

Uitsluiting voor insluiting: selectie aan de poort?

Een bijdrage over crimmigratie in Nederland

Gera de Grauw, Marit Janssen & Avalon Leupen

1 Inleiding

In Nederland verblijft momenteel een aantal asielzoekers over wie serieuze vermoedens bestaan dat zij betrokken zijn geweest bij ernstige misdrijven, zoals oorlogsmisdaden. Deze asielzoekers worden op grond van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag (Vv) van Genève uitgesloten van de asielprocedure in Nederland. Hierbij is het niet van belang of daadwerkelijk bewezen kan worden dat zij schuldig zijn; ernstige redenen om te vooronderstellen dat zij dergelijke delicten hebben gepleegd, is reeds voldoende.¹ Deze ontwikkeling vindt aansluiting bij wat Stumpf² beschrijft omtrent crimmigratie en *membership*. Zoals eerder in dit themanummer is beschreven, introduceert Stumpf het begrip crimmigratie als het samensmelten van het strafrecht met het immigratierecht. De strafbaarstelling van illegaal verblijf is volgens Stumpf het meest vergaande voorbeeld van crimmigratie. De membershiptheorie kan de vervlechting van de twee rechtsgebieden verklaren. Deze theorie is gebaseerd op het idee dat bepaalde rechten in een samenleving ontleend worden aan een sociaal contract tussen de overheid en de burgers. Indien burgers deel uitmaken van het sociaal contract, kunnen zij bepaalde vorderingen indienen jegens de overheid en hebben zij bijvoorbeeld recht op bescherming. Tegen eenieder die geen deel uitmaakt van het sociaal contract, kan de overheid buiten de grenzen van het sociaal contract optreden; deze burgers zijn dus onderworpen aan de wil van de overheid.³ Volgens Stumpf voorziet de membershiptheorie beslissingsmakers van een rechtvaardigingsmechanisme om bepaalde groepen mensen uit te sluiten van de samenleving, waarbij het immigratierecht en het strafrecht de middelen voor uitsluiting vormen. Zo hebben beide rechtsgebieden een functie als *gatekeeper*; zij bepalen immers of een persoon ingesloten of uitgesloten dient te worden van de samenleving. Hoewel ze onderling verschillen, belichamen beide systemen keuzes omtrent welke personen, inclusief hun karakteristieken en handelingen, lid van de samenleving mogen zijn. Zodra een burger als onwaardig voor lidmaatschap van de samenleving is bestempeld, zijn de consequenties van beide systemen gelijk. De staat behandelt het individu hierbij letterlijk en figuurlijk als een buitenstaander, afge-

1 J. van Wijk, 'Als vluchtelingen (mogelijk) daders zijn: 1F-uitsluiting van de asielprocedure en vervolging van internationale misdrijven.', *Tijdschrift voor Criminologie* 2011, 4, p. 310-327.

2 J. Stumpf, 'The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power', *American University Law Review* 2006, 2, p. 368-419.

3 Stumpf 2006.

kort van rechten en privileges van lidmaatschap van de samenleving. Stumpf benoemt hierbij dat deze manier van toelating in de samenleving opereert op het snijvlak van immigratierecht en strafrecht; een groeiende groep individuen wordt gemarkeerd en bewust uitgesloten van (onderdelen van) de samenleving. Deze 'populatie van uitgesloten' ⁴ bestaat volgens Stumpf veelal uit immigranten en ex-overtreders. Zij worden meer en meer beschouwd als gevaarlijke anderen die uit de maatschappij dienen te worden geweerd of gejaagd door middel van grenzen, muren, regels en publieke veroordeling. ⁵ De dynamiek van artikel 1F Vv sluit hierop aan. Zo worden met het gebruik van het immigratierecht maatregelen genomen om vermoedelijke oorlogsmisdadigers te weren uit de samenleving. Ook hier wordt een selectieve groep personen onschadelijk gemaakt doordat zij worden uitgesloten van de samenleving. De uitsluiting van vluchtelingen op grond van artikel 1F Vv vindt plaats voorafgaand aan de vaststelling van het vluchtelingenstatus of de statusdeterminatie ⁶ en, zoals reeds beschreven, op basis van ernstige redenen om te veronderstellen dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan misdrijven. Het is hierbij niet van belang of bewezen kan worden dat de vluchteling daadwerkelijk schuldig is. In dit verband kan gesproken worden van een vorm van *pre-sentencing*. ⁷

In dit artikel zal met name aandacht worden besteed aan de positie van (vermeende) Afghaanse oorlogsmisdadigers in Nederland. Zij vormen momenteel de grootste groep vluchtelingen die uitgesloten zijn van de Nederlandse asielprocedure op basis van artikel 1F Vv en staan daarmee centraal in het huidige debat. Na een korte schets van het juridisch kader en een toelichting van de positie van deze zogenoemde *1F'ers*, zal uiteengezet worden waarom uitsluiting op basis van artikel 1F Vv in het licht van crimmigratie dient te worden gezien en wat deze groep *1F'ers* criminologisch zo interessant maakt. Daarnaast zal op de vraag worden ingegaan of in Nederland sprake is van *pre-sentencing* en selectie op basis van artikel 1F Vv. Tevens zal dit kritisch worden bekeken in het licht van enige fundamentele beginselen uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). In Nederland is, buiten onderzoek door Joris van Wijk, tot op heden weinig (wetenschappelijk) onderzoek verricht naar *1F'ers* in Nederland. Het huidige artikel is voornamelijk tot stand gekomen op basis van literatuurstudie. Hierbij is gebruikgemaakt van de huidige wet- en regelgeving, wetenschappelijke documentatie, Ambtsberichten en Kamerstukken.

