Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2006–2007

30 830 Voorstel van wet van de leden Lambrechts en Van der Ham tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter verbetering van de rechtsbescherming in asielzaken

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel strekt tot verbetering van de rechtsbescherming van personen, die in Nederland asiel aanvragen. Op papier is deze rechtsbescherming in de Vreemdelingenwet 2000 goed geregeld. De vreemdeling, wiens verzoek om een verblijfsvergunning asiel wordt afgewezen, kan tegen deze afwijzing beroep instellen bij de rechtbank Den Haag (die daartoe ook elders in het land zitting houdt). Tegen de uitspraak van de rechtbank kan hij vervolgens nog (een beperkte vorm van) hoger beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.
Uit de samenleving bereiken ondergetekenden echter steeds meer geluiden, dat het in de praktijk met de rechtsbescherming van de asielzoeker aanzienlijk minder goed is gesteld. Deze geluiden zijn afkomstig van maatschappelijke organisaties als VluchtelingenWerk Nederland en Amnesty International, uit de advocatuur en de rechtswetenschap (zie bijvoorbeeld T.P. Spijkerboer, «Hoe consistent is de Afdeling?», *NAV* 2005, blz. 464), maar ook uit kringen van de rechtbanken. De rode draad in deze kritiek is, dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar jurisprudentie de taak van de rechter zozeer aan banden legt, dat in de praktijk geen sprake meer is van een effectieve controle op het handelen van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (hierna: de IND). Wellicht schiet de rechtsbescherming van de asielzoeker in de praktijk zelfs zozeer tekort, dat dit op gespannen voet staat met internationale verdragen waaraan Nederland zich heeft gebonden. Op dit moment zijn bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg een aantal procedures inzake het Nederlandse asielrecht aanhangig.
Deze stand van zaken doet geen recht aan de bedoelingen van de Vreemdelingenwet 2000. Deze wet had onder meer tot doel om het aantal procedures terug te dringen door het aantal verschillende verblijfstitels te verminderen, het aantal beslismomenten te beperken en herhaalde aanvragen waar mogelijk te voorkomen. Zij wilde bovendien de rechtseenheid in het vreemdelingenrecht beter waarborgen door een vorm van hoger beroep in te voeren. Maar de Vreemdelingenwet 2000 wilde geen afbreuk doen aan een behoorlijke rechtsbescherming van de vreemdeling. Op één punt gaat de huidige jurisprudentie zelfs tegen de bedoeling van de Vreemdelingenwet 2000 in. Het komt in het asielrecht, mede doordat veel aanvragen binnen zeer korte termijnen worden afgehandeld in

KST101469
0607tkkst30830-3
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2006

aanmeldcentra, relatief vaak voor, dat een vreemdeling na afwijzing van zijn eerste aanvraag een nieuwe aanvraag indient, waarbij hij stelt dat de relevante omstandigheden na de beslissing op zijn eerste aanvraag zijn veranderd. Om deze vervolgaanvragen – die weer aanleiding kunnen geven tot nieuwe beroepsprocedures – overbodig te maken, heeft de wetgever in artikel 83 Vreemdelingenwet 2000 de rechter opgedragen om, in afwijking van de hoofdregel van het bestuursrecht, ook rekening te houden met feiten en omstandigheiden die pas na het bestreden besluit zijn opgekomen. De Afdeling bestuursrechtspraak legt deze opdracht echter zo beperkt uit, dat in de praktijk nog altijd een groot aantal herhaalde aanvragen wordt gedaan, waarvan een substantieel deel alsnog wordt toegewezen.
Dit wetsvoorstel beoogt dan ook geen wijziging van het vreemdelingenbeleid. Het beoogt slechts te bewerkstelligen, dat op een aantal punten alsnog recht wordt gedaan aan de bedoelingen van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000), waaronder de bedoeling om te blijven voorzien in een behoorlijk rechtsbescherming voor in eerste instantie door de minister afgewezen asielzoekers.

2. Doel en achtergrond

2.1 Inleiding

Dit wetsvoorstel beoogt de volgende knelpunten aan te pakken:
– te marginale toetsing door de rechtbank van het oordeel van de IND omtrent de geloofwaardigheid van het asielrelaas;
– te magere invulling van de «bewijsvoorlichtingsplicht» van de IND en de rechtbanken;
– te veel beperkingen op het aanvoeren van nieuwe feiten, argumenten en bewijs tijdens de procedure bij de rechtbanken;
– te strenge eisen aan het bewijs van nieuwe feiten als bedoeld in artikel 83 Vw 2000 («ex nunc»-toetsing);
– een toepassing door bestuur en rechter van artikel 4:6 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), die op gespannen voet staat met op Nederland rustende verdragsverplichtingen.

Deze knelpunten worden hierna nader toegelicht. Voor een goed begrip is het echter nodig eerst iets te zeggen over de taakopvatting van de Afdeling bestuursrechtspraak in het licht van enige ontwikkelingen in het Nederlandse bestuursrecht.

2.2 De taak van de bestuursrechter

Het vreemdelingenrecht is een onderdeel van het bestuursrecht. Bij de toetsing van beslissingen van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (in de praktijk: de Immigratie- en naturalisatiedienst (IND)) treden de rechtbank Den Haag en de Afdeling bestuursrechtspraak op als bestuursrechter. Daarom is van belang, dat de opvattingen over de taak van de bestuursrechter het laatste decennium sterk in beweging zijn (zie voor een algemeen beeld het rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht VAR, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: BJu 2004).
De klassieke opvatting is, dat de bestuursrechter moet nagaan of het in beroep bestreden besluit juist is. Dit gold niet alleen voor de juridische, maar ook voor de feitelijke juistheid van het besluit. Daartoe moest de bestuursrechter zoveel mogelijk de materiële waarheid vaststellen. Zo nodig moest hij daartoe zelf de feiten onderzoeken. Daarom kent de Algemene wet bestuursrecht (Awb) hem een reeks onderzoeksbevoegheden toe. De Awb beoogt dan ook niet om de bevoegdheden van de rechter op

dit punt te beperken (zie N. Verheij, «Een klantvriendelijke rechter», in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuurprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, blz. 131–149).
Sedert enige jaren doet echter ook een andere opvatting opgeld (zie in het bijzonder E.J. Daalder, M. Schreuder-Vlasblom, «Balanceren boven nul. De vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht», *NTB* 2000, blz. 214). De kern van deze opvatting is, dat de bestuursrechter slechts moet beoordelen, of het bestuur zorgvuldig heeft gehandeld. Vaak komt dit op hetzelfde neer als de klassieke opvatting. Onjuiste besluiten zijn meestal het gevolg van onzorgvuldig handelen van het bestuur en onzorgvuldig handelen van het bestuur leidt meestal tot onjuiste besluiten.
Maar soms maakt het verschil. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de bekende zaak van de Angolese tandarts (ABRvS 1 juni 1999, AB 1999, 326 m.nt. MSV). Deze krijgt na zijn studie in Nederland een geschil over de opzegging van de samenwerking met een andere tandarts. Hij vraagt daarvoor om toevoeging van een advocaat op grond van de Wet op de rechtsbijstand. Op papier heeft hij daarvoor teveel vermogen. Hij stelt echter dat zijn vermogen in werkelijkheid negatief is, doordat hij ter financiering van zijn studie geld heeft geleend van een familielid.
De Stichting voor de rechtsbijstand verzoekt hem bewijs voor deze lening over te leggen. Dat doet hij niet, waarop de Stichting de toevoeging weigert. Ook in administratief beroep bij de Raad voor de rechtsbijstand en in beroep bij de rechtbank bewijst de tandarts de lening niet. Pas in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State levert hij alsnog het bewijs dat hij inderdaad geld heeft geleend.
Dit stelde de Afdeling bestuursrechtspraak voor een dilemma. Aan de ene kant stond nu vast, dat de tandarts eigenlijk recht had op een toevoeging. Aan de andere kant viel de Raad voor de rechtsbijstand niet te verwijten dat de toevoeging was geweigerd. Deze weigering was immers niet het gevolg van onzorgvuldigheid van de overheid, maar uitsluitend van de nalatigheid van de tandarts zelf.
In de klassieke opvatting zou de Afdeling de weigering niettemin hebben moeten vernietigen, omdat zij materieel onjuist was. Maar de Afdeling liet de weigering in stand, omdat zij niet onzorgvuldig was. Daarmee kiest de Afdeling voor de nieuwere opvatting over de taak van de bestuursrechter – en dus ook van de vreemdelingenrechter.

