

Juridische Verkenning van het Recht op Voorzieningen
en Verblijf voor Oudere Ongedocumenteerden

JURIDISCHE VERKENNING VAN HET RECHT OP
VOORZIENINGEN EN VERBLIJF VOOR OUDERE
ONGEDOCUMENTEERDEN

JASPER VAN BERCKEL SMIT

Boom juridisch
Den Haag
2022

Omslagontwerp & opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag
Omslagbeeld: Wayne Dowd

© 2022 Jasper van Berckel Smit | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-666-4
EISBN 978-90-5189-673-2
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

INHOUD

Voorwoord	7
Samenvatting: Recht op verblijf van ongedocumenteerde ouderen in Nederland	9
Samenvatting: Toegang tot voorzieningen, verstrekkingen en bijstand voor ongedocumenteerde ouderen in Nederland	13
Inleiding	17
1 Voorgeschiedenis	19
2 Recht op verblijf	25
2.1 Inleiding	25
2.2 Relevante verblijfsaanspraken	25
2.2.1 Verblijfsvergunning op grond van schrijnendheid	25
2.2.2 Verblijfsvergunning op grond van artikel 8 EVRM	28
2.2.3 Verblijfsvergunning op grond van Terugkeerrichtlijn	33
2.2.4 Verblijfsvergunning op grond van Buitenschuldbeleid	35
2.3 Alternatieve procedure voor regeling schrijnende gevallen	36
2.3.1 Härtefallkommissionen	36
2.3.2 Politieke respons	37
2.4 Herintroductie/wijziging beleid en/of wetgeving	38
2.4.1 Beperkte mogelijkheden	38
2.4.2 Gezinsherenigingsrichtlijn	40
3 Toegang tot voorzieningen, verstrekkingen en bijstand	45
3.1 Algemeen	45
3.1.1 Wet- en regelgeving ten aanzien van voorzieningen, verstrekkingen en bijstand	45
3.2 Opvang	46
3.2.1 Opvang algemeen	46
3.2.2 Rva, Rvb opvang	47

6 *Juridische Verkenning van het Recht op Voorzieningen en Verblijf voor Oudere Ongedocumenteerden*

3.2.3	Wmo ondersteuning en opvang	47
3.2.4	Bestuursakkoord 2007	48
3.2.5	Ontwikkeling opvang in rechtspraak en politiek	49
3.2.6	LVV's	53
3.3	Bijstand	54
3.3.1	Pw	54
3.3.2	AIO-aanvulling	55
3.4	Medische zorg	56
3.4.1	Toegang tot medische zorg op papier	56
3.4.2	Toegang tot medische zorg in praktijk	57
3.5	Overige rechtspraak	58
3.5.1	EHRM-jurisprudentie omtrent kwetsbaarheid en bijzondere zorgplicht ten aanzien van het bestaansminimum van ouderen	58
3.6	Beperkte toegang tot sociale voorzieningen	60

VOORWOORD

Veel immigranten die in de jaren tachtig en negentig naar Nederland kwamen voor hun veiligheid, werk of vanwege de liefde, hebben nooit een legale verblijfsstatus kunnen verkrijgen. Toch hebben zij tijdens hun langdurig verblijf gewerkt en een bestaan opgebouwd. Dat betekent onder meer dat hun familie en sociaal netwerk in Nederland is. Vaak hebben zij geen banden meer met het land van herkomst.

Deze Juridische Verkenning van het vreemdelingenbeleid en wetgeving sinds de jaren negentig laat zien dat de groep oudere ongedocumenteerden ernstig gedupeerd is geraakt door een steeds engere interpretatie van onder meer het recht op verblijf op basis van persoonlijke schrijnende omstandigheden en op grond van gezinshereniging. Daarnaast is toegang tot voorzieningen, verstrekkingen en bijstand voor oudere ongedocumenteerden in Nederland sinds de introductie van de Koppelingswet in 1998 bemoeilijkt.

De Juridische Verkenning maakt deel uit van een tweeluik samen met het sociaal-wetenschappelijke onderzoek naar de leefsituatie van oudere ongedocumenteerden dat werd uitgevoerd door de Erasmus Universiteit Rotterdam, de Universiteit van Amsterdam en de Universiteit van Utrecht. Beide rapporten werden opgesteld op verzoek van De Regenboog Groep. Het onderzoek werd mede mogelijk gemaakt door Kansfonds, Fundatie Van den Santheuvel Sobbe en de Haella Stichting.

De Regenboog Groep wil met deze onderzoeken een nationale discussie stimuleren over de onhoudbaarheid van het restrictieve vreemdelingenbeleid voor de groep oudere, langdurig in Nederland verblijvende ongedocumenteerden en de noodzaak om een duurzame oplossing te vinden.

