

Nr. 50: afzwakking harde lijn inzake artikel 4:6 Awb?

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 24 april 2003, nr. 200300506/1 (mrs. Vlasblom, Parkins-de Vin, Claessens)

In de overwegingen in het op die aanvraag genomen besluit is alsnog betrokken de in de eerste procedure niet gebleken Noord-Koreaanse nationaliteit van appellant. De nationaliteit is tussen partijen niet meer in geschil. Niettemin strekt het bestreden besluit tot afwijzing van de aanvraag met toepassing van het tweede lid van artikel 4:6 Awb. Afgaande op dat besluit dient appellant derhalve terug te keren naar Noord-Korea, alwaar hij, naar niet in geschil is, het in artikel 29, eerste lid sub b Vw 2000 omschreven risico van schending van art. 3 EVRM loopt. Door die verwijzing biedt het nu bestreden besluit geen grondslag aan de stelling van de minister dat appellant, die blijkens zijn verklaringen eerder in de Russische Federatie en China verbleven zou hebben, naar één van die landen zou moeten terugkeren en bij gebreke daarvan zou kunnen worden uitgezet. Omdat het be-

sluit geen uitsluitel biedt over een derde land, waar afdoende bescherming zou kunnen worden verkregen, strookt het ook niet met de uitleg die aan artikel 45 lid 1 Vw 2000 is gegeven.

De voorzieningenrechter kon derhalve niet volstaan met de ongegrondverklaring van het beroep tegen dat besluit wegens het ontbreken aan de aanvraag van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden, aangezien hij daarmee voorbij is gegaan aan het vaststaande gegeven dat appelland in Noord-Korea, waarheen hij volgens het bestreden besluit wegens het ontbreken van een alternatief moet terugkeren en kan worden uitgezet, het risico loopt op een behandeling als verboden in artikel 3 EVRM.

**Art. 4:6 Awb; artt. 29 lid 1 sub b
en 45 Vw; art. 3 EVRM**

L. appelland, tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rb. te 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Assen, van 17 januari 2003 in het geding tussen:

appelland
en

de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie

1. Procesverloop

Bij besluit van 26 december 2002 heeft de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (hierna: de minister) een aanvraag van appelland om hem een verblijfsvergunning asiël voor bepaalde tijd te verlenen afgewezen. Dit besluit is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Bij uitspraak van 17 januari 2003, verzonden op dezelfde dag, heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Assen, (hierna: de voorzieningenrechter) voor zover thans van belang, het daartegen door appelland ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appelland bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 24 januari 2003, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Bij brief van 30 januari 2003 heeft de minister een reactie ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 3 april 2003, waar appelland in persoon (...) en de minister (...) zijn verschenen. Tevens is verschenen (...) tolk in de Koreaanse taal.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

2. Overwegingen

2.1 Ingevolge artikel 4:6, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) is de aanvrager gehouden nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden, indien na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag wordt gedaan.

Ingevolge het tweede lid kan het bestuursorgaan de aanvraag, zonder toepassing te geven aan artikel 4:5 van de Awb, afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking, wanneer niet zulke feiten of omstandigheden worden vermeld.

Ingevolge artikel 31, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) wordt een aanvraag om een vergunning, als bedoeld in artikel 28 van die wet, afgewezen, indien de vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn aanvraag is gegrond op omstandigheden die een rechtsgrond voor verlening vormen.

2.1.1 Indien een aanvraag, als bedoeld in voormeld artikel 4:6 van de Awb, wordt ingediend, ertoe strekkende dat de minister terugkomt van een in rechte onaantastbaar geworden besluit, berust bij de minister de bevoegdheid, als bedoeld in het tweede lid van dat artikel, bij de aanwending waarvan artikel 31, eerste lid, van de Vw 2000 mede wordt betrokken. Komt de minister tot het oordeel dat er geen termen zijn het verzoek in te willigen, dan verzet het bepaalde in artikel 8:1 van de Awb, gelezen in verband met artikel 69 van de Vw 2000, zich ertegen dat door het instellen van beroep tegen dat besluit wordt bereikt dat de rechter de zaak beoordeelt, als ware het beroep gericht tegen het eerdere besluit. Het door appelland ingestelde beroep kon dan ook slechts leiden tot de beoordeling of zich na het eerdere in rechte onaantastbare besluit van 1 december 2001 nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden hebben voorgedaan, die tot heroverweging noopten.

