

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is an author's version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/200917>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-23 and may be subject to change.

De zitting in de zaak Howick en Lili

Kunstgrepen van de Vreemdelingenkamer van de Raad van State

mr dr Carolus Grütters

senior onderzoeker, Centrum voor Migratierecht, Radboud Universiteit Nijmegen

Intro

In het kader van het Kinderpardon heb ik de zaak Howick en Lili gevolgd en ik ben geschrokken van de wijze waarop de Vreemdelingenkamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) deze gevoelige zaak op zitting in hoger beroep heeft behandeld. Ik ben enerzijds verbaasd over de wijze waarop de ABRvS alle nog lopende zaken van deze kinderen 'aan zich trok'. Anderzijds ben ik geschokt door de ongelijke behandeling van partijen op de zitting en het gebrek aan onpartijdigheid.

Beide kinderen hebben inmiddels een verblijfsvergunning gekregen, maar dat doet niets af aan de verontrustende handelwijze van de ABRvS in deze zaak. Ik zal eerst kort de casus schetsen en vervolgens enkele kanttekeningen plaatsen bij de zitting.

De casus

De kinderen waren 2 en 3 jaar oud toen zij in mei 2008 met hun moeder Nederland inreisden. De asielaanvraag die hun moeder in 2009 indiende, werd eerst afgewezen, heroverwogen en nogmaals afgewezen. In 2010 laat de rechtbank die beslissing in stand en de ABRvS wijst het hoger beroep daartegen in 2011 af. Het asieltraject van moeder is daarmee na 3 jaar beëindigd. Ook de daarna ingediende aanvraag voor een reguliere vergunning voor verblijf en een vergunning in het kader van het ondergaan van een medische behandeling worden afgewezen.

Een aanvraag (in 2013) door de kinderen om in aanmerking te komen voor de overgangsregeling van het Kinderpardon wordt afgewezen omdat de kinderen op het relevante peilmoment nog geen 5 jaar in Nederland verblijven. Vervolgens wordt in 2014 ook de aanvraag voor verblijf op grond van de permanente variant van deze regeling afgewezen omdat de kinderen dan weliswaar lang genoeg in Nederland verblijven, maar niet hebben meegewerkt aan hun terugkeer naar Armenië. Als duidelijk wordt dat moeder met haar kinderen (inmiddels 11 en 12 jaar oud) in 2017 daadwerkelijk zal worden uitgezet, dient moeder een verzoek tot toekenning van uitstel van vertrek op grond van art 64 Vw (het medisch beletsel-artikel). Dat verzoek wordt afgewezen. Vervolgens maakt ze nog bezwaar tegen de aangekondigde uitzettingshandeling en dient ze een verzoek in voor een voorlopige voorziening om de uitzetting te verbieden hangende dat bezwaar. Als de Dienst Terugkeer en Vertrek moeder daadwerkelijk wil uitzetten, zijn de kinderen er niet: die zijn uit logeren. De vraag ligt dan voor of moeder mag worden uitgezet zonder haar kinderen. Op 11 augustus 2017 besluit de Voorzieningenrechter dat dit voor rekening en risico van de moeder is. Drie dagen later wordt moeder alleen, zonder haar kinderen uitgezet naar Armenië: een uitzetting zonder precedent.

De kinderen worden op diezelfde dag onder de voorlopige voogdij van Nidos gesteld. De Raad voor de Kinderbescherming verzoekt bij de kinderrechter een ondertoezichtstelling en een uithuisplaatsing. Dat verzoek wordt door de kinderrechter ingewilligd met als gevolg dat de kinderen onder toezicht van Nidos worden geplaatst en moeder - formeel - de voogdij weer terugkrijgt. In december 2017 wordt door moeder namens de kinderen een procedure gestart om een verblijfsvergunning te krijgen als minderjarige op 'tijdelijk humanitaire gronden' vanwege de kinderbeschermingsmaatregel. Ook dat verzoek alsmede het bezwaar

daartegen wordt afgewezen (in januari 2018). In het voorjaar van 2018 wordt nader onderzoek door Nidos en de Raad voor de Kinderbescherming gedaan op grond waarvan de kinderrechter besluit tot het verlengen van de maatregel (tot uithuisplaatsing). Tevens rapporteert de Raad voor de Kinderbescherming dat er onder de huidige omstandigheden een reëel risico bestaat dat de kinderen bij uitzetting respectievelijk terugkeer ernstig in hun ontwikkeling zullen worden bedreigd, omdat moeder (kort gezegd) niet in staat is om de zorg en opvoeding van de kinderen in Armenië op zich te nemen. Op 14 mei 2018 dienen de kinderen een zelfstandig asielverzoek.

