

Schrijnende zaken, emotie vervat in juridische termen

Wanneer krijgt een vreemdeling die op grond van de regels buiten de boot valt toch een verblijfsvergunning? Er is onduidelijkheid over de criteria die bepalen of een minister in een schrijnend geval van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik maakt. Maar wie goed kijkt naar de politieke historie, de jurisprudentie en 'geWobte' minuten van eerdere beslissingen ziet een patroon dat houvast biedt.

In 2012 stond de discretionaire bevoegdheid van de toenmalige Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel weer volop in de belangstelling, met dank aan Mauro: de Angolese jongen die al jaren in Nederland bij zijn pleeggezin verbleef, volledig was ingeburgerd, maar geen definitieve verblijfsvergunning kreeg. De meningen over de vraag of Mauro moest blijven, waren verdeeld en veelal gebaseerd op emoties. Emoties die zich niet in regels laten vatten. In dit artikel wil ik laten zien dat er wel degelijk een vaste werkwijze is en daarmee rechtsbijstandverleners een handvat geven om 'schrijnende' zaken aan de Staatssecretaris voor te leggen.

1 Discretionaire bevoegdheid

Alvorens in te gaan op de werkwijze van de Minister in schrijnende zaken sta ik kort stil bij de onderliggende regelgeving. Ingevolge artikel 3.71, lid 1 Vreemdelingenbesluit 2000 (verder: Vb 2000) wordt de aanvraag tot het verlenen van de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, bedoeld in artikel 14 van de Wet, afgewezen, indien de vreemdeling niet beschikt over een geldige machtiging tot voorlopig verblijf. Artikel 3.71, lid 4 Vb 2000 bepaalt echter dat lid 1 buiten toepassing kan worden gelaten, indien toepassing hiervan zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard. Afhankelijk van het onderwerp, zijn er nadere beleidsregels vastgelegd in diverse Werkinstructies om aan te geven wanneer er al dan niet sprake is van een onbillijkheid van overwegende aard (zie bijvoorbeeld Werkinstructie 2011/7 WIB).

In artikel 3.4, lid 3 Vb 2000 is bovendien voor de huidige Staatssecretaris de mogelijkheid neergelegd om een verblijfsvergunning te verlenen op gronden die niet bij wet- of regelgeving zijn voorzien, de zogenoemde schrijnende zaken. Dit

soort beschikking wordt in de praktijk ook wel 'beschikking conform Minister' genoemd. In de Nota van Toelichting bij artikel 3.4, lid 3 Vb 2000¹ staat vermeld dat de Minister bevoegd is een verblijfsvergunning te verlenen onder een beperking die niet in het Vreemdelingenbesluit is geregeld. Deze bevoegdheid is noodzakelijk omdat zich in de praktijk altijd onvoorziene gevallen zullen voordoen. De gevallen zullen voornamelijk een categoriaal karakter hebben. In dat geval ligt het opstellen van een algemene beleidsregel in de rede die vervolgens tot algemeen verbindend voorschrift kan worden verheven. Het derde lid sluit echter niet uit dat in strikt individuele gevallen een noodzaak aanwezig is om een verblijfsvergunning te verlenen onder een andere beperking dan die welke zijn genoemd in het eerste lid van artikel 3.4 Vb 2000. In dat geval zal een algemene beleidsregel achterwege kunnen blijven. Van deze bevoegdheid dient volgens de Staatssecretaris terughoudend gebruik gemaakt te worden.

Ondanks het feit dat er sinds jaar en dag veel is gezegd en geschreven over schrijnende individuele aanvragen, is er tot op heden geen kenbare regelgeving waarop een vreemdeling zich kan verlaten om te bezien of hij al dan niet in aanmerking komt voor de verzochte verblijfsvergunning. In de praktijk volstond de Minister als toelichting met de algemene notie dat het gebruik maken van de discretionaire bevoegdheid gebeurt daar waar het gaat om een samenstel c.q. een combinatie van bijzondere factoren die in hun onderlinge samenhang bezien er toe leiden dat in een individueel geval alsnog wordt berust in verblijf hier te lande.² Door hieraan strikt te blijven vasthouden, ontbreekt een transparante wijze van toetsen hetgeen willekeur in de hand werkt.

¹ Nota van Toelichting, Staatsblad 2000, 497, p. 94, ve00000099.
² TK 19637, nr. 733, ve03000478.

In het vervolg van dit artikel zal ik eerst proberen aan te tonen dat de IND wel degelijk een vaste werkwijze hanteert waarop vreemdelingen zich kunnen beroepen om te beargumenteren dat ze in aanmerking komen voor een 'beschikking conform Minister'. Vervolgens geef ik in paragraaf 5 enkele handvatten om een beroep te doen op het gelijkheidsbeginsel.

