

## 28. Verkapte uitlevering in mensenrechtelijk perspectief

**Hoe ver reikt de discretionaire bevoegdheid van de Staat bij uitzetting van in het buitenland verdachte vreemdelingen?**

*Tom de Boer & Hannah Kappel*

*Dit artikel bespreekt het leerstuk van verkapte uitlevering en de rol die mensenrechtenverdragen daarbij kunnen spelen. Aan de hand van twee casus – een uit 1974 en een uit 2015 – wordt gekeken naar de rechten van het individu op grond van het (Nederlandse) uitleveringsrecht en de aanvullende bescherming op grond van deze verdragen, in het bijzonder het daarin neergelegde verbod op refoulement. De centrale vraag*

*Tussen onafhankelijkheid en hiërarchie – de relatie tussen vreemdelingenrecht en de Raad van State 2001-2007, Den Haag: Sdu 2009.*

*daarbij is hoeveel vrijheid de Nederlandse Staat heeft om het uitleveringsrecht en de daarbij behorende waarborgen te omzeilen bij het uitzetten van vreemdelingen die in het buitenland strafrechtelijk zullen worden vervolgd.*

### 1. Inleiding

Oud-hoogleraar en -rechter A.H.J. Swart, die in 1986 het Nederlandse standaardwerk<sup>1</sup> over uitleveringsrecht schreef, vatte de spanning tussen uitleveringsrecht en vreemdelingenrecht in 1981 als volgt samen:

*‘Zolang uitleveringsrecht en vreemdelingenrecht bestaan is hun onderlinge verhouding een groot probleem. Dat probleem bestaat hierin dat het vreemdelingenrecht heel gemakkelijk de functie van het uitleveringsrecht overneemt en dan als het ware parallel uitleveringsrecht vormt. Het vreemdelingenrecht is eigenlijk de grote broer van het uitleveringsrecht. Anders gezegd, het uitleveringsrecht maakt soms de indruk van een façade waarachter een realiteit schuil gaat die velen liever niet onder ogen zien.’<sup>2</sup>*

Een treffende omschrijving, hoewel het misschien nog beter is te stellen dat in veel gevallen het vreemdelingenrecht een façade vormt waarachter het uitleveringsrecht schuilgaat. Op zodanige wijze dat het uitleveringsrecht soms zelfs helemaal niet tevoorschijn komt. Het leerstuk waarin deze spanning het meest tot uiting komt is dat van ‘verkapte uitlevering’. Daarbij gaat het om situaties waarin een uitleveringsprocedure door de Staat wordt omzeild door te kiezen voor vreemdelingrechtelijke uitzetting. De vreemdeling wordt direct na voet op vreemde bodem te hebben gezet gearresteerd, gede-

1 A.H.J. Swart, *Nederlands uitleveringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986. Zie p. 9-18 over uitzetting en (verkapte) uitlevering. Swart was naast hoogleraar strafrecht ook rechter van het Joegoslavië- en Libanon-tribunaal. Hij overleed in 2011.

2 A.H.J. Swart, ‘Het eeuwige leven van de verkapte uitlevering,’ *Recht en Kritiek* 1981, p. 334-356, p. 334.

tineerd en berecht, waarmee het effect van uitlevering wordt bereikt, terwijl de vreemdeling voorafgaand aan de uitzetting niet de bescherming van het uitleveringsrecht heeft ontvangen.

Verkapte uitlevering is onrechtmatig, maar door de Hoge Raad op zodanige wijze omschreven dat er een aanzienlijk grijs gebied bestaat.<sup>3</sup> In dit artikel staat de vraag centraal hoeveel vrijheid de Nederlandse Staat binnen dit grijze gebied heeft. Daarbij gaat het om situaties waarin de vreemdeling op grond van het uitleveringsrecht niet zou mogen worden uitgeleverd, althans waarbij dit zeer twijfelachtig is. Van dergelijke situaties worden in dit artikel twee voorbeelden gegeven – een uit 1974 (een uitzetting van Nederland naar voormalig West-Duitsland) en een uit 2015 (een uitzetting van Nederland naar Rwanda). Daarbij wordt in de eerste plaats gekeken naar de beperkingen van de discretionaire bevoegdheid van de Staat die volgen uit het Nederlandse uitleveringsrecht en de jurisprudentie daarover (secties 2 en 3). Daarna wordt beoordeeld of in de twee casus aan deze wettelijke voorwaarden is voldaan (secties 4.1 en 4.2). Tot slot wordt gekeken of de discretionaire bevoegdheid nog verder wordt ingeperkt door de toepasselijke bepalingen in mensenrechtenverdragen, in het bijzonder de in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mensen (EVRM) neergelegde *refoulement*-verboden (sectie 4.3). Door twee casus te vergelijken waar ruim dertig jaar tussen zit, valt tevens iets te zeggen over de vraag in welke richting de rechtsbescherming zich heeft ontwikkeld: richting de bescherming van de belangen van het individu of juist die van de Staat.

