



### Voorbeelden van onevenredige hardheid uit uitspraken van de ABRvS

Naar aanleiding van de toeslagenaffaire is de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) een intern reflectieprogramma gestart.

In dit kader schreef Bart Jan van Ettekovén, voorzitter van de ABRvS: “De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is naar aanleiding van het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvang (‘Ongekend Onrecht’) een intern reflectieprogramma gestart. Vandaag betrekken we – met dank aan de NOVA en het Advocatenblad - de balie bij de reflectie. Doel is het verkrijgen van een zo compleet mogelijk beeld van categorieën zaken waarin (toepassing van de) regelgeving en uitvoeringspraktijk onevenredig hard uitpakt. Ervaart u als advocaat in zaken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak bevoegd is knellende wetgeving of uitvoering binnen het omgevingsrecht, het vreemdelingenrecht en het algemene bestuursrecht? Meld het ons dan. Het liefst zo precies mogelijk. En als de hardheid blijkt uit uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, dan is het verzoek daarvan een of meer voorbeelden van te noemen, onder vermelding van datum en ECLI-nummer van de uitspraak of uitspraken.”

De NOVA heeft het voornemen opgevat voorbeelden aan te leveren van dergelijke uitspraken en haar adviescommissies verzocht input te leveren. Vanwege het diverse karakter was het evenwel niet mogelijk die te bundelen. Daarom wordt de input van de Adviescommissie Vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten namens de leden van de Commissie als eigenstandig stuk aangeleverd om in de reflectie te worden meegenomen.



In het vreemdelingenrecht wordt de jurisprudentie van de Afdeling over de gehele linie als knellend ervaren en als vooral gericht op het beperken van de rechten die vreemdelingen menen te mogen ontleen aan verdragen, wetten en lagere regelgeving. Wanneer het bv beter uitkomt voor de Staatssecretaris om de datum van een aanvraag asiel bij het formele ondertekenen van een formulier te leggen, wordt dat door de ABRvS ook zo gezien, maar zodra dit met het oog op de Europese regelgeving over vreemdelingenbewaring/grensdetentie een probleem wordt, dan schakelen de Staatssecretaris en de ABRvS even zo gemakkelijk terug naar de opvatting dat een asielaanvraag wordt gedaan op het moment dat de vreemdeling duidelijk maakt (op welke wijze dan ook) prijs te stellen op internationale bescherming tegen daden van vervolging of risico op een behandeling in strijd met het EVRM.

Veel regels worden nog altijd formalistisch door de ABRvS uitgelegd, zonder dat gekeken wordt naar waarvoor en voor wie die regels nu eigenlijk bedoeld zijn. De letterlijke tekst telt. Althans... vooral wanneer de vreemdeling daarmee aanspraken kunnen worden ontzegd. De gevallen waarin een formalistische benadering in het nadeel van de Staatssecretaris werkt komen vele malen minder voor. Dat is tenminste de indruk die in de balie leeft. De advocatuur zou het toejuichen wanneer vaker door de papieren werkelijkheid heen wordt gekeken en er serieus rekening mee wordt gehouden dat het gaat



om mensen van vlees en bloed, om mensen die (meestal) niet in Nederland geboren zijn, mogelijk onder andere systemen hebben moeten leven, waarin niet alles zo ordelijk vast ligt als de ABRvS kennelijk aanneemt dat de wereld in elkaar steekt, die niet altijd alles op voorhand hebben kunnen plannen, maar moesten roeien met de riemen die ze hadden. Overigens geldt ook voor de Nederlandse maatschappij, dat die minder eenvormig is dan de ABRvS lijkt te vermenen. Het gaat vaak om mensen die tegenslagen hebben gehad, en er nu nog het beste van proberen te maken. En altijd om mensen voor wie het belang van de zaak gróót is; het gaat in de meeste gevallen om de grond van hun bestaan, en de mogelijkheid tot zelfexpressie in dit leven.

Er zou meer maatwerk geleverd moeten worden, en er zou meer naar de ratio van regelgeving moeten worden gekeken, vooral van verdragsverplichtingen zoals die welke in het IVRK en het EVRM zijn neergelegd. Die hebben de strekking dat de burger tot zijn recht moet komen en dat het kind de kans moet krijgen zich onder gunstige voorwaarden te ontwikkelen, dat mensen in staat moeten worden gesteld gezinsleven uit te oefenen etc. In de jurisprudentie van de ABRvS heeft het er de schijn van, dat de ABRvS niet erg doordrongen is van de wens om die doelen na te streven. Hooguit worden de artikelen beschouwd als grenzen aan een tegengesteld streven. Dat kan anders!