2 Een consistente gedragslijn

In de afgelopen decennia zijn er verschillende pardonregelingen tot stand gekomen naar aanleiding van een oproep uit de samenleving en/of een mededeling van een bewindspersoon dat er 'met het hart' naar een bepaalde groep kwetsbare vreemdelingen diende te worden gekeken. Minister Nawijn kwam zo op 14 januari 2003 met de mededeling dat er een regeling diende te komen voor de schrijvende gevallen onder asielzoekers. Deze mededeling had tot gevolg dat veel uitgeprocedeerde asielzoekers de Minister via een zogenoemde '14/1'-brief vroegen gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid. Zowel burgers, lokale gezagsdragers als politici toonden zich betrokken.

Al snel kwam de vraag op welke criteria de IND gebruikte bij de afhandeling van deze '14/1' brieven. Volgens de Minister bestonden dergelijke criteria niet. Toch wist het tv-programma NOVA in 2004 de hand te leggen op de (interne) Checklist Inherente Afwijkingsbevoegdheid.³ In deze checklist voor

zoals openbare-orde-aspecten daarentegen konden roet in het eten gooien. Daarnaast had de IND een Werkinstructie (2005/3)⁴ opgesteld aan de hand waarvan de beslisambtenaar een beroep op schrijvende omstandigheden diende af te doen. Deze werkwijze hield een trapsgewijze toets in, waarbij niemand binnen de organisatie overzicht had over de toe- en afwijzingen de criteria die de verschillende beslisambtenaren daarbij hadden gehanteerd. Met als gevolg het risico op willekeur en ongelijke behandeling.⁵

De Minister bleef ondanks de checklist vasthouden aan zijn standpunt dat er geen sprake was van criteria die gebaseerd waren op juridische gronden; er zou slechts sprake zijn van 'factoren'. Dit onderscheid werd al snel bekritiseerd. In Migrantenrecht verwees Verberk bijvoorbeeld naar de eerdere gang van zaken rondom de 'witte-illegalen', waarbij een soortgelijk onderscheid was gemaakt, maar dan tussen criteria en 'aandachtspunten'.⁶ In die kwestie dwong de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) de Minister toen toe de gehanteerde aandachtspunten bij het beoordelen van aanvragen in beleidsregels vast te leggen.⁷ Volgens Verberk zou het de Minister, omwille van consistentie en ter voorkoming van willekeur, niet misstaan om naar analogie ook heldere beleidsregels op te stellen voor de beoordeling van '14-1' brieven. Zulke beleidsregels kwamen er echter niet.

Op 18 maart 2005 schreef de toenmalige Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie, mevrouw Verdonk, wel de

Het tv-programma NOVA wist in 2004 de hand te leggen op de (interne) Checklist Inherente Afwijkingsbevoegdheid.

'14/1' brieven waren een aantal specifieke factoren op een rij gezet ter inventarisatie van de situatie van een vreemdeling in het kader van de beoordeling of zijn situatie al dan niet schrijvend was. In de checklist konden onder het kopje bijzondere omstandigheden de volgende factoren worden afgevinkt:

- sociale groep; religie;
- zeer langdurig verblijf in Nederland, te weten vanaf ... en nimmer verwijderd;
- traumatische ervaringen die niet kunnen leiden tot een verblijfsvergunning op grond van het traumatabeleid;
- de vreemdeling is 65 jaar of ouder en heeft geen kinderen meer wonen in het land van herkomst;
- de vreemdeling en/of het kind van de vreemdeling heeft een (ernstige) handicap;
- de vreemdeling en/of het kind van de vreemdeling is ziek en/of heeft psychische problemen;
- er dreigt een scheiding tussen de vreemdeling en diens kind(eren); (bijna) alle familieleden in de eerste en tweede graadslijn van de vreemdeling zijn in Nederland woonachtig op grond van een rechtsgeldige titel dan wel zijn genaturaliseerd.

Tevens bestond ruimte voor het invullen van integratieaspecten en overige bijzondere omstandigheden. Contra-indicaties

Illegalennota.⁸ Hierin werd echter geen nieuw inzicht gegeven in de wijze van beoordelen. Er werd voornamelijk aandacht besteed aan de uitspraak van de Afdeling van 19 november 2004 waarin werd geoordeeld dat de '14/1'-brieven als aanvragen moesten worden beschouwd, de antwoordbrieven als beschikkingen, en de reacties daarop als bezwaarschriften. Helaas gaf de Afdeling in haar uitspraak van 19 november 2004 geen opdracht hoe de besluiten moesten worden gemotiveerd, zodat de Minister in beschikkingen kon volstaan met de enkele mededeling dat er geen aanleiding bestond om gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid.

Op 21 december 2006 sprak de Afdeling zich opnieuw uit over de kwestie. De Afdeling oordeelde toen dat artikel 3.4 lid 3 Vb 2000 de Minister de ruimte biedt om de beoordeling van het individuele geval centraal te stellen, maar dat de Minister

³ www.novatv.nl (archief).

