis dat de advocaat verklaart bepaaldelijk gemachtigd te zijn tot het instellen van hoger beroep indien de volgende formuleringen worden gebruikt:

- “Hierbij laat ik u weten dat ik als advocaat van bovengenoemde eiser, hoger beroep instel tegen de uitspraak”¹⁵
- “Namens appellant (...) wordt hierbij hoger beroep ingesteld tegen (...)”¹⁶
- dat de advocaat “als gemachtigde zal optreden in deze zaak”¹⁷

14 ABRvS 17 augustus 2001, JV 2001/263, AB 2001, 300.

15 ABRvS 17 augustus 2001, JV 2001/263, AB 2001, 300.

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

17 ABRvS 16 oktober 2001, JV2002/524

2. De omvang van het hoger beroep

- dat de advocaat bepaaldelijk gemachtigd is tot het ondertekenen van het hoger beroep.¹⁸

Voor 1 november 2001 werden aan deze gebreken geen gevolgen verbonden; nadien volgde op een onjuiste formulering niet-ontvankelijkverklaring. Opvallend is voorts dat in een zaak waarin het hoger beroep werd ingesteld door een bijzonder gemachtigde die geen advocaat was wel de gelegenheid werd geboden schriftelijke stukken over te leggen waaruit bleek dat hij bijzonder gevolmachtigde was.¹⁹

Overigens heeft de Afdeling uitgemaakt dat de eis dat de advocaat stelt bepaaldelijk gemachtigd te zijn tot het instellen van hoger beroep niet geldt voor de gemachtigde van de staatssecretaris, omdat artikel 70 lid 1 Vw 2000 naar tekst en strekking uitsluitend ziet op door of namens de vreemdeling ingestelde rechtsmiddelen.²⁰

De Afdeling heeft voorts uitspraken gedaan over het begin en het einde van de termijn voor het instellen van (hoger) beroep, die echter niet specifiek met het migratierecht of de Vreemdelingenwet 2000 te maken hebben.²¹ Ook heeft de Afdeling, eveneens volgens het boekje, uitgemaakt dat incidenteel appèl in het bestuursrecht niet mogelijk is.²²

Overigens is het mogelijk om na niet-ontvankelijkverklaring van het eerste hoger beroep op formele gronden, een nieuw hoger beroep in te dienen, mits dat nieuwe hoger beroep binnen de beroepstermijn wordt ingesteld. Daarvoor is wel vereist dat het nieuwe hoger beroep voldoet aan alle bij de wet gestelde vereisten.²³

2.1.4 Het grievensstelsel (art. 85 Vw 2000)²⁴

Artikel 85 Vw 2000 bepaalt dat het beroepschrift in vreemdelingenzaken één of meer grieven tegen de uitspraak van de rechtbank of de president van de rechtbank moet bevatten. Een grief, aldus lid 2, omschrijft het onderdeel van de uitspraak waarmee de indiener zich niet kan verenigen alsmede de gronden waarop de indie-

18 ABRvS 8 januari 2002, JV 2002/47.

19 ABRvS 8 april 2002, JV 2002/171.

20 ABRvS 28 maart 2002, JV 2002/153, NAV 2002/127, AB 2002, 132.

21 Zie bijv. ABRvS 18 oktober 2001, JV 2002/31, AB 2001, 398; ABRvS 30 januari 2002, JV 2002/130, AB 2002, 151; ABRvS 19 maart 2002, JV 2002/144; ABRvS 19 maart 2002, JV 2002/145.

22 ABRvS 15 november 2001, JV 2002/S25, NAV 2002/11, AB 2002, 54.

23 ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/S24.

24 Zie Koers 2002 voor praktische wenken over het procederen in hoger beroep.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

ner zich daarmee niet kan verenigen. Op welke wijze een grief zich voor het overige onderscheidt van de gronden die op grond van artikel 6:5 lid 1 onder d Awb moeten worden aangevoerd is niet duidelijk. Voor een grond in de zin van de Awb is slechts vereist dat deze niet volstrekt onbegrijpelijk is; houdbaarheid noch onderbouwing is een ontvankelijkheidskwestie.²⁵ Mogelijkerwijze is het verschil dat in een grief de rechtsgrond waarop hij berust moet worden vermeld, hoewel dat niet uit artikel 85 Vw 2000 blijkt.²⁶

De Afdeling houdt er nauwkeurige opvattingen op na over wat een grief moet inhouden. Het mag niet gaan om louter een herhaling van reeds in beroep betrokken stellingen.²⁷ Maar het mag ook niet gaan om stellingen die niet eerder zijn ingenomen, en die eerst in hoger beroep naar voren worden gebracht.²⁸ De Afdeling merkt dit op in verband met de grieven,²⁹ maar deze eis vloeit ook reeds voort uit het door de Afdeling gehanteerde trechtermodel (zie hierna, 3.1.3). Een stelling is eens te minder een grief als het gaat om een feit waarover de rechtbank geen oordeel heeft kunnen geven omdat het ter tijde van de uitspraak nog niet bekend was.³⁰ Een stelling is geen grief indien niet exact wordt aangegeven met welk onderdeel van de bestreden uitspraak de appellatant het niet eens is.³¹ Ook is geen sprake van een grief als de gronden waarop de appellatant zich met een onderdeel van de bestreden uitspraak niet kan verenigen niet omschreven zijn.³² Bovendien kan niet, middels één grief of middels een stelsel van grieven, het gehele geschil opnieuw aan de Afdeling worden voorgelegd. Dat past, aldus de Afdeling, niet in het grievenstelsel.³³

25 Schreuder-Vlasblom p. 77; vgl. Ten Berge/Widdershoven p. 176.

26 In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat een grief zich onderscheidt van een grond. Een grief moet aangeven met welke overwegingen of onderdelen van het dictum de appellatant zich niet kan verenigen; er moet concreet en toegespitst op de aangevallen overwegingen of onderdelen van het dictum worden gemotiveerd waarom de appellatant zich daar niet mee kan verenigen. Zie TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 82.

27 ABRvS 6 juli 2001, JV 2001/240; ABRvS 17 augustus 2001, JV 2001/263, AB 2001, 300; ABRvS 22 november 2001, JV 2002/35, AB 2002, 112; ABRvS 30 november 2001, JV 2002/38; ABRvS 20 december 2001, JV 2002/70, NAV 2002/3; ABRvS 28 december 2001, JV 2002/71; ABRvS 31 januari 2002, JV 2002/100, NAV 2002/101.

28 ABRvS 2 augustus 2001, JV 2001/257; ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/5; ABRvS 10 april 2002, JV 2002/178; ABRvS 7 juni 2002, JV 2002/271.

29 Zie wat uitgebreider ABRvS 4 december 2001, JV 2002/40, r.o. 2.2.2; alsmede ABRvS 6 december 2001, JV 2002/41, NAV 2002/27, r.o. 24.

30 ABRvS 23 mei 2002, JV 2002/241.

31 ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/234, AB 2001, 273, RV 2001, 66; ABRvS 28 december 2001, JV 2002/71; ABRvS 21 februari 2002, JV 2002/142.

32 ABRvS 12 oktober 2001, JV 2001/325, NAV 2002/2, AB 2001, 359; ABRvS 10 april 2002, JV 2002/178.

33 ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306, NAV 2001/336, RV 2001, 18; ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/293.

2.1.5 Verkorte afdoening (art. 91 Vw 2000)

Het eerste lid van artikel 91 Vw 2000 bepaalt dat de Afdeling zich bij haar uitspraak kan beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven. Het tweede lid bepaalt dat, indien de Afdeling oordeelt dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden, zij zich bij de vermelding van de gronden van haar uitspraak kan beperken tot dit oordeel – de zogenaamde verkorte motivering. Ook zonder artikel 91 lid 1 zou de Afdeling zich beperken tot de grieven, omdat zij dat op basis van het door haar gehanteerde trechtermodel altijd al doet (zie hierna par. 3.1.3).

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de mogelijkheid om grieven verkort af te doen is gegeven op grond van de verwachting dat het in asielzaken

nogal eens zal voorkomen, dat in een reeks van zaken telkens in wezen dezelfde grief wordt aangevoerd, bijvoorbeeld met betrekking tot de situatie in een bepaald land. Indien eenmaal vaste jurisprudentie is gevormd dat die grief ongegrond is, kan die grief voortaan verkort worden afgedaan.³⁴

De Afdeling overwoog met betrekking tot artikel 91 aanvankelijk standaard het volgende:

Ingevolge artikel 91, eerste lid, van de Vw 2000 kan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zich bij haar uitspraak beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven.

Ingevolge het tweede lid van dat artikel kan zij zich, indien zij oordeelt dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden, bij de vermelding van de gronden van haar uitspraak beperken tot dit oordeel.

In de geschiedenis van de totstandkoming van de Vw 2000, meer in het bijzonder van haar artikelen 85 en 91 – gewezen wordt op de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 9-12 – is te lezen dat is gekozen voor een beperkte vorm van hoger beroep die de Afdeling in staat stelt om grote aantallen zaken, waarin geen vragen spelen die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven, op snelle en doelmatige wijze af te doen. De gewone behandeling wordt gereserveerd voor zaken waarin dergelijke vragen wel zijn gerezen.

34 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 85. Een veel ruimer criterium wordt echter gesuggereerd door TK 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 223.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Het hoger beroepschrift stelt geen rechtsvragen aan de orde die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven. Hetgeen daarin is aangevoerd kan niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden. Met dat oordeel kan, gelet op het bepaalde in artikel 91, tweede lid, van de Vw 2000, worden volstaan.³⁵

De laatste drie zinnen konden gelezen worden als zou de Afdeling menen dat grieven niet tot vernietiging kunnen leiden, omdat ze geen vragen aan de orde stellen die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven.³⁶ De tweede zin wordt dan mede opgevat als gevolgtrekking uit de eerste zin. Vanaf het voorjaar van 2002 werd de laatste passage gewijzigd in

Het hoger beroepschrift stelt geen vragen aan de orde die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven. Hetgeen daarin is aangevoerd kan *ook overigens* (mijn cursivering, TS) niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden. Gelet op het bepaalde in artikel 91, tweede lid, van de Vw 2000, kan daarmee worden volstaan.³⁷

Hoogvliet uitte kritiek op de aanvankelijk gebruikte formulering, en suggereerde de standaardoverwegingen om te keren.³⁸ Dat deed de Afdeling vervolgens:

Hetgeen appellanten in hun andere grieven naar voren brengen kan ook niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden. Omdat deze grie-

- 35 Zie o.m. ABRvS 11 mei 2001, JV 2001/147, NAV 2001/181; ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/165; ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/209, AB 2001, 268, RV 2001, 72; ABRvS 15 juni 2001, JV 2001/210, NAV 2001/233; ABRvS 6 juli 2001, JV 2001/238, RV 2001, 59; ABRvS 4 juli 2001, JV 2001/239; ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/255, NAV 2001/263, AB 2001, 299; ABRvS 17 augustus 2001, JV 2001/263, AB 2001, 300; ABRvS 3 september 2001, JV 2001/283, NAV 2001/316; ABRvS 4 oktober 2001, JV 2001/321, RV 2001, 21; ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/5; Vz ABRvS 17 oktober 2001, JV 2002/7, AB 2002, 108; Vz ABRvS 11 december 2001, JV 2002/49; ABRvS 30 januari 2002, JV 2002/99.
- 36 Overigens gaat het bij de rechtseenheid in de visie van de Afdeling alleen om de rechtseenheid inzake de toepassing van de Vreemdelingenwet 2000, en niet inzake de toepassing van de (oude) Vreemdelingenwet. Zo werd uiteenlopende rechtspraak op grond van de oude wet over de positie van Iraanse bekeerlingen niet als aanleiding gezien om daarover een uitspraak te doen, ABRvS 3 september 2001, JV 2001/283, NAV 2001/316.
- 37 ABRvS 18 maart 2002, JV 2002/155, NAV 2002/140, ABRvS 19 maart 2002, JV 2002/145.
- 38 Hoogvliet 2002, p. 52. Vgl. Reneman 2002, p. 217-218.

ven geen vragen opwerpen die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven wordt, gelet op het bepaalde in artikel 91, tweede lid, van de Vw 2000 met dat oordeel volstaan.³⁹

Door deze formulering is duidelijk dat de grieven worden beoordeeld zonder dat ze worden getoetst op hun belang voor de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin; dat criterium is alleen relevant om te beoordelen of een beslissing al dan niet verkort wordt gemotiveerd.

Omdat de Afdeling de grieven die zij niet in het belang acht van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin niet weergeeft, kan niets gezegd worden over de vraag wanneer de Afdeling meent dat met grieven niet een dergelijk belang gediend is. Uitspraken waarin de Afdeling de grief verwierp maar dat niet verkort deed betroffen zaken van breder belang zoals de vraag welke handelingen die aan bewaring voorafgaan wel en niet kunnen worden beoordeeld in de beroepszaak betreffende de bewaring,⁴⁰ de berekening van de 48 uurstermijn,⁴¹ of de toepassing van artikel 4:6 Awb.⁴² Reneman wijst op een uitspraak waarin de Afdeling tot een vernietiging kwam, hoewel in die zaak geen vragen speelden die beantwoording behoeften in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin.⁴³ Daaruit blijkt dat de Afdeling inderdaad niet meent dat een grief pas tot vernietiging kan leiden als dergelijke vragen aan de orde zijn.

39 ABRvS 10 april 2002, JV 2002/178.

40 ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/165; ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/209, AB 2001, 268, RV 2001, 72; ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/234, AB 2001, 273, RV 2001, 66; ABRvS 17 juli 2001, JV 2001/235, AB 2001, 285; ABRvS 20 juli 2001, JV 2001/236, AB 2001/274, RV 2001/71; ABRvS 18 juli 2001, JV 2001/237; ABRvS 2 augustus 2001, JV 2001/256; ABRvS 2 augustus 2001, JV 2001/257; ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/266; ABRvS 5 september 2001, JV 2001/284, AB 2001, 366; ABRvS 22 november 2001, JV 2002/35, AB 2002, 112.

41 ABRvS 15 juni 2001, JV 2001/210, NAV 2001/233; ABRvS 7 augustus 2001, JV 2001/259, NAV 2001/273; ABRvS 20 december 2001, JV 2002/44, NAV 2002/26, AB 2002, 135, RV 2001, 20; 25 februari 2002, JV 2002/123, NAV 2002/91; ABRvS 3 mei 2002, JV 2002/220; ABRvS 22 mei 2002, JV 2002/225.

42 ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/255, NAV 2001/263, AB 2001, 299; ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258, NAV 2001/319; ABRvS 5 september 2001, JV 2001/285, NAV 2001/315, AB 2001, 382, RV 2001, 61; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/124; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169; ABRvS 11 januari 2002, JV 2002/128, NAV 2002/94; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/143, AB 2002, 197; ABRvS 25 maart 2002, JV 2002/150, NAV 2002/128; ABRvS 8 oktober 2001, JV 2002/168, RV 2001, 6; ABRvS 11 juni 2002, JV 2002/243.

43 Reneman 2002, p. 218. Het gaat om ABRvS 10 januari 2002, NAV 2002/60.

2.1.6 *Het voorwerp van de toetsing*

Het hoger beroep kan worden ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank (art. 37 Wet RvS). Het is dan ook primair de uitspraak die ter beoordeling voor ligt. Als wordt vastgesteld dat deze uitspraak geen stand houdt, vindt een hernieuwde toetsing van het besluit plaats.⁴⁴ Zeker omdat de Afdeling vasthoudt aan een strikte toepassing van het trechtermodel (zie hierna, hoofdstuk 3) ligt het voor de hand dat de beoordeling wordt toegespitst op de uitspraak van de rechtbank, voor zover daartegen grieven zijn aangevoerd. De uitspraak van de rechtbank wordt – voor zover middels grieven aangevallen – niet marginaal, maar integraal getoetst.

De Afdeling toetst soms rechtstreeks het besluit van de staatssecretaris in plaats van de beslissing van de rechtbank, ook buiten de situatie dat zij na vernietiging een eigen oordeel geeft dat in de plaats van dat van de rechtbank wordt gesteld.⁴⁵ Op zichzelf gaat het hier vaak louter om een kwestie van woorden. Toch kan enige verwarring ontstaan, omdat de Afdeling – zeker in het hoger beroep in vreemdelingenzaken – nogal specifieke ideeën heeft over de aard van het hoger beroep.⁴⁶ Daarom kan het zijn dat de toetsing in hoger beroep een andere is dan de door de rechtbank uit te voeren toetsing. Door rechtstreeks het primaire besluit te toetsen, blijft onduidelijk welke aspecten van de toetsing specifiek zijn voor het hoger beroep (c.q. het hoger beroep in vreemdelingenzaken), en welke aspecten van de toetsing volgens de Afdeling door de rechter in eerste aanleg moeten worden overgenomen.

2.1.7 *Integrale of marginale toetsing*

Van belang is voorts of de rechter het bestreden besluit integraal moet toetsen, dat wil zeggen: beoordeelt of het besluit juist is, of dat het besluit marginaal wordt getoetst, dat wil zeggen: beoordeelt of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit kon komen. Omdat er nogal wat terminologische verwarring bestaat, vermeld ik dat ik uit ga van een marginale toets als in een uitspraak termen worden gehanteerd als: de staatssecretaris kon in redelijkheid, de staatssecretaris mocht, de staatssecretaris hoefde niet. Als integrale toetsing merk ik aan een toetsing die termen hanteert als: de staatssecretaris heeft terecht, de staatssecretaris heeft op goede

44 Zie Schreuder-Vlasblom, p. 251; Ten Berge/Widdershoven, p. 244.

45 Bijv. ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/147.

46 Zie bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom, p. 242-243.

gronden, de staatssecretaris heeft niet ten onrechte⁴⁷, niet kan worden geoordeeld dat het besluit rechtens niet aanvaardbaar is.

Het is moeilijk vast te stellen in welke gevallen de Afdeling meent dat de beschikking marginaal moet worden getoetst, en wanneer dat integraal dient te gebeuren. Zij hanteerde eenmaal met betrekking tot alle zes verleningsgronden van artikel 29 lid 1 Vw 2000 een integrale formulering middels de overweging dat de “beroepsgronden geen aanleiding geven voor het oordeel dat de staatssecretaris zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de vreemdeling niet in aanmerking kwam voor verlening van een verblijfsvergunning asiel.”⁴⁸ Dat is een merkwaardige formulering, omdat de toetsing weliswaar grillig, maar toch niet zonder meer integraal lijkt te zijn.

Vluchtelingen

Wel duidelijk is, dat de Afdeling het oordeel van de staatssecretaris over de geloofwaardigheid van het asielrelaas marginaal toetst. De Afdeling hanteert op dat punt formuleringen als “Er is geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid (...) op het standpunt heeft kunnen stellen dat het individuele relaas van de vreemdeling niet geloofwaardig is.”⁴⁹ Deze formulering is zeer marginaal, omdat niet alleen een redelijkheidstoets wordt aangelegd (in plaats van de toets of de staatssecretaris terecht een bepaald oordeel heeft), maar ook deze redelijkheidstoets afstandelijk wordt gehanteerd door middel van de dubbele ontkenning (geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid...). Waar het gaat om de vaststelling van de feiten wordt dus marginaal getoetst. Dit heeft de Afdeling expliciet aangegeven middels de volgende overwegingen:

(D)e rechtbank (heeft) geoordeeld dat de staatssecretaris het asielrelaas op onjuiste gronden voor ongeloofwaardig heeft gehouden. De rechtbank heeft met dit oordeel miskend dat de vaststelling of en in hoeverre bij de beoordeling van de asielaanvraag wordt uitgegaan van de door de vreem-

47 Deze formulering impliceert weliswaar een iets afstandelijker toets dan de formulering dat de staatssecretaris terecht iets heeft gedaan, maar het verschil is wat mij betreft zo minimaal dat het nog steeds om een als integraal aan te merken toets gaat.

48 ABRvS 4 juli 2002, 200202713/1. Vgl. de overweging (betreffende de verleningsgronden a tot en met c) dat de jeugdige leeftijd van de vreemdeling op zichzelf geen omstandigheid vormt op grond waarvan moet worden geoordeeld dat er voor haar in het land van herkomst geen verblijfsalternatief is, ABRvS 25 juni 2002, JV 2002/292.

49 ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/147.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

deling in zijn asielrelaas naar voren gebrachte feiten behoort tot de verantwoordelijkheid van de staatssecretaris en dat die vaststelling door de rechter slechts terughoudend kan worden getoetst. De rechtbank had zich bij haar oordeel over de geloofwaardigheid dan ook dienen te beperken tot het oordeel of de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het asielrelaas van de vreemdeling (...) niet geloofwaardig is.⁵⁰

De beslissing van de staatssecretaris om de correcties en aanvullingen van de asielzoeker op het rapport van nader gehoor niet te volgen, wordt ook marginaal getoetst.⁵¹

Ook met betrekking tot hetgeen feitelijk geconcludeerd kan worden op basis van het vluchtrelaas – i.c. de vraag of er een verband is tussen de door de asielzoeker gestelde vervolgingshandelingen en een vervolgingsgrond – legt de Afdeling een marginale toets aan.⁵²

Waar het gaat om de vraag of de juiste maatstaf is aangelegd (met andere woorden: of het juiste criterium is gehanteerd) legt de Afdeling een integrale toets aan:

De rechtbank heeft terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat de staatssecretaris een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij de beoordeling of appellant vanwege de gestelde discriminatie als vluchteling had moeten worden aangemerkt.⁵³

Onduidelijk is, hoe de Afdeling omgaat met de beoordeling van de vaststaande feiten en de vaststaande feitelijke conclusies. Het gaat hier om de vraag naar de zwaarwegendheid van het vluchtrelaas; moet de vreemdeling, op basis van de feiten en op basis van de juiste maatstaf, als vluchteling worden aangemerkt?

De Afdeling overwoog daarover enerzijds (marginaal toetsend):

Er is (...) geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid op het oordeel heeft kunnen stellen dat de vreemdelingen niet

50 ABRvS 9 juli 2002, JV 2002/275.

51 ABRvS 28 augustus 2002, JV 2002/355.

52 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/293. Vgl. ABRvS 28 augustus 2002, 2002037566/1.

53 ABRvS 4 september 2002, JV 2002/359.

aannemelijk hebben gemaakt dat zij gegronde vrees voor vervolging hebben.⁵⁴

Maar later overwoog zij (integraal toetsend):

De staatssecretaris heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat appellanten met hetgeen zij aan hun aanvragen ten grondslag hebben gelegd niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij van de zijde van de Turkse autoriteiten gegronde reden hebben vrees voor vervolging te koesteren, dan wel dat zij bij terugzending naar het land van herkomst reëel gevaar lopen slachtoffer te worden van schending van artikel 3 van het EVRM.⁵⁵

Van Asperen heeft op basis van deze jurisprudentie gesuggereerd dat de afstandelijke toetsing betrekking heeft op de beoordeling door de staatssecretaris van de door de vreemdeling aangevoerde feiten en omstandigheden en de vraag of deze zijn beroep op vluchtelingenschap kunnen dragen.⁵⁶ Die conclusie leek op het moment dat zij haar artikel publiceerde juist – de Afdeling leek toen alles marginaal te toetsen, maar het was aannemelijk dat zij de interpretatie van de vluchtelingendefinitie wel vol zou blijven toetsen. Ik denk dat de Afdeling haar jurisprudentie inmiddels heeft genuanceerd. Sinds haar uitspraak van 9 juli 2002⁵⁷ heeft zij duidelijk gemaakt dat het oordeel van het bestuur over de feiten (geloofwaardigheid, feitelijke conclusies) marginaal wordt getoetst, maar dat zij de interpretatie van de vluchtelingendefinitie, inclusief het oordeel of toepassing van de vluchtelingendefinitie op de aannemelijk geachte feiten tot vluchtelingenschap leidt, integraal toetst. Enige voorzichtigheid is bij deze conclusie echter geboden, omdat de Afdeling zich op het punt van de omvang van de door haar aangelegde toetsing ook wel eens eenvoudigweg lijkt te vergissen.

Artikel 3 EVRM

Met betrekking tot artikel 3 EVRM is de lijn van de Afdeling niet duidelijk. Zij overwoog enerzijds (marginaal toetsend):

54 ABRvS 28 december 2001, JV 2002/73, NAV 2002/61, AB 2002, 146, RV 2001, 10.

55 ABRvS 16 augustus 2002, JV 2002/345. Vgl. de uitspraak waarin de Afdeling overweegt dat de rechtbank terecht geen grond had gevonden voor het oordeel dat de staatssecretaris zich ten onrechte op haar standpunt had gesteld, ABRvS 29 augustus 2002, JV 2002/356.

56 Van Asperen 2002, p. 510.

57 ABRvS 9 juli 2002, JV 2002/275.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

De rechtbank heeft op goede gronden geoordeeld dat de staatssecretaris het op basis van de in de ambtsberichten verstrekte informatie niet aannemelijk heeft hoeven achten dat appellante bij terugkeer naar of verblijf in (Noord-)Irak een reëel risico loopt het slachtoffer te worden van een met artikel 3 EVRM strijdige behandeling.⁵⁸

Later werd met betrekking tot de aannemelijkheid van een schending van artikel 3 EVRM een integrale toets aangelegd.⁵⁹ Mogelijk is ook met betrekking tot artikel 3 EVRM sprake van een ontwikkeling van een aanvankelijk geheel marginale toetsing naar thans een marginale toetsing van de feiten, en een integrale toetsing over de toepasselijkheid van artikel 3 EVRM op de aannemelijk geachte feiten.

Artikel 4:6 Awb

Het is, gezien het voorgaande, opvallend dat de Afdeling een integrale toets aanlegt met betrekking tot de vraag of er, als het gaat om een herhaalde aanvraag, sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden als bedoeld in artikel 4:6 lid 2 Awb. De overwegingen terzake luiden bijvoorbeeld:

Het door de vreemdelingen ingestelde beroep kon dan ook slechts leiden tot de beoordeling of zich na het eerdere in rechte onaantastbare besluit waarbij hen toelating is geweigerd, geen nieuw gebleken feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die tot heroverweging aanleiding hadden behoren te geven.⁶⁰

En

Het door appellanten ingestelde beroep kon dan ook slechts leiden tot de beoordeling of de staatssecretaris zich met recht op het standpunt heeft gesteld dat zich na de eerdere in rechte onaantastbare besluiten, waarbij appellanten toelating is geweigerd, geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden hebben voorgedaan, die tot heroverweging noopten.⁶¹

58 ABRvS 21 mei 2002, JV 2002/224.

59 ABRvS 16 augustus 2002, JV 2002/345.

60 ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/6.

61 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169.

In een latere uitspraak hanteert de Afdeling hier wel een marginale formulering:

In het bij de rechtbank bestreden besluit heeft de staatssecretaris zich dan ook op het standpunt mogen stellen dat het overleggen van de kopie van de dagvaarding bij de herhaalde aanvraag er niet aan in de weg stond dat de in die aanvraag vervatte aanspraak op een verblijfsvergunning asiel ontleend aan artikel 3 van het EVRM kon worden afgewezen onder verwijzing naar het eerder in rechte onaantastbaar geworden besluit.⁶²

Maar in een daar weer op volgende uitspraak wordt toch integraal getoetst:

De voorzieningenrechter heeft met juistheid geen grond gevonden voor het oordeel dat de staatssecretaris zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat hetgeen appellant aldus aanvoert geen nieuwe feiten of veranderde omstandigheden in de zin van voormeld artikel 4:6 van de Awb opleveren.⁶³

Ik neem aan dat de marginale formulering een vergissing is geweest.

Humanitaire gronden

Eveneens opvallend is de manier waarop de Afdeling toetst aan het criterium van artikel 29 lid 1 onder c Vw 2000, dat behelst dat een verblijfsvergunning kan worden verleend aan de vreemdeling “van wie naar het oordeel van de Minister op grond van klemmende redenen van humanitaire aard die verband houden met de redenen van zijn vertrek uit het land van herkomst, in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij terugkeert naar het land van herkomst.” Nu er blijkens deze bepaling nadrukkelijk sprake is van beoordelingsvrijheid zou men een marginale toetsing verwachten.⁶⁴ Soms wordt inderdaad een marginale toets aangelegd,⁶⁵ soms

62 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/293.

63 ABRvS 23 augustus 2002, JV 2002/350.

64 In ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306, NAV 2001/336, RV 2001, 18 wordt eerst omstandig overwogen dat sprake is van beoordelingsvrijheid, en wordt vervolgens een min of meer integrale toets aangelegd, zie hierna.

65 Bijv. ABRvS 13 maart 2002, NAV 2002/141: er “bestaat geen grond voor het oordeel dat appellant zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vreemdeling enig causaal verband, als vereist voor toepassing van voormeld traumatabeleid, niet aannemelijk heeft gemaakt.” Vgl. ABRvS 21 mei 2002, JV 2002/224, ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306, NAV 2001/336, RV 2001, 18.

wordt een formulering gebruikt die weliswaar een dubbele ontkenning bevat, maar toch op een integrale toets duidt,⁶⁶ en soms wordt een werkelijk integrale toets aangelegd.⁶⁷ In sommige uitspraken worden verschillende formuleringen door elkaar gehanteerd.⁶⁸ Ik ga op de toetsing met betrekking tot humanitaire gronden nader in in par. 5.1.3.

Categoriaal beschermingsbeleid

Waar het gaat om de beoordeling van de weigering een verblijfsvergunning te verlenen op grond van artikel 29 lid 1 onder d Vw 2000 overweegt de Afdeling dat de staatssecretaris een ruime beoordelingsmarge toekomt, waarvan de aanwending de toetsing in rechte slechts dan niet kan doorstaan, indien de staatssecretaris bij afwezig van alle daarvoor in aanmerking komende belangen en gegeven de feitelijke grondslag ervan, niet in redelijkheid tot een bepaalde beoordeling heeft kunnen komen. Concreet betekent dat, aldus de Afdeling, dat het beleid de toetsing in rechte kan doorstaan, tenzij het niet zou berusten op genoegzaam onderzoek naar de algemene situatie in het land van herkomst, of op grond van de beschikbare informatie moet worden geoordeeld dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat terugkeer naar, dan wel verblijf in, het land van herkomst niet van bijzondere hardheid is in verband met de algemene situatie aldaar.⁶⁹

Het is daarom opvallend dat de Afdeling op één punt een integrale toets aan lijkt te leggen, waarvan de portee overigens onduidelijk is. Met betrekking tot de vraag of, bij het leerstuk van het binnenlands beschermingsalternatief, een onderscheid kan worden gemaakt tussen de individuele asielgronden (art. 29 lid 1 onder a,

66 ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306, NAV 2001/336, RV 2001, 18: “Nu (de staatssecretaris, TS) het gestelde causaal verband niet ten onrechte niet aannemelijk heeft geacht, heeft (de staatssecretaris, TS) terecht het zogenoemde traumatabeleid niet toepasselijk geacht.” Vgl. ABRvS 18 maart 2002, JV 2002/155, NAV 2002/140.

67 ABRvS 10 april 2002, JV 2002/174: “Er bestaat geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de gestelde en door de rechtbank als klemmende redenen van humanitaire aard om hem mogelijk een verblijfsvergunning asiel te verlenen aangemerkte omstandigheden dat de vreemdeling van hoge leeftijd is en medische klachten heeft, geen verband houden met de redenen van zijn vertrek uit het land van herkomst, als bedoeld in voormelde bepaling.”

68 Bijv. ABRvS 13 maart 2002, NAV 2002/141: de staatssecretaris heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat..., en even later: “appellant (heeft) het gevoerde zogenoemde traumatabeleid terecht niet toepasselijk geacht.” Vgl. ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306, NAV 2001/336, RV 2001, 18.

69 ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11; ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76, NAV 2002/59.

b en c Vw 2000) en de categoriale asielgrond van artikel 29 lid 1 onder d Vw 2000, overweegt de Afdeling dat niet kan worden geoordeeld dat de staatssecretaris bij afweging van alle daarvoor in aanmerking komende belangen niet in redelijkheid tot het maken van dit onderscheid heeft kunnen komen, “of dat het om andere redenen rechtens niet aanvaardbaar is.”⁷⁰ De laatste zinsnede bevat bewoordingen die duiden op een integrale toetsing, zij het dat de inhoud daarvan niet gespecificeerd is.

De AC-termijn

De Afdeling toetst integraal of een beschikking binnen de termijn van 48 uur is gegeven (zie hierna par. 4.4.1.4). Met betrekking tot de vraag of een aanvraag in de versnelde Aanmeldcentrum-procedure kan worden afgedaan heeft de Afdeling geoordeeld dat geen sprake is van een speciaal AC-criterium, maar dat het er om gaat of de aanvraag binnen 48 uur op zorgvuldige wijze kon worden afgewezen. Dit mondt, aldus de Afdeling, uit in een beoordeling van het naar de gedane aanvraag verrichte onderzoek en de motivering van de afwijzing.⁷¹ Dat de zorgvuldigheidstoets een integrale is, kan worden afgeleid uit de enige mij bekende beslissing waarin de Afdeling oordeelde dat een zaak niet in de Aanmeldcentrum-procedure kon worden afgedaan. Zij oordeelde in die zaak dat dit *ten onrechte* was gebeurd.⁷² Ook met betrekking tot andere aspecten van de Aanmeldcentrum-procedure worden bewoordingen gebruikt die duiden op een integrale toets.⁷³ Dat is eveneens het geval op andere punten die de procedure betreffen.⁷⁴

Bewaring

Baudoin heeft geconcludeerd dat de Afdeling in bewaringszaken marginaal toetst.⁷⁵ Mijns inziens is dat niet zonder meer het geval. De rechtmatigheid van de staandehouding op grond van artikel 50 lid 1 Vw 2000 (met andere woorden: de vraag of er, naar objectieve maatstaven gemeten, een redelijk vermoeden van illegaal verblijf

70 ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11; ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76, NAV 2002/59.

71 O.m. ABRvS 27 augustus 2001, NAV 2001/317, RV 2001, 19.

72 ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/265, NAV 2001/309.

73 Bijv. ABRvS 15 juni 2001, JV 2001/210, NAV 2001/233: “Met recht heeft de president overwogen dat de Staatssecretaris zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat niet is gebleken dat appelland door de gevolgde gang van zaken in zijn belang is geschaad.”

74 ABRvS 25 januari 2002, JV 2002/121, NAV 2002/102, AB 2002, 152 inzake de voornemenprocedure.

75 Zie zijn noot bij JV 2002/312.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

was) werd enkele malen integraal beoordeeld.⁷⁶ Ook werd integraal getoetst of de staatssecretaris bij de uitzetting voldoende voortvarend te werk was gegaan.⁷⁷ De vraag of bij de (bestuurlijke of rechterlijke) procedure termijnen waren overschreden werd eveneens integraal getoetst.⁷⁸ Ook werd integraal getoetst of de vreemdeling, zoals hij stelde, rechtmatig verblijf had, hetgeen in de weg zou staan aan de toepassing van artikel 59 lid 1 onder a Vw 2000.⁷⁹

Voor inbewaringstelling op grond van artikel 59 lid 1 is vereist dat de openbare orde de inbewaringstelling vordert; dit wordt in de praktijk met name aangenomen als het gevaar bestaat dat de vreemdeling zich aan uitzetting zal onttrekken (lees: zal onderduiken).⁸⁰ Met betrekking tot het onderduikgevaar werden onduidelijke formuleringen gehanteerd. In een uitspraak werd overwogen:

De rechtbank heeft op goede gronden geoordeeld dat vermoed kon worden dat appelland zich aan uitzetting zal onttrekken.⁸¹

De woorden “vermoed kon worden” kunnen duiden op een marginale toetsing, maar leiden niet dwingend tot de conclusie dat daarvan sprake was. In een andere uitspraak hanteerde de rechtbank, tegen wiens uitspraak beroep was ingesteld, de overweging “dat in redelijkheid in het belang van de openbare orde (...) tot bewaring kon worden overgegaan.” De Afdeling oordeelde dat in de door de appelland aangevoerde feiten

geen bijzondere omstandigheden zijn gelegen die nopen tot het hanteren van een lichter middel van toezicht.⁸²

Deze formulering behelst een integrale toetsing, terwijl de rechtbank een marginale toetsing had uitgevoerd. Het is hierdoor onduidelijk welke kant de Afdeling op wil. Ook integraal toetste de Afdeling in een overweging met betrekking tot de vraag of er onderduikgevaar bestond, om daarna af te ronden met een formulering die een marginale toets suggereert:

76 ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/209, AB 2001, 268, RV 2001, 72; ABRvS 17 juli 2001, JV 2001/235.

77 ABRvS 5 oktober 2001, JV 2001/322.

78 ABRvS 28 november 2001, JV 2002/46 inzake artikel 50 lid 2 Vw 2000; ABRvS 10 januari 2002, JV 2002/75 inzake artikel 94 lid 2 Vw 2000.

79 ABRvS 3 december 2001, JV 2002/39; ABRvS 10 juni 2002, JV 2002/272.

80 Vc 2000, A5/5.3.3.1.

81 ABRvS 3 december 2001, JV 2002/39.

82 ABRvS 25 januari 2002, JV 2002/129.

Gelet hierop is er geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat er een ernstig vermoeden is dat de vreemdeling zich aan uitzetting zal onttrekken.

Ook overigens zijn er geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht op grond waarvan moet worden geoordeeld dat de staatssecretaris niet in redelijkheid op voet van artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vw 2000 tot inbewaringstelling met het oog op uitzetting heeft kunnen beslissen.⁸³

Deze laatste formulering lijkt marginaal, maar hoeft dat niet te zijn. Artikel 96 lid 3 Vw 2000 bepaalt dat de rechtbank het beroep tegen de bewaring gegrond verklaart indien zij van oordeel is dat de toepassing of de tenuitvoerlegging van de bewaring in strijd is met de Vreemdelingenwet dan wel bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is. Zoals Baudoin aangeeft,⁸⁴ heeft de wetgever bij de invoering van deze terminologie in 1965 beoogd een integrale toets aan te leggen (zie nader par. 2.2). Omdat de Afdeling de afzonderlijke punten integraal toetst, en afsluit met een formulering van de door haar aangelegde toets die zij rechtstreeks aan de wet ontleent, is er geen inconsistentie.

Maar soms toetst de Afdeling wel degelijk marginaal. In een eerdere uitspraak werd marginaal getoetst aan een andere indicator voor de openbare orde, manifest bedrog:

Gelet op het voorgaande, heeft de rechtbank terecht overwogen dat de staatssecretaris heeft mogen aannemen dat appellant heeft getracht de autoriteiten te misleiden en dat daarom sprake is van manifest bedrog.⁸⁵

Ook overwoog de Afdeling dat er geen grond was voor het oordeel

dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het belang van de openbare orde de inbewaringstelling vordere wegens het vermoeden van onttrekking aan uitzetting (...)⁸⁶

Daarmee toetst de Afdeling in twee uitspraken, anders dan zij gewoonlijk doet, marginaal of de openbare orde de inbewaringstelling vordert.

83 ABRvS 10 juni 2002, JV 2002/272.

84 Zie zijn noot bij JV 2002/312.

85 ABRvS 21 februari 2002, JV 2002/142.

86 ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/312.

Concluderend met betrekking tot bewaring: de Afdeling toetst meestal integraal, maar heeft in twee uitspraken marginaal getoetst of de openbare orde de inbewaaringstelling vorderde. Dit schept onduidelijkheid over de door de Afdeling aangelegde toets.

2.2 De kritiek

Hoogvliet⁸⁷ en De Waard⁸⁸ hebben zich kritisch uitgelaten over de manier waarop de Afdeling omgaat met de eis dat de advocaat verklaart *bepaaldelijk* te zijn *gevolmachtigd* tot het instellen van hoger beroep. De Waard geeft de achtergrond van deze eis weer. De in artikel 70 lid 1 Vw 2000 gehanteerde formulering kwam in de oude Vreemdelingenwet voor,⁸⁹ en komt ook op andere plaatsen in het procesrecht voor. De formule heeft als strekking dat een gemachtigde die geen advocaat is een bijzondere, schriftelijke volmacht van de appellant moet overleggen. De advocaat hoeft dat niet, die wordt op zijn woord geloofd. Aan advocaten worden op deze wijze minder formele eisen worden gesteld dan aan anderen. In het door de Afdeling ontworpen systeem is dat echter anders; gebruikt een advocaat niet de sacrale formule, dan volgt onmiddellijke niet-ontvankelijkverklaring, zonder gelegenheid het verzuim te herstellen. Dit gebeurt ook als de advocaat termen gebruikt waarmee onmiskenbaar wordt beoogd de vereiste bijzondere volmacht weer te geven. Legt een niet-advocaat, die optreedt als bijzonder gemachtigde, echter geen schriftelijke volmacht over, dan wordt hij in de gelegenheid gesteld dit verzuim te herstellen.⁹⁰ De toepassing die de Afdeling aan de regeling geeft heeft dus een effect dat tegengesteld is aan het door de wetgever bedoelde. Omdat op grond van artikel 85 lid 3 Vw 2000 geen herstel van een verzuim op dit punt mogelijk is, leiden de formele eisen op dit punt tot niet-ontvankelijkheid. Hoogvliet wijst er op dat het bij de introductie van deze formulering de bedoeling van de wetgever is geweest om aan te sluiten bij de formulering van artikel 450 Sv; daar wordt minder formalistisch met de bepaalde volmacht omgegaan dan thans in het vreemdelingenrecht. Bovendien betoogt hij dat het, nu artikel 70 lid 1 Vw 2000 afwijkt van artikel 8:24 Awb (dat staat in een afdeling over de partijen bij het beroep, en niet in een afdeling over de voorwaarden voor ontvankelijkheid of inbehandelingneming), niet gaat om een wettelijk vereiste voor het in behandeling nemen van een beroep, zodat artikel 85 lid 3 Vw 2000 niet van toepassing is.

87 Hoogvliet 2002, p. 50.

88 De Waard 2001.

89 Artikel 30 lid 2 Vw (oud).

90 ABRvS 8 april 2002, JV 2002/171.

2. De omvang van het hoger beroep

Op het punt van de bepaaldelijke volmacht heeft de Afdeling, met andere woorden, een lijn gekozen die op gespannen voet met de tekst van de wet staat, en die tegengesteld is aan de bedoeling van de wetgever. Een en ander wordt verergerd doordat de Afdeling weigert een bepaaldelijke volmacht aan te nemen op de enkele grond dat niet de exacte woorden van artikel 70 lid 1 Vw 2000 zijn gebruikt. De advocaat die verklaart bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd het hoger beroepschrift te *ondertekenen* gebruikt niet de juiste formule omdat deze volmacht de ondertekening van het beroepschrift betreft, en niet het instellen van hoger beroep;⁹¹ de advocaat die vermeldt dat zij bepaaldelijk gevolmachtigd is tot het instellen van hoger beroep gebruikt niet de juiste formule, omdat het woord “verklaren” niet wordt gebruikt.⁹² Merkwaardig, en niet helemaal consequent, is overigens dat de Afdeling er kennelijk voor terugschrikt om ambtshalve te toetsen of tijdens de procedure bij de rechtbank wel de juiste formulering is gebruikt – mij zijn althans geen uitspraken bekend waarin de Afdeling een appèl op die grond niet-ontvankelijk verklaart, terwijl het moeilijk voorstelbaar is dat bij de rechtbank geen formuleringen zijn gehanteerd die volgens de Afdeling onvoldoende zijn. Het gaat hier om een bepaling die de Afdeling beschouwt als een bepaling betreffende de ontvankelijkheid, en die bepalingen zijn van openbare orde; de naleving ervan moet door de rechter ambtshalve worden getoetst.⁹³

Met betrekking tot het *grievensstelsel* moet geconcludeerd worden dat de Afdeling zich wel erg strikt opstelt. Het lijkt er op dat de Afdeling het appellanten soms tegenwerpt dat zij niet expliciet aangeven tegen welke exacte overwegingen grieven zich richten, terwijl zonneklaar is om welke overwegingen het gaat. Ook lijkt de Afdeling soms wel erg slecht van begrip. In een rechtbankuitspraak was het beroep, voor zover het gericht was tegen de weigering ambtshalve een verblijfsvergunning regulier te verlenen, doorgezonden aan de staatssecretaris ter behandeling als bezwaarschrift.⁹⁴ De grief richtte zich tegen de overweging dat de staatssecretaris een beslissing op het bezwaarschrift hoort te nemen. Deze grief werd afgewezen omdat hij feitelijke grondslag ontbeerde – kennelijk omdat de grief niet exact dezelfde bewoordingen hanteerde als de bestreden uitspraak.⁹⁵

91 ABRvS 8 januari 2002, JV 2002/47.

92 ABRvS 9 juli 2002, 200203601/1, n.g.

93 Ten Berge/Widdershoven p. 133-134; Schreuder-Vlasblom p. 129-132.

94 Zie over deze kwestie nader par. 4.1.

95 ABRvS 29 augustus 2002, 200204149/1, n.g.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

De *verkorte afdoening* was aanvankelijk problematisch, omdat de formuleringen van de Afdeling de indruk wekten dat een grief niet tot vernietiging kon leiden omdat geen vragen aan de orde gesteld werden betreffende de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin. Sinds de betreffende overwegingen zijn omgedraaid is duidelijk dat deze lezing van de Afdelingsjurisprudentie onjuist was. Als een grief niet tot vernietiging kan leiden (en daar heeft de rechtseenheid enz. niets mee te maken), dan kan worden gekozen voor verkorte motivering als het gezien de rechtseenheid enz. niet nuttig is de motivering te vermelden. Of de Afdeling altijd op de juiste wijze gebruik maakt van deze bevoegdheid kan niet worden gecontroleerd, omdat in de betreffende uitspraken de grieven niet worden weergegeven. Mij hebben geen aanwijzingen bereikt dat de Afdeling op onzuivere wijze van haar bevoegdheid gebruik maakt.

Met betrekking tot de *omvang van de toetsing* moet natuurlijk onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende bepalingen die ter toetsing voorliggen. De toepassing van bepalingen die het bestuur beoordelingsvrijheid geven (met name art. 29 lid 1 onder c en d Vw 2000) dient uiteraard marginaal getoetst te worden. Als men er van uit gaat dat de aanhef van artikel 29 lid 1 Vw 2000 (een verblijfsvergunning *kan* worden verleend aan de vreemdeling die ...) beleidsvrijheid impliceert,⁹⁶ dan dient het gebruik van die beleidsvrijheid uiteraard eveneens marginaal te worden getoetst. Op andere punten lijkt er voor een marginale toetsing geen plaats. De uitleg van wettelijke termen is aan de rechter voorbehouden.

Het zelfde geldt voor de uitleg van internationale verdragen.⁹⁷ Bovendien leidt de formulering van de artikelen 93 en 94 Gw tot een integrale toetsing van de toepassing van verdragen. Artikel 93 Gw bepaalt dat verdragsbepalingen die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. Artikel 94 Gw bepaalt dat nationale wettelijke regels buiten toepassing blijven indien toepassing ervan niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Had de wetgever beoogd het bestuur een marge te gunnen waar het gaat om de toepassing van internationaal recht, dan was een formulering gebruikt als: nationale bepalingen worden niet toegepast indien zij naar het oordeel van het bestuur niet verenigbaar zijn met internationaal recht. Een dergelijke formulering is niet gebruikt, en daarom dient de rechter zelf het internationale recht te toetsen en toe te passen.

96 Doch zie Baudoin e.a. 2001, p. 120-123.

97 Zie zeer nadrukkelijk House of Lords 19 december 2000, JV 2001/74 (Adan en Aitsegur).

2. De omvang van het hoger beroep

Het is mogelijk dat de Afdeling haar jurisprudentie, misschien in reactie op kritiek van deze strekking,⁹⁸ heeft verduidelijkt. Het oordeel van het bestuur over de feiten wordt marginaal getoetst, maar de toepasselijkheid van internationaal recht wordt integraal getoetst – ik gaf al aan dat niet zeker is of dit nu de lijn is, maar het lijkt er wel op. Dit zou passen bij een passage in Loeb's *Inleiding vreemdelingenrecht* uit 1983. Hij stelt daar dat terzake van de vraag of een vreemdeling al dan niet als vluchteling moet worden aangemerkt geen beleidsvrijheid bestaat, en dat daarbij een integrale toetsing past.⁹⁹ De marginale opstelling die uit sommige uitspraken blijkt verklaart Loeb “uit de omstandigheid dat voor een juiste beoordeling van de feiten een grote mate van deskundigheid met betrekking tot voor de rechter moeilijk vast te stellen feiten en omstandigheden in het buitenland is vereist.”¹⁰⁰ Recent hebben Daalder en Schreuder-Vlasblom meer in het algemeen betoogd dat de vaststelling van de feiten tot de specifieke expertise van het bestuur behoort, en dat de bestuursrechter deze vaststelling marginaal moet toetsen.¹⁰¹

Maar het lijkt mij de vraag of het bestuur bij de vaststelling van de feiten aanspraak kan maken op iets wat veel weg heeft van een beoordelingsmarge. Ik wil me hier met name richten op de vraag of een marginale toetsing van de feitenvaststelling in overeenstemming is met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens inzake de artikelen 3 en 5 EVRM. In artikel 3-zaken heeft het Hof overwogen:

The Court also attaches importance to the fact that the Swedish authorities had particular knowledge and experience in evaluating claims of the present nature by virtue of the large number of Chilean asylum-seekers who had arrived in Sweden since 1973. The final decision to expel the applicant was taken after thorough examinations of his case by the National Immigration Board and by the Government.¹⁰²

en

The Court also attaches importance to the knowledge and experience that the United Kingdom authorities had in dealing with large numbers of asylum

98 Zie o.a. mijn noten bij JV 2002/73 en JV 2002/224.

99 In dezelfde zin Schreuder-Vlasblom 2001, p. 127.

100 Loeb 1983, p. 150-151.

101 Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.

102 EHRM 20 maart 1991, RV 100, 70 (Cruz Varas), uitzetting niet in strijd met artikel 3 EVRM.

seekers from Sri Lanka, many of whom were granted leave to stay, and to the fact that the personal circumstances of each applicant had been carefully considered by the Secretary of State in the light of a substantial body of material concerning the current situation in Sri Lanka and the position of the Tamil community within it.¹⁰³

Deze overwegingen suggereren dat het Hof met enige afstandelijkheid toetst of terugzending in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM, omdat de betreffende bestuursorganen daar veel ervaring mee hebben – dat suggereert een zekere marge. Het Hof gaf deze overweging echter eerst nadat zij zelf, zonder enige blijk van een marginale toetsing, had vastgesteld dat uitzetting niet in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM. Als laatste overweging volgen de hier geciteerde passages. Bovendien waren vergelijkbare overwegingen niet te vinden in de uitspraken in de zaken Soering,¹⁰⁴ Chahal,¹⁰⁵ Nsona,¹⁰⁶ Ahmed,¹⁰⁷ H.L.R.,¹⁰⁸ St. Kitts,¹⁰⁹ Jabari,¹¹⁰ Bensaid,¹¹¹ Hilal,¹¹² en Conka.¹¹³ Voorts heeft het Hof, in gevallen waarin het wel tot schending concludeerde, nooit deze naar een marginale toets tenderende overwegingen gebruikt. Dat deed zij ook niet in de zaak Hilal, waar zij zelf de feiten vaststelde en een andere oordeel daarover had dan de Britse autoriteiten. Mijn conclusie is daarom dat, hoewel de geciteerde passages uit de arresten Cruz Varas en Vilvarajah enige voeding geven aan de gedachte dat het Hof in artikel 3 EVRM-zaken op onderdelen een marginale toets aanlegt, deze gedachte bij een exactere analyse onjuist blijkt te zijn. Het Hof toetst vol, stelt zelf de feiten vast, en voert vervolgens een indringende toets uit.¹¹⁴

Ook in zaken over de aanvaardbaarheid van vreemdelingenbewaring in het licht van artikel 5 EVRM toetst het Hof indringend. In het Conka-arrest toetst het Hof zonder terughoudendheid of de misleiding op basis waarvan de Belgische autoriteiten konden overgaan tot staandehouding van de familie Conka zich nog verdroeg

103 EHRM 30 oktober 1991, RV 100, 13 (Vilvarajah), uitzetting niet in strijd met artikel 3 EVRM.

104 EHRM 7 juli 1989, RV 1989, 94, uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM.

105 EHRM 15 november 1996, RV 100, 14 uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM.

106 EHRM 28 november 1996, Reports 1996-V, uitzetting niet in strijd met artikel 3 EVRM.

107 EHRM 17 december 1996, RV 1996, 21, uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM.

108 EHRM 29 april 1997, RV 1997, 20, uitzetting niet in strijd met artikel 3 EVRM.

109 EHRM 2 mei 1997, RV 1997, 70 uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM.

110 EHRM 11 juli 2000, RV 2000, 2, uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM.

111 EHRM 6 februari 2001, RV 2001, 2, uitzetting niet in strijd met artikel 3 EVRM.

112 EHRM 6 maart 2001, RV 2001, 1, uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM.

113 EHRM 5 februari 2002, JV 2002/117, uitzetting in strijd met artikel 4 Protocol 4.

114 Zie daarover uitgebreider par. 3.2.3.

2. De omvang van het hoger beroep

met de eis dat detentie “lawful” moet zijn.¹¹⁵ In de zaak *Dougoz* toetste het Hof diepgaand of de vrijheidsberoving in overeenstemming was met de nationaalrechtelijke regels.¹¹⁶ In de zaak *Chahal* toetste het Hof integraal of de uitzetting met voldoende voortvarendheid ter hand werd genomen.¹¹⁷ Met betrekking tot de vraag of het belang van de nationale veiligheid de zeer langdurige detentie van *Chahal* vorderde (een vraag die werd behandeld in het kader van de vraag of *Chahal*’s detentie niet willekeurig was) betrachtte het Hof wel meer afstand, maar dat deed het noodgedwongen. Het kon niet zelf de nationale veiligheidsaspecten van de zaak beoordelen, omdat de betreffende dossiers niet openbaar waren. Het Hof volstond met de conclusie dat een beklagprocedure, waarin een *advisory panel* de gelegenheid had gehad “fully to review the evidence relating to the national security threat”, een adequate garantie bood tegen willekeur. Het Hof motiveert zijn oordeel mede door te wijzen op de volle toetsing van het *advisory panel*. Daargelaten aspecten van nationale veiligheid legt het Hof dus een volle toets aan bij de toetsing van bewaring.

De enige aanknopingspunten voor marginale toetsing in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zijn dus te vinden in twee gelijksoortige overwegingen in de arresten *Cruz Varas* en *Vilvarajah*, en in de toetsing van de detentie van *Chahal* op willekeur in het licht van de nationale veiligheid. In de zaak *Chahal* heeft het Hof daadwerkelijk afstandelijk getoetst, en zich beperkt tot controle of de nationale procedure terzake adequaat was. Dat was hij in de visie van het Hof, mede omdat daarin een volle toetsing werd uitgevoerd. In de zaken *Cruz Varas* en *Vilvarajah* heeft het Hof mijns inziens niet marginaal getoetst; het Hof toetst in andere zaken over artikel 3 EVRM evenmin marginaal, ook niet waar het gaat om de vaststelling van de feiten. Ik meen dat hieruit voortvloeit dat de nationale rechter zich, ook waar het gaat om de vaststelling van de feiten of de nationale veiligheid, niet kan beperken tot een marginale toetsing.

Met betrekking tot de rechterlijke toetsing in bewaringszaken zij nog opgemerkt dat uit een analyse van de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever de uitdrukkelijke bedoeling heeft gehad dat de rechter een integrale toets zal uitvoeren.¹¹⁸ In de *Memorie van Toelichting* wordt ter toelichting op de gekozen formulering gesteld:

115 EHRM 5 februari 2002, JV 2002/117.

116 EHRM 6 maart 2001, JV 2001/123, RV 2001, 68.

117 EHRM 15 november 1996, RV 100, 14.

118 Zie nader de noot van Baudoin bij JV 2002/312. In dezelfde zin Swart 1978, p. 377, Loeb 1983, p. 283.

Bij zijn beslissing zal de rechter zich niet hebben te beperken tot de vraag of het gezag dat de maatregel heeft bevolen daartoe wettelijk bevoegd was, c.q. of het in redelijkheid tot dat bevel heeft kunnen komen. Hij zal tevens hebben na te gaan of (voortgezette) toepassing van de maatregel, objectief beschouwd, in redelijkheid gerechtvaardigd is te achten.¹¹⁹

In het artikelsgewijze deel wordt opgemerkt:

De voorgestelde regeling van het beroep op de rechter, bij beperking van de bewegingsvrijheid krachtens artikel 18 en bij bewaring krachtens artikel 26, komt in hoofdzaak overeen met die van het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van de rechterlijke controle op de toepassing van voorlopige hechtenis.¹²⁰

Aangezien de strafvorderlijke controle een integrale toets behelst, moet die ook plaatsvinden bij vreemdelingenrechtelijke vrijheidsberoving op voet van artikel 94 lid 4 Vw 2000.

2.3 De keuze van de Afdeling

De Afdeling gebruikt de formaliteiten voor het instellen van hoger beroep als middel om het aantal zaken dat zij inhoudelijk moet behandelen te beperken. Daarbij voert zij, zowel in vergelijking met andere rechtsmiddelen als binnen het vreemdelingenrecht, het formalisme tot ongekende hoogten op. Zij bereikt met haar interpretatie van artikel 70 lid 1 Vw 2000 een resultaat dat omgekeerd is aan de bedoeling van de wetgever, en stelt wat betreft de exacte formulering die gehanteerd moet worden eisen die niet uit de wet voortvloeien. Het gevolg is dat de Afdeling haar eigen zaaklast beperkt.

De Afdeling houdt strikt de hand aan het grievenstelsel. Waar de wetgever vooral voor ogen heeft gestaan dat geen beroep op nader aan te voeren gronden kan worden ingesteld, heeft de Afdeling ook dit instrument ingezet om het aantal beroepen dat inhoudelijk moet worden behandeld te beperken. De verkorte afdoening lijkt de Afdeling op een zuivere manier te hanteren, sinds de standaardoverwegingen wer-

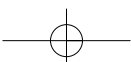
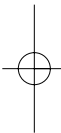
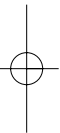
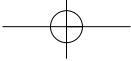
119 TK 1962-1963, 7163, p. 13.

120 Idem, p. 17

2. De omvang van het hoger beroep

den gewijzigd en de misverstanden waartoe de oorspronkelijke formulering leidde zijn weggenomen.

De Afdeling heeft een marginale toetsing ingevoerd waar het gaat om het Vluchtelingenverdrag en artikel 3 EVRM. De toetsing van vreemdelingenbewaring lijkt wel integraal te zijn. De marginale toetsing met betrekking tot het Vluchtelingenverdrag en artikel 3 EVRM lijkt inmiddels te zijn beperkt tot de feitenvaststelling. Door de feitenvaststelling marginaal te toetsen beperkt de Afdeling haar eigen feitelijke competentie, en beperkt zij dus het aantal geschillen dat zij materieel moet beslechten. Het gevolg daarvan is dat het bestuur meer ruimte krijgt dan bij een integrale toets het geval zou zijn.



3. HET TRECHTERMODEL

3.1 De Afdelingsjurisprudentie

3.1.1 *Inleiding*

De Afdeling bestuursrechtspraak gaat in haar algemene bestuursrechtelijke jurisprudentie uit van het zogenoemde trechtermodel.¹ Dit model houdt, kort weergegeven, in dat een besluit van een bestuursorgaan gebaseerd moet zijn op de feiten en omstandigheden die op het moment van het nemen van het besluit kenbaar waren. De aanvrager heeft de plicht om bepaalde relevante feiten en omstandigheden zelf in te brengen, hetgeen de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan beperkt. Tijdens het beroep bij de rechtbank vindt in deze visie geen integrale beoordeling plaats van het bestreden besluit; in plaats daarvan beperkt de rechterlijke toets zich in principe tot de tegen het besluit aangevoerde gronden. De aanvrager kan geen nieuwe feiten of omstandigheden inbrengen indien die binnen zijn “bewijsdomein” vielen. Het hoger beroep beperkt zich op zijn beurt tot de tegen het oordeel van de rechtbank aangevoerde gronden; daarbuiten vindt in principe geen omvattende beoordeling van de beslissing van de rechtbank plaats. Aldus ontstaat de trechter waarnaar het model is genoemd: in latere fases van de bestuursrechtelijke procedure kunnen, behoudens uitzonderingen, geen nieuwe gronden of argumenten worden aangevoerd; wel kan het geschil gaandeweg beperkt worden doordat in de procedure steeds minder aspecten van het bestreden besluit aangevochten worden.² Zoals we zullen zien, vindt deze regel geen toepassing met betrekking tot bepalingen van openbare orde; die moet de rechter toepassen, ongeacht of er een beroep op is gedaan.³ Overigens gebruik ik het begrip trechtermodel ook om de verhouding tus-

1 Zie o.m. Stroink/Widdershoven 2001; Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000.

2 Zie over het trechtermodel en de Vreemdelingenwet 2000 reeds Baudoin e.a. 2001, p. 326-332.

3 Zie nader Stroink/Widdershoven 2001; Schreuder-Vlasblom, p. 122-132; Ten Berge/Widdershoven, p. 129-134.

sen oorspronkelijke en herhaalde aanvraag te karakteriseren, hetgeen niet de gebruikelijke manier is om de term te hanteren.