Hieronder wordt een kleine selectie zaken aangedragen waarin de voorgestelde oriëntatie duidelijk niet de oriëntatie van de Afdeling is geweest. De voorbeelden zouden nog met vele andere aangevuld kunnen worden.

**Zaaknr. 202004819/1/V1 (“TOESTEMMING VRAGEN AAN VERKRACHTER”)**

Casus: het betreft een aanvraag voor nareis asiel van een minderjarige dochter.

Moeder is verkracht door haar oom en hieruit is dochter geboren. Verkrachting is in de asielaanvraag geloofwaardig bevonden. Moeder is alleenstaand, dus er is geen ander die ouderlijk gezag heeft.

Niettemin verlangt de IND in de zaak een toestemmingsverklaring van de oom.

Deze wil ze en kan ze niet geven.

Hoger beroep bij de ABRvS ongegrond met verwijzing naar ECLI:NL:RVS:2020:1000

**Zaaknr. 201908311/1/V1 (“GETRAUMATISEERDE UITGEHUWELIJKTE DOCHTER”)**

Dochter (15 jaar) is in Nederland, maar wordt uitgehuwelijkt aan een man in Irak.

Moeder wil deze informatie vanwege slechte psychische situatie van dochter niet aan haar vertellen. Dit is aan de IND medegedeeld, maar de IND gaat toch vragen stellen hierover.

De dochter raakt hierdoor totaal overstuurd en doet kort na het gehoor een zelfmoordpoging.

Er wordt door het COA allerlei hulpverlening rond het gezin opgestart behalve psychologische behandeling.

De asielaanvraag wordt afgewezen omdat er geen origineel document voor handen was. Wel whatsappjes met kopie van de huwelijksakte en vele bedreigingen en Logboeknotities van COA dat de zoon overstuurd bij het COA komt en vraagt hoe hij dit aan zijn moeder moet vertellen.



Afdoening bij de ABRvS ogv artikel 91

Het is natuurlijk een heel specifieke zaak, maar wat stoort is dat niemand oplossingsgericht naar de zaak wil kijken en de schrijnendheid hierdoor voortduurt.

Inmiddels zijn er nieuwe documenten, maar wil de dochter vanwege de traumatische ervaring bij de vorige aanvraag absoluut niet nog een keer gehoord worden door de IND.

In deze zaak is een klacht ingediend bij de kinderombudsman.

**Zaaknummer: 201901219/1/V2 (“DOOFGEBORENE KWALIK NEMEN DAT HIJ ZIJN NAAM EN FAMILIEGESCHIEDENIS NOOIT GEHOORD HEEFT; MISINFORMATIE STAATSSECRETARIS WEGPOETSEN”)**

De vreemdeling is van kindsbeen af doof, en heeft in Iraakse een leven gehad waarbij hij voor achterlijk is versleten en waarbij slechts zeer rudimentair met hem gecommuniceerd werd. In zijn eerste aanvraag heeft hij daardoor hoegenaamd geen informatie kunnen geven over het land van herkomst. Nadat de vreemdeling na de afwijzing van de aanvraag door leden van de kerk is opgevangen en men de moeite heeft genomen hem Nederlandse Gebarentaal te leren (waardoor hij naar eigen zeggen opnieuw geboren werd, maar nu als mens), kon hij die informatie wél geven. Intussen bleek ook, dat de Staatssecretaris zich op volstrekt verkeerde informatie had gebaseerd met betrekking tot de omgeving waarin de vreemdeling was geboren (er zou bijvoorbeeld een stuwdam te zien zijn geweest, die daar helemaal niet was). Intussen heeft cliënt zich ook bekeerd tot het christendom, en participeert ook aantoonbaar in de kerk, waar hij zich helemaal thuis voelt. Dat biedt voldoende grond voor een hasa.

