

Naar een gelijkere speelveld bij vaststelling nationaliteit en identiteit van migranten

Commentaar

De **adviesraad migratie (ACVZ)** is een onafhankelijk adviesorgaan ingesteld bij wet. De raad adviseert regering en parlement over migratie. Hij onderzoekt beleid en wetgeving en geeft aan waar verbeteringen mogelijk zijn. De adviesraad brengt praktische adviezen uit die gericht zijn op het oplossen van bestaande en te verwachten problemen.

Colofon

Naar een gelijk speelveld bij vaststelling van nationaliteit en identiteit van migranten

Uitgave van de adviesraad migratie (ACVZ), Den Haag, april 2022

Adviesraad migratie (ACVZ)

Turfmarkt 147

2511 DP 's-Gravenhage

acvz@acvz.org

www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl

Tel: 070 3704300

1 Inleiding

In de [programmalijs effectieve rechtsbescherming](#) verkent de Adviesraad Migratie (ACVZ) in een serie commentaren hoe de 'menselijke maat' in het migratiebeleid centraler kan komen te staan. De adviesraad verstaat daaronder dat recht gedaan wordt aan de fundamentele rechten van mensen bij de totstandkoming en uitvoering van wet-, regelgeving en beleid en dat de [menselijke waardigheid](#) beschermd wordt. Het doel van deze serie commentaren is om te verkennen of er voldoende aandacht is voor de menselijke maat bij de totstandkoming en uitvoering van het migratiebeleid.

In dit vierde commentaar staat de vaststelling van nationaliteit en identiteit van migranten centraal.¹ Aan de hand van vier casussen maken we de knelpunten inzichtelijk bij de bewijslastverdeling tussen individu en overheid bij het vaststellen van de nationaliteit en identiteit van migranten. In hoeverre is de door de overheid en rechtspraak gehanteerde bewijsmaatstaf redelijk tegenover de migrant en wat betekent dit voor zijn rechtsbescherming? Welke mogelijkheden zijn er om (beter) rekening te houden met de 'menselijke maat' en welke kansen bieden recente ontwikkelingen in de jurisprudentie hiertoe?

Bewijsregels migratierecht

In het **bestuursrecht**, waar het migratierecht onderdeel van uitmaakt, geldt dat de **aanvrager zijn beweringen moet onderbouwen**. Het is daarom in eerste instantie aan de migrant om aan te geven dat wordt voldaan aan de voorwaarden voor verblijf in Nederland. Hieronder valt ook de (inspannings)verplichting om te onderbouwen wie je bent (inclusief leeftijd), en waar je vandaan komt. Verder geldt als uitgangspunt de '**vrije bewijsleer**'. De Algemene wet bestuursrecht (Awb) kent verder **geen concrete bewijsregels** op dit punt vanwege het belang dat bij de totstandkoming van de wet werd gehecht aan waarheidsvinding. De rechter zou immers een actieve rol hebben bij de zoektocht naar en het vaststellen van de feiten. Vaste regels over omvang van bewijs en bewijslastverdeling zouden daarbij belemmerend kunnen werken. En als het bestuur de feiten zou vaststellen, dan moet de rechter de **bewijslast naar redelijkheid en billijkheid** over de partijen **verdelen**, rekening houdend met de (mogelijk) ongelijke verhouding tussen partijen.²

Dit laatste is het geval in het **migratierecht**: de rechter stelt zich terughoudend op en het bestuur, dus de staatssecretaris via de IND, stelt de feiten vast,

¹ Bij nationaliteit gaat het om het land waarvan iemand onderdaan is. Bij identiteit gaat het om persoonskenmerken als naam en leeftijd. Vaak speelt ook herkomst nog een rol (bijvoorbeeld om te bepalen of iemand veilig in een ander deel van het herkomstland kan verblijven). Het gaat dan om de plek waar iemand de laatste tijd diens feitelijke verblijfplaats heeft gehad.

² Zie o.a. Y. Schuurmans, 'De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht', in: *Meijersreeks*, 2006, p. 34-35, te vinden via <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2885120/view>

waaronder nationaliteit en identiteit. Over deze vaststelling en de bewijslastverdeling zijn een **aantal afspraken** neergelegd in de Vreemdelingenwet 2000 en lagere regelgeving, waarin ook de ongelijke onderlinge verhoudingen tussen migrant en overheid zijn meegenomen,³ waarbij ook **onderscheid gemaakt wordt tussen 'soort' migratie of verblijfsdoel**. Om te kunnen beoordelen of iemand bescherming nodig heeft tegen vervolging of ernstige schade, moet de **asielzoeker aannemelijk** maken diegene te zijn die hij zegt te zijn. Daarbij geldt het principe van **samenwerking** (tussen individu en overheid) en het **voordeel van de twijfel** (richting het individu). Voor **reguliere verblijfsgronden** moet de nationaliteit en identiteit worden **aangetoond**, tenzij er sprake is van bewijsnood. Dat is het geval als het echt niet mogelijk is (niet verwijtbaar) om de identiteit en/of nationaliteit aan te tonen.