3.1.2 *De bestuurlijke fase van het besluitvormingsproces (art. 3:2 en 4:2 Awb; art. 31 lid 1 Vw 2000)*

Artikel 3:2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart; het bestuur heeft met andere woorden een onderzoeksplicht. Maar specifiek met betrekking tot een besluit op aanvraag (en daarover gaat het in het migratierecht meestal) bepaalt artikel 4:2 lid 2 Awb dat de aanvrager de gegevens en bescheiden verschaft die voor de beslissing op aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijze de beschikking kan krijgen. De vraag is hoe deze onderzoeksplicht van het bestuur en de informatieplicht van de aanvrager zich tot elkaar verhouden. De Afdeling houdt zich vrij strikt aan de door Daalder en Schreuder-Vlasblom beschreven lijn, die inhoudt dat zowel het bestuur als de aanvrager een eigen “bewijsdomein” hebben. Het bestuur dient de aanvrager genoegzaam en tijdig te informeren over de verplichting om de relevante gegevens te verschaffen, dient hem voldoende kans te geven aan zijn informatieplicht te voldoen, en dient hem de mogelijkheid tot herstel van verzuimen te bieden. Als de burger desondanks tijdens de bestuurlijke fase van de besluitvorming (aanvraagfase, en indien daarvan sprake is de bezwaar- of administratief beroepsfase) niet (volledig) aan zijn informatieplicht heeft voldaan, dan kan in de fase van het beroep op de rechtbank of het hoger beroep niet alsnog nadere informatie worden verstrekt. De hoofdregel is dus dat de aanvrager in de bestuurlijke fase van de besluitvorming alle gegevens verstrekt die binnen zijn bewijsdomein liggen; gebeurt dat niet, dan kunnen later geen nieuwe gegevens worden ingebracht, tenzij (a) het bestuur de aanvrager niet of onvoldoende op de informatieplicht heeft gewezen, (b) de burger niet eerder kon beschikken over de later ingebrachte informatie, of (c) het voorzienbaar was dat relevante gegevens beschikbaar zouden komen en het bestuur daarop had moeten wachten alvorens de besluitvorming af te ronden.⁴

Deze algemene lijn is in de jurisprudentie ook in vreemdelingenzaken in volle omvang toegepast. Ik noem twee voorbeelden die betrekking hebben op tweede asielaanvragen, maar dat het om een tweede aanvraag gaat is in deze context niet relevant. Het scherpste voorbeeld betreft een asielzoeker die aankondigde een (tweede) asielaan-

⁴ Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000, p. 217-218.

vraag in te willen dienen, en daarbij kennelijk meldde dat hij over niet eerder overgelegde, originele documenten beschikte. De staatssecretaris liet weten op welke datum de (herhaalde) aanvraag kon worden ingediend, en zegde hem aan daarbij de originele documenten over te leggen. De asielzoeker volstond met overlegging van kopieën, en verzond de dag na indiening van de aanvraag de originelen per post. Deze werden drie dagen later bezorgd, op de dag dat de afwijzende beschikking werd bekendgemaakt. De staatssecretaris hoefde deze originelen niet te betrekken bij de besluitvorming, terwijl de rechtbank daartoe evenmin gehouden was omdat de originelen niet een na het besluit opgekomen feit of omstandigheid waren.⁵ Vergelijkbaar is de beslissing in een zaak waarin een asielzoeker een (tweede) asielaanvraag indiende op basis van gestelde nieuwe feiten en omstandigheden die verband hielden met zijn medische toestand. Hij had echter niet meteen bij de (tweede) aanvraag een medische verklaring terzake overgelegd. De Afdeling besliste dat deze medische verklaring niet in een latere fase van de procedure (in casu: tijdens het beroep bij de rechtbank) kon worden ingebracht; hij had de aanvraag vergezeld moeten doen gaan van de medische verklaring ter toelichting van de gestelde nieuwe feiten en omstandigheden.⁶

De Afdeling wijdt soms expliciet overwegingen aan het feit dat de aanvrager er door de staatssecretaris op gewezen was dat bepaalde informatie moest worden overgelegd, of in algemene zin in staat was geweest informatie in te brengen. In die zin bijvoorbeeld de hierboven genoemde zaak waarin de asielzoeker was aangezegd originele documenten over te leggen,⁷ maar ook de uitspraak in de Srilankaanse litteken-zaak waar ik later op terug kom,⁸ en de Kazachstaanse seksueel geweld-zaak die later aan de orde komt.⁹

In een aantal beslissingen overweegt de Afdeling ook, dat uit artikel 31 lid 1 Vw 2000 volgt dat de relevante feiten in de aanvraagfase moeten worden ingebracht; in asielzaken bestaat de bestuurlijke besluitvormingsfase uitsluitend uit de aanvraagfase, omdat tegen beschikkingen geen bezwaar kan worden gemaakt doch rechtsreeks beroep op de rechtbank moet worden ingesteld (artikel 80 Vw 2000). Zo overwoog de Afdeling:

5 ABRvS 16 juli 2001, JV 2001/S249.

6 ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258 en NAV 2001/319.

7 ABRvS 16 juli 2001, JV 2001/S249. Vgl. ABRvS 2 mei 2002, JV 2002/207.

8 ABRvS 5 september 2001, JV 2001/285, NAV 2001/315, AB 2001, 382, RV 2001, 61.

9 ABRvS 8 oktober 2001, JV 2002/168, RV 2001, 6.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Ingevolge artikel 31, eerste lid, van de Vw 2000 wordt een aanvraag om een vergunning, als bedoeld in artikel 28 van die wet, afgewezen, indien de vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn aanvraag is gegrond op omstandigheden die een rechtsgrond voor verlening vormen. Het is derhalve aan de asielzoeker om de aan zijn aanvraag ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden aannemelijk te maken, bijvoorbeeld door het overleggen van ter zake dienende documenten.¹⁰

Mijns inziens gaat het hier om een argument ten overvloede, omdat de eis dat de relevante feiten en omstandigheden reeds in eerste instantie tijdens de bestuurlijke fase van het besluitvormingsproces worden ingebracht door de Afdeling ook al wordt gebaseerd op artikel 4:2 lid 2 Awb, mede in verband met artikel 4:6 Awb.

3.1.3 *De beroepsfase (art. 83 Vw 2000)*

Artikel 8:69 Awb bepaalt dat de rechtbank uitspraak doet op grond van het beroepschrift. Hieruit wordt afgeleid dat geen sprake kan zijn van een omvattende rechtmatigheidstoets door de rechter, maar slechts van een beoordeling van de tegen een besluit aangevoerde gronden.¹¹

De Afdeling stelt zich op het standpunt dat de aanvrager in de fase van het beroep op de rechtbank geen relevante gegevens die binnen zijn bewijsdomein vallen kan inbrengen die niet reeds in de bestuurlijke fase van het besluitvormingsproces zijn ingebracht. Dit volgt ook logisch uit haar jurisprudentie over de informatieplicht van de aanvrager tijdens die bestuurlijke fase. Het beroep op de rechtbank biedt de aanvrager dus – voor zover het gaat om feiten die in zijn bewijsdomein liggen – geen herkansing, maar biedt slechts de mogelijkheid om de besluitvorming van het bestuur te toetsen op regelmatigheid. Zaken waarvan het bestuur niet op de hoogte kon zijn omdat de aanvrager ze niet aan de orde heeft gesteld kunnen daarom in beroep niet alsnog aan de orde komen.¹²

10 ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258; vgl. ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/6; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/124, ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169; ABRvS 11 juni 2002, JV 2002/243

11 Zie nader Stroink/Widdershoven 2001; Schreuder-Vlasblom p. 122-132; Ten Berge/Widdershoven p. 129-134. Dit blijkt expliciet uit de bewoordingen van ABRvS 31 mei 2002, JV 2002/266, r.o. 2.3.1.

12 Stroink/Widdershoven 2001.

Deze lijn wordt doorgezet in vreemdelingenzaken. Zo overwoog de Afdeling in de eerder besproken zaak waarin niet meteen de originele documenten waren overgelegd dat de staatssecretaris het voor het risico van de asielzoeker mocht laten dat de originelen niet betrokken waren bij de beoordeling van de aanvraag.¹³ In de eveneens eerder genoemde zaak waarin pas in beroep medische problemen werden gesteld die in de visie van de asielzoeker tot verlening van een verblijfsvergunning asiel zouden moeten leiden, overwoog de Afdeling dat de staatssecretaris daarmee in het bestreden besluit geen rekening had kunnen houden, en dat de kwestie daarom in beroep buiten beschouwing moest blijven.¹⁴ Omgekeerd kan de motivering van een beschikking in beroep niet substantieel worden aangevuld.¹⁵

In het algemeen voert de rechtbank een *ex tunc*-toetsing uit; de rechter toetst het besluit op basis van de feiten en het recht ten tijde van het nemen van het besluit.¹⁶ Artikel 83 lid 1 Vw 2000 bepaalt echter voor asielzaken dat de rechtbank rekening houdt met feiten en omstandigheden die na het nemen van het bestreden besluit zijn opgekomen, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor onevenredig wordt vertraagd.¹⁷ Ten Berge en Widdershoven beschouwen artikel 83 als een eerste stap naar een meer *ex nunc* georiënteerde toetsing door de bestuursrechter.¹⁸

De Afdeling heeft, onder verwijzing naar de bedoeling van de wetgever,¹⁹ uitgemaakt dat de bedoeling van deze bepaling is herhaalde aanvragen te voorkomen in geval van *nova* tussen de bestreden beschikking en de uitspraak. Dit brengt volgens de Afdeling met zich dat de vraag of sprake is van feiten en omstandigheden als bedoeld in artikel 83 Vw 2000 dient te worden beantwoord aan de hand van dezelfde criteria als die welke gelden bij de toepassing artikel 4:6 Awb.²⁰ Daarom is een nadere onderbouwing in rechte van de ten tijde van de bestuurlijke besluitvorming reeds voorgevallen en ook gestelde feiten en omstandigheden niet mogelijk.²¹ Ik zal de jurisprudentie terzake daarom uitgebreider behandelen tezamen met die over artikel 4:6 Awb.

13 ABRvS 16 juli 2001, JV 2001/S249.

14 ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/255, NAV 2001/263, AB 2001, 299; vgl. ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258, NAV 2001/319.

15 ABRvS 1 mei 2002, JV 2002/205.

16 Schreuder-Vlasblom p. 123; Ten Berge/Widdershoven p. 138-140.

17 Zie hierover uitgebreid Baudoin e.a. p. 293-299.

18 Ten Berge/Widdershoven p. 139-140.

19 Verwezen wordt naar TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 78-80.

20 ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258, NAV 2001/319.

21 ABRvS 6 juli 2001, JV 2001/S250.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Wel specifiek voor artikel 83 Vw 2000 is de overweging van de Afdeling dat deze bepaling

niet meebrengt dat de rechtbank gehouden is niet nader toegelichte vermoedens van de vreemdeling omtrent de al dan niet duurzame gevolgen van recente ontwikkelingen in de algemene situatie in een land van herkomst in de beoordeling te betrekken.²²

In deze zaak had een Srilankaanse asielzoeker de rechtbank gewezen op het feit dat de LTTE kort voor de uitspraak een opzienbarende aanslag op het vliegveld van Colombo had uitgevoerd, en de rechtbank verzocht deze omstandigheid bij de beoordeling te betrekken.

Ook specifiek voor artikel 83 Vw 2000 is dat partijen een beroep moeten doen op deze bepaling, ook als het gaat om feiten die als feiten van algemene bekendheid beschouwd kunnen worden. Een Afghaanse asielzoeker voerde in hoger beroep als grief aan dat de rechtbank geen rekening had gehouden met een – zeker in vakkringen geruchtmakende – brief van de Pakistaanse ambassade aan Vluchtelingenwerk van 28 november 2001, waaruit volgde dat betrokkene – anders dan de rechtbank had aangenomen – niet kon terugkeren naar Pakistan. De brief dateerde van negen dagen na de zitting, en van 2¹/₂ maand vóór de uitspraak. De Afdeling overwoog:

Toepassing van voormelde bepalingen is, mede gelet op het in het derde lid bepaalde, slechts aan de orde, indien sprake is van feiten en omstandigheden die na het nemen van het bestreden besluit zijn opgekomen en waarmee de rechtbank bij de beoordeling van het beroep rekening kon houden, doordat zij tijdig tegenover haar zijn ingeroepen. Appellant heeft de rechtbank niet om heropening van het ter zitting op 19 november 2001 gesloten onderzoek verzocht met verwijzing naar de brief van 28 november 2001. Reeds daarom is van een feit of omstandigheid, als bedoeld in voormeld artikel 83, eerste lid, van de Vw 2000 geen sprake. Voor het ambtshalve toepassen van de procedure van het derde lid was geen plaats.²³

22 ABRvS 12 oktober 2001, JV 2001/325, NAV 2002/2, AB 2001, 359.

23 ABRvS 31 mei 2002, JV 2002/267. Zie over de brief NAV 2002, p. 20.

3.1.4 De hoger beroepsfase

Ingevolge artikel 39 van de Wet op de Raad van State is artikel 8:69 Awb ook van toepassing op het hoger beroep. Ook hier doet de rechter uitspraak op de grondslag van het beroepschrift. De Afdeling heeft er uitdrukkelijk voor gekozen de bestreden uitspraak van de rechtbank als uitgangspunt van de beoordeling te kiezen. Hierdoor is het in principe niet mogelijk om in appèl terug te komen op in de eerdere fasen van de procedure ingenomen stellingen, hetgeen een sterk trechter-effect heeft.²⁴ Overigens is niet helemaal duidelijk hoe dit zich verhoudt tot de zgn. devolutieve werking van het appèl, d.w.z. het feit dat in appèl het geschil in volle omvang voorligt.²⁵

Ook in hoger beroep is sprake van een sterke binding aan de aangevoerde grieven. Hoe formeel de Afdeling hiermee omgaat blijkt uit een casus waarin de rechtbank de gestelde vrees voor gedwongen besnijdenis ongeloofwaardig achtte, maar ook overwoog dat dit, als er van werd uitgegaan dat de feiten wel aannemelijk waren, niet tot asiolverlening hoefde te leiden omdat de vrouw zich aan het risico van besnijdenis kan onttrekken door zich elders in Kameroen te vestigen. In hoger beroep werd een grief aangevoerd tegen het laatste punt, maar de conclusie van de rechtbank dat het vluchtrelaas ongeloofwaardig was werd in hoger beroep niet bestreden. De Afdeling oordeelde dat de juistheid van die conclusie daarom in rechte vaststond, en dat de grief inzake de mogelijkheid om zich elders in Kameroen te vestigen reeds daarom niet kon slagen.²⁶

Het hoger beroep kan drie functies vervullen. De eerste is herkansing voor partijen, die met name de mogelijkheid betreft om eigen misslagen te herstellen en feiten en argumenten beter te onderbouwen. De tweede functie is die van controle op de rechter in eerste aanleg, de mogelijkheid dus om misslagen van de rechter te herstellen. De derde functie van appèl is het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. De appèlrechter kan de lagere rechters dwingen om op bepaalde punten één lijn te trekken, en kan de uiteindelijke beslissing nemen met betrekking tot nieuw opgekomen kwesties.²⁷ De Afdeling kiest in haar jurisprudentie in het

24 Schreuder-Vlasblom p. 253-260; Ten Berge/Widdershoven p. 244-246.

25 Bijv. Schreuder-Vlasblom p. 275-277.

26 ABRvS 17 april 2002, JV 2002/198.

27 Zie nader Stroink/Widdershoven 2001; Schreuder-Vlasblom p. 234-235.

algemeen voor de functie van rechtseenheid en rechtsontwikkeling, ten koste van de herkansingsfunctie.²⁸

De Afdeling stelt zich op het standpunt dat in hoger beroep niet de rechtmatigheid van het oorspronkelijke besluit ter toetsing voorligt, maar de uitspraak van de rechtbank.²⁹ In principe kunnen daarom in appèl geen nieuwe gronden en wezenlijk nieuwe argumenten worden ingebracht, omdat de rechtbank deze niet kon kennen.³⁰ Het appèl biedt dus niet een volledige herkansing aan partijen, maar biedt slechts de mogelijkheid om de juistheid van het oordeel van de rechtbank te toetsen; het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten past daar niet bij.³¹ De Afdeling lijkt een uitzondering op deze regel te maken en toch nieuwe gronden of argumenten toe te laten als de appellant in eerste aanleg onvoldoende gelegenheid heeft gehad om deze naar voren te brengen, of als het gaat om bewijsstukken die pas na de uitspraak in eerste aanleg beschikbaar zijn gekomen.³²

Schreuder-Vlasblom stelt zich op het standpunt dat bij het hoger beroep in vreemdelingenzaken het accent ligt op het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. De waarborgen voor individuele rechtsbescherming moeten haars inziens overwegend worden geboden door de rechtbanken.³³

3.1.5 De herhaalde aanvraag (art. 4:6 Awb)

Artikel 4:6 Awb bepaalt dat, indien na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag wordt gedaan, de aanvrager gehouden is nieuwe feiten of veranderde omstandigheden te vermelden. Het tweede lid bepaalt dat, als dat niet is gebeurd, het bestuursorgaan de aanvraag kan afwijzen onder verwijzing naar de eerdere afwijzende beschikking, zonder dat het bestuursorgaan de aanvrager in de gelegenheid hoeft te stellen de aanvraag aan te vullen. Het tweede lid geeft het bestuur een discretionaire bevoegdheid: de herhaalde aanvraag kan vereenvoudigd worden

28 Stroink/Widdershoven 2001; Schreuder-Vlasblom p. 239.

29 Doch zie paragraaf 2.1.6.

30 Bijvoorbeeld ABRvS 7 juni 2002, JV 2002/271. Dit impliceert een strikte ex-tunc-toetsing. Een feit dat pas na de uitspraak van de rechtbank is gebleken kan zij niet bij haar beoordeling betrekken, en kan dus in hoger beroep geen rol spelen, ABRvS 23 mei 2002, JV 2002/241.

31 Zo moet de staatssecretaris al bij de rechtbank verzoeken om toepassing van artikel 8:72 lid 3 Awb, ABRvS 1 mei 2002, JV 2002/204.

32 Stroink/Widdershoven 2001.

33 Schreuder-Vlasblom p. 242-243.

afgedaan; noodzakelijk is dat niet.³⁴ Aan deze bepaling ligt het *ne bis in idem* principe ten grondslag. Als het bestuur bij elke herhaalde aanvraag opnieuw tot een integrale heroverweging van een eerdere beschikking verplicht zou zijn, dan zou dat nadelig zijn voor de rechtszekerheid van zowel het bestuursorgaan als van mogelijke derde-belanghebbenden; bovendien zou het een verzwaring van de werklast van het bestuur betekenen. Een beschikking waartegen geen rechtsmiddel is ingesteld, wordt onherroepelijk (krijgt formele rechtskracht).³⁵ Het zou, aldus de Memorie van Toelichting bij de Awb, niet in overeenstemming met het bestuurlijk stelsel van rechtsbescherming zijn, wanneer men een onherroepelijke beschikking weer langs een omweg zou kunnen aantasten door het bestuur te vragen terug te komen van die beschikking door het indienen van een nieuwe (ongewijzigde) aanvraag.³⁶

De Afdeling heeft over deze bepaling een jurisprudentie lijn ontwikkeld, die enigszins lijkt af te wijken van de wettelijke bepaling zelf. Hoewel het gaat om een discretionaire bevoegdheid (het bestuursorgaan *kan* vereenvoudigd afwijzen), toetst de Afdeling niet of het bestuursorgaan deze bevoegdheid in redelijkheid kon gebruiken. Het enige criterium dat de Afdeling hanteert, is of er nieuwe feiten of omstandigheden zijn. De Centrale Raad van Beroep legt daarnaast nog een ander criterium aan, namelijk of aan het eerdere besluit dusdanige gebreken kleven dan wel zich dusdanige omstandigheden hebben voorgedaan, dat het bestuursorgaan niet had mogen weigeren het eerdere besluit ongedaan te maken. De Afdeling verwerpt dit standpunt.³⁷ Schreuder-Vlasblom verklaart dit verschil in benadering tussen de Centrale Raad en de Afdeling door de mate waarin bij de voorliggende geschillen derde-belanghebbenden betrokken zijn; de Afdeling is meer dan de Centrale Raad bevoegd inzake gedingen waar derde-belanghebbenden betrokken zijn, zodat hun rechtszekerheid veel vaker in het geding is. Dit kleurt volgens Schreuder-Vlasblom de toetsing over de hele linie; ook in 'twee-partijen-gedingen' corrigeert de Afdeling de rechtbank als die de formule van de Centrale Raad bezigt.³⁸

In vreemdelingenzaken past de Afdeling de algemene lijn inzake artikel 4:6 Awb in volle omvang toe. Zo hanteerde zij de volgende standaardoverwegingen:

34 Ten Berge/Michiels p. 283.

35 De Haan/Drupsteen/Fernhout deel 2, p.14-15.

36 PG Awb I, Memorie van Toelichting, p. 245.

37 Zie voor verwijzingen de noot van Vermeulen in AB 2001, 382, waarop ik in deze passages zwaar leun.

38 Schreuder-Vlasblom p. 101.

Indien een bestuursorgaan na indiening van een verzoek om terug te komen van een in rechte onaantastbaar geworden besluit tot het oordeel komt dat daartoe geen termen zijn, kan niet door het instellen van beroep tegen dat besluit worden bereikt dat de rechter de zaak beoordeelt, als ware het gericht tegen het eerdere besluit. Het door appellant ingestelde beroep kon dan ook slechts leiden tot de beoordeling of zich na het eerdere in rechte onaantastbare besluit, waarbij appellant toelating is geweigerd, feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die de staatssecretaris noopten tot heroverweging. Anders dan (...) is overwogen in de aangevallen uitspraak, gaat het derhalve niet om de vraag of nieuwe feiten of veranderde omstandigheden zijn gesteld, waarmee de evidente onjuistheid van het eerdere besluit wordt aangetoond.³⁹

Op basis van deze lijn heeft de Afdeling geoordeeld dat de staatssecretaris toepassing kan geven aan artikel 4:6 lid 2 Awb indien de herhaalde aanvraag is gebaseerd op documenten waarmee wordt beoogd de aan de oorspronkelijke aanvraag ten grondslag gelegde stellingen alsnog aannemelijk te maken en die documenten bij de oorspronkelijke aanvraag hadden kunnen, en ingevolge artikel 31 lid 1 Vw 2000 hadden behoren te worden overgelegd.⁴⁰ Ook op een nadere onderbouwing in rechte van ten tijde van de besluitvorming reeds voorgevallen en ook gestelde feiten en omstandigheden wordt geen acht geslagen.⁴¹ Als bij een tweede aanvraag onvertaalde documenten worden overgelegd, kan niet eerst in beroep worden aangevoerd dat geen officiële tolk/vertaler (in casu voor het Vighan) beschikbaar is.⁴² Het zelfde geldt als een asielzoeker pas tijdens een tweede asielprocedure relevante feiten meldt die ook tijdens de eerste procedure gemeld hadden kunnen worden. De Afdeling heeft dit eveneens overwogen in zaken waarin in tweede instantie melding werd gemaakt van zaken als het bestaan van littekens;⁴³ van ontvoering, verkrachting

39 ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/255, NAV 2001/263, AB 2001, 299; vgl. ABRvS 5 september 2001, JV 2001/285, NAV 2001/315, AB 2001, 382, RV 2001, 61; ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/6; ABRvS 11 januari 2002, JV 2002/128; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/124; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169.

40 ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258, NAV 2001/319; vgl. ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/124.

41 ABRvS 6 juli 2001, JV 2001/S250; ABRvS 22 mei 2002, JV 2002/227; ABRvS 17 mei 2002, JV 2002/S284; ABRvS 27 mei 2002, JV 2002/S285. Het is niet duidelijk hoe deze vaste jurisprudentielijn zich verhoudt tot ABRvS 16 mei 2002, JV 2002/222. De Afdeling overweegt daarin dat medische rapporten over trauma's "geen nieuw bewijs (behelzen) voor in de eerste procedure gestelde feiten, maar feiten waarnaar in de eerste procedure niet is, maar wel had behoren te worden verwezen." Deze formulering suggereert dat nader bewijs van tijdig ingenomen stellingen wel mogelijk is.

42 ABRvS 30 augustus 2002, JV 2002/357.

43 ABRvS 5 september 2001, JV 2001/285, NAV 2001/315, AB 2001, 382, RV 2001, 61.

en mishandeling;⁴⁴ een risico van besnijdenis;⁴⁵ en medische omstandigheden die beweerdelijk moeten leiden tot verlening van een verblijfsvergunning.⁴⁶

De Afdeling eist dat de aanvrager aannemelijk maakt dat het gaat om nieuwe feiten of omstandigheden. Niet gedateerde documenten zijn daarom geen nieuwe feiten of omstandigheden, omdat niet kan worden vastgesteld of ze bij de oorspronkelijke aanvraag hadden kunnen en derhalve hadden behoren te worden overgelegd.⁴⁷ Deze eis wordt bijzonder strikt toegepast. In een zaak waarin een asielzoeker tijdens de zitting in beroep faxafschriften had getoond, die summier door een tolk waren vertaald, en die dateerden van omstreeks het moment van de asielaanvraag overwoog de Afdeling:

Over de concrete inhoud van de faxberichten en de precieze datering ervan is niet door middel van een schriftelijke vertaling van een beëdigd vertaler duidelijkheid verkregen. Derhalve is evenmin duidelijk geworden of de vreemdeling (...) van het bestaan van de stukken ten tijde van haar vertrek uit Iran op 23 oktober 2001 op de hoogte had moeten zijn. De president heeft derhalve onvoldoende zorgvuldig onderzocht of sprake is van feiten en omstandigheden als bedoeld in artikel 83, eerste lid, van de Vw 2000 en heeft reeds hierom de niet overgelegde stukken ten onrechte bij de beoordeling van de beroepen betrokken.⁴⁸

Ook eist de Afdeling dat de aanvrager in de tweede procedure aannemelijk maakt dat de gestelde nieuwe feiten of omstandigheden een rechtsgrond vormen om terug te komen op de eerdere beschikking. De Afdeling overwoog met betrekking tot twee ongedateerde handgeschreven brieven van beweerdelijk de vader resp. de broer van een asielzoeker dat deze niet tot vernietiging van de afwijzing van de aanvraag konden leiden, reeds omdat de vader en de broer niet als objectieve bron van informatie kunnen worden beschouwd.⁴⁹ Zeer inhoudelijk was de overweging van de Afdeling

44 ABRvS 8 oktober 2001, RV 2001, 6, JV 2002/168.

45 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002,169.

46 ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/255, NAV 2001/263, AB 2001, 299; deze uitspraak betrof artikel 83 Vw 2000; vgl. ABRvS 16 mei 2002, JV 2002/223.

47 ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/6; ABRvS 13 december 2001, JV 2002/S63.

48 ABRvS 18 januari 2002, JV 2002/120, NAV 2002/131, AB 2002,152.

49 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/124; vgl. ABRvS 13 mei 2002, JV 2002/263.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

dat de stelling dat het tegengeworpen binnenlands verblijfalternatief niet bereikbaar was geen nieuw feit was in de zin van artikel 4:6 Awb.⁵⁰

De Afdeling houdt rekening met de mogelijkheid dat feiten en omstandigheden die al wel bestonden ten tijde van de eerste aanvraag toch kunnen worden ingebracht in de tweede procedure, zij het dat de Afdeling de terzake geldende criteria nog nooit van toepassing heeft geacht. Hierbij acht de Afdeling het allereerst van belang dat de asielzoeker door het bestuursorgaan is gewezen op het belang van het inbrengen van de betreffende gegevens. In één zaak was de asielzoeker aangezegd de originele documenten waarover hij beschikte over te leggen, maar had hij dat niet gedaan.⁵¹ In andere zaken verwees de Afdeling in dit verband in het algemeen naar de mogelijkheid om in de eerste procedure de betreffende feiten en omstandigheden in te brengen. Zo overwoog zij onder meer:

Dat de vreemdeling, naar hij stelt, wegens vertaalproblemen die littekens niet eerder heeft gemeld, maakt niet dat niettemin sprake is van feiten of omstandigheden in de zin van voormeld artikel 4:6, eerste lid, van de Awb. Overigens is hij tijdens het gehoor in verband met de eerste aanvraag in de gelegenheid gesteld de aanwezigheid van littekens kenbaar te maken.⁵²

In een zaak waarin een Kazachstaanse vrouw in de tweede asielprocedure melding maakte van ontvoering, verkrachting en mishandeling overwoog de Afdeling:

Dat appellante, naar zij stelt, onder druk van haar man bij haar eerdere aanvraag niet heeft gesproken over de gebeurtenissen die zij thans heeft aangevoerd, maakt niet dat sprake is van zodanige (nl. nieuwe; TS) feiten of omstandigheden. De Afdeling wijst er in dit verband overigens op dat uit het verslag van het kader van de eerdere aanvraag afgenomen nader gehoor, blijkt dat de rapporteur voor dat gehoor aan appellante heeft meegedeeld dat zij in vrijheid kan spreken, dat al het besprokene vertrouwelijk zal worden behandeld en dat het belangrijk is dat zij geen gegevens betreffende haar asielaanvraag achterhoudt.⁵³

50 ABRvS 23 augustus 2002, JV 2002/350. Hiermee maakte de Afdeling uit dat (on)bereikbaarheid van het verblijfsalternatief niet relevant is voor het toelatingsbeleid, en slechts een praktische uitzettingskwestie is.

51 ABRvS 16 juli 2001, JV 2001/S249.

52 ABRvS 5 september 2001, JV 2001/285 NAV 2001/315, AB 2001, 382, RV 2001, 61.

53 ABRvS 8 oktober 2001, JV 2002/168, RV 2001, 6.

In een andere zaak was de aanvraag in de Aanmeldcentrum-procedure (dus binnen 48 proces-uren, zie nader par. 4.4.1.4) afgewezen. De vrouw had herhaaldelijk verklaard dat zij, hoewel daarmee wel werd bedreigd, niet was verkracht. Zeven dagen na uitreiking van de beschikking verklaarde zij schriftelijk dat zij wel degelijk was verkracht. Zij onderbouwde deze verklaring met een onderzoeksrapport. De vraag was of deze nieuw gemelde feiten een rol konden spelen in het beroep bij de rechtbank, zulks op grond van artikel 83 Vw 2000. De Afdeling overwoog dat de vrouw blijkens het verslag van nader gehoor voldoende gelegenheid had gehad haar verhaal te vertellen, dat zij geen gebruik had gemaakt van de gelegenheid correcties en aanvullingen daarop in te dienen, en dat zij in haar zienswijze evenmin van de verkrachtingen melding had gemaakt. De Afdeling overweegt:

Het schrijven van 19 april 2002 (waarin de verkrachtingen alsnog worden gemeld, TS) ziet op gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór het vertrek van appellanten uit het land van herkomst. Deze gebeurtenissen hadden eerder in de procedure naar voren gebracht kunnen en derhalve behoren te worden en zijn mitsdien geen nieuw gebleken of veranderde omstandigheden waarmee de rechtbank ingevolge artikel 83, eerste lid van de Vw 2000 bij de beoordeling van het beroep rekening dient te houden. Dat appellante sub 1 vanwege schaamte jegens haar echtgenoot (de verkrachtingen zouden hebben plaatsgevonden terwijl de vrouw werd onderzocht om inlichtingen over haar man te verkrijgen; TS) en psychische problemen niet eerder in staat zou zijn geweest om over deze gebeurtenissen te spreken, leidt niet tot een ander oordeel. Het lag op de weg van appellante sub 1 om in het kader van de besluitvorming – hoe summier ook – melding te doen van de eerst voor de rechtbank aangevoerde gebeurtenissen. De Afdeling wijst er in dit verband op dat de vrouwelijke rapporteur voorafgaand aan dit gehoor aan appellante sub 1 heeft meegedeeld dat zij in vrijheid kan spreken, dat al het besprokene vertrouwelijk zal worden behandeld en dat het belangrijk is dat zij geen gegevens betreffende haar asielaanvraag achterhoudt.⁵⁴

54 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/294. Sterk vergelijkbaar is de eveneens in de Aanmeldcentrum-procedure afgehandelde zaak waarin een vrouw pas bij de rechtbank aanvoerde dat zij het slachtoffer was geweest van vrouwenbesnijdenis; haar man had haar daartoe gedwongen. Zij had in de asielprocedure steeds met mannen te maken gehad, en had er daarom niet eerder over verteld. ABRvS 16 juli 2002, JV 2002/304.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Het verdient opmerking dat de Afdeling niet overweegt dat onvoldoende aannemelijk is dat de vrouw door schaamte en psychische problemen niet in staat was eerder over de verkrachtingen te spreken, maar dat dit niet tot een ander oordeel leidt. De stellingen terzake worden door de Afdeling niet in twijfel getrokken.

In een zaak waarin een Irakese asielzoeker pas tijdens de tweede asielpcedure een arrestatiebevel inbracht, naast twee ongedateerde brieven van beweerdelijk zijn vader resp. zijn broer, overwoog de Afdeling:

Door appellant zijn geen concrete omstandigheden aangevoerd, op grond waarvan de staatssecretaris had moeten aannemen dat hij niet van de afgifte van dit document op de hoogte kon zijn. De stelling dat hij niet eerder bij zijn familieleden in Irak heeft geïnformeerd of zij in het bezit waren van documenten ter onderbouwing van zijn asielrelaas, omdat hij bang was hen problemen te bezorgen, is niet nader toegelicht en vindt in elk geval geen bevestiging in de voormelde door hem overgelegde brieven.⁵⁵

Het lijkt er dus op dat de Afdeling weinig wil weten van geldige redenen om tijdens de eerste procedure geen melding te maken van bepaalde feiten of bewijsmiddelen. Als geldige redenen zijn niet aangemerkt gestelde vertaalproblemen, huiver van een vrouw om melding te maken van seksueel geweld en het risico dat familieleden zouden kunnen lopen als een asielzoeker contact met hen opneemt.

De meest principiële overwegingen gaf de Afdeling in een zaak die draaide om een pas tijdens de tweede procedure aangevoerd risico van besnijdenis van een dochter van de asielzoekers. Appellanten hadden aangevoerd dat een strikte toepassing van artikel 4:6 Awb tot gevolg kan hebben dat de beoordeling van een herhaalde aanvraag in strijd komt met het verbod van artikel 3 EVRM. De Afdeling overwoog:

Zelfs indien sprake is van gedwongen terugkeer naar een land waar, naar gesteld, een risico bestaat op een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling of bestrafing, moet in de regel worden voldaan aan de in het nationale recht neergelegde procedure-regels, welke er toe strekken de nationale autoriteiten in staat te stellen aanvragen om een verblijfsvergunning op een ordelijke wijze af te doen. Slechts onder bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden kan noodzaak bestaan om

55 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/124.

deze regels niet tegen te werpen (uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 19 februari 1998, in de zaak Bahaddar tegen Nederland, gepubliceerd in JV 1998/45). Artikel 4:6 van de Awb is een regel in voorbedoelde zin. De bepaling legt op de vreemdeling de verantwoordelijkheid om direct bij zijn aanvraag al datgene aan te voeren, wat hem bekend is of redelijkerwijs bekend kon zijn en tot inwilliging van de aanvraag zou kunnen leiden. Aldus wordt voorkomen dat het bestuur zonder noodzaak wordt belast met de behandeling van herhaalde aanvragen en wordt een ordelijke besluitvorming binnen redelijke termijn gediend. Aangezien naar zeggen van appellanten meisjes in hun land van herkomst besneden worden vanaf hun zevende jaar en overigens de dochter van appellanten deze leeftijd reeds voor de indiening van de eerste aanvraag had bereikt, heeft de rechtbank het standpunt van de staatssecretaris dat de mogelijke besnijdenis van de dochter van appellanten niet als een nieuw feit in de zin van artikel 4:6 van de Awb kan worden beschouwd, nu dit in de eerste procedure had kunnen worden ingebracht, terecht als niet rechtens onjuist aangemerkt. Niet gebleken is van bijzondere omstandigheden, in verband waarmee zou kunnen worden geoordeeld dat artikel 4:6 van de Awb niet aan appellanten mag worden tegengeworpen.⁵⁶

De Afdeling geeft in deze beslissing aan dat in haar visie van geldige redenen om in een eerste procedure feiten of omstandigheden niet te vermelden slechts sprake kan zijn onder bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden. Wanneer de Afdeling zulke omstandigheden wel aanwezig acht, en wat dit algemene criterium concreet behelst, is nog niet gebleken. Zoals we zagen beschouwt de Afdeling schaamte en psychische problemen niet als zulke omstandigheden.

Opmerkelijk is een uitspraak waarin de geboorte van een dochter die, naar appellanten stellen, bij terugkeer het risico loopt te worden besneden, niet als relevant nieuw feit wordt aangemerkt, hoewel het meisje na de eerste procedure geboren is.⁵⁷

Gesteld noch gebleken is dat in de door appellanten in de eerste procedure aangevoerde ervaringen in het land van herkomst enige grond is gelegen om aan te nemen dat wegens bijzondere individuele omstandigheden bij

56 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169; vgl. ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/293. Kritiek op deze uitspraak is door de Afdeling verworpen met de stelling dat deze niet de bestreden uitspraak van de rechtbank betrof, ABRvS 9 juli 2002, JV 2002/298

57 ABRvS 5 augustus 2002, JV 2002/339.

terugkeer van appellanten naar dat land een reëel risico bestaat dat hun dochter in strijd met hun wensen zal worden besneden. Zodanige omstandigheden, voorgevallen na afloop van de eerste procedure, zijn aan de herhaalde aanvraag evenmin ten grondslag gelegd. Derhalve komt het beroep op de geboorte van hun dochter neer op een verwijzing naar de algehele situatie aangaande besnijdenis in het land van herkomst, hetgeen geen nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid is, als bedoeld in artikel 4:6, eerste lid, van de Awb.

Wel als nieuw feit werd aangemerkt de dood van een zwager van de asielzoeker, die had plaatsgevonden na het nemen van de eerdere beslissing.⁵⁸ Ook oordeelde de Afdeling dat voor de vraag of iets een novum is niet relevant is of de in een tweede asielprocedure overgelegde documenten dienen ter toelichting van in de eerste asielprocedure naar voren gebrachte feiten en omstandigheden. Artikel 4:6 lid 2 Awb kan slechts worden toegepast als de alsnog ingebrachte documenten in de eerdere procedure hadden kunnen en derhalve ingevolge artikel 31 lid 1 Vw 2000 hadden behoren te worden overgelegd.⁵⁹

3.2 De kritiek

Op de toepassing door de Afdeling van het trechtermodel in asielzaken is van verschillende kanten kritiek geuit.⁶⁰ Deze kritiek betreft drie punten. Ten eerste wordt gesteld dat de Afdeling miskent dat artikel 4:6 Awb een discretionaire bevoegdheid geeft, en dat marginaal getoetst kan worden als de bevoegdheid niet is gebruikt. Ten tweede wordt kritiek geuit op het feit dat de Afdeling kennelijk meent dat de rechter artikel 4:6 Awb ambtshalve moet toepassen, dus ook als het bestuursorgaan dat zelf niet heeft gedaan. Ten derde is gesteld dat toepassing van artikel 4:6 Awb strijd kan opleveren met artikel 3 en artikel 13 EVRM.

3.2.1 *Het discretionaire karakter van artikel 4:6 Awb*

Allereerst is betoogd dat de Afdeling miskent dat artikel 4:6 Awb een discretionair karakter heeft. De bepaling biedt het bestuursorgaan de *bevoegdheid* om, als de aan-

58 ABRvS 11 januari 2002, JV 2002/128, NAV 2002/94.

59 ABRvS 11 juni 2002, JV 2002/243.

60 Zie m.n. de noten van Vermeulen bij AB 2001/382 en RV 2001, 6; van Olivier bij RV 2001, 61, en JV 2002/125; van Spijkerboer bij JV 2001/285; van Groenewegen bij NAV 2001/263 en 2002/94; van De Haan en Reneman bij NAV 2002/129.

vragers geen nieuw gebleken feiten of gewijzigde omstandigheden aannemelijk heeft gemaakt, de herhaalde aanvraag vereenvoudigd af te doen. Het bestuursorgaan is daartoe dus niet *verplicht*. Het betreft hier een discretionaire beslissing, die uiteraard in overeenstemming met het geschreven en ongeschreven recht dient te worden genomen.⁶¹ De rechter dient dus desgevraagd een marginale toets uit te voeren, waarin de vraag aan de orde komt of de staatssecretaris in redelijkheid kon besluiten van de bevoegdheid van artikel 4:6 Awb gebruik te maken.⁶² De critici stellen dat de Afdeling dit miskent.

Wat meer is: de staatssecretaris had beleidsregels opgesteld met betrekking tot de vraag wanneer wel, en wanneer geen gebruik wordt gemaakt van deze discretionaire bevoegdheid. In de Nota van Toelichting bij het Vreemdelingenbesluit wordt met betrekking tot artikel 3.99 Vb 2000, dat de behandeling van een aanvraag voor een reguliere (niet asiel) verblijfsvergunning betreft, gesteld dat van de bevoegdheid van artikel 4:6 lid 2 Awb altijd gebruik zal worden gemaakt, tenzij de oorspronkelijke beslissing naar het oordeel van de Minister van Justitie onmiskenbaar onjuist was. Dit volgt, aldus de Nota van Toelichting, uit de Awb en behoeft niet uitdrukkelijk geregeld te worden. In de Vreemdelingen-circulaire werd met betrekking tot asielzaken iets vergelijkbaars bepaald. Ook daar werd vereenvoudigde afdoening van een herhaalde aanvraag waarbij geen nova worden gesteld als regel gegeven. Slechts indien de in rechte onaantastbaar geworden beschikking onmiskenbaar onjuist was kan van die regel worden afgeweken.⁶³ Er zit overigens licht tussen de twee formuleringen; waar de Nota van Toelichting als criterium aanlegt dat de eerste beslissing *naar het oordeel van de minister* onmiskenbaar onjuist was – hetgeen beoordelingsruimte voor het bestuur impliceert –, spreekt de circulaire van een beschikking die onmiskenbaar onjuist is, hetgeen tot een ingrijpender rechterlijke toets kan leiden. Groenewegen stelt dat een bestuursorgaan op grond van artikel 4:81 Awb bevoegd is beleidsregels vast te stellen met betrekking tot een hem toekomende bevoegdheid, zoals die van artikel 4:6 lid 2 Awb, en dat hij vervolgens op grond van artikel 4:84 Awb in principe gehouden is zich overeenkomstig die beleidsregels te gedragen. De kritiek houdt dus in dat de Afdeling voorbij gaat aan door het bestuursorgaan bevoegdelyk opgestelde beleidsregels, en daardoor de binding van het bestuursorgaan aan beleidsregels miskent. Dit is in strijd met artikel 4:84 Awb.

61 Ten Berge/Michiels p. 283.

62 In deze zin recent CRvB 17 januari 2001, JB 2001/75, RSV 2001/81, ABkort 2001/192; CRvB 1 februari 2001, JB 2001/78; CRvB 8 maart 2001, JB 2001/98, USZ 2001/122; CRvB 6 september 2001, JB 2001/281. Zie hierover Bröring en Marseille 2002.

63 Vc 2000, C1/1.3.

Inmiddels is de circulaire aangepast. De tekst komt er nu op neer dat van de discretionaire bevoegdheid van artikel 4:6 Awb alleen gebruik wordt gemaakt indien dat op grond van de Afdelingsjurisprudentie zou moeten.⁶⁴

3.2.2 *De ambtshalve toepassing van artikel 4:6 Awb*

Vermeulen heeft er op gewezen dat de staatssecretaris zich in één zaak eerst voor de Afdeling beriep op artikel 4:6 Awb. Deze bepaling was in de beslissing van de staatssecretaris niet aangevoerd, en ook tijdens het beroep bij de rechtbank had de staatssecretaris zich er niet op beroepen. In het voetspoor van de staatssecretaris had de rechtbank geen overwegingen gewijd aan artikel 4:6. Omdat de Afdeling het in zijn algemeenheid niet aanvaardbaar acht dat partijen in een latere fase van het geding met substantieel nieuwe argumenten komen, en zij bovendien overweegt dat de rechtbank ten onrechte niet (i.c. ambtshalve) aan artikel 4:6 Awb heeft getoetst, moet de conclusie zijn dat de rechter volgens de Afdeling ambtshalve moet toetsen of bij gelegenheid van de nieuwe aanvraag nieuwe feiten of omstandigheden zijn aangevoerd. Als dat niet is gebeurd moet het beroep worden verworpen, ook al heeft het bestuur in de bestreden beschikking artikel 4:6 niet toegepast en is de aanvraag in volle omvang inhoudelijk beoordeeld.

Uiteraard beschouwt men deze ambtshalve toetsing als onjuist indien men van mening is dat de Afdeling het discretionaire karakter van artikel 4:6 Awb miskent. Het is niet aan de rechter om een discretionaire bevoegdheid van het bestuur al dan niet toe te passen. Maar ook als men de Afdeling volgt in haar gedachtengang dat artikel 4:6 in feite als imperatief moet worden beschouwd, kunnen vragen worden gesteld bij ambtshalve toepassing ervan. Ambtshalve toetsing vindt plaats waar het gaat om bepalingen van openbare orde, dat wil zeggen bepalingen waarvan de betekenis voor de rechtsorde zo groot is dat hun gelding moet worden verzekerd ongeacht de wil, de kennis of het belang van partijen. Van openbare orde zijn bepalingen inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid; indien sprake is van onverbindende regelgeving, dan dient deze regelgeving ambtshalve buiten toepassing te worden gelaten; de rechter dient ambtshalve accessoire uitspraakbevoegdheden uit te oefenen (zoals vergoeding van griffierecht); sommige wettelijke bepalingen met betrekking tot de bestuurlijke procedure zijn van openbare orde; en de normen die de behoorlijkheid van de procedure in eerste aanleg garanderen zijn van openbare orde.⁶⁵ In de

64 Zie voor kritiek hierop Winter 2002, en de noot van Olivier in RV 2001, 61.

65 Ten Berge/Widdershoven p. 133-134; vgl. Schreuder-Vlasblom p. 129-132.

Memorie van Toelichting wordt ter toelichting op artikel 91 lid 1 Vw 2000 (de Afdeling kan haar uitspraak beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven) o.m. gesteld:

In het eerste lid is neergelegd dat de Afdeling bestuursrechtspraak zich bij de beoordeling van het hoger beroep kan beperken tot een beoordeling van de aangevoerde grieven. Dit komt een snelle en efficiënte afdoening van het hoger beroep ten goede. Niettemin is deze bevoegdheid bewust als een «kan-bepaling» geformuleerd. De Afdeling kan, binnen de uit het algemeen bestuursprocesrecht voortvloeiende grenzen, dus ook vernietigen op gronden buiten de aangevoerde grieven. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn, indien de uitspraak van de rechtbank op punten waarover niet is geklaagd, niettemin in strijd is met bepalingen die van openbare orde zijn. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het – zeldzame maar niet ondenkbare – geval dat de rechtbank bij de behandeling van de zaak in strijd met de regels van een goede procesorde heeft gehandeld.⁶⁶

De Afdeling heeft zich op het standpunt gesteld dat de termijn van 48 proces-uren in de Aanmeldcentrum-procedure niet van openbare orde is; op termijnoverschrijding moet dus een beroep worden gedaan, en als dat niet is gebeurd kan er niet over geoordeeld worden.⁶⁷ De vraag is of artikel 4:6 Awb een bepaling is waarvan het belang voor de rechtsorde zo groot is, dat haar gelding moet worden verzekerd ongeacht de wil, de kennis of het belang van partijen. Voor het openbare orde-karakter van artikel 4:6 pleit de gedachte dat het voor derde-belanghebbenden relevant is dat niet wordt teruggekomen op een besluit dat voor hen mogelijk van groot belang is – bijvoorbeeld het besluit om geen milieuvergunning te verlenen (of juist wel), om geen vergunning te verlenen voor het uitvoeren van grote infrastructurele projecten (of juist wel). In die gevallen is met handhaving van het beginsel van formele rechtskracht het belang van de rechtszekerheid gediend. Tegen het openbare orde-karakter van artikel 4:6 pleit ten eerste de discretionaire formulering ervan. Als de wetgever het bestuursorgaan de bevoegdheid heeft gegeven de norm niet te handhaven, kan deze niet zijn beschouwd als zijnde van openbare orde. Voorts is het denkbaar de bepaling van openbare orde te achten in zaken waarbij derde-belanghebbenden in het spel zijn (milieu, ruimtelijke ordening), en niet bij zaken waar dat anders is (uitkeringen, migratierecht).⁶⁸

66 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 85.

67 ABRvS 12 februari 2002, NAV 2002/96.

68 Vgl. de kritiek van Olivier in zijn noot bij RV 2001, 61.

Men zou kunnen stellen dat artikel 4:6 Awb weliswaar niet van openbare orde is, maar dat het daaraan ten grondslag liggende beginsel van formele rechtskracht dat wel is. Dat lijkt echter een visie die haaks staat op die door de wetgever in de formulering van artikel 4:6 tot uiting is gebracht. Immers, is een beginsel van openbare orde, dan wordt het in een imperatief geformuleerde bepaling neergelegd. Is een bepaling waarin een beginsel is neergelegd niet imperatief geformuleerd, dan is de wetgever kennelijk van mening dat het beginsel niet van openbare orde is. Dat is een mening waarvoor die van de rechter dient te wijken.

3.2.3 *De refolementverboden*

De artikelen 33 Vluchtelingenverdrag, 3 EVRM, 3 AFV en 7 IVBPR bevatten, expliciet of ingevolge de interpretatie van die bepalingen door de relevante internationale organen, refolementverboden. Voor de praktijk zijn de artikelen 33 Vluchtelingenverdrag, 3 EVRM en 3 AFV van belang.⁶⁹ De vraag die gesteld moet worden is of de beperkingen die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft aangebracht in de mogelijkheden om later stellingen aan te voeren c.q. later bewijs te leveren van eerder ingenomen stellingen zich verdraagt met deze bepalingen. Die vraag is aan de orde in zaken waarin de latere stellingen c.q. bewijsmiddelen worden aangevoerd om te onderbouwen dat verwijdering naar het land van herkomst refolement zou betekenen.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft sinds het Vilvarajah-arrest overwogen dat

The Court's examination of the existence of a risk of ill-treatment in breach of Article 3 at the relevant time must necessarily be a rigorous one in view of the absolute character of this provision and the fact that it enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe.⁷⁰

In het Jabari-arrest ging het Hof een stapje verder. Het overwoog niet dat *de toetsing door het Hof* noodzakelijkerwijze indringend moet zijn, maar dat *de toetsing* dat

69 Zie hierover Steenbergen e.a. 1999, p. 165-205.

70 EHRM 30 oktober 1991, RV 100, 13 (Vilvarajah), par. 108; zie voor vergelijkbare overwegingen EHRM 15 november 1996, RV 100, 14 (Chahal), par. 96; EHRM 2 mei 1997, RV 1997, 70 (St. Kitts), par. 49; EHRM 7 maart 2000, RV 2000, 1 (T.I. v. Verenigd Koninkrijk); EHRM 6 februari 2001, RV 2001, 2 (Bensaid), par. 34.

moet zijn, om vervolgens te concluderen dat de Turkse overheid geen inhoudelijke beoordeling van de zaak heeft gegeven:

The court further observes that, having regard to the fact that article 3 enshrines one of the most fundamental values of a democratic society and prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, a rigorous scrutiny must necessarily be conducted of an individual's claim that his or her deportation to a third country will expose that individual to treatment prohibited by article 3.⁷¹

Bovendien heeft het Hof overwegingen gewijd aan het toetsingsmoment. Waar het gaat om het toetsingsmoment maakt het Hof een onderscheid tussen zaken waarin de vreemdeling die zich op artikel 3 EVRM beroept reeds is verwijderd, en zaken waarin dat niet is gebeurd. Is de vreemdeling reeds verwijderd op het moment dat het Hof tot zijn oordeel komt, dan moet de verenigbaarheid van de verwijdering met artikel 3 EVRM worden beoordeeld naar het moment van verwijdering:

Since the nature of the Contracting States' responsibility under Article 3 in cases of this kind lies in the act of exposing an individual to the risk of ill-treatment, the existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of the expulsion; the Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequent to the expulsion. This may be of value in confirming or refuting the appreciation that has been made by the Contracting Party or the well-foundedness or otherwise of an applicant's fears.⁷²

Is de vreemdeling nog niet verwijderd op het moment dat het Hof uitspraak doet, dan wordt getoetst naar de stand van zaken op het moment van de uitspraak van het Hof, dus *ex nunc*:

Since he has not yet been deported, the material point in time must be that of the Court's consideration of the case. It follows that, although the historical position is of interest in so far as it may shed light on the current situ-

71 EHRM 11 juli 2000, RV 2000, 2 (Jabari).

72 EHRM 20 maart 1991, RV 100, 70 (Cruz Varas), par. 76; zie voor vergelijkbare overwegingen EHRM 30 oktober 1991, RV 100, 13 (Vilvarajah), par. 107; EHRM 28 november 1996, Reports 1996-V (Nsona), par. 92.

ation and its likely evolution, it is the present conditions which are decisive.⁷³

Het Hof overweegt voorts dat het een zaak beoordeelt op basis van al het materiaal dat is ingebracht, en zonodig op basis van materiaal dat eigener beweging is verzameld.⁷⁴ In twee zaken waarin de beoordeling draaide om de vraag of een vreemdeling gezien zijn gezondheidstoestand naar het land van herkomst kon worden verwijderd voegde het Hof daar aan toe dat de meest recente informatie over de gezondheidstoestand van de vreemdeling bij de beoordeling betrokken werd.⁷⁵

Het Hof toetst dus nadrukkelijk de uitzetting, niet de beslissing van het bestuur daartoe. In verband met de jurisprudentie van de Afdeling is het van belang te bezien of het Hof daarbij alleen acht slaat op later aangevoerde feiten en omstandigheden die tijdens de nationale vreemdelingenrechtelijke procedure niet bekend konden zijn, of dat het Hof ook acht slaat op feiten en omstandigheden (daaronder begrepen bewijsmateriaal) die eerder wel hadden kunnen worden ingebracht. De relevante uitspraken zijn die in de zaken Chahal en Hilal.⁷⁶

In de zaak Chahal hechtte het Hof belang aan een rapport van Amnesty International dat door Amnesty tijdens de procedure in Straatsburg was ingebracht.⁷⁷ Dit rapport betrof niet nieuwe feiten, maar gaf nadere informatie over de situatie in het land van herkomst, die op zichzelf ook eerder tijdens de nationale procedure ge-

73 EHRM 15 november 1996, RV 100, 14 (Chahal), par. 86; zie voor vergelijkbare overwegingen EHRM 17 december 1996, RV 1996, 21 (Ahmed), par. 43; EHRM 29 april 1997, RV 1997, 20 (H.L.R. v. Frankrijk), par. 37; EHRM 2 mei 1997, RV 1997, 70 (St. Kitts), par. 50; EHRM 6 februari 2001, RV 2001, 2 (Bensaid), par. 35.

74 EHRM 20 maart 1991, RV 100, 70 (Cruz Varas), par. 76; zie voor vergelijkbare overwegingen EHRM 30 oktober 1991, RV 100, 13 (Vilvarajah), par. 107; EHRM 15 november 1996, RV 100, 14 (Chahal), par. 97; EHRM 29 april 1997, RV 1997, 20 (H.L.R. v. Frankrijk), par. 37; EHRM 6 maart 2001, RV 2001, 1 (Hilal), par. 60.

75 EHRM 2 mei 1997, RV 1997, 70 (St. Kitts), par. 50; EHRM 6 februari 2001, RV 2001, 2 (Bensaid), par. 35.

76 De kwestie speelt het scherpst in zaken waarin de vreemdeling ten tijde van de uitspraak van het Hof nog niet was verwijderd. Daardoor zijn de uitspraken in de zaken Cruz Varas, Vilvarajah en Nsona van minder belang. In de medische zaken sloeg het Hof acht op nieuwe medische informatie die de actuele gezondheidstoestand van de vreemdeling betrof; deze informatie over een nieuwe situatie kan ook onder de jurisprudentie van de Afdeling relevant zijn. Daarmee zijn de uitspraken in de zaken St. Kitts en Bensaid van minder belang. In de zaken Ahmed en H.L.R. waren de stellingen in de nationale procedure en in de procedure bij het Hof nagenoeg identiek, zodat het hier besproken probleem zich niet voordeed.

77 EHRM 15 november 1996, RV 100, 14 (Chahal), par. 6, 89, 99.

ven had kunnen worden. Amnesty International bracht dit rapport mogelijk op verzoek van de vreemdeling, maar formeel op eigen titel in de procedure. Deze overweging is dus een indicatie dat het Hof wel acht slaat op informatie die eerder niet was ingebracht terwijl dat wel had gekund, maar aangetekend moet worden dat de casus niet goed past op de hier besproken vraag.

De uitspraak in de zaak Hilal⁷⁸ gaat echter over een casus als hier aan de orde. Hilal, een Tanzaniaan, vroeg op 9 februari 1995 asiel in het Verenigd Koninkrijk. Hij stelde tijdens zijn uitgebreide asielinterview dat hij tussen augustus en november 1994 gedetineerd was geweest en was gemarteld. Zijn broer, die kort voor hem was gearresteerd, overleed naar zijn zeggen in januari 1995 als gevolg van marteling. Hilal vluchtte toen de politie opnieuw naar hem op zoek bleek te zijn. Het asielverzoek werd door de Britse autoriteiten afgewezen op 29 juni 1995 op basis van ongeloofwaardigheid, met name omdat hij in het eerste summiere asielinterview niet had gesteld het voorwerp te zijn geweest van detentie en marteling, en dit feitencomplex past tijdens het “full asylum interview” naar voren had gebracht. Het ingestelde beroep werd op 8 november 1996 afgewezen door de Special Adjudicator, eveneens op grond van ongeloofwaardigheid (m.n. inconsistenties en het ontbreken van documenten die het relaas konden staven). Vervolgens legde Hilal op 30 januari 1997 een kopie over van de overlijdensakte van zijn broer; een medisch rapport over de doodsoorzaak van zijn broer; en een oproep aan zijn ouders, gedateerd 25 november 1995 (dus na de eerste afwijzing door de Britse autoriteiten, voor de beslissing van de Special Adjudicator), om bij de politie te verschijnen in verband met het gedrag van hun zoon. Bij besluit van 4 februari 1997 weigerden de Britse autoriteiten om de eerdere beslissing te herzien, omdat de documenten de onjuistheid daarvan niet aantoonde. Op 29 april 1997 legde Hilal een medisch rapport over m.b.t. de behandeling die hij tijdens zijn detentie had ondergaan; het rapport dateerde van 8 november 1994, kort na zijn vrijlating en geruime tijd voor zijn vlucht naar het Verenigd Koninkrijk. Op 23 april 1998 lieten de Britse autoriteiten weten hun eerdere beslissing niet te herzien. De documenten waren tijdens de zitting in de beroepszaak al beschikbaar maar waren destijds niet overgelegd, wat twijfel oproep over de authenticiteit ervan. Zelfs als de documenten authentiek waren, dan was er voor Hilal een binnenlands vluchtalternatief. Vervolgens legde Hilal een deskundigenrapport over, waarin stond dat de documenten authentiek waren. De Britse autoriteiten stelden wederom dat Hilal een binnenlands vluchtalternatief had. Hilal diende op 5 januari 1999 een klacht in bij het Hof.

78 EHRM 6 maart 2001, RV 2001, 1 (Hilal).

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

De Britse asielwetgeving bevat een regeling die verwant is aan artikel 4:6 Awb. De regel komt er op neer dat een herhaald verzoek alleen inhoudelijk wordt behandeld als het voldoende verschilt van het eerdere verzoek. Geen acht wordt geslagen op irrelevant of ongeloofwaardig materiaal, of op materiaal waarover de vreemdeling tijdens de eerdere procedure de beschikking had.⁷⁹ Het Hof put, kennelijk eigener beweging, uit rapportages met betrekking tot Tanzania van het Amerikaanse Department of State en Amnesty International die zijn uitgebracht in de periode januari 1997 tot februari 2000. Het slaat acht op een door de Britse autoriteiten ingebracht stuk van 8 april 1998, en op door Hilal ingebrachte stukken van 25 mei 1998 en 16 maart 1999 (deskundigenberichten over de mensenrechtensituatie in Tanzania).

Voor ons doel zijn de paragrafen 62 en 63 van de uitspraak van groot belang. Ze luiden:

62. The Government have urged the Court to be cautious in taking a different view of the applicant's claims than the Special Adjudicator who heard him give evidence and found him lacking in credibility. The Court notes however that the Special Adjudicator's decision relied, inter alia, on a lack of substantiating evidence. Since that decision, the applicant has produced further documentation. Furthermore, while this material was looked at by the Secretary of State and by the courts in the judicial review proceedings, they did not reach any findings of fact in that regard but arrived at their decisions on a different basis – namely, that even if the allegations were true, the applicant could live safely in mainland Tanzania, the “internal flight” solution.

63. The Court has examined the materials provided by the applicant and the assessment of them by the various domestic authorities. It finds no basis to reject them as forged or fabricated. The applicant has provided an opinion from the Professor of Social Anthropology at All Souls College,

79 Rule 346 van de Immigration Rules, geciteerd in par. 32 van de Hilal-uitspraak: “Rule 346 of the Immigration Rules provides that the Secretary of State will treat representations as a fresh application if the claim advanced is sufficiently different from the earlier claim. He disregards, in considering whether to treat the representations as a fresh claim, material which is not significant, or is not credible, or was available to the applicant at the time when the previous application was refused or when any appeal was determined.” De Britse overheid heeft op deze regel kennelijk een beroep gedaan blijkens par. 22 van het arrest: “(T)he Secretary of State informed the applicant that he had considered the new material but this evidence did not cause him to reverse the decision to refuse asylum. He noted that the documents would have been available to the applicant at the time of his appeal hearing but were not produced, which cast doubt on their authenticity.”

