

Is voorkomen beter dan genezen?

Over uitreisverboden en reisdocumenten

In de strijd tegen terrorisme is wetgeving in voorbereiding die de uitreis van Nederlanders uit Nederland verbiedt en paspoorten van rechtswege vervallen verklaart. Helen Oosterom-Staples en Stephanie Goudriaan analyseren deze wetsvoorstellen in het licht van het Unierecht. Een reeks knelpunten zou verholpen moeten worden om strijd met het Unierecht te voorkomen.

INHOUD

1. **Uitreisverbod en van rechtswege vervallen van paspoorten**
 - 1.1 Paspoortwet
 - *Afgifte van paspoorten en identiteitskaarten*
 - *Weigeringsgronden paspoort*
 - 1.2 Uitreisverbod
 - 1.3 Wijziging Paspoortwet
 - 1.4 Procedurele waarborgen
2. **Het recht om Nederland te verlaten**
 - 2.1 Het uitreisrecht
 - 2.2 Facilitering door afgifte reisdocumenten
3. **Beperking van het uitreisrecht**
 - 3.1 Openbare orde
 - 3.2 Randvoorwaarden
 - *Persoonlijk gedrag*
 - *Actueel, werkelijk en voldoende ernstig*
 - *Fundamenteel belang van de samenleving*
 - 3.3 Procedurele waarborgen
 - *Rechtsmiddelen*
 - *Geheime informatie*
4. **Tussenbalans**
 - 4.1 Algemene opmerkingen
 - 4.2 Materiële openbare orde-norm
 - 4.3 Procedurele voorwaarden
 - 4.4 Effectiviteit uitreisverbod

Eind augustus 2014 presenteerden de Ministers van Veiligheid en Justitie (VenJ) en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) het *Actieprogramma Integrale Aanpak Jihadisme* (verder: *Actieprogramma*).¹ Dit *Actieprogramma* is een beleidsreactie op berichten in de media over Nederlandse jongeren die meevechten in de jihad in Syrië. Deze berichten waren in het voorjaar van 2013 aanleiding voor een politiek debat over de bevoegdheden die Nederland heeft om deze ontwikkeling een halt toe te roepen.² In het *Actieprogramma* wordt de basis gelegd voor een brede, integrale aanpak van de jihadistische beweging in Nederland, door strafrechtelijke, maatschappelijke en bestuursrechtelijke maatregelen te combineren. Aldus wordt beoogd om de democratische rechtsstaat te beschermen, de jihadistische beweging in Nederland te bestrijden en te verzwakken en om de voedingsbodem voor radicalisering weg te nemen door een betere inzet van bestaande wetgeving en, waar nodig, nieuwe wetgeving vast te stellen.³

Met het *Actieprogramma* geeft de regering ook gehoor aan de oproep van de VN Veiligheidsraad om door middel van

1 Bijlage 1 bij de Brief van Minister Opstelten (VenJ) en Minister Asscher (SZW) aan de Tweede Kamer over de integrale aanpak van het jihadisme, 29 augustus 2014, kenmerk: 554913. Verder te noemen: *Actieprogramma*, te vinden op: <http://bit.ly/1ksd7s0>.

2 Bijvoorbeeld de *Volkskrant*, 'Afpakken paspoort jihadist symboolwetgeving', 22 maart 2013, <http://bit.ly/1NPISW4>, *Algemeen Dagblad*, 'Dode Jihadisten wellicht bekenden van elkaar', 22 maart 2013, en in *Een vandaag*: 'Opstelten onderzoekt mogelijkheid paspoort afnemen', 22 maart 2013.

3 Brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van de Minister van VenJ en de Minister van SZW, *Integrale aanpak jihadisme*, 29 augustus 2014, kenmerk 554913.

grenscontroles en controles op de uitgifte van reisdocumenten het uitreizen van jihadgangers te voorkomen, als het doel van deze reis (of een poging daartoe) is om in het buitenland terroristische daden te bestendigen, te plannen, voor te bereiden of daaraan deel te nemen dan wel een terroristische opleiding te verstrekken of daaraan deel te nemen.⁴

Inmiddels heeft de Nederlandse regering op meerdere punten actie ondernomen. In deze bijdrage staan de wetsvoorstellen centraal waarin wordt voorzien in een uitreisverbod⁵ en het van rechtswege vervallen van reisdocumenten na het opleggen van een uitreisverbod.⁶ Beide maatregelen zullen worden ingezet om te voorkomen dat Nederlanders met uitsluitend de Nederlandse nationaliteit uit Nederland vertrekken om zich aan te sluiten bij een terroristische strijdgroepering.

Dat de bevoegdheid van staten om het uitreizen van eigen onderdanen te voorkomen of actief te belemmeren wordt beperkt door Unierechtelijke en internationale verplichtingen, wordt onderkend door de regering.⁷ Is het gelukt om met deze twee wetsvoorstellen binnen de randvoorwaarden te blijven die het Unierecht in het bijzonder stelt? Het is deze vraag die wij in deze bijdrage willen beantwoorden.

Ons uitgangspunt is dat Nederlanders in hun hoedanigheid van EU-burger hun recht om binnen de Europese Unie (EU) vrij te reizen en te verblijven⁸ rechtstreeks aan het Unierecht ontleen.⁹ Tot deze rechten behoort het recht om de lidstaat waarvan men onderdaan is, te verlaten (zie paragraaf 2.1). Om daadwerkelijk gebruik te kunnen maken van dit uitreisrecht moet over een geldig paspoort of een geldige identiteitskaart worden beschikt (zie paragraaf 2.2). Dit betekent dat het al dan niet van rechtswege vervallen verklaren van een reeds afgegeven paspoort na het opleggen van een uitreisverbod en een weigering om een aanvraag voor een nieuw paspoort of identiteitskaart in te willigen, zoals voorzien in de genoemde wetsvoorstellen (zie paragraaf 2.3 en paragraaf 2.4), vergaande implicaties heeft voor de uitoefening van het uitreisrecht en derhalve als een belemmering daarvan moeten worden aangemerkt. Tenzij er wordt voldaan aan de door het Unierecht voorgeschreven beperkingsgronden is inmenging in dit recht verboden (paragraaf 3). Dat de afgifte van reisdocumenten een exclusieve bevoegdheid van lidstaten is, betekent niet dat lidstaten hun verplichtingen op grond van het Unierecht kunnen negeren. Naar analogie

van de arresten *Rottmann* (nationaliteitsrecht) en *Bickel en Franz* (straf(proces)recht) geldt ook bij de afgifte van reisdocumenten dat lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid de volle werking van het Unierecht, i.c. het uitreisrecht, moeten waarborgen en in rechterlijke controle moeten voorzien, opdat 'de door de rechtsorde van de Unie verleende en beschermde rechten [niet worden] aan[ge]tast'¹⁰ (paragraaf 3.3).

1. Uitreisverbod en het van rechtswege vervallen van paspoorten

Om de intentieverklaring om het uitreizen van Nederlanders te voorkomen in het *Actieplannen* een wettelijke grondslag te geven, zijn twee wetsvoorstellen ingediend: het *Wetsvoorstel Twbm* en het *Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet*. Het eerste geeft de voorwaarden waaronder een uitreisverbod kan worden opgelegd. Het tweede verbindt aan het opleggen van een uitreisverbod het van rechtswege vervallen van het reisdocument van de betrokkene en verschafte de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) de bevoegdheid om een aanvraag voor een nieuw reisdocument af te wijzen.¹¹ Tevens introduceert dit voorstel de vervangende identiteitskaart die bedoeld is voor gebruik in Nederland als legitimatie in het kader van de Wet op de identificatieplicht bewijs van de nationaliteit voorschrijft. Deze wetsvoorstellen worden in respectievelijk paragraaf 2.3 en paragraaf 2.4 besproken.

Om het uitreizen met als doel om zich aan te sluiten bij een terroristische strijdgroepering te voorkomen, zal ook gebruik worden gemaakt van bestaande bevoegdheden in de Paspoortwet om een reisdocument in te trekken of vervallen te verklaren. Het *Actieprogramma* noemt als maatregel 15 artikel 23 van die wet. Naast de in deze bepaling gegeven bevoegdheid zal in paragraaf 1.1 ook aandacht zijn voor artikelen 18 en 24a van de Paspoortwet die ook als grondslag voor intrekking, vervallenverklaring en weigering van reisdocumenten gebruikt kunnen worden. Bij wijze van inleiding wordt eerst stilgestaan bij de afgifte van paspoorten en de Nederlandse identiteitskaart en zal ter afsluiting in paragraaf 1.4 aandacht zijn voor de procedurele waarborgen waarin beide wetsvoorstellen voorzien.

1.1 Paspoortwet

Afgifte van paspoorten en identiteitskaarten

De verstrekking, inhouding en vervallenverklaring van Nederlandse paspoorten en identiteitskaarten is geregeld in de Rijkswet van 26 september 1991, houdende het stellen van regelen betreffende de verstrekking van reisdocumenten, (verder: de Paspoortwet).¹² De volgende documenten kunnen als reisdocument worden gebruikt: het nationaal, diplomatiek en dienstpaspoort, reisdocumenten voor vluchtelingen en vreemdelingen en nooddocumenten.¹³ De Minister van BZK is gemachtigd om andere documenten als reisdocument aanmerken. Van deze bevoegdheid is vooralsnog geen gebruik gemaakt. Hoewel artikel 16a van de Paspoortwet, dat bepaalt wie recht heeft op een Nederlandse identiteitskaart, deel uitmaakt van

4 VN Veiligheidsraad, Resolutie 2178 (2014) vastgesteld tijdens de 7272^e bijeenkomst op 24 september 2014, S/Res/2178 (2014), <http://bit.ly/1w1znC>.

5 Tijdelijke regels inzake het opleggen van vrijheidsbeperkende maatregelen aan personen die een gevaar vormen voor de nationale veiligheid of die voornemens zijn zich aan te sluiten bij terroristische strijdgroepen en het weigeren en intrekken van beschikkingen bij ernstig gevaar voor gebruik ervan voor terroristische activiteiten (verder: Wetsvoorstel Twbm). Geraadpleegd via: http://www.internetconsultatie.nl/tijdelijke_wet_bestuurlijke_maatregelen_terrorismebestrijding (consultatieronde gesloten: 29 april 2015). De intentie was om het voorstel in de zomer van 2015 naar de Afdeling Advisering van de Raad van State te sturen (TK 2014-2015, 29745, nr. 314, Brief van de Ministers van VenJ en SZW aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, 29 juni 2015, blz. 2).

6 Wetsvoorstel *Wijziging van de Paspoortwet in verband met het van rechtswege laten vervallen van reisdocumenten van personen aan wie een uitreisverbod is opgelegd* (verder: Wetsvoorstel *Wijziging Paspoortwet*) Geraadpleegd via: <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingpaspoortwet> (consultatieronde gesloten: 15 juli 2015).

7 Wetsvoorstel Twbm, MvT, blz. 19-21.

8 Artikel 20(1) en (2)(a) en 21 Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VWEU). Dit recht is uitgewerkt in Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (verder te noemen: verbliffsrichtlijn of richtlijn 2004/38/EG), *Pb. EG* 2004, L 229/35.

9 HvJ EG zaak C-415/93, *Jean-Marc Bosman*, *Jur.* 1995, blz. I-5040, ECLI:EU:C:1995:463, punt 95, met verwijzing naar: HvJ EG zaken C-363/89, *Roux*, *Jur.* 1991, blz. I-273, ECLI:EU:C:1991:41, punt 9 en C-370/90, *Surinder Singh*, *Jur.* 1992, blz. I-4265, ECLI:EU:C:1992:296, punt 17.

10 HvJ EG (grote kamer) zaak C-135/08, *Rottmann*, *Jur.* 2010, I-1449, ECLI:EU:C:2010:104, punten 47-48 en zaak C-274/96, *Bickel en Franz*, *Jur.* 1998, I-7637, ECLI:EU:C:1998:563, punt 17.

11 Artikel 1(i) Paspoortwet geeft de volgende definitie van vervallen of vervallenverklaring: 'het ongeldig worden of de beslissing tot het ongeldig verklaren van een reisdocument'.

12 Volgens de transponeringstabel zijn de implementatiebepaling van artikel 4(3) en (4) richtlijn 2004/38/EG: artikelen 3(6), 9 en 16a Paspoortwet.

13 Artikel 1(o) jo. 2(1) Paspoortwet.

Hoofdstuk II, getiteld Aanspraken op reisdocumenten, heeft de identiteitskaart sinds maart 2014 niet langer de status van een reisdocument.¹⁴ Hierop geldt een uitzondering voor het reizen binnen de EU en de EER en naar Andorra, Zwitserland en Turkije. Voor een correcte naleving van artikelen 4(1) en 5(1) van de Verblijfsrichtlijn (zie hierover paragraaf 2) was deze uitzondering noodzakelijk.¹⁵

Artikel 9(1) van de Paspoortwet bepaalt dat iedere Nederlander recht heeft op een Nederlands paspoort. Een Nederlands paspoort is thans geldig voor tien jaren¹⁶ en kan gebruikt worden voor reizen naar alle landen in de wereld. Een aanvraag tot afgifte van een paspoort wordt gedaan bij de burgemeester van de gemeente waar de betrokkene is ingeschreven in de basisregistratie personen en bij de Minister voor BZK als de aanvraag in het buitenland wordt gedaan.¹⁷ Ten tijde van de aanvraag zijn leges verschuldigd.¹⁸ De aanvraag wordt ingewilligd als vaststaat dat deze is gedaan door een Nederlander¹⁹ die bij verstrekking van het nieuwe paspoort alle eerder op zijn naam gestelde Nederlandse reisdocumenten moet inleveren.²⁰

Een identiteitskaart wordt alleen afgegeven aan Nederlanders die zijn ingeschreven als ingezetene van een Nederlandse gemeente dan wel woonachtig zijn in een andere EU-lidstaat. Ook dit document heeft een geldigheidsduur van tien jaar.²¹ Ingevolge artikel 46a van de Paspoortwet kan '[e]en Nederlandse identiteitskaart (...) niet worden geweigerd of vervallen verklaard'. Voor deze bijdrage betekent dit dat het opleggen van een uitreisverbod gevolgd door de intrekking of vervallenverklaring van het paspoort geen gevolgen heeft voor de mogelijkheid om binnen de EU te reizen voor Nederlanders met een vaste woon- en verblijfplaats in de EU zolang de geldigheidsduur van een reeds afgegeven identiteitskaart niet is verstrekken.

