

*Hoe wordt de discretionaire bevoegdheid in schrijnende situaties gebruikt?*

# Op zoek naar transparantie in unieke situaties

Bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid voor schrijnende gevallen hanteert de IND volgens Marjon Peeters, een consistente gedragslijn. De staatssecretaris kijkt anders dan het wordt voorgesteld niet alleen naar de merites van het individuele geval. Daarmee schept het bestuursorgaan verwachtingen bij de burger. Omdat al jaren sprake is van die gedragslijn, moet er duidelijkheid komen over de inhoud en de juridische basis van de voorwaarden voor uitoefening van de discretionaire bevoegdheid in schrijnende gevallen.

In het verleden was volledig onzichtbaar hoe de IND bij de beoordeling van zogenoemde schrijnende aanvragen te werk ging. Maar in 2006 deed de Afdeling uitspraak waarbij de IND voor de behandeling van een schrijnend geval op de vingers werd getikt.<sup>1</sup> Dit leidde vervolgens tot een brief van staatssecretaris Hirsch Ballin (21 februari 2007) waarin werd gepreciseerd welke factoren relevant waren bij de beoordeling van schrijnende aanvragen. Tot op heden stellen ministers en staatssecretarissen zich op het standpunt dat deze brief alleen relevant was voor de afhandeling van aanvragen die voorafgaand aan 18 maart 2005 waren gedaan.

In 2013 probeerde ik in mijn artikel 'Schrijnende zaken. Emotie vervat in juridische termen'<sup>2</sup> aan de hand van de werkwijze van de IND inzage te verschaffen in verleende verblijfsvergunningen waarbij vreemdelingen niet aan de in de regelgeving genoemde verblijfsdoelen voldeden, maar bij wie wel degelijk redenen bestonden om alsnog verblijf toe te kennen op grond van bijzondere omstandigheden. In het artikel uit 2013 liet ik zien dat het standpunt van de bewindslieden niet juist is. Want er bleek een vaste gedragslijn zichtbaar te zijn in de vele interne – door advocaten via Wob-procedures bij de IND opgevraagde – interne minuten. Daaruit volgde dat er geen verschil is tussen de wijze van toetsen.

Hoewel ik niet de pretentie had dat de staatssecretaris door het artikel een consistentere en transparantere werkwijze zou hanteren, leefde er toch hoop dat er in de toekomst meer recht gedaan zou kunnen worden aan de wijze van beoordelen van de vele schrijnende gevallen die de afgelopen decennia ter

beoordeling zijn voorgelegd. Helaas blijkt het artikel ruim vier jaar na dato nog steeds even actueel als in 2013.

Recent verscheen het artikel van Karen Geertsema, 'Gelijke schrijnende gevallen', waarin ze ingaat op het grote aantal discretionair verleende vergunningen en het beroep op gelijke gevallen.<sup>3</sup> Hoe beter een advocaat een beroep op een vergelijkbare zaak onderbouwt, hoe beter de uitvoeringspraktijk van de IND door de rechter kan worden gecontroleerd. Geertsema geeft in haar artikel het spanningsveld weer waarbinnen de rechter zich moet bewegen: uitoefening van de discretionaire bevoegdheid terughoudend toetsen tegenover zorgvuldige en consistente toepassing van die bevoegdheid toetsen, in het belang van rechtszekerheid. De aard van de discretionaire bevoegdheid, namelijk de beoordeling van een individueel geval, bemoeilijkt de rechterlijke toetsing. De bevoegdheid wordt immers, ten bate van de onvoorziene gevallen, niet genormeerd door beleidsregels.

Getriggerd door het artikel van Karen Geertsema en mede door het verstrekken van ruim 190 nieuwe minuten<sup>4</sup> door de staatssecretaris in 2016, zal ik betogen dat de motivering van de beschikkingen van de IND tekort schiet.

## 1. Discretionaire bevoegdheid – vaste werkwijze

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

1 ABRvS, 21 december 2006, 200605794/1, JV 2007/56.

2 M.J.M. Peeters, 'Schrijnende zaken. Emotie vervat in juridische termen', *A&MR* 2013-1.

3 K.E. Geertsema, 'Gelijke schrijnende gevallen', *A&MR* 2017-6/7

4 Migratieweb, 440 minuten vanaf 2013 > 10-11 aan Westendorp gemaild + 73 minuten kinderpardon van A. Louwerse.

zaken.<sup>5</sup> In de toelichting op dit artikel staat dat in de praktijk deze gevallen voornamelijk een categoriaal karakter zullen hebben. In dat geval ligt het opstellen van een algemene beleidsregel in de rede. Denk hierbij aan de pardonregelingen, waarvan de meest recente regeling ziet op Langdurig verblijvende kinderen. In strikt individuele gevallen kan er echter een noodzaak bestaan om een verblijfsvergunning te verlenen onder een andere beperking dan die genoemd in het eerste lid van artikel 3.4 Vb 2000. In een dergelijk geval kan een algemene beleidsregel achterwege blijven.