4 Stumpf 2006, p. 378.

5 Stumpf 2006.

6 Redactioneel, '1F-ers: ondanks duivels dilemma niet wegstijgen van humanitair drama', *NTM/NJCM-Bulletin* 2010, 4, p. 367-369.

7 Lucia Zedner spreekt in een van haar artikelen over *pre-crime*, zie: L. Zedner, 'Pre-crime and post-criminology?', *Theoretical Criminology* 2007, 2, p. 161-281. Rekening houdende met deze terminologie, kan in de context van voorliggend artikel echter gesproken worden van *pre-sentencing* omdat uitsluiting uit de Nederlandse samenleving kan worden gezien als vorm van bestraffing zonder strafrechtelijke vervolging. Deze zienswijze wordt nader toegelicht in dit artikel.

2 Ahmed als passend voorbeeld

Uit het rapport van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) blijkt dat het leeuwendeel van de 1F'ers wordt gevormd door Afghanen.⁸ Veelal gaat het om mannen die tussen 1978 en 1992 in Afghanistan voor veiligheidsorganisaties als de Khadamat-e Aetla'at-e Dawlati (KhAD) en de Wizarat-i Amaniyat-i Dawlati (WAD) hebben gewerkt.⁹ De positie van deze groep en hun familieleden is de afgelopen jaren veelvuldig door de media belicht. In het rapport wordt beschreven dat het toepassen van artikel 1F Vv in hun geval voor het overgrote deel gebaseerd wordt op een Ambtsbericht van het ministerie van Buitenlandse Zaken.¹⁰ Dit geldt bijvoorbeeld voor de asielzoeker Ahmed,¹¹ die reeds negentien jaar in Nederland woont en ten tijde van het KhAD-regime in Afghanistan in de jaren tachtig van de vorige eeuw voor de geheime dienst werkte. Deze geheime dienst stond bekend om het folteren en executeren van politieke tegenstanders.¹² In het Ambtsbericht over de veiligheidsdiensten in communistisch Afghanistan is bepaald dat iedere oud-medewerker van de KhAD en de WAD als oorlogsmisdadiger dient te worden gezien. Binnen de KhAD en de WAD zou sprake zijn van een functieroulatiesysteem op grond waarvan eenieder met de rang van onderofficier of hoger verondersteld wordt zich schuldig te hebben gemaakt aan schending van de mensenrechten.

'Het is ondenkbaar dat iemand die werkzaam was binnen deze diensten, ongeacht het niveau waarop hij of zij werkzaam was, niet op de hoogte was van de grove schendingen van de mensenrechten die plaats vonden – dit was immers zowel binnen als buiten Afghanistan een welbekend feit. Vele medewerkers van de KhAD en de WAD hebben deelgenomen aan deze mensenrechtenschendingen. Vanaf de rang van onder-officier heeft zelfs iedereen actief deelgenomen aan de schendingen.'¹³

Het is echter onduidelijk op welke gegevens deze bevindingen zijn gebaseerd. Verschillende organisaties, zoals United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) en Amnesty International, kunnen geen bevestiging vinden voor het bestaan van een dergelijk functieroulatiesysteem en pleiten daarom voor een verduidelijking van deze bevindingen. Asielzoeker Ahmed bleef aangeven dat hij enkel administratieve taken uitvoerde en niet op de hoogte was van enige schendingen. Aangezien de bestuursrechter slechts marginaal toetst en geen bewezenverklaring hoeft te motiveren zoals de strafrechter, zou Ahmeds verklaring kun-

8 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, art. 1F Vluchtelingenverdrag in het Nederlands vreemdelingenbeleid, Den Haag: Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2008.

9 www.amnesty.nl/artikel-1f-het-vn-vluchtelingenverdrag.

10 Ambtsbericht ministerie van Buitenlandse Zaken, 29 februari 2000.

11 Ahmed is niet zijn echte naam.

12 R. van de Griend, "Foute" vluchtelingen, catch 1F', *Vrij Nederland* 1 maart 2008, geraadpleegd via: www.vn.nl/Standaard-Media-Pagina/Foute-vluchtelingen-catch-1F.htm.

