

Afschaffing discretionaire bevoegdheid staatssecretaris

Een ongelukkige deal

Sinds 1 mei 2019 bestaat artikel 3.4, lid 3 Vb niet meer, op grond waarvan de staatssecretaris verblijf op schrijvende gronden kon toekennen. Waarin lag het politieke belang bij de afschaffing en welke regeling is er voor in de plaats gekomen? Marjon Ristra-Peeters brengt de gevolgen van de afschaffing voor de illegaal verblijvende vreemdeling in beeld, evenals de kritiek erop, en pleit voor flexibel bewind.

Als onderdeel van een politieke deal om nog een laatste keer het Kinderpardon toe te passen, werd onder meer de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris afgeschaft, en daarmee de mogelijkheid voor de staatssecretaris om in schrijvende gevallen maatwerk te kunnen verlenen. Voortaan is de Hoofddirecteur IND degene die in een eerste aanvraagprocedure ambtshalve beoordeelt of er sprake is van schrijvende omstandigheden.

1. Hoe zat het ook alweer?

In artikel 3.4, lid 3 Vb was de mogelijkheid neergelegd om in bijzondere individuele gevallen met gebruikmaking van de discretionaire bevoegdheid verblijf toe te staan. Er moest dan sprake zijn van unieke omstandigheden die specifiek op de aanvrager betrekking hadden en waarbij het vasthouden aan de weigering om verblijf toe te staan een onbedoelde, dan wel een bijzondere hardheid tot gevolg had.

De afgelopen decennia maakten hulpverleners en vreemdelingenrecht advocaten zich voornamelijk druk over het gegeven dat er weliswaar ingevolge artikel 3.4, lid 3 Vb een mogelijkheid bestond om verblijf op schrijvende gronden toe te kennen, maar dat bij een gemotiveerd beroep hierop, totaal onduidelijk was waarom de ene aanvraag nu wel en de andere aanvraag, niet werd toegewezen. Er was immers geen beleid hieromtrent in de Vc opgenomen en evenmin waren er openbare instructies waaruit de vreemdeling af kon leiden wat het toetsingskader van de staatssecretaris was. Dankzij diverse Wob-procedures en vasthoudende advocaten, werd duidelijk dat niet in alle vergelijkbare zaken vergelijkbaar werd beslist. Tevens werd duidelijk dat er wel degelijk gebruik werd (of had moeten worden) gemaakt van een Checklist c.q. Richtsnoeren om te beoordelen of een situatie als schrijvend kon worden gekwalificeerd en hoe bepaalde factoren moesten worden gewaardeerd. Van belang was bijvoorbeeld de gezondheidssituatie van de

vreemdeling, de gezinssituatie, de vraag of er in Nederland geboren kinderen waren, de duur van het verblijf, de mate van integratie en bijdrage aan de samenleving, culturele aspecten, traumatische ervaringen in het land van herkomst die niet tot een asiilvergunning konden leiden. Deze opsomming was niet cumulatief.¹

Voorts bleek dat de staatssecretaris bij aanvragen voor een reguliere verblijfsvergunning op grond van artikel 3.4, lid 3 Vb, vrijwel altijd deze aanvraag in primo en in bezwaar afwees, zonder te motiveren waarom de desbetreffende vreemdeling niet voor rechtmatig verblijf in aanmerking kwam. In 2018 betoogde ik in dit tijdschrift dat er in schrijvende zaken sprake was van een vaste gedragslijn, waarbij ingevolge artikel 4:82 Awb per individueel geval concreet diende te worden getoetst.² Er was immers geen sprake van beleidsregels waarnaar kon worden verwezen.

In zijn brief van 29 januari 2019 aan de Tweede Kamer³ stelde de toenmalige staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, Harbers – onder verwijzing naar het regeerakkoord – dat er door de voortdurende discussie over het Kinderpardon werd gezocht naar een nieuwe balans bij enkele onderwerpen op het terrein van asiel en migratie. In dat kader werd consensus bereikt over onder meer de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid. Volgens de staatssecretaris moeten in de eerste verblijfsrechtelijke procedure zoveel mogelijk aspecten die van belang zijn voor de vraag of verblijf in Nederland mogelijk is, worden beantwoord. Tevens dienen prikkels die verblijf in Nederland verlengen, te worden verminderd. In het bestaande stelsel zou een vreemdeling tot het allerlaatste moment hoop op een verblijfsvergunning behouden en dit zou leiden tot het rekken van verblijf. De kans groeit dan dat de vreemdeling tijdens het illegale verblijf alleen al door de lange duur daarvan in een schrijvende situatie terecht komt. Dit leidt ertoe dat uiteindelijk een vergunning wordt verstrekt, terwijl er in eerste instantie geen grond was voor verblijf in Nederland. Om dit in de toekomst te voorkomen, heeft de staatssecretaris enkele maatregelen genomen, waaronder de herbeoordeling en vervolgens afschaffing van het kinderpardon, alsmede het laten vervallen van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris. In plaats daarvan krijgt de Hoofddirecteur van de IND de bevoegdheid om tijdens de eerste aanvraagprocedure voor een verblijfsvergunning mede te beoordelen of een verblijfsvergunning kan worden verleend onder een andere beperking dan voorzien in het Vreemdelingenbesluit. Deze beoordeling kan plaats vinden tot aan de beslissing in hoger beroep. Dit heeft als gevolg dat de finale toetsing inzake het verblijfsrecht van de vreemdeling bij de rechter komt te liggen. Volgens de staatssecretaris kan bij de beoordeling van de schrijvende omstandigheden specifiek aandacht worden gegeven aan de omstandigheden van het kind, waarbij de IND kan verzoeken om onafhankelijk advies.