Procedurele kunstgreep

Op dat moment zijn er dus twee procedures aanhangig: één voor een reguliere verblijfsvergunning vanwege een kinderschermingsmaatregel en één voor een verblijfsvergunning op grond van asiel. In de reguliere procedure is er een afwijzing van de aanvraag en een afwijzing van het bezwaar daartegen. Het beroep tegen die afwijzing in bezwaar is ingediend bij de rechtbank en gaat vergezeld van een verzoek voor een voorlopige voorziening om de uitspraak op het reguliere beroep in Nederland te mogen afwachten. Een zittingsdatum is dan nog niet bekend.

In de asielprocedure wordt het verzoek van de kinderen afgewezen, maar het beroep daartegen wordt door de rechtbank gegrond verklaard en het besluit van de staatssecretaris wordt vernietigd. De rechtbank preciseert nauwkeurig wat de staatssecretaris allemaal fout heeft gedaan en wat hij had moeten doen en dat hij uitdrukkelijk rekening had moeten houden met de 'best interests of the child': een begrip dat centraal staat in het jeugdrecht.¹

En dan gebeurt er iets vreemds. De ABRvS bericht telefonisch op vrijdag 3 augustus 2018 dat de Vreemdelingenkamer niet alleen het hoger beroep in de asielzaak zal behandelen, maar ook de voorlopige voorziening behorende bij het beroep in de reguliere zaak. Dat is een zaak die nog door de rechtbank moet worden beoordeeld en waarvoor op dinsdag 31 juli nog door de rechtbank een uitnodiging voor zitting in beroep was verstuurd. Verbazing bij de betrokken advocaten. De ABRvS meldt dat zij 'de zaak aan zich trekt'. Maar op welke grondslag berust deze bevoegdheid? Mag dat wel nu er sprake is van twee verschillende zaken? In de Algemene Wet bestuursrecht en de Vreemdelingenwet is daarover niets te vinden. Dat wringt des te meer omdat in dit geval een instantie (i.c. de rechtbank) wordt overgeslagen. Bij aanvang van de zitting wordt daar door de raadslieden van de kinderen nog op gewezen, maar de voorzitter verwijst slechts naar de uitspraak die spoedig zal volgen waarin het zal worden uitgelegd.

In de uitspraak, die de Vreemdelingenkamer van de ABRvS op 24 augustus 2018 doet, beargumenteert de ABRvS de bevoegdheid om de zaak 'aan zich te trekken' door naar een eerdere uitspraak van zichzelf te verwijzen:

"De afwijzing van de asielaanvragen heeft ingevolge art. 45 Vw van rechtswege tot gevolg dat vreemdelingen uitzetbaar zijn. Nu het verzoek [bedoeld wordt de vovo] is ingediend ter voorkoming van de uitzetting, is de voorzieningenrechter van de Afdeling, gelet op de uitspraak van de Afdeling van 21 februari 2013 ECLI:NL:RVS:2013:BZ2788, bij uitsluiting bevoegd om het bij de voorzieningenrechter van de rechtbank ingediende verzoek in behandeling te nemen. Het is namelijk niet wenselijk dat twee verschillende

¹ Zie voor een toelichting op de uitspraak van de rechtbank (Rb Den Haag zp Utrecht 19 juli 2018, AWB 18/4807 en 18/4808): Grütters, C. & C. Van Os, 'Uitspraak uitgelicht - Het belang van het kind is ver te zoeken', *Asiel & Migrantenrecht*, 2018/8, p. 384-387.