13 Ambtsbericht ministerie van Buitenlandse Zaken, 29 februari 2000, p. 26.

nen kloppen.¹⁴ Immers, een strafrechtelijke vervolging is er überhaupt nooit gekomen.¹⁵ Het verzamelen van bewijsmateriaal is lastig door vele praktische problemen.¹⁶ Ahmed zal desondanks nooit een verblijfsvergunning krijgen. Terug naar Afghanistan kan hij evenmin, aangezien hij daar gevaar loopt voor zijn leven; Ahmed en anderen komen zo in een spagaat terecht. Ze zijn aangewezen op een leven illegaal in Nederland of elders, zonder recht op allerhande voorzieningen.¹⁷ De uitsluiting van asielzoekers zoals Ahmed kan derhalve door de overheid slechts gemotiveerd worden door beroep te doen op een niet-individueel Ambtsbericht.¹⁸

3 Juridisch kader

In zijn oratie in 2010 spreekt Peter Rodrigues over de duidelijk zichtbare beperking van de soevereiniteit van Nederland ten aanzien van toelating, verblijf en uitzetting van vreemdelingen door de mensenrechtenverdragen en het Europese recht.¹⁹ Deze ontwikkeling is begonnen met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in 1999 en verder voortgezet door de ondertekening en inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009. Al eerder heeft Nederland zich verbonden aan mensenrechtenverdragen waarin minimumnormen zijn geformuleerd. Belangrijke internationale verdragen die het basisprincipe van de Nederlandse asielprocedure markeren, zijn het Vluchtelingenverdrag van Genève en het EVRM. Uit deze verdragen vloeit voort dat Nederland bescherming en dus asiel verleent aan vreemdelingen die in hun eigen land gevaar lopen. De Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) beoordeelt de asielaanvragen van vluchtelingen. Algemene Ambtsberichten vormen een instrument om te beoordelen of de situatie in landen van herkomst, evenals de individuele situatie voor de vluchteling, veilig dan wel onveilig is. Op verzoek van de minister van Immigratie, Integratie en Asiel worden deze Algemene Ambtsberichten opgesteld door het ministerie van Buitenlandse Zaken.²⁰ Daarnaast kan de ACVZ de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel²¹ op zijn verzoek adviseren over specifieke vraagstukken. In 1997 werd in een brief van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) beschreven dat de opsporing en vervolging van oorlogsmisdadigers op een meer adequate en efficiënte wijze ter hand zouden worden genomen

14 P. Boeles, 'Ongewenstverklaring en artikel 1F', *Nieuwsbrief Asiel- en Vreemdelingenrecht* 2008, 6, p. 396-402.

15 Van de Griend 2008.

16 M. Witteveen, 'Closing the gap in truth finding: from the facts of the field to the judge's chambers', in: A. Smeulers (Ed.), *Collective violence and international criminal justice*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 383-413.

17 Redactioneel 2010.

18 Boeles 2008.

19 P.R. Rodrigues, *De grenzen van het vreemdelingenrecht*, Leiden: Universiteit Leiden 2010.

20 www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/asielbeleid-en-immigratie/asielbeleid.

21 Na de verkiezingen van 12 september werd bekendgemaakt dat deze ministerspost waarschijnlijk zal worden vervangen door een andere minister zonder portefeuille. Op het moment van schrijven is nog geen zicht op de exacte portefeuillevreeding van het te vormen kabinet-Rutte II.

Gera de Grauw, Marit Janssen & Avalon Leupen

middels artikel 1F Vv. De toenmalige staatssecretaris van Justitie heeft op 29 november 1997 in een brief de uitgangspunten van dit beleid neergelegd.²² Het Vluchtelingenverdrag geeft de rechten van vluchtelingen weer en hierin wordt gesteld dat vluchtelingen niet mogen worden teruggestuurd naar het land van herkomst waar ze te vrees hebben voor vervolging. Een persoon kan in aanmerking komen voor de bescherming die het verdrag biedt, mits hij niet uitgesloten is van bescherming op basis van de uitsluitingsgronden in de artikelen 1D, 1E en 1F Vv.²³ Zo kunnen asielzoekers die gegronde vrees voor vervolging hebben wegens een vermoedelijke eigen betrokkenheid bij misdaden en mensenrechtenschendingen, op grond van artikel 1F Vv geen beroep doen op vluchtelingrechtelijke bescherming.

De uitsluiting op grond van artikel 1F Vv heeft tot gevolg dat de aanvraag van de asielzoeker op basis van artikel 28 lid 1 sub a Vreemdelingenwet 2000 niet wordt ingewilligd. Artikel 107 Vreemdelingenbesluit 2000 geeft aan dat de asielzoeker in dat geval niet in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning asiël, en op grond van artikel 3.77 Vreemdelingenbesluit 2000 ook niet voor een reguliere verblijfsvergunning.²⁴ De rechter heeft in 1997 bepaald dat de asielzoeker zelf feiten en omstandigheden aan moet dragen die weerleggen dat er ernstige redenen zijn aan te nemen dat hij direct of indirect betrokken is geweest bij de aangerekende oorlogsmisdaden.²⁵