Equality of arms

De adviesraad kijkt hoe de bewijslastverdeling voor de vaststelling van nationaliteit en identiteit in de uitvoeringspraktijk zich verhoudt tot het beginsel van *equality of arms*. Dit beginsel impliceert een gelijk speelveld tussen partijen die tegen elkaar procederen. Het beginsel geeft de betrokken burger, in dit geval de migrant, het recht om in een **gelijkwaardige positie** tegen de overheid te kunnen procederen, bijvoorbeeld door het recht om gehoord te worden en de gelijke toegang tot informatie.⁴ Alle betrokken procespartijen moeten redelijkerwijs de mogelijkheid hebben hun zaak of claim te bepleiten **zonder op een achterstand** te worden gezet ten opzichte van andere procespartijen. Kern van het beginsel is dat tussen partijen **evenwicht** moet bestaan onder meer met betrekking tot de mogelijkheid om bewijsmateriaal aan te dragen.⁵

Dit beginsel maakt onderdeel uit van het fundamentele recht op een eerlijk proces zoals dat is verankerd in artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 47 EU Handvest voor de Grondrechten (Handvest). Volgens de vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) moet, waar het gaat om proceseisen, de waarborgen van *fair trial* uit artikel 6 EVRM⁶ toegepast worden. Het gaat om een dusdanig algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat dit ook los van genoemde verdragsbepaling in de nationale rechtsorde van toepassing is.⁷

Eerdere publicaties van de adviesraad die raken aan het thema bewijslastverdeling in het migratierecht zijn onder andere [Waar een wil is maar geen weg](#) (2013), [De geloofwaardigheid gewogen](#) (2016), [Weten en wegen](#) (2020) en [Nadeel van de twijfel](#) (2020). In de laatste hebben we gesignaleerd dat de wijze waarop momenteel de leeftijdsbepaling bij (gestelde) minderjarige

³ Zie hierover meer uitgebreid paragraaf 2.

⁴ EHRM, *K. t. Finland*, 19 juli 1995.

⁵ EHRM, *Korosec t. Slovenië*, 8 oktober 2015.

⁶ EHRM, *Maaouia t. Frankrijk*, 5 oktober 2000.

⁷ Zie o.a. ABRvS, 19 april 2021 ECLI:NL:RVS:2012:BW4915; ABRvS, 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674. Zie ook Zie T. Barkhuysen en M. van Emmerink, 'Equality of arms en de Algemene Wet Bestuursrecht' in: *25 jaar Awb*, p. 246.

asielzoekers plaatsvindt een te hoge bewijslast oplegt aan deze jonge asielzoekers.

2. Vaststelling van nationaliteit en identiteit

2.1. Praktijkvoorbeelden en toetsingskader

In deze paragraaf beschrijven we vier casussen.⁸ De eerste twee casussen hebben betrekking op een asielaanvraag. De derde casus gaat over nareizende migranten die zich willen herenigen met een gezinslid die in Nederland een asielvergunning heeft gekregen. De vierde betreft een reguliere aanvraag tot verblijf bij kind.

2.1.1 Asiel

Casus 'Abdi'⁹

Abdi vroeg op 3 januari 2019 asiel aan in Nederland en stelde afkomstig te zijn uit Barawe in Somalië. Hij was van Barawe naar Marka gevlucht vanwege de oorlog tussen Al Shabaab en de Somalische regering. In Marka werd hij bedreigd door Al-Shabaab strijders, waarna hij naar Nederland is gevlucht. Van de smokkelaar had hij een paspoort gekregen. Dit paspoort bleek later een vals Tanzaniaans paspoort te zijn, met een Schengenvisum uitgegeven door de Franse ambassade in Dar es Salaam. Vanwege de match in het EU-Visa Informatie Systeem (EU-VIS) vond de IND de gestelde Somalische nationaliteit en identiteit niet geloofwaardig. Het asielrelaas werd daarom niet inhoudelijk beoordeeld. De aanvraag was kennelijk ongegrond omdat Abdi de IND zou hebben misleid.

Abdi heeft bij zijn gehoor direct en uit eigen beweging verklaard dat het niet zijn eigen paspoort was. Hij gaf aan dat hij net als veel Somaliërs geen officiële ID-documenten had en dat een vals document via een 'reisagent' eigenlijk de enige optie was om te kunnen vluchten. De IND heeft geen nader onderzoek gedaan naar hoe en waarom de Franse ambassade het visum heeft afgegeven. Ook werd er geen aanvullend identiteitsgehoor afgenomen. De IND stelde zich op het standpunt dat Abdi de Tanzaniaanse nationaliteit heeft. Aan zijn Somalische *herkomst* werd niet getwijfeld: alle vragen over zijn herkomst kon Abdi goed beantwoorden. Abdi heeft verder ter onderbouwing van zijn Somalische nationaliteit een nationaliteitsverklaring en een geboorteverklaring overgelegd. Ook was hij bereid een taalanalyse en een DNA-test te ondergaan. Zijn naaste familie verbleef al in Nederland op grond van een erkende Somalische nationaliteit. De IND vond dat niet nodig: samen met de verklaringen en documenten was het onvoldoende om de registratie van de Tanzaniaanse nationaliteit uit EU-VIS te weerleggen.

⁸ De casussen zijn ontleend aan de jurisprudentie maar de namen zijn fictief.

⁹ Zie ECLI:NL:RBDHA:2021:13172. Zie voor andere voorbeelden o.a. SVMA en VAJN, *Ongehoord Onrecht in het vreemdelingenrecht*, april 2021, nrs. 24, 28, 40, 43; VluchtelingenWerk Nederland, *Web van Wantrouwen*, juni 2021 p. 13.

