

Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht

Karen Geertsema, Kees Groenendijk, Carolus Grütters, Paul Minderhoud, Ellen Nissen, Tineke Strik, Ashley Terlouw & Karin Zwaan¹

Het vreemdelingenrecht is een deelgebied van het bestuursrecht waarbij een groot ambtelijk apparaat, de IND, belast is met de uitvoering, zoals de Belastingdienst bij de toeslagen. Net als in de toeslagenaffaire hebben de belanghebbenden vaak een beperkt inkomen, zelden de Nederlandse nationaliteit en moeilijk toegang tot het recht. Bovendien gaat het om veel zaken: vreemdelingenzaken vormen 65% van alle afgedane ABRvS-zaken. En ook in vreemdelingenzaken is sprake van ongekend onrecht waarvoor politiek en samenleving ook nog eens liever de ogen sluiten. Dat onrecht komt voort uit vergelijkbare factoren als die speelden in de toeslagenaffaire zoals rigide wetgeving zonder hardheidsclausules, geïnstitutionaliseerd wantrouwen ten aanzien van een kwetsbare groep, een bestuur dat te weinig oog heeft voor de menselijke maat en constant de politieke boodschap hoort dat het beleid restrictief moet zijn en tot slot een rechterlijke macht die het bestuur de hand boven het hoofd houdt.

1. Inleiding

Uit het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie Toeslagenaffaire blijkt een viertal vormen van ongekend onrecht:

1. De ouders die geraakt werden, vormen een kwetsbare groep, die veelal weinig te besteden heeft, zelden de Nederlandse nationaliteit heeft en onbekend is met het recht en de toegang daartoe.
2. De overheid wantrouwt deze groep burgers.²
3. In de bestuurlijke uitvoeringspraktijk is een gebrek aan menselijke maatvoering. Besluiten worden te mechanisch en formalistisch genomen.
4. De rechter accordeert deze handelswijze en negeert daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het evenredigheidsbeginsel.

Het rapport *Ongekend onrecht* heeft in dit blad al veel aandacht gekregen. De opmerkelijkste bijdrage was die van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS).³ Wij lezen zijn bijdrage als een vorm van zelfreflectie en een oproep tot het signaleren van soortgelijk systeemfalen en inhoudelijk debat. De ABRvS heeft de daad bij het woord gevoegd door op twee bestuursrechtelijke terreinen (de invordering van een dwangsom en de sluiting van een woning) een conclusie van de A-G te vragen over de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.⁴

Voor vreemdelingsrechtsspecialisten zijn er veel parallellen met de besluitvorming door de Staatssecretaris van

Justitie en Veiligheid en de wijze waarop de rechtspraak die besluitvorming toetst. Het vreemdelingenrecht is een deelgebied van het bestuursrecht waarbij een groot ambtelijk apparaat, de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), belast is met de uitvoering, zoals de Belastingdienst bij de toeslagen. Net als in de toeslagenaffaire hebben de belanghebbenden vaak een beperkt inkomen, zelden de Nederlandse nationaliteit en moeilijk toegang tot het recht. Bovendien gaat het om veel zaken: vreemdelingenzaken vormen 65% van alle afgedane ABRvS-zaken. Met deze bijdrage beogen we de analogie tussen problemen in het vreemdelingenrecht met die van de toeslagenaffaire zichtbaar te maken. Uit het recente rapport van de parlementaire onderzoekscommissie Uitvoeringsorganisaties blijkt dat bij veel uitvoeringsorganisaties de menselijke maat uit het oog is verloren.⁵ Hoewel de IND niet in dat onderzoek was betrokken, geldt deze constatering bij uitstek in het vreemdelingenrecht. We zullen dit illustreren aan de hand van vier voorbeelden waarbij niet alleen sprake is van ongekend maar vooral ongezien onrecht.

De analogie met het vreemdelingenrecht betreft de rol van de wetgever, het bestuur en de rechtspraak. Zo kent de Vreemdelingenwet (VW 2000) geen hardheidsclausules en heeft de wetgever de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris afgeschafte of in lagere regelgeving dichtgetimmerd.⁶ Het bestuur behandelt vreemdelingen als fraudeurs als zij gewijzigde gegevens niet, of niet op tijd, doorgeven. De rechter interpreteert de Vreemdelingenwet

dwingender en restrictiever dan de wet is, net als de ABRvS deed bij de Wet Kinderopvang. Verschillen zijn er ook. Ondanks het minimaliseren van de rechtsbijstand is er (nu nog) een sterk gemotiveerde groep sociaal-advocaten die systeemfalen in vreemdelingenzaken zichtbaar probeert te maken. In de toeslagenaffaire ontbrak in veel gevallen rechtsbijstand. Een ander verschil is dat het Unierecht inmiddels bijna het gehele vreemdelingenrecht bestrijkt. Het Unierecht vereist meer van rechter en bestuur bij toetsing van de individuele omstandigheden dan het nationale recht. Bovendien biedt het Unierecht aan alle rechters de mogelijkheid om vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Daardoor heeft de ABRvS niet altijd het laatste woord. Ook deze verschillen zijn relevant voor de lering die moet worden getrokken uit de toeslagenaffaire.

In het navolgende zullen we de parallel met het vreemdelingenrecht illustreren met een viertal voorbeelden (par. 2). Vervolgens beschrijven wij de systeemfouten waardoor het controlemechanisme tussen de drie machten tekortschiet (par. 3). Tot slot roepen wij over de gehele linie van het openbaar bestuur op tot *zelfdenkzaamheid* (par. 4).

2. Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht: vier voorbeelden

Het vreemdelingenrecht reguleert het recht op verblijf in Nederland. Vanaf binnenkomst in Nederland tot en met naturalisatie wantrouwt de overheid de migrant en is er slechts beperkte rechterlijke controle op die wantrouwende overheid. In vreemdelingenzaken leidt dit tot onrecht dat onvoldoende wordt gezien: (a) de effecten van de toeslagenregelgeving voor iedereen (ook Nederlanders) met een partner of medebewoner zonder rechtmatig verblijf; (b) de wijze waarop de Nederlandse overheid de afweging maakt om asielsezoekers over te dragen aan een andere lidstaat; (c) de wijze waarop migranten met een verblijfsvergunning worden gekwalificeerd als fraudeur op het moment dat zij onjuiste of onvolledige gegevens overleggen aan de IND; en (d) de wijze waarop bijzondere

omstandigheden slechts bij hoge uitzondering een doorslaggevend effect hebben in de belangenafweging. Deze voorbeelden zijn allerm minst uitputtend.⁷ Ze betreffen een ogenschijnlijk kleine groep, maar maken zichtbaar dat het mechanisme dat schuilgaat achter het systeem van wetgever, bestuur en rechter dat individuele betrokkenen onnodig hard raakt, voor veel meer situaties geldt dan die bij de toeslagenaffaire.

2.1. Nog meer toeslagen-problematiek

In de schaduw van de toeslagenaffaire speelt al jaren ook de uitsluiting van zorgtoeslag, huurtoeslag, kinderopvangtoeslag of een kindgebonden budget uitkering voor Nederlanders en vreemdelingen met een verblijfsstatus van wie de partner of medebewoner niet rechtmatig in Nederland verblijft. Deze uitsluiting is gebaseerd op het in 2005 ingevoerde artikel 9 lid 2 en 3 Algemene Wet Inkomensafhankelijke Regelingen (Awir). De Kinderombudsman heeft in dit verband expliciet aandacht gevraagd voor de positie van de honderden (Nederlandse) kinderen van wie één van de ouders geen rechtmatig verblijf heeft.⁸ Door de Awir heeft dan het hele gezin geen recht meer op de betreffende toeslagen en het kindgebonden budget. Dit leidt volgens de Kinderombudsman tot schrijnende situaties van armoede.

Zo kwam de Nederlandse Isra in de financiële problemen doordat haar toeslagen werden gestopt vanwege het niet-rechtmatig verblijf van haar partner. Haar baan, waarmee zij haar vier kinderen en haar niet-rechtmatig verblijvende partner onderhield, gaf onvoldoende ruimte om de problemen op te lossen, laat staan rechtsbijstand voor deze problemen te financieren. Om uithuiszetting te voorkomen leek haar een scheiding de enige oplossing.⁹

Volgens de ABRvS is deze vorm van uitsluiting alleen onder zeer bijzondere omstandigheden in strijd met het verbod op het maken van ongerechtvaardigd onderscheid op grond van artikel 8 jo. artikel 14 EVRM. Sinds 2005 heeft de ABRvS zo'n bijzondere omstandigheid pas één keer daadwerkelijk erkend.¹⁰ Een bijkomend probleem is

Vanaf binnenkomst in Nederland tot en met naturalisatie wantrouwt de overheid de migrant en is er slechts beperkte rechterlijke controle op die wantrouwende overheid

Auteurs

1. Mr. dr. K. Geertsema, prof. mr. C. Groenendijk, mr. dr. C. Grütters, prof. mr. P. Minderhoud, E. Nissen LLM, prof. mr. T. Strik, prof. mr. A. Terlouw en mr. dr. K. Zwaan zijn allen werkzaam bij het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Ashley Terlouw en Karen Geertsema namen samen met advocaten en wetenschappers deel aan bijeenkomsten georganiseerd door 'Vrouwen Tegen Uitzetting' over de parallellen tussen de toeslagenaffaire en het vreemdelingenrecht en

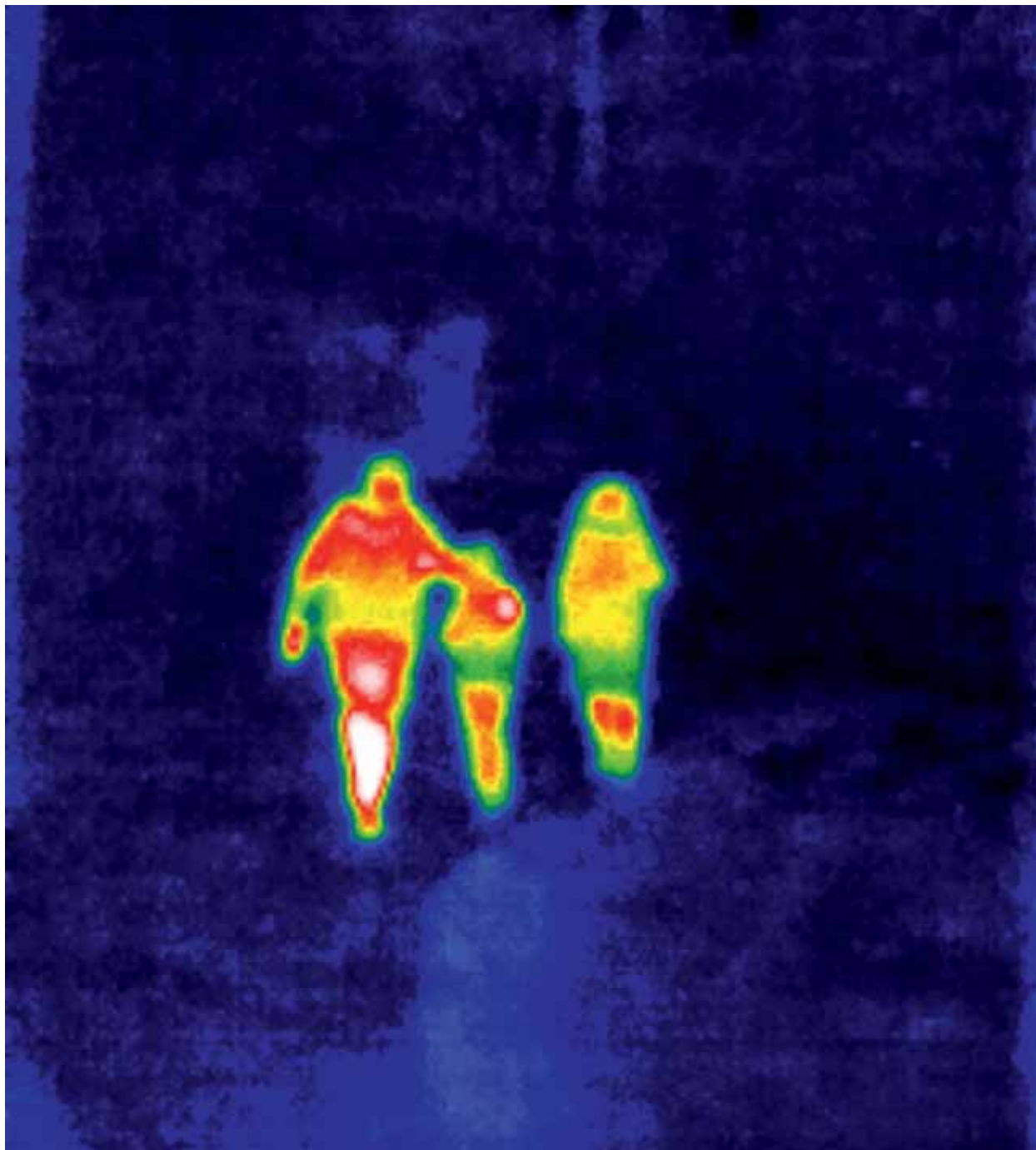
danken de aanwezigen voor hun commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