4 Positie 1F'ers in Nederland

In Nederland wordt sinds 1997 consequent vastgelegd hoeveel personen op grond van artikel 1F Vv jaarlijks worden uitgesloten.²⁶ Gegevens van de periode hieraan voorafgaand zijn dientengevolge onbekend. Uit informatie van de IND blijkt dat tot nu toe ongeveer 850 vreemdelingen op basis van artikel 1F Vv zijn uitgesloten. Desondanks heeft deze beslissing bij 150 gevallen geen stand gehouden. Van de resterende 700 1F'ers gaat de IND er in 350 gevallen van uit dat zij zich niet langer in Nederland bevinden; 120 1F'ers hebben hierbij Nederland aantoonbaar verlaten (zie figuur 1). De overige 230 1F'ers zijn 'met onbekende bestemming vertrokken'. Bij deze groep staat alleen vast dat van hen geen adres bekend is in de Gemeentelijke Basisadministratie (GBA); mogelijk verblijven zij momenteel illegaal in Nederland. Van de 350 1F'ers van wie wel het GBA-adres bekend is, zijn 250 1F'ers uitgediende of ongewenst verklaard. Zij verblijven dientengevolge ongewenst in Nederland en zullen het land moeten verlaten.²⁷ De IND heeft bij minstens 40 van deze personen vastgesteld dat zij het risico lopen blootgesteld te worden aan foltering of onmenselijke behandeling indien zij terugkeren naar het

22 *Kamerstukken II* 1997/98, 19 637, nr. 295.

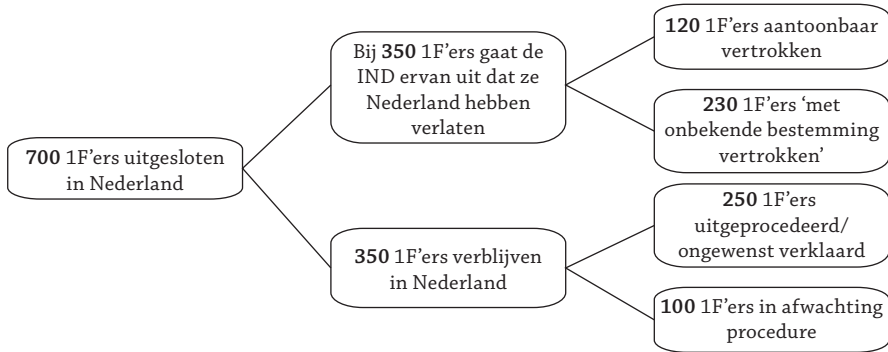
23 K. Wouters, '1F: noodzakelijk of achterhaald?', *Nieuwsbrief Asiel- en Vreemdelingenrecht* 2008, 6, p. 387-391.

24 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2008.

25 Rb. Haarlem 17 oktober 1997, *JV* 1998/9.

26 Van Wijk 2011.

27 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2008.

Figuur 1 Omvang 1F'ers in Nederland

land van herkomst.²⁸ Van de overige 1F'ers verblijven er 100 in Nederland in afwachting van hun verblijfsprocedure.²⁹

Uit het vorenstaande kan worden opgemerkt dat er voor personen met de 1F-status verschillende scenario's bestaan. In eerste instantie kan een persoon opgepakt worden en kan strafrechtelijke vervolging plaatsvinden. Vervolging blijkt echter slechts in enkele gevallen te hebben plaatsgevonden in Nederland. Zo zijn momenteel vijf personen met de 1F-status veroordeeld voor misdaden die zij in eigen land hebben begaan. In tweede instantie kan een persoon worden uitgeleverd aan het land van herkomst of aan een ander land dat vervolging wenst in te zetten, mits Nederland over een uitleveringsverdrag beschikt met de desbetreffende landen en de mensenrechtensituatie in orde is.³⁰ Verder kunnen 1F'ers worden overgeleverd aan en vervolgd door tribunalen. Dit heeft momenteel slechts in twee gevallen plaatsgevonden. Personen met een 1F-status zijn wettelijk verplicht om het land zelfstandig te verlaten. Dientengevolge is het tevens mogelijk dat personen met een 1F-status vrijwillig het land verlaten en bijvoorbeeld terugkeren naar het land van herkomst of migreren naar een ander (Europees) land. Om het vertrek van 1F'ers te stimuleren worden zij, zodra de beslissing op grond van artikel 1F Vv onherroepelijk is geworden, 'ongewenst verklaard'.³¹ Het laatste scenario voor personen met een 1F-status betreft in dat geval illegaal verblijf in Nederland, waarbij het verblijven op Nederlands grondgebied wellicht in de toekomst strafbaar wordt gesteld.

28 www.amnesty.nl/artikel-1f-het-vn-vluchtelingenverdrag.

29 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2008.

30 Van Wijk 2011; Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2008.

31 www.amnesty.nl/artikel-1f-het-vn-vluchtelingenverdrag.

