

De nieuwe Vreemdelingenwet

Hoe zou de nieuwe Vreemdelingenwet¹ in de praktijk uitpakken, welke rol zou de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State spelen en hoe het overgangsrecht uitwerken? Dit waren de belangrijkste vragen die in het eerste jaar van de nieuwe wet werden gesteld. Hier volgen de eerste antwoorden.²



Foto: Peter Hiltz, Hollandse Hoogte

Amsterdam Osdorp, 21 augustus 2001 AZC Asielzoekerscentrum stempeldag; in de rij wachten bij vreemdelingenpolitievreemdelingendienst

– ruim een jaar later

mr. M.M. van Asperen

advocaat te Den Haag³

Het eerste jaar van de nieuwe wet viel samen met een flinke daling van het aantal asielzoekers dat een aanvraag om toelating indiende.⁴ De Staatssecretaris van Justitie wijt deze daling niet zozeer aan de nieuwe Vreemdelingenwet als wel aan het hoge percentage zaken dat in een aanmeldcentrum(ac)-procedure (binnen 48 uur) is afgedaan. Over de laatste vier maanden van 2001 bedroeg dat percentage gemiddeld 22.⁵ De gedachte van de staatssecretaris hierbij is vermoedelijk dat Nederland voor een aantal asielzoekers niet interessant is als een aanvraag binnen (zeer) korte tijd wordt afgewezen en geen opvang wordt geboden.

Vertraging

De behandeling van ac-zaken en zaken van vreemdelingen die in bewaring zijn gesteld, heeft een groot beslag gelegd op de capaciteit van de vreemdelingenkamers van de Haagse rechtbank. Daardoor heeft de behandeling van de bestaande voorraden zaken vertraging opgelopen. In 2001 is de instroom van zaken bij de vreemdelingenkamers veel hoger geweest dan de prognose: 71.000 in plaats van de verwachte 58.500. Deze stijging houdt vooral verband met het aantal bewaringszaken (16.500 ten opzichte van een prognose van 9.400 zaken).⁶ De toename van het aantal door de rechtbank te behandelen bewaringszaken is veroorzaakt door de invoering van de zogenoemde tiendagtoets in de nieuwe wet. Als een vreemdeling in bewaring wordt gesteld, stelt de minister de rechtbank daarvan uiterlijk op de derde dag in kennis (tenzij de vreemdeling zelf voor die tijd beroep

tegen de maatregel heeft ingesteld).⁷ Vervolgens moet het onderzoek ter zitting, waarvoor de vreemdeling wordt opgeroepen, uiterlijk op de zevende dag na ontvangst van de kennisgeving (of het beroep) plaatsvinden.⁸ Onder de oude wet behoeft de minister eerst nadat de vreemdeling vier weken in bewaring had doorgebracht een dergelijke kennisgeving te doen uitgaan.⁹ Uiteraard kon de vreemdeling zelf wel eerder beroep instellen. Vervolgens gold een termijn van twee weken voor het horen ter zitting.¹⁰ De Staatssecretaris van Justitie heeft het door de nieuwe termijnen ontstane probleem onderkend, maar is vooralsnog niet van plan de regelgeving op dit punt te wijzigen.¹¹

In verband met de introductie van de voornemenprocedure en het hoger beroep werd het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000 gewijzigd.¹² De vergoeding voor het voornemen, het beroep en het hoger beroep (inclusief de voorlopige voorziening) wordt gebaseerd op respectievelijk 7, 8 en 7,5 punten.

Hybride hoger beroep

Onder de Vw 2000 is de Afdeling bestuursrechtspraak appèlrechter in vreemdelingenzaken geworden. Algemeen werd verwacht dat met de invoering van het hoger beroep de Afdeling vanaf het begin een duidelijk stempel zou drukken op de rechtspraak in vreemdelingenzaken. Die verwachting is ook uitgekomen. De uitspraken van de Afdeling waren – het is onvermijdelijk – niet altijd tot ieders genoegen. Dagblad *Trouw* kopte in december 2001: ‘Genadeloos in hoger beroep’ en ‘Asieladvocaten verbijsterd over de Raad van State’.¹³ Na de eerste opwindingsfase is het wellicht goed met enige nuchterheid naar die rechtspraak te kijken en daarbij het toetsingskader in het oog te houden.

In het bestuursrecht in het algemeen is er discussie over de functie van het hoger beroep. In het kader van de tweede evaluatie van de Awb is in opdracht van het ministerie van Justitie onder meer een evaluatieonderzoek uitgevoerd naar het bestuursrechtelijk hoger beroep.¹⁴ De Commissie Evaluatie Awb II onder voorzitterschap van mr. P.J. Boukema (verder: de Commissie) heeft vervolgens verslag uitgebracht aan de voor de Awb verantwoordelijke bewindslieden. Dat verslag draagt mede het karakter van een advies.

