

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak met toepassing van artikel 8:54, eerste lid, van de Algemene wet
bestuursrecht op het hoger beroep van:

appellant,

tegen de uitspraak in zaak nr. 06/22290 van de rechtbank 's-Gravenhage,
nevenzittingsplaats Zwolle, van 4 maart 2008 in het geding tussen:

en

de staatssecretaris van Justitie.

1. Procesverloop

Bij besluit van 3 december 2004 heeft de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (hierna: de minister) (hierna: de vreemdeling) ongewenst verklaard.

Bij besluit van 4 mei 2006 heeft de minister, voor zover thans van belang, het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 4 maart 2008, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Zwolle, het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de vreemdeling bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 1 april 2008, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

De staatssecretaris van Justitie heeft een verweerschrift ingediend.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

2. Overwegingen

2.1. Hetgeen in het hoger-beroepschrift is aangevoerd en voldoet aan het bepaalde in artikel 85, eerste en tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000, kan niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden. Omdat het aldus aangevoerde geen vragen opwerpt die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven, wordt, gelet op artikel 91, tweede lid, van deze wet, met dat oordeel volstaan.

2.2. Het hoger beroep is kennelijk ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.3. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. D. Roemers, lid van de enkelvoudige kamer, in tegenwoordigheid van mr. J. van de Kolk, ambtenaar van Staat.

w.g. Roemers
lid van de enkelvoudige kamer

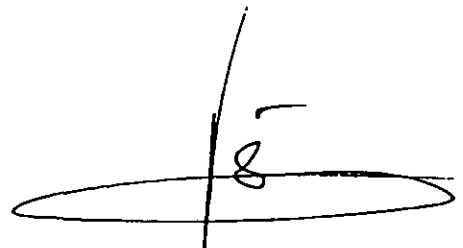
w.g. Van de Kolk
ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 25 september 2008

347-562.

Verzonden: 25 september 2008

Voor eensluidend afschrift,
de secretaris van de Raad van State,
voor deze,

A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line on the left, a horizontal line at the bottom, and a stylized 'V' or 'S' shape in the center.

mr. H.H.C. Visser,
directeur Bestuursrechtspraak

AF-SCHRIFT



RECHTBANK 's-GRAVENHAGE
nevenzittingsplaats Zwolle

Sector Bestuursrecht, Enkelvoudige Kamer voor Vreemdelingenzaken
Registratienummer: Awb 06/22290

Uitspraak
in het geding tussen:

geboren op
van Iraakse nationaliteit,
IND dossiernummer 9710.15.2011,
gemachtigde mr. P.J. Schüller, advocaat te Amsterdam,
eiser;

en

De Staatssecretaris van Justitie,
als rechtsopvolger van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie,
(Immigratie- en Naturalisatiedienst),
te 's-Gravenhage,
vertegenwoordigd door mr. M. Remmerswaal,
ambtenaar ten departemente, verweerder.

1. Proceverloop

Op 15 oktober 1997 heeft eiser een aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd ingediend. Deze aanvraag is met de uitspraak van 29 juli 2002 onherroepelijk afgewezen.

Op 16 oktober 2000 heeft eiser een aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd ingediend. Bij besluit van 22 januari 2001 heeft verweerder de aanvraag niet ingewilligd. Bij brief van 15 februari 2001 is daartegen bezwaar gemaakt. Bij besluit van 1 oktober 2002 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard. Bij uitspraak van deze rechtbank en nevenzittingsplaats van 16 september 2004 is het beroep gegrond verklaard, is het besluit van 1 oktober 2002 vernietigd en is verweerder opgedragen een nieuw besluit te nemen. Op 13 december 2004 heeft verweerder een nieuw besluit genomen ten aanzien van het beroep op het driejarenbeleid. Bij brief van 31 december 2004 is daartegen bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 3 december 2004 is eiser ongewenst verklaard op grond van artikel 67, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000). Bij brief van 24 december 2004 is daartegen bezwaar gemaakt. Verweerder heeft de bezwaren van 15 februari 2001, 24 december 2004 en 31 december 2004 bij besluit van 4 mei 2006 ongegrond

AWB 06/22290

blad 2 4

verklaard.

Bij brief van 5 mei 2006 is daartegen beroep ingesteld. Het beroep is voorzien van gronden bij brief van 9 juni 2006. Op 2 oktober 2007, 28 december 2007 en 4 januari 2008 zijn nadere stukken ingediend.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het beroep is ter zitting van 15 januari 2008 behandeld. Eiser is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen.

2. Overwegingen

2.1 In geschil is de vraag of verweerder eiser ongewenst kon verklaren.

2.2 Voor zover thans van belang heeft verweerder in het bestreden besluit overwogen dat eiser een aanzienlijk aantal misdrijven heeft begaan, en reeds daarom als recidivist wordt aangemerkt en een gevaar voor de openbare orde en veiligheid vormt. Voorts heeft verweerder overwogen dat geen sprake is van schending van artikel 8 van het (Europees) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), omdat eisers familieleden evenmin over een verblijfsvergunning beschikken en niet is gebleken van een objectieve belemmering het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. Verweerder heeft ten slotte overwogen dat zeer veel gewicht wordt toegekend aan de veelheid en aard van de door eiser gepleegde misdrijven, waardoor de belangenafweging ten nadele van eiser is uitgevallen.