Samenwerking en voordeel van de twijfel

Een asielzoeker moet een oprechte inspanning leveren om zijn asielverzoek te staven.¹⁰ Zoals gezegd moeten asielzoekers hun asielrelaas, inclusief nationaliteit en identiteit niet aantonen, maar aannemelijk maken. Deze bewijsmaatstaf geeft in theorie rekenschap van de omstandigheden waaronder asielzoekers hun land verlaten hebben. Dit is vaak heel plotseling met gebrek aan tijd of mogelijkheden om documenten mee te nemen. Ze vluchten uit landen waar niet altijd een goede registratie plaatsvindt of heeft gevonden door oorlog of zwakke bestuurlijke infrastructures. Het is niet redelijk te verwachten dat iemand zich, gezien de gestelde vrees voor vervolging, wendt tot diezelfde overheid om documenten op te vragen.¹¹ Van een asielzoeker kan wel verlangd worden dat hij een bevredigende verklaring geeft waarom documenten ontbreken. Kortom, er wordt in het asielrecht uitgegaan van een samenspel tussen aanvrager en overheid bij de beoordeling van de beschermingsvraag: een samenwerkingsplicht.¹² Die gezamenlijk inspanning van de asielzoeker en de IND is bedoeld om alles wat relevant is voor de beoordeling van de aanvraag op tafel te krijgen en bij de beoordeling van het asielverzoek te betrekken. Daarnaast geldt het uitgangspunt dat aan de asielzoeker het 'voordeel van de twijfel' wordt gegeven.¹³

Geloofwaardigheidstoetsing

De IND moet alle relevante elementen van het asielrelaas, waaronder nationaliteit en identiteit, elk op zichzelf beoordelen en vervolgens in samenhang wegen in een 'integrale geloofwaardigheidsbeoordeling' (*IND Werkinstructie 2014/10*).¹⁴ De vaste jurisprudentie van de Afdeling stelt wel dat het asielrelaas slechts betekenis

¹⁰ Artikel 4:2 lid 2 van de Awb jo artikel 31, zesde lid, van de Vw 2000. Van de asielzoeker wordt verwacht dat hij (zijn persoonlijke omstandigheden en referentiekader in aanmerking genomen) zijn best doet om zijn aanvraag zo goed mogelijk te onderbouwen met documenten en verklaringen. Dat betekent dat hij zo volledig mogelijk heeft verklaard, de gestelde vragen naar beste kunnen heeft beantwoord en anderszins zo goed mogelijk heeft meegewerkt aan het vaststellen van de relevante elementen.

¹¹ ACVZ, *De geloofwaardigheid gewogen. Een advies over het onderzoeken, integraal beoordelen en toetsen van verklaringen in de asielprocedure*, 2016, p. 7; Europees Migratienetwerk (EMN), *Het vaststellen van de identiteit van asielzoekers*, 2012, p. 3, 27.; EASO, *Evidence and credibility assessment in the context of the CEAS*, 2018, p. 30. Zie in dit licht ook uitspraken van de Afdeling van 16 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1508, en 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:576 en ECLI:NL:RVS:2019:649 waaruit blijkt dat van een Eritrese vreemdeling niet wordt verlangd zich alsnog tot de Eritrese autoriteiten wendt om, bijvoorbeeld, alsnog officiële documenten te verkrijgen.

¹² UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, December 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, para 195-196; UNHCR, *Note on Standard and Burden of Proof in Refugee claims*, 1998; UNHCR, *Beyond Proof*, 2013. Zie verder artikel 4 EU Kwalificatierichtlijn (2011/95/EU). Hierin staat dat de verzoeker alle elementen om het asielverzoek te onderbouwen zo snel mogelijk indient, en dat de lidstaat de relevante elementen *in samenwerking* met de verzoeker beoordeelt.

¹³ Artikel 4 lid 5 Kwalificatierichtlijn. Zie bijvoorbeeld ook EHRM, J.K. e.a. t. Zweden, 23 augustus 2016, nr. 59166/12, para 92-93. Dat wordt verleend wanneer is voldaan aan een aantal voorwaarden, zoals het leveren van oprechte inspanningen om het verhaal te onderbouwen, het overleggen van relevante elementen en het geven van verklaringen over het ontbreken van stukken, en het in algemene zin zorgdragen voor een geloofwaardig en samenhangend relaas. Deze uitgangspunten zijn terug te vinden in artikel 31 Vw 2000 en uitgewerkt in paragraaf 4.4. Vc 2000.

¹⁴ ABRvS, 20 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018

kan hebben tegen de achtergrond van de nationaliteit en identiteit van de asielzoeker.¹⁵

Tot 2014 gold bij de geloofwaardigheidsbeoordeling in asielzaken het leerstuk van de 'positieve overtuigingskracht' (POK-toets). Deze toets is in 2014 vervangen door de 'integrale geloofwaardigheidstoets'. De POK-toets hield in dat de IND hogere eisen mocht stellen aan de overtuigingskracht van verklaringen van de asielzoeker als hij geen documenten had om deze te onderbouwen. De rechter mocht deze beoordeling slechts terughoudend toetsen. Hierop was veel kritiek van o.a. de UNHCR. De bewijslast voor de asielzoeker was te zwaar; als de herkomst niet werd geloofd, werden andere (inhoudelijke) onderdelen van het asielrelaas niet meer beoordeeld. En hoewel het beginsel van voordeel van de twijfel al wettelijk was vastgelegd, werd het niet concreet toegepast in de uitvoeringspraktijk.¹⁶ Een van de redenen voor de afschaffing van deze manier van toetsen was dat de motivering van de POK-toetsing niet altijd inzichtelijk was, waardoor in soortgelijke zaken een verschillende bewijslast kon gelden.¹⁷