2.1.2 Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 5 maart 2002 in zaak nr. 200200237/1, gepubliceerd in JV 2002/125, NAV 2002/129 en AB 2002, 169), moet de vreemdeling die om bescherming vraagt in de regel voldoen aan de in het nationale recht neergelegde procedure-regels, waaronder artikel 4:6 van de Awb, welke er toe dienen de nationale autoriteiten in staat te stellen aanvragen om een verblijfsvergunning op een ordelijke wijze af te doen. Slechts onder bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden kan de noodzaak bestaan om deze regels niet tegen te werpen.

2.2 Grief 1 richt zich tegen de overweging dat in de eerste procedure in rechte is komen vast te staan dat ook toen een door appelland ingediende aanvraag voorlag, omdat alleen sprake kan zijn van een beroepsprocedure tegen een afwijzing van een aanvraag, wanneer ook een dergelijke aanvraag is ingediend. Wanneer de minister er ten onrechte vanuit gaat dat een aanvraag is ingediend, dan is het voeren van een beroepsprocedure de enige manier daar in rechte tegen op te komen, aldus appelland.

2.2.1 De grief faalt. In de eerdere procedure is de Staatssecretaris van Justitie (hierna: de staatssecretaris) er vanuit gegaan dat appelland op 20 oktober 2001 een aanvraag om een verblijfsvergunning asiël voor bepaalde tijd heeft ingediend. In die procedure, waar-

in appellant is bijgestaan door een rechtshulpverlener, is bij gelegenheid van het indienen van een zienswijze, noch bij gelegenheid van het beroep bij de rechtbank, betwist dat zo een aanvraag was ingediend. Nu de uitspraak op evenbedoeld beroep in rechte onaanastbaar is geworden, heeft de voorzieningenrechter met juistheid de op 23 december 2002 ingediende aanvraag aangemerkt als een aanvraag in de zin van artikel 4:6, eerste lid, van de Awb.

2.3 In grief 2 betoogt appellant dat de voorzieningenrechter ten onrechte hetgeen hij aan die aanvraag ten grondslag heeft gelegd, niet als nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden in de zin van die bepaling heeft aangemerkt.

2.3.1 Ook die grief faalt, reeds omdat appellant in zijn eerste gehoor naar aanleiding van de aanvraag zelf heeft gezegd dat daaraan geen nieuwe feiten of veranderde omstandigheden ten grondslag lagen.

2.4 In grief 3 betoogt appellant, met verwijzing naar voormelde uitspraak van de Afdeling van 5 maart 2002, dat – samengevat weergegeven – de voorzieningenrechter niet motiveert, waarom de door hem gestelde feiten en omstandigheden geen aanleiding geven af te wijken van die bepaling.

2.4.1 Ingevolge artikel 29, eerste lid, aanhef en onder b, van de Vw 2000 wordt een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, als bedoeld in artikel 28, verleend aan de vreemdeling die aannemelijk heeft gemaakt dat hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan folteringen, aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.

Ingevolge artikel 31, tweede lid, aanhef, wordt bij het onderzoek naar de aanvraag mede betrokken de omstandigheid dat:

h) de vreemdeling heeft verbleven in een derde land dat partij is bij het Vluchtelingenverdrag en één van de in artikel 30, onder d, bedoelde verdragen en de vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat het die verdragsverplichtingen niet nakomt;

i) de vreemdeling in een land van eerder verblijf zal worden toegelaten tot hij elders duurzame bescherming zal hebben gevonden, en

j) de vreemdeling elders een verblijfsalternatief heeft omdat hij voorafgaand aan zijn komst naar Nederland heeft verbleven in een ander land dan het land van herkomst.

