

# *Zoeken, genieten, krijgen en/of garanderen*

## *Het recht op asiel nader beschouwd*

Van het oud-Griekse asylon tot het recht op asiel zoals neergelegd in artikel 18 EU Handvest: Myrthe Wijnkoop beschrijft de lange weg die het begrip asiel heeft afgelegd. En constateert aan de hand van de Europese en nationale jurisprudentie dat het oeroude begrip nog altijd nadere uitleg behoeft.

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 kent het Europese Unierecht een Handvest van de Grondrechten (verder 'EU Handvest') dat een juridisch bindende status heeft.<sup>1</sup> Dit betekent dat al meer dan drie jaar lang binnen de Europese Unie een beroep gedaan kan worden op de bepalingen uit het EU Handvest voor de (nationale) rechter in zaken die binnen de reikwijdte van het Unierecht vallen. Het Hof van Justitie kan besluiten van lidstaten hieraan toetsen, en door het beantwoorden van prejudiciële vragen licht laten schijnen over de reikwijdte en betekenis van de grondrechten uit het EU Handvest.

Zo heeft het Hof van Justitie recentelijk uitspraak gedaan in de zaak Halaf tegen Bulgarije<sup>2</sup> nadat het Administratieve Hof van Sofia prejudiciële vragen had gesteld. De zaak betrof een Dublin-overdracht naar Griekenland. En net als het Court of Appeal eerder in de zaak N.S. tegen Verenigd Koninkrijk<sup>3</sup> vroeg het Hof van Sofia naar de inhoud van het recht op asiel krachtens artikel 18 EU Handvest.

In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de betekenis van het recht op asiel in het algemeen, en artikel 18 EU Handvest in het bijzonder. Ik probeer een antwoord te geven op de vraag naar de toegevoegde waarde van deze bepaling. Biedt artikel

18 meer rechten dan reeds volgen uit het internationale recht, zoals het verbod op refoulement, statusdeterminatie, materiële rechten en het recht op verblijf?

In paragraaf 1 zal ik eerst enkele inleidende opmerkingen maken over het EU Handvest. In paragraaf 2 zal een beknopt historisch en juridisch overzicht worden gegeven van het concept 'recht op asiel'. Paragraaf 3 gaat nader in op totstandkoming, wijze van interpretatie en reikwijdte van artikel 18 Handvest. Vervolgens wordt in paragraaf 4 gekeken naar de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie en de nationale rechter. Paragraaf 5 bevat een analyse van de (toegevoegde) waarde van artikel 18 Handvest en paragraaf 6 sluit af met een conclusie.

### 1 EU Handvest: enkele algemene opmerkingen

Voor een uitvoerige uiteenzetting over totstandkoming en werking van het EU Handvest en de (mogelijke) betekenis daarvan voor het bestuurs- en meer in het bijzonder het vreemdelingenrecht, verwijs ik graag naar de artikelen van Barkhuizen/Bos<sup>4</sup> en Reneman.<sup>5</sup> Ik volsta hier daarom met enkele opmerkingen.

1 Artikel 6 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie, ve09001594.

2 C-528/11 Halaf, 30 mei 2013. JV/2013/249, ve13001077.

3 C-411/10 N.S., 21 december 2011, JV 2012/77 m. nt. Battjes en RV 2011-9 m. nt. Zwaan, ve11003203.

4 T. Barkhuizen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het Nederlandse bestuursrecht' in: JB plus Vol 13 Nr 1, 2011, p. 3-34.

5 M. Reneman, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht' in: Asiel & Migrantenrecht 5/6 2010, p. 233-244, ve10000968.

### 1.1 Totstandkoming en inhoud

De Europese Unie is grondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van mensenrechten en van de rechtsstaat. Mensenrechten, of grondrechten, neergelegd in het EVRM en gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, vormden de algemene beginselen van gemeenschapsrecht.<sup>6</sup> Maar de Unie kende geen 'eigen' bron van grondrechten. Dat hier verandering in moest komen, werd besloten tijdens de Europese Raad van 3 en 4 juni 1999. Vervolgens werd op 7 december 2000 het EU Handvest formeel aangenomen door het Europees Parlement, de Commissie en de Raad. Het Handvest is daarmee het eerste formele EU document waarin over de hele breedte van klassieke grondrechten, economisch en sociale rechten en bepaalde 'derde generatie' rechten, zoals het recht op een schone leefomgeving, zijn opgenomen. Het was uitdrukkelijk niet de bedoeling om nieuwe rechten te creëren, maar om bestaande rechten uit onder meer het EVRM, (andere) Raad van Europa verdragen, VN verdragen en ILO overeenkomsten samen te brengen.<sup>7</sup>

### 1.2 Verhouding met Unierecht

Vanaf 2000 had het EU Handvest weliswaar invloed op regelgeving en jurisprudentie binnen de Unie,<sup>8</sup> maar het duurde nog tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009<sup>9</sup> voordat het EU Handvest ook daadwerkelijk bindend werd. Artikel 6(1) EU Verdrag stelt namelijk dat het EU Handvest dezelfde rechtskracht heeft als de Verdragen.<sup>10</sup> Dit betekent dat het EU Handvest een primaire bron van recht is

*'Asiel' is afgeleid van het Griekse woord 'asylon' hetgeen 'vrijwaring van vrijheidsontneming' betekent.*

binnen de rechtsorde van de Unie. De eerbiediging van de bepalingen uit het EU Handvest is derhalve een vereiste voor de tenuitvoerbrenging van Unierecht. En de toepassing dan wel de implementatie van het Unierecht door nationale rechters en het Hof van Justitie kan worden getoetst aan het EU Handvest op rechtmatigheid.

### 1.3 Toepassing en reikwijdte

Artikel 51(1) van het EU Handvest stelt dat de bepalingen van toepassing zijn op de instellingen, organen, instanties en agentschappen van de Unie, alsmede de lidstaten 'voor zover zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen'. Uit de toelichting op dit artikel<sup>11</sup> blijkt dat deze bepaling moet worden uitgelegd overeenkomstig de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie: niet alleen bij implementatie van Unierecht, maar ook als er anderszins voldoende EU context is.<sup>12</sup> Dergelijke toelich-

tingen moeten volgens artikel 52(7) van het EU Handvest naar behoren in acht worden genomen door rechterlijke instanties en de lidstaten.<sup>13</sup>

### 1.4 Verhouding tot andere verdragen

Momenteel is de Unie nog geen verdragspartij bij het EVRM (zie artikel 6(2) EU verdrag).<sup>14</sup> Artikel 52(3) van het EU Handvest regelt wel de verhouding met de bepalingen uit het EVRM. Hierin staat dat de rechten uit het Handvest die overeenkomen met rechten uit het EVRM, dezelfde inhoud en reikwijdte hebben als door het EVRM zijn toegekend. Het EVRM is de minimumnorm voor interpretatie van het EU Handvest, en het is dus mogelijk dat het Unierecht ruimere bescherming biedt.<sup>15</sup> Artikel 53 EU Handvest sluit hierbij aan door te stellen dat de rechten uit het Handvest niet beperkter mogen worden uitgelegd dan andere internationale verdragen waarbij alle lidstaten of de EU partij zijn, zoals het Vluchtelingenverdrag.<sup>16</sup>

Alvorens in te zoomen op artikel 18 van het EU Handvest, volgt hieronder eerst een beschouwing van het algemene concept 'recht op asiel'.

## 2 Recht op asiel<sup>17</sup>

Wanneer gesproken wordt over het recht op asiel, wordt er in algemene zin onderscheid gemaakt tussen enerzijds het recht van een staat om asiel te verlenen, en anderzijds het recht van

het individu om asiel te zoeken dan wel te krijgen. Het is dit onderscheid dat centraal staat in de discussie rondom de inhoud en reikwijdte van 'asiel'.

Het concept 'asiel' bestond al lang voor het hedendaagse regime van vluchtelingenbescherming.<sup>18</sup> 'Asiel' is afgeleid van het

6 Artikel 6 EU Verdrag.

7 Zie ook de considerans van het EU Handvest, ve09001417.

8 Zie M. Reneman, supra noot 5, p. 233.

9 De oorspronkelijke tekst uit 2000 is in 2007 aangepast en met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon vervangen. Zie voor de tekst van het EU Handvest ve09001417.

10 Zie hierover ook M. T. Gil-Bazo, 'The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Rights to be granted asylum in the Union's law' in: *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27, nr. 3, p. 34-35.