## *Aanvragen van vóór 18 maart 2005 zouden anders zijn beoordeeld, daarna zou iedere zaak op de eigen merites worden beoordeeld: dit is in strijd met het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel en de IND verwees wél geregeld naar de Richtsnoerenbrief.*

Als er sprake is van een schrijnende situatie, is er voor de vreemdeling dus geen kenbare regelgeving waarop hij zich kan baseren om te bezien of zijn situatie wellicht reden is om gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid. In de praktijk blijkt de staatssecretaris echter veelvuldig gebruik te maken van zijn bevoegdheid om op grond van schrijnende omstandigheden een verblijfsvergunning te verlenen. In 2013 heb ik aan de hand van de Checklist Inherente Afwijkingsbevoegdheid,<sup>6</sup> de brief van Hirsch Ballin van 21 februari 2007<sup>7</sup> en analyse van 449 interne minuten<sup>8</sup> die via diverse WOB procedures waren verkregen, betoogd dat de minister wel degelijk een vaste werkwijze hanteert bij het omgaan met het beoordelen van schrijnende zaken. Tevens heb ik omstandigheden – door de minister aangeduid als ‘factoren’ – opgesomd die relevant zijn om tot een onwilligend besluit te komen.

De brief van 21 februari 2007 dient volgens de minister ook nu nog steeds als handvat voor de beoordeling van schrijnende gevallen. Bij deze brief zit een bijlage waarin per factor wordt aangegeven wat zwaar en minder zwaar weegt. Deze brief met bijlage is opgesteld naar aanleiding van een uitspraak van de ABRvS van 21 december 2006.<sup>9</sup> In deze uitspraak overwoog de ABRvS dat de minister inzicht dient te geven in de weging van de omstandigheden van een min of meer vergelijkbaar geval waarin wel toepassing is of zou zijn gegeven aan de discretionaire bevoegdheid. Daarbij overwoog de ABRvS dat het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur een consistente

gedragslijn vergen, hetgeen bij uitsteking de verantwoordelijkheid is van het bestuur.

Geertsema haalt in haar artikel aan dat het bestuursorgaan transparant beleid moet voeren om willekeur te voorkomen en om ervoor te zorgen dat vergelijkbare gevallen vergelijkbaar behandeld worden<sup>10</sup>. Dit geldt zeker wanneer er sprake is van een niet te verwaarlozen aantal gevallen waarin de staatssecretaris een verblijfsvergunning heeft verleend. Hoe meer mensen een verblijfsvergunning op schrijnende gronden krijgen, hoe meer de roep om rechtsgelijkheid te horen zal zijn.

Geertsema noemt in haar artikel twee uitspraken van de vreemdelingenkamers Roermond en Amsterdam,<sup>11</sup> waarbij een beroep op vergelijkbare situaties werd gedaan en de rechters oordeelden dat onvoldoende is gemotiveerd waarom in het ene geval wel en in het andere geval niet een verblijfsvergunning werd verleend. Naar aanleiding hiervan heeft de staatssecretaris opnieuw negatief beslist. Tegen deze beschikkingen zijn thans hernieuwde beroepen aanhangig.

## **2. Gerechtvaardigd onderscheid in motiveren?**

Tot op heden ontberen alle – mij bekende – beschikkingen een motivering als het gaat om de vraag waarom een aanvraag niet schrijnend is en hoe een dergelijke aanvraag wordt beoordeeld. Waarom worden deze beschikkingen niet goed gemotiveerd? De IND beperkt zich in vrijwel alle beschikkingen tot de mededeling dat iedere zaak op zijn eigen merites wordt beoordeeld. Veel vager kan het naar mijn mening niet. Waarom lijkt de beoordeling van deze aanvragen zich in niemandsland te bevinden? Ik kan het enkel terugleiden naar het onderscheid dat in 2005 werd gemaakt naar aanleiding van massaal ingediende 14/1-brieven naar aanleiding van de mededeling van minister Nawijn op 14 januari 2003.

Op 14 januari 2003 deed deze toenmalige minister de mededeling dat er een regeling diende te komen voor schrijnende gevallen onder asielzoekers. Het resultaat was dat er een masse zogenoemde 14/1-brieven werden verstuurd met het verzoek gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid. Dit leidde vervolgens weer tot procedures bij de rechter, waarbij de ABRvS op 21 december 2006 een oordeel velde over de motiveringsplicht van de IND.

In zijn brief van 21 februari 2007 aan de Tweede kamer nam Hirsch Ballin het standpunt in dat aanvragen op grond van schrijnendheid vóór 18 maart 2005 anders, dat wil zeggen: ruimer, werden beoordeeld. Vervolgens werd ongemotiveerd gesteld dat bij aanvragen van ná 18 maart 2005 in het besluit kan worden volstaan met de verwijzing naar het bijzondere samenstel van factoren waarbij iedere zaak op de eigen merites wordt beoordeeld.<sup>12</sup> Dit standpunt is echter niet alleen in strijd met het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel,

5 In artikel 3.51, onder k Vb 2000 wordt ook de mogelijkheid geboden op grond van andere klemmende redenen van humanitaire aard dan louter de sterke banden van de vreemdeling met Nederland die tot permanente verblijfsaanvaarding nopen. In de Nota van Toelichting, Stb. 2010. 307, wordt aangegeven dat voorheen in individuele gevallen, die niet onder de bestaande regelingen vielen, in de uitvoeringspraktijk veelal op grond van artikel 3.4, derde lid, het verblijf werd geregeld ‘conform beschikking van Onze Minister’. Die discretionaire bevoegdheid van de minister om in individuele gevallen wegens klemmende redenen van humanitaire aard tot verblijfsaanvaarding over te gaan, blijft onverminderd bestaan. Voorts wordt vermeld dat artikel 3.51 zowel betrekking heeft op vreemdelingen die al rechtmatig in Nederland verblijven en in aanmerking komen voor voortgezet verblijf na wijziging van de verblijfsvergunning, als ook op vreemdelingen die eerder – hetzij als Nederlander, hetzij als vreemdeling – rechtmatig in Nederland hebben verbleven. Ik zal in dit artikel enkel ingaan op artikel 3.4, lid 3 Vb 2000.