⁴ IND-Werkinstructie, Handelwijze bij voorleggen schrijvende gevallen en inkomende brieven, 24 januari 2005, 2005/3, ve06000494 (met in bijlage 1 de factoren).

⁵ Zie ook Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Haarlem 1 november 2006, Awb 06/3066, ve06001654, LJN: AZ2906.

⁶ In reactie hierop werd in 2004 in Migrantenrecht een artikel gepubliceerd over schrijvende gevallen, de criteria en het voorkomen van willekeur in het kader van het beoordelen van de schrijvendheid: Wim Verberk, Schrijvende gevallen 1975-2004, Over factoren of criteria en het voorkomen van willekeur, Migrantenrecht 2/04 (inclusief Checklist), ve04000529.

⁷ ABRvS, 20 januari 1995, nr. RO2.92.3252 en nr. RO2.92.4268, ve03001605.

⁸ TK 2004-2005, 19 637 en 29 537, nr. 910, ve05000565.

daarbij enig inzicht dient te geven in de weging van de omstandigheden van het desbetreffende geval in het licht van de omstandigheden van een min of meer vergelijkbaar geval waarin wel toepassing is of zou zijn gegeven aan voormeld artikellid.⁹ De Afdeling stelt vast dat het gelijkheidsbeginsel een consistente gedragslijn vergt, en dat het bewaken van die consistentie bij uitstek de verantwoordelijkheid is van het bestuur. Het motiveringsbeginsel blijkt daarbij uiteindelijk het breekpunt te zijn.¹⁰ Zoals De Waard het zegt: als een bestuursorgaan beweert dat het in 19.000 zaken consistent kan beslissen zonder nadere criteria te hebben uitgewerkt die bepalend zijn voor de vraag of de beslissing positief uitvalt of niet, dan heeft dat orgaan iets uit te leggen.¹¹ In een annotatie in *Ars Aequi* licht Damen¹² toe dat de Afdeling in deze uitspraak vervolgens echter op twee gedachten hinkt. De Afdeling verplicht de minister namelijk niet om algemene criteria te ontwikkelen en kenbaar te maken, maar stelt dat de minister ook mag motiveren door de te wegen feitelijke factoren te vergelijken met die in verwante zaken waarin wel positief is beslist, of 'anderszins'. Volgens Damen is dit een schijnkeuze, en is het motiveren in deze zaken niet anders mogelijk dan aan de hand van kenbare criteria. De Afdeling is volgens hem dan ook ten onrechte teruggedeinsd voor de onvermijdelijke conclusie dat een consistente gedragslijn alleen mogelijk is als er kenbare beleidsregels worden ontwikkeld.

3 Een scheidslijn op 18 maart 2005?

De uitspraak van de Afdeling van 21 december 2006 en Kamervragen over de te hanteren criteria noodzaakten de toenmalige Minister van Justitie Hirsch Ballin om op 21 februari 2007 een inhoudelijke reactie te geven.¹³ In de brief van 21 februari 2007 maakte de Minister een onderscheid tussen '14/1'-brieven die waren ingediend vóór 18 maart 2005 en daarna.

Wat betreft de '14/1'-brieven (alle brieven van vóór 18 maart 2005) werd nogmaals uiteengezet dat iedere zaak op eigen merites zou worden beoordeeld en individueel zou worden gemotiveerd, waarbij dan sprake diende te zijn van unieke omstandigheden die specifiek op het betrokken individu van toepassing waren. Vervolgens werd voor deze aanvragen een toetsingskader met verschillende factoren uiteengezet (zie daarover paragraaf 4).

Voor de aanvragen van na 18 maart 2005 verwees de Minister echter naar de hiervoor genoemde brief van 18 maart 2005, waarin voormalig Minister Verdonk stelde qua inhoudelijke motivering in beginsel te kunnen volstaan met een verwijzing naar het bijzondere samenstel van factoren. Deze uitleg heeft jarenlang voor onduidelijkheid gezorgd, aangezien in deze brief niets wezenlijks over de inhoudelijke wijze van afhan-

deling werd gezegd en de Minister in feite kon volstaan met nietszeggende woorden.

Het aldus door de Minister gemaakte onderscheid tussen de behandeling van aanvragen die vóór 18 maart 2005 zijn ingediend en die van daarna, wekt bevreemding. In de eerste plaats lijkt de IND zich alsnog te onttrekken aan haar verplichtingen als behoorlijk handelend bestuursorgaan, door voor aanvragen ingediend na 18 maart 2005 te verwijzen naar het vigerende beleid, zodat een verwijzing naar het bijzondere samenstel van factoren voldoet. Zoals volgt uit de uitspraak van 21 december 2006 is de minister gebonden aan rechtsnormen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel.