De aanvraag wordt afgewezen, omdat de vreemdeling zijn identiteit niet kan bewijzen. Er wordt geen rekening mee gehouden, dat hij analfabeet is, dat hij zijn eigen naam nog nooit heeft horen uitspreken, dat hij nog nooit heeft gehoord wat zijn geboortedatum zou zijn omdat er in Irak nooit op dat niveau met hem is gecommuniceerd, dat hij niks over zijn vroege jeugd weet omdat het hem nooit verteld is, en dat hij ook helemaal niet weet wie er nog van zijn familie in leven zou kunnen zijn, omdat hij slechts heeft begrepen wie zijn huisgenoten waren, maar niet wie de mensen waren die op bezoek kwamen en wei van die personen al dan niet familie zouden kunnen zijn. Wat er in de eerste procedure aan informatie is verstrekt over de identiteit is vooral afkomstig geweest van zijn broer die eveneens gevlucht is, maar die in zijn dove broer vooral een blok aan het been zag en hem in Nederland heeft verlaten. In de tweede procedure kon de vreemdeling daarom niets zinnigs extra te berde brengen. Wel heeft de vreemdeling een uitstekend visueel geheugen, en kan hij informatie verstrekken over de omgeving waar hij vandaan kwam en bijvoorbeeld ook het juiste Iraakse paspoort in de juiste tijd aanwijzen.

Uitvoerige onderbouwing van de beroepsgronden met verwijzing naar verdragen en richtlijnen die niet vaak worden genoemd. Afdoening kennelijk ongegrond. Klacht bij het EHRM niet ontvankelijk, omdat de IND niet van plan is om cliënt uit te zetten (hoe zouden ze ook kunnen, als ze stellen niet te weten waar cliënt vandaan komt?). Cliënt moet zonder opvang in de marge van de illegaliteit maar zien te overleven. Zeer onbevredigende situatie die nog steeds voortduurt. De zaak schréúwt om een herziening.



**Zaaknummer: 201806816/1/V1 ("HOGE LAT VOOR DOCUMENTEN VAN ONTHEEMDEN OP DRIFT")**

Dit is een zaak zoals er vele zijn van ontheemden uit Ethiopië of Eritrea.

Bij zulke ontheemden is het vaak "redde wie zich redden kan", en worden kinderen achtergelaten of als tijdelijke oplossing ondergebracht bij derden. Originelen van officiële geboorteakten of huwelijksakte een zijn niet zaken mensen bij hun vertrek aan denken. Bovendien is in het dagelijks leven in Ethiopië of Eritrea vaak voor de mensen zelf een stuk van de kerk veel belangrijker dan een stuk van de Staat die malfunctioneert/er niet voor hen is. Wanneer vervolgens iemand een veilig land heeft bereikt, is gezinshereniging bijzonder moeilijk.

DNA-onderzoek zou uitkomst kunnen bieden maar bewijsnood wordt pas in een heel laat stadium aangenomen. Probleem daarbij is bovendien, dat de IND amper rekening wenst te houden met analfabetisme én dat ze geen filmpjes in ontvangst willen nemen van analfabeten die een kruisje zetten waar de IND een handtekening zou willen zien. Op een filmpje zou zo iemand een verklaring kunnen geven, en dan zou er ook ingezoomd kunnen worden op aanwezige documenten. In deze zaak was geprobeerd om door middel van foto's van een verzorgend familielid in een opvangkamp in Afrika te bewijzen, dat het kruisje op de toestemmingsverklaring echt door de desbetreffende persoon werd gezet, maar de IND weigerde dat te aanvaarden, omdat op de ID-kaart die de persoon op de foto toonde geen pasfoto te zien was die vergeleken kon worden met het gezicht van degene die de ID-kaart vasthield. Daar kon de vreemdeling niets aan doen, want die ID-kaarten worden nu eenmaal zonder pasfoto uitgegeven. Ten aanzien van een ander kind van deze vreemdeling, dat was geboren in Israël (waar zijn tweede vrouw was gestrand) golden weer andere problemen, omdat de moeder de naam van de vader niet correct had kunnen opschrijven in het Hebreeuws. Daardoor stond volgens de IND niet voldoende vast dat de vreemdeling de vader was, ondanks alle overige berichten over en weer tussen de vreemdeling hier en zijn nieuwe vrouw in Israël. De hoge lat die werd aangelegd werd verdedigd op grond van het feit dat voorkomen moest worden dat artikel 1F geschonden zou kunnen worden, nota bene in een geval waarin werd gevraagd om de overkomst van een baby van één jaar!

Er waren uiteindelijk veel meer documenten originele overgelegd dan was aangenomen, en bovendien was een aantal daarvan uit Israël en niet uit Eritrea, zodat het beleid ten aanzien van Eritrea documenten daarop niet van toepassing had mogen worden verklaard. Niettemin werd het hoger beroep kennelijk niet ontvankelijk verklaard.

de bestuurlijke boete in stand. Dit is voor grote- en kleine bedrijven niet uit te leggen.