6 Zie [www.novativ.nl](http://www.novativ.nl) (archief); het programma kreeg de checklist te pakken en publiceerde die op deze site.

7 TK 2006-2007, 19 637, nr. 1131, ve07000332, hierna te noemen: Richtsnoerenbrief.

8 Zie [migratieweb.nl](http://migratieweb.nl), vindplaats 14-brief, minuten WOB verzoek. De 100 minuten waarnaar wordt verwezen, zijn eigenlijk 99 minuten. De 250 niet gepubliceerde minuten waarnaar verwezen wordt, bleken na hernieuwde telling 340 minuten.

9 ABRvS, 21 december 2006, 200605794/1, JV 2007/56.

10 K.E. Geertsema, ‘Gelijke schrijnende gevallen’, *A&MR* 2017-6/7.

11 Rechtbank 's-Gravenhage (zp Roermond) 9 februari 2017, AWB 16/28489, ve17000943 en Rechtbank 's-Gravenhage (zp Amsterdam) 15 maart 2017, AWB 16/28086, ve 17000942.

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

maar verhoudt zich ook niet met het feit dat de IND in diverse beschikkingen wel is ingegaan op de betekenis van de Richtsnoerenbrief. In aanvulling op mijn standpunt in 2013, wil ik het volgende betogen.

Voor zover bekend heeft de staatssecretaris tot op heden nooit in een beschikking gemotiveerd waarom er een gerechtvaardigd onderscheid tussen aanvragen van vóór 18 maart 2005 en ná 18 maart 2005 kan worden gemaakt. Evenmin heeft de staatssecretaris afstand gedaan van de Richtsnoerenbrief van 21 februari 2007. Uit een door de IND regelmatig aangehaalde uitspraak van de ABRvS van 23 augustus 2012<sup>13</sup> volgt dat bij aanvragen vanwege schrijnendheid van ná 18 maart 2005, de brief van 21 februari 2007 als richtsnoer wordt gebruikt. Er mag echter volgens de IND geen verdergaande betekenis aan worden gehecht en evenmin zijn de in de Richtsnoerenbrief genoemde factoren doorslaggevend.<sup>14</sup>

### *De staatssecretaris kan niet om het grote aantal ingewilligde zaken heen: er moet meer duidelijkheid komen.*

Dat brengt mij terug naar de toelichting op artikel 3.4, lid 3 Vb 2000 waarbij er een onderscheid wordt gemaakt tussen gevallen met een categoriaal karakter en gevallen met een individueel karakter. Kennelijk acht de staatssecretaris de aanvragen van vóór 18 maart 2005 van een soort categoriaal karakter. Echter, ná 18 maart 2005 kwam aan dergelijke verzoeken geen einde. Het is niet zo dat – nog los van de aanvragen die zijn ingediend na de totstandkoming van de RANOV en de RLVK – er na die datum nog maar mondjesmaat verzoeken binnenkwamen om van de discretionaire bevoegdheid gebruik te maken. Uit de inmiddels 645 verkregen minuten<sup>15</sup> en in afwachting van vele nieuwe minuten, blijkt dat door de advocatuur, de burgemeesters, de politiek en ook de vreemdeling zelf, vele aanvragen zijn gedaan. We weten dat in ieder geval 645 personen c.q. gezinnen een positief besluit hebben gehad. Onduidelijk is hoeveel aanvragen er zonder positief resultaat zijn ingediend. Reeds op grond van deze aantallen, kan niet worden gesproken van gerechtvaardigd onderscheid tussen aanvragen van vóór en ná 18 maart 2005 omdat na deze periode slechts sprake zou zijn enkele individuele gevallen. Daarbij komt nog dat uit het ACVZ-advies *Om het maatschappelijk belang*<sup>16</sup> blijkt dat er tussen 2007 tot halverwege oktober 2011 aan 590 vreemdelingen verblijf is toegestaan op schrijnende gronden. Het is niet duidelijk in hoeverre hierin een overlap zit met de voornoemde minuten en aanvragen van vóór en ná 18 maart 2005, maar dat er sprake is van een herhaling van zetten, lijkt mij een vaststaand gegeven. Het onderscheid kan dus niet worden gerechtvaardigd aan de hand van het categoriale karakter van de 14/1 aanvragen.

Een andere uitleg voor de beperkte motivering zou kunnen zijn gelegen in de tegenwerking van het mvv-vereiste. Volgens

de staatssecretaris werd in de Nawijnzaken het mvv-vereiste niet tegengeworpen. In afwijzende beschikkingen op artikel 3.4, lid 3 Vb 2000 aanvragen wordt stevast het mvv-vereiste genoemd als hobbel om tot een inhoudelijke beoordeling te kunnen komen. Dit staat echter haaks op de mededeling van de minister op 23 augustus 2010<sup>17</sup> dat slechts één toets plaatsvindt in het kader van de beoordeling van de hardheidsclausule en de discretionaire bevoegdheid, namelijk of er voldoende bijzondere en schrijnende omstandigheden zijn. Dit standpunt is nogmaals door de staatssecretaris bevestigd in de procedure die heeft geleid tot de MK-uitspraak van zittingsplaats Amsterdam.<sup>18</sup> Net als in 2010 bevestigt de staatssecretaris dat het stellen van een mvv-vereiste geen extra barrière is in de aanvraagprocedure op grond van artikel 3.4, lid 3 Vb 2000. De beoordeling van de vraag of sprake is van onevenredige hardheid en de beoordeling van de gestelde schrijnende omstandigheden, liggen in elkaars verlengde en de vaststel-

ling dat sprake is van schrijnendheid, betekent doorgaans ook automatisch dat sprake is van onevenredige hardheid. De beide beoordelingen vallen dus doorgaans samen, aldus de staatssecretaris. Bij een beroep op de hardheidsclausule zal altijd volledig worden gekeken naar schrijnende omstandigheden. Hiermee wordt duidelijk dat het mvv-vereiste zowel vóór als ná 2005 niet wordt tegengeworpen als er sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan een verblijfsvergunning wordt verleend. Het mvv-vereiste kan dan evenmin een gerechtvaardigd onderscheid zijn. Het blijft overigens onduidelijk waarom de beslisser in de regio hier geen notie van neemt. Het is dan ook aan de advocatuur om hier alert op te zijn.