Ten tweede is onduidelijk waarom de IND per 18 maart 2005 plotseling een heel andere wijze van toetsen zou hanteren, terwijl ze voor eerdere aanvragen al een vaste werkwijze had en de aard van de nieuwe aanvragen niet verschilt van aanvragen van vóór 18 maart 2005. Dit klemt temeer nu de IND in verschillende zaken heeft toegegeven de factoren uit de brief van 21 februari 2007 ook als richtsnoer te gebruiken in zaken die na 18 maart 2005 zijn ingediend.¹⁴

Hoewel lagere rechters verschillende keren wel degelijk de factoren uit de brief van 21 februari 2007 gebruikten om over aanvragen van na 18 maart 2005 te oordelen, blijft de Afdeling strak vasthouden aan het gemaakte onderscheid. Zo oordeelde de Afdeling op 22 februari 2011¹⁵ dat volgens de brief van 21 februari 2007 ten aanzien van brieven die na 18 maart 2005 zijn ingediend het vigerende (ongemotiveerde) beleid geldt. Hoewel de Minister ter zitting heeft verklaard dat voornoemde brief daarbij wel als leidraad is gebruikt, is dit voor de Afdeling onvoldoende om te concluderen dat de Minister ten tijde van het bestreden besluit (dus na 18 maart 2005) het beleid zoals vervat in die brief, voerde. Eenzelfde standpunt nam de Afdeling in bij uitspraak van 5 augustus 2011.¹⁶

Omdat de Afdeling een mondelinge verklaring onvoldoende vond, was het van belang van de Minister zwart op wit te krijgen dat er geen verschil bestond in de wijze van toetsen. Dan zouden de factoren genoemd in de brief van 21 februari 2007 ook in huidige aanvragen worden gebruikt. De schriftelijke bevestiging kwam in een schrijvende zaak van mijn cliënten (aanvragen dateerden uit 2008) naar aanleiding van een heropening door de rechtbank zittinghoudende te Amsterdam waarin meer duidelijkheid werd geëist van de Minister.¹⁷ In reactie¹⁸ op de vragen stelde de Minister onder meer dat in de praktijk feitelijk slechts één toets plaatsvindt in het kader van de beoordeling van de hardheidsclausule en de discretionaire bevoegdheid, namelijk of er voldoende bijzondere en schrijvende omstandigheden zijn. Verder stelde de Minister dat de

9 ABRvS, 21 december 2006, 200605794/1, JV 2007/56, ve06001754, LJN:AZ5171.

10 Zie ook: noot bij ABRvS 21 december 2006, B.W.N. de Waard, AB 2007,79.

11 Noot bij ABRvS 21 december 2006, B.W.N. de Waard, AB 2007,79.

12 Prof. mr. L.J.A. Damen, *Ars Aequi*, AA 2007-13.

13 TK 2006-2007, 19 637, nr. 1131, ve07000332.

14 Zie bijvoorbeeld brief Proces Procesvertegenwoordiging, 23 augustus 2010, ve12002082.

15 ABRvS, 22 februari 2011, 201007802/1/V1, ve11000473, LJN:BP5932.

16 ABRvS, 5 augustus 2011, 201012481/1/V1, ve11001915, LJN:BR5033.

17 Brief rechtbank 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam, 15 juli 2010, ve12002082.

18 Brief Proces Procesvertegenwoordiging, 23 augustus 2010, ve12002082.

niet limitatief opgesomde factoren vervat in de brief van 21 februari 2007 in de praktijk als richtsnoer worden gebruikt. Als een aantal van deze factoren zich niet voordoet, betekent dit niet dat geen geslaagd beroep op de hardheidsclausule dan wel artikel 3.4., lid 3 Vb 2000 kan worden gedaan, zo werd benadrukt. Alles wat door de vreemdeling wordt aangevoerd wordt bij de beoordeling betrokken en gewogen. Dit geeft te denken, aangezien in vrijwel alle gevallen geen kenbare motivering in de beschikking staat waaruit blijkt waarom de door de vreemdeling aangevoerde omstandigheden geen geslaagd beroep op de hardheidsclausule, dan wel artikel 3.4., lid 3 Vb 2000 opleveren.

Bij uitspraak van 21 december 2010¹⁹ oordeelde de rechtbank vervolgens onder meer dat de bestreden beschikkingen een inzichtelijke toetsing en daarmee een deugdelijke motivering ontbeerden. Daarbij overwoog de rechtbank dat uit het bestreden besluit niet duidelijk werd hoe de door eisers naar voren gebrachte omstandigheden in het licht van de brief van 21 februari 2007 waren gewogen, terwijl wel was gesteld dat die brief als richtsnoer was gebruikt. De Minister tekende hoger beroep aan, waarbij de nadruk werd gelegd op het gegeven dat er wel degelijk onderscheid werd gemaakt tussen aanvragen van vóór en na 18 maart 2005. Bij uitspraak van 20 september 2011²⁰ oordeelde de Afdeling dat het hoger beroep kennelijk ongegrond was en dat de aangevallen uitspraak diende te worden bevestigd. Na een nieuwe hoorzitting bij de IND en het daadwerkelijk voorleggen van de zaak aan Minister Leers, werd uiteindelijk voor beide cliënten met terugwerkende kracht een verblijfsvergunning vanaf datum aanvraag verleend.

