

Liever wat minder rechtsgelijkheid aan de randen van de pardonregeling?

Gelijke schrijnende gevallen

Recent is voor de rechter een beroep gedaan op minuten van beschikkingen waarin de staatssecretaris afweek van het Kinderpardon – en op grond van schrijnende omstandigheden alsnog een vergunning verleende. Zou het vreemdelingenrecht misschien gediend zijn met wat minder rechtsgelijkheid, bij de uitoefening van die discretionaire bevoegdheid? Karen Geertsema betwijfelt het, gezien het relatief groot aantal discretionair verleende vergunningen en de belangrijke controle van de uitvoeringspraktijk die de advocaat vervult die met minuten een beroep op het gelijkheidsbeginsel weet te onderbouwen.

Zou het niet kunnen dat we in het vreemdelingenrecht beter af zouden zijn met wat minder rechtsgelijkheid en wat meer willekeur? Deze vraag wierp Barbara Wegelin op tijdens het jubileum van *Journal Vreemdelingenrecht*.¹ Haar vraag achtervolgt mij sindsdien omdat ik enerzijds denk dat zij gelijk heeft: door een beroep te doen op vergelijkbare gevallen, wordt de discretionaire bevoegdheid alleen maar minder toegepast en ingevuld met regelingen vol voorwaarden waaraan vaak niet kan worden voldaan. Wegelin verwijst naar de ‘schrijnende zaken’ als voorbeeld. Advocaten die in schrijnende zaken een beroep doen op het gelijkheidsbeginsel door minuten van inwilligingen over te leggen, werken volgens Wegelin uiteindelijk dichtgetimmerd beleid in de hand, waarin geen ruimte meer is voor afwijking in individuele gevallen. Anderzijds meen ik dat de advocaat juist een belangrijke rol vervult in onze democratische rechtstaat door een beroep op het gelijkheidsbeginsel te onderbouwen met minuten. Het valt de advocaat als eerste op dat bepaalde dossiers uit zijn of haar kast een inwilliging krijgen en vergelijkbare andere dossiers niet. Dan moet er toch iets aan de hand zijn?

1. Kinderpardon

De afwikkeling van de Regeling Langdurig Verblijvende Kinderen (hierna: Kinderpardon) is hiervan een goed voorbeeld.² De wetgever legde strikte voorwaarden vast in de regeling, waarna de staatssecretaris in een Algemeen Overleg de Tweede Kamer informeerde in bepaalde gevallen van die voorwaarden af te wijken onder gebruikmaking van zijn

discretionaire bevoegdheid.³ Burgemeesters – als lokale vertegenwoordigers met een goed beeld van de integratie van bepaalde uitgeprocedeerde vreemdelingen – mochten dossiers voordragen aan de bewindspersoon, zo werd de Tweede Kamer medegedeeld. Het was te verwachten dat de langdurig uitgeprocedeerde vreemdeling die ook net niet aan de voorwaarden voldeed, op zijn minst uitleg wilde van de afwijzing in zijn geval.

Recente uitspraken van de vreemdelingenkamers Amsterdam en Roermond over zaken waarin een beroep is gedaan op minuten van beschikkingen waarin de staatssecretaris is afgeweken van het Kinderpardon en op grond van schrijnende omstandigheden alsnog een vergunning heeft verleend, laten de functie van het gelijkheidsbeginsel voor een dergelijke uitvoeringspraktijk zien.⁴ Het is de plicht van de advocaat, ter behartiging van het belang van de individuele cliënt, om het bevoegde bestuursorgaan en daarmee ook de wetgever te wijzen op de inconsistenties als de staatssecretaris de ruimte krijgt af te wijken van strikt geformuleerd beleid. Wat de politiek niet goed heeft geregeld of wat een individuele afweging vereist, verschuift dan naar de rechtszaal. Is dat niet juist hoe het machtsevenwicht tussen rechter, bestuur en wetgever moet werken?

1 B. Wegelin, ‘De ronde vreemdeling, zijn advocaat en de vierkante regelgeving’, *Journal Vreemdelingenrecht* 2017, 1/5.

2 WBV 2013/1, *Stcr.* 2013, nr. 2573, 31 januari 2013.

3 Brief van SvJ aan de Tweede Kamer, 14 april 2014, TK2013-2014, 19637, nr. 1809, p. 2, Algemeen Overleg, 4 juni 2014, TK 2013-2014, 19637, nr. 1874 en de brief van de SvJ aan de Tweede Kamer van 24 september 2014, TK 2014-2015, 19637, nr. 1893.

4 Rechtbank ‘s-Gravenhage (zp Roermond) 9 februari 2017, AWB 16/28489, ve17000943 en Rechtbank ‘s-Gravenhage (zp Amsterdam) 15 maart 2017, AWB 16/28086, ve17000942.