## 2. Het kader van (verkapte) uitlevering

De mogelijkheid tot uitlevering van een persoon wordt beschreven en begrensd door de Uitleveringswet (Uw). Deze relatief oude wet, die stamt uit 1967, heeft zijn betekenis verloren

voor overdracht van verdachten binnen Europese Unie,<sup>4</sup> maar is voor uitlevering naar landen buiten de EU onverminderd relevant. Er zijn verschillende vormen van uitlevering, waarbij in het algemeen kan worden gezegd dat het doel is dat de uitgeleverde persoon ter beschikking wordt gesteld aan een andere staat ten behoeve van strafvervolgning of -tenuitvoering.<sup>5</sup> Uitlevering vindt alleen plaats krachtens een verdrag<sup>6</sup> en is gebonden aan verschillende voorwaarden.<sup>7</sup> De procedure van uitlevering is beschreven in hoofdstuk III van de wet, waarin onder meer het verzoek om voorlopige aanhouding (art. 13 Uw) en het verzoek om uitlevering (art. 18 Uw) staan omschreven.

De Hoge Raad heeft in het arrest *Wallace* uit 1963 het toetsingscriterium voor verkapte uitlevering geformuleerd. Dit criterium sluit aan bij de wetgeschiedenis en legt het zwaartepunt bij het doel van de verwijdering van de persoon. Als een staat een persoon uitzet en daarmee het effect van een uitlevering beoogt of bewerkt, zonder daartoe in redelijkheid genoodzaakt te zijn, dan is deze uitzetting onrechtmatig.<sup>8</sup> In zijn arrest van 18 november 1994 heeft de Hoge Raad het begrip van verkapte uitlevering verder ingekleurd. Daarin overwoog de Hoge Raad dat toepassing van het voornoemde geformuleerde criterium enkel een onderzoek vergde naar de vraag of de voorgenomen uitzetting van een persoon naar de staat die eerder de uitlevering had verzocht berust op gronden die deze kunnen rechtvaardigen (waarbij buiten beschouwing mag blijven dat deze uitzetting voor ver-

3 Zie sectie 2 hieronder.

4 Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002, 2002/584/JBZ.

5 Art. 1 lid 1 Uw; *Handboek Internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, hfdst. 4.1 Begrippen, instanties en bronnen, Rozemond & Glерum,

6 Zie art. 2 lid 3 Grondwet en art. 2 Uw.

7 Neergelegd in art. 2-12 Uw.

8 HR 13 september 1963, NJ 1963/509 (*Wallace*).

zoeker feitelijk hetzelfde gevolg zou hebben als uitlevering met als doel strafvervolgning), alsmede naar de vraag of verweerder tot dit voornemen werd bewogen door andere drijfveren dan door de wens verzoeker van Nederlands grondgebied te verwijderen.<sup>9</sup> Met name deze 'andere drijfveren' zijn nogal ongrijpbaar en maken vaststelling van verkapte uitlevering in de praktijk lastig. De Staat zal zich immers niet snel in de kaarten laten kijken als het gaat om het beoogde doel van een uitzetting.

In recente rechtspraak wordt in strafzaken soms een beroep gedaan op verkapte uitlevering. Daarbij gaat het er in de meeste gevallen om dat de Nederlandse autoriteiten een verkapte uitlevering door een buitenlandse staat aan Nederland zouden hebben gefaciliteerd.<sup>10</sup> Op die grond wordt door de verdachten verzocht om strafvermindering, het buiten toepassing laten van bewijs of niet-ontvankelijkheid van het OM. De lijn van de strafrechter in deze zaken is dat Nederland niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het omzeilen van een uitleveringsprocedure door een derde staat, tenzij het daar heel concreet op heeft aangestuurd. De strafrechter lijkt ook niet snel bereid om hier procesrechtelijke of strafverminderende gevolgen aan te verbinden. De strafrechter toetst enkel de specifieke gevolgen voor de

strafprocedure en verwijst voor het overige naar de civiele rechter.<sup>11</sup>

Als het gaat om mogelijke verkapte uitlevering in omgekeerde richting – dus uitzetting van een strafrechtelijke verdachte door Nederland naar het buitenland – zijn de zaken veel minder talrijk. Dit zou kunnen betekenen dat de Staat zich hieraan niet of nauwelijks schuldig maakt. Een andere verklaring kan zijn dat de uitgezette vreemdeling de weg naar de Nederlandse rechter na de uitzetting meestal niet meer weet te vinden, aangezien hij inmiddels in buitenlandse detentie verkeert. Daarnaast ligt een deel van de verklaring voor het ontbreken van civiele zaken over verkapte uitlevering in het feit dat schadevergoedingszaken die betrekking hebben op vreemdelingen vrijwel volledig zijn overgeheveld naar de bestuursrechter.<sup>12</sup>

Een zaak die kenmerken van verkapte uitlevering vertoont en die wel bij de civiele rechter zal dienen is de wijze waarop voormalig Transavia-piloot Julio Poch door Spanje werd uitgeleverd aan Argentinië. Dit werd mogelijk nadat de Nederlandse autoriteiten de Spanjaarden en de Argentijnen hadden geïnformeerd over diens laatste vlucht naar Nederland. In tegenstelling tot Nederland had Spanje wel een uitleveringsverdrag met Argentinië en kon de uitlevering via die route worden geëffectueerd. De gevolgen zijn bekend. Inmiddels heeft Poch

9 HR 18 november 1994, NJ 1996, 579; zie ook de conclusie van A-G Leijten bij deze uitspraak, waarin een verduidelijking wordt gegeven van de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel en de aangebrachte nuancerings.

