

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de staatssecretaris van Justitie,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats
Zwolle, van 19 november 2009 in zaak nr. 09/5598 in het geding tussen:

en

de staatssecretaris.

1. Procesverloop

Bij besluit van 4 mei 2007 heeft de staatssecretaris de vreemdeling ongewenst verklaard.

Bij besluit van 28 januari 2009 heeft de staatssecretaris het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 19 november 2009, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, bepaald dat de staatssecretaris een nieuw besluit op het gemaakte bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen en de voorlopige voorziening getroffen dat alle rechtsgevolgen van het besluit van 4 mei 2007 behoudens het aan dat besluit inherente niet kunnen hebben van rechtmatig verblijf worden geschorst tot op het gemaakte bezwaar is beslist. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de staatssecretaris bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 17 december 2009, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

De vreemdeling heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 18 november 2010, waar de minister voor Immigratie en Asiel, vertegenwoordigd door mr. G.M.H. Hoogvliet, advocaat te 's-Gravenhage, en de vreemdeling, in persoon en bijgestaan door mr. J.F. Smallenbroek, advocaat te Zwolle, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. In de overwegingen wordt onder de minister tevens verstaan diens rechtsvoorgangers.

2.2. Volgens de minister in diens enige grief heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat hij zich niet op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vreemdeling zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen als bedoeld in artikel 1 (F) van het Vluchtelingenverdrag, omdat vanwege het door de vreemdeling faciliteren van misdrijven sprake is van "personal participation". Aan deze overweging heeft de rechtbank ten grondslag gelegd dat de vreemdeling vanwege zijn ondergeschikte functie geen wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan oorlogsmisdrijven van het Iraakse leger, omdat hij geen beslissingsbevoegdheid had en niet de enige was die de desbetreffende taken verrichtte. Dat de vreemdeling diverse onderscheidingen en een titel heeft ontvangen en voorts niet is gedeserteerd, leidt volgens de rechtbank niet tot een ander oordeel, aangezien bijna iedere militair deze onderscheidingen en titel kreeg en deserteren in redelijkheid van de vreemdeling niet kon worden verwacht.

Ter toelichting op de grief heeft de minister, onder aanhaling van het ter zake gevoerde beleid, betoogd dat de positie en bevoegdheid van een persoon niet zonder meer relevant zijn, maar dat van belang is wat zou hebben gegolden als niemand en niet een ander de rol van de vreemdeling had vervuld. Voorts heeft de minister aangevoerd dat de vreemdeling zijn onderscheidingen en titel heeft gerelateerd aan zijn militaire prestaties en niet heeft verklaard deserteren te hebben overwogen.

2.2.1. Niet in geschil is dat de vreemdeling van 2 januari 1986 tot 2 augustus 1992 als dienstplichtige heeft gediend in de artillerie van het Iraakse leger in de functie van verbindingssoldaat die de coördinaten van te beschieten doelen bepaalt en doorgeeft. Laatstelijk diende hij in de rang van "arif". De eenheid waartoe de vreemdeling heeft behoord, is betrokken geweest bij de strijd in de Irak-Iranoorlog, de Anfal-campagne tegen de Koerden en de Golfoorlog. Bij deze strijd heeft het Iraakse leger oorlogsmisdrijven begaan. Vaststaat dat de vreemdeling van deze misdrijven op de hoogte is geweest, zodat sprake is "knowing participation".

2.2.2. Volgens paragraaf C4/3.11.3.3, onder "Personal participation", aanhef en sub c, van de Vreemdelingencirculaire 2000 is sprake van "personal participation" wanneer de desbetreffende vreemdeling een misdrijf als bedoeld in artikel 1 (F) van het Vluchtelingenverdrag heeft gefaciliteerd, dat wil zeggen dat zijn handelen en/of nalaten in wezenlijke mate heeft bijgedragen aan het misdrijf. Onder wezenlijke bijdrage dient te worden verstaan dat de bijdrage een feitelijk effect heeft gehad op het begaan van een misdrijf en dat het misdrijf hoogstwaarschijnlijk niet op dezelfde wijze zou hebben plaatsgevonden indien niemand de rol van betrokkene had vervuld dan wel indien betrokkene gebruik had gemaakt van mogelijkheden het misdrijf te voorkomen.

Ter zitting bij de Afdeling heeft de minister verklaard dat van een wezenlijke bijdrage geen sprake is indien het causale verband tussen de bijdrage en het misdrijf te ver verwijderd is. In het geval van de vreemdeling echter is er een direct en duidelijk verband tussen zijn werkzaamheden en de verrichtingen die als oorlogsmisdrijven zijn aangemerkt, aldus de minister ter zitting.