De conclusie luidt dat er door de staatssecretaris, maar ook door de ABRvS, ten onrechte een onderscheid in het toetsingskader wordt gemaakt. Het is echter de vraag of het vasthouden aan dit door de staatssecretaris gecreëerde onderscheid überhaupt relevant is na het lezen van het navolgende.

### **3. Naar een consistente beslispraktijk**

Hoe vaker en hoe meer er verblijf wordt toegestaan zonder dat dit wordt gemotiveerd, hoe meer dit willekeur in de hand kan werken en hoe groter het gevoel van onbehagen bij de burger. De willekeur wordt beïnvloed door niet-transparant overheids-handelen. Naar mijn mening kan de staatssecretaris niet om het grote aantal ingewilligde zaken heen. Er moet meer duidelijkheid komen. Hoe kan dit worden bewerkstelligd zonder eerst een uitgebreid beroep te moeten doen op vergelijkbare interne minuten waarvan een groot deel van de inhoud ook nog eens is weggelakt?

De staatssecretaris houdt nog immer vast aan de zogenoemde Richtsnoerenbrief (met Bijlage) als uitgangspunt bij het beoordelen van een verzoek om toelating op grond van schrijnendheid. Vooral de Bijlage bij deze brief is van groot belang, omdat

13 ABRvS van 23 augustus 2012, JV 2012/430, ve12001855, zie ook ABRvS van 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1619.

14 ABRvS van 15 juni 2016, JV 2016/206.

15 Ik merk hierbij op dat ik niet al mijn inwilligende zaken in de toegezonden minuten heb teruggevonden. Deze conclusie werd ook al door collega's van Hamerslag en Van Haren advocaten getrokken. Het vermoeden bestaat dat er meer inwilligingen zijn, maar bij gebrek aan een kenbare registratie door de IND, is dit moeilijk na te gaan. Het zou helpen als alle inwilligende besluiten zouden kunnen worden ingebracht bij bijvoorbeeld Migratieweb.

16 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, 'Advies: Om het maatschappelijk belang', 6 december 2011, ACVZ/ADV/2011/027.

17 Brief Procesvertegenwoordiging naar aanleiding van heropening onderzoek door rechtbank, 23 augustus 2010, ve12002082.

18 Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Amsterdam, 31 oktober 2016, Awb 15/14321, 15/14322, 15/14827, r.o. 6.3 en 6.4, JV 2017/55.

dit vooralsnog het enige houvast is om helder te krijgen hoe de IND vorm geeft aan de wijze van beoordelen. Zonder deze Bijlage moet worden teruggevallen op de eerder genoemde uitspraak van de ABRvS van 21 december 2006. Bestudering van minuten behorende bij zaken die speelden tussen 18 maart 2005 en 2015, geeft als uitkomst dat dezelfde wegingsfactoren worden genoemd als die werden gebruikt in de minuten in de periode vóór 18 maart 2005<sup>19</sup>. De Richtsnoerenbrief met Bijlage waarin de zwaarwegendheid van diverse factoren verder wordt uitgewerkt, is onverminderd van kracht.

Bovendien heeft de minister naar aanleiding van het ACVZ-advies *Om het maatschappelijk belang* een vragenlijst opgesteld,<sup>20</sup> die burgemeesters kunnen gebruiken bij het voorleggen van een schrijvende zaak {zie kader 1}. Op 3 juli 2014 meldde staatssecretaris Teeven aan de Tweede Kamer dat uit onderzoek is gebleken dat 'de vragenlijst een bruikbaar instrument is. Het geeft richting aan diegenen die een beroep op mijn discretionaire bevoegdheid doen over welke informatie voor mij relevant is.'<sup>21</sup>

Uit de interne minuten blijkt dat burgemeesters inderdaad gebruikmaken van deze vragenlijst als leidraad voor het voorleggen van een schrijvende zaak. En de minister vindt deze aspecten als zodanig redengevend om in voorkomende gevallen in te willigen.

Kader 1: Vragenlijst 'Maatschappelijk belang' bij voorleggen van schrijvende zaak

- 1) Kunt u aangeven of en zo ja, hoe de vreemdeling bijdraagt en participeert in uw gemeenschap (bijvoorbeeld door middel van vrijwilligerswerk, sociale contacten in uw gemeente) en hoe lang dit al het geval is?
- 2) Kunt u aangeven of en zo ja waar de betrokken vreemdeling concreet zicht heeft op werk of het volgen van een opleiding?
- 3) Indien er sprake is van (een) (minderjarige) kind(ere), kunt u aangeven hoe het kind of de kinderen functioneren op school?
- 4) Kunt u aangeven in hoeverre betrokkene de Nederlandse taal beheerst of de bereidheid heeft de Nederlandse taal te leren?
- 5) Kunt u aangeven of er actoren in uw gemeenschap zijn die betrokkene materieel en/of immaterieel hebben gesteund of steunen of bereid zijn te steunen en zo ja op welke wijze?
- 6) Kunt u aangeven of er negatieve omstandigheden ten aanzien van de betrokken vreemdeling spelen in uw gemeenschap (bijvoorbeeld sociale diensten die betrokken zijn, openbare orde aspecten)?
- 7) Zijn er verder nog bijzondere (gezins)omstandigheden waar ik van op de hoogte dien te zijn?

