

Vergaderjaar 2007–2008

30 830

Voorstel van wet van de leden Pechtold en Van der Ham tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter verbetering van de rechtsbescherming in asielzaken

Nr. 7

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 13 december 2006 en de reactie van de indieners d.d. 29 oktober 2007, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 9 oktober 2006 heeft de Tweede Kamer bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Lambrechts en Van der Ham tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter verbetering van de rechtsbescherming in asielzaken, met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt de rechtsbescherming in asielzaken te verbeteren. Het regelt de volgende vijf onderwerpen:

- een volle toetsing door de rechter in eerste aanleg van de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas door de minister (voorgesteld artikel 82a van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000));*
- het buiten toepassing laten van artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) voor herhaalde aanvragen indien aannemelijk is dat uitzetting van de vreemdeling in strijd zou komen met een voor Nederland geldende internationaalrechtelijke verplichting (voorgesteld artikel 31, vierde lid, Vw 2000);*
- het door de rechtbank laten beoordelen van beroepen gericht tegen een beslissing op een herhaalde aanvraag als ware deze gericht tegen een beslissing op een eerste aanvraag, indien aannemelijk is dat uitzetting van de vreemdeling in strijd zou komen met een voor Nederland geldende internationaalrechtelijke verplichting (voorgesteld artikel 83a Vw 2000);*
- uitdrukkelijke regeling van de bewijsvoorzichtingsplicht bij het horen van de vreemdeling (voorgesteld artikel 38, tweede lid, Vw 2000);*
- uitbreiding van de rechterlijke ex nunc toetsing (voorgesteld artikel 83 Vw 2000).*

De Raad van State maakt opmerkingen over volle toetsing door de rechter van de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas door de minister, over herhaalde aanvragen en internationaalrechtelijke verplichtingen en over de uitbreiding van de ex nunc toetsing door de rechter.

De indieners hebben kennisgenomen van het advies van de Raad van State van 13 december 2006, no. W03.06 0434/I over hun wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter verbetering van de rechtsbescherming in asielzaken.

Naar aanleiding van het advies hebben de indieners reden gezien een aantal wijzigingen, aanvullingen en verduidelijkingen aan te brengen. Deze zijn verwerkt in het voorstel van wet en de bijbehorende memorie van toelichting, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies. In reactie op het advies van de Raad merken de indieners het volgende op.

1. Volle toetsing van de beoordeling door de minister van de geloofwaardigheid van het asielrelaas

Het wetsvoorstel houdt onder meer een nieuw artikel 82a in, dat beoogt de rechter de beoordeling van de minister van de geloofwaardigheid van het asielrelaas vol te laten toetsen. Volgens het nieuwe artikel houdt de rechtbank bij de beoordeling van het beroep rekening met door de vreemdeling afgelegde verklaringen en overgelegde bewijsmiddelen, voorzover zij de daarin gestelde feiten en vermoedens geloofwaardig acht. De indieners beargumenteren dit onderdeel van het wetsvoorstel door erop te wijzen dat de huidige rechtspraak een te magere toets inhoudt en dat de minister aldus onvoldoende wordt gecontroleerd. Dit voorstel geeft de Raad aanleiding om op enkele punten nader in te gaan.

a. Aard van de besluitvorming door de minister

Artikel 29 Vw 2000 bepaalt aan welke vreemdelingen de minister een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd kan verlenen. In de eerste plaats is dit artikel geformuleerd als een «kan»-bepaling. Dit betekent dat de wet in artikel 29 de minister beleids- of beoordelingsruimte geeft. Dit komt ook tot uiting in de onderdelen c en d van dit artikel waar wordt gesproken van «naar het oordeel van Onze Minister». Ook de onderdelen a en b van het eerste lid vergen een beoordeling door de minister van overigens niet geheel gelijksoortige aard. Onderdeel b ziet op de vraag of de vreemdeling aannemelijk heeft gemaakt dat hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan folteringen, of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. Onderdeel a noemt de verdragsvluchtelingen. Daarvan is sprake indien iemand zich uit gegronde vrees voor vervolging wegens zijn ras, godsdienst, nationaliteit, wegens het behoren tot een bepaalde sociale groep of wegens zijn politieke overtuiging buiten zijn land van nationaliteit of vroegere, gewone verblijfplaats bevindt en daarvan de bescherming niet kan of uit hoofde van de bedoelde vrees niet wil inroepen of daarheen niet kan of uit hoofde van dezelfde vrees niet wil terugkeren.