Het is daarom opvallend dat de nieuwe 'integrale geloofwaardigheidstoetsing' in de praktijk weinig verschil lijkt te maken. De beoordeling van de vraag of er een recht is op asielbescherming komt nu eigenlijk ook pas aan de orde indien nationaliteit en identiteit geloofwaardig zijn bevonden.¹⁸ Het is niet altijd duidelijk hoe de weging van verschillende elementen van het relaas plaatsvindt en in hoeverre het beginsel van het voordeel van de twijfel wordt toegepast.¹⁹ De rechtelijke toets blijft terughoudend en de Afdeling stelde letterlijk dat er met de nieuwe werkinstructie geen sprake was van een wijziging in de bewijslastverdeling.²⁰

Bewijsnood, contra-expertise en ander relevant bewijs

Een beroep op bewijsnood, kort gezegd het objectief gezien niet in staat zijn om het gevraagde bewijs te leveren, komt geregeld voor in zaken waarbij asielzoekers niet beschikken over identiteitsdocumenten. Vanuit de samenwerkingsplicht bezien kan de IND in dat geval aanvullend onderzoek doen²¹ of contra-expertise (laten) uitvoeren. In de praktijk wordt niet snel aangenomen dat sprake is van bewijsnood en/of dat contra-expertise of nader onderzoek mogelijk moet worden gemaakt.

¹⁵ ABRvS, 21 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2896; ABRvS, 6 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:292.

¹⁶ UNHCR, *Beyond Proof*, p. 2013, p. 228, 231, 238. Zie ook Amnesty International, *Bewijsnood*, 17 november 2020, p. 17 e.v.

¹⁷ Kamerstukken II, 34088, nr. 3 (Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van Vw 2000 ter implementatie van de EU Asielprocedurerichtlijn).

¹⁸ Zie supra noot 15. Zie ook Kamerbrief d.d. 8 juli 2021, p. 3.

¹⁹ ACVZ, *Geloofwaardigheid gewogen*, 2016; Universiteit Leiden en Vluchtelingenwerk, *Bij gebrek aan bewijs*, 2016.

²⁰ ABRvS, 2 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2439.

²¹ Zie o.a. ABRvS 1 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3743, r.o. 7; paragraaf C1/2.2 Vc 2000.

In theorie kan de asielzoeker namelijk ook *ander relevant* bewijs inbrengen om zijn nationaliteit en identiteit aannemelijk te maken door middel van andere documenten of bewijsmateriaal.²² Ook dit bewijs wordt integraal getoetst, en moet dus van een bepaalde kwaliteit zijn om te overtuigen en consistent zijn met verklaringen van de asielzoeker. Dat is op zich logisch: de nationaliteit en identiteit moeten immers aannemelijk worden gemaakt. Maar in de praktijk blijft de toetsing dusdanig stringent dat het voor de individuele asielzoeker erg moeilijk is om hieraan te voldoen.²³

Leeftijdsbepaling

Uit de casus van Abdi volgt ook dat de bewijslast hoger ligt dan 'aannemelijk maken' om de registratie in een EU-registratiesysteem te weerleggen. De IND gaat in dat geval uit van het 'interstatelijk vertrouwensbeginsel'.²⁴ Het is aan de asielzoeker om de juistheid van die registratie te weerleggen. Aan dit te leveren 'tegenbewijs' worden hoge eisen gesteld: het moet gaan om authentieke en identificerende brondocumenten. Dat betekent dat het moet gaan om een officieel document dat is afgegeven door de autoriteiten in het land van herkomst met pasfoto.²⁵ Feitelijk gaat het dan eigenlijk om *aantonen* van de nationaliteit en identiteit, in plaats van *aannemelijk maken*.

Deze hogere maatstaf speelt ook bij de leeftijdsbepaling van (gestelde) alleenstaande minderjarigen (amv's).²⁶ Omdat zij vaak geen identificerende documenten kunnen overleggen, houdt de IND vast aan de leeftijd zoals die staat geregistreerd in een andere EU-lidstaat. De hoge eisen die worden gesteld aan het bewijs dat de jonge asielzoeker moet overleggen om de onjuistheid van de registratie in een andere lidstaat aan te tonen, creëren het risico dat een gestelde amv ten onrechte als meerderjarige wordt behandeld. Hierdoor ontvangt hij niet de waarborgen en rechten die aan een minderjarige toekomen.

Casus 'Binyam'²⁷

Binyam uit Eritrea vroeg op 24 januari 2017 asiel aan in Nederland. Volgens hem was hij geboren in 2000 en dus minderjarig op het moment van de aanvraag. Binyam was echter eerder in Italië geregistreerd met twee verschillende geboortedata: een uit 1987 en een uit 1998. Deze informatie volgde uit Eurodac en werd bevestigd op navraag van de IND bij de Italiaanse autoriteiten. Er lag geen documentatie of medisch onderzoek aan ten grondslag. De IND heeft Binyam geregistreerd als meerderjarige met het geboortjaar 1987. Om deze registratie te weerleggen heeft Binyam zoveel mogelijk documenten verzameld, zoals een doopakte, een kopie van de identiteitskaart

²² ABRvS, 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1904, r.o. 3.2.

²³ Zie o.a. de voorbeeldcasus en onderliggende jurisprudentie.

²⁴ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag zp Den Bosch, 10 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13122, 10, JV 2020/59, met noot E.R. Brouwer.

²⁵ Paragraaf C1/4.3 Vc 2000. ABRvS 30 mei 2017, 201603474/1; ABRvS 14 juli 2017, 201703289/1; ABRvS 17 januari 2017, 201604688/1.