2. Schrijnende zaken en pardonregelingen anno 2017

De spanning tussen een restrictief vreemdelingenbeleid en de uitgeprocedeerde vreemdeling die het land niet verlaat, is niet nieuw. Deze spanning vertaalt zich in allerlei reacties: striktere regelgeving met betrekking tot toelating en uitzetting; betrokken burgers en gemeenschappen die zich ontfemen over het lot van de uitgeprocedeerden; de uitgeprocedeerden zelf die zoeken naar manieren om te blijven, om welke reden dan ook; en de advocaat die het belang van de cliënt behartigt. De Telegraaf kopte in april 2017 'Klaas Dijkhoff minst streng', omdat hij in 30% van de dossiers van uitgeprocedeerde asielzoekers zijn discretionaire bevoegdheid gebruikte om alsnog een verblijfsvergunning te verlenen. Daarmee zou hij ruimhartiger zijn dan zijn voorgangers.⁵ Is die 30% werkelijk zo bijzonder, of zijn er vergelijkbare gevallen onder de overgebleven 70%?

Het vreemdelingenrecht kent, net als andere deelgebieden in het bestuursrecht, een wettelijke bepaling op grond waarvan het bestuursorgaan toch kan overgaan tot vergunningverlening, in situaties waarin de wet daar verder niet in voorziet. Bij de totstandkoming van de Vreemdelingenwet is erop gewezen dat van deze bevoegdheid met de grootste terughoudendheid gebruik moet worden gemaakt.⁶ Naarmate die bevoegdheid vaker wordt gebruikt, dreigt het gevaar van willekeurige vergunningverlening en zullen personen in vergelijkbare situaties ook een vergunning eisen.

In de loop der jaren is om de zoveel tijd een politiek akkoord voor een pardonregeling bereikt, waarmee wettelijk werd berust in het verblijf van een deel van die uitgeprocedeerde vreemdelingen.⁷ Steeds bleek naderhand dat in individuele gevallen ook werd berust in verblijf van uitgeprocedeerde vreemdelingen die niet aan alle voorwaarden uit de opgestelde regeling voldeden.⁸ Zo bleek bij de uitvoering van de RANOV-regeling dat de strikte voorwaarde van ononderbroken verblijf in Nederland noopte tot uitzonderingen.⁹ Bij de afwikkeling van het kinderpardon is afgeweken van de voorwaarde dat de aanvragers niet 'buiten beeld' mogen zijn geweest,¹⁰ en van de peildatum ten aanzien van de leeftijd.¹¹

- 5 13 april 2017, *de Telegraaf*: 'In twee jaar tijd werden hem 780 zaken voorgelegd en verleende hij 240 van deze mensen alsnog een verblijfsvergunning. Oftewel: in 30 procent van de gevallen. De VVD zegt altijd een hard asielbeleid te willen voeren, maar de voorgangers van Dijkhoff waren in de praktijk strenger. PvdA'er Albayrak en Hirsch Ballin (CDA) maakten tijdens hun periode als bewindspersoon bijvoorbeeld slechts in 22 procent van de gevallen gebruik van deze zogenoemde discretionaire bevoegdheid.' Zie ook de brief van SvJ aan de Tweede Kamer van 21 januari 2015, TK 2014-2015, 19637, nr. 1943 voor het aantal vergunningen die SvJ Teeven verstrekte tijdens zijn ambtsperiode. Overigens zijn deze cijfers niet concludent, zoals ook oud minister Leers aangaf in een reactie. Het kan komen door een streng beleid dat meer schrijnende gevallen buiten de boot vallen van het gewone beleid, of doordat in zijn ambtsperiode geen pardonregeling in werking is getreden, zoals bijvoorbeeld ten tijde van de ambtsperiode van Albayrak.
- 6 Nota van Toelichting, *Staatsblad* 2000, 497, p. 94: 'Van de in het derde lid gegeven bevoegdheid zal terughoudend gebruik worden gemaakt.'
- 7 Zie bijvoorbeeld de Tijdelijke regeling witte illegalen (TBV1999/23), Regeling afwikkeling nalatenschap oude Vreemdelingenwet (WBV 2007/11, *Stcr* 2007, nr.111, 13 juni 2007), Regeling langdurig verblijvende kinderen (WBV 2013/1, *Stcr* 2013, nr. 2573, 31 januari 2013).
- 8 A.C.M. Nederveen, 'Regularisaties en vergeten groepen', *Migrantenrecht* 2008-9/10, p. 318-325 en W.Verberk, 'Schrijnende gevallen 1975-2004, over factoren of criteria en het voorkomen van willekeur', *Migrantenrecht* 2004, 2.
- 9 ABRvS 9 februari 2010, 200908198/1/V2, JV 2010/111 en ABRvS 3 mei 2010, 200907265/1/V2, JV2010/246 r.o. 2.1.3: die uitzonderingen zijn in wezen een wijziging van beleid.
- 10 Brief SvJ aan de Tweede Kamer van 24 september 2014, TK 2014-2015, 19637, nr. 1893 (SvJ stelt dat van de 92 kinderpardonzaken die uitsluitend zijn afgewezen wegens het 'buiten beeld' zijn geweest, er 50 alsnog een verblijfsvergunning hebben gekregen, waarvan 27 op grond van de discretionaire bevoegdheid).
- 11 ABRvS 26 november 2014, 201405845, JV 2015/16.