Artikel 31 Vw 2000 bepaalt wanneer een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning wordt afgewezen. Dit is het geval indien de vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn aanvraag is gegrond op omstandigheden die, hetzij op zichzelf, hetzij in verband met andere feiten, een rechtsgrond voor verlening vormen. Het tweede lid somt een aantal omstandigheden op dat bij het onderzoek naar de aanvraag wordt betrokken. Anders dan artikel 29, is artikel 31, eerste lid, dwingend geformuleerd: «Een aanvraag (...) wordt afgewezen indien».

Een complicatie bij het onderzoek naar aanvragen om een verblijfsvergunning is dat in veel gevallen de feiten niet vaststaan en ook niet onomstreden kunnen worden vastgesteld. Ook in de toelichting bij het wetsvoorstel wordt dit opgemerkt. Op grond van de artikelen 29 en 31 Vw 2000 hanteert de minister volgens de paragrafen C1/1.2, C1/3.2.2 en C1/3.2.3 van de Vreemdelingen-circulaire 2000 daarom als beleid dat het relaas van een vreemdeling die alle hem gestelde vragen zo volledig mogelijk heeft beantwoord, terwijl het relaas op hoofdlijnen innerlijk consistent en niet onaannemelijk is en strookt met wat over de algemene situatie in het land van herkomst bekend is, voor waar wordt gehouden. Verder mogen zich geen van de in artikel 31, tweede lid, onder a tot en met f, Vw 2000 genoemde omstandigheden voordoen die afbreuk doen aan de geloofwaardigheid van de verklaringen van de vreemdeling. In beroep gaat de rechter uit van dit (voor aanvragers gunstige) beleid. Dit stemt in belangrijke mate overeen met artikel 4, vijfde lid, van richtlijn 2004/83/EG¹.

¹ Richtlijn van de Raad van 29 april 2004 betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van verleende bescherming (PbEU L 304).

De besluitvorming over een aanvraag om een verblijfsvergunning vertoont zo twee elementen: enerzijds de beantwoording van de vraag of het relaas van de vreemdeling geloofwaardig is en anderzijds of de vreemdeling op grond van dit relaas – aangenomen dat het geloofwaardig is – voor een verblijfsver-

gunning in aanmerking komt. Volgens de huidige jurisprudentie toetst de rechter het eerste element terughoudend en het tweede vol. Een terughoudende toetsing wil in dit verband zeggen een toetsing op de vraag of de minister in redelijkheid tot het oordeel is kunnen komen dat het relaas wel of niet geloofwaardig is, met inachtneming van de vereisten die voortvloeien uit het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.

Wanneer een bestuursorgaan op grond van de wettelijke omschrijving of de aard van de uit te oefenen bestuursbevoegdheid beschikt over beoordelingsruimte of beleidsvrijheid, dient de rechter de uitoefening van deze bevoegdheid in beginsel terughoudend te toetsen. In gevallen van beoordelingsruimte of beleidsvrijheid zal het bestuursorgaan keuzes moeten maken. Binnen de wettelijk geboden beoordelingsruimte of beleidsvrijheid kunnen verschillende keuzes de toets op rechtmatigheid doorstaan. In zoverre toetst de rechter met zijn rechtmatigheidsoordeel slechts een deel van de voor het besluit relevante aspecten. Dit algemene uitgangspunt voor de rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten geldt ook in het vreemdelingenrecht.

Gelet op de aard van de door de minister op grond van de artikelen 29 en 31 Vw 2000 uit te oefenen bestuursbevoegdheid ligt het naar het oordeel van de Raad niet in de rede om een volle toetsing door de rechter voor te schrijven van het oordeel van de minister over de geloofwaardigheid van het relaas van de vreemdeling.

