

Artikel 1F Vluchtelingenverdrag

Een criminal charge?

Bas Wallage¹

Op basis van vaste jurisprudentie van het EHRM wordt een bestuursrechtelijke punitieve maatregel gezien als criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Vreemdelingengeschillen vallen echter buiten de toepassingsreikwijdte van dit artikel. Uitsluiting van vreemdelingen van de asielprocedure overeenkomstig artikel 1F Vluchtelingenverdrag kan echter zondermeer gezien worden gezien als een punitieve sanctie. Omdat artikel 1F Vluchtelingenverdrag is overgenomen in de Europese Definitierichtlijn kan wel een beroep worden gedaan op het Handvest van de grondrechten waarin vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen als in artikel 6 EVRM. Daarom kan worden geconcludeerd dat in zaken waarin artikel 1F aan de orde is strafrechtelijke waarborgen, zoals de onschuldpresumptie, in acht moeten worden genomen.

1. Inleiding

De afgelopen maanden is er veel aandacht voor vreemdelingen die in Nederland worden uitgesloten van de asielprocedure op basis van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag (hierna: 1F Vluchtelingenverdrag). De Nederlandse staat werpt artikel 1F Vluchtelingenverdrag in een asielprocedure tegen indien het vermoeden bestaat dat de vreemdeling in het land van herkomst oorlogsmisdaden heeft begaan. De afgelopen maanden worden Afghaanse 1F-ers uitgezet omdat de Nederlandse regering in een nieuw ambtsbericht van mening is dat uitzetting niet in strijd is met artikel 3 EVRM.² Zoals ik al eerder heb betoogd valt te betwijfelen of een dergelijke gang van zaken niet in strijd is met de artikelen 2, 3 en 8 EVRM.³

Door de opkomst van het punitief bestuursrecht heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Öztürk* een uitspraak gedaan die wellicht ook van invloed kan zijn in 1F-zaken.⁴ Ook indien een 'punitieve maatregel' wordt opgelegd in het kader van het bestuursrecht dient een overheidsorgaan strafrechtelijke waarborgen in acht te nemen overeenkomstig artikel 6 EVRM. Vreemdelingengeschillen vallen echter buiten de reikwijdte van dit artikel.⁵

Sinds 2009 is het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) bindend voor de lidstaten van de Europese Unie waar het gaat om de tenuitvoerlegging van Europees recht.⁶ Het Europees recht is van toepassing in '1F-zaken' omdat de inhoud van artikel 1F Vluchtelingenverdrag is overgenomen in de Europese

definitierichtlijn. Om deze reden is ook het Handvest van toepassing. Hoofdstuk 6 van het Handvest is inhoudelijk vergelijkbaar met artikel 6 EVRM. Echter geldt de doeltreffende voorziening van hoofdstuk 6 van het Handvest óók voor vreemdelingen.⁷

In dit artikel zal ik eerst bespreken op welke bestuursrechtelijke gronden vreemdelingen worden uitgesloten van de asielprocedure op grond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag. Hierna zal ik bespreken wat de gevolgen van de toepassing van het begrip 'criminal charge' in 1F-zaken kunnen zijn. Tot slot volgt een conclusie. De wetenschappelijke discussie over de verhouding tussen het EVRM en het Handvest wordt in dit artikel niet betrokken.

2.1. Artikel 1F Vluchtelingenverdrag

In 1951 is de term 'vluchteling' uitgewerkt in artikel 1A sub 2 van het Vluchtelingenverdrag. Een vreemdeling die vlucht uit gegronde vrees voor vervolging dient opvang te krijgen in een lidstaat van het Vluchtelingenverdrag. Voornoemde bescherming geldt niet voor vreemdelingen die zich schuldig hebben gemaakt aan oorlogsmisdaden. Het Vluchtelingenverdrag bepaalt dan ook in artikel 1F dat het Verdrag niet van toepassing is op personen ten aanzien van wie er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat zij:

- a. een misdrijf tegen de vrede, tegen de menselijkheid of een oorlogsmisdrijf hebben gepleegd;
- b. een ernstig niet-politiek misdrijf hebben gepleegd buiten

het land van toevlucht, voordat zij als vluchteling werden toegelaten;
c. zich schuldig hebben gemaakt aan handelingen in strijd met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties.