5 Artikel 1F Vv als uiting van crimmigratie

In navolging van Van der Leun wordt in deze bijdrage crimmigratie gezien als een samensmelting van strafrecht, immigratierecht en immigratie- en asielbeleid. Dit is breder dan Stumpfs definitie. Artikel 1F Vv kan in dit licht als voorbeeld naar voren worden geschoven. Dit artikel opereert immers op het snijvlak van immigratierecht, strafrecht en immigratie- en strafrechtbeleid. Artikel 1F Vv functioneert als *gatekeeper*; het bepaald of een persoon ingesloten of uitgesloten dient te worden van de samenleving. Provine en Doty wijzen erop dat strenger beleid tegenover immigranten die delicten hebben gepleegd, steeds meer voorkomt in westerse samenlevingen. Als gevolg worden landsgrenzen meer beveiligd en worden deze personen minder snel tot landen toegelaten. Het recht wordt op veelvuldige wijze toegepast om immigranten te criminaliseren en uit te sluiten.³² Voorts signaleren Van der Leun en Van der Woude dat in Nederland steeds meer preventieve bevoegdheden in het strafrechtelijk systeem worden ingezet om bepaalde groepen of personen die (veiligheids)risico's met zich meebrengen te herkennen.³³ In de praktijk wordt gebruikgemaakt van discretionaire bevoegdheden om op grond van generalisaties gerelateerd aan ras, etniciteit, religie of nationaliteit deze personen of groepen op te sporen. Individuele gedragingen of objectieve bewijsmiddelen worden derhalve in mindere mate beoordeeld. Artikel 1F Vv sluit aan bij deze ontwikkelingen. Om de Nederlandse samenleving te beschermen worden personen die mogelijk oorlogsmisdaden hebben gepleegd en hun familieleden niet toegelaten, ondanks het gevaar dat ze vaak lopen in hun land van herkomst. Het lijkt erop dat de overheid de veiligheid van de samenleving stelt boven de bescherming van bepaalde burgers die enkel verdacht zijn van bepaalde misdaden. Dit sluit aan bij de membershiptheorie. De overheid kan tegen eenieder die geen deel uitmaakt van het sociaal contract buiten de grenzen van het sociaal contract optreden; deze burgers zijn onderworpen aan de wil van de overheid.³⁴ Volgens Zedner is er een verschuiving gaande in de samenleving van een *post-* naar een *pre-crime* samenleving, waarbij criminaliteit die nog niet heeft plaatsgevonden en wellicht nooit zal plaatsvinden als iets schadelijks wordt gezien. Het is van belang dat de criminologie hierop inspeelt en deze ontwikkelingen zorgvuldig onderzoekt.³⁵ Artikel 1F Vv is een duidelijk voorbeeld van een wet die door de overheid wordt gebruikt om veiligheidsrisico's te beheersen, maar het is ook van belang dat de overheid bescherming blijft bieden aan hen die ernstig gevaar lopen gemarteld, bestraft of onmenselijk of vernederend behandeld te worden.

32 D.M. Provine & R.L. Doty, 'The criminalization of immigrants as a racial project', *Journal of Contemporary Criminal Justice* 2011, 3, p. 261-277.

33 J.P. van der Leun & M.A.H. van der Woude, 'Ethnic profiling in the Netherlands? A reflection on expanding preventive powers, ethnic profiling and a changing social and political context', *Policing and Society* 2011, 4, p. 444-455.

34 Stumpf 2006.

35 Zedner 2007, p. 261-281.

6 Uitsluiting zonder vervolging

Selectieve uitsluiting van bepaalde groepen personen is in de Nederlandse samenleving zichtbaar wanneer de toepassing van artikel 1F Vv onder de loep wordt genomen. Een vergelijking met andere landen wijst uit dat Nederland een uitzonderingspositie bekleedt wat betreft de toepassing van artikel 1F Vv. Zo vindt in andere landen de toetsing van artikel 1F Vv plaats *na* een inhoudelijke beoordeling van de asielaanvraag. In dit geval wordt eerst besloten over de insluiting (asielverzoek) voordat, op basis van artikel 1F Vv, uitsluiting kan plaatsvinden. In Nederland is dit echter omgekeerd; de IND onderzoekt de toepassing van artikel 1F Vv *voorafgaand* aan een inhoudelijke beoordeling van het asielverzoek.³⁶ Volgens Van Wijk betekent dit dat in België een Afghaanse vluchteling tegen wie sterke vermoedens bestaan dat hij oorlogsmisdaden heeft begaan en die bovendien beschikt over een ongeloofwaardig vluchtmotief, afgewezen wordt op basis van het ongeloofwaardige vluchtmotief. In Nederland daarentegen wordt deze Afghaan uitgesloten op basis van artikel 1F Vv en wordt het vluchtmotief hierbij alleen nog getoetst met betrekking tot mogelijke uitzetting. In dit geval kan gesproken worden van een selectie (uitsluiting) op basis van artikel 1F Vv die geschiedt voorafgaand aan het oordeel over het vluchtmotief dat de persoon waardig maakt voor toelating tot de maatschappij. Het is volgens Van Wijk vanzelfsprekend dat Nederland door deze toepassing relatief vaker personen uitsluit in vergelijking tot andere landen. Nederland gaat met zijn toepassing van artikel 1F Vv tevens voorbij aan het feit dat volgens de UNHCR eerst gekeken moet worden of iemand in aanmerking komt voor een vluchtelingenverblijf, voordat wordt gekeken of ernstige vermoedens bestaan dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan oorlogsmisdaden.³⁷

Bescherming?