b. Rechterlijke toetsing

In ons rechtsstelsel bepaalt de rechter als regel zelf de aard van zijn toetsing. De wet vormt hierbij in de eerste plaats zijn beoordelingskader. Vroeger bevatten bestuursrechtelijke rechtsbeschermingswetten, zoals de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, beroepsgronden. Deze gronden vormden zowel aanknopingspunten voor appellanten om daarop hun beroepen te baseren als toetsingsnormen voor de rechter. De Awb bevat dergelijke beroepsgronden niet meer. Het argument om deze niet in de wet op te nemen was tweeledig. Enerzijds zijn deze beroeps- en toetsingsgronden algemeen bekend en geaccepteerd zodat een wettelijke formulering geen toegevoegde waarde had. Anderzijds waren deze zo open geformuleerd dat er geen belemmering bestond voor de rechter om waar nodig binnen de toetsing op rechtmatigheid nieuwe toetsingsgronden te formuleren. Verder normeert de Awb in de eerste plaats de besluitvorming door het bestuur in plaats van de toetsing door de rechter. Ook de Vw 2000 kent geen wettelijk geformuleerde beroepsgronden.

Op zichzelf is de wetgever niet gebonden aan dit stelsel. Indien dit noodzakelijk of wenselijk wordt geacht, kan de wet beroepsgronden en toetsingsgronden voor de rechter bevatten. Het is dan echter wel zaak dat er geen tegenstelling ontstaat tussen de wettelijke omschrijving van de door het bestuursorgaan uit te oefenen bestuursbevoegdheid, die een bepaalde toetsing door de rechter met zich brengt, en de formulering van de toetsingsgronden. Naar het oordeel van de Raad doet zich deze tegenstelling bij het voorgestelde artikel 82a wel voor. Zoals gezegd bieden de artikelen 29 en 31 Vw 2000 de minister in verschillende opzichten beoordelings- en beleidsruimte, die een terughoudende rechterlijke toetsing met zich brengt, terwijl het voorgestelde artikel 82a een volle toetsing beoogt.

1a en b. De Raad stelt dat het voorgestelde artikel 82a – kort gezegd – wringt met de artikelen 29 en 31 Vw 2000 en de daarin volgens de Raad besloten liggende beoordelings- en beleidsruimte voor de minister. Wij kunnen de analyse die de Raad maakt van de artikelen 29 en 31 Vw 2000 echter niet op alle punten onderschrijven.

Zo kan uit het enkele gebruik van het woord «kan» in de aanhef van artikel 29, eerste lid, niet worden afgeleid dat de minister bij de beslissing omtrent het verlenen van een verblijfsvergunning steeds beleidsruimte toekomt. Dat is het meest evident bij de verleningsgronden genoemd in artikel 29, eerste lid, onderdelen a en b: de minister heeft, afgezien van het geval bedoeld in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag, niet de beleidsvrijheid om iemand die verdragsvluchteling is, geen verblijfsvergunning te verlenen. In het systeem van de Vw 2000, waarin de weigering van toelating impliceert dat de vreem-

deling kan worden uitgezet, heeft de minister evenmin de beleidsvrijheid om een verblijfsvergunning te weigeren als uitzetting in strijd zou komen artikel 3 van het EVRM. In beide gevallen zou een weigering immers in strijd zijn met het verdragsrecht.

Van de in de onderdelen c en d van het eerste lid van artikel 29 gebruikte begrippen «klemmende redenen van humanitaire aard» en «bijzondere hardheid» kan men wel verdedigen dat deze naar hun aard hun zekere beoordelingsruimte voor de minister impliceren. Echter, deze ruimte betreft dan niet zozeer de *geloofwaardigheid* van het asielrelaas, maar veeleer de *weging* van de daarin vervatte feiten en omstandigheden. De onderdelen e en f, tenslotte, bevatten naar de bedoeling van de wetgever evenmin beleidsvrijheid om meegereide of binnen korte tijd nagereide gezinsleden van de vreemdeling toch maar niet toe te laten.