Naar aanleiding van vorenstaande hebben diverse politici, wetenschappers, advocaten en maatschappelijke organisaties zich kritisch uitgelaten. Ik besteed daar verderop in dit artikel meer aandacht aan. Wel wil ik alvast stil staan bij de bevoegdheid van de Hoofddirecteur van de IND. De

gedachte was dat de staatssecretaris nu buiten schot blijft en dat is wel zo prettig in het politiek gevoelige migratierecht-beleid. Maar is deze gedachte niet gewoon een fictie? In een bijdrage in de JV wees ik eerder op het nog steeds geldende Mandaatbesluit hoofden taakorganisaties Ministerie van Justitie en Veiligheid⁴ waaruit blijkt dat de Hoofddirecteur IND bevoegd is om in overeenstemming met de vreemdelingenwetgeving besluiten te nemen voortvloeiend uit haar taak, alsmede de minister en staatssecretaris in rechte te vertegenwoordigen en rechtsmiddelen in te stellen ten aanzien van alle aangelegenheden voortvloeiend uit hun taak.⁵

Nu er sprake is van (onder)mandaat, blijft de eindverantwoordelijkheid toch bij de staatssecretaris liggen.

Nu er sprake is van (onder)mandaat, blijft de eindverantwoordelijkheid uiteindelijk toch bij de staatssecretaris liggen. De politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid blijft in stand. Of, zoals ik mijn collega Igna Oomen recent terecht hoorde opmerken: ‘In het verleden kwamen de zaken al via de Commissie Schrijvende Zaken bij de Hoofddirecteur en die bepaalde vervolgens of het bij de staatssecretaris kwam’. Die laatste stap is nu dus weggefallen, maar dat doet niets af aan de eindverantwoordelijkheid van de staatssecretaris.

2. Wijziging van de regelgeving

Bij Wijzigingsbesluit van 8 april 2019⁶ is bepaald dat per 1 mei 2019 artikel 3.4, lid 3 Vb komt te vervallen en is een nieuw artikel, te weten artikel 3.6.ba Vb, toegevoegd op grond waarvan ambtshalve kan worden beoordeeld of tijdens een eerste aanvraag voor verblijf in Nederland een verblijfsvergunning kan worden verleend onder een andere beperking dan voorzien in het Vb 2000.

Uit de nota van toelichting bij dit artikel volgt dat deze bevoegdheid alleen van toepassing is, als er geen aanspraak bestaat op verblijf op een van de gebruikelijke gronden en er evenmin grond is om krachtens de artikelen 3.6, 3.6a of 3.6b Vb ambtshalve een verblijfsvergunning te verlenen. Zo wordt bereikt dat in de eerste verblijfsrechtelijke procedure aspecten worden beoordeeld die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een schrijvende situatie die maakt dat verblijf in Nederland aangevoerd is. Er dient daarvoor sprake te zijn van een samenstel van bijzondere omstandigheden die de vreemdeling betreffen. Net als artikel 3.4, lid 3 Vb onderscheidt deze nieuwe bepaling zich in die zin van de voornoemde bepalingen, dat een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd kan worden verleend onder een andere beperking dan voorzien in het Vb 2000. Bij de beoordeling kan specifiek aandacht worden besteed aan de omstandigheden van het kind. De IND kan afhankelijk van de specifieke situatie besluiten een onafhankelijk advies te vragen. Afhankelijk

1 ‘Schrijvende zaken, emotie vervat in juridische termen’, M.J.M. Peeters, *A&MR* 2013-1.

2 ‘Op zoek naar transparantie in unieke situaties’, M.J.M. Peeters, *A&MR* 2018-1. TK, vergaderjaar 2018-2019, 19637, nr. 2459

4 Mandaatbesluit hoofden taakorganisaties Ministerie van Justitie en Veiligheid, geldend vanaf 11 december 2020, *Stcr.* 2020, 64411

5 Annotatie bij VK Rb Den Haag, zittingsplaats Amsterdam, 1 december 2020, *AWB* 20/1542 en 1543, *JV* 2021/47.

6 *Stb.* 2019, 143, 8 april 2019.

van de situatie zal worden bepaald of, waarover en aan wie advies wordt gevraagd. Een afwijzende beslissing is aan een rechterlijke toetsing onderworpen.

Naar de verwachting van de staatssecretaris zal – in geval in de beroeps- of hogerberoepsfase wordt beoordeeld of een vergunning onder een niet in het Vb 2000 voorziene beperking moet worden afgegeven – de rechter deze beoordeling zoveel mogelijk betrekken in de lopende procedure. Alleen in die gevallen waarin dat niet kan, zal sprake zijn van een zelfstandige beslissing waartegen de rechtsmiddelen van bezwaar, beroep en hoger beroep openstaan. Dat de verwachting van de staatssecretaris onjuist is, volgt uit de uitspraak van Rechtbank Amsterdam (MK), van 4 maart 2021.⁷ In deze zaak werd in hoger beroep verzocht om toepassing te geven aan artikel 3.6ba Vb. De ABRvS betrok dit verzoek echter niet in de beoordeling van het geschil. Hieronder wordt nader ingegaan op deze uitspraak.

Nadat de rechter zijn finale oordeel heeft gegeven, bestaat er geen mogelijkheid meer om op grond van deze bevoegdheid een verblijfsvergunning te verkrijgen. Dit is ook van belang om, voor zover het om asielaanvragen gaat, te waarborgen dat de asielprocedure wordt gebruikt voor het daarvoor bestemde doel, te weten de beoordeling of de betrokkene in aanmerking komt voor toelating op asielgronden. Omstandigheden die zich voordoen na de rechterlijke uitspraak komen voor het risico van de vreemdeling. Het blijft mogelijk om bij nieuwe feiten of omstandigheden een herhaalde asielaanvraag in te dienen of een (herhaald) verzoek te doen om verlening van een verblijfsvergunning regulier onder een bestaande beperking genoemd in het Vb. Daar waar beoordelingsruimte bestaat, moet met de bijzondere, persoonlijke omstandigheden van het geval rekening worden gehouden. Daar waar sprake is van op het Vb toepasselijke beleidsregels, geldt de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb.

Zoals al aangestipt, wordt pas aan de toepassing van artikel 3.6ba Vb toegekomen, als de artikelen 3.6, 3.6a en 3.6b Vb geen soelaas bieden. Artikel 3.6 Vb geeft mogelijkheden ambtshalve verblijf toe te kennen in geval er sprake is van schending van artikel 8 EVRM, slachtoffers- of getuigen van mensenhandel, het buiten eigen schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken of medische omstandigheden. Artikel 3.6a benoemt artikel 8 EVRM en slachtoffer- of getuigen mensenhandel als situaties waarin bij afwijzing van een eerdere asielaanvraag ambtshalve alsnog een humanitair-reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd kan worden verleend. En artikel 3.6b ziet op dezelfde soort situaties waarin, afgezien van de mogelijke toepasselijkheid van artikel 3.6 en 3.6a, steeds ambtshalve een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd kan worden verleend. Net als artikel 3.4 lid 3 Vb onderscheidt artikel 3.6ba Vb zich in die zin van vornoemde bepalingen, dat een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd kan worden verleend onder een andere beperking dan voorzien in het Vb 2000. Voorts is van belang dat deze kan worden toegepast tot het moment dat de beslissing op een eerste in Nederland ingediende aanvraag om verlening van een verblijfsvergunning in rechte vast staat.