Ingevolge artikel 45, eerste lid, aanhef en onder b, voorzover thans van belang, heeft de beschikking waarbij een aanvraag tot het verlenen van de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, bedoeld in artikel 28, wordt afgewezen, van rechtswege tot gevolg dat de vreemdeling Nederland uit eigen beweging dient te verlaten binnen de in artikel 62 gestelde termijn, bij gebreke waarvan de vreemdeling kan worden uitgezet.

2.4.2 Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 29 mei 2001 in zaak nr. 200101994/1, gepubliceerd in AB 2001, 266, JB 2001/190, JV

2001/166 en RV 2001, 65), is de beslissing om tot uitzetting over te gaan geen zelfstandig deelbesluit binnen de meeromvattende beschikking, is de bevoegdheid tot uitzetting een rechtsgevolg van rechtswege van de afwijzing van een verzoek om toelating en is die bevoegdheid niet discretionair van aard. Het ontstaan, door de afwijzende beschikking, van de bevoegdheid tot uitzetting, dient bij het geven van de beschikking te worden betrokken.

2.4.3 Het eerdere besluit strekt tot afwijzing van de aanvraag van een verblijfsvergunning asiël voor bepaalde tijd op de in artikel 29, eerste lid, aanhef en onder a en b, van de Vw 2000 genoemde gronden. Deze afwijzing is niet gebaseerd op het bepaalde in artikel 31, tweede lid, aanhef en h tot en met j, van de Vw 2000 en had, gelet op artikel 45, eerste lid, aanhef en onder b, van die wet tot gevolg dat appellant Nederland onmiddellijk diende te verlaten, bij gebreke waarvan hij kon worden uitgezet.

2.4.4 Aan zijn op 23 december 2002 ingediende aanvraag heeft appellant onder meer ten grondslag gelegd dat hij van Noord-Koreaanse nationaliteit is en bij uitzetting naar dat land een risico loopt, als bedoeld in artikel 29, eerste lid, aanhef en onder b, van de Vw 2000.

2.4.5 In de overwegingen in het op die aanvraag genomen besluit is alsnog betrokken de in de eerste procedure niet gebleken Noord-Koreaanse nationaliteit van appellant. Blijkens het besluit en het verhandelde ter zitting van de Afdeling is die nationaliteit door de minister als vaststaand aanvaard en derhalve tussen partijen niet meer in geschil. Daarenboven is blijkens het ter zitting van de Afdeling door de minister ingenomen standpunt tussen partijen evenmin in geschil dat appellant bij terugkeer naar Noord-Korea het in artikel 29, eerste lid, aanhef en onder b, van de Vw 2000 genoemde risico loopt en deswege daarheen niet kan terugkeren.

Niettemin strekt het bestreden besluit tot afwijzing van de aanvraag met toepassing van het tweede lid van artikel 4:6 van de Awb, derhalve onder verwijzing naar het eerdere besluit en dus ook zonder inroepen van het tweede lid, aanhef en onder h tot en met j, van artikel 31 van de Vw 2000. Afgaande op dat besluit, gezien in het licht van het eerste lid van artikel 45 van de Vw 2000, dient appellant derhalve terug te keren – en kan hij bij gebreke daarvan worden uitgezet – naar Noord-Korea, alwaar hij, naar niet in geschil is, het in artikel 29, eerste lid, aanhef en onder b, van de Vw 2000 omschreven risico loopt. Door die verwijzing biedt het nu bestreden besluit geen grondslag aan de stelling van de minister ter zitting van de Afdeling dat appellant, die blijkens zijn verklaringen eerder in de Russische Federatie en China zou hebben verbleven, naar één van die landen zou moeten terugkeren en bij gebreke daarvan zou kunnen worden uitgezet. Omdat het besluit aldus geen uitsluitend biedt over een derde land, waar afdoende bescherming zou kunnen worden verkregen, strookt het ook niet met de

uitleg die in de hiervoor onder 2.4.2. vermelde uitspraak is gegeven aan artikel 45, eerste lid, van de Vw 2000.