Naar ons oordeel is er dus geen sprake van een spanning tussen de formulering van artikel 29 en de door het voorgestelde artikel 82a beoogde toetsing. De minister zal bij de toepassing van artikel 29 soms keuzen moeten maken, maar die keuzen hebben geen betrekking op de vaststelling van (de geloofwaardigheid van) de feiten. Evenmin is sprake van een spanning met artikel 31 Vw 2000. Ook in het wetsvoorstel ligt het in eerste instantie op de weg van de vreemdeling om aannemelijk te maken dat er een rechtsgrond voor verlening van een verblijfsvergunning is, namelijk door een geloofwaardig asielrelaas naar voren te brengen. Het verschil met de huidige jurisprudentie is, dat de rechter het oordeel van de minister omtrent die geloofwaardigheid vol kan toetsen, zoals hij ook volgens de huidige jurisprudentie al de aannemelijkheid van met bewijsmateriaal gestaafde stellingen vol kan toetsen (ABRvS 15 juni 2006, AB 2006, 295 m.nt. H. Battjes). Een en ander laat overigens onverlet, dat de rechter een oordeel van de minister kan overnemen als er onvoldoende grond is om daaraan te twifelen.

Hoe dan ook zal bij aanvaarding van het onderhavige wetsvoorstel redelijkerwijs geen twijfel kunnen bestaan over de verhouding tussen de artikelen 29 en 31 enerzijds en het voorgestelde artikel 82a anderzijds. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt immers ondubbelzinnig de bedoeling van de wetgever dat de rechter de geloofwaardigheid van het asielrelaas vol moet toetsen. Zoals de Raad aangeeft, is het tegenwoordig inderdaad minder gebruikelijk om de wijze van toetsing door de rechter uitdrukkelijk in de wet te regelen. Maar als, zoals in dit geval, de wetgever van oordeel is dat de door de rechter gekozen wijze van toetsing geen recht doet aan de bedoeling van de wetgever, dan is een uitdrukkelijke wetsbepaling de enige mogelijkheid om een verandering in de rechtspraak te bewerkstelligen.

c. Gevolgen van het voorstel

Het voorgestelde wetsartikel draagt de rechtbank op om in beroep rekening te houden met door de vreemdeling afgelegde verklaringen en overgelegde bewijsmiddelen, voorzover zij de daarin gestelde feiten en vermoedens geloofwaardig acht. Deze bepaling brengt mee dat de rechtbank zelf een beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas zal moeten plegen. De rechter in eerste aanleg zal zich niet mogen beperken tot een terughoudende toets van het oordeel van de minister op dit punt, maar zal dit oordeel over moeten doen, rekening houdend met afgelegde verklaringen en overgelegde bewijsmiddelen. Hiermee roept het voorstel de vraag op naar de gevolgen van een dergelijke rechterlijke werkwijze. Aangenomen moet worden dat een volle toets van de geloofwaardigheid van het asielrelaas door de rechter een aanmerkelijk groter tijdsbeslag en aanzienlijk meer personele en materiële middelen vergt dan een meer terughoudende toetsing van het besluit van de minister. Dit betreft niet alleen de toets van de geloofwaardigheid als zodanig, maar ook het achterhalen van feiten en omstandigheden die voor de uitkomst van de toets bepalend kunnen zijn. Hierbij moet er tevens rekening mee worden gehouden dat een volle rechterlijke toets kan leiden tot een toename van het aantal beroepen.

De Vw 2000 beoogt onder meer te komen tot een snellere en zorgvuldiger afdoening van aanvragen om verblijfsvergunningen. Wil aan dit doel ook in beroep geen afbreuk worden gedaan, dan zal een volle toets op geloofwaardigheid in eerste aanleg noodzakelijkerwijs een aanzienlijke uitbreiding van de rechterlijke capaciteit vereisen. Het valt de Raad op dat de indieners van het wetsvoorstel niet stilstaan bij dit aspect.

1c. De Raad stelt terecht dat de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas voor de rechtbanken extra werkzaamheden meebrengt. Daar staat echter tegenover dat het wetsvoorstel naar verwachting ook zal bijdragen aan een afname van het aantal herhaalde aanvragen. Over de vraag wat per saldo het effect voor de rechterlijke macht zal zijn, is advies gevraagd aan de Raad voor de rechtspraak. Naar aanleiding van de inhoud van dit advies is de memorie van toelichting aangepast.