2.1.1. Ernstige redenen

De term 'ernstige redenen' uit artikel 1F Vluchtelingenverdrag wordt in Nederland getoetst door middel van de 'personal and knowing participation' test. Naar aanleiding van een voorstel van de Advies Commissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) is in 2001 de 'personal and knowing participation test' ingevoerd in Nederland.⁸ Dit systeem is gebaseerd op Canadese Jurisprudentie.⁹ Onlangs is Canada na een uitspraak van de Supreme court of Canada gestopt met dit systeem.¹⁰ Het systeem zou niet voldoen aan de individuele toetsing van een vreemdeling aldus de hoogste Canadese rechter. Nederland is nog het enige land ter wereld die dit systeem gebruikt.

De centrale vraag in de participation test luidt of de vreemdeling wist of behoorde te weten dat er mensenrechtenschendingen plaatsvonden in de organisatie waar de vreemdeling werkzaam was. Dit wordt de 'knowing' participation test genoemd. Daarnaast is het de vraag of de vreemdeling persoonlijk betrokken is geweest bij de mensenrechtenschendingen. Dit wordt de 'personal' participation test genoemd. De functie van de vreemdeling en de schaal van mensenrechtenschendingen zijn hierbij van belang. Indien de vreemdeling leidinggevende is geweest binnen de organisatie die zich schuldig heeft gemaakt aan mensenrechtenschendingen wordt vermoed dat de vreemdeling zich ook schuldig heeft gemaakt aan deze schendingen.¹¹ De vreemdeling moet daarnaast wel enige invloed kunnen hebben gehad op de mensenrechtenschendingen. Enkel de aanwezigheid bij de mensenrechtenschendingen is niet voldoende om uitgesloten te worden op basis van artikel 1F Vluchtelingenverdrag. De ultieme vraag is of de vreemdeling een zodanige bijdrage heeft gehad dat het gepleegde misdrijf niet op dezelfde manier had kunnen plaatsvinden zonder inbreng van de vreemdeling.¹²

De praktische vraag bij dit systeem luidt hoe een lidstaat de betrokkenheid van de vreemdeling kan aantonen? Aan het uiterlijk van de vreemdeling valt de betrokkenheid niet af te zien. Bij de huidige invulling van de participation testen zijn de verdenkingen van de Nederlandse minister voornamelijk gebaseerd op algemene ambtsberichten en algemene beschikbare informatie over

desbetreffende landen. Ook kunnen er individuele ambtsberichten over vreemdelingen worden gemaakt. Deze stukken vormen gezamenlijk met de verklaringen van de vreemdeling het bewijsmateriaal in een 1F zaak.¹³

Algemene ambtsberichten spelen dus een grote rol bij de asielpcedure. De Nationale ombudsman heeft geconcludeerd dat de ambtsberichten echter niet altijd zorgvuldig tot stand komen. Het Ministerie van Buitenlandse Zaken is in deze onzorgvuldig.¹⁴ Ook zou de IND de berichten oneerlijk toepassen en zijn er tekenen van vooringenomenheid en partijdigheid. Uit het onderzoek van de ombudsman blijkt verder dat in ruim 80% van de zaken waarin algemene ambtsberichten worden gebruikt, een afwijzing van het asiilverzoek volgt. De vreemdeling

De term 'ernstige redenen' uit artikel 1F Vluchtelingenverdrag wordt in Nederland getoetst door middel van de 'personal and knowing participation' test

heeft weinig mogelijkheden om een ambtsbericht aan te vechten. Zo zijn veel algemene ambtsberichten gebaseerd op anonieme informatie en ligt de bewijslast bij de vreemdeling.¹⁵ Het ontkrachten van het bewijs is in de praktijk dan ook vrijwel onmogelijk. Zo probeerde een vreemdeling onlangs met ruim 100 verklaringen aan te tonen dat hij geen persoonlijke bijdrage heeft geleverd aan mensenrechtenschendingen.¹⁶ Dit mocht niet baten aangezien de Nederlandse regering geen 'tegenbewijs' uit het land van herkomst accepteert.