Oxford, that they are genuine. Though the Government have expressed doubts on the authenticity of the medical report, they have not provided any evidence to substantiate these doubts or to contradict the opinion provided by the applicant. Nor did they provide an opportunity for the report and the way in which the applicant obtained it to be tested in a procedure before the Special Adjudicator.

Het is niet eenvoudig de uitspraak in de zaak Hilal in onze context te duiden. De problemen waar het in de zaak om draaide waren onmiskenbaar de problemen waar het hier om gaat, maar het Hof heeft daarover geen heldere uitspraken gedaan. Het sprak zich uit over de inhoudelijke kwesties, over de noodzaak van bescherming; wat de betekenis van de uitspraak is voor procedurele kwesties zoals hier aan de orde moet worden afgeleid uit de manier waarop het Hof tot zijn inhoudelijke oordeel kwam. Het verloop van de procedure in de zaak Hilal past bij het soort zaken waarin de Afdeling artikel 4:6 Awb toepasselijk acht. Eerst na de verwerping van Hilal's beroep op de Special Adjudicator komt hij met bewijs; ook dat bewijs komt niet in één keer. Het gaat zonder uitzondering om stukken die eerder hadden kunnen worden overgelegd (zoals de cruciale medische verklaring opgesteld meteen na Hilal's vrijlating in November 1994), of die eerder hadden kunnen worden opgesteld. De Britse autoriteiten werpen dit ook tegen, zij het met name ter adstructie van de twijfelachtige waarde van de documenten. Het Hof wijdt geen overwegingen aan het rijkelijk laat inbrengen van deze stukken, en werpt het Verenigd Koninkrijk zelfs voor de voeten dat op basis van de later ingebrachte stukken geen feitelijke conclusies werden getrokken, en dat werd volstaan met een andere grondslag voor de afwijzing, namelijk de beschikbaarheid van een binnenlands vluchtalternatief. Het is na deze zinsnede dat het Hof vervolgt met een eigen beoordeling van de stellingen en bewijsmiddelen van Hilal. Zoals Battjes stelt, is het Hof in deze zaak overgegaan tot een eigen vaststelling van de feiten omdat de Britse rechter had nagelaten om het oordeel van de Britse autoriteiten dat Hilal's vluchtrelaas ongelooftwaardig was, te beoordelen in het licht van alle relevante documenten.⁸⁰

Op basis van de jurisprudentie van het Hof kunnen we dus het volgende concluderen:

- het Hof meent dat de toetsing in zaken betreffende artikel 3 EVRM noodzakelijkerwijze indringend moet zijn;
- het Hof toetst *ex nunc* als de vreemdeling nog niet is uitgezet, en toetst *ex tunc* naar het moment van de uitzetting als die al heeft plaatsgevonden;

80 Zie de noot van Battjes in RV 2001, 1.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

- het Hof baseert zijn oordeel op al het ingebrachte materiaal, en zo nodig op eigener beweging verzamelde feiten
- het Hof blijkt er hierbij niet zonder meer doorslaggevend belang aan te hechten of materiaal eerder in de procedure ingebracht had kunnen worden, ook niet als dat argument in de nationale procedure wel, conform de nationale procesrechtelijke regels, is tegengeworpen. Op dit onderwerp ga ik hieronder nader in.

Rest nog de vraag, of een vreemdeling kan worden tegengeworpen dat de nationale autoriteiten wel degelijk de bevoegdheid behouden om procesrechtelijke regels te stellen, en dat de vreemdeling zich daaraan ook in artikel 3-zaken moet houden. Doet de vreemdeling dat niet, dan zijn de gevolgen daarvan in principe voor zijn of haar risico. Dat is de opstelling van de Afdeling. In de zaak Hilal ging het Hof voorbij aan deze kwestie. Dit kan als een indicatie beschouwd worden dat het Hof de opvatting van de Afdeling niet deelt, maar klemmend is die conclusie op basis van de uitspraak in de zaak Hilal niet. Uit de uitspraak in de zaak Jabari⁸¹ blijkt dat echter uitdrukkelijk. Omdat Jabari niet binnen vijf dagen na aankomst in Turkije om asiel heeft gevraagd, komt zij niet in aanmerking voor verlening van een verblijfstitel en staat zij bloot aan mogelijke uitzetting naar Iran. Het Hof werpt niet Jabari tegen dat zij niet aan deze eis heeft voldaan, maar werpt Turkije tegen dat de regel is toegepast en vindt dat de strikte toepassing van deze regel zelfs in strijd is met artikel 3 EVRM:

The Court is not persuaded that the authorities of the respondent State conducted any meaningful assessment of the applicant's claim, including its arguability. It would appear that her failure to comply with the five-day registration requirement under the Asylum Regulation 1994 denied her any scrutiny of the factual basis of her fears about being removed to Iran (see paragraph 16 above). In the Court's opinion, the automatic and mechanical application of such a short time-limit for submitting an asylum application must be considered at variance with the protection of the fundamental value embodied in Article 3 of the Convention. It fell to the branch office of the UNHCR to interview the applicant about the background to her asylum request and to evaluate the risk to which she would be exposed in the light of the nature of the offence with which she was charged. The Ankara Administrative Court on her application for judicial review limited itself to the issue of the formal legality of the applicant's deportation rather

81 EHRM 11 juli 2000, RV 2000, 2.

than the more compelling question of the substance of her fears, even though by that stage the applicant must be considered to have had more than an arguable claim that she would be at risk if removed to her country of origin.⁸²

Jabari heeft ook geklaagd dat zij geen effectief rechtsmiddel had tegen de dreigende verwijdering naar Iran, omdat de Turkse rechter zich beperkte tot de toets of haar terecht was tegengeworpen dat zij niet binnen de gestelde termijn asiel had gevraagd. Het Hof oordeelt terzake:

In the Court's opinion, given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised and the importance which it attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the possibility of suspending the implementation of the measure impugned.

Since the Ankara Administrative Court failed in the circumstances to provide any of these safeguards, the Court is led to conclude that the judicial review proceedings relied on by the Government did not satisfy the requirements of Article 13.⁸³

Artikel 13 vereist dus dat een beroep op artikel 3 EVRM leidt tot een onafhankelijke en indringende toetsing van dat beroep zelf. Daarbij volstaat een toetsing die zich beperkt tot de vraag of het nationale recht dat van toepassing is in zulke zaken kennelijk niet – een bevinding die niet bevreedt omdat het Hof deze nationale procesrechtelijke regels ook al onverenigbaar met artikel 3 EVRM achtte.

Men zou kunnen tegenwerpen dat in de zaak Jabari in het geheel geen oordeel was gegeven over haar beroep op artikel 3 EVRM. In Nederland is dat in zaken waarin feiten buiten beschouwing worden gelaten op grond van artikel 4:6 Awb of artikel 83 Vw 2000 weliswaar wel het geval, maar het beroep op artikel 3 EVRM dat inhoudelijk is beoordeeld is een gedeeltelijk beroep. De vreemdeling stelt dat er extra feiten aan het beroep ten grondslag liggen, die soms de kern van het beroep uitmaken (een verzwegen verkrachting of vrees voor besnijdenis). De vreemdeling kan ook extra

82 EHRM 11 juli 2000, RV 2000, 2, par. 40.

83 EHRM 11 juli 2000, RV 2000, 2, par. 50.

bewijs aanvoeren waardoor eerder niet aannemelijk geachte feiten thans wel aannemelijk zijn. De uitspraak in de zaak Jabari is daarom in onze context wel degelijk relevant, omdat de automatische en mechanische toepassing van regels van nationaal procesrecht er niet toe mag leiden dat een claim niet inhoudelijk wordt beoordeeld; ik meen dat daar onder begrepen moet worden dat een claim gedeeltelijk niet inhoudelijk wordt beoordeeld, voor zover het buiten beschouwing gelaten deel potentieel relevant is voor de beoordeling.

Een eveneens relevante uitspraak van het Hof is die in de zaak Bahaddar.⁸⁴ In deze zaak stond de vraag centraal of Bahaddar de nationale rechtsmiddelen wel had uitgeput – het EVRM vereist immers dat men, voordat bij het Hof geklaagd wordt, eerst alle beschikbare nationale beroepsgangen worden gebruikt om verdragsschending te voorkomen.⁸⁵ Bahaddar was een Bengaal, wiens asielzaak bij de Afdeling bestuursrechtsppraak van de Raad van State lag. Bahaddar's advocaat had niet voldaan aan het verzoek van de Afdeling om gronden voor het beroep aan te voeren, waarop het beroep niet-ontvankelijk werd verklaard. Bahaddar diende vervolgens een nieuw asielverzoek in, en een klacht bij – destijds – de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Vervolgens diende hij nog een derde asielverzoek in. Nadat ook het tweede en derde asielverzoek waren afgewezen en Bahaddar daartegen beroep had ingesteld, werd ook dat beroep niet-ontvankelijk verklaard omdat geen gronden waren aangevoerd. Nederland – de staat waartegen geklaagd was – had in de procedure bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aangevoerd dat Bahaddar de nationale rechtsmiddelen niet had uitgeput, en dat de klacht derhalve niet-ontvankelijk was. Het Hof citeert (hier ingekort conform de uitspraak Bahaddar zelf) de volgende standaard-overweging uit een eerder arrest:

Under Article 26 normal recourse should be had by an applicant to remedies which are available and sufficient to afford redress in respect of the breaches alleged. The existence of the remedies in question must be sufficiently certain not only in theory but in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness (...) Article 26 also requires that the complaints intended to be made subsequently at Strasbourg should have been made to the appropriate domestic body, at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law and, further, that any procedural means that might prevent a breach of the Convention should have been used (...)

84 EHRM 19 februari 1998, JV 1998/45 (Bahaddar).

85 Artikel 35 lid 1 EVRM, voorheen artikel 26 EVRM.

However, there is, as indicated above, no obligation to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective. In addition, according to the 'generally recognised rules of international law' there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust the domestic remedies at his disposal (...) The Court would emphasise that the application of the rule must make due allowance for the fact that it is being applied in the context of machinery for the protection of human rights that the Contracting Parties have agreed to set up. Accordingly, it has recognised that Article 26 must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism (...) It has further recognised that the rule of exhaustion is neither absolute nor capable of being applied automatically; in reviewing whether it has been observed it is essential to have regard to the particular circumstances of each individual case (...) This means amongst other things that it must take realistic account not only of the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting Party concerned but also of the general legal and political context in which they operate as well as the personal circumstances of the applicants.⁸⁶

Het Hof vervolgt dan met betrekking tot de toepassing van deze algemene principes in de zaak Bahaddar:

The Court notes at the outset that, although it has – as mentioned by the Delegate of the Commission – held the prohibition of torture or inhuman or degrading treatment contained in Article 3 of the Convention to be absolute in expulsion cases as in other cases (see, inter alia, the above-mentioned Chahal judgment, p. 1855, 80), applicants invoking that Article are not for that reason dispensed as a matter of course from exhausting domestic remedies that are available and effective. It would not only run counter to the subsidiary character of the Convention but also undermine the very purpose of the rule set out in Article 26 of the Convention if the Contracting States were to be denied the opportunity to put matters right through their own legal system. It follows that, even in cases of expulsion to a country where there is an alleged risk of ill-treatment contrary to Article 3, the formal requirements and time-limits laid down in domestic law should normally be complied with, such rules being designed to enable the national jurisdictions to discharge their case-load in an orderly manner.

86 EHRM 19 februari 1998, JV 1998/45 (Bahaddar), par. 44.

Whether there are special circumstances which absolve an applicant from the obligation to comply with such rules will depend on the facts of each case. It should be borne in mind in this regard that in applications for recognition of refugee status it may be difficult, if not impossible, for the person concerned to supply evidence within a short time, especially if – as in the present case – such evidence must be obtained from the country from which he or she claims to have fled. Accordingly, time-limits should not be so short, or applied so inflexibly, as to deny an applicant for recognition of refugee status a realistic opportunity to prove his or her claim.⁸⁷

Het Hof meent dat zich in deze zaak geen bijzondere omstandigheden voordoen die er toe moeten leiden dat het Bahaddar niet wordt tegengeworpen dat hij zich niet aan de nationale procesrechtelijke regels heeft gehouden. Het Hof voert daartoe de volgende omstandigheden aan. Bahaddar's advocaat kreeg een krappe drie maanden na indiening van het beroep bij de Afdeling de aanzegging om binnen een maand gronden aan te voeren. Het was mogelijk geweest een verlenging van deze termijn te verkrijgen, maar de advocaat had daar niet om gevraagd. De gronden werden een kleine drie maanden nadat de gestelde termijn was verstreken aangevoerd, toen Bahaddar's advocaat de stukken uit Bangladesh waarop zij het beroep wilde baseren had ontvangen. Weliswaar stelde Bahaddar dat de gronden niet eerder konden worden aangevoerd, maar het Hof meent dat Bahaddar om verlenging van de termijn had moeten vragen. Ten tweede bestond voor Bahaddar de gelegenheid om een tweede asielaanvraag in te dienen na de niet-ontvankelijkverklaring van het beroep. Hij heeft van die gelegenheid ook gebruik gemaakt. Aan al deze procedures werd schorsende werking verbonden. Bovendien stond voor Bahaddar ook op het moment van de uitspraak de mogelijkheid open een nieuw asielverzoek in te dienen.⁸⁸ Onder die omstandigheden meende het Hof dat Bahaddar zijn nationale rechtsmiddelen niet had uitgeput.

Concluderend kan over het oordeel van het Hof in zaken waarin wordt tegengeworpen dat de vreemdeling zich niet heeft gehouden aan de geldende nationale procesrechtelijke regels het volgende worden gesteld:

- het Hof gaat aan deze tegenwerping in de zaak Hilal voorbij, en toetst indringend op basis van het materiaal dat door Hilal tot bij het Hof is aangedragen

87 EHRM 19 februari 1998, JV 1998/45 (Bahaddar), par. 45.

88 In zijn *concurring opinion* beschouwt Van Dijk, destijds lid van het Hof, de mogelijkheid om een nieuw asielverzoek in te dienen als *highly relevant*.

- het Hof acht strikte toepassing van nationale procesrechtelijke regels in de zaak Jabari onverenigbaar met artikel 3 EVRM
- in de zaak Bahaddar, waar het ging om feiten die indicaties bevatten voor beroepsfouten van de advocaat, acht het Hof doorslaggevend dat de procedurefouten werkelijk overbodig waren (uitstel voor het aanvoeren van gronden was daadwerkelijk mogelijk geweest, als er maar om gevraagd was), en dat deze fouten herstelbaar waren door indiening van hernieuwde asiolverzoeken in elke stand van de procedure.

De kritiek die op basis van artikel 3 EVRM kan worden geuit op de Afdelingsjurisprudentie kan nu als volgt worden samengevat. Het Hof voert zelf in artikel 3-zaken een indringende *ex nunc* toets uit, waarbij het zich baseert op al het aangedragen materiaal zoals dat op het moment van de uitspraak voorligt. Dat materiaal eerder kon worden aangedragen lijkt het Hof daarbij niet relevant te vinden. Uiteraard moet de vreemdeling die zich op artikel 3 EVRM beroept de nationale procesrechtelijke regels in acht nemen, maar die dienen termijnen te bevatten die – gezien de materie – reëel zijn, en deze regels moeten met enige flexibiliteit, zonder excessief formalisme worden toegepast. Doorslaggevend lijkt, dat een beroep op artikel 3 EVRM steeds inhoudelijk door het bestuur en door een onafhankelijke beroepsinstantie wordt bekeken. Het feit dat het om een artikel 3-zaak gaat lijkt van invloed te zijn op de mate waarin niet-naleving van nationale procedurevoorschriften aan een vreemdeling wordt tegengeworpen. Het Hof heeft het onverenigbaar met de artikelen 3 en 13 EVRM geoordeeld dat, op basis van een strikte toepassing van nationale procesrechtelijke regels, geen inhoudelijk bestuurlijk oordeel werd gegeven over een beroep op artikel 3 EVRM, en dat geen inhoudelijk rechterlijk oordeel werd gegeven (Jabari). Als nationale overheden en nationale rechters er van af zien om een inhoudelijk oordeel te geven over nader bewijs van eerder ingenomen stellingen, geeft het Hof dat oordeel zelf; het Hof acht het niet bij de rechterlijke beoordeling betrekken van nader bewijs niet als zodanig strijdig met artikel 13 EVRM, maar houdt wel de mogelijkheid open dat dit nadere bewijs de grondslag kan zijn voor de conclusie dat artikel 3 EVRM is geschonden (Hilal).

Dit impliceert dat de Afdelingsjurisprudentie vrijwel onhoudbaar is waar de Afdeling nader bewijs niet bij haar beschouwingen betreft op grond van de door haar toegepaste bewijstrechter.⁸⁹ Maar ook het buiten beschouwing laten van nieuwe gronden

89 Denk aan de uitspraken van ABRvS 16 juli 2001, JV 2001/S249; ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

voor asiel⁹⁰ staat op gespannen voet met de artikelen 3 en 13 EVRM, mits deze gronden enig realiteitsgehalte hebben (zoals bij een gesteld risico van besnijdenis bij een meisje uit een land waar 90% van de vrouwen besneden is, of een traumatische ervaring die pas in tweede instantie wordt vermeld). De jurisprudentie van de Afdeling kan daarom in individuele gevallen leiden tot schending van artikel 3 EVRM.

De strikte toepassing van het trechtermodel door de Afdeling is overigens nog problematischer als de eerste asielaanvraag is afgedaan in de verkorte Aanmeldcentrum-procedure, die de mogelijkheid biedt om asielverzoeken binnen 48 proces-uren (vier à vijf kalenderdagen) af te wijzen. In dat geval heeft de asielzoeker immers slechts 48 proces-uren om het asielverzoek te onderbouwen. Is de eerste beslissing eenmaal genomen, dan zullen nadere stellingen en nadere bewijsmiddelen alleen kunnen worden meegenomen bij de rechterlijke beoordeling of bij de beoordeling van een tweede asielaanvraag als sprake is van feiten of omstandigheden die de aanvrager niet eerder bekend konden zijn. De Afdeling past echter ook in AC-zaken de artikelen 83 Vw en 4:6 Awb zonder meer toe, ook als kort na afloop van een AC-procedure melding wordt gemaakt van seksueel geweld.⁹¹

De strikte toepassing van het trechtermodel kan er toe leiden dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens als eerste rechterlijke instantie een oordeel moet geven over een beroep op artikel 3 EVRM, of over nader bewijs ter onderbouwing van zo een beroep. Dat betekent, dat asielzoekers zich gedwongen kunnen zien om een klacht bij het Hof in te dienen om een eerste rechterlijk oordeel te verkrijgen. Het toezicht op de naleving van het EVRM is echter in eerste instantie een verplichting van nationale staten. Als verdragspartijen nalaten aan die verplichting te voldoen (en de strikte toepassing van het trechtermodel kan daartoe leiden), dan ontwricht dat de klachtprocedure bij het Hof. Het is alleen al om die reden aannemelijk dat het Hof de Afdelingsjurisprudentie zal corrigeren.

90 Denk aan de uitspraken van ABRvS 5 september 2001, JV 2001/285, NAV 2001/315, AB 2001, 382, RV 2001, 61; ABRvS 8 oktober 2001, JV 2002/168, RV 2001, 6; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169.

91 Zie bijv. ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/294.

3.3 De keuze van de Afdeling

Is er een alternatief voor de Afdelingsjurisprudentie, of volgt de Afdeling de enige lijn die het recht mogelijk maakt? Mijns inziens is in jurisprudentie van andere rechterlijke instanties gebleken dat er inderdaad alternatieven zijn.

Ten eerste bepaalt artikel 94 Gw dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Deze bepaling laat de Afdeling niet de ruimte, maar verplicht haar zelfs om de relevante bepalingen uit de Awb en de Vreemdelingenwet 2000 niet toe te passen indien dat tot schending van de artikelen 3 en 13 EVRM zou leiden. De rechtbank paste, zonder dat met zoveel woorden te benoemen, deze regel toe toen zij overwoog:

Met verweerder is de rechtbank van mening dat eisers littekens niet als nieuwe feiten en omstandigheden in de zin van artikel 4:6, eerste lid, Awb kunnen worden beschouwd, nu deze feiten eiser reeds bekend waren ten tijde van zijn eerste aanvraag en derhalve in de eerste procedure hadden kunnen worden ingebracht. De rechtbank overweegt evenwel dat strikte toepassing van artikel 4:6, tweede lid, Awb in een geval als het onderhavige tot gevolg kan hebben dat feiten en omstandigheden die wellicht relevant zijn voor de beoordeling of eiser in zijn land van herkomst voor vervolging dan wel een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM te vrezen heeft, in de eerdere procedure geen rol hebben kunnen spelen en ook thans niet bij deze beoordeling kunnen worden meegewogen, hetgeen een onaanvaardbaar risico met zich brengt dat de vereenvoudigde afdoening van de herhaalde aanvraag in strijd komt met de refolementverboden van het Vluchtelingenverdrag en het EVRM.⁹²

Ten tweede zou de Afdeling een minder strikte versie van het trechtermodel kunnen toepassen in zaken waarbij geen derde-belanghebbenden betrokken zijn, zoals vreemdelingenrechtelijke geschillen. Een minder strikte versie van het trechtermodel biedt meer mogelijkheden voor herkansing, waardoor fouten die eerder in

92 Rb. 's-Gravenhage zp Groningen 30 juli 2001, AWB 01/32951; vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 16 februari 2001, JV 2001/100; Pres. Rb. 's-Gravenhage zp Haarlem 6 maart 2001, AWB 01/3210 en AWB 01/3211, n.g.; Pres. Rb. 's-Gravenhage zp Haarlem 6 maart 2001, AWB 01/7532, AWB 01/7651 en AWB 01/7652, n.g.; Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 mei 2001, AWB 01/14200, n.g.; Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 20 juli 2001, AWB 01/28424, n.g.

de procedure zijn gemaakt in beroep en in hoger beroep hersteld kunnen worden. Deze benadering is op algemene bestuursrechtelijke argumenten bepleit door Stroink en Widdershoven, geheel los van de verenigbaarheid van het door de Afdeling gehanteerde trechtermodel met internationaal recht.⁹³

Ten derde zou de Afdeling meer ruimte kunnen laten voor uitzonderingen dan zij, blijkens onder meer haar uitspraak van 5 maart 2002, doet.⁹⁴ Zo overwoog de rechtbank:

Volgens vaste jurisprudentie is alleen sprake van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden, indien de aan de nieuwe aanvraag ten grondslag liggende feiten en omstandigheden bij de eerdere besluitvorming geen rol hebben gespeeld en destijds ook niet als grond naar voren hadden kunnen worden gebracht. Als zodanig kunnen in beginsel dus niet worden aangemerkt feiten en omstandigheden die aan eiser reeds voor de beschikking van 10 december 1996 bekend waren. Met betrekking tot de gestelde mishandeling en (poging tot) verkrachting lijkt daarvan sprake. Het is evenwel van algemene bekendheid te achten, dat slachtoffers van marteling en zedenmisdrijven doorgaans in een langdurig verwerkingsproces geraken, tijdens hetwelk het slachtoffer niet of nauwelijks in staat is over zijn ervaringen te spreken en/of niet werkelijk in staat is tot het nemen van rechtsmaatregelen. Daarom kan aansluiting gezocht worden bij de verjaringsjurisprudentie in civiele aansprakelijkheidszaken met betrekking tot seksueel misbruik (vergelijk Hof te 's-Hertogenbosch, NJ 1996, nr. 719 en Hof te Leeuwarden, NJkort 1998, nr. 5). Het strookt derhalve met een redelijke wetsinterpretatie, om het begrip 'nieuw gebleken feiten' aldus uit te leggen, dat daaronder ook die feiten vallen waarvan het slachtoffer pas na het eerdere besluit een zodanige fase van het verwerkingsproces heeft bereikt, dat hij werkelijk in staat is daarover te spreken en die feiten als grond naar voren te brengen. Dat eiser de gestelde mishandeling en de (poging tot) verkrachting niet eerder als grond naar voren heeft gebracht, is derhalve niet zonder meer voldoende voor afwijzing.⁹⁵

93 Stroink/Widdershoven 2001.

94 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169.

95 Rb. 's-Gravenhage zp Arnhem 17 april 2001, JV 2001/S201, waarnaar kennelijk met instemming wordt verwezen in Hoogvliet 2001, p. 86; vgl. Rb. 's-Gravenhage zp Assen 28 januari 2002, AWB 01/18656, n.g.

Welke argumenten zijn aangedragen voor de strikte opstelling van de Afdeling? Stroink en Widdershoven menen dat met het hoger beroep drie functies gediend zijn: de herkansingsfunctie, de bewaking van de rechtseenheid en eis van finaliteit en redelijke termijn.⁹⁶ De herkansingsfunctie eist een zo omvattend mogelijke beoordeling van het geschil. Dat kan haaks staan op bewaking van de rechtseenheid, omdat in dat kader een beperking van het aantal beroepen en een toespitsing op uitgekristalliseerde rechtsvragen wenselijk is. Ook kan een omvattende toetsing in appèl er toe leiden dat, meer dan bij een beperkte toetsing, wordt vernietigd, waarna het bestuur opnieuw dient te beslissen, en weer opnieuw beroep open staat. Dat staat haaks op de eisen van finaliteit en redelijke termijn.⁹⁷ Daalder en Schreuder-Vlasblom voeren een behavioristisch argument aan. Van een strikte toepassing van het trechtermodel gaat een prikkel voor de burger uit om zich in de fase van de bestuurlijke besluitvorming efficiënt op te stellen, zodat onaanvaardbaar lange procedures, dito onzekerheid en overbelasting van de rechterlijke macht worden voorkomen.⁹⁸ Schreuder-Vlasblom heeft, specifiek met betrekking tot het hoger beroep in vreemdelingenzaken, gesteld dat de nadruk niet ligt op rechtsbescherming, maar op het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.⁹⁹ Hoogvliet heeft de strengheid van de Afdeling op het punt van artikel 4:6 Awb toegejuicht, omdat op deze manier wat hij aanmerkt als de “salami-tactiek” van asielzoekers niet meer wordt geaccepteerd.¹⁰⁰

Het trechtermodel kan op meer of minder strikte wijze worden toegepast. Artikel 94 Gw biedt de mogelijkheid (of beter: behelst de verplichting) om nationaal recht buiten toepassing te laten als toepassing tot strijd met verdragsrecht leidt. De facultatieve formulering van artikel 4:6 Awb biedt de mogelijkheid om de toepassing van deze bepaling aan een redelijkheidstoets te onderwerpen. De term “nieuw gebleken feiten of vernaderde omstandigheden” biedt de mogelijkheid om feiten die om begrijpelijke redenen niet eerder zijn vermeld werden toch bij de beoordeling te betrekken. De Afdeling kiest ervoor deze mogelijkheden niet te gebruiken, en kiest daarmee voor snelle asielprocedures, desnoods ten koste van de eisen van zorgvuldigheid die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Deze keuze wordt op geen enkele wijze dwingend voorgeschreven door de nationale procesrechtelijke bepalingen waaraan de Afdeling toepassing geeft.

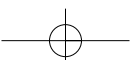
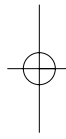
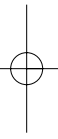
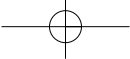
96 Vgl. over de aard van het hoger beroep in civiele zaken HR 3 september 1993, NJ 1993, 714.

97 Stroink/Widdershoven 2001 p. 164-165.

98 Daalder/Schreuder-Vlasblom 2000, p. 218.

99 Schreuder-Vlasblom 2001, p. 242-243.

100 Hoogvliet 2001, p. 53.



4. DE PROCEDURE

De Afdelingsjurisprudentie in vreemdelingenzaken is sterk procedureel van aard. De hoofdstukken 2 en 3 betroffen brede processuele onderwerpen. In dit hoofdstuk komen de overige procedurele kwesties aan de orde. De tot nu toe gevolgde structuur (weergave Afdelingsjurisprudentie; de kritiek; de keuze van de Afdeling) wordt hier niet op hoofdstukniveau, maar op paragraafniveau gevolgd.

4.1 De waterscheiding

4.1.1 *Inleiding*

In de structuur van de Vreemdelingenwet 2000 staat de scheiding tussen regulier verblijf en verblijf in verband met asiel centraal. Dit onderscheid heeft met name gevolgen voor de aard van de verblijfsvergunning die kan worden verleend (Afdeling 3 van Hoofdstuk 3 van de wet betreft de verblijfsvergunning regulier, Afdeling 4 de verblijfsvergunning asiel) en voor de toepasselijke rechtsmiddelen (Afdeling 2 van Hoofdstuk 7 van de wet betreft de rechtsmiddelen in reguliere zaken, Afdeling 3 die in asielzaken).

Dit onderscheid, in de wandeling ook wel aangeduid als de waterscheiding, is problematisch. Potentieel ingewikkeld is de verhouding tussen humanitaire toelatingsgronden in de asielkolom en in de reguliere kolom, en de vraag of artikel 3 EVRM ook in de reguliere procedure aan de orde kan komen. Met name de samenloop van reguliere en asielkwesties door de ambtshalve te verlenen vergunningen zorgt op dit moment voor problemen.

Een asielaanvraag is een aanvraag om verlening van een (asiel) vergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 28 Vw 2000. Er wordt geen (reguliere) vergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 Vw 2000 aangevraagd. Artikel 3.6 Vb 2000 bepaalt echter dat een drietal reguliere verblijfsvergunningen voor bepaalde

tijd slechts ambtshalve kunnen worden verleend. Deze bepaling vormt de brug tussen de asielprocedure en de reguliere procedure, omdat deze vergunningen ook kunnen worden verleend als alleen een asielaanvraag is ingediend. Eén van de ambtshalve te verlenen reguliere verblijfsvergunningen is de vergunning voor verblijf als alleenstaande minderjarige vreemdeling, die op grond van artikel 3.56 Vb 2000 kan worden verleend aan alleenstaande minderjarige asielzoekers, die niet voor asiel in aanmerking komen, die zich in het land van herkomst niet zelfstandig kunnen handhaven, en voor wie aldaar geen opvang beschikbaar is.¹

4.1.2 *De Afdelingsjurisprudentie*

De waterscheiding heeft allereerst als gevolg dat kwesties inzake toelating niet in andere procedures aan de orde kunnen worden gesteld. In een zaak waarin een vreemdeling in een procedure over de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring aanvoerde dat zijn verwijdering strijdig zou zijn met artikel 3 EVRM, zodat de bewaring (als zijnde gericht op uitzetting) onrechtmatig zou zijn, overwoog de Afdeling:

Blijkens de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 2, 37-38) is in de Vw 2000 een onderscheid gemaakt tussen de verblijfsvergunning asiel en de verblijfsvergunning regulier, teneinde te komen tot betere en snellere procedures en heeft de wetgever er voor gekozen om een eventueel beroep op artikel 3 van het EVRM slechts te beoordelen in het kader van een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel, als bedoeld in artikel 28 van de Vw 2000. Ingevolge artikel 29, eerste lid, aanhef en onder b, van de Vw 2000 kan deze vergunning worden verleend aan de vreemdeling die aannemelijk heeft gemaakt dat hij gegronde reden heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan foltering, aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. De rechtbank heeft dan ook met juistheid overwogen dat, indien appellant bescherming van de Nederlandse autoriteiten wenst in te roepen tegen een reëel risico om aan een behandeling, als bedoeld in artikel 3 van het EVRM, te worden onderworpen, het op zijn weg ligt om een aanvraag, als bedoeld in artikel 28 van de Vw 2000 in te dienen. Anders dan appellant, overigens zonder nadere motivering betoogt, bestaat geen grond voor het oordeel dat een vreemdeling er aanspraak op

1 Zie hierover nader Baudoin e.a. 2001, p. 155-158.

heeft dat in iedere procedure die zijn toelating, verblijf of uitzetting betreft een eventueel beroep op artikel 3 van het EVRM onderzocht wordt.²

Het strikt handhaven van de scheidslijn tussen reguliere en asielpcedures heeft echter met name gevolgen voor de procedures inzake alleenstaande minderjarige vreemdelingen. Van deze onvoorziene gevolgen zijn verschillende varianten denkbaar. Een daarvan is dat tegen de afwijzende beschikking op de asielaanvraag beroep wordt ingesteld, maar dat dat beroep later wordt beperkt tot de weigering een verblijfsvergunning regulier te verlenen. De Afdeling overwoog:

Blijkens de in hoger beroep niet bestreden rechtsoverweging 2.8 van de aangevallen uitspraak is het bij de rechtbank aanhangige geschil ter zitting beperkt tot de weigering appellant ambtshalve een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd te verlenen. Hierop is het in Afdeling 3 van Hoofdstuk 7 van de Vw 2000 neergelegde procesrecht niet van toepassing. Deze afdeling is ingevolge artikel 79, eerste lid, van die wet slechts van toepassing op asiel. In zoverre is het bepaalde bij artikel 80 van de Vw 2000 dan ook niet van toepassing op het besluit van 3 oktober 2001 en kon daartegen ingevolge artikel 72, eerste lid, van die wet, gelezen in samenhang met artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), bezwaar worden gemaakt.³

Een volgende variant is dat een asielaanvraag is ingediend, en dat in de beschikking tevens is ingegaan op de vraag of ambtshalve een vergunning moet worden verleend. Er moet dan zowel beroep (tegen de afwijzing van de asielaanvraag) als bezwaar (tegen de ambtshalve weigering van de verblijfsvergunning regulier) worden ingesteld. Ingevolge artikel 80 Vw 2000 staat tegen de weigering een verblijfsvergunning asiel te verlenen niet, zoals gebruikelijk, bezwaar open; tegen een negatieve beschikking moet rechtstreeks beroep op de rechtbank worden ingesteld. Deze uitzondering is voor reguliere zaken niet gemaakt, zodat daar wel eerst bezwaar moet worden ingesteld.

Dan bestaat de mogelijkheid dat de beschikking niet ingaat op de vraag of ambtshalve een reguliere verblijfsvergunning moet worden verleend. In dat geval overweegt de Afdeling dat slechts een verblijfsvergunning asiel was aangevraagd en noch

² ABRvS 28 december 2001, JV 2002/71; vgl. ABRvS 7 juni 2002, JV 2002/270.

³ ABRvS 6 december 2001, JV 2002/42, NAV 2002/70, AB 2002, 86, RV 2001, 55.

de inhoud van de beschikking noch het dictum aanwijzingen bevat dat de beschikking mede strekt tot weigering van een reguliere verblijfsvergunning. In een dergelijk geval is geen beslissing genomen, en kunnen geen rechtsmiddelen worden ingesteld. De rechter is niet bevoegd van toch ingesteld rechtsmiddelen kennis te nemen.⁴ Maar ook als in de overwegingen wel wordt vermeld dat de vreemdeling, anders dan gesteld, meerderjarig is en dat hij om die reden niet in aanmerking komt voor een vergunning voor verblijf als alleenstaande minderjarige vreemdeling, kan niet geconcludeerd worden dat aan het relevante beleid is getoetst en dat die verblijfsvergunning is geweigerd.⁵

Dan bestaat nog de mogelijkheid dat in het voornemen weliswaar is overwogen dat de asielzoeker niet voor verlening van een reguliere vergunning in aanmerking komt, maar dat de beschikking zelf hier niet van rept. In dat geval overweegt de Afdeling dat het voornemen (naar moet worden aangenomen: blijkens de plaatsing van artikel 39 in de derde Afdeling van Hoofdstuk 3) uitsluitend betrekking kan hebben op het voornemen om de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel af te wijzen.⁶

4.1.3 *De kritiek*

Olivier⁷ gaat akkoord met de Afdeling voor zover zij stelt dat tegen de weigering een vergunning voor verblijf als alleenstaande minderjarige vreemdeling te verlenen niet rechtstreeks beroep op de rechtbank moet worden ingesteld; eerst moet de bezwaarfase worden gebruikt. Hij heeft kritiek op de conclusie van de Afdeling dat geen appellabele beslissing is genomen met betrekking tot de reguliere vergunning indien deze beslissing niet in de beschikking zelf is opgenomen. Omdat het, aldus Olivier, niet valt te verwachten dat de staatssecretaris na afwijzing van de asielaanvraag ook nog eens een aparte beschikking zal nemen die strekt tot weigering van de reguliere vergunning, is het de vraag hoe de vreemdeling die stelt alleenstaande minderjarige te zijn een appellabel besluit kan verkrijgen. Wordt een reguliere vergunning aangevraagd, dan zal die worden afgewezen op grond van het mvv-vereiste (zie art. 16 lid 1

4 ABRvS 10 april 2002, JV 2002/173 en NAV 2002/160; ABRvS 30 mei 2002, JV 2002/265; ABRvS 25 juni 2002, JV 2002/292. Vgl. ABRvS 2 juli 2002, JV 2002/S336 met betrekking tot het drie jaren-beleid.

5 ABRvS 18 april 2002, JV 2002/200. Zie echter ABRvS 16 mei 2002, JV 2002/240; deze op het eerste gezicht onbegrijpelijke uitspraak wordt door Olivier in zijn noot verklaard.

6 ABRvS 15 februari 2002, JV 2002/101, NAV 2002/100.

7 In zijn noot bij JV 2002/101.

onder a Vw 2000). Dat is in de door de Afdeling besliste casusposities inderdaad een probleem, maar van principiële aard is dat niet. Het volstaat als de staatssecretaris voortaan bij de afwijzing van een asielaanvraag in het dictum van de beschikking ook ambtshalve een vergunning voor verblijf als alleenstaande minderjarige vreemdeling weigert.

4.1.4 De keuze van de Afdeling

De Afdeling heeft er in deze context voor gekozen het formeel-wettelijke systeem strikt toe te passen. Zoals Olivier in zijn noot opmerkt, valt op dat in de Nota van toelichting bij het Vreemdelingenbesluit 2000 wordt gesteld:

Indien de in dit artikel bedoelde vergunning niet ambtshalve wordt verleend en de vreemdeling zich daar niet mee kan verenigen, is het, gelet op de voortgang van de verblijfsrechtelijke procedure en de samenhang met de asielprocedure, gewenst dat de vreemdeling eventuele gronden tegen de niet-verlening van de hier bedoelde verblijfsvergunning in beroep tegen de afwijzing van de asielaanvraag aanvoert.⁸

De Raad van State heeft daarover in zijn advies van 26 oktober 2000 geen opmerking gemaakt.⁹ Olivier geeft argumenten op grond waarvan de Afdeling wel tot de conclusie had kunnen komen dat sprake was van een appellabel besluit. De Afdeling kiest hier voor een strikte, erg letterlijke toepassing van de wet, in weerwil van het systeem van de wet en de kennelijke bedoeling van de wetgever. Dat heeft als gevolg dat de procedure tegen de weigering een vergunning asiel te verlenen niet samenloopt met de procedure tegen de weigering een ambtshalve vergunning regulier te verlenen. Dit levert vertraging van de procedure op, en een aantal lastige procedurele vraagpunten.

⁸ Stb 2000, 479, p. 99.

⁹ Advies no. W03.00.0379/1.

4.2 Het materiële bewijsrecht

4.2.1 De Afdelingsjurisprudentie

4.2.1.1 De bewijslastverdeling (art. 3:2 en 4:2 Awb; art. 31 lid 1 en 31 lid 2 sub f Vw 2000)

Zoals al werd aangegeven (par. 3.1), stelt de Afdeling zich op het standpunt dat de informatieplicht van artikel 4:2 Awb in asielzaken ook is vastgelegd in artikel 31 lid 1 Vw 2000, waar wordt bepaald dat de asielaanvraag wordt afgewezen als de vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat deze is gegrond op omstandigheden die, hetzij op zichzelf, hetzij in verband met andere feiten, een rechtsgrond voor verlening vormen.¹⁰ Het is daarom, aldus de Afdeling, aan de asielzoeker om de aan zijn aanvraag ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden aannemelijk te maken, bijvoorbeeld door het overleggen van ter zake dienende documenten.¹¹ De Afdeling heeft hieruit een aantal consequenties getrokken.

Zoals eerder al werd vermeld, hanteert de Afdeling regelmatig de formulering dat documenten ingevolge artikel 31 lid 1 Vw 2000 zo mogelijk bij de eerste asielaanvraag *behoren* te worden overgelegd.¹² In dit verband wordt zelfs wel gesproken van de, mede gelet op artikel 31 lid 1 Vw 2000, op de vreemdeling rustende *verplichting* om het asielrelaas aannemelijk te maken.¹³ Dat heeft consequenties in de sfeer van artikel 4:6 Awb, zie nader par. 3.1.5.

De sterke formuleringen die de Afdeling hanteert hebben echter ook gevolgen waar het gaat om het doorvragen tijdens het nader gehoor, de status van deskundigenberichten, en de beoordeling van asielverzoeken van documentlozen.

10 Overigens is niet duidelijk of de Afdeling meent dat artikel 31 lid 1 Vw 2000 iets toevoegt, of dat zij meent dat artikel 31 lid 1 Vw 2000 in de bijzondere wet neerlegt wat in het algemeen is neergelegd in artikel 4:2 Awb.

11 ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258, NAV 2001/319; vgl. ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/6; ABRvS 11 januari 2002, JV 2002/128, NAV 2002/94; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/124; ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169; ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/147; ABRvS 11 juni 2002, JV 2002/243.

12 Bijv. ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/6.

13 ABRvS 30 november 2001, JV 2002/38.

De achtergrond bij het eerste onderwerp, het “*doorvragen*”, is de volgende. Het is in de asielpraktijk een oude discussie onder welke omstandigheden de interview-ambtenaar van de Immigratie- en Naturalisatiedienst naar aanleiding van een summiere verklaring van een asielzoeker nadere vragen moet stellen. Asielzoekers die traumatische ervaringen hebben gehad kunnen geneigd zijn pijnlijke feiten over te slaan, of daarnaar te verwijzen in zeer summiere of weinig expliciete bewoordingen. Over deze kwestie bestond een uitgebreide jurisprudentie, die naar zijn aard casuïstisch was.¹⁴ In deze jurisprudentie werd in feite invulling gegeven aan enkele passages uit het UNHCR Handboek, dat in de Nederlandse rechtspraktijk als belangrijke bron fungeert, zonder evenwel verbindend te zijn.¹⁵ Het Handboek stelt in de paragrafen 198 en 199 dat personen die, vanwege hun ervaringen in het land van herkomst, bang zijn voor autoriteiten ook in het land van toevlucht nog een afhoudende opstelling kunnen kiezen tegenover autoriteiten, de interview-ambtenaar daaronder begrepen. Daardoor zijn asielzoekers soms bang om vrijuit te spreken en een volledige en accurate weergave van hun zaak te geven. Soms is het nodig een aanvullend interview te houden, waarin de interviewer poogt onduidelijkheden of inconsistenties te verhelderen, en een verklaring te vinden voor aanvankelijk onjuiste of onvolledige verklaringen.

De Afdeling heeft een streep gehaald door de gedachte dat het nodig kan zijn dat de interviewer nadere vragen stelt om zodoende de grondslag van het asielverzoek aan het licht te brengen. Met betrekking tot de stelling van een asielzoeker, die door de rechtbank was overgenomen, dat tijdens het nader gehoor onvoldoende was doorgevraagd, waardoor de staatssecretaris zich op onderdelen onvoldoende een beeld zou hebben gevormd, overwoog de Afdeling dat hiermee wordt miskend

dat het aan de vreemdeling is om met name in het nader gehoor zelf zijn vluchtmotieven naar voren te brengen en niet aan de staatssecretaris om deze met vragen aan het licht te brengen. Het verslag van het nader gehoor

14 Zie voor een overzicht mijn noot bij JV 2002/73.

15 Zie ABRvS 4 september 2002, JV 2002/358: “Het Handboek bevat geen regels die de staatssecretaris binden bij zijn beoordeling of een vreemdeling gegronde redenen heeft voor vervolging te vrezen.” Zie over de status van het Handboek nader Spijkerboer/Vermeulen 1995, p. 497-498.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

biedt geen grond voor het oordeel dat de vreemdelingen daartoe niet of onvoldoende in staat zijn gesteld.¹⁶

Hoewel de Afdeling niet aangeeft op welke bepalingen zij deze visie baseert, sluit deze overweging goed aan bij de op artikel 31 lid 1 Vw 2000 gestoelde overwegingen die spreken van de verplichting van de vreemdeling om het asielrelaas aannemelijk te maken. De interview-ambtenaar kan er mee volstaan om, conform de algemene lijn van de Afdeling, de asielzoeker er op te wijzen dat de relevante informatie verstrekt moet worden.

Waar het gaat om door de staatssecretaris ingebrachte *deskundigenberichten*, met name ambtsberichten van de Minister van Buitenlandse Zaken, stelt de Afdeling zware eisen aan betwisting daarvan. De algemene lijn zette de Afdeling uit in een uitspraak over een Srilankaanse Tamil, waarin de relevantie van littekens centraal stond. Zij overwoog

dat een ambtsbericht van de Minister van Buitenlandse Zaken omtrent de situatie in een land kan worden aangemerkt als een deskundigenadvies aan de staatssecretaris ten behoeve van de uitoefening van diens bevoegdheden. Daartoe dient het ambtsbericht op een onpartijdige, objectieve en inzichtelijke wijze informatie te verschaffen, onder aanduiding – voor zover mogelijk en verantwoord – van de bronnen, waaraan deze is ontleend. Indien aan deze eisen is voldaan, mag de staatssecretaris bij de besluitvorming op asielaanvragen van de juistheid van die informatie uitgaan, tenzij concrete aanknopingspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan. In dat geval zal de staatssecretaris het ambtsbericht niet dan na het instellen van nader onderzoek terzake en bevestiging van de desbetreffende informatie aan zijn besluit ten grondslag mogen leggen.¹⁷

- 16 ABRvS 28 december 2001, JV 2002/73, NAV 2002/61, AB 2002, 146, RV 2001, 10. Overigens is deze benadering ook te vinden op andere punten. Zo overwoog de Afdeling met betrekking tot een asielzoeker uit Ivoorkust, die stelde dat de staatssecretaris onvoldoende onderzoek had gedaan naar de relevantie van littekens: “Het is aan de vreemdeling om het mogelijke belang van aanwezige littekens voor het asielverzoek met een geloofwaardig relaas aannemelijk te maken, niet aan de staatssecretaris om aannemelijk te maken dat die littekens zulk belang missen.” ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/147; ABRvS 12 juli 2002, JV 2002/302: het is aan de asielzoeker “om volledig mee te werken aan de vaststelling van zijn identiteit en nationaliteit en niet aan de staatssecretaris om hiernaar aan de hand van de uitingen van appellant nader onderzoek te doen.”
- 17 ABRvS 12 oktober 2001, JV 2001/325, NAV 2002/2, AB 2001, 359. Vergelijk Vz ABRvS 17 oktober 2001, JV 2002/7, AB 2002, 108; ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11; ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76, NAV 2002/59.

De door de asielzoeker aangevoerde argumenten ter bestrijding van de op basis van het ambtsbericht getrokken conclusies worden zorgvuldig uitgesplitst. Een aangevoerde uitspraak van een Britse rechter betrof niet een vergelijkbare zaak; de aangevoerde uitlatingen van één mensenrechtenorganisatie waren niet strijdig met het oordeel van de rechtbank, en de uitlatingen van een andere mensenrechtenorganisatie streden volgens de Afdeling niet met de informatie in het ambtsbericht. In een beslissing in een Somalische zaak gaf de Afdeling aan dat, indien Amnesty International twijfels uitspreekt over de juistheid van een passage in een ambtsbericht, dit eerst een aanknopingspunt voor twijfel over de juistheid of volledigheid van het ambtsbericht oplevert als Amnesty dit met concrete voorbeelden onderbouwt, dan wel daarvoor een concrete grondslag biedt.¹⁸

In een andere zaak had een asielzoeker kennelijk veel documenten en veel stellingen ingebracht, waarmee de juistheid van het ambtsbericht werd bestreden. De Afdeling oordeelde dat de rechtbank, die het beroep van de asielzoeker had verworpen, niet gehouden was alle door de asielzoeker aangevoerde gronden afzonderlijk te bespreken. Gelet op het dossier moest, aldus de Afdeling, worden aangenomen dat de rechtbank alle door appellant bij de aanvraag overgelegde bescheiden kende. Die stukken hadden de rechtbank kennelijk geen aanleiding gegeven om tot een ander dan het uitgesproken oordeel te komen.¹⁹

Er zijn mij geen uitspraken bekend waarin de Afdeling oordeelde dat er wel concrete aanknopingspunten waren voor twijfel aan de volledigheid of juistheid van ambtsberichten.

Vergelijkbaar is de opstelling van de Afdeling in een zaak waarin de staatssecretaris heeft beslist dat het asielverzoek op grond van de Overeenkomst van Dublin door Duitsland behandeld moet worden. Uit dactyloscopisch onderzoek was namelijk gebleken dat betrokkene eerder in Duitsland onder een andere naam een asielaanvraag had ingediend. Omdat de asielzoeker zijn stellingen dat hij nooit in Duitsland was geweest niet kon onderbouwen, hoefde de staatssecretaris geen actie te ondernemen om een contra-expertise mogelijk te maken:

Appellant heeft geen reis- of identiteitspapieren, dan wel andere bescheiden overgelegd om zijn stellingen omtrent zijn reis van Sierra Leone naar Nederland te staven. Onder die omstandigheden heeft de rechtbank in de

18 ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76, NAV 2002/59. Vgl. ABRvS 30 juli 2002, JV 2002/315.

19 Vz ABRvS 17 oktober 2001, JV 2002/7, AB 2002, 108. Overigens laat de Voorzitter na aan te geven hoe dit zich verhoudt tot het vereiste dat een beslissing de gronden vermeld waarop zij berust.

enkele stelling van appellant dat hij niet in Duitsland is geweest geen aanleiding hoeven zien om de staatssecretaris op te dragen de stukken van het dactyloscopisch onderzoek bij de Duitse autoriteiten op te vragen voor contra-expertise.²⁰

Het vertrouwen dat de Afdeling stelt in zijdens de overheid opgestelde deskundigenberichten komt overigens in een merkwaardig licht te staan in een zaak die draaide om de nationaliteit van de betrokkene. Het rapport van een door de staatssecretaris ingebrachte taalanalyse stelde dat de asielzoekster “eenduidig te herleiden (was) tot de spraak- en cultuurgemeenschap binnen Sierra Leone.” Hieruit volgde volgens de Afdeling niet vanzelfsprekend dat zij de Sierraleonense nationaliteit bezat, omdat zij eerder als Keniaanse asiel in Duitsland had gevraagd, en de Keniaanse autoriteiten voor haar een laissez-passer hadden afgegeven.²¹ Later stelde de Afdeling wel weer veel vertrouwen in een taalanalyse.²²

Artikel 31 lid 2 onder f Vw 2000 bepaalt dat bij het onderzoek naar de asielaanvraag mede wordt betrokken de omstandigheid dat de vreemdeling ter staving van zijn aanvraag geen reis- of identiteitspapieren dan wel andere bescheiden kan overleggen die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van de aanvraag, tenzij de vreemdeling aannemelijk kan maken dat het ontbreken van deze bescheiden niet aan hem is toe te rekenen. Deze bepaling is, op redactionele aspecten na, identiek aan artikel 15 c lid 1 onder f van de oude Vreemdelingenwet.

Allereerst valt op dat de Afdeling deze bepaling ook toepasselijk acht als de vreemdeling wel een document overlegt. Zo overwoog de Afdeling in een Congolese zaak:

De vreemdeling heeft aan de staatssecretaris weliswaar een identiteitskaart, doch geen documenten over zijn reis van de Democratische Republiek Congo (hierna: DRC) naar Nederland, dan wel andere bescheiden die voor de beoordeling van zijn aanvraag noodzakelijk zijn, overgelegd. Er is geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris het ontbreken van die documenten en bescheiden niet aan hem heeft mogen toerekenen.²³

20 ABRvS 20 maart 2002, JV 2002/146.

21 ABRvS 23 juli 2002, JV 2002/309.

22 ABRvS 7 augustus 2002, JV 2002/324.

23 ABRvS 8 april 2002, JV 2002/172; vergelijkbaar is ABRvS 10 april 2002, JV 2002/178, waarin een asielzoekster een geboorteakte had overgelegd waaruit haar gemengde afkomst (kennelijk relevant voor de beoordeling van de asielaanvraag) bleek. Zie ook ABRvS 3 juli 2002, JV 2002/296.

Onder welke omstandigheden de Afdeling meent dat de vreemdeling aannemelijk heeft gemaakt dat het ontbreken van bescheiden hem niet is toe te rekenen is onduidelijk. Wel duidelijk is dat zij het oordeel van de staatssecretaris terzake marginaal toetst:

Niet in geschil is dat de vreemdeling ter staving van de aan zijn aanvraag ten grondslag gelegde stellingen geen reis- of identiteitspapieren, dan wel andere bescheiden heeft overgelegd, die voor de beoordeling van die aanvraag noodzakelijk zijn. In de door de vreemdeling gestelde feiten en omstandigheden heeft de staatssecretaris geen grond hoeven vinden de vreemdeling de gevolgen daarvan niet toe te rekenen.²⁴

Opvallend is overigens dat de Afdeling hier niet het oordeel van de rechtbank, maar dat van de staatssecretaris toetst. Deze kwestie is echter niet specifiek voor documentlozen, en wordt meer in het algemeen behandeld in paragraaf 2.1.6. De Afdeling heeft geoordeeld dat het feit dat een asielzoekster minderjarig is niet tot de conclusie leidt dat het ontbreken van documenten niet aan haar kan worden toegerekend.^{24a}

Op alle punten die de revue passeerden blijkt dat de gevolgen die de Afdeling trekt uit de verhouding tussen de onderzoeksplicht op grond van artikel 3:2 Awb en de informatieplicht op grond van artikel 4:2 Awb op het punt van het asielrecht verstrekkend te zijn. Het bewijsdomein van de overheid is beperkt.

4.2.1.2 *Geloofwaardigheid (art. 31 lid 1 en 31 lid 2 sub f Vw 2000)*

In de praktijk van het asielrecht staat de beoordeling van de geloofwaardigheid van de verklaringen van de asielzoeker centraal. Het gaat om een gecompliceerde beoordeling. Het bestuur gaat er, en dat is niet onbegrijpelijk, van uit dat asielzoekers kunnen liegen in de hoop op die wijze toelating tot Nederland te krijgen. Anderzijds verkeren asielzoekers vrijwel steeds in bewijsnood, omdat van centrale elementen in het vluchtrelaas (bijvoorbeeld marteling) vrijwel nooit rechtstreeks bewijs te leveren is. Bovendien kunnen getraumatiseerde asielzoekers onvolledige, onjuiste of inconsistente verklaringen afleggen.²⁵

24 ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/147; ABRvS 30 juli 2002, JV 2002/315.

24a ABRvS 25 juni 2002, JV 2002/292.

25 Zie par. 195 e.v. UNHCR Handboek.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

De Afdeling toetst het oordeel van de staatssecretaris met betrekking tot de geloofwaardigheid zeer marginaal. Zo worden formuleringen gebruikt als: “Er is geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid (...) op het standpunt heeft kunnen stellen dat het individuele relaas van de vreemdeling niet geloofwaardig is.”²⁶ In een aantal zaken komen kip-ei kwesties aan de orde: de asielzoeker stelt dat, met name, littekens (die zouden duiden op marteling) het vluchtrelaas geloofwaardig maken, terwijl de Afdeling zich op het standpunt stelt

dat uit artikel 31, eerste lid, van de Vw 2000 voortvloeit dat het belang van de aanwezigheid van littekens moet worden beoordeeld in de context van het asielrelaas van de vreemdeling. Nu de staatssecretaris dat asielrelaas ongeloofwaardig achtte, hoefde hij niet nader te treden in de vraag of de gestelde littekens kunnen duiden op martelingen.²⁷

Ook met betrekking tot de vraag of de staatssecretaris moet uitgaan van de juistheid van correcties en aanvullingen op het verslag van nader gehoor wordt een marginale toets aangelegd.²⁸

Een centrale rol in de Afdelingsjurisprudentie over geloofwaardigheid speelt artikel 31 lid 2 onder f Vw 2000, dat over documentlozen gaat. Een van de standaardoverwegingen in zaken waarin geen (of onvoldoende, zie boven) documenten zijn overgelegd luidt:

De staatssecretaris heeft zich op het standpunt mogen stellen dat de vreemdeling aan de in beginsel aanwezige bereidheid om het asielrelaas, voor zover consistent en niet onaannemelijk, voor waar te houden, voor zover daarvan redelijkerwijs geen onderbouwing kan worden gevergd, afbreuk heeft gedaan.²⁹

26 ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/147; ABRvS 16 mei 2002, JV 2002/223; ABRvS 31 mei 2002, JV 2002/266; ABRvS 3 juli 2002, JV 2002/296; ABRvS 1 augustus 2002, JV 2002/322.

27 ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/147; deze uitspraak bevat een vergelijkbare overweging m.b.t. het feit dat het relaas past in het algemene beeld dat over het land van herkomst bekend is. Vgl. ABRvS 7 februari 2002, 200106169/1, n.g.

28 ABRvS 27 juni 2002, JV 2002/326.

29 Zie o.m. ABRvS 3 december 2001, JV 2002/13, NAV 2002/63; ABRvS 28 december 2001, JV 2002/73, NAV 2002/61, AB 2002, 146, RV 2001, 10; ABRvS 8 april 2002, JV 2002/172; ABRvS 16 mei 2002, JV 2002/223; ABRvS 4 juli 2002, 200202713/1, n.g.

Soms wordt echter een stilliger formulering gebruikt:

De staatssecretaris heeft zich (...) op het standpunt mogen stellen dat de vreemdeling in verband hiermee de in beginsel aanwezige bereidheid om het asielrelaas, voor zover consistent en niet onaannemelijk, voor waar te houden, voor zover daarvan redelijkerwijs geen onderbouwing kan worden geleverd, niet toekomt.³⁰

Het is niet duidelijk hoe deze overweging zich verhoudt tot de door de Afdeling gehonoreerde stelling van de staatssecretaris dat niet uit het enkele feit dat de vreemdeling geen reisdocumenten heeft overgelegd wordt afgeleid dat de oprechtheid van het asielrelaas op voorhand is aangetast.³¹ Dat lijkt immers juist wel de portee te zijn van de zojuist aangehaalde overweging. Mogelijk zocht de Afdeling een genuanceerdere benadering dan voorheen. Ook de recente overweging dat de in artikel 31 lid 2 genoemde omstandigheden op zichzelf niet voldoende zijn om tot een afwijzing te komen wijst in die richting.³²

Onduidelijk is de beslissing van de Afdeling in een zaak waarin de asielzoekster stelt dat de staatssecretaris haar vluchtrelaas aannemelijk acht, zodat er geen ruimte is om artikel 31 lid 2 onder f Vw 2000 tegen te werpen. Deze grief sluit aan bij de hierboven aangehaalde overweging, die documentloosheid als relevant voor de geloofwaardigheid aanmerkt. Zonder nadere toelichting oordeelt de Afdeling dat het feit dat betrokkene documentloos is betrokken kan worden bij de beoordeling of gegronde vrees voor vervolging aannemelijk is gemaakt. Betekent dit dat, bij vaststaande feiten, gegronde vrees voor documentlozen minder snel aannemelijk wordt geacht dan bij gedocumenteerden?

De Afdeling accepteert niet als argument dat de reisagent van de betrokken asielzoekers heeft geëist dat zij hun documenten vernietigen of bij aankomst aan hem teruggeven, omdat die stelling “niet kan afdoen aan hun eigen verantwoordelijkheid voor de onderbouwing – waar mogelijk – van hun reis- en asielrelaas.”³³ Mij is slechts één beslissing van de Afdeling bekend waarin op dit punt ten voordele van de asielzoeker werd beslist; het ging om een zaak waarin de rechtbank er ten onrechte van uit was gegaan dat de staatssecretaris het ontbreken van documenten als zelf-

30 ABRvS 8 april 2002, JV 2002/172.

31 ABRvS 11 juli 2002, JV 2002/299.

32 ABRvS 29 juli 2002, JV 2002/314.

33 ABRvS 28 december 2001, JV 2002/73, NAV 2002/61, AB 2002, 146, RV 2001, 10.

standige grond voor de ongeloofwaardigheid van het vluchtrelaas had aangevoerd. Dat was niet het geval geweest, en daarvoor was ook onvoldoende grond, aldus de Afdeling.³⁴

Onder de oude Vreemdelingenwet werden niet alle ongeloofwaardigheden aan een asielzoeker tegengeworpen. Soms werd overwogen dat ongeloofwaardigheid op ondergeschikte punten niet in de weg stond aan de geloofwaardigheid van de kern van het asielrelaas. Zo betekende een ongeloofwaardige verklaring over de reisroute niet noodzakelijkerwijze dat ook de asielmotieven zelf ongeloofwaardig zijn. De Afdeling verwerpt zulke onderscheidingen nadrukkelijk:

Tevens heeft de president ten onrechte geoordeeld dat de overwegingen van de staatssecretaris over de innerlijk en onderling tegenstrijdige verklaringen niet konden leiden tot het oordeel dat de vreemdelingen in hun verklaringen ongeloofwaardig zijn, omdat deze tegenstrijdigheden niet de kern van hun vluchtmotieven zouden raken. Gegeven de op de asielzoeker rustende verplichting om volledige medewerking te verlenen aan het onderzoek of hij aan de vereisten voor toelating voldoet en daartoe alle informatie te verschaffen waarover hij beschikt of redelijkerwijs had kunnen beschikken, is er bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van diens verklaringen geen grond voor het door de president gemaakte onderscheid tussen punten die wel en andere die niet de kern van de vluchtmotieven zouden betreffen.³⁵

Als de vreemdeling bijvoorbeeld ongeloofwaardige verklaringen aflegt over het ontbreken van documenten, dan meent de Afdeling dat de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat alle verklaringen ongeloofwaardig zijn.