Het uitreisverbod sluit niet uit dat Nederlanders met een vaste woon- en verblijfplaats in de Unie kunnen reizen binnen de EU.

Weigeringsgronden paspoort

In artikelen 18-25 van de Paspoortwet staan de weigeringsgronden en gronden voor vervallenverklaring en intrekking van paspoorten. Deze bepalingen geven uitdrukking aan de wens om te kunnen:

'voorkomen dat de betreffende persoon [enerzijds] zich onttrekt aan de nakoming van op hem rustende verplichtingen dan wel aan een mogelijke strafvervolgning of tenuitvoerlegging van een opgelegde straf; anderzijds (...) de positie van het Koninkrijk in het buitenland in gevaar brengt. Voorts kan het feit dat iemand een ernstige inbreuk heeft gemaakt op de internationale rechtsorde, grond vormen betrokkene gedurende een bepaalde tijd een reisdocument te onthouden'.²²

Een verzoek om de afgifte van een nieuw reisdocument te weigeren en om een reeds afgegeven reisdocument vervallen

te verklaren, moet door de bevoegde autoriteit, voor een in Nederland gedane aanvraag de burgemeester van de woonplaats, worden gericht tot de Minister van BZK die dit verzoek registreert in het hiervoor bestemde register. Eenzelfde verzoek moet tot deze minister worden gericht als de gronden voor de weigering of vervallenverklaring niet langer gelden waarna de melding uit het register wordt verwijderd. Als er geen melding wordt gedaan dat de gronden niet langer bestaan, geldt een wettelijke termijn van twee jaar waarna de vermelding uit het register wordt verwijderd.²³

De voor deze bijdrage meest voor de hand liggende gronden om een paspoort te weigeren, in te trekken of vervallen te verklaren staan in artikelen 18, 23 en 24 van de Paspoortwet. Aangezien artikel 23 van de Paspoortwet expliciet in het *Actieprogramma* wordt genoemd, wordt met deze bepaling begonnen.

Op grond van artikel 23 Paspoortwet wordt een reisdocument geweigerd of vervallen verklaard indien 'het gegronde vermoeden bestaat dat de betrokken persoon buiten het Koninkrijk handelingen zal verrichten, die een bedreiging vormen voor de veiligheid en andere gewichtige belangen van het Koninkrijk of een of meerdere landen van het Koninkrijk dan wel de veiligheid van met het Koninkrijk bevriende mogendheden'.

Uit de MvT blijkt dat met deze bepaling is beoogd om de staat te beschermen 'tegen handelingen die de veiligheid en andere met de veiligheid samenhangende belangen in gevaar brengen' door te voorkomen dat 'de betrokken persoon in het buitenland handelingen zal gaan verrichten die gericht zijn tegen de veiligheid en andere gewichtige belangen van het Koninkrijk'.²⁴ Onder handelingen die de veiligheid of gewichtige belangen van het Koninkrijk in gevaar brengen, worden verstaan: staatsgevaar-

lijke-, terroristische- en spionage-activiteiten.²⁵ Ook handelingen 'gericht (...) tegen de openbare orde en veiligheid van met het Koninkrijk bevriende mogendheden' vallen binnen het bereik van deze bepaling.²⁶ Op grond van deze bepaling kan dus alleen worden opgetreden als een Nederlander 'de openbare orde en veiligheid van bevriende mogendheden in gevaar brengt'.²⁷ Deze bepaling is uitdrukkelijk niet bedoeld om in te grijpen als de openbare orde in het Koninkrijk gevaar loopt. Deze kan, aldus de MvT, 'op afdoende wijze worden gerealiseerd'.²⁸ Hoe, daarover wordt niet verder uitgeweid. Hetzelfde geldt voor de verenigbaarheid van deze bepaling met het recht om het eigen land te verlaten.

Artikel 18 van de Paspoortwet, de tweede bepaling die in deze context in het vizier komt, voorziet in de bevoegdheid om een paspoort te weigeren of vervallen te verklaren indien de houder van dat document:

- verdacht wordt van een strafbaar feit waarvoor een bevel tot voorlopige hechtenis is toegestaan;
- onherroepelijk is veroordeeld tot een vrijheidsstraf of -benemende maatregel van minimaal vier maanden of

14 Besluit van 1 maart 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wijziging van de Paspoortwet in verband met onder meer de status van de Nederlandse identiteitskaart, *Stbl.* 2014, 97.

15 Zie: TK 2012-2013, 33 440 R 1990), nr. 3, MvT, blz. 7.

16 Voor Nederlanders jonger dan achttien jaar: vijf jaar (artikel 9(2) Paspoortwet).

17 Artikel 26(1) (a) en (d) Paspoortwet.

18 Artikel 33 Paspoortwet.

19 Artikel 28(1) Paspoortwet.

20 Artikel 32 Paspoortwet.

21 Artikel 16a(1) Paspoortwet. Voor Nederlanders jonger dan achttien jaar: vijf jaar (artikel 16a(2) Paspoortwet).

22 TK 1987-1988, 20 393 (R 1343) nr. 3, MvT, blz. 9.

23 Artikel 25 Paspoortwet.

24 *Ibidem*, blz. 45.

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

een geldboete is opgelegd van meer dan het bedrag dat ten hoogste kan worden opgelegd voor een feit van de tweede categorie, als bedoeld in artikel 23(4) WvSr; of

- voorwaardelijk is veroordeeld, waarbij bijzondere voorwaarden zijn verbonden, onder voorwaarden ter beschikking is gesteld of een voorwaardelijke gratieverlening niet naleeft.

Van deze bevoegdheid kan alleen gebruik worden gemaakt indien er een geground vermoeden is dat het doel waarom Nederland wordt verlaten, is om vervolging c.q. tenuitvoerlegging van een straf te ontlopen. Bij de toepassing van deze bepaling zijn de aard van het delict en de zwaarte van de opgelegde straf belangrijke factoren. Van een *gegrond vermoeden* van onttrekking aan strafvervolging of tenuitvoerlegging is sprake als er aanwijsbaar sprake is van vluchtgevaar, blijkende uit 'eerder gebleken vluchtneigingen, een geringe sociaal-economische band met Nederland (...), grote financiële belangen of (...) internationale aspecten (drugs, fraude vuurwapenhandel etc.)'.²⁹ Om een paspoort te kunnen weigeren of vervallen te verklaren, moet er een misdrijf zijn gepleegd waarop een gevangenisstraf van minimaal vier jaar staat en waarvoor minimaal vier maanden gevangenisstraf is opgelegd dan wel een schadevergoedings- of ontnemingsmaatregel is opgelegd waarbij het daadwerkelijk opgelegde bedrag minimaal € 3.900 is.³⁰ Bij de toepassing van deze bepaling staat het goede verloop van de rechtsgang voorop. Hoewel niet elke (veroordeling voor een) strafbaar feit een weigering c.q. vervallenverklaring van een reisdocument op grond van artikel 18 van de Paspoortwet, rechtvaardigt, geldt omgekeerd wel dat voor de toepassing van deze bepaling voorafgaand strafrechtelijk optreden door de overheid is vereist.

Tot slot kan de afgifte van een reisdocument worden geweigerd of een reeds afgegeven reisdocument vervallen worden verklaard als er een geground vermoeden bestaat dat de houder van dit document 'zich schuldig zal maken aan gedragingen welke naar het recht geldend in Nederland (...) misdrijven opleveren en tot de strafbaarstelling waarvan een het Koninkrijk bindend Verdrag verplicht en hij binnen of buiten het Koninkrijk in de voorafgaande tien jaar wegens zodanige gedragingen of medeplichtigheid daaraan onherroepelijk is veroordeeld', aldus artikel 24(a) van de Paspoortwet. Dit zijn cumulatieve voorwaarden, waarbij tevens een tijdslimiet van tien jaar geldt. Deze bepaling kan alleen worden toegepast in het geval van strafbare feiten waarbij Nederland zich per verdrag heeft gecommitteerd om handelend op te treden en waarvoor het universaliteitsbeginsel geldt.³¹ Tot de verdragen die in bijlage I van de MvT worden genoemd, behoren het Europees Verdrag tot bestrijding van het terrorisme³² en de Overeenkomst betreffende de toepassing van het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschappen.³³ Wederom is er sprake van een samenspel tussen het strafrecht en het bestuursrecht.

1.2 Uitreisverbod

Artikel 3 van het Wetsvoorstel Twbm voorziet in een bevoegdheid voor de Minister van VenJ om een zogenoemd uitreisverbod op te leggen als

'ten aanzien van [een] persoon het gegrounde vermoeden bestaat dat deze zich buiten [het Schengengebied] zal begeven met als doel zich aan te sluiten bij een organisatie die is geplaatst op de lijst van organisaties, bedoeld in artikel 14, vierde lid van de Rijkswet op het Nederlandschap'.

Als een uitreisverbod is opgelegd, betekent dit dat het de betrokkene niet is toegestaan om het Schengengebied te verlaten. Een uitreisverbod kan worden gecombineerd met een meldplicht.³⁴ De maximale duur van het uitreisverbod is zes maanden, maar kan telkens worden verlengd voor eenzelfde periode.³⁵ Indien er nieuwe feiten of omstandigheden zijn, is de Minister voor VenJ bevoegd om dien overeenkomstig de maatregel te wijzigen zowel ten gunste als in het nadeel van de betrokkene. Als de maatregel 'niet langer noodzakelijk is', moet de Minister van VenJ deze opheffen. Op aanvraag kan hij overgaan tot een tijdelijke onthefing ervan.³⁶ Het opzettelijk handelen in strijd met een uitreisverbod, de voorwaarden waaronder een tijdelijke ontheffing van dat verbod is toegekend of een meldplicht is opgelegd, is een misdrijf waarvoor een gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of een geldboete van de derde categorie geldt en kan voorlopige hechtenis rechtvaardigen.³⁷ Indien dit nog niet is gebeurd, volgt op de vaststelling van een uitreisverbod signalering van het paspoort in het Paspoortsignaleringsregister en de betrokkene wordt verzocht om zijn vervallen paspoort bij de bevoegde autoriteiten in te leveren. Ook in het Schengeninformatiesysteem (SIS) en het *Stolen en Lost Travel Documents* (SLTD) van Interpol wordt de signalering verwerkt. Omdat het hier een strafrechtelijke SIS-melding betreft,³⁸ wordt deze vergezeld met een aantekening waarom het paspoort is gesignaleerd en de te nemen actie.³⁹

Blijkens paragraaf 2.7.2. van de MvT wordt aangenomen dat er een 'gegrond vermoeden van uitreis' is als dit wordt 'gestaafd door concrete aanwijzingen die veelal afkomstig zullen zijn van politie, justitiële autoriteiten of de inlichtingen- en veiligheidsdiensten'. Deze intentie kan blijken uit een combinatie van de volgende elementen: 'uitlatingen van de betrokkene over zijn voornemen om uit te reizen, bestaande connecties met een terroristische organisatie of voorbereidingshandelingen voor uitreis'.⁴⁰ Het is aan de Minister voor VenJ om dit vermoeden te onderbouwen en er voor te waken dat in het concrete geval aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit wordt voldaan. Verder moet het uitreisverbod effectief zijn, dat betekent 'daadwerkelijk [dienen] ter verwezenlijking van het beoogde doel (het voorkomen van uitreis met als doel aansluiting bij een aangewezen terroristische organisatie)'.⁴¹

Een uitreisverbod mag alleen worden opgelegd als er aansluiting wordt gezocht bij een terroristische organisatie. In artikel 3 van het Wetsvoorstel Twbm wordt verwezen naar artikel 14(4) van de Rijkswet op het Nederlandschap voor de kwalificering van een organisatie als 'terroristische strijdgroepering'. Artikel 14(4) van de Rijkswet op het Nederlandschap is een van de voorgestelde wijzigingen waarin het wetsvoorstel tot wijziging van de

29 Ibidem, blz. 39.

30 Ibidem en TK 2012-2013, 33 440 (R 1990) Nota van Wijziging, nr. 8, blz. 1-3.

31 TK 1987-1988, 20 393 (R 1343), MvT, blz. 46.

32 *Trb.* 1977, 63, Goedkeuringswet: *Stb.* 1985, 166.

33 *Trb.* 1980, 14, Goedkeuringswet: *Stb.* 1985, 166.

34 Artikel 2 Wetsvoorstel Twbm.

35 Artikel 4(1) Wetsvoorstel Twbm.

36 Artikel 4(2)-(4) Wetsvoorstel Twbm.

37 Artikel 8 Wetsvoorstel Twbm en de MvT, paragraaf 8, inleiding. Een wijziging van artikel 67(1)(2) WvSv is voorzien in artikel 9 Wetsvoorstel Twbm.

38 Artikel 36 Besluit SIS-II.

39 Wetsvoorstel Twbm, MvT, paragraaf 8.2.

40 'Een (ver uitgevoerde poging tot) uitreis met het doel aansluiting te zoeken bij een terroristische organisatie zou tevens een voorbereidingshandeling kunnen zijn in de zin van artikel 134a van het Wetboek van Strafrecht', zie: Wetsvoorstel Twbm, MvT paragraaf 2.6.

