

# Rechtsherstel voor Somaliërs

Thomas Spijkerboer<sup>1</sup>

**Momenteel verblijven enige honderden Somaliërs in Nederland die tussen december 2010 en 2013 ten onrechte geen asiel in Nederland hebben gekregen. Hoe kan dit worden rechtgezet?**

## Het argument

Van december 2010 tot februari 2013 oordeelde de staatssecretaris (in het voetspoor van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State,<sup>2</sup> later gevolgd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens<sup>3</sup>) dat de situatie in Mogadishu zo ernstig was dat verwijdering van een ieder naar Mogadishu in strijd met artikel 3 EVRM zou zijn. Op grond daarvan meende de Afdeling dat ook uitzetting *via* Mogadishu (waarbij de vreemdeling zelf zou moeten doorreizen naar een veilig geacht deel van Somalië) in strijd met artikel 3 EVRM zou zijn. Omdat uitzetting naar Somalië alleen *via* Mogadishu mogelijk is, was uitzetting naar Somalië niet mogelijk.<sup>4</sup> Dus: in de periode december 2010 - februari 2013 was uitzetting van Somaliërs niet mogelijk, omdat Somaliërs bij uitzetting een reëel risico liepen om te worden onderworpen aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.

Artikel 29 lid 1 onder b onder 2 Vreemdelingenwet 2000 bepaalt dat een vreemdeling asiel krijgt als hij aanneemelijk heeft gemaakt dat hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. De Vreemdelingenwet is op dit punt in overeenstemming met Richtlijn 2011/95 van de EU. Op grond van het Nederlandse en Europese recht zou je verwachten dat Somaliërs tussen december 2010 en februari 2013 asiel hadden gekregen, omdat de staatssecretaris en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vastgesteld hadden dat zij bij uitzetting naar of *via* Mogadishu een reëel risico liepen om te worden onderworpen aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.

Dat is echter niet gebeurd. Minister Leers was van

mening dat Somaliërs in deze periode wel vrijwillig terug konden, mits zij afkomstig waren uit een ander deel van Somalië dan Mogadishu.<sup>5</sup> Hij zei er niet bij hoe dat zou kunnen, en dat is dan ook onduidelijk gebleven. De enige mogelijke route – *via* Mogadishu – kon immers niet vanwege het risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State accepteerde echter dit argument. De Afdeling ging akkoord omdat niet de uitzetting zelf in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM, maar slechts de *wijze van* uitzetting.<sup>6</sup> De achterliggende gedachte moet zijn dat slechts de reis naar het relatief veilige deel van Somalië in strijd met artikel 3 EVRM was (en niet het verblijf zelf in dat veilig geachte deel). De Afdeling bestuursrechtspraak maakte dus een onderscheid tussen de situatie dat de uitzetting zelf in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM (wel recht op asiel) en de situatie dat slechts de *wijze van* uitzetting in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM (geen recht op asiel).

Dit onderscheid is dubieus. Immers, de *wijze van* uitzetting kan in strijd zijn met artikel 3 EVRM zonder dat de uitzetting zelf dat is, als er bijvoorbeeld excessief geweld wordt gebruikt om de uitzetting te realiseren. In het geval van Somalië daarentegen was het wel degelijk de uitzetting zelf die in strijd was met artikel 3 EVRM, en niet slechts de *wijze van* uitzetting. Het was immers niet wat er dreigde te gebeuren *tijdens* de uitzetting dat strijd met artikel 3 EVRM opleverde, maar wat er dreigde te gebeuren *na* de uitzetting, zodra de Somaliërs voet zouden zetten in hun land van herkomst.