4.2.2 *De kritiek*

De Afdeling lijkt, als men naar haar jurisprudentie over de bewijslastverdeling kijkt, te zijn afgestapt van het idee dat er in het asielrecht sprake is van een gedeelde bewijslast. Van de gedeelde bewijslast wordt uitgegaan door o.m. het UNHCR Handboek (par. 196) en de literatuur.³⁶ Als uit het verslag van het nader gehoor blijkt dat de

34 ABRvS 10 januari 2002, NAV 2002/60.

35 ABRvS 28 december 2001, JV 2002/73, NAV 2002/61, AB 2002, 146, RV 2001, 10. Vgl. ABRvS 31 mei 2002, JV 2002/266; ABRvS 9 juli 2002, JV 2002/275; ABRvS 14 juni 2002, JV 2002/276.

36 Grahl-Madsen 1966, p. 145-150; Hathaway 1991, p. 81-97; Spijkerboer/Vermeulen 1995, p. 69-72; Goodwin-Gill 1996, p. 349 e.v.

standaardverklaringen door de contactambtenaar zijn afgelegd (inhoudend dat de asielzoeker alle relevante feiten moet vermelden, dat hetgeen verteld wordt vertrouwelijk zal worden behandeld, e.d.), dan is voldoende informatie gegeven over hetgeen van de asielzoeker verwacht kan worden, en is het de asielzoeker die feiten naar voren moet brengen en aannemelijk moet maken. Hiermee wordt toegestaan dat contactambtenaren een passieve houding zouden innemen, hetgeen in de jurisprudentie onder de oude Vreemdelingenwet niet werd toegestaan, en hetgeen ook haaks staat op de praktijk.³⁷ Het risico is dat de Afdeling hiermee de eisen aan hetgeen de asielzoeker uit zichzelf aandraagt zo zeer opschroeft, dat het met name voor kwetsbare asielzoekers (denk aan getraumatiseerden) onmogelijk kan worden om aan de bewijslast te voldoen, hetgeen een schending zou opleveren van de verplichting om het Vluchtelingenverdrag te goeder trouw na te leven.

De manier waarop de Afdeling omgaat met de ambtsberichten is op inhoudelijke gronden bestreden.³⁸ Terlouw heeft er op gewezen dat de Afdeling een onduidelijke manoeuvre uitvoert door de ambtsberichten als deskundigenberichten aan te merken.³⁹ De Minister van Buitenlandse Zaken heeft geen omvattende formele rol in de asielprocedure. Artikel 42 lid 2 Vw 2000 bepaalt dat de inwilliging van een asielaanvraag mede is afgestemd op het beleid dat na overleg met de Minister van Buitenlandse Zaken wordt gevoerd. Hieruit blijkt echter niet dat de Minister van Buitenlandse Zaken een rol als deskundige heeft. In de Memorie van Toelichting wordt de rol van de Minister genoemd waar het gaat om artikel 42 lid 4 Vw 2000; onderzoek ten bate van ambtsberichten worden genoemd als een voorbeeld van onderzoek door derden als bedoeld in die bepaling.⁴⁰ De Minister is evenmin een wettelijk adviseur in de zin van artikel 3:5 Awb. Terlouw stelt dat er voor de rol van ambtsberichten geen andere wettelijke basis is aan te wijzen dan artikel 3:2 Awb – de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan. Deze onderzoeksplicht ligt echter bij het bestuursorgaan dat het besluit voorbereidt, i.c. de staatssecretaris. Het lijkt redelijk om, waar een bestuursorgaan derden als deskundige inschakelt, er van uit te gaan dat het bestuursorgaan zich moet vergewissen van de deugdelijkheid van de gebruikte informatie.⁴¹ Die kant wil de Afdeling nu juist niet op. De onderzoeksplicht van de

37 Zo wordt in Vc 2000, C3/13.4.2 gesteld dat de contactambtenaar, na de eigen weergave van het asielrelaas door de asielzoeker, de verschillende aspecten van het asielrelaas onderzoekt, kennelijk door het stellen van nadere vragen.

38 Zie bijvoorbeeld de noot van Schoorl bij NAV 2002/2.

39 Zie haar noot bij RV 2001, 12.

40 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 46.

41 In die zin o.m. Rb 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 10 februari 1999, RV 1999, 2.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

staatssecretaris wordt beperkt geacht, hoewel het gaat om feiten die binnen het bewijsdomein van het bestuur liggen. Met de stelling dat ambtsberichten onpartijdig en objectief dienen te zijn introduceert de Afdeling, zo lijkt het, een presumptie dat dat ook daadwerkelijk het geval is. Daarmee krijgt de informatie die het bestuur inbrengt in bewijsrechtelijk opzicht een streepje voor ten opzichte van mensenrechtenorganisaties, zonder dat de Afdeling de juridische basis van dit zwaardere gewicht identificeert.

Met betrekking tot documentlozen valt een aantal dingen op. Ten eerste acht de Afdeling het ook mogelijk om artikel 31 lid 2 onder f Vw 2000 tegen te werpen als een vreemdeling wel een document heeft overgelegd, zelfs als het om een identiteitsdocument gaat.⁴² Dit is niet verenigbaar met de parlementaire geschiedenis,⁴³ waaruit zonneklaar blijkt dat de bepaling alleen is bedoeld voor asielzoekers die niet beschikken over enig reisdocument,⁴⁴ die “volledige ongedocumenteerd” zijn.⁴⁵ De Afdelingsjurisprudentie geeft dus een andere betekenis aan een wettelijke term dan uit de bedoeling van de wetgever voortvloeit.

Een volgende punt dat opvalt is dat de Afdeling het oordeel van de staatssecretaris inzake de toerekenbaarheid van het ontbreken van documenten marginaal toetst. Dat lijkt weliswaar in het algemene beeld te passen inzake de marginale toetsing (zie nader par. 2.1.7), maar is in het licht van de voorgeschiedenis van deze bepaling wel opmerkelijk. De regering wilde aanvankelijk in de wet opnemen dat de vreemdeling moest *aantonen* dat het ontbreken van documenten niet was toe te rekenen. Op aandrang van de Raad van State werd dit verzacht tot *aannemelijk maken*.⁴⁶ De Afdeling onderwerpt het oordeel van de staatssecretaris terzake nu aan een marginale toets, waardoor het aan haar toezicht is onttrokken of het genuanceerde onderscheid tussen aantonen en aannemelijk maken wel goed wordt gemaakt. Bij een te harde toepassing dreigt refoulement. Dit klemt temeer omdat het criterium dat de asielzoeker aannemelijk moest maken dat het ontbreken van documenten niet was toe te rekenen voorwerp is geweest van uitgebreid overleg tijdens het wetgevingsproces. De Raad van State meende dat de bewijslast terzake van de toereken-

42 ABRvS 8 april 2002, JV 2002/172; ABRvS 10 april 2002, JV 2002/178.

43 I.c. gaat het om de parlementaire geschiedenis van artikel 15c lid 1 onder f Vw (oud), nu met artikel 31 lid 2 onder f Vw 2000 niet is beoogd in de overeenkomstige bepaling uit de oude wet wijziging te brengen, TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 40-41. Zie over de parlementaire geschiedenis van artikel 15c lid 1 onder f Vw (oud) uitgebreid mijn noot bij Pres. Rb. 's-Gravenhage 31 maart 1999, RV 1999, 13. Ik ga daarin ook meer in op de inconsistenties in de parlementaire geschiedenis.

44 TK 1997-1998, 26 088, nr. 3, p. 1, p. 3.

45 TK 1997-1998, 26 088, nr. 3, p. 1.

46 TK 1997-1998, 26 088, A, p. 1-2.

baarheid niet uitsluitend op de vreemdeling kon worden gelegd, mede gezien de uit het Vluchtelingenverdrag voortvloeiende verplichtingen.⁴⁷ Het begrip aannemelijk maken impliceert, aldus de regering, een evenredige verdeling van de bewijslast tussen de asielzoeker en de overheid.⁴⁸ De asielzoeker maakt, aldus de Memorie van Antwoord, de niet-toerekenbaarheid aannemelijk als sprake is van geloofwaardige en consistente verklaringen, die overeenstemmen met hetgeen overigens bekend is.⁴⁹ Als twijfel bestaat over de toerekenbaarheid, krijgt de asielzoeker het voordeel van de twijfel en wordt geconcludeerd tot niet-toerekenbaarheid.⁵⁰

Tenslotte is de vraag welke gevolgen aan het toerekenbaar ontbreken van documenten kunnen worden verbonden. Tijdens de parlementaire geschiedenis van artikel 15c lid 1 onder f Vw (oud) heeft de regering talloze malen herhaald dat, ongeacht het ongedocumenteerd zijn van een asielzoeker, steeds een inhoudelijke beoordeling van de vluchtmotieven zal plaatsvinden.⁵¹ Ook is benadrukt dat het enkele feit dat een asielzoeker niet over documenten beschikt niet zal leiden tot toepassing van de betreffende bepaling.⁵² Het bondigst zei de Staatssecretaris het tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer: "Het ontbreken van documenten is geen zelfstandige beslissende factor in de beoordeling van de asielaanvraag. De beoordeling vindt altijd plaats op individuele basis en in het licht van het volledige feitencomplex."⁵³ Hiermee spoot niet de huidige, door de Afdeling mogelijk goedgekeurde praktijk die er op neer komt dat een vluchtrelaas in principe niet geloofwaardig wordt geacht als de asielzoeker geen documenten heeft. Doordat op deze manier de bewijslast voor de asielzoeker wordt opgeschroefd wordt het ontbreken van documenten, anders dan de staatssecretaris zei, wel een zelfstandige beslissende factor. Hier past wel de kanttekening dat de Afdelingsjurisprudentie soms sterk geformuleerd is, maar soms milder. Zo wordt in de zaak van een documentloos echtpaar eerst overwogen dat zij verwijtbaar niet over documenten beschikken, waarna ook het asielrelaas inhoudelijk wordt getoetst.⁵⁴ De lijn van de Afdeling is voor alles onhelder.

47 TK 1997-1998, 26 088, A, p. 1.

48 EK 1998-1999, 26 088, nr. 138c, p. 5; vgl. Hand TK 26 november 1998, p. 30-2112.

49 TK 1998-1999, 26 088, nr. 5, p. 2.

50 EK 1998-1999, 26 088, nr. 138c, p. 3.

51 TK 1997-1998, 26 088, nr. 3, p. 2; TK 1997-1998, 26 088, nr. 5, pp. 6, 11; Hand TK 26 november 1998, pp. 30-2113, 2115, 2117, 2118, 2120, 2142-3; EK 1998-1999, 26 088, nr. 138a, pp. 3, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 17; Hand EK 19 januari 1999, pp. 16-493, 494, 495.

52 TK 1997-1998, 26 088, nr. 3, p. 3; TK 1997-1998, 26 088, nr. 5, pp. 1, 2-3, 11; Hand TK 26 november 1998, pp. 30-2112, 2113, 2115, 2121, 2140; EK 1998-1999, 26 088, nr. 138a, pp. 3, 5, 8, 10, 11, 12, 13; EK 1998-1999, 26 088, nr. 138c, p. 5.

53 Hand TK 26 november 1998, p. 30-2118, vgl. idem p. 2119.

54 ABRvS 9 juli 2002, JV 2002/275.

4.2.3 *De keuze van de Afdeling*

Waar in het verleden (tijdens de parlementaire geschiedenis, of in de jurisprudentie) nauwgezet werd gediscussieerd over de vraag wanneer moest worden doorgevraagd, wanneer documenten niet toerekenbaar ontbraken, of van welke informatie moest worden uitgegaan waar het ging om de situatie in het land van herkomst, daar heeft de Afdeling die discussie beëindigd. De jurisprudentie van de Afdeling heeft tot gevolg dat de staatssecretaris er mee kan volstaan de asielzoeker te informeren over hetgeen vermeld moet worden. Geeft de asielzoeker onvoldoende informatie (over de vluchtmotieven, of over de toerekenbaarheid van het ontbreken van documenten), dan volstaat de Afdeling met constatering als dat het aan de aanvrager, en niet aan de staatssecretaris is om de informatie te verschaffen. Op het punt van het nader gehoor heeft de Afdeling zich daarmee verwijderd van de werkelijkheid. Zoals reeds uit de in zwang zijnde vragenlijsten voor het nader gehoor blijkt, beschouwt het bestuur het wel als zijn verantwoordelijkheid om het vluchtrelaas middels vragen aan het licht te brengen. Dat is ook in overeenstemming met de stelling van o.m. de Raad van State,⁵⁵ dat de bewijslast in het asielrecht een gedeelde is.

Opmerkelijk is voorts dat de Afdeling artikel 31 lid 2 onder f Vw 2000 interpreteert op een wijze die niet spoort met de bedoeling van de wetgever, door haar toepasselijk te achten als een asielzoeker wel één of meer documenten overlegt.

Het ligt voor de hand, en spoort ook met de heersende opvatting in het asielrecht, te menen dat weliswaar de bewijslast bij de aanvrager ligt (zoals blijkt uit art. 4:2 Awb), maar dat de eis van zorgvuldig onderzoek van artikel 3:2 Awb wordt ingevuld op een manier die past bij het rechtsgebied waar het om gaat. Waar het bestuursorgaan te maken heeft met minder bestuursrechtelijk capabele, bijvoorbeeld mogelijk getraumatiseerde aanvragers, daar kan meer van het bestuursorgaan verwacht worden om de materiële rechten van de aanvrager tot gelding te brengen. Uit niets blijkt dat de Afdeling een dergelijke contextuele benadering beoogt.

4.3 **Het één status-systeem**

4.3.1 *De Afdelingsjurisprudentie*

Een van de belangrijkste doelen van de Vreemdelingenwet 2000 is het verminderen van het aantal procedures. Het meest opvallende middel om dat bereiken is het één

55 TK 1997-1998, 26 088, A, p. 1.

status-systeem. Onder de oude Vreemdelingenwet konden, in reactie op een asiel-aanvraag, drie verschillende verblijfstitels worden verleend, namelijk de toelating als vluchteling (art. 15 Vw), de vergunning tot verblijf zonder beperkingen (gestoeld op art. 11 Vw) en de voorwaardelijke vergunning tot verblijf (vvtv, op basis van art. 9a Vw). Problematisch was, dat asielzoekers die een verblijfstitel kregen die minder zekerheid of minder rechten gaf dan een andere mogelijke verblijfstitel konden “doorprocederen” voor een sterkere status. Dit werd in bredere kring als onwenselijk gezien, omdat de capaciteit van het bestuur en van de rechterlijke macht voor een deel werd gebruikt voor het behandelen van kwesties met een relatief beperkt belang, terwijl de capaciteit al niet voldoende was voor het behandelen van de procedures over de vraag of vreemdelingen überhaupt moesten worden toegelaten. Opvallend is, dat asielzoekers wier aanvraag in eerste aanleg was afgewezen in 64% van de gevallen een rechtsmiddel aanwendden, terwijl asielzoekers die in eerste instantie een vvtv hadden gekregen dat in maar liefst 96% van de gevallen deden, en asielzoekers die een vergunning tot verblijf zonder beperkingen hadden gekregen in 49% van de gevallen.⁵⁶ Om te voorkomen dat asielzoekers die al een verblijfsrecht hebben doorprocederen voor een sterkere status is in de Vreemdelingenwet 2000 het één status-systeem ingevoerd. Op grond van artikel 29 Vw 2000 leiden alle asielgerelateerde gronden voor de verlening van een verblijfsvergunning tot één en dezelfde verblijfstitel, de verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd. Aan deze vergunning zijn ongeacht de grond voor verlening dezelfde rechten en voorzieningen verbonden. De wetgever is er van uit gegaan dat met dit stelsel doorprocederen voorkomen wordt, omdat de asielzoeker die een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd heeft in beroep geen procesbelang meer heeft; hij heeft immers al wat hij wil hebben. Weliswaar maakt de grond voor verlening van deze verblijfsvergunning uit voor de intrekkinggrond, maar de gedachte van de wetgever is geweest dat daarover bij de intrekking geprocedeerd kan worden. Tijdens de procedure over een eventuele intrekking op grond van artikel 32 Vw 2000 kan de vreemdeling stellen dat de verlening niet had moeten plaatsvinden op grond van, bijvoorbeeld, artikel 29 lid 1 onder d doch op grond van artikel 29 lid 1 onder a Vw 2000.⁵⁷

56 Doornbos en Groenendijk 2001.

57 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 5; TK 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 127; TK 1999-2000, nr. 34; TK 1999-2000, 26 732, nr. 73; Hand TK pp. 85-5484, 85-5485/6 en 85-5529; Hand EK p. 4-134. Zie hierover o.m. Vermeulen 2000; Baudoin e.a. 2001, p. 108.

4.3.1.1 De uitspraak van 28 maart 2002

In een zaak had de rechtbank – tegen de duidelijke bedoeling van de wetgever in – geoordeeld dat, ondanks deze bedoeling van de wetgever, een asielzoeker aan wie een verblijfsvergunning is verleend op grond van artikel 29 lid 1 onder d Vw 2000 toch een belang heeft bij doorprocederen, omdat het daarin impliciete oordeel dat geen grond bestaat voor verlening van een vergunning op de a-, b- of c-grond finaal wordt als de termijn om beroep in te stellen tegen de beschikking waarbij de vergunning wordt verleend is verstreken. Daarom kan daarover niet meer worden gediscussieerd bij een procedure over de eventuele intrekking.⁵⁸

Meer in detail redeneerde de rechtbank als volgt. Uit Vc 2000, C1/1.1 en C1/1.2 blijkt dat een aanvraag wordt beoordeeld op de verleningsgronden van artikel 29 lid 1 Vw 2000 in de volgorde waarin ze in de wet staan. Eerst wordt dus beoordeeld of een asielzoeker in aanmerking komt voor verlening op de a-grond; is dat niet het geval, dan volgt een beoordeling in het licht van de b-grond; en zo verder.⁵⁹ Als een vergunning is verleend op de d-grond, impliceert dat derhalve dat de staatssecretaris van oordeel is dat geen aanspraak gemaakt kan worden op verlening op een hogere grond. Dit oordeel krijgt formele rechtskracht na het verstrijken van de termijn voor de aanwending van rechtsmiddelen tegen het besluit waarin dit oordeel is opgenomen. De staatssecretaris kan weliswaar toezeggen dat deze formele rechtskracht niet zal worden tegengeworpen in de procedure over een eventuele intrekking, maar in die procedure is de rechter gebonden aan de formele rechtskracht van de eerdere beschikking. Omdat het oordeel van de staatssecretaris over de toelatingsgrond in een eventuele intrekkingprocedure als vaststaand moet worden beschouwd, heeft een asielzoeker wel belang bij beroep tegen een beschikking waarin de verblijfsvergunning is verleend op, in casu, de d-grond.

De Afdeling overwoog terzake als volgt:

2.3. Een belanghebbende kan bij de terzake bevoegde rechter slechts opkomen tegen een besluit, indien hij bij het instellen van dat rechtsmiddel belang heeft, in die zin dat hij daardoor in een gunstiger positie zou kunnen geraken.

58 Rb 's-Gravenhage zp Zwolle 12 november 2001, JV 2002/50.

59 De Afdeling is deze mening eveneens toegedaan blijkens ABRvS 3 december 2001, JV 2002/13, NAV 2002/63.

2.3.1. Blijkens de wetsgeschiedenis (Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 3-6, en Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 36-44) is bij de totstandbrenging van de Vw 2000 onderkend dat, indien aan een verblijfsvergunning, naar gelang de in artikel 29 van de Vw 2000 onderscheiden verleningsgronden, uiteenlopende aanspraken worden ontleend, belang bestaat bij het opkomen tegen de beschikking tot verlening daarvan, teneinde een verblijfsvergunning op een andere grond te verkrijgen. Evenzeer treedt uit die geschiedenis ondubbelzinnig naar voren dat de wetgever zulk doorprocederen heeft willen uitsluiten. Om dit tegen te gaan heeft de wetgever gekozen voor een stelsel, waarbij wat betreft asiel slechts sprake is van één ongedeelde verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, die weliswaar op uiteenlopende gronden kan worden verleend, doch waaraan, ongeacht de grond waarop deze rust, dezelfde aanspraken kunnen worden ontleend.

2.3.2. In de stukken, noch ter zitting van de Afdeling heeft de vreemdeling kunnen aangeven, welke aanvullende of sterkere aanspraken hem zouden toekomen, indien hem een verblijfsvergunning zou zijn verleend op een andere grond dan onderdeel d van artikel 29, eerste lid, van de Vw 2000. Hoewel niet geheel kan worden uitgesloten dat andere vreemdelingen dat op enig moment wel kunnen aangeven, moet het er in dit geval derhalve voor worden gehouden dat de vreemdeling zich met het instellen van beroep bij de rechtbank hangende de geldigheidsduur van de hem verleende verblijfsvergunning geen gunstiger materiële rechtspositie kan verschaffen, zodat de vreemdeling op die grond geen belang heeft bij het door hem bij de rechtbank ingestelde beroep.

2.4. De vreemdeling stelt niettemin belang te hebben bij dat beroep, omdat aan het bestreden besluit mede het oordeel ten grondslag ligt dat hem geen verblijfsvergunning toekomt op de a-, b- of c-grond van artikel 29, eerste lid, van de Vw 2000. Indien hij tegen dat oordeel niet opkomt, wordt het voor hem in rechte onaantastbaar. Komt vervolgens de grondslag aan de verlening te ontvallen en wordt de verblijfsvergunning op grond van artikel 32, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vw 2000 ingetrokken of niet verlengd, dan kan het oordeel dat hem geen verblijfsvergunning toekomt op de a-, b- of c-grond van artikel 29, eerste lid, van de Vw 2000 door hem alsdan niet meer worden bestreden, hoewel de houdbaarheid in rechte ervan bepalend is voor de bevoegdheid tot intrekking of niet verlenging van zijn vergunning.

2.4.1. Gelet op de verplichtingen die voortvloeien uit het Vluchtelingenverdrag en artikel 3 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de

mens en de fundamentele vrijheden, zoals ook vermeld in de paragrafen C1/1.2 en C1/4.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000, dient bij de behandeling van een aanvraag om een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd, als bedoeld in artikel 28 van de Vw 2000, eerst te worden beoordeeld of de vreemdeling aannemelijk heeft gemaakt verdragsvluchteling te zijn, dan wel gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting het in artikel 29, eerste lid, onder b, omschreven risico loopt. Indien het een noch het ander het geval is, moet vervolgens worden beoordeeld of het asielrelaas grond geeft tot verlening van een verblijfsvergunning op voet van artikel 29, eerste lid, onder achtereenvolgens c en d van de Vw 2000. Hieruit vloeit voort dat in het bestreden besluit het oordeel besloten ligt dat geen aanspraak bestaat op een verblijfsvergunning op de gronden a tot en met c van het eerste lid van artikel 29 van de Vw 2000.

2.4.2. Bij de beantwoording van de vraag of de vreemdeling ten tijde van de verlening van de verblijfsvergunning belang heeft bij het opkomen tegen dat oordeel, dient te worden betrokken het wettelijk stelsel, zoals dat de wetgever voor ogen heeft gestaan en diens bedoeling om procederen voor een verblijfsvergunning, als bedoeld in artikel 28 van de Vw 2000, op een andere grond, zoveel mogelijk te voorkomen (Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 5-6 en Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II, 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 36-37). Deze bedoeling van de wetgever zou immers worden ondergraven en diens inspanningen om te komen tot een geheel geüniformeerd voorzieningensstelsel zouden vergeefs zijn geweest, indien die vraag zonder meer bevestigend wordt beantwoord. Bij de totstandkoming van de Vw 2000 is de door de vreemdeling geschetste reden om procesbelang aan te nemen herhaaldelijk aan de orde geweest (Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 5-6, en Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 39-40). Uit deze passages uit de wetgeschiedenis is af te leiden dat de wetgever niet heeft gewild dat het aanvankelijk oordeel van de staatssecretaris dat geen aanspraak bestaat op een verblijfsvergunning op de gronden a tot en met c van het eerste lid van artikel 29 van de Vw 2000, welk oordeel in het bestreden besluit besloten ligt, bij gelegenheid van de intrekking niet meer aan de orde zou zijn in de besluitvorming en, als zijnde in rechte onaantastbaar, bij gehele of gedeeltelijke handhaving, voor de rechter niet meer zou kunnen worden aangevochten. In het verlengde daarvan heeft de staatssecretaris toegezegd dat de verlening van een verblijfsvergunning weliswaar dient te worden gebaseerd op een beoordeling van de toepasbaarheid van de gronden, vermeld in arti-

kel 29 in de daar aangegeven volgorde, doch dat die beoordeling door hem opnieuw zal plaatsvinden indien het mocht komen tot een voornemen tot intrekking van de verleende vergunning en dat hij zich alsdan in een eventueel daarop volgende procedure niet op het standpunt zal stellen dat die herbeoordeling niet kan worden aangevochten.

2.4.3. Ten tijde van het verlenen van de verblijfsvergunning is ongewis of deze binnen drie jaar zal worden ingetrokken of gevolgd zal worden door een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, in welk geval achteraf blijkt geen belang te hebben bestaan bij doorprocederen voor een verblijfsvergunning op de door de vreemdeling gewenste grond (Mondelinge behandeling II, 8 juni 2000, nr. 85, p. 5485, 5487-5488). Het streven zulk doorprocederen te voorkomen werd in aansluiting op de ratio van het vereiste van procesbelang ingegeven door de wens bestuur en rechter te ontlasten van procedures, aan het voeren waarvan heel wel ieder belang kan blijken te ontbreken (Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 168-169). In dit verband hecht de Afdeling tevens belang aan de herhaalde, stellig geformuleerde mededeling van de staatssecretaris dat bij gelegenheid van de intrekking, op de voet van artikel 32, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vw 2000, wanneer het belang bij de gekozen verleningsgrond wèl actueel wordt, deze ten volle aan de orde zal kunnen worden gesteld.

2.4.4. Op grond van de hiervoor weergegeven wetshistorie en de in dat kader door de staatssecretaris gedane toezeggingen moet er van worden uitgegaan dat het besluit van 20 april 2001, waarbij de vreemdeling een verblijfsvergunning op de voet van artikel 29, eerste lid, onder d, van de Vw 2000 is verleend, niet in rechte onaantastbaar wordt, voor zover daarin ligt besloten dat geen aanspraak bestaat op een verblijfsvergunning uit hoofde van de gronden a tot en met c van het eerste lid van artikel 29 van de Vw 2000. Gelet hierop, heeft de vreemdeling hangende de geldigheidsduur van de hem verleende vergunning geen belang bij het instellen van beroep tegen het daaraan ten grondslag liggende besluit. Zulk belang kan ontstaan, indien op de voet van artikel 32, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vw 2000 tot intrekking dan wel niet-verlenging van die vergunning wordt besloten. Alsdan zal de terzake bevoegde rechter kunnen treden in een oordeel over de grond waarop de verblijfsvergunning is verleend en de gronden waarop die niet is verleend.

2.4.5. Het vorenoverwogene leidt tot het oordeel dat de vreemdeling geen belang heeft bij het door hem ingestelde beroep bij de rechtbank en dat de rechtbank dit, door hem in dat beroep te ontvangen, heeft miskend. Het hoger beroep is derhalve gegrond. De aangevallen uitspraak dient te wor-

den vernietigd. De overige tegen die uitspraak aangevoerde grieven behoeven derhalve geen bespreking. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van de vreemdeling tegen het besluit 20 april 2001 alsnog niet-ontvankelijk verklaren.

Het komt er, kort samengevat, op neer dat de Afdeling het beginsel van de formele rechtskracht ondergeschikt maakt aan de onmiskenbare bedoeling van de wetgever, hoewel de wetgever heeft nagelaten deze bedoeling, en het feit dat deze bedoeling voorrang heeft op het beginsel, expliciet in een wettelijke bepaling vast te leggen.

4.3.1.2 De uitspraak van 5 maart 2002

Het één status-systeem gaf ook aanleiding tot overgangsrechtelijke problemen. De volgende casus deed zich een aantal keren voor. Een asielzoeker had asiel gevraagd voor de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 op 1 april 2001. De beslistermijn verliep vóór die datum. Na die datum verleende de staatssecretaris een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd. De asielzoeker betoogde dan dat de staatssecretaris een vergunning voor onbepaalde tijd had moeten verlenen (die slechts beperkt intrekbaar is), op basis van de volgende argumenten:

- als de staatssecretaris tijdig had beslist, was ik toegelaten als vluchteling op grond van de oude Vreemdelingenwet
- als dat was gebeurd, was die verblijfstitel op basis van artikel 115 lid 7 Vw 2000 omgezet in een vergunning voor onbepaalde tijd
- dus is dat de vergunning die mij verleend moet worden.

De staatssecretaris betoogde dat geen vergunning voor onbepaalde tijd kon worden verleend, op basis van de volgende redenering:

- ten tijde van de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 was nog niet beslist op de aanvraag
- op basis van artikel 117 lid 1 Vw 2000 wordt een op het tijdstip van inwerkingtreding in behandeling zijnde aanvraag voor toelating als vluchteling aangemerkt als een aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning op grond van de nieuwe wet
- het equivalent van de aanvraag om toelating als vluchteling in de Vreemdelingenwet 2000 is de aanvraag van de verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd, zodat alleen die vergunning verleend kan worden.

De centrale overweging van de Afdeling is de volgende:

Ingevolge artikel 34 van de Vw 2000 kan de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, als bedoeld in artikel 33, van de vreemdeling die, direct voorafgaande aan die aanvraag, gedurende drie achtereenvolgende jaren rechtmatig verblijf heeft genoten, als bedoeld in artikel 8, onder c, slechts worden afgewezen, indien zich op het moment waarop de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, bedoeld in artikel 28, afloopt, een grond, als bedoeld in artikel 32 voordoet. De Vw 2000 biedt overigens geen grondslag voor verlening van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, indien de vreemdeling ten tijde van de inwerkingtreding van de wet niet beschikte over enige verblijfstitel. Appellant beschikte op 1 april 2001 niet over enige verblijfstitel. De staatssecretaris heeft appellant derhalve terecht geen verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd verleend.

De Afdeling overweegt verder dat de asielzoeker rechtsmiddelen had kunnen instellen tegen het niet tijdig beslissen, en ook dat de Vreemdelingenwet 2000 er niet aan in de weg staat dat een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd wordt verleend met ingang van een datum die voor 1 april 2001 ligt, zulks op grond van artikel 44 lid 2 Vw 2000.⁶⁰

4.3.2 De kritiek

Olivier heeft op twee punten kritiek geleverd op de uitspraak van de Afdeling van 28 maart 2002.⁶¹ Ten eerste meent hij dat uit de verlening van een verblijfsvergunning op de d-grond niet voortvloeit dat de staatssecretaris meent dat de asielzoeker niet voor een verblijfsvergunning in aanmerking komt op de hogere gronden. Ten tweede meent hij dat, zelfs al is dat wel zo, bij de beoordeling van de vraag of een verblijfsvergunning kan worden ingetrokken, steeds moet worden beoordeeld of er een andere verleningsgrond was en is.

Met Olivier meen ik dat de Afdeling in haar beslissing van 3 december 2001 ten onrechte heeft geoordeeld dat, gelet op de verplichtingen die voortvloeien uit het

⁶⁰ ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/127, NAV 2002/90. Vgl. ABRvS 1 mei 2002, JV 2002/203.

⁶¹ In zijn noot bij JV 2002/153. In hun noot bij NAV 2002/127 stellen Groenewegen en Hogenberk geen substantieel andere punten aan de orde; bovendien zijn zij minder uitgesproken in hun opinies.

Vluchtelingenverdrag en het EVRM, eerst de toepasselijkheid van deze verdragen dient te worden beoordeeld, en dat pas daarna de lagere verleningsgronden aan de orde komen. Deze verdragen verplichten onder omstandigheden primair tot non-refoulement, en als een asielzoeker een verblijfsvergunning krijgt op een lagere grond wordt aan die verplichting voldaan. Weliswaar kan mijns inziens een rechtmatig in Nederland verblijvende vluchteling aanspraak maken op een aantal rechten die het Vluchtelingenverdrag aan zulke vreemdeling toekent,⁶² maar al deze rechten zijn reeds verbonden aan de ene asielstatus, zodat aan een vreemdeling met een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd geen rechten als vastgelegd in het Vluchtelingenverdrag worden onthouden. Daarom valt niet in te zien waarom het Vluchtelingenverdrag en het EVRM er aan in de weg zouden staan om vreemdelingen die een beroep kunnen doen op die verdragen een verblijfsvergunning te verlenen op bijvoorbeeld de d-grond.

Olivier miskent echter dat de circulaire wel degelijk vastlegt dat de verleningsgronden bij de beoordeling door het bestuur aan de orde komen in de volgorde waarin ze in de wet zijn opgenomen. Zolang deze passages in de circulaire zijn opgenomen, impliceert de verlening van een verblijfsvergunning op de d-grond dat de staatssecretaris van oordeel is dat de vreemdeling niet voor een verblijfsvergunning op een hogere grond in aanmerking komt.

Met betrekking tot het overgangsrecht heeft Olivier gesteld dat de uitspraak van de Afdeling weliswaar duidelijk en begrijpelijk is, maar dat deze in feite terugwerkende kracht toekent aan nieuwe regelgeving, en dat daarbij willekeurige verschillen in overigens gelijke gevallen optreden. Bovendien meent hij dat de overweging dat de vreemdeling rechtsmiddelen had kunnen instellen tegen het niet tijdig beslissen een loos argument hanteert, omdat het instellen van rechtsmiddelen er realiter niet toe had geleid dat eerder een beslissing was genomen; het had dus niets uitgemaakt voor de te beslissen casus.

4.3.3 *De keuze van de Afdeling*

Wat betreft het overgangsrecht had de Afdeling mijns inziens een haast vrije keuze. Beide opties waren goed te verdedigen, en tegen beide opties vallen reële argumenten in te brengen. Het is, in het licht van de overige jurisprudentie van de Afdeling, consistent dat zij heeft gekozen voor de optie die leidt tot de minste belasting voor bestuur en rechterlijke macht, en daarbij op de koop toe heeft willen nemen dat

62 Spijkerboer/Vermeulen, p. 416-417, p. 456-457.

vreemdelingen in een slechtere positie zijn beland dan het geval was geweest als het bestuur tijdig had beslist. Kenmerkend voor de Afdelingsjurisprudentie is, dat zij de zaak afdoet op grond van strikt formele argumenten, er nergens blijk van geeft dat zij een niet door formele argumenten gedicteerde keuze heeft gemaakt, en de door haar gemaakte keuze niet materieel onderbouwt.

De Afdeling heeft, in een opvallend breedvoerig gemotiveerde uitspraak, het één status-systeem mogelijk willen maken. Door haar eerdere oordeel over de verplichte toetsingsvolgorde was de Afdeling gedwongen om het conflict tussen het beginsel van de formele rechtskracht en de glasheldere bedoeling van de wetgever te beslechten. Met een kennelijke krachtsinspanning (Olivier spreekt van “een zware beveling” en “geen mooi kind”) lukt het de Afdeling zich te voegen naar de bedoeling van de wetgever.

Uit andere jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat niet alleen een beslissing, maar ook de motivering daarvan naar haar oordeel formele rechtskracht krijgt indien daartegen geen rechtsmiddel wordt ingesteld.⁶³ Op zichzelf genomen lijkt de beslissing van de Afdeling die hier aan de orde is goed verdedigbaar. Pas als men de jurisprudentie van de Afdeling in onderlinge samenhang beschouwt wordt deze uitspraak problematisch. Immers, op andere punten heeft de Afdeling de bedoeling van de wetgever links laten liggen, terwijl de Afdeling in haar jurisprudentie over de artikelen 4:6 Awb en 83 Vw 2000 het leerstuk van de formele rechtskracht uiterst formalistisch heeft behandeld en van geen nuancering wil weten. Op deze problemen rond de interne consistentie van de Afdelingsjurisprudentie kom ik terug in hoofdstuk 7.

Overigens deed zich hier geen Procola-problematiek voor. In haar advies had de Raad van State zich op algemene gronden zeer sceptisch getoond over het één status-systeem, maar zich niet over de (on)mogelijkheid van doorprocederen uitgelaten.⁶⁴

63 Zie bijv. 15 november 2001, JV 2002/S25, NAV 2002/11, AB 2002/54; zie nader par. 2.1.1. In deze uitspraak wordt de mogelijkheid om op te komen tegen de motivering van een uitspraak doorslaggevend geacht voor het oordeel dat hoger beroep kan worden ingesteld tegen een gunstige uitspraak van de rechtbank.

64 TK 1998-1999, nr. 26 743, A, p. 2.

4.4 De Aanmeldcentrum-procedure

4.4.1 De Afdelingsjurisprudentie

4.4.1.1 Inleiding

De Vreemdelingenwet 2000 bevat een aantal instrumenten waarmee asielaanvragen versneld kunnen worden afgedaan. Artikel 69 lid 2 Vw 2000 bepaalt dat de beroepstermijn, in afwijking van de gewone beroepstermijn van vier weken, één week bedraagt indien de aanvraag is afgedaan binnen een bij AMvB te bepalen aantal uren. Artikel 82 lid 2 onder a Vw 2000 bepaalt dat aan het beroep in dat geval geen schorsende werking is verbonden, zodat die alleen middels een verzoek om voorlopige voorzieningen kan worden verkregen.

Overigens is het bij AMvB te bepalen aantal uren niet bepaald in het Vreemdelingenbesluit 2000. Men zal daarin tevergeefs zoeken naar een artikel dat bepaalt dat het aantal uren, bedoeld in artikel 69 lid 2 en artikel 82 lid 1 onder a Vw 2000 is vastgesteld op 48 proces-uren. Het is echter kennelijk de bedoeling van de wetgever geweest dit aantal uren te bepalen in artikel 3.117 Vb 2000, dat over de voornemenprocedure gaat.⁶⁵ De voornemenprocedure zelf is gebaseerd op artikel 39 Vw 2000, dat bepaalt dat, indien de Minister voornemens is een asielaanvraag af te wijzen, daarvan schriftelijk mededeling wordt gedaan onder opgave van redenen. De asielzoeker kan daartegen een zienswijze inbrengen binnen een bij AMvB te bepalen termijn. Dit aantal uren is voor de versnelde procedure (Aanmeldcentrum-procedure, hierna: AC-procedure) geregeld in artikel 3.117 Vb. Dit artikel bepaalt dat, als de Minister voornemens is de asielaanvraag binnen 48 proces-uren af te wijzen, de vreemdeling binnen drie proces-uren een zienswijze naar voren kan brengen.

Het begrip “proces-uren” is in artikel 1.1 onder f Vb 2000 gedefinieerd als de uren die voor het onderzoek naar de asielaanvraag in een Aanmeldcentrum beschikbaar zijn, waarbij de uren van 22.00 tot 08.00 niet meetellen.

⁶⁵ Overigens rept ook de Nota van Toelichting op het Vreemdelingenbesluit 2000 in de toelichting op artikel 3.117 Vb 2000 niet van artikel 69 lid 2 of artikel 82 lid 1 onder a Vw 2000, Stb 2000, 497, p. 180-182.

De Vreemdelingencirculaire bevatte op dit punt aanvankelijk een aantal indicatoren voor en tegen afdoening van aanvragen in de AC-procedure.⁶⁶ Inmiddels bepaalt de circulaire dat in de AC-procedure een onderscheid moet worden gemaakt tussen

- enerzijds zaken waarin zonder tijdrovend onderzoek binnen de Aanmeldcentrumprocedure kan worden vastgesteld dat de aanvraag op grond van artikel 30 of 31 Vw 2000, of op grond van artikel 4:6 Awb kan worden afgewezen (waaronder op voorhand kansloze asielzaken)
- en anderzijds zaken die voorzienbaar meer onderzoek vergen of die wellicht inwilligbaar zijn.⁶⁷

Sinds de invoering van de Vreemdelingenwet 2000 wordt de AC-procedure in een toenemend aantal zaken toegepast. In 1999 werd 12% van de aanvragen in de AC-procedure afgedaan; in 2000 16%;⁶⁸ in 2001 ging het om 22%;⁶⁹ en in de periode januari tot en met april 2002 om 31%.⁷⁰ Het ligt in de bedoeling het aantal in het AC af te handelen zaken op te voeren.⁷¹

4.4.1.2 De bepaling van de uren op grond van art. 69 lid 2 en 82 lid 2 onder a Vw 2000

Zoals hierboven al werd opgemerkt, is nergens in het Vreemdelingenbesluit een bepaling te vinden die expliciet stelt dat het aantal uren als bedoeld in artikel 69 lid 2 en artikel 82 lid 2 onder a Vw 2000 wordt bepaald op 48 uren. De Afdeling overwoog, zonder nadere toelichting, dat artikel 3.117 Vb 2000 het in beide bepalingen bedoelde aantal uren bepaalt op 48 uren.⁷²

4.4.1.3 Het AC-criterium

Onder de vigeur van de oude Vreemdelingenwet was een discussie ontstaan over de vraag of er een bepaald criterium gehanteerd werd of moest worden om te bepalen

66 Zie Baudoin e.a. 2001, p. 168.

67 Vc 2000, C3/12.2.1.

68 TK 2000-2001, 19637, nr. 559.

69 TK 2001-2002, 19637, nr. 652, op een totaal van 30.913 gemaakte afspraken.

70 TK 2001-2002, 19637, nr. 675, op een totaal van 7114 gemaakte afspraken.

71 TK 2002-2003, 28 600 Hoofdstuk VI, nr. 2, p. 27; Het Justitiemagazine van september 2002 meldt dat het aantal in de AC's af te handelen zaken naar verwachting zal stijgen van 6.000 in 2001 tot 13.000 vanaf 2004, p. 16. Dit gecombineerd met het gegeven dat het kabinet zich ten doel stelt de instroom van asielzoekers vanaf 2003 terug te brengen tot 18.000 per jaar suggereert dat 72% van de asielaanvragen in de AC-procedure afgedaan moet gaan worden. Vgl. Hand. TK 5 september 2002, p. 95-5638.

72 ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/208, NAV 2001/229.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

of een zaak in de AC-procedure kon worden afgedaan.⁷³ De Rechtseenheidskamer was van oordeel dat een asielaanvraag in de AC-procedure kon worden afgedaan als in redelijkheid buiten twijfel was dat bij terugzending van de vreemdeling geen gevaar voor vervolging of schending van artikel 3 EVRM bestond.⁷⁴ Overigens is niet meteen helder of de Rechtseenheidskamer hier een apart AC-criterium aanlegde; het is ook denkbaar dat de rechtbank aansloot bij het Mosa-criterium.

De Afdeling heeft geheel en al gebroken met de gedachte dat alleen bepaalde asielzaken in de AC-procedure kunnen worden afgedaan. In de eerste uitspraak over dit onderwerp klaagde de asielzoeker dat de president niet op de juiste wijze had beoordeeld of de asielaanvraag geschikt was om in de AC-procedure te worden afgedaan. De Afdeling was met de asielzoeker van mening dat de President ten onrechte als criterium had aangelegd dat de aanvraag in de AC-procedure kon worden afgedaan, indien in redelijkheid buiten twijfel was dat bij terugzending naar het land van herkomst geen gevaar voor vervolging dan wel schending van artikel 3 EVRM bestond. Maar de Afdeling legt zelf een criterium aan dat de asielzoeker nog minder zal zijn bevallen:

Bij een beoordeling of een aanvraag geschikt is om in een aanmeldcentrum te worden afgewezen, gaat het er louter om of de staatssecretaris voornemens is om dat binnen 48 uur te doen. Deze hoeft van dit voornemen slechts af te zien, indien meer tijd nodig is om tot een beslissing te komen.⁷⁵

Dit criterium is daarna wel qua formulering, maar niet inhoudelijk gewijzigd. De Afdeling oordeelt tegenwoordig dat het er om gaat of het besluit tot afwijzing van de aanvraag op zorgvuldige wijze is genomen, en voegt daar aan toe dat dit uitmond in een beoordeling van het gedane onderzoek en de motivering van de beslissing. De wet biedt, naar het oordeel van de Afdeling, geen grondslag voor het betoog dat bepaalde categorieën aanvragen zijn uitgesloten van behandeling in het aanmeldcentrum.⁷⁶ De Afdeling wil dus niet weten van een apart AC-criterium, en

73 Zie daarover o.m. de noot van Terlouw bij RV 2001, 19 en de daar genoemde literatuur.

74 Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 2 juni 1999, JV 1999/164, NAV 1999/98.

75 ABRvS 7 augustus 2001, JV 2001/259, NAV 2001/273.

76 ABRvS 27 augustus 2001, NAV 2001/317, RV 2001, 19; vgl. ABRvS 4 oktober 2001, NAV 2001/335; ABRvS 4 oktober 2001, JV 2001/321, RV 2001, 21; ABRvS 9 oktober 2001, NAV 2001/341; ABRvS 12 oktober 2001, JV 2001/325, NAV 2002/2, AB 2001, 359; ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11; ABRvS 25 maart 2002, JV 2002/150, NAV 2002/128; ABRvS 25 juni 2002, JV 2002/292.

bezieet slechts of binnen de korte beschikbare tijd een zorgvuldige beoordeling heeft plaatsgevonden.

Dit heeft geleid tot een wijziging van de jurisprudentie van de rechtbank, die inhield dat beleidswijzigingen (het ging met name om wijzigingen in het beleid om vreemdelingen van een bepaalde nationaliteit al dan niet naar het land van herkomst te verwijderen, het zgn. landenbeleid) niet in een AC-procedure konden worden beoordeeld.⁷⁷ De Afdeling oordeelde daarentegen dat de beslissing om het landenbeleid te wijzigen niet was genomen in de AC-procedure, maar in een beleidsnotitie van de staatssecretaris die was besproken met de Tweede Kamer. Na de vaststelling van het beleid kan dat de grondslag vormen voor besluiten op individuele asielaanvragen die, als de zaak zich daarvoor overigens leent, kunnen worden afgewezen in de AC-procedure.⁷⁸

De Afdeling heeft steeds overwogen dat als een vreemdeling betoogt dat nader onderzoek nodig was voor de beoordeling van de aanvraag, en dat de aanvraag daarom niet in de AC-procedure kon worden afgewezen, concreet moet worden aangegeven wat nader onderzocht moest worden en waarom dat onderzoek nodig was om tot een juiste beslissing te kunnen komen. Er moeten concrete, op het geval toegespitste argumenten worden aangedragen.⁷⁹ De Afdeling voegde daar in één geval aan toe dat de vreemdeling moet aangeven waarom nader onderzoek door de staatssecretaris moet worden verricht, mede gelet op het feit dat uit artikel 31 lid 1 Vw 2000 volgt dat het de aanvrager is die het asielrelaas aannemelijk moet maken.⁸⁰

De enige mij bekende Afdelingsbeslissing waarin werd geconcludeerd dat de aanvraag niet in het AC kon worden afgedaan was dan ook niet gebaseerd op een apart AC-criterium, maar op het vereiste van zorgvuldig onderzoek. De staatssecretaris had, naar aanleiding van de stelling van de betrokken asielzoekers dat sprake was van traumata, een medisch advies aan de GGD gevraagd. Zonder dit advies af te wachten werd de afwijzende beschikking binnen de 48-uurstermijn uitgereikt. De Afdeling oordeelde dat de beslissing in strijd met artikel 3:2 Awb onvoldoende zorg-

77 Bijv. Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2001, JV 2001/97. Waarschijnlijk impliciet anders Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 2 juni 1999, JV 1999/164.

78 ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11; ABRvS 3 december 2001, JV 2002/13, NAV 2002/63.

79 ABRvS 7 augustus 2001, JV 2001/259, NAV 2001/273.

80 ABRvS 30 november 2001, JV 2002/38. In ABRvS 11 december 2001, JV 2002/49 wordt de noodzaak van een nader taalonderzoek onvoldoende aanwezig geacht.

vuldig was voorbereid.⁸¹ Opmerkelijk is dat de Afdeling ook geen conclusies heeft verbonden aan een TBV dat voor 1F-zaken een “routing” voorschrijft die niet was gevolgd.⁸²

4.4.1.4 De 48-uurstermijn (art. 1.1 onder f Vb 2000)

De hoofdmoot van de Afdelingsjurisprudentie betreft echter de berekening van de termijn van 48 proces-uren. De Afdeling heeft zich op dat punt aanmerkelijk strikter opgesteld dan de rechtbanken onder de oude wet plachten te doen.

Ongewijzigd is de lijn dat de termijn van 48 proces-uren begint te lopen op het moment dat de asielaanvraag formeel wordt ingediend, en niet op het daarvoor gelegen tijdstip waarop de asielzoeker zich (op uitnodiging) bij het Aanmeldcentrum vervoegt (het zgn. slagboomtijdstip).⁸³

Een eerste aanwijzing voor de strikte opstelling van de Afdeling kan gevonden worden in de uitspraak van 15 juni 2001.⁸⁴ In Vc 2000, C3/12.1 wordt gesteld dat de beschikking uiterlijk één uur voor het einde van de 48-uurstermijn wordt uitgereikt, zodat de beschikking in het laatste uur kan worden besproken met een rechtshulpverlener, die aan het einde van dat uur aangeeft of een rechtsmiddel wordt aangevend (in de wandeling wordt dit aangeduid als het vovo-uurtje). Wordt de beschikking na dat tijdstip, maar vóór het einde van de 48-uurstermijn uitgereikt, dan wordt beoordeeld of de vreemdeling door de termijnoverschrijding in zijn belang is geschaad. Is dat niet het geval, dan wordt de termijnoverschrijding niet als fataal aangemerkt.

De Afdeling begint met toetsing aan de regeling in het Vreemdelingenbesluit. De Afdeling stelt dat uit de Nota van toelichting bij het Vreemdelingenbesluit⁸⁵ valt af te leiden dat het bij proces-uren gaat om aan de te verrichten werkzaamheden daadwerkelijk bestede uren. Gelet daarop staat, aldus de Afdeling, aan een juiste toepassing van het Vreemdelingenbesluit 2000 niet in de weg de tijd die de aanvrager nodig heeft om het besluit en het aanwenden van rechtsmiddelen met zijn raadsman te bespreken buiten de berekening van de 48 proces-uren te houden. Ver-

81 ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/265.

82 ABRvS 15 augustus 2002, JV 2002/344.

83 ABRvS 22 mei 2002, JV 2002/225; ABRvS 17 juni 2002, JV 2002/273. Zie nader ABRvS 19 juli 2002, JV 2002/308 en ABRvS 7 augustus 2002, JV 2002/323. Vgl. ABRvS 1 augustus 2002, JV 2002/321.

84 ABRvS 15 juni 2001, JV 2001/210, NAV 2001/233.

85 De Afdeling verwijst hier naar Stb. 2000, 497, p. 181.

volgens geeft de Afdeling het hierboven genoemde beleid uit de Vreemdelingencirculaire weer, en merkt dit beleid niet als kennelijk onredelijk aan. Tenslotte overweegt de Afdeling dat de president met recht heeft overwogen dat de staatssecretaris zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat niet is gebleken dat de vreemdeling door de termijnoverschrijding in zijn belang is geschaad, en wordt het door de vreemdeling ingestelde hoger beroep verworpen.

In een volgende uitspraak was de vraag of de tijd die verstrijkt met het wachten op een tolk voor de rechtshulpverlener kan worden aangemerkt als beschikbaar voor het onderzoek in de zin van artikel 1.1 onder f Vb 2000. Als die tijd niet werd meegeteld voor de berekening van de 48-uurstermijn was de beschikking tijdig uitgereikt (in de praktijk werd dit niet meetellen aangeduid als het “stilzetten van de klok”), werd die tijd wel meegeteld dan was de beschikking na ommekomst van de termijn uitgereikt. De Afdeling maakte uit dat de tijd die verstrijkt met het wachten op een tolk ten behoeve van de rechtshulpverlener in beginsel niet kan worden aangemerkt als beschikbaar voor het onderzoek. De passage in de Vreemdelingencirculaire die stelt dat als, ondanks de inspanningen van de IND en de rechtshulpverlener, de tolk niet tijdig beschikbaar is, de asielzoeker wordt doorgezonden naar een Opvangcentrum (hierna: OC) voor een gewone, niet versnelde afhandeling van de aanvraag,⁸⁶ werd door de Afdeling zo uitgelegd dat als het tolkenprobleem in het licht van de andere aspecten van de zaak zulke ernstige vormen aanneemt, dat afdoening in een AC niet meer in de rede ligt, de asielzoeker wordt doorgezonden naar een OC. Omdat binnen enkele uren een tolk beschikbaar kwam, hadden zich naar het oordeel van de Afdeling geen klemmende problemen voorgedaan, zodat de tijd die was verstreken met het wachten op een tolk niet hoefde te worden meegeteld bij de berekening van de 48-uurstermijn.⁸⁷

In een volgende uitspraak liet de Afdeling zich in sterkere termen uit over de berekening van de 48-uurstermijn op grond van hoofdstuk C3/12 van de Vreemdelingencirculaire 2000. Zij stelde:

De Vw 2000 bepaalt dat het aantal uren dat beschikbaar is voor het behandelen van en beslissen op een aanvraag in een aanmeldcentrum bij algemene maatregel van bestuur wordt bepaald. Van de daarbij gestelde termijn kan niet rechtsgeldig bij die circulaire worden afgeweken.⁸⁸

86 Vc 2000, C3/12.2.4.

87 ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/208, NAV 2001/229.

88 ABRvS 7 augustus 2001, JV 2001/259, NAV 2001/273.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Deze veel stilliger formulering is van breder belang, zoals blijkt uit het vervolg van de Afdelingsjurisprudentie.

In een uitspraak van 20 december 2001⁸⁹ heeft de Afdeling een uitgebreide motivering gegeven voor haar strikte opstelling bij de berekening van de 48-uurstermijn. Zij stelde:

Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Vw 2000 en de toelichting op het Vb 2000 heeft de wetgever er voor gekozen om ter bepaling of een aanvraag geschikt is om in een aanmeldcentrum te worden afgewezen, een naar tijdsduur gemeten maatstaf voor te schrijven. Daarbij heeft de gedachte voorgezet dat de maatstaf dat binnen 48 proces-uren afdoende kan worden beoordeeld of de aanvraag kan worden afgewezen, waarborgt dat slechts zaken aldus worden afgehandeld, die geen tijdrovend onderzoek vergen. De aldus gekozen maatstaf kan deze door de wetgever beoogde waarborg slechts bieden, indien de uren die voor het onderzoek beschikbaar zijn, worden beschouwd als in aanmerking te nemen proces-uren. Artikel 1.1 aanhef en onder f, van het Vb 2000 strekt daartoe. Uit die bepaling vloeit voort dat, buiten de uren van 22.00 tot 08.00 uur, in beginsel alle uren die sedert de aanmelding van een vreemdeling tot de uitreiking van de beschikking verstrijken, als proces-uren zijn aan te merken, met uitzondering van de uren die ten gevolge van door (de staatssecretaris, TS) aan te voeren en aannemelijk te maken feiten en/of omstandigheden redelijkerwijs niet konden worden benut voor het onderzoek naar de aanvraag. Gelet op de rechtsgevolgen die de wet verbindt aan afdoening van asielzaken binnen 48 proces-uren, moet hieraan omwille van de rechtszekerheid strak de hand worden gehouden. Dat in feite geen onderzoek plaatsvindt of extra tijd wordt besteed aan bepaalde delen van het onderzoek is op zichzelf geen grond voor het oordeel dat de daarmee gemoeide tijd niet voor het onderzoek beschikbaar was. Ware dit anders, dan zouden door middel van wat (de staatssecretaris, TS) noemt 'het stilzetten van de klok' ook verhoudingsgewijze tijdrovende aanvragen via de aanmeldcentrum-procedure kunnen worden afgehandeld en zou afbreuk worden gedaan aan de betekenis van de in artikel 1.1, aanhef en onder f, van het Vb 2000 neergelegde maatstaf.

89 ABRvS 20 december 2001, JV 2002/44, NAV 2002/26, AB 2002, 135, RV 2001, 20, met noot Koers.

De strikte opstelling wordt door de Afdeling gemotiveerd door te verwijzen naar de bedoeling van de wetgever (in de AC-procedure worden alleen niet tijdrovende zaken afgedaan) en naar de rechtsgevolgen die de wet verbindt aan afdoening binnen 48 proces-uren (naar ik aanneem: de verkorte beroepstermijn van één week en het ontbreken van schorsende werking). In casu meende de staatssecretaris dat de klok terecht was stilgezet, nu de asielzoeker meer uren had gebruikt voor de voorbereiding van het nader gehoor met de rechtshulpverlener en voor het opstellen van de zienswijze. Daarover overweegt de Afdeling:

In de stukken noch ter zitting van de Afdeling is door (de staatssecretaris, TS) gemotiveerd uiteengezet dat en waarom welke van de door de vreemdeling gebruikte uren, voorzover die uitkwamen boven het in de Vreemdelingencirculaire 2000 gegunde aantal van twee proces-uren voor de voorbereiding van het nader gehoor en de in artikel 3.117, tweede lid, van het Vb 2000, gegunde drie proces-uren voor het schriftelijk naar voren brengen van de zienswijze, redelijkerwijs niet konden worden benut voor het onderzoek naar de aanvraag.

Als de staatssecretaris dus meent dat de klok moet worden stilgezet (m.a.w. dat bepaalde uren niet moeten worden meegeteld bij de berekening van de 48-uurstermijn), dan moet hij motiveren waarom die redelijkerwijs niet konden worden benut voor het onderzoek naar de aanvraag.

In een vervolguitspraak was, volgens de staatssecretaris, langdurig (naar uit de uitspraak valt op te maken: zo'n 24 uur) gewacht op de beschikbaarheid van een rechtshulpverlener voor de voorbereiding op het nader gehoor en het opstellen van de zienswijze. De Afdeling gaf nu nog uitvoeriger overwegingen:

De zinsnede: '(..) uren die voor het onderzoek naar de aanvraag (..) beschikbaar zijn', kan derhalve niet zo worden opgevat dat bij overschrijding van het aantal uren dat voor onderdelen van het onderzoek naar de aanvraag bij wettelijk voorschrift of beleidsregel is voorzien de klok kan worden 'stilgezet', ongeacht de oorzaak van die overschrijding. Voorts geldt dat alle activiteiten die noodzakelijk zijn voor een zorgvuldige besluitvorming, deel uitmaken van het onderzoek, als bedoeld in de bepaling, ook indien ze niet worden verricht door of vanwege de staatssecretaris. Het voornemen van de staatssecretaris om een zaak binnen het aanmeldcentrum af te doen, brengt diens verantwoordelijkheid voor het afronden van het onderzoek en de daarop gebaseerde besluitvorming binnen de bij het Vb 2000 gestelde

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

termijn van 48 proces-uren met zich. Hierbij past niet dat de staatssecretaris gedurende relatief lange periodes passief wacht op een voor de zorgvuldige afdoening van de zaak noodzakelijk geachte bijdrage van de zijde van de vreemdeling, onder het zogenoemde stil zetten van de klok. Gelet op de rechtsgevolgen die de wet verbindt aan afdoening van asielzaken binnen 48 proces-uren, moet aan die termijn de hand worden gehouden. Niet als proces-uren zijn slechts aan te merken de uren die ten gevolge van door de staatssecretaris aan te voeren en aannemelijk te maken feiten en/of omstandigheden redelijkerwijs niet konden worden benut voor het onderzoek naar de aanvraag. Dat in feite, bijvoorbeeld omdat onderdelen van het onderzoek niet goed op elkaar aansluiten, geen onderzoek plaatsvindt is op zichzelf geen grond voor het oordeel dat de daarmee gemoeide tijd niet voor het onderzoek kan worden benut. Een zodanige grond kan wel gelegen zijn in het niet beschikbaar zijn van voor het uitvoeren van het onderzoek noodzakelijke faciliteiten, ten gevolge van omstandigheden die de staatssecretaris niet zijn toe te rekenen, zoals bijvoorbeeld het incidenteel ontbreken van een tolk. Dat aan bepaalde delen van het onderzoek meer tijd wordt besteed dan daarvoor in de regelgeving is voorzien, vormt op zichzelf in beginsel evenmin grond om de daarmee gemoeide uren niet aan te merken als proces-uren. Geeft de rechtshulpverlener te kennen dat voor de voorbereiding van het nader gehoor, dan wel het uitbrengen van de zienswijze, meer tijd nodig is, dan vloeit uit diens verantwoordelijkheid voor het verloop van de procedure voort dat de staatssecretaris zich bezint op het voornemen de zaak via de AC-procedure af te doen. Houdt hij niettemin aan dat voornemen vast, dan ligt het op zijn weg om, voor zover het geven van de beschikking binnen de gestelde termijn van 48 proces-uren dat toelaat, de rechtshulpverlener een termijn te stellen om zijn werkzaamheden af te ronden en, voor zover nodig, het inmiddels bereikte resultaat op papier te zetten, of om toepassing te geven aan artikel 3.117, vijfde lid, van het Vb 2000.⁹⁰

In casu oordeelde de Afdeling dat slechts 2¹/₂ uur was verstreken met het wachten op een tolk, maar dat verder

90 ABRvS 25 februari 2002, JV 2002/123, NAV 2002/91. Overigens heeft de Afdeling in haar uitspraak van 1 mei 2002, JV 2002/204, ook paal en perk gesteld aan de praktijk om de 48-uurs-termijn opnieuw te laten beginnen.

in de stukken, noch ter zitting van de voorzieningenrechter, gemotiveerd (is) uiteengezet, waarom – vele – uren zijn verstreken met het wachten op het moment, waarop de rechtshulpverlener de vreemdeling kon bijstaan bij de voorbereiding van het nader gehoor en het formuleren van een zienswijze. Gesteld noch gebleken is dat de staatssecretaris zich op enig moment op de hoogte heeft gesteld van de oorzaken van dit oponthoud en is nagegaan of en op welke wijze het onderzoek weer op gang kon worden gebracht. De verwijzing naar voormelde uitspraak van 29 juni 2001 kan de staatssecretaris niet baten, aangezien het in de desbetreffende zaak ging om de niet-beschikbaarheid van een tolk en deze belemmering door toedoen van de staatssecretaris binnen enkele uren werd opgeheven.⁹¹

In het licht van het voorgaande is het opmerkelijk dat de Afdeling er van heeft afgezien om aan een mogelijke overschrijding van de 48-uurstermijn gevolgen te verbinden voor de beroepstermijn. De volgende casus deed zich voor. Een asielzoeker diende een (overigens herhaalde) aanvraag in, die in de AC-procedure werd afgewezen. De asielzoeker stelde beroep in, dat niet-ontvankelijk werd verklaard, kennelijk omdat het niet ingevolge artikel 69 lid 2 Vw 2000 binnen één week was ingediend. De asielzoeker kwam in hoger beroep, en stelde dat de aanvraag weliswaar in de AC-procedure was afgewezen, maar dat de afwijzende beschikking was uitgereikt na ommekomst van de 48-uurstermijn. Daarom was de beroepstermijn in zijn geval vier weken. De Afdeling oordeelde dat dit betoog faalde, en motiveerde dat als volgt:

Voormeld artikel 69, tweede lid van de Vw 2000 strekt ertoe dat indien de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd binnen de aanmeldcentrum-procedure is afgewezen, de beroepstermijn wordt verkort tot één week. Dat de wetgever dit voor ogen heeft gehad, valt af te leiden uit de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 67-68, waaruit blijkt dat met de zinsnede in het tweede lid van dat artikel “binnen een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen aantal uren (...) afgewezen” is bedoeld de afwijzing in de aanmeldcentrum-procedure.