11 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten (2007/C 303/02) PbEU 2007 C303/17, ve09001419.

12 Zie C617/10, 26 februari 2013. ve13000396. In dit arrest Akerberg heeft het

EU-Hof bepaald dat het EU-Handvest geldt in alle gevallen waarin een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het EU-recht valt. Zie hierover ook M. Reneman, supra noot 5, p. 234-235. Paragraaf 2 stelt verder dat het Handvest geen nieuwe bevoegdheden toekent aan de EU.

13 Zie over de waarde van de toelichtingen o.a. S. Peers, 'Taking rights away? Limitations and derogations' in: S. Peers and A. Ward (eds), *The EU Charter of Rights: Politics, Law and Policy*, Oxford 2004; M. Gil-Bazo, supra noot 10, noot 35, p. 48.

14 Zodra het Europees Hof voor Justitie een oordeel heeft gegeven over de verenigbaarheid van het toetredingsverdrag met de EU-Verdragen, zal de Europese Commissie komen met een voorstel voor een Besluit van de Raad tot goedkeuring van de ondertekening van het EVRM en eventueel met inbegrip van de interne regels en aanpassingen aan de EU-wetgeving die vóór de toetreding moeten worden overeengekomen. Dit zal mogelijk nog wel tot halverwege 2014 duren. Zie EK 2012-2013, 32317 CV en CU.

15 Zie de tekst van artikel 52(3), de toelichting op dit artikel en de formulering van sommige rechten in het Handvest in vergelijking met het EVRM.

16 Zie over de beperkingen van de grondrechten het artikel van M. Reneman, supra noot 5, p. 236-237.

17 Hoewel het recht op asiel, met name het recht om asiel te zoeken, nauw verbonden is aan het recht een land te verlaten, waaronder het land van herkomst (zie artikel 13(2) Universele Verklaring; artikel 12(2) IVBPR, Protocol 4 EVRM, artikel 22(2) Inter-Amerikaans Verdragen voor de Mensenrechten) beperk ik mij vanwege de omvang in dit artikel tot de specifieke bepalingen rondom het recht op asiel.

18 Zie voor een mooi historisch overzicht van de ontwikkeling van 'bescherming' en 'asiel' de oratie van prof. Battjes: H. Battjes, *De ontwikkeling van het begrip*

Griekse woord 'asylon' hetgeen 'vrijwaring van vrijheidsontneming' betekent.<sup>19</sup> Van oudsher ziet het begrip dan ook op een situatie waarin iemand toevlucht zoekt tot een plek waar hij uit handen kan blijven van een 'vervolger'. Daarin liggen enkele elementen van 'asiel' in de huidige betekenis besloten: toelating van een persoon op het grondgebied; toestemming om aldaar te verblijven; af te zien van uitzetting of uitlevering; en het waarborgen van klassieke vrijheidsrechten.<sup>20</sup> Het gaat hierbij om beschrijvingen bezien vanuit het perspectief van de

Maar wat betekent dit artikel, en zegt het ook iets over de inhoud van 'asiel'? Betekent dit dan ook een recht van het individu om asiel te krijgen, zijnde een inbreuk op de soevereiniteit van de staat om zelf te bepalen wie er asiel wordt verleend?

De totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel laat zien dat er voor het individu met name een 'procedureel' recht was beoogd. Namelijk een recht op een beoordeling van de noodzaak tot asielerlening door de staat: het recht op een asielerlening

## *Er mocht in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens geen plicht voor staten komen om asiel te verlenen, en dus mocht er geen individueel materieel recht op asiel ontstaan.*

(soevereiniteit van de) staat, zoals ook door het Internationaal Gerechtshof beschreven in 1950 in de 'Asylum case': 'it withdraws the offender from the jurisdiction of the territorial State and constitutes an intervention in matters which are exclusively within the competence of the State (...) In case of extradition, the refugee is within the territory of the State of refuge. A decision with regard to extradition implies only the normal exercise of territorial sovereignty. The refugee is outside the territory of the State where the offence was committed, and a decision to grant him asylum in no way derogates from the sovereignty of that State.'<sup>21</sup>

Dit geldt ook ten aanzien van de definitie uit 1950 van het Institute of International Law: 'Asylum is the protection which a State grants on its territory or in some other place under the control of its organs to a person who comes to seek it.'<sup>22</sup>

Asiel gaat dus in ieder geval om het recht van een staat om een onderdaan van een andere staat een vorm van bescherming tegen de staat van die onderdaan.

Toch bestaat er nog altijd geen algemeen internationaal geaccepteerde definitie van 'asiel'. Wel heeft het recht op asiel zich gemanifesteerd in belangrijke na-oorlogse internationale mensenrechten-instrumenten.

### 2.1. Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens

De, niet-bindende, Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM) uit 1948 vormt het fundament voor het hedendaagse mondiale mensenrechtensysteem. De meeste rechten uit de Verklaring zijn later vastgelegd in bindende multilaterale verdragen.

Artikel 14 lid 1 UVRM zegt: 'Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.' Volgens de tekst omvat dus het recht asiel te zoeken en te genieten.

bescherming in het asielerrecht, VU Migration law series 10, Amsterdam 2012, p. 2-15. Zie ook G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford 1996, p. 172-182.

19 A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol II Asylum, Leiden 1972.

20 R. Boed, 'The state of the right of asylum in international law' in: *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol 5-1, 1994, p. 3.

21 *ICJ Rep.*, 1950, 266, para 274.

22 *Institute of International Law, Bath Session 1950, Annuaire 1*, 167, artikel 1.

re ('right to seek').<sup>23</sup> Over deze formulering, maar ook over de betekenis ervan bleek tijdens de onderhandelingen geen verschil van mening.<sup>24</sup> Waarmee gezegd kan worden dat dit procedurele recht staat als een huis,<sup>25</sup> zonder dat dit overigens iets zegt over de wijze waarop dit recht moet worden toegepast.

Over het tweede, meer materiële, deel van artikel 14 bestond beduidend meer discussie. In eerdere tekstversies van de werkgroep van de Commission of Human Rights en de Drafting Committee was de frase 'and be granted' nog opgenomen.<sup>26</sup> Maar de argumenten van statenvertegenwoordigers in de Algemene Vergadering om dit weg te laten waren duidelijk: er mocht geen plicht voor staten komen om asiel te verlenen, en dus mocht er geen individueel materieel recht op asiel ontstaan. 'Asiel' moest een puur statelijke aangelegenheid blijven: het recht om te verlenen en (al dan niet impliciet) een corresponderende plicht van andere staten dit te respecteren, zoals dit van oudsher de insteek was.<sup>27</sup> De Britten stelden vervolgens de formulering 'and to enjoy' voor. Feitelijk was dit niet meer dan een cosmetische toevoeging, een compromis zonder eigenlijke inhoud. Nergens blijkt namelijk uit dat hiermee een materieel recht op asiel werd beoogd. Integendeel, staten hadden hun standpunt over een beperkte invulling van artikel 14 zeer duidelijk gemaakt. De Britten beargumenteerden echter dat met deze formulering, in combinatie met het recht asiel te zoeken, gesproken kon worden van een recht op asiel dat individuen bescherming bood tegen vervolging, zonder individuen uitdrukkelijk zelf dat recht te geven.<sup>28</sup> Het voorstel werd vervolgens zonder verdere discussie onveranderd met grote meerderheid aangenomen.<sup>29</sup>

23 Zie over dit proces zeer uitgebreid Th. Gammeltoft-Hansen en H. Gammeltoft-Hansen, 'The Right to Seek- Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU,' in: *European Journal of Migration and Law* 10 (2008), p. 439-459, p. 442 e.v.

24 Hoewel Nederland (als enige) van mening was dat 'asiel' eigenlijk niet thuishoorde in de Universele Verklaring E/CN.4/85, p. 24.

25 *Ibid.*, p. 446.

26 Zie o.a. UN Doc. E/CN.4/56, p. 15; UN Doc. E/CN.4/77/Annex A, p. 4; UN Doc. E/CN.4/AC.1/SR.37, p. 14; UN Doc. E/CN.4/SR.57, p. 11.

27 Derde Comité van de Algemene Vergadering, vergadering nr 121 en 122, 3 november 1948, p. 327 e.v..

28 *Ibid.*, p. 330.

29 *Ibid.*, p. 445.