2.4.6 Onder deze omstandigheden kon de voorzieningenrechter niet volstaan met de ongegrondverklaring van het beroep tegen dat besluit wegens het ontbreken aan de aanvraag van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden, aangezien hij daarmee voorbij gaat aan het tussen partijen vaststaande gegeven dat appellant in Noord-Korea, waarheen hij ingevolgt het bestreden besluit wegens het ontbreken van een alternatief moet terugkeren en kan worden uitgezet, het risico loopt op een behandeling als verboden in artikel 3 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

2.4.7 De conclusie is dat de grief slaagt.

2.5 Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van de minister van 26 december 2002 gegrond verklaren en dat besluit in verband met het ontbreken van een draagkrachtige motivering vernietigen. De minister zal opnieuw op de aanvraag moeten beslissen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen.

2.6 De minister dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

I verklaart het hoger beroep gegrond;

II vernietigt de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Assen van 17 januari 2003 in zaak nr. AWB 02/95696;

III verklaart het door appellant bij de rechtbank in die zaak ingestelde beroep gegrond;

IV vernietigt het besluit van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie van 26 december 2002, kenmerk 0212-23-8020.

(...; red.)

Noot

1. Deze zaak betreft een herhaalde aanvraag, die met toepassing van art. 4:6 lid 2 Awb is afgedaan. Het beroep hiertegen wordt door de voorzieningenrechter van de rechtbank Assen afgewezen. De Afdeling stelt vast dat de voorzieningenrechter terecht de aanvraag als een nieuwe aanvraag in de zin van art. 4:6 lid 1 Awb heeft aangemerkt (r.o. 2.2.1), en terecht heeft vastgesteld dat door de asielzoeker geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden als bedoeld in art. 4:6 lid 2 Awb zijn aangevoerd (r.o. 2.3.1). De afwijzing op grond van art. 4:6 lid 2 Awb was dus in principe juist. Tijdens de hoger beroeps-procedure, ter zitting van de Afdeling, erkent de minister evenwel dat de asielzoeker bij uitzetting naar Noord-

Korea het risico loopt aldaar onderworpen te worden aan een behandeling als bedoeld in art. 29 lid 1 onder b Vw 2000, en daar dus het risico loopt van een behandeling in strijd met art. 3 EVRM (r.o. 2.4.5). In confesso is dat er geen veilig derde land kon en is tegengeworpen. Effectuering van de tweede afwijzende beschikking (uitzetting) zou derhalve in strijd zijn met art. 3 EVRM. De Afdeling verklaart het beroep gegrond.

2. De Afdeling benadrukt, dat de rechter het beroep, wanneer dat gericht is tegen een op art. 4:6 lid 2 Awb gebaseerde afwijzing, bij gebreke van nova moet afwijzen (ABRvS 4 april 2003, RV 2003, 49 met nt. Vermeulen). Dit beperkte rechterlijke toetsingskader – per definitie (behoudens ingeval van nova) afwijzen – vloeit volgens haar voort uit het ne bis in idem principe, dat onder meer inhoudt dat buiten de aanwending van volgens de wet openstaande rechtsmiddelen eenzelfde geschil niet ten tweede male inhoudelijk aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. Daarbij geldt, dat de wet voor de rechter anders dan voor het bestuur niet voorziet in discretie, noch anderszins in uitzonderingen op de regel dat de weg naar de rechter slechts eenmaal gedurende een beperkte periode openstaat. Deze beperking van de toegang tot de rechter staat niet ter vrije beschikking van partijen, maar is van openbare orde. De rechter zal er dus ambtshalve op moeten toezien dat deze beperking in acht genomen wordt.

3. Niettemin aanvaardt de Afdeling in deze uitspraak een uitzondering op genoemde beperking. In ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125 met nt. Vermeulen, AB 2002, 169 – waarnaar de Afdeling in r.o. 2.1.2 verwijst – overwoog zij weliswaar: ‘Zelfs indien sprake is van gedwongen terugkeer naar een land waar, naar gesteld, een risico bestaat op een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling of bestraffing, moet in de regel worden voldaan aan de in het nationale recht neergelegde procedure-regels [zoals art. 4:6 Awb en de regels inzake toegang tot de rechter], welke er toe strekken de nationale autoriteiten in staat te stellen aanvragen om een verblijfsvergunning op een ordelijke wijze af te doen.’ Maar zij voegde daaraan toe: ‘Slechts onder bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden kan noodzaak bestaan om deze regels niet tegen te werpen.’ Blijkbaar ziet de Afdeling het gegeven, dat thans tussen partijen vaststaat dat uitzetting naar Noord-Korea een schending van art. 3 EVRM zou opleveren, als een bijzonder, op de individuele zaak betrekking hebbend feit dat er toe noodzaak vormde beperkende regels niet tegen te werpen. Zij overweegt in r.o. 2.4.6: ‘Onder deze omstandigheden kon de voorzieningenrechter niet volstaan met de ongegrondverklaring van het beroep tegen dat besluit wegens het ontbreken aan de aanvraag van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden, aangezien hij daarmee voorbij gaat aan het tussen partijen vaststaande gegeven dat appellant in Noord-Korea, waar-