Noten

2. In de toeslagenaffaire betrof het Nederlandse staatsburgers. In het vreemdelingenrecht gaat het om mensen met een migratieachtergrond, sommigen daarvan zijn Nederlands staatsburger, sommigen hebben een verblijfsvergunning, sommigen zijn in procedure over een verblijfsvergunning.
3. B. Van Ettehoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/201, afl. 2, p. 98-107.

4. www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@124250/conclusie-toetsing-evenredigheid/#highlight=conclusie%20toetsing%20evenredigheid.
5. Eindrapport parlementair onderzoek naar de oorzaken van problemen bij uitvoeringsorganisaties, *Klem tussen balie en beleid*, 25 februari 2021, bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 35387, nr. 2.
6. Deze instrumenten worden in het rapport *Klem tussen balie en beleid* juist als oplossing aanbevolen.
7. De achterstanden bijvoorbeeld bij de IND

in de asielsbeslissingspraktijk komen niet aan de orde in dit stuk.
8. Kinderombudsman, *Nederlandse kinderen ont koppeld*, 2017.
9. B. de Hart & J. de Jong, 'Gemengde-statusgezinnen. Financiële en sociale consequenties voor rechtmatig verblijvende vreemdelingen en Nederlanders die samenleven met een partner zonder verblijfsrecht', *A&MR* 2020/6&7, p. 331.
10. ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3788, *JV* 2014/393, m.nt. Minderhoud.



© Aitor Diago / Getty Images

dat in 2015 de extra inkomensondersteuning voor alleenstaande ouders van de Participatiewet is overgeheveld

Met een kersverse verblijfsvergunning vraagt het vergevoerde integratie in Nederland om de werking van de toeslagenwet te doorgronden

naar de Wet op het Kindgebondenbudget. De alleenstaande ouder heeft aanspraak op een verhoging van dit kindgebondenbudget (de zogeheten ALO-kop) als hij of zij geen toeslagpartner heeft. Maar niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen worden wél als toeslagpartner aangemerkt, zelfs als er geen sprake is van samenwonen of de partner nog in het buitenland verblijft.

Net als in de toeslagenaffaire leidde dit soms tot grote terugvorderingen zonder correctie door de hoogste bestuursrechter.¹¹ De oproep door gemeenten en de Kinderombudsman om aanpassing van de rigide toepassing leidde in 2020 uiteindelijk tot de bestuurlijk bedachte oplossing dat betrokkenen dit kunnen voorkomen door zelf actief af te zien van de ALO-kop.¹² Deze oplossing is

functioneel voor de Belastingdienst, maar getuigt niet van een reëel beeld van de situatie van deze ingezetenen: met een kersverse verblijfsvergunning vraagt het vergevorderde integratie in Nederland om de werking van de toeslagenwet te doorgronden. Gemeenten blijken bovendien niet op de hoogte te zijn dat zij vervolgens de algemene bijstandsnorm zouden moeten verhogen met de ALO-kop.¹³

2.2. Andere lidstaat verantwoordelijk ondanks kwetsbaarheid

Op grond van de Dublinverordening III (DVo) is slechts één lidstaat verantwoordelijk voor de behandeling van een asielerzoek.¹⁴ Meestal is dat de lidstaat waar de asielerzoeker de EU het eerst binnenkwam. In de asielerrechtpraktijk is ongeveer vier van de tien zaken een zogenoemde Dublinzaak: een gerechtelijke procedure over de vraag welke lidstaat verantwoordelijk is voor het asielerzoek.¹⁵ Een inhoudelijke beoordeling van het asielerzoek heeft dan nog niet plaatsgevonden. De Dublinverordening geeft aan lidstaten de ruimte om een asielerzoek toch zelf te behandelen, ook al is het niet de lidstaat van eerste inreis, bijvoorbeeld als de kwetsbaarheid van de vreemdeling daarom vraagt. Op basis van artikel 16 DVo zorgen de lidstaten ervoor dat in het geval een vreemdeling vanwege een zwangerschap, een pasgeboren kind, een ernstige ziekte, een zware handicap of hoge leeftijd, afhankelijk is van de hulp van haar kind, broer, zus of ouder met wettig verblijf in een van de lidstaten, hij of zij bij die persoon kan blijven, op voorwaarde dat de familieband al in het land van herkomst bestond.¹⁶

Een Syrische vrouw van ongeveer 65 jaar vraagt asiel in Nederland. Bij haar is onder meer sprake van depressiviteit, PTSS en een slaapprobleem. Zij wijst erop dat zij afhankelijk is van haar in Nederland woonachtige kinderen, met name haar zoon en schoondochter, bij wie ze nu inwoont. Volgens de staatssecretaris kan de vrouw echter worden teruggestuurd naar Polen als verantwoordelijke lidstaat. Met de overgelegde medische gegevens zou geen afhankelijkheid als bedoeld in artikel 16 DVo zijn aangetoond.¹⁷ De benodigde hulp moet volgens de staatssecretaris *exclusief* zijn om afhankelijkheid aan te nemen. Maar die exclusiviteit als doorslaggevend criterium staat helemaal niet in artikel 16 DVo noch in artikel 11 Uitvoeringsverordening. Desalniettemin accordeert de ABRvS het door de staatssecretaris bedachte vereiste van exclusiviteit.¹⁸

Niet als in de toeslagenaffaire zien we hier een onvoldoende op het individu gerichte afweging door het bestuur die wordt geaccordeerd door de rechter. Ook hier gaat het bij uitstek om kwetsbare personen.