## 2.2. Verdragen: internationaal

### *Vluchtelingenverdrag*

In algemene zin wordt wel gezegd dat artikel 14 nader is gecodificeerd in het Vluchtelingenverdrag uit 1951. Dit is ten dele het geval. Het Vluchtelingenverdrag definieert een veelheid aan rechten (en plichten) ten aanzien van personen die onder de vluchtelingdefinitie van artikel 1A vallen. Artikel 34 bijvoorbeeld stelt vluchtelingen in staat te integreren en te naturaliseren tot onderdaan van het land van verblijf: een ultieme vorm van duurzame bescherming, en daarmee materieel gezien onderdeel van 'asiel'. Maar toch kent het verdrag geen expliciet 'recht op asiel'. Asielverlening was een onderwerp dat tijdens de onderhandelingen buiten beschouwing werd gelaten. Door sommige deelnemers aan de Conferentie van Plenipotentiaris bewust omdat zij meenden dat het niet thuishoorde bij dergelijke afspraken tussen staten onderling. Door anderen omdat het zozeer de basis van het verdrag vormde dat zij meenden dat het niet nodig was: 'the right of asylum was implicit in the Convention, even if it was not explicitly proclaimed therein, for the very existence of refugees depends on it.'<sup>30</sup>

Het procedurele recht op asiel, namelijk om asiel te zoeken, heeft een plek in het Vluchtelingenverdrag gekregen via het non-refoulement beginsel in artikel 33. Staten kunnen alleen voldoen aan de verplichting om mensen niet terug te sturen naar een land waar zij gevaar van lijf en leden lopen, als er een vorm van beoordeling van een dergelijk risico heeft plaatsgevonden. Overeenstemming bestaat er over het feit dat deze statelijke verplichting tot non-refoulement geen corresponderend recht voor het individu inhoudt om dit 'procedurele recht op asiel' uit te oefenen in een land naar keuze. Staten kunnen en mogen afspraken maken ten aanzien van deze verantwoordelijkheidsverdeling. Over de aard, inhoud en reikwijdte van deze verplichting zwijgt het Verdrag verder.<sup>31</sup>

In het niet bindende, maar interpretatieve UNHCR Handbook wordt dit ook expliciet vermeld: het Verdrag gaat niet in op het soort procedure dat nodig is voor status determinatie, maar laat dit over aan de verdragspartijen.<sup>32</sup> Vervolgens benoemt UNHCR wel een aantal procedurele basisvoorwaarden, zoals het aanwijzen van een bevoegde instantie, een informatieplicht voor de vluchteling, het recht op een tolk en het recht om beroep in te stellen tegen een afwijzing.<sup>33</sup> Ook geeft UNHCR richtlijnen ten aanzien van de wijze van beoordeling van de feiten en omstandigheden (o.a. bewijslast, het beginsel van voordeel van de twijfel).<sup>34</sup> In paragraaf 194 stelt UNHCR: 'Determination of refugee status, which is closely related to questions of asylum and admission [...]' Statusdeterminatie is volgens UNHCR dus niet hetzelfde als 'asiel' maar is een onderdeel ervan. Namelijk het (procedurele) recht asiel te zoeken zoals volgt het artikel 14 van de Universele Verklaring.

30 A/Conf.2/SR.13, p. 13 (Frankrijk).

31 Hierover zijn in de opvolgende decennia talloze bijdragen geschreven en discussies gevoerd. Zie bijvoorbeeld T. Gammeltoft-Hansen, supra noot 23, p. 445 en 447.

32 UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, HCR/1P/Eng/REV 2, Geneve 1992, para 189.

33 Ibid., para 192.

34 Ibid., para 195 e.v.

Dat 'asiel' meer inhoudt dan een toetsing van het risico op refoulement volgt ook uit UNHCR ExCom Conclusion 82 ('Safeguarding Asylum'), een niet juridisch bindend maar wel gezaghebbend document dat een interpretatie geeft van internationale vluchtelingenvraagstukken. Hierin wordt opgeroepen tot het instituut van asiel, gebaseerd op artikel 14(1) van de Universele Verklaring volledig te respecteren. Specifieke aandacht wordt gevraagd voor niet alleen het (i) beginsel van non-refoulement en (ii) toegang tot eerlijke en effectieve asielprocedures, maar ook voor (iii) toegang tot het grondgebied; (vi) behandeling van vluchtelingen en asielzoekers in lijn met internationale normen en (vii) veilige vestiging. Met andere woorden, hier wordt naast het 'right to seek' ook getracht het 'right to enjoy' nader in te vullen.

### *Territoriaal Asiel*

In 1967 nam de Algemene Vergadering van de VN unaniem een (niet bindende) Verklaring inzake Territoriaal Asiel aan, waarin artikel 14 van de Universele Verklaring bevestigd wordt, alsmede het soevereine recht van een staat tot asielverlening.<sup>35</sup> Tien jaar later, in 1977, werd een poging ondernomen om te komen tot een Verdrag inzake Territoriaal Asiel.<sup>36</sup> over onder andere het recht op asiel(verlening), grond voor asielverlening, uitwerking van het non-refoulement beginsel, het recht op verblijf gedurende de procedure, afspraken over verantwoordelijkheidsverdeling, vrijwillige terugkeer, samenwerking met UNHCR en het vreedzame karakter van asielverlening.<sup>37</sup> De conferentie mislukte vanwege de grote hang naar behoud van soevereiniteit,<sup>38</sup> en tot op heden is een nieuwe poging op mondiaal niveau nog niet gedaan.<sup>39</sup>

## 2.3 Verdragen: regionaal

Op regionaal niveau leek meer ruimte voor een individueel recht om asiel te krijgen: het verlenen door de staat van een verblijfstitel of status en rechtmatig verblijf op diens territorium, indien uit het procedurele recht om asiel te zoeken volgt dat bescherming nodig is.<sup>40</sup>

### *De Amerika's*

Artikel 22 lid 7 van het Inter-Amerikaanse Verdrag voor de Rechten van de Mens omvat namelijk ook 'the right to be granted asylum. Dit recht wordt echter wel begrensd door het nationale recht, en uit de travaux preparatoires<sup>41</sup> blijkt dat de nadruk nog altijd lag op het soevereine recht van de staat om asiel te verlenen.<sup>42</sup>

35 UN GA res. 2312 (XXII), 14 december 1967.

36 UN GA res.3456 (XXX), 9 december 1975.

37 UN doc A/10177, bijlage V.

38 UN doc A/Conf. 78. Voorbereidende comites behandelden slechts enkele artikelen en het kwam niet tot plenaire behandeling van het ontwerp. Zie verder uitgebreid A. Grahl-Madsen, Territorial Asylum, 1980; P. Weis, 'Draft United Nations Convention on Territorial Asylum' in: British Yearbook of International Law, nr 50, 1979.

39 De Algemene Vergadering deed tot slotte de aanbeveling dat 'careful and detailed preparation be required, before the Conference may be reconvened. UN doc A/32/352, paras 12-13.

40 Zie M. Gil-Bazo, supra noot 10, p. 38.

41 Alleen in het Spaans beschikbaar: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2.

42 Het artikel was namelijk gebaseerd op de volgende instrumenten: American Declaration of the Rights and Duties of Man, 1948, artikel 27: 'Every person has the right, in case of pursuit not resulting from ordinary crimes, to seek and receive asylum in foreign territory, in accordance with the laws of each country and with international agreements.'; Conventie inzake Territoriaal Asiel, 28

Sinds de jaren negentig is er binnen het Inter-Amerikaanse systeem regelmatig een beroep gedaan op het recht op asiel op grond van artikel 22, echter deze jurisprudentie heeft nauwelijks de inhoud van het artikel nader verklaard.<sup>43</sup>

In de Haitian Interdiction Case<sup>44</sup> gaat de Commissie wel in op de betekenis van 'in accordance with the laws of each country and with international agreements'. De Commissie is van mening dat het hier cumulatieve criteria betreft voor de toe-

passing van het recht op asiel.<sup>45</sup> Vervolgens stelt de Commissie dat uit internationaal recht, zoals ontwikkeld vanuit het Vluchtelingenverdrag van 1951, het recht van een individuele asielzoeker volgt 'to a hearing in order to determine whether that persons meets the criteria in the Convention,' alsmede het separate recht gevrijwaard te blijven van refoulement.<sup>46</sup> Deze rechten zijn ook neergelegd in het toepasselijke nationale recht. Kortom, er is een recht op asiel in de vorm van een procedureel recht. En heel expliciet geen plicht tot asielstatusverlening door de staat: 'there is no mandatory grant of asylum.'<sup>47</sup>

op asiel wordt verleend:<sup>51</sup> 'asylum is still a right of the State.'<sup>52</sup> Over de vraag wat er gebeurt indien nationale wetgeving (of praktijk) niet in lijn is met het internationale recht heeft de Commissie zich nog niet uitgelaten.<sup>53</sup>