heen hij ingevolge het bestreden besluit wegens het ontbreken van een alternatief moet terugkeren en kan worden uitgezet, het risico loopt op een behandeling als verboden in artikel 3 EVRM.' Wat de Afdeling hier – te impliciet – zegt is dat nationale procedure-regels op grond van art. 94 Gw buiten toepassing gelaten dienen te worden indien, gezien de specifieke feiten in de betreffende asielzaak, toepassing van die regels zou resulteren in een mogelijke uitzetting welke evident met art. 3 EVRM in strijd is. Uiteraard moet uitgegaan worden van zo een evidente strijdigheid wanneer de minister met de asielzoeker van mening is dat dat het geval is. Zie in deze zin EHRM 17 december 1996, RV 1996, 21 met nt. Vermeulen (*Ahmed tegen Oostenrijk*): 'the Government [...] explained that the Austrian authorities had decided to stay execution of the expulsion in issue because they too considered that, as matters stood, Mr Ahmed could not return to Somalia without being exposed to the risk of treatment contrary to Article 3. That being the case [curs. BPV], the Court reaches the same conclusion' (r.o. 45, 46).

4. Voor het aannemen van deze uitzondering op het ne bis in idem principe – inhoudend dat wanneer in de tweede procedure tussen partijen vaststaat dat tenuitvoerlegging van de afwijzende beschikking tot schending van een refolementverbod leidt, de bestuursrechter in die tweede procedure een inhoudelijke beoordeling dient te geven, ook al is geen sprake van nova als bedoeld in art. 4:6 Awb – pleit dat wanneer de bestuursrechter de asielzoeker niet een tweede kans zou gunnen, de zaak ongetwijfeld op het bord van de burgerlijke rechter terechtkomt. Zo laat de burgerlijke rechter een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht (dat inhoudt dat hij van de rechtmatigheid van een besluit moet uitgaan als de belanghebbende verzuimd heeft een bestuursrechtelijk rechtsmiddel aan te wenden) toe indien het bestuursorgaan de onjuistheid van het besluit heeft erkend (HR 18 juni 1993, AB 1993, 504 (Sint Oedenrode); HR 20 februari 1998, AB 1998, 231; J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer 1998, pag. 50-58). Het ligt voor de hand dat de burgerlijke rechter een vergelijkbare opstelling kiest in die gevallen waarin in een tweede procedure de onrechtmatigheid van een besluit is erkend, maar de bestuursrechter zulks niet aan zijn beoordeling ten grondslag zou kunnen leggen vanwege de uit het ne bis in idem principe voortvloeiende beperking van zijn bevoegdheid. Om te voorkomen dat de burgerlijke rechter aldus aanvullende rechtsbescherming moet gaan bieden – iets wat haaks staat op de doelstelling van Vw 2000 om de rechtsmacht in vreemdelingenzaken bij de bestuursrechter te (blijven) concentreren – dient de bestuursrechter het rechtsbeschermingsgat zelf te dichten, dus een uitzondering op het ne bis in idem principe te maken. Kortom – als ik het dus goed zie – aanvaardt de Afdeling in onderhavige uitspraak voor het eerst

daadwerkelijk dat sprake is van de in ABRvS 5 maart 2002, JV 2002/125 bedoelde bijzondere feiten en omstandigheden die noodzaken tot het niet tegenwerpen van nationale procedure-regels zoals artikel 4:6 Awb en de relevante termijnbepalingen.