In de nota van toelichting wordt de verwachting uitgesproken dat maar zelden toepassing zal worden gegeven aan artikel 3.6ba Vb, aangezien het dan moet gaan om een schrijnende situatie die gelegen is in een samenstel van bijzondere omstandigheden die de vreemdeling betreffen. De nota van toelichting vermeldt tevens dat in beleid zal worden neergelegd welke factoren bij deze beoordeling kunnen worden betrokken.

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat bij aanvragen die zijn ingediend voor 1 mei 2019, nog een oordeel zal worden gegeven over de vraag of met toepassing van de discretionaire bevoegdheid in het verblijf van de vreemdeling moet worden berust.

Alle aspecten die zien op integratie en banden met Nederland zijn uit de regeling verdwenen, en beperkt gewicht moet worden toegekend aan omstandigheden gerezen tijdens niet rechtmatig verblijf.

In tegenstelling tot de situatie voor 1 mei 2019, is thans in beleid neergelegd wanneer sprake is van schrijnende omstandigheden. In navolging van de nota van toelichting is er beleid opgesteld en bekend gemaakt in WBV 2019/10 van 25 juli 2019. De inhoud van het WBV is terug te vinden in B11/2.5.v Vc. Allereerst wordt aangegeven in welke gevallen er niet ambtshalve wordt getoetst. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij vreemdelingen met een ongewenstverklaring of een inreisverbod. Uit het beleid volgt voorts dat de IND omstandigheden die individueel van aard zijn als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 3.6ba aanmerkt. In beginsel kent de IND niet op voorhand een bepaald gewicht toe aan omstandigheden. Een en ander hangt af van het samenstel van aangevoerde omstandigheden die maken dat sprake is van een schrijnende situatie. Dit verschilt met de werkwijze van de staatssecretaris in het verleden, aangezien daar wel onderscheid werd gemaakt in de zwaarte van de waardering van de door de vreemdeling aangevoerde diverse omstandigheden.

Net zoals voorheen⁸ geldt er geen limitatieve opsomming van te betrekken omstandigheden. Als voorbeelden worden genoemd (ernstige) medische problemen (van één of meerdere gezinsleden), het overlijden in Nederland van een gezinslid, gender gerelateerde aspecten met name eerwraak en huiselijk geweld, of traumatiserende ervaringen die in Nederland hebben plaatsgevonden. Alle aspecten die zien op enige mate van integratie en het opbouwen van banden met Nederland, zijn – conform de wens met het invoeren van de nieuwe regelgeving – verdwenen.

Uitdrukkelijk wordt vermeld dat een beperkt gewicht wordt toegekend aan omstandigheden die zijn gerezen tijdens een periode van niet rechtmatig verblijf van de vreemdeling. Het niet rechtmatig verblijf wordt, net als gevaar voor de openbare orde en identiteitsfraude c.q. twijfel aan de identiteit van de vreemdeling, als contra-indicatie gezien voor het verlenen van de verblijfsvergunning. De IND vraagt advies in het bijzonder wanneer kinderen met een specifieke problematiek bij de procedure zijn

⁷ Rechtbank Amsterdam (MK), 4 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2254.

⁸ Ik verwijs in dit kader naar mijn eerdere artikelen uit 2013 en 2018.

betrokken. Er wordt geen advies gevraagd als het puur gaat om de vraag of sprake is van een schrijnende situatie zoals bedoeld in artikel 3.6ba Vb.

Nu ervoor gekozen is om toetsing aan schrijnende situaties in de Vc neer te leggen, is het aan de ene kant makkelijker voor de IND om in een afwijzend besluit te verwijzen naar het beleid. De vraag is echter in hoeverre naar beleid kan worden verwezen als expliciet is vermeld dat dit beleid niet limitatief is. Het maakt trouwens meteen duidelijk dat er altijd gevallen zullen zijn waarin door de wetgever niet kan worden voorzien. Bovendien kan, zoals ook in de nota van toelichting is aangegeven, in geval van beleid ook een beroep op artikel 4:84 Awb worden gedaan. Daarnaast geldt de uitspraak van de Afdeling van 16 oktober 2016,⁹ waaruit volgt dat de staatssecretaris alle door de vreemdeling aangevoerde feiten en omstandigheden van het geval in de beoordeling dient te betrekken.

3. Meervoudige kamer Rechtbank Amsterdam

Op 4 maart jl. deed Rechtbank Amsterdam een interessante uitspraak over de werking van artikel 3.6ba Vb.¹⁰ In deze zaak had advocate Anne Louwerse verzocht om ambtshalve toetsing aan schrijnende omstandigheden, hangende de eerste asielprocedure in hoger beroep. De Afdeling had dit verzoek echter buiten beschouwing gelaten en mocht evenmin met toepassing van artikel 83 Vw het verzoek in zijn beoordeling betrekken. Volgens de IND was het de fout van de vreemdeling dat er niets met zijn verzoek is gedaan, omdat hij zelf aan de Afdeling had moeten verzoeken zijn asielprocedure aan te houden, zodat de IND in de tussentijd een besluit op het verzoek om ambtshalve aan schrijnende omstandigheden te toetsen, zou kunnen behandelen. De vreemdeling had dit naar de mening van de IND moeten beseffen en derhalve is het niet inhoudelijk beoordelen van het verzoek toepassing te geven aan schrijnende omstandigheden, aan hem zelf te wijten. Volgens de IND is het Unierecht niet van toepassing bij een verzoek om toepassing van artikel 3.6ba Vb, hetgeen de advocaat wel betoogd had. Op beide aspecten geef ik een toelichting.