Hoewel de Afdeling geen inhoudelijke uitspraak heeft gedaan, meen ik dat de Afdelingsuitspraak van 22 februari 2011 niet langer houdbaar is, nu de IND niet slechts een mondelinge mededeling op zitting, maar een schriftelijke mededeling deed. De Minister kan mijns inziens dan ook niet meer volhouden dat de brief van 21 februari 2007 niet meer gebruikt kan worden in aanvragen van na 18 maart 2005. Als is gesteld dat de brief van 21 februari 2007 als richtsnoer is gebruikt, kunnen vreemdelingen dus wel degelijk een beroep op de voor hen relevante schrijvende 'factoren' doen.

4 Factoren

Om welke factoren gaat het? In de brief van 21 februari 2007 benadrukte de Minister dat omstandigheden die duiden op integratie als onvoldoende onderscheidend werden gezien. Evenmin werd zelfstandige betekenis aan verblijf langer dan vijf jaar toegekend. Vijf jaar verblijf in Nederland moest wel als minimum worden gezien. Daar bovenop moest dan sprake zijn van bijkomende klemmende redenen van humanitaire aard. In dit kader formuleerde de Minister een zevental – niet uitputtende - bijkomende redenen van humanitaire aard:

1 ernstige medische problemen, met name als hierbij kinderen zijn betrokken. Deze reden weegt zwaarder als de kin-

deren in Nederland zijn geboren. Indien sprake is van medische problemen die al in het land van herkomst bestonden, weegt deze omstandigheid minder zwaar (wegingsfactor minder zwaarwegend tot zwaarwegend);

- 2 ernstige medische problemen waardoor de vreemdeling niet zonder medische overdracht of begeleiding het land kan verlaten en het vertrek dientengevolge heel moeilijk te realiseren is. Hierbij wordt mede acht geslagen op de aanwezigheid van noodzakelijke ononderbroken zorg in het land van herkomst (wegingsfactor zwaarwegend);
- 3 perioden van rechtmatig of quasi rechtmatig verblijf (uitsluit van vertrek, verblijf op grond van een verblijfsvergunning, wegingsfactor minder zwaarwegend);
- 4 overlijden in Nederland van een gezinslid van de betrokken vreemdeling, met name als met medische bewijsstukken is aangetoond dat daardoor sprake is van ernstig psychisch lijden. Als het gezinslid hier te lande is begraven en het graf regelmatig wordt bezocht door de vreemdeling, telt dit ook mee (wegingsfactor zwaarwegend tot zeer zwaarwegend);
- 5 de situatie dat een belangrijk deel van het gezin waarvan de vreemdeling deel uitmaakt wel is toegelaten, maar de vreemdeling zelf niet (wegingsfactor zwaarwegend);
- 6 dreigende scheiding tussen de vreemdeling en diens kind(eren) (wegingsfactor zeer zwaarwegend);
- 7 gender gerelateerde aspecten, met name eerwraak en huiselijk geweld (zeer zwaarwegend).

In de brief merkte Minister Hirsch Ballin op dat, indien geen van deze redenen zich voordoet, er in beginsel nog steeds een verblijfsvergunning kan worden verleend. In de bijlage bij de brief werden vervolgens wegingsfactoren toegekend. Opmerkelijk is dat daarin apart wordt vermeld dat zwaarwegende betekenis toekomt aan de factor dat sprake is van een in Nederland geboren kind. Deze grond is echter niet als zodanig in het overzicht van de Minister opgenomen. Net als bij de Checklist '14/1'-brieven, kent de brief van 21 februari 2007 ook contra-indicaties die ten nadele in de belangenafweging meewegen. Daarbij wordt als minder zwaarwegend gezien een eenmalige schikking of veroordeling wegens een misdrijf tot ten hoogste euro 500. Het niet meewerken aan terugkeer en twijfel over de identiteit bij gebrek aan een paspoort worden als zwaarwegend gekwalificeerd. In geval van 1F en nationale veiligheidsaspecten wordt een verblijfsvergunning geweigerd, aldus de bijlage.

Van belang is verder dat zowel bij de Checklist als bij de brief van 21 februari 2007 ruimte lijkt te bestaan om asielgerelateerde aspecten in de beoordeling te betrekken. Dit kan worden afgeleid uit het gegeven dat in de Checklist '14/1' asielgerelateerde aspecten zoals 'sociale groep' en 'religie' worden genoemd en in de brief van 21 februari 2007 aandacht wordt besteed aan gendergerelateerde aspecten.²¹ Des te opmerkelijker is dan ook de uitspraak van de Afdeling van 9 oktober 2009²² waarin werd geoordeeld dat bij de beoordeling van een artikel 3.4, lid 3 Vb 2000 aanvraag de scheiding tussen enerzijds gronden die

19 Rechtbank 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam, 21 december 2010, Awb 10/06678, 10/06679 & 10/11452, ve12002082.