²⁶ De staatssecretaris mag op grond van het interstatelijk vertrouwensbeginsel in principe uitgaan van de juistheid van een in een andere EU-lidstaat geregistreerde geboortedatum en het is aan de vreemdeling om aannemelijk te maken dat die registratie onjuist is. ABRvS, 27 februari 2019, ECLI: NL:RVS: 2019;653. Zie ook E.R. Brouwer en M.E. Wijnkoop, 'Leeftijdsbepaling in het asielrecht. Over interstatelijk vertrouwen, bewijslast en de rechten van het kind, in *AM&R*, 2021-10, p. 530-540.

²⁷ ABRvS 4 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1184, JV 2021/152, met noot M.E. Wijnkoop.

van zijn moeder, een kopie vanuit de lokale administratie en een *family residence card*. Omdat dit geen officiële identificerende documenten zijn, was de IND van mening dat zij onvoldoende bewijswaarde hadden. Ook worden de verklaringen van Binyam over de omstandigheden van de registratie in Italië (hij was ziek en de procedure chaotisch) en het niet eerder overleggen van de echt bevonden *residence card* (er zit geen foto op dus hij dacht eerder dat deze dan niet zou gelden) ongeloofwaardig gevonden. De registratie als meerderjarige houdt stand bij de Afdeling en momenteel gaat Binyam 13 jaar ouder door het leven dan hij stelt te zijn.

De ACVZ signaleerde al eerder dat de huidige toepassing van het interstatelijk vertrouwensbeginsel in dergelijke zaken leidt tot een vrijwel onmogelijke bewijspositie voor jonge asielzoekers en dat te beperkt invulling wordt gegeven aan het beginsel van het voordeel van de twijfel. Temeer omdat de praktijk van leeftijdsregistratie in andere EU-landen niet altijd even zorgvuldig is, en de verklaringen van asielzoekers over de omstandigheden van de registratie niet altijd voldoende worden meegewogen.²⁸

2.1.2 Uitoefenen van gezinsleven

Nareis en gezinshereniging asielstatushouders

Casus 'Mariam'²⁹

Mariam en Kidane zijn in Eritrea voor de kerk getrouwd. Kidane vlucht naar Nederland en hij krijgt een asielvergunning. Mariam blijft achter in een vluchtelingenkamp in Soedan. In 2017 doet zij een mvv-aanvraag voor verblijf bij Kidane. Ze heeft geen officieel identiteitsdocument en overlegt daarom een kopie van haar Soedanese vluchtelingenpas met pasfoto. Om de gezinsband aan te tonen brengt ze een kopie van de Eritrese kerkelijke huwelijksakte in. De aanvraag wordt afgewezen omdat Mariam haar identiteit niet heeft aangetoond en ook niet aannemelijk heeft gemaakt dat ze in bewijsnood verkeert. De IND komt daarom niet toe aan de beoordeling van de gezinsband of familierelatie. Ook het bezwaar tegen de afwijzing wordt met dezelfde argumenten afgewezen. De rechtbank oordeelde vervolgens dat niet goed is gemotiveerd waarom de identiteit niet aannemelijk is gemaakt, en waarom de overgelegde documenten geen aanleiding vormden om aanvullend onderzoek aan te bieden. De huwelijksakte kon worden gezien als indicatief bewijs van de identiteit van Mariam, en daarom had de vluchtelingenpas wel degelijk waarde. Het beroep werd gegrond verklaard. De Afdeling stelde daarentegen dat er geen sprake was van substantieel bewijs van Mariams identiteit: de informatie op de vluchtelingenpas betrof informatie die Mariam zelf aan Soedan had verstrekt en had daarom maar beperkte waarde. De huwelijksakte heeft verder geen identificerende kenmerken nu er geen foto's op staan. De Afdeling vond daarom dat de IND het afwijzende besluit voldoende had gemotiveerd en geen aanvullend onderzoek hoefde te doen.

Naast algemene uitgangspunten als de samenwerkingsplicht en het voordeel van de twijfel, hanteert de IND in nareiszaken een bepaalde 'gedragslijn' op basis van

²⁸ ACVZ, *Signalering Nadeel van de twijfel*, november 2020.

²⁹ Deze casus is ontleent aan ABRvS, 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:576. Zie ook ABRvS, 16 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3146. Zie voor soortgelijke zaken ook VluchtelingenWerk, supra noot 9, p. 12 (de casus van Tesfamariam); SMVA en VAJN, supra noot 9, casus 2.

de Afdelingsjurisprudentie³⁰ en het Unierecht.³¹ Als de migrant geen officiële documenten kan overleggen om de gestelde familieband, nationaliteit en identiteit aannemelijk te maken (en niet in bewijsnood verkeert), dan betreft de IND ook ingediende onofficiële onderbouwende documenten bij de beoordeling van de aanvraag. Die kunnen zelfs aanleiding geven om aanvullend onderzoek te doen of aan te bieden (tenzij er sprake is van een contra-indicatie zoals misleiding). Het moet in dat geval wel gaan om *'substantieel bewijs'*, of, als het gaat om identiteit, om een op de persoon toegespitste verklaring. Hiervoor is vereist dat de documenten dermate overtuigend zijn dat de aanvraag in alle redelijkheid niet kan worden afgewezen zonder aanvullend onderzoek.³²

Eén onofficieel document is in de regel onvoldoende voor het aannemelijk maken van de identiteit of de gestelde familierelatie. Bij het overleggen van meerdere documenten beoordeelt de IND het geheel. Aan documenten die zijn opgesteld op basis van eigen verklaringen wordt minder betekenis toegekend dan aan documenten die zijn gebaseerd op andere documenten of verklaringen. Het gaat dus om kwaliteit, niet om kwantiteit.