In het verslag van de Commissie van 13 december 2001¹⁵ worden in hoofdstuk 3 de drie bekende functies van het hoger beroep als volgt weergegeven:

- een mogelijkheid voor partijen om in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen (de ‘herkansingsfunctie’);
- een zekere (kwaliteits)controle op het werk van de rechter in eerste aanleg;
- het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.

In het bestuursrecht moet het hoger beroep bij gebreke van cassatie in elk geval de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling bevorderen. De onderzoekers hebben geconstateerd dat er tussen de hiervoor gegeven functies een zekere spanning kan bestaan. Een citaat: ‘Als de nadruk wordt gelegd op de herkansingsfunctie, pleit dit voor een ruimhartig beleid bij het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep. Benadrukt men daarentegen de controlefunctie, dan richt de aandacht van de appèlrechter zich op de uitspraak in eerste aanleg, en ligt het minder voor de hand dat in hoger beroep ook nog wordt gedebatteerd over gezichtspunten waarmee de eerste rechter geen rekening kon houden, omdat zij in eerste aanleg niet zijn aangevoerd. Iets soortgelijks geldt voor de rechtseenheidsfunctie: deze komt beter tot haar recht als men de omvang van het geschil in hoger beroep beperkt, omdat het aantal geschilpunten dan afneemt en het accent meer komt te liggen op rechtsvragen.’

De druk op de rechtbank is veroorzaakt door de invoering van de tiendagtoets

De onderzoekers hebben gewezen op de verschillen tussen de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak. De Centrale Raad stelt de herkansingsfunctie voorop en is dientengevolge ruimhartig in het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep. Als object van het geschil wordt soms de uitspraak in eerste aanleg, soms het bestreden besluit genomen. De Afdeling bestuursrechtspraak stelt de controle- en rechtseenheidsfunctie voorop. De Afdeling is bijgevolg restrictiever als het gaat om nieuwe gronden of ingrijpende nieuwe argumenten. De benadering van de Centrale Raad betekent, aldus de onderzoekers, een informele procesgang en materiële waarheidsvinding. Proceseconomie en tijdige geschilbeslechting scoren minder hoog. De benadering van de Afdeling maakt een efficiënte afdoening van hoger beroepen mogelijk, partijen moeten in eerste aanleg al hun kaarten op tafel leggen.

De Commissie meent, met de onderzoekers, dat de uitspraak van de eerste rechter het object van het geding in hoger beroep moet zijn. De omvang van het geding in hoger beroep kan dus niet ruimer zijn dan het geding in eerste aanleg. De Commissie bepleit, wederom in navolging van de onderzoekers, een gedifferentieerd stelsel waarin de ruimte voor het in hoger beroep inbrengen van nieuwe gronden en argumenten kan variëren met de aard van het geschil.

Bezien tegen deze achtergrond heeft de wetgever in het vreemdelingenrecht een wat hybride vorm van hoger beroep tot stand gebracht. Het is een combinatie van het bestuursrechtelijk trechtermodel dat de Afdeling als hiervoor beschreven in bestuursrechtelijke zaken in het algemeen hanteert, een civielrechtelijk grievenstelsel en een cassatieachtige wijze van afdoen van de grieven als zij niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak (kunnen) leiden. Bij dit alles is een niet onbelangrijke bepaling het derde lid van artikel 85 Vw 2000 dat artikel 6:6 Awb – de mogelijkheid van herstel van verzuimen – niet van toepassing verklaart in hoger beroep. Hoewel het regeerakkoord zowel de rechtseenheid als de rechtsbescherming als gronden voor de

invoering van 'een vorm van' hoger beroep had genoemd, is duidelijk dat de wetgever uiterst beducht is geweest voor verlenging en vertraging van procedures en een groot belang heeft gehecht aan een tijdige en efficiënte afdoening van zaken.

Formele struikelblokken

Het hiervoor beschreven stelsel heeft geleid tot een groot aantal uitspraken waarin het hoger beroep (kennelijk) niet-ontvankelijk

het desbetreffende vereiste is voldaan. Dat de Afdeling dit vereiste strikt uitlegt, blijkt uit haar uitspraak van 8 januari 2002²¹ in een zaak waarin een verklaring van de advocaat betrekking had op de ondertekening van het hogerberoepschrift en niet op het instellen van het hoger beroep: niet-ontvankelijk. Formele ontvankelijkheidsvereisten, zo overweegt de Afdeling in deze uitspraak, vergen naar hun aard een uniforme en strikte toepassing, opdat geen afbreuk wordt gedaan

De bijzondere vorm van hoger beroep leidde tot veel uitspraken waarin het hoger beroep sneuvelde op louter formele aspecten

dan wel (kennelijk) ongegrond is verklaard vanwege louter formele aspecten.