Samengevat wordt artikel 1F Vluchtelingenverdrag uitgevoerd op basis van een bestuursrechtelijk vermoeden van betrokkenheid bij oorlogsmisdaden door de Nederlandse regering. Dit vermoeden wordt onderbouwd op basis van de participation testen. In de praktijk komt dit neer op een onderbouwing op basis van algemene ambtsberichten.

De voornoemde participation testen, die momenteel worden gehanteerd om te onderzoeken of een vreemde-

Auteur

1. B. Wallage LL.B. is masterstudent rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden en is onder andere werkzaam bij het Gerechtshof te Den Haag. Ook is hij actief voor het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJC/M). Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

Noten

2. Ministerie van Buitenlandse Zaken, algemeen ambtsbericht Afghanistan, september

2014.

3. B. Wallage, 'Artikel 1F Vluchtelingenverdrag: het recht op leven in gevaar', *NJB* (blog), 4 februari 2015.

4. EHRM 21 februari 1984, Series A, nr. 73 (*Öztürk*).

5. R.J.G.M. Widdershoven, 'Naar een Europese harmonisatie van het nationale bestuursrecht?', *NTBR*, 24 september 2014.

6. Idem.

7. Idem.

8. Jaarverslag ACVZ 2001, van ACV naar

ACVZ, p. 10.

9. Vreemdelingencirculaire 2000, C-4/3.11.3.3. Canadese jurisprudentie: Federal Court of Appeal, 7 februari 1992, (*Ramirez vs. Canada*).

10. Uitspraak 17 januari 2013, supreme court of Canada (*Ezokola vs. Canada*)

11. Van Bennekom & van der Winden, *Asielrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2010, p. 188.

12. ABRvS 16 januari 2004, nr. 200305320/1, *JV* 2004/130.

13. Zie bijv.: Ministerie van Buitenlandse Zaken, ambtsbericht *Veiligheidsdiensten in communistisch Afghanistan*, 29 februari 2000.

14. Dossier kwaliteit individuele ambtsberichten, 2007, p. 40.

15. ABRvS 24 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8654.

16. B. Wallage, Artikel 1F Vluchtelingenverdrag: het recht op leven in gevaar, *NJB* (blog), 4 februari 2015.

ling mogelijk oorlogsmisdaden heeft gepleegd, komen echter niet overeen met de strafrechtelijke waarborgen, zoals het uitgangspunt van de onschuldpresumptie. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft, zoals in de inleiding omschreven, in de zaak *Öztürk* geoordeeld dat op basis van het EVRM op grond van het begrip 'criminal charge' ook bij bestuursrechtelijke punitieve sancties de strafrechtelijke waarborgen dienen te gelden. In het vervolg van deze bijdrage zal ik de eventuele gevolgen van het begrip 'criminal charge' voor de Nederlandse toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag bespreken.

De vreemdeling heeft weinig mogelijkheden om een ambtsbericht aan te vechten

2.2. Artikel 1F Vluchtelingenverdrag: een criminal charge?

In de zaak *Engel vs. Nederland* en hierna vervolgens in de zaak *Öztürk* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onder meer geoordeeld dat een bestuursrechtelijke maatregel kan worden gezien als 'criminal charge'.¹⁷ In een dergelijk geval dienen de strafrechtelijke waarborgen in acht te worden genomen. Bij de beoordeling of er sprake is van een criminal charge zijn de volgende aspecten van belang:

- 1) de classificatie van het feit in de nationale wetgeving van het betrokken land;
- 2) het karakter van het misdrijf of de overtreding;
- 3) de ernst van de bestraffing.