Op basis van de bevindingen van de beide rapporten beveelt De Regenboog Groep de Nederlandse regering onder meer aan om:

- de uitwassen van de Koppelingswet terug te draaien;
- een gerichte regularisatie te realiseren van ouderen die vijftien jaar of langer in Nederland verblijven;
- de regeling verruimde gezinshereniging te herintroduceren;

8 *Juridische Verkenning van het Recht op Voorzieningen en Verblijf voor Oudere Ongedocumenteerden*

- de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris te respecteren; en
- een interdisciplinaire commissie in het leven te roepen die de bevoegdheid heeft te adviseren in schrijvende vreemdelingenzaken.

Hans Wijnands
Directeur De Regenboog Groep

SAMENVATTING: RECHT OP VERBLIJF VAN ONGEDOCUMENTEERDE OUDEREN IN NEDERLAND

Doelgroep van studie

Oudere vreemdelingen in Nederland zonder rechtmatig verblijf. De belangrijkste subgroepen betreffen: zorgbehoevende ouders van Nederlanders uit immigrantengroepen en van hier al lang wonende derdelanders, Surinaamse oud-Nederlanders, lang geleden uitgeprocedeerde asielzoekers, voormalige arbeidsmigranten, of mensen die hier hebben gestudeerd of als gezinsleden zijn toegelaten maar (lang geleden) hun status zijn kwijtgeraakt.

Voorgeschiedenis

De problemen die zich voordoen bij ongedocumenteerde ouderen in Nederland kunnen worden gezien als een logisch gevolg van beleids- en wetswijzigingen door de Rijksoverheid. Ten eerste is tussen 1990 en 2000 de uitvoering van de Vreemdelingenwet 2000 gecentraliseerd en weggehaald bij gemeenten. Het verdwijnen van de lokale kennis, dicht bij de mensen, kan worden gezien als een onbedoeld neveneffect van de centralisatie, die snel is afgerond tijdens de intrede van de Vw 2000. Ten tweede zijn de mogelijkheden voor ouderen tot een verblijfsvergunning in de afgelopen jaren afgeschaft of worden deze in de praktijk uiterst zelden toegepast en worden er voorwaarden gesteld waaraan ongedocumenteerde ouderen zelden of nooit kunnen voldoen. Voorbeelden zijn de afschaffingen van de driejarenregeling in 2002 en de verruimde gezinshereniging (ex art. 3.25 Vb (oud)) in 2012. Het vervallen van de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris (ex art. 3:4 lid 3 Vb (oud)) in 2019 vormt het voorlopige sluitstuk van het strenger wordende migratiebeleid.

Recht op verblijf op basis van schrijnendheid

In theorie biedt artikel 3.6ba Vb 2000 de meeste aanknopingspunten voor de groep ouderen. Op basis van dit artikel kan de IND een verblijfsvergunning verlenen als sprake is van een schrijnende situatie die gelegen is in een samenstel van bijzondere en individuele omstandigheden. Deze bevoegdheid bestaat tot het moment dat de beslissing op de eerste aanvraag om een verblijfsvergunning in Nederland onherroepelijk is geworden. Criteria zijn: de mogelijk ernstige nadelige gevolgen bij afwijzing, medische problemen, perioden van rechtmatig verblijf, situatie van deel van het gezin dat rechtmatig in NL is, overlijden gezinslid, dreigende scheiding

van kinderen, gendergerelateerde omstandigheden zoals huwelijks geweld en eerwraak, rol van de overheid, maatschappelijk belang. Contra-indicaties zijn: gevaar voor openbare orde, identiteitsfraude, niet rechtmatig verblijf ex artikel 8 Vw 2000. Er worden echter slechts mondjesmaat vergunningen verleend op grond van artikel 3.6ba Vb 2000. De verblijfsvergunningen medische gronden en tijdelijke humanitaire gronden bieden ook weinig soelaas in schrijnende omstandigheden voor de doelgroep van deze studie.

Recht op verblijf op basis van artikel 8 EVRM betreffende het recht op gezins- en privéleven
Een mogelijk aanknopingspunt voor ongedocumenteerde ouderen zou het bestaan van gezinsleven met meerderjarige kinderen zijn op grond van artikel 8 EVRM. In dat geval is (in de meeste gevallen) een meer dan gebruikelijke afhankelijkheidsrelatie (“more than the normal emotional ties”) tussen ouders en meerderjarige kinderen noodzakelijk. Na de vaststelling van familie- of gezinsleven moet worden gekeken of het besluit leidt tot (voortdurende) scheiding van de gezinsleden. Daarna moet worden beoordeeld of de belangen van de vreemdeling (o.a. eerder rechtmatig verblijf, ‘a certain degree of hardship’, binding land van herkomst en met Nederland, medische omstandigheden) zwaarder wegen dan de belangen van de staat (openbare orde, economisch belang en geldige documenten).

Artikel 8 EVRM ziet ook op het recht op privéleven, wat o.a. betrekking heeft op het spreken van de taal, het volgen van een opleiding, werk, sociaal netwerk. Hoewel over het algemeen redelijk snel wordt aangenomen dat sprake is van privéleven, zal uit een belangenafweging moeten blijken dat sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat een verplichting bestaat tot het laten voortzetten van het privéleven in Nederland. Het laatste blijkt een zeer hoge drempel te zijn die in de praktijk zelden wordt bereikt.