3.1 Rechtszekerheid en evenredigheid

De rechtbank toetst de toepassing van artikel 3.6ba Vb aan het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Het eerste beginsel omvat het duidelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Op grond van het duidelijkheidsbeginsel moet de inhoud van een algemeen verbindend voorschrift zodanig duidelijk zijn dat de geadresseerde daaruit kan afleiden wat van hem wordt verwacht. Uit de nota van toelichting volgt dat een vreemdeling ook na het nemen van een besluit op de asielaanvraag een beroep op schrijnende omstandigheden kan doen. Indien dit uitmondt in een afzonderlijk besluit, dan staan hiertegen rechtsmiddelen open. De rechtbank is van mening dat dit moet betekenen dat er een duidelijke procedure bestaat voor de besluitvorming en de rechtsbescherming. De werkwijze die volgens verweerder wordt gevolgd, wanneer de procedure zich in de hoger beroepsfase

bevindt, voldoet hier naar de mening van de rechtbank niet aan. De rechtbank wijst erop dat – nog daargelaten wat de Afdeling ervan vindt om op deze wijze in de procedure te worden betrokken – deze werkwijze dusdanig afwijkt van iedere andere procedure dan ook, dat de vreemdeling zich hiervan niet bewust hoefde te zijn. Het was dan ook aan de IND om deze zeer afwijkende werkwijze aan de vreemdeling kenbaar te maken. Bovendien mag de vreemdeling erop vertrouwen dat als hij conform het gestelde in de regelgeving een verzoek heeft ingediend, er een behoorlijke besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedure bestaat. De rechtbank oordeelt vervolgens dat, voor zover een dergelijk verzoek in de hoger beroepsfase wordt voldaan, artikel 3.6ba Vb in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.

Rechtbank Amsterdam wijst erop dat de nieuwe werkwijze dusdanig afwijkt van iedere andere procedure dat de vreemdeling zich hiervan niet bewust hoefde te zijn en de IND die aan de vreemdeling kenbaar moet maken.

De rechtbank oordeelt eveneens dat sprake is van strijd met het evenredigheidsbeginsel, nu in de desbetreffende procedure de bij een voorschrift betrokken belangen niet zijn meegewogen. Immers, de enige manier om een inhoudelijk besluit en de daarbij behorende rechtsbescherming te krijgen, vergt van de vreemdeling dat, zolang er geen onherroepelijk besluit is genomen ten aanzien van de schrijnende omstandigheden, hij moet blijven wachten op de uiteindelijke uitkomst van zijn asielprocedure. Vanwege de ex nunc toetsing na een gegrond bezwaar of beroep loopt hij namelijk het risico dat zijn verzoek alsnog wordt afgewezen, omdat het asielbesluit inmiddels onherroepelijk is geworden. Niet is gebleken dat dit belang bij de vaststelling van de regeling is betrokken.

De rechtbank heeft de indruk gekregen dat de IND bij (de wijziging van de regelgeving per 1 mei 2019) de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid het verminderen van prikkels die het verblijf in Nederland verlengen voorop heeft gezet en onvoldoende heeft nagedacht over feitelijke toepassing van nieuwe regelgeving in het geval in hoger beroep verzocht wordt om toepassing te geven aan schrijnende omstandigheden. De nota van toelichting geeft hierover onvoldoende duiding.

De advocaat is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan. Mogelijkerwijs volgt nog incidenteel beroep door de staatssecretaris.

3.2 Unierecht?

De vreemdeling had in deze procedure aangevoerd dat, nu hij wordt bedreigd met uitzetting, de Terugkeerrichtlijn van toepassing is. Artikel 6, lid 4 van de Terugkeerrichtlijn bepaalt dat lidstaten in schrijnende gevallen een verblijfsvergunning kunnen verlenen waardoor geen terugkeerbesluit wordt uitgevaardigd, of een al uitgevaardigd terugkeerbesluit wordt ingetrokken of opgeschort. Artikel 3.6ba Vb is een toepassing van deze richtlijnbevestiging. De rechtbank oordeelde echter dat het Unierecht en artikel 47 Handvest niet van toepassing zijn op artikel 3.6ba

⁹ ABRVS, 16 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.
¹⁰ Rechtbank Amsterdam (MK), 4 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2254.

Vb, aangezien de Richtlijn de terugkeer regelt en niet het verblijf.

Deze redenering bevreemdt. In medische zaken wordt namelijk wel toepassing gegeven aan het bepaalde in artikel 6, lid 4 Terugkeerrichtlijn en het daaruit volgende verblijf. In Werkinstructie 2018/16 inzake de opschorting van vertrek wegens medische redenen (artikel 64 Vw) is voornoemd artikel nader uitgewerkt in paragraaf 3. Daarin is onder meer opgenomen dat ook bij een intrekkingprocedure of niet verdere verlening in de gevallen waar er geen ambtshalve toets plaatsvindt, ingegaan moet worden op het mogelijke argument van de vreemdeling dat 3 EVRM medisch in de weg staat aan terugkeer. In dit geval vindt de toets aan artikel 64 Vw plaats in het kader van terugkeer. Als blijkt dat uitstel van vertrek van toepassing is, dan wordt geen terugkeerbesluit uitgevaardigd en uitstel van vertrek verleend. Niet valt in te zien dat artikel 6, lid 4 Terugkeerrichtlijn voor schrijnende situaties anders zou moeten worden uitgelegd.

Dat de Terugkeerrichtlijn niet relevant is voor artikel 3.6ba Vb, lijkt evenmin vol te houden in het licht van de wijze waarop het HvJ EU in de arresten *Abdida*¹¹ en *TQ*¹² toepassing heeft gegeven aan deze richtlijn en de verderstrekende functie dan enkel terugkeer. In deze zaken bepaalde het Hof dat er voor de lidstaten een verplichting bestaat te voorzien in de basisbehoeften van vreemdelingen hangende de behandeling van de beroepsprocedure, alsmede dat het onderzoek naar adequate opvang voor alleenstaande minderjarige vreemdelingen moet plaatsvinden voorafgaande aan het terugkeerbesluit, met als gevolg dat in verblijf moet worden voorzien.