Het bestuursorgaan heeft op grond van artikel 4:84 Awb de mogelijkheid om in individuele gevallen van de beleidsregels af te wijken. Naast afwijking van de voorwaarden kan het bestuursorgaan gebruik maken van de discretionaire bevoegdheid zoals neergelegd in artikel 3.4 lid 3 jo. 3.51 lid 1 onder k Vreemdelingenbesluit. Het gaat dan vaak om schrijnende omstandigheden, of schrijnendheid, op grond waarvan alsnog een vergunning wordt verleend. In de loop der jaren zijn criteria ontwikkeld op grond waarvan die schrijnende omstandigheden kunnen worden vastgesteld, zoals de aanwezigheid van in Nederland geboren kinderen, een periode van rechtmatig verblijf of het overlijden van een gezinslid in Nederland.¹²

3. Discretionaire bevoegdheid en gelijkheidsbeginsel

Bij discretionaire bevoegdheden heeft het bestuursorgaan de ruimte om in individuele gevallen een vergunning te verlenen in situaties waarin de wet niet heeft voorzien. De rechterlijke toetsing van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid ziet niet op de vraag of het bestuursorgaan terecht wel of geen gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid, maar veeleer op de vraag of de uitoefening niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel of het verbod op willekeur en of de besluitvorming voldoet aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. De discretionaire bevoegdheid uit artikel 3.4 Vreemdelingenbesluit kan volgens de toelichting grond zijn voor uitvoering op basis van categorieën gevallen die als onvoorzien worden aangemerkt, of voor uitvoering ten aanzien van individuele gevallen:¹³

'Op grond van het derde lid is de Minister van Justitie bevoegd om een verblijfsvergunning te verlenen onder een beperking, die niet in het Vreemdelingenbesluit is geregeld. Die bevoegdheid is noodzakelijk, omdat zich in de praktijk altijd onvoorziene gevallen zullen voordoen. Dergelijke onvoorziene gevallen zullen veelal een categoriaal karakter hebben. In dat geval ligt de totstandkoming van een algemene (beleids)regel in de rede, die bij besteding op termijn tot algemeen verbindend voorschrift kan worden verheven. Het derde lid sluit echter niet uit dat in strikt individuele gevallen een noodzaak aanwezig is om een verblijfsvergunning te verlenen onder een andere beperking dan die welke zijn genoemd in het eerste lid. In een dergelijk geval zal een algemene (beleids)regel achterwege kunnen blijven.'

Als de bevoegdheid wordt toegepast in individuele gevallen, in plaats van ten aanzien van categorieën, is van belang dat het bestuursorgaan deugdelijk motiveert welke feiten hebben geleid tot het standpunt dat niet sprake is van een schrijnend geval.¹⁴ De rechterlijke toetsing ziet dan op een toetsing van de motivering van het besluit. Die motivering moet inzicht geven in de weg van de omstandigheden van het geval

'in het licht van de omstandigheden van een min of meer vergelijkbaar geval waarin wel toepassing is of zou zijn gegeven aan voormeld artikellid. Daarmede wordt immers verantwoord hoe in het kader

- 12 Ik volsta hier met een verwijzing naar de brief van 21 februari 2007 van toenmalig minister Hirsch Ballin hierover, TK 2006-2007, 19 637, nr. 1131. Voor een uitgebreide analyse van de criteria verwijs ik naar M.J.M. Peeters, 'Schrijnende zaken, emotie vervat in juridische termen', *A&MR* 2013-1, p. 23-28 en W. Verberk, 'Schrijnende gevallen 1975-2004, over factoren of criteria en het voorkomen van willekeur', *Migrantenrecht* 2004, 2.
- 13 Nota van Toelichting, *Staatsblad* 2000, 497, p. 94.
- 14 ABRvS 21 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171, 200605794/1, JV 2007/56 m.nt. Olivier, r.o. 2.6.1.

van de heroverweging, recht wordt gedaan aan de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en de vereiste samenhang bij de toepassing van de betrokken regels in het licht van het algemeen belang waartoe ze zijn gesteld.¹⁵

Het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur vereisen beiden een consistent en doordacht beleid.¹⁶

'Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt bij zijn optreden in individuele vergelijkbare gevallen. Het bewaken van de consistentie van het eigen optreden is bij uitstek de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur.'¹⁷

Het bestuursorgaan moet transparant beleid voeren om willekeur te voorkomen en om ervoor te zorgen dat vergelijkbare gevallen gelijk worden behandeld.¹⁸ Zeker indien sprake is van een 'niet te verwaarlozen aantal gevallen' waarin een discretionaire vergunning is verleend, zoals de Afdeling overwoog ten aanzien van de 14-1 brieven, de brieven die werden geschreven aan voormalig minister Nawijn die op 14 januari 2003 de toezegging deed schrijvende gevallen alsnog een vergunning te verlenen.¹⁹

In 2014 werd eenderde van de 400 verzoeken ingewilligd die waren voorgelegd ter beoordeling van de discretionaire bevoegdheid.