2.3. Onjuiste gegevens dus fraudeur

Een bijzondere gelijkenis met de toeslagenaffaire zien we in de wijze waarop bestuur en rechtspraak in vreemdelingenzaken omgaan met onjuiste gegevens. De VW 2000 maakt het mogelijk om het verblijfsrecht van een gezinslid te beëindigen als de hoofdpersoon heeft verzuimd om een inkomenswijziging door te geven. Bijvoorbeeld bij een tijdelijke daling van het aantal gewerkte uren, of door het wisselen van baan. Ook als de hoofdpersoon geen beroep doet op de openbare kas of tijdens de procedure opnieuw weer aan de inkomenseis voldoet, wordt het niet tijdig doorgeven van deze wijziging als fraude bestempeld. De hoofdpersoon kan nog wel proberen aan te tonen dat zijn gedrag niet verwijtbaar is, maar de kwalificatie van fraude brengt hem al in het nadeel. De ABRvS heeft deze beleidslijn aanvaard, omdat de vreemdeling *moet hebben geweten* dat de niet doorgegeven informatie van belang was voor de beoordeling van zijn verblijfsrecht.¹⁹ De ABRvS wijst daarbij op een formulier bij de verblijfsaanvraag waarin is vermeld dat de hoofdpersoon verplicht is wijzigingen aan de IND door te geven die van invloed kunnen zijn op de verblijfsvergunning.²⁰ In één zaak concludeerde de ABRvS zelfs dat de hoofdpersoon had moeten doorgeven dat zijn toekomstige inkomen mogelijk lager zou worden, omdat hij wist dat zijn werkgever in financiële moeilijkheden verkeerde. In deze zaak had de werkgever, een eigenaar van een viswinkel, door onverwachte tegenslag het arbeidscontract met terugwerkende kracht beëindigd, waarna de hoofdpersoon een maand later deze winkel zelfstandig voortzette. De rechtbank oordeelde dat de hoofdpersoon niet kon weten dat zijn contract zou worden opgezegd, maar de ABRvS kwalificeerde de 'omissie' om zijn 'precaire inkomenspositie' te melden als fraude.²¹ Het echtpaar zou door de intrekking twee jaar gescheiden leven en de hoofdpersoon kon vanwege zijn zorg voor een kind in Nederland zijn vrouw niet volgen naar Marokko. Die gevolgen kwamen volgens de ABRvS voor zijn eigen risico.

Om twee redenen is deze uitleg niet houdbaar. Ten eerste is er een immens verschil tussen een beoordeling van een zaak die op voorhand als 'fraude' is gelabeld, en een zaak die integraal wordt beoordeeld zonder die diskwalificatie vooraf. Ten tweede heeft de wetgever zelf de inlichtingenplicht voor vreemdelingen beperkt als gevolg van de geautomatiseerde gegevensuitwisseling. Eén keer melden bij de overheid volstaat, waarna de overheid zelf zorgdraagt voor het doorgeven van een wijziging.²² Dit gebeurt via 'Suwinet', een inkomensadministratie die gegevens automatisch uitwisselt met overheidsdiensten.²³

11. D. Bes & K. Geertsema, 'Vraag & Antwoord: Kan kindgebonden budget na inschrijving huwelijk worden teruggevoerd?', A&MR 2019/4, p. 179-182.

12. Kamerbrief 19 oktober 2020, *Kamerstukken II* 202/21, 35 574, nr. 6 (+ bijlage).

13. Landelijk Bureau VluchtelingenWerk Nederland, Samenvatting overzicht signalen en ervaringen ALO-kop en KOT, 22 maart 2021.

14. Verordening (EU) 604/2013.

15. ECRE, 'The implementation of the Dublin III Regulation in 2019 and during COVID-19', augustus 2020, www.asylum-europe.org, p. 5.

16. C2/5 Vc 2000; art. 11 Dublin Uitvoeringsverordening 1560/2003.

17. Vreemdelingenkamer Haarlem 3 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8698, verklaart het beroep van de vreemdeling gegrond. In vreemdelingenzaken is de Rechtbank Den Haag bevoegd, die daarbij

gebruik maakt van nevenzittingsplaatsen. De rechtbankuitspraken duiden wij in deze bijdrage voor het gemak aan met 'VK'.

18. Vgl. o.a. ABRvS 27 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3505, zie *JV* 2017/770, ECLI:NL:RVS:2017:1265; ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2296.

19. ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:360; ABRvS 12 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4199, r.o. 4.1.

20. ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:988, r.o. 4.2.

21. ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:727.

22. Wet Modern Migratiebeleid, *Kamerstukken II* 2008/09, 32052, nr. 3, p. 34, par. 3.3.

23. Art. 24a lid 1 sub a VW 2000. Zie ook art. 3:34 I VV en Bijlage 21 kolom a.

Hoewel volgens het wettelijke systeem inkomenswijzigingen niet apart hoeven te worden doorgegeven omdat de IND al over deze gegevens beschikt, accepteert de ABRvS een harde afstraffing voor het niet op eigen initiatief en tijdig doorgeven

Hoewel volgens het wettelijke systeem inkomenswijzigingen dus niet apart hoeven te worden doorgegeven omdat de IND al over deze gegevens beschikt, accepteert de ABRvS een harde afstraffing voor het niet op eigen initiatief en tijdig doorgeven.²⁴ Bovendien is het twijfelachtig of die heel ruime definitie van ‘onjuiste informatie verschaffen’ is te rijmen met het Unierechtelijke begrip fraude als grond voor weigering of verlies van verblijfsrecht.