Kortom, het beleid biedt de mogelijkheid om ook met andere dan officiële brondocumenten de gestelde nationaliteit, identiteit en familieband aannemelijk te maken, zolang het om *'substantieel'* bewijs gaat. Uit de jurisprudentie volgt wel dat ook deze bewijsdrempel in de praktijk niet wordt gehaald, waardoor de IND vaak niet toekomt aan de inhoudelijke beoordeling van de aanvraag.³³

2.1.3 Regulier: verblijf bij kind

Casus 'Charles'³⁴

Charles heeft een aanvraag voor verblijf bij zijn twee minderjarige kinderen in Nederland ingediend. Om zijn identiteit en nationaliteit te onderbouwen heeft hij onder andere een Liberiaans paspoort overgelegd. Dit paspoort is echt bevonden door Bureau Documenten. Ook heeft hij andere documenten ingebracht om zijn nationaliteit en identiteit te staven, zoals een geboorteakte, een *'notary certificate'*, een apostille, een nationaliteitsverklaring en drie aanvullende ondersteunende verklaringen van de Liberiaanse ambassade en andere verklaringen vanuit Liberia. Toch wijst de IND de aanvraag af, omdat getwijfeld wordt aan de bewijskracht ervan. De geboorteakte op basis waarvan de Liberiaanse autoriteiten het paspoort hebben afgegeven is namelijk vals bevonden. De nationaliteitsverklaring is wel echt, maar niet bevoegd opgemaakt. De overige verklaringen zijn geen *'deskundigenberichten'* en hebben daarom onvoldoende bewijskracht. Het is vervolgens aan Charles om de twijfel over de inhoud van het paspoort weg te nemen. Alleen heeft Charles volgens de IND geen consistente of zelfs inconsistente verklaringen afgelegd

³⁰ Zie de uitspraken van de Afdeling van 16 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1508 en ECLI:NL:RVS:2018:1639; ABRvS, ECLI:NL:RVS:2019:3147. Zie voor nadere toelichting ook paragraaf C1/4.4.6 Vc 2000.

³¹ EU Gezinsherenigingsrichtlijn; EU Hof van Justitie, E. t. Nederland, nr. C-635/17, 13 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:192.

³² ABRvS, 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:576, r.o. 7-8.

³³ Ibid., Zie bijvoorbeeld ook ABRvS, 19 augustus 2020, ECLI:NL:2020:1903; ABRvS ECLI:NL:RVS:2020:1360.

³⁴ Deze casus is ontleend aan ABRvS, 29 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2159.

over zijn nationaliteit, identiteit en herkomst. De Afdeling geeft de IND in hoger beroep gelijk.

Om verblijf te krijgen bij een in Nederland verblijvend kind, moet je vanzelfsprekend, aantonen daadwerkelijk de ouder te zijn. Zo is de voorwaarde voor verblijf bij een minderjarig kind met de Nederlandse nationaliteit (zogenoemde Chavez-Vilchez zaken)³⁵ dat de migrant zijn of haar identiteit en nationaliteit aannemelijk moet maken door het overleggen van een geldig document voor grensoverschrijding of een geldige identiteitskaart. Met het eerste wordt een inreisvisum bedoeld. Voor de afgifte daarvan is ook een geldig identiteitsbewijs nodig. Bij dergelijke reguliere aanvragen geldt een hogere bewijslast (dan het uitgangspunt is bij asiel) met toepassing van de vrije bewijsleer. Los van wat hierover in de inleiding is opgemerkt, weiden we hier niet verder uit over dit leerstuk,³⁶ maar beperken we ons tot een enkele opmerking over een specifieke vereiste uit het migratierecht. Als de ouder van buiten de EU namelijk niet kan voldoen aan de hoge documenteneis, is de lijn van het bestuur dat hij *ondubbelzinnig* de identiteit en nationaliteit aantoont met andere middelen.³⁷ Omgekeerd geldt dus ook dat als de aanvrager die identiteit en nationaliteit inderdaad aantoont met andere documenten, er dus ook geen geldig document voor grensoverschrijding of identiteitskaart mag worden geëist. Met andere woorden: hij hoeft niet eerst aannemelijk te maken dat er sprake is van bewijsnood voordat de nationaliteit en identiteit met andere documenten mogen worden aangetoond.³⁸

2.2. Knelpunten bewijspositie migrant

De voorbeelden illustreren een aantal knelpunten als gevolg van de toepasselijke bewijsmaatstaven bij vaststelling van nationaliteit en identiteit. (Asiel)migranten hebben vaak een minder goede, of zelfs zwakke bewijspositie. De bewijsdrempel is in sommige gevallen nog hoger, bijvoorbeeld wanneer de IND zich beroept op het interstatelijk vertrouwensbeginsel, zoals bij eerdere leeftijdsregistratie in een andere EU-lidstaat. Migranten beschikken om uiteenlopende, eerdergenoemde, redenen niet altijd over documenten. En als ze die hebben dan zijn dit, in de ogen van de overheid, vaak niet de juiste documenten. Ondanks dat in wet- en regelgeving wel degelijk ruimte is voor het toepassen van de menselijke maat, ligt in de praktijk de lat zo hoog dat die door migranten vaak niet wordt gehaald. Zo

³⁵ EU Hof, Chavez-Vilchez t. SVB, nr. C-133/15, 10 mei 2017. Uit deze zaak volgt dat op basis van artikel 20 WVEU een Nederlands kind, zijnde een Unieburger, niet door verblijfsweigering van de ouder, afkomstig uit een land buiten de EU, genoodzaakt mag worden het EU-grondgebied te verlaten (om de gezinsband te kunnen uitoefenen). Het is dus niet voldoende dat het kind een Nederlandse ouder heeft die voor hem of haar kan zorgen; er moet ook naar de (afhankelijkheids)relatie met de andere ouder worden gekeken.