Door Wouters wordt beargumenteerd dat artikel 1F Vv niet als een opzichzelfstaande uitgangspunt voor toelating gebruikt mag en kan worden.³⁸ Het Vluchtelingenverdrag beoogt immers de fundamentele rechten te beschermen van personen die niet langer bescherming genieten van hun eigen staat. Eerst dient om die redenen bepaald te worden of iemand voldoet aan de definitie van vluchteling. Een persoon kan daarna in aanmerking komen voor de bescherming die het verdrag biedt, mits hij niet uitgesloten is van bescherming op basis van de uitsluitingsgronden in de artikelen 1D, 1E en 1F Vv. Is artikel 1F Vv wel van toepassing, dan ontbreekt bescherming voor de vluchteling, terwijl er in dit geval nog altijd een vrees voor vervolging bestaat. Dit is een tegenstelling tot de artikelen 1D en 1E, waar bescherming buiten het vluchtelingenverdrag wordt gevonden. Wouters geeft hierbij aan dat 1F'ers in dit geval worden uitgesloten van substantiële rechten die ze hadden gekregen op basis van het Vluchtelingenverdrag, mogelijk wor-

36 Van Wijk 2011.

37 'NJCM commentaar betreffende de toepassing van artikel 1F Vluchtelingenverdrag en de bestrijding van terrorisme', *NJCM-bulletin* 2002, 6, p. 796-823.

38 Wouters 2008.

den uitgezet en blootgesteld aan risico van vervolging. In vrijwel alle gevallen waarin artikel 1F Vv wordt toegepast, dient echter inzake artikel 3 EVRM gecontroleerd te worden of de vluchtelingen een reëel risico lopen onderworpen te worden aan folteringen, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffing. Het verbod op foltering is absoluut en geldt dus ook voor vluchtelingen met een 1F-status.³⁹ Artikel 1F Vv komt met betrekking tot dergelijke mensenrechtenverdragen in het gedrang, gezien het verbod van *refoulement*. Hierin is bepaald dat mensenrechten zoals beschreven in de artikelen 3, 6 en 7 EVRM gelden als absolute verboden waarop geen uitzondering mag worden gemaakt. Het gevolg van het verbod van *refoulement* betreft dat iemand op basis van artikel 1F Vv wel kan worden uitgesloten van vluchtelingrechtelijke bescherming, maar desondanks toch niet kan worden uitgezet. Hoewel vluchtelingrechtelijke vervolging niet op één lijn gesteld kan worden met foltering of onmenselijke behandeling, kan desondanks worden verondersteld dat indien sprake is van vrees voor vervolging, er tevens een risico bestaat voor onmenselijke behandeling. Volgens de cijfers van het voormalige ministerie van Justitie vormde artikel 3 EVRM desondanks geen beletsel om 180 van de 250 1F'ers het land uit te zetten. Wouters geeft hieromtrent als verklaring dat artikel 1F Vv als losse bepaling wordt gezien, waarbij niet in eerste instantie wordt gekeken of de persoon in kwestie onder de definitie van een vluchteling valt.⁴⁰

Restrictieve toepassing

De UNHCR stelt hierbij dat artikel 1F Vv op restrictieve wijze dient te worden toegepast en dat, gezien de ernst en de gevolgen, grote zorgvuldigheid vereist is bij de toepassing van het artikel.⁴¹ Zoals reeds gesteld, werd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in navolging hiervan in 2003 beoordeeld dat artikel 1F Vv restrictief toegepast dient te worden in het Nederlandse stelsel.⁴² Desondanks blijkt het Nederlandse beleid hier met betrekking tot Afghaanse vluchtelingen van af te wijken. Immers, volgens het asielbeleid ten aanzien van Afghanistan is bepaald dat iedere (onder)officier van de KhAD en de WAD als oorlogsmisdadiger dient te worden beschouwd. In de uitvoering wordt artikel 1F Vv hierbij dusdanig vaak toegepast dat er niet meer over een restrictief beleid gesproken kan worden.⁴³ De ruime toepassing van artikel 1F Vv wekt zelfs de indruk dat het artikel in Nederland meer een toelatingsmiddel is geworden dan een uitzonderingsclausule.⁴⁴ De UNHCR heeft bovendien aangegeven dat het Nederlandse beleid ten aanzien van Afghanen niet strookt met de richtlijnen van de UNHCR en dat de bewijslast die bij de vreemdeling ligt te zwaar is. Zo wordt bij de toepassing van artikel 1F Vv een relatieve eenvoudige bewijslast gehanteerd, in

39 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2008.

40 Wouters 2008.

41 O. Salah, 'Afghaanse vluchtelingen slachtoffer 1F-beleid: over de noodzaak van een restrictieve toepassing van het art 1F Vluchtelingenverdrag', *Nederlands Juristenblad* 2009, 41, p. 2683-2687.