10 Zie bijv. de Conclusie van A-G Vegter, 14 november 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1410, bij HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:26; HR 12 september 2019, ECLI:NL:HR:2017:2321; Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY3370; Conclusie A-G Aben bij HR 19 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:77, par. 12-18.

11 Zie bijv. Conclusie van A-G Vegter, 14 november 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1410, par. 21. Conclusie A-G Aben bij HR 19 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:77, par. 14-18. De civiele rechter vervult deze rol soms ook: Rb. Den Haag 17 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7259.

12 Op grond van art. 71a lid 1 en 72a Vw. Zie ook Hof Den Haag 25 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2048. Het uitsluiten van vreemdelingen van de civiele procedure roept vragen op die in dit artikel niet zullen worden behandeld.

een claim ingediend bij de Staat en staan er getuigenverhoren op stapel.<sup>13</sup>

De zaak Poch is echter geen situatie waar de Hoge Raad specifiek op doelde in zijn arresten over verkapte uitlevering. Poch had immers de Nederlandse nationaliteit en kon dus niet via het vreemdelingenrecht worden uitgezet. ‘Zuivere’ verkapte uitlevering ziet op situaties waarin sprake is van een samenloop tussen het vreemdelingenrecht en het uitleveringsrecht. Deze samenloop en het spanningsveld tussen de twee gebieden is recent als volgt omschreven door Advocaat-Generaal Aben:

*‘Uitlevering betreft de verwijdering van een persoon uit een staat met het doel hem ter beschikking te stellen van de autoriteiten van een andere staat ten behoeve van hetzij een in die staat tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek, hetzij de tenuitvoerlegging van een hem in die staat opgelegde straf of maatregel. Doel van de uitlevering is dus het verlenen van rechtshulp door de ene staat aan de andere staat, op uitdrukkelijk verzoek van de laatste. Uitzetting daarentegen betreft een maatregel van vreemdelingenrecht waarbij een niet-gewenste vreemdeling over de grens wordt gezet, zonder dat daaraan een uitleveringsverzoek van een andere staat ten grondslag ligt en zonder het doel om de staat waarnaar hij wordt verwijderd in de gelegenheid te stellen om de uitgezette persoon te vervolgen of te bestraffen. Bij uitzetting staat het eigen belang van de uitzettende staat voorop: doel van de uitzetting is dat de niet-gewenste vreemdeling het land verlaat. Bij uitlevering staat het belang van de staat die daartoe overgaat juist niet voorop. Het uitleveringsrecht biedt doorgaans meer bescherming aan het individu dan de vreemdelingenrechtelijke procedure van uitzetting.’<sup>14</sup>*

Aan het risico dat deze samenloop met zich brengt – namelijk verkapte uitlevering – is aandacht besteed bij de totstandkoming van de Uitleveringswet. De Memorie van Toelichting schrijft expliciet dat, indien een verzoek tot uitlevering nog niet is uitgevaardigd maar *kan worden verwacht*, de Nederlandse Staat de buitenlandse autoriteiten in de gelegenheid moet stellen zo’n verzoek te doen. Uitzetting is derhalve, op grond van de wetsgeschiedenis, vanaf dit moment geen optie.<sup>15</sup> Dit geldt ook als een verzoek tot aanhouding is gedaan. Ook in dat geval dient uitzetting, op grond van de wetsgeschiedenis, voorshands achterwege te blijven.<sup>16</sup>

### 3. Uitlevering prevaleert boven uitzetting

Het hierboven geschetste kader bij de samenloop van de Uitleveringswet en de Vreemdelingenwet 2000 (hierna Vw) is in zekere zin bevestigd door een uitspraak van de Afdeling van 23 juli 2004. Daarin oordeelde de Afdeling dat de Uw bij samenloop prevaleert boven de uitzettingsbevoegdheid van art. 45 Vw:

*‘Uitgangspunt is dat tegen een beslissing tot uitzetting geen rechtsmiddel openstaat, aangezien uit artikel 45 van de Vw 2000 rechtstreeks voortvloeit dat een vreemdeling kan worden uitgezet, nadat een aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning is afgewezen en hij Nederland niet eigener beweging verlaat en dat tegen uitzettingshandelingen slechts bij wijze van uitzondering bezwaar en beroep open staat. Uit een, ten opzichte van de Vw 2000 bijzondere, wettelijke regeling kan evenwel een afwijking van dit stelsel voortvloeien. Dit doet zich voor, indien de procedure over toelating samenloopt met een uitleveringsprocedure. De Uitleveringswet prevaleert in dat geval als bijzondere regeling boven artikel 45 van de Vw 2000. Daarom lost de vraag of*

13 Rb. Rotterdam 24 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4992.

14 Conclusie A-G Aben voor HR 22 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:77, par. 12 (in het kader van een

strafzaak). Zie ook *Kamerstukken II 1965/66*, 8054, nr. 3 (MvT), p. 14.

15 *Kamerstukken II 1965/66*, 8054, nr. 10 (MvA), p. 4.