Toch zijn er aanknopingspunten te vinden in de rechtspraak voor ongedocumenteerde ouderen die sterke sociale banden met Nederland hebben opgebouwd. Uit jurisprudentie volgt dat artikel 8 EVRM niet enkel ziet op een recht om niet uitgezet te worden, maar daarnaast een recht behelst om in bijzondere gevallen te worden geregulariseerd.

Recht op verblijf op basis van de Terugkeerrichtlijn

De Terugkeerrichtlijn (Tri) verschaft EU-lidstaten een discretionaire bevoegdheid om in elke fase van de terugkeerprocedure een verblijfsvergunning af te geven. Deze bevoegdheid is niet onbegrensd, nu lidstaten niet *de facto* de aanwezigheid van irreguliere migranten mogen tolereren. Dit mag noch door in de eerste plaats geen terugkeerbesluit uit te vaardigen, noch door bewust af te zien van de handhaving ervan op tijd. Wel is een tijdelijk uitstel van verwijdering onder voorwaarden mogelijk en soms verplicht. De huidige gedoogconstructies in Nederland, waarbij het uitstel van uitzettingen voor onbepaalde tijd wordt herhaald in het licht van aan-

houdende juridische of feitelijke belemmeringen, lijken echter op gespannen voet te staan met de Tri.

Buitenschuldbeleid

Er zijn drie groepen die een beroep kunnen doen op het zogeheten buitenschuldbeleid, waarvan de eerste twee relevant zijn voor deze studie: diegenen die zonder resultaat hebben geprobeerd te vertrekken, diegenen die om medische redenen niet in staat zijn te reizen, en uitgeprocedeerde alleenstaande minderjarigen. Het buitenschuldbeleid kent echter zeer restrictieve voorwaarden waaraan zelden wordt voldaan.

Alternatieve procedures

In 2011 heeft de ACVZ onderzoek gedaan naar schrijnende gevallen en de discretionaire bevoegdheid. Hierbij is gekeken naar de zogenoemde *Hartefallkommissionen* in Duitsland. Deze multidisciplinaire commissie adviseert de vreemdelingenautoriteiten om een verblijfsvergunning te verlenen op grond van langdurig verblijf of dringende persoonlijke of humanitaire redenen. De introductie van een dergelijke commissie in Nederland zou meer betrokkenheid van het lokale bestuur en de gemeenschap kunnen realiseren bij het zoeken naar mogelijkheden tot verblijfsaanvaarding van uitgeprocedeerde vreemdelingen op grond van een maatschappelijk belang. Het zou daarmee tegemoet kunnen komen aan de verdwijning van lokale kennis in de afgelopen decennia, als een onbedoeld neveneffect van de gecentraliseerde handhaving van de vreemdelingenwet (zie bespreking 'voorgeschiedenis').

Unierecht en gezinshereniging

De Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86/EG (Gri) voorziet in de mogelijkheid van de toelating van ouders (ex art. 4 lid 2 onder a Gri). Nadat Nederland jarenlang van deze mogelijkheid ook daadwerkelijk gebruik had gemaakt, door middel van artikel 3.25 Vb (oud), werd dit beleid in 2012 afgeschaft. In andere EU-lidstaten speelt artikel 4 lid 2 onder a Gri wel nog een rol, bijvoorbeeld in Duitsland 'ter preventie van bijzondere ontbering' of vanwege 'bijzondere zorgbehoefte'. Ook in andere landen is het mogelijk om als 'afhankelijke ouder', onder verschillende voorwaarden, verblijf te krijgen op grond van gezinshereniging.

De afschaffing van artikel 3.25 Vb (oud) in Nederland heeft ervoor gezorgd dat afhankelijke ouders van meerderjarige vluchtelingen beperkte mogelijkheden hebben tot gezinshereniging. Bovendien staat de beleidswijziging op gespannen voet met non-discriminatiebepalingen uit de Grondwet, het EVRM en het CERD, nu het voor autochtone Nederlanders wel nog mogelijk is om hun zorgbehoevende ouder(s) te laten overkomen om hier legaal te verzorgen, terwijl Nederlanders van bijvoorbeeld Surinaamse, Marokkaanse of Turkse herkomst dit recht sinds 2012 niet meer hebben.

SAMENVATTING: TOEGANG TOT VOORZIENINGEN, VERSTREKKINGEN EN BIJSTAND VOOR ONGEDOCUMENTEERDE OUDEREN IN NEDERLAND

Koppelingsbeginsel

Niet alle vreemdelingen kunnen aanspraak maken op voorzieningen en verstrekkingen. Het koppelingsbeginsel houdt in dat vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in beginsel verstoken moeten blijven van voorzieningen en verstrekkingen ten laste van de collectieve middelen. Er zijn drie uitzonderingen op het koppelingsbeginsel: het recht op medisch noodzakelijke zorgverlening, rechtsbijstand en (in geval van minderjarigen) onderwijs. Daarnaast volgt uit vaste rechtspraak dat in sommige gevallen voorzieningen en verstrekkingen moeten worden aangeboden aan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf.