Als niet wordt voldaan aan een van de eisen die in artikel 6:5 Awb aan een beroepschrift worden gesteld, volgt – onmiddellijk – niet-ontvankelijkheid.¹⁶ Ook voor vereisten die specifiek in vreemdelingenzaken gelden, is herstel van verzuim niet mogelijk: als het hogerberoepschrift geen grieven tegen de bestreden uitspraak bevat, is gelet op artikel 85 Vw 2000 niet-ontvankelijkheid onvermijdelijk¹⁷. Incidenteel hoger beroep, na afloop van de beroepstermijn, is niet mogelijk.¹⁸

Was het voorgaande een kwestie van wenen, maar nog wel te verwachten, een verraderlijker vereiste bleek te liggen in artikel 70 lid 1 Vw 2000. De Afdeling leest in de bepaling dat het (hoger) beroep moet worden ingesteld door de vreemdeling in persoon, zijn wettelijk vertegenwoordiger, zijn bijzonder gemachtigde of een advocaat, indien deze verklaart daartoe bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd, eveneens een vereiste voor het in behandeling nemen van het hoger beroep.¹⁹ Ook hier geldt daarom dat deze verklaring onmiddellijk in het hoger beroepschrift moet zijn opgenomen, op straffe van niet-ontvankelijkheid. Zij heeft hiervoor in haar uitspraak van 17 augustus 2001²⁰ echter een 'gewenningsperiode' afgekondigd tot 1 november 2001. Hoger beroepen van die datum of daarna zullen niet-ontvankelijk worden verklaard indien niet aan

aan de gelijkheid wat betreft de toegang tot de appèlrechter.

Ook voor de inhoud van de grieven heeft de Afdeling een aantal duidelijke lijnen getrokken.

De grieven dienen concreet gemotiveerd te zijn en toegesneden op de aangevallen overwegingen of onderdelen:

'Met de invoering van het grievenstelsel heeft de wetgever aldus uitdrukkelijk beoogd het geschil af te bakenen tot die onderdelen van de uitspraak, waarmee appellant zich niet kan verenigen. (...) In het hogerberoepschrift heeft appellant onder III aangevoerd dat de rechtbank het beroep ten onrechte gegrond heeft verklaard. Hiermee wenst appellant het geschil – naar eigen zeggen – in volle omvang aan de Afdeling voor te leggen. Dit past echter niet in het voormelde grievenstelsel. Het aldus aangevoerde is mitsdien geen grief in de zin van artikel 85 van de Vw 2000 en kan reeds om die reden niet leiden tot vernietiging van de aangevallen uitspraak.'²²

Het kader van de grieven wordt gevormd door de beoordeling van de rechtbank van de bestreden beschikking: 'Uit deze bepaling (art. 85 Vw 2000, MvA) volgt dat de grieven in hoger beroep moeten blijven binnen de beoordeling van het bestreden besluit die de rechtbank, gelet op de daartegen voor haar aangevoerde gronden en de door haar te verrichten ambtshalve toetsing behoorde te geven.'²³

De grieven moeten voorts meer inhouden dan louter een herhaling van hetgeen in beroep is aangevoerd:

‘Het hogerberoepschrift bevat uitsluitend een herhaling van in beroep naar voren gebrachte standpunten, waarop de rechtbank heeft beslist. Mitsdien is geen sprake van grieven in de zin van voormeld artikel 85, tweede lid, van de Vw 2000. Daarom is niet voldaan aan het bepaalde in het eerste lid van dat artikel.’²⁴

Ook een zelf ontworpen toetsingskader voor de afdoening van ac-aanvragen vindt geen genade. Veelvuldig hanteerden presidenten de overweging dat een aanvraag slechts voor behandeling in het ac in aanmerking kwam, indien in redelijkheid buiten twijfel was dat bij terugzending van de vreemdeling naar het land van herkomst geen gevaar voor vervolging c.q. voor schending van artikel 3 EVRM bestond, deels het oude Mosa-criterium.²⁶ De

Staatssecretaris van Justitie en dat dit gevolgen heeft voor de omvang van de rechterlijke toetsing. In maatgevende uitspraken over het beleid voor respectievelijk Iraakse²⁹ en Somalische³⁰ zaken, treffen we (vrijwel) identieke overwegingen aan:

‘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.’

Het beleid van de staatssecretaris kan de toetsing in rechte doorstaan, tenzij ‘het niet zou berusten op genoegzaam onderzoek naar de algemene situatie in Noord-Irak (respectievelijk het noorden van Somalië) 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 (het noorden van Somalië) niet van bijzondere hardheid is in verband met de algemene situatie aldaar’.³¹

Beoordelingsvrijheid komt de staatssecretaris eveneens toe als het gaat om de c-grond van artikel 29 Vw 2000 (kort gezegd: de klemmende redenen van humanitaire aard), zo besliste de Afdeling in haar uitspraak van 13 december 2001.³² In deze uitspraak wijst de Afdeling ook op de door de rechtbank (of, zoals in deze zaak, de president) te hanteren toetsingsvolgorde. De rechterlijke toetsing moet aansluiten op de wijze van besluitvorming door de staatssecretaris en die is dat eerst wordt beoordeeld of een asielzoeker in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning op respectievelijk de a-, b-, dan wel c-grond alvorens toe wordt gekomen aan toetsing aan de d-grond. De president had in de desbetreffende zaak in



Den Haag, 21 november 2000. Een groep witte illegalen demonstreert op het Plein, terwijl de Eerste Kamer stemt over de Vreemdelingenwet

Niet alleen gemachtigden, ook de rechtbank is inmiddels gewezen op een aantal aspecten dat ik hier eenvoudigheidshalve maar onder de formele aspecten schaar.