Dat de Richtsnoerenbrief en de Bijlage, alsmede de vragenlijst 'Maatschappelijk belang' daadwerkelijk door de staatssecretaris worden gebruikt, volgt uit de bestudering van de interne inwilligende minuten. Daaruit volgt ook dat de inhoud van de destijds door de IND intern gebruikte – en door NOVA tv achterhaalde – Checklist 'inherente Afwijkingsbevoegdheid' nog altijd relevant is.

In dit kader is ook de brief van 10 december 2015 van de toenmalige hoofd directeur van de IND, de heer Van Lint, relevant.<sup>22</sup> Deze brief (of eigenlijk beschikking) is opgesteld naar aanleiding van een van de Wob-verzoeken van het kantoor Hamerslag en Van Haren inzake de minuten behorende bij de Kinderpardonbeschikkingen. De brief vermeldt nogmaals dat iedere zaak waarin een beroep wordt gedaan op de discretionaire bevoegdheid op zijn eigen merites wordt beoordeeld en individueel wordt gemotiveerd. Er dient sprake te zijn van een onderscheidend samenstel van (schrijvende) factoren en er kan niet limitatief worden aangegeven welke omstandigheden een doorslaggevende rol spelen – iedere zaak wordt immers op zijn individuele merites beoordeeld. Alle omstandigheden die in een bepaalde zaak aan de orde zijn, worden bij de beoordeling betrokken en sommige omstandigheden daarin wegen zwaarder dan andere. Ook kan er sprake zijn van contra-indicaties die zwaarwegend in het nadeel worden betrokken. Omstandigheden als langdurig verblijf in Nederland of omstandigheden die duiden op integratie in de Nederlandse samenleving – zoals het volgen van onderwijs in Nederland – worden betrokken. Deze omstandigheden zijn op zichzelf onvoldoende onderscheidend voor de conclusie dat sprake is van een schrijvend geval. Steeds moet er daarnaast sprake zijn van bijkomende bijzondere individuele (schrijvende) omstandigheden.

In een brief gericht aan de Tweede Kamer van 27 februari 2007 schreef de toenmalig Minister van Justitie reeds dat naast aspecten als zeer langdurig verblijf en worteling – vaak (maar niet uitsluitend) in een combinatie van factoren – de volgende bijkomende klemmende redenen van humanitaire aard worden meegewogen:

- ernstige medische problemen;
- perioden van rechtmatig of quasi-rechtmatig verblijf (uitstel van vertrek, verblijf op grond van een verblijfsvergunning);
- overlijden in Nederland van een gezinslid van de betrokken vreemdeling;
- de situatie waarin een belangrijk deel van het gezin waarvan de vreemdeling deel uitmaakt wél is toegelaten maar de vreemdeling zelf niet;
- dreigende scheiding tussen de vreemdeling en diens kind(eren);
- gender-gerelateerde aspecten, met name eerwraak en huiselijk geweld.

Weliswaar was deze brief slechts rechtstreeks van toepassing op zogeheten 14-1 brieven ingediend vóór 18 april 2005, maar de brief heeft als richtsnoer voor de beoordeling zijn betekenis gehouden. In zaken die mogelijk schrijvend zijn, kan ook sprake zijn van situaties waarin sprake is van een in Nederland geboren, dan wel op zeer jonge leeftijd gekomen vreemdeling die hier is opgegroeid en is geworteld. Het lange verblijf en de worteling zijn op zichzelf niet voldoende voor het aannemen van schrijvendheid, maar wegen wel mee bij het nader bezien van de vraag of er naast die omstandigheden sprake is van voldoende andere – bijzondere – omstandigheden.

19 Zie hiervoor de overzichten in M.J.M. Peeters, 'Schrijvende zaken. Emotie vervat in juridische termen', A&MR 2013-1.

20 Brief van Minister Leers van 16 oktober 2012, 20120000507614, [www.binnenlandsbestuur.nl/Uploads/2012/10/Brief-Leers.doc](http://www.binnenlandsbestuur.nl/Uploads/2012/10/Brief-Leers.doc).

21 Kamerstuk 19 637, nr. 1868, zie: <http://bit.ly/2CAfaUy>.

22 Brief van de IND, de heer R.J.T. Van Lint, van 10 december 2015, INDUIT 15-2416.

De staatssecretaris heeft tot op heden steeds de wens te kennen gegeven aan deze stukken niet meer betekenis te willen hechten dan als 'leidraad'. Nu echter op grote schaal van deze 'leidraden' gebruik wordt gemaakt, is er in de praktijk sprake van beleid. Dit 'beleid' is echter niet bij besluit vastgesteld en evenmin als zodanig op voorgeschreven wijze bekend gemaakt. Daarom is artikel 4:82 Awb van toepassing: voor de motivering van een besluit kan slechts worden volstaan met een verwijzing naar een vaste gedragslijn voor zover deze is neergelegd in een beleidsregel. Aangezien er geen sprake is van een beleidsregel als bedoeld in artikel 1:3, lid 4 Awb, is de verkorte motiveringsplicht uit artikel 4:82 Awb niet van toepassing en moeten besluiten derhalve veel uitgebreider worden gemotiveerd. Derhalve mag de staatssecretaris in een afwijzende beschikking waarbij een gemotiveerd beroep is gedaan op bijzondere omstandigheden, niet volstaan met een verwijzing naar het beleid in de praktijk dat iedere zaak op zijn individuele merites wordt beoordeeld.