41 Wetsvoorstel Twbm, MvT, paragraaf 2.7.2.

Rijkswet op het Nederlandschap in verband met het intrekken van het Nederlandschap in het belang van de nationale veiligheid voorziet.⁴² Uit de toelichting bij dit wetsvoorstel blijkt dat de Minister van VenJ een lijst opstelt van organisaties die als terroristische organisaties moeten worden aangemerkt, waarbij hij een selectie maakt van de organisaties op de nationale en internationale sanctielijsten. Bij deze selectie maakt hij gebruik van informatie van de Veiligheidsdiensten, het Dreigingsbeleid Terrorisme Nederland, de politie en het OM. De indieners gaan er vanuit dat hiermee afdoende is gewaarborgd dat er alleen tot actie wordt overgegaan als de beoogde organisatie een gevaar voor de Nederlandse veiligheid vormt. De vaststelling van de lijst van terroristische organisaties gebeurt door de Rijksministerraad en de lijst wordt – voor Nederland – gepubliceerd in de *Staatscourant*.⁴³ In de MvT bij het Wetsvoorstel Twbm wordt geen aandacht geschonken aan artikel 14 van de Rijkswet op het Nederlandschap, maar uitsluitend verwezen naar artikel 83a van het Wetboek van Strafrecht (WvSr), dat ziet op het strafbaar stellen van (ondersteuning van) activiteiten die worden verricht met een terroristisch oogmerk. Over deze bepaling wordt vermeld dat het moet gaan om activiteiten die worden verricht met 'het oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen'.⁴⁴ Uit de MvT volgt verder dat onder 'ondersteuning van een terroristische activiteit' wordt verstaan: het behulpzaam zijn bij het verrichten van dergelijke activiteiten door derden of hen daartoe de gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft.⁴⁵

andere lidstaat naar Turkije te reizen om vervolgens (illegaal) de grens naar Irak of Syrië over te steken, hebben de Ministers van VenJ en BZK het Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet ingediend. Dit wetsvoorstel voorziet enerzijds in het van rechtswege vervallen van het paspoort na oplegging van een uitreisverbod en anderzijds in een nieuwe weigeringsgrond waardoor er geen nieuw(e) paspoort/identiteitskaart kan worden verstrekt zolang het uitreisverbod van kracht is. Tevens voorziet het voorstel in het op aanvraag verstrekken van een vervangende identiteitskaart. Deze kaart is noodzakelijk vanwege de wettelijke identificatieplicht die in Nederland geldt en waarvoor soms een document is vereist waarin de nationaliteit is vermeld. De vervangende identiteitskaart is ook bedoeld voor hen die niet beschikken over een andere in de Wet op de identificatieplicht genoemd document dat voor dit doel gebruikt kan worden.

Om een reisdocument van rechtswege te doen vervallen als er een uitreisverbod wordt opgelegd, wordt voorgesteld om als sub i. een nieuwe grond aan artikel 47(1) Paspoortwet toe te voegen dat bepaalt dat 'een opgelegd uitreisverbod' een paspoort van rechtswege doet vervallen.⁴⁶ Het uitreisverbod wordt door middel van artikel 23b van de Paspoortwet een grond om een aanvraag tot afgifte van een nieuw reisdocument af te wijzen.

Het van rechtswege vervallen paspoort moet bij de bevoegde autoriteiten worden ingeleverd.⁴⁷ In Nederland is dit de gemeente waar de betrokkene zijn vaste woon- en verblijfplaats heeft. Deze inleververplichting wordt vermeld in het besluit tot oplegging van het uitreisverbod.⁴⁸ Het van rechtswege vervallen van een paspoort wordt vervolgens geregistreerd in het Basisregister voor documenten die niet in omloop mogen zijn, het SIS (EU) en de SLTD (Interpol).

Uit de MvT blijkt waarom de SIS-signalering vergezeld moet gaan

Veroordeling op grond van artikel 83a WvSr als grond voor een uitreisverbod past beter bij de Unierechtelijke eisen dan een 'gegrond vermoeden' van aansluiting bij een terroristische groepering.

Het wordt niet duidelijk waarom artikel 83a WvSr in de MvT wordt besproken en er geen aandacht is voor de bepaling die wel in het wetsvoorstel wordt genoemd; artikel 14 van de Rijkswet op het Nederlandschap. Zoals wij artikel 3 van het Wetsvoorstel Twbm lezen, zou een uitreisverbod al bij een gegrond vermoeden van aansluiten bij een organisatie in de zin van artikel 14 Rijkswet op het Nederlandschap zijn toegestaan. Artikel 83a WvSr, daarentegen, lijkt de lat hoger te leggen nu die bepaling vereist dat er daadwerkelijk activiteiten al dan niet van een ondersteunend karakter, zijn ontwikkeld, mogelijk gevolgd door een veroordeling. Hoewel een veroordeling op grond van artikel 83a WvSr naar onze mening beter aansluit bij de Unierechtelijke eisen, is de wettelijke bepaling, niet de MvT leidend. Een verduidelijking op dit punt is naar onze mening geboden.

1.3 Wijziging Paspoortwet

Om te voorkomen dat er ondanks een uitreisverbod toch wordt uitgereisd naar strijdgebieden, bijvoorbeeld met een reisdocument afgegeven door een ander land of door met gebruikmaking van een identiteitskaart over land of via een luchthaven in een

van een specifieke instructie hoe de bevoegde autoriteiten belast met de grensbewaking moeten handelen: de signalering is niet tevens een bevoegdheid tot staande houding door de met grenscontrole belaste autoriteiten. Het wordt echter niet duidelijk wat deze instructie zal zijn, noch wat de rechtsgevolgen zijn bij het niet opvolgen daarvan. De erkenning dat actie op EU-niveau is vereist,⁴⁹ impliceert dat er ook met een instructie vooralsnog geen garantie is dat uitreis uit het Schengengebied wordt voorkomen als een uitreisverbod is opgelegd en een paspoort van rechtswege is komen te vervallen.

Zoals gezegd kan een identiteitskaart niet worden vervallen verklaard.⁵⁰ Eenmaal afgegeven blijft de identiteitskaart geldig voor de duur waarvoor dit document is afgegeven. Wel wordt er in voorzien door middel van het nieuwe artikel 23b van de Paspoortwet dat na oplegging van en zolang het uitreisverbod van kracht is, een aanvraag voor een nieuwe identiteitskaart wordt afgewezen. Dit betekent dat zolang de geldigheidsduur van een reeds verstrekte identiteitskaart niet is verstreken, dit document gebruikt kan worden om te reizen binnen de EU en

42 Wetsvoorstel tot Wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap in verband met het intrekken van het Nederlandschap in het belang van de nationale veiligheid, <https://www.internetconsultatie.nl/rwn>.

43 Ibidem, MvT, blz. 8-9.

44 Wetsvoorstel Twbm, MvT, paragraaf 2.7.1.

45 Ibidem.

46 Artikel N Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet.

47 Artikel 56 Paspoortwet.

48 Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet, MvT, paragraaf 4.1.

49 Ibidem, paragraaf 3.1.

50 Artikel 46a Paspoortwet.

naar Turkije om vervolgens, vanuit Turkije (illegaal) naar Irak en Syrië door te reizen, ondanks een opgelegd uitreisverbod.

De bevoegdheid tot afwijzen van een verzoek tot afgifte van een nieuw paspoort of identiteitskaart na het opleggen van een uitreisverbod is niet zonder gevolg voor de wettelijke identificatieplicht zoals die in Nederland geldt. Naast de mogelijkheid dat personen niet beschikken over een ander, in de WID aangewezen, identificatiedocument en voor situaties waarin om het bewijs van de nationaliteit wordt gevraagd, moet er een (vervangende) identificatiedocument komen. Hierin voorziet een nieuw artikel 17 van de Paspoortwet. De vervangende identiteitskaart kan noch geweigerd, noch vervallen worden verklaard.⁵¹ De vervangende identiteitskaart moet worden aangevraagd bij de (burgemeester van de) gemeente waarin de betrokkene woont. Hoewel het uitreisverbod voor zes maanden wordt opgelegd en steeds voor dezelfde periode verlengd kan worden, krijgt de zogenoemde vervangende identiteitskaart een geldigheidsduur van vijf jaar. Aldus wordt voorkomen dat bij iedere verlenging van het uitreisverbod een nieuwe vervangende identiteitskaart moet worden aangevraagd met alle (extra) kosten die daarbij horen.⁵² De vervangende identiteitskaart die qua uiterlijk zoveel mogelijk overeenkomt met de identiteitskaart om stigmatisering te voorkomen, is niet bedoeld als reisdocument; het geeft uitdrukkelijk geen recht om Nederland te verlaten om buiten het Schengengebied te reizen en bevat een aantekening van deze strekking.⁵³ Als het uitreisverbod wordt opgeheven, dan kan een nieuw reisdocument of nieuwe identiteitskaart worden aangevraagd.⁵⁴

Een uitreisverbod is geen garantie dat uitreis uit het Schengengebied wordt voorkomen.

1.4 Procedurele waarborgen

Het Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet voorziet zelf niet in procedurele waarborgen bij het van rechtswege vervallen van het reisdocument vanwege het opleggen van een uitreisverbod. Deze keuze rechtvaardigt de regering in de MvT door te stellen dat er 'reeds een integrale afweging heeft plaatsgevonden bij het opleggen van het uitreisverbod'.⁵⁵ De samenvoeging van procedures wordt bewerkstelligd door het paspoort 'van rechtswege' te doen vervallen.⁵⁶ Efficiëntie en voortvarendheid zijn hier doorslaggevend; door de rechtsmiddelen te koppelen wordt voorkomen dat er 'naast elkaar twee aparte procedures moeten worden doorlopen om de uitreis van jihadisten te verhinderen (...)'. Door deze koppeling wordt de Minister van VenJ niet zijnde de paspoort verstrekende instantie degene die de redenen voor het vervallen van een reisdocument beoordeelt. Deze is, aldus de MvT, 'de meest aangewezen'.⁵⁷ Voordat een uitreisverbod wordt opgelegd, is er wel overleg tussen de Minister van VenJ en de burgemeester van de gemeente waar de betrokkene zijn vaste woon- en verblijfplaats heeft.⁵⁸

Het wetsvoorstel voorziet in de volgende procedurele waarborgen: de maatregel moet schriftelijk worden genomen, met dien verstande dat in gevallen van spoedeisendheid het besluit

later op schrift mag worden gesteld⁵⁹ en 'deugdelijk [moet] worden onderbouwd' waarbij voor elk individueel geval en per opgelegd verbod de noodzaak van de maatregel wordt geduid alsmede een proportionaliteitstoets wordt uitgevoerd. In deze afweging moeten alle rechtsgevolgen van een uitreisverbod worden betrokken, waaronder het feit dat er in het maatschappelijk verkeer gebruik moet worden gemaakt van een vervangende identiteitskaart.⁶⁰ Voordat een uitreisverbod wordt opgelegd, moet de betrokkene worden gehoord, tenzij horen op grond van artikel 4:11(a) en (b) Awb achterwege kan blijven.⁶¹ Tegen het opleggen, wijzigen, verlengen en intrekken van het uitreisverbod kan geen bezwaar worden gemaakt. Het zou in '[h]et belang van de betrokkene [zijn] om zo snel mogelijk duidelijkheid, in de vorm van een rechterlijke uitspraak, te kunnen verkrijgen over de rechtmatigheid van een bestuurlijke maatregel'. Snelheid prevaleert aldus] boven de zowel 'praktische als principiële doelen die de bezwaarfase dient als onderdeel van het gebruikelijke systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming'.⁶²

Het is wel mogelijk om bij de rechtbank beroep in te stellen tegen een besluit dat betrekking heeft op een uitreisverbod. Hiervoor geldt een termijn van zes weken na bekendmaking. De rechtbank behandelt de zaak versneld af met inachtneming van artikel 8:52 Awb.⁶³ Artikel 5(1) van het Wetsvoorstel Twbm schrijft een *ex nunc*-toets voor, tenzij de goede procesorde zich hiertegen verzet of de afdoening 'ontoelaatbaar' wordt vertraagd. Voorbeelden of een nadere specificatie wanneer een dergelijke situatie zich voordoet, ontbreken in de MvT. Het instellen van beroep schort

het besluit niet op. Wel is het mogelijk om een voorlopige voorziening te vragen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank. Dit verzoek wordt ingewilligd indien de betrokken belangen hier om vragen.⁶⁴ Wederom geldt dat niet worden uitgewerkt wanneer dit het geval zal zijn. Indien er vertrouwelijke informatie wordt gebruikt dan geldt de procedure in artikel 8:29 Awb. Aangezien de Minister van VenJ bij zijn besluit gebruik maakt van informatie afkomstig van de AIVD, het OM en de politie is het niet onwaarschijnlijk dat aan het besluit tot oplegging van een uitreisverbod geheime informatie ten grondslag ligt. Alleen de rechtbank zal kennis nemen van deze informatie. Als deze na kennisneming van de geheime stukken, het standpunt deelt dat deze informatie geheim moet blijven, worden deze stukken alleen met toestemming van de andere partij in het oordeel betrokken.⁶⁵

Nu de Minister voor BZK bevoegd blijft ten aanzien van de andere in paragraaf 2.2.2 besproken intrekkinggronden, rijst de vraag of en zo ja in hoeverre de beide Ministers zullen gaan samenwerken als er langs beide routes een verzoek tot intrekking van het paspoort vanwege aansluiting bij de jihad wordt gedaan.

51 Wijziging van artikel 46a Paspoortwet (artikel M Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet).

52 Nieuw artikel 17 Paspoortwet (artikel D Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet).

53 Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet, MvT paragraaf 4.1-4.2.

54 Ibidem, paragraaf 4.3.3.

55 MvT Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet, paragraaf 3.2.

56 Ibidem.

57 Ibidem.

58 Artikel 7(1) Wetsvoorstel Twbm.

59 Artikel 4(5) Wetsvoorstel Twbm.

60 Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet, MvT, paragraaf 6.1.

61 Ibidem.

62 Wetsvoorstel Twbm, MvT, paragraaf 6. Zie in dit verband: Raad voor de Rechtspraak, 2015/15 Advisering over het concept Wetsvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, 29 april 2015 (verder Advies Raad voor de Rechtspraak), blz. 4, <http://bit.ly/1Q6vWya>.