De rechterlijke toets van individuele besluitvorming aan het gelijkheidsbeginsel is doorgaans te onderscheiden in twee fasen: de vergelijkbaarheidstoets en de rechtvaardigingstoets.²⁰ De vergelijkbaarheidstoets houdt in dat de rechter beoordeelt of sprake is van vergelijkbare gevallen. Indien dit het geval is, toetst de rechter vervolgens of er voor de ongelijke behandeling voldoende objectieve rechtvaardiging bestaat.²¹ In het bestuursrecht, met name bij de Afdeling bestuursrechtspraak, strandt een beroep op het gelijkheidsbeginsel vaak bij de vergelijkbaarheidstoets.²² Voor de juridische waarborgen van het gelijkheidsbeginsel gaat het om de vraag of sprake is van juridisch relevante verschillen.

De wijze waarop de vergelijkbaarheid wordt beoordeeld, is dus van belang, en daarvoor is een vergelijkingsmaatstaf nodig.²³ Voor schrijvende zaken is dit een moeilijk aspect, omdat de juridisch relevante vergelijkbaarheid in de schrijvendheid zelf zit. De beoordeling van het bestuursorgaan of een omstandigheid wel of niet als voldoende schrijvend kan worden aange-merkt, is nu juist wat de rechter terughoudend toetst, gezien

de beoordelings- en beleidsvrijheid die het bestuursorgaan op dit punt geniet.

4. Beroep op gelijkheidsbeginsel voor discretionaire vergunning

Bij de afwikkeling van de Overgangsregeling Langdurig Verblijvende Kinderen, bleek de staatssecretaris in 80 gevallen ambtshalve een vergunning te hebben verleend hoewel de aanvrager niet voldeed aan de voorwaarden van de regeling.²⁴ Anne Louwerse beschreef in het Journaal Vreemdelingenrecht de verschillende manieren waarop een beslissing kan worden afgedwongen over een gelijksoortig schrijvend geval.²⁵ De Vreemdelingenwet regelt namelijk niet hoe een vergunning op grond van schrijvende omstandigheden kan worden aangevraagd. Sinds de wet Modern Migratiebeleid voorziet de Vreemdelingenwet juist in de mogelijkheid om een dergelijke vergunning ambtshalve te verlenen.²⁶ Als de staatssecretaris overtuigd is dat sprake is van schrijvende omstandigheden die nopen tot vergunningverlening, laat hij dat weten aan de vreemdeling. Als een aanvrager echter meent aanspraak te maken op een dergelijke discretionaire vergunning zonder

dat bericht is ontvangen van de staatssecretaris, dan moet een specifieke afzonderlijke aanvraag worden ingediend.

Tijdens een Algemeen Overleg op 4 juni 2014 deed de staatssecretaris in het kader van de uitvoering van het Kinderpardon de toezegging schrijvende zaken te zullen beoordelen die niet aan de voorwaarden voldoen en die een burgemeester aan hem voorlegt.²⁷ Deze toezegging had tot gevolg dat burgemeesters brieven stuurden aan de staatssecretaris.²⁸ Procesrechtelijk leidde zowel de oorspronkelijke brief als de reactie van de Staatssecretaris tot verschillende ontvankelijkheidsproblemen. De Afdeling oordeelde op 21 juli 2015 dat een bezwaarschrift tegen de reactie van de staatssecretaris op de burgemeestersbrief niet ontvankelijk is, omdat de burgemeester geen belanghebbende is.²⁹ Volgens de Afdeling kan de vreemdeling een aanvraag om een verblijfsvergunning 'conform beschikking staatssecretaris' indienen. Dat voor een dergelijke aanvraag leges moeten worden betaald (inmiddels 1003 euro) en een MVV moet worden aangevraagd, acht de Afdeling niet onevenredig bezwarend. De Afdeling overweegt dat een vrijstelling

15 ABRvS 21 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171, 200605794/1, JV 2007/56 m.nt. Olivier, r.o. 2.6.2.

16 ABRvS 21 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171, 200605794/1, JV 2007/56 m.nt. Olivier en ABRvS 11 maart 2009, JB 2009/112.

17 ABRvS 17 september 2009, 200806602/1/V1, zie ook ABRvS 21 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171, 200605794/1, JV 2007/56 m.nt. Olivier, ABRvS 11 maart 2009, JB 2009/112, ABRvS 26 juli 2012, 201203465, JV 2012/391 en ABRvS 7 april 2015, 201501093/1/V3.

18 Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, Deventer, 2010, p. 425.

19 ABRvS 21 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171, 200605794/1, JV 2007/56 m.nt. Olivier, r.o.2.6.1.

20 Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, Deventer, 2010, p.421.

21 Zie bv. ABRvS 22 oktober 2014, 201402671/1/V1, JV 2014/376 m.nt. C. Grutters over een rechtvaardiging voor het onderscheid tussen kinderen met en zonder asielachtergrond bij het kinderpardon.

22 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002, hoofdstuk 6.

23 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002, p.58.