Het lijkt dan ook zeker relevant dat de Terugkeerrichtlijn lidstaten de ruimte laat om op ieder moment te bepalen geen terugkeerbesluit uit te vaardigen of dit in te trekken of op te schorten, als sprake is van schrijnende gevallen. Dat betekent naar mijn mening dat de beoordeling van schrijnende omstandigheden niet alleen thuishoort in een eerste aanvraag, maar op ieder moment een rol kan spelen. Wellicht een gemiste kans om in navolging van Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Den Bosch van 4 februari 2021¹³ een prejudiciële vraag te stellen.

4. Nut en noodzaak van de nieuwe regelgeving

Terugkijkend naar het debat van 30 januari 2019 over de discretionaire bevoegdheid en het kinderpardon, valt op dat de rechtvaardiging van de deal wordt gepresenteerd als het vermijden van aanzuigende werking op asielzoekers die na een afwijzende beslissing hoop blijven houden op een nieuw pardon, dan wel op een bewindspersoon die met de hand over het hart strijkt. Er wordt nauwelijks gesproken over de reeds langdurig in Nederland aanwezig zijnde illegale vreemdelingen, de vreemdelingen die al meerdere malen zijn uitgeprocedeerd of vreemdelingen die helemaal niet op basis van asielfronden naar Nederland zijn gekomen. De ratio lijkt te zijn gelegen in het ontmoedigen van vreemdelingen om naar Nederland te komen en het ontmoedigen van illegaal verblijf na een eerste

aanvraagprocedure.¹⁴ Er is echter niet op voorhand onderzocht of het laten vervallen van artikel 3.4, lid 3 Vb deze prikkel ook daadwerkelijk zal wegnemen.

Bij besluit van 15 oktober 2018¹⁵ werd de Onderzoekscmissie Langdurig Verblijvende vreemdelingen zonder bestendig verblijfsrecht ingesteld. Deze Commissie had als taak onderzoek te verrichten naar alle aspecten die eraan bijdragen dat vreemdelingen, ondanks een afwijzing van een toelatingsaanvraag en de daaruit voortvloeiende vertrekplicht, vaak langdurig in Nederland verblijven, met bijzondere aandacht voor kinderen. In mei 2019 was het rapport gereed en op 4 juni 2019 werd dit rapport door de Minister van Justitie aangeboden aan de Tweede Kamer.¹⁶ Het bevreemdt dat pas na bijna twee maanden nadat reeds het wijzigingsbesluit was genomen, een rapportage beschikbaar werd gesteld aan de Tweede Kamer. Een rapportage die als grondslag zou kunnen dienen voor de afschaffing van maatwerk op ieder moment, in gevallen waarin niet bij regelgeving heeft kunnen worden voorzien. Dit getuigt naar mijn mening allesbehalve van een zorgvuldig handelend kabinet. Daarbij komt dat dit rapport kijkt naar de wijze waarop de asielprocedures zijn vormgegeven en het terugkeren van uitgeprocedeerde asielzoekers. Er is geen link te leggen met het bestaan van de discretionaire bevoegdheid en het op deze basis kunnen verkrijgen van een verblijfsrecht. De Commissie constateert bovendien dat er slechts sprake is van een kleine groep langdurig verblijvende vreemdelingen, waarbij het gaat om complexe zaken. Deze constatering is juist een reden om de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris niet af te schaffen. Maatwerk blijft nodig.

Omdat er blijkens de beschikbare cijfers terughoudend gebruik werd gemaakt van de discretionaire bevoegdheid en er vrij weinig zaken bij het publiek bekend werden, kan hierin geen reden worden gevonden voor de afschaffing ervan.

Over het nut en de noodzaak van het afschaffen van de discretionaire bevoegdheid heeft de Advies Commissie voor Vreemdelingenzaken in 2019 een advies¹⁷ uitgebracht. Opmerkelijk genoeg werd de Adviescommissie niet – zoals te doen gebruikelijk – vooraf aan de voorgenomen wijziging geconsulteerd. Desondanks heeft dit de Adviescommissie niet weerhouden van het alsnog uitbrengen van een advies met diverse aanbevelingen in niet mis te verstane bewoordingen.

Zo constateert de Adviescommissie dat de aanname in de nota van toelichting bij artikel 3.6.ba Vb dat vreemdelingen hun hoop voornamelijk vestigen op de algemene

11 HvJ EU, inzake *Abdida*, 18 december 2014, C-562/13, *JV* 2015/59.

12 HvJ EU, inzake *TQ*, 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:9.

13 Zie onder meer r.o. 54, ECLI:NL:RBDHA:2021:800.

14 Op 1 februari 2021 deed de Afdeling uitspraak over de vraag wanneer er sprake is van een eerste aanvraag, ABRs, 01-02-21, ECLI:NL:RVS:2021:195. In mijn noot bij deze uitspraak – *JV* 2021/86 – betoog ik dat de Afdeling een onjuiste wetsinterpretatie hanteert en bovendien contradictoer aan een eerdere uitspraak oordeelt.

15 Instellingsbesluit Onderzoekscmissie Langdurig verblijvende vreemdelingen zonder bestendig verblijfsrecht, *Stcrt.* 15 oktober 2018, nr. 58299.

16 Kamerbrief, 4 juni 2019, nr. 261542.

17 'Afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid', Adviescommissie Vreemdelingenzaken, juli 2019.

discretionaire bevoegdheid, niet nader is onderbouwd. Onder verwijzing naar 2.3. de Aanwijzingen voor Regelgeving waarin is opgenomen dat:

‘alvorens tot het tot stand brengen van een regeling wordt besloten, worden de volgende stappen gezet:

- a. kennis wordt vergaard over de relevante feiten en omstandigheden met betrekking tot het bewuste onderwerp;
- b. de doelen die moeten worden bereikt, worden zo concreet en nauwkeurig mogelijk vastgesteld;
- c. onderzocht wordt of de doelen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren, of dat daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is;
- d. indien overheidsinterventie noodzakelijk is, wordt onderzocht of de gekozen doelen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten dan wel, indien dit niet mogelijk blijkt, welke nieuwe instrumenten kunnen worden ingezet om de doelen te bereiken;
- e. de diverse mogelijkheden worden zorgvuldig tegen elkaar afgewogen’

constateert de Adviescommissie dat de noodzaak voor het afschaffen van artikel 3.4, lid 3 Vb ontbreekt.¹⁸