63 Artikel 5 Wetsvoorstel Twbm. Zie ook: Wetsvoorstel TWBM, MvT, paragraaf 6.

64 Wetsvoorstel Twbm, MvT, paragraaf 6 en Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet, MvT paragraaf 6.1.

65 Ibidem. Zie over de samenwerking en informatievoorziening met andere diensten: Wetsvoorstel Twbm, MvT, paragraaf 7.

Het is immers goed mogelijk dat er een vermoeden van uitreis ontstaat als artikel 83a WvSr is tenlastegelegd of een veroordeling mede op deze bepaling berust. De Minister van VenJ is de bevoegde bewindspersoon als het doel van de uitreis is om zich aan te sluiten bij een terroristische organisatie terwijl de Minister van BZK de bevoegde bewindspersoon zal zijn als er een dito vermoeden is dat met de uitreis wordt beoogd om zich te onttrekken aan de strafvervolgning of de tenuitvoerlegging van de opgelegde straf.

Het is niet onwaarschijnlijk dat aan het besluit tot oplegging van een uitreisverbod geheime informatie ten grondslag ligt.

2. Het recht om Nederland te verlaten

Om de verenigbaarheid van de beschreven wetsvoorstellen te kunnen beoordelen op hun verenigbaarheid met het Unierecht, wordt in deze paragraaf wordt stilgestaan bij het uitreisrecht in artikel 4 van de Verbljfsrichtlijn. In paragraaf 3 wordt de bevoegdheid die het Unierecht lidstaten geeft om de uitoefening van dit recht in een individueel geval te beperken, besproken. Voordat het uitreisrecht wordt uitgewerkt één opmerking over de implicaties van de beperking van de territoriale werkingssfeer van richtlijn 2004/38/EG in artikel 3(1) van die richtlijn voor het uitreisrecht.

Artikel 3(1) van de Verbljfsrichtlijn beperkt de territoriale werkingssfeer van die richtlijn tot 'een andere lidstaat dan die waarvan hij (lees de EU-burger) de nationaliteit bezit'. Dit betekent dat Nederlanders naar de letter van de wet deze richtlijn niet jegens de Nederlandse overheid zouden kunnen inroepen. Deze beperking geldt echter niet voor het uitreisrecht in artikel 4 van die richtlijn. In de woorden van het Hof van Justitie EU (verder: HvJ): '[D]e door het [VWEU] gegarandeerde rechten [zouden] hun betekenis (...) verliezen indien de lidstaat van herkomst zijn eigen burgers zonder geldige rechtvaardiging zou kunnen beletten zijn grondgebied te verlaten om het grondgebied van een andere lidstaat binnen te reizen'.⁶⁶ Nederlanders kunnen de Verbljfsrichtlijn dus inroepen als de Nederlandse autoriteiten een besluit nemen dat gevolgen heeft voor de uitoefening van hun uitreisrecht. Tevens geldt vanwege het *Metock*-arrest dat er geen aanvullende of andere voorwaarden mogen worden gesteld aan de uitoefening van het uitreisrecht dan de door het Unierecht gegeven voorwaarden.⁶⁷

2.1 Uitreisrecht

Het uitreisrecht mag door een EU-burger worden uitgeoefend als deze is voorzien van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort, aldus artikel 4(1) van de verbljfsrichtlijn. Het tweede lid van deze bepaling verbiedt lidstaten om de uitoefening van dit recht afhankelijk te stellen van het bezit van een uitreisvisum of een andere, vergelijkbare formaliteit.⁶⁸ Bij de omzetting van de Verbljfsrichtlijn zijn artikel 4(1) en (2) niet als zodanig geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Het hiervoor gegeven argument is dat dit recht is verankerd in artikel 2(2) - (3) van

het Vierde protocol bij het EVRM. Het is niet duidelijk waarom artikel 2(4) van de Grondwet niet wordt genoemd. Dit artikellid bepaalt immers dat een ieder 'recht [heeft] het land te verlaten, behoudens in de gevallen, bij de wet bepaald'.

Net als in de Grondwet, is het recht om een land te verlaten met inbegrip van het land waarvan men de nationaliteit bezit, in de verdragen waarin het is opgenomen niet onvoorwaardelijk.⁶⁹ Zo bepaalt artikel 2(2) van het Vierde Protocol bij het EVRM dat

'[e]n ieder ... het recht [heeft] welk land ook, met inbegrip van het eigen land, te verlaten' en dat beperkingen 'bij wet moeten zijn voorzien en noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving in het belang van de nationale of openbare veiligheid, handhaving van de openbare orde, het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van gezondheid, goede zeden of rechten van anderen'.⁷⁰

Ook voor artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake de Burger en Politieke Rechten (IVBPR) geldt dat een beperking 'bij de wet [moet] zijn voorzien, nodig [moet] zijn ter bescherming van de nationale veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden of van de rechten en vrijheden van anderen en verenigbaar [moet] zijn met de andere in dit Verdrag erkende rechten' (lid 3). De restricties die het Unierecht aan het optreden van lidstaten stelt, zijn onderwerp van paragraaf 4. Waar voor de Grondwet geldt dat een beperking van het uitreisrecht bij wet in formele zin moet worden geregeld, geldt voor zowel het EVRM als het IVBPR dat kan worden volstaan met een wet in materiële zin.⁷¹

Of Nederland met een verwijzing naar een internationale verplichting aan haar omzettingplicht voldoet, laten wij in het midden. Voor deze bijdrage is de verplichting die uit die norm volgt belangrijker dan de principiële vraag of er altijd voor een nationale wettelijke regeling moet worden gekozen om te voldoen aan de omzettingplicht in artikel 288 VWEU.

Voor zowel het Unierecht als het internationale recht geldt dat de precieze inhoud van het uitreisrecht niet duidelijk is.⁷² Uit het gezaghebbende, maar niet bindende *General Comment* nr. 27 van het VN Mensenrechtencomité behorende bij artikel 12 van het IVBPR blijkt dat het uitreisrecht uitgeoefend mag worden, ongeacht de duur van het verblijf buiten het grondgebied van de staat waarvan men de nationaliteit bezit en ongeacht de reden voor het vertrek.⁷³ Verder geldt volgens dit comité dat staten het uitreisrecht alleen in uitzonderlijke situaties mogen beperken mits dit in overeenstemming is met de in de verdragsbepaling genoemde voorwaarden.⁷⁴

66 HvJ EG (eerste kamer) zaak C-33/07, *Jipa*, *Jur.* 2008, blz. I-5157, ECLI:EU:C:2008:396, RV 2008, 31, m.nt. A. Woltjer, *JV* 2008/290, m.nt. P. Boeles.

67 HvJ EG (grote kamer) zaak C-127/08, *Metock e.a.*, *Jur.* 2008, blz. I-6241, ECLI:EU:C:2008:449, punt 53. Zie ook: overweging 14 considerans richtlijn 2004/38/EG.

68 Artikel 4(2) richtlijn 2004/38/EG. Nederland kent geen uitreisvisum, zie: bijlage 1 (transponeringstabel), *Stbl.* 2006, 215.

69 Zie ook: artikel 12 IVBPR, artikel 8 Internationaal verdrag inzake de bescherming van de rechten van alle migrerende werknemers en hun familieleden, artikel 5 Verdrag inzake rassendiscriminatie, artikel 13 IVRK, artikel 13 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en artikel 5 van de VN Resolutie inzake mensenrechten van personen die geen onderdaan zijn van het land waar zij verblijven, AV Res. 40/114 van 13 december 1985.

70 Over deze internationale verplichting, zie: C. Harvey en R.P. Barnidge Jr., 'Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law', *International Journal of Refugee Law* (2007) blz. 1-21 en D. Kochenov, 'The Right to Leave any Country', in: R. Plender (red.) *International Migration Law* (Den Haag, Martinus Nijhoff, 2012).

71 TK 1987-1989, 20393 (R 1343) MvT, Het stellen van regelen betreffende de verstrekking van reisdocumenten (Paspoortwet) blz. 4.

72 Kochenov (nt. 70) paragraaf I a.

73 *General Comment* nr. 27, (1999), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 November 1999, paragraaf 8 <http://bit.ly/1NfjBBN>.

74 Artikel 12(3) IVPR. Zie ook: *General Comment* nr. 27 (nt 73), paragrafen 11- 16.

Ook volgens het internationale recht is de uitoefening van het uitreisrecht onlosmakelijk verbonden met het kunnen beschikken over een paspoort.

2.2 Facilitering door afgifte reisdocumenten

Voor de EU-lidstaten geldt een verplichting om de uitoefening van het uitreisrecht te faciliteren door hun onderdanen een paspoort of identiteitskaart te verstrekken. De door lidstaten af te geven paspoorten moeten de nationaliteit van de houder vermelden, minimaal vijf jaar geldig zijn en in alle lidstaten en de rechtstreekse doorreislanden gebruikt kunnen worden.⁷⁵ Het niet verstrekken van een reisdocument, zo luidt de redenering, doet afbreuk aan het nuttig effect van het reis- en verblijfsrecht. De autoriteiten belast met grensbewaking hebben immers een document nodig waaruit de nationaliteit van de betrokkene blijkt, om te kunnen vaststellen 'of de betrokkene onderdaan van een lidstaat is die dus het recht heeft vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen, dan wel onderdaan [is] van een derde land, die dat recht niet heeft'.⁷⁶ Hoewel de Verbljfsrichtlijn expliciet melding maakt van twee documenten – paspoort en identiteitskaart – waartussen EU-burgers kunnen kiezen, geldt op grond van het arrest *Oulane* dat het bewijs van nationaliteit (en daarmee het recht op vrij verkeer van personen) 'met ieder passend middel kan geschieden'.⁷⁷ Aangezien de nationaliteit van de houder van dat document niet wordt vermeld op het rijbewijs, oordeelde het HvJ in de *Wijsenbeek* zaak dat een rijbewijs niet door de met grensbewaking belaste autoriteiten geaccepteerd hoeft te worden als document dat recht geeft op toegang tot het grondgebied in de zin van het Unierecht. In het licht van dit oordeel is het niet duidelijk welk ander document het HvJ in het arrest *Oulane* voor ogen heeft. Het bezit van een paspoort of identiteitskaart is derhalve cruciaal voor de uitoefening van het reis- en verblijfsrecht in artikel 21(1) VWEU.

Ook in het internationale recht wordt erkend dat de uitoefening van het uitreisrecht onlosmakelijk is verbonden met het kunnen beschikken over een paspoort dat door staten voor dit doel moet worden afgegeven. In paragraaf 9 van het hiervoor genoemde *General Comment* nr. 27 wordt dit uitgangspunt als volgt verwoord:

'Since international travel usually requires appropriate documents, in particular a passport, the right to leave a country must include the right to obtain the necessary travel documents. The issuing of passports is normally incumbent on the State of nationality of the individual. The refusal by a State to issue a passport or prolong its validity for a national residing abroad may deprive this person of the right to leave the country of residence and to travel elsewhere.'

Dat een besluit om de afgifte van een reisdocument te weigeren c.q. het vervallen verklaren van een reeds afgegeven reisdocument vergaande implicaties heeft voor het uitreisrecht wordt ook door de Nederlandse autoriteiten erkend. Reeds bij de totstandkoming van de Paspoortwet verwoorde de Nederlandse overheid dit als volgt:

'Het reisdocument is namelijk in vele gevallen een noodzakelijke voorwaarde om het recht het land te verlaten te kunnen uitoefenen, gelet

op de omstandigheid dat in de praktijk overschrijding van de grenzen van de eigen staat in het algemeen samenvalt met overschrijding van de grenzen van een andere staat, die voor toelating in beginsel een reisdocument verlangt'.⁷⁸

Het recht om het land te verlaten brengt derhalve 'in beginsel voor iedere Nederlander het recht op een paspoort met zich'⁷⁹ en betekent dat de beslissing om een aanvraag voor een reisdocument te weigeren, dan wel het (van rechtswege) vervallen van een bestaand reisdocument 'in feite een beslissing [is] op de vraag of iemand in de gelegenheid wordt gesteld het land te verlaten'.⁸⁰ Deze uitgangspunten liggen ten grondslag aan de Paspoortwet dat enerzijds het recht op een reisdocument waarborgt en anderzijds begrenst.⁸¹ De bevoegdheid van de Nederlandse wetgever tot het stellen van regels omtrent de afgifte, intrekking en vervalverklaring van reisdocumenten wordt beperkt door regels van internationaal en Unierecht inzake het recht om elk land te verlaten, met inbegrip van het land waarvan de betrokkene de nationaliteit bezit.

3. Beperking van het uitreisrecht

De eerste uitspraak waarin het HvJ zich uitspreekt over de bevoegdheid van lidstaten om het uitreisrecht van hun eigen onderdanen te beperken, is het arrest *Jipa*. De aanleiding voor dit arrest is een uitreisverbod dat de Roemeense overheid heeft opgelegd aan een van zijn staatsburgers omdat België deze staatsburger in het SIS had geregistreerd als ongewenste vreemdeling. Dat de Belgische SIS-registratie door de toetreding van Roemenië inmiddels in strijd was met het Schengenrecht dat een dergelijke registratie alleen toestaat in het geval van derdelanders, was voor de Roemeense autoriteiten geen reden geweest om van een uitreisverbod af te zien of deze in te trekken. Het HvJ, daarentegen, stelt de hoedanigheid van EU-burger centraal en oordeelt dat het aan deze hoedanigheid ontleende uitreisrecht alleen beperkt mag worden als aan de voorwaarden van artikel 27 en 28(1) van de Verbljfsrichtlijn is voldaan.⁸² Het bevestigt dit uitgangspunt in de zaken *Aladshov*, *Gaydarov* en *Byankov*.⁸³ Ook in deze uitspraken deelde het HvJ het door de lidstaat ingenomen standpunt niet dat de omstandigheden een beperking van het uitreisrecht rechtvaardigde. Een openstaande belastingschuld van het bedrijf waarvan de betrokkene medevenoot was (*Aladshov*), een strafrechtelijke veroordeling wegens illegale handel in verdovende middelen (*Gaydarov*) en een veroordeling door een derde staat wegens een geldschuld aan een privaatrechtelijke rechtspersoon hoger dan een nader bepaald bedrag (*Byankov*), zijn geen reden om het uitreisrecht te beperken, aldus dat Hof. In deze uitspraken bevestigt het HvJ ook dat het uitgangspunt in zijn vaste rechtspraak dat lidstaten zich terughoudend moeten opstellen als zij

⁷⁵ Artikel 4(3) en (4) richtlijn 2004/38/EG.