2.3 Eiser heeft het standpunt van verweerder gemotiveerd betwist.

2.4 De rechtbank overweegt als volgt.

2.5 Op grond van artikel 67, eerste lid, aanhef en onder c Vw 2000, kan een vreemdeling ongewenst worden verklaard indien hij een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid en geen rechtmatig verblijf heeft als bedoeld in artikel 8, onder a tot en met e dan wel l.

2.6 Op grond van paragraaf A5/2 van de Vreemdelingencirculaire 2000 (Vc 2000) kan een vreemdeling met toepassing van artikel 67, eerste lid, aanhef en onder c Vw 2000 ongewenst worden verklaard indien hij wegens een misdrijf is veroordeeld tot een gevangenisstraf (waaronder jeugddetentie), of een taakstraf dan wel een vrijheidsontnemende maatregel opgelegd heeft gekregen en waarbij het (totale) onvoorwaardelijk ten uitvoer te leggen gedeelte van de straf of maatregel ten minste één maand bedraagt.

2.7 Niet in geschil is dat eiser wegens een misdrijf is veroordeeld tot een straf als bedoeld in artikel 67, eerste lid en onder c Vw 2000. Uit het in het dossier aanwezige Uittreksel Justitiële Documentatie van 24 april 2006 blijkt immers dat eiser:

- bij uitspraak van de kinderrechter te 's-Hertogenbosch van 15 januari 2002 is veroordeeld tot 150 dagen jeugddetentie, onherroepelijk geworden op 15 januari 2002;
- bij uitspraak van de meervoudige strafkamer te Alkmaar van 8 augustus 2002 is veroordeeld tot 56 dagen jeugddetentie, onherroepelijk geworden op 23 augustus 2002;

- bij uitspraak van de politierechter te Alkmaar van 27 november 2003 is veroordeeld tot 2 maanden gevangenisstraf, onherroepelijk geworden op 12 december 2003;
- bij uitspraak van de politierechter te 's-Hertogenbosch van 1 december 2003 is veroordeeld tot 3 maanden gevangenisstraf, onherroepelijk geworden op 16 december 2003;
- bij uitspraak van de politierechter te 's-Hertogenbosch van 16 april 2004 is veroordeeld tot 6 weken gevangenisstraf;
- bij uitspraak van de politierechter te Amsterdam van 7 oktober 2004 is veroordeeld tot 2 weken gevangenisstraf, onherroepelijk geworden op 22 oktober 2004;
- bij uitspraak van de meervoudige strafkamer te Alkmaar van 24 augustus 2004 is veroordeeld tot 10 maanden gevangenisstraf, onherroepelijk geworden op 8 september 2004.

Evenmin is in geschil dat eiser ten tijde van het bestreden besluit geen rechtmatig verblijf had.

2.8 De rechtbank stelt vast dat eiser aldus voldoet aan de voorwaarden voor ongewenstverklaring.

2.9 Eiser heeft een beroep gedaan op artikel 8 EVRM, welke beoordeling in het bestreden besluit volgens eiser ontbreekt. Ter zitting heeft eiser onder meer aangevoerd dat zijn ouders, broers en zus in het bezit zijn gesteld van een verblijfsvergunning in het kader van de afwikkeling van de nalatenschap van de oude vreemdelingenwet. Daarnaast heeft eiser ter zitting aangevoerd dat sprake is van meer dan normale afhankelijkheid. Eiser betoogt dat gelet op deze omstandigheid artikel 8 EVRM opnieuw beoordeeld dient te worden en verwijst in dat verband naar jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) en naar de uitspraak van deze rechtbank en nevenzittingsplaats van 31 mei 2007 (Awb 07/14860).

2.10 Verweerder heeft in het verweerschrift gesteld dat in het bestreden besluit voldoende is gemotiveerd waarom afweging van de belangen ten nadele van eiser dient uit te vallen en waarom geen sprake is van schending van artikel 8 EVRM. Ter zitting heeft verweerder daarnaast aangevoerd dat een beoordeling van artikel 8 EVRM eerst aan de orde komt bij de aanvraag tot opheffing van de ongewenstverklaring, gelet op het ex tunc karakter van de toetsing. Verweerder heeft desgevraagd aangegeven dat voor de vraag of sprake is van schending van artikel 8 EVRM beoordeeld dient te worden of eiser, nu hij meerderjarig is, meer dan normaal afhankelijk is van zijn ouders. Verweerder heeft voorts aangegeven dat daarvan onvoldoende is gebleken.