Net als bij de toeslagenwet is het de burger die alert moet zijn om wijzigingen op het juiste moment door te geven, omdat anders het bestuur hard optreedt en de rechter geen ruimte biedt voor de menselijke maat. Net als bij terugvorderingen van de toeslagen geschiedt de intrekking van verblijfsvergunning op basis van fraude met terugwerkende kracht, zonder herstelmogelijkheid, waardoor de gevolgen verstrekkend zijn.²⁵ De opbouw van het verblijfsrecht gaat teniet, en het gezinslid moet een nieuwe aanvraag doen in het buitenland, waarbij weer aanvullende eisen gelden. Als klap op de vuurpijl wordt het gezinslid nauwelijks tijd gegund om zijn vertrek te regelen en wordt hij of zij met een inreisverbod van twee jaar geconfronteerd.²⁶ De kwalificatie van fraude grijpt daarmee diep in in het privéleven en leidt tot een scheiding van de gezinsleden voor een onzekere periode. Met kinderen kan dit tot extra schrijnende en schadelijke situaties leiden.

2.4. Gezinshereniging en het evenredigheidsbeginsel

Als vierde voorbeeld wijzen wij op de werking van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel in de praktijk. Jarenlang wees de IND verzoeken om gezinshereniging stelselmatig af omdat niet volledig aan alle inkomens-, leeftijds- of inburgeringseisen was voldaan, zonder nader onderzoek naar de gevolgen voor de betrokken gezinsleden. Deze praktijk werd door de ABRvS gelegitimeerd, terwijl uit de rechtspraak van het Hof van Justitie duidelijk volgt dat een inbreuk op het recht op gezinshereniging in elk individueel geval toetsing vereist aan het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Bij de IND gold: ‘Een euro te weinig inkomen en het feest gaat niet door.’²⁷ Hoewel de ABRvS inmiddels strenger toetst óf een individuele belangenafweging heeft plaatsgevonden,²⁸ blijft onduidelijk wanneer zij omstandigheden ‘bijzonder’ genoeg acht om van het beleid af te wijken.²⁹

Ook de wettelijk vereiste inburgeringseisen voor aanvragers van een verblijfsvergunning en voor statushouders past het bestuur strikt toe zonder oog voor de menselijke maat. Na aanpassing van het inburgeringsbeleid op grond van jurisprudentie van het HvJ EU,³⁰ heeft de ABRvS genoeg genomen met de manier waarop de staatssecretaris slechts de scherpe randjes van het beleid heeft gehaald.³¹ De ABRvS achtte het beleid in zijn algemeen-

heid in overeenstemming met het Unierecht zonder dat er een op het individuele geval toegespitste evenredigheidstoets wordt verricht.

De zaak van een Afghaanse die net gezakt was voor haar inburgeringsexamen in het buitenland en daarom niet kon herenigen met haar Nederlandse echtgenoot, illustreert dit.³² Wegens het ontbreken van een Nederlandse ambassade in Afghanistan, moest zij dit examen afleggen in Teheran, Iran. Na een gevaarlijke reis zakte zij voor dat examen en werd haar verblijfsvergunning geweigerd. De rechtbank koos voor een integrale benadering waarin alle relevante omstandigheden in zijn totaliteit en in onderlinge samenhang beoordeeld worden. Daarbij hechtte de rechtbank in haar oordeel waarde aan de omstandigheid dat de inburgeraar slechts twee punten te kort kwam op één examenonderdeel. Daarnaast achtte de rechtbank de duur van het huwelijk (acht jaar) en de leeftijd van de inburgeringsplichtige (35) relevante omstandigheden en nam daarbij ook de bestaande kinderwens in ogenschouw. Om te voldoen aan het beleids criterium van ‘bijzondere individuele omstandigheden’ waren de naar voren gebrachte medische omstandigheden van cruciaal belang. Deze omstandigheden konden echter alleen worden meegewogen volgens de staatssecretaris na een medische keuring door een aangewezen arts, opnieuw in Teheran. De rechtbank vond het niet evenredig om vast te houden aan deze eis, met name in het licht van de onmogelijkheid voor alleenstaande vrouwen om zonder mannelijke begeleiding naar Iran te reizen. De ABRvS volgde echter het standpunt van de staatssecretaris en ging ervan uit dat het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel en relevante omstandigheden zijn verdisconteerd in het beleid en dat proportionaliteitsafwegingen slechts (enigszins) terughoudend getoetst dienen te worden.³³ Deze benadering overschrijdt de ondergrens van het Unierecht en reduceert de toets aan het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel in het individuele geval tot een lege huls met vergaande gevolgen voor de Nederlandse man en zijn Afghaanse vrouw.

3. Drie staatsmachten, drie keer een onvoldoende

Evenals bij de Toeslagenwet, heeft bij de VW 2000 de inrichting van het systeem van wetgeving, bestuur en de rechterlijke controle daarop ingrijpende gevolgen voor de betrokkenen.

3.1. De dwingende wetgever

De formele wetgever heeft op een groot aantal punten de rechtsbescherming van vreemdelingen beperkt door minder rechtsmiddelen, kortere beroepstermijnen en snellere afdoening door de rechter in de VW 2000 op te nemen dan dat de Awb voorschrijft. Ook werden allerlei voor

vreemdelingen ongunstige uitzonderingen gemaakt, zoals geen bezwaar in asiel, een beperkt hoger beroep en het afdoen zonder zitting of inhoudelijke motivering.