Anders dan appellant betoogt is voor de beantwoording van de vraag of een aanvraag binnen 48 proces-uren is afgewezen, een inhoudelijke beoordeling van het beroep door de rechter vereist. Zo kan tussen partijen verschil van mening bestaan over de wijze waarop het aantal proces-uren is

91 Vgl. ABRvS 12 april 2002, JV 2002/175.

berekend. Het standpunt van appellant zou derhalve leiden tot een doorkruising van de door de rechter ingevolge de Algemene wet bestuursrecht te verrichten toetsing, waarbij eerst dient te worden beoordeeld of het beroep binnen de wettelijke termijn is ingediend, en derhalve ontvankelijk is, alvorens tot een inhoudelijke beoordeling daarvan kan worden overgegaan.

In geval de rechter oordeelt dat de staatssecretaris een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd niet binnen 48 proces-uren heeft afgewezen zal de rechter het besluit van de staatssecretaris vernietigen en kan de rechter hem opdragen een nieuw besluit te nemen, waarvoor alsdan een beroepstermijn van vier weken zal gelden.⁹²

4.4.1.5 Procedurele aspecten

De Vreemdelingencirculaire 2000 stelt dat de AC-procedure twee fasen kent.⁹³ Tijdens de eerste fase wordt de aanvraag formeel ingediend, en wordt een onderzoek gedaan naar de asielzoeker, de identiteit, de nationaliteit en de reisroute. Na afloop van de eerste fase wordt beoordeeld of de aanvraag verder in het AC wordt afgedaan (de zgn. procesbeslissing).⁹⁴ Als daartoe wordt besloten, dan vindt in de tweede fase de voorbereiding op het nader gehoor plaats, het nader gehoor zelf, en de uitreiking van het rapport van gehoor en het voornemen; daarna kan de asielzoeker een zienswijze indienen, waarna de afwijzende beschikking kan worden uitgereikt. Op elk moment in de tweede fase kan besloten worden de asielzoeker alsnog door te verwijzen naar een Opvangcentrum voor een gewone, niet versnelde procedure. In casu stelde de vreemdeling mede beroep in tegen de beslissing om de aanvraag in het AC af te doen. De Afdeling overwoog terzake dat de procesbeslissing niet meer is dan een interne beslissing in de zin van artikel 6:3 Awb, die voor de asielzoeker geen zelfstandige rechtsgevolgen in het leven roept. Weliswaar heeft de procesbeslissing als gevolg dat de asielprocedure sneller verloopt, en de asielzoeker m.n. minder tijd heeft om zich voor te bereiden op het nader gehoor, maar de beslissing is niet gericht op verkorting van de voorbereidingstijd. Deze verkorting volgt immers rechtstreeks uit het Vreemdelingenbesluit (de Afdeling verwijst naar art. 3.112 lid 1 onder b). Daarom is de procesbeslissing geen besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, en evenmin een handeling van een bestuursorgaan ten aanzien van een vreemdeling

92 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/143, AB 2002, 197.

93 Vc 2000, C3/12.1.

94 Vc 2000, C3/12.8.

als zodanig in de zin van artikel 72 lid 3 Vw 2000. Het gevolg is dat tegen een procesbeslissing niet zelfstandig kan worden opgekomen.⁹⁵

Een volgende kwestie betrof de praktijk dat het rapport van gehoor tezamen met het voornemen wordt uitgereikt. Artikel 3.111 lid 2 Vb 2000 bepaalt dat het rapport zo spoedig mogelijk wordt uitgereikt. De Vreemdelingencirculaire 2000 bepaalt dat het rapport tezamen met het voornemen wordt uitgereikt.⁹⁶ Een asielzoeker klaagde dat het rapport niet zo spoedig mogelijk was uitgereikt – het voornemen wordt in hoofdzaak gebaseerd op dat rapport, en dat is dus al enige tijd beschikbaar als het voornemen gereed is. De Afdeling was echter van mening dat met de term “zo spoedig mogelijk” in het Vreemdelingenbesluit blijkens de praktijk onder de oude Vreemdelingenwet en blijkens de Nota van toelichting bij het Vreemdelingenbesluit 2000⁹⁷ beoogd was aan te sluiten bij de situatie onder de oude wet. Onder de oude wet werd bestond het fenomeen voornemen niet. Het rapport van het nader gehoor werd uitgereikt, en daarop kon de asielzoeker binnen drie proces-uren een reactie geven. Doorslaggevend zijn de volgende overwegingen:

Wat onder de woorden ‘zo spoedig mogelijk’ moet worden verstaan, is in het Vb 2000 noch in het Vreemdelingenbesluit (oud) nader omschreven. De uitleg die aan deze woorden moet worden gegeven, wordt mede bepaald door den aard van de doorlopen procedure. De AC-procedure kenmerkt zich door zeer korte termijnen, ook voor het uitbrengen van het voornemen. In het kader van die verkorte procedure blijft een gedragslijn waarbij een verslag van het nader gehoor gelijktijdig met het voornemen wordt uitgereikt en voor het nabespreken van het verslag daarom ook niet apart tijd is gereserveerd, binnen de grenzen van een redelijke uitleg van de woorden ‘zo spoedig mogelijk’.⁹⁸

De termijn van drie uren begint te lopen op het moment van uitreiking. Wel kan op initiatief van de rechtshulp overleg plaatsvinden over het moment van uitreiking, en dus over het moment waarop de termijn begint te lopen.⁹⁹

95 ABRvS 4 oktober 2001, NAV 2001/335; ABRvS 4 oktober 2001, JV 2001/321, RV 2001, 21.

96 Vc 2000, C3/12.9.

97 De Afdeling verwijst naar Stb 2000, 497, p. 181.

98 ABRvS 21 februari 2002, JV 2002/142.

99 ABRvS 16 juli 2002, JV 2002/303.

Als de rechtshulpverlening meent dat meer dan drie uur nodig is voor het opstellen van de zienswijze, dan moet zij dat tijdig en gemotiveerd kenbaar maken. Gebeurt dat niet, dan kan in beginsel een beschikking gegeven worden. De verantwoordelijkheid van de staatssecretaris voor een zorgvuldige besluitvorming vergt in de visie van de Afdeling wel dat hij zich bezint op zijn voornemen om de aanvraag via de 48-uursprocedure af te wijzen, gegeven de omstandigheid dat er geen zienswijze is.¹⁰⁰ Dat de zienswijze niet tijdig kan worden ingediend wegens capaciteitsproblemen bij de rechtshulp staat er niet aan in de weg dat een beschikking kan worden uitgereikt.¹⁰¹

De Afdeling heeft tenslotte geoordeeld dat, nu de Vreemdelingenwet 2000 niet van de algemene regeling terzake in de Awb afwijkt, de rechtbank toepassing kan geven aan artikel 8:72 lid 3 Awb. Ook als de rechtbank een besluit dat is genomen in een AC-procedure vernietigt, kunnen dus onder omstandigheden de rechtsgevolgen van dat besluit in stand worden gelaten.¹⁰²

4.4.2 *De kritiek*

4.4.2.1 Het AC-criterium

Groenewegen en Van Mansfeld hebben kritiek geuit op het algemene criterium dat de Afdeling aanlegt, te weten of de aanvraag op zorgvuldige wijze binnen 48 uren kon worden afgedaan.¹⁰³ Zij merken het door de Afdeling aangelegde criterium aan als rijkelijk onduidelijk, en als wel erg ruim en vaag. Groenewegen voorspelt dat, als de Afdeling geen preciezer criterium formuleert, de rechtspraak terzake zeer casuïstisch zal blijven. Van Mansfeld voegt daaraan toe dat het gevaar van afdoening in de AC-procedure is dat er wel relevante feiten aanwezig zijn, maar dat die in de snelle procedure niet aan de orde komen. Terlouw heeft er op gewezen dat Conclusie 30 (XXXIV, 1983) van het Uitvoerend Comité van UNHCR een versnelde procedure alleen geïndiceerd acht in geval van duidelijk misbruik of kennelijk ongegronde asielaanvragen; het criterium dat de Afdeling aanlegt laat toe dat ook andere zaken

100 ABRvS 3 mei 2002, JV 2002/220. Vgl. ABRvS 19 juni 2002, JV 2002/S287.

101 ABRvS 16 juli 2002, JV 2002/303.

102 ABRvS 18 december 2001, JV 2002/119. De Afdeling liet zelf in een AC-zaak de rechtsgevolgen in stand in ABRvS 12 april 2002, JV 2002/175; het betrof een zaak waarin de 48-uurstermijn was overschreden. Vgl. ABRvS 10 april 2002, JV 2002/173, waar de instandlating van de rechtsgevolgen niet akkoord werd bevonden.

103 Noot van Groenewegen bij ABRvS 4 oktober 2001, NAV 2001/335; noot van Van Mansfeld bij ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11.

in de AC-procedure worden afgedaan. Zij bepleit dan ook dat in de rechtspraak criteria ontwikkeld worden waaraan kan worden getoetst of zorgvuldige afdoening in de AC-procedure mogelijk is. In dat verband wijst zij op het belang van de ontwerp EG-Richtlijn inzake minimumnormen voor de asielprocedure.¹⁰⁴ Ingevolge artikel 23 van het ontwerp van 18 juni 2002 kan een versnelde asielprocedure alleen in bepaalde gevallen worden toegepast. In vergelijking met het vorige ontwerp is het aantal gevallen waarin de versnelde procedure kan worden toegepast overigens wel sterk uitgebreid. Overeind blijft dat aanvragen in de toekomst niet in de AC-procedure kunnen worden afgedaan als de toekomstige EG-Richtlijn niet in die mogelijkheid voorziet. Dat zal moeten leiden tot een specificatie in regelgeving van het soort zaken dat in de AC-procedure kan worden afgedaan, en bij gebreke daarvan moet de richtlijn mogelijkwijze door de rechter zelf worden toegepast. Dat zal leiden tot een wat meer toegespitst criterium dan de Afdeling thans hanteert.

Op zichzelf lijkt het mij dat weinig bezwaren kunnen worden ingebracht tegen het criterium dat door de Afdeling wordt aangelegd. Als een aanvraag zonder schending van de relevante wettelijke bepalingen kan worden afgewezen, is die afwijzing niet aan te vechten, ongeacht de termijn waarin de afwijzing tot stand is gekomen. Met name de eis van zorgvuldig onderzoek van artikel 3:2 Awb, waarnaar de Afdeling impliciet verwijst, is in dit verband relevant. Ik deel de zorg van Van Mansfeld dat soms een versnelde procedure ongeschikt kan zijn om alle relevante feiten boven water te krijgen. Het probleem lijkt echter niet zozeer het criterium zelf te zijn. Mogelijkerwijze concludeert de Afdeling te snel dat sprake is geweest van een zorgvuldige procedure; echter, de gepubliceerde rechtspraak biedt onvoldoende aanknopingspunten voor een analyse van de Afdelingsjurisprudentie op dat punt. Ook kan worden aangevoerd dat de Afdeling mogelijk te weinig eisen stelt aan het onderzoek door de staatssecretaris, en te weinig ruimte laat voor nadere stellingen en nadere onderbouwing van eerder ingenomen stellingen door de asielzoeker, ingevolge haar stellingname inzake artikel 4:6 Awb en artikel 83 Vw 2000. Ik huldig dat standpunt inderdaad (zie hierover hoofdstuk 3), maar het gaat dan niet om het AC-criterium, doch om de opstelling van de Afdeling met betrekking tot nova en de onderzoeksplicht. De gedachte dat een aanvraag binnen 48 uur mag worden afgewezen als dat op zorgvuldige wijze kan, lijkt mij onmiskenbaar en haast per definitie juist.

104 Zij baseerde zich op het op dat moment meest recente voorstel, COM (2000) 755. Ik ga uit van het recente voorstel van 18 juni 2002, COM (2002) 326.

4.4.2.2 De 48-uurstermijn

Op de formele opstelling van de Afdeling met betrekking tot de 48-uurstermijn is wisselend gereageerd. Fonville heeft gewezen op de onder de oude wet gegroeide situatie, waarin “de klok werd stilgezet” als de rechtshulpverlener meer tijd nodig had dan de daarvoor gereserveerde twee (voorbepreking) of drie (zienswijze) uren. Dat was in de visie van Fonville simpel en werkbaar, en de rechtshulp kon onbekommerd zijn gang gaan. Daaraan is door de Afdelingsjurisprudentie een einde gekomen.¹⁰⁵ Koers lijkt positiever, en concentreert zich op de manier waarop in de praktijk met de jurisprudentie moet worden omgegaan.¹⁰⁶ Olivier bespreekt de jurisprudentie met kennelijke instemming, maar stelt dat de uitspraak van 29 juni 2001 niet in het beeld past.¹⁰⁷ Immers, omdat in de 48-uurstermijn al rekening is gehouden met wachttijden (in de wandeling aangeduid als “het weglekken van tijd”) valt niet in te zien waarom de tijd dat op een tolk wordt gewacht niet voor het onderzoek beschikbaar was. De enige die zonder reserves instemmend reageert is Terlouw.¹⁰⁸ Zij legt er de nadruk op dat, nu een inhoudelijk AC-criterium ontbreekt, de logische consequentie is dat strikt de hand wordt gehouden aan de termijn waarbinnen een zaak wordt afgedaan.¹⁰⁹

Mijns inziens is moeilijk te begrijpen dat de Afdeling bij de beoordeling van de beroepstermijn niet wil beoordelen of een zaak metterdaad binnen 48 proces-uren is afgedaan.¹¹⁰ De Afdeling baseert haar strikte toepassing van de 48-uurstermijn immers deels op een verwijzing naar de rechtsgevolgen van afhandeling in de AC-procedure; de verkorte beroepstermijn is een ingrijpend rechtsgevolg. Het is juist dat, als bij de beoordeling van de ontvankelijkheid wordt betrokken of de aanvraag metterdaad binnen 48 proces-uren is afgedaan, ontvankelijkheid en inhoudelijke beoordeling verweven raken. Maar daar is om twee redenen geen bezwaar tegen. Ten eerste is het de wetgever geweest die heeft bepaald dat de beroepstermijn verkort wordt indien een aanvraag binnen een bij AMvB te bepalen aantal uren is afgedaan. Is de aanvraag niet binnen dat aantal uren afgedaan, dan wordt de beroeps-

¹⁰⁵ Fonville 2002, p. 17.

¹⁰⁶ Noot Koers bij JV 2002/44.

¹⁰⁷ Een opmerking die Koers ook al plaatst, maar minder beargumenteert; zie voor kritiek op het stilzetten van de klok wanneer faciliteiten niet beschikbaar zijn Terlouw, noot bij NAV 2002/91. Ook Fonville merkt op dat een groot deel van de 48-uurstermijn wachttijd is, t.a.p.

¹⁰⁸ Noten bij NAV 2002/62 en NAV 2002/91.

¹⁰⁹ Ook Fonville wijst op het logische verband tussen het ontbreken van een inhoudelijk AC-criterium en een strikte berekening van de 48-uurstermijn, t.a.p.

¹¹⁰ ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/143, AB 2002, 197.

termijn niet verkort. De verwijzing van de Afdeling naar de Memorie van Toelichting is niet concludent, omdat daarin – anders dan de Afdeling suggereert – niet is te vinden dat de beroepstermijn ook wordt verkort tot één week indien de afwijzende beschikking op de aanvraag weliswaar in het AC is uitgereikt, maar na ommekomst van de bij AMvB te bepalen uren. Ten tweede doet de Afdeling het voorkomen alsof het onbestaanbaar is dat, bij de beoordeling van de ontvankelijkheid, de exacte berekening van de 48-uurstermijn moet plaatsvinden. De beoordeling van termijnen is echter typisch iets wat in de ontvankelijkheidsbeoordeling plaats dient te vinden. Daarbij komen wel vaker inhoudelijke kwesties aan de orde, denk bijvoorbeeld aan de verschoonbaarheid van een termijnoverschrijding.¹¹¹ In het vreemdelingenrecht is dat geen onbekende figuur; in het verleden moest, in verband met artikel 16 Vluchtelingenverdrag, in het kader van de ontvankelijkheid soms zelfs worden beoordeeld worden of betrokkene vluchteling was.¹¹² De Afdeling kan zonder meer worden toegegeven dat haar interpretatie van artikel 69 lid 2 Vw 2000 tot helderheid leidt; de beroepstermijn is één week indien een aanvraag in de AC-procedure is afgewezen, ook als daarbij de 48-uurstermijn is overschreden. Rechtshulpverleners weten daarmee exact waaraan zij zich te houden hebben. Dat is echter niet waartoe de heldere wettekst leidt, en daarom heeft de Afdeling haar rechtsvormende competentie zo opgerekt dat zij in feite optreedt als wetgever. Een goed denkbare oplossing zou zijn om, indien een beschikking in het AC is uitgereikt en het beroep niet binnen één week, doch wel binnen vier weken is ingediend, in het kader van de ontvankelijkheid te beoordelen of de aanvraag binnen 48 proces-uren is afgewezen. Is dat gebeurd, dan is het beroep niet-ontvankelijk. Is dat niet gebeurd, dan is het beroep ontvankelijk en daarmee ook gegrond.

4.4.2.3 De procesbeslissing

De uitspraak van de Afdeling dat de procesbeslissing een interne beslissing is, is gemengd ontvangen. Groenewegen meent dat de procesbeslissing weliswaar een besluit is, maar een voorbereidingsbesluit in de zin van artikel 6:3 Awb, waartegen geen zelfstandige rechtsgang open staat.¹¹³ Terlouw zet vraagtekens bij de juistheid van het resultaat van de argumentatie van de Afdeling, en meent dat de gevolgen van de procesbeslissing de asielzoeker rechtstreeks in zijn belang treffen.¹¹⁴

111 Zie bijv. Schreuder-Vlasblom, p. 85-87.

112 Zie daarover Spijkerboer/Vermeulen, p. 382-383 en de daar genoemde jurisprudentie en literatuur.

113 Noot bij NAV 2001/335.

114 Noot bij RV 2001, 21.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Artikel 1:3 Awb definieert het begrip besluit als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. In casu is aan de orde of sprake is van een rechtshandeling, dat wil zeggen: van een handeling die erop is gericht een rechtsgevolg teweeg te brengen.¹¹⁵ Er is sprake van een rechtsgevolg indien het gaat om het ontstaan, wijzigen of tenietgaan van een recht, verplichting, bevoegdheid of status. Vereist is dat het rechtsgevolg beoogd is.¹¹⁶ De Afdeling overweegt dat de beslissing om een zaak in de AC-procedure af te doen geen zelfstandige rechtsgevolgen heeft. Dat is juist waar het gaat om de afwijkingen die in de AC-procedure gelden met betrekking tot de verkorte beroepstermijn van één week, en het ontbreken van schorsende werking. Deze gevolgen worden immers niet door de procesbeslissing in het leven geroepen, maar door de daarop mogelijk volgende afwijzende beschikking die binnen de 48-uurstermijn is uitgereikt. Maar daarmee is nog niet beargumenteerd dat de procesbeslissing niet meer is dan een interne beslissing over de wijze waarop de aanvraag wordt afgedaan. Het gevolg is immers dat de zgn. rustperiode van artikel 3.111 lid 1 Vb 2000 niet van toepassing is; de asielzoeker kan ingevolge artikel 3.112 lid 1 onder b Vb 2000 meteen worden gehoord, zonder zes dagen te laten verstrijken na indiening van het asielverzoek. De voorbereidingstijd wordt ingekort tot twee proces-uren (Vc 2000, C3/12.9). Bovendien is de termijn voor het uitbrengen van een zienswijze ingevolge artikel 3.117 lid 2 Vb 2000 drie proces-uren in plaats van de gebruikelijke vier weken (art. 3.115 lid 2 onder a Vb 2000). De hele asielprocedure, inclusief de tijd beschikbaar voor voorbereiding en zienswijze, wordt dus verkort. Daarmee moet toch gesproken worden van het wijzigen van een recht (en dus van een rechtsgevolg), namelijk verkorting van de bij het Vreemdelingenbesluit vastgelegde recht op een rustperiode van zes dagen en een termijn voor indiening van de zienswijze van vier weken. De beslissing is daarmee niet een louter interne. De Afdeling overweegt dat het vervallen van de rusttermijn niet een rechtsgevolg is van de procesbeslissing, maar dat dit rechtstreeks uit de Vreemdelingenbesluit volgt; daarom is de procesbeslissing niet *gericht* op dit rechtsgevolg. Dat lijkt een drogredenering. Immers, de artikelen 3.112 lid 1 onder b en 3.117 lid 2 Vb 2000 knopen het gevolg van het vervallen van de rustperiode en de verkorting van de termijn voor de zienswijze vast aan het voornemen van de Minister om de zaak in de AC-procedure af te doen. Zonder de procesbeslissing treden de betreffende bepalingen niet in werking, en inwerkingtreding daarvan is één van de beoogde effecten van de procesbeslissing. Daarom is de argumentatie dat niet van een besluit kan worden gesproken niet overtuigend.

115 De Haan/Drupsteen/Fernhout 1, p. 85

116 De Haan/Drupsteen/Fernhout 2, p. 10-12; Ten Berge/Michiels p. 146-147; Ten Berge/Widdershoven p. 74.

Daarmee is nog niet uitgemaakt of in casu sprake is van een voorbereidingsbesluit. Artikel 6:3 Awb bepaalt dat een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, tenzij de beslissing de belanghebbende, los van het voor te bereiden besluit, rechtstreeks in zijn belangen treft. Voorbeelden van beslissingen die wel besluiten zijn, maar voorbereidingsbesluiten bieden besluiten over het al dan niet geven van inzage, besluiten over plaats, datum en tijdstip van horen e.d.¹¹⁷ Van Male en Goorden spreken van het “kristallisatiepunt van de besluitvorming; heeft het bestuursorgaan al een definitief besluit genomen, of moet men aannemen dat de besluitvorming nog niet is afgerond?”¹¹⁸ Het is duidelijk dat met de procesbeslissing de besluitvorming niet is afgerond.

Op basis van de bestaande argumentaties moet de procesbeslissing worden aangemerkt als een besluit dat de asielzoeker niet los van het voor te bereiden besluit in zijn belang treft. Het is echter de vraag of de bestaande argumentaties wel zonder meer op het onderhavige geval kunnen worden toegepast. Uit de jurisprudentie van de Afdeling over de artikelen 31 lid 1 en 83 Vw 2000, alsmede over artikel 4:6 Awb (zie daarover nader hoofdstuk 3), vloeit voort dat de asielzoeker in één keer het gehele asielrelaas moet vertellen en aannemelijk moet maken. Doorvragen tijdens het nader gehoor is bijvoorbeeld niet vereist. Het is onmiskenbaar zo, dat de substantiële verkorting van de tijd voor voorbereiding en zienswijze tot enkele uren de mogelijkheid voor een asielzoeker om het vluchtrelaas volledig te vertellen en het aannemelijk te maken, negatief beïnvloeden. Dat betekent dat de procesbeslissing een negatieve invloed heeft op de mogelijkheid van de asielzoeker om internationale bescherming te krijgen indien deze vereist is; de procesbeslissing heeft een zelfstandige invloed op de uitkomst van de besluitvorming.¹¹⁹ De processuele beslissing heeft dus gevolgen van materiële aard. Deze gevolgen kunnen niet worden beoordeeld tegelijk met de beoordeling van het besluit op de asielaanvraag. Dat blijkt uit de uitspraken van de Afdeling waarin bijvoorbeeld wordt overwogen dat onvoldoende is onderbouwd waarom de aanvraag niet in de AC-procedure mocht worden afgedaan als de asielzoeker stelt dat tijdens een gewone procedure meer boven tafel komt.¹²⁰ De Afdeling weigert dus als argument te aanvaarden dat toepassing van de

117 De Haan/Drupsteen/Fernhout 2, p. 13-14; Ten Berge/Widdershoven p. 79.

118 Van Male en Goorden in Ten Berge e.a. 1994, p. 61.

119 In theorie kan de strekking van de procesbeslissing mogelijk wel aan de orde komen bij de beoordeling van de vraag of de aanvraag op zorgvuldige wijze binnen 48 procesuren kon worden afgewezen. De procesbeslissing zal bij die beoordeling echter geen zelfstandige rol spelen.

120 Zie m.n. ABRvS 30 november 2001, JV 2002/38; vgl. ABRvS 7 augustus 2001, JV 2001/259, NAV 2001/273.

AC-procedure de mogelijkheden van een asielzoeker om met succes asiel te kunnen vragen negatief beïnvloedt. Daarnaast lijkt de Afdeling erg weinig ruimte te laten om in een tweede procedure nadere feiten of bewijsmiddelen aan te voeren, niet zijnde nova, met de stelling dat deze eerder niet zijn ingebracht omdat het allemaal zo snel ging.

Samenvattend: de stelling van de Afdeling dat de procesbeslissing geen besluit is, lijkt niet juist. Op basis van de bestaande doctrine en jurisprudentie moet er van uit worden gegaan dat de procesbeslissing een voorbereidingsbesluit is waartegen geen rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld. Het is echter, mede in het licht van de zeer restrictieve jurisprudentie over de herhaalde aanvraag, niet vanzelfsprekend dat deze algemene lijn ook met betrekking tot de procesbeslissing kan worden toegepast.

4.4.3 *De keuze van de Afdeling*

De Afdeling wil niet inhoudelijk ingrijpen in de handelwijze van het bestuur met betrekking tot de AC-procedure. Zij wil niet weten van een apart AC-criterium. Dat dat anders kan, blijkt uit de jurisprudentie onder de oude Vreemdelingenwet. Daar werd wel een AC-criterium aangelegd, te weten of in redelijkheid buiten twijfel was dat bij terugzending van de vreemdeling geen gevaar voor vervolging of schending van artikel 3 EVRM dreigde.¹²¹ De Rechtseenheidskamer sloot daarmee aan bij jurisprudentie van de Hoge Raad.¹²² Ik meen dat de keuze van de Afdeling goed te verdedigen is, mits er bij de beoordeling van de zorgvuldigheid van het onderzoek (art. 3:2 Awb) rekening mee wordt gehouden dat een aanvraag in het Aanmeldcentrum is afgedaan. Van extra waakzaamheid op het punt van zorgvuldigheid in AC-zaken is tot nu toe niet gebleken. De Afdeling heeft echter de mogelijkheid om in zaken die in eerste instantie in de AC-procedure zijn afgedaan een soepeler maatstaf aan te leggen als een herhaalde aanvraag wordt ingediend. Zij maakt van deze mogelijkheid geen gebruik.¹²³

Het feit dat de Afdeling niet wil weten van een inhoudelijk AC-criterium leidt er dwingend toe dat zij de procesbeslissing niet wil toetsen. In haar ogen valt er immers niets te toetsen – de enige vraag is of de aanvraag zorgvuldig kon worden afgedaan binnen 48 proces-uren, en dat kan pas worden beoordeeld als de afwijzen-

121 Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer), 2 juni 1999, JV 1999/164, NAV 1999/98.

122 HR 13 mei 1988, RV 100, 9.

123 O.m. ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/294.

de beschikking er is. Er zijn in de visie van de Afdeling geen zaken die niet in de AC-procedure kunnen worden behandeld. De argumentatie van de Afdeling op dat punt overtuigt echter niet. De procesbeslissing is, anders dan de Afdeling meent, onmiskenbaar een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Het gaat mogelijk om een voorbereidingsbesluit in de zin van artikel 6:3 Awb waartegen geen beroep open staat, maar ook daar valt wel wat op af te dingen.

Consistent met de afwijzing van de gedachte dat er een inhoudelijk AC-criterium is, is dat de Afdeling strikt de hand houdt aan de 48-uurstermijn. Dat is immers de enige manier waarop verzekerd kan worden dat alleen zaken waarin geen tijdrovend onderzoek vereist is in het AC worden afgedaan. Met deze jurisprudentie is niet in lijn dat de Afdeling de tijd voor het wachten op een tolk niet meetelt,¹²⁴ en evenmin dat aan een overschrijding van de termijn geen gevolgen worden verbonden voor de beroepstermijn.¹²⁵

De Afdeling kiest daarmee voor de proceseconomie. Die keuze valt soms uit in het voordeel van de asielzoeker (vernietiging als de zaak niet binnen 48 proces-uren is afgedaan), soms in het voordeel van het bestuur (geen inhoudelijk criterium, geen beroepsgang tegen de procesbeslissing). De Afdeling heeft gekozen voor een inhoudelijke en consistente lijn. Daarmee heeft zij echter een keuze gemaakt die soms op gespannen voet staat met de wettekst (procesbeslissing), en soms amending inhoudt (beroepstermijn ook verkort als zaak in AC doch na 48-uurstermijn afgedaan). De keuzes zijn inhoudelijk goed te rechtvaardigen, maar behoren in sommige opzichten toe aan de wetgever.

Begrijpelijk, maar wel opmerkelijk is dat de Afdeling er geen gevolgen aan heeft willen verbinden dat nergens in het Vreemdelingenbesluit 2000 een termijn is bepaald als bedoeld in artikel 69 lid 2 en artikel 82 lid 2 onder a Vw 2000. Daardoor is niet, zoals de wet eist, bij AMvB het aantal uren bepaald op grond waarvan in geval van een AC-procedure de rusttermijn van zes dagen niet geldt en de beroepstermijn wordt verkort tot één week. Ingevolge een strikte benadering had de Afdeling ambtshalve moeten constateren dat aan de opdracht om nadere regels te stellen niet is voldaan, en dat daarom de verkorte rusttermijn en de verkorte beroepstermijn zich niet voor doen. De Afdeling heeft de gelegenheid gehad dat te beslissen in de uit-

124 ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/208, NAV 2001/229.

125 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/143, AB 2002, 197.

spraak van 5 maart 2002,¹²⁶ waarin de termijn van één week was overschreden. Zij heeft op die manier de wetgever de hand boven het hoofd gehouden.

4.5 De voorlopige voorziening

4.5.1 *Inleiding*

Het beroep op de Afdeling heeft geen schorsende werking, omdat in de Vreemdelingenwet 2000 met betrekking tot het hoger beroep geen uitzondering is gemaakt op de algemene regel van artikel 6:16 Awb, die inhoudt dat een ingesteld bezwaar of beroep de uitvoering van het bestreden besluit niet schorst. Op het hoger beroep is ingevolge artikel 36 Wet RvS hoofdstuk 8 van de Awb van toepassing, zodat op grond van artikel 8:81 Awb bij de voorzitter van de Afdeling een voorlopige voorziening kan worden gevraagd.

Artikel 8:81 vereist allereerst dat er een bodemprocedure loopt, in ons geval dat er beroep bij de Afdeling is ingesteld (het connexiteitsvereiste). Een voorlopige voorziening kan voorts, blijkens artikel 8:81, slechts worden gegeven als onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. De algemene regel is dat schorsende werking wordt verleend als er een redelijke mate van zekerheid is dat de bestreden uitspraak geen stand zal houden. Bij ingrijpende besluiten is de weging soepeler.¹²⁷

4.5.2 *De Afdelingsjurisprudentie*

Er moet connexiteit zijn tussen de bodemprocedure en het verzoek om voorlopige voorzieningen. Als de bodemzaak de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring betreft, kan niet bij wijze van voorlopige voorziening gevraagd worden dat de vreemdeling niet wordt uitgezet zolang niet is beslist op het ingestelde beroep.¹²⁸

Opmerkelijk is dat de Afdeling op het punt van de ontvankelijkheid een andere lijn heeft gekozen dan die in de decennia daarvoor gebruikelijk was, en waarvan de Afdeling aanvankelijk zelf ook leek uit te gaan.¹²⁹ Gebruikelijk was dat het vereiste

126 ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/143, AB 2002, 197.

127 Schreuder-Vlasblom, p. 225-226.

128 ABRvS 2 april 2002, JV 2002/177.

129 Zie in die zin Vz ABRvS 27 juni 2001, JV 2001/211, NAV 2001/231 en Vz ABRvS 27 juni 2001, JV 2001/212, NAV 2001/232.

spoedeisend belang werd aangenomen als de staatssecretaris had aangegeven dat de uitzetting van de vreemdeling niet, in afwachting van de uitslag van een aangespannen procedure, werd opgeschort. Op dat moment kon de vreemdeling immers elk moment zonder nadere aankondiging worden geconfronteerd met uitzettingshandelingen.¹³⁰ Ook tijdens de parlementaire behandeling werd daar van uitgegaan.¹³¹

De Voorzitter van de Afdeling overwoog echter in een uitspraak van 9 november 2001¹³² dat de enkele omstandigheid dat de voor de vreemdeling negatieve uitspraak van de rechtbank voor uitvoering vatbaar is geen spoedeisend belang oplevert, omdat de vreemdeling niet had gesteld dat de datum van de uitzetting aan hem was meegedeeld en derhalve niet duidelijk was op welke termijn de uitzetting zou plaatsvinden. In een uitspraak van 3 december 2001¹³³ baseerde een asielzoeker het spoedeisende belang niet alleen op de dreigende uitzetting, maar ook op het feit dat hij niet meer in aanmerking kwam voor opvang. Dat betoog werd verworpen omdat de uitspraak in de hoofdzaak op korte termijn te verwachten was. Er was daarom geen sprake van een zodanig spoedeisend belang dat het treffen van voorlopige voorzieningen gerechtvaardigd was. In een dergelijk geval wijst de Voorzitter het verzoek af. Wel een spoedeisend belang heeft de vreemdeling aan wie is meegedeeld dat hij op een bepaalde datum of op een bepaald uur zal worden uitgezet.¹³⁴

Onduidelijk is welke schorsingsmaatstaf de Afdeling in asielzaken hanteert. Sinds het Mosa-arrest van 1984¹³⁵ geldt als schorsingsmaatstaf of er tussen redelijk denkende mensen geen twijfel over kan bestaan dat de vreemdeling zich, objectief beschouwd, niet in een vluchtsituatie bevindt. Alleen als dat het geval is kan een asielzoeker hangende de procedure worden verwijderd. In 1988 maakte de Hoge Raad uit dat dit criterium voortvloeit uit doel en strekking van artikel 33 Vluchtelingenverdrag,¹³⁶ dat impliceert dat een voor de vreemdeling minder gunstig criterium strijd met het Vluchtelingenverdrag zou opleveren.

In de Memorie van Toelichting werd met betrekking tot de schorsende werking van het hoger beroep gesteld dat de rechter, nu het uitgangspunt van de wetgever

130 Zie nader Kuijer/Steenbergen p. 352.

131 TK 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 68.

132 JV 2002/14.

133 JV 2002/48, RV 2001, 58.

134 Vz. ABRvS 8 februari 2002, JV 2002/131; Vz. ABRvS 8 maart 2002, JV 2002/132.

135 HR 22 juni 1984, RV 1984, 11, NJ 1985, 82, AB 1985, 40, GV (oud) F-151.

136 HR 13 mei 1988, RV 100, 9.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

was dat hoger beroep geen schorsende werking had, een verzoek om een voorlopige voorziening

slechts (zal) kunnen toewijzen als daar bijzondere redenen voor worden aangevoerd. Zo'n bijzondere reden zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als in hoge mate waarschijnlijk is dat de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep geen stand zal houden.¹³⁷

De Voorzitter hanteert wisselende formuleringen. Een verzoek om voorlopige voorzieningen werd afgewezen met als motivering dat de Voorzitter

geen aanleiding (ziet) om aan te nemen dat in de bodemprocedure de uitspraak van de president niet in stand zal blijven, althans dat geoordeeld zal worden dat de president heeft miskend dat appelland de toelating niet geweigerd mocht worden.¹³⁸

Voor toewijzing werd als criterium gebruikt dat

niet op voorhand buiten twijfel (is) dat de Afdeling de aangevallen uitspraak in stand zal laten.¹³⁹

Deze twee criteria passen niet goed bij elkaar. Het criterium dat werd gebruikt om de afwijzing van een verzoek te motiveren is aanmerkelijk strenger voor de vreemdeling dan het criterium dat werd gebruikt bij toewijzing. Nog verwarrender wordt het beeld door de uitspraak van 8 maart 2002,¹⁴⁰ waarin de Voorzitter enerzijds constateert dat niet op voorhand buiten twijfel is dat de aangevallen uitspraak in hoger beroep in stand zal blijven, maar vervolgens overweegt:

137 TK 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 85; vgl. TK 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 17; EK 2000-2001, 26 732 en 26 975, nr. 5b, p. 25; Hand EK 14 november 2000, p. 4-132 en 4-133. Elders werd er echter van uitgegaan dat de schorsingsmaatstaf ongewijzigd zou blijven, zij het dat er – ten onrechte – van uit werd gegaan dat deze maatstaf was dat het beroep een redelijke kans van slagen had, TK 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 16. Dat was de schorsingsmaatstaf voor reguliere zaken, voor asielzaken gold het Mosa-criterium, zie artikel 32 Vw (oud). Weer elders is gesuggereerd dat de vreemdeling bijkomende omstandigheden aannemelijk moet maken die het vertrek uit Nederland hangende het hoger beroep voor hem in vergelijking met andere vreemdelingen extra bezwaarlijk maakt, EK 2000-2001, 26 732 en 26 975, nr. 5b, p. 46.

138 Vz ABRvS 27 juni 2001, JV 2001/212.

139 Vz ABRvS 27 juni 2001, JV 2001/211; vrijwel identiek is Vz ABRvS 8 februari 2002, JV 2002/131.

140 JV 2002/129.

Toch komt het verzoek niet voor toewijzing in aanmerking. Immers, het moet in dit geval redelijkerwijs uitgesloten worden geacht dat een eventuele vernietiging van de aangevallen uitspraak uiteindelijk zal leiden tot een voor verzoeker in materiële zin gunstige uitspraak.

4.5.3 De kritiek

De nieuwe lijn van de Afdeling op het punt van het spoedeisend belang is kritisch ontvangen.¹⁴¹ Artikel 45 Vw 2000 bepaalt dat een afwijzende beschikking van rechtswege o.m. tot gevolg heeft dat de vreemdeling niet langer rechtmatig in Nederland verblijft en uit eigen beweging Nederland dient te verlaten; doet de vreemdeling dat niet, dan kan tot uitzetting worden overgegaan. De Afdeling heeft uitgemaakt dat, als een meeromvattende beschikking is gegeven, er voor het bestuur geen discretionaire ruimte is om al dan niet uit te zetten. Het uitzetten is het gevolg van niet toelaten; de bevoegdheid tot uitzetting is, aldus de Afdeling, het rechtsgevolg van rechtswege van een afwijzende meeromvattende beschikking. Uit dezelfde beslissing blijkt dat de Afdeling het – conform de bedoeling van de wetgever¹⁴² – niet nodig acht dat aan de vreemdeling wordt meegedeeld dat tot uitzetting zal worden overgegaan.¹⁴³ Uit jurisprudentie van de Afdeling zelf volgt dus, dat het bestuur niet aan de vreemdeling hoeft mee te delen dat de uitzetting zal gaan plaatsvinden. Als het bestuur de uitzetting niet aanzegt, is de vreemdeling niet-ontvankelijk in een verzoek om voorlopige voorzieningen, en kan uitzetting hangende het hoger beroep plaats vinden zonder dat een rechter die heeft kunnen verhinderen.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de zaak *Conka v. België*¹⁴⁴ uitgemaakt dat het beroep dat de betrokken vreemdelingen op de Belgische Raad van State hadden geen effectief rechtsmiddel was in de zin van artikel 13 EVRM. Het ging om een mogelijkheid van beroep tegen uitzetting zonder schorsende werking. De vreemdelingen konden de Voorzitter van de Raad van State verzoeken om, bij wijze van voorlopige voorziening, schorsende werking te verlenen, maar die voorlopige voorzieningen-procedure had zelf geen schorsende werking. De Voorzitter zorgt er echter voor dat de zitting plaats vindt voor het moment van de voorgenomen uitzetting. De klagers hadden aanvaard dat het oordeel van de Raad van

141 Noten van Boeles bij JV 2002/14 en RV 2001, 48; van Olivier bij JV 2002/48. Hoogvliet 2002, p. 52-53.

142 Baudoin e.a. 2001, p. 236.

143 ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/166, AB 2001, 266, RV 2001, 65.

144 EHRM 5 februari 2002, JV 2002/117.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

State dankzij deze werkwijze van de Voorzitter in de praktijk voor de uitzetting gegeven werd, maar klaagden dat daarvoor geen juridische garantie was (par. 66). Het Hof stelt dat een rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM zowel praktisch als juridisch effectief moet zijn (par. 75). Het Hof overweegt dat, ten eerste, het Belgische systeem het risico van vergissingen in zich draagt en, ten tweede, dat

The requirements of Article 13, and of the other provisions of the Convention, take the form of a guarantee and not of a mere statement of intent or a practical arrangement. That is one of the consequences of the rule of law, one of the fundamental principles in a democratic society (...) (par. 83).

Om die reden meent het Hof dat het beroep op de Belgische Raad van State geen effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM was.

Zoals uiteengezet biedt ook het hoger beroep op de Afdeling geen garantie dat het ingestelde beroep de uitzetting zal kunnen verhinderen. Indien het bestuur de voorgenomen uitzetting niet aankondigt, voldoet de vreemdeling niet aan de ontvankelijkheidseis van de Voorzitter van de Afdeling, en kan het ingestelde hoger beroep dus geen schorsende werking verkrijgen. Daarom kan het beroep op de Afdeling niet worden aangemerkt als een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM. Nu is dat niet rechtstreeks een probleem. Immers, het effectieve rechtsmiddel in asielzaken wordt geboden door het beroep op de rechtbank, dat op grond van artikel 73 Vw 2000 in de regel schorsende werking heeft. Artikel 13 EVRM vereist niet rechtspraak in twee instanties. Er ontstaat wel een probleem als ook de rechtbanken voor ontvankelijkheid in voorlopige voorzieningen-procedures als eis gaan stellen dat het moment van de uitzetting vast staat.¹⁴⁵ Dan voldoet immers ook het beroep bij de rechtbank niet meer aan de te stellen eisen, en ontbreekt in uitzettingszaken elk effectief rechtsmiddel.

De opstelling van de Afdeling, die maakt dat onzeker is of het hoger beroep schorsende werking kan krijgen, heeft wel als mogelijk gevolg dat het beroep op de Afdeling geen rechtsmiddel is dat moet worden aangewend voordat de vreemdeling een ontvankelijke klacht bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kan indienen. Artikel 35 EVRM bepaalt dat het Hof een klacht pas in behandeling kan nemen als alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. De vreemdeling moet, met

¹⁴⁵ In deze zin mogelijk Pres. Rb. 's-Gravenhage zp. Amsterdam 19 december 2001, JV 2002/136 en Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage zp. Groningen 4 april 2002, JV 2002/219.

andere woorden, eerst proberen bij de nationale rechter zijn gelijk te halen; pas als dat is mislukt is een klacht bij het Hof ontvankelijk. Het Hof stelt in dit verband als eis dat alleen die rechtsmiddelen die toegankelijk en effectief zijn moeten worden aangewend alvorens een klacht bij het Hof in te dienen.¹⁴⁶ Nu het hoger beroep niet effectief is, omdat het onvoldoende garanties biedt dat het er toe kan leiden dat een verwijdering in strijd met het Verdrag kan worden voorkomen, kan een vreemdeling die meent dat uitzetting strijd met het EVRM oplevert mijns inziens reeds na een negatieve uitspraak van de rechtbank een ontvankelijke klacht bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens indienen.

4.5.4 De keuze van de Afdeling

De Afdeling heeft, door haar interpretatie van het begrip spoedeisend belang, ongetwijfeld beoogd de efficiëntie van het beroep op de Afdeling te bevorderen. Als behalve de bodemzaak ook een verzoek om voorlopige voorzieningen moet worden beoordeeld, “verstopt” dat de rechtsgang bij de Afdeling. De Afdeling heeft daardoor echter het risico gecreëerd dat hangende het hoger beroep tot uitzetting wordt overgegaan zonder dat de Voorzitter een verzoek om voorlopige voorzieningen heeft kunnen behandelen. Daardoor kan het beroep op de Afdeling niet meer als een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM worden beschouwd. De Afdeling heeft onmiskenbaar de efficiëntie van de procedure laten prevaleren boven de effectiviteit van de rechtsbescherming. Daarmee voldoet het hoger beroep op dit punt niet aan de door het Hof aan een rechtsmiddel gestelde eisen. Hoewel dat geen verdragschending oplevert omdat artikel 13 EVRM geen beroep in twee instanties vereist, werpt het wel een scherp licht op de keuzes die de Afdeling maakt waar het aankomt op haar eigen rol bij de rechtsbescherming.

4.6 De meeromvattende beschikking

Artikel 45 lid 1 Vw 2000 bepaalt dat de afwijzende beschikking op een asielaanvraag van rechtswege een aantal gevolgen heeft. Deze komen er op neer dat de vreemdeling geen rechtmatig verblijf meer heeft; een vertrekplicht heeft en kan worden uitgezet als daaraan niet wordt voldaan; en geen recht meer heeft op opvang. Blijkens de parlementaire geschiedenis moet bij de beoordeling van de beschikking mede acht geslagen worden op de vraag of de rechtsgevolgen van de beschikking rechtens aanvaardbaar zijn.¹⁴⁷

146 Zie o.m. EHRM 5 februari 2002, JV 2002/117, par. 43.

147 Zie o.m. TK 1999-2000, 26 732, nr. 7, p. 59, 62, 184 en 205. Nader Baudoin e.a. 2001, p. 290-292.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

De Afdeling overwoog dat uit artikel 45 Vw 2000 voortvloeit dat de beëindiging van de verstrekkingen in het kader van de Regeling opvang asielzoekers een rechtsgevolg van de afwijzing van de aanvraag is en van die afwijzing niet kan worden losgemaakt.

Dit brengt met zich dat de rechter de afwijzing van de aanvraag dient te toetsen in het licht van dat mede daaraan verbonden rechtsgevolg. Nadat de rechtbank tot het oordeel was gekomen dat de afwijzing van de aanvraag om een verblijfsvergunning asiel de rechterlijke toets kon doorstaan, stond het haar derhalve niet vrij om vervolgens het beroep niettemin gegrond te verklaren, omdat de beëindiging van de verstrekkingen onevenredig zou zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.¹⁴⁸

De vraag rijst of de Afdeling meent dat de aanvaardbaarheid van de rechtsgevolgen sowieso geen rol kan spelen bij het oordeel van de rechter, of dat zij zich op het standpunt stelt dat de afwijzende beschikking op de aanvraag zelf moet worden vernietigd als (een van de) rechtsgevolgen daarvan niet aanvaardbaar is.¹⁴⁹ Inmiddels heeft de Afdeling haar positie verduidelijkt. Zij overwoog dat de zojuist geciteerde uitspraak niet betekent

dat (het) rechtsgevolg (i.c. de uitzetbaarheid, TS) los van de strekking van de beschikking op de asielaanvraag waaruit het voortvloeit kan worden beoordeeld. Derhalve staat het de rechter niet vrij het beroep tegen de afwijzing van die aanvraag gegrond te verklaren, alhoewel er geen grond is voor verlening van een verblijfsvergunning asiel, louter omdat enig aan de afwijzing van rechtswege verbonden gevolg op zichzelf beschouwd de vreemdeling ernstig in zijn belangen treft. De redenen waarom dit laatste in dit geval zo is, houden geen verband met de in artikel 29, eerste lid van de Vw 2000 opgesomde gronden. Derhalve heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de staatssecretaris de aanvraag wegens de gezondheidsproblemen van de vreemdeling niet mocht afwijzen.¹⁵⁰

Dit maakt duidelijk dat de Afdeling meent dat de rechtsgevolgen van de meeromvattende beschikking alleen relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de beschik-

148 ABRvS 2 april 2002, JV 2002/169; vgl. ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/126.

149 In deze zin Boeles in zijn noot bij JV 2002/169.

150 ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/311. Vgl. ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/319.

king als de (mogelijke) onaanvaardbaarheid van de rechtsgevolgen voortvloeit uit asielgerelateerde feiten of omstandigheden. Zijn de rechtsgevolgen van de meeromvattende beschikking om andere redenen dan die opgesomd in artikel 29 lid 1 Vw 2000 niet aanvaardbaar, dan moeten er andere wegen gevonden worden om die rechtsgevolgen buiten werking te stellen. I.c. ging het om de gezondheidstoestand van de vreemdeling, die aan reizen in de weg stond. In zo een geval blijft uitzetting op grond van artikel 64 Vw 2000 achterwege, en heeft de vreemdeling rechtmatig verblijf op grond van artikel 8 onder j Vw 2000.

4.7 Diverse procedurele aspecten

De Afdeling heeft geoordeeld dat het verlengen van de beslistermijn op grond van artikel 42 lid 4 Vw 2000 slechts strekt ter voorbereiding van het op de aanvraag te nemen besluit. Dat de asielzoeker langer in onzekerheid verkeert over de uitkomst van de asielprocedure brengt niet met zich mee dat betrokkene rechtstreeks in zijn belang is getroffen. Daarom is het geen besluit waartegen afzonderlijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.¹⁵¹ Hoewel de Afdeling zich niet heeft uitgelaten over de vraag of de verlenging van de asielprocedure om andere redenen met zich meebrengt dat de asielzoeker door een verlenging van de beslistermijn rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen,¹⁵² lijkt niet aannemelijk dat zulke redenen tot een andere uitkomst zullen leiden.

Met betrekking tot de vraag of in de beschikking substantieel andere argumenten mogen worden gehanteerd dan in het voornemen is een uitspraak van de Afdeling beschikbaar, waaruit niet duidelijk blijkt wat de algemene lijn is. In deze uitspraak achtte de Afdeling het niet aanvaardbaar dat het voornemen stelt dat het vluchtrelaas geloofwaardig, maar onvoldoende zwaarwegend is, terwijl de beschikking gebaseerd is op de stelling dat het relaas ongeloofwaardig is.¹⁵³

Met betrekking tot de ontstane praktijk om in vreemdelingenzaken op vrij grote schaal weliswaar de beschikking te vernietigen, maar op grond van artikel 8:72 lid 3 Awb de rechtsgevolgen ervan in stand te laten (het besluit wordt dan formeel vernietigd, maar materieel in stand gelaten) overwoog de Afdeling als volgt.

151 ABRvS 4 april 2002, JV 2002/170.

152 In die zin Baudoin e.a. 2001, 180.

153 ABRvS 25 januari 2002, JV 2002/121, NAV 2002/102, AB 2002, 152.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Ingevolge artikel 8:1, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), is het de taak van de rechtbank het bestreden besluit – de motivering waarop dit berust daaronder begrepen – te toetsen aan de hand van de tegen dat besluit aangevoerde beroepsgronden. Indien zij dusdoende tot het oordeel komt dat de in het besluit aangevoerde motivering de afwijzing van de aanvraag niet kan dragen, dient zij dat besluit te vernietigen. Het is niet aan de rechtbank in de plaats daarvan de afwijzing van de aanvraag – met ongegrondverklaring van het beroep – in stand te laten op basis van een eigen beoordeling van het vluchtrelaas. Aldus immers onttrekt de rechter de besluitvorming aan het bestuur, zonder de daarvoor in artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb aangewezen wegen te bewandelen en derhalve ook zonder de vraag onder ogen te zien of zich hier een geval voordoet dat zich, in het licht van de ter zake ontwikkelde rechtspraak, leent voor het volgen van die wegen.¹⁵⁴

Deze lijn is door de Afdeling strikt in acht genomen.¹⁵⁵

¹⁵⁴ ABRvS 28 juni 2001, JV 2001/207.

¹⁵⁵ Zie o.m. ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/255, NAV 2001/263, AB 2001, 299; ABRvS 31 augustus 2001, JV 2001/282; ABRvS 10 april 2002, JV 2002/173; ABRvS 19 juli 2002, JV 2002/308. Zie nader Van Asperen 2002, p. 509, Hoogvliet 2002.

5. HET MATERIËLE ASIELRECHT

De Afdeling heeft tot op heden uitspraken gedaan in bewaringszaken en asielzaken. Toch is over het materiële asielrecht (wie komt voor asielverlening in aanmerking?) weinig jurisprudentie beschikbaar, omdat de Afdeling zich concentreert op de procedurele aspecten van het asielrecht. Desondanks wordt hieronder een poging gewaagd om de eerste uitspraken in kaart te brengen. Ik ga in op de gronden voor verlening van de verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd en de Overeenkomst van Dublin.

5.1 De toelatingsgronden (art. 29 Vw 2000)

Artikel 29 lid 1 aanhef Vw 2000 bepaalt dat een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd kan worden verleend op de zes daar genoemde gronden. Deze gronden zijn de wettelijke parameters van het materiële asielrecht. Ik zal de gronden langslopen.

5.1.1 *De a-grond*

Artikel 29 lid 1 onder a Vw 2000 bepaalt dat een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd kan worden verleend aan de vreemdeling die verdragsvluchteling is. Verdragsvluchteling is, gezien de verwijzing naar de vluchtelingendefinitie uit het Vluchtelingenverdrag in artikel 1 onder l en k Vw 2000, degene die gegronde vrees heeft voor vervolging op grond van ras, religie, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep, of politieke overtuiging. Over de toepassing van definitie heeft de Afdeling tot nu toe enkele uitspraken gedaan.

In een uitspraak over een Bosnische asielzoeker die zich op dienstweigering beriep, overwoog de Afdeling dat niet was gebleken dat hij ernstige, onoverkomelijke bezwaren had tegen het vervullen van zijn militaire dienstplicht, en evenmin dat hij de mogelijkheden van vervangende dienstplicht had onderzocht.¹ Hieruit kan wor-

¹ ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306, NAV 2001/336, RV 2001, 18.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

den afgeleid dat de Afdeling meent dat, als wel aan deze eisen was voldaan, vluchtelingenstatus mogelijk was geweest. Daarmee conformeert de Afdeling zich aan het daarop betrekking hebbende onderdeel van de Antikian-uitspraak van de Rechtsseenheidskamer (de zgn. B-categorie).²

De Afdeling heeft een tweetal uitspraken gedaan waarin aan de orde komt welk bewijs moet worden geleverd op het punt van het verband tussen de (dreigende) vervolging en de vervolgingsgronden. In een uitspraak van 24 januari 2002³ bleef dit onduidelijk. De Afdeling overwoog:

Deze grief mist feitelijke grondslag als gebaseerd op een onjuiste lezing van de aangevallen uitspraak. De rechtbank heeft niet overwogen dat appelland verband dient aan te tonen tussen zijn detentie en de aanslag op Hazem Hajdari, doch dat de door appelland overgelegde documenten geen verband leggen tussen de gestelde vrees voor vervolging en de omstandigheid dat appelland getuige is geweest van die aanslag.

Doordat de zaak louter op de feitelijke grondslag wordt afgedaan is onduidelijk of het door de rechtbank aangelegde criterium (de aanvrager moet een verband weten te leggen) het juiste is. In een latere uitspraak overwoog de Afdeling dat het verband tussen (dreigende) vervolging en vervolgingsgrond niet – zoals de rechtbank had geëist – moet worden aangetoond, maar dat dit slechts aannemelijk hoeft te worden gemaakt.⁴

De Afdeling heeft een uitspraak gedaan waarin impliciet een criterium wordt gegeven inzake vervolging door derden. Als een asielzoeker stelt vervolging te hebben ondervonden van derden, die niet tot de overheid behoren, kan tot op zekere hoogte worden verwacht dat zij zich primair tot de autoriteiten in het land van herkomst wenden om bescherming te verkrijgen. De Afdeling overwoog dat uit het relevante ambtsbericht niet kon worden afgeleid dat een verzoek om bescherming gevaarlijk of op voorhand zinloos moet worden geacht. Daarom was de Afdeling met de staatssecretaris van oordeel dat dit van de asielzoekers kon worden verwacht.⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat niet kan worden verwacht dat een verzoek om bescherming tot de autoriteiten wordt gericht als dat wel gevaarlijk of op voorhand zinloos is.

2 Rb. 's-Gravenhage (Rechtsseenheidskamer) 12 april 1995, RV 100, 4.

3 ABRvS 24 januari 2002, NAV 2002/92.

4 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/293.

5 ABRvS 19 juli 2002, JV 2002/306.

Met betrekking tot de vraag wanneer discriminatie vervolging oplevert heeft de Afdeling als criterium aangelegd of de gestelde discriminatoire bejegening zodanig ernstig is dat het leven van de vreemdeling onhoudbaar is dan wel op termijn zou worden.⁶ De Afdeling oordeelde voorts dat de rechtbank terecht geen grond had gevonden voor het oordeel dat de staatssecretaris terzake een onjuiste maatstaf had aangelegd; de aangelegde maatstaf was “dat sprake is van een zodanige systematische en ingrijpende vorm van discriminatoire bejegening, dat eiser hierdoor in ernstige mate in zijn bestaansmogelijkheden is beperkt en zijn leven onhoudbaar is geworden.”⁷ In deze uitspraak overwoog de Afdeling eveneens dat het UNHCR Handboek geen bindende regels bevat (hetgeen onmiskenbaar juist is), zonder zich uit te laten over het gewicht dat zij aan het Handboek hecht.

5.1.2 De b-grond

De Afdeling heeft geoordeeld dat de vraag of sprake is van een vestigingsalternatief eerst wordt beoordeeld nadat is vastgesteld dat er ten aanzien van de vreemdeling i.c. een reëel risico bestaat in de zin van artikel 3 EVRM.⁸ De Afdeling heeft geoordeeld dat de jeugdige leeftijd van een asielzoeker op zichzelf geen omstandigheid vormt op grond waarvan geoordeeld moet worden dat er voor haar in het land van herkomst geen verblijfsalternatief is.⁹

5.1.3 De c-grond

Artikel 29 lid 1 onder c Vw 2000 bepaalt dat een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd kan worden verleend aan de vreemdeling van wie naar het oordeel van de Minister op grond van klemmende redenen van humanitaire aard die verband houden met de redenen van vertrek uit het land van herkomst, in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij terugkeer naar het land van herkomst. Het beleid terzake is neergelegd in Vc 2000, C1/4.

6 ABRvS 30 juli 2002, JV 2002/315.

7 ABRvS 4 september 2002, JV 2002/358.

8 ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/310.