2.11 De rechtbank stelt vast dat de beslissing om eisers ouders, broers en zus in het bezit te stellen van een verblijfsvergunning in het kader van de afwikkeling van de nalatenschap van de oude vreemdelingenwet, daartoe van na het bestreden besluit. Verweerder heeft dit nieuwe feit dan ook niet bij zijn besluitvorming kunnen betrekken. Gelet op het ex tunc karakter bij rechterlijke toetsing kan de rechtbank dit feit evenmin bij de beoordeling betrekken. De gewijzigde omstandigheid kan in een aanvraag tot opheffing van de ongewenstverklaring worden ingebracht, waarna wederom nationale rechtsmiddelen openstaan.

De rechtbank overweegt voorts dat de uitspraak van deze rechtbank en nevenzittingsplaats van 31 mei 2007 geenszins is te vergelijken is met onderhavige situatie. In tegenstelling tot die zaak, waarin de beslissing op de asielaanvraag nog niet onherroepelijk was, is reeds bij uitspraak van 29 juli 2002 eisers asielaanvraag onherroepelijk afgewezen.

Voorts overweegt de rechtbank dat het bestreden besluit, gelet op de ten tijde van het nemen van dit besluit bekende informatie, de rechterlijke toets kan doorstaan. Eisers ouders, broers en zus waren op dat moment niet in het bezit van een verblijfsvergunning, zodat verweerder op juiste gronden heeft geoordeeld dat geen sprake is van schending van artikel 8 EVRM en evenmin sprake is van een objectieve belemmering het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen.

2.12 Eiser heeft zich op het standpunt gesteld dat hij ten onrechte niet is gehoord alvorens op het bezwaar is beslist.

Van het horen kan worden afgezien indien het bezwaar kennelijk ongegrond is (artikel 7:3, aanhef en onder b, Awb). Hiervan is sprake wanneer reeds aanstonds blijkt dat het bezwaar ongegrond is en geen twijfel over die conclusie mogelijk is.

Gezien hetgeen hiervoor is overwogen, heeft verweerder het bezwaar kennelijk ongegrond kunnen verklaren en van het horen van eiser kunnen afzien.

2.13 Gelet op het vorenstaande is het beroep ongegrond.

2.14 Er bestaat geen aanleiding voor veroordeling van een partij in de kosten die de andere partij in verband met de behandeling van het beroep redelijkerwijs heeft moeten maken.

3. Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. F. van der Maden en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van mr. E.M. Gemser als griffier, op

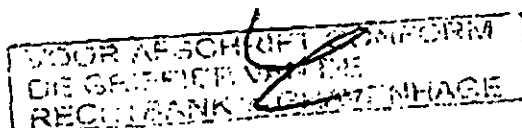
04 MAART 2008

Afschrift verzonden op: 04 MAART 2008

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kunnen partijen binnen vier weken na de datum van verzending van deze uitspraak hoger beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, onder vermelding van "Hoger beroep vreemdelingenzaken", postbus 16113, 2500 BC 's-Gravenhage.

Artikel 45 Vw 2000 bepaalt in dat verband dat het beroepschrift een of meer grieven tegen de uitspraak bevat. Artikel 6:6 Awb (herstel verzets) is niet van toepassing.



BÖHLER FRANKEN KOPPE WIJNGAARDEN

ADVOCATEN

KEIZERSGRACHT 560-562, 1017 EM AMSTERDAM
 TELEFOON 020-344 62 00, TELEFAX 020-344 62 01
 E-MAIL: info@bfw.nl

WAOEN
 WIJNGAARDEN
 W. KOPPE
 PROF. STRIN FRANKEN
 MICHEL PESTMAN
 CHRISJE ZIJUR
 FLIP SCHÜLLER
 PROF. LIESBETH ZEGVELD
 DR. BART STAPERT
 MARTIJN STROOH
 FLORIMOND WASSENAAR
 VALÉRIE ESSENBURG
 JASPER PALW
 NIELS VAN WERSCH
 MARIËKE VAN EIK
 MICHEL UITTERWAAL
 SUUS HOPMAN
 CORRIËN ULLERSMA

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
- 1 APR 2008	
ZAAKNR.	2377
AAN:	1/3
BEHANDELD: DD:	PAR:

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad
 van State
 Hoger beroep Vreemdelingenzaken
 Postbus 16113
 2500 BC Den Haag
 Per falkpost

Tevens per fax: 070-3651380
13 pagina's

Amsterdam, 1 april 2008
 Onze ref. 20080505.FS/ez

Direct tel.nr: 020-3446211
 Direct faxnr: 020-3446202

ADVOCATEN
 PROF. MANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA
 PROF. ANDRÉ NOLLKAEMPER
 PROF. TIES FRANKEN

Betreft: / staatssecretaris van justitie

GEEFT EERBIEDIG TE KENNEN:

Gelet op het bepaalde in artikel 70 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw), verklaart ondergetekende, mr. P.J. Schüller, advocaat te Amsterdam, Keizersgracht 560-562, 1017 EM, door geboren op van Iraakse, bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd tot het instellen van hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank te 's-Gravenhage, zittinghoudende te Zwolle, van 4 maart 2008, met het kenmerk Awb 06/22290, waarbij het beroep van appellant tegen diens ongewenstverklaring ongegrond is verklaard (productie 1). Ik verzoek u vriendelijk het verschuldigde griffierecht af te laten schrijven van onze rekening-courant. Appellant komt in hoger beroep tegen voormelde uitspraak. De grief van appellant betref het navolgende. Deze grief en de daarbij behorende toelichting dienen eveneens in onderling samenhang te worden beschouwd. Appellant verzoekt de eerdere gedingstukken omtrent zowel de asielpcedure (en het beroep op het driejarenbeleid) als de ongewenstverklaring als hier letterlijk herhaald en ingelast aan te merken.