In 1F zaken zou dit op basis van deze criteria tot de volgende uitkomst kunnen leiden. Indien een feit in een lidstaat niet strafbaar is gesteld hoeft dit volgens het Hof nog niet te betekenen dat er geen sprake is van een criminal charge. Aan het eerste criterium heeft het Hof dus geen doorslaggevende betekenis toegekend zodat hier in het algemeen aan wordt voldaan.¹⁸

Het is duidelijk dat de misdrijven tegen de menselijkheid zoals genoemd in artikel 1F Vluchtelingenverdrag strafbaar zijn gesteld in het Nederlandse wetboek van strafrecht. Het karakter van de misdrijven die ten grondslag liggen aan de toepassing van artikel 1F zijn dus strafrechtelijk van aard en deze misdrijven worden inmiddels gerekend tot het internationaal gewoonterecht.¹⁹ Ook aan het tweede criterium wordt voldaan. Tot slot is de ernst van de bestraffing van belang. Hierbij wordt gekeken of de sanctie een punitief karakter heeft. Aangezien de vreemdeling in 1F zaken in Nederland wordt uitgesloten van de asielprocedure kan worden gesteld dat hier sprake is van een punitieve sanctie.²⁰ Het feit dat de uitsluiting in Nederland wordt toegepast als bestuursrechtelijk vermoeden doet hier niets aan af. Een dergelijk vermoeden mag volgens het EHRM alleen worden gecodificeerd in nationale wetgeving zolang het vermoeden weerlegbaar is.²¹ Zoals eerder betoogd zijn algemene ambtsberichten in Nederland nauwelijks weerlegbaar.

Het EHRM heeft in de zaak *Maaouia vs. Frankrijk* geoordeeld dat een uitsluiting onder artikel 1F Vluchtelingenverdrag niet onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt.²² Deze conclusie valt ook terug te lezen in Nederlandse rechtspraak.²³ Zo oordeelt de Raad van State: 'Zodanige procedure strekt niet tot vaststelling van een "civil right"'. De uitspraken van het EHRM en de Raad van State volgen uit de reikwijdte van artikel 6 EVRM. Dit artikel geldt zoals reeds beschreven namelijk niet voor vreemdelingen. Het Handvest biedt daarentegen meer mogelijkheden. Zoals ik in de volgende paragraaf betoog biedt het Handvest een bredere bescherming op basis van artikel 53 lid 3.

2.3. Verschil tussen het EVRM en het Handvest

Zoals reeds beschreven bestaat er een inhoudelijk verschil tussen artikel 6 EVRM en de artikelen 47 tot en met 50 van het Handvest. Laatstgenoemden zijn ook van toepassing op vreemdelingengeschillen. Het is zo dat aan het Handvest kan worden getoetst indien er sprake is van de toepassing van het Europees recht. Het Vluchtelingenverdrag is een internationaal verdrag en kan daarom niet worden getoetst aan het Handvest. De uitsluiting als genoemd in artikel 1F Vluchtelingenverdrag is echter direct overgenomen in artikel 12 van de Europese definitierichtlijn.²⁴ Er is dus ook sprake van een Europeesrechtelijk geschil en dus is het Handvest van toepassing. In jurisprudentie wordt een beroep op de artikelen 47 tot en met 50 van het Handvest dan ook toegepast op vreemdelingengeschillen. Ook op basis van het Handvest toetst de rechter aan de criteria als genoemd in het *Engel-arrest*.²⁵ Het Europees Hof van Justitie heeft zich aangesloten bij de criminal charge-rechtspraak van het EHRM.²⁶ Zoals in de vorige paragraaf betoogd, is de uitsluiting van artikel 1F Vluchtelingenverdrag aan te merken als een criminal charge. De vraag of de uitsluiting op grond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag een criminal charge is, kon op grond van artikel 6 EVRM niet worden getoetst, aangezien het niet ging om een 'civil right'. Artikel 6 EVRM is immers niet van toepassing op vreemdelingengeschillen. Het Handvest heeft daarentegen een bredere reikwijdte en is zodoende wel van toepassing op vreemdelingengeschillen.

In het kader van artikel 1F Vluchtelingenverdrag is in het bijzonder artikel 48 van het Handvest relevant waarin de onschuldpresumptie is opgenomen. De uitsluitingsprocedure van artikel 1F is inhoudelijk vergelijkbaar met een strafrechtelijke procedure zodat uitsluiting op basis van een algemeen ambtsbericht strijdig is met de strafrechtelijke waarborgen als de onschuldpresumptie.²⁷ Zo is de vreemdeling, uitgesloten van de asielprocedure op basis van artikel 1F Vluchtelingenverdrag 'schuldig' bevonden op basis van de algemene ambtsberichten en dient de vreemdeling zelf zijn onschuld aan te tonen. Dit laatste blijkt in de praktijk onmogelijk.