2.3 Het bestuursrechtelijk bewijsrecht

Deze nieuwere opvatting over de taak van de bestuursrechter ligt mede ten grondslag aan een visie op het bestuursrechtelijk bewijsrecht die mede bepalend is voor de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak in asielzaken. Het bestuursrechtelijk bewijsrecht steunt in deze visie op de artikelen 3:2 en 4:2 Awb (zie uitvoerig Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam VU 2006), Deventer: Kluwer 2006).
Artikel 3:2 Awb (het zorgvuldigheidsbeginsel) draagt bestuursorganen op om bij het nemen van een besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de voor het besluit relevante feiten en belangen. Op het bestuur rust dus een actieve onderzoeksplicht. Anderzijds verplicht artikel 4:2, tweede lid, Awb de aanvrager van een beschikking om bij de aanvraag de gegevens en bescheiden over te leggen, die voor de beslissing op de aanvraag relevant zijn en waarover de aanvrager redelijkerwijs kan beschikken.
In recentere literatuur en rechtspraak is dit zo uitgelegd, dat bij beschikkingen op aanvraag (waaronder een verblijfsvergunning asiel) bestuursorgaan en burger ieder hun eigen «bewijsdomein» hebben. Zij moeten elk die feiten aannemelijk maken, waarvoor dit het meest op hun weg ligt. Grosso modo geldt daarbij de hoofdregel van het civiele procesrecht (art.

150 Rv.): wie zich op de rechtsgevolgen van een feit beroept, moet dit feit aannemelijk maken. In essentie volgt hetzelfde uit artikel 31, eerste lid, Vw 2000.
Deze bewijslastverdeling tussen bestuur en burger geeft echter geen antwoord op de vraag, in hoeverre de rechter zelf aan het verzamelen van de relevante feiten mag en moet bijdragen. In de klassieke opvatting zag hij dit wel als zijn taak (zie N. Verheij, a.w.; B.W.N. de Waard, «Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht», in. A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd* (liber amicorum F.A.M. Stroink), Den Haag: Sdu 2006, blz. 113–124). Artikel 8:69, derde lid, Awb geeft hem ook nu nog de bevoegdheid om de feiten aan te vullen. De wet verleent de rechter daartoe ook de nodige onderzoeksbevoegdheden (art. 8:44–8:51 Awb). Het heeft er alle schijn van dat de Afdeling bestuursrechtspraak dit bij de rechtspraak in asielzaken enigszins uit het oog is verloren.

3. De knelpunten

3.1 De toetsing van de geloofwaardigheid van het asielrelaas

Het eerste knelpunt in de huidige asielrechtspraak is dat volgens de Afdeling bestuursrechtspraak de rechtbank het oordeel van de IND over de geloofwaardigheid van het asielrelaas slechts marginaal mag toetsen, waardoor de IND onvoldoende effectief wordt gecontroleerd en de asielzoeker onvoldoende effectieve rechtsbescherming geniet.
Dit behoeft enige uitleg. In asielzaken moet de vreemdeling aannemelijk maken, dat er een grond is om hem een verblijfsvergunning asiel te verlenen (art. 31, eerste lid, jo. art. 29 Vw 2000). Hij moet dus aannemelijk maken dat hij vluchteling in de zin van het Vluchtelingenverdrag is, dat hij gegronde reden heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan folteringen of andere onmenselijke of vernederende behandelingen, dat er andere klemmende redenen van humanitaire aard zijn om hem tot Nederland toe te laten of dat zich één van de andere gevallen, genoemd in artikel 29, eerste lid, Vw 2000 voordoet. Daartoe wordt hij naar aanleiding van zijn asielaanvraag door de IND gehoord over de redenen waarom, de wijze waarop en de omstandigheden waaronder hij zijn land van herkomst is ontvlucht en naar Nederland is gereisd. De verklaringen van de vreemdeling daarover worden in de wandeling het asielrelaas genoemd.
Nu onderscheiden asielzaken zich van de meeste andere bestuursrechtelijke zaken door het gegeven, dat de vreemdeling voor (de meeste onderdelen van) zijn asielrelaas slechts zelden hard bewijs kan leveren. Zowel de handelingen van de overheid of anderen in het land van herkomst die een vervolging in de zin van het Vluchtelingenverdrag of een onmenselijke behandeling zouden kunnen opleveren, als de vlucht zelf spelen zich nu eenmaal uit de aard der zaak vaak in het verborgene af. Juist degenen die werkelijk redenen hebben om te vluchten, moeten zich vaak noodgedwongen voor de autoriteiten schuilhouden, en wie zich schuldig maakt aan vervolging of onmenselijke behandeling pleegt dat niet netjes te documenteren. Als de wet zou eisen dat de vreemdeling in de strikte zin van het woord moet *bewijzen* dat er grond is om hem asiel te verlenen, zouden slechts zeer weinigen asiel krijgen.
Dit eisen wet en rechtspraak dan ook niet. Het gevolg is, dat in asielzaken de *geloofwaardigheid* van het asielrelaas een centrale en vaak beslissende rol speelt (aldus inmiddels ook artikel 4, vijfde lid, van Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004, PB L 304, inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft en de inhoud van de verleende bescherming (de «Kwalificatierichtlijn»). Het is dus – soms letterlijk – van levensbelang dat het oordeel van de IND

omtrent deze geloofwaardigheid zorgvuldig tot stand komt en dat daartegen behoorlijke rechtsbescherming openstaat.
Daar zit echter het eerste knelpunt in de huidige asielrechtspraak. Het is – naar het oordeel van ondergetekenden ten onrechte – vaste jurisprudentie van de Afdeling dat de rechtbank het oordeel van de IND omtrent de geloofwaardigheid van het asielrelaas slechts marginaal mag toetsen (zie ABRvS 3 juli 2002, AB 2002, 242 m.nt. BPV; ABRvS 15 november 2002, AB 2003, 96 m.nt. Y.E. Schuurmans; ABRvS 27 januari 2003, AB 2003, 286 m.nt. BPV; ABRvS 28 december 2005, AB 2006, 96 m.nt. Sew). Hetzelfde geldt voor het oordeel van de IND omtrent «het realiteitsgehalte van de door de vreemdeling aan de feiten ontleende vermoedens» (over wat hem bij terugkeer in het land van herkomst te wachten staat) (ABRvS 8 oktober 2003, JV 2004, 286 m.nt. TS onder nr. 287). Of de geloofwaardig geachte feiten en reële vermoedens voldoende zwaarwegend zijn om een grond voor toelating op te leveren, wordt echter weer volledig getoetst.
In genoemde uitspraken neemt de Afdeling aan, dat het in het vreemdelingenrecht, net als in het overige bestuursrecht, in eerste instantie het bestuursorgaan, in dit geval de Minister voor V & I en namens deze de IND, is dat de feiten moeten vaststellen. Als gezegd komt dit in asielzaken veelal neer op het beoordelen van de geloofwaardigheid van het asielrelaas. De minister verricht deze beoordeling aan de hand van onder meer de volledigheid van de beantwoording van de aan de vreemdeling gestelde vragen, de innerlijke consistentie van het asielrelaas en hetgeen hem aan de hand van vergelijkbare gevallen en uit objectieve bronnen zoals ambtsberichten bekend is over de algemene situatie in het land van herkomst.
Volgens de Afdeling heeft de minister bij deze beoordeling van de geloofwaardigheid van het relaas een zekere beoordelingsvrijheid, die meebrengt dat de rechter deze beoordeling terughoudend moet toetsen. Om een recente uitspraak van de Afdeling te citeren.