16 Ibid.

*tot uitzetting kan worden overgegaan zich op in de beslissing over de uitlevering, tenzij dienaangaande een afwijzend besluit is genomen. Als, zoals in dit geval, de uitlevering ten tijde van de beslissing over de toelating aan de orde is, doch daarover op dat moment nog niet is beslist, kan ten aanzien van de uitzetting geen beslissing worden genomen. Indien het uitleveringsverzoek wordt toegewezen, is uitzetting niet aan de orde. Wordt het uitleveringsverzoek afgewezen, nadat over de toelating is beslist, dan is sprake van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden, op grond waarvan alsnog een beslissing omtrent de uitzetting dient te worden genomen, die voor beroep vatbaar is.<sup>17</sup>*

Met deze uitspraak is het verbod op verkapte uitlevering formeelrechtelijk geschraagd. Er is niet alleen sprake van onrechtmatige uitzetting c.q. verkapte uitlevering als de uitzetting niet noodzakelijk is en/of door de verkeerde drijfveren is ingegeven,<sup>18</sup> maar ook – van rechtswege – als deze plaatsvindt op het moment dat er een uitleveringsprocedure aanhangig is. Daarnaast geldt dat als het uitleveringsverzoek uiteindelijk wordt afgewezen, dit wordt aangemerkt als een novum in de vreemdelingrechtelijke procedure, en dus een nieuwe beoordeling van de risico's bij uitzetting moet volgen.

Twee vragen blijven op basis van deze uitspraak echter bestaan: 1) wanneer vangt de uitleveringsprocedure precies aan? en 2) wanneer is precies sprake van het afwijzen van een uitleveringsverzoek en dient te worden overgegaan tot een nieuwe beoordeling van de risico's bij uitzetting? Deze vragen zullen hieronder aan de hand van twee casus worden besproken.

<sup>17</sup> ABRvS 23 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ5615, r.o. 2.8.1. Zie ook Rb. Den Haag 20 juni 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AT7915.

<sup>18</sup> HR 13 september 1963, NJ 1963/509 (*Wallace*); HR 18 november 1994, NJ 1996/57.

#### **4. Beperkingen van de discretionaire bevoegdheid van de Staat door de Uitleveringswet en het *refoulement*-verbod?**

##### *4.1 Twee casusvoorbeelden*

De opgenomen rechtspraak laat zien dat er sinds 1963 aan het toetsingskader van de Hoge Raad weinig is gesleuteld, maar dat er door de uitspraak van de Afdeling wel een duidelijk toetsingskader bij is gekomen. Of het uitzetten hangende een uitleveringsprocedure ook verkapte uitlevering moet worden genoemd is overigens de vraag.<sup>19</sup> Wij menen dat het onder deze noemer valt, omdat iemand die hangende een uitleveringsprocedure wordt uitgezet ten onrechte de waarborgen van de uitleveringsprocedure wordt onthouden, terwijl het effect van uitlevering wordt bereikt.

Voorbeelden waarin de Nederlandse Staat is veroordeeld wegens verkapte uitlevering zijn er echter vrijwel niet. Bij het EHRM geldt de zaak *Bozano* als een voorbeeld van *disguised extradition*.<sup>20</sup> Daarin ging het om een Italiaan die zich in Frankrijk bevond toen om zijn uitlevering werd verzocht. De Franse rechter verbood de uitlevering, maar de autoriteiten zetten hem toch vreemdelingrechtelijk uit naar Zwitserland. Vervolgens werd het Italiaanse verzoek door de Zwitserse rechter wél toegewezen. Het EHRM veroordeelde Frankrijk in deze zaak wegens een schending van art. 5 lid 1 sub f EVRM.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Zie bijv. Rb. Den Haag 20 juni 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AT7915, waarin de vraag naar verkapte uitlevering onafhankelijk wordt beoordeeld van de vraag of de uitzetting van rechtswege geen doorgang mag vinden.

<sup>20</sup> EHRM 18 december 1986, nr. 9990/82 (*Bozano t. Frankrijk*).

<sup>21</sup> Zie voor een bespreking van deze zaak en andere relevante EHRM-jurisprudentie de Conclusie van A-G Aben, ECLI:NL:PHR:2019:77, par. 13 en bijbehorende voetnoten.

De zaak *Bozano* lijkt enigszins op een casus uit 1974, die wij ontleen aan een artikel van Swart over verkapte uitlevering.<sup>22</sup> Het gaat om een Pakistaanse man, Mohammed G., die op 17 maart 1974 per vliegtuig vanuit Karachi aankwam op Schiphol. Hij was in het bezit van een retourticket Londen-Karachi, maar werd op 19 maart 1974 in een hotel in Amsterdam gearresteerd en op basis van de Uw vastgehouden. Dit was het gevolg van een verzoek om voorlopige aanhouding (art. 13 Uw) van de autoriteiten van de Bondsrepubliek Duitsland (BRD), die hem wilden vervolgen op verdenking van drugshandel. Het toepasselijke verdrag tussen Nederland en de BRD voorzag echter niet in uitlevering voor deze delicten, waarna de Duitse autoriteiten afzagen van een formeel verzoek om uitlevering (art. 18 Uw). Daarna werd Mohammed G. uit uitleveringsdetentie ontslagen, maar vastgezet op grond van de Vreemdelingenwet. Hij werd aangemerkt als een gevaar voor de openbare orde en op 25 maart 1974 naar de West-Duitse grens gebracht en overgedragen aan de Duitse autoriteiten, daar in hechtenis genomen en uiteindelijk tot tien jaar celstraf veroordeeld.