³⁶ Zie voor meer informatie bijvoorbeeld Y. Schuurmans, supra noot 2; R. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid?' in: *Ars Aequi*, juli/augustus 2010, p. 476 e.v.

³⁷ Paragraaf B10/2.2. onder a Vc 2000.

³⁸ ABRvS, 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:356, r.o. 3.3. en 3.5. Zie voor actuele ontwikkelingen hierover paragraaf 3 van dit commentaar.

hoog dat gezegd kan worden dat ook van asielzoekers eigenlijk gevraagd wordt hun nationaliteit en identiteit aan te tonen, in plaats van aannemelijk te maken.

De mate waarin de overheid invulling geeft aan de samenwerkings- en onderzoekspllicht, en het principe van het voordeel van de twijfel, biedt ook ruimte voor verbetering. Vanuit het Unierecht geldt dat ook als de door de asielzoeker aangevoerde elementen om welke reden dan ook niet volledig, actueel of relevant zijn, de overheid actief met de asielzoeker moet samenwerken om alle elementen te verzamelen die het verzoek kunnen staven. Meer dan nu het geval is, zou kennis die bij de IND aanwezig is een rol kunnen spelen: niet alleen om verklaringen te ontkrachten maar ook om daarvoor bevestiging te vinden.³⁹ Hierbij kan ervan worden uitgegaan dat overheden gemakkelijker toegang hebben tot bepaalde soorten documenten dan de asielzoeker.⁴⁰

Voorbeelden zijn het doen van nader onderzoek naar leeftjdsregistraties in een EU-land van eerder verblijf,⁴¹ en meer actiever inzetten van onderzoek zoals leeftjdsonderzoeken, taalanalyses en DNA-onderzoeken. Daarnaast kan gekeken worden naar andere rechtsgebieden waar bijvoorbeeld getuigenverklaringen onder ede zijn toegestaan, zoals in het strafrecht, of deskundigen daadwerkelijk als deskundigen worden geaccepteerd⁴² Ook zouden sommige vereisten voor documenten nog eens onder de loep moeten worden genomen. Zo kan een geboorteakte niet als identificerend document worden gebruikt omdat hier geen pasfoto op staat.⁴³ Dit terwijl er op geboorteaktes die door de Nederlandse overheid zijn afgegeven ook geen pasfoto staat en de vraag gerechtvaardigd is of een pasfoto van een baby überhaupt bewijskracht heeft.

De gevolgen van het niet kunnen voldoen aan de bewijsdrempel die de overheid stelt, kunnen ingrijpend zijn voor de (asiel)migrant. Het kan zijn dat de IND niet aan een inhoudelijke beoordeling van het asielrelaas toekomt, waardoor iemand bescherming wordt onthouden. In het reguliere migratierecht kunnen te strenge bewijsregels ertoe leiden dat gezinnen gedurende lange tijd van elkaar worden gescheiden. Het kan niet worden uitgesloten dat minderjarigen geregistreerd worden als meerderjarig, waardoor zij geen aanspraak kunnen maken op voorzieningen waar zij als kind wel recht op hebben.⁴⁴ Met andere woorden, het is de vraag in hoeverre deze gevolgen een evenredigheidstoetsing⁴⁵ doorstaan en wat in alle redelijkheid mag worden verwacht van de migrant.

³⁹ ACVZ, supra noot 11.

⁴⁰ HvJ EU, M. t. Ierland, C-277/11, 22 november 2012, p. 66.

⁴¹ ACVZ, supra noot 27.

⁴² ABRvS 17 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1820, JV 2021/216-217, met noot van K.E. Geertsema.

⁴³ Zie supra noot 25. In de Vc staat opgenomen dat een identiteitsdocument een goed-gelijkende pasfoto moet bevatten.

⁴⁴ Op 17 mei 2022 heeft de Afdeling een zitting gepland over eerdere leeftjdsregistratie in een ander EU-land.

⁴⁵ Zie hierover nader het derde commentaar van de adviesraad migratie in deze serie: [Het evenredigheidsbeginsel biedt perspectief. Herziening van de belangenafweging bij intrekking verblijfsvergunning](#), 25 februari 2022.

3. Toetsing aan 'equality of arms'

Het onderzoek naar en de vaststelling van wie iemand is of waar hij vandaan komt is een cruciaal onderdeel van het toelatingsbeleid. De vaststelling van nationaliteit en identiteit vereist daarom een zorgvuldig proces en een samenwerking tussen aanvrager en overheid. De aanvrager moet zich inspannen om zijn aanvraag te staven. Maar hij moet wel redelijkerwijs in staat worden gesteld om zijn aanvraag met documenten en verklaringen te onderbouwen. Vanuit het oogpunt van de 'menselijke maat' moet hierbij altijd maatwerk worden toegepast. Maar gebruik van verschillende bewijsmaatstaven (relevant ander bewijs, substantieel bewijs, officieel brondocument) bij verschillende verblijfsdoelen moet ook wel gerechtvaardigd zijn.