2.2.3. Uit het voorgaande volgt dat de positie en bevoegdheid van de vreemdeling alsmede de aanwezigheid van anderen voor dezelfde taken niet bepalend zijn voor het beantwoorden van de vraag of de vreemdeling in wezenlijke mate heeft bijgedragen aan de oorlogsmisdrijven. Slechts relevant is of in vorenbedoelde zin de bijdrage van de vreemdeling feitelijk effect heeft gehad op het begaan van die misdrijven en of deze hoogstwaarschijnlijk niet op dezelfde wijze zouden hebben plaatsgevonden indien niemand de rol van de vreemdeling had vervuld dan wel indien de vreemdeling gebruik had gemaakt van mogelijkheden om die misdrijven te voorkomen. De aard van de door de vreemdeling verrichte werkzaamheden zoals hiervoor omschreven brengt mee dat deze feitelijk effect hebben gehad op het begaan van de oorlogsmisdrijven, omdat het aanleveren van de coördinaten door de vreemdeling het beschieten van de aldus aangegeven locaties door anderen direct mogelijk heeft gemaakt. Het ontbreken van een beslissingsbevoegdheid bij de vreemdeling, omdat hij handelde op bevel van

een officier, en de aanwezigheid van anderen met dezelfde taak als de vreemdeling maken dit niet anders. Gezien het aldus nauwe causale verband tussen de bijdrage van de vreemdeling en de gepleegde misdrijven is voorts aannemelijk dat de misdrijven hoogstwaarschijnlijk niet op dezelfde wijze zouden hebben plaatsgevonden indien niemand de rol van betrokkene had vervuld dan wel indien betrokkene gebruik had gemaakt van mogelijkheden het misdrijf te voorkomen. Gelet reeds hierop heeft de minister zich niet ten onrechte op het standpunt gesteld dat de vreemdeling een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan de oorlogsmisdrijven van het Iraakse leger en dus sprake is van "personal participation". De rechtbank heeft dat niet onderkend. De grief slaagt derhalve.

2.3. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het besluit van 28 januari 2009 beoordelen in het licht van de daartegen in eerste aanleg voorgedragen beroepsgronden, voor zover daarop, na hetgeen hiervoor is overwogen, nog moet worden beslist.

2.4. In beroep heeft de vreemdeling aangevoerd dat de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de ongewenstverklaring een gerechtvaardigde inmenging oplevert in het recht op eerbiediging van het gezinsleven, als bedoeld in artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM), tussen hem en zijn vrouw en dochters. Hiertoe heeft de vreemdeling betoogd dat hij reeds sinds 1997 in Nederland woont en zijn vertrek desastreuze gevolgen zou hebben voor zijn vrouw en dochters, aan wie verblijf in Nederland is toegestaan.

2.4.1. Niet in geschil is dat sprake is van gezinsleven, als bedoeld in artikel 8, eerste lid, van het EVRM, tussen de vreemdeling en zijn vrouw en dochters. Evenmin is in geschil dat de ongewenstverklaring een inmenging, als bedoeld in het tweede lid van het artikel, betekent.

2.4.2. Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft overwogen in onder meer de zaak *Boultif tegen Zwitserland*, arrest van 2 augustus 2001, nr. 54273/00, RJ&D ECHR 2001-IX, AB 2001, 341, dient bij de beoordeling van de vraag of artikel 8 van het EVRM in een bepaald geval een inmenging in het familie- of gezinsleven van de vreemdeling rechtvaardigt, een "fair balance" te worden gevonden tussen enerzijds de belangen van het individu en anderzijds de belangen van de lidstaat.

2.4.3. De minister heeft bij zijn besluitvorming het algemeen belang afgewogen tegen het belang van de vreemdeling bij uitoefening van het gezinsleven hier te lande met zijn vrouw en dochters en deze belangenafweging in het nadeel van de vreemdeling laten uitvallen. Hierbij heeft de minister de ernst van de oorlogsmisdrijven betrokken, waaraan volgens hem het geruime tijdsverloop en het belang van de oudste dochter van de vreemdeling bij scholing in Nederland niet kunnen afdoen. Voorts is niet gebleken dat het gezinsleven van de vreemdeling met zijn vrouw en dochters niet in een derde land kan worden uitgeoefend, aldus de minister.

2.4.4. De duur van het verblijf van de vreemdeling in Nederland is blijkens het vorenstaande betrokken bij de door minister gemaakte belangenafweging. Aan deze omstandigheid is evenwel niet meer gewicht toegekend dan aan de ernst van de gepleegde oorlogsmisdrijven. Bij de belangenafweging is tevens aandacht besteed aan de gevolgen voor de vrouw en dochters van de vreemdeling. Niet is aannemelijk gemaakt, mede gelet op de ernst van de gepleegde misdrijven, dat het vertrek van de vreemdeling zodanige gevolgen voor zijn vrouw en dochters zal hebben dat de minister hieraan het door de vreemdeling voorgestane gewicht had moeten toekennen.

Gelet op het voorgaande en het geheel van de voor de te verrichten belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden, hiervoor vermeld onder 2.4.3, heeft de minister bij de "fair balance" die moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling enerzijds en het Nederlandse algemene belang anderzijds, zich niet ten onrechte op het standpunt gesteld dat inmenging in de uitoefening door de vreemdeling van zijn recht op gezinsleven met zijn vrouw en dochters gerechtvaardigd is. De beroepsgrond faalt derhalve.

