

## Artikel

### 5 De ronde vreemdeling, zijn advocaat en de vierkante regelgeving

*Barbara Wegelin<sup>1</sup>*

**Deze tekst is een weergave van de voordracht van mr. B. Wegelin tijdens het symposium ‘De rechtspositie van migranten sinds 1997’ dat op 26 januari 2017 werd gehouden in Utrecht ter gelegenheid van het 20-jarig jubileum van Jurisprudentie Vreemdelingenrecht**

#### Inleiding

Met gepaste nederigheid besteed ik bij dit jubileum van 20 jaar «JV» graag aandacht aan een fenomeen dat ouder is dan mijn tien jaar binnen dit vak maar ook ouder dan de 20 jaar dat «JV» bestaat. Een fenomeen dat misschien wel zo oud is als het bestuursrecht zelf. Een onderwerp dat ik inleid met twee anekdotes.

Een aantal jaar geleden sprak ik met een oude vriend, die na zijn studie bij een grote gemeente terecht was gekomen en daar over de WMO ging. Over de hele bedbadbrood-ellende zei hij: “Er kon altijd best veel geregeld worden met de gemeente, onderling, achter de schermen. Dat hield op toen jullie advocaten je in loopgraven ingroeven en iedere verstrekking van de

gemeente op gingen eisen als een recht voor al jullie andere cliënten. Toen moesten wij ineens beleid gaan maken. Beleid dat veel strenger was dan wat we daarvoor informeel deden, omdat we het simpelweg niet konden betalen om die verstrekkingen voor iedereen, altijd beschikbaar te maken. De gemeente is ook niet blij met bedbadbrood, maar jullie hebben het aan jezelf te danken.”

Nog een anekdote: ik was bij een diner met een aantal mensen met heel diverse achtergronden om over migratie in de breedste zin des woords te praten. Er waren overheidsambtenaren, mensen die met vluchtelingen werkten, ex-vluchtelingen, artsen, journalisten en zo wat meer. Een van de aanwezige ambtenaren zei over de wet modern migratiebeleid dat deze het mogelijk maakte om de mens achter de casus te zien. Mijn indruk is juist het tegenovergestelde: ons vreemdelingenrecht is op beleidsniveau zo verschrikkelijk dichtgetimmerd dat er helemaal geen ruimte is voor de mens achter de casus. De individuele beslismedewerker voelt, zeker als hij niet jaren ervaring heeft, helemaal niet de ruimte om af te wijken van dat beleid. Alles gaat om afvinklijstjes, bouwstenen, werkinstructies. Terwijl wij allemaal weten dat er ook zaken zijn die zich niet laten vangen in zo’n lijst. Een andere deelnemer aan dit diner vatte dat treffend

<sup>1</sup> Mr. B. Wegelin is advocaat bij Everaert advocaten te Amsterdam. Zij is lid van de Commissie Meijers en de adviescommissie vreemdelingenrecht van de Orde van Advocaten.

samen met de tekst “regels zijn vierkant, mensen zijn rond”. Niet alles wat rond is laat zich in beleid vertalen. Ik zal het hierna soms hebben over een ronde vreemdeling. Dat is dus een vreemdeling wiens zaak zich niet tot een hokje laat reduceren.

Deze gesproken column gaat dus over het spanningsveld tussen twee advocatenwensen: de wens dat je cliënten gelijk behandeld worden en de wens dat het bestuur door de vierkante regels de vrijheid voelt om jouw ronde cliënt in al zijn glorie te zien en te behandelen.

Hoewel ook ik me met enige regelmaat beroep op het gelijkheidsbeginsel heb ik twee indrukken:

1. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt zelden gehonoreerd door het bestuur of door de rechterlijke macht;
2. Een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel is een opmaat voor het bestuur om de boel beleidsmatig dicht te timmeren.

Ik wil deze twee indrukken illustreren aan de hand van twee voorbeelden uit de praktijk: de schrijvende zaken die mijn collega Marjon Peeters zo mooi heeft beschreven in haar artikel in *A&MR*<sup>2</sup> en de bedbadbrood-regeling.