rechters op hetzelfde moment bevoegd zijn te oordelen over de vraag of de vreemdelingen kunnen worden uitgezet”.²

In de genoemde uitspraak uit 2013 staan twee argumenten. Ten eerste wordt er verwezen naar de bedoeling van de wetgever dat de rechtsbescherming in vreemdelingenzaken bij uitsluiting is opgedragen aan de bestuursrechter. Dat is begrijpelijk: het is niet de bedoeling dat de burgerlijke rechter als restrechter kan worden ingeschakeld naast de bestuursrechter in vreemdelingenzaken. Maar dat is hier niet aan de orde: in beide zaken is de bestuursrechter ingeschakeld.

Ten tweede oordeelde de ABRvS in 2013 dat er vanuit een oogpunt van concentratie van rechtsbescherming geen plaats is voor zowel een bezwaar tegen een dreigende feitelijke handeling in de vorm van uitzetting, en een verzoek om een voorlopige voorziening ter voorkoming van uitzetting. Ook dat is begrijpelijk. De strekking van deze redenering is van proceseconomische aard: een en dezelfde handeling, in casu een dreigende uitzetting in dezelfde procedure, moet niet bij verschillende loketten worden aangekaart.³

Maar is dat hier het geval? Moeten de rechters (zowel de rechtbank als de ABRvS) over dezelfde vraag oordelen, te weten: kunnen de vreemdelingen worden uitgezet? Volgens mij niet. Het reguliere verzoek betreft een reguliere verblijfsvergunning op humanitaire gronden vanwege het verblijf als minderjarige aan wie een kinderbeschermingsmaatregel door de kinderrechter is opgelegd. Dat verzoek is in het stadium van beroep en de ‘bijbehorende voorlopige voorziening’ beoogt de behandeling van die zaak in Nederland te mogen afwachten. De Vreemdelingenkamer van de ABRvS herformuleert dit als een verzoek ter voorkoming van uitzetting.

Maar het asielverzoek dan? Dat gaat primair om de vraag of iemand bescherming nodig heeft. Daarover oordeelt de Vreemdelingenkamer van de ABRvS dat een asielverzoek ook kan worden afgewezen en “ingevolge art 45 Vw van rechtswege tot gevolg heeft dat de vreemdelingen uitzetbaar zijn”. Dat is niet geheel juist. Art. 45 Vw regelt inderdaad de gevolgen die van rechtswege optreden indien een asielverzoek wordt afgewezen. De afwijzing van een asielverzoek betekent dan dat dit ook geldt als een terugkeerbesluit (art 45 Vw). De vreemdeling dient dan Nederland te verlaten en als dat niet binnen een gestelde termijn gebeurt kan hij worden uitgezet. Dus alleen als aan al deze voorwaarden is voldaan, zijn de vreemdelingen uitzetbaar.

Dat is echter hier niet het geval: (a) het asielverzoek is weliswaar afgewezen, maar in beroep is die beschikking van de staatssecretaris vernietigd; (b) er ligt derhalve ook geen terugkeerbesluit, maar vooralsnog alleen een opdracht van de bestuursrechter in beroep aan de staatssecretaris om een nieuwe beslissing te nemen op het asielverzoek; (c) het instellen van hoger beroep maakt dat niet anders; (d) zonder terugkeerbesluit is er geen vertrekplicht en ook al zou die kunnen ontstaan door het gegrond verklaren van het hoger beroep, dan ontstaat die vertrekplicht pas *na* de uitspraak en niet *daarvoor*.

Kortom, er is geen sprake van een soortgelijke situatie als in 2013 en daarmee heeft de Vreemdelingenkamer van de ABRvS op onjuiste gronden geoordeeld dat het de behandeling van de voorlopige voorziening behorende bij het reguliere beroep ‘aan zich

² ABRvS 24 augustus 2018, 201806403/1/V3, punt 2.1.

³ ABRvS 21 februari 2013, 201103977/1/V1, punt 1.1 en 1.2. De bevoegdheid om een zaak “aan zich te trekken” is niet in de wet geregeld. Soortgelijke proceseconomische overwegingen liggen ten grondslag aan het ‘kortsluiten’ en ‘doorpakken’ in vreemdelingenzaken: dat is echter in deze casus niet aan de orde.

mocht trekken' om tegelijkertijd en in dezelfde zitting met het hoger beroep in de asielzaak te behandelen.