2.5. In beroep heeft de vreemdeling eveneens aangevoerd dat de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat hij niet aannemelijk heeft gemaakt dat tussen hem en zijn broer meer dan de normale emotionele banden bestaan. Hiertoe heeft de vreemdeling betoogd dat hij een zeer emotionele band met zijn broer heeft.

2.5.1. De vreemdeling en zijn broer zijn beiden meerderjarig. Blijkens het verslag van het gehoor naar aanleiding van het gemaakte bezwaar heeft de broer een vrouw en kinderen. Niet is gebleken dat de emotionele band tussen de vreemdeling en zijn broer zodanig is dat deze het normale niveau overstijgt.

Gelet op het voorgaande heeft de minister zich op het standpunt kunnen stellen dat de vreemdeling het bestaan van meer dan de normale emotionele banden tussen hem en zijn broer niet aannemelijk heeft gemaakt. De beroepsgrond faalt derhalve.

2.6. Het beroep van de vreemdeling tegen het besluit van 28 januari 2009 is ongegrond.

2.7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Zwolle, van 19 november 2009 in zaak nr. 09/5598;
- III. verklaart het door de vreemdeling bij de rechtbank in die zaak ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. B. van Wagtenonk en mr. H. Troostwijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.A. Sniijders, ambtenaar van staat.

w.g. Parkins-de Vin
voorzitter

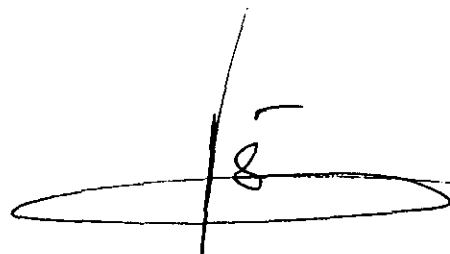
w.g. Sniijders
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 14 december 2010

279

Verzonden: 14 december 2010

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

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' and 'S' intertwined, with a horizontal line across the middle.

mr. H.H.C. Visser



Uitspraak

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE
nevenzittingsplaats Zwolle

Sector Bestuursrecht, Meervoudige Kamer voor Vreemdelingenzaken
Registratienummer: Awb 09/5598

Uitspraak
in het geding tussen:

geboren op
van Iraakse nationaliteit,
IND dossiernummer 9709.15.2052,
eiser,
gemachtigde mr. J.F. Smallenbroek, advocaat te Zwolle;

en

De Staatssecretaris van Justitie,
(Immigratie- en Naturalisatiedienst),
te 's-Gravenhage,
vertegenwoordigd door mr. E. Gerssen,
ambtenaar ten departemente, verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 4 mei 2007 heeft verweerder eiser ongewenst verklaard op grond van artikel 67, eerste lid, aanhef en onder e, Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000). Bij brief van 21 juni 2007 is daartegen bezwaar gemaakt. Verweerder heeft het bezwaar bij besluit van 28 januari 2009 ongegrond verklaard.

Bij brief van 20 februari 2009 is daartegen beroep ingesteld. Het beroep is voorzien van gronden bij brief van 23 maart 2009. Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het beroep is ter zitting van 7 juli 2009 behandeld. Eiser is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen. Ter zitting is het onderzoek gesloten.

Bij brief van 9 juli 2009 is het onderzoek heropend.

Het beroep is ter zitting van 20 augustus 2009 verder behandeld. Eiser is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen.

2 Overwegingen

2.1 Blijkens de gronden van beroep en het gestelde ter zitting is in geschil de vraag of verweerder artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag op eiser van toepassing heeft kunnen verklaren en hem op grond daarvan ongewenst heeft kunnen verklaren. Voorts is in geschil of verweerder zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat artikel 8 (Europees) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) zich niet tegen de uitzetting van eiser verzet.

2.2 Samengevat heeft verweerder in het bestreden besluit overwogen dat ten aanzien van eiser ernstige redenen bestaan om te veronderstellen dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen als bedoeld in artikel 1 (F), aanhef en onder a en b, Vluchtelingenverdrag. Er is sprake van 'knowing participation' nu eiser wist of had moeten weten dat het Iraakse leger op systematische wijze en/of op grote schaal misdrijven als bedoeld in artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag heeft gepleegd in de periode dat eiser daar werkte. Voorts is sprake van 'personal participation', aangezien eiser de misdrijven als bedoeld in artikel 1 (F) direct heeft gefaciliteerd. Deze aantijging is volgens verweerder dusdanig ernstig dat artikel 8 EVRM niet aan ongewenstverklaring in de weg staat.

2.3 Ingevolge artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag zijn de bepalingen van het Vluchtelingenverdrag niet van toepassing op een persoon ten aanzien van wie er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat:

- a. hij een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de menselijkheid heeft begaan, zoals omschreven in de internationale overeenkomsten welke zijn opgesteld om bepalingen met betrekking tot deze misdrijven in het leven te roepen;
- b. hij een ernstig, niet-politiek misdrijf heeft begaan buiten het land van toevlucht, voordat hij tot dit land als vluchteling is toegelaten;
- c. hij zich schuldig heeft gemaakt aan handelingen welke in strijd zijn met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties.