In diverse uitspraken wijst de Afdeling erop dat de rechtbank heeft verzuimd te voldoen aan artikel 8:77, tweede lid, Awb. Op grond van dit artikellid moet, indien de uitspraak strekt tot gegrondverklaring van het beroep, in de uitspraak worden vermeld welke geschreven of ongeschreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld.²⁵

Afdeling wijst erop dat het er bij de toetsing in dit soort zaken om gaat of het desbetreffende besluit binnen 48 uur op zorgvuldige wijze is genomen. Dit mondt, aldus de Afdeling, uit in een beoordeling van het naar de gedane aanvragen verrichte onderzoek en de motivering van de afwijzing.²⁷

Omvang rechterlijke toetsing

Wat betreft het landgebonden asielbeleid, ook wel het categoriale beschermingsbeleid genoemd²⁸, heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat de verantwoordelijkheid voor dit beleid op grond van de wet ligt bij de

het midden gelaten of sprake was van vluchtelingenstatus (de a-grond) dan wel schending van artikel 3 EVRM (de b-grond) en geoordeeld dat onvoldoende was gemotiveerd waarom de vreemdeling niet in aanmerking kwam voor een verblijfsvergunning op de c-grond.

De ambtsberichten van de minister van Buitenlandse Zaken spelen in asielprocedures vaak een cruciale rol, zowel waar het gaat om de individuele beoordeling van een zaak als om het landgebonden asielbeleid. In een uitspraak in een Sri Lankaanse zaak³³ heeft de Afdeling aan de betekenis van deze ambtsberichten een algemene overweging gewijd, die in latere uitspraken, waaronder de hiervoor aangehaalde uitspraken over het asielbeleid inzake Irak en Somalië, terugkeert:

‘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 – voorzover 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’ (r.o. 2.3.4).

De al bekende vaste rechtspraak van de Afdeling in andere bestuursrechtelijke zaken over een herhaalde aanvraag (art. 4:6 Awb), wordt in asielzaken door de Afdeling voortgezet.³⁴ Het door de Centrale Raad van Beroep wel gehanteerde criterium van evidente onjuistheid van het eerdere besluit heeft de Afdeling nog eens uitdrukkelijk verworpen.³⁵ Kritische geluiden naar aanleiding van deze lijn zijn er van diverse kanten.

Als de verklaring van de advocaat betrekking heeft op de ondertekening van het hogerberoepschrift en niet op het instellen van het hoger beroep: niet-ontvankelijk



Foto: Martin Roemers/ Hollandse Hoogte

Medewerkster van de vreemdelingendienst in Aanmeldcentrum Schiphol doorzoekt de bagage van een Sri-Lankaanse asielzoeker die net gearriveerd is

Vermeulen³⁶ en Olivier³⁷ menen dat de Afdeling hier het beleid van de staatssecretaris over het hoofd ziet of miskent. Zij wijzen erop dat de staatssecretaris in de Vreemdelingen-circulaire de mogelijkheid heeft gegeven om van toepassing van artikel 4:6 Awb af te zien indien de eerdere beschikking ‘onmiskikbaar onjuist’ was. Het komt mij voor dat (ook) hier het onderscheid in het oog moet worden gehouden tussen de taak (en de vrijheid) van het bestuursorgaan en de taak van de rechter. Een instructie aan ambtenaren om in voorkomend geval terug te komen van onmiskikbaar onjuiste beschikkingen is

De rechtbank is er nog niet aan gewend dat zij niet meer soeverein oordeelt in vreemdelingenzaken

naar men mag hopen een instructie die – al dan niet extern bekendgemaakt – bij de meeste bestuursorganen wel zal gelden.³⁸ Het is vervolgens echter de vraag wat de taak van de rechter is die moet oordelen over een beslissing op een tweede aanvraag, gegeven dat (i) een eerdere beslissing van hetzelfde bestuursorgaan formele rechtskracht heeft en (ii) het bestuursorgaan (klaarblijkelijk) niet is teruggekomen van dat eerdere besluit. Die taak is volgens de Afdeling – kort gezegd – de toetsing van eventuele nova.