De 'leidraden' waarnaar de IND verwijst – en overigens niet eerder dan nadat de IND hierop door de advocatuur is gewezen – duiden op het gebruik van een vaste gedragslijn. Uit artikel 4:82 Awb volgt dat een besluit op grond van een dergelijke vaste gedragslijn, steeds opnieuw zal moeten worden gemotiveerd. Op het moment dat sprake is van een vaste gedragslijn, is de staatssecretaris steeds verplicht om per concreet geval zijn besluit aangaande de gedragslijn te motiveren.<sup>23</sup> De staatssecretaris mag uitgaan van de gedragslijn, mits de keuze hiervoor bij ieder individueel geval wordt gemotiveerd. Aan een niet bekendgemaakte beleidsregel komt een gelijke betekenis toe als aan een gedragslijn.<sup>24</sup> Het niet bekendmaken van een beleidsregel heeft niet tot gevolg dat de inhoud van het daarin neergelegde beleid zonder betekenis is. Wel dient de aanvaardbaarheid van dat beleid in elk afzonderlijk geval te worden aangetoond.

## *De staatssecretaris wil het houden op een 'leidraad', maar deze 'leidraden' op grote schaal van deze 'leidraden' worden gebruikt, is er in de praktijk sprake van beleid.*

Hoe moeten de Checklist Inherente Afwijkingsbevoegdheid, de Richtsnoerenbrief met bijlage en de vragenlijst 'Om het maatschappelijk belang' nu worden gekwalificeerd? Er is hier sprake van een interne instructie die onder druk van de jurisprudentie en de politiek extern is gemaakt. Door het gebruik van de genoemde leidraden (ofwel externe werkinstructies) zijn 'vaste gedragslijnen' ontstaan, die de uitoefening van de bevoegdheid uniformeren en structureren. In zijn artikel inzake 'De beleidsregel en zijn stiefbroer: de Werkinstructie' schetst Keinemans dat dergelijke 'vaste gedragslijnen' via het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel een zekere juridische binding kunnen krijgen.<sup>25</sup> De rechter kan aan een werkinstructie een indicatie ontlenu voor het bestaan van bestendig beleid, waarvan afwijking motivering vergt. De bestuursrechter zal dit (feitelijk) oordeel mede in

het licht van alle beschikbare gegevens moeten wegen. De binding neemt toe naarmate zulke werkinstructies gedetailleerder en uitvoeriger zijn. De rechter kan een besluit marginaal toetsen aan de werkinstructies, indien het bestuur overeenkomstig de werkinstructie invulling heeft gegeven aan een discretionaire bevoegdheid. De binding wordt versterkt als het bestuur ertoe overgaat de werkinstructies openbaar te maken.

In casu gaat het om (officiële) mededelingen van de staatssecretaris, in de afgelopen tien jaar, op welke wijze een aanvraag wordt beoordeeld waarbij wordt verzocht gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid. Daarbij wordt steeds verwezen naar de Richtsnoerenbrief. Of deze brief en aanverwante publicaties, zoals de vragenlijst 'Om het maatschappelijk belang', nu de status hebben van een vaste gedragslijn of een werkinstructie, maakt in mijn ogen niet veel verschil. Ook Keinemans geeft aan dat bij werkinstructies, anders dan bij beleidsregels, bij de motivering van het besluit niet kan worden volstaan met een verwijzing naar de werkinstructie, maar dat het gevoerde beleid bij elk besluit telkens weer moet worden uiteengezet.

Volgens Lubberdink<sup>26</sup> is een beleidsregel een besluit, dus een rechtshandeling. De beleidsregel geldt enkel als deze conform artikel 3:42 Awb bekend is gemaakt. Uit een toelichting van Van Kreveld<sup>27</sup> op de Awb volgt dat als een beleidsregel naar wijze van totstandkoming niet aan de wettelijke voorschriften of ongeschreven recht voldoet of niet op de juiste wijze bekend is gemaakt, het bestuursorgaan geen beroep kan doen op de verlichte motiveringsplicht die uit artikel 4:82 Awb voortvloeit. Het moet een op het individuele geval toegespitste afweging maken. Uit artikel 4:82 Awb vloeit voort dat dit dus ook geldt als een vaste gedragslijn is ontwikkeld, die niet in een beleidsregel is neergelegd.

Gelet op vorenstaande zouden alle beschikkingen van de staatssecretaris aangaande schrijnendheid dus al sneuvelen in de voorfase, aangezien in de beschikkingen in primo niet eens naar de gehanteerde lijn wordt verwezen als uitgangspunt voor de besluitvorming. Pas nadat de staatssecretaris door de advocatuur hierop werd gewezen, werd hierover iets – soms zelfs pas in beroep bij de rechter – overwogen. Bovenstaande bevindingen maken echter dat de staatssecretaris in alle gevallen zal moeten motiveren waarom er niet wordt getoetst aan ongepubliceerd beleid, dan wel de vaste gedragslijn. Ook moet er worden gemotiveerd waarom in een concreet geval geen toepassing wordt gegeven aan de 'richtsnoeren'.

Zoals Van Kreveld opmerkt: de burger kan met een beroep op het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel onder omstandigheden er toch aanspraak op maken dat het bestuursorgaan ook overeenkomstig een niet op de vereiste wijze bekendgemaakte beleidsregel of een niet in een beleidsregel

23 ABRvS, 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1825, ABRvS 22 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2005:AT7970 met noot A. Tollenaar.