2.4 Ingevolge artikel 67, eerste lid, aanhef en onder e, Vw 2000 kan, voor zover van belang, een vreemdeling ongewenst worden verklaard in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland.

2.5 In paragraaf A5/2 Vreemdelingencirculaire 2000 (Vc 2000) wordt gesteld dat een vreemdeling, die buiten de rechtsmacht van Nederland een ernstig misdrijf heeft begaan, in het belang van de internationale betrekkingen ongewenst kan worden verklaard. Hierbij kan worden gedacht aan de vreemdeling van wie het verblijf is geweigerd dan wel is beëindigd op grond van artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag.

2.6 Niet in geschil is dat eiser over de periode van 2 januari 1986 tot 2 augustus 1992 als dienstplichtig militair deel heeft uitgemaakt van een artillerie eenheid van het Iraakse leger met als hoogste rang arif. Zijn eenheid is betrokken geweest bij de strijd tegen Iran in de Irak-Iran oorlog, bij de strijd tegen de Koerdische bevolkingsgroep in de zogenoemde Anfaalcampagne van maart 1987 tot april 1989 en bij het neerslaan van de Intifadah van maart 1991 tot 23 oktober 1991 en bij de tweede Golfoorlog. Voorts is niet in geschil dat door het Iraakse leger oorlogsmisdaden zijn begaan.

Eiser bestrijdt evenwel dat sprake is van knowing en personal participation.

2.7 Uit het beleid van verweerder, neergelegd in paragraaf C4/3.11.3.3 Vc 2000, volgt dat verweerder zorgvuldig moet motiveren dat er ernstige redenen zijn te veronderstellen dat een vreemdeling onder de criteria van artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag valt. Als daaraan is voldaan dient de vreemdeling, wil hij voorkomen dat dit artikel hem wordt tegengeworpen, een en ander gemotiveerd te weerleggen. Teneinde te bepalen of artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag kan worden tegengeworpen wordt de zogenoemde 'knowing and personal participation test' toegepast.

2.8 Blijkens paragraaf C4/3.11.3.3 Vc 2000 is onder meer sprake van 'knowing participation' indien de vreemdeling werkzaam was voor een orgaan of organisatie, dat volgens gezaghebbende en vrij toegankelijke rapportages op systematische wijze en/of op grote schaal misdrijven als bedoeld in artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag heeft gepleegd in de periode dat hij daar werkzaam was.

2.9 Verweerder heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat sprake is van 'knowing participation'. Verweerder heeft, mede gelet op de lange duur dat eiser werkzaam is geweest voor het Iraakse leger, niet aannemelijk hoeven achten dat eiser niet op de hoogte was van misdaden die door dit leger werden begaan. Hierbij heeft verweerder van belang kunnen achten dat eiser zelf heeft verklaard dat hij altijd dicht bij het front zat. Dat eiser, zoals hij stelt, slechts een klein onderdeel van een heel groot leger was en enkel opdrachten had uit te voeren, doet daar niet aan af.

2.10 Blijkens paragraaf C4/3.11.3.3 Vc 2000 is onder meer sprake van 'personal participation', indien de vreemdeling een misdrijf als bedoeld in artikel 1 (F) heeft gefaciliteerd, dat wil zeggen dat zijn handelen en/of nalaten in wezenlijke mate heeft bijgedragen aan het misdrijf.

2.11 Dat eiser, door zijn rol als verbindingssoldaat die coördinaten moest doorgeven, heeft geweten dat oorlogsmisdrijven werden gepleegd, neemt niet weg dat eiser een zodanig ondergeschikte functie had dat niet geconcludeerd kan worden dat hij daaraan een wezenlijke bijdrage heeft geleverd. Dat eiser als een soort verkenner met een verrekijker vjandelijke doelen lokaliseerde en deze vervolgens gecodeerd doorgaf kan niet tot het oordeel leiden dat eiser misdrijven heeft gefaciliteerd. Daarbij acht de rechtbank van zwaarwegend belang dat een officier opdracht gaf aan eiser coördinaten door te geven en dat eiser dit vervolgens uitvoerde. Eiser had zelf geen beslissingsbevoegdheid, zo heeft hij gesteld, hetgeen door verweerder niet is betwist. Voorts acht de rechtbank van belang dat eiser niet de enige was die de betreffende taken verrichtte, maar dat deze bij toerbeurt door eiser en omstreeks dertig collega's van hem werden verricht. Ook zonder de rol van eiser zouden de misdrijven derhalve zijn gepleegd. Dat eiser meerdere onderscheidingen heeft ontvangen en de titel 'Vriend van de President' kreeg maakt het voorgaande niet anders, nu eiser heeft verklaard dat bijna iedere militair, die niet was gedeserteerd dan wel omgekomen, deze onderscheidingen en titel kreeg. Ook de omstandigheid dat eiser - dienstplichtig militair - niet is gedeserteerd leidt niet tot een ander oordeel, aangezien dit, gelet op de daaraan verbonden consequenties, in redelijkheid niet van hem kon worden verwacht.