De Adviescommissie constateert voorts dat op basis van de beschikbare cijfers blijkt dat er terughoudend gebruik werd gemaakt van de discretionaire bevoegdheid en er vrij weinig zaken bij het grote publiek bekend zijn geraakt. Hierin kan evenmin een reden worden gevonden voor de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid. De Adviescommissie vraagt zich voorts af wat de toegevoegde waarde is van het nieuwe artikel 3.6ba Vb. Los van het gegeven dat de eindverantwoordelijkheid van de Hoofddirecteur een fictie is, nu zij niet als bestuursorgaan kan worden aangemerkt, wijst de Adviescommissie erop dat de in de Vc genoemde bijzondere omstandigheden zich ook voor kunnen doen na een eerste aanvraagprocedure. Bovendien dient de staatssecretaris ingeval weigering van het verblijfsrecht zou leiden tot een schending van een internationale verplichting, gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid tot het verlenen van een verblijfsrecht. De afschaffing van artikel 3.4, lid 3 Vb maakt de bewegingsruimte echter een stuk kleiner.

5. En dan de praktijk

In haar advies doet de Adviescommissie de aanbeveling om het gebruik van de bevoegdheden die zijn neergelegd in de artikelen 3.6, 3.6a, 3.6b en 3.6ba te monitoren en te evalueren. Ik hoop dat deze aanbeveling ter harte is genomen. Uit navraag in de praktijk blijkt dat de nog wel bestaande mogelijkheden voor het leveren van maatwerk, bij lange na niet ten volle worden benut. Denk aan de problematiek rondom ‘buiten schuld’ aanvragen. Daarbij komt dat individuele beslismedewerkers er niet snel voor kiezen om zelfstandig toepassing te geven aan internationale regelgeving, zoals bijvoorbeeld artikel 8 EVRM. Mogelijk zijn zij bang

voor precedentwerking en spelen zij op veilig. Afwijzen, terwijl er juist ruimte voor inwilliging is. Helaas mag de rechter van de Afdeling slechts marginaal toetsen en zo vallen op het oog kansrijke zaken buiten de boot. Ook de huidige Werkinstructie 2016/20 inzake de toepassing van artikel 8 EVRM helpt niet, doordat deze te weinig ruimte biedt voor maatwerk. In de huidige toetsingskaders van artikel 8 EVRM, waarbij de meest logische optie dan een aanvraag op grond van privéleven is – bestaat er geen ruimte om de situatie in het land van herkomst mee te nemen. Daar dienen asielaanvragen immers voor. Daarnaast wordt toch nog langdurig onrechtmatig verblijf in Nederland – en bij privéleven heb je het per definitie over gewortelde vreemdelingen – tegengeworpen. De opgebouwde banden met Nederland tellen niet, tenzij ze zeer bijzonder zijn. In de visie van de IND zijn ze dat bijna nooit, zelfs niet in het geval van jongvolwassenen die als jong kind naar Nederland zijn gekomen en dus op school hebben gezeten, stages hebben gelopen en hier al tien jaar of langer zijn. Familie, vrijwilligerswerk, cursussen volgen, de taal spreken, het is allemaal normaal.

De zussen Sabbar

Een mooi, maar schrijnend, voorbeeld is de zaak van de zussen Sabbar die recent in de media werd uitgelicht.¹⁹ Op het oog een schoolvoorbeeld van hoe goed artikel 8 EVRM kan worden toegepast. De zussen werden door hun moeder op zeer jonge leeftijd naar Nederland gebracht. De moeder vroeg zelf nooit verblijf aan voor haar en haar dochters. Ondanks hun illegale situatie ontwikkelden de zussen zich heel goed en groeien ze uit tot voorbeelden voor leeftijdsgenoten. Op meerderjarige leeftijd vragen zij verblijf aan ingevolge artikel 8 EVRM. Zij hebben veel bewijsstukken die onderbouwen hoe sterk hun banden met Nederland zijn en welke waarde zij toevoegen aan de maatschappij. De rechtbank onderkent dit. De staatssecretaris gaat echter in hoger beroep. Nadat burgemeester Halsema kennis van de situatie van de twee zussen heeft gekregen, heeft zij bij de staatssecretaris bepleit dat de zussen in Amsterdam blijven.²⁰ Zij heeft daarbij ook gewezen op het belang van de mogelijkheid om toepassing te geven aan de discretionaire bevoegdheid, aldus *Het Parool*. Hoewel artikel 8 EVRM in deze specifieke zaak de oplossing zou moeten zijn voor vreemdelingen zoals de zussen Sabbar, blijkt dit door de (in mijn ogen: te) strikte toepassing door de staatssecretaris, geen optie. Wat rest, is toepassing geven aan de discretionaire bevoegdheid. Nu dit de eerste procedure van de zussen lijkt te zijn, staat het Hoofd IND niets in de weg om hieraan ambtshalve toepassing te geven.

In de meeste gevallen hebben vreemdelingen niets aan artikel 3.6ba Vb. Dit artikel is immers alleen van toepassing als het gaat om een eerste aanvraag en er sprake is van schrijnende omstandigheden die zich in Nederland hebben voorgedaan. Vreemdelingen die een eerste aanvraag indienen, zijn echter vaak nog helemaal niet lang in Nederland en het is de vraag of de in het beleid (niet limitatief) opgesomde voorbeelden, zich in die tijdspanne zullen voordoen. Door enkel in eerste aanvragen de mogelijkheid voor

18 Het is mij niet bekend of de ACVZ op het moment van het afronden van de rapportage op de hoogte was van het rapport van de Onderzoekscommissie. Gezien echter de expliciete taak van de commissie en de bevindingen in het rapport, kan niet worden gezegd dat de regering hiermee heeft voldaan aan de Aanwijzingen Regelgeving.

19 Het Parool, 3 april 2021, ‘Uitzetting dreigt voor model- Amsterdammers Sofia en Najoua. Zijn ze wel Nederlands genoeg?’

20 Het Parool, 8 april 2021, ‘Halsema wil uitzetting van Amsterdamse zussen naar Marokko voorkomen: “Ze horen bij onze stad”’.

de toepassing van de discretionaire bevoegdheid open te stellen, zal het antwoord dus eigenlijk altijd ‘nee’ luiden. Dat dit ook zo is, blijkt uit de cijfers. Van 1 januari 2020 tot en met 1 oktober 2020 verleende het Hoofd IND slechts 4 keer ambtshalve verblijf op grond van artikel 3.6ba Vb.²¹

Door enkel in eerste aanvragen de mogelijkheid van de discretionaire bevoegdheid open te stellen, zal het antwoord eigenlijk altijd ‘nee’ luiden.