De beslispraktijk van de afgelopen jaren schuurt met het *equality of arms* beginsel. In de zogenoemde 'equality of arms' uitspraken van 19 augustus 2020 gaf de Afdeling nog aan dat de weigering om contra-expertise te verrichten niet in strijd kwam met dit rechtsbeginsel omdat de migrant nog de mogelijkheid had om ander 'onofficieel' bewijs over te leggen. Dat is echter een papieren werkelijkheid: die mogelijkheid is er vaak niet, en indien wel, dan wordt het 'bewijs' niet als zodanig erkend. Migranten, met name asielzoekers, staan met hun zwakkere bewijsposities vaak direct op achterstand. Hoe ongelijker de verhouding tussen individu en bestuur, hoe meer het bestuur het individu tegemoet moet treden. Dit is ook wat de interpretatie van dit beginsel vanuit het EVRM en het Unierecht met zich meebrengt. De bakens moeten worden verzet. Het evenwicht tussen procespartijen moet worden hersteld.

Maar er zijn bemoedigende ontwikkelingen. Recent, en wellicht ingegeven door het zelfreflectietraject in het kader van aandacht voor de 'menselijke maat,' zette de Afdeling belangrijke stappen. Zo oordeelde de Afdeling op 16 juni 2021 dat een migrant in een onmogelijke bewijspositie was geplaatst door te vereisen dat hij moest aantonen een bepaalde identiteit *niet* te hebben.⁴⁶ Een paar weken later gaf de Afdeling in een nareisprocedure aan dat, ondanks dat de niet door de bevoegde instantie opgemaakte en afgegeven *taskera* (Afghaans identiteitsdocument) onvoldoende bewijswaarde had, het 'ondubbelzinnig aantonen' van de identiteit een onjuiste maatstaf was om in deze zaken te hanteren.⁴⁷

Op 26 januari 2022 deed de Afdeling een belangrijke uitspraak over de identiteit en nationaliteitsvereisten bij gezinshereniging van asielstatushouders. Zij moeten daadwerkelijk in staat worden gesteld om andere vormen van bewijs in te dienen als ze niet over officiële documenten beschikken, door bijvoorbeeld DNA-onderzoek aan te bieden zonder allerlei extra eisen. Ook moet er meer gewicht worden gegeven aan andere documenten en verklaringen. En als er kinderen bij betrokken zijn, en er zijn geen contra-indicaties zoals fraude, dan moet er sneller

⁴⁶ ABRvS, 16 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1287.

⁴⁷ ABRvS, 2 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1980.

positief beslist worden.⁴⁸ Hiermee zouden de beleids- en uitvoeringsregels en de beslispraktijk meer in lijn moeten komen met de standaarden uit het Unierecht en de jurisprudentie van het EU-Hof.⁴⁹ Inmiddels heeft de staatssecretaris aangekondigd dat in het voorjaar 2022 de Vreemdelingencirculaire wordt aangepast. Ook zal er een openbare werkinstructie voor de uitvoering worden opgesteld.⁵⁰

Verder oordeelde de Afdeling op 10 februari 2022, net als de Centrale Raad van Beroep op 24 februari 2022,⁵¹ dat een migrant die een aanvraag doet voor verblijf bij Nederlands kind (Chavez-Vilchez zaken) niet langer 'ondubbelzinnig' de nationaliteit en identiteit moet aantonen. Als hij geen geldige officiële documenten kan overleggen, kan met andere middelen, waaronder verklaringen, de nationaliteit en identiteit *aannemelijk* worden gemaakt. Aan deze middelen kan de IND, gemotiveerd, verschillende bewijswaarden toekennen. Zij moeten afzonderlijk én in onderlinge samenhang worden gezien.⁵² Kort gezegd komt dit neer op een lagere bewijslast, minder stringente bewijsvoering voor de migrant, en een beoordeling die meer ruimte biedt voor maatwerk bij de vaststelling van nationaliteit en identiteit.

Dit is een belangrijke koerswijziging vanuit de rechtspraak. Van belang is nu dat al deze ontwikkelingen hun doorwerking krijgen en dat zowel het beleidskader⁵³ als de beslispraktijk hierop wordt aangepast, zodat in het migratiebeleid nadrukkelijker rekening wordt gehouden met de menselijke maat.

Er moet een eerlijker speelveld komen bij de vaststelling van nationaliteit en identiteit in toelatingsprocedures door:

- 1) met maatwerk te voorkomen dat migranten in onmogelijke bewijsposities terechtkomen en oog te houden voor wat er redelijkerwijs van hen kan worden verwacht en waartoe zij zich reeds hebben ingespannen;*
- 2) een betere invulling van de Unierechtelijke samenwerkingsplicht door actiever nader onderzoek aan te bieden of andere ondersteuning te verlenen bij het aannemelijk maken of aantonen van nationaliteit, identiteit en/of familieband;*
- 3) werk te maken van het implementeren van de recente rechtspraak in regelgeving en beleidsregels.*

⁴⁸ ABRvS, 26 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:245.

⁴⁹ Zie supra noot 27.

⁵⁰ Brief van de staatssecretaris van Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 22 maart 2022 inzake wijzigingen in het nareisbeleid.

⁵¹ CBvR, 24 februari 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:482

⁵² ABRvS, 10 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:433, r.o. 3.2.

⁵³ Zie supra noot 46.