**Zaaknummer: 201903068/1/V1 ("MEER RECHTEN BETEKENT MINDER RECHTEN")**

In deze zaak gaat het over de vraag of iemand die asiel heeft gehad, en daarna is genaturaliseerd nog in aanmerking komt voor het gunstige beleid dat is ontworpen voor asielzoekers.



Naar de ratio zou ieder weldenkend mens aannemen, dat als er voor een bepaalde groep mensen beleid is gemaakt, omdat zij een bijzondere achtergrond hebben, dat beleid ook op die mensen van toepassing op blijven, als zij formeel gesproken geen statushouder meer zijn, maar intussen genaturaliseerd tot Nederlander. De afdeling oordeelt hier echter formalistisch: nu in het beleid staat dat het moet gaan om iemand die statushouder is, heeft de tot Nederlander genaturaliseerde statushouder pech. Die is geen statushouder meer.

Men zou denken, dat wanneer iemand meer integreert, en zelfs zodanig meer integreert, dat het Nederlandschap wordt vergund, de rechten van die persoon toenemen. De Afdeling besliste anders.

Een en ander zou nog begrijpelijk zijn, als het gaat om een kwetsbaarheid die verminderd is door de verdere integratie, maar daar ging het beleid in deze zaak niet over.

[ECLI:NL:RVS:2019:3697](#)

#### **Zaaknummer: DIVERS (“WAV-BOETES”)**

Nog te vaak worden met toestemming van de rechtbanken en ABRvS veel te hoge bestuurlijke boetes opgelegd door de Inspectie SZW voor overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen. Daarbij speelt het ruime werkgeversbegrip, waardoor meerdere bedrijven met torenhoge boetes te maken kunnen krijgen zonder dat zij dit redelijkerwijs voorzagen. Maar ook als een vreemdeling maar 1x arbeid heeft verricht, is de werkgever de klos met een boete van € 8000 per vreemdeling.

De evenredigheid is vaak zoek. Dit terwijl artikel 5:41 Awb bepaalt dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. Daarnaast bepaalt artikel 5:46, tweede lid Awb duidelijk dat in ieder individueel geval de bestuurlijke boete moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Verder moet zo nodig rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ook al heb je als advocaat een sterk betoog dat een onderneming niet- of minder verwijtbaar heeft gehandeld, de ernst van de overtreding gering is, dan nog blijft te vaak (de hoogte) van



Hieronder volgen nog twee zaken welke betrekking hebben op de positie van de ABRvS als hoogste rechter in vreemdelingenzaken waarbij ook het rechtseenheid bevorderende aspect aan de orde is.

De advocatuur vindt het bijzonder frustrerend, dat veel zaken zonder motivering worden afgedaan. De advocatuur wéét, dat de ABRvS ongemotiveerd mag afdoen in het gros van de zaken die aan haar worden voorgelegd, maar het is voor de advocatuur zeer frustrerend om niet te mogen vernemen waarom grieven tegen een aangevallen uitspraak terzijde worden geschoven. Voor de rechtzoekende zelf is het zelfs kafkaesk. Voor de samenleving als geheel is het slecht, want het neemt een belangrijk



kwaliteitsbevorderend instrument weg dat als belangrijk goed is neergelegd in de Awb: de motiveringsplicht voor de rechter. Die motiveringsplicht leidt tot beter overwogen beslissingen en vormt tevens een middel dat een zekere mate van controle op de rechtspraak geeft. Die controle versterkt de legitimiteit van de jurisprudentie en onderbouwt het gezag dat van het hoogste rechtscollege uitgaat. Door ruim gebruik te maken van haar bevoegdheid om dit kwaliteitsbevorderend middel van de motivering van uitspraken NIET toe te passen, ondergraaft de ABRvS haar eigen gezag. Dat wordt met twee voorbeelden geïllustreerd.

**Zaaknummer: 201803597/1/V3 (“TWEE VRIJWEL IDENTIEKE CASUSSEN VERSCHILLEND UITGELEGD”)**

In 2018 kreeg een van onze advocaten van de Rechtbank Den Haag kort na elkaar uitspraak in twee vrijwel identieke zaken.

Het betrof in beide gevallen een aanvraag voor een verblijfsvergunning ogv een huwelijk nadat de relatie eerder als schijnrelatie was aangemerkt. In beide zaken speelde de vraag of de IND na het huwelijk zich een nieuw oordeel over de relatie diende te vormen.