⁷⁶ HvJ EG zaak C-378/97, *Wijsenbeek*, *Jur.* 1999, blz. I-6207, ECLI:EU:C:1999:439, RV 1999, 88, JV 1999/292, punt. 43.

⁷⁷ HvJ EG (eerste kamer) zaak C-215/03, *Oulane*, *Jur.* 2005, blz. I-1215, ECLI:EU:C:2005:95, RV 2005, 67, m.nt. P. Baudoin, JV 2005/148, m.nt. P. Boeles, punt 53. Zie ook: H. Oosterom-Staples, 'Geen vreemdelingenbewaring van burgers van de Unie als de nationaliteit niet vaststaat', *NTER* (2005-5) blz. 91-95.

⁷⁸ TK 1987-19899, 20393 (R 1343) nr. 3, blz. 8.

⁷⁹ *Ibidem*. Zie ook: TK 1976-1977, 14 200, nr. 3, blz. 8 en TK 1980-1981, 15 396, nr. 6, blz. 10, MvA wetsvoorstel tot goedkeuring van het Vierde Protocol bij het EVRM.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ TK 1987-1989, 20393 (R 1343) nr. 3, blz. 9.

⁸² *Jipa* (nt. 66) punt 22.

⁸³ HvJ EU (vierde kamer) zaken C-430/10, *Gaydarov*, *Jur.* 2010, blz. I-11637, ECLI:EU:C:2010:749, RV 2011/33, m.nt. C.A. Groenendijk, JV 2012/8, punt 31 en C-434/10, *Aladshov*, *Jur.* 2010, blz. 11659, ECLI:EU:C:2010:750, punt 30 en HvJ EU (tweede kamer) zaak C-249/11, *Byankov*, ECLI:EU:C:2012:608, RV 2012. 62, m.nt. M. Reneman, punt 35.

de uitoefening van het reis- en verblijfsrecht beperken, ook geldt voor het uitreisrecht.⁸⁴

Uit de in de vorige alinea genoemde uitspraken blijkt tevens dat het HvJ bij een beperking van de uitoefening van het uitreisrecht dezelfde invulling geeft aan het openbare orde-begrip in artikelen 27 en 28(1) van de Verbljfsrichtlijn als het heeft gegeven voor alle andere reis- en verblijfsrechten.⁸⁵ Deze bepalingen zijn een codificatie van de rechtspraak van het HvJ zoals deze zich door de jaren heen heeft ontwikkeld. Naast het uitgangspunt dat lidstaten terughoudend moeten zijn met het invoeren van de openbare orde-exceptie gelden ook de volgende uitgangspunten: lidstaten zijn niet bevoegd om zelf de inhoud van het openbare orde-begrip te bepalen, omdat dit de uniforme toepassing daarvan in de Unie in gevaar brengt en de openbare orde mag noch voor economische doeleinden worden gebruikt,⁸⁶ noch als middel van algemene preventie.⁸⁷

Een strafrechtelijke veroordeling wegens illegale handel in verdovende middelen was voor het HvJ EU geen reden om het uitreisrecht te beperken.

Hoewel de Verbljfsrichtlijn en de rechtspraak van het HvJ nauwgezet voorschrijven wanneer een openbare orde-maatregel gerechtvaardigd is, betekent dit niet dat lidstaten over geen enkele beoordelingsmarge beschikken. Zo zijn zij gerechtigd om 'de eisen van openbare orde en openbare veiligheid af te stemmen op hun behoeften, die per lidstaat en per tijdsgewricht kunnen verschillen',⁸⁸ mits zij hierbij de algemene beginselen van het Unierecht, waaronder het verbod van discriminatie⁸⁹ en willekeur⁹⁰ en de fundamentele rechten van de mens,⁹¹ de democratische beginselen⁹² en de bepalingen inzake het EU-burgerschap⁹³ in acht nemen. Voor onze bijdrage kan bij fundamentele rechten⁹⁴ worden gedacht aan het recht op privé- en gezinsleven⁹⁵ en het discriminatieverbod.⁹⁶ Een voorbeeld van

een algemeen beginsel van Unierecht is het verbod van willekeur dat er aan in de weg staat dat maatregelen zijn ingegeven door ras of godsdienstige overtuiging.⁹⁷ Dat de Verbljfsrichtlijn zonder onderscheid moet worden toegepast volgt ook uit overweging 31 van de considerans dat naar het discriminatieverbod in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verwijst.

3.1 Openbare orde

Het openbare orde-begrip zoals deze is ontwikkeld in 's-Hofs vaste rechtspraak is gecodificeerd in artikel 27(2), tweede alinea van de verbljfsrichtlijn.⁹⁸ Volgens dat artikellid is er sprake van een gevaar voor de openbare orde als het gedrag van de betrokkene 'een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vorm[t].'⁹⁹

Uit de eerste alinea van dit artikellid blijkt dat een strafrechtelijke veroordeling 'als zodanig geen reden voor deze maatregelen' vormt en dat een openbare orde-maatregel in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel. In artikel 28(1) van de Verbljfsrichtlijn is de volgende indicatieve lijst van belangen opgenomen waarmee lidstaten rekening moeten houden:¹⁰⁰

- a. duur van het verblijf,
- b. leeftijd van de betrokkene,
- c. gezondheidstoestand van de betrokkene,
- d. de gezins- en economische situatie van de betrokkene,
- e. de sociale en culturele integratie van de betrokkene in het gastland en
- f. de mate waarin betrokkene bindingen heeft met zijn land van oorsprong.

Deze opsomming betreft een codificatie van de uitspraak in de gevoegde zaken *Orfanopoulos en Oliveira*¹⁰¹ waar het HvJ zich heeft laten inspireren door de uitspraak van het EHRM in de zaak *Boultif*.¹⁰² Het merendeel van de in *Orfanopoulos en Oliveira* genoemde belangen zien op de situatie van een EU-burger die in de gastlidstaat verblijft (a, e en f); ze zijn daarmee minder geschikt voor een casuspositie waarin het uitreisrecht in het geding is. Dit is anders voor de door de Europese Commissie in zijn Richtsnoeren over de toepassing van richtlijn 2004/38/EG¹⁰³ genoemde belangen, te weten:

- a. de omvang van het maatschappelijke gevaar dat voortvloeit uit de aanwezigheid van de betrokkene op het grondgebied van die lidstaat;
- b. de aard van de strafbare activiteiten, de frequentie ervan, het cumulatieve gevaar en de veroorzaakte schade;¹⁰⁴ en

84 *Jipa* (nt. 66) punt. 23. HvJ EG zaak 36/75, *Rutili*, *Jur.* 1975, blz. 1219, ECLI:EU:C:1975:137, punten 26-27 en HvJ EG zaak 30/77, *Bouchereau*, *Jur.* 1977, blz. 1999, ECLI:EU:C:1977:172, punten 33-34 en Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (verder: Richtsnoeren 2009), 2 juli 2009, COM(2009) 313 def., blz. 11. Zie over deze richtsnoeren: C.A. Groenendijk en R. Fernhout, 'Vrij verkeer, Europa-route en omgekeerde discriminatie: wie houdt wie voor de gek?', *A&MR* 2010/1, blz. 4-16.

85 *Rutili* (nt. 84) punt 49, zaak C-100/01, *Oteiza Olazabal*, *Jur.* 2002, blz. I-10981, ECLI:EU:2002:712, RV 2002, 96, m.nt. H. Oosterom-Staples, punt 42 en HvJ EG gevoegde zaken 115-116/82, *Adoui en Cornuallie*, *Jur.* 1982, blz. 1665, ECLI:EU:1982:322, punt 9. Zie ook: Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over voor Burgers van de Unie geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid (verder: Richtsnoeren 1999), blz. 7-8.

86 *Rutili* (nt. 84) punt 30.

87 HvJ EG zaak 67/74, *Bonsignore*, *Jur.* 1975, blz. 297, ECLI:EU:C:1975:34, punt 6. Gecodificeerd in artikel 27(2), tweede alinea richtlijn 2004/38/EG.

88 Met verwijzing naar: *Rutili* (nt. 84) punt 26-27, *Bouchereau* (nt. 84) punten 33-34, HvJ EG zaken C-54/99, *Church of Scientology*, *Jur.* 2000, blz. I-1335, ECLI:EU:C:2000:124, punt 17, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, *Jur.* 2004, blz. I-9609, ECLI:EU:C:2004:614, punten 30-31 en *Jipa* (nt. 66), punt. 23. Zie ook: Richtsnoeren 2009, blz. 11.

89 Richtsnoeren 1999, blz. 7.

90 *Ibidem*, blz. 9.

91 HvJ EG gevoegde zaken C-482/01 en C-493/01, *Orfanopoulos en Oliveri*, *Jur.* 2004, blz. I-5257, ECLI:EU:C:2004:262, m.nt. C.A. Groenendijk, JV 2004/227, m.nt. P. Boeles, punt 97.

92 Richtsnoeren 1999, blz. 7.

93 *Ibidem*, blz. 7 en 9.

94 Artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de EU (verder: EU-Handvest), *Pb. EU* 2012, C 326/391.

95 Wetsvoorstel Twbm, MvT, paragraaf 4.

96 Het College voor de Rechten van de Mens merkt op dat de maatregel in het huidige tijdsgewricht vooral Nederlanders uit migrantengroepen met een islamitische geloofsovertuiging zal treffen (College voor de Rechten van de

Mens, *Advies Conceptwetsvoorstel tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding* (verder: *Advies College voor de Rechten van de Mens wetsvoorstel Twbm*), 28 april 2015, <http://www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/35614>, paragraaf 2.7).

97 Richtsnoeren 1999, blz. 9.

98 Artikel 8.22(1) Vb.

99 *Rutili* (nt. 84) punten 19 en 28.

100 Artikel 8.22(1) Vb.

101 *Orfanopoulos en Oliveri* (nt. 91) punt 99.

102 EHRM zaak 54273/00, *Boultif t. Zwitserland*, 2 augustus 2001, RV 2001, 23, m.nt. S. van Walsem, JV 2001/54, m.nt. P. Boeles, ov. 46 t/m 56.

103 Richtsnoeren 2009, blz. 13-14.

104 Vgl. het arrest *Polat*, dat betrekking had op artikel 14 van Besluit nr. 1/80 van de Associatierraad EEG-Turkije, waar de betrokkene meermaals was veroordeeld wegens het plegen van strafbare feiten (HvJ EG zaak C-349/06, *Polat*, *Jur.* 2007,

- c. de tijd die is verstreken sinds de feiten zijn gepleegd en het gedrag van de betrokkene, waarbij rekening kan worden gehouden met goed gedrag in de gevangenis en een eventuele voorwaardelijke vrijlating.

Hoewel het HvJ nog geen gebruik heeft gemaakt van deze richtsnoeren die als instrument van *soft law* niet-bindend zijn, heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: de Afdeling of ABRvS) dit inmiddels wel gedaan.¹⁰⁵ Wij zijn derhalve van mening dat de Richtsnoeren in de Nederlandse context wel richtinggevend zijn.

Het Unierecht verplicht tot een ex nunc-toets en de openbare orde-exceptie mag niet worden gebruikt als middel van algemene preventie.

3.2 Randvoorwaarden

Persoonlijk gedrag

Een lidstaat die met een beroep op de openbare orde-exceptie het uitreisrecht wil beperken, moet, zoals gezegd in paragraaf 4.2, aantonen dat het gedrag van de betrokkene een gevaar oplevert voor een fundamenteel belang van de samenleving. Het centraal stellen van het persoonlijke gedrag beperkt 'de discretionaire bevoegdheid welke de nationale wetgevingen in het algemeen toekennen aan de ter zake van toelating en uitzetting van vreemdelingen bevoegde autoriteiten'.¹⁰⁶ In 's-Hofs rechtspraak zijn twee verschillende situaties te onderscheiden waarin lidstaten hebben gesteld dat het persoonlijke gedrag van de betrokkene een openbare orde-maatregel rechtvaardigt. In veruit de meeste zaken betreft het een strafrechtelijke veroordeling die aanleiding is voor een openbare orde-maatregel. In één zaak, het *Van Duyn*-arrest, was de openbare orde-maatregel ingegeven door het lidmaatschap van c.q. deelneming aan de activiteiten van een organisatie. Beide zijn voor dit betoog relevant. Wij beginnen met de strafrechtelijke veroordeling.

Volgens het HvJ geeft elke wetsovertreding een 'storing van de sociale orde'. Dit is echter onvoldoende om aan te nemen dat daarmee ook de openbare orde in de zin van het Unierecht in het geding is.¹⁰⁷ Dat Hof is resoluut:

'het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen op zichzelf [zijn] geen motivering van deze maatregelen. Daaruit volgt, dat het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling slechts ter zake doet, voor zover uit de omstandigheden die tot deze veroordeling hebben geleid, blijkt van het bestaan van een persoonlijk gedrag dat een actuele bedreiging van de openbare orde vormt'.¹⁰⁸

Andersom geldt wel dat als het plegen van een strafbaar feit als rechtvaardiging voor een openbare orde-maatregel dient, de betrokkene daadwerkelijk voor dat feit moet zijn veroordeeld.