Vermeulen³⁹ en Spijkerboer⁴⁰ wijzen erop dat een (strikte) toepassing van artikel 4:6 Awb in strijd zou kunnen komen met de verplichting uit hoofde van het Vluchtelingenverdrag en het EVRM. Hierbij wijzen zij (onder meer) op het arrest van het EHRM in de zaak Bahaddar.⁴¹ In die zaak ging het om niet-ontvankelijkheid van een beroep wegens het niet tijdig indienen van de gronden. Het Hof overwoog dat ‘(..) 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. 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.’

Vervolgens wees het Hof op de spanning tussen de moeilijkheid van het verkrijgen van bewijs in het land van herkomst enerzijds en korte termijnen anderzijds. De Afdeling heeft in haar uitspraak van 5 maart 2002⁴² met een expliciete verwijzing naar het arrest overwogen:

‘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 bestraffing, moet in de regel worden voldaan aan de in het nationale recht neergelegde procedureregels, welke ertoe 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 deze regels niet tegen te werpen (...).’

Als bekend heeft de Vw 2000 in asielzaken de ex nunc-toetsing in beroep geïntroduceerd.⁴³ De Afdeling leidt uit de parlementaire geschiedenis af dat de vraag of sprake is van feiten en omstandigheden als bedoeld in artikel 83, eerste lid, Vw 2000, dient te worden beantwoord aan de hand van dezelfde criteria als die welke gelden bij toepassing van artikel 4:6 lid 1 Awb.⁴⁴

Verondersteld mag echter worden dat nieuw recht niettemin in de beoordeling ex artikel 83 Vw 2000 wordt betrokken, hoewel dat geen nieuw feit of nieuwe omstandigheid is als bedoeld in artikel 4:6 Awb.⁴⁵

In de rechtspraak van de Haagse vreemdelingenkamer kwam het met enige regelmaat voor dat de rechtbank aanleiding vond het besluit te vernietigen, maar de rechtsgevolgen in stand liet met toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb. Evenals in andere bestuursrechtelijke zaken heeft de Afdeling ook in enkele vreemdelingenzaken geoordeeld dat voor toepassing van die bepaling in beginsel slechts plaats is, indien na de vernietiging van het bestreden besluit nog slechts één besluit rechtens mogelijk is.⁴⁶ Over de taak van de rechtbank indien zij meent dat de in een besluit gegeven motivering de afwijzing van de aanvraag niet kan dragen, had de Afdeling zich al eerder uitgelaten in haar uitspraak van 28 juni 2001,⁴⁷ waarin zij ook ingaat op het derde en vierde lid van artikel 8:72 Awb. In een uitspraak van 19 september 2001⁴⁸ besliste de Afdeling dat de president in een zaak waarin het ging om de weigering van opvang, de rechtsgevolgen terecht in stand had gelaten. In die uitspraak overwoog zij dat de rechter van deze bevoegdheid in beginsel alleen gebruik mag maken indien na vernietiging materieel geen ander besluit mogelijk is dan het vernietigde. De woorden ‘rechtens’ en ‘materieel’ lijken niet dezelfde lading te dekken. In een uitspraak van 6 november 2001⁴⁹ formuleerde de Afdeling geen algemeen criterium, maar besliste zij dat de rechtbank ten onrechte de rechtsgevolgen in stand had gelaten ‘nu niet zonder meer vaststaat, welk gewicht aan de lijst (lijst met vertrektijden van schepen, MvA) moet worden gehecht. Daarover dient de staatssecretaris zich uit te laten.’ Waar in de praktijk precies de grenzen liggen voor instandhouding van de rechtsgevolgen in – in het bijzonder – asielzaken, is nog niet duidelijk. Laatstgenoemde uitspraak lijkt de mogelijkheid voor toepassing van het derde lid open te laten, indien namens de staatssecretaris in het verweerschrift alsnog een duidelijk standpunt wordt ingenomen.⁵⁰

Aandacht trok ook de uitspraak van de Afdeling van 28 september 2001.⁵¹ Naast een aantal aspecten van de uitspraak dat hier onbesproken moet blijven, viel in deze uitspraak op de overweging dat er ‘voorts

geen grond [is] voor het oordeel dat de staatssecretaris zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vreemdelingen niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij gegronde vrees voor vervolging hebben'. Opmerkelijk is hier dat de Afdeling een (zekere) marginale rechterlijke toetsing ten aanzien van vluchtelingen aanneemt, waar in de rechtspraak tot op heden algemeen werd aangenomen dat de vraag of een asielzoeker vluchteling is door de rechtbank vol kan en moet worden getoetst. Deze overweging lijkt niet specifiek te zien op de toetsing in hoger beroep, maar een meer algemene gelding te hebben. Deze zekere afstandelijkheid van de toetsing heeft, als ik het goed zie, betrekking op de beoordeling door de Staatssecretaris van Justitie van de door de vreemdeling aangevoerde feiten en omstandigheden en de vraag of deze zijn beroep op vluchtelingenschap kunnen dragen. Wat deze wijze van formuleren voor de rechterlijke toetsing feitelijk zal betekenen, zullen toekomstige uitspraken moeten leren.