Zaak 1: Rb verklaart het beroep ongegrond - vreemdeling in hoger beroep 201803597/1/V3

Zaak 2: Rb verklaart het beroep gegrond - Stas in hoger beroep 201803540/1/V3

In beide zaken volgt een kennelijk ongegrond verklaring. Dat valt niet aan de rechtzoekende uit te leggen, vooral omdat de rechtseenheid hier in het geding blijkt t te zijn. De centrale vraag werd op twee manieren beantwoord, en de ABRvS liet na daarin eenheid te brengen.

**Zaak 201608452/2/V1 en 201608452/1/V1 (“ABRvS SCHIET ZICHZELF IN DE VOET”)**

Bij advocaten bestaat de stellige indruk, dat de Raad van State anders omgaat met hoge beroepen en verzoeken om een voorlopige voorziening van de staatssecretaris dan wanneer deze afkomstig zijn van vreemdelingen. Vooral bij voorlopige voorzieningen trekt u de aandacht, dat wanneer de Staatssecretaris daarom verzoekt, deze vrijwel standaard worden toegewezen.

In deze specifieke zaak werd dat beeld bevestigd.

De rechtbank Den Haag ging vlak voordat deze zaak werd behandeld ‘om’ en besloot om voortaan de lijn te volgen die de ABRvS had voorgeschreven met betrekking tot de te volgen procedures bij het instellen van een rechtsmiddel tegen een inreisverbod. De advocaat (sic!) van de IND had na ontvangst van een uitnodiging voor een zitting daarover nog van tevoren gebeld, maar de rechter zag kennelijk pas op de dag van de zitting, dat de Vreemdelingenkamer Den Haag zich in dit soort zaken niet meer bevoegd achtte, zodat de uitnodiging niet meer kon worden ingetrokken. De zitting duurde kort; de zaak werd onder verwijzing naar de Afdelingslijn niet inhoudelijk behandeld. De advocaat van de IND was vervolgens zo nijdig dat hij voor niks was gekomen, dat hij uit frustratie hoger beroep liet instellen van de uitspraak, en ook een verzoek om een vovo. De advocaat van de vreemdeling (die de advocaat van de IND goed kende) vond het allemaal wel amusant. Hij verwachtte niet, dat de Raad van State het oor naar deze rechtsmiddelen zou laten hangen, omdat de Rechtbank Den Haag nu juist precies had



gedaan, wat de ABRvS als rechtens juist had voorgeschreven. Tot stomme verbazing van de advocaat van de vreemdeling werd het verzoek om een voorlopige voorziening niettemin zonder zitting toegewezen! Motivering: "Gelet op hetgeen in het hoger beroepschrift is aangevoerd, valt niet uit te sluiten dat de aangevallen uitspraak niet in stand zal blijven." Dat was hilarisch! Want in het hoger beroepschrift werd nu juist opgekomen tegen het oordeel van de Rechtbank dat zij voortaan de lijn van de Afdeling zou volgen. Het behoeft geen betoog, dat de advocaat van de vreemdeling zeer benieuwd was naar de behandeling van het hoger beroep. De advocaat van de vreemdeling kon intussen niet anders dan ervan uitgaan, dat de uitspraak op het verzoek moest zijn geschreven zonder dat de staatsraad überhaupt het dossier had ingekeken van het hoger beroep. Want als de staatsraad echt had gekeken naar hetgeen in het hoger beroepschrift was aangevoerd, dan had hij onmiddellijk moeten uitsluiten dat de aangevallen uitspraak zou kunnen worden vernietigd. En inderdaad: de uitspraak in het hoger beroep was uiteindelijk, dat de aangevallen uitspraak in stand bleef. Overigens ook weer zonder zitting en zonder motivering.

Een dergelijke uitspraak bevordert niet het gezag dat een hoogste rechtscollege behoort toe te komen.  
Hoe

Het was chique geweest, als bij de uitspraak in het hoger beroep alsnog een proceskostenvergoeding voor de rechtsbijstand in de procedure van het verzoek om een vovo was gegeven. Want daar had de advocaat van de vreemdeling er al in zijn verweerschrift op gewezen, dat de uitspraak van de rechtbank perfect in lijn was met de lijn van de Afdeling. Maar die toegift zat er helaas niet in.



Tot zover de input van de Adviescommissie Vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten voor het reflectieprogramma van de Raad van State. Wij hopen dat deze materie met toelichting bruikbaar is om zijn vruchten af te kunnen werpen in het proces.

Namens de leden van de Adviescommissie Vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten,

Patricia Scholtes  
Jos Hemelaar  
Linda Straver  
Bennie Werink  
Barbara Wegelin  
Jarinde Temminck  
Michael Yap  
Nienke Brands

Leiden, 15 oktober 2021