«De maatstaf bij die te verrichten toetsing is niet het eigen oordeel van de rechter over de geloofwaardigheid van het relaas, maar de vraag of grond bestaat voor het oordeel dat de minister ... niet in redelijkheid tot zijn oordeel over de geloofwaardigheid van het relaas kon komen». (ABRvS 28 dec. 2005, AB 2006, 96).

In de zojuist geciteerde uitspraak trekt de Afdeling hieruit ook een andere vérgaande consequentie: omdat de rechter niet zelf de feiten mag vaststellen, maar slechts de feitenvaststelling door de minister mag toetsen, mag de rechter in asielzaken soms geen gebruik maken van onderzoeksbevoegdheden die de Awb hem met zoveel woorden toekent. De zaak betrof een vreemdeling die stelde uit Sierra Leone te komen. De minister had dat op grond van een zogenoemde taalanalyse niet geloofwaardig geacht. De rechtbank had aanleiding gezien om met toepassing van artikel 8:47 Awb zelf een taaldeskundige te benoemen om een contra-expertise te verrichten. De Afdeling vond dat de rechtbank daarmee de grenzen van haar bevoegdheid had overschreden en vernietigde de uitspraak van de rechtbank.
Bij zogenaamde ongedocumenteerden – in de praktijk de grote meerderheid van de asielzoekers – komt daar nog iets bij. Artikel 31, tweede lid, Vw 2000 somt een aantal omstandigheden op, die de IND bij het onderzoek naar de aanvraag moet betrekken. Eén van die omstandigheden (art. 31 lid 2 onder f) is dat de vreemdeling ter onderbouwing van zijn asielaanvraag geen reis- of identiteitspapieren of andere bescheiden kan overleggen die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van de aanvraag. De Afdeling bestuursrechtspraak is van oordeel, dat de rechter ook het oordeel van de IND, welke documenten nodig zijn voor de beoordeling van de aanvraag, slechts marginaal kan toetsen. Bovendien stelt de Afdeling bij het ontbreken van documenten hogere eisen aan de geloofwaar-

digheid van het asielrelaas: daarvan moet dan «positieve overtuigingskracht» uitgaan (ABRvS 27 januari 2003, AB 2003, 286 m.nt. BPV).
De achtergrond van deze rechtspraak ligt enerzijds in de hiervoor besproken nieuwere opvatting over de taak van de bestuursrechter in het algemeen – de rechter zou niet de juistheid van het besluit, maar de zorgvuldigheid van het bestuurshandelen moeten toetsen – en de daarmee samenhangende bewijsleer. Anderzijds beroept de Afdeling zich op het praktische argument dat het bestuur, onder meer omdat het veel meer gevallen onder ogen krijgt, over meer expertise beschikt (zie expliciet ABRvS 27 januari 2003, AB 2003, 286 m.nt BPV).
Het gevolg van deze jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is dat de rechter het oordeel van de IND omtrent de feiten moet accepteren, tenzij dit evident onjuist is of de IND procedurele fouten heeft gemaakt. Naar het oordeel van ondergetekenden is dit een te magere toets en wordt de IND aldus onvoldoende effectief gecontroleerd. Immers, juist door het veelal ontbreken van hard bewijs liggen veel gevallen niet zo evident. Vaak zijn er wel argumenten voor het standpunt van de IND, maar ook voor dat van de vreemdeling. Zekerheid is er zelden. Het gaat er om welk standpunt waarschijnlijk het dichtst bij de waarheid ligt. De vraag is wie daarover het laatste woord moet hebben. Naar het oordeel van ondergetekenden moet dit de onafhankelijke rechter zijn en niet de IND. Deze kritiek wordt in de literatuur door velen gedeeld (Zie T.P. Spijkerboer, B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, blz. 288 e.v.).
De argumentatie van de Afdeling bestuursrechtspraak voor haar benadering overtuigt ook niet. Om te beginnen wordt haar visie op de taak van de bestuursrechter zeker niet algemeen gedeeld (zie voor scherpe kritiek bijvoorbeeld R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 2004). In de klassieke opvatting is de bestuursrechter wel degelijk bevoegd om zelf de feiten vast te stellen. Vóór 2001 was dit ook de opvatting van de vreemdelingenrechter. Een andere belangrijke hoogste bestuursrechter, de Centrale Raad van Beroep, gaat daar ook nog steeds van uit, evenals de Hoge Raad, optredend als bestuursrechter in belastingzaken. Daarom kent de Algemene wet bestuursrecht de rechter ook de nodige onderzoeksbevoegdheden toe.
Schuurmans wijst er in haar bovengenoemde noot in AB 2003, 96 bovendien op, dat het niet voor de hand ligt om aan te nemen dat een bestuursorgaan beoordelingsvrijheid heeft bij het vaststellen van de feiten. Feiten zijn waar of niet. Er kan natuurlijk wel onzekerheid over bestaan, maar dan gaat het om een inschatting van de waarschijnlijkheid door een waardering van de beschikbare bewijsmiddelen. Dat is bij uitstek en van oudsher een taak van de rechter.
Ook het argument dat de IND over meer expertise beschikt, overtuigt niet. De rechter kan over dezelfde ambtsberichten en andere bronnen beschikken als de IND. Met behulp van zijn bevoegdheid om inlichtingen te verlangen en stukken in te zenden (art. 8:45 Awb) kan hij deze informatie, met inbegrip van informatie over vergelijkbare gevallen, zonodig opvragen bij de IND.
De leer van de Afdeling is ook moeilijk te rijmen met het motiveringsbeginsel. Traditioneel betekent de eis dat een besluit moet berusten op een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb) onder meer dat de feitelijke grondslag van het besluit juist moet zijn (zie onder meer H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 13e druk, Den Haag: Elsevier 2005, blz. 302; B.W.N. de Waard, a.w.).
Evenmin valt in te zien, waarom de rechter slechts marginaal zou kunnen toetsen of een bepaald document al dan niet noodzakelijk is voor de beoordeling van een aanvraag. In andere delen van het bestuursrecht worden vergelijkbare oordelen wel vol getoetst. Of een bepaald document al dan niet noodzakelijk is, is in beginsel een objectief gegeven. Voorts valt evenmin in te zien, waarom het ontbreken van documenten, zodra dat ook

maar enigszins verwijtbaar is, zonder meer zou moeten leiden tot een andere maatstaf voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Uiteraard is het een ontbreken van documenten een factor daarbij, maar de betekenis die daaraan moet worden toegekend is mede afhankelijk van de andere omstandigheden van het geval. Meer volgt ook niet uit de tekst van artikel 31, tweede lid, Vw 2000.
Gelet op dit alles stellen ondergetekenden voor om in de Vreemdelingenwet een nieuw artikel 82a op te nemen, waaruit blijkt dat het eindoordeel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas bij de rechter berust. De rechter betrekt daarbij alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder het al dan niet aanwezig zijn van documenten, in hun onderlinge samenhang bezien, zonder dat aan één van die omstandigheden bij voorbaat een doorslaggevende betekenis wordt toegekend. Evenzo moet de rechter zijn oordeel baseren op alle beschikbare informatie, waarbij hij vrij is in de waardering van beschikbare bewijsmiddelen. Aldus wordt in ieder geval ook voldaan aan de minimumnormen van artikel 4, vijfde lid, van de Kwalificatierichtlijn.