Opvang: algemeen

Het koppelingsbeginsel is uitgangspunt, maar als de vreemdeling meewerkt aan vertrek (en dit redelijkerwijs binnen twaalf weken zal plaatsvinden) kan hij opvang krijgen in de VBL. In beginsel bestaat er geen alternatieve vorm van opvang voor de vreemdelingen die niet willen meewerken of niet binnen de termijn terugkeren, hetgeen kan leiden tot situaties waarin uitgeprocedeerde vreemdelingen op straat belanden.

Opvang: Rva, Rvb

Oudere ongedocumenteerden kunnen in beginsel geen aanspraak maken op opvang of verstrekkingen op grond van de Rva, nu zij (vaak) geen asielzoekers zijn, en ook niet gelijk worden gesteld met deze groep. Nu oudere ongedocumenteerden dikwijls ook niet vallen onder een van de beschreven categorieën in de Rvb, krijgen zij geen financiële toelage en worden de kosten van medische verstrekkingen niet gedekt.

Opvang en ondersteuning: Wmo

Maatschappelijke ondersteuning en opvang is in beginsel alleen toegankelijk voor vreemdelingen die rechtmatig verblijf hebben, maar de mogelijkheid bestaat om voor bepaalde categorieën vreemdelingen voorzieningen te treffen, bijvoorbeeld ten aanzien van kwetsbare personen, die op grond van artikel 8 EVRM in het bijzonder recht hebben op bescherming van hun privé- en gezinsleven.

Bestuursakkoord 2007

In 2007 werd een bestuursakkoord gesloten tussen de SvJ en de VNG. In ruil voor een effectiever terugkeerbeleid werd overeengekomen dat gemeenten vanaf begin 2010 niet meer zouden meewerken aan de opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. In de praktijk bleek echter dat sommige gemeenten doorgingen met het verschaffen van noodopvang.

Ontwikkeling opvang in rechtspraak

- ECSR 10 november 2014: artikel 13 lid 4 (recht op sociale en geneeskundige bijstand) en 31 lid 2 (recht op huisvesting) ESH waren geschonden door Nederland, omdat een subjectief recht op onderdak, voeding, water en kleding voor onrechtmatig verblijvende vreemdelingen ontbrak in de Nederlandse wet. De uitgeprocedeerde vreemdeling zou op straat kunnen belanden als niet werd voldaan aan de voorwaarde mee te werken aan het vertrek in de VBL.
- ABRvS en CRvB 26 november 2015: onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen hebben geen onvoorwaardelijk recht op opvang, nu de toegang tot de VBL mag worden geweigerd indien de vreemdeling niet meewerkt aan zijn vertrek. De enkele omstandigheid dat verblijf in de VBL is gekoppeld aan het meewerken aan vertrek neemt de beschikbaarheid van onderdak niet weg. Daarom strookt deze situatie in beginsel met artikel 3 en 8 EVRM en artikel 13 lid 4 en 31 lid 2 ESH
- EHRM 5 juli 2016: artikel 3 EVRM niet geschonden door Nederland, omdat de Nederlandse overheid actie heeft ondernomen en niet onverschillig is gebleven: uitgeprocedeerde vreemdelingen kunnen opvang krijgen in VBL, hun wordt medisch noodzakelijke zorg geboden en Nederlandse overheid is begonnen met het opzetten van landelijke BBB-voorziening.

LVV's

In november 2018 werd een samenwerkingsafspraken gesloten tussen het Rijk en de VNG, nadat in het regeerakkoord 2017-2021 was vastgelegd dat Landelijke Vreemdelingenvoorzieningen (LVV's) zullen worden ontwikkeld. In de LVV's worden vreemdelingen begeleid naar een bestendige oplossing. De DT&V en de IND stellen samen met lokale LVV-partners een realistisch toekomstperspectief en passend begeleidingsscenario vast. Hierbij geldt dat medewerking een voorwaarde is voor tijdelijk onderdak, hetgeen tussentijds wordt getoetst. Er zijn pilots in Amsterdam, Rotterdam, Utrecht, Eindhoven en Groningen.

Bijstand: Pw

Gemeenten verstrekken bijstand op grond van de Pw, hetgeen is voorbehouden aan Nederlanders en aan met Nederlanders gelijkgestelde vreemdelingen. Vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf hebben tot dusver geen aanspraak kunnen doen op bijstand. Dezelfde conclusie volgt uit de jurisprudentie over aanvragen ingediend door onrechtmatig verblijvende vreemdelingen op leeftijd om een aanvullende inkomensvoorziening ouderen (AIO-aanvulling).