2. Herhaalde aanvragen en internationaalrechtelijke verplichtingen

De indieners van het wetsvoorstel zijn van oordeel dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een te strikte jurisprudentie heeft ontwikkeld voor de beoordeling van herhaalde aanvragen. Dit kan er huns inziens toe leiden dat er strijd ontstaat met internationaalrechtelijke verplichtingen, in het bijzonder de zogenaamde refoulementverboden. Daarom bevat het wetsvoorstel twee bepalingen. In de eerste plaats wordt aan artikel 31 een vierde lid toegevoegd, inhoudend dat artikel 4:6, tweede lid, Awb buiten toepassing blijft als aannemelijk is dat uitzetting in strijd zou komen met een voor Nederland geldende internationaalrechtelijke verplichting. In de tweede plaats wordt een nieuw artikel 83a toegevoegd. Dit verplicht de rechter om indien het beroep is gericht tegen een beslissing op een herhaalde aanvraag, en aannemelijk is dat uitzetting van de vreemdeling in strijd zou komen met een voor Nederland geldende internationaalrechtelijke verplichting, het beroep te beoordelen als ware het gericht tegen een beslissing op een eerste aanvraag.

Artikel 4:6 Awb houdt in dat de indiener van een nieuwe aanvraag na een geheel of gedeeltelijke afwijzende beschikking gehouden is nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden. Het tweede lid maakt het voor een bestuursorgaan mogelijk om wanneer geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld, de aanvraag af te wijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking zonder de aanvrager met toepassing van artikel 4:5 in de gelegenheid te stellen zijn aanvraag aan te vullen. Het artikel vindt ook in het vreemdelingenrecht toepassing.

De Raad vraagt zich af wat de gevolgen zullen zijn van de twee voorgestelde bepalingen. Zowel de minister als de rechtbank zullen, wanneer aannemelijk is dat uitzetting in strijd zou komen met internationaalrechtelijke verplichtingen, herhaalde verzoeken om een verblijfsvergunning moeten beoordelen en de besluitvorming daarover toetsen alsof het om (beslissingen op) eerste aanvragen gaat. De Raad betwijfelt of hiermee een voldoende onderscheidend criterium wordt geboden om een bepaalde groep herhaalde aanvragen, die voor een beoordeling als eerste aanvraag in aanmerking komen, af te bakenen van het geheel van herhaalde aanvragen. In de praktijk blijkt in het merendeel van de gevallen te worden gesteld dat uitzetting strijd oplevert met een internationaalrechtelijke verplichting. De Raad wijst in dit verband op het volgende.

Bij de beoordeling van een aanvraag op grond van artikel 29 Vw 2000 komt aan de orde of de aanvrager aannemelijk heeft gemaakt dat hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij bij een uitzetting een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan foltering, aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. Dit betekent dat een aanvraag om een verblijfsvergunning, anders dan vanwege gezinshereniging, wordt beoordeeld op aspecten die overeenkomen met de genoemde internationaalrechtelijke verplichtingen. Bij zeer veel herhaalde aanvragen wordt nu al een beroep gedaan op internationaalrechtelijke verplichtingen. Het valt niet te verwachten dat dit beroep op grond van het wetsvoorstel zal afnemen. Dit zou betekenen dat er volgens het wetsvoorstel geen juridisch mechanisme meer voor handen is om deze herhaalde aanvragen kort af te doen. Daarmee zou een effectieve rem op het zonder goede reden indienen van herhaalde aanvragen komen te vervallen. De Raad merkt op dat de initiatiefnemers er blijkens de toelichting juist van uitgaan dat het aantal herhaalde aanvragen door het voorstel zal worden teruggebracht¹.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4, getiteld «Gevolgen voor de rechterlijke macht en budgettaire gevolgen».

Dit onderdeel van het wetsvoorstel roept verder de vraag op of het niet een praktijk bevordert waarbij de indiener in een eerste aanvraag er belang bij kan hebben te volstaan met het stellen van een beperkt aantal feiten en omstandigheden, om deze pas in herhaalde aanvragen aan te vullen. Wordt pas bij een herhaalde aanvraag aannemelijk gemaakt dat uitzetting in strijd zou komen met internationaalrechtelijke verplichtingen, dan moet volgens het wetsvoorstel een herhaalde aanvraag worden beoordeeld als een eerste en moet een beroep tegen een besluit op een herhaalde aanvraag worden getoetst als was het gericht tegen een besluit op een eerste aanvraag. Dit ongeacht het antwoord op de vraag of de indiener de beweerde strijd met internationaalrechtelijke verplichtingen niet in een eerdere fase van de procedure naar voren had kunnen brengen.