9 ABRvS 25 juni 2002, JV 2002/292. Overigens valt op dat de Afdeling het bestaan van een binnenlands vluchtalternatief hier integraal beoordeelt. Zie over de toepasselijkheid van het vestigingsalternatief (i.c. i.v.m. de c-grond) op een vreemdeling die lang in het relatief veilige deel van Somalië had verbleven ABRvS 12 juli 2002, JV 2002/301.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

Een medisch rapport is, naar het oordeel van de Afdeling, geen noodzakelijke voorwaarde voor een geslaagd beroep op het traumatabeleid.¹⁰ In een zaak ging het om de vraag of de vreemdeling, die twee klappen in het gezicht en twee stokslagen op de rug had gekregen, waardoor hij een bloedneus had gekregen en was flauwgevalen, ernstig was mishandeld in de zin van Vc 2000, C1/4.4.2.2. De Afdeling oordeelde dat de staatssecretaris aan het begrip ernstige mishandeling geen onjuiste uitleg had gegeven door te oordelen dat de behandeling die de vreemdeling had ondergaan onvoldoende was geweest om daarvan te spreken. Daarvoor was mede redengevend dat het begrip “ernstige mishandeling” voorkomt in de limitatieve opsomming met “verkrachting” en “marteling”, waaruit in de visie van de Afdeling volgt dat het woord “ernstig” zelfstandige betekenis heeft.¹¹

In een uitspraak waarvan de strekking moeilijk te volgen is omdat de feiten niet worden weergegeven heeft de Afdeling zich uitgelaten over de eis in C1/4.4.2.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000 die inhoudt dat het traumatabeleid slechts toepasbaar is, indien de traumatiserende ervaringen zijn veroorzaakt van overheidswege, door politieke of militante groeperingen die de feitelijke macht uitoefenen in het land van herkomst of een deel daarvan, of door groeperingen waartegen de overheid niet in staat of niet willens is bescherming te bieden. De Afdeling overweegt dat daartoe niet bepalend is of niet valt uit te sluiten dat de i.c. verkrachters tot de politie behoorden of tot hun daad door de politie werden aangezet, maar of de vreemdeling dat aannemelijk heeft gemaakt. Terzake legt de Afdeling een marginale toets aan,¹² zij het dat haar toetsing soms in feite een integrale lijkt te zijn.¹³

Wat betreft het vereiste verband tussen de traumatiserende gebeurtenissen en het vertrek uit het land van herkomst legde de Afdeling in een zaak soms een marginale,¹⁴

10 ABRvS 19 juli 2002, JV 2002/306.

11 ABRvS 19 juli 2002, JV 2002/307.

12 ABRvS 25 maart 2002, JV 2002/151.

13 ABRvS 18 maart 2002, JV 2002/155, NAV 2002/140: mede gelet op de omstandigheid dat de personen die de moord zouden hebben gepleegd *niet behoren tot* de categorie personen bedoeld in het beleid (integraal), heeft de staatssecretaris geen aanleiding *hoeven* zien om het beleid van toepassing te achten (marginaal).

14 ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306, NAV 2001/336, RV 2001, 18; ABRvS 13 maart 2002, NAV 2002/141.

soms een integrale toets aan.¹⁵ Opvallend is dat de Afdeling de termijn van zes maanden na de traumatiserende gebeurtenissen waarbinnen de vreemdeling het land moet verlaten niet als absoluut opvat:

Deze termijn van zes maanden vormt een omslagpunt in de bewijslastverdeling: bij een vertrek na zes maanden zal een vergunning op grond van het traumatabeleid in beginsel worden geweigerd, tenzij de betrokken asielzoeker aannemelijk maakt dat er wel degelijk een verband is tussen de gebeurtenis en het vertrek.¹⁶

In een latere uitspraak acht de Afdeling het denkbaar dat een causaal verband tussen traumatiserende gebeurtenissen en het vertrek uit het land van herkomst aanwezig is indien aannemelijk wordt gemaakt dat herbeleving van gebeurtenissen die eerder hebben plaatsgevonden de aanleiding vormde voor het vertrek.¹⁷

De Afdeling hecht er weinig belang aan dat vrouwen bij terugkeer naar het land van herkomst alleenstaand zullen zijn.¹⁸

5.1.4 De d-grond

Artikel 29 lid 1 onder d Vw 2000 bepaalt dat een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd kan worden verleend aan de vreemdeling voor wie terugkeer naar het land van herkomst naar het oordeel van de Minister van bijzondere hardheid zou zijn in verband met de algehele situatie aldaar (het zgn. categoriale beschermingsbeleid). Dit impliceert dat individuele omstandigheden voor deze toelatingsgrond niet van belang

15 Zij overwoog namelijk dat er geen grond was voor het oordeel dat de staatssecretaris zich ten onrechte op het standpunt had gesteld dat het vereiste verband ontbrak, ABRvS 10 april 2002, JV 2002/174; ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/311. De overweging dat de rechtbank met juistheid heeft overwogen dat de staatssecretaris zich niet ten onrechte op zijn standpunt heeft gesteld behelst een integrale toets, ABRvS 2 mei 2002, JV 2002/207. Evenzeer integraal is de overweging van de Afdeling zelf dat de staatssecretaris zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat het traumatabeleid niet van toepassing is, ABRvS 18 maart 2002, JV 2002/155, NAV 2002/140. Vgl. ABRvS 16 juli 2002, JV 2002/304: "Gelet op hetgeen blijktens de stukken door de vreemdeling is aangevoerd, heeft de staatssecretaris zich terecht op het standpunt gesteld dat de dood van haar familieleden voor de vreemdeling niet de aanleiding is geweest voor haar vertrek uit het land van herkomst."

16 ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306, NAV 2001/336, RV 2001, 18.

17 ABRvS 18 maart 2002, JV 2002/155, NAV 2002/140.

18 ABRvS 3 december 2001, JV 2002/13, NAV 2002/63; vgl. ABRvS 11 juni 2002, JV 2002/325, en ABRvS 21 mei 2002, JV 2002/224, die overigens de b-grond betrof.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

zijn.¹⁹ Artikel 3.106 Vb 2000 bevat een aantal, op grond van artikel 29 lid 2 Vw 2000 vastgestelde, indicatoren die in ieder geval worden betrokken bij de beoordeling of terugkeer van bijzondere hardheid zou zijn in verband met de algehele situatie in het land van herkomst. Terugkeerbeletselen, zoals het niet kunnen beschikken over reisdocumenten²⁰ (en naar ik aanneem ook het feit dat de autoriteiten bepaalde groepen terugkerende asielzoekers niet toelaten²¹) hebben geen betrekking op de algehele situatie in het land van herkomst, en kunnen dus geen rol spelen bij het categoriale beschermingsbeleid.

De Afdeling heeft uitspraken gedaan over de afschaffing van het op deze bepaling gebaseerd categoriale beschermingsbeleid inzake Irak en Somalië. Met betrekking tot beide landen stond de vraag centraal of er voor personen uit de onveilige delen van die landen een vestigingsalternatief was in het veilige deel van het land – toevalligerwijze was in beide gevallen het veilig geachte deel van het land in het noorden gelegen. Opmerking verdient dat de Rechtseenheidskamer had geoordeeld dat voor het vestigingsalternatief in het kader van het categoriaal beschermingsbeleid het zelfde criterium moet worden aangelegd als in het kader van het vluchtelingenschap.²²

De Afdeling heeft met betrekking tot haar beoordeling in het algemeen het volgende overwogen:

De tekst van artikel 29, eerste lid, aanhef en onder d van de Vw 2000 stelt buiten twijfel dat de vraag of een asielzoeker op die grond voor toelating in aanmerking komt, moet worden beantwoord aan de hand van een beoordeling van de algemene situatie in het land van herkomst. Terzake daarvan komt de staatssecretaris een ruime beoordelingsmarge toe, waarvan de aanwending de toetsing in rechte slechts dan niet kan doorstaan, indien de staatssecretaris bij afweging van alle daarvoor in aanmerking komende belangen en gegeven de feitelijke grondslag ervan, niet in redelijkheid tot een bepaalde beoordeling heeft kunnen komen.²³

19 ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/311.

20 ABRvS 27 augustus 2002, JV 2002/353.

21 Dit leid ik af uit het feit dat de Afdeling de uitzettingsbeletselen m.b.t. Noord-Irak niet aanmerkte als nieuw feit in de zin van artikel 4:6 Awb, ABRvS 23 augustus 2002, JV 2002/350.

22 Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 20 maart 2000, RV 2000, 7.

23 ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11 (Irak); ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76, NAV 2002/59 (Somalië); vgl. ABRvS 31 januari 2002, JV 2002/100, NAV 2002/101; ABRvS 20 augustus 2002, JV 2002/346 (Angola).

Met betrekking tot de vraag of bij het categoriale beschermingsbeleid een andere maatstaf kan worden gehanteerd inzake het binnenlands beschermingsalternatief overwoog de Afdeling:

(...) indien in het land van herkomst sprake is van ernstig en willekeurig menselijk geweld, (komt) betekenis toe (...) aan de mate van geografische spreiding van dat geweld en dat derhalve bij de weging van die factor ten volle rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van een binnenlands beschermingsalternatief (...). Hieruit vloeit voort dat het binnenlands beschermingsalternatief niet wordt tegengeworpen aan een individuele asielzoeker die in beginsel in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning asiel, zoals bij de verlening van verblijfsvergunningen op de in artikel 29, eerste lid, aanhef en onder a tot en met c van de Vw 2000 bedoelde gronden, maar fungeert als element in de beoordeling of sprake is van een zodanige situatie in het land van herkomst, dat terugkeer naar dat land van onevenredige hardheid zou zijn; een element dat derhalve deelt in de categoriale aard van die beoordeling. Het onderscheid dat aldus bij de toepassing van het leerstuk van het binnenlands beschermingsalternatief wordt gemaakt, sluit aan op de individuele, dan wel categoriale aard van de betrokken asielgronden, waarop de toepassing betrekking heeft. Dit onderscheid vindt aldus grondslag in de wet. Niet kan voorts worden geoordeeld dat de staatssecretaris bij afweging van alle daarvoor in aanmerking komende belangen niet in redelijkheid tot het maken van dit onderscheid heeft kunnen komen, of dat het om andere redenen rechtens niet aanvaardbaar is.²⁴

De Afdeling heeft er overigens geen punt van gemaakt dat de staatssecretaris bij de motivering van het standpunt dat een asielzoeker een individueel vestigingsalternatief had termen gebruikte die gereserveerd plegen te worden voor toetsing aan het categoriaal beschermingsbeleid; de Afdeling beoordeelde inhoudelijk of er een individueel beschermingsalternatief was gemotiveerd.²⁵ De staatssecretaris meende dat asielzoekers uit Centraal-Irak, die niet op individuele gronden voor toelating in aanmerking kwamen, geen aanspraak konden maken op een verblijfsvergunning, ook niet (en daar had de discussie tot dan toe om gedraaid) als zij geen banden onderhielden met Noord-Irak. De Afdeling vertaalde haar toetsingscriterium als volgt:

24 ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11; ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76, NAV 2002/59 (Somalië).

25 ABRvS 27 november 2001, JV 2002/45.

Blijkens het vorenoverwogene, kan dit beleid de toetsing in rechte doorstaan, tenzij het niet zou berusten op genoegzaam onderzoek naar de algemene situatie in Noord-Irak of op grond van de beschikbare informatie moet worden geoordeeld dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat terugkeer naar, dan wel verblijf in, Noord-Irak niet van bijzondere hardheid is in verband met de algemene situatie aldaar.²⁶

Tenslotte wordt, op basis van de relevante ambtsberichten, gesteld dat niet gebleken is dat de situatie in het land van herkomst niet voldoet aan de maatstaven als bedoeld in artikel 3.106 Vreemdelingenbesluit 2000, en dat er daarom geen grond is om te oordelen dat de staatssecretaris niet in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat terugkeer naar, dan wel verblijf in, Noord-Irak niet in verband met de gehele situatie aldaar van bijzondere hardheid is.²⁷ De integrale *slip of the pen* die de Afdeling hier ontglipt (niet gebleken dat de situatie niet voldoet aan 3.106) wordt vermeden in de Somalië-uitspraken.²⁸

5.1.5 De f-grond

In een uitspraak die de toepassing van de Overeenkomst van Dublin betrof heeft de Afdeling zich uitgelaten over artikel 29 lid 1 onder f Vw, dat bepaalt dat voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd in aanmerking komt de vreemdeling die als partner of meerderjarig kind zodanig afhankelijk is van een vreemdeling die op zelfstandige gronden asiel heeft gekregen, dat hij om die reden behoort tot het gezin van die vreemdeling. De Afdeling stelde dat middels deze bepaling ongehuwde partners niet gelijk werden gesteld aan echtgenoten en minderjarige kinderen, omdat de f-grond als extra eis de afhankelijkheid bevat. Het ging om een man en vrouw die traditioneel waren gehuwd; tussen hen bestond geen afhankelijkheid.^{28a}

26 ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11; vrijwel identiek is ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76, NAV 2002/59 (Somalië).

27 ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11; vgl. ABRvS 2 mei 2002, JV 2002/207.

28 ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76 (Somalië); ABRvS 31 januari 2002, JV 2002/100; ABRvS 10 april 2002, JV 2002/174; ABRvS 15 augustus 2002, JV 2002/344; evenzo in de Angola-uitspraak, ABRvS 20 augustus 2002, JV 2002/346.

28a ABRvS 26 november 2001, JV 2002/36.

5.1.6 *De kritiek*

Over de interpretatie van de a-, b- en c-grond zijn tot op heden te weinig uitspraken beschikbaar om een helder beeld te krijgen. Dat ligt anders voor de toetsing, waarop reeds werd ingegaan in par. 2.1.7.

Dat de Afdeling de weigering een verblijfsvergunning te verlenen op de d-grond marginaal toetst is op zichzelf niet voor kritiek vatbaar. Wat opvalt is dat de Afdeling als regel geeft dat de staatssecretaris zonder nader onderzoek mag afgaan op de ambtsberichten, en erg hoge eisen stelt aan het tegenbewijs, zie nader par. 4.2.2.²⁹

De interpretatie van de Afdeling van artikel 29 lid 1 onder f Vw 2000 spoort niet met de bedoeling van de wetgever. Blijkens de toelichting op het (aangenomen) amendement waarbij artikel 29 lid 1 onder f Vw 2000 werd voorgesteld heeft het begrip partner dezelfde betekenis als in reguliere zaken.³⁰ In reguliere zaken betekent het begrip partner blijkens artikel 3.14 onder b Vb 2000 dat de betrokkenen achttien jaar of ouder zijn, een duurzame en exclusieve relatie onderhouden, er tussen hen geen zodanig nauwe familieband bestaat dat er een huwelijksbeletsel zou bestaan, en zij ongehuwd zijn en geen geregistreerd partnerschap zijn aangegaan. De eis van afhankelijkheid wordt daar niet gesteld, en het ligt voor de hand die eis alleen – zoals te doen gebruikelijk – te stellen waar het gaat om meerderjarige kinderen.

5.1.7 *De keuze van de Afdeling*

De Afdeling heeft er, blijkens het voorgaande, voor alles voor gekozen om zich niet primair te richten op het inhoudelijk beoordelen van toelatingsvragen. Hoewel een groot aantal uitspraken beschikbaar is, zijn die in meerderheid procedureel van aard. Over de lijnen die de Afdeling heeft uitgezet met betrekking tot het materiële asielrecht valt daarom nog niet veel te zeggen, naast de procedurele aspecten die in voorgaande hoofdstukken al aan de orde kwamen.

5.2 **De Overeenkomst van Dublin (art. 30 onder a Vw 2000)**

Artikel 30 onder a Vw 2000 bepaalt, voor zover hier relevant, dat een asielaanvraag wordt afgewezen indien een ander land op grond van een verdrag verantwoordelijk

²⁹ Zie ook de noot van Terlouw bij RV 2001, 12 en die van Schoorl bij NAV 2002/2.

³⁰ TK 1999-2000, 26 732, nr. 29.

is voor de behandeling van de aanvraag. De Overeenkomst van Dublin (OvD) is zo een verdrag. Het bepaalt welke lidstaat van de Europese Unie verantwoordelijk is voor de behandeling van asielverzoeken die in of aan de grens van de lidstaten zijn ingediend. De Overeenkomst van Dublin bevat in de artikelen 4 t/m 8 criteria terzake. Deze komen er op neer dat primair verantwoordelijk is de lidstaat die een gezinslid van de asielzoeker als vluchteling heeft toegelaten. Als deze regel niet tot een verantwoordelijk land leidt, wordt gezien of een lidstaat een verblijfsvergunning of een visum aan de asielzoeker heeft verleend. Kan de verantwoordelijkheid niet met behulp van deze regel worden vastgesteld, dan wordt gezien waar de asielzoeker het grondgebied van de lidstaten heeft betreden; de lidstaat die verantwoordelijk was voor de grensbewaking is ook verantwoordelijk voor de behandeling van het asielverzoek. Leidt geen van deze criteria tot een oplossing, dan is de lidstaat waar het asielverzoek werd ingediend verantwoordelijk.

Voorts is van belang dat artikel 3 lid 3 OvD bepaalt dat asielverzoeken door het verantwoordelijke land worden behandeld overeenkomstig nationaal recht. Dat kan tot problemen leiden, omdat verschillende lidstaten verschillende interpretaties hanteren van met name de definitie van het begrip vluchteling en van het refolementverbod van artikel 3 EVRM. Het is denkbaar dat een asielzoeker wel beschermd zou worden tegen terugzending als Nederland het asielverzoek zou behandelen, terwijl bijvoorbeeld Duitsland geen bescherming zou bieden als dat land verantwoordelijk was. Een van de vragen waartoe de toepassing van de Overeenkomst van Dublin daarom heeft geleid is, wanneer i.c. Nederland verplicht is een asielaanvraag te behandelen, ondanks het feit dat een ander land (met name Duitsland) daarvoor verantwoordelijk is, omdat Nederland anders indirect de refolementverboden van artikel 33 lid 1 Vluchtelingenverdrag en artikel 3 EVRM zou schenden. Artikel 3 lid 4 OvD geeft lidstaten het recht om, indien zij dat wensen, een asielaanvraag te behandelen hoewel zijn daartoe op grond van de Overeenkomst van Dublin niet gehouden zijn.³¹

5.2.1 *De Afdelingsjurisprudentie*

De kwestie heeft in de Nederlandse jurisprudentie vooral gespeeld naar aanleiding van asielaanvragen van Turks-Koerdische dienstweigeraars. In Duitsland maken zij praktisch geen kans op asiel, terwijl zij in Nederland gedurende een bepaalde periode reële kansen op bescherming tegen terugzending hadden.³² In de leidende uitspraak

31 Zie over deze materie nader Vermeulen/Battjes/Spijkerboer 2002, p. 42-46.

32 Zie nader Spijkerboer 2000b, p. 312-316; Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 25 mei 2000, RV 2000, 11; Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 1 november 2000, RV 2000, 15.

terzake van de Afdeling³³ stelt zij zich op het standpunt dat uit het Vluchtelingenverdrag en het EVRM onder omstandigheden de verplichting kan voortvloeien om een asielverzoek zelf te behandelen als sprake is van verschillen in uitleg van deze verdragen in verschillende lidstaten. Het criterium ter beantwoording van de vraag wanneer sprake is van zo een verplichting baseert de Afdeling op een eigen weergave van de relevante passages uit de Vreemdelingencirculaire:³⁴

De Afdeling begrijpt deze passages aldus, dat er ten algemene van uit wordt gegaan dat de Staten die partij zijn bij de OvD hun verplichtingen uit beide andere voornoemde verdragen (Vluchtelingenverdrag en EVRM, TS) naleven en dat het aan de asielzoeker is om op grond van concrete, dus op hun individuele zaak betrokken, feiten en omstandigheden aannemelijk te maken dat dit in hun geval wat betreft de ingevolge de OvD primair verantwoordelijke Staat anders is.

Er is, mede gelet op de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak T.I. tegen het verenigd Koninkrijk (...) geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris bij afweging van alle daarvoor in aanmerking komende belangen niet in redelijkheid tot dit beleid heeft kunnen besluiten, dan wel dat dat beleid om andere redenen rechtens niet aanvaardbaar is.

De Afdeling meent dat de rechtbank om twee redenen terecht heeft overwogen dat de asielzoeker niet aan de hand van concrete aanwijzingen aannemelijk had gemaakt dat Duitsland zijn internationale verplichtingen jegens hem niet zou nakomen. Ten eerste had hij zijn gestelde dienstweigering in de Duitse asielprocedure in het geheel niet aan de orde gesteld, en in Nederland pas uitdrukkelijk in de beroepsfase. Met de betreffende zinsneden lijkt de Afdeling twijfel over de geloofwaardigheid van de gestelde dienstweigering tot uiting te brengen.³⁵ Ten tweede oordeelt de Afdeling dat de in Duitsland met betrekking tot Turks-Koerdische dienstweigeraars in het algemeen ontwikkelde jurisprudentie niet zonder meer kan worden aangemerkt als een concrete aanwijzing dat Duitsland zijn internationale verplichtingen niet zal nakomen. Zowel Battjes als Vermeulen³⁶ leiden uit deze omzichtige formulering af

33 ABRvS 25 oktober 2001, RV 2001, 15, JV 2001/328, AB 2002, 30.

34 Vc 2000, C1/2.3.4.

35 Zo vat Battjes deze passage op in zijn noot bij JV 2001/328. Het is echter ook denkbaar dat de Afdeling meent dat alle relevante argumenten eerst in de Duitse asielprocedure aan de orde gesteld moeten zijn voordat ze in Nederland aan de orde kunnen komen – een soort internationaal trechtermodel, zie hierna.

36 In hun noten bij JV 2001/328 en AB 2002, 30 en RV 2001, 15.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

dat de Afdeling op andere punten mogelijk wel zal concluderen dat algemene interpretatieverschillen kunnen leiden tot de verplichting van Nederland om de verantwoordelijkheid voor asielverzoeken aan zich te trekken, zoals het Britse House of Lords eerder al deed.³⁷

In een uitspraak van 11 juli 2002 heeft de Afdeling een nadere voorwaarde die zij eerder niet leek te stellen³⁸ geïntroduceerd. Op de hiervoor geciteerde passage over het algemene uitgangspunt dat staten hun verdragsverplichtingen nakomen en de mogelijkheid dat de asielzoeker aannemelijk maakt dat dat in zijn geval niet zo is laat de Afdeling volgen:

Dit is wat betreft het EVRM volgens de Vreemdelingencirculaire slechts mogelijk, wanneer de asielzoeker in het verantwoordelijke land is uitgeprocedeerd en daarnaast sprake is van bijzondere door de vreemdeling aannemelijk te maken nieuwe feiten en omstandigheden, die in redelijkheid tot heroverweging kunnen leiden, welke feiten en omstandigheden in het verantwoordelijke Dublinland niet opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld. Nu de zaak van de vreemdeling in Oostenrijk nog niet in behandeling is geweest, kan de stelling dat uitzetting naar dit land strijd oplevert met het bepaalde in artikel 3 van het EVRM reeds hierom niet slagen.³⁹

In latere uitspraken heeft de Afdeling de algemene passages uit de uitspraak van 25 oktober 2001 herhaald.⁴⁰ In één daarvan had de vreemdeling wel het voor hem negatieve Duitse vonnis overgelegd, maar niet duidelijk gemaakt op welke concrete gronden en omstandigheden hij zijn beroep op dienstweigering in de Duitse procedure had gebaseerd. Reeds daarom was, naar het oordeel van de Afdeling, door hem niet aannemelijk gemaakt dat Duitsland zijn internationale verplichtingen jegens hem niet zou nakomen.⁴¹ De Afdeling is kennelijk van oordeel dat de asielzoeker op grond van de concrete omstandigheden van zijn geval aannemelijk moet maken dat hij in Nederland, anders dan in Duitsland, mogelijk wel voor asiel in aanmerking zou komen. Daarvoor is het nodig kennis te kunnen nemen van de exacte gronden voor dienstweigering.

37 House of Lords 19 december 2000, JV 2001/74.

38 Zie Battjes in zijn noot bij JV 2001/328.

39 ABRvS 11 juli 2002, JV 2002/300.

40 ABRvS 11 december 2001, JV 2002/43; ABRvS 14 januari 2002, 200106324/1.

41 ABRvS 11 december 2001, JV 2002/43.

In een merkwaardige uitspraak moest de Afdeling oordelen over een zaak waarin de asielzoeker eerst in Duitsland, en daarna in Nederland asiel had gevraagd. De asielzoeker voerde aan dat hij steeds de bedoeling had gehad om in Nederland asiel aan te vragen, maar gedwongen was geweest dat in Duitsland te doen. Hoewel deze intentie ingevolge de Overeenkomst van Dublin duidelijk niet relevant is, gaat de Afdeling toch inhoudelijk op dit standpunt in, waarbij zij een constructie hanteert die aan voorwaardelijke opzet doet denken:

Uit de indiening van (het) asielverzoek blijkt zijn intentie om in Duitsland bescherming te zoeken. Voorzover appellant bedoelt te betogen dat hij het asielverzoek in Duitsland slechts als gevolg van overmacht heeft ingediend, kan dat betoog niet slagen, nu appellant, door te kiezen voor illegale grensoverschrijding, zichzelf in een situatie heeft gebracht waarin repatriëring door Duitsland dreigde. Dat hij ter afwending daarvan een asielverzoek in dat land heeft ingediend, ligt in het verlengde van de door hem gemaakte keuze. De gevolgen daarvan komen voor zijn rekening.⁴²

Een ander probleem is dat door toepassing van de Overeenkomst van Dublin gezinnen gescheiden kunnen raken, omdat een staat verantwoordelijk is voor de behandeling van de asielverzoeken van een aantal gezinsleden, terwijl een andere staat verantwoordelijk is voor de rest van het gezin. Daarover zijn slechts twee uitspraken beschikbaar; het enige aspect dat de individuele gevallen overstijgt is dat de Afdeling in deze uitspraken in sommige opzichten vol toetst aan besluit 1/2000 van het Comité van artikel 18 van de Overeenkomst van Dublin (het Dublin Comité). Zo toetst de Afdeling het oordeel dat vreemdelingen geen gezinsleden in de zin van Besluit 1/2000 zijn integraal.⁴³

5.2.2 *De kritiek*

In haar eerste richtinggevende uitspraak, die van 25 oktober 2001, lijkt de Afdeling een helder toetsingskader neer te zetten. Daartoe herschrijft zij de tekst van de Vreemdelingencirculaire enigszins, door het gevoerde beleid eerst na een eigen parafraze daarvan aan een redelijkheidstoets te onderwerpen. In de uitspraak van 11 juli 2002 daarentegen moet worden afgeleid dat de Afdeling meent dat een asiel-

42 ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/5.

43 ABRvS 15 augustus 2002, JV 2002/379.

zoeker pas aannemelijk kan maken dat een ander Dublin-land zijn internationaalrechtelijke verplichtingen tegenover hem niet zal nakomen, als daar eerst een asielverzoek is ingediend. Battjes heeft uiteengezet dat het weliswaar zo is dat een asielzoeker die in het verantwoordelijke land nog geen asielprocedure heeft doorlopen er een zware klus aan zal hebben om het vereiste bewijs te leveren, maar dat dat niet kan worden uitgesloten.⁴⁴

Voorts valt op dat de Afdeling in de uitspraak van 11 juli 2002 niet de vraag aan de orde stelt of de eis in de Vreemdelingencirculaire dat de vreemdeling uitgeprocedeerd moet zijn in het verantwoordelijke land redelijk en overigens rechtens aanvaardbaar is. Deze omissie is meer dan een formaliteit, nu juist deze eis voorwerp van discussie is.

5.2.3 *De keuze van de Afdeling*

Met haar uitspraak van 11 juli 2002 heeft de Afdeling er voor gekozen om het verdeelsysteem van de Overeenkomst van Dublin soepel te laten lopen. Tot op heden heeft de eis dat de asielzoeker, alvorens zich er op te kunnen beroepen dat het verantwoordelijke land zich niet aan zijn internationaalrechtelijke verplichtingen houdt, in dat land uitgeprocedeerd moet zijn gefungeerd als het voornaamste slot tegen inhoudelijke procedures over het verdeelsysteem. Dat de Afdeling niet naar inhoudelijke aspecten van een Dublin-zaak wil kijken als er in het verantwoordelijke land geen asielverzoek is ingediend brengt het risico met zich dat in enkele – volgens mij overigens uitzonderlijke – gevallen indirect refolement kan plaatsvinden. De Afdeling had de mogelijkheid gehad om deze eis te nuanceren, omdat die (anders dan in art. 15b lid 1 onder a Vw (oud)⁴⁵) niet in de wet, maar in de circulaire is opgenomen. Hiermee laat de Afdeling het belang bij een efficiënte toepassing van de Overeenkomst van Dublin prevaleren bij het belang bij effectieve bescherming tegen indirect refolement.

44 Zie zijn noot bij JV 2002/300.

45 Zie nader Baudoïn e.a. 2001, p. 126 e.v.

6. VRIJHEIDSBEROVENDE MAATREGELEN

De Vreemdelingenwet 2000 bevat een aantal bepalingen op grond waarvan vreemdelingen van hun vrijheid beroofd kunnen worden. De eerste hier relevante is die van artikel 6, dat bepaalt dat de vreemdeling aan wie de toegang tot Nederland geweigerd is wordt verplicht zich op te houden in een aangewezen ruimte of plaats, die kan worden beveiligd tegen ongeoorloofd vertrek. Het gaat hier om wat wel wordt aangeduid als grensdetentie. De tweede bepaling die in dit verband van belang is, is artikel 59, dat het mogelijk maakt om vreemdelingen die geen (of geen volwaardig) rechtmatig verblijf hebben in vreemdelingenbewaring te nemen, zodat zij uitgezet kunnen worden.

6.1 De Afdelingsjurisprudentie

In de Afdelingsjurisprudentie is een hoofdrol weggelegd voor de vraag welke handelingen die vooraf gaan aan een vrijheidsberovende maatregel kunnen worden betrokken bij de beoordeling van de rechtmatigheid daarvan. Tot 2001 was het vaste jurisprudentie dat de vrijheidsberoving onrechtmatig werd geacht als daaraan voorafgaand fouten waren gemaakt.¹ De Afdeling koos echter als hoofdlijn dat fouten die zijn gemaakt bij de toepassing van de Vreemdelingenwet in principe wel, en fouten die zijn gemaakt bij de toepassing van andere wetten in principe niet bij de beoordeling konden worden betrokken. Maar de toepassing van enkele andere wetten (de Politiewet en de Algemene wet op het binnentreden) wordt wel bij de beoordeling betrokken, terwijl een enkele bepaling uit de Vreemdelingenwet 2000 (art. 6 en 55 Vw 2000) juist weer niet bij de beoordeling wordt betrokken.

6.1.1 *Het vreemdelingenrechtelijk voortraject – omvang van de toetsing*

In de eerste beslissing over de toetsing van het voortraject was de vreemdeling in bewaring gesteld op grond van artikel 59 Vw 2000. Deze bewaring volgde op een

1 Zie nader de noot van Vermeulen bij JV 2001/329.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

aanwijzing aan de vreemdeling op grond van artikel 55 Vw 2000 om zich in verband met het onderzoek naar zijn asielaanvraag op te houden in het Aanmeldcentrum. De vreemdeling had in beroep en in hoger beroep geklaagd dat het gedwongen verblijf in het Aanmeldcentrum een vorm van vrijheidsberoving was, waarvoor de wet geen grondslag biedt.² Om die reden was ook de daarop volgende bewaring zijns inziens onrechtmatig. De Afdeling oordeelde:

Ingevolge het bepaalde bij artikel 84, aanhef en onder a, van de Vw 2000 staat tegen het oordeel van de rechtbank over zulke aanwijzingen geen hoger beroep open. De door appellant tegen het oordeel van de rechtbank omtrent die aanwijzingen aangevoerde grieven kunnen derhalve niet leiden tot vernietiging van de aangevallen uitspraak.³

Vervolgens poogde de staatssecretaris de Afdeling er toe te brengen deze lijn (rechtshandelingen waartegen geen hoger beroep open staat vallen buiten de bevoegdheid van de Afdeling en kunnen dus geen rol spelen bij de beoordeling van de bewaring) door te trekken. In haar uitspraak van 29 juni 2001⁴ moest de Afdeling oordelen over een grief, die er op neer kwam dat de bewaring onrechtmatig was, omdat de daaraan voorafgaande staandehouding op grond van artikel 50 lid 1 Vw 2000 had plaatsgevonden zonder dat sprake was van feiten en omstandigheden die, naar objectieve maatsstaven gemeten, een redelijk vermoeden van illegaal verblijf opleveren, zoals artikel 50 lid 1 Vw 2000 vereist. Namens de staatssecretaris was betoogd dat de Afdeling niet bevoegd was om van het hoger beroep van de vreemdeling kennis te nemen. De grieven waren immers uitsluitend gericht tegen onderdelen van de uitspraak die betrekking hadden op de rechtmatigheid van de staandehouding, en daartegen staat ingevolge artikel 84 onder a Vw 2000 geen hoger beroep open. De Afdeling volgt dat betoog echter niet; het beroep richt zich tegen een uitspraak als bedoeld in artikel 94 lid 3 Vw 2000, waartegen ingevolge artikel 95 Vw 2000 hoger beroep open staat. Vervolgens vat de Afdeling dit bevoegdheidsverweer op als een materieel verweer:

In de gevallen waarin op staandehouding zonder feitelijke onderbreking ophouding en/of bewaring volgt, vormt de staandehouding het begin van een reeks beslissingen, erop gericht de vreemdeling, ten aanzien van wie

2 Zie in die zin Nationale ombudsman 28 maart 2001, JV 2001/141. Evenzo Baudoin e.a. 2001, p. 165-166; Bommeljé 2001; Tellekamp Booland 2002.

3 ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/165.

4 ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/209.

gebleken is dat hij illegaal hier te lande verblijft, onder de macht van de tot uitzetting bevoegde autoriteiten te brengen en te houden. Daarbij wordt een opvolgende beslissing steeds mede gebaseerd op de gegevens die zijn vergaard bij of op basis van een voorafgaande beslissing en is – niet in de laatste plaats wat betreft het verhoor van de vreemdeling – ook in procedureel opzicht niet steeds een scherpe scheidslijn te trekken tussen de toepassing van de artikelen 50 en 59 van de Vw 2000. Tijdens de parlementaire behandeling is zijdens de regering desgevraagd opgemerkt dat bij de beoordeling in rechte van de inbewaringstelling het hele voortraject wordt betrokken (TK 1999-2000, 26732, nr. 11). Anders dan de Staatssecretaris heeft betoogd, kan de staandehouding dan ook niet op één lijn worden gesteld met een aanwijzing, als bedoeld in artikel 55, eerste lid, van de Vw 2000, waarover de Afdeling heeft geoordeeld in haar uitspraak van 29 mei 2001 (...). Die bepaling schept bevoegdheid tot het opleggen van een maatregel in verband met het onderzoek naar de inwilligbaarheid van de aanvraag om een verblijfsvergunning. Deze bevoegdheid dient derhalve de doelmatigheid van die besluitvorming en is naar haar aard en doel niet direct gericht op de aanwending van de bevoegdheden tot inbewaringstelling en uitzetting. Bij voormeld artikel 95, eerste lid, van de Vw 2000 is hoger beroep opengesteld tegen de uitspraak van de rechtbank over een besluit tot vrijheidsontneming, waaronder bewaring, als bedoeld in artikel 59 van de wet. Deze bepaling is bij amendement in de wet ingevoegd (TK 1999-2000, 26732, nr. 30), kennelijk teneinde de rechtsbescherming in geval van vrijheidsontneming te vergroten en de rechtseenheid te bevorderen (TK 1999-2000, 26732, nr. 5, p. 47-48, 129). Nu de bewoordingen van artikel 95 niet zonder meer duidelijk zijn, moet bij de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling te rade worden gegaan. Daaruit kan worden afgeleid dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om onderdelen van de beoordeling door de rechtbank van de rechtmatigheid van de bewaring aan de toetsing door de appèlrechter te onttrekken.⁵

In de huidige context is van belang dat de Afdeling hier aanneemt dat, als de vreemdelingenrechtelijke staandehouding onrechtmatig was geweest, dit gevolgen had

5 De uiteenzetting over de toetsing aan artikel 50 lid 1 Vw 2000 werd herhaald in ABRvS 17 juli 2001, JV 2001/235, AB 2001, 285. Inmiddels wordt zonder toelichting getoetst aan artikel 50 lid 1 Vw 2000, bijv. ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/317. De uiteenzetting over artikel 55 Vw 2000 werd herhaald in ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/266.

kunnen hebben voor de rechtmatigheid van de bewaring.⁶ Hetzelfde heeft de Afdeling overwogen met betrekking tot de rechtmatigheid van de overbrenging op grond van artikel 50 lid 3 Vw 2000 (een vorm van vrijheidsontneming). De Afdeling overwoog:

Een gebrek dat kleeft aan een vrijheidsontneming via welke de vreemdeling in de macht van de tot inbewaringstelling en uitzetting bevoegde autoriteiten is gebracht, maakt de daarop aansluitende bewaring onrechtmatig, indien de daarmee gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen. Van een dergelijke onevenwichtigheid is in dit geval geen sprake.⁷

Bij de beoordeling van de bewaring toetst de Afdeling dus in ieder geval de regelmatigheid van de toepassing van artikel 50 lid 1, lid 2⁸ en 3 Vw 2000. Ook heeft de Afdeling zonder nadere toelichting de toepassing van artikel 53 lid 1 Vw 2000 getoetst.⁹ Er is geen reden om aan te nemen dat de Afdeling een andere opstelling zal kiezen waar het gaat om artikel 51, 52 en 53 lid 2 Vw 2000. Als schending van een voorschrift wordt geconstateerd, leidt dat overigens niet zonder meer tot opheffing van de vrijheidsberoving, maar tot een belangenafweging tussen de belangen die gediend zijn met voortzetting daarvan enerzijds en de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen.

Een andere opstelling koos de Afdeling waar het gaat om de toegangsweging. Een vreemdeling die niet over de nodige documenten beschikt kan de toegang tot Nederland worden geweigerd (art. 3 lid 1 onder a Vw 2000). De vreemdeling aan wie de toegang is geweigerd kan worden verplicht zich op te houden in een bepaalde ruimte of plaats – een vorm van vrijheidsberoving (art. 6 Vw 2000). Ook in deze zaak voerde de staatssecretaris primair aan dat de Afdeling onbevoegd was van het hoger beroep kennis te nemen, omdat de grieven zich richtten tegen de toepassing van artikel 3 Vw 2000, en tegen uitspraken inzake dit artikel geen hoger beroep open staat.¹⁰ De Afdeling volgde dit betoog op het punt van de bevoegdheid wederom

6 Vgl. ABRvS 4 december 2001, JV 2002/40.

7 ABRvS 20 juli 2001, JV 2001/236, AB 2001, 274, RV 2001, 71.

8 Dit blijkt impliciet uit ABRvS 28 november 2001, JV 2002/46.

9 ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/317.

10 Mijns inziens is hier overigens sprake van een verschrijving. Tegen handeling op grond van artikel 3 Vw 2000 staat wel hoger beroep open; het zijn zaken betreffende artikel 6 Vw 2000 die door artikel 84 Vw 2000 worden uitgesloten van hoger beroep. Het betoog van de staatssecretaris is echter ondanks deze onjuistheid wel duidelijk: de toepassing van artikel 3 Vw 2000 werd door de vreemdeling ter discussie gesteld; juiste toepassing daarvan is een voorwaarde voor rechtmatige toepassing van artikel 6 Vw 2000, en daarover is hoger beroep niet mogelijk.

niet, omdat het hoger beroep gericht was tegen een uitspraak op grond van artikel 94 lid 3 Vw 2000, waartegen op grond van artikel 95 Vw 2000 hoger beroep open staat. Maar bij de beoordeling van de toepassing van artikel 3 Vw 2000 loopt het anders:

Nu tegen de aan de toepassing van de vrijheidsontnemende maatregel voorafgaande weigering van toegang administratief beroep openstaat en tegen de beslissing op dat beroep beroep op de rechter, verdraagt het zich niet met het stelsel van de wet dat de rechter die over de vrijheidsontnemende maatregel oordeelt, zich daarbij tevens uitspreekt over de rechtmatigheid van de toegangsweigering. Indien de toegangsweigering in de daartoe voorziene procedure onrechtmatig is gebleken, kan de rechter, die over de vrijheidsontnemende maatregel heeft te oordelen, zich gesteld zien voor de vraag naar de gevolgen daarvan voor de rechtmatigheid van die maatregel. Daarvan is in dit geval echter geen sprake.

Ten aanzien van het beroep van appelllant op artikel 5 in samenhang met artikel 13 van het EVRM, overweegt de Afdeling dat die bepalingen op toegangsweigering geen betrekking hebben.¹¹ De Afdeling stelt dus in de kern dat, omdat een andere beroepsgang tegen de toegangsweigering open staat, in de beroepsgang tegen de bewaring niet over de toegangsweigering kan worden geoordeeld. De Afdeling laat na aan te geven waarom dit geval zich onderscheidt van de eerdere beslissingen waarin de rechtmatigheid van de toepassing van artikel 50 lid 1 en lid 3 Vw 2000 wel werd meegenomen bij de beoordeling van de bewaring. Ook tegen ophouding en overbrenging staat immers een aparte rechtsgang open. Artikel 93 lid 1 Vw 2000 bepaalt dat tegen toepassing van artikel 50 lid 3 Vw 2000 (overbrenging) dezelfde rechtsgang open staat als tegen bewaring; toepassing van artikel 50 lid 1 Vw 2000 (staandhouding) moet worden aangemerkt als een handeling van een bestuursorgaan ten aanzien van een bestuursorgaan als zodanig in de zin van artikel 72 lid 3 Vw 2000, waartegen op grond van artikel 77 lid 1 Vw 2000 administratief beroep open staat (met daarna beroep op de rechtbank, maar geen hoger beroep, art. 84 onder a Vw 2000). Dat de rechtsgang tegen de overbrenging dezelfde is als die tegen de bewaring staat niet in de weg aan toepassing van de redenering van de Afdeling; immers, als alleen is opgekomen tegen de bewaring en niet tegen de overbrenging, kan men stellen dat in de procedure alleen de bewaring aan de orde kan komen, nu tegen de overbrenging niet is opgekomen.

11 ABRvS 5 september 2001, JV 2001/284, AB 2001, 366.

De Afdeling is dus van mening dat in de procedure over de vrijheidsberoving wel die handelingen uit het vreemdelingenrechtelijk voortraject kunnen worden betrokken die naar hun aard en doel direct gericht zijn op aanwending van de bevoegdheden tot inbewaringstelling en uitzetting. In deze categorie vallen in de visie van de Afdeling staandehouding en overbrenging op grond van artikel 50 Vw 2000. In de procedure over de bewaring kan niet worden geoordeeld over handelingen die een ander doel hebben, zoals aanwijzingen die de doelmatigheid van de besluitvorming dienen (art. 55 Vw 2000) of weigering van toegang (art. 3 Vw 2000). Haar beslissing over artikel 3 Vw 2000 motiveert de Afdeling door er op te wijzen dat er een andere rechtsgang beschikbaar is. Het moet er echter voor worden gehouden dat niet dat doorslaggevend is (dat geldt immers ook voor de handelingen gebaseerd op art. 50 Vw 2000), maar de afwezigheid van een onmiddellijke samenhang met de daarop volgende vrijheidsberoving.

6.1.2 *Het vreemdelingenrechtelijk voortraject – inhoudelijke toetsing*

Artikel 50 lid 1 Vw 2000 geeft de daar genoemde ambtenaren bevoegdheid om personen staande te houden ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie, o.m. op grond van feiten en omstandigheden die, naar objectieve maatstaven gemeten, een redelijk vermoeden van illegaal verblijf opleveren. De Afdeling oordeelde dat als een vreemdeling toestemming geeft om zijn woning te betreden en vrijwillig zijn paspoort toont, waaruit blijkt dat hij zich na binnenkomst in Nederland niet bij de korpschef heeft gemeld, het feit dat de betrokken ambtenaren naar de woning waren gegaan op grond van een anonieme tip niet leidt tot strijd met artikel 50 lid 1 Vw 2000.¹² De vreemdeling werd pas staande gehouden op grond van deze bepaling nadat, zonder de toepassing van dwangmiddelen, op grond van controle in het kader van de uitoefening van politietaken een redelijk vermoeden van illegaal verblijf was gerezen.¹³ Met betrekking tot artikel 50 lid 2 Vw 2000 constateerde de Afdeling dat de termijn van zes uur voor de ophouding niet begint te lopen op het moment van staandehouding, maar op het moment dat de vreemdeling is overgebracht naar een plaats bestemd voor verhoor.¹⁴

Voorts is aan de orde geweest wanneer formele fouten in de gang van zaken voorafgaand aan de bewaring tot onrechtmatigheid van de bewaring leiden. In een zaak

12 Zie voor de vraag wanneer een anonieme tip een voldoende objectief redelijk vermoeden van illegaal verblijf oplevert ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/317.

13 ABRvS 4 december 2001, JV 2002/40.

14 ABRvS 28 november 2001, JV 2002/46.

stelde de staatssecretaris dat de aan de bewaring voorafgaande vrijheidsberoving was gebaseerd op artikel 50 lid 3 Vw 2000, maar daaromtrent kon geen schriftelijk stuk worden overgelegd. De Afdeling legt als criterium aan:

Een dergelijk gebrek dat kleeft aan een vrijheidsontneming via welke de vreemdeling in de macht van de tot inbewaringstelling en uitzetting bevoegde autoriteiten is gebracht, maakt de daarop aansluitende bewaring onrechtmatig, indien de daarmee gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen.

Van een dergelijke onevenwichtigheid was naar het oordeel van de Afdeling geen sprake, omdat artikel 50 lid 3 Vw 2000, blijkens de wetsgeschiedenis, in het bijzonder was bedoeld voor transport van gedetineerden van een strafrechtelijke inrichting naar een plaats voor vreemdelingenbewaring, en daarvan i.c. ook sprake was.¹⁵ In een andere zaak klaagde de vreemdeling er over dat de IND niet om toestemming was gevraagd voor de bewaring terwijl dat wel had moeten, nu hij een asielverzoek had ingediend.¹⁶ De Afdeling oordeelde

Het enkele ontbreken van toestemming vooraf van de IND voor een inbewaringstelling die op zichzelf voldoet aan de daaraan in artikel 59 van de Vw 2000 gestelde vereisten, maakt de daarop aansluitende bewaring niet onrechtmatig, tenzij de daarmee gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen.

In casu was van zo een onevenwichtigheid geen sprake, omdat de IND kort na de inbewaringstelling was geïnformeerd en geen bezwaar had gemaakt, terwijl de vreemdeling ook inmiddels zijn asielaanvraag had ingetrokken.¹⁷ In een uitspraak van enkele dagen later gaf de Afdeling een stringenter toetsingskader voor de beantwoording van de vraag of zich een onevenwichtigheid voordoet als toestemming van de IND voor de bewaring van een asielzoeker ontbreekt:

Aan alle wettelijke vereisten voor de voortzetting van de inbewaringstelling op deze (...) grond is voldaan. Het besluit tot voortzetting van de inbewa-

15 ABRvS 20 juli 2001, JV 2001/236, AB 2001, 274, RV 2001, 71.

16 Vc 2000, A5/5.3.3.5.

17 ABRvS 10 oktober 2001, JV 2001/324.

ringstelling is bevoegd genomen. Niet in geschil is dat zich een situatie, als bedoeld in artikel 59, eerste lid, aanhef en onder b, van de Vw 2000, voordoet. In het besluit is voorts uiteengezet, waarom het belang van de openbare orde de voortzetting van de bewaring vordert. De wet bepaalt niet dat een vreemdeling, die een aanvraag om een verblijfsvergunning asiel heeft ingediend, niet in bewaring mag worden gesteld, voordat de IND daartoe toestemming heeft verleend. Overigens bestaat evenmin grond voor het oordeel dat de inbewaringstelling onrechtmatig is.¹⁸

Deze overwegingen hebben een algemenere strekking dan de individuele beoordeling van de onevenwichtigheid in de uitspraak van 10 oktober 2001.¹⁹

6.1.3 *Het op andere wetten gebaseerde voortraject (Politiewet, Strafvordering, Awbi, Wav)*

We zagen dat de Afdeling over de mogelijkheid om het vreemdelingenrechtelijk voortraject te toetsen in de bewaringsprocedure wisselende standpunten inneemt. In hoeverre betreft de Afdeling de toepassing van andere wetten bij haar beoordeling van de rechtmatigheid van vrijheidsberoving op grond van de Vreemdelingenwet 2000? Het antwoord op deze vraag levert een verwarrend beeld op.

Politiewet

In de eerste uitspraak uit de serie toetste de Afdeling wel de aan de staandehouding op grond van artikel 50 lid 1 Vw 2000 voorafgaande uitoefening van algemene politietaken. Er werd getoetst aan artikel 2 Politiewet 1993:

Naar het oordeel van de Afdeling stond het de verbalisanten in deze situatie vrij in het kader van hun algemene politietaken, als bedoeld in artikel 2 van de Politiewet 1993, de beide mannen aan te spreken en hun te vragen naar hun identiteitspapieren. Van een discriminatoir optreden van de verbalisanten ten aanzien van hen is niet gebleken. Op grond van de informatie die beide mannen vrijwillig aan de verbalisanten hebben verschaft, konden

¹⁸ ABRvS 24 oktober 2001, JV 2002/10, NAV 2002/12.

¹⁹ Een verschil in samenstelling van de kamers kan geen verklaring bieden; twee leden hadden in beide kamers zitting.

de verbalisanten concluderen dat sprake was van een redelijk vermoeden van illegaal verblijf, als bedoeld in artikel 50, eerste lid, van de Vw 2000.²⁰

Strafrechtelijk voortraject

Een eerste vingerwijzing dat het niet mogelijk is om in de vreemdelingenrechtelijke procedure de regelmatigheid aan de orde te stellen van het strafrechtelijk voortraject is te vinden in een uitspraak van 18 juli 2001.²¹ De Vreemdelingencirculaire bepaalt, in grote lijnen, dat een vreemdeling die het voorwerp is van een strafrechtelijke procedure alleen wordt uitgezet als het Openbaar Ministerie daartegen geen bezwaar heeft.²² Aldus wordt voorkomen dat een uitzetting een strafrechtelijke procedure doorkruist. Een vreemdeling werd aangehouden op verdenking van een strafbaar feit, vervolgens na overleg met een parketsecretaris heengezonden en daarna opgehouden op grond van artikel 50 lid 2 Vw 2000. Namens de vreemdeling werd aangevoerd dat, nu toestemming van het Openbaar Ministerie voor uitzetting ontbrak, de bewaring onrechtmatig was. De Afdeling oordeelde dat de vreemdeling, nu hij heengezonden was, niet meer het voorwerp was van een strafrechtelijke procedure zoals bedoeld in de relevante passage in de Vreemdelingencirculaire, zodat het niet nodig was dat het Openbaar Ministerie geen bezwaar had. Dat, zoals namens de vreemdeling was aangevoerd, een parketsecretaris niet bevoegd is om namens het Openbaar Ministerie te kennen te geven dat geen bezwaar bestaat tegen uitzetting wordt niet bij de beoordeling betrokken:

De vreemdelingenrechter kan niet treden in de vraag of bevoegdlijk is besloten tot beëindiging van de strafrechtelijke vrijheidsontneming en/of strafvervolgning van appellant.

Kort daarna gaf de Afdeling de eerste van een serie uitspraken, waarin de gestelde onrechtmatigheid van een handeling in het strafrechtelijke traject dat voorafging aan de vreemdelingenbewaring werd aangemerkt als een kwestie die niet door de vreemdelingenrechter kon worden getoetst:

De eerste grief van appellant (de vreemdeling, TS) heeft betrekking op de aan de staandehouding voorafgaande aanwending van de in artikel 61, tweede

20 ABRvS 17 juli 2001, JV 2001/235, AB 2001, 285.

21 ABRvS 18 juli 2001, JV 2001/237.

22 Vc 2000, A4/3.1.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

lid van het Wetboek van Strafvordering neergelegde bevoegdheid tot strafrechtelijke ophouding. De rechter in vreemdelingenzaken kan niet oordelen over de aanwending van deze niet bij of krachtens de Vw 2000 toegekende bevoegdheid. Slechts indien de onrechtmatigheid van die aanwending door de stafrechter is vastgesteld, kan de vreemdelingenrechter zich gesteld zien voor de vraag naar de consequenties daarvan voor de rechtmatigheid van de inbewaringstelling. Van aan dergelijke situatie is in het onderhavige geval geen sprake. Deze grief kan niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden.²³

Sommige rechtbanken stelden zich op het standpunt dat gekwalificeerde onrechtmatigheden in het strafrechtelijk voortraject wel door de vreemdelingenrechter moesten worden vastgesteld, maar de Afdeling volgde een strakke lijn:

De eerste grief (van de staatssecretaris; TS) klaagt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het uitgangspunt dat in het algemeen de rechter in vreemdelingenzaken niet toekomt aan de beoordeling van het strafrechtelijk voortraject uitzondering kan lijden, indien in het strafrechtelijk voortraject sprake was van een dusdanige inbreuk op de rechtsorde, dat een behoorlijk handelend bestuursorgaan de daarop volgende maatregel niet had kunnen toepassen zonder in strijd te komen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...) is het niet aan de rechter in vreemdelingenzaken te oordelen over de aanwending van andere dan bij of krachtens de Vreemdelingenwet 2000 (...) toegekende bevoegdheden. Slechts indien de onrechtmatigheid van de aanwending van zodanige bevoegdheden door een daartoe bevoegde rechter is vastgesteld, kan de vreemdelingenrechter zich gesteld zien voor de vraag naar de gevolgen daarvan voor de rechtmatigheid van de inbewaringstelling. Van een dergelijke situatie is in het onderhavige geval geen sprake. De aangevallen uitspraak miskent in de overweging waartegen de grief zich richt deze jurisprudentie en is daarmee in strijd. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat het door haar weergegeven uitgangspunt onder omstandigheden, als door haar verwoord, uitzondering kan lijden. De bevoegdheid van de bijzondere rechter in vreemdelingenzaken is in de Vw 2000 beperkt tot de beoordeling van op die wet gebaseerde vrijheidsontneming. Die wet biedt hem derhalve geen ruimte om zich een oordeel te vormen

23 ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/234, AB 2001, 273, RV 2001, 66.

over de rechtmatigheid van aan de bewaring voorafgaande aanwending van strafrechtelijke bevoegdheden. Daartoe moet men zich wenden tot de ter zake van strafvorderlijk optreden aangewezen rechter of tot een rechter met een algemene bevoegdheid.²⁴

Net als met betrekking tot de Afdelingsjurisprudentie inzake het vreemdelingenrechtelijk voortraject,²⁵ volgt ook in deze kwestie een gearticuleerd appèl waarin de verenigbaarheid van de Afdelingsjurisprudentie met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ter discussie wordt gesteld. In deze discussie speelt een centrale rol dat tegen strafrechtelijke aanhouding en ophouding niet steeds een effectief rechtsmiddel open staat. De Afdeling houdt voet bij stuk:

De enige grief (van de vreemdeling; TS) strekt ten betoge dat de rechtbank ten onrechte de jurisprudentie van de Afdeling inzake het niet toetsen van het strafrechtelijk voortraject heeft gevolgd, omdat uit artikel 13 (...) EVRM voortvloeit dat, nu tegen de strafrechtelijke aanhouding en ophouding geen daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van die bepaling voorhanden is, in geval van bewaring de vreemdelingenrechter het strafrechtelijk voortraject marginaal moet toetsen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...) is het niet aan de rechter in vreemdelingenzaken te oordelen over de aanwending van andere dan bij of krachtens de Vw 2000 toegekende bevoegdheden. De bevoegdheid van de bijzondere rechter in vreemdelingenzaken is beperkt tot de beoordeling van op die wet gebaseerde vrijheidsontneming. Die wet biedt hem geen ruimte om zich een oordeel te vormen over de rechtmatigheid van aan de bewaring voorafgaande aanwending van strafvorderlijke bevoegdheden. Daartoe kan men zich wenden tot de ter zake van die aanwending bevoegde rechter of tot een rechter met algemene bevoegdheid. De rechtbank heeft deze jurisprudentie terecht gevolgd. Artikel 13 van het EVRM houdt geen voor rechtstreekse toepassing door de rechter in vreemdelingenzaken vatbare bepaling in, waarbij aan hem een verderstreckende of meeromvattende rechtsmacht wordt verleend, dan de nationale wet hem toekent.²⁶

In latere zaken weigerde de staatssecretaris om de rechtbanken informatie te verschaffen over het strafrechtelijk voortraject, omdat dit niet ter beoordeling voor lag.

24 ABRvS 25 oktober 2001, JV 2001/329, AB 2001, 384.

25 ABRvS 5 september 2001, JV 2001/284, AB 2001, 366.

26 ABRvS 22 november 2001, JV 2002/35, AB 2002, 112.

De Afdeling oordeelde enerzijds dat de staatssecretaris gehouden is om de rechtbank de informatie waarom zij vraagt te verschaffen. Anderzijds mocht de rechtbank geen gevolgen verbinden aan het feit dat de staatssecretaris dat niet deed, omdat de niet verschafte informatie een kwestie betrof waarover de rechtbank niet kon oordelen.²⁷

Wet arbeid vreemdelingen (Wav)

Met betrekking tot de vraag of de rechtmatigheid van een controle op grond van de Wet arbeid vreemdelingen door de vreemdelingenrechter kon worden beoordeeld oordeelde de Afdeling als volgt. Artikel 21 Wav bepaalt dat artikel 71 lid 1 Vw 2000 van toepassing is op beroepen tegen besluiten gegeven op grond van de Wav. Hiervan gaat de suggestie uit dat de vreemdelingenrechter bevoegd is te oordelen over de rechtmatigheid van de aanwending van de bij of krachtens de Wav toegekende controlebevoegdheid, zoals de vreemdeling had gesteld. De Afdeling oordeelde echter als volgt:

In dit geval is sprake van een controle in het kader van de Wav, een feitelijke handeling, niet zijnde een besluit, zodat de rechtmatigheid van de controle niet ter beoordeling van de vreemdelingenrechter staat.²⁸

Hieraan wordt later, voor de duidelijkheid, nog eens toegevoegd dat “(d)e vraag naar de aanleiding tot de controle in het kader van de Wav (...) voor de uit te voeren toetsing niet van belang” is. Dat lijkt een overstatement; immers, is de onrechtmatigheid van de controle door de bevoegde rechter vastgesteld, dan kan de aanleiding tot de Wav-controle via die band mogelijk wel van belang zijn – vergelijk de overwegingen van de Afdeling inzake het strafrechtelijk voortraject. Het punt dat de Afdeling wil maken is echter helder. De vreemdelingenrechter is niet bevoegd, omdat de Wav hem alleen bevoegd maakt met betrekking tot op de Wav gebaseerde besluiten, niet met betrekking tot op die wet gebaseerde feitelijke handelingen.²⁹

27 ABRvS 14 november 2001, JV 2002/33, AB 2002, 19.

28 ABRvS 8 juli 2002, JV 2002/297.

29 Uit de voor het overige onheldere uitspraak ABRvS 13 augustus 2002, JV 2002/341 (waarin de Afdeling de uitspraak van de rechtbank vernietigt maar niet aangeeft waarom dat gebeurt) blijkt dat er inmiddels geschillen draaien om de vraag of een controle plaats heeft gevonden op grond van de Vreemdelingenwet 2000 (dan is het voortraject wel ter toetsing aan de vreemdelingenrechter) of op grond van de Wav (dan is dat anders). Zoals uit die uitspraak blijkt, is dat een kwestie van smaak.

Algemene wet op het binnentreden (Awbi)

Met betrekking tot de Awbi lijkt het echter anders te liggen. In een uitspraak werd door de vreemdeling betoogd dat de politieagenten die haar hadden staande gehouden wel bevoegd waren de woning waar zij verbleef te betreden, maar niet om die te doorzoeken en de cv-kast, waarin zij zich bevond, te openen. De Afdeling overweegt dat blijkens het proces-verbaal de hoofdbewoner toestemming had gegeven om de woning te betreden om de verblijfsstatus van de daar verblijvende personen te controleren. Daarom waren de politieagenten o.m. bevoegd tot het openen van kasten waarin zich personen zouden kunnen bevinden, zoals de cv-kast.³⁰ Nu de Afdeling op deze kwestie in gaat, acht zij het kennelijk mogelijk dat het onbevoegd openen van de cv-kast relevant had kunnen zijn voor de rechtmatigheid van de bewaring. Zie ik het goed, dan wordt hier de rechtmatigheid van de toepassing van de Awbi betrokken bij de toetsing van de bewaring. In een latere uitspraak stelde de vreemdeling dat het binnentreden van de woning waar hij verbleef had plaatsgevonden in strijd met de Awbi. De Afdeling oordeelde dat, zelfs als de vreemdeling werd gevolgd in zijn stelling dat hij als bewoner in zijn belangen was geschaad door deze schending, dat

niet leidt tot het door hem beoogde gevolg, nu de enkele schending van die voorschriften, die niet zien op het binnentreden zelf, niet tot het oordeel noopt dat de bewaring onrechtmatig is.³¹

De Afdeling laat na te motiveren waarom schending van deze voorschriften niet noopt tot het oordeel dat de bewaring onrechtmatig is. Deze formulering suggereert wederom dat, als schending van (andere?) voorschriften van de Awbi wel noopt tot het oordeel dat de bewaring onrechtmatig is, de vreemdelingenrechter bevoegd is dat oordeel te geven. De Afdeling heeft in elk geval niet de veel helderder formuleringen gehanteerd die voorkomen in de uitspraken over het strafrechtelijk voortraject en de Wav.

Conclusie

De Afdeling betreft de rechtmatigheid van het strafrechtelijk voortraject en feitelijke handelingen op grond van de Wav niet bij de beoordeling van de vrijheidsberoving.

30 ABRvS 23 april 2002, JV 2002/201.

31 ABRvS 29 mei 2002, JV 2002/242.

Wel betreft zij de rechtmatigheid van de uitoefening van bevoegdheden op grond van de Politiewet bij de beoordeling, en waarschijnlijk ook de toepassing van de Awbi.