2.12 Verweerder heeft zich daarom niet op het standpunt kunnen stellen dat de misdrijven door eiser zijn gefaciliteerd en dat sprake is van 'personal participation'. Gelet hierop heeft verweerder zich evenmin op het standpunt kunnen stellen dat ernstige redenen bestaan te veronderstellen dat eiser zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen als bedoeld in artikel 1 (F) Vluchtelingenverdrag.

2.13 Verweerder heeft eiser daarom niet ongewenst kunnen verklaren.

2.14 Het beroep is gegrond en het bestreden besluit wordt vernietigd wegens strijd met artikel 3:2 en artikel 7:12 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Hetgeen overigens is aangevoerd behoeft gezien het voorgaande geen bespreking.

2.15 Met de gegrondverklaring van het beroep en de vernietiging van het bestreden besluit valt de procedure terug in de bezwaarfase. Eiser mocht de behandeling van het bezwaar niet in Nederland afwachten. De rechtbank ziet dan ook aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, laatste volzin, Awb de voorziening te treffen dat alle rechtsgevolgen van het besluit van 4 mei 2007 behoudens het, ingevolge aan het besluit tot ongewenstverklaring inherente, niet kunnen hebben van rechtmatig verblijf, worden geschorst tot verweerder een nieuw besluit op bezwaar heeft genomen.

2.16 Er bestaat aanleiding voor veroordeling van verweerder in de kosten die eiser in verband met de behandeling van het beroep redelijkerwijs heeft moeten maken.

2. Beslissing

De rechtbank

- verklaart het beroep gegrond; *4*
- vernietigt het besluit van 28 januari 2009;
- bepaalt dat verweerder opnieuw op het bezwaar dient te beslissen, met inachtneming van deze uitspraak;
- treft de voorlopige voorziening dat alle rechtsgevolgen van het besluit van 4 mei 2007 behoudens het ingevolge aan het besluit tot ongewenstverklaring inherente niet kunnen hebben van rechtmatig verblijf, worden geschorst tot op bezwaar is beslist;
- veroordeelt verweerder de proceskosten ad € 966,- aan de griffier van deze rechtbank te voldoen;
- gelast dat de Staat der Nederlanden het griffierecht ad € 145,- aan eiser vergoedt.

Deze uitspraak is gedaan door mr. F. van der Maden, voorzitter, mr. L.E.C. van Rijckevorsel-Besier en mr. J.F.M.J. Bouwman, rechters en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van mr. A. Korporaal-Wisman als griffier, op **19 NOV 2009**

Afschrift verzonden op: **19 NOV 2009**

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

VOOR AFSCHRIFT CONFORM
DE GRIFFIER VAN DE
RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Kantoren Stichtage
Koningin Julianaplein 10
2595 AA Den Haag

Postbus 11756
2502 AT Den Haag
telefoon (070) 515 30 00
www.pelsrijcken.nl

**Pels Rijcken
& Droogleever**
*Fortuijn advocaten
en notarissen*

Bezorgen

De Hoogedelgestrengte Heer Voorzitter van de
Afdeling bestuursrechtspraak van de
Raad van State
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
17 DEC 2009	
ZAAKNR.	
AAN:	V3
BEHANDELD DD:	PAR:

onze ref. GH/MP/51010567
uw ref. -
inzake SvJ /
(IND-nr. 9709.15.2052)

G.M.H. Hoogvliet
Advocaat
t (070) 515 37 03
f (070) 515 30 91
gmh.hoogvliet@pelsrijcken.nl

17 december 2009

Hoogedelgestrengte heer,

Namens de staatssecretaris van Justitie, die voor deze zaak domicilie kiest te mijnen kantore, zend ik u hierbij een hogerberoepschrift in bovengenoemde zaak.

Een exemplaar van dit hogerberoepschrift, alsmede een kopie van deze brief zend ik per gewone post aan de gemachtigde van de vreemdeling in de beroepsprocedure, mr. J.F. Smallenbroek, advocaat te Zwolle.

Met de meeste hoogachting,


G.M.H. Hoogvliet

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
17 DEC 2009	
ZAAKNR.	
AAN:	
BEHANDELD DO:	PAR:

HOGERBEROEPSCHRIFT

inzake

DE STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE

(Schedeldoekshaven 100,
2511 EX Den Haag),
a p p e l l a n t,
gemachtigde: mr. G.M.H. Hoogvliet,
advocaat te Den Haag
(Postbus 11756, 2502 AT Den Haag).

tegen

verblijvende te
v e r w e e r d e r,
gemachtigde: mr. J.F. Smallenbroek,
advocaat te Zwolle
(Postbus 349, 8000 AH Zwolle)

1 Inleiding

- 1.1 Appellant, verder te noemen de staatssecretaris, komt hierbij in hoger beroep van de uitspraak van de meervoudige kamer van de rechtbank Den Haag, nevenzittingsplaats Zwolle, van 19 november 2009, op diezelfde datum door de rechtbank verzonden (Awb 09/5598).