24 Brief SvJ aan Tweede Kamer, 14 april 2014, kenmerk 504286, 'Regeling langdurig verblijvende kinderen, stand van zaken 1 april 2014'.

25 A. Louwerse, 'Van het kastje burgemeestersbrieven naar de muur van het M50loket', JNVR 2015, 3/29.

26 *Stb.* 2010,307.

27 Algemeen Overleg, 4 juni 2014, TK 2013-2014, 19637, nr. 1874

28 Het is onduidelijk hoeveel dossiers op deze manier zijn voorgelegd aan de staatssecretaris. In een zitting op 16 juli 2014 noemt de SvJ sinds 2013 170 personen met RLVK- achtergrond zijn voorgelegd, waarvan ongeveer 75 personen een vergunning hebben gekregen. In dezelfde periode zijn in totaal 400 personen voorgelegd ter beoordeling van de discretionaire bevoegdheid, waaronder ongeveer eenderde is ingewilligd (pleitnotitie in het bezit van mr. A. Louwerse, behorende bij ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3890, 201404129).

29 ABRvS 21 juli 2015, 201501447, JV 2015/264, ECLI:NL:RVS:2015:2423, later bevestigd in ABRvS 10 februari 2016, 201600361/1/V1, JV 2016/80 en ABRvS 10 februari 2016, 201508262/1/V1 [ECLI:NL:RVS:2016:425].

voor de leges kan worden gevraagd op grond van artikel 3.34a onder k Voorschrift Vreemdelingen2000.³⁰

Deze route lag ten grondslag aan de uitspraken van de vreemdelingenkamers in Amsterdam en Roermond. De vreemdeling heeft een verzoek om vrijstelling van leges ingediend bij de staatssecretaris onder verwijzing naar 73 minuten waarin een discretionaire vergunning is verleend. Tegen de weigering op dat verzoek te beslissen is een bezwaarprocedure gestart. Op zo'n verzoek moet volgens de Afdeling inhoudelijk worden beslist.³¹

5. Uitspraken rechtbanken Amsterdam en Roermond

Zowel de vreemdelingenkamer Roermond als Amsterdam verklaart het beroepschrift tegen de weigering een verklaring ex art. 3.34a onder k Vv2000 te verlenen gegrond.³² De staatssecretaris heeft tegen beide uitspraken geen hoger beroep ingesteld maar een nieuwe beslissing op bezwaar genomen. In beide beroepschriften zijn gronden geformuleerd op basis van de bij de aanvraag overgelegde 73 minuten behorende bij discretionaire beschikkingen waarin een vergunning is verleend hoewel de vreemdeling niet voldeed aan de voorwaarden van het kinderpardon. De Staatssecretaris heeft volgens de rechtbank onvoldoende gemotiveerd waarom in het ene geval wel en in het andere geval geen vergunning is verleend.

5.1 De 73 minuten

De 73 minuten die centraal staan in de beroepsprocedures, zijn verstrekt via een Wob-procedure, een verzoek tot openbaarmaking op grond van de Wet Openbaarheid Bestuur. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft bij besluit van 11 december 2015 de 73 minuten overgelegd.³³ In het besluit wordt toegelicht welke gegevens op grond van artikel 10 en 11 van de Wob zijn weggelakt. Op grond van artikel 10 Wob zijn dit bijzondere persoonsgegevens (zoals iemands godsdienst, ras of strafrechtelijke persoonsgegevens), gegevens ten aanzien waarvan het belang van de persoonlijke levenssfeer wordt geëerbiedigd en gegevens die tot de persoon herleidbaar zijn.

Op grond van artikel 11 Wob zijn gegevens weggelakt waaruit de persoonlijke beleidsopvattingen zouden kunnen blijken. Maar juist bij de toepassing van de discretionaire toepassing spelen de opvattingen van individuele ambtenaren een rol, die worden weergegeven in de minuut:

'Een minuut is bij uitstek het document waarin de behandelend ambtenaar de in de zaak te maken belangenafweging neerlegt en een advies ten aanzien van het inwilligen of afwijzen van de aanvraag opneemt. Een ambtenaar moet zich vrij voelen in zijn belangenafweging en advies.' De minister acht het 'niet in het belang van een goede en democratische bestuursvoering indien de standpunten van bij mijn dienst werkende ambtenaren, zelfstandig worden betrokken in de publieke discussie. [...] Ik ken hierbij vooral betekenis toe aan de aard en de inhoud van de stukken. Het gaat hier immers

om bijzonder onvoorziene gevallen waarbij een vreemdeling in Nederland wil verblijven op een reguliere grond die nadrukkelijk niet is geregeld en om die reden aanleiding kan vormen voor een afzonderlijke beperking. Over deze kwestie moet een ambtenaar zonder invloed van buitenaf van gedachten kunnen blijven wisselen met zijn bewindspersoon.³⁴

De weglakking heeft tot gevolg dat de 'schrijnende factoren' veelal summier of niet zijn op te maken uit de minuut. In de minuten waaruit de schrijnende factoren wel zijn af te leiden, gaat het vaak om integratie in een gemeenschap, soms in samenhang met medische omstandigheden. De redenen waarom geen vergunning op grond van het kinderpardon is verleend zijn onder andere dat de aanvragers enige tijd 'buiten beeld' waren,³⁵ of dat sprake is van een strafrechtelijke veroordeling.