Vervolgens werd de wettelijke bevoegdheid om voor vreemdelingen positieve beslissingen te nemen in lagere wetgeving of beleidsregels beperkt of omgezet in de verplichting om een negatieve beslissing te nemen. De wetgever koos expliciet voor discretionaire bevoegdheden en dus beslissingsruimte. In het Vreemdelingenbesluit werden echter op veel punten die wettelijke bevoegdheden van de staatssecretaris teruggebracht tot een verplichting te beslissen ten nadele van de betrokkenen. Wij betwijfelen de rechtmatigheid van dit soort constructies. Tijn Kortmann noemde deze constructie, waarbij de regering de beslissingsruimte die een bestuursorgaan krachtens de wet bezit (nagenoeg) geheel inperkt, een 'juridische boevenstreek'.³⁴ Omdat de VW 2000 zelf geen

In plaats van een open afweging van de betrokken belangen voorzien in de wet, dwingen lagere regels tot afwijzing van aanvragen

hardheidsclausule kent, bleef, afgezien van twee bepalingen in het Vreemdelingenbesluit,³⁵ de algemene hardheidsclausule van artikel 4:84 Awb als enige correctiemogelijkheid bestaan en die ziet alleen op beleidsregels. In plaats van een open afweging van de betrokken belangen voorzien in de wet, dwingen lagere regels tot afwijzing van aanvragen, tenzij sprake is van een wel zeer uitzonderlijke situatie.

Het sluitstuk van dit mechanisme is de zogenaamde afschaffing van de discretionaire bevoegdheid. In 2019 besloot het kabinet als onderdeel van een politiek compromis dat de aanwezigheid van schrijnende omstandigheden niet langer door de staatssecretaris wordt beoordeeld maar alleen door het Hoofd van de IND en uitsluitend voordat de beslissing op een eerste aanvraag voor een verblijfsvergunning is genomen.³⁶ Schrijnende omstandigheden die nadien ontstaan – vaak door

tijdsverloop – blijven dus buiten beschouwing.³⁷ De fictie is dat de staatssecretaris niet meer verantwoordelijk zou zijn voor beslissingen van de IND en daarvoor ook door het parlement niet ter verantwoording geroepen zou kunnen worden. Een redenering contra legem omdat de staatssecretaris *altijd* verantwoordelijk is voor elke beslissing die namens hem door de IND wordt genomen. De IND is immers geen zelfstandig bestuursorgaan, maar slechts een uitvoeringsdienst van de staatssecretaris.

3.2. Het afstandelijke bestuur

De IND is evenals de Belastingdienst een grote gecentraliseerde organisatie. Door de centralisatie en de digitalisering is de afstand tussen uitvoerende ambtenaren en de betrokken individuen toegenomen. Lokale en directe kennis is vervangen door protocollen, werkinstructies en algoritmen. De vreemdeling wordt niet gezien. Dit bevordert wantrouwen. De grote aantallen beslissingen vragen om efficiëntie en duidelijke regels. Aandacht voor de menselijke maat kost in eerste instantie tijd en vergt kennis van zaken en inlevingsvermogen. Die tijd neemt men echter niet waardoor de evenredigheidstoets en daadwerkelijke afweging van de bijzondere omstandigheden van het geval achterwege blijven. Ook in de beroepsfase is een beperkte hoeveelheid tijd de norm. Verweerschriften namens de staatssecretaris worden vaak niet of op het laatste moment ingediend en procesvertegenwoordigers verschijnen lang niet altijd op zitting. Dat is jammer. Vooral omdat onderzoek uitwijst dat juist vanaf het begin hanteren van de menselijke maat leidt tot *overall* kortere procedures, minder beroepen en meer tevredenheid bij betrokkenen.³⁸

3.3. Beperkte controle door de bestuursrechter

De ABRvS maakt op grote schaal gebruik van de uitzonderingsbepalingen in de Vw die de mogelijkheid bieden om een hoger beroep zonder zitting en zonder inhoudelijke motivering af te doen. De afgelopen jaren hield de ABRvS in minder dan 3% van de hoger beroepen een zitting waar partijen en hun raadslieden werden gehoord. Dat was ook de praktijk in de jaren 2004-2007. Alleen in 2008-2010, na openlijke kritiek op deze praktijk, werd ruim 7% van de zaken op zitting behandeld. Daarna liep het percentage geleidelijk weer naar het oude niveau terug. In die periode hield de ABRvS gemiddeld in 330 zaken een zitting, wat de laatste jaren daalde naar 150 of minder zaken per jaar. In dit licht is de nadruk die Van Ettehoven in zijn *NJB*-artikel legt op het belang van de zitting opmerkelijk. De vraag blijft waarom de ABRvS er steeds weer voor kiest zo

24. ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:360, JV 2018/55, m.nt. Strik.

25. ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:727.

26. Art. 62 lid 2 sub b en art. 66a lid 1 VW 2000.

27. College voor de Rechten van de Mens, *Gezinnen gezien? Onderzoek naar Nederlandse regelgeving en uitvoeringspraktijk in het licht van de Europese Gezinshereni-*

gingsrichtlijn, 2014.

28. ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2588, JV 2016/289, m.nt. Wiersma.

29. ABRvS 30 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3289 (ten aanzien van de leeftijdseis bij gezinshereniging).

30. HvJ EU 9 juli 2015, C-153/14 (K. & A.), ECLI:EU:C:2015:453; R. van Oers, 'Kroniek inburgering', *A&MR* 2018-8, p. 388 en 389.

31. ABRvS 18 januari 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:175 (kosten en bijzondere individuele omstandigheden).

32. ABRvS 18 oktober 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:3412, JV 2019/37, m.nt. De Vries.

33. ABRvS 18 oktober 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:3412, r.o. 6: 'niet ten onrechte meer gewicht'.

34. Zie de discussie tussen C.A.J.M.

Kortmann en N. Verheij, nu voorzitter van de Vreemdelingenkamer van de Afdeling, in

NJB 2000, p. 1672 en 2003.

35. Art. 3.71 lid 2 onder c en art. 5.1a lid 3 VB 2000.

36. *Stb.* 2019, 143.

37. www.vreemdelingenvisie.nl/vreemdelingenvisie/2019/07/schrijnendheid.