De Vreemdelingenkamer van de ABRvS kwalificeert deze aanpak zelf als 'wenselijk'. Vanuit het standpunt van de staatssecretaris kan dat zeer wel worden verdedigd: het moet nu eens een keer afgelopen zijn met die eindeloze reeks van verzoeken om een verblijfsvergunning: wegwezen! Het probleem is echter dat de Vreemdelingenkamer niet het verlengstuk is van de staatssecretaris, maar de hoogste bestuursrechter in vreemdelingenzaken. In die positie is het de taak van de Vreemdelingenkamer van de ABRvS om te oordelen wat rechtmatig is en om het geschil tussen de overheid en de vreemdeling te beslechten, binnen de kaders van het vreemdelingenrecht en dat betekent dat rekening moet worden gehouden met het internationale recht (vluchtelingenverdrag, IVRK en het EVRM), het Unierecht (het Handvest en de relevante verordeningen en richtlijnen) en, voor zover er dan nog enige ruimte resteert, met het nationale recht. In geen van die verzamelingen van regels staat dat de hoogste bestuursrechter een zaak 'aan zich kan trekken' omdat dit *wenselijk* is.⁴

De zitting

De Vreemdelingenkamer van de ABRvS had zich naar mijn mening moeten beperken tot het hoger beroep in de asielzaak. En daarin had het moeten gaan om de vraag of de beroepsgronden van de staatssecretaris tegen de uitspraak van de rechtbank in het asielberoep gegrond zijn of niet. Uitgangspunt voor de Vreemdelingenkamer van de ABRvS in hoger beroep is dan de uitspraak in beroep van de rechtbank. Op de zitting van de Vreemdelingenkamer van de ABRvS op 13 augustus 2018 gebeurde echter iets anders. Ik was erbij en heb het volgende kunnen constateren.

Allereerst was er sprake van een ongelijke toedeling van spreektijd aan partijen. Nadat de voorzitter zichzelf had voorgesteld en enkele processuele hobbels waren gepasseerd, kreeg de eisende partij het woord. Dat was in dit geval de landsadvocaat namens de staatssecretaris. Nadat de landsadvocaat ruimschoots de tijd had gekregen om haar pleitnotitie voor te lezen, kreeg een van beide raadslieden van de vreemdelingen het woord om haar verweer te presenteren. De raadvrouw begon haar verweer uiteen te zetten maar werd al na korte tijd onderbroken door de voorzitter met de mededeling: 'U kunt er vanop aan dat wij alle stukken gelezen hebben. Wilt u afronden?'. Je kon een zucht van verbijstering door de zaal horen gaan. Waarom moest de raadvrouw al zo snel haar woord weer inleveren? Had de voorzitter niet exact dezelfde opmerking kunnen maken richting de landsadvocaat? Los van de overweging dat het welhaast vanzelfsprekend is dat staatsraden kennis hebben genomen van alle stukken uit het dossier, is het toch juist de bedoeling van een behandeling ter zitting om partijen in de gelegenheid te stellen hun argumenten in persoon naar voren te brengen. Het afbreken van iemands openingsbetog is in ieder geval niet in overeenstemming met de *Professionele standaarden van de bestuursrechter*. Zie onder meer artikel 2.4(2): "Het is de taak van de bestuursrechter om te bevorderen dat de kwaliteit van het proces rondom de zitting gewaarborgd is en het proces effectief verloopt. Hij bewaakt het recht van hoor en wederhoor en van een goede procesorde", en art. 2.5(4): "De bestuursrechter communiceert op een voor partijen begrijpelijke wijze en zorgt ervoor dat partijen de mogelijkheid krijgen hun standpunt toe te lichten".⁵

⁴ Ook het Procesreglement Bestuursrecht 2017 vermeldt daaromtrent niets.

⁵ *Professionele standaarden van de bestuursrechter bij de rechtbanken*, vastgesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht (LOVB), 2017.