Het Afrikaanse Vluchtelingenverdrag van 1969 gaat overigens niet verder dan een 'aanbeveling' binnen de grenzen van nationaal vastgestelde wetgeving: 'Member States shall use their

## *Het Afrikaanse Vluchtelingenverdrag van 1969 gaat verder dan elk ander (regionaal) instrument in het definiëren van 'asiel'.*

best endeavors consistent with their respective legislations to receive refugees.' Maar ondanks deze formulering gaat het Verdrag in artikel 2 wel verder dan elk ander (regionaal) instrument in het definiëren van 'asiel': lidstaten van de OAU zich zullen inspannen om vluchtelingen op te vangen en te doen vestigen (op een veilige plek op afstand van de grens (lid 6)) indien en voor zolang zij niet kunnen of willen terugkeren (lid 1). Verder staat erin dat asielverlening een humanitaire en vreedzame handeling is (lid 2); dat refoulement verboden is (lid 3); dat staten elkaar moeten ondersteunen wanneer een lidstaat problemen ondervindt bij het verlenen van asiel (lid 4); en dat indien een permanent recht op verblijf niet is verleend er tijdelijk verblijf wordt verschaft (lid 5).

### *Afrika*

In artikel 12(3) van het Afrikaans Handvest voor Rechten van de Mens en Volken uit 1981 is een soortgelijke formulering terug te vinden als in het Inter-Amerikaanse Verdrag, met evenmin veel toegevoegde waarde.<sup>48</sup> 'Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with the law of those countries and international conventions.'<sup>49</sup>

Uitspraken van het toezichthoudende orgaan op het Handvest, de Afrikaanse Commissie, over de uitleg van artikel 12(3) zijn zeer schaars.<sup>50</sup> Uit Communication 27/90 volgt dat het aan nationale wetgevers is en blijft om te bepalen aan wie het recht

best endeavors consistent with their respective legislations to receive refugees.' Maar ondanks deze formulering gaat het Verdrag in artikel 2 wel verder dan elk ander (regionaal) instrument in het definiëren van 'asiel': lidstaten van de OAU zich zullen inspannen om vluchtelingen op te vangen en te doen vestigen (op een veilige plek op afstand van de grens (lid 6)) indien en voor zolang zij niet kunnen of willen terugkeren (lid 1). Verder staat erin dat asielverlening een humanitaire en vreedzame handeling is (lid 2); dat refoulement verboden is (lid 3); dat staten elkaar moeten ondersteunen wanneer een lidstaat problemen ondervindt bij het verlenen van asiel (lid 4); en dat indien een permanent recht op verblijf niet is verleend er tijdelijk verblijf wordt verschaft (lid 5).

### *Europa*

Het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (1950) kent, in tegenstelling tot de hierboven genoemde regionale mensenrechtenverdragen geen expliciet recht op asiel, ook niet in de beperktere variant van het recht asiel te zoeken. Wel kent het EVRM in artikel 3 het recht om gevrijwaard te blijven van marteling en onmenselijke, vernederende of inhumane behandeling. Via de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft dit recht zich ontwikkeld tot een absoluut verbod op refoulement.<sup>54</sup> Maar hieruit volgt nog geen recht op asielverlening of verblijfsrecht.<sup>55</sup> Wel is betoogd op grond van de jurisprudentie van het Hof door de jaren heen dat artikel 3 in combinatie met artikel 13 (recht op een effectief rechtsmiddel) EVRM een impliciet recht op de facto asiel oplevert: een verbod op terugzending naar het land van herkomst als gevolg van het procedurele recht op een beoordeling van het risico op refoulement.<sup>56</sup> Verder is, voor zolang iemand

maart 1954 OEA/Ser.X/1, artikel 1: Every State has the rights in the exercise of its sovereignty, to admit into its territory such persons as it deems advisable, without, through the exercise of this right, giving rise to complaint by any other State.' UN Doc GA Resolution 2313 (XXII), 14 december 1967, artikel 1(1): 'Asylum granted by a State, in the exercise of its sovereignty, to persons entitled to invoke Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights...' Ook waren er verdragspartijen, zoals Brazilië, die het überhaupt niet nodig vonden om dit recht op te nemen in het verdrag. Ibid.

43 C. Beyani, Protection of the Right to seek and obtain asylum under the African Human Rights System, Leiden 2013, p. 32.

44 Inter-American Commission on Human Rights, The Haitian Centre for Human Rights e.a.v. United States, case 10675, nr. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, 13 maart 1997. Toetsingskader hier wordt gevormd door artikel 27 van de Amerikaanse Verklaring uit 1948, aangezien de Verenigde Staten de Inter-Amerikaanse Conventie niet heeft geratificeerd, zie para. 149. Artikel 22(7) is echter gebaseerd op deze Verklaring: zie para 154.

45 Zie noot 47, paras. 151, 153.

46 Ibid., paras. 155-157.

47 Ibid., para 159.

48 F. Ougouergouz, The African Charter of Human and People's Rights: A comprehensive agenda for dignity and sustainable democracy in Africa, 2003, p. 126-127.

49 OAU DOC. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). Cursivering door auteur.

50 Ibid., p. 128. Sinds 2006 is het Afrikaanse Mensenrechtenhof ook in werking, echter de opstartfase neem veel tijd in beslag en relevante uitspraken aangaande artikel 12(3) van het Handvest zijn er nog niet. Zie ook C. Beyani, p. 26.

51 Communication 27/89-46/91-49/91-99/93, Organisation mondiale contre la torture, Association Internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes, Union interafricaine des droits de l'Homme v. Rwanda, 31 oktober 1997, paras 30-31.

52 International Conference on the Situation of Refugees in Africa, Recommendations from the Pan-African Conference on the Situation of Refugees in Africa, Arusha Tanzania, 17 mei 1979, para. 1(1).

53 V.O. Orlu Nmehielle, The African Human Rights System. Its Law, Practice and Institutions, Den Haag 2001, p. 116. Zie ook P. Mathew, Reworking the Relationship between Asylum and Employment, 2012, hst. 7 onder voetnoot 9.

54 EHRM 7 juli 1989, nr 14038/88 (Soering t.. Verenigd Koninkrijk), ve12000746; EHRM 30 oktober 1991, nr 13163 (Vilvarajah t. Verenigd Koninkrijk), ve09000244. Zie ook P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder en K. Wouters, European Migration Law, 2009, p. 291 e.v.

55 Zie onder meer EHRM 15 september 2005, nr 10154/04 (Bonger t. Nederland), ve05001779. Zie ook onder noot 12, p. 176-177.

56 Zie T. Einarsen, 'The European Convention on Human Rights and the Notion of implicit Right to de facto Asylum' in: International Journal of Refugee Law Vol 2-3, 1990, p. 361-389.



op het grondgebied verblijft omdat hij of zij niet mag worden uitgezet dan wel indien iemand niet in een ander land wordt toegelaten, de betrokken staat op grond van algemene mensenrechtenverdragen verplicht om in en aantal basisrechten te voorzien.<sup>57</sup>

De ontwikkelingen binnen de Europese regio hebben echter niet stilgestaan. Na het mislukken van de Territoriaal Asiel Conferentie van 1977 werd binnen de context van de Raad van Europa besloten over te gaan tot een regionale aanpak ten

and of the continuing reluctance of States formally to accept such obligation and to accord a right of asylum enforceable at the instance of the individual.<sup>63</sup>

De bepalingen in een aantal regionale mensenrechtenverdragen inzake 'asiel' gaan wel een stap verder. Het Inter-Amerikaanse Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Afrikaanse Mensenrechtenhandvest vermelden expliciet het recht om asiel te krijgen, en het Afrikaans Vluchtelingenverdrag geeft in artikel 2 een nadere invulling van 'asiel'. Uit deze ont-