Medische zorg: toegang op papier en in de praktijk

Het koppelingsbeginsel heeft als gevolg dat vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf buiten de reikwijdte vallen van de Zorgverzekeringswet en de Wet langdurige zorg. Een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf heeft wel recht op het verkrijgen van 'medisch noodzakelijke zorg', als een van de uitzonderingen van het koppelingsbeginsel. Hoewel de Nederlandse overheid heeft gesteld dat de toegankelijkheid voldoende wordt gewaarborgd, volgt uit onderzoek dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen wel degelijk drempels tegenkomen ten aanzien van toegang tot medische zorg (zie bijv. problemen bij de toegang tot mondzorg, het inschakelen van een tolk, de seksuele en reproductieve gezondheid van vrouwen en toegang tot geestelijke gezondheidszorg).

INLEIDING

Deze Juridische Verkenning is geschreven voor de Werkgroep Ongedocumenteerde Ouderen, samengesteld door de Regenboog Groep. De verkenning bestaat uit drie onderdelen, waarbij de juridische situatie van de ongedocumenteerde ouderen centraal staat. Hoofdstuk 1 (Voorgeschiedenis) geeft een historisch overzicht van het strenger worden van het Nederlandse vreemdelingenbeleid sinds de jaren negentig. In deze periode zijn de mogelijkheden voor oudere vreemdelingen om legaal verblijf te verkrijgen in Nederland beperkt, net als de mogelijkheden tot regularisering van hun status en hun aanspraken op sociale voorzieningen. Hoofdstuk 2 biedt een overzicht van thans bestaande gronden van legaal verblijf voor de groep oudere vreemdelingen. Hoofdstuk 3 bespreekt het recht op toegang tot sociale voorzieningen van deze groep.

De Juridische Verkenning is geschreven door mr. Jasper van Berckel Smit (Universiteit van Amsterdam) onder begeleiding van prof. em. Kees Groenendijk (Radboud Universiteit), prof. Peter Rodrigues (Universiteit Leiden) en dr. Maarten den Heijer (Universiteit van Amsterdam).

1 VOORGESCHIEDENIS

De volgende alinea's geven een historisch overzicht van wetgeving en beleid in Nederland sinds de jaren negentig ten aanzien van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf (hierna: ongedocumenteerden).

Tussen 1990 en 2000 is de uitvoering van de Vreemdelingenwet gecentraliseerd en weggehaald bij gemeenten. In de Vreemdelingenwet van 1849 tot 1994 speelde het hoofd van de plaatselijke politie een belangrijke rol bij het verschaffen van lokale informatie in het begin van de procedure, hoewel de uiteindelijke beslissing in Den Haag werd genomen. Waar de directie vreemdelingenzaken in 1990 nog 330 ambtenaren telde, groeide dat aantal gestaag naar rond de 3000 in het jaar 2000 en 4762 in 2020.¹ Er werd vroeger dus veel gedaan op lokaal niveau in de uitvoering van de Vreemdelingenwet, maar in de loop der tijd is de lokale kennis, dicht bij de mensen, (nagenoeg) verdwenen. Dit kan worden gezien als een (onbedoeld) neveneffect van de centralisatie, die is afgerond tijdens de intreding van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw).²

De decennia voorafgaand aan de jaren negentig kenden verschillende regularisaties. Na de permanente regularisatie van arbeidsmigranten in de jaren zestig,³ vormden de grote regularisatie van 1975⁴ en de kleinere regularisatie van 1980⁵

1 Jaarcijfers 2020 IND, <https://ind.nl/Documents/Tabel%20NL%202020.pdf>.

2 Zie onderstaand ook de bespreking van de burgermeesterregeling, waarin burgermeesters betrokken waren bij regularisaties.

3 C. van Eijl, *Tussenland: Illegaal in Nederland 1945-2000*, Hilversum 2012, p. 48-73.

4 Snel stijgende kosten van het toezicht op en de verwijdering van vreemdelingen in de jaren zeventig leidden tot de regularisatiemaatregel van 1975. Zie R. de Quant, 'Vorming van het vreemdelingenbeleid, een terugblik', in: *Vreemdelingen in Nederland* (WODC-rapport, Justitiële Verkenningen 1986, nr. 8), p. 1007. Om in aanmerking te komen voor de regeling moest de ongedocumenteerde aantonen vóór 1 november 1973 Nederland te zijn binnengekomen. Hij/zij moest ook regelmatig aan het arbeidsproces hebben deelgenomen en sociale premies en loonbelasting hebben betaald. Daarnaast was legalisering afhankelijk van de stand van de arbeidsmarkt. Zie A. van Groenendaël, 'Regularisatie', in: *Vreemdelingen in Nederland* (WODC-rapport, Justitiële Verkenningen 1986, nr. 8), p. 1040.