Door Swart wordt deze zaak aangemerkt als 'een van de sprekendste, men zou haast zeggen mooiste, gevallen van verkapte uitlevering in de laatste jaren'.<sup>23</sup> Volgens Swart komt dat met name door het feit dat de uitzetting naar Duitsland in dit geval niet noodzakelijk was. Hij kon ook teruggestuurd worden naar Pakistan, of desnoods naar Engeland. Daarmee was naar zijn oordeel sprake van verkapte uitlevering. De zaak roept echter nog een andere vraag op: namelijk of het eerst vastzetten op grond van art. 13 Uw en het vervolgens weer omzetten van deze uitleveringsdetentie in vreemdelingenbewaring juridisch door de beugel kan in het licht van de (toen uiteraard nog onbekende) uit-

spraak van de Afdeling van 23 juli 2004. Is het afbreken van de procedure in dit geval een nieuw feit dat een nieuwe vreemdelingrechtelijke beoordeling vergt?

Dat brengt ons naar de tweede casus, een zaak waar wij beiden bij betrokken zijn (geweest)<sup>24</sup> en een van de weinige recente zaken waarin het vraagstuk van verkapte uitlevering door een Nederlandse rechter is behandeld.

Het gaat in deze zaak om een Rwandese man, X., die op 21 maart 2015 werd uitgezet naar Rwanda nadat zijn aanvankelijk verleende verblijfsvergunning met terugwerkende kracht was ingetrokken. Deze intrekking was gebaseerd op een vermoeden dat hij zich schuldig zou hebben gemaakt aan een zogenoemd 1F-misdrijf.<sup>25</sup> Hij mocht dus worden uitgezet, maar op 12 januari 2015 – X. zat op dat moment in vreemdelingenbewaring – vaardigden de Rwandese autoriteiten een internationaal arrestatiebevel uit, dat per *note verbale* werd verstuurd naar de Nederlandse autoriteiten. Daarin werden de Nederlandse autoriteiten verzocht om de man aan te houden ter fine van uitlevering. Ook werden via Interpol rechtshulpverzoeken naar Nederland gestuurd. Hoewel vaststaat dat deze informatie de Staat bereikte voorafgaand aan de uitzetting, achtte die het niet nodig om deze informatie te delen met X. en werd de uitzetting doorgezet. Hierdoor kon X. geen beroep doen op de waarborgen uit het uitleveringsrecht en op het verbod op *refoulement* voorafgaand aan zijn uitzetting. Na de uitzetting werd hij direct opgepakt en gedetineerd; in Rwanda wacht hij nog altijd op een vonnis in zijn strafzaak. In de zaak is aangevoerd dat de detentieomstandigheden, de

22 A.H.J. Swart, 'Het eeuwige leven van de verkapte uitlevering,' *Recht en Kritiek*, 1981, p. 334-356.

23 *Ibid.*, p. 349.

24 Tom de Boer staat X. bij als advocaat; Hannah Kappel is bij de zaak betrokken geweest tijdens haar stage bij Prakken d'Oliveira.

25 Voor de feiten en omstandigheden van de zaak zie Rb. Den Haag 16 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11178, r.o. 2.1-2.19.

detentie zelf en het Rwandese strafproces in strijd zijn met art. 3, 5 en 6 EVRM.

X. kwam pas na zijn uitzetting op basis van het Rwandese strafdossier op de hoogte van het feit dat Rwanda een rechtshulpverzoek had verstuurd naar Nederland. Daarna startte hij een kort geding met als primaire doel te worden teruggeleid naar Nederland. Deze procedure loopt – mede door een niet-ontvankelijkheidsverklaring door de civiele rechter – nog altijd.<sup>26</sup> De zaak ligt op dit moment voor bij de Afdeling.

Zowel in de zaak van X. als van Mohammed G. leidde de toepassing van het vreemdelingenrecht tot een uitkomst die niet verschilt van uitlevering. Ook was in beide gevallen duidelijk dat de vreemde staat zou overgaan tot vervolging, omdat een verzoek om aanhouding ter fine van uitlevering was gedaan. In beide gevallen stond daarnaast vast dat uitlevering – indien de uitleveringsprocedure zou zijn gevolgd – niet mogelijk was (in de zaak van Mohammed G.) ofwel slechts onder toepassing van zeer strikte voorwaarden (in de Rwandese zaak). In beide gevallen nam de Staat de vrijheid om deze individuele belangen te passeren en zelfs om in dat kader informatie achter te houden. De vraag is of dit op grond van het Nederlandse uitleveringsrecht en in het kader van het verbod op *refoulement* mag.