Tevens moet er een reëel gevaar zijn voor recidive.¹⁰⁹ Of er een recidivegevaar is, is lastig om vast te stellen. Het gaat immers om een inschatting van toekomstig gedrag van de betrokkene. Als indicatie voor het ontbreken van recidivegevaar gaf de Europese Commissie in zijn 1999 richtsnoeren als voorbeelden: 'goed gedrag in de gevangenis' en een 'voorwaardelijke vrijlating'.¹¹⁰ Lidstaten kunnen ook kijken naar het aantal en de aard van de uitgesproken veroordelingen, aldus deze instelling.¹¹¹ Of verwijdering is toegestaan, hangt vervolgens af van 'de aard en ernst van de gepleegde misdrijven, de periode die sindsdien

verstreken is en de algehele situatie van de betrokkene'.¹¹² Ook het gedrag tijdens de periode van detentie moet worden meegewogen.¹¹³ Aldus verplicht het Unierecht tot een *ex nunc*-toets en mag de openbare orde-exceptie niet worden gebruikt als middel van algemene preventie. Deze rechtspraak was voor de Afdeling Bestuursrechtspraak de reden om in een zaak waarin was afgezien van een ISD/maatregel te concluderen dat er geen gevaar voor een fundamenteel belang van de samenleving was omdat er in het licht van deze omstandigheden onvoldoende was gemotiveerd waarom er wel sprake was van een gevaar voor de samenleving.¹¹⁴

In *Van Duyn* oordeelt het HvJ dat lidmaatschap van of deelneming aan de activiteiten van een organisatie persoonlijk gedrag kan zijn in de zin van het Unierecht. Het is van mening dat er sprake is van handelen dat is aan te merken als 'een vrijwillige handeling van de betrokkene en bijgevolg als onderdeel van diens persoonlijk gedrag'.¹¹⁵ Wel moet het gaan om een bestaand lidmaatschap omdat bij een reeds beëindigd lidmaatschap niet wordt voldaan aan een andere voorwaarde, de actualiteit van de bedreiging.¹¹⁶ Als lidstaten vanwege een bestaand lidmaatschap vrij verkeersrechten willen beperken dan is dit alleen mogelijk als 'de bevoegde autoriteiten een duidelijk standpunt hebben ingenomen ten opzichte van de activiteiten van een bepaalde organisatie door deze als een gevaar voor de maatschappij aan te merken, en (...) [zij moeten] bestuurlijke maatregelen hebben getroffen om die activiteiten tegen te gaan'.¹¹⁷ Het HvJ gaat niet zo ver dat lidstaten de gewraakte activiteiten bij wet moeten verbieden, als dit niet 'dienstig wordt geacht'.¹¹⁸

In het geval van *Van Duyn* had de Britse overheid 'maatregelen' getroffen, maar de uitspraak laat raden welke maatregelen dit waren, zodat het lastig is om te kwalificeren wat een lidstaat moet doen om aan deze voorwaarde te hebben voldaan. Op dit punt bieden noch de 1999, noch de 2009 Richtsnoeren van de

blz. I-8167, ECLI:EU:C:2007:581, RV 2007, 36, m.nt. H. Oosterom-Staples, JV 2007/534, m.nt. C.A. Groenendijk, punt 11).

105 ABRvS, 6 september 2011, 201009139/1/V4, ECLI:NL:RVS:2011:BS1678, JV 2011/429 (duurzame relatie), ibidem, 13 december 2011, 201102012/1/V2, ECLI:NL:RVS:2011:BV3584, AB 2012/166, JV 2012/85 (ongewenstverklaring), ibidem, 28 juni 2012, 201111222/1/V4, ECLI:NL:RVS:2012:BX0615, JV 2012/355 (schijnhuwelijk) en ibidem, 5 september 2013, 201205094/1/V1, ECLI:NL:RVS:2013:2054, AB 2013/410 en RV 2013, 34 (openbare orde).

106 HvJ EG zaak 41/74, *Van Duyn*, Jur. 1974, blz. 1337, ECLI:EU:C:1974:133, punt 13. Zie ook: Richtsnoeren 2009, blz. 11.

107 HvJ EG zaak 30/77, *Bouchereau* (nt. 84) punt 35 en *Orfanopoulos en Oliveiri* (nt. 91) punt 66.

108 *Bouchereau* (nt. 84) punt 28 en HvJ EG zaak C-348/96, *Donatella Calfa*, Jur. 1999, blz. I-111, ECLI:EU:C:1999:6, punt 24.

109 *Orfanopoulos en Oliveiri* (nt. 91) punten 82 en 100 en HvJ EG zaak C-50/06 (derde kamer) *Commissie t. Nederland*, Jur. 2007, blz. I-4383, ECLI:EU:C:2007:325, RV 2007, 32, m.nt. H. Oosterom-Staples, JV 2007/369, m.nt. C.A. Groenendijk, punten 42-45.

110 Richtsnoeren 1999, blz. 14.

111 Richtsnoeren 2009, blz. 12.

112 Richtsnoeren 1999, blz. 13.

113 Ibidem., blz. 14.

114 ABRvS 5 september 2013, 201205094/1/V1, ECLI:NL:RVS:2013:1054, :RV 2013, 34, m.nt. H. de Waele, ov. 3.7.

115 *Van Duyn* (nt. 106) punt. 17.

116 Ibidem.

117 Ibidem., punten 18-19.

118 Ibidem., punt 19.

Europese Commissie uitsluit. ¹¹⁹ Naar analogie van het oordeel van het HvJ in de zaak *H.T.* zou de vermelding op de EU-lijst van terroristische organisaties een sterke aanwijzing zijn, ¹²⁰ maar of dit voor de toepassing van artikel 27(2) van de Verbljfsrichtlijn afdoende is, zal de toekomst moeten leren.

‘indien zij uitgaat van eigen onderdanen, geen repressieve maatregelen of andere op bestrijding [van prostitutie] gerichte reële en effectieve maatregelen treft’. ¹²⁵ Het ontbreken van dergelijke maatregelen betekent dat er geen ruimte is voor een beroep op de openbare orde-exception als onderdanen van andere lidstaten deze

Het is volgens ons verre van zeker dat er bij een ‘gegrond vermoeden’ sprake is van een ‘werkelijke bedreiging’ van een fundamenteel belang van de samenleving.

Actueel, werkelijk en voldoende ernstig

De eis dat er sprake moet zijn van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging is eigenlijk een samenstel van drie voorwaarden die lastig van elkaar zijn te onderscheiden en die ook een rol spelen bij de nadere invulling van de andere twee voorwaarden, persoonlijk gedrag en fundamenteel belang van de samenleving. Aan alle voorwaarden moet zijn voldaan.

Actueel houdt in dat er op het moment dat de openbare orde-maatregel wordt geëffectueerd of heroverwogen sprake is van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving. Dit betekent dat lidstaten verplicht zijn om *ex nunc* te toetsen en hun besluit moeten heroverweging indien er een lange tijd is verstreken tussen de vaststelling van de openbare orde-maatregel en de tenuitvoerlegging daarvan. ¹²¹ Dit uitgangspunt ligt ten grondslag aan het in paragraaf 4.4. te bespreken artikel 32 van de verbljfsrichtlijn. Goed gedrag tijdens detentie is een indicatie dat het gevaar niet actueel is en, zoals in paragraaf 4.3.1 is gesteld, het ontbreken van een recidivegevaar. Ook opschorting van de tenuitvoerlegging van de straf betekent dat er geen sprake kan zijn van een actueel gevaar; opschorting bewijst juist dat de betrokkene niet langer wordt aangemerkt als een gevaar voor de samenleving. ¹²² *Werkelijk* houdt in dat een ‘louter op vermoedens gebaseerde dreiging’ niet volstaat om een openbare orde-maatregel te rechtvaardigen. ¹²³ ‘Werkelijk’ speelt een rol bij de beoordeling van de gepleegde strafbare feiten die de conclusie rechtvaardigen dat er sprake is van persoonlijk gedrag dat tot het treffen van een openbare orde-maatregel noopt. Zoals reeds gesteld, rechtvaardigt het hebben begaan van strafbare feiten niet onder alle omstandigheden een openbare orde-maatregel en alleen dan als de betrokkene daadwerkelijk is veroordeeld. Het is volgens ons verre van zeker dat er bij een ‘gegrond vermoeden’ sprake is van een ‘werkelijke bedreiging’ van een fundamenteel belang van de samenleving, zoals het HvJ dat vereist.

De eis, tot slot, dat de bedreiging *voldoende ernstig* moet zijn, is in het *Jany*-arrest nader uitgewerkt. *Jany*, die zich als prostituee in Nederland wilde vestigen, kreeg van de Nederlandse autoriteiten te horen dat haar aanvraag voor verblijf als zelfstandige niet kon worden ingewilligd omdat ‘prostitutie een verboden activiteit is althans geen maatschappelijk aanvaarde vorm van arbeid en niet kan worden beschouwd als regelmatige arbeid of als vrij beroep’. ¹²⁴ Het HvJ maakt hier korte metten mee: haar persoonlijk gedrag kwalificeert niet als ‘voldoende ernstig’, omdat Nederland

activiteiten ontplooiën.

Fundamenteel belang van de samenleving

De openbare orde-toets is pas compleet als door het persoonlijke gedrag een *fundamenteel belang van de samenleving* in het geding is. Maar wanneer hiervan sprake is, laat zich lastig duiden aan de hand van ‘s-Hofs vaste rechtspraak. Ook de Richtsnoeren van de Europese Commissie bieden weinig houvast op dit punt.

Na de vaststelling dat bijzondere maatregelen zijn gerechtvaardigd in verband met de handhaving van de openbare orde waar het gebruik van verdovende middelen in het geding is, concludeert het HvJ in *Donatella Calfa, Orfanopoulos en Oliveira* en *Tsakouridis* dat er een fundamenteel belang van de samenleving in het geding is. ¹²⁶ Helaas ontbreekt iedere onderbouwing van deze vaststelling die gebruikt zou kunnen worden om in andere situaties eenzelfde afweging te maken. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de rechtspraak vaak een cirkelredenering laat zien waarbij de daadwerkelijke vaststelling van het in het geding zijnde fundamenteel belang niet goed uit de verf komt en vaak gekoppeld is aan het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling sec. ¹²⁷

In een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 13 augustus 2007 gaf de toenmalige staatssecretaris van Justitie Albayrak als voorbeelden van een fundamenteel belang van de samenleving: zeer zware misdrijven en/of terrorisme ¹²⁸ en een bedreiging van de Staat, het Koningshuis, het Parlement of bewindslieden. ¹²⁹ Deze misdrijven hebben gemeen dat een levenslange gevangenisstraf of een gevangenisstraf van maximaal dertig jaar kan worden opgelegd. Zij concludeerde dan ook dat er daarom ‘[t]en aanzien van de overgrote meerderheid van criminele EU-onderdanen (...) (slechts) strafrechtelijke maatregelen [kunnen] worden getroffen’. ¹³⁰

Naar analogie geldt dat er slechts in zeer uitzonderlijke situaties sprake kan zijn van een beperking van het uitreisrecht van Nederlanders. De vraag is dus is of er bij een vermoeden van aansluiting bij een terroristische strijdgroepering sprake is van een zo uitzonderlijke situatie dat met een beperking van het uitreisrecht een fundamenteel belang van de Nederlandse samenleving is gewaarborgd. Maar eerst aandacht voor de procedurevoorschriften in artikelen 30-33 van de verbljfsrichtlijn.

119 Zie voor Nederland: H. Oosterom-Staples, ‘Using National Security and Public Policy to Combat Terrorism: The Case of the Netherlands’, 10 *European Journal of Migration and Law* (2008 – 1), blz. 51-75.

120 HvJ EU (eerste kamer) zaak C-373/13, *H.T.*, 24 juni 2015, ECLI:EU:HvJ:2015:413, punten 77-83.

121 *Orfanopoulos en Oliveira* (nt. 91) punt 78. Zie ook: artikel 33(2) richtlijn 2004/38/EG.

122 Richtsnoeren 2009, blz. 11 en richtsnoeren 1999, blz. 14.

123 Richtsnoeren 2009, blz. 12.

124 HvJ EG zaak C-268/99, *Jany* e.a., *Jur.* 2001, blz. I-2703, ECLI:EU:C:2001:616, RV 2001, 92, m.nt. K.A.E. Franssen, punt 18.

125 Ibidem, punt 60. Zie ook: *Adoui en Cornuallie* (nt. 85) punt 8.

126 *Donatella Calfa* (nt. 108) punt 22, *Orfanopoulos en Oliveira* (nt. 91) punt 67 en HvJ EU (grote kamer) zaak C-145/09, *Tsakouridis*, *Jur.* 2010, blz. I-11979, ECLI:EU:C:2010:708, RV 2010, 34, m.nt. H. Oosterom-Staples, JV 2011/3, m.nt. P. Boeles, punt 54.

127 Voor een analyse van de nationale rechtspraak, zie: H. Oosterom-Staples, noot bij: ABRvS 17 september 2008, nr. 200801996/1, RV 2008, 34.