5 Legalisering was mogelijk indien de ongedocumenteerden in staat waren aan te tonen dat zij van januari 1978 tot 1979 onafgebroken bij dezelfde werkgever in dienst waren. Van Groenendaël 1986, p. 1043.

de keerzijde van een restrictiever wordend vreemdelingenbeleid, waarbij het voor vreemdelingen steeds moeilijker werd om aan een verblijfsvergunning te komen.⁶ Het regeerakkoord van het kabinet-Lubbers-Kok in 1989 was echter de opmaat voor een nog soberder vreemdelingenbeleid. Volgens het akkoord moest illegaal verblijf worden bestreden door een effectief terugkeer- en uitzettingsbeleid, het inperken van collectieve voorzieningen voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf en de strafbaarstelling van illegale tewerkstelling.⁷ Voorkomen moest worden dat 'het een vreemdeling feitelijk en financieel mogelijk wordt gemaakt illegaal in Nederland te verblijven door dezelfde overheid die hem het recht op verblijf weigert'.⁸ De Kamer benadrukte dat 'slechts diegenen recht hebben op het gebruik van bepaalde overheidsvoorzieningen die aan de verblijfsvoorwaarden daartoe voldoen' en 'de controle op de legaliteit van het verblijf zal geschieden in het kader van de bevolkingsadministratie'.⁹

Het voorgaande vormde de grondslag voor de 'Koppelingswet' uit 1998. Om te voorkomen dat ongedocumenteerden sociale voorzieningen gebruiken om hun onrechtmatige verblijf voort te zetten en een schijn van legaliteit kunnen verwerven,¹⁰ stelde deze wet het recht op voorzieningen afhankelijk van het verblijf van de vreemdeling, waarbij onderscheid werd gemaakt naar de aard van dat rechtmatige verblijf.¹¹ Hoewel het vastgelegde koppelingsbeginsel genoeg politiek draagvlak genoot en de wet een aanzet vormde voor eenheid in beleid,¹² bestond er ook substantiële kritiek op deze wet. Er werd gesteld dat het uitsluiten van een grote groep vreemdelingen niet in verhouding stond tot het beoogde ontmoedigingsdoel – zeker gezien de aanwezigheid van (minder ingrijpende) beleidsopties.¹³ Ook waren er bezwaren ten aanzien van de verstrekkende gevolgen voor een aantal specifieke categorieën rechtmatig verblijvende vreemdelingen, die ook werden uitgesloten van aanspraak op sociale voorzieningen.¹⁴ Bovendien leek de wet geringe effecten te hebben op de in- en uitstroom van vreemdelingen, waarmee vraagtekens werden geplaatst bij de effectiviteit van de Koppelingswet.¹⁵ De Raad van het openbaar bestuur stelde dat het illusoir is te veronderstellen dat het vreemdelingenbeleid ertoe leidt dat er geen ongedocumenteerden meer in Nederland zullen verblijven.¹⁶ In het licht van

6 Zie Van Eijl 2012, hfdst. 3-6.

7 *Kamerstukken II 1989/90*, 21132, nr. 8, p. 42-44; de commissie-Zeevalking, geïnstalleerd door het kabinet om de positie van ongedocumenteerden in Nederland uiteen te zetten, onderschreef de begrenzende benadering uit het regeerakkoord. *Kamerstukken I 1994/95*, 23807, nr. 126i.

8 *Kamerstukken II 1990/91*, 22146, nr. 1, p. 13.

9 *Kamerstukken II 1992/93*, 22981, nr. 1, p. 3.

10 *Kamerstukken II 1994/95*, 24233 nr. 3, p. 1-2.

11 B&A Groep, *Evaluatie van de Koppelingswet: Een onderzoek naar de effectiviteit, efficiëntie en legitimiteit van de Koppelingswet*, Den Haag, 27 april 2001, p. 22.

12 B&A Groep 2001, p. 145-47.

13 B&A Groep 2001, p. 155.

14 B&A Groep 2001, p. 75-98.

15 B&A Groep 2001, p. 154.

16 Raad voor het openbaar bestuur, *Illegale Blijvers*, Den Haag 1998, p. 8 e.v.

deze realiteitszin achtte de Raad het in 1989 'gepast en wenselijk dat deze illegale vreemdelingen enige ondersteuning kunnen vinden', wellicht door middel van particuliere hulporganisaties.¹⁷

In 1999 presenteerde toenmalig staatssecretaris Cohen de zogenoemde 'Burgemeestersregeling'.¹⁸ Deze eenmalige regeling moest een oplossing bieden voor een groep illegaal verblijvende en werkende vreemdelingen. Vreemdelingen vielen onder de regeling indien zij een ononderbroken verblijf in Nederland hadden vanaf 1 januari 1992 en daarnaast in het bezit waren van een sofinummer sinds dat moment.¹⁹ De regeling stond formeel bekend als de 'Tijdelijke regeling witte illegalen', maar de eerdere eis dat men zes jaar wit gewerkt moest hebben was niet opgenomen in het uiteindelijke document. Wel bevatte het de volgende contra-indicaties: valse documentatie, verstrekking onjuiste gegevens, criminele antecedenten en een eerdere uitzetting.²⁰ De burgemeesterscommissie bracht advies uit op basis van de mate van inburgering, de gezinsomstandigheden en de mate waarin de aanvrager in het eigen onderhoud had voorzien. Vervolgens was het aan de staatssecretaris om te beslissen of hij zijn discretionaire bevoegdheid al dan niet zou gebruiken. Uiteindelijk zou de regeling ruim worden toegepast, waarbij ongeveer 3000 migranten een verblijfsvergunning kregen.²¹