3.2 De bewijsvoorlichtingsplicht

Het tweede knelpunt is dat de IND in de praktijk haar zogenoemde «bewijsvoorlichtingsplicht» wel erg mager invult. Ook dit behoeft enige uitleg.
Onderdeel van de bewijsleer van de Afdeling bestuursrechtspraak is dat de aanvrager van een besluit – in dit verband de asielzoeker – weliswaar een eigen «bewijsdomein» heeft, maar dat het bestuursorgaan – in dit verband: de IND – hem daarover actief moet voorlichten. Anders gezegd: het bestuur moet de burger uitleggen welke feiten hij moet aantonen of aannemelijk maken en eventueel op welke manier. Als het bestuur dit niet doet, mag het de burger niet tegenwerpen dat het bewijs niet is geleverd. Dit wordt ook wel de bewaarprei-jurisprudentie genoemd, naar de uitspraak ABRvS 19 augustus 1999, AB 1999, 403 m.nt. MSV.
Deze bewijsvoorlichtingsplicht geldt ook in asielzaken. Men zou kunnen verdedigen, dat zij in wezen voortvloeit uit het in artikel 3:2 Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel. Spijkerboer heeft er echter op gewezen, dat zij in de praktijk door de IND soms minimaal wordt ingevuld en dat de Afdeling bestuursrechtspraak daar genoegen mee neemt (T.P. Spijkerboer, «Hoe consistent is de Afdeling?», *NAV* 2005, blz. 464). Het wordt al genoeg gevonden als de asielzoeker bij het begin van het nader gehoor in algemene termen is medegedeeld dat hij alle relevante gegevens moet verstrekken.
Ondergetekenden zijn met Spijkerboer van mening dat van de IND, gelet ook op de grote belangen die in het asielrecht op het spel staan, een veel actievere houding mag worden verwacht. Het is voor een asielzoeker – al dan niet als gevolg van interculturele communicatieproblemen – lang niet altijd duidelijk wat er van hem wordt verwacht en welke gegevens precies van belang zijn (vgl. N. Doornbos, *De papieren asielzoeker. Institutionele communicatie in de asielprocedure*, Nijmegen: Centrum voor Migratierecht KU Nijmegen, 2003). De ambtenaar die het gehoor afneemt zou op zijn minst voorbeeldsgewijs moeten uitleggen welke gegevens zoal relevant zouden kunnen zijn. Hij zou zo nodig ook moeten doorvragen. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, dat de IND-ambtenaar niet verplicht is om door te vragen (ABRvS 28-12-2001, JV 2002, 73 m.nt. TS), legt de last van de waarheidsvinding te eenzijdig bij de vreemdeling en is naar het oordeel van ondergetekenden moeilijk te rijmen met het zorgvuldigheidsbeginsel. In dat verband is van belang, dat ook het – formeel-juridisch niet bindende, maar wel zeer gezaghebbende – Handbook van de UNHCR (Handbook on Procedures and criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees) benadrukt dat de waarheidsvinding en

bewijslevering een gedeelde verantwoordelijkheid van de asielzoeker en het bestuursorgaan zijn:

> «*196. [...] Thus, while the burden of proof in principle rests on the applicant, the duty to ascertain and evaluate all the relevant facts is shared between the applicant and the examiner. Indeed, in some cases, it may be for the examiner to use all the means at his disposal to produce the necessary evidence in support of the application. Even such independent research may not, however, always be successful and there may also be statements that are not susceptible of proof. In such cases, if the applicant's account appears credible, he should, unless there are good reasons to the contrary, be given the benefit of the doubt.*
> *[...]*
>
> *199. While an initial interview should normally suffice to bring an applicant's story to light, it may be necessary for the examiner to clarify any apparent inconsistencies and to resolve any contradictions in a further interview, and to find an explanation for any misrepresentation or concealment of material facts».*

Ondergetekenden stellen dan ook voor om de bewijsvoorlichtingsplicht uitdrukkelijker in de wet vast te leggen (onderdeel B van het wetsvoorstel). Helaas kan dit slechts in algemene termen. Het is niet mogelijk precies aan te geven wat de IND-ambtenaar moet mededelen of vragen, want dat kan uiteraard per zaak verschillen. Niettemin achten ondergetekenden het nuttig dat in de wet een bepaling wordt opgenomen die de IND-ambtenaar inscherpt dat van hem tijdens het gehoor een actieve houding wordt verwacht en dat hij een zorgplicht heeft om de vreemdelingen zijn verplichtingen zo goed mogelijk duidelijk te maken. Hiermee wordt tevens voldaan aan de minimumnormen van artikel 10, in het bijzonder artikel 10, eerste lid, onderdeel a, van de richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (de «Procedurerichtlijn»), Pb L 326.

3.3 Nieuwe feiten, argumenten en bewijs bij de rechtbank

Het derde knelpunt is dat de Afdeling bestuursrechtspraak slechts in zeer beperkte mate toelaat dat de vreemdeling die bij de rechtbank in beroep gaat tegen de afwijzing van zijn aanvraag, bij de rechtbank een grond voor toelating aanvoert die of een bewijsstuk overlegt dat hij niet reeds bij de IND heeft aangevoerd of overgelegd. Het eerste wordt in het algemeen bestuursrecht wel een «grondenfuik» of -trechter genoemd, het tweede een «bewijsfuik» of -trechter. Ter verduidelijking: als de vreemdeling die bij zijn aanvraag heeft gesteld dat hij is gevlucht omdat hij in zijn land van herkomst vanwege zijn politieke opvattingen door de politie werd gezocht, bij de rechter alsnog een arrestatiebevel overlegt, kan hij op een bewijsfuik stuiten. Als hij voor het eerst in beroep aanvoert dat hij niet mag worden uitgezet omdat hij homosexueel is en daarop in zijn land van herkomst de doodstraf staat, stuit hij op een grondenfuik. Zoals het voorbeeld laat zien, is het onderscheid overigens niet haarscherp.
De grondenfuik heeft te maken met het gegeven dat de wetgever, zoals hiervoor aangestipt, in 1994 heeft bepaald dat de bestuursrechtspraak uitsluitend strekt tot rechtsbescherming (Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 35). Bestuursrechters hebben daaruit afgeleid, dat zij slechts mogen beslissen over kwesties, waarover partijen een geschil hebben. Dit heeft er toe geleid, dat de rechter meer aandacht is gaan besteden aan de vraag, tot op welk tijdstip partijen nieuwe geschilpunten mogen

inbrengen. De bewijsfuik berust theoretisch op de hiervoor geschetste leer van het bewijsdomein.
Hier past wel een belangrijke nuancering. Het is altijd zo geweest, dat de bestuursrechter kon weigeren een klacht van een burger te beoordelen of een bewijsstuk bij zijn beoordeling te betrekken op de grond dat deze klacht of dit bewijsstuk verwijtbaar te laat was ingebracht. Dit geschiedde dan op grond van de eisen van een goede procesorde. Daarmee wordt bedoeld dat een partij een argument of bewijsmidddel niet zonder noodzaak zo laat in een procedure mag inbrengen, dat de wederpartij daardoor wordt overvallen en zich niet meer behoorlijk kan verweren. Dit criterium van een goede procesorde wordt door alle bestuursrechters toegepast.
De Afdeling bestuursrechtspraak ging, als enige van de hoogste bestuursrechters, een tijdlang aanzienlijk verder. Zij leek te vinden, dat bij de rechter überhaupt geen gronden of bewijs mochten worden aangevoerd, die niet reeds bij het bestuur waren aangevoerd, tenzij het bestuur zijnerzijds in zijn zorgvuldigheidsplicht was tekortgeschoten. Dat past bij bovengeschetste opvatting over de taak van de bestuursrechter. Niettemin is op de strikte wijze waarop de Afdeling bestuursrechtspraak bewijs- en grondenfuiken hanteert, de nodige kritiek geleverd, ook van gezaghebbende zijde (zie onder meer de Commissie Evaluatie Awb II (Commissie-Boukema), *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997–2001*, Den Haag: BJu 2001; VAR-Commissie rechtsbescherming: *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag BJu 2004).
Deze kritiek heeft enig effect gehad voor het algemene bestuursrecht (en wellicht inmiddels ook voor het reguliere vreemdelingenrecht (ABRvS 16 maart 2006, AB 2006, 227 m.nt. I. Sewandono) , maar nog niet voor het asielrecht. In het asielrecht is nog steeds vaste rechtspraak van de Afdeling dat bij de rechter slechts nieuwe argumenten of bewijsstukken mogen worden aangevoerd, als de vreemdeling die redelijkerwijs niet eerder had kunnen aanvoeren. Aan dit laatste criterium wordt streng getoetst.
Dit is in strijd met de bedoeling van de wetgever (Kamerstukken II 1998/99, 26 732, nr, 3, blz. 78). Eén van de doelstellingen van de Vreemdelingenwet 2000 was het terugdringen van het grote aantal herhaalde aanvragen. Het komt in het asielrecht relatief vaak voor, dat de vreemdeling na afwijzing van zijn aanvraag een nieuwe aanvraag indient met als argument dat de omstandigheden sedert de eerste afwijzing zodanig zijn veranderd, dat de aanvraag nu wel moet worden toegewezen. Dit leidde tot veel dubbele procedures. De wetgever wilde dit verschijnsel terugdringen door de rechtbank de bevoegdheid te geven om reeds in de loop van de eerste procedure zoveel mogelijk rekening te houden met relevante veranderingen in de omstandigheden. Daartoe is onder meer de zogeheten «ex nunc-toetsing» van artikel 83 Vw 2000 ingevoerd.
Het huidige artikel 83 gaat over feiten die pas na de afwijzing van de aanvraag zijn voorgevallen. Het gaat niet over pas na de afwijzing beschikbaar gekomen bewijs voor feiten die op zichzelf van voor de aanvraag dateren. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Het huidige artikel 83 is van toepassing als na de weigering van de verblijfsvergunning tegen de vreemdeling een arrestatiebevel wordt uitgevaardigd, dat steun biedt aan zijn stelling dat hij wordt vervolgd in de zin van het Vluchtelingenverdrag. Het is niet van toepassing als de vreemdeling pas na de weigering een arrestatiebevel overlegt, dat reeds voor de weigering was uitgevaardigd.
De Afdeling bestuursrechtspraak leidt hier uit af, dat de vreemdeling bij de rechtbank geen feiten meer mag aanvoeren die reeds voor de afwijzing van de aanvraag zijn voorgevallen en ook geen bewijs meer voor dergelijke feiten mag leveren, tenzij hij deze feiten of dit bewijs ook reeds bij de IND heeft aangevoerd of hem redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij dat niet heeft gedaan.
Deze redenering is onjuist (aldus ook: K.F. Bolt, «Dat verandert de zaak. De eerste ervaringen met de rechterlijke ex nunc toetsing», *JBPlus* 2002, blz.