5.2 Beoordeling schrijnende omstandigheden

In de eerder genoemde beslissing van 11 december 2015, bij het Wob-verzoek, zet de Minister van Veiligheid en Justitie uiteen hoe de discretionaire beoordeling plaatsvindt:

'Iedere zaak waarin een beroep wordt gedaan op de discretionaire bevoegdheid van de bewindspersoon wordt op zijn eigen merites beoordeeld en individueel gemotiveerd. Er dient sprake te zijn van een onderscheidend samenstel van (schrijnende) factoren. Niet limitatief kan worden aangegeven welke omstandigheden een doorslaggevende rol spelen (iedere zaak wordt immers op zijn individuele merites beoordeeld). Aangegeven kan worden dat alle omstandigheden die in een bepaalde zaak aan de orde zijn bij de beoordeling worden betrokken en dat sommige omstandigheden daarin zwaarder wegen dan andere omstandigheden. 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 schrijnend geval. Steeds moet er daarnaast sprake zijn van bijkomende bijzondere individuele (schrijnende) omstandigheden.'

De minister verwijst ook naar de brief van voormalig minister Hirsch Ballin van 21 februari 2007 die volgens de minister nog steeds als richtsnoer dient voor de beoordeling van schrijnende gevallen.³⁶ Deze brief was indertijd een reactie op een uitspraak van de Afdeling over de zogenoemde 14-1 zaken, waarin de Afdeling op grond van overgelegde minuten van discretionaire vergunningen oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel waren geschonden.³⁷

De staatssecretaris verweert zich in de beroepen bij de vreemdelingenkamer Amsterdam en Roermond met de stelling dat

30 3.34a onder k Vv: 'vreemdeling die blijkens een schriftelijke verklaring van de Minister in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning als bedoeld in artikel 14 van de Wet, voor een verblijfsdoel verband houdend met niet-tijdelijke humanitaire gronden of met een ander verblijfsdoel dan genoemd in artikel 3.4, eerste lid, van het Besluit'.

31 ABRvS 16 maart 2009, 200802586, ECLI:NL:RVS:2009:BH9046 en ABRvS 10 februari 2016, 201508262, ECLI:NL:RVS:2016:425.

32 Rechtbank 's-Gravenhage (zp Roermond) 9 februari 2017, AWB 16/28489, migratieweb ve17000943 en Rechtbank 's-Gravenhage (zp Amsterdam) 15 maart 2017, AWB 16/28086, migratieweb ve17000942.

33 Beschikking in het bezit van mr. A. Louwerse.

34 Citaat uit beschikking van 11 december 2015, in bezit van mr. A. Louwerse.

35 De SvJ duidt met 'buiten beeld zaken' de dossiers aan die niet voldoen aan de voorwaarden dat aanvragers zich niet hebben onttrokken aan toezicht. De brief van de SvJ aan de Tweede Kamer van 24 september 2014, TK 2014-2015, 19637, nr. 1893.

36 Brief van Minister aan de Tweede Kamer, 21 februari 2007; het is inmiddels vaste jurisprudentie dat de brief bij de beoordeling van schrijnendheid als richtsnoer – en niet als toetsingskader – dient, ABRvS 1 juni 2015, 201508070, ECLI:NL:RVS:2016:1619 en ABRvS 23 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6235, zie ook ABRvS 15 juni 2016, 201508135, JV 2016/206, r.o. 10.

37 ABRvS 21 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ5171, 200605794/1, JV 2007/56 m.nt. Olivier, de Afdeling verbeterde daarmee de rechtsgronden van de vreemdelingenkamer Amsterdam die oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur waren geschonden.

geen sprake is van vergelijkbare gevallen: uit de geanonimiseerde minuten zou geen volledig beeld zijn af te leiden van de redenen waarom de staatssecretaris in die gevallen een individueel samenstel van omstandigheden heeft aangenomen.³⁸ De vreemdelingenkamer Roermond overweegt daarentegen dat de zaken voldoende vergelijkbaar zijn, en dat het motiveeringsbeginsel is geschonden omdat niet duidelijk is waarom in de ene zaak wel een vergunning is verleend en in een vergelijkbare andere zaak niet.³⁹ Ten aanzien van het argument van de staatssecretaris omtrent de weglakking van essentiële onderdelen in het kader van de privacybelangen, overweegt de vreemdelingenkamer nog dat in het verleden, namelijk ten aanzien van de minuten bij discretionaire vergunningen naar aanleiding van de 14-1 brieven,⁴⁰ al die omstandigheden wel in de minuut stonden vermeld.

te verlenen indien geen van de opgesomde omstandigheden zich voordoet. Dit wijst op het hanteren van een minimum van in beginsel één opgesomde bijkomende klemmende reden van humanitaire aard.⁴¹

Blijkbaar heeft de staatssecretaris deze benadering, waarin één schrijnende factor voldoende kan zijn voor het aannemen van schrijnendheid, verlaten voor de beoordeling van de schrijnende zaken waarin een beroep is gedaan op het Kinderpardon. In die zaken moet sprake zijn van bijkomende omstandigheden. Nu daar bij de Angolese aanvrager geen sprake van is, is volgens de staatssecretaris geen sprake van vergelijkbare gevallen en kan het beroep op het gelijkheidsbeginsel daarom niet slagen.