In een vergelijkbare context (nl. die van het binnenlands vluchtalternatief) bepaalt artikel 8 lid 1 Richtlijn 2011/95 dat een afgewezen asielzoeker “op een veilige en wettige manier” moet kunnen “reizen naar en zich toegang verschaffen tot dat (veilige, TS) deel van het land”.<sup>7</sup> Het ligt voor de hand dit beginsel niet alleen toe te passen op de reis naar het veilige deel van het land van herkomst waar de vreemdeling oorspronkelijk niet vandaan komt, maar ook naar het deel waar hij oorspronkelijk wel vandaan komt. De Afdeling bestuursrechtspraak had dit in ieder geval niet anders kunnen beslissen zonder prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EU.

Bovendien heeft de Afdeling recentelijk in vergelijkbare zaken een oordeel gegeven dat niet gemakkelijk in

**In recente rechtspraak heeft de Raad van State het argument waarmee hij eerder Somaliërs asiel heeft onthouden verworpen in de context van het Vluchtelingenverdrag**

overeenstemming te brengen is met de hier besproken jurisprudentie.

- 1) In een uitspraak van 18 februari 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:627) over een ICC getuige die asiel vroeg in Nederland overwoog de Afdeling dat een vreemdeling als vluchteling moet worden aangemerkt als hij bij terugkeer naar het land van herkomst gegronde vrees voor vervolging heeft. Dat uitzetting nog niet aan de orde zou zijn<sup>8</sup> staat daarmee niet in de weg aan erkenning als vluchteling. Hoewel deze redenering over het Vluchtelingenverdrag ging, zijn er sterke parallellen met artikel 3 EVRM. Ook daar is de redenering immers: verwijdering zou in strijd met artikel 3 EVRM zijn, maar u wordt nu even niet verwijderd dus u heeft geen aanspraak op asiel ondanks het feit dat artikel 29 lid 1 onder b, ten tweede Vreemdelingenwet 2000 in het voetspoor van Europees recht bepaalt dat een vreemdeling asiel krijgt als bij uitzetting een schending van artikel 3 EVRM dreigt. Deze redenering is door de Raad van State nu verworpen in de context van het Vluchtelingenverdrag. Maar de argumentatie van de Afdeling betreft niet alleen het Vluchtelingenverdrag, maar ook artikel 2 onder d jo. artikel 13 Definitierichtlijn. Daarom ligt het voor de hand hem *mutatis mutandis* ook toe te passen op de parallelle artikelen 2 onder f jo. 18 Definitierichtlijn.
- 2) In uitspraken van 24 april 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:1578 en ECLI:NL:RVS:2014:1522) had de staatssecretaris m.b.t. Eritrea een standpunt bepleit dat vrijwel identiek is aan zijn standpunt m.b.t. Somalië. Het standpunt van de staatssecretaris kwam er op neer dat weliswaar gedwongen verwijdering naar Eritrea zou leiden tot een reëel risico van behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, maar dat vrijwillige terugkeer niet een dergelijk risico met zich mee bracht.<sup>9</sup> Deze zaken zijn ter zitting behandeld, waarbij de Afdeling de staatssecretaris vooraf gevraagd had aan te geven hoe het standpunt dat uitzetting in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM, maar toch geen asiel werd verleend, verenigbaar was met de tekst van de Vreemdelingenwet 2000.<sup>10</sup> In haar uitspraken van 24 april 2014 kwam de Afdeling aan deze principiële kwestie niet toe, omdat zij het standpunt van de staatssecretaris m.b.t. feiten niet sterk genoeg vond. De Raad van State vond onvoldoende overtuigend dat bij vrijwillige terugkeer geen reëel risico bestond op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.