Grief

- Appellant is van mening dat de rechtbank het recht heeft geschonden door het navolgende te overwegen;

"2.10 Verweerder heeft in het verweerschrift gesteld dat in het bestreden besluit voldoende is gemotiveerd waarom afweging van de belangen ten nadele van eiser dient uit te vallen en waarom geen sprake is van schending van artikel 8 EVRM. Ter zitting heeft verweerder daarnaast aangevoerd dat een beoordeling van artikel 8 EVRM eerst aan de orde komt bij de aanvraag tot opheffing van de ongewenstverklaring, gelet op het ex nunc karakter van de toetsing. Verweerder heeft desgevraagd aangegeven dat voor de vraag of sprake is van schending van artikel 8 EVRM beoordeeld dient te worden of eiser, nu hij meerderjarig is, meer dan normaal afhankelijk is van zijn ouders. Verweerder heeft voorts aangegeven dat daarvan onvoldoende gebleken is.

2.11 De rechtbank stelt vast dat de beslissing om eisers ouders, boers en zus in het bezit te stellen van een verblijfsvergunning in het kader van de afwikkeling van de nalatenschap van de oude vreemdelingenwet, dateert van na het bestreden besluit. Verweerder heeft dit nieuwe feit dan ook niet bij zijn besluitvorming kunnen betrekken. Gelet op het ex nunc karakter bij rechterlijke toetsing kan de rechtbank dit feit evenmin bij de beoordeling betrekken. De gewijzigde omstandigheid kan in een aanvraag tot opheffing van de ongewenstverklaring worden ingebracht, waarna wederom nationale rechtsmiddelen openstaan.

De rechtbank overweegt voorts dat de uitspraak van deze rechtbank en nevenzittingsplaats van 31 mei 2007 geenszins is te vergelijken met onderhavige situatie. In tegenstelling tot die zaak, waartn de beslissing op de asielaanvraag nog niet onherroepelijk was, is reeds bij uitspraak van 29 juli 2007 eisers asielaanvraag onherroepelijk afgewezen.

Voorts overweegt de rechtbank dat het bestreden besluit, gelet op de ten tijde van het nemen van dit besluit bekende informatie, de rechterlijke toets kan doorstaan. Eisers ouders, broers en zus waren op dat moment niet in het bezit van een verblijfsvergunning, zodat verweerder op juiste gronden heeft geoordeeld dat geen sprake is van schending van artikel 8 EVRM en evenmin sprake is van een objectieve belemmering het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen.

2.12 Eiser heeft zich op het standpunt gesteld dat hij ten onrechte niet is gehoord alvorens op het bezwaar is beslist.

Van het horen kan worden afgezien indien het bezwaar kennelijk ongegrond is (artikel 7:3, aanhef en onder b, Awb). Hiervan is sprake wanneer reeds aanstonds blijkt dat het bezwaar ongegrond is en geen twijfel over die conclusie mogelijk is.

Gezien hetgeen hiervoor is overwogen, heeft verweerder het bezwaar kennelijk ongegrond kunnen verklaren en van het horen van eiser kunnen afzien."

Toelichting

Ten aanzien van overweging 2.10 merkt appellant op dat hij zich niet kan verenigen met de stelling van verweerder dat artikel 8 EVRM, gelet op het ex tunc karakter van de huidige beoordeling pas bij een opheffing aan de orde zou kunnen komen. In beroep is aangevoerd dat dit standpunt bevreemdt omdat zowel in bezwaar bij de gronden van 28 februari 2005 als dientengevolge in de

1 april 2008, pagina 3

beschikking op bezwaar d.d. 4 mei 2006, het beroep van appellant op artikel 8 EVRM aan de orde is gekomen. Mitsdien had de rechtbank op kenbare en inzichtelijke wijze dienen te motiveren waarom de bestreden beschikking niet tot een schending van artikel 8 EVRM leidt, in die zin dat de inhoudelijke argumenten ten aanzien van artikel 8 EVRM niet onbesproken hadden mogen blijven.

Bovendien is dit standpunt van verweerder niet te verenigen met een ander standpunt van verweerder dat er geen sprake zou zijn van meer dan normale afhankelijkheid van zijn ouders. Aangezien in vaste EHRM rechtspraak is bepaald dat er tussen ouders en kinderen er *ipso iure* sprake is van 'family life' in de zin van artikel 8 EVRM, wordt 'more than emotional ties' doorgaans aangemerkt als een wegingsfactor bij de uit te voeren belangenafweging. Verweerder heeft daarentegen in de bestreden beschikking en bij verweer volgehouden dat appellant geen beroep op artikel 8 EVRM zou kunnen doen, hetgeen rechtens i.c. onjuist is. De rechtbank heeft dit aspect miskend en nagelaten hieraan consequenties te verbinden, althans dit onderdeel van de overweging ontbeert een draagkrachtige motivering. De vraag omtrent 'more than emotional ties' betreft immers blijkens EHRM en nationale rechtspraak, één van de relevante factoren die gewogen dienen te worden.