20 ABRvS, 20 september 2011, 201100788/1/V1, ve12001837 (deze uitspraak kwam nadat het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening van de Minister wel was ingestemd).

21 Zie in dit kader ook: Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, 12 maart 2009, Awb 08/31327, JV 2009/222, ve09000523, LJN: BH9272.

22 ABRvS, 9 oktober 2009, 200903841/1/V3, JV 2009/470, ve09001424.

aanspraak geven op een verblijfsvergunning regulier op grond van art. 14 Vw 2000 en anderzijds gronden die aanspraak geven op een asielvergunning op grond van art. 28 Vw 2000 er aan in de weg staan om artikel 3 EVRM daarbij te betrekken. In mijn ogen gaat het om het beoordelen van een samenhang van bijzondere individuele factoren. Het valt dan ook niet in te zien waarom in een schrijnend geval reguliere aspecten niet naast asielgerelateerde aspecten kunnen bestaan. Juist in dit soort gevallen dienen alle aangevoerde omstandigheden in de beoordeling te worden betrokken.

In het licht van recente ontwikkelingen verdient de mate van integratie in Nederland als mogelijke factor hier extra aandacht. Het standpunt van de Minister is steeds geweest dat aan de mate van integratie geen zelfstandige betekenis toekomt. De signalering dat in de maatschappij het verwachtingspatroon (lees: maatschappelijke emoties) over de toepassing van de discretionaire bevoegdheid niet aansluit bij praktijk, bracht voormalig Minister Leers ertoe de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (hierna: ACVZ) advies te vragen. De ACVZ werd gevraagd te adviseren over de mogelijkheden verblijf te bieden aan uitgeprocedeerde asielzoekers van wie het verblijf het Nederlands belang dient en of, en zo ja hoe, het lokale bestuur hierin een rol zou kunnen spelen. De ACVZ adviseerde op 6 december 2011²³ vanwege de bestaande maatschappelijke onvrede en de demografische en economische ontwikkelingen, een zelfstandige betekenis toe te kennen aan de mate waarin de uitgeprocedeerde vreemdeling deel uitmaakt van de lokale gemeenschap. In zaken waarin een vreemdeling door zijn verblijf in Nederland deel is gaan uitmaken van de lokale gemeenschap en die gemeenschap op grond van haar verbondenheid verantwoordelijkheid voor deze vreemdeling wil nemen, kan een maatschappelijk belang aan de verblijfsaanvaarding ten grondslag worden gelegd, aldus de ACVZ. Hiervoor dient de lokale gemeenschap meer gestructureerd te worden betrokken bij beoordelingen in het kader van de discretionaire bevoegdheid. De ACVZ stelt daarom voor een zwaarwegende adviesrol toe te kennen aan een multidisciplinair adviesorgaan waarin vanuit diverse perspectieven naar de situatie van uitgeprocedeerde asielzoekers wordt gekeken.

Naar aanleiding van dit advies is een verhelderend artikel gepubliceerd in A&MR 2012/4.²⁴ In reactie op het advies heeft Minister Leers medegedeeld het advies in essentie over te nemen.²⁵ Volgens de Minister geeft het advies hem handvatten om bij de gebruikmaking van zijn discretionaire bevoegdheid rekening te houden met het lokaal maatschappelijk belang van een individuele vreemdeling. De Minister meent echter dat dit maatschappelijk belang geen zelfstandige betekenis moet krijgen, omdat aspecten die betrekking hebben op het lokaal maatschappelijk belang niet los gezien kunnen worden van andere individuele aspecten, zoals de aspecten rond schrijnendheid. Het maatschappelijk belang moet volgens de minister worden meegewogen in het geheel van alle feiten en omstandigheden van het individuele geval. De Minister acht

een zelfstandige weging van maatschappelijk belang niet wenselijk, omdat het als criterium onvoldoende afgebakend is. De factoren zijn door de vreemdeling zelf te beïnvloeden, waarmee dit het stapelen van procedures en frustreren van vertrek in de hand kan werken. Bovendien zijn factoren die zien op het maatschappelijk belang van een individuele vreemdeling vaak minder uniek, omdat het voor grotere aantallen zal opgaan. De kans op precedentwerking is aanwezig. Er dient daarom altijd sprake te zijn van een uniek samenstel van factoren die zijn aan te merken als schrijnende omstandigheden, waarbij het maatschappelijk belang als factor een van de elementen is die in onderlinge samenhang worden gewogen.