38. N. Doornbos, *Het overlegmodel in de asielpprocedure*, Nijmegen: GNI 1997

Tabel 1: Afdeling bestuursrechtspraak 2019: afgedane zaken en toedeling rechters en stafjuristen³⁹

	Afgedane zaken		Staatsraden		Stafjuristen	
	ABRvS	%	fte	%	fte	%
Ruimtelijke Ordening kamer	1.328	10	11,8	32	63,8	28
Algemene kamer	3.409	25	17,1	46	86,2	38
Vreemdelingenkamer	8.788	65	8,3	22	76,2	34
Totaal	13.525	100	37,2	100	226,2	100

weinig vreemdelingen zelf te zien nu dat de kans op ongezien onrecht vergroot.

Daarbij maakt de ABRvS in de grote meerderheid van de vreemdelingenzaken (tussen 80 en 90%) gebruik van de mogelijkheid van artikel 91 lid 2 VW 2000 om het hoger beroep met alleen een standaardoverweging af te doen.⁴⁰ Partijen en hun raadslieden tasten dan in het duister over de overwegingen van de rechter.

Vreemdelingenzaken vormden in 2019 bijna tweederde van de *case load* van de ABRvS. Minder dan een derde (30%) van het budget van de Afdeling werd aan vreemdelingenzaken besteed. De verdeling van de personele capaciteit over de drie Kamers wijkt sterk af van het aandeel in de zaken. 22% van de staatsraden en 34% van de stafjuristen behandelen 65% van alle ABRvS afgedane zaken.

De stafjuristen hebben in de afhandeling van vreemdelingenzaken in vergelijking met andere zaken een bijna dubbel zo groot aandeel als de staatsraden. Op het eerste gezicht lijkt sprake van extra ondersteuning voor de staatsraden. Bij nadere beschouwing blijkt echter dat er minder staatsraden beschikbaar zijn voor vreemdelingen-

bood tegen toepassing van het (Unierechtelijke en nationaalrechtelijke) evenredigheidsbeginsel, ook nadat het HvJ EU in verschillende arresten duidelijk had gemaakt dat de IND en de nationale rechter in elke zaak aan dat beginsel moeten toetsen.⁴⁴ Ook tikte de ABRvS rechtbanken op de vingers als ze in vreemdelingenzaken gebruik maakten van bevoegdheden die de Awb aan de bestuursrechter toekent.⁴⁵ Het opdragen van deskundigenonderzoek door de rechtbank werd ontmoedigd of gecorrigeerd.⁴⁶ Ook de in 2016 gewijzigde jurisprudentielijn ten aanzien van artikel 4:84 Awb, op grond waarvan niet langer alleen bij zeer bijzondere en onvoorziene individuele omstandigheden wordt afgeweken van de beleidsregel, lijkt in vreemdelingenzaken nauwelijks tot een andere uitkomst te leiden.⁴⁷

Onder vreemdelingenrechters is duidelijk weerstand tegen deze beperkte rolopvatting van de rechterlijke controle. De weerstand wordt zichtbaar in de praktijk van het stellen van prejudiciële vragen. Vreemdelingenkamers van zes rechtbanken deden dat achttien keer in 2011-2020. In tien van die achttien zaken blijkt dat de rechtbank die vragen stelde omdat ze twijfelde aan de juistheid van de uitleg die de ABRvS aan het Unierecht gaf.⁴⁸ In negen van die tien zaken achtte de rechtbank die uitleg te restrictief. In zes van die negen zaken oordeelde het HvJ EU dat die uitleg van de ABRvS inderdaad te restrictief was.⁴⁹ In één zaak verleende de staatssecretaris alsnog een visum en voorkwam zo een negatieve uitspraak van het Hof van Justitie.⁵⁰ De twee andere zaken zijn nog aanhangig in Luxemburg.⁵¹ Ook aanhangig is de tot nu toe enige prejudiciële zaak waarin een rechtbank vraagt of de ABRvS een eerder arrest van het HvJ EU niet iets te liberaal heeft uitgelegd.⁵² Het Unierecht kan zo een corrigerende factor vormen op de drie staatsmachten. Maar het is de vraag of daarmee voldoende controle op wetgever en bestuur is gewaarborgd, nu die controle op veel andere punten te wensen overlaat. De ABRvS ziet immers de vreemdelingen zelden en doet de grote meerderheid van de zaken af zonder inhoudelijke motivering. De ABRvS besteedt een onevenredig klein deel van haar budget en menskracht aan vreemdelingenzaken en bedeeft stafjuristen bij de afdoening van zaken een bijna dubbel zo grote rol toe als in de andere zaken. In de permanente worsteling om alle vreemdelingenzaken binnen korte tijd af te doen, kiest de ABRvS voor een restrictieve uitleg (geen individuele evenredigheidstoets, geen eigen onderzoek door de rechter). Die 'noodgedwongen' beperkte taakopvatting legt ze vervolgens ook op aan de rechtbanken. Het resultaat is dat de IND, waar ook constante zaaksdruk is, veel vrijheid wordt gelaten om geen aandacht aan individuele omstandigheden te besteden.

In de rechtspraak van de ABRvS in vreemdelingenzaken ligt sterke nadruk op beperking van de rechterlijke toetsing die ook van de rechtbanken wordt verlangd

zaken dan bij andere zaken.⁴¹ Bij de RO-kamer en de Algemene Kamer zijn er vijf stafjuristen per staatsraad, bij de Vreemdelingenkamer zijn dat er negen. Vreemdelingenzaken staan kennelijk niet bovenaan in de interne pikorde van de ABRvS.

In de rechtspraak van de ABRvS in vreemdelingenzaken ligt sterke nadruk op beperking van de rechterlijke toetsing die ook van de rechtbanken wordt verlangd. Die mogen niet ambtshalve toetsen of een besluit aan nationale of Unierechtelijke eisen voldoet.⁴² De rechtbanken mochten alleen (uiterst) marginaal toetsen. Op dat laatste punt werd de ABRvS door het HvJ EU en het Unierecht gecorrigeerd in asielzaken en bij bewaring.⁴³ In par. 2.4 is uiteengezet dat de ABRvS jarenlang weerstand

Veranderen van een systeem dat uit zoveel verschillende elementen en actoren bestaat is niet eenvoudig. Belangrijk daarbij is het gedrag van de top van de politieke, bestuurlijke en rechterlijke piramide. Welk voorbeeld wordt daar gegeven?