Een kopie van de bestreden uitspraak is als **bijlage** aangehecht.

- 1.2 In de bestreden uitspraak heeft de rechtbank het beroep van verweerder van 20 februari 2009 gegrond verklaard, het besluit van 28 januari 2009 vernietigd, bepaald dat de staatssecretaris van Justitie opnieuw op het bezwaar dient te beslissen met inachtneming van de uitspraak, de voorlopige voorziening ex artikel 8:72, lid 5 Awb getroffen dat alle rechtsgevolgen van het besluit van 4 mei 2007, behoudens het ingevolge aan het besluit op ongewenstverklaring inherente niet kunnen hebben van rechtmatig verblijf, worden opgeschort tot op het bezwaar is beslist en – kort gezegd – een proceskostenveroordeling uitgesproken.
- 1.3 Bij beschikking van 28 januari 2009 is het bezwaar van verweerder tegen het besluit van 4 mei 2007 waarbij hij ongewenst is verklaard, ongegrond verklaard. De ongewenstverklaring is het gevolg van het standpunt van de staatssecretaris dat artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag op verweerder van toepassing is.
- 1.4 De staatssecretaris kan zich met (onderdelen van) genoemde uitspraak niet verenigen en komt daartegen hierbij tijdig in hoger beroep. De staatssecretaris zal zijn grieven in het navolgende verwoorden en toelichten.

2 Bestreden onderdelen van de uitspraak

- 2.1 Na – kort gezegd – te hebben overwogen dat de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat ten aanzien van verweerder sprake is van "knowing participation" overweegt de rechtbank met betrekking tot de vraag of sprake is van "personal participation" in rov. 2.11 ten onrechte:

"Dat eiser, door zijn rol als verbindingssoldaat die coördinaten moest doorgeven, heeft geweten dat oorlogsmisdrijven werden gepleegd, neemt niet weg dat eiser een zodanig ondergeschikte functie had dat niet geconcludeerd kan worden dat hij daaraan een wezenlijke bijdrage heeft geleverd. Dat eiser als een soort verkenners met een verrekijker vijandelijke doelen lokaliseerde en deze vervolgens gecodeerd doorgaf kan niet tot het oordeel leiden dat eiser misdrijven heeft gefaciliteerd. Daarbij acht de rechtbank van zwaarwegend belang dat een officier opdracht gaf aan eiser coördinaten door te geven en dat eiser dit vervolgens uitvoerde. Eiser had zelf geen beslissingsbevoegdheid, zo heeft hij gesteld, hetgeen door verweerder niet is betwist. Voorts acht de rechtbank van belang dat eiser niet de enige was die de betreffende taken verrichtte, maar dat deze bij toerbeurt

door eiser en omstreeks dertig collega's van hem werden verricht. Ook zonder de rol van eiser zouden de misdrijven derhalve zijn gepleegd. Dat eiser meerdere onderscheidingen heeft ontvangen en de titel "Vriend van de President" kreeg maakt het voorgaande niet anders, nu eiser heeft verklaard dat bijna iedere militair, die niet was gedeserteerd dan wel omgekomen, deze onderscheidingen en titel kreeg. Ook de omstandigheid dat eiser - dienstplichtig militair - niet is gedeserteerd leidt niet tot een ander oordeel, aangezien dit, gelet op de daaraan verbonden consequenties, in redelijkheid niet van hem kon worden verwacht."

2.2 Ten onrechte overweegt de rechtbank in rov. 2.12:

"Verweerder heeft zich daarom niet op het standpunt kunnen stellen dat de misdrijven door eiser zijn gefaciliteerd en dat sprake is van "personal participation". Gelet hierop heeft verweerder zich evenmin op het standpunt kunnen stellen dat ernstige redenen bestaan te veronderstellen dat eiser zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen als bedoeld in artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag."

2.3 Gegrondbevinding van de bezwaren van de staatssecretaris vitiëert de rov.'s 2.13, 2.14, 2.15 en 2.16.

3 Aanvulling en toelichting

3.1 De rechtbank heeft - naar de mening van de staatssecretaris terecht - het betoog van verweerder verworpen dat ten aanzien van verweerder geen sprake zou zijn van "knowing participation". Volgens de rechtbank heeft de staatssecretaris zich terecht op het standpunt gesteld dat daar sprake van was. De rechtbank volgt verweerder echter in diens betoog dat geen sprake is geweest van "personal participation". De staatssecretaris kan zich met deze beslissing niet verenigen.