Dus: in recente rechtspraak heeft de Raad van State het argument waarmee hij eerder Somaliërs asiel heeft onthouden verworpen in de context van het Vluchtelingenverdrag. En in de Eritrese uitspraken heeft hij de vraag of



Bewoner Vluchthaven @ Ton Hendriks / Hollandse Hoogte

de door haar in Somalische zaken gehanteerde constructie wel houdbaar is in de loop van de procedure op tafel gelegd, maar is hij er in de einduitspraak omheen gelopen. Het argument waarmee hij eerder Somaliërs asiel heeft onthouden is evident in strijd met tekst en strekking van artikel 29 lid 1 onder b, ten tweede Vw 2000 en de artikelen 2 onder f jo. 18 Definitierichtlijn. Als de Afdeling de constructie desondanks wil gebruiken, moet hij middels prejudiciële vragen worden voorgelegd aan het Hof van Justitie van de EU.

### Probleem bij rechtsherstel; twee oplossingen

Je zou dus denken dat Somaliërs die nu opnieuw asiel vragen rechtsherstel kunnen krijgen. Maar inmiddels wordt de situatie in Mogadishu niet meer zo gevaarlijk gevonden als voorheen. Daarom kunnen Somaliërs nu wel weer uitgezet worden.<sup>11</sup> Omdat asielaanvragen worden beoordeeld naar het moment van de meest recente aanvraag,

#### Auteur

1. Prof. mr. T.P. Spijkerboer is hoogleraar Migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

#### Noten

2. ABRvS 26 januari 2010, JV 2010/78; en ABRvS 9 september 2010, JV 2010/406.
3. EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en

11449/07, *Sufi en Elmi vs. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 5 september 2013 in het arrest *K.A.B. vs. Zweden*, nr. 886/11.

4. ABRvS 17 juli 2012, JV 2012/JV 2012/362.
5. *Aanhangsel TK* 2011/12, 3263
6. ABRvS 21 februari 2014, JV 2014/126, in het voetspoor van ABRvS 9 juni 2011, JV 2011/336.

7. Deze bepaling is een positivering van rechtsoverweging 141 van EHRM 7 januari 2007, 1948/04, *Salah Sheekh vs. Nederland*, zodat de norm ook in de periode

2010-2013 al gold.

8. Het Internationaal Strafhof zou bezig zijn een veilig derde land voor de vreemdeling te vinden.

9. Brief van de Staatssecretaris van VenJ aan

de Raad van State d.d. 9 december 2013, Vluchtweb.

10. Brief van de Raad van State aan I.J.M. Oomen d.d. 27 november 2013, Vluchtweb.

11. De Afdeling bestuursrechtspraak accepteerde dit in ABRvS 23 mei 2013, JV 2013/241



Bewoonster Vluchthaven © Ton Hendriks / Hollandse Hoogte

betekent dat dat Somaliërs die in de periode 2010-2013 ten onrechte asiel is onthouden dat nu niet meer krijgen omdat die periode niet meer relevant is vanwege de actuele, veiliger geachte situatie in Mogadishu.

Het schrijnende is dat de staatssecretaris de asiolvergunningen die in die periode wel zijn verleend thans nog niet herbeoordeelt (en dus ook niet intrekt) omdat hij vindt dat de door hem geconstateerde verbetering van de situatie in Somalië nog onvoldoende ingrijpend en niet-voorbijgaand is.<sup>12</sup> Intrekking is pas mogelijk als er sprake is van een verbetering van de situatie in Mogadishu die een "voldoende ingrijpend en niet-voorbijgaand karakter" heeft (artikel 3.37e VV 2000, artikel 11 lid 2 Definitierichtlijn), en daarvan is ook volgens de staatssecretaris nog geen sprake.

Dit leidt tot de volgende situatie. Als de staatssecretaris wel asiel had verleend aan Somaliërs in de periode 2010-2013 omdat hun uitzetting (zoals de staatssecretaris en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zelf vaststelden) hen had blootgesteld aan een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, dan hadden deze Somaliërs nu nog steeds een vergunning gehad.

<sup>12</sup>. Vc 2000, C7/23.4.1.