4. Conclusie

Ook in vreemdelingenzaken is sprake van ongekend onrecht. Dit is toe te schrijven aan vergelijkbare factoren als die speelden in de toeslagenaffaire zoals rigide wetgeving zonder hardheidsclausules, geïnstitutionaliseerd wantrouwen ten aanzien van een kwetsbare groep, een bestuur dat te weinig oog heeft voor de menselijke maat en constant de politieke boodschap hoort dat het beleid restrictief moet zijn en een rechterlijke macht die het bestuur de hand boven het hoofd houdt.

Veranderen van een systeem dat uit zoveel verschillende elementen en actoren bestaat is niet eenvoudig. Belangrijk daarbij is het gedrag van de top van de politieke, bestuurlijke en rechterlijke piramide. Welk voorbeeld wordt daar gegeven? De ABRvS heeft eerdere kritiek op de opstelling in vreemdelingenzaken ter harte genomen. Er kwam meer aandacht voor contacten met de rechtbanken, voor het Unierecht (benoeming van staatsraden met ervaring op dat rechtsgebied; 32 prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie sinds 2007), voor de motivering van uitspraken en een discussie met de praktijkjuristen over het gebruik van de standaardmotivering van artikel 91(2) VW 2000. De toepassing van de Luxemburgse arresten is echter vaak terughoudend. De doorwerking van wijzigingen in de rechtspraak van de rechtbanken en in de uitvoeringspraktijk van de IND vergt vaak veel tijd. Het doorwerken bijvoorbeeld van de arresten over het inkomensvereiste bij gezinshereniging (de eerste dateerde van 2010) heeft vele jaren gekost, net zoals de uitspraken van de ABRvS over de Toeslagenwet uit oktober 2019 veel tijd vergen voordat de getroffen burgers door de Belastingdienst zijn gecompens-

seerd. Vaste werkwijzen, die lang door de hoogste rechter worden gelegitimeerd, zijn zeer hardnekkig.

Wij hopen dat de toeslagenaffaire de wetgever, het bestuur en de rechter niet alleen aan het denken zet over het falen door de Belastingdienst en de rol van de wetgever en bestuursrechter daarbij, maar ook de ogen opent voor het tot nu toe ongeziene onrecht in vreemdelingenzaken. De kern is daarbij oog voor de menselijke maat. Concreet doen wij daartoe de volgende aanbevelingen:

1. Respecteer de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris op grond van de VW 2000 om verblijfsvergunningen te verlenen en schrap de onwettige beperking en uitholling van die bevoegdheid in lagere regelgeving;
2. Voer een algemene hardheidsclausule in de Vreemdelingenwet in;
3. Stop de strikte jurisprudentieelijn waardoor vreemdelingenrechters worden beperkt in de uitoefening van hun wettelijke (onderzoeks)bevoegdheden op grond van de Awb.

De belangrijkste aanbeveling is echter dat alle drie de staatsmachten de betrokken actoren oproepen tot zelfdenkzaamheid:

- (a) daadwerkelijke controle door het parlement (minder vasttimmeren in regeerakkoorden, minder fractiedwang en meer dualisme);
- (b) bestuursorganen waarbinnen de ambtenaren worden gestimuleerd tot het nemen van verantwoordelijkheid; en
- (c) een rechterlijke macht die kritisch en inhoudelijk toetst aan het evenredigheidsbeginsel. •

39. Raad van State, Jaarverslag, Den Haag 2019.

40. K. Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: BJu 2018, p. 227 (fig. 7).

41. A. Terlouw, 'Het 91(2)-beleid van de ABRvS blijft problematisch', *A&MR* 2020-3 p. 96-101.

42. Recente prejudiciële vragen van de ABRvS 23 december 2020, *JV* 2021/21 en van VK Den Bosch 26 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:466.

43. HvJ EU 5 juni 2014, C-146/14 (*Mahdi*) en de implementatie van art. 46 RI 2013/32/EU.

44. HvJ EU 4 maart 2010, C-578/08 (*Chakroun*); HvJ EU 9 juli 2015, C-153/14 (K. & A.); HvJ EU 14 maart 2019, C-557/17 (Y.Z.).

45. ABRvS 17 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3027, (art. 8:72 lid 3 Awb).

46. ABRvS 9 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1160, (art. 8:47 lid 1 Awb).

47. ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840; K. Geertsema, 'Uitspraak uitgelicht – Nieuwe toets van inherente afwijgingsbevoegdheid', *A&MR* 2017-3, p. 133-136.

48. In de andere verwijzingsuitspraken speelt de rechtspraak van de ABRvS geen rol of is de ABRvS niet bevoegd (in visumzaken is er geen hoger beroep).

49. VK Den Bosch 2 februari 2015, *JV* 2015/71 en HvJ EU 7 juni 2016, C-63/15 (*Ghezelbash*); VK Middelburg 9 juni 2016, *JV* 2016/213 en HvJ EU 2 mei 2018, C-331/16, (K. & H.F.); VK Amsterdam 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12824 en HvJ EU 12 april 2018, C-550/16 (A. & S.); VK Haarlem 23 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:873 bij HvJ EU C-47/17 en VK Haarlem 26 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:872 bij HvJ EU 13

november 2018, C-48/17 (X. & X.), *JV* 2019/4.; VK Den Bosch 12 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5967 en HvJ EU, C-441/19 (T.Q.).

50. VK Zwolle 31 maart 2011, *JV* 2011/224 en HvJ EU 10 juni 2011, C-155/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:387 (*Imran*).

51. VK Haarlem 19 oktober 2020, *JV* 2020/209 bij HvJ EU C-579/20, (F. & A.); en VK Amsterdam 24 november 2020, *JV* 2021/10 bij HvJ EU C-624/20.

52. VK Utrecht 10 september 2020, *JV* 2020/197 bij HvJ EU C-459/20.