### Schrijvende zaken

De vreemdelingenwetgeving bevat op sommige punten geweldige aanknopingspunten voor het bestuur om de ronde vreemdeling tot zijn recht te laten komen in een vierkant rechtsgebied. Een van die bepalingen is artikel 3.4 lid 3 van het Vreemdelingenbesluit waarin staat dat, tenzij een asielaanvraag voor de hand ligt, onze Minister kan besluiten een vergunning te verlenen voor een ander dan in dat artikel genoemd verblijfsdoel. Deze bepaling is niet nader ingevuld

en biedt dus op het eerste gezicht advocaat en bestuur alle ruimte.

Maar geef ons advocaten ruimte en wij gaan turven, en bijhouden, en procederen, en antwoord eisen op de vraag waarom de situatie van de ene ronde vreemdeling wel schrijvend is en die van een andere zielepoot niet.

Eind 2006 bepaalde de Afdeling in een uitspraak over artikel 3.4 lid 3 Vb 2000 dat de Minister inzicht moest geven hoe hij bepaalde omstandigheden woog.<sup>3</sup> Het gelijkheidsbeginsel vergde een consistente gedragslijn, aldus de Afdeling. Deze uitspraak werd gevolgd door een brief van 21 februari 2007 van de Minister waarin hij zeven relevante factoren onderscheidde waarmee schrijvende aanvragen konden worden beoordeeld.<sup>4</sup>

Een overwinning voor de tweede zielepoot zou je denken, maar dat is te snel gedacht: veel ronde vreemdelingen werden, juist met deze lijst in de hand, afgewezen. Nu was er immers beleid en als je niet voldeed aan de criteria uit de lijst dan was je dus niet schrijvend of schrijvend genoeg. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de Afdeling van 20 september 2011 waarin de Afdeling bepaalde dat van de in de brief van 21 februari 2007 genoemde ernstige medische problemen alleen sprake was als de vreemdeling niet zonder medische begeleiding het land kon verlaten.<sup>5</sup> Andere in de brief genoemde medische problemen zagen expliciet op medische problemen in de omgeving van de vreemdeling maar niet van hemzelf. Afgevinkt, klaar, jammer voor de ronde vreemdeling die wel ziek is maar geen medische begeleiding nodig heeft om het land te verlaten.

Deze afwijzingen waren reden voor twee andere collega's, Neal Blomjous en Igna Oomen, en

2 M.J.M. Peeters, 'Schrijvende zaken, emotie vervat in juridische termen', *Asiel- en Migrantenrecht* 2013-1, p. 23-28.

3 ABRvS 21 december 2006, «JV» 2007/56.

4 TK 2006-2007, 19 637, nr. 1131.

5 ABRvS 20 september 2011, nr. 201007379/1/V3.

later weer Marjon Peeters, om met de WOB in de hand inzage te vragen in de interne minuten die ten grondslag lagen aan positieve beslissingen op basis van schrijvende omstandigheden. Het duurde even maar toen kwam er een enorme hoeveelheid minuten vrij, die door Marjon Peeters in voornoemd artikel zijn geanalyseerd.

Bij mij heeft het zwaaien met deze minuten in de praktijk weinig opgeleverd, maar dat kan aan mij liggen. Er staat weinig gedetailleerde informatie in veel van die minuten zodat het bestuur weg kan komen met de open deur “iedere zaak wordt op zijn eigen merites beoordeeld”. Een terecht conclusie overigens, die echter niet aan een beroep op het gelijkheidsbeginsel in de weg staat.