#### 4.2 Wanneer begint en eindigt de uitleveringsprocedure?

Op grond van de Afdelingsuitspraak van 23 juli 2004 is duidelijk dat uitzetting verboden is zodra er een uitleveringsprocedure aanhangig is. Daarnaast is duidelijk dat wanneer er geen sprake is van een uitleveringsverzoek en een

dergelijk verzoek ook niet verwacht kan worden, de uitzetting in principe op vreemdelingrechtelijke gronden kan plaatsvinden.<sup>27</sup> De vraag wanneer een uitleveringsprocedure precies aanhangig is, wordt door de Afdeling in voornoemde uitspraak echter niet beantwoord.

In de zaak van X. heeft zowel de civiele rechter<sup>28</sup> als de bestuursrechter<sup>29</sup> geoordeeld dat de uitleveringsprocedure van start gaat bij een expliciet uitleveringsverzoek in de zin van art. 18 Uw. Omdat in het geval van X. naar het oordeel van deze rechters geen expliciet uitleveringsverzoek was verstuurd door de Rwandese autoriteiten,<sup>30</sup> was de uitleveringsprocedure nog niet van start gegaan. Daarmee volgen beide rechters het uitgangspunt dat door de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid is opgenomen in de Vreemdelingencirculaire.<sup>31</sup> De vreemdelingrechtelijke uitzetting mocht daarom doorgang vinden. Omdat de Staat aantoonbaar al van plan was om X. uit te zetten, was volgens de rechters bovendien geen sprake van verkapte uitlevering in de zin van de Hoge Raad-jurisprudentie. Niet kon worden geoordeeld, zo stelden beide rechtbanken, dat de Staat c.q. de

27 Zie bijv. Rb. Den Haag, zp Dordrecht, 13 april 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AX7213, «JV» 2006/270. In dat geval worden de risico's in het kader van die procedure beoordeeld.

28 Rb. Den Haag 16 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11178, r.o. 4.5.

29 Rb. Den Haag zp Amsterdam, 5 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7539, r.o. 5.3-5.4.

30 Het standpunt van X. dat het verzoek een *de facto* uitleveringsverzoek betreft, omdat het voldoet aan alle eisen van art. 18 Uw, werd door beide rechtbanken verworpen. Ook de stelling dat de Staat bij een incompleet uitleveringsverzoek op grond van art. 19 Uw de gelegenheid moet bieden om eventuele gebreken te herstellen, werd verworpen.

31 A3/10 Vc 2000: 'Als een land een formeel uitleveringsverzoek indient, mogen er geen uitzettingshandelingen plaatsvinden totdat de uitleveringsprocedure is afgerond.'

26 Zie voor alle relevante vonnissen en uitspraken in de zaak van X.: Rb. Den Haag 16 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11178; Hof Den Haag 25 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2048; Rb. Den Haag, zp Amsterdam, 5 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7539.

staatssecretaris door andere drijfveren werd gedreven dan de verwijdering van X. van het grondgebied.<sup>32</sup> Het feit dat door de verwijdering een mogelijke uitleveringsprocedure werd voorkomen, kon hier niet aan afdoen.

Het is de vraag of het oordeel dat de uitleveringsprocedure pas van start gaat bij een concreet uitleveringsverzoek zich verdraagt met de wetsgeschiedenis en de tekst en opbouw van de Uitleveringswet. Er lag in de zaak van X. immers een verzoek om aanhouding ter fine van uitlevering dat aangemerkt kan worden als een verzoek in de zin van art. 13 Uw.<sup>33</sup> Zoals hierboven opgemerkt blijkt uit de wetsgeschiedenis dat indien sprake is van een verzoek om aanhouding en zelfs als een dergelijk verzoek kan worden verwacht, de uitzetting achterwege moet blijven.<sup>34</sup> De stelling dat dit slechts in het belang van de verzoekende staat zou zijn, wordt in ieder geval door Swart<sup>35</sup> weersproken en ver-

draagt zich op het eerste gezicht ook niet met de tekst van de wetsgeschiedenis. Daarnaast ondersteunt de opbouw van de Uitleveringswet de lezing dat deze aanvangt met het verzoek om aanhouding. Zo vormt het artikel betreffende de voorlopige aanhouding (art. 13 Uw) het eerste artikel van hoofdstuk III van de wet, betreffende de 'procedure van uitlevering'. Dit ondersteunt de stelling dat de procedure van uitlevering aanvangt met een verzoek om aanhouding. Dat zou, op grond van de wetsgeschiedenis, maar ook de jurisprudentie van de Afdeling, betekenen dat X. niet langer mocht worden uitgezet toen het verzoek om aanhouding bij de Nederlandse Staat bekend werd.<sup>36</sup>

In het geval van Mohammed G. meende de Staat dat het mogelijk was om hem eerst vast te zetten op basis van de Uitleveringswet en dat deze titel kon worden omgezet in vreemdelingenbewaring toen de uitzetting niet meer opportuun leek. In de zaak van X. meende de Staat dat het verzoek om aanhouding helemaal genegeerd kon worden, omdat X. toch al zou worden uitgezet en omdat uitlevering niet mogelijk werd geacht (zie hieronder, sectie 4.3). Als deze zienswijze correct is, zou dit betekenen dat het dus aan de Staat is of een uitleveringsprocedure van start gaat en wanneer die eindigt. Daarmee zou het bij dit soort gevallen volledig binnen de discretionaire bevoegdheid van de Staat vallen of de vreemdeling in kwestie zich kan beroepen op de waarborgen van de Uitleveringswet. De voorbeelden van G. en X. laten naar onze mening de noodzaak zien om de uitleveringsprocedure te laten beginnen vanaf het verzoek om aanhouding ter fine van uitlevering, zoals ook voorgeschreven in de wetsgeschiedenis. Een ander startmoment – bijvoorbeeld bij een formeel uitleveringsver-

32 Rb. Den Haag 16 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11178, r.o. 4.6-4.8; Rb. Den Haag, zp Amsterdam, 5 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7539, r.o. 6.2-6.3.