Jarenlang was er een permanente regularisatie, het driejarenbeleid: een vergunning werd verleend als er drie jaar lang geen onherroepelijke negatieve beslissing was genomen op het verzoek en dat uitstel niet aan de vreemdeling te wijten was en er geen criminele contra-indicaties waren. Dit beleid gold voor asielzoekers sinds 1992 (zie Nawijn-brief als hoofd Afd. asielzaken) en sinds 1994 ook voor andere vreemdelingen.²² Het beleid werd door dezelfde Nawijn in de enkele maanden dat hij minister was in het kabinet met de LPF weer afschaft in november 2002.²³ Daardoor ontstond de behoefte aan een 'eenmalige' regularisatie in 2003. In dit jaar kwam er een eenmalige pardonregeling voor asielzoekers die op dat moment inmiddels vijf jaar of langer in afwachting waren van een definitieve beslissing op hun eerste asielverzoek.²⁴ Op grond van deze regeling werd uiteindelijk aan 2.097 asielzoekers ambtshalve een reguliere verblijfsvergunning verstrekt.²⁵ De regeling kwam samen met een intensivering van het terugkeerbeleid, met als centraal punt

17 Raad voor het openbaar bestuur, *Illegale Blijvers*, Den Haag 1998, p. 10.

18 Tijdelijke regeling witte illegalen, *Stcrt.* 1999, 188, p. 5. Beschikbaar op <http://cmr.jur.ru.nl/cmr/tbv/tbv94/99/Vc94.TBV1999.23.pdf>.

19 Tijdelijke regeling witte illegalen, onder 'Voorwaarden'.

20 Tijdelijke regeling witte illegalen, onder 'Voorwaarden'.

21 E.C.H.J. van der Linden & A. Sharma, *Generaal pardon. Over regularisatie en illegale vreemdelingen* (Monografieën Vreemdeling en Recht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 28-29.

22 Zie Tussentijds Bericht Vreemdelingencirculaire (TBV) 1996/15.

23 Zie TBV 2002/62.

24 *Kamerstukken II* 2002/03, 19637, nr. 754; *Stcrt.* 2003, 191, p. 11.

25 *Kamerstukken II* 2003/04, 19637 en 29344, nr. 795.

de vrijwillige dan wel gedwongen terugkeer van uitgeprocedeerde asielzoekers die hun eerste aanvraag onder de oude Vreemdelingenwet hadden ingediend en nog steeds gebruikmaakten van opvangvoorzieningen. Dit leidde tot maatschappelijk en politiek verzet, wat de aanleiding zou zijn van het generaal pardon in 2007. Gedurende de jaren negentig was een achterstand ontstaan in de afhandeling van oude asielzaken (dat wil zeggen asielverzoeken ingediend vóór 1 april 2001 op grond van de oude Vreemdelingenwet) bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) en de rechtbanken. In 2007 kwam het 'generaal pardon' tot stand, waardoor 28.000 uitgeprocedeerde asielzoekers alsnog een verblijfsvergunning konden krijgen.²⁶ De voorwaarden voor de verblijfsvergunning waren als volgt: een vergunning werd gegeven aan de vreemdeling (1) wiens eerste asielaanvraag vóór 1 april 2001 was ingediend, dan wel die zich reeds vóór 1 april 2001 bij de IND of vreemdelingenpolitie had gemeld voor het indienen van een asielaanvraag; (2) die sinds 1 april 2001 ononderbroken in Nederland had verbleven; en (3) die, voor zover toepasselijk, vooraf schriftelijk had aangegeven dat hij zijn lopende procedures onvoorwaardelijk introk bij verblijfsaanvaarding op grond van de regeling. De regeling bevatte ook een aantal contra-indicaties, zoals het vormen van een gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid.²⁷ In het jarenlange debat voorafgaand aan de regeling was vooral het onafgebroken verblijf een punt van discussie, gezien de vertrekplicht van een uitgeprocedeerde asielzoeker.

In 2010 werd in het regeerakkoord de aanzet gegeven tot het voeren van een nog terughoudender vreemdelingenbeleid, meer specifiek ten aanzien van gezinsmigratie. De afschaffing van alle elementen van het Nederlandse gezinsherenigingbeleid die gunstiger waren dan waartoe de Gezinsherenigingsrichtlijn²⁸ Nederland verplichtte, was een centraal onderdeel van het gedoogakkoord van CDA en VVD met de PVV.²⁹ Met het doel een kansrijkere integratie te genereren was het kabinet voornemens gezinsmigratie te beperken tot het kerngezin, een wachttermijn van een jaar voor de referent in te voeren, en de vereiste termijn voor voortgezet verblijf van gezinsmigranten van drie naar vijf jaar te verlengen.³⁰ Deze uitgangspunten werden verwerkt in het conceptbesluit houdende wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000) inzake de aanscherping van de eisen van gezinsmigratie.³¹ Op grond

26 *Stcrt.* 2007, 11.