Ook de zaken die aan de rechter zijn voorgelegd leiden voor zover ik kan zien tot weinig materieel succes. Ik vond een uitspraak van 20 november 2012 van de Afdeling waarin de Afdeling kennisnam van een aantal van deze minuten om te bepalen of quasi-rechtmatig verblijf een positief criterium is voor de beoordeling van een aanvraag schrijnendheid, zoals het artikel van Peeters suggereert.<sup>6</sup> De rechtbank had geoordeeld dat dat het geval was. De Afdeling vond van niet omdat “deze nota’s ambtelijke voorstellen bevatten en niet de uiteindelijke motivering van de onderscheiden inwilligende besluiten” zodat daaruit niets kan worden afgeleid. Waar je dan wel de motivering uit moet afleiden laten we gemakshalve in het midden.

Een andersoortige nederlaag met interne minuten zag op het per 1 oktober 2012 afgeschafte ouderenbeleid. Iedereen met enig verstand van zaken had in 2012 aan kunnen zien komen dat afschaffing zou leiden tot toename van procedures, en zo geschiedde. Een strijdlustig advocatenkantoor uit Den Haag, Nolet Advocaten,

vroeg met de WOB in de hand alle minuten op van zaken die zagen op 65+ vreemdelingen die na oktober 2012 een positieve beslissing hadden ontvangen en brachten tien positieve minuten in in een afgewezen mvv-zaak van een oudere, alleenstaande moeder. De Rechtbank, zittingsplaats Amsterdam, oordeelde op 9 april 2015 in een uitspraak die op migratiweb staat dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet kon slagen omdat “de belangenafweging i.h.k.v. artikel 8 EVRM is weggelakt waardoor de rechtbank niet kan beoordelen of sprake is van een gelijk geval”.<sup>7</sup> Dat de rechtbank het bestuur ook had kunnen vragen om de onbewerkte tekst toe te sturen, desnoods zonder kennisname door de vreemdeling, komt niet aan de orde. De ronde en oude vreemdeling mocht niet komen.

Deze discussie over schrijnende zaken legt het dilemma van de advocatuur mooi bloot: levert het wat op om aan te sturen op het vastleggen van beslisriteria of ontnemen we onszelf en het bestuur de ruimte om, los van lijstjes, een zaak in te willigen vanwege het heel specifieke samenstel van omstandigheden? Uit een lezenswaardig artikel van collega Alexandra Nederveen over regularisatieregelingen in *Migrantenrecht* kan worden afgeleid dat het in beleidsregels gieten van bijvoorbeeld de witte illegalenregeling leidde tot een afname van het aantal inwilligingen.<sup>8</sup> Moeten we daarom niet leren leven met een mate van rechtsongelijkheid in het algemeen ten behoeve van een rechtvaardige oplossing in het specifieke geval?

### WMO/bed, bad, brood

Een andere slepende kwestie die dit dilemma mooi weergeeft is het bedbadbrood-dossier. Met dank aan collega Jelle Klaas, ververs ik even

6 ABRvS 20 november 2012, nr. 201110124/1/V1.

7 Rb. Den Haag zp Amsterdam 9 april 2015, AWB 14/15757, migratiweb ve15000998.

8 A.C.M. Nederveen, ‘Regularisaties en vergeten groepen’, *Migrantenrecht* 2008-9/10, p. 318-325.

uw geheugen over hoe een procedure over een uitkering voor onrechtmatig verblijvende kinderen op grond van de RVB bijna tien jaar later uitmondde in de vreselijke bedbadbrood-regeling.

Na de procedure die leidde tot aanpassing van de RVB, werden op grote schaal procedures gevoerd tegen gemeentes tot verstrekking van adequate opvang aan onrechtmatige vreemdelingen op grond van de WMO. Dit zijn de procedures waar mijn oude studievriend het over had.