42 ABRvS 4 september 2002, *JV* 2002, 358.

43 Salah 2009.

44 M. Wijngaarden, 'Balanceren onder nul', *Nieuwsbrief Asiel- en Vreemdelingenrecht* 2008, 6, p. 406-417.

tegenstelling met de zware bewijslast bij bijvoorbeeld strafzaken.⁴⁵ Volgens Salah is het enerzijds waarde hechten aan documenten van de UNHCR en het anderzijds weer naast zich neerleggen daarvan een duidelijk teken van inconsequent argumenten verzamelen. Het lijkt volgens de auteur dan ook dat het beleid omtrent artikel 1F Vv nog meer dan het commune asielerrecht 'buitengemeen politiek' is geworden.⁴⁶ Er kan kritisch gekeken worden naar de hantering van de relatief eenvoudige bewijslast. Afgevraagd kan worden waarom ook niet bij het 1F-artikel wettelijk en overtuigend bewezen moet worden dat de vreemdeling de misdrijven heeft begaan.⁴⁷ Boeles heeft zijn ergernis uitgesproken over de juridische ruimte die de overheid heeft om met behulp van artikel 1F de sanctie uitsluiting op te leggen aan een relatief grote groep asielzoekers.⁴⁸ Volgens Bogaers zijn er al te veel asielverzoeken afgewezen op basis van artikel 1F Vv, vooral wanneer het gaat om officieren of onderofficieren van de KhAD of WAD. Het artikel is een meedogenloos instrument geworden, waaraan bijna niet ontsnapt kan worden.⁴⁹

Vermoedens

Een ander belangrijk aspect betreft de tekst van artikel 1F Vv. Aangezien deze bijzonder strikt is, wordt dientengevolge iedereen jegens wie ernstige vermoedens bestaan om te veronderstellen dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan bepaalde misdrijven, categorisch uitgesloten.⁵⁰ Hierbij vindt uitsluiting plaats ongeacht of strafrechtelijke vervolging heeft plaatsgevonden of plaats zal vinden. Dit heeft uitsluiting tot gevolg, terwijl de schuldvraag omtrent de vermeende wandaden nog niet is beantwoord. Er bestaan slechts serieuze vermoedens. Een opmerkelijk punt dat hier aan de orde dient te worden gesteld is dat de Nederlandse overheid verplicht is 1F'ers te vervolgen indien sprake is van verdenking van het plegen van internationale wandaden.⁵¹ In de praktijk blijkt dit echter nauwelijks plaats te vinden. Zoals reeds beschreven, zijn in Nederland slechts vijf asielzoekers onherroepelijk veroordeeld.⁵² De strafvervolging is heel lastig, aangezien het bewijs van de misdrijven in het buitenland verzameld moet worden, het regelmatig niet duidelijk is van welke misdrijven de persoon verdacht wordt en er vaak problemen zijn over de bevoegdheid en jurisdictie. Hoe moeilijk het echter ook is om de 1F'ers te vervolgen, het is van groot belang dat zij strafrechtelijk worden vervolgd. Oorlogsmisdadigers moeten immers worden berecht en bestraft.⁵³ In de praktijk blijkt echter ook dat Afghanen veelal niet als verdachte kunnen worden aangemerkt. Enkel kan worden vastgesteld dat zij als officier bij de veiligheidsdienst werkzaam waren. Verdere aanwijzingen dat zij misdrijven hebben gepleegd ont-

45 NJCM-bulletin 2002.

46 Salah 2009, p. 2686.

47 Wijngaarden 2008.

48 Boeles 2008.

49 P. Bogaers, '1F-beleid: buitengemeen politiek', *Nieuwsbrief Asiel- en Vreemdelingenrecht* 2008, 6, p. 403-405.

50 Wouters 2008.

51 Van Wijk 2011.

52 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken 2008.

53 Boeles 2008.

breken echter. Het is volgens Van Wijk onbekend in hoeveel van de in totaal 700 gevallen sprake was van een concrete strafrechtelijke verdenking.⁵⁴ Volgens Boeles is dit problematisch; 1F'ers die oorlogsmisdaden hebben gepleegd, worden niet berecht, maar zij die gevaar lopen in hun land van herkomst worden ook niet beschermd. De strafrechtelijke waarborgen, zoals de onschuldpresumptie en de rechtelijke vaststelling van feiten, bieden hun ook geen bescherming. Verder geeft Boeles aan dat de combinatie van 1F-uitsluiting en ongewenstverklaring kan leiden tot een wrede en vernederende behandeling door de Nederlandse overheid van personen die ernstig gevaar lopen gemarteld, bestraft of onmenselijk of vernederend behandeld te worden in het land van herkomst. Zoals vermeld, worden vluchtelingen regelmatig ongewenst verklaard in Nederland. Ze hebben daardoor op geen enkele manier recht op rechtmatig verblijf en ze plegen een strafbaar feit indien ze Nederland niet verlaten. De overheid biedt zo weinig mogelijk bescherming en zet zo veel mogelijk druk om hen te laten vertrekken, terwijl zij ernstig gevaar lopen en waarschijnlijk aan grote vormen van angst en stress onderhevig zijn. Zij staan juridisch machteloos.⁵⁵

7 1F een selectiemiddel?