Een argument voor de voorgestelde wetsbepalingen ligt in de vergaande toetsing aan artikel 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) toepast in onder meer de uitspraak Said versus Nederland (EHRM 5 juli 2005, nr. 2345/02)¹. De indieners wijzen erop dat het zeer wenselijk is dat de Nederlandse rechter in zijn wijze van toetsing aansluiting zoekt bij die van het EHRM, mede om te voorkomen dat Nederland het risico loopt van tijd tot tijd te worden veroordeeld wegens schending van artikel 3 EVRM. De oplossing hiervoor kan naar het oordeel van de Raad evenwel niet worden gevonden door het merendeel van de herhaalde aanvragen te behandelen als eerste aanvragen.

De Raad adviseert om in de toelichting nader in te gaan op effecten van het voorstel, in het bijzonder op drie vragen:

- a. in hoeverre de voorgestelde bepalingen het mogelijk maken om tot een afbakening te komen tussen een beperkte groep herhaalde aanvragen die mogelijksterwijs als nieuwe aanvragen zouden moeten worden beoordeeld en de overige herhaalde aanvragen, waarvoor artikel 4:6, tweede lid, van toepassing blijft;*
- b. in hoeverre door deze bepalingen een rem op het zonder goede reden indienen van herhaalde aanvragen komt te vervallen, en*
- c. in hoeverre ze de praktijk van het indienen van een beperkte eerste aanvraag die zo nodig later kan worden uitgebreid, bevordert.*

Nu de initiatiefnemers ook het oogmerk hebben om met het wetsvoorstel het aantal herhaalde aanvragen terug te brengen, adviseert de Raad om in de toelichting nader in te gaan op bijzondere feiten en omstandigheden die naar het oordeel van de initiatiefnemers aanleiding kunnen zijn om een herhaalde aanvraag te beoordelen als een eerste aanvraag en zo mogelijk ook in de voorgestelde wetteksten een precisering tot uitdrukking te brengen.

2. Voorop gesteld wordt dat wij niet voor ogen hebben gehad dat het voorgestelde vierde lid van artikel 31 en het nieuwe artikel 83a reeds van toepassing zijn indien in het kader van een herhaalde aanvraag enkel is gesteld dat de uitzetting strijd oplevert met een internationaalrechtelijke verplichting, dan wel als die stelling zeer summier is onderbouwd. In die gevallen achten ook wij het noodzakelijk dat het bestuur en de rechter over de mogelijkheid beschikken om dergelijke herhaalde aanvragen op vereenvoudigde wijze af te kunnen doen. De zaken waar het ons om gaat zijn de zaken waarin er aanwijzingen zijn dat de uitzetting in strijd kan komen met internationaalrechtelijke verplichtingen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin een vreemdeling een herhaalde aanvraag indient omdat hij inmiddels in het bezit is gekomen van een op hem betrekking hebbend arrestatiebevel. Volgens de huidige praktijk en jurisprudentie wordt een dergelijk document niet als een nieuw feit beschouwd als de vreemdeling niet aannemelijk kan maken dat het document authentiek is. Gelet op de middelen die de vreemdeling hiertoe tot zijn beschikking heeft – of beter gezegd juist het ontbreken van zodanige middelen – zal de vreemdeling veelal niet in staat zijn om de authenticiteit van het document aan te tonen. Dit hoeft echter geenszins te betekenen dat het document niet authentiek is. In dit soort zaken achten wij het geïndiceerd dat geen strikte toepassing wordt gegeven aan artikel 4:6 van de Awb en het daaraan ten grondslag liggende ne bis in idem beginsel, doch dat de herhaalde aanvraag wordt beoordeeld als ware het een eerste aanvraag. Aldus zal de nationale toetsing meer aansluiten bij die van het Europees Hof voor de

¹ Ook gepubliceerd in JV 2005, 304 m.nt. TS; AB 2005/369, m.nt. HBA en BPV.