In een uitspraak van de meervoudige kamer van de rechtbank Amsterdam van 2 oktober 2007 (AWB 07/2165) is geoordeeld dat blijkens het arrest van het EHRM inzake I.B. Javeed van 3 juli 2001 (zaaknr. 47390/99), de beslissing van de ECRM inzake Akhtar en Johangir van 29 juni 1992 (RV 1992, 26) en de beslissing van de ACRM van 10 december 1994 inzake S. en S. tegen het Verenigd Koninkrijk voor de beoordeling of sprake is van "more than normal emotional ties" in het geval van meerderjarige familieleden een aantal factoren van belang zijn:

- eventuele samenwoning
- de mate van financiële afhankelijkheid
- de mate van emotionele afhankelijkheid
- de gezondheid van betrokkenen
- de banden met het land van herkomst

Vervolgens dient opgemerkt te worden dat logischerwijs de vraag of de inbreuk gerechtvaardigd is, gezien de uit te voeren belangenafweging, echter pas kan worden beantwoord als er überhaupt eerst een inbreuk is vastgesteld. Verweerder heeft zich vervolgens op het standpunt gesteld dat er van 'more than emotional ties' onvoldoende is gebleken (quod non). De rechtbank heeft dit aspect miskend.

Uw Afdeling heeft in onder meer haar uitspraken van 6 november 2002 (200204410/1) en 27 februari 2003 (JV 2003,141), ook overwogen dat 'more than emotional ties' geen andere functie heeft dan het mee laten wegen van dat aspect in de belangenafweging tussen enerzijds de vreemdeling en anderzijds de belangen van de Nederlandse Staat. De rechtbank heeft kort en goed een verkeerd beoordelingskader toegepast.

1 april 2008, pagina 4

In het licht van bestendige Afdelingsjurisprudentie waarin is vastgesteld dat bij de ongewenstverklaring (hierna: OVR) artikel 8 EVRM aan de orde kan komen, had de rechtbank inhoudelijk en gemotiveerd moeten reageren op hetgeen in de bezwaar- en beroepsgronden omtrent artikel 8 EVRM, naar voren is gebracht. Nu dit de kern van de zaak betreft, is er sprake van een motiveringsgebrek die in hoger beroep niet gesauveerd kan worden.

Vergelijk:

ABRvS (MK), 15 mei 2006, 200510216/1, (JV 2006/252)¹:

Appellant klaagt dat de rechter (Almelo, 8 december 2005, AWB 05/52206) niet is ingegaan op zijn beroepsgrond dat de minister niet heeft onderkend dat hij, ook als zou het relaas ongeloofwaardig zijn, bij terugkeer naar Syrië een reëel risico loopt op een met art. 3 EVRM strijdige behandeling. De Afdeling oordeelt dat de rechter niet is ingegaan op deze beroepsgrond. Hoger beroep gegrond.

Ofschoon het vaste Afdelingsrechtspraak is dat een rechtbank in beginsel niet gehouden is om alle afzonderlijke beroepsgronden te bespreken, kan – gelet op de hierboven vermelde uitspraak, in samenhang gezien met het gemotiveerd en onderbouwd beroep op artikel 8 EVRM bezwaarlijk worden volgehouden dat appellant daarover niets zou hebben aangevoerd.

Weliswaar heeft de rest van het gezin na de beschikking op bezwaar OVR een pardon status verkregen, maar dat laat onverlet dat in deze beschikking een inhoudelijke reactie neergelegd diende te worden op het gemotiveerde beroep op artikel 8 EVRM. Appellant heeft bovendien in beroep verwezen naar WBV 2007/30 waarin verweerder heeft erkend dat privé-leven valt binnen het bereik van artikel 8 EVRM. Blijkens de toelichting heeft deze verandering echter plaatsgevonden naar aanleiding van (oudere) EHRM jurisprudentie. Met andere woorden, ook voor de beschikking op bezwaar kon appellant al verwijzen naar de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM, hetgeen door de rechtbank niet, althans zonder een draagkrachtige motivering, is onderkend. Dientengevolge was de rechtbank gehouden om een oordeel te geven of er sprake was van een inbreuk en zo ja, of deze inbreuk gerechtvaardigd was dan wel een schending van artikel 8 EVRM betekende. Het betreft immers een internationaal-rechtelijke verdragsverplichting.

Vervolgens dient opgemerkt te worden dat de rechtbank zonder enige motivering voorbijgegaan is aan het standpunt van appellant dat artikel 8 EVRM onder bepaalde omstandigheden in beroep een ex nunc toetsing vergt. De onderstaande passage uit de pleitnota in ieder geval aanleiding had moeten geven tot een inhoudelijke overweging en diende niet zonder enige motivering ter zijde te worden geschoven.