Een zaak die de gemoederen in politiek Den Haag kort maar hevig bezighield,⁵² was die van de vrijgelaten vermeende Algerijnse terrorist uit Rotterdam. Ook hier speelt de rechtspraak van de Afdeling over de omvang van de toetsing een rol. In een spraakmakende uitspraak van 28 juli 2001⁵³ had de Afdeling een halt toegevoerd aan de tot dan toe vaste rechtspraak van de Haagse vreemdelingenkamer om de toetsing van de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring mede te laten afhangen van een min of meer marginale toetsing van 'het strafrechtelijk voortraject', dat wil zeggen de strafrechtelijke staandehouding dan wel ophouding. Het was, aldus de Afdeling, niet aan de rechter in vreemdelingenzaken om te oordelen over de aanwending van andere dan bij of krachtens de Vw 2000 toegekende bevoegdheden. In de zaak van de Algerijn meende de rechtbank echter dat dit uitgangspunt uitzondering kon lijden 'indien in het strafrechtelijke 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'.⁵⁴ De IND had ook na schorsing voor dat doel door de rechtbank, niet de gevraagde stukken overgelegd, terwijl de vreemdeling had verklaard niet voor een rechter-commissaris te zijn geleid. De rechtbank hield het er daarom voor dat geen rechtmatigheidstoets had plaatsgevonden en constateerde strijd met artikel 5 EVRM omdat de vreemdeling niet onverwijld voor een rechter was geleid. Zij beval opheffing van de bewaring. In het door de Staatssecretaris van Justitie ingestelde hoger beroep tegen deze uitspraak bevestigde de Afdeling haar eerdere uitspraak. Het hoger beroep werd gegrond en het beroep bij de rechtbank alsnog ongegrond verklaard.⁵⁵ In een hoofdredactioneel commentaar in een van de landelijke dagbladen werd zurig opgemerkt dat de vreemdeling natuurlijk al wel 'foetsie' was.⁵⁶ Over de toetsing van het strafrechtelijk voortraject is het laatste woord voor velen nog niet gesproken. Dat zal vermoedelijk uit Straatsburg moeten komen.

Overigens hield de Afdeling de staatssecretaris korte tijd later wel voor dat een en ander niet betekende dat niet behoefde te worden voldaan aan een verzoek van de rechtbank om informatie over het voortraject. Tot opheffing van de bewaring kon dat echter niet leiden.⁵⁷

Het overgangsrecht

Kort samengevat hadden de vragen die in asielzaken in het kader van het overgangsrecht rezen in hoofdzaak betrekking op een drietal situaties: (i) de beslissing op bezwaar

dateerde van voor 1 april 2001, (ii) de beslissing op bezwaar dateerde van na 1 april 2001 en (iii) de aanvraag dateerde van voor 1 april 2001, maar de – voor beroep vatbare – beslissing was van na die datum. In alledrie de gevallen was er daarbij de tweedeling tussen zaken waarin aan de vreemdeling wel en zaken waarin aan de vreemdeling geen verblijfsvergunning was verleend. In zaken waarin wel een vergunning was verleend betrof dat veelal een (oude) voorwaardelijke vergunning tot verblijf, thans een verblijfsvergunning op de d-grond.

Een enigszins volledig overzicht van de variatie in uitspraken van de diverse vreemdelingenkamers zou een afzonderlijk artikel vergen. Het toont nog eens aan dat de rechtseenheidsvoorziening in vreemdelingenzaken onontbeerlijk is. Een uitspraak van wat men noemde een 'interlokale meer-voudige kamer'⁵⁸ had bij partijen en zittingsplaatsen onvoldoende gezag om aan de discussies een einde te maken. Hoewel appèl uitsluitend openstaat voor nieuwe zaken, krijgt de Afdeling toch te maken met rechtsvragen waarvan de beantwoording invloed heeft op overgangsrechtelijke kwesties in zaken waarin geen hoger beroep openstaat. In dat verband trokken twee uitspraken de aandacht.

In de eerste, van 5 maart 2002⁵⁹ maakte de Afdeling een einde aan een drietal geschilpunten. In de eerste plaats werd wat men wel noemt de 'fictieve' redenering verworpen. De redenering van een vreemdeling was in zo'n geval dat, indien tijdig op zijn

aanvraag zou zijn beslist, zijn oude verblijfs-titel op 1 april 2001 zou zijn aangemerkt als een verblijfsvergunning asiël voor onbepaalde tijd, terwijl hij, omdat eerst na 1 april 2001 is beslist, thans 'slechts' beschikt over een verblijfsvergunning asiël voor bepaalde tijd. Een verblijfsvergunning asiël voor onbepaalde tijd kan, zo besliste de Afdeling, echter slechts worden verleend op de in artikel 34 Vw 2000 genoemde grond. De Vw 2000 heeft verder, behoudens de in specifieke bepalingen neergelegde gevallen, onmiddellijke werking. Artikel 3.103 Vb (eerbiedigende werking in reguliere zaken) doet daaraan niet af. Voorts kan de ingangsdatum van een 'nieuwe' verblijfsvergunning gelegen zijn vóór 1 april 2001. De Afdeling wijst er ten slotte nog eens op dat de rechter de wet in formele zin niet kan toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen.