Rechten van de Mens (EHRM) en is de nakoming van internationaalrechtelijke verplichtingen beter gewaarborgd. Dat het streven hiernaar niet zonder noodzaak is, blijkt uit de – inmiddels onherroepelijk geworden – veroordeling van Nederland door het EHRM op 11 januari 2007 in de zaak van een Somalische asielzoeker. Wij zijn verheugd dat het kabinet in de eerste reactie op deze uitspraak het voornemen heeft geuit om te bezien of en zo ja, hoe kan worden bewerkstelligd dat in zaken betreffende artikel 3 van het EVRM een geactualiseerde beoordeling plaatsvindt die niet te terughoudend wordt getoetst en zonder dat artikel 4:6 van de Awb aan deze beoordeling, waar nodig, in de weg staat (Kamerstukken II 2006/07, 29 344 en 30 800 VI, nr. 62). Inmiddels heeft het kabinet naar aanleiding van deze uitspraak een aantal beleidsaanpassingen terzake van de toetsing aan artikel 3 van het EVRM doorgevoerd (Kamerstukken II 2006/07, 29 344 en 20 800 VI, nr. 64 en WBV 2007/19). Deze laten echter onverlet dat de mogelijkheden om in de beroepsfase en in het kader van een herhaalde aanvraag een actuele toetsing aan artikel 3 van het EVRM te verrichten, te beperkt zijn. De in het onderhavige wetsvoorstel terzake voorgestelde aanpassingen blijven derhalve noodzakelijk.

In de opmerkingen van de Raad, alsmede in die van de Raad voor de rechtspraak, hebben wij evenwel aanleiding gezien om de tekst van de voorgestelde bepalingen, alsmede de toelichting daarop, aan te passen teneinde duidelijker tot uitdrukking te brengen in welke gevallen deze bepalingen toepassing dienen te hebben. Als criterium geldt dat een herhaalde aanvraag niet op vereenvoudigde wijze mag worden afgedaan, als er aanwijzingen zijn dat de uitzetting in strijd kan komen met een internationaalrechtelijke verplichting. Aan dit criterium zal niet worden voldaan als de herhaalde aanvraag zonder goede reden is ingediend. De voorgestelde bepalingen bevatten derhalve nog steeds een rem op het indienen van dergelijke herhaalde aanvragen. Het risico dat de voorgestelde bepalingen een praktijk van het indienen van een beperkte eerste aanvraag die zo nodig later kan worden uitgebreid zou bevorderen, achten wij niet sterk aanwezig. Gelet op de rechten en voorzieningen die aan een verblijfsvergunning gekoppeld zijn, hebben vreemdelingen er immers geen belang bij om de verlening van zodanige vergunning te rekken. Doch zelfs indien een vreemdeling om hem moverende redenen bij de eerste procedure bepaalde informatie zou achterhouden om deze eerst in een opvolgende procedure naar voren te brengen, geldt dat het absolute karakter van het refoulementverbod van artikel 3 van het EVRM eraan in de weg staat om dit zonder meer aan de vreemdeling tegen te werpen.

3. Rechterlijke ex nunc toetsing

Het voorgestelde artikel 83 strekt tot uitbreiding van de huidige rechterlijke ex nunc toetsing. De rechter dient bij de beoordeling van het beroep ook feiten en bewijsmiddelen te betrekken die na het bestreden besluit zijn aangevoerd, of overgelegd (voorgesteld artikel 83, eerste lid, aanhef en onder a). De initiatiefnemers stellen dat hiermee het oorspronkelijke doel van artikel 83 Vw 2000, namelijk het zoveel mogelijk voorkomen van herhaalde aanvragen, beter wordt bereikt¹.

Dit onderdeel van het voorstel heeft tot gevolg dat het de belanghebbende in asielzaken is toegestaan voor het eerst in de beroepsfase feiten en bewijsmiddelen in te brengen, voorzover de goede procesorde zich daartegen niet verzet of de afdoening van de zaak daardoor niet ontoelaatbaar wordt vertraagd. Dit effect is vergelijkbaar met de onder 2 besproken mogelijke gevolgen van het voorgestelde artikel 31, vierde lid. De rechter moet al deze feiten en bewijsmiddelen betrekken bij zijn beoordeling. Het kan daarbij ook gaan om feiten en bewijsmiddelen die de belanghebbende ten tijde van het nemen van de bestreden beschikking bekend waren en die destijds hadden kunnen worden aangevoerd.