33 Het lijkt een puur semantische discussie om een verzoek tot aanhouding niet gelijk te stellen met een verzoek tot voorlopige aanhouding, zeker gezien het doel dat met deze aanhouding werd beoogd. In een uitspraak van het Hof Amsterdam lijkt het niet uit te maken of het woord 'voorlopig' is toegevoegd, zie Hof Amsterdam 20 mei 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AL1529; zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 22484, nr. 6, p. 2 inzake het karakter van de voorlopige aanhouding; Conclusie van A-G Aben bij HR 8 juli 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1485.

34 *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10 (MvA), p. 4.

35 A.H.J. Swart, 'Het eeuwige leven van de verkapte uitlevering', *Recht en Critiek* 1981, p. 341: 'Wanneer een binnengekomen uitleveringsverzoek nog in behandeling is of in afwachting van dit verzoek om voorlopige aanhouding door een andere staat is gedaan, behoort volgens de Memorie niet te worden uitgezet. Zowel de uitzetting naar de staat die in uitlevering belang stelt als naar een derde staat is dan uitgesloten. In het eerste geval wordt daarmee het belang van het individu gediend, in het tweede dat van de staat die in uitlevering

is geïnteresseerd.' En zie ook J. Rummelink, *Uitlevering*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 14.

36 Zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 22484, nr. 6, p. 2, waarin de voorlopige aanhouding wordt genoemd als eerste fase van de uitlevering.

zoek<sup>37</sup> – geeft teveel vrijheid aan de Staat en werkt zodoende willekeur en onvolledige rechtsbescherming in de hand.

#### 4.3 De rol van het verbod op *refoulement*

Een tweede vraag die zich opdringt is wat de gevolgen van een verzoek om aanhouding c.q. uitlevering moeten zijn voor de vreemdeling-rechtelijke procedure. Uit de Afdelingsuitspraak van 23 juli 2004 volgt dat uitzetting niet meer aan de orde is als de uitleveringsprocedure leidt tot uitlevering. Wordt de uitlevering echter afgewezen, dan vormt de afwijzing een nieuw feit binnen de vreemdelingrechtelijke procedure en dient een nieuw besluit genomen te worden waartegen beroep openstaat.<sup>38</sup> Maar wat gebeurt er als de Staat besluit dat een verzoek van een buitenlandse staat niet in behandeling wordt genomen? Vormt dit dan ook een nieuw feit?

Sinds de zaak van Mohammed G. heeft de rechtsbescherming van het individu binnen het vreemdelingenrecht een vlucht genomen.<sup>39</sup> Met name het beginsel van *non-refoulement* heeft sinds het *Soering*-arrest<sup>40</sup> van het EHRM steeds meer vorm gekregen en speelt zowel bij uitzetting als bij uitlevering een belangrijke rol. Indien er een *arguable claim* bestaat dat met een uitzetting een reëel risico ontstaat op een schending van art. 2 en 3 EVRM (het recht op leven en het

verbod op een onmenselijke en vernederende behandeling en bestraffing) en/of een *flagrante* schending van art. 5 en 6 EVRM (het verbod op arbitraire detentie en het recht op een eerlijk proces) dan mag de uitzetting of uitlevering geen doorgang vinden. Dergelijke risico's moeten op grond van de EHRM-jurisprudentie eerst met *rigorous scrutiny* worden onderzocht.

Zowel in de zaak van Mohammed G. als van X. werd uiteindelijk besloten af te zien van het daadwerkelijk opstarten van een uitleveringsprocedure en in beide zaken werd vervolgens vreemdelingrechtelijk uitgezet, zonder dat het verzoek om aanhouding werd aangemerkt als een nieuw feit. Bij X. werd dit verzoek om aanhouding zelfs helemaal niet met hem gedeeld, zodat hij niet wist dat de Rwandese autoriteiten op hem stonden te wachten toen hij in Kigali arriveerde.