24 ABRvS, 17 september 2008, JB 2008/235, zie ook T&C Awb, commentaar op artikel 4.82 Awb.

25 J.H. Keinemans, 'De beleidsregel en zijn stiefbroer de Werkinstructie', *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht*, jaargang 6, 15 augustus 2015, nr. 5/74.

26 H.G. Lubberdink, *Algemene wet bestuursrecht*, derde tranche, Zwolle 1996, p. 91.

27 J.H. van Kreveld, 7 juni 2016, AB Klassiek 2016/14.11, 'Van 1992-1998: naar algemene regels in de Awb: directe binding aan beleidsregels'.

vaste gedragslijn, handelt.<sup>28</sup> Ter nadere onderbouwing wijst hij op een uitspraak van de ABRvS van 11 december 2013.<sup>29</sup> In deze zaak ging het om verkeerd geplaatste fietsen en de werkwijze van verwijdering die de gemeente hanteerde en die op de website was vermeld. De ABRvS overweegt dat betrokkenen er in beginsel van mogen uitgaan dat de in dat document neergelegde richtlijnen door 'het college worden toegepast bij de besluitvorming omtrent overtreding van artikel 2:32, eerste lid, van de APV. Deze dienen te worden geduid als een vaste gedragslijn die als zodanig bij de beoordeling wordt betrokken.' Naar mijn mening kan het niet anders zijn dan dat deze lijn ook heeft te gelden in vreemdelingenrechtelijke procedures waarbij een beroep is gedaan op schrijnendheid. De vreemdeling mag er op vertrouwen dat in ieder geval de Richtsnoerenbrief door de staatssecretaris wordt toegepast bij de besluitvorming omtrent de onderliggende aanvraag. Vervolgens behoort de staatssecretaris per individueel geval een kenbare afweging te maken. Pas als deze wijze van motiveren de (rechterlijke) toets der kritiek kan volstaan en de vreemdeling nog immer meent dat hij wordt benadeeld ten opzichte van andere vreemdelingen, kan de discussie zich in mijn optiek gaan verplaatsen naar het beroep op het gelijkheidsbeginsel.

#### 4. Pro-actieve houding van advocaat

Hoewel het aan het bestuursorgaan is om zorgvuldig te beslissen, meen ik dat dit niet wegneemt dat van een advocaat die namens een vreemdeling een aanvraag op schrijnende gronden indient, zeker ook een proactieve houding mag worden verwacht. De advocaat kan bij gebrek aan een begeleidend aanvraagformulier aansluiting zoeken met de reeds eerder vermelde lijstjes.

Uit de bestudeerde interne minuten komt voorts naar voren dat aanvragen worden voorgelegd aan een Multidisciplinair Team (MTD) of de Commissie voor Schrijnende Zaken (CSZ). De wijze van voorleggen is volgens een vaste format opgebouwd.<sup>30</sup> Dit format is goed bruikbaar voor het vormgeven van een aanvraag op grond van schrijnendheid. Zie kader 2. Het weerspiegelt ook een interne vaste werkwijze van de minister bij het wegen van schrijnende zaken, althans van aspecten die als relevant worden beschouwd.

Kader 2: Format voor aanvraag op grond van schrijnendheid

*Allereerst:* V-nummer, naam, geboortedatum, nationaliteit;  
En *korte samenvatting* van reden van voorlegging (dit is eigenlijk voor intern gebruik, maar komt de aanvraag ook ten goede);

##### 1. Feiten en omstandigheden

- a. Is de vreemdeling in procedure? Geef een overzicht van oude en eventueel lopende procedures, de uitkomst ervan en een toelichting op de uitkomst;
- b. Geef aan wat de gezinssituatie van de vreemdeling is en voeg zo mogelijk een uittreksel uit de Gemeentelijke Basisadministratie bij;
- c. Zijn er vertrekhandelingen verricht? Denk hierbij aan DT&V, IOM, meldplicht VD, COA besluiten;

##### 2. Toetsingskader

- a. Is er sprake van een calamiteit? Zo ja, welke?
- b. Zijn er medische omstandigheden? Zo ja, met welke documenten wordt dit onderbouwd?
- c. Is er medisch advies nodig? Zo ja, wordt dit opgestart?
- d. Is er sprake van kinderbeschermingsmaatregelen (zoals onder-toezichtstelling, uithuisplaatsing)? Zo ja, vanaf welke datum en wie is de voogd?
- e. Is er sprake van huiselijk geweld? Zo ja, is er aangifte gedaan? Is er een contactpersoon voor dit huiselijk geweld?
- f. Is er sprake van inburgering? Spreekt de vreemdeling Nederlands? Is de vreemdeling actief in de gemeenschap? Zo ja waaruit blijkt dit? Denk hierbij aan clubactiviteiten, actief participeren in een kerkgenootschap etc.
- g. Moet er worden verzocht om nadere informatie bij de burgemeester?
- h. Zijn er strafbare feiten gepleegd?
- i. Is er eerder aandacht gevraagd voor de situatie van de vreemdeling? Zo ja, op welke wijze en wat was de uitkomst hiervan?

##### 3. Beoordeling:

- a. Zijn alle beslissingen in de voorliggende procedures juist geweest? Zijn de gehoren volledig geweest? Besteed aandacht aan procedurele aspecten, juiste toetsingskader, ambtshalve toets, Dublin, 1F, voldaan aan de hoorplicht, middelen van bestaan, artikel 8 EVRM, medische overdracht;
- b. Indien er fouten zijn gemaakt door de ketenpartners IND, DT&V of COA, welke zijn dit en wat waren de consequenties hiervan?
- c. Is er sprake van een bijzonder samenstel van factoren? Is de situatie van de vreemdeling zeldzaam? Dit ziet op eventuele humanitaire aspecten die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de situatie waarin de vreemdeling zich bevindt.