158; N. Verheij, «Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep», *JBPlus* 2003, blz. 26; K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht* (diss. Groningen 2005), Den Haag: BJu 2005, blz. 178/79). Het huidige artikel 83 gaat niet over feiten die reeds voor de afwijzing van de aanvraag zijn voorgevallen. En de reden waarom de wetgever daarover in artikel 83 niets heeft geregeld, is blijkens de wetgeschiedenis juist dat de wetgever dacht dat dat niet nodig was, omdat hij er van uitging dat het bij de rechtbank aanvoeren van nieuwe argumenten, het voor het eerst bij de rechtbank inroepen van «oude» feiten en het bij de rechtbank leveren van nieuw bewijs allemaal al mogelijk waren (Kamerstukken II 1998/99, 26 732, nr, 3, blz. 78). Volgens de rechtspraak onder de oude Vreemdelingenwet was dat namelijk ook zo.
Deze onjuiste redenering van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft bovendien tot gevolg, dat het door de wetgever beoogde doel om herhaalde aanvragen zoveel mogelijk te voorkomen maar in beperkte mate wordt bereikt. De vreemdeling die zich voor het eerst bij de rechtbank beroept op een nieuw bewijsstuk, maar te horen krijgt dat daarmee geen rekening meer mag worden gehouden, zal immers geneigd zijn om dan maar een nieuwe aanvraag in te dienen, waarbij hij datzelfde bewijsstuk overlegt. De ervaring leert namelijk, dat de IND dan soms alsnog rekening houdt met het stuk. Dat had de rechtbank dan beter maar meteen kunnen doen. In de praktijk worden ook nog steeds veel tweede en volgende aanvragen ingediend, waarvan een substantieel deel (zo'n 25%) alsnog wordt toegewezen.
Het is dus veel beter en efficiënter – voor de vreemdeling, maar ook voor de IND en de rechterlijke instanties – om de rechtbank de bevoegdheid te geven om nieuwe ontwikkelingen in ruime zin (nieuwe feiten, nieuwe argumenten, nieuw bewijs en nieuw beleid) zoveel mogelijk in de lopende procedure mee te nemen. Daarom stellen ondergetekenden voor om artikel 83 in die zin aan te vullen (zie het voorgestelde artikel 83, eerste lid, (onderdeel D van het wetsvoorstel)). Daarin wordt tevens voorgesteld te bepalen dat de rechter ook rekening moet houden met nieuw beleid dat tijdens de procedure van kracht wordt. Ook daarbij geldt immers dat het niet efficiënt is om het beroep af te wijzen als al vaststaat dat een nieuwe aanvraag op grond van nieuw beleid zou moeten worden toegewezen.

3.4 Het bewijs van artikel 83-feiten,

Het vierde knelpunt betreft eveneens de zogeheten ex nunc-toetsing van artikel 83 Vreemdelingenwet 2000, die in de vorige paragraaf al ter sprake kwam. Het knelpunt is dat de Afdeling strenge eisen stelt aan het bewijs van nieuwe feiten. Meer bepaald stelt de Afdeling vier eisen aan documenten die worden overgelegd:

– het moeten originelen zijn, omdat anders niet kan worden nagegaan of de documenten authentiek zijn (ABRvS 19 februari 2003, 200206080/1, aangehaald bij Bolt, diss., blz. 166);
– zij moeten gedateerd zijn, omdat anders niet kan worden vastgesteld of het inderdaad om een nieuw feit gaat (ABRvS 15 januari 2003, JV 2003, 83);
– zij moeten vertaald zijn (ABRvS 30 augustus 2002, JV 2002, 357);
– zij moeten afkomstig zijn uit een objectieve bron, die de aangevoerde feiten rechtstreeks bevestigt. Verklaringen van familieleden, bijvoorbeeld, worden direct terzijde gelegd (ABRvS 6 augustus 2003, JVR 2003, 159), evenals krantenartikelen waarvan de bron niet kan worden geverifieerd (ABRvS 23 januari 2006, 200510566/1, LJN AV0990).

Indien niet aan deze vereisten is voldaan, moet het beroep op een nieuw feit worden afgewezen. De vreemdeling krijgt ook niet de gelegenheid om het bewijs nog aan te vullen, bijvoorbeeld door alsnog een origineel over te leggen. Bolt (K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuurs-*

procesrecht (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2005, blz. 171) heeft er op gewezen, dat dit merkwaardig is, omdat de burger in de aanvraagfase naar vaste rechtspraak wel moet worden gewezen op tekortkomingen in het bewijs en de gelegenheid moet krijgen om dit aan te vullen. Ondergetekenden stellen daarom voor om de rechtbank uitdrukkelijk te verplichten om de vreemdeling in deze gevallen de gelegenheid te geven om het bewijs aan te vullen (zie het voorgestelde nieuwe vierde lid van artikel 83 (onderdeel D van het wetsvoorstel)).
Los daarvan zijn de eisen die de Afdeling aan het bewijs van de nieuwe feiten stelt, wel erg rigide en absoluut. De vier genoemde punten betreffen ongetwijfeld factoren die bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas van belang zijn, maar dat betekent niet dat het altijd alles of niets is. Natuurlijk is het zo, dat een verklaring uit een objectieve bron in de regel meer overtuigingskracht zal hebben dan een verklaring van een familielid, maar daarmee is niet gezegd dat een verklaring van een familielid onder alle omstandigheden van nul en generlei waarde is. Dat zou de rechter meer van geval tot geval moeten wegen (aldus ook Bolt, diss., blz. 171 en W. van Bennekom, «Waarheid en geheimen in het asielproces», in R. Bruin (red.), *Wederzijds wantrouwen*, Amsterdam: Amnesty International 2001, blz. 225–226).
De in het voorgestelde artikel 82a neergelegde opdracht aan de rechtbank om zich een eigen oordeel te vormen over de geloofwaardigheid van het asielrelaas, impliceert naar het oordeel van ondergetekenden ook dat het aan de rechtbank is om te beoordelen welke waarde in een concreet geval aan een document of ander bewijsmiddel toekomt. Dat biedt ruimte om factoren als de objectiviteit van de bron, de vraag of het document al dan niet gedateerd is of al dan niet een orgineel is wel mee te wegen, maar niet zonder meer doorslaggevend te achten. Dit geldt evenzeer voor nieuwe feiten of bewijsmiddelen die met toepassing van het nieuwe artikel 83 voor het eerst in de beroepsprocedure naar voren worden gebracht, als voor feiten en bewijsmiddelen die reeds bij de aanvraag naar voren zijn gebracht. In beide gevallen is beslissend of de rechter deze geloofwaardig acht.