In de zaak van X. was daarom nog een tweede vraag aan de orde: namelijk of een verzoek om aanhouding c.q. uitlevering – ook al werd hier geen gehoor aan gegeven – diende te leiden tot een nieuwe beoordeling van de *refoulement*-risico's die de uitzetting met zich zouden brengen. Bij de Staat was op het moment van uitzetting van X. bekend dat uitleveringen naar Rwanda mogelijk stuitten op het *refoulement*-verbod. In twee gevallen werd een uitlevering naar Rwanda in datzelfde jaar door de civiele rechter verboden vanwege een risico op een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>41</sup> Later mochten deze uitleveringen van het Gerechtshof Den Haag alsnog doorgang vinden, maar slechts na verstrekking van diplomatieke garanties, de toezegging van monitoring door Nederlandse Staat en onder toepassing van de zogenaamde *transfer law*.<sup>42</sup>

37 Dat blijktens de standpunten van de Staat c.q. staatssecretaris in de zaak X. overigens ook genegeerd kan worden.

38 ABRvS 23 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ5615, r.o. 2.8.1.

39 Zie hierover ook Alette Smeulers, *In staat van uitlevering* (dissertatie), Maastricht: Intersentia 2003, p. 35-72 en V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering: Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning* (dissertatie), Nijmegen: Wolf Legal Publishing 2012, p. 153-183.

40 EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88 (*Soering t. het Verenigd Koninkrijk*).

41 Rb. Den Haag 27 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13903 en ECLI:NL:RBDHA:2015:13904.

42 Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1924 en ECLI:NL:GHDHA:2016:1925.

Die laatste wet is ontworpen om de uitlevering van Rwandese genocideverdachten door westerse staten aan Rwanda mogelijk te maken, onder meer door de garantie van gefinancierde rechtsbijstand en detentie in de internationale vleugel van de hoofdgevangenis in Kigali.<sup>43</sup> Dat X. de bescherming van de *transfer law* zou ontberen als hij zou worden uitgezet, in plaats van uitgeleverd, was dus bekend bij de Staat.

De Rechtbank Den Haag (zittingsplaats Amsterdam) beantwoordde de vraag of het verzoek om aanhouding een nieuw feit was op 5 april 2019 echter negatief.<sup>44</sup> De rechtbank was met de staatssecretaris van oordeel dat X. zijn *refoulement*-bezwaren had moeten opwerpen in de vreemdelingrechtelijke procedure, parallel aan zijn 1F-verweer. Daarin had hij bijvoorbeeld niet geklaagd over art. 5 en 6 EVRM en vrij summier over art. 3 EVRM. Dat hij toen primair probeerde zijn onschuld te bewijzen en dat er op dat moment geen concreet verzoek van Rwanda aan Nederland lag, deed hier volgens de rechtbank niet aan af.

Ook hiervan is de vraag of dit oordeel zich draagt met de jurisprudentie van het EHRM, die bij een *arguable claim* immers een *full and ex nunc*-toetsing voorschrijft die alle risico's dient uit te sluiten.<sup>45</sup> Ook blijkt uit deze jurisprudentie dat een eerdere proceshouding een vreemdeling niet kan worden tegengewor-

pen.<sup>46</sup> De vraag is dus of (een afwijzing van) een verzoek om aanhouding of uitlevering niet altijd een nieuw feitencomplex met zich brengt dat moet worden beoordeeld op grond van het EVRM. Ook deze vraag ligt op dit moment voor bij de Afdeling.

## 5. Conclusie

Er is bijzonder weinig recente Nederlandse rechtspraak over verkapte uitlevering, dus alleen al daarom zou het helpen als de Afdeling in de thans voorliggende zaak helderheid schept op de hierboven omschreven discussiepunten. Net als in 2004 kan de Afdeling zo verder duidelijk te maken waar de discretionaire bevoegdheid van de Staat begint en eindigt op het moment dat sprake is van een samenloop van het vreemdelingen- en uitleveringsrecht. Het precieze moment van aanvang van de uitleveringsprocedure is één van de vragen die beantwoord dient te worden. Daarnaast zal de vraag beantwoord moeten worden of (het afwijzen van) een verzoek om aanhouding in de zin van art. 13 Uw of een uitleveringsverzoek in de zin van art. 18 Uw als zodanig een nieuw feit oplevert in de zin van art. 4:6 lid 1 Awb en dus tot een nieuwe beoordeling van de risico's van uitzetting moet leiden.

De twee casus die in dit artikel naar voren zijn gebracht laten naar onze mening zien dat het tot willekeur kan leiden in de rechtsbescherming als in dit soort zaken teveel discretionaire bevoegdheid toekomt aan de Staat.

### Over de auteurs

*Mr. T. (Tom) de Boer*

Advocaat bij Prakken d'Oliveira Human Rights Lawyers.

*Mr. H. (Hannah) Kappel*

Senior juridisch medewerker bij Rechtbank Midden-Nederland.

43 Hetgeen in Groot-Brittannië nog altijd onvoldoende werd bevonden, zie UK High Court of Justice 28 juli 2017, [2017] EWHC 1912 (*Rwanda v Nteziryayo and Others*).

44 Rb. Den Haag, zp Amsterdam, 5 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7539, r.o. 7.3-8.3.

45 EHRM 11 januari 2007, no. 1948/04 (*Salah Sheekh t. Nederland*), par. 136. Dat geldt ook voor de *refoulement*-risico's onder art. 5 en 6 EVRM, zie EHRM 27 oktober 2011 (*Ahorugeze t. Zweden*), par. 116; EHRM 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 46951/99 (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*), par. 90-91; EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08 (*Al-Saadoon en Mufidhi t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 149.

46 EHRM 23 maart 2016, nr. 43611/11 (*FG. t. Zweden*),

«JV» 2016/132, m.nt. Spijkerboer.