6.1.4 *Vreemdelingenbewaring na expiratie van strafrechtelijke vrijheidsberoving*

Een reeds uit de praktijk onder de oude wet bekend probleem is dat van vreemdelingenbewaring die volgt op een strafrechtelijke detentie. Het gaat hier niet om de toetsing van het strafrechtelijk voortraject, maar om de gang van zaken rond de uitzetting, en rond de overbrenging van de vreemdelingen van de strafrechtelijke inrichting naar de locatie waar de vreemdelingenbewaring wordt uitgevoerd.

Omdat bewaring ingevolge artikel 59 lid 1 Vw 2000 met het oog op de uitzetting geschiedt, dient de uitzetting voortvarend ter hand te worden genomen. Zou deze regel niet gelden, dan zou nodeloos talmen kunnen leiden tot een nodeloos langdurige vrijheidsberoving. De Afdeling is een aantal malen op deze norm ingegaan, zonder hem geschonden te achten.³² Daaruit kan afgeleid worden dat, als het bestuur inderdaad onvoldoende voortvarend te werk gaat, de bewaring onrechtmatig kan zijn.

Deze kwestie kwam aan de orde in zaken waarin vreemdelingenbewaring volgde op strafrechtelijke detentie. De Vreemdelingen-circulaire bepaalt hierover het volgende:

Het uitgangspunt is dat zoveel mogelijk voorkomen dient te worden dat vreemdelingen na hun strafrechtelijke detentie in vreemdelingenrechtelijke bewaring gesteld moeten worden (...). Toch kan het voorkomen dat een vreemdeling na zijn detentie in vreemdelingenrechtelijke bewaring gesteld moet worden. Dit geval kan zich voordoen bij detentie waarvan niet bij voorbaat de datum van ontslag vaststaat, zoals bij voorlopige hechtenis en kortdurende detentie.³³

De Afdeling oordeelde dat, als een vreemdeling beroep heeft ingesteld tegen een strafrechtelijk vonnis waarbij hij tot vrijheidsberoving wordt veroordeeld, de datum waarop hij ontslagen zal worden uit detentie ongewis is.

32 ABRvS 12 september 2001, JV 2001/307, AB 2001, 393; ABRvS 5 oktober 2001, JV 2001/322, ABRvS 27 maart 2002, JV 2002/152.

33 Vc 2000, A5/5.3.7.1

In die situatie kon van de staatssecretaris niet worden gevegd dat de voorbereiding van de uitzetting zo werd ingericht, dat die uitzetting aansluitend aan het einde van de detentie kon plaatsvinden en iedere vreemdelingenbewaring dientengevolge achterwege kon blijven.³⁴

De Afdeling vond dat voldoende voortvarend was gehandeld in de situatie waarin een strafrechtelijk vonnis op 15 oktober 2001 onherroepelijk was geworden, waardoor de einddatum van de detentie (25 januari 2002) kwam vast te staan, en de vreemdeling op 17 december 2001 was gehoord in verband met zijn uitzetting.³⁵ Daaraan voegde de Afdeling toe:

Overigens zou, indien van zulk (nl. onvoldoende voortvarend, TS) handelen wel sprake zou zijn geweest, dat niet zonder meer tot het oordeel leiden dat de bewaring onrechtmatig is. De betrokken passage in de Vc 2000 behelst geen waarborg voor vreemdelingen dat zij na strafrechtelijke detentie niet in vreemdelingenbewaring zullen worden gesteld, doch een inspanningsverplichting. In geval van schending van zodanige verplichting dient een belangenafweging te volgen.³⁶

Verder besliste de Afdeling, onder een niet gespecificeerde verwijzing naar de wetsgeschiedenis, dat artikel 50 lid 3 Vw 2000 de bevoegdheid schept om personen over te brengen naar een plaats bestemd voor verhoor van wie zowel de identiteit als het niet-rechtmatig verblijf in Nederland onmiddellijk kan worden vastgesteld. In zo een geval hoeft de overbrenging niet te worden vooraf gegaan door staandhouding op grond van artikel 50 lid 1 Vw 2000. I.c. waren de identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie van de vreemdeling na expiratie van de strafrechtelijke detentie reeds vastgesteld. In zo een geval kan ook het verhoor, en de mededeling dat de vreemdeling zich kan doen bijstaan door een raadsman (art. 4.18 Vb 2000), geschieden na de overbrenging.³⁷

34 ABRvS 12 september 2001, JV 2001/307, AB 2001, 393; ABRvS 5 oktober 2001, JV 2001/322.

35 ABRvS 27 maart 2002, JV 2002/152, AB 2002, 196.

36 ABRvS 27 maart 2002, JV 2002/152, AB 2002, 196. I.c. meldde de Afdeling, klaarblijkelijk ten overvloede nu wel voldoende voortvarend was gehandeld, dat de rechtbank had overwogen dat de vreemdeling zijn uitzetting frustreerde door zich te bedienen van aliassen en zijn kennelijke weigering om identiteitspapieren uit het land van herkomst te laten overkomen.

37 ABRvS 20 juli 2001, JV 2001/236, AB 2001, 274, RV 2001, 71; vgl. ABRvS 5 oktober 2001, JV 2001/322 over het verhoor voorafgaande aan de bewaring o.g.v. artikel 5.2 Vb 2000.

Het verschijnsel van de voorlopige bewaring hield in dat een vreemdeling die in strafrechtelijke bewaring zat alvast voorlopig in bewaring werd gesteld. Dit voorlopige bevel tot bewaring kon dienen als grondslag van de vrijheidsontneming gedurende drie dagen na het einde van de strafrechtelijke detentie. De Afdeling oordeelde dat er voor voorlopige bewaring geen wettelijke grondslag is, zoals vereist door o.m. artikel 2 jo. 15 Gw. De passages in de Vreemdelingencirculaire en de wetsgeschiedenis die er van uit gingen dat voorlopige bewaring mogelijk was vormen geen wettelijke grondslag, en de wet zelf biedt die evenmin. Daarom werd het besluit tot oplegging van voorlopige bewaring in strijd met de wet geoordeeld, zodat de vrijheidsberoving moest worden beëindigd.³⁸

6.1.5 *Uitzetting bestuursdwang?*

Het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Vreemdelingenwet 2000 bepaalde met betrekking tot de bevoegdheid tot uitzetting: "De vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft en die niet binnen de bij deze wet gestelde termijn Nederland uit eigen beweging heeft verlaten, kan worden uitgezet."³⁹ Op advies van de Raad van State werd tussen "kan" en "worden uitgezet" ingevoegd "ingevolge artikel 27, eerste lid, onder b, dan wel artikel 45, eerste lid, onder b".⁴⁰ In rechte werd betoogd dat door deze toevoeging een vreemdeling alleen kon worden uitgezet ingevolge een afwijzende beschikking op een reguliere aanvraag (zoals geregeld in art. 27 Vw 2000) of ingevolge een afwijzende beschikking op een asielaanvraag (geregeld in art. 45 Vw 2000). Dat zou betekenen dat vreemdelingen die op grond van de oude Vreemdelingenwet geen verblijfsrecht hadden niet uitgezet zouden kunnen worden; met betrekking tot hen was er immers geen beschikking als bedoeld in artikel 27 of 45 Vw 2000. Ook zouden vreemdelingen die nooit een aanvraag hebben ingediend niet uitgezet kunnen worden, omdat er met betrekking tot hen evenmin een beschikking op een reguliere of asiel aanvraag is. Beide conclusies zijn vrij ongerijmd, maar: vreemdelingenbewaring kan alleen met het oog op uitzetting plaats vinden; ontbreekt het zicht op rechtmatige uitzetting, dan ontvalt de maatregel zijn legitime doel, hetgeen haar strijdig maakt met artikel 5 lid 1 onder f EVRM. In de context van vrijheidsontneming worden hoge eisen gesteld aan de formulering van de wettelijke grondslag, en de vraag was of aan die eisen hier was voldaan.⁴¹

38 ABRvS 2 november 2001, JV 2002/11, AB 2001, 401, RV 2001, 69.

39 Ontwerp Vreemdelingenwet 2000 (21 april 1999) – Advies versie, gepubliceerd op de CDRom *Vreemdelingenwet 2000*, Forum, Utrecht juni 2001.

40 TK 1998-1999, 26 732, A, p. 31.

41 Zie nader Van Hoof 2001.

Concreet was het betoog van een aantal in bewaring gestelde vreemdelingen dus: er is ten aanzien van mij geen beschikking in de zin van artikel 27 of 45 Vw 2000 (omdat er met betrekking tot mij een beschikking is die dateert van voor de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000; of omdat ik nooit een aanvraag heb ingediend). Daarom kan ik ingevolge artikel 63 Vw 2000 niet worden uitgezet. En daarom kan ik niet ingevolge artikel 59 Vw 2000 in vreemdelingenbewaring worden gesteld “met het oog op de uitzetting.” De rechtbank verwierp deze stellingname, zij het op uiteenlopende gronden.⁴²

De Afdeling was, gezien het overgangsrecht, niet bevoegd van deze beslissingen kennis te nemen.⁴³ Maar bij de beantwoording van deze vraag had een rol gespeeld of uitzetting moest worden aangemerkt als bestuursdwang.⁴⁴ Artikel 5:21 Awb bepaalt dat onder bestuursdwang wordt verstaan: het door feitelijk handelen door een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd is met een wettelijk voorschrift. Uitzetting valt zonder meer onder deze definitie. Probleem is dat artikel 5:24 Awb bepaalt dat de beslissing tot toepassing van bestuursdwang op schrift moet worden gesteld, en een beschikking is (en daarmee vatbaar voor bezwaar en beroep). Het was echter juist de bedoeling van de wetgever om te breken met de situatie onder de oude Vreemdelingenwet, waarin eerst een last tot uitzetting moest worden gegeven voordat een vreemdeling kon worden uitgezet.⁴⁵ Het was niet de bedoeling dat in plaats van de last tot uitzetting een aanzegging van bestuursdwang op grond van artikel 5:24 Awb zou moeten volgen. De vraag was dus of, bij gebreke van een aanzegging, de voorgenomen uitzetting wel rechtmatig was. Zou die onrechtmatig zijn, dan is de op uitzetting gerichte bewaring evenzeer onrechtmatig. De Afdeling overwoog als volgt:

Blijkens de geschiedenis van haar totstandkoming is met de in artikel 5:21 van de Awb neergelegde omschrijving – die de voorheen in verschillende wetten opgenomen opsomming van handhavende handelingen vervangt – beoogd “alle denkbare handelingen die nodig kunnen zijn om wettelijke voorschriften daadwerkelijk te effectueren” te omvatten (memorie van toelichting bij de wet houdende de derde tranche van de Algemene wet bestuurs-

42 Rb. 's-Gravenhage 4 april 2001, JV 2001/108; Rb. 's-Gravenhage zp Arnhem 4 april 2001, JV 2001/S121.

43 ABRvS 4 mei 2001, JV 2001/146.

44 Van Hoof 2001; de noot van Baudoin bij JV 2001/108; Rootring 2001, 193-194

45 Baudoin e.a. 2001, p. 236.

recht, Kamerstukken II 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 150). Uitzetting, als bedoeld in artikel 63 van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000), strekt tot feitelijk handelen door of vanwege de Minister van Justitie, waarmee wordt opgetreden tegen het verzuim van niet rechtmatig hier te lande verblijvende vreemdelingen om de in artikel 62 Vw 2000 neergelegde verplichting Nederland binnen de bij of krachtens die bepaling gestelde termijn te verlaten na te komen door effectuering alsnog van die verplichting. Derhalve valt niet in te zien, waarom uitzetting niet is begrepen in de omschrijving van artikel 5:21 van de Awb. (...) In het derde lid van artikel 72 Vw 2000, deel uitmakend van Hoofdstuk 7. Rechtsmiddelen, Afdeling 2. Regulier is bepaald dat voor de toepassing van het voor reguliere vreemdelingenzaken geldende procesrecht, een handeling van een bestuursorgaan ten aanzien van een vreemdeling als zodanig wordt gelijkgesteld met een beschikking. Deze bepaling geldt voor (...) alle daarin omschreven handelingen, ook, naar uit de wetsgeschiedenis blijkt, de uitzetting, als bedoeld in artikel 63 Vw 2000. In zoverre wijkt de bepaling af van die van artikel 5:24 van de Awb, ingevolge welke laatste de beslissing tot toepassing van bestuursdwang ook materieelrechtelijk geldt als een beschikking in de zin van artikel 1:3, tweede lid, van de Awb, opdat het materiële bestuursrecht van toepassing is op de keuze die moet worden gemaakt tussen handhaven en gedogen. Bij het vaststellen van de Vw 2000 heeft de wetgever er voor gekozen uitzetting niet aan te merken als een beslissing waarop het materiële bestuursrecht inzake besluitvorming van toepassing is. Dat past in het in de Vw 2000 ingevolge artikel 2, tweede lid, van de Grondwet neergelegde wettelijke stelsel ter zake van de toelating en uitzetting van vreemdelingen, in het bijzonder in de artikelen 27, eerste lid, aanhef en onder b, 45, eerste lid, aanhef en onder b, 62, 63 en 64 van de wet. In dit stelsel is de bevoegdheid tot uitzetting het rechtsgevolg van rechtswege van de illegaliteit van het verblijf van een vreemdeling hier te lande, dan wel van de afwijzing van een verzoek om toelating en is die bevoegdheid niet discretionair van aard. Dit vindt bevestiging in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 45, eerste lid, aanhef en onder b, Vw 2000, ingevolge welke bepaling de vreemdeling Nederland eigener beweging dient te verlaten binnen de in artikel 62 gestelde termijn, bij gebreke waarvan deze kan worden uitgezet. Uit de toelichting op deze bepaling (Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 3, p. 35 en 65) valt op te maken dat met de woorden "(...) kan worden uitgezet" niet beoogd is naast de toepassing in de meeromvattende beschikking van de wettelijke toelatingscriteria en nadat is geconstateerd dat daaraan niet is voldaan, ruimte te scheppen voor discretie wat betreft een mogelijke uitzet-

ting ter invulling waarvan afzonderlijke besluitvorming zou moeten plaatsvinden. Het uitzetten wordt aangemerkt als het gevolg van het niet toelaten en het niet mogen uitzetten wordt opgevat als gebrek aan de toelatingsbeslissing. Zo wordt vermeld dat de rechter kan oordelen dat de afwijzing van de aanvraag redelijkerwijs niet in stand kan blijven indien de uitzetting van de vreemdeling tot schending van een verdragsverplichting zou leiden en dat de rechter in het oordeel over de afwijzing van de aanvraag zal betrekken dat de afwijzing de uitzetting betekent. Met de woorden “kan worden uitgezet” is kennelijk slechts beoogd een voorbehoud te maken ter zake van de noodzaak tot uitzetting en de feitelijke uitvoerbaarheid van een voorgenomen uitzetting. Zo kan de vreemdeling eigener beweging vertrekken, zich aan de macht van het bestuur onttrekken of noodzakelijke medewerking vooralsnog weigeren. Voorts kan zich een tijdelijke verhindering voordoen, als bedoeld in artikel 64 Vw 2000. Dergelijke feitelijke belemmeringen doen niet af aan het voornemen van het bestuur om zodra ze zijn opgeheven tot uitzetting over te gaan.⁴⁶

De Afdeling merkt uitzetting dus wel als bestuursdwang aan, maar ontkomt aan het gevolg daarvan (op grond van art. 5:24 Awb zou een aanzegging nodig zijn) door zich te beroepen op de bedoeling van de wetgever en het systeem van de wet. Hierdoor heeft de Afdeling twee dingen uitgemaakt die in ander verband van belang zijn: (1) het voornemen om een vreemdeling uit te zetten hoeft niet aan de vreemdeling kenbaar te worden gemaakt, omdat de uitzetting rechtstreeks voortvloeit uit het onrechtmatig verblijf; (2) een vreemdeling niet uitzetten kan niet plaatsvinden op grond van bestuurlijke discretie, maar slechts als uitzetting onnodig is (de vreemdeling is eigener beweging vertrokken), of als de beslissing tot uitzetting feitelijk niet uitvoerbaar is.

6.1.6 *Toetsing van de bewaring*

Artikel 59 lid 1 Vw 2000 bepaalt dat een vreemdeling in bewaring kan worden gesteld indien – voor zover hier van belang – de openbare orde zulks vordert, mits de vreemdeling (a) geen rechtmatig verblijf heeft of (b) uitsluitend rechtmatig verblijf heeft omdat aan zijn vreemdelingenrechtelijke procedure schorsende werking is verbonden.

⁴⁶ ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/166, RV 2001, 65; ABRvS 29 mei 2001, RV 2001, 62.

Openbare orde

Een weinig grondige toets aan het vereiste dat de openbare orde de bewaring vordert lijkt te volgen uit een uitspraak waarin de Afdeling stelt dat de rechtbank op goede gronden heeft geoordeeld dat vermoed kon worden dat appellant zich aan uitzetting zal onttrekken. Dat de vreemdeling zich aan de meldingsplicht hield en met toestemming van het bestuur buiten het asielzoekerscentrum verbleef maakte dat naar het oordeel van de Afdeling niet anders.⁴⁷ De rechtbank oordeelde dat vermoed kon worden dat de vreemdeling zich aan uitzetting zou onttrekken omdat hij was verhuisd en gebruik had gemaakt van een vals reisdocument.⁴⁸ Nu de verhuizing naar gesteld was met toestemming van het bestuur had plaatsgevonden, lijkt hier uit te volgen dat de Afdeling aan het gebruik van valse reisdocumenten groot gewicht hecht bij de beoordeling van de kans op onttrekking aan toezicht.

De Afdeling handhaaft wel de door artikel 5.3 Vb 2000 vastgelegde eis dat concreet wordt gemotiveerd waarom de openbare orde de inbewaringstelling vordert. De enkele overweging dat de vreemdeling niet over een identiteitspapier beschikt draagt niet het vermoeden dat de vreemdeling zich aan uitzetting zal onttrekken.⁴⁹ Vindt de inbewaringstelling echter plaats op grond van artikel 59 lid 2 Vw 2000, omdat de voor terugkeer noodzakelijke bescheiden voorhanden zijn of binnen korte termijn voorhanden zullen zijn, dan wordt – aldus de wet – het belang van de openbare orde geacht de bewaring te vorderen. Daarom is voor toepassing van deze bepaling niet vereist dat het gegronde vermoeden bestaat dat de vreemdeling zich aan uitzetting zal onttrekken.⁵⁰

Geen rechtmatig verblijf

Verblijft een vreemdeling rechtmatig in Nederland gedurende de periode van feitelijk verblijf na afwijzing van een asielaanvraag, zolang de terugreis naar het land van herkomst nog niet geregeld is? De Afdeling constateerde dat artikel 8 Vw 2000

47 ABRvS 3 december 2001, JV 2002/39.

48 Overigens werd de stelling dat, op grond van het beleidsplan voor de Aanmeldcentra uit 1994, het beleid inhoudt dat in beginsel geen bewaring wordt opgelegd na een afwijzende beschikking in de Aanmeldcentrum-procedure, verworpen op de grond dat destijds artikel 59 lid 2 Vw 2000 niet bestond, en inmiddels andersluidend beleid is vastgelegd in Vc 2000, A5/5.3.3.1 en C3/12.2, ABRvS 4 juli 2001, JV 2001/239.

49 ABRvS 1 mei 2002, JV 2002/205.

50 ABRvS 23 mei 2002, JV 2002/241.

de gronden voor rechtmatig verblijf uitputtend opsomt, en dat de door de vreemdeling aangevoerde variant daarin niet voorkomt; daarom heeft hij geen rechtmatig verblijf.⁵¹ Dezelfde conclusie trok de Afdeling in de zaak van vreemdelingen die in Nederland verbleven in afwachting van de uitslag van hun voorlopige voorzieningenprocedure. Aan die procedure was door de staatssecretaris schorsende werking onthouden, maar de president had in een tussenvonnis bij wijze van voorlopige voorziening bepaald dat uitzetting achterwege diende te blijven zolang niet op het verzoek was beslist. De Afdeling constateerde dat deze verblijfsmodaliteit niet werd genoemd in artikel 8 Vw 2000, dat een uitputtende opsomming bevat van de situaties die rechtmatig verblijf opleveren. Daarom verbleven de vreemdelingen niet rechtmatig in Nederland, en konden zij in bewaring worden gesteld.⁵²

Een bijzondere variant komt aan de orde in een uitspraak van een dag later. De vreemdeling was ingereisd op grond van een geldig visum. Anders dan artikel 4.48 Vb 2000 (op basis van de relevante bepalingen van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst) bepaalt, had de vreemdeling zich echter niet binnen drie dagen na binnenkomst gemeld bij de korpschef van zijn verblijfplaats. Deze meldplicht is vaak een dode letter, en het is de vraag of een vreemdeling die zou pogen aan deze meldplicht te voldoen daar in zou kunnen slagen – de Vreemdelingendiensten hebben wel wat beters te doen. De Afdeling besliste desondanks dat de vreemdeling niet rechtmatig in Nederland verbleef omdat hij niet aan zijn verplichtingen had voldaan (hetgeen ingevolge artikel 12 lid 1 onder a Vw 2000 als gevolg heeft dat het rechtmatig verblijf van rechtswege eindigt).⁵³ Dat een vreemdeling geen weet heeft van de meldingsplicht mag de staatssecretaris voor rekening van de vreemdeling laten.⁵⁴ Meer voor de hand lag dat de vreemdeling die, in strijd met artikel 12 lid 1 onder c Vw 2000, tijdens de vrije termijn werkt, ophoudt rechtmatig verblijf te hebben.⁵⁵

De vraag of een vreemdeling in bewaring kan worden gesteld tijdens een door het bestuur gegunde termijn voor het instellen van rechtsmiddelen werd door de Afde-

51 ABRvS 3 december 2001, JV 2002/39.

52 ABRvS 10 juni 2002, JV 2002/272.

53 ABRvS 4 december 2001, JV 2002/40. Overigens baseert de Afdeling de conclusie dat aan het rechtmatig verblijf van de vreemdeling een einde is gekomen op de relevante bepalingen uit de Schengen Uitvoeringsovereenkomst. Die zijn m.i. gezien hun bewoordingen niet een ieder verbindend; beter was geweest een verwijzing naar artikel 4.48 Vb 2000 jo. artikel 12 lid 1 onder a Vw 2000.

54 ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/312.

55 ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/148.

ling bevestigend beantwoord. Immers, uit artikel 62 Vw 2000 vloeit voort dat een vreemdeling wiens rechtmatig verblijf is geëindigd Nederland binnen een bepaalde termijn te verlaten. Die termijn kan variëren van vier weken tot “onmiddellijk”. Bij een vertrektermijn van nul dagen wordt, op grond van de Vreemdelingscirculaire, een termijn van 24 uur gegund om een voorlopige voorziening te vragen, waaraan dan in beginsel schorsende werking wordt verbonden.⁵⁶ Aan de vreemdeling is dus geen vertrektermijn gegund.⁵⁷ A contrario zou hieruit afgeleid kunnen worden dat, als een vreemdeling wel een vertrektermijn wordt gegund, bewaring niet mogelijk is zolang deze termijn loopt. Dit kan gebaseerd worden zowel op de stelling dat in dat geval de openbare orde de bewaring niet vordert, als op de stelling dat de bewaring niet met het oog op de uitzetting kan worden opgelegd, nu nog niet is komen vast te staan dat uitzetting noodzakelijk zal zijn.

Interessant is de samenloop van artikel 8 en 67 Vw 2000. Een vreemdeling had om verlenging van zijn verblijfsvergunning gevraagd, maar die was geweigerd en hij was ongewenst verklaard. Op grond van artikel 8 onder h Vw 2000 had hij rechtmatig verblijf, maar artikel 67 lid 3 Vw 2000 bepaalt dat een ongewenst verklaard vreemdeling, in afwijking van artikel 8, geen rechtmatig verblijf kan hebben. Daarom kon hij op grond van artikel 59 lid 1 Vw 2000 in bewaring gesteld worden.⁵⁸

Overige aspecten van de inhoudelijke toetsing

Ingevolge artikel 94 lid 4 Vw 2000 heft de rechtbank de bewaring op indien zij van oordeel is dat de toepassing of de tenuitvoerlegging van de bewaring in strijd is met de Vreemdelingenwet 2000, dan wel bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is. In een zaak stelde de vreemdeling dat hij was gemarteld en mogelijk een posttraumatische stress-stoornis had. De Afdeling oordeelde dat deze argumenten niet bijdragen aan het oordeel in het kader van de belangenafweging.⁵⁹

Een volgende formele kwestie betrof een zaak waarin op het formulier voor de inbewaringstelling twee wettelijke grondslagen waren aangekruist, namelijk artikel 59 lid 1 en lid 2 Vw 2000. Niet in geschil was dat de bewaring kon worden gegrond op

56 Vc 2000, C3/12/2.

57 ABRvS 16 augustus 2001, 200103239/1.

58 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/295.

59 ABRvS 21 november 2001, JV 2002/34.

artikel 59 lid 1 Vw 2000. De Afdeling oordeelde dat de rechtbank niet ten onrechte had geoordeeld dat hier sprake was geweest van een kennelijke misslag die de inbewaringstelling op zich niet onrechtmatig maakte.⁶⁰

Voorts kwam de – uit de jurisprudentie onder de oude Vreemdelingenwet bekende – problematiek van de categoriewijziging aan de orde. Het gaat daarbij om het volgende geval. De vreemdeling die in bewaring gesteld wordt behoort aanvankelijk tot de categorie bedoeld in artikel 59 lid 1 onder b Vw 2000 (hij heeft rechtmatig verblijf omdat aan een lopende procedure schorsende werking verbonden is), maar na het einde van de procedure gaat behoren tot de a-categorie van artikel 59 lid 1 Vw 2000 (hij heeft geen rechtmatig verblijf); het kan ook andersom gaan: de vreemdeling had aanvankelijk geen rechtmatig verblijf, maar dient tijdens de bewaring een aanvraag in waarvan hij het resultaat mag afwachten. In zo'n geval moet een nieuwe maatregel van bewaring worden opgelegd.⁶¹ De staatssecretaris stelde dat het hier ging om schending van een vormvoorschrift waardoor de vreemdeling niet in zijn belang was getroffen, zodat op grond van artikel 6:22 Awb het besluit in stand kon worden gelaten. De Afdeling volgde deze stelling niet, reeds omdat categoriewijziging de maximale duur van de bewaring beïnvloedt,⁶² en daarmee de materiële inhoud van het besluit tot inbewaringstelling raakt.⁶³

Uit een vervolguitspraak bleek dat de Afdeling evenwel niet van mening is dat het achterwege blijven van een vereiste categoriewijziging de bewaring onrechtmatig maakt. Zij overwoog:

Indien en zolang geen categoriewijziging heeft plaatsgevonden, berust de bewaring op de in het daartoe gegeven bevel aangegeven grond. Het uitblijven van categoriewijziging maakt de voortzetting van de bewaring onrechtmatig, indien de met de voortzetting van de bewaring gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen.⁶⁴

In casu achtte de Afdeling met name van belang dat de constatering van het achterwege blijven van de categoriewijziging plaats vond betrekkelijk kort nadat deze nood-

60 ABRvS 23 oktober 2001, JV 2002/8, AB 2002, 100.

61 Artikel 5.3 lid 2 Vb 2000; Vc 2000, A5/5.3.4.4.

62 Ik neem aan dat de Afdeling hier doelt op het bepaalde in artikel 59 lid 4 Vw 2000.

63 ABRvS 28 december 2001, JV 2002/72, NAV 2002/68, AB 2002, 134, RV 2001, 74.

64 ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/316.

zakelijk was geworden (doordat de vreemdeling na inbewaringstelling een asielaanvraag indiende). Dat een categoriewijziging vereist is, moet wel door de vreemdeling aannemelijk worden gemaakt.⁶⁵

6.1.7 1F-zaken

Een bijzondere kwestie is de vrijheidsberoving van vreemdelingen aan wie artikel 1F Vluchtelingenverdrag wordt tegengeworpen. De Afdeling gaf een uitspraak terzake, die betrekking had op mevrouw Kesbir, die sinds 1991 lid was van de PKK en sinds 2000 van de Presidentiële Raad van die organisatie. Daarom was zij onderworpen aan de vrijheidsberovende maatregel van artikel 6 lid 2 Vw 2000 (vrijheidsberoving na weigering aan de grens). Zij stelde dat feiten die door de PKK voor 2000 waren gepleegd aan haar werden tegengeworpen, waarvoor zij niet mede verantwoordelijk kon worden gehouden omdat zij toen nog geen lid van het presidium was. De Afdeling oordeelt:

Gelet op deze verklaringen van appellante heeft de rechtbank terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat appellante artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag in dier voege kan worden tegengeworpen, dat haar een vrijheidsontnemende maatregel op de voet van artikel 6 van de Vw 2000 wordt opgelegd. De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat de staatssecretaris appellante zodanige maatregel mocht opleggen en deze mocht voortzetten.⁶⁶

Lees ik het goed, dan meent de Afdeling dat de rechtbank het oordeel van de staatssecretaris marginaal moest toetsen, en toetst zij dat oordeel van de rechtbank integraal.

6.1.8 Beoordeling van de procedure bij de rechtbank.

Artikel 94 lid 1 Vw 2000 bepaalt dat de staatssecretaris uiterlijk op de derde dag na de bekendmaking van de maatregel van bewaring een kennisgeving van de bewaring aan de rechtbank stuurt. Artikel 96 Vw 2000 regelt de zogenaamde vervolgeroepen. De staatssecretaris moet uiterlijk vier weken na een eerste uitspraak een

65 ABRvS 14 augustus 2002, JV 2002/342.

66 ABRvS 6 december 2001, JV 2002/41, NAV 2002/27.

hernieuwde kennisgeving uit doen gaan, waarna het voortduren van de bewaring door de rechter wordt getoetst. Deze procedure wordt elke vier weken herhaald. Ook hier moet de rechtbank binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving of het beroep het vooronderzoek sluiten; het is niet voorgeschreven dat partijen gehoord worden. De Afdeling oordeelde op grond van artikel 1 lid 1 ATW dat, als de termijn van zeven dagen van artikel 94 lid 1 Vw 2000 eindigt in het weekend of op een feestdag, deze wordt verlengd tot de eerste werkdag daarna; de uitzondering van artikel 4 onder c ATW is niet van toepassing, omdat de termijn die is neergelegd in artikel 94 lid 1 Vw 2000 niet is gerelateerd aan de maximale duur van de bewaring.⁶⁷

Artikel 94 lid 2 bepaalt dat de zitting uiterlijk op de zevende dag na ontvangst van het beroepschrift of de kennisgeving plaats vindt. In één zaak werd de tolk ter zitting onwel, en kon de vreemdeling niet worden gehoord. De Afdeling maakte uit dat de zitting tijdig had plaatsgevonden, en dat niet bij de Vreemdelingenwet 2000 was afgeweken van artikel 8:64 lid 1 Awb, dat bepaalt dat de rechtbank het onderzoek ter zitting kan schorsen, zoals in casu was gebeurd.⁶⁸ In een zaak waarin de relevante termijn (van eveneens zeven dagen voor vervolgeroepen, artikel 96 lid 2 Vw 2000) wel was overschreden, en wel met één dag, oordeelde de Afdeling dat deze overschrijding op zichzelf niet tot gevolg heeft dat de voortdrijving van de bewaring niet langer rechtmatig is.⁶⁹ In een latere uitspraak was de vreemdeling op 3 november 2001 in bewaring gesteld; de zitting had pas plaatsgevonden op 20 november 2001. De Afdeling verklaarde de bewaring met ingang van 13 november 2001 strijdig met artikel 94 lid 2 Vw 2000.⁷⁰ Hieruit lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat de Afdeling een overschrijding van de termijn van zeven dagen met drie dagen of meer beschouwt als grond voor opheffing. Of deze conclusie ook zal worden getrokken met betrekking tot de termijn van zeven dagen voor vervolgeroepen (art. 96 lid 2 Vw 2000) is hiermee niet uitgemaakt.

6.1.9 *Overige aspecten*

Als een vrijheidsberovende maatregel wordt opgelegd zonder dat de inhoud van dat besluit en de mogelijkheid van beroep bij de rechtbank in een voor de vreemdeling

67 ABRvS 16 augustus 2001, 200103239/1.

68 ABRvS 4 juli 2001, JV 2001/239.

69 ABRvS 24 augustus 2001, JV 2001/281.

70 ABRvS 10 januari 2002, JV 2002/75.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

begrijpelijke taal worden meegedeeld, dan maakt dat de maatregel op zichzelf niet onrechtmatig. Dat kan anders zijn als de met de voortzetting van de bewaring gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen. In casu oordeelde de Afdeling dat de belangenafweging ten nadele van de vreemdeling uit viel, omdat er een grond voor de vrijheidsberoving was, een eerdere vrijheidsberovende maatregel wel in een begrijpelijke taal was meegedeeld,⁷¹ en de maatregel die niet op de juiste wijze was meegedeeld de aanwijzing van een andere ruimte behelsde, waar een minder streng regime gold.⁷²

In een zaak waarin de vreemdeling pas op de derde dag na de aanvang van de (eerste) detentie met behulp van een tolk was geïnformeerd over de reden van zijn vrijheidsontneming vermeldde de Afdeling dat zij in een eerdere (niet gepubliceerde) uitspraak had overwogen dat de rechtbank geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting toen zij oordeelde dat de staatssecretaris, door de vreemdeling op de vierde dag met behulp van een tolk te informeren over de reden van de vrijheidsontneming, deze informatie nog onverwijld had verstrekt als bedoeld in artikel 5 lid 2 EVRM. Daaruit vloeit voort dat informatie op de derde dag ook nog onverwijld is. De Afdeling voegde hier aan toe:

Daarbij is van belang dat uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens blijkt dat het tweede lid van artikel 5 van het EVRM tot doel heeft een effectieve uitoefening mogelijk te maken van het in artikel 5, vierde lid, van het EVRM bedoelde recht tegen vrijheidsontneming rechtsmiddelen aan te wenden. In dit geval is de kennisgeving, als bedoeld in artikel 94, eerste lid van de Vw 2000, op 6 juni 2002, dus twee dagen na de vrijheidsontneming, door de rechtbank ontvangen. De vreemdeling wordt geacht op dat moment beroep tegen de maatregel te hebben ingesteld. Daarmee is zijn vorenbedoeld recht effectief gewaarborgd.⁷³

De termijn voor het instellen van (hoger) beroep vangt, als de vreemdeling in bewaring zit, aan de dag nadat de beslissing in kwestie per post is verzonden, al dan niet aangetekend. Als een vreemdeling stelt op het moment van verzending niet langer te worden vertegenwoordigd door degene die hem tijdens de zitting als

71 Zie over de vraag wanneer een vreemdeling geacht kan worden een taal te begrijpen ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/320.

72 ABRvS 23 mei 2002, JV 2002/264.

73 ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/318.

gemachtigde had vertegenwoordigd, dan kan dat alleen gevolgen hebben voor de beroepstermijn als de vreemdeling daarvan vóór de verzending kennis heeft gegeven.⁷⁴

Artikel 5.4 Vb 2000 bepaalt dat de bewaring zo kort mogelijk in een politiecel ten uitvoer wordt gelegd, en dat zodra dat mogelijk is overplaatsing naar een huis van bewaring volgt. Als de redelijke termijn voor tenuitvoerlegging in een politiecel wordt overschreden dient de bewaring niet te worden opgeheven – zoals onder de oude wet gebruikelijk was⁷⁵ –, maar dient de rechtbank een wijziging van de wijze van tenuitvoerlegging te bevelen.⁷⁶

Voorts heeft de Afdeling uitgemaakt dat de termijn van artikel 5 lid 4 EVRM betrekking heeft op de termijn die verloopt tussen het indienen van een verzoek de detentie te beëindigen en de beslissing op dat verzoek, niet op de termijn tussen het nemen van een beslissing en de verzending daarvan.⁷⁷

6.2 De kritiek

In het onderstaande zal ik mij beperken tot twee hoofdpunten: de opstelling van de Afdeling met betrekking tot de relevantie van het voortraject voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de bewaring; en de kwestie van de bestuursdwang. Ook van groot belang is de marginale toetsing van de Afdeling in bewaringszaken, maar daarop ben ik in hoofdstuk 2 al ingegaan.

6.2.1 *De toetsing van het voortraject*

Fleuren geeft aan dat vreemdelingenbewaring vrijwel altijd voorafgegaan wordt door strafrechtelijke inverzekeringstelling.⁷⁸ Dat betekent dat de beslissing van de Afdeling om het strafrechtelijk voortraject niet te betrekken bij de beoordeling van de rechtmatigheid van vreemdelingenbewaring aanmerkelijke consequenties heeft. Baudoin geeft aan dat binnen het strafrechtelijke traject de Rechter-Commissaris de inverzekeringstelling beoordeelt als de strafrechtelijke vrijheidsbeneming vanaf de

74 ABRvS 18 oktober 2001, JV 2002/31, AB 2001, 398.

75 Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 11 mei 1994, RV 1994, 68. Zie nader de noot van Baudoin in JV 2002/274.

76 ABRvS 19 juni 2002, JV 2002/274.

77 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/S335.

78 In zijn noot bij RV 2001, 66.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

aanhouding langer duurt dan drie dagen en vijftien uur (art. 59a Sv). Duurt de strafrechtelijke vrijheidsbeneming korter, dan komt de RC er niet aan te pas. Als er in zo een geval geen strafvervolgning wordt ingesteld, hetgeen vaak het geval is, dan kan de strafrechter niet oordelen over de rechtmatigheid van de inverzekeringstelling.⁷⁹ Als de strafrechter zich niet uitlaat over de rechtmatigheid van de inverzekeringstelling, en de vreemdelingenrechter doet dat evenmin, dan zal voor deze toetsing moeten worden teruggevallen op de rechter met algemene bevoegdheid – de burgerlijke rechter dus – waarop de Afdeling ook al heeft gewezen.⁸⁰ Dat leidt echter tot problemen rond de eis van artikel 5 lid 4 EVRM, dat het recht op een spoedige beslissing over de rechtmatigheid van detentie geeft.⁸¹ Immers, omdat de inbewaaringstelling al heeft plaatsgevonden, is de enige procedurele weg die de vreemdeling heeft om de rechtmatigheid van de inverzekeringstelling te laten toetsen de verklaring voor recht. En omdat een verklaring voor recht niet in kort geding kan worden gevorderd, omdat dit strijdt met de aard van die procedure, kan alleen in een civiele bodemprocedure de rechtmatigheid van de inverzekeringstelling worden betwist. Dat impliceert dat geen spoedige beslissing wordt gegeven over de vraag – waarom het in de praktijk onder de oude wet draaide – of de aanhouding niet willekeurig was geweest. Deze tekortkoming is ernstig, nu – zoals het Europese Hof voor de Rechten van de Mens onlangs weer memoreerde –

Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness.⁸²

De opstelling van de Afdeling leidt ertoe dat deze vereiste bescherming tegen willekeur niet binnen de vereiste korte termijn kan worden gegeven. Had de Afdeling werkelijk geen andere optie dan te wijzen op de grenzen van haar competentie?

79 Zie Baudoin's noot bij JV 2001/234.

80 Bijv. ABRvS 25 oktober 2001, JV 2001/329, AB 2001, 384.

81 Uit EHRM 21 oktober 1986, RV 1986, 91 (Sanchez Reisse) volgt dat de beoordeling niet meer dan enkele weken op zich mag laten wachten.

82 EHRM 5 februari 2002, JV 2002/117 (Conka), onder verwijzing naar EHRM 18 december 1986, Series A no. 111 (Bozano) en EHRM 15 november 1996, RV 100, 14 (Chahal).

Voor een andere optie zijn de volgende argumenten aangedragen:

- ten eerste is gesteld dat de Afdeling wel toetst aan de Politiewet en de Awbi; zij is dus niet consistent.
- de wet geeft als toetsingsmaatstaf of voortzetting van de bewaring bij afweging van alle daarbij betrokken belangen gerechtvaardigd is (art. 94 lid 4 en 96 lid 4 Vw 2000). Dit criterium biedt ruimte om de rechtmatigheid van het voortraject bij de beoordeling te betrekken.
- artikel 5 lid 1 jo. lid 4 EVRM verplicht de vreemdelingenrechter er, gezien artikel 94 Gw, toe de mogelijke beperkingen van zijn toetsingskader buiten toepassing te laten. Het Europese Hof voor de rechten van de Mens overwoog dat de toetsing die op grond van artikel 5 lid 4 EVRM moet plaatsvinden niet alleen de juiste toepassing van het nationale recht dient te omvatten, maar ook van het Verdrag:

The Court recalls that the notion of ‘lawfulness’ under paragraph 4 of Article 5 has the same meaning as under paragraph 1, so that the detained person is entitled to a review of his detention in the light not only of the requirements of domestic law but also of those in the text of the Convention, the general principle embodied therein and the aim of the restrictions permitted by Article 5 § 1.⁸³

- het is ook niets bijzonders dat een rechter heeft te oordelen over een rechtsgebied dat formeel niet binnen zijn competentie valt – denk aan arbeidsrechtelijke kwesties die aan de orde komen bij de (primaire competente) civiele rechter, maar ook bij de fiscale rechter en de sociale zekerheidsrechter⁸⁴ (en bij de vreemdelingenrechter).⁸⁵
- blijkens de wetsgeschiedenis wordt “bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de inbewaringstelling (...) het hele voortraject betrokken.”⁸⁶ De Afdeling wenst hierin uitsluitend een verwijzing naar het vreemdelingenrechtelijk voortraject te lezen, maar zij voert geen argumenten aan voor de gedachte dat de wetgever daar op doelde. Die gedachte ligt niet voor de hand, gezien de praktijk voor de interventie van de Afdeling.

83 EHRM 6 maart 2001, JV 2001/123, RV 2001, 68.

84 Zie nader de noot van Baudoin bij JV 2001/234.

85 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 27 maart 2000, JV 2000/123.

86 TK 1999-2000, 26 732, nr. 11, p. 3.

Een vergelijkbaar probleem speelt met betrekking tot de toegangsweigering op grond van artikel 6 Vw 2000. Op dat punt is echter een oplossing denkbaar. Zoals Vermeulen uiteen heeft gezet⁸⁷ – en zoals ook al praktisch bleek te zijn⁸⁸ – kan, naast het beroep tegen de vreemdelingenbewaring, ook administratief beroep tegen de toegangsweigering worden ingesteld, in het kader waarvan een voorlopige voorziening gevraagd kan worden. De rechter kan deze zaken gecombineerd behandelen. Op die manier kan spoedig een oordeel over de rechtmatigheid van de toegangsweigering, en over de daaraan te verbinden gevolgen voor de bewaring, worden gegeven.

Overigens heeft de Afdeling nagelaten aan te geven waarom het bij de artikel 6-problematiek wel in de weg staat aan beoordeling dat een aparte rechtsgang tegen toegangsweigering open staat, terwijl de Afdeling dat niet doorslaggevend heeft geacht inzake artikel 50 lid 1 en 3 Vw 2000 (zie voor de speciale rechtsgang voor art. 50 lid 3 art. 93 lid 1 Vw 2000; staandhouding is een handeling waartegen op grond van art. 72 lid 3 Vw 2000 kan worden opgekomen).

Deze oplossing lijkt niet mogelijk op het punt van het Wav-voortraject. Tegen feitelijke handelingen staat alleen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open als die bij bijzondere wet wordt geboden (zoals in art. 72 lid 3 Vw 2000). Daarom staat alleen de gang naar de burgerlijke rechter, als zijnde de rechter met algemene bevoegdheid, open. Daar is als rechtsingang alleen de verklaring voor recht-procedure beschikbaar, die niet kan leiden tot een spoedig oordeel over de rechtmatigheid van de Wav-controle.

Dat de Afdeling het verband tussen de aanwijzing van het Aanmeldcentrum en een daarop volgende bewaring te los acht om de rechtmatigheid van het gedwongen verblijf in het Aanmeldcentrum te kunnen beoordelen⁸⁹ (en naar men moet aannemen: om het een gevolgen voor het ander te laten hebben) is niet een noodzakelijke manier om tegen de kwestie aan te kijken, maar wel een plausibele.

6.2.2 *Uitzetting wel bestuursdwang, geen aanzegging vereist; uitzetting geen discretionaire bevoegdheid*

Olivier heeft kritiek op de motivering van de uitspraken van 29 mei 2001.⁹⁰ Hij uit met name kritiek op de manier waarop de Afdeling met de wil van de wetgever

87 Zie zijn noot bij JV 2001/284.

88 Zie de noot van Vermeulen bij JV 2001/229.

89 ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/165; ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/266.

90 In zijn noot bij RV 2001, 62.

omgaat. Het is, stelt hij, gezocht om het te doen voorkomen alsof de wetgever niet heeft gewild dat artikel 5:24 Awb op uitzetting van toepassing is; de wetgever heeft aan deze mogelijkheid helemaal niet gedacht omdat hij er – in de visie van de Afdeling ten onrechte – van uit ging dat uitzetting juist geen bestuursdwang was. Ook Vermeulen wijst hier op.⁹¹ Vermeulen kan zich ermee verenigen dat geen aanzegging van bestuursdwang nodig is als de bevoegdheid tot uitzetting voortvloeit uit een meeromvattende beschikking, maar betitelt de redenering op grond waarvan de Afdeling concludeert dat evenmin een aanzegging vereist is als er geen meeromvattende beschikking is als “onzin”. Uit het feit dat een uitzetting, als zijnde een feitelijke handeling, voor beroep vatbaar is op grond van artikel 72 lid 3 Vw 2000 volgt niet dat het voornemen van deze feitelijke handeling niet middels een aanzegging bekend moet worden gemaakt. Hij concludeert dat in de visie van de Afdeling een vreemdeling die geen verblijfstitel heeft aangevraagd uitgezet kan worden zonder dat hem dat voorafgaand is meegedeeld, zonder motivering, en zonder te zijn gewezen op de mogelijkheid van rechtsmiddelen.

Verder is interessant dat de Afdeling tot het oordeel komt dat de Vreemdelingenwet met betrekking tot de rechtsbescherming tegen uitzetting afwijkt van artikel 5:24 Awb, door artikel 72 Vw 2000 toepasselijk te achten. Dat de wetgever niet in de tekst van de Vreemdelingenwet 2000 heeft aangegeven dat van de Awb wordt afgeweken is een indicatie dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad van de Awb af te wijken.⁹²

Op dit punt moet overigens worden opgemerkt dat de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State op betrekkelijk creatieve wijze een probleem lijkt op te lossen dat is veroorzaakt door de Raad van State. Het probleem zit hem immers hier in, dat de bevoegdheid tot uitzetting door artikel 63 lid 1 Vw 2000 alleen expliciet wordt geschapen voor vreemdelingen die op basis van een meeromvattende beschikking uitzetbaar zijn. Hadden de op advies van de Raad van State ingevoegde woorden “ingevolge artikel 27, eerste lid onder b, dan wel artikel 45, eerste lid onder b” niet in artikel 63 lid 1 gestaan, dan was onmiskenbaar geweest dat ook de vreemdeling die, zonder op grond van een meeromvattende beschikking uitzetbaar te zijn, geen rechtmatig verblijf heeft uitgezet kan worden. Dit roept vragen op over de onafhankelijkheid van de Afdeling op dit punt.

91 In zijn noot bij RV 2001, 65, met uitgebreide citaten.

92 In de Memorie van Toelichting op de aanpassingswet eerste tranche wordt in dat verband immers gesteld: “Zoals in de memorie van toelichting van de Awb reeds werd aangegeven, zal een dergelijke afwijking in een bijzondere wet uitdrukkelijk moeten worden aangegeven, en zal deze in de memorie van toelichting moeten worden gemotiveerd.” TK 1990-1991, 22 061, nr. 3, p. 9.

Vergelijkbaar is de kritiek op de stelling van de Afdeling dat de bevoegdheid tot uitzetting niet discretionair van aard is. De Afdeling beroept zich op de wetsgeschiedenis. Olivier meent dat de lezing van de Afdeling ongerijmde gevolgen heeft die niet door de wetgever beoogd kunnen zijn, en besluit zijn noot met:

Het lijkt mij wenselijk dat de Afdeling wat voorzichtiger is met het inroepen van de wil van de wetgever. En zeker mag toch van de Afdeling worden verwacht dat bij het inroepen van die wil een vaste lijn wordt gevolgd. Het heeft er nu van weg dat de Afdeling die wil inroept wanneer het haar uitkomt.

Vermeulen wijst er op dat de lijn van de Afdeling strijdt met de tekst van de wet – de vreemdeling *kan* worden uitgezet – en wijst op een dienovereenkomstige passage in de Memorie van Toelichting.

6.3 De keuze van de Afdeling

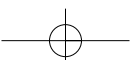
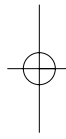
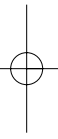
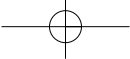
De grote inhoudelijke keuze die de Afdeling bij de toetsing van detentie heeft gemaakt is die om alle handelingen die weliswaar tot de detentie hebben bijgedragen, en die voorwaardenscheppend zijn geweest, maar die er formeel niet op gericht zijn de vreemdeling onder de macht van de tot uitzetting bevoegde autoriteiten te brengen, niet te betrekken bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de bewaring. Het belangrijkste element van de toetsing van het gehele voortraject zoals die onder de oude Vreemdelingenwet plaatsvond had betrekking op bescherming tegen willekeur. Hoewel die bescherming door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens als integraal onderdeel van de rechterlijke toetsing wordt voorgeschreven, en hoewel het wettelijke toetsingskader (art. 94 lid 4 en 96 lid 4 Vw 2000) daarvoor alle ruimte biedt, laat de Afdeling het belang van bescherming tegen willekeur minder zwaar wegen dan het belang van een beperkt aantal zaken, dat dan snel kan worden afgedaan. Symptomatisch is de waarschijnlijke verschrijving van de Afdeling in de uitspraak over het Wav-voortraject, waarin de Afdeling zich laat ontvallen dat de aanleiding tot de Wav-controle voor de uit te voeren toetsing niet van belang is.⁹³ Dat is wel waar het in de praktijk op neer komt, maar de Afdeling had eigenlijk moeten schrijven dat de toetsing van de aanleiding tot de controle niet tot haar bevoegdheid behoort, en dat een nader oordeel over de consequenties van een

93 ABRvS 8 juli 2002, JV 2002/297.

eventuele onrechtmatige controle pas aan de orde is als de bevoegde rechter die onrechtmatigheid heeft vastgesteld.

De Afdeling gebruikt voor de beperkte toetsing van het voortraject wisselende argumenten. Waar het gaat om het uitsluiten van toetsing van het strafrechtelijk- en het Wav-voortraject stelt zij zich op het standpunt dat zij niet de bevoegde rechter is. Waar het gaat om de toepassing van artikel 55 Vw 2000 stelt zij, dat zij niet bevoegd is kennis te nemen van het hoger beroep terzake; en waar het gaat om artikel 3 Vw 2000 stelt zij dat een andere vreemdelingenrechtelijke beroepsgang voorhanden is. Hoewel deze argumenten ook opgaan voor delen van het voortraject dat zij wel tot haar competentie rekent (art. 50 en 53 Vw 2000), leiden deze daar tot een andere uitkomst vanwege het meer of minder rechtstreeks verband dat de Afdeling legt tussen de handelingen in het voortraject en de bewaring. De Afdeling heeft hiermee een grens getrokken die niet gebaseerd kan worden op de wet of op de wetsgeschiedenis.

De Afdeling veroorlooft zich op dit gebied – Olivier merkte het al op – een vrije omgang met de wetsgeschiedenis. Soms wordt de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever genegeerd, zoals waar het gaat om het betrekken van het *hele* voortraject bij de beoordeling van de bewaring. Op een ander punt wordt de wetgever een bedoeling toegedicht die hij klaarblijkelijk niet gehad heeft, maar die hij vast gehad zou hebben als hij een premisse die hij verwierp, maar die de Afdeling aannam (namelijk dat uitzetting bestuursdwang is), zelf had gedeeld. Op een laatste punt wordt de wetgever een bedoeling toegedicht die hij klaarblijkelijk juist niet gehad heeft – namelijk de bedoeling dat de facultatieve formulering van artikel 63 Vw (de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft kan worden uitgezet) geen discretionaire bevoegdheid impliceert.



7. HET GOVERNEMENTELE RECHTERLIJK ACTIVISME VAN DE AFDELING

7.1 Inleiding

De rechter dient onpartijdig en onafhankelijk te zijn, zoals blijkt uit onder meer de artikelen 6 en 13 EVRM. Dat zijn allereerst institutionele eisen. Maar deze begrippen zijn ook van belang voor de inhoud van het werk van de rechter. Het recht legt beperkingen op aan wat – in het onderhavige geval – de overheid kan doen ten opzichte van – in het onderhavige geval – de vreemdeling. De rechter moet in rechterlijke beslissingen uitvoering geven aan deze beperkingen, onafhankelijk van de uitvoerende en wetgevende macht, onafhankelijk van politieke partijen of religieuze instellingen. De rechter is gehouden om zich bij de interpretatie van het recht gebonden te achten door het toepasselijke recht, op basis van een getrouwe interpretatie daarvan. Het recht dat getrouw moet worden geïnterpreteerd en toegepast is niet alleen het nationale recht. Op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet is de rechter gehouden om een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht toe te passen, en zonodig bepalingen van nationaal recht buiten toepassing te laten als het internationale recht daartoe dwingt.

Maar het gaat bij rechtspraak niet om het vaststellen van hetgeen het recht dwingend dicteert. Bij rechtspraak gaat het, in de woorden van Scholten, niet alleen om waarnemen en logisch betoog.¹ Het is tot op zekere hoogte onvermijdelijk dat persoonlijke opvattingen van de rechter een rol spelen bij de te nemen beslissingen. Gemakshalve onderscheid ik twee strategieën die zijn voorgesteld om te voorkomen dat rechtspraak wordt gedomineerd door de persoonlijke of ideologische voorkeuren van de rechter. De eerste is het klassieke positivisme, bijvoorbeeld dat van H.L.A. Hart, waarin de inhoud van het recht objectief wordt vastgesteld aan de hand van abstracte metaregels. In het klassieke positivisme wordt in feite ontkend dat rechtspraak noodzakelijkerwijze een subjectief element heeft. Ik acht het klassieke positivisme

1 Scholten 1974, p. 130 e.v.

niet overtuigend om de eenvoudige reden dat er, alleen al op het gebied van het migratierecht, teveel juridische kwesties zijn die niet louter à la Hart aan de hand van de metaregels kunnen worden beslist. De tweede strategie, die bijvoorbeeld wordt bepleit door Dworkin, komt er op neer dat juridische kwesties door de rechter beslist moeten worden door die optie te kiezen die het best past bij het juridische systeem als geheel. Een vernieuwende rechterlijke beslissing moet dus de interne logica van het juridische systeem volgen. Deze optie kan mij niet overtuigen, omdat de vraag wat de interne logica van het juridisch systeem is geen objectief antwoord heeft. Wat is, vertaald naar het migratierecht, de interne logica van het systeem? Moet het bestuur primair kunnen besturen, behalve waar grondrechten daaraan in de weg staan, of moet in het migratierecht de aandacht allereerst uit gaan naar het optimaliseren van de grondrechten van vreemdelingen, behalve wanneer het bestuur c.q. de nationale gemeenschap daar overwegende belangen tegenover kan stellen? En: wat is de dynamiek van het migratierecht, welke kant gaan de ontwikkelingen op? Moet de rechter als uitgangspunt nemen dat sprake is van een steeds verdergaande bescherming van grondrechten, of moet de rechter er van uitgaan dat het migratierecht de nationale gemeenschap steeds meer moet beschermen tegen de toenemende immigratie?

Ik ga er zelf van uit dat bij elke rechterlijke beslissing – en meer in het algemeen bij elke juridische redenering – gebruik gemaakt wordt en gebruik gemaakt moet worden van ideologische argumenten of vooronderstellingen.² Eerder heb ik dat uitgewerkt voor met name de manier waarop de feiten worden vastgesteld,³ hier werk ik dat uit waar het gaat om de interpretatie van vooral wettelijke normen. Rechtspraak behelst altijd het maken van ideologische of politieke keuzes, ook al gebeurt dat binnen het raamwerk van het geldend recht. Men kan daarom een rechter niet verwijten dat er keuzes gemaakt worden. Maar omdat een rechter altijd ideologische of politieke keuzes maakt, kunnen die keuzes altijd in politieke of ideologische termen ter discussie gesteld worden.

In het navolgende zal ik een aantal dingen betogen. Ten eerste zal ik betogen dat de Afdeling politieke en ideologische keuzes heeft gemaakt. Daar is, zoals gezegd, op zichzelf niets mee mis. In de voorgaande hoofdstukken heb ik telkens al per onderwerp de keuzes van de Afdeling besproken; ik zal hieronder de grotere patronen, de grotere keuzes laten zien. Ten tweede zal ik betogen dat de Afdeling wel consistent is

2 Zie uitgebreid Kennedy 1997.

3 Spijkerboer 2000a.

7. *Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling*

in de politieke en ideologische keuzes die zij maakt, maar niet in de manier waarop zij met juridische argumenten en beginselen om gaat. Als dat betoog juist is, zou dat ernstig zijn omdat ik de Afdeling in feite aanwrijf dat zij niet pas politieke en ideologische keuzes maakt als het recht haar daar toe dwingt, maar dat zij her en der de juridische instrumenten die zij tot haar beschikking heeft verwingt ten bate van haar politieke en ideologische keuzes. De jurisprudentie van de Afdeling heeft, zo zal ik laten zien, een te laag rechterlijk en een te hoog bestuurlijk karakter. Ten derde zal ik betogen dat de Afdeling in haar uitspraken weigert te onderkennen dat zij politieke en ideologische keuzes maakt. Op punten waar onmiskenbaar is dat de Afdeling inhoudelijke keuzes maakt, pretendeert zij vaak beslissingen te nemen die worden gedicteerd door dwingende juridische argumenten. De Afdeling laat daardoor niet alleen na gezag te verwerven voor haar uitspraken; ook verhult zij de keuzes en laat zij na voor haar keuzes verantwoording af te leggen, en door deze weigering verantwoording af te leggen geeft zij – zo zal ik betogen – blijk van een gebrek aan integriteit. Tenslotte zal ik de keuzes die de Afdeling heeft gemaakt bestrijden. De Afdeling is er niet in geslaagd een evenwicht te vinden tussen de bescherming van de grondrechten van vreemdelingen en de bescherming van de belangen van het bestuur en de nationale gemeenschap.

Opgemerkt zij dat ik geen idee heb wat de politieke en ideologische opvattingen van de leden van de Afdeling zijn. Ik dicht hen ook geen opvattingen toe; in hun – al dan niet “valse” – bewustzijn ben ik niet geïnteresseerd. Mijn analyse van de Afdelingsjurisprudentie is dat de Afdeling bedoeld of onbedoeld, bewust of onbewust, keuzes maakt. Deze analyse staat of valt met de juistheid ervan; met de politieke kleur van de leden van de Afdeling heeft dat niets te maken.

7.2 **De Afdeling maakt politieke keuzes....**

De bredere politieke keuze die de Afdeling in haar jurisprudentie over de Vreemdelingenwet 2000 heeft gemaakt is om haar eigen rechtsprekende bevoegdheid zo veel mogelijk te beperken.

Dat doet zij heel rigoureuus waar zij bepaalde kwesties als zodanig aan haar eigen toetsing onttrekt, zoals bij het voortraject van vreemdelingenrechtelijke detentie op grond van het strafrecht, de Wav, en op grond van enkele bepalingen uit de Vreemdelingenwet zelf. Zoals uiteen werd gezet in hoofdstuk 6 heeft de beperkte opvatting van de bevoegdheid van de vreemdelingenrechter hier op enkele punten als gevolg dat er in het geheel geen reëel rechterlijk toezicht mogelijk is. Hetzelfde geldt voor herhaalde aanvragen waarin strikt genomen geen nieuwe feiten of omstandigheden worden gesteld, maar waarin wel nieuwe stellingen worden ingenomen die

zouden kunnen leiden tot de conclusie dat uitzetting strijdig is met de refolement-verboden (hoofdstuk 3). De Afdeling wenst de toetsing strikt te beperken tot de vraag of er nova zijn; zo nee, dan wordt de verenigbaarheid van de uitzetting met artikel 3 EVRM niet inhoudelijk beoordeeld. De Afdeling wil evenmin beoordelen welke zaken wel, en welke zaken niet in het Aanmeldcentrum worden afgedaan; zij wil van een zelfstandig criterium met betrekking tot de “AC-waardigheid” van asielzaken niet weten.

Andere kwesties heeft de Afdeling weliswaar niet onttrokken aan rechterlijke toetsing, maar de rechterlijke toets is volgens de Afdeling een beperkte. Deze marginale toetsing past de Afdeling niet alleen toe waar dit voor de hand ligt (nl. in gevallen waarin de minister beoordelings- of beleidsvrijheid heeft, zoals artikel 29 lid 1 onder c en d Vw 2000), maar ook in gevallen waarin dat juist niet voor de hand ligt. Te denken valt aan de beoordeling van de feiten, inclusief de geloofwaardigheid, in het kader van vluchtelingenstatus en artikel 3 EVRM; in een enkel geval de beoordeling of er sprake is van nova als bedoeld in artikel 4:6 Awb; en soms in bewaringszaken, waar artikel 5 EVRM aan de orde is (par. 2.1.7).