De uitspraak van 28 maart 2002⁶⁰ gaat over het belang bij doorprocederen als de vreemdeling al over een verblijfsvergunning (op de d-grond) beschikt. In deze zaak had de vreemdeling volgens de Afdeling niet kun-

nen aangeven welke aanvullende of sterkere aanspraken hem zouden toekomen, indien hem een verblijfsvergunning op een andere grond dan de d-grond zou zijn verleend. De Afdeling sluit overigens niet geheel uit dat een dergelijk belang in voorkomend geval wel kan bestaan. Het belang lag in elk geval niet waar veel vreemdelingenkamers het wel zagen, namelijk in de – gestelde – formele rechtskracht van het in de beschikking besloten liggende oordeel dat de vreemdeling niet in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning op één van de andere gronden van art. 29 Vw 2000. Hoewel deze uitspraak betrekking heeft op een beschikking van na 1 april 2001, zal de uitspraak vermoedelijk ook gevolgen hebben voor overgangsrechtelijke situaties.

Niet meer soeverein

Het is duidelijk dat de nieuwe wet en de rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State flinke golfslag hebben veroorzaakt in de toch al niet kalme vijver van het vreemdelingenrecht. Niet in alle gevallen lijkt de rechtbank al helemaal

gewend te zijn aan het idee dat zij niet meer soeverein oordeelt in vreemdelingenzaken. Zo deelde nog niet zo lang geleden de voorzitter van een meervoudige kamer partijen aan het begin van een zitting mee dat de zaak meervoudig werd behandeld om te bezien of de desbetreffende zittingsplaats de rechtspraak van de Afdeling zou volgen. In een andere zaak was het de voorzieningen-rechter wel duidelijk dat hij die rechtspraak zou volgen, maar ging dat blijkbaar niet helemaal van harte: 'Met de gemachtigde van verzoeker is de rechter van oordeel dat de informatie over de positie van de Ashraf in Puntland en Somaliland mager is. Maar een deel van de juridische werkelijkheid is de uitspraak van de Afdeling Bestuursrecht-spraak van de Raad van State van 14 januari 2000. (...) Gezien de uitspraak van de Afdeling (...) is er geen ruimte om thans, op basis van de informatie die voorhanden is, anders te oordelen dan dat het beleid zoals dat door verweerder wordt gevoerd ten aanzien van minderheden (...) niet kennelijk onredelijk is.'⁶¹

Noten

- 1 De Vw 2000 is op 1 april 2001 in werking getreden. Zie over de inhoud van de nieuwe wet *Advocatenblad* 2001, p. 409415.
- 2 In deze bijdrage zijn ontwikkelingen tot 1 mei 2002 betrokken.
- 3 Advocaat bij Pels Rijcken en Drooglever Fortuyn.
- 4 In 2000 was het aantal 43.895, in 2001 32.579, een daling van 26%, zie *TK* 2001-2002, 19 637 en 27 557, nr. 652, p. 8. De daling heeft zich in 2002 voortgezet, zie *TK* 2001-2002, 19 637 en 22 557, nr. 664.
- 5 *TK* 2001-2002, 19 637 en 27 557, nr. 652, p. 10.
- 6 *TK* 2001-2002, 19 637 en 27 557, nr. 652, p. 37.
- 7 Art. 95, eerste lid, Vw 2000.
- 8 Art. 94, tweede lid, Vw 2000.
- 9 Art. 86 Vb jo. 18b lid 3 en 4 Vw 1965.
- 10 Art. 34a, tweede lid, Vw 1965.
- 11 *TK* 2001-2002, 27 557, nr. 13, p. 4. Zie ook de brief van de staatssecretaris van 18 maart 2002 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, *TK* 2001-2002, 27 557, nr. 12.
- 12 *Sib*. 2000, 150.
- 13 *Trouw* 19 december 2001, pp. 3 en 13.
- 14 Het hoger beroep in vreemdelingenzaken is overigens niet in het evaluatieonderzoek betrokken. De resultaten van de verschillende evaluatieonderzoeken zijn uitgegeven bij Boom.
- 15 Het verslag is te vinden onder www.justitie.nl, onder justitiethema's, Algemene wet bestuursrecht, diversens.
- 16 Zie bijvoorbeeld ABRs 14 augustus 2001, *JV* 2001, 262 en ABRs 16 augustus 2001, *JV* 2001, 264.
- 17 ABRs 5 september 2001, 200104298 (niet gepubliceerd).
- 18 ABRs 15 november 2001, *JV* 2002, S25 en ABRs 25 maart 2002, 200201046 (niet gepubliceerd).