De wijze waarop de staatssecretaris het beroep op het gelijkheidsbeginsel pareert, past bij de discretionaire bevoegdheid: geen enkel individueel geval is gelijk.

6. Ongelijke schrijnende factoren

In de beschikkingen die volgen op de uitspraken van de vreemdelingenkamers Roermond en Amsterdam handhaaft de staatssecretaris het standpunt dat geen sprake is van vergelijkbare gevallen. In algemene termen geeft de staatssecretaris inzicht in de bijzonderheden die wel kunnen leiden tot vergunningverlening, namelijk:

‘medische omstandigheden van 1 of meerdere gezinsleden; de contra-indicatie openbare orde van familieleden die inmiddels vertrokken zijn heeft te zwaar tot een onevenredig nadeel geleid omdat deze familieleden vertrokken zijn, eer-gerelateerde omstandigheden in combinatie met zeer ernstige medische problematiek en een procedureel nalaten van de vader om verblijf te realiseren voor het kind; zeer langdurig verblijf met achterlating in het land van herkomst voor een beperkte duur na (zeer) langdurig verblijf in Nederland.’

Vervolgens beargumenteert de staatssecretaris in de beschikking per individuele minuut in hoeverre deze verschilt van de aanvraag in kwestie. De Angolese aanvrager is als minderjarige naar Nederland gekomen, heeft in Angola geen familie meer, heeft in Nederland onderwijs genoten en is hier geïntegreerd. Deelname aan projecten die voorbereiden op terugkeer naar Angola hebben niet geleid tot een perspectief op terugkeer. Vertaald naar de criteria van schrijnende factoren gaat het hier dus vooral om langdurig verblijf en integratie in Nederland. Volgens de staatssecretaris zijn deze aangevoerde omstandigheden op zichzelf onvoldoende onderscheidend voor de conclusie dat sprake is van een schrijnend geval. De aanvrager beroept zich op de Afdelingsuitspraak van 23 maart 2012, waarin de Afdeling overwoog dat:

‘Volgens de brief [richtsnoeren brief van 21-2-2007, red] kunnen de opgesomde bijkomende klemmende redenen van humanitaire aard immers vaak, maar niet uitsluitend, in combinatie worden meegewogen en is er in beginsel geen reden om een verblijfsvergunning

De wijze waarop de staatssecretaris het beroep op het gelijkheidsbeginsel pareert, past bij de aard van de discretionaire bevoegdheid. De beoordeling van het individuele geval staat centraal, en geen enkel individueel geval is gelijk. De verschillen die de staatssecretaris aanvoert ten aanzien van de minuten, zien op feitelijke verschillen, namelijk de schrijnende factoren. Het is de vraag of hierbij ook sprake is van juridisch relevante verschillen. Alle casus betreffen uitgeprocedeerde vreemdelingen die een beroep doen op schrijnende omstandigheden, en zijn daarmee juridisch gelijk. Tegelijkertijd vergt de aard van de bevoegdheid een individuele beoordeling en zitten de juridisch relevante verschillen nu juist in de beoordeling van de schrijnende omstandigheden. De rechtvaardiging voor een dergelijk onderscheid volgt uit de bevoegdheid zelf.

Belangrijker dan de vergelijkbaarheidsvraag is de eis van een consistente gedragslijn ten aanzien van de toepassing van artikel 3.4 Vreemdelingenbesluit. Nu de staatssecretaris in tenminste 73 gevallen is afgeweken van het kinderpardon en in twee jaar tijd aan 240 personen een vergunning heeft verleend op grond van zijn discretionaire bevoegdheid, moet hij aantonen dat dit conform een consistente gedragslijn is gebeurd.⁴²

Het juridisch kader voor de schrijnende zaken lijkt op dit moment op twee manieren te worden gepresenteerd. De staatssecretaris verwijst enerzijds naar de gedragslijn die is ontwikkeld voor de beoordeling van schrijnende zaken in het algemeen, waarbij de richtsnoerenbrief van 21 februari 2007 leidend is.⁴³ Anderzijds wijst hij op de gedragslijn ten aanzien van schrijnende zaken die net niet voldeden aan de voorwaarden van het kinderpardon, zoals die is af te leiden uit verschillende parlementaire stukken. In beide gevallen gaat het om de toepassing van artikel 3.4 lid 3 jo. 3.51 onder k Vreemdelingenbesluit, waardoor mijn inziens juridisch sprake is van één groep.