## *Het recht op asiel werd expliciet vervat in het EU Handvest van de Grondrechten.*

aanzien van 'asiel'. De Ad Hoc Committee on Legal Aspects of Territorial Asylum (CAHAR) opgericht om te werken aan een asielverdrag of andere bindende maatregelen inzake asiel.<sup>58</sup> Echter tot daadwerkelijk bindende afspraken kwam het niet. Dit kwam mede doordat tijdens de onderhandelingen te gengestelde belangen tussen landen die van oudsher al veel vluchtelingen opvingen en de overige landen zichtbaar werden. Daarnaast werden de aantallen vluchtelingen in de jaren tachtig en negentig steeds groter en de herkomstlanden meer divers. Lidstaten van de Raad van Europa hielden zich vervolgens vooral bezig met het restrictiever maken van nationaal toelatingsbeleid.<sup>59</sup>

Eind jaren negentig zagen staten in EU-verband wel een toegevoegde waarde in een gemeenschappelijk Europees asielbeleid (GEAS). Al was het in eerste instantie om grensoverschrijdende asielinstroom in te dammen en het zogenoemde 'asielshooting' een halt toe te roepen. De mensenrechten traditie van Europa leidde tijdens de Raad van Tampere in 1999 daarnaast ook tot een roep om 'bescherming op hoog niveau' in lijn met internationale verdragen.<sup>60</sup> In artikel 63 EG-Verdrag, nu artikel 78 VwEU, werden de contouren voor het GEAS neergelegd. Inmiddels, anno 2013, is de tweede fase van harmonisatie van wetgeving afgerond. En het recht op asiel werd expliciet vervat in het EU Handvest van de Grondrechten.<sup>61</sup>

### 2.4 Conclusie: 'no intention to assume even a moral obligation'<sup>62</sup>

Over de terughoudendheid binnen de internationale gemeenschap om nadere afspraken te maken over en invulling te geven aan 'asiel' zegt Goodwin-Gill treffend: 'In regard to asylum, however, it will be seen that the argument for obligation fails, both on the account of the vagueness of the institution

wikkelingen kan nog niet worden geconcludeerd dat er universeel meer eenduidigheid bestaat over de definitie van asiel, laat staan in de invulling ervan. En een breed omarmd recht op asielverlening kan hieruit nog niet worden afgeleid.

Binnen Europa kende het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een belangrijke rol in de rechtsontwikkeling van het verbod op marteling tot het meer asielrechtelijke beginsel van non-refoulement. Daarnaast bracht de totstandkoming van minimumnormen in het kader van het GEAS het recht op procedurele waarborgen en het recht op een vluchtelingen- of een subsidiaire beschermingsstatus. Maar pas sinds 2009 kent het Unierecht een expliciet en algemeen 'recht op asiel'.

## 3 Unierecht: Artikel 18 Handvest

Artikel 18 EU Handvest stelt:

'Het recht op asiel is gegarandeerd met inachtneming van de voorschriften van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 en het Protocol van 31 januari 1967 betreffende de status van vluchtelingen, en overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.'

Ik wil graag een aantal opmerkingen maken over dit artikel.

### 3.1 Subject

Allereerst volgt uit de tekst niet wie het subject is van het recht op asiel. Gaat het om een recht van de staat, of van het individu? Uitgaande van de doelstelling en reikwijdte van het EU Handvest kan worden gesteld dat het gaat om een individueel recht.<sup>64</sup> Dit volgt ook uit de travaux préparatoires van artikel 18. Hieruit blijkt dat de discussie zich tijdens de onderhandelingen met name richtte op welke categorieën individuen een beroep konden doen op dit recht. Dat het om een individueel recht gaat stond derhalve buiten kijf.<sup>65</sup> In conceptversies

57 Supra noot 29, p. 298.

58 Aanbeveling 773 van de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa (inzake de facto vluchtelingen), CEDOC. 3642; Aanbeveling 787 van de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa (inzake geharmoniseerde asielprocedures) CEDOC. 3841.CAHAR EXP/AT 77 DEF. Te vinden via de zoekfunctie op <http://wdc.coe.int>

59 Zie hierover uitgebreid N. Rigter, Naar een gemeenschappelijk en humanitair West-Europees asielbeleid? Mei 1986 (scriptie in bezit van VluchtelingenWerk Nederland).

60 Zie de Raadsconclusies via [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_nl.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_nl.htm)

61 Zie paragraaf 1 van dit artikel.

62 H. Lauterpacht, International Law and Human Rights, 1950, p. 421. Zie ook G.S. Goodwin-Gill, p. 174; R. Boed, p. 9.

63 Supra noot 14, p. 174.

64 Zie onder paragraaf 1. Zie ook de Preambule van het EU Handvest en de overige bepalingen van het Handvest.

65 Doc. CHARTE 4111/00 BODY 3, 20 januari 2000.

werd afwisselend gesproken over 'right of asylum' en 'right to asylum',<sup>66</sup> waarbij mijns inziens de uiteindelijke formulering 'right to' een sterkere individuele claim impliceert.

Wie is vervolgens het subject van artikel 18? De tekst van het artikel laat dat in het midden. In eerdere tekstversies stond het subject wel expliciet vermeld. Dit varieerde van 'persons who are not nationals of the Union'<sup>67</sup> tot 'nationals of third countries',<sup>68</sup> maar dat zorgde voor teveel verschillende standpunten.<sup>69</sup>

Uit de toelichting bij artikel 18 volgt dat het artikel niet van toepassing is op EU burgers. Er wordt namelijk verwezen naar artikel 63 EG-verdrag, nu artikel 78 VwEU, en het daaruit volgende gemeenschappelijke asielbeleid, dat alleen geldt ten aanzien van derdelanders. Ook wordt in de toelichting verwezen naar het Protocol inzake Asiel, waaruit volgt dat alleen in zeer uitzonderlijke gevallen EU lidstaten een asielaanvraag van een onderdaan van een andere EU lidstaat in behandeling mogen nemen.<sup>70</sup> Het Vluchtelingenverdrag en het EVRM zien daarentegen wel op EU burgers. Echter nu artikel 52(3) en 53 Handvest, waaruit volgt dat de rechten uit het Handvest niet beperkter mogen worden uitgelegd dan de rechten uit het EVRM en andere internationale verdragen waar de EU lidstaten partij bij zijn, ziet op het materiële toepassingsbereik, laat dit onverlet dat het persoonlijke toepassingsbereik van het Handvest beperkter is. Dit beperkte toepassingsbereik volgt ook uit artikel 51 van het Handvest.<sup>71</sup>

Verder geldt het recht op asiel niet alleen voor vluchtelingen, maar ook voor personen die op andere internationale gronden subsidiaire bescherming behoeven. Artikel 63 EG-verdrag, nu artikel 78 VwEU, maakt weliswaar onderscheid tussen 'asiel' en andere vormen zoals subsidiaire en tijdelijke bescherming, maar de Definitierichtlijn, gebaseerd op artikel 78 lid 2, heeft het over erkenning van vluchtelingenschap enerzijds en subsidiaire bescherming anderzijds, en noemt het concept 'asiel' niet. In breder perspectief: van oudsher was de notie van asielbescherming wellicht beperkt verbonden aan degenen die voldeden aan de vluchtelingendefinitie. Echter binnen het internationaal recht hebben zich in de loop van de decennia andere gronden voor bescherming ontwikkeld,<sup>72</sup> ten aanzien waarvan met goed recht gezegd kan worden dat ook aan hen asiel verleend wordt, of dient te worden.<sup>73</sup> Dit volgt ook uit de statenpraktijk. Nederland, maar ook andere staten, verlenen niet alleen aan vluchtelingen een asielstatus ex artikel 29 Vw 2000,

maar ook aan mensen die op andere, internationale,<sup>74</sup> gronden bescherming behoeven. Tot slot is ook het Protocol inzake Asiel waarnaar wordt verwezen in de toelichting bij artikel 18 EU Handvest niet alleen van toepassing op vluchtelingen.<sup>75</sup>

### 3.2. Inhoud

Wat houdt het recht op asiel in? Artikel 18 spreekt van 'het recht op asiel' (right to asylum) en niet over het recht asiel te zoeken, zoals geformuleerd in onder andere de Universele Verklaring. Blijkens de travaux préparatoires baseerden de opstellers van artikel 18 zich op het Vluchtelingenverdrag en het EG verdrag. Men was van mening dit hieruit een meer algemeen 'recht op asiel' voortvloeide.<sup>76</sup> Dat het vervolgens een bewuste keuze was van de conventie om deze formulering te behouden, blijkt uit het feit dat slechts vijf lidstaten zich zetten tegen de voorgestelde tekst omdat ze het, in hun ogen, meer internationaal geaccepteerde 'recht asiel te zoeken of aan te vragen' opgenomen wilden hebben.<sup>77</sup> De meerderheid koos derhalve expliciet voor een tekst die niet eerder binnen het internationale mensenrechtenregime zo breed was geformuleerd.<sup>78</sup> Dit terwijl het de bedoeling van het EU Handvest was om bestaande grondrechten samen te brengen, niet om nieuwe rechten te introduceren of bestaande rechten te verbreden.