Op 23 november 2007, ABRvS, LJN BB 9395, heeft de Afdeling voor het eerst expliciet overwogen dat artikel 8 EVRM ex nunc moet worden beoordeeld. In het kader van een asielprocedure werd beslist dat op grond van artikel 83 Vw aspecten met betrekking tot het gezinsleven in Nederland dat pas in beroep naar voren

¹ Deze uitspraak is overigens ook relevant voor de inhoudelijke beoordeling van het beroep artikel 3 EVRM dat appellant heeft gedaan, hetgeen hieronder onder grief 4 nader zal worden besproken.

1 april 2008, pagina 5

was gebracht, betrokken moeten worden. Deze uitspraak kan als een onderdeel van een 'herijking' door de Afdeling van de art. 8 EVRM verplichtingen worden beschouwd, net als het aannemen van het feit dat art. 8 EVRM bij het tegenwerpen van een mvv, betrokken dient te worden. Overigens heeft de Afdeling sinds het zgn. 'Tuinhuusjes'-arrest wel vaker artikel 8 EVRM aanspraken die pas in beroep naar voren zijn gebracht, of zoals in de onderhavige zaak tot wasdom zijn gekomen, beoordeeld en gehonoreerd.

Vergelijk:

LJN: AR4965, Raad van State, 10 mei 2004, 200400848/1

Nu de staatssecretaris zich in het primaire besluit op het standpunt heeft gesteld dat het afwijzen van de aanvraag geen inmenging in het familie- of gezinsleven van appellante betekent, en appellante in haar beroepschrift heeft aangevoerd dat het onbegrijpelijk en in strijd met de zorgvuldigheid is dat appellante en haar kinderen nooit verblijf bij haar partner kunnen verkrijgen, heeft de rechtbank, in het licht van artikel 8:69, tweede lid, Awb, ten onrechte het beroep op schending van artikel 8 EVRM, welke verdragsbepaling pas ter zitting uitdrukkelijk is ingeroepen, wegens strijd met een goede procesorde buiten beschouwing gelaten.

Als toetsing aan deze verdragsverplichting geldt voor hetgeen ter zitting alsnog naar voren worden gebracht, geldt die tevens – a priori – indien een gemotiveerd beroep op artikel 8 EVRM reeds in bezwaar en in beroep naar voren is gebracht. Kortom, de rechtbank had aan dit beroep niet voorbij mogen gaan.

Vervolgens dient opgemerkt te worden dat appellant op 13-jarige leeftijd negen jaar geleden in 1997 naar Nederland is gekomen. Appellant, als kind van een etnisch Armeens gezin uit Noord-Irak, spreekt anno 2008 nauwelijks Koerdisch of Arabisch meer. Zijn wortels in Nederland zijn sterk. Appellant verwijst in dit kader naar een belangrijke overweging in het arrest Üner van het EHRM van 18 oktober 2006 (zaaknr. 46410/99, JV 2006/417) waarin - voor zover thans van belang - wordt overwogen:

58. The Court would wish to make explicit two criteria which may already be implicit in those identified in the Boultif judgment:

(...)

- the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination.

(...)

As to the second point, it is to be noted that, although the applicant in the case of Boultif was already an adult when he entered Switzerland, the Court has held the "Boultif criteria" to apply all the more so (à plus forte raison) to cases concerning applicants who were born in the host country or who moved there at an early age (see Mokrant v. France, no. 52206/99, para. 31, 15 July 2003). Indeed, the rationale behind making the duration of a person's stay in the host country one of the elements to be taken into account lies in the assumption that the longer a person has been residing in a particular country the stronger his or her ties with that country and the weaker the ties with the country of his or her nationality will be. Seen against that background, it is self-evident that the Court will have regard to the special situation of aliens who have spent most, if not all, their childhood in the host country, were brought up there and received their education there.

1 april 2008, pagina 6

Uit dit arrest volgt het belang dat het EHRM hecht aan de speciale situatie van vreemdelingen die het merendeel van hun jeugd in het gastland hebben verbleven. De gedachtegang daarachter is de veronderstelling dat hoe langer een persoon in een bepaald land heeft verbleven, des te sterker zijn banden met dit land en des te zwakker zijn banden met zijn land van herkomst zullen zijn. Het EHRM overwoog verder in het arrest Radovanovic van 22 april 2004 (zaaknr. 42703/98, JV 2004/225) dat, hoewel de vreemdeling geen tweede generatiemigrant was, gezien de jonge leeftijd waarop hij in het gastland was gaan verblijven, wel dezelfde beoordelingsmaatstaven dienden te worden gehanteerd. Dat de vreemdeling de "decisive years of his youth" in het gastland heeft doorgebracht dient daarbij te worden betrokken. Het vanaf jonge leeftijd verblijven in het gastland wordt door het EHRM dus vergeleken met de situatie waarin sprake is van een tweede generatiemigrant, wordt daaraan gelijkgesteld.