38 Rechtbank 's-Gravenhage (zp Roermond) 9 februari 2017, AWB 16/28489, ve17000943, r.o. 13

39 Rechtbank 's-Gravenhage (zp Roermond) 9 februari 2017, AWB 16/28489, ve17000943, r.o. 14.

40 93 minuten zijn gepubliceerd op migratieweb, te vinden met de trefwoorden 14-1 brief/discretionaire bevoegdheid/minuten, bv. minuut nummer 93, ve11001440.

41 ABRvS 23 maart 2012, 201101079, JV 2012/214.

42 Vgl. CRvB 6 augustus 2015, 13/765 AW, 13/766 AW, 13/1820 AW, 13/1821 AW, ECLI:NL:CRVB:2015:2649.

43 Zoals ook reeds uiteengezet in M.J.M. Peeters, ‘Schrijnende zaken, emotie vervat in juridische termen’, *A&MR* 2013-1, p. 23-28.

Het is op dit moment niet duidelijk of bij de beoordeling van schrijnende omstandigheden conform de richtsnoerenbrief het criterium is verlaten dat een enkele daarin genoemde schrijnende factor voldoende is voor vergunningverlening.⁴⁴ Ook is onduidelijk in hoeverre de toezegging van de staatssecretaris, naar aanleiding van het in 2011 verschenen ACVZ rapport Om het maatschappelijk belang,⁴⁵ om de integratie te betrekken bij de beoordeling van de schrijnendheid een rol speelt.⁴⁶ Daarmee geeft het bestuursorgaan onvoldoende inzicht in de weging van de omstandigheden die leidt tot vergunningverlening.

7. Spanning tussen discretionaire ruimte en gelijkheidsbeginsel

De advocaat die een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel in schrijnende zaken die net niet voldeden aan de voorwaarden van het Kinderpardon, vervult een belangrijke functie in de controle van de uitvoeringspraktijk.

In de zaken die nu voorliggen bij de rechtbanken over de vraag of sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt het spanningsveld voor de rechter duidelijk. Enerzijds moet de rechter de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid terughoudend toetsen. Anderzijds moet de rechter in het belang van de rechtszekerheid toetsen of die bevoegdheid zorgvuldig en consistent wordt toegepast. De aard van de discretionaire bevoegdheid, namelijk de beoordeling van een individueel geval, bemoeilijkt de rechterlijke toetsing. Het is immers kenmerkend dat de bevoegdheid niet genormeerd wordt door beleidsregels, ten bate van de onvoorziene gevallen. Het motiveringsbeginsel lijkt de sleutel. Als een aanvrager een onderbouwd beroep doet op het gelijkheidsbeginsel, moet het bestuursorgaan in de beschikking uitgebreid motiveren waarom geen sprake is van vergelijkbare gevallen of van inconsistent beleid. De vreemdelingenkamers van Amsterdam en Roermond achtten de beroepschriften gegrond wegens schending van het motiveringsbeginsel.

Het is de vraag of de beroepschriften tegen de nieuwe beschikkingen op bezwaar de toets aan het motiveringsbeginsel zullen doorstaan. Wat mij betreft moet de rechter zich nu buigen over de vraag of de motivering van het afwijzende besluit voldoende inzicht geeft in de weging van de omstandigheden bij de toekenning van de vergunningen en hoe die weging zich verhoudt tot de afgewezen aanvragen. Daarnaast is verduidelijking nodig met betrekking tot de weging van de factoren uit de brief van 21 februari 2007 en de integratiefactor. Met een grondige toetsing aan het motiveringsbeginsel geeft de rechter uiting aan zijn controlerende rol van de uitvoerende macht zonder te treden in de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris.

8. Conclusie

Bij de zaken over de toepassing van de discretionaire bevoegdheid in schrijnende zaken die net niet voldeden aan de voorwaarden van het Kinderpardon, bleek de toegevoegde waarde van een onderbouwd beroep op het gelijkheidsbeginsel. De ruimhartige uitvoering van de regeling leidde tot een groot aantal discretionaire vergunningen onder verwijzing naar zogenoemde schrijnende omstandigheden. De advocaat die een beroep op het gelijkheidsbeginsel met minuten weet te onderbouwen, vervult een belangrijke functie in de controle van de uitvoeringspraktijk. De rechterlijke toetsing vervolgens zal moeten uitwijzen of de staatssecretaris kan volhouden dat sprake is van onvergelykbare gevallen. De motivering die de staatssecretaris hiervoor geeft, zal essentieel zijn.

44 ABRvS 23 maart 2012, 201101079, JV2012/214.

45 Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, Advies: Om het maatschappelijk belang. Advies over het betrekken van het lokale bestuur en de lokale gemeenschap bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid, 6 december 2011, ACV Z/ADV /2011/027, ve12000352. Zie over dit rapport ook S. Vergeer, 'Pardon? Over worteling van uitgeprocedeerde vreemdelingen en de discretionaire bevoegdheid', A&MR 2012/4.

46 Zie brieven SvJ aan de Tweede Kamer van 7 januari 2013 (TK 2012-2013, 19637, 1598) en 3 juli 2014 (TK 2013-2014, 19637, 1868).