Hoewel de mate van integratie geen zelfstandige grond voor het verlenen van een verblijfsvergunning wordt, zal daaraan vanaf nu wel meer betekenis moeten worden toegekend dan voorheen het geval was. Naar aanleiding van voornoemd advies zag Minister Leers tevens voor de burgemeester een gestructureerder informerende rol, in zaken die hij zelf aandraagt conform huidige praktijk, dan wel op verzoek in specifieke gevallen. Een burgemeester (of de lokale politiek) zal in veel gevallen geen idee hebben van het aantal schrijnende zaken in zijn gemeente. Ik meen dan ook dat op dit punt de rechtsbijstandverlener een actieve rol moet spelen bij het gedocumenteerd informeren van de burgemeester met het verzoek een brief aan de Minister op te stellen. Vlak hierbij ook vooral niet het belang van maatschappelijke organisaties uit. Zij hebben vaak meer oog voor de schrijnende situatie waarin een vreemdeling verkeert en kunnen dan eventueel in samenwerking met de rechtsbijstandsverlener een rapport opstellen. Denk bijvoorbeeld aan de rapportages die Defence for Children op verzoek opstelt.

5 Het gelijkheidsbeginsel

In bovenstaande paragrafen heb ik getracht aan te tonen dat de IND wel degelijk een vaste werkwijze hanteert voor de beoordeling van schrijnende zaken. Rechtsbijstandverleners zouden mijns inziens dan ook voor aanvragen van na 18 maart 2005 een beroep moeten kunnen doen op het beoordelingskader uit de brief van 21 februari 2007. Daarnaast kan men, zelfs indien er na 18 maart 2005 wel sprake zou zijn van een andere werkwijze (waarvan niet is gebleken), een beroep doen op vergelijkbare gevallen. In de praktijk is een beroep op het gelijkheidsbeginsel echter lastig. Juist bij gebrek aan kenbaar beleid en inzage in de wijze waarop een belangenafweging bij de beoordeling van een schrijnende zaak plaatsvindt, weet een vreemdeling vaak niet of in een vergelijkbare situatie al dan niet een geslaagd beroep op de discretionaire bevoegdheid is gedaan. De advocaten Blomjous en Oomen hebben via Wob-procedures uiteindelijk inzage weten te krijgen in de inwilligende minuten in schrijnende zaken.²⁶ Bij beschikking van 31 januari 2011²⁷ verstrekke de Minister een honderdtal gecensureerde minuten²⁸. Uit deze minuten blijkt dat de Minister de

23 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, Advies: Om het maatschappelijk belang, Advies over het betrekken van het lokale bestuur en de lokale gemeenschap bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid, 6 december 2011, ACVZ/ADV/2011/027, ve12000352.

24 A&MR 2012/4, Pardon? Over worteling van uitgeprocedeerde vreemdelingen en de discretionaire bevoegdheid, S. Vergeer, ve12001222.

25 Brief Minister van Immigratie, Integratie & Asiel in reactie op advies ACVZ 'om het maatschappelijk belang', 5 juni 2012, ve12001310.

26 ABRvS, 10 november 2010, 200903989/1/H3, JV 2011/109, ve10002022, LJN:BO3465.

27 Beschikking IND Afdeling Uitvoeringsbeleid, 31 januari 2011, INDUIT 11-4, ve11000690.

28 Op migratieweb.nl zijn de 97 minuten gepubliceerd (vindbaar met trefwoord '14-brief, minuten WOB verzoek').

volgende factoren van belang acht bij het bepalen of er sprake is van een schrijvende zaak:

- (procedureel) rechtmatig verblijf tussen de 1 en 8 jaar;
- gezin met kinderen waarvan vaak 1 of meer geboren in Nederland;
- medische problemen, fysiek of psychisch;
- familie woonachtig in Nederland;
- onderwijs genoten in Nederland;
- beheersen van de Nederlandse taal;
- overleden gezinslid in Nederland;
- 65 jaar of ouder, deelname aan verenigingsleven en/ of vrijwilliger;
- overig: seksualiteit, religie, misbruik, mishandeling, analfabetisme.

Kennelijk speelt procedureel rechtmatig verblijf (maar ook integratie) wel degelijk een rol van betekenis. In veel gevallen, maar niet altijd, zijn de procedures voorafgegaan door asielaanvragen. Ook blijkt dat de zo hard gestelde contra-indicaties in de brief van 21 februari 2007 niet zo strikt worden tegengeworpen.

Vanwege het feit dat de Minister, wanneer er een beroep werd gedaan op deze minuten, tegenwierp dat het hier ging om zaken van vóór 18 maart 2005 en deze derhalve niet konden worden toegepast op aanvragen van na 18 maart 2005, verzocht ik naast Oomen om openbaarmaking van de minuten over een meer recente periode. Bij beschikking van 28 december 2011²⁹ werden ruim 250 gecensureerde minuten over de periode van 1 januari 2004 tot 20 september 2011 overgelegd. Na bestudering van deze ruim 250 minuten³⁰ die ook zagen op aanvragen van na 18 maart 2005 kan ik niet anders dan concluderen dan dat deze geen andere wijze van toetsen laten zien. Hooguit wordt er meer aandacht besteed aan artikel 8 EVRM aspecten met betrekking tot zowel het gezinsleven als het privéleven. Dit kan te maken kunnen hebben met de wetwijziging waarbij artikel 8 EVRM werd opgenomen in artikel 3.71, lid 2, onder 1 Vb 2000.