Verweerder heeft onmiskenbaar dit, overigens zeer voor de hand liggende aspect, miskend door te volstaan met een mathematische benadering van jaren, hetgeen als een motiveringsgebrek dient te worden aangemerkt.

Een tweede belangrijke factor waaraan de rechtbank zonder overweging voorbij is gegaan, is het ontbreken van recidivegevaar en het tijdsverloop sinds de laatste strafrechtelijke veroordeling in 2004. Ter zitting op 15 januari 2008 is de voormalig reclasseringsfunctionaris, de heer Hofstede, als getuige opgetreden. In deze hoedanigheid heeft hij een zeker gezag of deskundigheid omtrent de ontwikkeling van appellant door de loop der jaren heen en het huidige recidive gevaar. De rechtbank had de getuigenverklaring en het daaropvolgend betoog² in de uitspraak niet onbesproken mogen laten. Dit gebrek klemt te meer daar appellant afkomstig is uit Irak.

Ten aanzien van de nationaliteit heeft de rechtbank Zwolle in de uitspraak van 16 september 2004 overwogen dat verweerdere nationaliteitsoordeel een deugdelijke motivering ontbeerde. In bezwaar (gedingstukken # 112-125) en in de beroepsgronden is concreet en gemotiveerd betoogd dat verweerder gehouden was om in ieder geval ingevolge artikel 3:2 Awb te faciliteren ten opzichte de Iraakse ambassade door behulpzaam te zijn met het achterhalen waar de aktes gebleven waren die verweerder in het kader van de asielprocedure had ingenomen. Deze onderzoeksplicht geldt des te meer bij een ambtshalve en belastende beschikking als de ongewenstverklaring. Nadat verweerder ten onrechte besloot dat appellant zelf voor een verificatieonderzoek door de Iraakse ambassade diende zorg te dragen en in dat (laat op gang gekomen) proces vertraging ontstond door toedoen van de Iraakse ambassade, had het voor de hand gelegen om het verzoek om aanhouding in te willigen. In beroep heeft appellant gemotiveerd betoogd waarom verweerder in redelijkheid wel had moeten aanhouden. De rechtbank had hieraan in de uitspraak aandacht moeten besteden. De weigering om aan te houden vormt immers in de onderhavige procedure een scharnierfunctie.

² Zie pleitnota, pp. 8-10

BÖHLER FRANKEN KOPPE WIJNGAARDEN

1 april 2008, pagina 7

Te meer daar in het kader van de OVR de nationaliteit van de vreemdeling een belangrijke factor³ is, die wederom noopt tot een inhoudelijke bespreking, als was het maar omdat het absolute karakter van het refoulementverbod van artikel 3 EVRM met zich brengt dat de rechtbank gehouden was, wellicht zelfs ambtshalve, om hierover een beoordeling te geven aangezien het nalaten van een dergelijke toets internationale consequenties kan hebben. De rechtbank had niet voorbij mogen gaan aan de voorbereidings- en zorgvuldigheidsgebreken die omtrent Irak op goede gronden in bezwaar en in beroep naar voren zijn gebracht.

De *guiding principles* die in het kader van het Boultif-arrest zijn gesteld, geven richting om het gewicht te bepalen dat de vreemdeling mag hechten aan voortzetting van het gezinsleven in het land waar hij met zijn familie verblijft. De rechtbank heeft evenwel ten onrechte enkel beoordeeld de vraag of gezinsleven ook elders kan worden uitgeoefend en heeft daarmee niet het gewicht bepaald van de gerechtvaardigde belangen van de gezinsleden en appellant om hier het gezinsleven te continueren. Dat een positieve beantwoording van de vraag of het gezinsleven elders kan worden uitgeoefend de zwaarte van het belang om het gezinsleven hier te lande voort te zetten beïnvloedt, is weliswaar juist, echter het kan niet de belangen die gediend zijn bij de continuering van het gezinsleven hier te lande als het ware gewichtloos maken.

Anders gezegd, de rechtbank gaat er *in casu* van uit dat, nu er geen objectieve belemmeringen lijken te zijn voor appellant en zijn gezinsleden om het gezinsleven met hem in Irak(?) uit te oefenen, er alleen in dat geval significant gewicht toekomt aan de belangen die zijn gemoed bij het voortzetten van het gezinsleven hier te lande. Deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

De vraag die in het kader van artikel 8 EVRM dient te worden beoordeeld is de vraag of de inbreuk op het recht op privé- en familielevens noodzakelijk is. Deze norm brengt in elk geval een belangenafweging met zich. De standaardoverweging zoals deze wordt gebezigd door het EHRM, bijvoorbeeld zoals ook gedaan in de uitspraak Boultif v. Zwitserland, luidt:

"46. The Court recalls that it is for the Contracting States to maintain public order, in particular by exercising their right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, to control the entry and residence of aliens. To that end they have the power to deport aliens convicted of criminal offences. However, their decisions in this field must, in so far as they may interfere with a right protected under paragraph 1 of Article 8, be necessary in a democratic society, that is to say justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued (see the Dalta v. France judgment of 19 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, p. 91, § 52; the Mehemi v. France judgment of 26 September 1997, Reports 1997-VI, p. 1971, § 34).