3.5 Herhaalde aanvragen

Hiervoor is al gewezen op het fenomeen van de herhaalde aanvragen. Het vijfde knelpunt is de wijze waarop de Afdeling bestuursrechtspraak daarmee omgaat. Artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht geeft een regeling voor herhaalde aanvragen. Deze houdt in dat de indiener van een herhaalde aanvraag bij de aanvraag nieuwe feiten of omstandigheden (in het jargon: nova) moet aanvoeren. Als hij dit nalaat, mag het bestuursorgaan de aanvraag zonder verder onderzoek afwijzen, onder verwijzing naar de eerdere afwijzing. Als nieuwe feiten worden niet beschouwd feiten of bewijsstukken die betrokkenen redelijkerwijs bij zijn eerste aanvraag had kunnen – en dus volgens de Afdeling ook had moeten – aanvoeren (zie bijv. ABRvS 19 december 2003, JV 2004, 593).
Een bestuursorgaan is echter wel bevoegd om een herhaalde aanvraag opnieuw inhoudelijk te behandelen, ook als er geen nieuwe feiten of omstandigheden zijn. Dit gebeurt ook regelmatig. Volgens de bestuursrechter (in dit geval niet slechts de Afdeling, maar ook de Centrale Raad van Beroep), mag de rechter de beslissing om dat wel of niet te doen echter niet of nauwelijks toetsen. Volgens deze rechtspraak is de bestuursrechter bij een herhaalde aanvraag slechts bevoegd te toetsen of het bestuursorgaan terecht heeft geoordeeld dat er wel of geen nieuwe feiten zijn. Als er geen nieuwe feiten zijn, mag de rechter de hernieuwde beslissing niet toetsen, zelfs niet als het bestuursorgaan de zaak opnieuw inhoudelijk heeft behandeld. Het argument hiervoor is dat de rechter nooit tweemaal over dezelfde zaak oordeelt. Een andere opvatting zou er toe leiden, aldus deze rechtspraak, dat een aanvrager de regels over de

beperkte beroepstermijn zou kunnen ontduiken door een nieuwe aanvraag in te dienen (ABRvS 4 april 2003, AB 2003, 315 m.nt. BPV; ABRvS 28 juli 2004, AB 2004, 352 m.nt. A.T. Marseille; CRvB 6 november 2003, JB 2004, 29 m.nt. EvdL). Volgens de Afdeling kan er slechts in zeer bijzondere omstandigheden aanleiding zijn om deze procedureregels niet aan de vreemdeling tegen te werpen (ABRvS 11 augustus 2004, AB 2004, 406 m.nt. Sew).
Ook aan het bewijs bij een herhaalde aanvraag stelt de Afdeling hoge eisen. Het bewijs van de nieuwe feiten moet direct bij de herhaalde aanvraag worden overgelegd, tenzij betrokkene in beroep aantoont dat dat dat echt niet eerder kon, en er worden dezelfde hoge eisen aan gesteld als aan het bewijs van nieuwe feiten in de zin van artikel 83 Vw 2000 (ABRvS 3 augustus 2001, JV 2001, 258).
Deze opvatting van de Afdeling is als uitgangspunt wel juist, maar de Afdeling past hem volgens velen te strikt toe. Dit kan in strijd komen met internationaalrechtelijke verplichtingen, in het bijzonder de zogenaamde refoulementverboden. De bekendste daarvan zijn artikel 33 Vluchtelingenverdrag en artikel 3 EVRM. Artikel 33 Vluchtelingenverdrag verbiedt het uitzetten of terugleiden van een vluchtelingen naar (de grenzen van) een gebied waar hij vervolging te duchten heeft. Artikel 3 EVRM verbiedt iedere onmenselijke of vernederende behandeling en daarmee, naar vaste rechtspraak, ook de uitzetting of verwijdering van een persoon naar een land waar deze zodanige behandeling te duchten heeft.
Deze refoulementverboden hebben een absoluut karakter (zie bijv. EHRM 19 februari 1998, JV 1998, 45; EHRM 17 december 1996, RV 1996, 21 m.nt. BPV (Ahmed)). Dit brengt mee, dat bij de toepassing daarvan in beginsel moet worden uitgegaan van de meest actuele stand van zaken en dat daarbij rekening moet worden gehouden met alle relevante feiten of omstandigheden, ongeacht wanneer deze zijn aangevoerd en ongeacht of deze eerder had kunnen worden aangevoerd. Aldus ook de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 5 juli 2005, JV 2005, 304 m.nt. TS (Saïd)). Dit betekent dus met name dat relevante feiten of bewijsmiddelen niet zonder meer buiten beschouwing kunnen worden gelaten op de enkele grond, dat deze reeds bij de aanvraag hadden kunnen en dus moeten worden aangevoerd. Dit ligt ook voor de hand: hoezeer de asielzoeker in dit opzicht ook nalatig is geweest, dit mag niet leiden tot uitzetting naar een land waar hij vervolging of een onmenselijke of vernederende behandeling moet vrezen; dat zou immers vrijwel per definitie een onevenredig zware sanctie zijn.
Nu heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak-Bahaddar (EHRM 19 februari 1998, JV 1998, 45) ook gezegd (r.o. 45), dat het absolute karakter van artikel 3 EVRM de asielzoeker op zichzelf niet ontslaat van de verplichting om beschikbare nationale rechtsmiddelen te benutten en daarbij nationale regels van procesrecht in acht te nemen. Dit vereiste en de nationale regels mogen echter niet te rigide worden toegepast; er moet ruimte zijn om op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval uitzonderingen te maken, teneinde onaanvaardbare uitkomsten te voorkomen.
Op papier voorziet de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak ook in zo'n uitzondering voor «bijzondere omstandigheden» (ABRvS 24 april 2003, AB 2003, 316 m.nt. BPV). Behalve in deze ene uitspraak heeft de Afdeling echter in de praktijk nooit geoordeeld dat deze uitzondering op het regime van artikel 4:6 had moeten worden toegepast. Gelet hierop is het zeer de vraag of de door de Afdeling erkende uitzondering in het licht van het EVRM ruim genoeg is (aldus ook Spijkerboer/Vermeulen, a.w., blz. 313). Het EHRM zelf gaat veel soepeler met procedurele vereisten om en als het als gevolg daarvan inhoudelijk aan artikel 3 EVRM toetst, betrekt het bij zijn oordeel alle relevante feiten en gegevens, ongeacht wannneer die zijn voorgevallen of overgelegd. Het is wenselijk dat de Nederlandse rechter op dezelfde wijze aan artikel 3 EVRM kan toetsen als

het EHRM zelf doet; dat voorkomt ook (voor alle partijen!) tijdrovende procedures in Straatsburg.
In een recente uitspraak (ABRvS 15 juni 2006, JV 2006, 290) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak uitvoerig betoogd dat het huidige stelsel niet in strijd is met het EVRM. In het bijzonder stelt de Afdeling, dat het EHRM in beginsel het nationale procesrecht respecteert en nimmer heeft uitgesproken dat de nationale rechter op dezelfde wijze moet toetsen als het EHRM zelf. Dat moge strikt juridisch gesproken juist zijn, maar neemt niet weg dat het zeer wenselijk is dat de Nederlandse rechter in zijn wijze van toetsing aansluiting zoekt bij het EHRM. Zolang er aanmerkelijke verschillen bestaan tussen de toetsing door de Nederlandse rechter en de toetsing door het EHRM, blijft het voor asielzoekers aantrekkelijk om in Straatsburg door te procederen. In dat geval is het vrijwel onvermijdelijk dat van tijd tot tijd zo'n procedure zal uitmonden in een veroordeling van Nederland wegens schending van artikel 3 EVRM. Het spreekt toch eigenlijk vanzelf dat dat zoveel mogelijk moet worden voorkomen.
Gelet hierop wordt in onderdelen A en E van het wetsvoorstel voorgesteld te bepalen, dat rechter en bestuur artikel 4:6, tweede lid, Awb buiten toepassing moeten laten als aannemelijk is, dat uitzetting van de asielzoeker een verboden refoulement zou opleveren. Dit betekent dat dan ook de strenge eisen die de huidige jurisprudentie stelt aan het bewijs van nieuwe feiten in de zin van artikel 4:6, niet gelden.