<sup>13</sup>. Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen asiolverlening te beperken tot Somaliërs die in deze periode in procedure waren. Dat zou echter onzuiver zijn omdat, als de staatssecretaris in deze periode

de wel in overeenkomst met het geldend recht asiel had verleend, ook Somaliërs die wel in Nederland waren maar die niet in procedure waren, asiel zouden hebben aangevraagd in de wetenschap dat ze dat ook hadden gekregen. Dat hebben velen nu

immers, de staatssecretaris vindt de gestelde verbetering van de situatie in Mogadishu nog te onzeker om al tot intrekking van reeds verleende asiolvergunningen te kunnen overgaan. Maar omdat de staatssecretaris in weerwil van nationaal en Europees recht heeft nagelaten asiel te verlenen, zouden Somaliërs die het slachtoffer zijn geweest van deze inbreuk op hun subjectieve recht geen rechtsherstel kunnen krijgen. Het Nederlandse bestuursrecht voorziet niet in de mogelijkheid om hen in de situatie te brengen waarin zij geweest zouden zijn als de staatssecretaris en de Raad van State geen beslissingen hadden genomen die in strijd zijn met het nationale en het Europese recht.

Hiervoor zijn twee oplossingen denkbaar. De eerste is dat de staatssecretaris het er niet op aan laat komen, en aan alle Somaliërs die zich tussen december 2010 en februari 2013 aantoonbaar in Nederland bevonden asiel verleent (behoudens weigeringsgronden zoals Dublin en openbare orde).<sup>13</sup> Hierdoor wordt rechtsherstel bewerkstelligd. Als de staatssecretaris daartoe niet bereid is, zal de rechter in de procedures die hier uit voortkomen op dit punt prejudiciële vragen moeten stellen aan het Hof van Justitie, met als kern de vraag of het effectiviteitsbeginsel er aan in de weg staat dat vreemdelingen worden onttrokken aan de bescherming van artikel 3.37e VV 2000 en artikel 11 lid 2 Definitierichtlijn. Door deze constructie wordt hen rechtsherstel onthouden, en wordt (anders gezegd) de staatssecretaris beloofd voor handelen in strijd met het recht.

### Een pragmatische overweging

De staatssecretaris is er nog maar in twee gevallen in geslaagd om Somaliërs daadwerkelijk uit te zetten.<sup>14</sup> Eén van deze twee raakte drie dagen na zijn uitzetting in Mogadishu gewond bij een bomaanslag.<sup>15</sup> De Somalische autoriteiten weigeren nu, net als voorheen, medewerking. Vrijwillige terugkeer komt in enkele gevallen voor.<sup>16</sup> Maar de aantallen mensen die vrijwillig terugkeren zullen klein blijven. Het idee dat veel mensen vrijwillig terugkeren naar Somalië is, voor wie even stil staat bij wat dat betekent, irrealistisch en dus ongeschikt als uitgangspunt van beleid. Ondertussen worden Somaliërs door lokale gemeenschappen (kerken, krakers, medici, activisten) en lokale overheden opgevangen, met meer of minder openlijke steun van lokale autoriteiten (en in het geval van de Amsterdamse Vluchthaven zelfs van de staatssecretaris). Deze opvang verloopt door zijn incidentele karakter (het gaat immers om vreemdelingen die geen formeel verblijfsrecht hebben) chaotisch en is belastend, zowel voor de Somaliërs zelf als voor lokale gemeenschappen en overheden. Als de staatssecretaris zelf besluit over te gaan tot rechtsherstel, kunnen de daarvoor bestaande faciliteiten voor opvang en inburgering worden gebruikt. Dat zou een aanmerkelijke beperking opleveren van de lokale opvangproblematiek. •

niet gedaan, omdat een herhaalde aanvraag 2013.

zinloos was omdat de staatssecretaris zich niet aan het geldend recht hield.

<sup>14</sup>. Eén op 16 september en één op 5 november 2013.

<sup>15</sup>. Amnesty International, 29 november

<sup>16</sup>. *Aanhangsel Handelingen* 2013/14, 900.