3.2 De "personal and knowing participation-test" is een algemeen geaccepteerd middel ter vaststelling van de toepasselijkheid van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag. Indien kan worden aangenomen dat sprake is van zowel "knowing participation" als van "personal participation", kan aan een vreemdeling artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag worden tegengeworpen. Volgens het ter zake toepasselijke beleid is van "personal participation" niet alleen sprake wanneer een misdrijf als bedoeld in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag in opdracht of onder verantwoordelijkheid van de vreemdeling is gepleegd, doch ook bij het door de vreemdeling direct faciliteren van de misdrijven, dat wil zeggen wanneer zijn handelen en/of nalaten in wezenlijke mate ertoe heeft bijgedragen dat deze misdrijven hebben plaatsgevonden. Onder wezenlijke bijdrage wordt verstaan dat de bijdrage feitelijk effect heeft gehad op het begaan van het misdrijf of de misdrijven en dat het misdrijf of de misdrijven hoogstwaarschijnlijk niet op dezelfde wijze zou of zouden hebben plaatsgevonden, indien niemand de rol van betrokkene had vervuld, dan wel betrokkene gebruik had gemaakt van mogelijkheden het misdrijf of de misdrijven te voorkomen.

- 3.3 De staatssecretaris meent dat in de diverse beschikkingen waarin de tegenwerping van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag is gemotiveerd, voldoende gronden naar voren zijn gebracht op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat ten aanzien van verweerder sprake was van "personal participation". De rechtbank heeft dat miskend.
- 3.4 De tegenwerping van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag aan verweerder is gebaseerd op algemeen bekende informatie ten aanzien van de activiteiten van het Irakese leger ten tijde van belang, gezien in samenhang met de door verweerder zelf afgelegde verklaringen. Niet in geschil is dat door het Irakese leger ten tijde van belang misdrijven zijn gepleegd als bedoeld in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag. Ook lijkt niet in geschil dat verweerder in relatie kan worden gebracht met de gepleegde misdrijven.

Vgl.:

- het verweerschrift van 1 februari 2008 onder 4.12.

- 3.5 Verweerder heeft verklaard als dienstplichtig militair werkzaam te zijn geweest van 2 januari 1986 tot en met 2 augustus 1992 voor artillerie-eenheid 94. Zijn werkzaamheden bestonden – samengevat – uit het assisteren van de officier in het bepalen van de vijandelijke doelen die beschoten moesten worden. Deze werkzaamheden heeft verweerder (in ieder geval) verricht gedurende de Iran-Irakoorlog, de Anfaal-campagne en gedurende de Intifadah. Verweerder heeft verklaard dat hij door middel van een verrekijker de vijandelijke doelen lokaliseerde en dat hij een goed verkenner was. Naar zijn zeggen gaf hij nauwkeurige informatie door. Zijn taak tijdens de Anfaal-campagne en de Intifadah was het doorgeven van coördinaten van de plaatsen in de bergen waar zich gevluchte Koerden bevonden, zodat ook zij beschoten konden worden door de artillerie. Mede in verband hiermee heeft hij een medaille ontvangen. Zoals zijdens de staatssecretaris eerder in de procedure naar voren is gebracht, vervulde verweerder aldus als het ware een sleutelrol bij de bepaling van de doelen, waaronder doelen waarheen Koerden gevlucht waren. Uit het relaas van verweerder kan niet anders dan worden afgeleid dat hij een uiterst loyaal militair is geweest. Zo heeft hij verklaard dat hij cum laude is afgezwaid en vier medailles heeft ontvangen voor dapperheid. Hij heeft tijdens het nader gehoor verklaard een uitstekend soldaat te zijn geweest en dat – onder meer – te hebben bewezen in de oorlog tegen de Koerden. Op bladzijde 6 van het nader gehoor is te lezen dat verweerder tijdens de Intifadah in Arbil en Duhok heeft gevochten en dat de Koerden uit de steden vluchtten toen het leger daar binnentrok. Volgens zijn verklaring hebben zij de Koerden vlakbij de grens omsingeld waar velen van hen zijn omgekomen bij beschietingen en als gevolg van kou en honger. De eenheid van verweerder was daarbij betrokken. Verweerder heeft met zoveel woorden verklaard dat hij doorgaf waar de Koerden zaten en waar gevuurd moest worden. Tijdens het aanvullend gehoor relateert verweerder het verkrijgen van de derde en de vierde medaille aan zijn

"prestaties" tijdens de gevechten tegen de Koerden in het noorden van Irak en bij het neerslaan van de Intifadah.

Met het voorgaande wordt beoogd een verkorte weergave van de meest van belang zijnde aspecten te geven zonder pretentie van volledigheid. De volledige onderbouwing in de diverse beschikkingen waarin de tegenwerping van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag aan de orde komt blijft ten volle van belang voor de beoordeling van de vraag of de grondslag van die tegenwerping, met name over de aannahme van "personal participation", voldoende solide is.

