

Ruim baan voor de repeat player

Kees Groenendijk

Gisteren meldden de kranten dat het hoger beroep bij de Raad van State in de zaak over de opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers was ingetrokken. Kennelijk zag hun advocaat liever dat de Centrale Raad van Beroep zich over de juridische betekenis van de uitspraak van het Europees Comité Sociale Rechten uitspreekt, nadat het Comité van Ministers van de Raad van Europa en de regering zich over de politieke betekenis van die uitspraak hadden uitgelaten. Wel viel hiermee een nieuw gat in het broze bed-bad-brood compromis van het Kabinet Rutte II, dat immers wilde wachten op deze uitspraak van de Afdeling.

Deze intrekking om een mogelijk ongunstig precedent te voorkomen, lijkt moeilijk te rijmen met de rechtssociologische theorie van Galanter die procespartijen onderscheidt in *repeat player* en *one shooters*. *Repeat players* hebben een aantal strategische voordelen. Zo kunnen ze besluiten een individuele zaak te verliezen om een uitspraak met mogelijk ongewenste precedentwerking te vermijden. In vreemdelingenwetzaken zijn vreemdelingen meestal *one shooters*. Slechts een minderheid van de asielzoekers doet een tweede asielaanvraag, maar zij blijven dan toch weer *one shooters*. De uitgeprocedeerden in Amsterdam werden, dankzij hun advocaat, *repeat players*. Zij konden kiezen welke (hoogste) rechter als eerste over de betekenis van de Europese uitspraak gaat oordelen. Ze zijn de uitzondering die de regel bevestigt.

De Staatssecretaris en zijn IND zijn typische *repeat players*. Zij kunnen ongewenste uitspraken voorkomen door alsnog een verblijfsvergunning of een visum te verlenen. Dat gebeurt nogal eens in zaken bij de Europese hoven, omdat hun uitspraken vergaande effecten kunnen hebben. Nationale rechters trokken hun prejudiciële vragen in aan het Hof van Justitie in: *Imran* (C-155/11PPU over de Wib en richtlijn 2003/86), *Ayalti* (C-513/12 over de Duitse taalttest bij gezinshereniging) en *Rajaby* (C-158/13 over Dublin III), nadat alsnog een visum of verblijfsvergunning was verleend.

Voor buitenstaanders komt dat soms als een schok: de uitvoerende macht kan zo een ongunstige uitspraak van de rechter voorkomen. Als het om de rechtmatigheid van een wettelijke regeling gaat, betekent dit vaak alleen uitstel. De onbeantwoorde vraag komt weer terug. Na schrapping van de zaak *Ayalti* stelde hetzelfde Verwaltungsgericht zijn vragen opnieuw. Het Hof gaf antwoord in het arrest *Dogan* (JV 2014/263). Drie jaar naschrapping van de zaak *Imran* door het Hof stelde de Afdeling soortgelijke vragen over de rechtmatigheid van het inburgeringsexamen in het buitenland in de zaak *K & A* (C-153/14). Als *repeat player* kan de overheid zo wel enige jaren tijdwinst boeken. Politiek is dat niet onbelangrijk.

Ook in Straatsburg doet zich dit verschijnsel voor. Boeles beschreef hoe in 2006-2009 in zes zaken alsnog een mvv werd verleend nadat het EHRM kritische vragen aan de Nederlandse regering had gesteld over individuele klachten (*A&MR* 2011:455). Deze gang van zaken illustreert dat rechters, vooral rechters hoger in de hiërarchie, twee functies vervullen: geschillenbeslechting en rechtsvorming. Die gaan niet altijd wrijvingsloos samen. Partijen hebben soms verschillende functies met hun rechtsstrijd op het oog. Ook rechters moeten soms kiezen tussen de beide taken. Op 19 maart 2015 besliste de Grand Chamber van het EHRM tot doorhaling van de zaak *SJ/België* (no. 70055/10) nadat aan de Nigeriaanse klaagster, een ernstige HIV-patiënte, en haar beide kinderen alsnog een verblijfsvergunning was verleend en als vergoeding voor immateriële schade €7.000 was betaald. Daardoor dreigde niet langer schending van het EVRM. De Portugese rechter Pinto de Albuquerque betoogde in een hartstochtelijke dissenting opinion dat de Grand Chamber deze klacht had moeten aangrijpen om terug te komen op zijn arrest over de uitzetting van ernstig zieke vreemdelingen in de zaak *N/VK*. Hij oordeelde dat voortzetting van de behandeling van de klacht op grond van art. 37(1) EVRM noodzakelijk was 'for the sake of decent protection of the human rights of seriously ill persons in Europe'. Zijn collega's zagen het Hof kennelijk primair als beslissers over individuele klachten en minder als een constitutioneel rechter. Die visie geeft overheden in verdragsstaten alle ruimte om hun strategische voordelen als *repeat players* in vreemdelingenzaken te benutten.