5. TBV 2003/24 tot wijziging van C5/20.5 Vc 2000 lijkt op nogal vrijmoedige wijze de hier gepubliceerde uitspraak uit te werken. Zo wordt gesteld: 'Niettegenstaande het bovenstaande kunnen bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden aanleiding zijn om toepassing van artikel 4:6 Algemene wet bestuursrecht achterwege te laten. Deze bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende, feiten en omstandigheden worden in elk geval aanwezig geacht wanneer de feiten en omstandigheden leiden tot de conclusie dat de vreemdeling aangemerkt dient te worden als verdragsvluchteling, of wanneer schending van art. 3 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden dreigt'. In feite stelt het TBV hier dat ook als er in de tweede of vervolgaanvraag geen nova als bedoeld in artikel 4:6 lid 2 Awb aangevoerd worden, een inhoudelijke beoordeling van het beroep op het Vluchtelingenverdrag of artikel 3 EVRM dient plaats te vinden. Dat is ruimhartig. De Afdeling is nog immer (veel) restrictiever, zie bijvoorbeeld ABRvS 2 oktober 2003, JV 2003/530. Dat betekent dat enerzijds het bestuur op grond van artikel 4:84 Awb gebonden is aan naleving van het TBV, maar de bestuursrechter naleving van het TBV op dit punt niet mag controleren. Deze merkwaardige consequentie vloeit voort uit het gegeven, dat de Afdeling enerzijds in artikel 4:6 lid 2 Awb een vrije bestuursbevoegdheid ziet, welke dus door beleidsregels ingeperkt kan worden, maar anderzijds de rechter verplicht om (buiten het geval van nova als bedoeld in die bepaling) het besluit op een herhaalde aanvraag – ook als dat met de betreffende beleidsregels in strijd is – in stand te laten.

6. Het lijkt er verder op dat de Afdeling wat ruimhartiger wordt, in de zin dat zij (eerder) aanneemt dat sprake is van een (geheel) nieuwe aanvraag waar artikel 4:6 Awb niet op ziet, of dat sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden als bedoeld in artikel 4:6 lid 2 Awb. In ABRvS 24 juni 2003, JV 2003/355 en RV 2003, 54 met nt. Reneman was aan de orde een tweede asielaanvraag, waarbij een dochter voor het eerst het risico van besnijdenis had aangevoerd, welk risico in de eerste – door haar ouders mede namens haar ingediende – aanvraag niet was aangevoerd. De Afdeling oordeelde dat dit risico als een novum had te gelden, nu de dochter 'voor het eerst een grond – haar persoonlijke vrees voor besnijdenis – naar voren [heeft] kunnen brengen, die bij uitstek op haar eigen persoon betrekking heeft en zodanig specifiek is, dat de aanvraag niet kan worden aangemerkt als een herhaalde aanvraag' (zo in vergelijkbare zin ABRvS 3 oktober 2003, JV 2004/3). TBV 2003/24 tot wijziging van C5/20.5 Vc 2000 stelt in lijn hiermee: 'Wanneer

tijdens deze tweede of volgende aanvraag de asielzoeker voor het eerst feiten en omstandigheden naar voren brengt die specifiek zien op de eigen persoon en die niet reeds door de ouders naar voren zijn gebracht, wordt in geen geval aangenomen dat deze feiten en omstandigheden in redelijkheid eerder naar voren konden worden gebracht’.