In een uitspraak van de CRvB van 11 juli 2012 op zo'n verzoek om opvang was door de advocaat een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel: waarom kreeg de ene vreemdeling wel structurele opvang en de ander slechts winteropvang, terwijl ze beiden onrechtmatig in Nederland verbleven en overdag op straat hangen in de winter voor geen mens goed is.<sup>9</sup> De CRvB wees dit beroep van de hand: er was onvoldoende bewijs dat vreemdeling B extra kwetsbaar was in de zin van artikel 8 EVRM en daarom structurele opvang behoefde. De CRvB wees bovendien op bestendige jurisprudentie over het koppelingsbeginsel, die erop neerkomt dat niet getornd wordt aan het algemene uitgangspunt dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen geen recht hebben op voorzieningen. Dat vreemdeling B winteropvang kreeg was voldoende ruimhartig van de gemeente, aldus de CRvB. Deze uitspraak was een van velen waarbij een beroep op het gelijkheidsbeginsel geen soelaas bood bij het verkrijgen van (uitgebreidere) opvang en voorzieningen.

Tegelijkertijd speelde de zaak van de Conference of European Churches tegen Nederland bij het ECSR, waarvan de uitspraak op 10 november 2014 werd gepubliceerd.<sup>10</sup> In deze

uitspraak oordeelde het ECSR dat Nederland artikel 13 lid 4 en artikel 31 lid 2 van het Europees Sociaal Handvest schond door onrechtmatig verblijvende vreemdelingen geen onderdak te verschaffen. Aan het recht op opvang mochten volgens het ECSR geen voorwaarden worden verbonden.

Op 17 december 2014 trof de voorzieningenrechter van de CRvB een voorziening dat gemeentes gehouden waren alle vreemdelingen die daarom verzochten te voorzien van nacht-opvang, douche, ontbijt en een warme maaltijd, tot de overheid een structurele oplossing vond die recht deed aan de uitspraak van het ECSR.<sup>11</sup> Dit was de aftrap van het politieke getouwtrek over bedbadbrood. Getouwtrek dat met name ook ging over wie de rekening zou betalen voor de opvang: gemeentes of Rijk. Op 22 april 2015 bereikte het kabinet een akkoord, dat eruit bestond dat er voor beperkte duur op vijf plaatsen in Nederland bedbadbrood-opvang zou worden verstrekt aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen die bereid waren te werken aan terugkeer.<sup>12</sup> Daarna zouden dergelijke 'meewerkende vreemdelingen' terecht kunnen in een vrijheidsbeperkende locatie in Ter Apel. Gemeentes die daarbuiten opvang verleenden moesten hun centra sluiten of dat op eigen kosten doen. Dit viel uiteraard niet in goede aarde bij die gemeentes.

Ondertussen liepen er nog procedures, want wij advocaten geven nooit op, of gemeentes verplicht konden worden om via WMO uitgebreidere opvang te bieden zonder de knoet van meewerken aan terugkeer als *conditio sine qua non*. Wij weten immers allen dat er ook ronde vreemdelingen zijn die zelfs als ze zouden willen niet terug kunnen omdat ze door geen enkel land dat in aanmerking komt als onderdaan erkend worden, of die vast zijn komen te zitten

9 CRvB 11 juli 2012, RSV 2012/252.

10 ECSR 10 november 2014, *Council of European Churches/Nederland*, «JV» 2015/24.

11 Vzng. CRvB 17 december 2014, «JV» 2015/35.

12 TK 2014-2015, 19 637, nr. 1994.

in de nova-fuik van herhaalde aanvragen omdat zij niet alle relevante informatie paraat hadden bij de eerste asielprocedure. Mensen die klem zitten tussen wal en schip horen niet op straat te zwerven.

Op 26 november 2015 oordeelden de CRvB en de Afdeling in op elkaar afgestemde uitspraken dat met het bieden van opvang onder voorwaarde van meewerken aan terugkeer voldaan werd aan de positieve verplichting onder artikel 8 EVRM.<sup>13</sup> Gemeentes waren niet gehouden om op basis van de WMO andersoortige opvang te bieden, tenzij de vreemdeling vanwege zijn psychische problemen niet aan terugkeer zou kunnen meewerken. De andersluidende uitspraak van het ECSR was weliswaar gezaghebbend, maar niet juridisch bindend aldus de CRvB en Afdeling