- 19 Op deze uitleg valt wel wat af te dingen, zie G.M.H. Hoogvliet, Hoger beroep bij de Raad van State 'De nuchterheid weergekeerd' in *Migrantenrecht* 2002, nr. 2, p. 50.
- 20 AB 2001, 300; JB 2001, 269 en *JV* 2001, 263.
- 21 *JV* 2002, 47.
- 22 ABRs 11 september 2001, *JV* 2001, 306, r.o. 2.1.1 en 2.1.2.
- 23 ABRs 2 augustus 2001, *JV* 2001, 257, r.o. 2.3.1, vergelijk ook ABRs 6 juli 2001, *JV* 2001, 238, r.o. 2.5.2.
- 24 ABRs 6 juli 2001, *JV* 2001, 240, r.o. 2.2; in gelijke zin ABRs 17 augustus 2001, *JV* 2001, 263, r.o. 2.2.3.
- 25 Zie bijvoorbeeld ABRs 10 december 2001, 200105446 (niet gepubliceerd) en ABRs 28 december 2001, *JV* 2002, 73, m.nt. TS, r.o. 2.5 e.v.
- 26 Zie HR 22 juni 1984, NJ 1985, 82.
- 27 Zie bijvoorbeeld ABRs 12 oktober 2001, *JV* 2001, 325, r.o. 2.2 en ABRs 8 november 2001, *JV* 2002, 12, r.o. 2.1.1.
- 28 De grondslag voor dit beleid is te vinden in art. 29, eerste lid, aanhef en onder d, Vw 2000, vergelijk art. 12b Vw 1965.
- 29 ABRs 8 november 2001, *JV* 2002, 12, r.o. 2.2.4.
- 30 ABRs 14 januari 2002, *JV* 2002, 76, r.o. 2.2.2.
- 31 R.o. 2.3 respectievelijk 2.2.5.
- 32 *JV* 2002, 13.
- 33 ABRs 12 oktober 2001, *JV* 2001, 325.
- 34 Zie bijvoorbeeld ABRs 8 oktober 2001, *JV* 2002, 168 en ABRs 11 januari 2002, *JV* 2002, 128.
- 35 ABRs 26 juli 2001, *JV* 2001, 255, r.o. 2.3.
- 36 Noot bij ABRs 5 september 2001, AB 2001, 382.
- 37 Noot bij Rb. Den Haag (Den Bosch) 24 juli 2001, *JV* 2001, 309. Deze uitspraak had overigens geen betrekking op een herhaalde aanvraag.

- 38 Deze instructie is overigens bij TBV 2002/3 van 18 februari 2002 uit de Vreemdelingencirculaire geschrapt.
- 39 Zie noot 35.
- 40 Noot bij ABRs 5 september 2001, *JV* 2001, 285.
- 41 EHRM 19 februari 1998, *JV* 1998, 45.
- 42 *JV* 2002, 125, m.nt. BPV.
- 43 Art. 83 Vw 2000.
- 44 Zie bijvoorbeeld ABRs 3 augustus 2001, *JV* 2001, 258 en een niet-gepubliceerde uitspraak van dezelfde datum met nr. 200103006911. Zie hierover ook G.M.H. Hoogvliet, De Awb en het vreemdelingenrecht, § 2.19.
- 45 Vergelijk PG Awb I, p. 246, linker kolom.
- 46 ABRs 31 augustus 2001, *JV* 2001, 282; ABRs 18 december 2001, *JV* 2002, 119.
- 47 *JV* 2001, 207.
- 48 *JV* 2002, 4.
- 49 AB 2002, 46, m.nt. Sew.
- 50 Zie hierover ook Hoogvliet, a.w., p. 96 e.v., in het bijzonder noot 177 en de aldaar besproken uitspraak van de ABRs van 1 mei 2000, JB 2000, 177.
- 51 *JV* 2002, 73, m.nt. TS.
- 52 Vergelijk het *NRC Handelsblad* van 11 oktober 2001.
- 53 *JV* 2001, 234, m.nt. PJAMB.
- 54 Rb. Den Haag (Haarlem) 4 oktober 2001, *JV* 2001, 330.
- 55 ABRs 25 oktober 2001, AB 2001, 384, m.nt. BBP en Sew; *JV* 2001, 329, m.nt. BPV.
- 56 *NRC Handelsblad* 12 oktober 2001.
- 57 ABRs 14 november 2001, *JV* 2002, 33.
- 58 Rb. Den Haag (IMK) 24 augustus 2001, *JV* 2001, 269.
- 59 *JV* 2002, 127, m.nt. BKO.
- 60 *JV* 2002, 153, m.nt. BKO.
- 61 Voorzittingsrechter Den Haag (Arnhem) 30 januari 2002, Awb 01/22034 (niet gepubliceerd).