Daarnaast heeft de Afdeling haar harde jurisprudentie ten aanzien van getraumatiseerde asielzoekers, die niet in staat waren in eerste aanleg mededelingen te doen over de gebeurtenissen (verkrachting, marteling e.d.) die die trauma’s hadden veroorzaakt. Meestal was de Afdeling van oordeel dat van betrokkene ten minste mocht gevergd worden dat hij al in eerste instantie – hoe summier ook – van die gebeurtenissen melding had gemaakt. Had hij dat niet gedaan, dan ‘telden’ die feiten niet als nova in de zin van artikel 4:6 lid 2 Awb (ABRvS 16 mei 2002, NAV 2002/195 met nt. Groenewegen, JV 2002/222, RV 2002, 7 met nt. Bruin). In ABRvS 24 september 2003, JV 2003/501 met nt. Spijkerboer erkent de Afdeling evenwel, dat het mogelijk is dat iemand psychisch niet in staat was in eerste aanleg zelfs maar in summier bewoordingen die feiten aan te stippen: ‘De rechtbank heeft derhalve terecht onderzocht of van appellante niet kon worden gevergd dat zij reeds eerder, in het bijzonder ten tijde van het nader gehoor, op enigerlei wijze – hoe summier ook – gewag maakte van de gestelde feiten en haar onvermogen daarover nader te verklaren’. Daarmee is de Afdeling in lijn met eerdergenoemd TBV 2003/24 (geldend sinds 13 augustus). In dit TBV staat onder meer: ‘Ook inzake mogelijke traumatiserende gebeurtenissen wordt in beginsel van de vreemdeling verwacht dat daarvan in de eerste procedure op enigerlei wijze – hoe summier ook – gewag wordt gemaakt (aldus reeds bovengenoemde uitspraak van 16 mei 2002). Bijzondere door de vreemdeling zelf ingebrachte en aannemelijk gemaakte traumatiserende gebeurtenissen, zoals opgesomd in C1/4.4.2.3, is het onder omstandigheden voorspelbaar dat de vreemdeling ten tijde van de eerdere aanvraag terughoudend is geweest met het naar voren brengen van deze gebeurtenissen. Dit zal eerder het geval zijn wanneer de eerdere aanvraag binnen 48 procedures (dus in de AC-procedure) is afgevoerd’.

8. Pas ter zitting van de Afdeling geeft de minister toe dat de vreemdeling bij terugkeer naar Noord-Korea het risico loopt onderworpen te worden aan een behandeling in strijd met art. 3 EVRM. Niettemin neemt de Afdeling dit gegeven ‘mee’, en komt zij op grond van dit gegeven tot vernietiging van de uitspraak van de voorzieningenrechter. Dat is curieus. Art. 83 Vw 2000, dat de rechtbank opdraagt waar mogelijk ex nunc te toetsen, is niet van toepassing op het hoger beroep bij de Afdeling; vgl. Kamerstukken II 1999-2000, 26732, nr. 7, pag. 9: ‘Voor het hoger beroep wordt niet de ex nunc-beoordeling voorgesteld’. De Afdeling heeft dus ex tunc te beoordelen,

waarbij de aangevallen uitspraak van de rechtbank – naar het tijdstip van het doen van die uitspraak – onderwerp van het hoger beroep is. Niettemin oordeelt de Afdeling ex nunc, hetgeen leidt tot de merkwuurlijke vaststelling dat de voorzieningenrechter voorbij is gegaan aan het op het moment van zijn uitspraak nog niet bestaande (!) gegeven dat tussen partijen vaststaat dat uitzetting naar Noord-Korea met art. 3 EVRM in strijd is (r.o. 2.4.6). Een en ander leidt evenzo tot de merkwuurlijke slotsom (r.o. 2.5) dat de Afdeling heeft te doen hetgeen de rechtbank (de voorzieningenrechter) zou behoren te doen (terwijl het relevante gegeven op grond waarvan de rechtbank/voorzieningenrechter dat zou behoren te doen op dat moment nog niet bekend was!). Als de Afdeling zich aan haar rol als ex tunc-toetsers had gehouden, dan had zij de uitspraak van de voorzieningenrechter moeten bevestigen. Daarbij had zij mijns inziens dan wel moeten overwegen, dat het de vreemdeling vrijstond een nieuwe aanvraag in te dienen, waarbij het gegeven dat tussen partijen vaststond dat zich een art. 3 EVRM-*risico* voordeed vermoedelijk als novum in de zin van art. 4:6 lid 2 Awb zou hebben te gelden.

9. Deze uitspraak is ook gepubliceerd als JV 2003/280 met nt. Spijkerboer, NAV 2003/160 met nt. Bruin en Terlouw, en AB 2003, 316 met nt van ondergetekende, waaraan een deel van de hier gepubliceerde noot is ontleend.

BPV