In november 2016 klapte het bestuursoverleg tussen gemeentes en Rijk omdat er gemeentes waren die weigerden hun opvangcentra te sluiten. De bekostiging van de opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen ligt sindsdien bij de gemeentes. En dat betekent natuurlijk: willekeur. Niet iedere gemeente zal de wens of middelen hebben om opvang te betalen. Koren op de molen van de advocaat die met het gelijkheidsbeginsel in de hand op zoek is naar de meest gunstige regeling voor zijn cliënt. In een uitspraak van 29 juni 2016 trapte de Afdeling op de rem: de gemeente Amsterdam was niet verplicht om andere dan bedbadbrood-opvang te verstrekken aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen.<sup>14</sup> Dat 66 andere vreemdelingen in vergelijkbare omstandigheden wel opvang op grond van de WMO hadden gekregen deed daar niet aan af.

Dit is voorlopig waar het schip gestrand lijkt te zijn. Ik kom terug bij het startpunt en de opmerking van mijn studievriend: zijn wij als advocaten door onze weigering ons neer te leggen bij rechtsongelijkheid niet medeverantwoordelijk aan het monster dat de huidige bedbadbroodregeling is? Is ons tomeloze geprocedeer, overigens altijd met het belang van de cliënt voor ogen, niet de aanleiding geweest voor deze *race to the bottom*? En zijn onze cliënten nu werkelijk beter af dan voorheen toen de ene gemeente wat toeschietelijker was dan de andere?

### Conclusie

Ik rond af. Er zijn veel advocaten die zeggen: ik ben het aan mijn cliënt verplicht om te handelen in zijn belang. Als dat belang erom vraagt dat ik, met een beroep op vergelijkbare gevallen, het bestuursorgaan dwing om inzichtelijk te maken waarom de ene vreemdeling wel voorziening X krijgt en de ander niet, dan doe ik dat. Iedereen is gelijk voor de wet en er is geen rechtvaardiging voor dat één iemand wel iets krijgt wat tien anderen in precies dezelfde omstandigheden niet krijgen. Dat is een fair en te respecteren standpunt.

Maar zou het niet kunnen dat we in het vreemdelingenrecht beter af zouden zijn met wat minder rechtsgelijkheid en wat meer willekeur, als dat het bestuur, of dat nu de Staatssecretaris is of de gemeente, meer vrijheid laat om door de vierkante regels heen oog te hebben voor de ronde vreemdeling? Krijgen niet meer vreemdelingen een vergunning of opvang als wij advocaten onze wens laten varen om, op basis van objectieve criteria, duidelijk te krijgen waarom de een binnen en de ander buiten de boot valt?

Er zullen advocaten zijn die zeggen dat het bestuur geen gebruik maakt van zijn discretionaire ruimte tenzij je hen daartoe dwingt. Dat risico bestaat inderdaad. Maar ik denk dat iemand de eerste stap moet zetten weg van de

13 ABRvS 26 november 2015, «JV» 2016/17 en CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4093.

14 ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1783.

tendens om alle ruimte die er is dicht te timmeren met beleid. Dat betekent dus ook dat de ambtenaar de ruimte die hij heeft moet benutten en zich niet meer moet verschuilen achter regeltje zus of regeltje zo. Lekker zelf nadenken en inhoudelijk gemotiveerd beslissen. Van ambtenaar tot ambachtsman.

Mijn kantoor bestaat inmiddels 35 jaar. De oudgedienden praten soms met weemoed over hun begintijd toen zij bij het bureau van de vreemdelingenpolitie binnenkwamen met tien dossiers onder hun arm en er vervolgens een soort kwartetspel ontstond over welke vreemdeling wel en welke niet een verblijfsvergunning zou krijgen. Dat pakte soms oneerlijk uit en dan werd er geprocedeerd, maar er kon ook heel veel onderling geregeld worden zonder dat procedures nodig waren. Misschien moeten we in het vreemdelingenrecht terug naar de achterkamertjes van weleer, in het belang van onze ronde cliënten. Ik ben benieuwd wat u daarvan vindt.