In het bestuursrecht, niet zijnde vreemdelingenrecht, wordt bijna elke ‘kan’- bepaling gezien als een mogelijkheid om discretionaire ruimte te gebruiken om belangen en het rechtsgevoel van de burger te beschermen. De discretionaire ruimte is gegrond in principes van proportionaliteit, redelijkheid en billijkheid. Zijn de gevolgen die een bepaalde toepassing van een rechtsregel heeft in het individuele geval wel billijk? Een op zichzelf rechtmatige en rechtvaardige regel kan in een specifiek geval onrechtvaardig uitwerken. Zonder een ‘restbevoegdheid’ kan er geen rechtvaardige uitkomst komen. Ingevolge de Algemene Wet bestuursrecht en het Europese recht dient deze restbevoegdheid, die is gegrond in het proportionaliteitsbeginsel, te kunnen worden toegepast in ieder vreemdelingsrechtelijk besluit.²²

Syrische moeder Tina en zoon Jacob

Onder de huidige regelgeving bestaat vrijwel geen ruimte om voornoemde zaken in te willigen, terwijl terugsturen onevenredig hard is. De zaak van de Syrische moeder Tina en haar zoon Jacob is hiervan een goed voorbeeld. In de media is ook voor deze zaak aandacht gevraagd.²³ Vanwege de humanitaire situatie in Syrië, wordt in beginsel iedere Syrische vluchteling toegelaten in Nederland. Zo niet moeder en zoon. In haar poging om Syrië niet per boot te hoeven ontvluchten om Europa binnen te komen, probeerde de moeder als Armeens christen een andere manier te vinden via het aanvragen van een Armeens paspoort. Het enkele gegeven dat de mogelijkheid bestaat om een Armeens paspoort te kunnen verkrijgen, maakt volgens de staatssecretaris en de Afdeling dat zij terug kunnen keren naar Armenië. Een land waar ze nooit hebben gewoond en waarvan ze de taal niet spreken. In beroep inzake de herhaalde asielaanvraag oordeelt de rechtbank dat de staatssecretaris een nieuw besluit dient te nemen. Tegen deze uitspraak werd door de staatssecretaris hoger beroep ingesteld en met succes. Weliswaar dient de staatssecretaris een nieuw besluit te nemen, maar moeder en zoon kunnen wel terug naar Armenië. Twee weken nadat over Tina en Jacob werd geschreven, is alsnog verblijf aan hen toegekend. Het is niet duidelijk op welke gronden dit is gebeurd.

Zoals eerder opgemerkt, is er bij de afschaffing van artikel 3.4, lid 3 Vb geen aandacht besteed aan de situatie dat er

vreemdelingen zijn die al jarenlang illegaal in Nederland zijn en ook in schrijnende omstandigheden verkeren.²⁴ Recentelijk vond een expertmeeting plaats georganiseerd door VluchtelingenWerk Nederland, ASKV/Steunpunt Vluchtelingen en Stichting LOS²⁵ over (de problematiek rondom de afschaffing van) de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid in schrijnende situaties. De conclusie is eensluidend: De discretionaire bevoegdheid is absoluut noodzakelijk.²⁶ Een staatssecretaris heeft die nodig om maatwerk te kunnen leveren. Door toepassing van de discretionaire bevoegdheid kan regelgeving die voor een individu inhumain uitpakt, worden gecorrigeerd.

6. Härtefall en flexibiliteit

Wat nu te doen met mensen die tussen wal en schip vallen? Gezien het bovenstaande lijkt er geen oplossing te zijn, behoudens in de illegaliteit blijven. De toeslagenaffaire maakt echter duidelijk dat er wel een oplossing is. Namelijk: er dient altijd een hardheidsclausule te zijn in het bestuursrecht. Dit volgt ook uit ‘Klem tussen balie en beleid’, het eindrapport parlementair onderzoek naar de oorzaken van problemen bij uitvoeringsorganisaties.²⁷ De onderzoekscommissie deed onderzoek bij 3 uitvoeringsorganisaties, namelijk de Belastingdienst, het UWV en het CBR. Hoewel de IND geen deel uitmaakte van het onderzoek, kunnen er veelal parallellen worden getrokken met de IND als uitvoeringsorganisatie. In het rapport worden conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan die ook voor de IND relevant zijn. Zoals, de conclusie dat het niet lukt om uitvoerbaar beleid te maken met oog voor de menselijke maat.

In het *Nederlands Juristenblad* is begin april het artikel ‘Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht’ gepubliceerd.²⁸ De auteurs trekken de parallel met het vreemdelingenrecht en de toeslagenaffaire. Zij maken duidelijk dat het onrecht in het migratierecht voortkomt uit vergelijkbare factoren, zoals rigide wetgeving zonder hardheidsclausules, geïnstitutionaliseerd wantrouwen ten aanzien van een kwetsbare groep, een bestuur dat weinig oog heeft voor de menselijke maat en steeds de politieke boodschap hoort dat het beleid restrictief moet zijn, en de rechterlijke macht die het bestuur uit de wind houdt. De auteurs betogen gemotiveerd dat en waarom ook in het vreemdelingenrecht oog dient te zijn voor de menselijke maat. Dat betekent dat de

21 Brief aan de TK, Aanbieding antwoorden feitelijke vragen begroting Justitie en Veiligheid 2021, kenmerk 3103640, Bijlage, vraag 374.

22 Verblifblog, Actueel migratierecht toegelicht, ‘Kun je de discretionaire bevoegdheid afschaffen?’, 20 november 2018, Martijn Stronks, www.verblifblog.nl

23 *De Groene*, ‘De humaniteit verdwijnt uit het vluchtelingenbeleid. Tina en Jacob moeten weg’, 31 maart 2021, nr. 13, Kees van den Bosch.

24 Zie ook het rapport ‘Onzichtbaar, onderzoek naar de leefwereld van ongedocumenteerden in Amsterdam en Nederland, februari 2021, Ombudsman Metropool Amsterdam.