128 Artikel 114a WvSr.

129 Wetboek van Strafrecht (WvSr), tweede boek, titel I en II.

130 TK 2006-2007, nr. 1168, blz. 3.

3.3 Procedurele waarborgen

Rechtsmiddelen

Zoals voor elk door het Unierecht gewaarborgde recht, moet bij een beperking van het uitreisrecht een 'doeltreffende voorziening in rechte' openstaan. Dit houdt in dat er binnen een redelijke termijn een eerlijke en openbare behandeling van de zaak is door een onafhankelijke en onpartijdig gerecht dat vooraf per wet is ingesteld. Indien noodzakelijk mag er gebruik worden gemaakt van rechtshulpverleners die, voor zover rechtsbijstand noodzakelijk is en om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen bij het ontbreken van financiële middelen, door de overheid ter beschikking moeten worden gesteld.¹³¹

Het uitgangspunt van het Unierecht is de procedurele autonomie van lidstaten. Dit houdt in dat waar het Unierecht niets regelt, de procedurele voorschriften in het nationale recht de rechtsgang bepalen.¹³² Voor beperkingen van het uitreisrecht geldt dat het besluit moet voldoen aan de in paragraaf 4.2 uitgewerkte evenredigheidstoets en gelden de in artikelen 30-33 van voornoemde richtlijn opgenomen procedurele waarborgen.¹³³ Deze bepalingen schrijven voor dat een besluit waardoor de uitoefening van het uitreisrecht wordt beperkt schriftelijk moet worden genomen in een voor de betrokkene begrijpelijke taal, waarbij de redenen die verband houden met de openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid nauwkeurig en volledig moeten worden aangegeven, tenzij de staatsveiligheid hieraan in de weg staat. Daarmee is gewaarborgd dat de inhoud en gevolgen van het besluit bij de betrokkene bekend zijn, zodat deze zich naar behoren kan (laten) verdedigen¹³⁴ en rechters kennis kunnen nemen van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen.¹³⁵ In het besluit moet worden vermeld bij welke instanties en binnen welke termijn een rechtsmiddel kan worden ingesteld.¹³⁶ Desgevraagd moet het instellen van beroep schorsende werking hebben.¹³⁷

Ingevolge artikel 31 van de Verbljfsrichtlijn moet er worden voorzien in de 'toegang tot gerechtelijke en in voorkomend geval administratieve rechtsmiddelen om tegen het besluit beroep in te stellen'. De toevoeging 'in voorkomend geval', zoals voorzien in het Wetsvoorstel Twbm, zou rechtvaardigen dat er geen bezwaarfase is. Toegang tot de rechter kan niet worden ontzegd en de bevoegde rechter moet vol kunnen toetsen, dat wil zeggen zowel de wettigheid van het besluit, de feiten en omstandigheden die aan het besluit ten grondslag liggen als de gemaakte belangenafweging.¹³⁸ Verder bepaalt artikel 32(1) van de Verbljfsrichtlijn dat het mogelijk moet zijn om – na verloop van een redelijke termijn die maximaal drie jaar is – een herzieningsverzoek in te dienen waarin om opheffing van de openbare orde-maatregel kan worden verzocht. Het is aan de indiener van de herzieningsaanvraag om aan te geven welke wijziging van omstandigheden in materiële zin tot beëindiging van de maatregel nopen.

131 Artikel 47 EU-Handvest. Zie over het recht op effectieve rechtsbescherming: A.M. Reneman, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy* (Oxford: Hart Publishing, 2014) hoofdstuk 4.

132 Zie over procedurele autonomie: H. Oosterom-Staples, 'Effective Right for Third-country Nationals', in: H. Lindahl (red.), *A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom Security and Justice* (Oxford: Hart Publishing, 2009), blz. 75-80.

133 Artikel 8.24 en artikel 8.25 Vb. Zo ook het HvJ EG in zaak 222/86, *Unectef, Jur.* 1987, blz. 4097, ECLI:EU:C:1987:442, punten 14-15 en *Church of Scientology* (nt. 88) punt 17.

134 Artikel 31(4) richtlijn 2004/38/EG bepaalt dat betrokkene zijn eigen verdediging moet kunnen voeren.

135 *Rutili* (nt. 84) punten 37-39, Richtsnoeren 1999, blz. 10-11 en Richtsnoeren 2009, blz. 15.

136 Artikel 30 richtlijn 2004/38/EG.

137 Artikel 31(2) richtlijn 2004/38/EG.

138 Artikel 31(3) richtlijn 2004/38/EG.

Uit de rechtspraak van het HvJ die betrekking heeft op de beperking van het uitreisrecht volgt verder dat lidstaten zich een zelfstandig oordeel moeten vormen over de situatie alvorens zij een beperkende maatregel treffen. In de woorden van het HvJ mag een besluit

'niet uitsluitend (...) worden gebaseerd op motieven die door een andere lidstaat zijn aangevoerd ter rechtvaardiging van een beslissing tot verwijdering van een [EU]-burger van zijn grondgebied, zoals in casu het geval is; dit sluit evenwel niet uit dat met dergelijke motieven rekening wordt gehouden in het kader van de beoordeling door de bevoegde nationale autoriteiten bij het nemen van de maatregel die de verkeersvrijheid beperkt'.¹³⁹

Hoewel er gebruik wordt gemaakt van de internationale terrorismelijst, maakt de Minister van VenJ een selectie op basis van deze en de nationale terrorismelijst, zodat de conclusie is gerechtvaardigd dat er niet uitsluitend op basis van externe overwegingen wordt overgegaan tot een beperking van het uitreisrecht door oplegging van een uitreisverbod.

Geheime informatie

Een laatste aandachtspunt bij het beperken van het uitreisrecht dat is ingegeven door overwegingen die verband houden met terrorisme betreft het gebruik van niet-openbaar gemaakte stukken, zoals ambtsberichten. Hoewel lidstaten verplicht zijn om de betrokkene 'nauwkeurig en volledig' te informeren waarom een beperking van een vrij verkeersrecht is gerechtvaardigd, geldt een uitzondering indien de staatsveiligheid zich hiertegen verzet.¹⁴⁰ In het arrest ZZ sanctioneerde het HvJ het gebruik van geheime informatie in uitzonderlijke gevallen mits

'de bevoegde rechter van de desbetreffende lidstaat beschik[t] over en gebruik ma[akt] van technieken en procesrechtelijke regels waarmee legitieme overwegingen van staatsveiligheid ten aanzien van de aard en de bronnen van de informatie die bij de vaststelling van een dergelijk besluit in aanmerking is genomen, kunnen worden verzoend met de noodzaak om aan de justitiabele genoegzaam te garanderen dat zijn procedurele rechten, zoals het recht om te worden gehoord en het beginsel van hoor en wederhoor, worden geëerbiedigd'.¹⁴¹

Dit betekent dat het bestaan en de gegrondheid van de redenen van staatsveiligheid door de rechter getoetst moeten kunnen worden naast de wettigheid van een maatregel die zijn rechtvaardiging vindt in artikel 27 van de Verbljfsrichtlijn als de maatregel, zoals het uitreisverbod, is bedoeld om de staatsveiligheid te beschermen. Voor dit doel moeten lidstaten regels vaststellen die voorschrijven dat de nationale rechter kennis kan nemen van alle aan het besluit tot geheimhouding ten grondslag liggende redenen en bewijsstukken.¹⁴² Indien lidstaten informatie niet delen met de betrokkene dan ligt de bewijslast geheel bij de staat als stellende partij; er mag geen vermoeden ten gunste van het bestaan van redenen van staatsveiligheid zijn.¹⁴³ Als er naar het oordeel van de nationale rechter ten onrechte een beroep op de staatsveiligheid is gedaan, dan moet de lidstaat

139 *Jipa* (nt. 66) punt 25, met verwijzing naar: HvJ EG zaak C-503/03, *Commissie t. Spanje, Jur.* 2006, blz. I-1097, ECLI:EU:C:2006:74, RV 2006, 32, m.nt. C.A. Groenendijk, *JV* 2006/123, m.nt. M. Bulterman, punt 53. Zo ook: Richtsnoeren 2009, blz. 10.

140 Artikel 30(2) richtlijn 2004/38/EG.

141 HvJ EU (grote kamer) zaak C-300/11, ZZ, 4 juni 2014, ECLI:EU:C:2013:363, RV 2013, 61, m.nt. S. Kok; *JV* 2014/2, m.nt. E. van Kempen, punt 57.

142 *Ibidem*, punten 58-60.

143 *Ibidem*, punt 61.

in de gelegenheid worden gesteld om de informatie die aan een besluit ten grondslag ligt alsnog aan de betrokkene mee te delen. Doet deze dit niet, dan 'onderzoekt de rechter de wettigheid van een dergelijk besluit uitsluitend op basis van de redenen en bewijzen die wel zijn meegedeeld'.¹⁴⁴ Is het beroep op de staatsveiligheid naar het oordeel van die rechter wel terecht, dan hoeft aan de betrokkene alleen

'de essentie van de redenen te worden meegedeeld (...), omdat de noodzakelijke bescherming van de staatsveiligheid niet tot gevolg mag hebben dat de belanghebbende zijn recht om te worden gehoord wordt ontnomen en dat, bijgevolg, zijn recht op een voorziening in rechte (...) ondoeltreffend wordt'.¹⁴⁵

Een punt van kritiek op dit arrest is dat het HvJ niet nader invult wat het verstaat onder 'de essentie van de redenen' die aan de betrokkene meegedeeld moet worden. Verder geldt voor Nederland dat verschillende auteurs zich afvragen of de procedure in artikel 8:29 Awb, die ook geldt voor het opleggen van het uitreisverbod, voldoet aan de door het HvJ geformuleerde uitgangspunten.¹⁴⁶

Verschillende auteurs vragen zich af of de geheimhoudingsprocedure waarin de Awb voorziet, voldoet aan de eisen die het HvJ EU stelt.

4. Tussenbalans

4.1 Algemene opmerkingen

Met dit artikel willen wij een bijdrage leveren aan een lastige discussie. Omdat deze discussie nog gaande is, krijgen onze bevindingen het predicaat 'tussenbalans'; er is volop gelegenheid om de wetsvoorstellen zo in te kleden dat de gesignaleerde knelpunten met het Unierecht verholpen kunnen worden voordat zij kracht van wet krijgen. Ons uitgangspunt en overtuiging is dat de strijd tegen het terrorisme om actie vraagt. Echter, niet elke actie is geoorloofd; maatregelen die beogen om de democratie en de rechtsstaat te beschermen, mogen zelf niet in strijd zijn met de uitgangspunten van die democratische rechtstaat.¹⁴⁷

Aan ons betoog lag de aannahme ten grondslag dat er een direct verband is tussen het van rechtswege vervallen van een reisdocument en de uitoefening van het fundamentele reis- en verblijfsrecht binnen de EU dat Nederlanders uit hoofde van hun hoedanigheid van EU-burger rechtstreeks aan het Unierecht ontlent. In paragraaf 2.2 hebben wij deze aannahme onderbouwd. Onze tweede aannahme was dat hoewel de afgifte van reisdocumenten een exclusieve bevoegdheid van lidstaten is, zij deze bevoegdheid, naar analogie met de arresten *Rottmann* en *Bickel en Franz*, moeten uitoefenen met inachtneming van het Unierecht, in het bijzonder de door dat rechtsregime gegeven ruimte om de uitoefening van een Unierecht te beperken, i.c. de in paragraaf 3 besproken openbare orde.

Bij de inhoudelijke bespreking is op verschillende punten een kritische noot geplaatst. Deze kanttekeningen worden hier niet herhaald. Onze waardering in deze tussenbalans valt in drie onderdelen uiteen: verenigbaarheid met de materiële openbare

orde-norm, de procedurele waarborgen waarmee een beperking van het uitreisrecht omgeven moet zijn en de effectiviteit van de voorgenomen maatregelen. Op alle punten vragen de wetsvoorstellen volgens ons om een herbezinning.

Alvorens deze drie punten uit te werken, een opmerking van algemenere strekking die zich niet laat rangschikken onder een van de genoemde punten. Deze betreft het door de regering aangevoerde argument dat ook andere EU-lidstaten vergelijkbare maatregelen hebben voorgesteld of vastgesteld.¹⁴⁸ Dit argument is naar onze mening niet steekhoudend, omdat tekortkomingen van andere lidstaten niet af doen aan de verplichtingen die Nederland is aangegaan in Unierechtelijke context. Het HvJ heeft immers nooit als rechtvaardiging voor een inbreuk van het Unierecht geaccepteerd dat andere lidstaten ook in strijd met het Unierecht handelen.¹⁴⁹ Nederland is uit hoofde van het beginsel van Unieloyaliteit onder alle omstandigheden gehouden om het Unierecht na te leven dan wel de volle werking van dat recht te waarborgen.¹⁵⁰ Deze verplichting vervalt niet omdat andere lidstaten zich niet aan het Unierecht houden.

4.2 Materiële openbare orde-norm

Op grond van onze analyse van de opebare orde-norm zien wij op twee aandachtspunten. Ten eerste: Waarom is een fundamenteel belang van de *Nederlandse* samenleving gediend met het uitreisverbod en het van rechtswege vervallen van het reisdocument? Ten tweede: Voldoet een bevoegdheid om een uitreisverbod op te leggen bij een 'gegrond vermoeden' van uitreis om zich aan te sluiten bij een terroristische organisatie aan de strenge Unierechtelijke norm die eist dat het persoonlijke gedrag van de betrokkene een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor die samenleving vormt?

Waar het bij de in deze bijdrage geanalyseerde maatregelen knelt, is of er met het opleggen van een uitreisverbod een fundamenteel belang van de *Nederlandse* samenleving wordt gediend, zoals het Unierecht voorschrijft. In dit verband willen wij benadrukken dat eerder de optie – waarnaar het toenmalig kamerlid Dijkhoff c.s. vroeg – om een stelsel van bestemmingsvisa waarmee het reizen naar bepaalde bestemmingen zonder voorafgaande toestemming verboden zou worden, in te voeren juist door de regering van de hand is gewezen omdat het 'niet hard te maken is' dat deze 'onze democratische samenleving (...) bescherm[t]'.¹⁵¹ Hoewel lidstaten in de beoordeling van het gevaar in relatie tot de samenleving een zekere beoordelingsruimte genieten, is deze niet onbeperkt. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.2 is het verre van duidelijk wat het HvJ aanmerkt als 'een fundamenteel belang van de samenleving'. Onze beoordeling wordt verder bemoeilijkt door het feit dat het HvJ in relatie tot het uitreisrecht zich niet heeft uitgelaten over de invulling van het begrip 'fundamenteel belang van de samenleving'. Wij betwisten niet dat de strijd tegen het terrorisme in principe een openbare orde-maatregel kan rechtvaardigen, maar vragen ons af of lidstaten onder 'fundamenteel belang van de samenleving' ook mogen verstaan

144 Ibidem, punt 63.

145 Ibidem, punt 65.

146 R. de Bree, 'Een analyse van het arrest ZZ (HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11) en de moeizame verhouding tussen geheime procesvoering en het recht op een eerlijk proces', *Nederlands tijdschrift voor Europees Recht* (2013-10), blz. 333-338, S. Kok, *RV* 2013, 61, punt 4; M. Reneman, *AB* 2013/374.