47. Accordingly, the Court's task consists in ascertaining whether the refusal to renew the applicant's residence permit in the circumstances struck a fair balance between the relevant interests, namely the applicant's right to respect for his family life, on the one hand, and the prevention of disorder and crime, on the other."

³ Zie Boultif-arrest van het EHRM van 2 augustus 2001 (zaaknr. 54273/00, JV 2001/254)

1 april 2008, pagina 8

Uit het voorafgaande blijkt dat het EHRM altijd een belangenafweging eist. De tekst van artikel 8 EVRM geeft geen aanleiding voor de opvatting van de rechtbank dat de door het EHRM noodzakelijk geachte *fair balance* toets achterwege mag worden gelaten. Met verweerder, had de rechtbank dus wel degelijk inhoudelijk moeten beoordelen, of de gerechtvaardigde belangen van appelland op grond van artikel 8 EVRM de balans in zijn voordeel moet doen uitslaan. Verweerder volstaat met betrekking tot het beoordelingskader van 'more than emotional ties' met het standpunt dat daarvan onvoldoende is gebleken. Ter zitting in beroep is door de reclassering hierover een duidelijk standpunt ingenomen: appelland is blijkens documentatie van de Forensisch Psychiatrische Dienst hoogstwaarschijnlijk vanwege zwakzinnigheid vermindert toerekeningsvatbaar en heeft behoefte aan psychiatrische behandeling⁴. Deze persoonlijke omstandigheden waren op grond van de ervaringsgegevens van deze deskundige aanleiding om onomwonden te concluderen dat er tussen appelland en zijn familie sprake was van 'more than emotional ties'.

Ingevolge artikel 8:69 Awb valt een dergelijke getuigenverklaring binnen de omvang van het geschil, te weten het beroep op artikel 8 EVRM. Uit de bestreden uitspraak kan volstrekt niet worden opgemaakt op welke wijze de rechtbank het verhandelde ter zitting en tijdens het vooronderzoek betrokken heeft bij het uiteindelijke oordeel. Appelland houdt het er voor dat de getuigenverklaring (en daarmee de persoonlijk omstandigheden) door de rechtbank buiten beschouwing zijn gelaten. Dientengevolge had er door verweerder evenmin afgezien mogen worden van de hoorplicht omdat de hoorplicht bij uitstek in een complexe zaak als de onderhavige met zwaarwegende (en internationaal-rechtelijke) belangen een duidelijke meerwaarde heeft⁵.

Tenslotte kan appelland zich niet verenigen met de overweging omtrent de uitspraak van de rechtbank Zwolle d.d. 31 mei 2007 (AWB 07/14860), bij gebreke aan draagkrachtige motivering. De voorlopige voorziening werd toegewezen omdat er nog een procedure liep omtrent een verblijfsaanspraak. De vraag of die aanspraak is ingegeven door asiel- of regulier/driejarenbeleid en artikel 8 EVRM, is hooguit voor het soort belangenafweging relevant maar niet voor de vraag ten principale of *in casu* gezien de vele overeenkomsten, de voorlopige voorziening aanleiding geeft tot toewijzing, gelet op de artikelen 3 en 8 EVRM, in samenhang met de pardonregeling die toen zelfs nog tot stand moest komen!

Geconcludeerd dient derhalve te worden dat de uitspraak een deugdelijke motivering ontbeert, hetgeen niet door toepassing te geven aan artikel 6:22 Awb geheeld kan worden.

Appelland is tot slot van mening dat de rechtbank door het achterwege laten van deze *fair balance* toets het recht heeft geschonden en voorts dat de rechtbank ten onrechte niet tot de conclusie is gekomen dat op grond van de *fair balance* toets ex artikel 8 EVRM in zijn verblijf hier te lande moet berusten.

⁴ Zie pleitmota, p.2-3

⁵ Zie aangehaalde jurisprudentie en de toelichting in de pleitmota, pp. 8-10

BÖHLER FRANKEN KOPPE WIJNGAARDEN

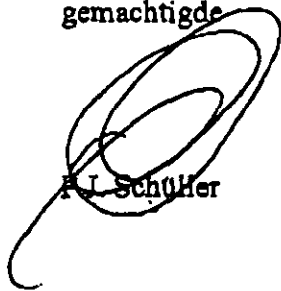
1 april 2008, pagina 9

Gelet op het vorenstaande kan de aangevallen uitspraak eveneens niet in stand blijven en dient zij te worden vernietigd.

REDEN WAAROM appellant van mening is dat;

- a. de aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd;
- b. de rechtbank dan wel verweerder dient te worden opgedragen om alsnog alle juridisch kwalificerende en feitelijke wesen van appellant ten volle te beoordelen gelet op het bepaalde in artikel 3 en 8 EVRM
- c. dan wel dat te doen wat uw Afdeling in goede justitie meent te behoren;
- d. verweerder in de proceskosten van het geding te veroordelen.

gemachtigde



F. I. Schöller