Tot op heden is er nog weinig jurisprudentie voorhanden waarin een beroep op het Handvest in 1F zaken inhoudelijk door de rechter wordt behandeld. Wel is in een casus voor de Rechtbank Den Haag uit 2014 door een 1F-er een beroep gedaan op een criminal charge op basis van zowel het EVRM als het Handvest.²⁸ De rechter behandelde deze beroepen gezamenlijk en verwees naar het

Er is dus sprake van een Europeesrechtelijk geschil en dus is het Handvest van toepassing

standaard arrest *Maaouia vs. Frankrijk*. Deze motivering is discutabel omdat zoals eerder betoogd het Handvest wel van toepassing is op vreemdelingengeschillen.

2.3.1. De infractieprocedure

Mocht de Europese Commissie met mij van oordeel zijn dat de Nederlandse toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag en daarmee artikel 12 van de Europese definitierichtlijn strijdig is met de fundamentele beginselen van het Unierecht, zoals onder meer opgenomen in het Handvest, dan is het voor de Commissie mogelijk om een infractieprocedure te starten.²⁹ Deze procedure kan onder meer worden opgestart indien een lidstaat handelt in strijd met het Unierecht. De Commissie kan indien strijdigheid is aangenomen onder andere aanzienlijke sancties opleggen.³⁰

3. Conclusie

Op basis van vaste jurisprudentie van het Europees Hof

voor de Rechten van de Mens kan een bestuursrechtelijke maatregel op basis van artikel 6 EVRM worden bestempeld als criminal charge. Tot op heden wordt een vreemdeling op basis van een strafrechtelijk feit en op grond van een bestuursrechtelijk vermoeden uitgesloten van de asielpcedure. Deze uitsluiting overeenkomstig artikel 1F Vluchtelingenverdrag kan worden gezien als een punitieve sanctie. Een beroep op artikel 6 EVRM door een vreemdeling wordt door de rechter niet geaccepteerd omdat vreemdelingengeschillen niet onder de reikwijdte van dit artikel vallen. Een vreemdeling die is uitgesloten van de asielpcedure op basis van artikel 1F Vluchtelingenverdrag kan zoals eerder gesteld in een procedure een beroep doen op het Handvest dat een bredere reikwijdte kent. Ik concludeer dan ook dat de strafrechtelijke waarborgen, zoals de onschuldpresumptie in een 1F procedure dienen te gelden. Mocht de Nederlandse staat de 1F procedure niet aanpassen, dan dreigt wellicht een infractieprocedure. •

17. EHRM 8 juli 1976, (*Engel vs. Nederland*), Series A, nr. 22.

18. K. Reid, *A practitioners Guide to the European Convention of Human Rights*, 1998, p. 55.

19. NJCM, *NJCM commentaar betreffende de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag en de bestrijding van terrorisme*, 11 juni 2002.

20. EHRM 21 december 2000, (*Quinn vs.*

Ierland), EHRC 2001/3, nr.18.

21. EHRM 7 oktober 1988, *NJ 1991/593 (Salabiaku)*.

22. EHRM 5 oktober 2000, (*Maaouia vs. Frankrijk*), *JV 2000/15/264*, r.o. 32, m.nt. P. Boeles.

23. RvS, 23 juli 2004, ECLI: NL: RVS: 2004: AQ5615.

24. Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 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.

25. Gerechtshof Den Haag, 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017.

26. Zaak C-45/08, (*Spector Photo Group*), *Jur.* 2009, p. I-12073.

27. NJCM, *NJCM commentaar betreffende*

de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag en de bestrijding van terrorisme, 11 juni 2002.

28. Rechtbank Den Haag, 10 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8461.

29. Art. 258 tot en met 260 VWEU.

30. J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 210.