De Raad merkt op dat deze uitbreiding van de rechterlijke ex nunc toetsing het risico met zich brengt dat een belanghebbende in de fase van de besluitvorming feiten of bewijsmiddelen achterwege laat die hij naar voren had kunnen, en derhalve gelet op artikel 31, eerste lid, Vw 2000, had dienen te brengen. Dit kan ertoe leiden dat de rechter in eerste aanleg voor een aanzienlijke taakverzwaring wordt geplaatst. Het inroepen van nieuwe feiten en bewijsmiddelen in de beroepsfase vergt een nader onderzoek. Bovendien kan

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.3 getiteld «Nieuwe feiten, argumenten en bewijs bij de rechtbank».

het aanvoeren van feiten en bewijsmiddelen tot gevolg hebben dat beroepsprocedures lang worden gerekt en toelatingsprocedures onnodige vertraging ondervinden, ondanks de beperkingen ontleend aan de goede procesorde en aan het voorschrift dat de afdoening van de zaak niet ontoelaatbaar mag worden vertraagd.

Hierom acht de Raad de voorgestelde uitbreiding van de ex nunc toetsing te ruim. Dit zou kunnen worden ondervangen door het voorgestelde artikel 83, eerste lid, onder a, toe te spitsen op de feiten en bewijsmiddelen die de aanvrager verschoonbaar niet eerder naar voren heeft gebracht. De Raad adviseert in de toelichting bij het wetsvoorstel op het vorenstaande in te gaan en het wetsvoorstel aan te passen.

3. Om dezelfde reden als hiervoor is overwogen, achten wij het risico dat vreemdelingen in de fase van de bestuurlijke besluitvorming feiten of bewijsmiddelen achterwege zullen laten om deze eerst in de beroepsfase naar voren te brengen, niet sterk aanwezig. Bovendien is in het derde lid reeds een waarborg neergelegd ter voorkoming van misbruik van de geboden procesuele mogelijkheden. In de twijfels van de Raad of deze waarborg wel afdoende is, hebben wij evenwel aanleiding gezien om artikel 83 aan te passen. Toegevoegd is een nieuw vierde lid waarin wordt bepaald dat de rechter de in het eerste lid bedoelde gegevens buiten beschouwing kan laten indien de vreemdeling deze opzettelijk niet eerder naar voren heeft gebracht. Hiervan is sprake indien de vreemdeling de procedure bewust heeft willen frustreren. Van opzet in evenbedoelde zin is naar ons oordeel daarentegen geen sprake indien bijvoorbeeld een vreemdeling uit schaamte of angstgevoelens niet eerder over traumatiserende gebeurtenissen heeft kunnen verklaren. Het nieuwe lid is facultatief geformuleerd teneinde de rechter de mogelijkheid te bieden om opzettelijk te laat naar voren gebrachte gegevens niettemin in de beroepsfase mee te nemen. Daartoe zal in ieder geval reden bestaan indien met de desbetreffende gegevens aannemelijk te achten is dat de uitzetting van de vreemdeling in strijd zal zijn met internationaalrechtelijke verplichtingen. Voorts kan de rechter aanleiding zien om evenbedoelde gegevens toch mee te nemen in de lopende procedure teneinde een herhaalde aanvraag te voorkomen. Volgens ons is met de toevoeging van het nieuwe lid tegemoet gekomen aan de opmerkingen van de Raad zonder dat afbreuk is gedaan aan het doel van artikel 83 om in lopende procedures zoveel mogelijk feiten en omstandigheden mee te nemen, opdat de noodzaak om en de behoefte aan het indienen van een herhaalde aanvraag zoveel mogelijk wordt verminderd. Dit is in lijn met het streven van het huidige kabinet om te onderzoeken of het aantal herhaalde asielaanvragen zoveel mogelijk kan worden beperkt, onder andere door later ingetreden beletsel op grond van artikel 3 van het EVRM en andere niet-verwijtbare omstandigheden zonder herhaalde aanvraag in het kader van een lopende procedure te beoordelen (Kamerstukken TK 2006/07, 30 891, nr. 4, blz. 35).

4. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

4. De door de Raad gemaakte redactionele kanttekeningen zijn overgenomen.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

De indieners,
Pechtold
Van der Ham

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W03.06.0434/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- De aanhef van artikel I, onderdeel E, laten luiden: Na artikel 83 wordt aan § 2 een artikel toegevoegd, luidende:
- De tekst van het voorgestelde artikel 83a als een doorlopende zin formuleren, zonder onderdelen a en b.