Op basis van vorenstaande gegevens kan geconcludeerd worden dat er sprake is van een tendens waarbij artikel 1F Vv met betrekking tot Afghaanse vluchtelingen wordt ingezet als selectiemiddel om deze personen uit te sluiten van de maatschappij. De reden hiervoor is om de mogelijke veiligheidsrisico's in Nederland in te perken. Artikel 1F Vv kan verder in het licht van de membershiptheorie worden gezien als een *gatekeeper*. Er wordt immers op basis van artikel 1F Vv en niet op basis van het vluchtmotief bepaald of een persoon uitgesloten dient te worden van de samenleving. Artikel 1F Vv bepaalt hierbij welke karakteristieken of (mis)handelingen een persoon waardig of onwaardig maakt voor de samenleving. Zo gaven oud-minister van Justitie Ernst Hirsch Ballin en voormalig staatssecretaris van Justitie Nebahat Albayrak aan dat het in het belang is van de Nederlandse samenleving en de internationale rechtsorde om personen met de 1F-status niet toe te laten tot de maatschappij.⁵⁶ Indien een persoon de 1F-status heeft gekregen, wordt hij als een buitenstaander behandeld en afgekort van rechten en privileges van lidmaatschap van de samenleving. Als de persoon ook ongewenst wordt verklaard, pleegt hij zelfs een strafbaar feit. Vooral met betrekking tot Afghanen blijken dezen meer en meer beschouwd te worden als gevaarlijke anderen die uit de maatschappij dienen te worden geweerd. Hoewel ze in de praktijk veelal niet vervolgd worden of niet als verdachte worden aangemerkt, vormen ze de grootste groep die de 1F-status toegemeten hebben gekregen. In dit geval is sprake van een vorm van *pre-sentencing*. Uitsluiting, een 'bestrafing' in de zin van het immigratierecht, vindt in dit geval plaats ongeacht de strafrechtelijke vervolging. In deze huidige *pre-crime* samenleving wordt criminaliteit die nog niet heeft

54 Van Wijk 2011.

55 Boeles 2008.

56 *Kamerstukken II 2007/08, 31 200-VI, nr. 160, p. 2.*

plaatsgevonden en wellicht nooit zal plaatsvinden immers gezien als iets schadelijks. Hierbij kan gesteld worden dat door de uitsluiting strafrechtelijke vervolging wordt voorkomen. De brede toepassing van artikel 1F Vv leidt dan ook tot een 'populatie van de uitgesloten',⁵⁷ waarbij tevens onschuldigen onder het brede bereik van artikel 1F Vv kunnen vallen. De reikwijdte van artikel 1F Vv staat tevens ter discussie vanwege de praktische consequenties. Zo heeft het verbod van *refoulement* tot gevolg dat een vluchteling niet kan worden uitgezet, terwijl aan de persoon in kwestie ook geen asiel wordt verleend.⁵⁸ Dit leidt ertoe dat de vluchteling blijft waar hij zich bevindt: het land van toevlucht. Hier wordt de vluchteling slechts gedoogd zonder recht te hebben op sociale voorzieningen, onderdak en de mogelijkheid om te werken of te studeren. Ook al is de vluchteling ontsnapt van een lichamelijke dood, in feite is hij in het land van toevlucht *burgerlijk dood* verklaard.⁵⁹ Tevens kan artikel 1F Vv praktische problemen opleveren in gevallen waarin gezinsleden van 1F-vluchtelingen in Nederland verblijven. Zo heeft ieder mens, zoals is vermeld in artikel 8 EVRM, recht op een privéleven en familie- en gezinsleven.

In navolging van Salah wordt in deze bijdrage betoogd dat Nederland 'geen vluchthaven voor oorlogsmisdadigers, maar zeker ook geen valkuil voor onschuldigen'⁶⁰ moet zijn. Gepleit wordt voor hervorming van het beleid ten opzichte van artikel 1F Vv, waarbij dit artikel niet langer wordt gehanteerd als een opzichzelfstaande uitgangspunt voor toelating. Allereerst dient bepaald te worden of iemand voldoet aan de definitie van vluchteling voordat uitsluiting van bescherming op basis van artikel 1F Vv plaatsvindt. In navolging van België geniet, bij de toepassing van artikel 1F Vv, een strafrechtelijk verdenkingscriterium de voorkeur in plaats van louter vermoedens. Hierbij wordt gepleit voor een restrictief beleid, zodat voorkomen wordt dat onschuldigen onder het brede bereik van artikel 1F Vv kunnen vallen. In die zaken waar daadwerkelijk sprake is van bepaalde oorlogsmisdrijven, dient zeker over te worden gegaan tot strafrechtelijke vervolging. Immers, personen die misdaden hebben gepleegd, dienen hun straf niet te ontlopen. Op deze wijze wordt het signaal afgegeven dat vluchtelingen bescherming krijgen en oorlogsmisdadigers niet worden getolereerd.

Niet alleen zou de wijziging van volgorde van beoordeling kunnen leiden tot vorenstaande vervolging van oorlogsmisdadigers, maar het uit te voeren beleid omtrent artikel 1F Vv zou voorts duidelijker en beter uitvoerbaar worden. Het niet verlenen van bescherming, het herhaaldelijk detineren en het weren van vluchtelingen uit de samenleving op basis van enige vermoedens van misdaden staan haaks op de fundamentele mensenrechten in onze samenleving. Om dat te waarborgen dient een wettige overtuiging *beyond a reasonable doubt* te prevaleren boven subjectieve gevoelens van onveiligheid.

57 Stumpf 2006.

58 Wouters 2008.

59 G. de Jonge, 'Nederland is nog niet klaar met de doodstraf', *Justitiële verkenningen* 2011, 1, p. 65-76.

60 Salah, 2009, p. 2687.