4. Gevolgen voor de rechterlijke macht en budgettaire gevolgen

Dit wetsvoorstel betekent voor de rechtbanken meer werk per zaak, omdat in een aantal gevallen uitvoeriger onderzoek naar de feiten zal moeten worden gegaan. Daar staat echter tegenover, dat het ook zal leiden tot minder zaken, vooral door het verder terugdringen van het aantal herhaalde aanvragen. Het is moeilijk te kwantificeren wat per saldo het effect zal zijn. Omvangrijke effecten zijn niet te verwachten, mede in aanmerking nemend dat de instroom van asielzoekers en op termijn dus ook het aantal asielzaken gestaag daalt.
In de mate waarin de werklast van de rechtbanken per saldo toeneemt, zal dit op termijn gevolgen hebben voor de budgetten voor de rechterlijke macht, dan wel voor de doorlooptijden in vreemdelingenzaken. Ook die zijn echter op voorhand niet goed te kwantificeren. Daarnaast zouden er effecten kunnen zijn voor de werklast van de IND, in die zin dat waarschijnlijk in de eerste periode na na inwerkingtreding het aantal vernietigingen zal toenemen door de meer indringende toetsing van de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Daar staat echter tegenover dat ook de IND zal profiteren van een afname van het aantal herhaalde aanvragen.

ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I

Onderdelen A en E (artikel 31 en 83a Vw 2000)

Deze artikelen betreffen de problematiek van de herhaalde aanvragen (zie paragraaf 3.5 van het algemeen gedeelte van deze toelichting). Het voorgestelde artikel 31, vierde lid, bepaalt dat de minister bij een dergelijke herhaalde aanvraag artikel 4:6, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht buiten toepassing moet laten als aannemelijk is dat uitzetting van de vreemdeling in strijd zou komen met een voor Nederland geldende internationaalrechtelijke verplichting. Bij dat laatste moet in de eerste plaats worden gedacht aan de refoulementverboden van artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag en artikel 3 EVRM.
Er zijn echter ook nog andere refoulementverboden, zoals artikel 3 van het Antifolterverdrag (Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke

of onterende behandeling of bestraffing, Trb. 1985, 69). Deze spelen deze in de praktijk een veel kleinere rol dan de twee genoemde. Niettemin is het beter om een formulering te kiezen die er rekening mee houdt dat de Nederlandse rechter onder omstandigheden ook op grond van andere – huidige of toekomstige – internationaalrechtelijke bepalingen verplicht kan zijn om bij de beoordeling van een herhaalde aanvraag alle relevante feiten en omstandigheden te betrekken, met inbegrip van feiten of omstandigheden die wellicht eerder had kunnen worden aangevoerd.
Artikel 31, vierde lid, Vw 2000 richt zich tot het bestuur: de IND mag artikel 4:6 Awb niet toepassen als aannemelijk is dat dit tot een ontoelaatbare uitzetting zou kunnen leiden.
Dit betekent dat de IND de aanvraag opnieuw inhoudelijk moet onderzoeken met inachtneming van alle beschikbare informatie.
Dit heeft ook gevolgen voor de toetsing door de rechter. Omdat de IND voortaan in sommige gevallen niet alleen bevoegd, maar ook verplicht is artikel 4:6, tweede lid, Awb buiten toepassing te laten, zal de rechter desgevraagd moeten controleren of deze verplichting is nageleefd. Hij kan dus niet volstaan met na te gaan of de IND terecht heeft geoordeeld dat geen nieuwe feiten of omstandigheden zijn aangevoerd. Ook als dat het geval is, moet hij toetsen of de IND de aanvraag niettemin inhoudelijk had moeten beoordelen op grond van het nieuwe artikel 31, vierde lid, Vw 2000.
Ook dat is echter nog niet voldoende. Om de in paragraaf 3.5 van het algemeen gedeelte van deze toelichting uiteengezette redenen, dient de rechter de beslissing van de IND in deze gevallen ook volledig inhoudelijk te toetsen. Daarvoor is een afzonderlijke bepaling nodig, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak haar opvatting dat dit laatste niet mag, niet rechtstreeks op artikel 4:6 Awb baseert, maar op het mede aan dat artikel ten grondslag liggende «ne bis in idem» beginsel. Daarom bepaalt het voorgestelde artikel 83a Vw 2000 dat de rechter een beslissing op een herhaalde aanvraag moet toetsen alsof het een eerste aanvraag was, indien aannemelijk is dat uitzetting tot een verboden refoulement zou kunnen leiden. Deze toetsing dient bovendien, zoals hiervoor uiteengezet, «ex nunc» te geschieden en met inachtneming van alle beschikbare informatie, ongeacht of deze eerder had kunnen worden overgelegd. De rechter moet de beslissing op een herhaalde aanvraag derhalve volledig toetsen in twee situaties:

- indien de IND artikel 4:6, tweede lid, Awb buiten toepassing heeft gelaten maar niettemin tot een afwijzing is gekomen;
- indien de IND artikel 4:6, tweede lid, Awb terecht wel heeft toegepast, maar op grond van nadien voorgevallen feiten, nieuwe informatie of nieuw beleid alsnog aannemelijk wordt dat refoulement dreigt.

Ter verduidelijking nog het volgende: de refoulementverboden verbieden de uitzetting of verwijdering van de vreemdeling. Artikel 31 Vw 2000 gaat over de beslissing op de aanvraag om toelating. Men zou kunnen denken dat artikel 31 Vw 2000 daarom niet de juiste plaats is voor een bepaling die beoogt onrechtmatige uitzetting te voorkomen. Dit is echter een misverstand. De Vw 2000 kent namelijk het systeem van de zogenaamde «meeromvattende» beschikking. Dit betekent dat een afwijzing van de aanvraag om toelating van rechtswege ook het oordeel inhoudt, dat de vreemdeling kan worden uitgezet. Derhalve moet de vraag óf de vreemdeling kan worden uitgezet, reeds bij de beslissing op de aanvraag om toelating worden betrokken.

Onderdeel B (artikel 38 Vw 2000)

In artikel 38 wordt de «bewijsvoorlichtingsplicht» van de IND nog eens nadrukkelijk vastgelegd. Het gaat hier om een inspanningsverplichting.

Zie nader paragraaf 3.2 van het algemeen gedeelte van deze memorie van toelichting.