25 Op 14 december 2020 organiseerden VluchtelingenWerk Nederland, ASKV/Steunpunt Vluchtelingen en Stichting Landelijk Ongedocumenteerden Steunpunt een expertmeeting over (de problematiek rondom de afschaffing van) de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid in schrijnende situaties. Het resultaat is het lobbydocument: ‘Een humanitair vangnet in schrijnende situaties. Nut en noodzaak van de discretionaire bevoegdheid in het asiel- en migratierecht’, zie: <https://bit.ly/3tgpYn>.

26 Eenzelfde conclusie werd in het vorige nummer van dit blad getrokken door Sandra van Tweel, in haar beschrijving van de projecten waarin diverse organisaties in Nijmegen samenwerken: ‘Oplossingen zoeken voor uitgeprocedeerde asielzoekers’, *A&MR* 2021-3, p. 128-133.

27 Eindrapport parlementair onderzoek naar de oorzaken van problemen bij uitvoeringsorganisaties, ‘Klem tussen balie en beleid’, 25 februari 2021, bijlage bij Kamerstukken II, 2020/21, 35387, nr. 2.

28 ‘Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht’ *NJB*, 9 april 2021, afl. 14; alle auteurs zijn allen werkzaam bij het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Zie ook: ‘Hoe komt het dat de menselijke maat uit het systeem verdween?’, in *NRC* 18 april 2021, <https://bit.ly/3dtJXe>.

discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris gerespecteerd dient te worden en de beperking hiervan in lagere wetgeving moet worden geschrapt, er dient een algemene hardheidsclausule te komen in de Vreemdelingenwet²⁹ en de Afdeling dient vreemdelingenrechtlers meer ruimte te geven in de uitoefening van hun wettelijke bevoegdheden op grond van de Awb.

Het is de vraag of een nieuwe regering het nut en de noodzaak van de discretionaire bevoegdheid wel erkent. Of wellicht worden er andere oplossingen gevonden. Denk bijvoorbeeld aan het advies van de Adviescommissie Vreemdelingenzaken ‘Om het maatschappelijk belang’ uit 2011.³⁰ Daarin werd verwezen naar onze Duitse burens en de zogenoemde *Härtefall*-kommissionen. Op decentraal niveau kan de deelstaatautoriteit bepalen dat aan een uitgeprocedeerde vreemdeling op wie de rechtsplicht rust Duitsland te verlaten, in afwijking van de overige in de vreemdelingenwet opgenomen toelatingsvoorwaarden verblijf kan worden toegestaan als een bij wet ingestelde *Härtefallkommission* daarom verzoekt. Vergunningverlening op basis van deze regeling is gebaseerd op het publiek belang en de commissie kan zelf bepalen of ze een zaak in behandeling neemt. Uitgeprocedeerde vreemdelingen kunnen in deze procedure geen eigen rechten doen gelden. Daarmee valt de hele regeling buiten het geldend proces- en vreemdelingenrecht met als gevolg dat een vreemdeling geen rechtsmiddel kan aanwenden tegen een advies van een *Härtefallkommission*, noch tegen een daarop gebaseerd besluit van de deelstaatautoriteiten. Het systeem leidt daardoor niet tot doorprocederen.

Aan de andere kant is de discretionaire bevoegdheid eigenlijk nog aanwezig, het is een kwestie van flexibel bewind voeren. Zoals Martijn Stronks al duidelijk maakte³¹ is bij afschaffing van artikel 3.4., lid 3 Vb de expliciete verwijzing naar de discretionaire bevoegdheid verdwenen, maar heeft de uitvoerende macht altijd ruimte om invulling aan de wet te geven. Bestaande beperkingen kunnen immers ruimhartig worden uitgelegd. Zo kreeg Mauro geen verblijf

op grond van de discretionaire bevoegdheid, maar werd hem een verblijfsvergunning onder de beperking ‘studie’ verleend. Artikel 13, aanhef en onder c Vw biedt bovendien de mogelijkheid om verblijf in Nederland toe te staan als klemmende redenen van humanitaire aard hiertoe aanleiding geven. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan steeds toepassing dient te geven aan de regels van redelijkheid en billijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

7. Betreurenswaardig en hoop

Op basis van vorenstaande concludeer ik dat de combinatie van toepassing van het Kinderpardon en afschaffing van de discretionaire bevoegdheid een ongelukkige deal is. De ruimte voor maatwerk is door de huidige regelgeving ernstig beperkt. Niemand heeft nog een goede reden gevonden waarom deze discretionaire bevoegdheid de VVD zo’n doorn in het oog was. Was het soms de bedoeling dat er minder druk op de bewindspersoon kan worden uitgeoefend?

Dat nogmaals naar het Kinderpardon is gekeken, kan in alle redelijkheid niet als triomf of rechtvaardiging worden gegeven. Evenmin wordt de noodzaak voor afschaffing van artikel 3.4 lid 3 Vb gedragen door objectief en verifieerbaar onderzoek of door een adequate belangenafweging. Tenslotte roept de nieuwe regelgeving in hoger beroep in ieder geval vragen op over het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Feit is, dat we het sinds 1 mei 2019 zonder artikel 3.4., lid 3 Vb moeten doen. Er is momenteel nog te weinig duidelijkheid over de vraag in hoeverre dit al schrijnende consequenties heeft gehad. Het is echter betreurenswaardig en een verarming dat het vreemdelingenrecht het als enige lex specialis zonder een algemene discretionaire bevoegdheid moet doen. Mocht herinvoering van artikel 3.4., lid 3 Vb uitblijven, dan spreek ik de hoop uit dat de nieuwe bewindspersoon maatwerk zal kunnen leveren in de ruime uitleg van de bestaande beperkingen.

29 Artikel 13, aanhef en onder c Vw lijkt daartoe aangewezen. Dit artikel biedt de mogelijkheid om verblijf in Nederland toe te staan als klemmende redenen van humanitaire aard hiertoe aanleiding geven.

30 ‘Om het maatschappelijk belang. Advies over het betrekken van het lokale bestuur en de lokale gemeenschap bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid’, Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, februari 2011.

31 Verblifblog, Actueel migratierecht toegelicht, ‘Kun je de discretionaire bevoegdheid afschaffen?’, Martijn Stronks, 20 november 2018, www.verblifblog.nl.