Tenslotte heeft de Afdeling, los van deze grote inhoudelijke lijnen, een aantal formele hobbels opgeworpen die er toe leiden dat zij in minder zaken een beslissing hoeft te geven. Daarbij gaat het met name om de sacrale formule (par. 2.1.3), het formalistische begrip van de term grieven (par. 2.1.4), en het spoedeisend belang (par. 4.5).

Een beperking van de eigen bevoegdheid *sui generis* is de beslissing om doorprocederen in asielzaken niet mogelijk te maken (par. 4.3). Hiermee wordt de weigering om aan de verlening van de verblijfsvergunning asiel de a-, b- of c-grond van artikel 29 lid 1 Vw 2000 ten grondslag te leggen in eerste instantie aan het rechterlijk oordeel onttrokken. Het is wel denkbaar dat dat later, als de verblijfsvergunning wordt ingetrokken, voorwerp van een rechterlijk oordeel wordt.

Niet goed in te passen in mijn analyse is de opstelling van de Afdeling in AC-zaken. De strikte manier waarop de Afdeling de hand houdt aan de termijn van 48 procedures (par. 4.4.1.4) heeft, lijkt mij voorshands, niet in het voor- of nadeel van asielzoekers of bestuur gewerkt, maar heeft veeleer geleid tot een wijziging van de praktijk. Men zou kunnen stellen dat deze jurisprudentielijn een noodzakelijk gevolg is van de weigering van de Afdeling om uit te gaan van een zelfstandig criterium voor “AC-waardigheid”, waardoor ook deze uitspraken naadloos in mijn analyse in te passen zijn, maar dat komt mij wat gewrongen voor.

De grote lijn is desondanks wel, dat de Afdeling veel minder toezicht houdt op de naleving van de geldende normen dan zij zou kunnen doen. Deels houdt zij in het

7. *Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling*

geheel geen toezicht, deels houdt zij marginaal toezicht, deels “loost” zij appèllen op formalistische gronden, deels stelt zij toezicht uit. Het gaat mij op deze plek niet om de vraag of ik de lijn van de Afdeling al dan niet deel; het gaat mij er wel om dat er – de berekening van de 48 uurstermijn daargelaten – één grote constante in de Afdelingsjurisprudentie zit: de rechter toetst zo weinig mogelijk.

Deze vergaande rechterlijke terughoudendheid heeft een rechtstreeks politiek gevolg. Naarmate de rechter minder toetst, heeft het bestuur meer ruimte om naar eigen inzicht te handelen.

Loeb heeft betoogd dat de eigen aard van het bestuursrecht is dat het bestuur eenzijdig ter behartiging van het algemeen belang optreedt. Alleen het bestuur kan alle relevante belangen overzien en ze tegen elkaar afwegen. Alleen het bestuur kan zich voor die afweging verantwoorden tegenover het electoraat. Daarom is het eigene van de taak van de bestuursrechter dat hij het bestuur de ruimte moet laten.⁴ Daalder en Schreuder-Vlasblom hebben zich in overeenkomstige zin uitgelaten.⁵ In deze visie is de functie van bescherming tegen de overheid meer naar de achtergrond geschoven.

Loeb en Schreuder-Vlasblom – beide leden van de vreemdelingenkamer van de Afdeling – hebben dus, in termen van Dworkin, een uitgesproken visie op de interne logica en de dynamiek van het bestuursrecht. De interne logica is dat er bestuurd moet kunnen worden, en de dynamiek is dat een doorgeschoten rechtsbescherming moet worden beperkt. De jurisprudentie van de Afdeling volgt die logica. Dit illustreert mijns inziens helder dat Dworkin’s benadering er niet toe leidt dat de politieke of ideologische voorkeuren van de rechter geen of slechts een beperkte rol spelen. De politieke keuzes worden naar een ander niveau getild, omdat die niet meer plaatsvindt op het niveau van het concrete geschil, maar op het niveau van de eigen aard van het rechtsgebied. Daardoor wordt de rechter bevoegd geacht grote politieke keuzes te maken, in plaats van noodgedwongen concrete keuzes. Het probleem wordt eerder verergerd dan beperkt.

4 Loeb 1997, p. 18-21. Mijn aandacht werd op dit stuk gevestigd door de inleiding van Anton van Leeuwen bij de opening van de vreemdelingenkamer Limburg, Maastricht, 23 januari 2002.

5 Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000.

7.3 ... die uit balans zijn

De brede opvatting van de Afdeling, die coherent is verwoord in o.m. de publicaties van Loeb en Daalder en Schreuder-Vlasblom waarnaar verwezen werd, kunnen in algemene zin betwist worden, en dat gebeurt dan ook. Ik wil me hier meer specifiek op het migratierecht richten.

In de visie van Loeb is doorslaggevend voor de taak van de bestuursrechter dat het bestuur optreedt ter behartiging van het algemeen belang; daarom moet het bestuur de ruimte krijgen. Deze gedachtengang heeft een zekere logica als het gaat om de verhouding tussen de overheid en haar eigen burgers. Immers, de belangen van de eigen burgers spelen een rol bij de afweging van de overheid, al was het alleen maar omdat het bestuur aan democratische controle – in laatste instantie dus: aan de burgers – onderworpen is. Zoals Daalder en Schreuder-Vlasblom schrijven:

Ook als het besluit voor een burger ongunstig is uitgevallen, is het niet tegen hem gericht. Het bestuur stelt ook niet 'zijn' belang tegenover dat van een burger; het heeft geen eigen belang. Het schikt tegenstrijdige belangen in een *modus vivendi*, niet omwille van zichzelf, maar omwille van *die* belangen. De positie van het bestuur als 'partij' in een rechtsstrijd en het gebruik van de wat simpele aanduiding 'het algemeen belang' kunnen daarover misverstanden wekken.⁶

Maar waar het gaat om migranten is deze redenering niet van toepassing. Zij behoren niet tot de gemeenschap van nationale onderdanen, en meestal ook niet tot de gemeenschap van ingezetenen wier belangen, ongeacht hun nationaliteit, een rol spelen bij de beoordeling van het algemeen belang.⁷ Daarom is het nog maar de vraag of hun belangen al wel verdisconteerd zijn in de afweging die het bestuur maakt. Zij willen rechten geldend maken *tegenover* de nationale gemeenschap, wier belangen worden vertegenwoordigd door het bestuur. Het is dus, in ieder geval in het migratierecht, niet logisch om er van uit te gaan dat de belangen van migranten al zijn meegenomen in de belangenafweging die het bestuur heeft gemaakt.

Waar het om grondrechten gaat geldt specifiekier dat deze rechten vooral reliëf krijgen in situaties waarin een minderheid beschermd moet worden tegen de meerderheid. Het democratisch gelegitimeerde bestuur komt dan te staan tegenover een

6 Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.

7 Zie daarover uitgebreider Soysal 1994, en de kritiek op haar visie in Joppke 1998.

7. *Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling*

minderheid die stelt dat haar grondrechten grenzen stellen aan hetgeen de meerderheid kan doen. Het ligt in een dergelijke context niet voor de hand om het bestuur ruimte te geven als vertegenwoordiger van het algemeen belang, omdat het algemeen belang in zo een situatie nu juist mogelijk botst met de fundamentele rechten van een minderheid. De rechter zal dan, zonder het bestuur extra ruimte te geven, vol moeten toetsen of de minderheid haar rechten geldig kan maken tegenover het democratisch – dus middels een meerderheid – gelegitimeerde bestuur.

Door, ook waar het gaat om migranten die zich beroepen op fundamentele rechten, het bestuur ruimte te geven zet de Afdeling het bestuur procedureel op voorsprong. Voor die voorsprong is mogelijk aanleiding als het gaat om geschillen tussen het bestuur en eigen burgers waarbij geen fundamentele rechten in het spel zijn. Door die voorsprong ook te geven in zaken waarin het gaat om migranten die zich beroepen op fundamentele rechten verkleint de Afdeling het effectieve bereik van die rechten.

In de voorgaande hoofdstukken heb ik al betoogd dat de keuze van de Afdeling om gebieden geheel aan haar bevoegdheid te onttrekken (voortraject, art. 4:6 Awb) kunnen leiden tot strijd met internationaal recht, en daarom in hun huidige, absolute vorm niet goed verdedigbaar zijn. Ook heb ik betoogd dat de Afdeling te formalistisch is bij het “lossen” van appèllen op formele gronden. Ik wil hier nader ingaan op de marginale toetsing.

De marginale toetsing die de Afdeling vooral lijkt uit te voeren bij – uiteraard – discretionaire bevoegdheden, maar ook bij de vaststelling van de feiten en de feitelijke taxaties op basis van vaststaande feiten kan mijns inziens niet gerechtvaardigd worden door te stellen dat het bestuur de belangen van de migranten al heeft meegenomen. Maar Loeb en Daalder en Schreuder-Vlasblom gaan nog een stapje verder, en stellen dat het vaststellen van feiten een zaak is waarin het bestuur bijzondere vaardigheden heeft. Zo stelt Loeb:

Omdat terzake van de vraag of een bepaalde vreemdeling al dan niet als vluchteling moet worden aangemerkt, geen beleidsvrijheid van de administratie bestaat, staat het de rechter vrij het oordeel van de administratie integraal te toetsen. Terughoudendheid van de rechter op dit punt lijkt dan ook niet gepast. Dat de rechter zich op dit punt toch wel eens beperkt tot een zgn. marginale opstelling, kan wellicht verklaard worden uit de omstandigheid dat voor een juiste beoordeling van de feiten een grote mate

van deskundigheid met betrekking tot voor de rechter moeilijk vast te stellen feiten en omstandigheden in het buitenland is vereist.⁸

Daalder en Schreuder-Vlasblom hebben dit een kleine twee decennia later tot een meer algemene gedachte uitgewerkt. Zij stellen dat het bestuur is ingesteld op het beslissen in grote aantallen gevallen, en dat het beter dan de rechter in staat is om de coherentie van de besluitvorming over de gehele linie in het oog te houden.

Strafrechter en civiele rechter zijn als regel geroepen tot een eerste – dus originare – gezaghebbende vaststelling van feiten en recht; bij hen liggen voor een telastelegging of uiteenlopende partijstandpunten. De bestuursrechter is echter nooit het eerste overheidsorgaan dat in de zaak tot een rechtsvaststelling komt; hij begint niet bij nul. De bestuurlijke rechtsvaststelling kan hij niet negeren door haar over te doen en zijn uitkomst als maatstaf voor de onhoudbaarheid van het besluit te hanteren.⁹

Zij concluderen daarom dat de rechter de feitenvaststelling door het bestuursorgaan – door hen aangemerkt als een “gezaghebbende rechtsvaststelling” – terughoudend moet toetsen. Men kan uiteraard ook het omgekeerde betogen. Juist omdat het vaststellen van de feiten (in het asielrecht of meer in het algemeen) zo een moeilijke taak is, dient de rechter op de uitoefening daarvan nauwgezet toezicht te houden, omdat het maken van fouten bij een moeilijke taak eerder zal gebeuren dan bij een gemakkelijke taak, en fouten hersteld moeten worden. Dat is, blijkens de overweging dat in artikel 3 EVRM-zaken een “rigorous scrutiny” noodzakelijk is, de opvatting van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Bovendien speelt bij het migratierecht nog een rol dat het denkbaar is dat in de feitenvaststelling door de overheid een zekere partijdigheid sluipt, omdat het gaat om personen wier belangen niet noodzakelijkerwijze zijn verdisconteerd in het algemeen belang, en wier belangen door sommigen zelfs geacht worden daar haaks op te staan.

Verder levert een marginale toetsing met betrekking tot de feiten een conceptueel probleem op waar het gaat om de naleving van verdragen. De Afdeling wenst niet vol te toetsen of in een bepaald geval een verdragsrechtelijke norm van toepassing is. Zij toetst slechts of het bestuur in redelijkheid heeft kunnen menen dat de norm niet van toepassing is. Deze wijze van toetsen is – nog afgezien van de andere bezwaren – alleen denkbaar als men er van uit gaat dat het bestuur partij is bij verdragen. Maar niet het bestuur, doch het Koninkrijk is partij bij verdragen. Verdra-

8 Loeb 1983, p. 150-151.

9 Daalder en Schreuder-Vlasblom, p. 215.

7. *Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling*

gen binden dan ook niet alleen de uitvoerende, maar ook de wetgevende en de rechterlijke macht. Dat brengt met zich mee dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien dat niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen (art. 94 Gw). Hieruit vloeit voort dat de rechter er op dient toe te zien dat verdragen – voor zover het gaat om een ieder verbindende bepalingen – worden nageleefd; het toezicht kan zich niet beperken tot de vraag of het bestuur in redelijkheid kon menen dat een verdrag wordt nageleefd.

Dat een i.c. verdragsrechtelijke rechtsregel dient te worden nageleefd brengt niet alleen met zich mee dat deze regel op de juiste wijze wordt uitgelegd – daarop ziet de Afdeling nog wel toe – maar ook dat de feitenvaststelling klopt. Het legaliteitsbeginsel vergt van het bestuur dat rechtsregels worden toegepast op grond van feiten die op de waarheid berusten.¹⁰ In de woorden van Klap:

Gesteld kan worden dat de feitenvaststelling steeds aan een integrale rechterlijke toetsing onderworpen is, omdat men zich daarbij geen beoordelingsvrijheid kan voorstellen. Wanneer de feitelijke grondslag niet klopt, zal ook het daarop gebaseerde oordeel niet kloppen.¹¹

Beperkingen op de verplichting van het bestuur om te verzekeren dat beslissingen berusten op een juiste feitelijke grondslag staan dus op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel. Nu is het legaliteitsbeginsel weliswaar een belangrijk beginsel van de rechtsstaat, maar het beginsel is niet absoluut. Doelmatig bestuur en efficiënte rechtspraak zijn overwegingen die het legaliteitsbeginsel kunnen begrenzen. Waar die grens wordt getrokken is een keuze. Het ligt voor de hand om die keuze niet in abstracto te maken, maar mede te laten hangen van factoren als het niveau waarop de norm is vastgesteld (verdrag, wet in formele zin, beleidsregel), de aard van de norm (instructienorm of fundamentele waarde van een democratische samenleving), en de vraag of de rechtszoekende zich vertegenwoordigd kan weten door het bestuursorgaan.

7.4 **De Afdeling verhuult haar keuzes vaak**

In sommige uitspraken motiveert de Afdeling haar keuze op zodanige wijze dat kenbaar is dat er iets te kiezen viel en gekozen is, en op een manier die inzichtelijk maakt welke afweging de Afdeling heeft gemaakt. Zo is de uitspraak van 28 maart

¹⁰ Zie nader Schuurmans en Willemsen.

¹¹ Klap 1994, p. 254-255.

2002, waarin de Afdeling het één status-systeem overeind hield,¹² uitvoerig gemotiveerd. De Afdeling laat de bedoeling van de wetgever prevaleren boven het beginsel van de formele rechtskracht, en legt vast dat de staatssecretaris heeft toegezegd de formele rechtskracht niet te zullen tegenwerpen. Ook de beslissing over de vraag of uitzetting bestuursdwang is werd op kenbare wijze gemotiveerd. Evenzo heeft de Afdeling haar strikte lijn met betrekking tot de berekening van de 48 uurstermijn na verloop van tijd uitgebreid gemotiveerd.

Op andere majeure punten heeft de Afdeling controversiële keuzes gemaakt die niet als zodanig werden gemarkeerd, die niet werden gemotiveerd en waarvan de Afdeling het deed voorkomen alsof ze gedicteerd werden door de juridische techniek. Zo moet men voor een motivering van de marginale toetsing en van het trechtermodel (inclusief de uitleg die de Afdeling geeft aan art. 4:6 Awb) het wetenschappelijk oeuvre van leden van de Afdeling raadplegen. Ook de manier waarop de verhouding tussen de onderzoeksplicht van de overheid en de informatieplicht van de aanvrager zich in het asielrecht tot elkaar verhouden is afgedaan op een manier die verhult dat hier betrekkelijk opzienbarende inhoudelijke keuzes zijn gemaakt. De beperkingen die de Afdeling aangebracht heeft in haar mogelijkheden om het voortraject van vreemdelingenrechtelijke vrijheidsberoving te toetsen lijken, als men de betreffende uitspraken leest, louter een kwestie van de aan haar opgedragen competentie.

De Afdeling heeft een aantal rigoureuze keuzes gemaakt die als gevolg hebben dat migranten hun aanspraak op bescherming van fundamentele rechten – om louter procedurele redenen – moeilijker kunnen verwerklijken dan het geval zou zijn als de Afdeling andere keuzes had gemaakt. De Afdeling heeft gekozen voor standpunten die, gezien de geldende regelgeving, het bestuur op maximale voorsprong zetten. Het gaat hier met name om de marginale toetsing, het trechtermodel, het materiële bewijsrecht en de (non-)toetsing van het strafrechtelijke voortraject. Op het eerste gezicht is het verbazingwekkend dat de het juist op deze punten doet voorkomen alsof het om juridisch-technische keuzes gaat. De Afdeling heeft hier immers scherpe koerswijzigingen aangebracht in het voordeel van het bestuur. Hoe kan verklaard worden dat de Afdeling juist op deze punten minimaal motiveert, en dan nog in zeer technische termen?

12 ABRvS 28 maart 2002, JV 2002/153, NAV 2002/127, AB 2002, 132.

7. *Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling*

Men kan allereerst veronderstellen dat een juridisch-technische motivering de gekozen benadering sterker legitimeert. Door niet tot uiting te laten komen dat een inhoudelijke keuze is gemaakt, die mede is ingegeven door beleidsmatige overwegingen, biedt de uitspraak minder aangrijpingspunten voor inhoudelijk debat. Een uitspraak als die van 28 maart 2002 over het één status-systeem roept veel meer een inhoudelijk debat op.

Een tweede veronderstelling kan zijn dat de Afdeling haar meest vergaande keuzes niet heeft willen markeren en niet heeft willen motiveren, omdat daarmee het risico vergroot zou worden dat de gouvernementele agenda van de Afdeling expliciet zou worden, en dat zou afbreuk kunnen doen aan het gezag van de Afdeling.

Het lijkt mij vanuit een oogpunt van rechterlijke integriteit de voorkeur te hebben dat een rechter die een inhoudelijke keuze maakt dat aangeeft, en deze keuze motiveert. Een uitspraak dient de grondslag te vermelden waarop zij berust. Rechters – en zeker hoogste rechters – kunnen niet ter verantwoording worden geroepen. Daarom zijn zij gehouden die verantwoording zo nauwgezet zij kunnen in hun uitspraken te geven. Daarnaast kan het – maar dat is vooral een praktische overweging – efficiënt zijn om helder gemotiveerde uitspraken te doen, omdat het daarmee voor partijen duidelijker is waar zij op te rekenen hebben; dit kan leiden tot duidelijker rechtsvorming en daardoor tot minder procedures.¹³

7.5 **De Afdeling speelt het spel niet volgens de regels**

Zoals ik aangaf zijn rechters gedwongen politieke keuzes te maken; daarvan kan hen geen verwijt gemaakt worden. Maar dat betekent niet dat rechters die keuzes vrijuit kunnen maken. Bepalend voor hun rol als rechter is dat zij, voor zover mogelijk, hun keuzevrijheid laten inperken door de geldende rechtsregels, en door de eis dat hun argumentaties innerlijk consistent zijn. Mijn betoog tot dusverre komt er op neer dat de Afdeling politieke keuzes maakt die niet in balans zijn, en dat zij haar keuzes verhult. Mijn ernstigste kritiek moet nog komen. Die komt er op neer dat de Afdeling haar politieke agenda niet najaagt binnen de grenzen van haar rechterlijke rol, en dat zij zich daarbij onvoldoende laat binden door het geldende recht. Met andere woorden: zij neemt politieke beslissingen, en past haar juridische argumentatie daar bij aan. Ik zal deze kritiek onderbouwen door achtereenvolgens in te gaan op de manier waarop de Afdeling omgaat met de letterlijke tekst van de wet; met de bedoeling van de wetgever; met haar eigen bevoegdheid; en met het rechtsbeginsel van de formele rechtskracht.

13 Vgl. Reneman 2002.

De letterlijke tekst van de wet

De Afdeling gaat op een aantal punten erg strikt om met de letter van de wet. Zo vat de Afdeling artikel 70 lid 1 Vw 2000 (de bepaaldelijke volmacht) zodanig op, dat een beroepschrift alleen ontvankelijk is als exact de daar genoemde bewoordingen worden gebruikt. Als een advocaat bij het instellen van hoger beroep een formulering gebruikt die inhoudelijk gelijk is, zonder evenwel de sacrale formule te gebruiken, dan is niet aan een wettelijk vereiste voldaan. Bij de toepassing van artikel 85 lid 1 en 2 Vw 2000 (het grievenstelsel) is de Afdeling eveneens legalistisch. Ook als uit een grief wel duidelijk is tegen welk onderdeel van de uitspraak hij zich richt, maar dat onderdeel wordt niet exact aangeduid, dan is in de visie van de Afdeling geen sprake van een grief. De Afdeling is voorts erg gericht op de letterlijke tekst van de wet waar het gaat om beperkingen bij de toetsing van het voortraject van vreemdelingenrechtelijke vrijheidsberoving. De uitsluiting van het strafrechtelijk voortraject, het Wav-voortraject en enkele bepalingen van de Vreemdelingenwet 2000 zelf zijn gebaseerd op een zeer letterlijke lezing van de tekst van de wet.

Evenwel, om te kunnen volhouden dat zij zelf op geen enkele wijze het voortraject kon beoordelen, moest de Afdeling voorbijgaan aan de letterlijke tekst van het toetsingskader dat de wet zelf geeft; de bewaring wordt onder meer opgeheven als zij bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is – een formulering die bepaald ruimte laat voor bescherming tegen willekeur in het voortraject. Ook op andere punten neemt de Afdeling het niet zo nauw met de tekst van de wet. Artikel 63 lid 1 Vw 2000 bepaalt dat de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft *kan* worden uitgezet. Artikel 4:6 Awb bepaalt dat een herhaalde aanvraag verkort gemotiveerd *kan* worden afgedaan. In beide gevallen wenst de Afdeling de woorden “kan worden” te lezen als “wordt”; haar rechtspraak neemt op die punten afstand van de letterlijke tekst van de wet.

De Afdeling gaat, kortom, op een wisselende manier met de tekst van de wet om. Soms weet de Afdeling door een vergaande letterlijkheid onverwachte, en deels ongerijmde betekenissen aan de wet te ontlokken; en soms stelt de Afdeling in feite een door haar geprefereerde formulering in de plaats van de formulering waarvoor de wetgever heeft gekozen.

De bedoeling van de wetgever

De Afdeling hecht soms doorslaggevend belang aan de bedoeling van de wetgever. In de uitspraak van 28 maart 2002, waarin zij het niet mogelijk maakte om door te procederen (zie par. 4.3), volgde zij de bedoeling van de wetgever, en liet die zwaar-

7. *Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling*

der wegen dan het beginsel van formele rechtskracht dat zij in een andere context beschouwt als een beginsel van openbare orde.¹⁴ Dat suggereert dat de bedoeling van de wetgever een zwaarwegend interpretatiemiddel is.

Maar op andere punten wordt de bedoeling van de wetgever genegeerd, zonder dat daar nu erg zwaarwichtige redenen voor worden aangevoerd. Zo was het de bedoeling van de wetgever dat de vreemdelingenrechter het hele voortraject zou beoordelen bij de toetsing van de vreemdelingenrechtelijke vrijheidsberoving; de Afdeling doet dat niet, en gaat op dit punt niet in op de bedoeling van de wetgever. Ook was het de bedoeling van de wetgever dat artikel 63 lid 1 Vw 2000 (een vreemdeling die niet rechtmatig verblijft *kan* worden uitgezet) discretionair zou zijn. In haar uitspraken van 29 mei 2001¹⁵ passeerde de Afdeling de letterlijke tekst van de wet, die de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever op de juiste wijze vastlegde.

In dezelfde uitspraken van 29 mei 2001 is de Afdeling nog verder gegaan, en heeft zij de wetgever een bedoeling toegedicht die hij klaarblijkelijk niet had. De Afdeling merkt uitzetting – in weerwil van de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever – als bestuursdwang aan, en doet het vervolgens voorkomen alsof de wetgever niet de bedoeling heeft gehad artikel 5:24 Awb van toepassing te laten zijn op uitzetting. Maar de wetgever had op dit punt in het geheel geen bedoeling, omdat hij meende dat uitzetting geen bestuursdwang was; de wetgever kwam daardoor aan de vraag of artikel 5:24 Awb op uitzetting van toepassing moet zijn niet toe.

De Afdeling heeft dus de neiging veel belang te hechten aan de bedoeling van de wetgever als die kennelijk overeen stemt met de hare, en er aan voorbij te gaan als dat anders is. Zij is er niet voor teruggedeeind de wetgever een door haar kennelijk juist geachte bedoeling toe te dichten waar die duidelijk ontbrak.

De eigen bevoegdheid van de Afdeling

Ook met betrekking van de reikwijdte van haar eigen bevoegdheid wisselt de Afdeling al naar gelang de kwestie die voorligt. Met betrekking tot het voortraject op basis van het strafrecht en op basis van de Wav houdt zij zich zeer strikt aan de grenzen van de haar toegekende bevoegdheid. Maar zonder veel omhaal toetst zij wel aan de Politiewet en de Awbi. Mogelijk is dat verschil in benadering een reden te vinden, maar die ligt niet voor de hand en de Afdeling geeft die in elk geval niet.

Nu is hier mogelijk sprake van niet meer dan een inconsistentie. De Afdeling gebruikt ook wel eens onjuiste formuleringen waar het om de marginale toetsing

14 ABRvS 28 maart 2002, JV 2002/153, NAV 2002/127, AB 2002, 132.

15 ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/166, RV 2001, 65; ABRvS 29 mei 2001, RV 2001, 62.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

gaat. Maar als de Afdeling erg strikt omgaat met de eigen bevoegdheid, mag men verwachten dat die lijn ook wordt volgehouden. Daarin slaagt de Afdeling niet steeds. Zo verklaarde zij zich in enkele zaken onbevoegd van het hoger beroep kennis te nemen, maar gaf na invoering van het woord “overigens “ ook nog even een inhoudelijk oordeel.¹⁶

Bovendien heeft de Afdeling het in één geval mogelijk geacht haar bevoegdheid als rechter nadrukkelijk te overschrijden. Redengevend voor de weigering van de Afdeling het voortraject op een aantal punten te toetsen was, dat zij niet door de wetgever bevoegd is gemaakt dat te doen. Op zichzelf is het uiteraard juist dat een rechter zich geen rechtsmacht mag toe-eigenen. Een andere beperking van de rechterlijke competentie wordt gegeven door artikel 12 van de Wet algemene bepalingen van 1829 (Wet AB), dat luidt:

Geen regter mag bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.

In haar uitspraak van 17 augustus 2001,¹⁷ waarin de Afdeling de eis introduceerde dat de advocaat in het beroepschrift de sacrale formule moet hanteren, maakte zij overgangsrecht. Een rechter die zelfstandig overgangsrecht maakt laat blijken ook zelf te beseffen dat een nieuwe regel is ingevoerd (anders was overgangsrecht niet nodig); bovendien is de overgangsregeling zelf ook een algemene regel. De Afdeling heeft hierdoor, in strijd met artikel 12 Wet AB, haar rechtsprekende bevoegdheid overschreden. Ook waar de Afdeling de tekst van de wet in feite vervangt door de door haar geprefereerde tekst (zie boven) oefent zij in wezen een wetgevende bevoegdheid uit.

De Afdeling laat dus onduidelijkheid bestaan over de grenzen van haar bevoegdheid bij de toetsing van het voortraject van bewaring. In elk geval vat zij haar bevoegdheid op dat punt zeer strikt op. In een paar zaken heeft zij, ondanks een door haar uitgesproken onbevoegdheid, ten overvloede toch een materieel oordeel gegeven, hetgeen moeilijk te rijmen is met de strikte opstelling met betrekking tot het voortraject. Er is sprake van een overschrijding van haar bevoegdheid van een geheel andere orde waar de Afdeling algemene regels stelt.

16 ABRvS 14 augustus 2001, JV 2001/260; ABRvS 24 augustus 2001, JV 2001/281.

17 ABRvS 17 augustus 2001, JV 2001/263, AB 2001/300.

7. Het gouvernementele rechterlijk activisme van de Afdeling

Het beginsel van formele rechtskracht

In de jurisprudentie met betrekking tot artikel 4:6 Awb hebben we gezien dat de Afdeling groot belang hecht aan het beginsel van formele rechtskracht. Zij past dit beginsel ambtshalve toe, hetgeen impliceert dat het van openbare orde is. Opvallend is dat dit beginsel door de wetgever is neergelegd in het facultatief geformuleerde artikel 4:6 Awb, en een facultatief geformuleerde bepaling kan niet van openbare orde zijn. Zoals eerder werd betoogd moet de Afdelingsjurisprudentie waarschijnlijk zo worden begrepen dat het niet gaat om een wettelijke bepaling die van openbare orde is, maar om een rechtsbeginsel dat door de Afdeling van openbare orde wordt geacht. Het is kennelijk zo'n fundamenteel rechtsbeginsel, dat daarvoor de letterlijke (want facultatief geformuleerde, zie boven, par. 3.2.1. en 3.2.2) tekst van artikel 4:6 Awb genegeerd kan worden.

Het is opmerkelijk dat de Afdeling meent dat dit beginsel waar het gaat om artikel 4:6 Awb de tekst van de wet terzijde kan schuiven, terwijl de Afdeling in haar uitspraak van 28 maart 2002, waarin zij doorprocederen niet mogelijk maakte, de formele rechtskracht het onderspit liet delven ten voordele van "het wettelijk stelsel, zoals dat de wetgever voor ogen heeft gestaan en diens bedoeling om (doorprocederen, TS) zoveel mogelijk te voorkomen."¹⁸ Kennelijk is het rechtsbeginsel in deze casus toch weer niet zó fundamenteel. De in 4:6-zaken vergaand toegepaste formele rechtskracht legt het in dit geval af tegen de (in dit geval overigens inderdaad onmiskenbare) bedoeling van de wetgever.

Dit is een in het oog lopende inconsistentie. Is het beginsel van formele rechtskracht nu zo fundamenteel, dat de tekst van de wet er voor opzij kan worden geschoven; of is het een minder fundamenteel beginsel dat reeds wijkt voor de bedoeling van de wetgever?

Conclusie

De Afdeling motiveert haar uitspraken zo weinig mogelijk inhoudelijk, en zo veel mogelijk formeel. *Lex dura, sed lex*, oordeelt de Afdeling in gevallen waarin zij het door haar beoogde doel kan bereiken door strikte toepassing van de tekst van de wet, van rechtsbeginselen, van de bedoeling van de wetgever. Leidt een strikt technische opstelling niet tot het gewenste resultaat, dan gooit de Afdeling het over een andere boeg en moet een strikte toepassing van de tekst van de wet, van rechts-

18 ABRvS 28 maart 2002, JV 2002/153, NAV 2002/127, AB 2002, 132.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

beginselen of van de bedoeling van de wetgever wijken voor interpretatiemethoden die geschikter zijn om een resultaat te bereiken dat past bij de bredere, gouvernementele agenda van de Afdeling.

Als deze interpretatie van het geheel van de Afdelingsjurisprudentie juist is, dan betekent dat dat de Afdeling op juridisch vlak niet consistent is, en dat de consistentie die onmiskenbaar in de Afdelingsjurisprudentie te ontwaren is (zie hierboven, par. 7.2 en 7.3) een politieke is. Dat zou betekenen dat de Afdeling in vreemdelingenzaken zich niet houdt aan haar rechterlijke rol, en haar rechtsprekende bevoegdheid gebruikt voor politieke doeleinden.

Als dat zo is, dan zou dat raken aan meer dan alleen het migratierecht. Het zou raken aan de integriteit van de Afdeling als zodanig en, omdat de Afdeling een van de hoogste rechters van het land is, aan de integriteit van de rechtspraak in Nederland.

BIBLIOGRAFIE

M.M. van Asperen: De nieuwe Vreemdelingenwet – ruim een jaar later, *Advocatenblad* 2002, p. 504-511.

P.J.A.M. Baudoin, P. Boeles, A. Kuijer en T.P. Spijkerboer: *Vreemdelingenwet 2000. Gevolgen voor de rechtspraktijk*, OSR Juridische Opleidingen/Stichting Studiecentrum rechtspleging, Utrecht 2001.

W.J. van Bennekom: Een vorm van appèl, *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1107-1113.

J.B.J.M. ten Berge en F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid: Nederlands Algemeen Bestuursrecht 1*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001.

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.

S. Bommeljé: *Wat is vrijheid? Een onderzoek naar de mate van vrijheidsberoving in de landaanmeldcentra, toegespitst op de minderjarige asielzoeker*, doctoraalscriptie Katholieke Universiteit Nijmegen, april 2001.

H.E. Bröring en A.T. Marseille: De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb, «*JBplus*» 2002, p. 54-72.

E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom: Balanceren boven nul: De vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2000, p. 214-221.

N. Doornbos en C.A. Groenendijk: Uitkomsten van asielprocedures: een cohort-onderzoek, *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 245-253.

R. Fernhout, *Erkenning en toelating als vluchteling in Nederland*, Kluwer, Deventer 1990.

F. Fonville: 'Dat en waarom welke', *Rechtshulp* 2002-5, p. 15-19.

G.S. Goodwin-Gill: *The Refugee in International Law*, second edition, Clarendon Press, Oxford 1996.

A. Grahl-Madsen: *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, A.W. Sijthoff, Leyden 1966.

P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout: *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1. Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, vijfde druk, Kluwer, Deventer 2001.

P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout: *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2. Bestuurshandelingen en waarborgen*, vierde druk, Kluwer, Deventer 1998.

J.C. Hathaway: *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Toronto/Vancouver 1991.

A.W.M. van Hoof: Enkele vragen over uitzettingsmogelijkheden en vreemdelingenbewaring, *Migrantenrecht* 2001, p. 113-115.

G.M.H. Hoogvliet: De nuchterheid teruggekeerd, *Migrantenrecht* 2002, p. 48-54.

G.M.H. Hoogvliet: *De Awb en het vreemdelingenrecht*, Kluwer, Deventer 2001.

C. Joppke: *Challenge to the Nation-State. Immigration to Western Europe and the United States*, Oxford University Press, Oxford 1998.

D. Kennedy: *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge/London 1997.

A. Klap: *Vage normen in het bestuursrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994.

F.H. Koers: Slalommen rond valkuilen Afdeling, *Migrantenrecht* 2002, p. 14-17.

A. Kuijer en J.D.M. Steenbergen: *Nederlands vreemdelingenrecht*, vierde druk, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1999.

- R.W.L. Loeb: *Inleiding vreemdelingenrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1983.
- R.W.L. Loeb: *Appèl op maat*, Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1997.
- R.M. van Male en C.P.J. Goorden in J.B.J.M. ten Berge, R.M. van Male, A.Q.C. Tak, N. Verheij en B.W.N. de Waard (red.): *Nieuw bestuursrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1994.
- M. Reneman: Hoe beperkt is het hoger beroep?, *Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht* 2002, p. 212-219.
- M. Rootring: Toezicht en vreemdelingenbewaring: enkele thema's, *Migrantenrecht* 2001, p. 189-199.
- P. Scholten: *Algemeen deel*, derde druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1974.
- M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001.
- Y.E. Schuurmans en P.A. Willemsen: Rechterlijke en bestuurlijke feitenvaststelling, in: F.J. van Ommeren (red): *De rechtsstaat als toetsingskader* (te verschijnen).
- Y. N. Soysal: *Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe*, University of Chicago Press, Chicago/London 1994.
- T. Spijkerboer (2000a): *Gender and Refugee Status*, Ashgate, Aldershot 2000.
- T.P. Spijkerboer (2000b): Asiel voor dienstweigeraars, *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 312-316.
- T.P. Spijkerboer en B.P. Vermeulen: *Vluchtelingenrecht*, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1995.
- J.D.M. Steenbergen, T.P. Spijkerboer, B.P. Vermeulen, R. Fernhout: *Internationaal immigratierecht*, Sdu, Den Haag 1999.
- F.A.M. Stroink en R.J.G.M. Widdershoven: Hoger beroep in het bestuursrecht. Deel I, Herkansing of trechter? «*JB plus*» 2001, p. 163-174.

HET HOGER BEROEP IN VREEMDELINGENZAKEN

F.A.M. Stroink en R.J.G.M. Widdershoven: Hoger beroep in het bestuursrecht. Deel II, De rol van partijen bij de omvang van het geding en ambtshalve toetsing, «*JB plus*» 2002, p. 29-37.

G.A.M. Strijards: *Het nieuwe Nederlandse Vreemdelingenrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1994.

A.H.J. Swart: *De toelating en uitzetting van vreemdelingen*, Kluwer, Deventer 1978.

S.B.B. Tellekamp Booland: *Free to go? The application of article 55 Aliens Act in the light of article 5 of the European Convention of Human Rights*, doctoraalscriptie Vrije Universiteit Amsterdam, januari 2002.

M.L.Thieme, A. Kuijer, M.P. Verberk, S. Verberk, M.L.W.M. Viering: *Rechtseenheid in de vreemdelingenrechtspraak*, Thela Thesis, Amsterdam 1999.

B.P. Vermeulen: De procedures in de Vreemdelingenwet 2000, *Ars Aequi* 2000, p. 384-391.

B.P. Vermeulen, H. Battjes, T.P. Spijkerboer: *Naar een Europees asielrecht*, Lemma, Utrecht 2002.

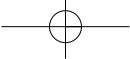
T. Visser en G. Homburg: *Evaluatie herziene Vreemdelingenwet*, Regioplan, Amsterdam 1995.

B.W.N. de Waard: Hoger beroep in vreemdelingenzaken: Afdeling bestuursrecht-spraak eist van advocaten een specifieke procesformule, *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1843-1844.

H.B. Winter: Duidelijkheid laat te wensen over, *Migrantenrecht* 2002, p. 85-87.

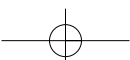
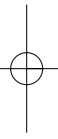
LIJST VAN AFKORTINGEN

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AC	Aanmeldcentrum
ACV	Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken
AFV	Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling
AMvB	algemene maatregel van bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awbi	Algemene wet op het binnentreden
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
GV	Gids Vreemdelingenrecht
HR	Hoge Raad
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten
JV	Jurisprudentie Vreemdelingenrecht
MR	Migrantenrecht
NAV	Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
n.g.	niet gepubliceerd
OvD	Overeenkomst van Dublin
Pres	President
Rb	Rechtbank
RV	Rechtspraak Vreemdelingenrecht
Rva	Regeling verstrekkingen asielzoekers en categorieën vreemdelingen
RvS	Raad van State
Sv	Wetboek van strafvordering
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
Vb	Vreemdelingenbesluit
Vc	Vreemdelingen-circulaire



LIJST VAN AFKORTINGEN

VV	Voorschrift Vreemdelingen
Vw	Vreemdelingenwet
Vz	Voorzitter
Wav	Wet arbeid vreemdelingen



JURISPRUDENTIEREGISTER

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 21 oktober 1986, RV 1986, 91 **172**
 EHRM 18 december 1986, Series A
 no. 111 **172**
 EHRM 7 juli 1989, RV 1989, 94 **34**
 EHRM 20 maart 1991, RV 100, 70 **33, 35,**
59, 60
 EHRM 30 oktober 1991, RV 100, 13 **34, 35,**
58, 59, 60
 EHRM 15 november 1996, RV 100, 14 **34,**
35, 58, 60, 172
 EHRM 28 november 1996, Reports 1996-V
34, 59
 EHRM 17 december 1996, RV 1996, 21 **34,**
35, 60
 EHRM 29 april 1997, RV 1997, 20 **34, 60**
 EHRM 2 mei 1997, RV 1997, 70 **34, 58, 60**
 EHRM 19 februari 1998, JV 1998/45 **53,**
66-68, 69
 EHRM 7 maart 2000, RV 2000, 1 **58**
 EHRM 11 juli 2000, RV 2000, 2 **34, 59, 64,**
65, 69
 EHRM 6 februari 2001, RV 2001, 2 **34, 58,**
60, 61-64, 68-69
 EHRM 6 maart 2001, JV 2001/123, RV 2001,
 68 **35, 173**
 EHRM 6 maart 2001, RV 2001, 1 **34, 60,**
61-63, 64, 68, 69
 EHRM 5 februari 2002, JV 2002/117 **34, 35,**
125-127, 172

Hoge Raad

- HR 22 juni 1984, RV 1984, 11, NJ 1985, 82,
 AB 1985, 40, GV (oud) F-151 **123**
 HR 13 mei 1988, RV 100, 9 **120, 123**
 HR 3 september 1993, NJ 1993, 714 **73**

House of Lords

- House of Lords 19 december 2000, JV
 2001/74 **32, 142**

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- ABRvS 4 mei 2001, JV 2001/146 **161**
 ABRvS 11 mei 2001, JV 2001/147, NAV
 2001/181 **18**
 ABRvS 21 mei 2001, JV 2001/224 **24**
 ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/165 **18, 19,**
146, 174
 ABRvS 29 mei 2001, JV 2001/166, AB 2001,
 266, RV 2001, 65 **125, 161-163,**
174-176, 191
 ABRvS 29 mei 2001, RV 2001, 62 **163,**
174-176, 191
 ABRvS 15 juni 2001, JV 2001/210, NAV
 2001/233 **18, 19, 27, 106**
 ABRvS 22 juni 2001, JV 2001/205 **10**
 ABRvS 28 juni 2001, JV 2001/207 **130**
 ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/208, NAV
 2001/229 **103, 107, 121**
 ABRvS 29 juni 2001, JV 2001/209, AB 2001,
 268, RV 2001, 72 **18, 19, 28, 146-147**
 ABRvS 2 juli 2001, JV 2001/S227 **12**
 ABRvS 4 juli 2001, JV 2001/239 **18, 164, 169**

JURISPRUDENTIEREGISTER

- ABRvS 6 juli 2001, JV 2001/238,
RV 2001, 59 **18**
- ABRvS 6 juli 2001, JV 2001/240 **16**
- ABRvS 6 juli 2001, JV 2001/S250 **43, 48**
- ABRvS 16 juli 2001, JV 2001/S249 **41, 43, 50, 69**
- ABRvS 17 juli 2001, JV 2001/235, AB 2001,
285 **19, 28, 147, 153**
- ABRvS 18 juli 2001, JV 2001/237 **19, 153**
- ABRvS 20 juli 2001, JV 2001/236, AB 2001,
274, RV 2001, 71 **19, 148, 151, 159**
- ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/234, AB 2001,
273, RV 2001, 66 **16, 19, 154**
- ABRvS 26 juli 2001, JV 2001/255, NAV
2001/263, AB 2001, 299 **18, 19, 43, 48, 49, 130**
- ABRvS 2 augustus 2001, JV 2001/256 **19**
- ABRvS 2 augustus 2001, JV 2001/257 **16, 19**
- ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001/258, NAV
2001/319 **19, 41, 42, 43, 48, 69, 80**
- ABRvS 7 augustus 2001, JV 2001/259, NAV
2001/273 **19, 104, 105, 107, 119**
- ABRvS 14 augustus 2001, JV 2001/260 **192**
- ABRvS 14 augustus 2001, JV 2001/262 **13**
- ABRvS 15 augustus 2001, JV 2001/261,
AB 2001, 328 **11**
- ABRvS 16 augustus 2001, 200103239/1 **166, 169**
- ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/264, NAV
2001/318 **13**
- ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/265, NAV
2001/309 **27, 106**
- ABRvS 16 augustus 2001, JV 2001/266 **19, 147, 174**
- ABRvS 17 augustus 2001, JV 2001/263, AB
2001, 300 **14, 16, 18, 192**
- ABRvS 17 augustus 2001, NAV 2001/272 **14**
- ABRvS 18 augustus 2001, 200103328/1 **106**
- ABRvS 24 augustus 2001, JV 2001/281 **12, 169, 192**
- ABRvS 27 augustus 2001, NAV 2001/317, RV
2001, 19 **27, 104**
- ABRvS 31 augustus 2001, JV 2001/282 **130**
- ABRvS 3 september 2001, JV 2001/283, NAV
2001/316 **18**
- ABRvS 5 september 2001, JV 2001/284, AB
2001, 366 **19, 148-149, 155**
- ABRvS 5 september 2001, JV 2001/285, NAV
2001/315, AB 2001, 382, RV 2001, 61
19, 41, 48, 50, 70
- ABRvS 11 september 2001, JV 2001/306,
NAV 2001/336, RV 2001, 18 **16, 25, 26, 131, 134, 135**
- ABRvS 12 september 2001, JV 2001/307, AB
2001, 393 **158, 159**
- ABRvS 14 september 2001, JV 2001/308,
NAV 2001/308, AB 2001, 237, RV 2001,
73 **12**
- ABRvS 4 oktober 2001, JV 2001/321,
RV 2001, 21 **18, 104, 113**
- ABRvS 4 oktober 2001, NAV 2001/335 **104, 113, 114**
- ABRvS 5 oktober 2001, JV 2001/322 **28, 158, 159**
- ABRvS 8 oktober 2001, JV 2002/168,
RV 2001, 6 **19, 41, 49, 50, 70**
- ABRvS 9 oktober 2001, NAV 2001/341 **14, 104**
- ABRvS 10 oktober 2001, JV 2001/324 **151, 152**
- ABRvS 12 oktober 2001, JV 2001/325, NAV
2002/2, AB 2001, 359 **16, 44, 82, 104**
- ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/5 **16, 18, 143**
- ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/6 **24, 42, 48, 49, 80**
- ABRvS 16 oktober 2001, JV 2002/S24 **14, 15**
- ABRvS 18 oktober 2001, JV 2002/31,
AB 2001, 398 **15, 171**
- ABRvS 23 oktober 2001, JV 2002/8, AB 2002,
100 **167**
- ABRvS 24 oktober 2001, JV 2002/10,
NAV 2002/12 **152**
- ABRvS 25 oktober 2001, JV 2001/327,
RV 2001, 67 **10**
- ABRvS 25 oktober 2001, JV 2001/329,
AB 2001, 384 **155, 172**
- ABRvS 25 oktober 2001, RV 2001, 15,
JV 2001/328, AB 2002, 30 **141, 143**
- ABRvS 2 november 2001, JV 2002/11,
AB 2001, 401, RV 2001, 69 **160**

- ABRvS 8 november 2001, JV 2002/12, NAV 2002/1, RV 2001, 11 **26, 27, 82, 104, 105, 114, 136, 137, 138**
- ABRvS 14 november 2001, JV 2002/33, AB 2002, 19 **156**
- ABRvS 15 november 2001, JV 2002/S25, NAV 2002/11, AB 2002, 54 **12, 15, 101**
- ABRvS 21 november 2001, JV 2002/34 **166**
- ABRvS 22 november 2001, JV 2002/35, AB 2002, 112 **16, 19, 155**
- ABRvS 26 november 2001, JV 2002/36 **138**
- ABRvS 27 november 2001, JV 2002/45 **137**
- ABRvS 28 november 2001, JV 2002/46 **28, 148, 150**
- ABRvS 30 november 2001, JV 2002/38 **16, 80, 105, 119**
- ABRvS 3 december 2001, JV 2002/13, NAV 2002/63 **86, 94, 99-100, 105, 135**
- ABRvS 3 december 2001, JV 2002/39 **28, 164, 165**
- ABRvS 4 december 2001, JV 2002/40 **16, 148, 150, 165**
- ABRvS 6 december 2001, JV 2002/41, NAV 2002/27 **16, 168**
- ABRvS 6 december 2001, JV 2002/42, NAV 2002/70, AB 2002, 86, RV 2001, 55 **77**
- ABRvS 11 december 2001, JV 2002/43 **142**
- ABRvS 11 december 2001, JV 2002/49 **105**
- ABRvS 13 december 2001, JV 2002/S63 **49**
- ABRvS 18 december 2001, JV 2002/119 **114**
- ABRvS 20 december 2001, JV 2002/44, NAV 2002/26, AB 2002, 135, RV 2001, 20 **19, 108-109**
- ABRvS 20 december 2001, JV 2002/70, NAV 2002/3 **16**
- ABRvS 28 december 2001, JV 2002/71 **16, 77**
- ABRvS 28 december 2001, JV 2002/72, NAV 2002/68, AB 2002, 134, RV 2001, 74 **167**
- ABRvS 28 december 2001, JV 2002/73, NAV 2002/61, AB 2002, 146, RV 2001, 10 **23, 82, 86, 87, 88**
- ABRvS 8 januari 2002, JV 2002/47 **15, 31**
- ABRvS 10 januari 2002, JV 2002/75 **28, 169**
- ABRvS 10 januari 2002, NAV 2002/60 **19, 88**
- ABRvS 11 januari 2002, JV 2002/128, NAV 2002/94 **19, 48, 54, 80**
- ABRvS 14 januari 2002, 200106324/1 **142**
- ABRvS 14 januari 2002, JV 2002/76, NAV 2002/59 **26, 27, 82, 83, 136, 137, 138**
- ABRvS 18 januari 2002, JV 2002/120, NAV 2002/131, AB 2002, 152 **49**
- ABRvS 24 januari 2002, NAV 2002/92 **132**
- ABRvS 25 januari 2002, JV 2002/121, NAV 2002/102, AB 2002, 152 **12, 27, 129**
- ABRvS 25 januari 2002, JV 2002/129 **28**
- ABRvS 30 januari 2002, JV 2002/99 **18**
- ABRvS 30 januari 2002, JV 2002/130, AB 2002, 151 **15**
- ABRvS 31 januari 2002, JV 2002/100, NAV 2002/101 **16, 136, 138**
- ABRvS 7 februari 2002, 200106169/1 **86**
- ABRvS 8 februari 2002, JV 2002/131 **123**
- ABRvS 12 februari 2002, NAV 2002/96 **57**
- ABRvS 15 februari 2002, JV 2002/101, NAV 2002/100 **78**
- ABRvS 18 februari 2002, JV 2002/154 **12**
- ABRvS 21 februari 2002, JV 2002/142 **16, 29, 113**
- ABRvS 25 februari 2002, JV 2002/123, NAV 2002/91 **19, 109-111**
- ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/124 **19, 42, 48, 49, 52, 80**
- ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125, NAV 2002/129, AB 2002, 169 **19, 24, 42, 48, 49, 53, 70, 72, 80**
- ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/126 **128**
- ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/127, NAV 2002/90 **98-99, 100**
- ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/143, AB 2002, 197 **19, 112, 116, 121, 122**
- ABRvS 13 maart 2002, JV 2002/155, NAV 2002/140 **135**
- ABRvS 13 maart 2002, NAV 2002/141 **25, 26, 134**
- ABRvS 18 maart 2002, JV 2002/155, NAV 2002/140 **18, 26, 134, 135**
- ABRvS 19 maart 2002, JV 2002/144 **15**
- ABRvS 19 maart 2002, JV 2002/145 **15, 18**
- ABRvS 20 maart 2002, JV 2002/146 **84**

JURISPRUDENTIEREGISTER

- ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/147 **20, 21, 80, 82, 85, 86**
 ABRvS 22 maart 2002, JV 2002/148 **165**
 ABRvS 25 maart 2002, JV 2002/150, NAV 2002/128 **19, 104**
 ABRvS 25 maart 2002, JV 2002/151 **12, 134**
 ABRvS 27 maart 2002, JV 2002/152, AB 2002, 196 **158, 159**
 ABRvS 28 maart 2002, JV 2002/153, NAV 2002/127, AB 2002, 132 **15, 94-98, 99-100, 101, 188, 191, 193**
 ABRvS 2 april 2002, JV 2002/169 **128**
 ABRvS 2 april 2002, JV 2002/177 **122**
 ABRvS 4 april 2002, JV 2002/170 **129**
 ABRvS 8 april 2002, JV 2002/171 **15, 30**
 ABRvS 8 april 2002, JV 2002/172 **84, 86, 87, 90**
 ABRvS 10 april 2002, JV 2002/173, NAV 2002/160 **78, 114, 130**
 ABRvS 10 april 2002, JV 2002/174 **26, 135, 138**
 ABRvS 10 april 2002, JV 2002/178 **16, 19, 84, 90**
 ABRvS 12 april 2002, JV 2002/175 **111, 114**
 ABRvS 17 april 2002, JV 2002/198 **45**
 ABRvS 18 april 2002, JV 2002/200 **78**
 ABRvS 23 april 2002, JV 2002/201 **157**
 ABRvS 1 mei 2002, JV 2002/203 **13, 99**
 ABRvS 1 mei 2002, JV 2002/204 **46, 110**
 ABRvS 1 mei 2002, JV 2002/205 **43, 164**
 ABRvS 2 mei 2002, JV 2002/207 **41, 135, 138**
 ABRvS 3 mei 2002, JV 2002/220 **19, 114**
 ABRvS 13 mei 2002, JV 2002/263 **49**
 ABRvS 16 mei 2002, JV 2002/222 **48**
 ABRvS 16 mei 2002, JV 2002/223 **49, 86**
 ABRvS 16 mei 2002, JV 2002/240 **78**
 ABRvS 17 mei 2002, JV 2002/S284 **48**
 ABRvS 21 mei 2002, JV 2002/224 **24, 25, 135**
 ABRvS 22 mei 2002, JV 2002/225 **19, 106**
 ABRvS 22 mei 2002, JV 2002/227 **48**
 ABRvS 23 mei 2002, JV 2002/241 **16, 46, 164**
 ABRvS 23 mei 2002, JV 2002/264 **170**
 ABRvS 27 mei 2002, JV 2002/S285 **48**
 ABRvS 29 mei 2002, JV 2002/242 **157**
 ABRvS 30 mei 2002, JV 2002/265 **78**
 ABRvS 31 mei 2002, JV 2002/266 **42, 86, 88**
 ABRvS 31 mei 2002, JV 2002/267 **44**
 ABRvS 7 juni 2002, JV 2002/270 **77**
 ABRvS 7 juni 2002, JV 2002/271 **16, 46**
 ABRvS 10 juni 2002, JV 2002/272 **28, 29, 165**
 ABRvS 11 juni 2002, JV 2002/243 **19, 42, 54, 80**
 ABRvS 11 juni 2002, JV 2002/325 **135**
 ABRvS 14 juni 2002, JV 2002/276 **88**
 ABRvS 17 juni 2002, JV 2002/273 **106**
 ABRvS 19 juni 2002, JV 2002/274 **171**
 ABRvS 19 juni 2002, JV 2002/S287 **114**
 ABRvS 25 juni 2002, JV 2002/292 **21, 78, 85, 104, 133**
 ABRvS 27 juni 2002, JV 2002/326 **86**
 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/293 **16, 22, 25, 53, 132**
 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/294 **51, 70, 120**
 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/295 **166**
 ABRvS 28 juni 2002, JV 2002/S335 **171**
 ABRvS 2 juli 2002, JV 2002/S336 **78**
 ABRvS 3 juli 2002, JV 2002/296 **84, 86**
 ABRvS 4 juli 2002, 200202713/1 **21, 86**
 ABRvS 8 juli 2002, JV 2002/297 **156, 176**
 ABRvS 9 juli 2002, JV 2002/275 **22, 23, 88, 91**
 ABRvS 9 juli 2002, JV 2002/298 **53**
 ABRvS 9 juli 2002, 200203601/1, n.g. **31**
 ABRvS 11 juli 2002, JV 2002/299 **87**
 ABRvS 11 juli 2002, JV 2002/300 **142, 143-144**
 ABRvS 12 juli 2002, JV 2002/301 **133**
 ABRvS 12 juli 2002, JV 2002/302 **82**
 ABRvS 16 juli 2002, JV 2002/303 **113, 114**
 ABRvS 16 juli 2002, JV 2002/304 **51, 135**
 ABRvS 19 juli 2002, JV 2002/306 **132, 134**
 ABRvS 19 juli 2002, JV 2002/307 **134**
 ABRvS 19 juli 2002, JV 2002/308 **106, 130**
 ABRvS 23 juli 2002, JV 2002/309 **84**
 ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/310 **133**
 ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/311 **128, 135, 136**
 ABRvS 24 juli 2002, JV 2002/312 **29, 165**
 ABRvS 29 juli 2002, JV 2002/314 **87**
 ABRvS 30 juli 2002, JV 2002/315 **83, 85, 133**
 ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/316 **167**

ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/317 **147, 148, 150**
 ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/318 **170**
 ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/319 **128**
 ABRvS 31 juli 2002, JV 2002/320 **170**
 ABRvS 1 augustus 2002, JV 2002/321 **106**
 ABRvS 1 augustus 2002, JV 2002/322 **86**
 ABRvS 5 augustus 2002, JV 2002/339 **53**
 ABRvS 7 augustus 2002, JV 2002/323 **106**
 ABRvS 7 augustus 2002, JV 2002/324 **84**
 ABRvS 13 augustus 2002, JV 2002/341 **156**
 ABRvS 14 augustus 2002, JV 2002/342 **168**
 ABRvS 15 augustus 2002, JV 2002/379 **143**
 ABRvS 15 augustus 2002, JV 2002/343 **138**
 ABRvS 15 augustus 2002, JV 2002/344 **106**
 ABRvS 16 augustus 2002, JV 2002/345 **23, 24**
 ABRvS 20 augustus 2002, JV 2002/346 **136, 138**
 ABRvS 23 augustus 2002, JV 2002/350 **25, 50, 136**
 ABRvS 27 augustus 2002, JV 2002/353 **136**
 ABRvS 28 augustus 2002, 2002037566/1 **22**
 ABRvS 28 augustus 2002, JV 2002/355 **22**
 ABRvS 29 augustus 2002, JV 2002/356 **23**
 ABRvS 29 augustus 2002, 200204149/1, n.g. **31**
 ABRvS 30 augustus 2002, JV 2002/357 **48**
 ABRvS 4 september 2002, JV 2002/358 **22, 81, 133**

Voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
 Vz ABRvS 27 juni 2001, JV 2001/211, NAV 2001/231 **122, 124**
 Vz ABRvS 27 juni 2001, JV 2001/212, NAV 2001/232 **122, 124**
 Vz ABRvS 17 oktober 2001, JV 2002/7, AB 2002, 108 **18, 82, 83**
 Vz ABRvS 9 november 2001, JV 2002/14 **123**
 Vz ABRvS 3 december 2001, JV 2002/48, RV 2001, 58 **123**
 Vz ABRvS 11 december 2001, JV 2002/49 **18**
 Vz ABRvS 8 februari 2002, JV 2002/131 **123, 124**
 Vz ABRvS 8 maart 2002, JV 2002/129 **123, 124**

Centrale Raad van Beroep

CRvB 17 januari 2001, JB 2001/75, RSV 2001/81, ABkort 2001/192 **55**
 CRvB 1 februari 2001, JB 2001/78 **55**
 CRvB 8 maart 2001, JB 2001/98, USZ 2001/122 **55**
 CRvB 6 september 2001, JB 2001/281 **55**

Rechtbank 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer)

Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 11 mei 1994, RV 1994, 68 **171**
 Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 12 april 1995, RV 100, 4 **132**
 Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 10 februari 1999, RV 1999, **89**
 Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 2 juni 1999, JV 1999/164, NAV 1999/98 **104, 105, 120**
 Rb. 's-Gravenhage (Rechtseenheidskamer) 20 maart 2000, RV 2000, 7 **136**

Rechtbank 's-Gravenhage

Rb. 's-Gravenhage 27 maart 2000, JV 2000/123 **173**
 Rb. 's-Gravenhage 4 april 2001, JV 2001/108 **161**

President Rechtbank 's-Gravenhage

Pres. Rb. 's-Gravenhage 31 maart 1999, RV 1999, 13 **90**
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2001, JV 2001/97 **105**
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 mei 2001, AWB 01/14200 **71**

President Rechtbank 's-Gravenhage zp Amsterdam

Pres. Rb. 's-Gravenhage zp Amsterdam 19 december 2001, JV 2002/136 **126**

Rechtbank 's-Gravenhage zp Arnhem

Rb. 's-Gravenhage zp Arnhem 4 april 2001, JV 2001/S121 **161**
 Rb. 's-Gravenhage zp Arnhem 17 april 2001, JV 2001/S201 **72**

JURISPRUDENTIEREGISTER

Rechtbank 's-Gravenhage zp Assen

Rb. 's-Gravenhage zp Assen 28 januari 2002,
AWB 01/18656 **72**

Rechtbank 's-Gravenhage zp Groningen

Rb. 's-Gravenhage zp Groningen 30 juli 2001,
AWB 01/32951 **71**

**Voorzieningenrechter Rechtbank
's-Gravenhage zp. Groningen**

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage zp.
Groningen 4 april 2002, JV 2002/219
126

**President Rechtbank 's-Gravenhage zp
Haarlem**

Pres. Rb. 's-Gravenhage zp Haarlem 6 maart
2001, AWB 01/3210 en AWB 01/3211 **71**
Pres. Rb. 's-Gravenhage zp Haarlem 6 maart
2001, AWB 01/7532, AWB 01/7651 en
AWB 01/7652 **71**

Rechtbank 's-Gravenhage zp Zwolle

Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 25 mei 2000,
RV 2000, 11 **140**
Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 1 november
2000, RV 2000, 15 **140**
Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 20 juli 2001,
AWB 01/28424 **71**
Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 12 november
2001, JV 2002/50 **94**

**President Rechtbank 's-Gravenhage zp
Zwolle**

Pres. Rb. 's-Gravenhage zp Zwolle 16 februari
2001, JV 2001/100 **71**

Nationale ombudsman

N.o. 28 maart 2001, JV 2001/141 **146**