Hoewel er geen duidelijke en alom geaccepteerde omschrijving van de inhoud van (het recht op) asiel bestaat, geven het EU Handvest en de tekst van artikel 18 zelf wel enige handvatten.

#### *Context: Vluchtelingenverdrag en EVRM (non-refoulement)*

Het Vluchtelingenverdrag (en het Aanvullend Protocol uit 1967) moet in acht worden genomen. Hoewel het Vluchtelingenverdrag geen recht op asiel kent, noemt het wel een aantal rechten van vluchtelingen, waaronder het recht op toegang tot de rechter,<sup>79</sup> het non-refoulement beginsel (artikel 33) en het recht te naturaliseren (artikel 34). Het verbod op refoulement is in meerdere verdragen neergelegd, waaronder het EVRM. Kijkend naar de geschiedenis kan worden gesteld dat het onderdeel uitmaakt van 'asiel'.<sup>80</sup> Het feit dat het Handvest in artikel 19 het verbod op refoulement als eigenstandig recht vastlegt, doet daar niet aan af. Volgens artikel 52(3) en 53 van het EU Handvest volgt dat rechten uit het Handvest niet beperkter mogen worden uitgelegd dan het EVRM en andere internationale verdragen waarbij de lidstaten of de EU partij zijn. De uitleg van deze verdragen vormen dus een ondergrens bij de interpretatie van bepalingen uit het Handvest.

66 In de andere officiële werktal, Frans, werd meer consequent gesproken over 'droit d'asile' ('of'). Vergelijk o.m. Doc. CHARTE 4137/00 CONVENT 8, 24 februari 2000, concept artikel 17; Doc. CHARTE 4284/00 CONVENT 28, 5 mei 2000, concept artikel 21; Doc. CHARTE 4333/00 CONVENT 36, 4 juni 2000, concept artikel 21; Doc. CHARTE 4422/00 CONVENT 45, 28 juli 2000, concept artikel 18; Doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, 28 september 2000. Zie over deze discussie ook M. Gil-Bazo, supra noot 10, p. 40-41.

67 Doc. CHARTE 4137/00 CONVENT 8, 24 februari 2000, concept artikel 17.

68 Doc. CHARTE 4284/00 CONVENT 28, 5 mei 2000, concept artikel 21.

69 Zie uitgebreid M. Gil-Bazo, supra noot 10, p. 42-45.

70 Zie H. Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden/Boston, 2006, p. 113. Zie ook M. Reneman, supra noot 5, p. 241.

71 Supra noot 12.

72 Zie H. Battjes, supra noot 17, p. 2, 15 e.v.

73 Zie M. Gil-Bazo, supra noot 10, p. 49-50.

74 Kamerstukken 2011-2012, 33293. Momenteel is het wetsvoorstel inzake intrekking van de nationale asielen gronden onder artikel 29 (c) en (d) aanhangig in de Eerste Kamer.

75 H. Battjes, supra noot 17, p. 113.

76 Doc. CHARTE 4137/00 CONVENT 8, 24 februari 2000, toelichting bij ontwerp artikel 17, p. 6.

77 Doc. CHARTE 4332/00 CONVENT 35, 496-528. Nederland was een van deze vijf staten.

78 Doc. CHARTE 4333/00 CONVENT 36.

79 Zie over de relatie tussen artikel 18 Handvest en artikel 16 Vluchtelingenverdrag meer uitgebreid D. Baldinger, 'Grondig onderzoek versus marginale toetsing. Standaarden voor rechterlijk onderzoek in internationaal en Europees asielrecht' in: A&MR 2013, nr 3, p. 120-130, ve13000891, p. 123-124.

80 Zie paragraaf 2.

### *Criteria van het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel*

Naast het Vluchtelingenverdrag moet op grond van artikel 18 Handvest het recht op asiel ook worden gegarandeerd overeenkomstig artikel 63 EG-verdrag, vervangen door artikel 78 VwEU (zie ook artikel 52 lid 2 Handvest). De toelichting bij artikel 18 gaat niet nader in op wat hiermee precies wordt bedoeld. Een mogelijke interpretatie is dat nu ingevolge artikel 78(1) VwEU een van de doelen van het gemeenschappelijk beleid inzake asiel, subsidiaire en tijdelijke bescherming is om een 'passende status' te verlenen aan derdelanders die internationale bescherming behoeven, de rechten uit de Definitierichtlijn een uitwerking vormen van het EU recht op asiel. Immers deze richtlijn bevat het recht op een status en verbindt daar diverse (sociale) rechten aan.<sup>81</sup>

Mijns inziens moet artikel 78 VwEU echter in zijn geheel worden gelezen ter interpretatie van artikel 18. Er wordt immers verwezen naar artikel 78 VwEU, en niet alleen naar lid 1. Lid 2 van artikel 78 VwEU stelt dat voor de toepassing van lid 1<sup>82</sup> maatregelen vastgesteld worden voor een gemeenschappelijk Europees asielstelsel. Uit de opsomming van deze maatregelen en gezien de considerans van betrokken richtlijnen<sup>83</sup> kan worden geconcludeerd dat in ieder geval ook maatregelen inzake procedures (d), afspraken over verantwoordelijkheid voor afhandeling van asielverzoeken (e) en opvangnormen (f) bedoeld zijn om invulling te geven aan 'het recht op asiel',<sup>84</sup> en daarmee onderdeel uitmaken van het 'recht op asiel.' Dit is dus niet beperkt tot de verplichting tot statusverlening op basis van artikel 13 en 18 van de Definitierichtlijn.

### *Constitutionele tradities*

Er is ook wel betoogd dat nu 'het recht op asiel' niet erkend is in internationale verdragen waarbij EU lidstaten partij zijn en het EU Handvest slechts bestaande rechten omvat, er voor het bepalen van het inhoud van het recht op asiel gekeken moet worden naar de constitutionele tradities van de lidstaten op grond van artikel 52 lid 4 EU Handvest.<sup>85</sup> Ik vind dat deze redenering geen recht doet aan de (impliciete) ruimte die het Handvest zelf biedt bij de interpretatie van de grondrechten. Internationale verdragen zoals Vluchtelingenverdrag en EVRM (en de statenpraktijk) erkennen wel degelijk een 'recht op asiel', zij het beperkt ingevuld door een procedureel recht. Verder verwijst artikel 18 zelf naar het GEAS via artikel 78 VwEU. Nergens blijkt dat dit puur en alleen zou gaan om afbakening van de personele reikwijdte. Dit betekent mijns inziens echter niet dat de constitutionele tradities bij de interpretatie van artikel 18 buiten beschouwing zouden moeten blijven, maar dat het cumulatieve methoden zijn. Gil-Bazo heeft in haar artikel een poging ondernomen inzicht te bieden in deze tradities en komt tot de conclusie dat er, naast een meer algemene tendens binnen het

internationale mensenrechtenregime, diverse landen zijn die naast een procedureel recht om asiel te zoeken, ook een recht kennen om asiel te verkrijgen. Uiteraard alleen voor zover is voldaan aan bepaalde criteria (zoals die volgen uit het EU asiel acquis en de verdragen waarop dat is gebaseerd).<sup>86</sup>

### *Statelijke verplichting?*

Artikel 18 behelst dus een individueel recht om niet alleen asiel te zoeken, maar ook te verkrijgen. Vervolgens komt de vraag op naar de corresponderende verplichting van de staat. Het artikel bepaalt dat het recht op asiel 'gegarandeerd' moet worden. Het woord 'garanderen' betekent dat een staat er op moeten toezien dat iemand die aldaar asiel aanvraagt en op grond van vastgestelde criteria internationale bescherming behoeft, ook asiel krijgt. Dat hoeft niet per definitie in die staat zelf, de staat mag en kan die verantwoordelijkheid ook overdragen, mits het recht op asiel aldaar ook is gegarandeerd.<sup>87</sup>

## **4 Jurisprudentie over artikel 18**

### **4.1 Hof van Justitie**

Er zijn door nationale rechters prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de reikwijdte en interpretatie van artikel 18 EU Handvest.