147 Zo ook: Advies Wetsvoorstel TwbM College voor de Rechten van de Mens (Advies College voor de RvdM), paragraaf 3 en Commissie Meijers, Opmerkingen bij het ontwerp-wetsvoorstel TwbM, <http://bit.ly/1QbMhPI>

148 Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet, MvT, paragraaf 7 en Wetsvoorstel TwbM, MvT, paragraaf 9.

149 HvJ EG zaak C-146/89, *Commissie t. Verenigd Koninkrijk*, *Jur.* 1991, blz. 3533, ECLI:EU:C:1991:294, punt 47.

150 Artikel 4(3) Verdrag inzake de Europese Unie.

151 TK 2013-2014, 29 754, nr. 238, Brief van de Minister van VenJ aan de voorzitter van de Tweede Kamer, 7 november 2013

het belang van de samenleving in een derde staat waar ernstige mensenrechtenschendingen zullen worden gepleegd door de eigen onderdanen, zoals de regering aanvoert.¹⁵²

Met de Raad voor de Rechtsbescherming delen wij het standpunt dat het Wetsvoorstel Twbm de nodige nuancering behoeft in

Een toekomstig lidmaatschap is volgens het HvJ EU geen rechtvaardiging voor een openbare orde-maatregel.

Ons tweede punt betreft het feit dat 'een geground vermoeden' dat de betrokkene zich zal aansluiten bij een terroristische strijd-groepering voldoende zal zijn om een uitreisverbod op te leggen en het paspoort van rechtswege zal vervallen. Is 'een geground vermoeden' afdoende om te kunnen spreken van persoonlijk gedrag dat een actueel en werkelijk gevaar voor de samenleving vormt? In dit verband brengen wij in herinnering dat artikel 27(2) van de Verbljfsrichtlijn lidstaten verbiedt om een openbare orde-maatregel als middel van algemene preventie in te zetten.¹⁵³ Ook als het persoonlijk gedrag bestaat uit een lidmaatschap van een organisatie, geldt op grond van het *Van Duyn*-arrest dat het moet gaan om een bestaand lidmaatschap. Hoewel het HvJ zich in het *Van Duyn*-arrest beperkte tot de vaststelling dat een reeds beëindigd lidmaatschap geen rechtvaardiging kon zijn voor een openbare orde-maatregel, geldt vooralsnog naar onze mening naar analogie dat een toekomstig lidmaatschap van een organisatie geen rechtvaardiging kan zijn voor een openbare orde-maatregel.

In dit verband merken wij ook op dat met de beperkende maatregelen wordt beoogd om een toekomstig gevaar voor de Nederlandse samenleving af te wenden, namelijk van gedesillusioneerde terugkeerders. Is het afwenden van een toekomstig gevaar aan te merken als een actueel gevaar, zoals artikel 27(2) van de Verbljfsrichtlijn voorschrijft? In dit verband wijzen wij ook op de *ex nunc* verplichting die vereist dat er wordt getoetst op basis van de feiten zoals die op het moment van beoordeling op tafel liggen.

Naast het principiële punt dat 'een geground vermoeden' niet aan de Unierechtelijke eisen voldoet, baart de invulling die in de MvT aan dit begrip wordt gegeven ons zorgen. Uit de MvT blijken 'concrete aanwijzingen' – zijnde uitlatingen over een intentie van uitreis of het treffen van voorbereidingshandelingen en de aanwezigheid van connecties met een terroristische organisatie – die afkomstig moeten zijn van de politie, justitiële autoriteiten of de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, voldoende te zijn om een 'gegrond vermoeden' aan te nemen (paragraaf 1.2). Hoewel uit de in paragraaf 3.2 besproken jurisprudentie van het HvJ volgt dat een strafrechtelijke veroordeling niet is vereist om een openbare orde-maatregel te treffen, geldt, zoals gezegd, dat niet kan worden volstaan met een 'louter op vermoedens gebaseerde dreiging'.

Hoewel niet vereist op grond van de rechtspraak van het HvJ, zijn wij van mening dat een eerdere veroordeling die in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of sympathieën wel het vermoeden objectieveert dat de intentie van uitreis is om zich aan te sluiten bij een terroristische strijd-groepering. Het kan immers niet zo zijn dat een 'stoer bericht' op *social media* wordt gekwalificeerd als een concrete aanwijzing van een intentie om Nederland te verlaten of voldoende is om te spreken van voorbereidingshandelingen daartoe.

de vorm van definities van kernbegrippen die dat wetsvoorstel worden gebruikt,¹⁵⁴ zodat het 'gegrond vermoeden van uitreis' ingekaderd wordt en de bevoegdheid van de Minister van V&J minder 'discretionair' is en daarmee voor rechterlijke toetsing vatbaar wordt. Deze verduidelijking is naar onze mening des te meer geboden nu, naar mag worden aangenomen, het eerder de regel dan de uitzondering zal zijn dat het gegrounde vermoeden van uitreis zal zijn gebaseerd op geheime stukken afkomstig van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

4.3 Procedurele voorwaarden

Er van uitgaande dat een uitreisverbod en het van rechtswege vervallen van het paspoort rechtstreeks raakt aan het Unierechtelijke uitreisrecht, moeten de rechtswaarborgen waarmee deze rechtsfiguur wordt omkleed voldoen aan de eisen die artikel 47 van het EU-Handvest stelt. Uit de toelichting bij deze bepaling volgt dat dit zowel de waarborgen voorzien in artikel 6 als 13 EVRM omvat. Daarmee wordt de kwalificering van de maatregel als bestuursrechtelijk of strafrechtelijk voor de toepassing van het Unierecht en de vereiste rechtsbescherming minder relevant; ook bij bestuursrechtelijke maatregelen moet aan artikel 6 EVRM worden voldaan.¹⁵⁵ Aangezien het hier een recht betreft dat in richtlijn 2004/38/EG is verankerd, gelden ook de in artikel 30-33 van die richtlijn opgenomen waarborgen onverkort. In het licht van deze bepalingen zijn naast de reeds geplaatste kanttekening over de geheimhouding in het belang van de staatsveiligheid, de volgende opmerkingen op hun plaats. De eerste betreft het ontbreken van de mogelijkheid om bezwaar in te dienen. Dit wordt gemotiveerd door de noodzaak om snel uitsluitel te krijgen over de rechtmatigheid van het besluit door een onafhankelijke rechter (paragraaf 1.4). Deze keuze lijkt een toets aan artikel 31 van voornoemde richtlijn te kunnen doorstaan nu de woorden 'administratieve rechtsmiddelen' worden voorafgegaan door de woorden 'en in voorkomend geval'. Problematischer wordt het onthouden van schorsende werking aan het beroep nu artikel 31(2) van de Verbljfsrichtlijn expliciet voorschrijft dat 'een voorlopige voorziening ter opschorting van de uitvoering' is vereist. Mag uit het feit dat er in artikel 31(2) van die richtlijn staat dat deze voorlopige voorziening ziet op een *verwijderingsbesluit*, worden afgeleid dat deze waarborg niet geldt bij een besluit dat het uitreizen verbiedt omdat dit geen verwijderingsbesluit is? Deze conclusie lijkt ons niet juist, gezien het doel dat met rechtsbescherming wordt beoogd; het nuttig effect van de rechten in de Verbljfsrichtlijn waarborgen. Het is daarom van cruciaal belang dat er duidelijkheid komt over de rechtsfiguur van een voorlopige voorziening, waarin wel wordt voorzien. Hoewel er niet wordt voorzien in de mogelijkheid om herziening te vragen, zoals artikel 32(1) van de Verbljfsrichtlijn voorschrijft, geldt dat elk besluit tot oplegging van een uitreisverbod om de zes maanden ambtshalve door de bevoegde minister opnieuw zal worden beoordeeld, waarbij de bewijslast bij de minister zal liggen. Ook al kan de betrokkene niet zelf een verzoek indienen, dan nog lijkt het voorstel wel de waarborgen te bieden waarin voornoemd artikellid beoogd te voorzien.

¹⁵² In paragraaf 2 van het Wetsvoorstel Wijziging Paspoortwet.

¹⁵³ Zie: Wetsvoorstel Twbm, MvT paragraaf onder punt d, waar een vergelijking wordt gemaakt met het afnemen van het rijbewijs van een automobilist die onder invloed rijdt om te onderbouwen dat het niet gaat om een punitieve maatregel in de zin van artikel 6 EVRM.

¹⁵⁴ Raad voor de Rechtspraak, blz. 3.

¹⁵⁵ Advies College voor de RvdM, blz. 6.

Zolang een identiteitskaart nog geldig is, kan iemand via Turkije naar de grens met Irak en Syrië reizen, en die te voet oversteken.

4.4 Effectiviteit uitreisverbod

Ter afsluiting van onze ‘tussenbalans’ aandacht voor de effectiviteit van de voorgenomen maatregelen. In paragraaf 2.7.2 van de MvT bij het *Wetsvoorstel Twbm* staat immers dat een uitreisverbod effectief moet zijn, hetgeen betekent dat het ‘daadwerkelijk [moet dienen] ter verwezenlijking van het beoogde doel (het voorkomen van uitreis met als doel aansluiting bij een aangegeven terroristische organisatie).’

In dit verband memoreren wij aan het betoog van de regering naar aanleiding van de reeds genoemde vragen van kamerlid Dijkhoff c.s.. Het door de regering aangevoerde argument om een stelsel van bestemmingsvisa waarmee het reizen naar bepaalde bestemmingen zonder voorafgaande toestemming verboden zou worden, af te wijzen, luidde dat dit een dergelijk stelsel

‘een ongerechtvaardigde beperking [vormt] op het recht het land te verlaten, omdat niet hard te maken is, dat de beperking op dit recht een noodzakelijk, effectief middel is om het doel – het voorkomen dat jihadstrijders afreizen – te bereiken en aldus onze democratische samenleving te beschermen. Dit betekent dat het invoeren van een stelsel van bestemmingsvisa neer zou komen op een schending van het recht het land te verlaten, wat in strijd zou zijn met mensenrechtenverdragen’.¹⁵⁶

In het licht van deze overweging bevreedt het dat er geen analyse is gegeven waarom een uitreisverbod wel een ‘noodzakelijk en effectief middel’ is om te voorkomen dat Nederlanders uit Nederland vertrekken met de bedoeling om zich aan te sluiten bij een terroristische organisatie. De vraag die beantwoord moet worden is: Wat is het essentiële verschil tussen een bestemmingsvisum en een uitreisverbod waardoor een uitreisverbod niet eenvoudig is te omzeilen, uitvoerbaar is en gehandhaafd kan worden? Een identiteitskaart kan immers niet worden ingetrokken of vervallen worden verklaard (paragraaf 1.1). Dit betekent dat zolang de geldigheidsduur van een reeds afgeven identiteitskaart niet is verlopen, het mogelijk is om met gebruikmaking van dat document via Turkije naar de grens met Irak en Syrië te reizen om deze vervolgens te voet over te steken. Zolang er over een geldige identiteitskaart wordt beschikt, kan er dus binnen de EU en zelfs daarbuiten worden gereisd, ondanks een door Nederland opgelegd uitreisverbod.

Het is precies dit voorbeeld dat de regering in zijn reactie op de vragen van kamerleden Dijkhoff c.s. gebruikte alvorens te concluderen dat een stelsel van bestemmingsvisa ‘eenvoudig

te omzeilen [en] (...) praktisch weinig uitvoerbaar en handhaafbaar [is]’ en derhalve niet voldoet aan de noodzakelijkheidsvoorwaarde, omdat het middel niet geschikt is om het doel te bereiken.

Met het oog op de beoordeling van de effectiviteit van een uitreisverbod gecombineerd met het van rechtswege vervallen van het reisdocument moet, tot slot, in herinnering worden gebracht dat Nederland bij de handhaving ervan afhankelijk is van de medewerking van de grensbewakingsautoriteiten van de andere lidstaten en zelfs van die van Turkije. Vanwege de Schengensamenwerking geldt voor Nederland immers dat zij uitsluitend kan controleren of een uitreisverbod wordt nageleefd bij een vertrek met een bestemming buiten het Schengengebied als Nederland via een lucht- of zeehaven wordt verlaten. Bij elke andere reisroute, b.v. via het Brusselse Zaventem dat met de auto of de trein makkelijk bereikt kan worden, zijn het de autoriteiten van de andere lidstaat die verantwoordelijk zijn voor de naleving van het uitreisverbod, omdat zij degene zijn die de controle aan de Schengenbuitengrenzen verrichten.¹⁵⁷ Deze controles houden voor Unieburgers in dat hun identiteit systematisch aan de hand van het reisdocument wordt vastgesteld, waarbij gebruik mag worden gemaakt van databanken. Tevens mag, mits dit niet systematisch gebeurt, worden gekeken of er sprake is van persoonlijk gedrag dat een ‘reëel, actueel en voldoende ernstige gevaar voor de binnenlandse veiligheid, de openbare orde, de internationale betrekkingen van de lidstaten dan wel een gevaar voor de volksgezondheid vormt’.¹⁵⁸

Dit betekent dat bij een uitreisverbod dat wordt opgelegd zonder signaleren van een van rechtswege vervallen paspoort – simpelweg omdat er altijd gebruik is gemaakt van een identiteitskaart en er nooit een paspoort is afgegeven dat van rechtswege kan vervallen – het nog maar de vraag is of de betrokkene aan de Schengenbuitengrens daadwerkelijk wordt staande gehouden. Het persoonlijk gedrag dat de rechtvaardiging is voor het uitreisverbod mag immers niet systematisch worden gecontroleerd door de autoriteiten van andere lidstaten die de buitengrenscontrole uitvoeren.

¹⁵⁶ TK 2013-2014, 29 754, nr. 238, Brief van de Minister van VenJ aan de voorzitter van de Tweede Kamer, 7 november 2013.

¹⁵⁷ Artikel 7(2) Verordening (EG) Nr. 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (verder: SGC), *Pb. EG* 2006, L 105/1, zoals gewijzigd door Verordening (EU) nr. 610/2013, *Pb. EU* 2013, L 182/1.

¹⁵⁸ Artikel 7(2) derde alinea SGC.