Onderdeel C (Artikel 82a Vw 2000)

Dit artikel bevat een van de hoofdpunten van het onderhavige wetsvoorstel. Aan de rechtbank wordt opgedragen de geloofwaardigheid van het asielrelaas zelfstandig te beoordelen en zich dus niet te beperken tot een marginale toetsing van het oordeel van de IND daaromtrent. De rechtbank dient bij haar oordeel alle relevante feiten en omstandigheden te betrekken. Daartoe behoren ook de feiten en omstandigheden, genoemd in artikel 31, tweede lid, Vw 2000. Het is, anders dan onder de huidige jurisprudentie, echter niet zo, dat bijvoorbeeld het ontbreken van documenten (artikel 31, tweede lid, onder f) automatisch en altijd tot een andere toetsingsmaatstaf moet leiden; men zie paragraaf 3.1 van het algemeen gedeelte van deze toelichting.
Een en ander impliceert, dat de rechter zo nodig ook de eigen onderzoeksbevoegdheden die de Awb hem biedt – zoals het horen van getuigen of het benoemen van deskundigen – kan inzetten om tot een verantwoord oordeel omtrent de geloofwaardigheid van het asielrelaas te komen.
Voor de goede orde zij opgemerkt, dat artikel 82a, evenals het huidige artikel 83 slechts geldt voor de rechtbank. Dit wetsvoorstel beoogt geen wijziging te brengen in de taak van de Afdeling bestuursrechtspraak in hoger beroep, die is beperkt tot een beoordeling van de tegen de uitspraak van de rechtbank aangevoerde grieven.

Onderdeel D (artikel 83 Vw 2000)

Dit artikel draagt de rechtbank op om op veel ruimere schaal dan thans rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen die zich sinds het bestreden besluit hebben voorgedaan. Het eerste lid, aanhef en onderdeel a richt zich tegen de in paragraaf 3.3 van het algemeen gedeelte van deze toelichting besproken jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, die kort gezegd inhoudt dat tussen de aanvraagfase en de beroepsfase een gronden- en een bewijsfuik is ingebouwd. De rechtbank dient dus ook acht te slaan op argumenten en bewijsmiddelen die de vreemdelingen wellicht eerder had kunnen aanvoeren. Aldus wordt voorkomen dat de vreemdeling een nieuwe aanvraag indient, waarbij deze nieuwe argumenten of bewijsmiddelen alsnog moeten worden beoordeeld, al dan niet met toepassing van het nieuwe artikel 31, vierde lid.
Het eerste lid, onderdeel b, ziet op feiten en omstandigheden die zich pas na het bestreden besluit hebben voorgedaan en komt in die zin overeen met het bestaande artikel 83, zoals dat oorspronkelijk door de wetgever was bedoeld. Het moet echter worden gelezen in samenhang met het voorgestelde artikel 82a, hetgeen meebrengt dat voor het bewijs van dergelijke nieuwe feiten niet zonder meer de strenge en rigide eisen gelden die de Afdeling bestuursrechtspraak daar thans aan stelt.
Het eerste lid, onderdeel c, stelt buiten twijfel dat de rechter ook rekening moet houden met na de bestreden beslissing totstandgekomen nieuw beleid, waarbij dan met name moet worden gedacht aan categoriaal beschermingsbeleid voor vreemdelingen uit een bepaald land of een bepaalde regio. In zo'n geval zal immers vrijwel zeker de situatie voordoen dat het buiten beschouwing laten van dit nieuwe beleid slechts leidt tot een nieuwe aanvraag waarbij het beleid alsnog moet worden toegepast.
Het tweede lid komt overeen met het bestaande artikel 83, tweede lid, met dien verstande dat door het gebruiken van het ruimere woord «gegevens» is aangegeven dat het tweede lid ziet op alle in het eerste lid genoemde categorieën: nieuwe bewijsmiddelen, «echte» nieuwe feiten en nieuw beleid.
Bij de toepassing van het eerste lid geldt wel de grens die ook voor het

bestaande artikel 83 geldt: de rechter kan besluiten in een laat stadium aangevoerde argumenten en bewijsmiddelen buiten beschouwing te laten als een goede procesorde dit vergt, dan wel om ontoelaatbare vertraging in de afdoening van de zaak te voorkomen. Dit is neergelegd in het derde lid. Aldus houdt de rechter een middel in handen om misbruik van de geboden ruime processuele mogelijkheden te voorkomen.
Het vierde lid, ziet op feiten als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b. Dit betreft dus in de eerste plaats de «ex nunc» toetsing in enge zin: het gaat om feiten die de vreemdeling per definitie niet reeds in de aanvraagfase had kunnen inroepen, om de eenvoudige reden dat die feiten toen nog niet bestonden. In dat geval is het redelijk dat de rechtbank de vreemdeling er zo nodig op wijst dat hij deze feiten aannemelijk moet maken en hem daartoe ook een redelijke termijn gunt. Diezelfde plicht zou immers ook op de IND hebben gerust als het feit wel voor de bestreden beslissing was voorgevallen. Anders gezegd: de ex nunc-toetsing brengt mee dat voor de na het bestreden besluit voorgevallen feiten de «bewijsvoorlichtingsplicht» verschuift van de IND naar de rechtbank.
Het vierde lid ziet voorts ook op feiten en bewijsmiddelen als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a. Dit lijkt op het eerste gezicht misschien wat erg royaal voor de vreemdeling als het gaat om feiten of bewijsmiddelen die ook al in de aanvraagfase naar voren hadden kunnen worden gebracht, maar het argument daarvoor is weer dat aldus herhaalde aanvragen kunnen worden voorkomen.
Het vijfde lid komt overeen met het huidige derde lid, met één nuancering. Het houdt in dat de rechtbank aan de minister moet vragen schriftelijk aan te geven wat naar diens oordeel de gevolgen van de nieuwe argumenten of bewijsmiddelen, dan wel het nieuwe beleid, zijn voor de bestreden beslissing. Aldus blijft het primaat van de bestuurlijke besluitvorming zoveel mogelijk onaangetast. Bovendien kan het onder omstandigheden praktisch zijn: als ook de minister tot de conclusie komt dat op grond van de nieuwe gegevens alsnog een verblijfsvergunning moet worden verleend, is het geschil daarmee ten einde.
Een en ander vormt een goede hoofdregel, maar in de praktijk is gebleken dat aan zo'n schriftelijke reactie niet in iedere zaak behoefte is, omdat de procesvertegenwoordiger van de IND soms heel goed in staat om ter zitting mondeling op de nieuwe ontwikkelingen te reageren. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als hetzelfde nieuwe feit in een reeks van soortgelijke procedures wordt aangevoerd. Daarom is in het nieuwe vijfde lid bepaalt dat de rechtbank van het vragen van een schriftelijke reactie kan afzien, indien daaraan redelijkerwijs geen behoefte bestaat.
Voor de goede orde zij tenslotte opgemerkt, dat het voorgestelde nieuwe artikel 83, net als het huidige artikel 83, slechts geldt voor de rechtbank. Dit wetsvoorstel beoogt geen wijziging te brengen in de taak van de Afdeling bestuursrechtspraak in hoger beroep, die is beperkt tot een beoordeling van de tegen de uitspraak van de rechtbank aangevoerde grieven.

ARTIKEL II

Artikel II bevat het noodzakelijke overgangsrecht. De achterliggende gedachte daarvan is dat om praktische redenen moet worden voorkomen dat het nieuwe recht van toepassing wordt in lopende procedures die al een eind gevorderd zijn. De onderdelen A en B van artikel I van het wetsvoorstel betreffen mede de beslissing op de aanvraag. Daarvan is bepaald dat zij nog niet van toepassing zijn als de vreemdeling reeds over zijn aanvraag is gehoord. Anders gezegd: als voor inwerkingtreding van deze wet het nader gehoor heeft plaatsgevonden, wordt de aanvraagprocedure nog volgens het oude recht afgehandeld.
De onderdelen C , D en E van artikel I van het wetsvoorstel betreffen het beroep bij de rechtbank. Deze zijn niet van toepassing indien het beroep reeds voor inwerkingtreding van deze wet ter zitting is behandeld. Dan

zou toepassing van het nieuwe recht immers een nieuwe zitting vergen. Deze onderdelen kunnen echter zonder bezwaar van toepassing zijn op de procedure bij de rechter als er nog geen zitting is gehouden. Dit geldt ook als de aanvraagprocedure nog onder het oude recht is afgehandeld.

ARTIKEL III

Gekozen is voor inwerkingtreding van het wetsvoorstel op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Gezien de beperkte omvang van de wijzigingen zal dit tijdstip vrij kort na de bekendmaking van de wet gelegen kunnen zijn.

Lambrechts
Van der Ham