#### *N.S.*

De zaak N.S tegen Verenigd Koninkrijk<sup>88</sup> betrof een Dublin-overdracht naar Griekenland. Betrokken asielzoeker claimde dat door de overdracht zijn grondrechten zouden worden geschonden, waaronder het recht op asiel. Het Court of Appeal stelde vervolgens prejudiciële vragen in het kader van toetsing aan verschillende grondrechten uit het Handvest, waaronder artikel 18 EU Handvest. Het Hof koos er echter voor de zaak uitsluitend te toetsen aan artikel 4 inzake onmenselijke of vernederende behandeling.<sup>89</sup> Wat betreft artikel 18 volstaat het Hof met de opmerking dat dit artikel bepaalt dat het Vluchtelingenverdrag in acht moet worden genomen.<sup>90</sup> Battjes stelt de terechte vraag of we hieruit moeten afleiden dat de verplichting tot het garanderen van het recht op asiel met inachtneming van het Vluchtelingenverdrag verder tot niets verplicht? Zo ja, dan onderbouwt het Hof dat geenszins.<sup>91</sup>

#### *Halaf*

Vervolgens werd in de zaak Halaf tegen Bulgarije,<sup>92</sup> ook een Dublin overdracht, opnieuw een vraag gesteld over de inhoud van het recht op asiel ex artikel 18 EU Handvest.<sup>93</sup> Het beantwoorden van deze vraag zou volgens het Hof echter slechts relevant zijn als de soevereiniteitsclausule alleen kon worden toegepast wanneer artikel 18 in de verantwoordelijke lidstaat zou worden geschonden. Nu het Hof had vastgesteld dat toepas-

81 Artikel 13 (vluchtelingstatus) en 18 (status voor subsidiair beschermden) Kwalificatierichtlijn, ve12000322. Zie voor deze argumentatie M. Reneman, supra noot 5, p. 241.

82 Cursivering door auteur

83 Zie overweging 39 van Dublin III Verordening 604/2013/EU (ve03000510); overweging 60 van Procedurerichtlijn 2013/32/EU; overweging 35 van Opvangrichtlijn 2013/33/EU (ve03000782); en overweging 16 van Kwalificatierichtlijn 2011/95/EU (ve12000322).

84 Zie voor deze argumentatie de inbreng van UNHCR in de zaak Halaf tegen Bulgarije (ve13001077), paragraaf 4.2. van dit artikel.

85 M. Gil-Bazo, supra noot 10, p. 46-47. Gil-Bazo gebruikt artikel 78 VwEU met name om de personele reikwijdte van artikel 18 te bepalen, niet de materiële.

86 Ibid., p. 47.

87 H. Battjes, supra noot 17, p. 114.

88 Supra noot 3

89 Zie de noot van H. Battjes bij deze uitspraak in JV 2012/77 (ve11003203), waarin Battjes onder punt 5 het Hof een motiveringsgebrek verwijt.

90 Zie r.o. 75.

91 Supra noot 62.

92 Supra noot 2.

93 Ibid., r.o. 25.



sing van artikel 3(2) Dublin Verordening niet aan voorwaarden verbonden was, was er geen noodzaak tot het beantwoorden van vraag 2.<sup>94</sup>

UNHCR heeft echter een interessante inbreng geleverd in deze zaak, waarin een eigen interpretatie wordt gegeven van (de inhoud van) artikel 18 EU Handvest.<sup>95</sup> UNHCR stelt dat het beginsel van non-refoulement centraal staat bij het realiseren van het recht op asiel, maar dat het recht op asiel daartoe niet beperkt is. Op basis van ExCom Conclusion nr 82,<sup>96</sup> het Vluchtelingenverdrag, de minimumnormen van het EU asielsysteem en de travaux préparatoires van artikel 18 concludeert UNHCR dat het recht op asiel het volgende inhoudt:<sup>97</sup>

- bescherming tegen refoulement, inclusief niet-weigering aan de grens;
- toegang tot grondgebied met als doel toelating tot een eerlijk en effectief proces van statusdeterminatie en de noodzaak van internationale bescherming;
- beoordeling van een asielerzoek in een eerlijke en effectieve asielerprocedure (met gekwalificeerde tolken, getrainde beslissingsbevoegde autoriteiten en toegang tot juridische vertegenwoordiging en andere ondersteunende organisaties);
- toegang tot UNHCR (of partnerorganisaties);
- behandeling conform adequate opvangomstandigheden;
- verlening van een vluchtelingenstatus of status van subsidiair beschermde wanneer aan de criteria daartoe is voldaan;
- verzekering van de mogelijkheid voor vluchtelingen en asielzoekers tot uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden;
- en het bereiken van een zekere status (verblijfsvergunning).

Volgens UNHCR bestaat het recht op asiel derhalve uit een heel scala aan andere rechten.<sup>98</sup> Tegelijkertijd is UNHCR van mening dat het recht op asiel ook een onafhankelijk recht is, gericht op duurzame vrijheid en veiligheid. Het recht op asiel is een proces dat begint met toelating tot veilig grondgebied en afsluit met het bereiken van een duurzame oplossing.<sup>99</sup>

#### 4.2. Nationale rechter

##### *Nederland*

Bepalingen uit het EU Handvest worden steeds vaker betrokken in nationale procedures.<sup>100</sup> Echter artikel 18 EU Handvest blijft een vrij standaard rol spelen in met name Dublinzaken.

Hierbij wordt, over het algemeen zonder nadere uitwerking of toelichting, een beroep gedaan op artikel 18 om een overdracht te voorkomen.<sup>101</sup> In een uitspraak van 14 juli 2011 overweegt de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat artikel 18 geen additioneel recht omvat. Daarbij verwijst de Afdeling naar de uitleg van artikel 3 EVRM in de zaak M.S.S.,<sup>102</sup> namelijk dat een lidstaat zich bij overdracht naar een andere

### *Volgens UNHCR bestaat het recht op asiel uit een heel scala aan andere rechten.*

lidstaat ervan dient te vergewissen dat de nationale wetgeving en praktijk aldaar in lijn is met artikel 3 EVRM.<sup>103</sup>

In enkele uitspraken van lagere rechters komt artikel 18 Handvest in een andere context aan de orde. Dan gaat het bijvoorbeeld om een verbod op procedureregels die een beroep op het recht op asiel moeilijk of praktisch onmogelijk maken,<sup>104</sup> het feit dat de rechtsvraag of een tegenwerping van artikel 67(3) Vw 2000 in strijd is met artikel 18 Handvest in een bodemprocedure moet worden beoordeeld;<sup>105</sup> of dat de toegangswegweigerings ex artikel 3 Vw 2000 in het licht van artikel 13 Schengengrenscore moet worden gezien als weigering van verdere toegang, omdat het anders in strijd zou zijn met artikel 18 Handvest.<sup>106</sup> Een daadwerkelijke nadere duiding van de inhoud van artikel 18 wordt hiermee echter niet geboden.

##### *Andere EU lidstaten*

Voor zover bekend<sup>107</sup> is er geen sprake van belangwekkende nationale jurisprudentie in andere EU lidstaten waarin een beroep is gedaan op of een interpretatie gegeven is van artikel 18 EU Handvest.

## 5 Recht op asiel en artikel 18 Handvest: toegevoegde waarde?

### 5.1. Het recht op asiel: aspecten

#### *Recht van een staat om asiel te verlenen.*

Dit recht is van oudsher stevig in het internationale recht verankerd, en kent brede consensus in de statengemeenschap vanuit het soevereiniteitsprincipe. Asielverlening door de ene staat dient te worden gerespecteerd door andere staten. Het recht op asiel is dus in ieder geval een wederkerig recht van staten.<sup>108</sup>

#### *Recht van het individu om asiel te zoeken*

In het kader van de ontwikkelingen van het hedendaagse systeem van mensenrechten werd het individuele recht op

<sup>94</sup> Ibid., r.o. 40-42.

<sup>95</sup> UNHCR Statement on the right to asylum [...]. Issued in the context of a reference for a preliminary hearing addressed to Court of Justice of the European Union by the Administrative Court of Sofia lodged on 18 October 2011- *Zuheyra Freyeh Halaf v. the Bulgarian State Agency for Refugees* (C-528/11), Geneva, augustus 2012.

<sup>96</sup> Ibid., para 2.1.3.

<sup>97</sup> Ibid., para 2.2.9.

<sup>98</sup> Ibid., para 2.2.8.

<sup>99</sup> Ibid., para 2.1.5.