Hierna kreeg de rapporterende staatsraad het woord. Hij ging iets verzitten en leunde over de tafel alsof hij iets dichterbij de raadslieden van de kinderen wilde komen. Vervolgens sprak hij retorisch: ‘mijnheer de advocaat u meent toch niet echt dat ...’ en daarop volgden de conclusies van de rechtbank die kennelijk door deze staatsraad als volstrekt onjuist waren gekwalificeerd. Ik weet niet of dit staande praktijk is, maar ik vond het schokkend. Als op een dergelijke wijze aan het begin van een zitting duidelijk wordt gemaakt dat de rapporterende staatsraad het volstrekt oneens is met het oordeel van de rechtbank, dan is er iets mis. Althans, dan is er sprake van overtreding van het allerhoogste gebod voor rechters: wees onpartijdig.

Schokkender nog vond ik de wijze waarop met de aanwezige vertegenwoordigers van Nidos, Defence for Children en de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK) werd omgegaan. Vooral de vertegenwoordiger van de RvdK werd aan een soort van kruisverhoor onderworpen. Zij verweerde zich dapper en hield stand terwijl de staatsraad geen blijk gaf van kennis van het jeugdrecht. De staatsraad wilde kennelijk bevestigd zien dat het terugsturen van de kinderen naar hun moeder in Armenië per definitie een onzekere gebeurtenis is omdat het in de toekomst ligt en dat derhalve de beschikbaarheid van hulp en de aanwezigheid van moeder voldoende was om de kinderen te kunnen terugsturen naar Armenië. De vertegenwoordiger van de RvdK antwoordde daarop: “Wij plaatsen kinderen niet terug op goed geluk. We moeten zekerheden hebben”.

De staatsraad had daar kennelijk weinig mee op. In de uitspraak - die parallel loopt met de behandeling van onderwerpen ter zitting - staat uiteindelijk (in punt 6) de volgende overweging: “De problemen die zich volgens de vreemdelingen zullen voordoen omdat niet is voldaan aan de door de RvdK gestelde terugkeervoorwaarden, [zijn] niet van dien aard dat die raken aan ernstige schade als bedoeld in art. 29(1)(b) Vw”. En daarop volgt de uitsmijter: “De schade die de vreemdelingen stellen te zullen lijden, wordt immers niet veroorzaakt door de Armeense staat of één van de andere actoren van ernstige schade als bedoeld in artikel 6 van de Kwalificatierichtlijn”.⁶

Tijdens de zitting gaf de staatsraad ook al blijk van een bijzondere opvatting van de betekenis van art 29(1)(b) Vw. In dat artikeldeel staat dat een vreemdeling een asielvergunning wordt verleend indien “die aannemelijk heeft gemaakt dat hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt op ernstige schade, bestaande uit (...) onmenselijke of vernederende behandelingen (...)”. Maar zoals Spijkerboer uitlegt in zijn noot is de verwijzing naar “actoren van ernstige schade” en de vermeende betekenis van art. 6 Kwalificatierichtlijn misplaatst: “de uitspraak van de Afdeling is hier dus in strijd met Nederlandse en Europese wetgeving”.⁷

Conclusie

De vrij onverwachte verstreking van een verblijfsvergunning aan beide kinderen door de staatssecretaris twee weken nadat de ABRvS het groene licht had gegeven voor een eventuele uitzetting van de kinderen, leidde tot allerlei reacties. Blijdschap bij de kinderen en tegelijkertijd verwondering bij velen over de precieze beweegredenen van de staatssecretaris om gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid, vooral omdat de staatssecretaris tot op heden geweigerd heeft om de gronden van zijn beslissing inzichtelijk te maken.

⁶ Punt 6.10 van de uitspraak.

⁷ ABRvS 24 augustus 2018, 201806190/1/V3, JV 2018/163 met noot van Spijkerboer.

Dat laat echter onverlet dat de behandeling ter zitting door deze Vreemdelingenkamer van de ABRvS niet getuigde van rechterlijke onpartijdigheid. En dan resteert de vraag of dit een incident is of structureel.

=.=