##### 4. Knelpunt/probleemstelling

Hier moet worden aangegeven wat de situatie is van de onder de eerder genoemde punten.

- a. Is er sprake van samenhang tussen de besluiten van voornoemde ketenpartners? Zo ja, welke?
- b. Zijn er politiek- bestuurlijke kwetsbaarheden? Loopt de verantwoordelijke bewindspersoon of een van de betrokken organisaties risico? Zo ja welke?
- c. Heeft opschaling plaatsgevonden? Zo ja, langs welke lijn en wat was de uitkomst?

##### 5. Visie betrokken ketenpartners

Wat is het standpunt van de betrokkene ketenpartners en welke oplossing is er mogelijk?

- a. Is er binnen het beleid geen andere oplossing te vinden (toelating opvang, andere vorm van toezicht)? Betrek daarbij de laatste beleidswijzigingen.
- b. Is het mogelijk een andere partij in te schakelen? Denk aan de Kinderbescherming, politie of andere ministeries.

##### 6. Conclusie en advies MTD

Indien alle intern gepubliceerde minuten worden bestudeerd, is het zaak om voor ogen te houden dat we met een veranderend tijdsbeeld te maken hebben. Zo zijn de belangen van de vreemdelingen door de recentere jurisprudentie op grond van artikel 8 EVRM zwaarwegender geworden en heeft het arrest van het HvJ EU inzake Chavez-Vilchez<sup>31</sup> in vele schrijnende situaties tot een oplossing geleid. Hierdoor zullen in toekomstige zaken wellicht meer oplossingen kunnen worden gevonden binnen het bestaande beleid. Maar waar dit niet het geval is, blijft als laatste redmiddel de aanvraag op schrijnende gronden de aangewezen weg.

28 J.H. van Kreveld, 7 juni 2016, AB Klassiek 2016/14.11, 'Van 1992-1998: naar algemene regels in de Awb: directe binding aan beleidsregels'.

29 ABRvS, 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2382, AB 2014, 99, noot L.J.A. Damen.

30 Zie bijvoorbeeld p. 115 en p. 151 van de 440 overgelegde minuten voor een duidelijk format.

## 5. Conclusie

Het wordt tijd dat de staatssecretaris zijn verantwoordelijkheid neemt voor transparant overheidshandelen. De aanvrager, of dit nu de vreemdeling zelf, de advocaat, de burgermeester of een betrokken derde is, heeft er recht op om te weten hoe er wordt getoetst in het ketenproces. Zij mogen daarom de voorwaarden weten die worden gesteld aan een verzoek om de discretionaire bevoegdheid in schrijnende zaken toe te passen. Alleen dan is het zinvol om een dergelijke aanvraag in te dienen.

Zo lang de staatssecretaris de inhoud van de Richtsnoerenbrief niet neerlegt in beleid, zal in alle individuele aanvragen moeten worden gemotiveerd waarom dit beleid of deze gedragslijn niet wordt toegepast. Er kan niet alleen worden opgemerkt dat de aanvraag op de individuele merites wordt beoordeeld. Er zal daadwerkelijk inhoudelijk puntsgewijs moeten worden nagegaan of de door de vreemdeling aangevoerde omstandigheden voorkomen op de lijst van de door Hirsch Ballin genoemde factoren. Vervolgens zullen deze omstandigheden aan de hand van de Bijlage bij de Richtsnoerenbrief moeten worden gewaardeerd.

De wijze van toetsen en waarderen moet kenbaar in de beschikking terug te vinden zijn. Indien vorenstaande niet uit een beschikking blijkt, handelt de staatssecretaris niet als een zorgvuldig bestuursorgaan. Ook als de staatssecretaris besluit tot het opstellen van beleid, blijft er daarnaast altijd ruimte om gebruik te maken van de inherente afwijkingsbevoegdheid.

De discussie over het standpunt van de staatssecretaris dat enkel aanvragen van vóór 18 maart 2015 ruimer konden worden beoordeeld, is niet meer relevant. De Richtsnoerenbrief is leidraad in het beslisproces en door dit al tien jaar te bevestigen is er sprake van een vaste gedragslijn (dan wel beleid in de praktijk, dan wel een werkinstructie). Dan dient de staatssecretaris een op het individuele geval toegespitste afweging te maken.

Niettemin heeft het mijn voorkeur om ook de vragenlijst 'Om het maatschappelijk belang' als zodanig te kwalificeren. Want de inhoud is niet alleen relevant voor de werkwijze van burgmeesters, maar evenzeer voor de aanvragen die aan het IND-loket worden ingediend. Uit de overgelegde minuten blijkt bovendien dat zowel de in de Richtsnoerenbrief, als in de Vragenlijst genoemde aspecten door de IND in de beoordeling worden betrokken.

Het in een procedure overleggen van de gepubliceerde interne minuten in het kader van een beroep op het gelijkheidsbeginsel, kan vervolgens een sluitstuk zijn in de motivering van de betreffende aanvraag op schrijnende gronden. Daarbij dient niet alleen de staatssecretaris verantwoordelijkheid te nemen voor zijn handelen, maar is een actieve en kritische houding van de advocatuur, maar zeker ook de rechterlijke macht van groot belang.

31 HvJ EU, 10 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:354.