<sup>100</sup> Een zoekopdracht op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) op 'Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie' d.d. 22 juli 2013 gaf 335 hits, waar een zelfde opdracht in 2010 slechts 29 hits gaf (vergelijk M. Reneman, p. 238, onder noot 74). Een zoekopdracht op [www.vluchtweb.nl](http://www.vluchtweb.nl) d.d. 23 juli op 'Handvest jurisprudentie nationaal' gaf 321 hits.

<sup>101</sup> Zie M. Reneman, supra noot 5, p. 238-239.

<sup>102</sup> EHRM, M.S.S. t. Griekenland en België, 21 januari 2011, 30696/09, JV 2011/68, ve11000149.

<sup>103</sup> ABRvS 14 juli 2011, nr 201002796/1/V3, para 2.8.3, zie ve11001757.

<sup>104</sup> Rb Den Bosch 1 april 2011, AWB 11/8239, para. 11.

<sup>105</sup> Rb Haarlem (vovo) 7 juni 2011, AWB 11/17422, para.2.5.

<sup>106</sup> Rb Haarlem, 21 juni 2013, AWB 13/4436, para 2.3.

<sup>107</sup> Op basis van een informatieverzoek uitgezet binnen het ELENA netwerk en lidorganisaties van ECRE, alsmede een zoekopdracht d.d. 22 juli op [www.asylumdatabase.eu](http://www.asylumdatabase.eu).

<sup>108</sup> Zie de inleiding van paragraaf 2 van dit artikel.

asiel vervat in artikel 14 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, en vervolgens (uitgewerkt) in andere internationale en regionale (mensenrechten)verdragen.<sup>109</sup> Dit recht 'om asiel te zoeken'<sup>110</sup> is een procedureel recht: het recht op een asielprocedure, dat correspondeert met het recht van de staat tot asielverlening.

Dat hierover brede consensus bestaat, wil echter nog niet zeggen dat er eenduidigheid bestaat over de toepassing ervan.<sup>111</sup>

#### *Recht van een individu om asiel te verkrijgen*

Binnen het internationale recht wordt dit aspect van het recht op asiel niet breed erkend.<sup>112</sup> Op zich is dit niet onlogisch: de claim van een individu op asiel (het recht asiel te zoeken) dient te worden beoordeeld en getoetst door de staat op basis van vastgestelde criteria waarmee aan het individu asiel wordt verleend (het recht van de staat asiel te verlenen), en het individu vervolgens asiel krijgt (het recht asiel te verkrijgen). De criteria op basis waarvan iemand asiel kan krijgen kunnen echter het recht van het individu enorm inperken, onder andere door maar in zeer beperkte gevallen asiel te verlenen. Gezien de doelstelling van artikel 18, als grondrecht, zouden de relevante criteria vanuit een ruime mensenrechtenbenadering moeten worden opgesteld en toegepast.<sup>113</sup>

#### 5.2 Toegevoegde waarde van artikel 18 inzake het recht op asiel

Artikel 18 Handvest heeft onmiskenbaar een toegevoegde waarde nu het 'recht op asiel' hiermee expliciet in het Unierecht is gecodificeerd en daarmee bindend en rechtens afdwingbaar is. Dit betekent onder andere dat het recht op asiel, inclusief het recht om asiel te krijgen, in een steeds groter deel van de statengemeenschap expliciet is vastgelegd. Wellicht biedt dit perspectief op (her)opening van de onderhandelingen rondom een internationaal verdrag inzake asiel?

Biedt artikel 18 Handvest inhoudelijk ook een meerwaarde, ten opzichte van eerder bestaande rechten? Het antwoord is een voorzichtig 'ja'. Een 'ja' omdat de totstandkomings-geschiedenis en de tekst van artikel 18 laat zien dat het bij uitstek bedoeld is als een (subjectief) recht van individuen om asiel te zoeken én te krijgen. Met artikel 18 is het recht op asiel primair Unierecht geworden, hetgeen betekent dat alle EU regelgeving in overeenstemming moet zijn met dit recht. Een grondrecht zelfs, wat mogelijk meer gewicht in de schaal legt wanneer het moet worden afgewogen tegen andere rechten.<sup>114</sup>

'Voorzichtig' omdat het 'recht op asiel' weliswaar 'nieuw' is in het Unierecht, maar de rechten die het in feite lijkt te omvatten reeds volgen uit bestaande Richtlijnen: beginsel van non-refoulement, het recht op een procedure met waarborgen omkleed, het recht op adequate opvang, het recht op een asiel-

status indien aan criteria is voldaan, et cetera. Zie in dit kader ook de interpretatie van UNHCR in de Halaf-zaak dat het recht op asiel een veelheid aan elementen, waarborgen en rechten omvat, gebaseerd op internationaal en Unierecht. Een mijns inziens terechte interpretatie die direct is terug te voeren op de tekst van en toelichting op artikel 18.<sup>115</sup>

'Voorzichtig' omdat desondanks nog altijd geen eenduidige omschrijving van 'asiel' bestaat en de meerwaarde derhalve niet heel duidelijk is. Gaat het inderdaad om een hele verzameling aan rechten die reeds verankerd zijn in het internationaal recht en het Unierecht, en welke dan precies? Of is het, al dan niet tegelijkertijd, een op zichzelf stand recht, zoals UNHCR overigens ook heeft gesteld in de Halaf-zaak?<sup>116</sup> En dus meer een principe, een beginsel, zoals AG Maduro het noemt in de Elgafaj-zaak: 'the right to asylum follows from general principles of community law'.<sup>117</sup> En wat betekent dat vervolgens?

## 6. Conclusie

Kortom, het is nog altijd lastig een heel concreet antwoord te geven op de vraag naar de meerwaarde van artikel 18 Handvest, en wat de individuele asielzoeker hieraan heeft. Daarom is het van het grootste belang dat de rechter, en in het kader van de harmonisatie bij voorkeur het Hof van Justitie, zich uitsprekt over de inhoud en reikwijdte van artikel 18 Handvest.

Het Hof heeft het vooralsnog de beantwoording van vragen over inhoud, betekenis en reikwijdte van het recht op asiel ex artikel 18 weten te ontwijken. Omdat het in casu niet nodig was? Of omdat het Hof de vingers niet wilde branden? Een uitspraak van het Hof van Justitie zou mijns inziens bijdragen aan de rechtsontwikkeling en mogelijk ook aan de rechtsbescherming van individuele asielzoekers. Wellicht is hiervoor nodig dat er nogmaals prejudiciële vragen worden gesteld. Een nieuwe poging dus in een Dublin-zaak (in de hoop dat volharding loont)?

Daarnaast wellicht via een vraag over een meer specifiek onderdeel van het nationale asielsysteem, waarbij (deel) aspecten van het recht op asiel aan de orde worden gesteld. Gedacht kan worden aan vragen omtrent de toepassing van de gesloten verlengde asielprocedure, de cumulatieve regelgeving die wordt ingezet om het stapelen van procedures te voorkomen en onze nationale positieveovertuigingskracht-toets. Hierbij zal mijns inziens een beroep op zowel het artikel als de specifieke bepaling uit het EU asielaquis moeten worden gedaan.

Of juist de vraag naar de specifieke betekenis en inhoud van het recht op asiel als een op zichzelf staand recht. Alhoewel het meer voor de hand ligt als een advocaat uit een EU lidstaat als Griekenland, Italië, Hongarije of Malta een dergelijk vraag stelt, gezien de staat van de nationale asielstelsels aldaar. Het zou goed zijn om het Hof uit te dagen om met antwoorden te komen

109 Zie paragraaf 2.1-2.3. van dit artikel.

110 Het hieraan gelinkte recht om een land te verlaten, inclusief het eigen land, wordt in het kader van dit artikel hier buiten beschouwing gelaten. Zie noot 17.

111 Zie bijv. Th. Gammeltoft-Hansen inzake het Unierechtelijke kader; Haitian Interception case inzake het Inter-Amerikaanse systeem. Voor redenen van beperking ga ik hier niet verder op de diverse procedurele waarborgen in.

112 Zie paragraaf 2.3. en 2.4. van dit artikel. Zie ook R. Boed, p. 12.

113 Zie noot 59.

114 Zie M. Reneman, supra noot 5, p. 244.

115 Zie paragraaf 4.2.

116 Zie paragraaf 4.2.

117 Conclusie van de Advocaat-Generaal, C465/07 Elgafaj t. Nederland, 17 februari 2009, ve08001524, para. 21.