- 3.6 De staatssecretaris meent dat uit de verklaringen van verweerder, in hun onderlinge samenhang bezien, afgezet tegen hetgeen bekend is over de militaire acties van het Iraakse leger ten tijde van belang, voldoende blijkt dat verweerder een niet te bagatelliseren rol heeft gespeeld bij de slachtpartijen. Indien verweerder de coördinaten niet had doorgegeven en ook niemand anders dat had gedaan, hadden de aanvallen niet, althans niet op dezelfde wijze, althans minder precies kunnen plaatsvinden.
- 3.7 Kennelijk acht de rechtbank de ondergeschikte functie die verweerder zou hebben gehad van belang. Nog afgezien van de vraag of de positie van verweerder inderdaad kan worden aangemerkt als ondergeschikt in de mate die de rechtbank kennelijk voor ogen heeft – appellant is uiteindelijk bevorderd tot sergeant (onderofficier), met medailles vereerd en heeft mogen toetreden tot de groep met de titel "Vriend van de President" – is het niet, althans niet zonder meer, relevant welke positie iemand inneemt in een leger dat zich schuldig maakt aan in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag bedoelde misdrijven. Ook als een militair niet behoort tot het hoogste echelon c.q. de hogere echelons, kan wel degelijk sprake zijn van verwijtbare betrokkenheid bij het plegen van misdrijven als eerder bedoeld. Die situatie doet zich naar de mening van de staatssecretaris ten aanzien van verweerder voor.
- 3.8 De rechtbank heeft van zwaarwegend belang geacht dat een officier opdracht gaf aan verweerder om coördinaten door te geven en dat verweerder dat vervolgens uitvoerde. Nog afgezien van de vraag of slechts sprake is geweest van het doorgeven van coördinaten – en niet tevens van het bepalen daarvan – wordt de verwijtbaarheid van het handelen niet weggenomen door de omstandigheid dat het handelen op bevel van een meerdere plaatsvond. Daarop is in de besluitvorming ook ingegaan. Dat verweerder geen beslissingsbevoegdheid had, doet er niet aan af dat hij wel betrokken is geweest en dat zijn handelen aan het optreden van het leger, met alle gruwelijke consequenties van dien, heeft bijgedragen.
- 3.9 De rechtbank acht voorts van belang dat verweerder niet de enige was die de desbetreffende taken verrichtte, zodat, ook zonder de acties van verweerder, de misdrijven zouden zijn gepleegd. Kennelijk vindt de rechtbank, dat, als de taak van

verweerder ook door een ander kon worden verricht, hem geen verwijt kan worden gemaakt, althans dat niet gesproken zou kunnen worden van "personal participation". De staatssecretaris acht deze gedachte onjuist. Ook in gevallen waarin iemand deel uitmaakt van een grotere groep en de leden van die groep vergelijkbare werkzaamheden verrichten, valt de individuele verantwoordelijkheid niet weg. De rechtbank miskent dat sprake is van een wezenlijke bijdrage aan het plegen van bedoelde misdrijven indien de bijdrage feitelijk effect heeft gehad of de misdrijven hoogstwaarschijnlijk niet op dezelfde wijze zouden hebben plaatsgevonden indien *niemand* de rol van verweerder zou hebben vervuld. Het gaat er dus niet om dat de misdrijven ook zouden zijn gepleegd als iemand anders verweerders rol had vervuld, maar wat zou hebben gegolden als niemand dat zou hebben gedaan. De rechtbank heeft dat miskend.

- 3.10 De staatssecretaris meent dat de rechtbank te gemakkelijk de diverse onderscheidingen en de omstandigheid dat verweerder de titel "Vriend van de President" heeft gekregen bagatelliseert. Uit de verklaringen van verweerder immers vloeit voort dat hij dit, althans aanvankelijk, heeft gerelateerd aan zijn uitzonderlijke prestaties als militair. Uit algemene informatie blijkt dat het een geprivilegieerde groep betrof. Dat verweerder de betekenis van één en ander in de loop van de procedure heeft proberen te relativeren, doet hieraan niet af.
- 3.11 De omstandigheid dat verweerder niet heeft gepoogd zich aan zijn taken te onttrekken, acht de rechtbank kennelijk ook niet van belang omdat – aldus de rechtbank – van verweerder, als dienstplichtig militair, in redelijkheid niet kon worden verwacht dat hij zou deserteren. Uit de verklaringen van verweerder echter blijkt dat hij dat nimmer heeft overwogen en dat hij loyaal was aan het leger. Uit niets blijkt derhalve dat verweerder wel wilde deserteren, maar daartoe geen mogelijkheid zag.
- 3.12 Concluderend is de staatssecretaris van oordeel dat in de besluitvorming wel degelijk op goede grond is aangenomen dat ten aanzien van verweerder (ook) kan worden gesproken van "personal participation" en dat verweerder terecht artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag is tegengeworpen. De beslissing van de rechtbank in andere zin is niet gestoeld op een deugdelijke onderbouwing. De staatssecretaris acht die beslissing dan ook onjuist.

4 Conclusie

- 4.1 Uit het voorgaande vloeit voort dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven.
- 4.2 De staatssecretaris concludeert tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot ongegrondverklaring van het bij de rechtbank ingediende beroep.

Den Haag 17 december 2009



Advocaat/gemachtigde

behandeld door
correspondentie
telefoon
fax
e-mail
zaaknummer
referentie

mr. G.M.H. Hoogvliet
postbus 11756, 2502 AT Den Haag
(070) 515 37 03
(070) 515 30 91
gmh.hoogvliet@pelsrijcken.nl
51010567
IND-9709.15.2052