In wezen bevestigt de inhoud van al deze minuten dat de IND zowel de eerder genoemde Checklist als de brief van de Minister van 21 februari 2007 als richtsnoer gebruikt voor de beoordeling hoe om te gaan met schrijvende zaken. De in de belangenafweging betrokken factoren in de desbetreffende minuten zijn terug te vinden in de eerder door de Minister openbaar gemaakte factoren. Met het overleggen van minuten in vergelijkbare zaken, heeft de vreemdeling dan ook extra munitie om zich gedocumenteerd te beroepen op de vergelijkbare handelwijze van de Minister in andere zaken. Van een rechtsbijstandsverlener vraagt dit de nodige inspanning. Het is van belang een heel duidelijk beeld te hebben van alle persoonlijke feiten en omstandigheden van de desbetreffende vreemdeling van zowel heden als verleden (denk bijvoorbeeld aan onderbouwing met medische rapporten, diploma's, verklaringen van school, verklaringen van sportverenigingen, verklaringen van familie en omgeving). Bovendien is het een must de kans op succes te vergroten door het doorspitten van al deze

minuten, of het zelf vragen van inzage in dergelijke minuten in vergelijkbare zaken eveneens een must.

Tot slot nog een goed voorbeeld waarin een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel werd gedaan. De Afdeling oordeelde in 2010³¹ dat de Minister zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat 'perioden van rechtmatig of quasi-rechtmatig verblijf' (zoals ook vermeld in de brief van 21 februari 2007) louter zien op verblijf op grond van een verblijfsvergunning of uitstel van vertrek. De Rechtbank, zittinghoudende te Amsterdam, oordeelde echter op 22 augustus 2011³² op basis van via een Wob-procedure verkregen en aan de rechtbank overgelegde minuten in het kader van het gelijkheidsbeginsel, dat in de meerderheid van de geselecteerde minuten het afwachten van een procedure – dus procedureel rechtmatig verblijf – wél is meegewogen als quasi-rechtmatig verblijf. Er kan dan ook geen sprake zijn van een misslag, zoals de Minister had gesteld. De Minister tekende hoger beroep aan. Het is nu wachten op een uitspraak.

6 Conclusie

In 2006 oordeelde de Afdeling al dat in het licht van het gelijkheidsbeginsel consistentie in de wijze van beoordelen is vereist. Daarbij moet in het licht van de motiveringsplicht in een beschikking inzichtelijk worden gemaakt op welke wijze de argumenten van de vreemdeling zijn gewogen. Het is naar ik hoop een kwestie van tijd voordat de Afdeling ook in recente zaken even expliciet oordeelt dat Staatssecretaris Teeven zich moet houden aan de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Niet alleen kan en moet de Staatssecretaris worden aangesproken op een kenbare en consistente motivering in zijn beschikkingen, maar ook dienen daarbij in ieder geval de door de vreemdeling aangevoerde schrijvende factoren zoals vermeld in de brief van 21 februari 2007 inhoudelijk te worden meegenomen. Een en ander klemt temeer als er een beroep op vergelijkbare gevallen is gedaan. Neem daarbij ook in aanmerking het gegeven dat Minister Leers naar aanleiding van de emoties in de samenleving ervoor heeft gekozen meer aandacht te schenken aan het maatschappelijk belang – waarbij het op de weg van de nieuwe Staatssecretaris ligt om dit verder uit te voeren -, dan kan ik niet anders dan constateren dat we op de goede weg zijn om daadwerkelijk recht te kunnen doen aan de vele schrijvende gevallen in Nederland. Blijvende vasthoudendheid van rechtsbijstandverleners en een blijvend betrokken samenleving zijn hiervoor onontbeerlijk.

29 Beschikking IND Afdeling Uitvoeringsbeleid, 28 december 2011, IND UIT 11-3468.

30 Deze minuten zijn niet gepubliceerd, aangezien ze naar hun aard grotendeels overeenkomen met de minuten die al op Migratieweb te vinden zijn. Indien gewenst kunnen deze minuten via mij worden ingezien.

31 ABRvS 7 december 2010, 201007704/1/A2, www.raadvanstate.nl, ABRvS, 3 maart 2011, 201005034/1/V3, ve11000602, LJN:BP748, ABRvS, 16 juni 2011, 201102860/1/V3, ve11001518 en ABRvS, 20 september 2011, 201007379/1/V3, www.raadvanstate.nl

32 Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, zittingsplaats Amsterdam, Awb 10/12407 en Awb 10/12408. De minister heeft hoger beroep ingesteld bij de Afdeling en tevens verzocht om een voorlopige voorziening. Bij uitspraak van 10 oktober 2011, 201110124/2/V1 heeft de Afdeling dit verzoek toegewezen. Voor zover bekend is er nog geen uitspraak in de bodemprocedure gedaan.