27 Wijziging Vreemdelingencirculaire 2000 (WBV) 2007/11.

28 Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (*PbEU* 2003, L 251/12).

29 NB Er waren nog meer aanscherpingen die strijdig waren met de genoemde richtlijn, waardoor ze niet konden worden doorgevoerd.

30 *Kamerstukken II* 2010/11, 32417, nr. 15, p. 20-26; zie voor kritische noten ten aanzien van dit regeerakkoord, B. de Hart, P.E. Minderhoud, M.H.A. Strik & A.B. Terlouw, 'De immigratievoorstellen van het regeerakkoord ontrafeld', *A&MR* 2010/9; zie ook commissie-Meijers, Notitie inzake immigratie en asiel in het Regeerakkoord VVD-CDA, 8 november 2010; commissie-Meijers, Vervolgotitie immigratie en asiel in het regeerakkoord VVD-CDA, 31 januari 2011.

31 Brief van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 17 februari 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 32175, nr. 21).

van dezelfde redenen kwam artikel 3.25 Vb 2000 ten aanzien van de toelating van alleenstaande ouderen te vervallen.³² Deze afschaffing werd niet tot nauwelijks gemotiveerd.³³ In zijn reactie op het besluit om gezinsmigratie alleen bij gehuwden en geregistreerde partners toe te staan, vroeg de Raad voor de rechtspraak zich af hoe moet worden omgegaan met personen die geen huwelijksakte of partnerschapsregistratie over kunnen leggen, maar wel een langdurige relatie hebben.³⁴ Verder verwachtte de Raad dat het ontwerpbesluit zou leiden tot extra zaken van ongehuwde of niet-geregistreerde partners, meerderjarigen en 65-plussers die worden uitgesloten van gezinsmigratie.³⁵ Ook de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) had een aantal kanttekeningen, o.a. ten aanzien van de effectiviteit van het ontwerpbesluit, de aanwezigheid van alternatieve controlemechanismen om schijnhuwelijken te voorkomen, en de mogelijke mensenrechtelijke bezwaren met betrekking tot de invoering van de wachttermijn voor de referent.³⁶ In zijn reactie verwierp het kabinet de meeste bezwaren en voerde de wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 door.³⁷

Nadat het voornemen om onrechtmatig verblijf strafbaar te stellen uiteindelijk niet leidde tot een wetswijziging in 2013,³⁸ vormt het vervallen van de algemene discretionaire bevoegdheid in 2019 het voorlopige slotstuk van het strenger wordende migratiebeleid.³⁹ Naar aanleiding van het debat over het 'kinderpardon' bereikten de coalitiepartijen een overeenkomst ten aanzien van de afschaffing van de bevoegdheid van de staatssecretaris om een verblijfsvergunning te verlenen bij uitzonderlijke persoonlijke omstandigheden die in onderlinge samenhang bezien tot een schrijnende situatie leidden. Deze wijziging had als doel de prikkels te verminderen die verblijf in Nederland verlengen.⁴⁰ In plaats van de algemene discretionaire bevoegdheid is er een nieuwe bepaling geïntroduceerd. Hierin dient de hoofd directeur van de IND tijdens de eerste aanvraagprocedure voor een verblijfsvergunning

32 Besluit van 27 maart 2012 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, het Besluit modern migratiebeleid en het Besluit inburgering (aanscherping eisen gezinsmigratie) (*Stb.* 2012, 148); zie ook de nota van toelichting (NvT).

33 Het voornaamste motief was dat Richtlijn 2003/86/EG Nederland niet verplichtte tot de toelating van ouders (zie *Stb.* 2012, 148, p. 9 en 14); over de effecten voor de ouders en voor hun kinderen in Nederland die voor hen kunnen en willen zorgen was niet zichtbaar nagedacht.

34 Raad voor de rechtspraak, Advies Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Vreemdelingenbesluit in verband met aanscherping van de eisen van gezinsmigratie, 23 augustus 2011, 2011-2000273096.

35 Raad voor de rechtspraak, Advies 23 augustus 2011.

36 ACVZ, Advies inzake het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (aanscherping eisen gezinsmigratie), ACVZ/ADV/2011/021, 20 juli 2011.

37 *Stb.* 2012, 148; zie ook de NvT.

38 *Kamerstukken II* 2013/14, 33512, nr. 13; zie hieromtrent ACVZ, Aanvullend advies over voorstel tot wijziging Vreemdelingenwet (VW) 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland, ACVZ/ADV/2013/015, 14 januari 2013.

39 Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen (*Stb.* 2019, 143).

40 NvT bij Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (*Stb.* 2019, 143).

ambtshalve te beoordelen of een verblijfsvergunning kan worden verleend onder een andere beperking dan voorzien in het Vreemdelingenbesluit. Deze beoordeling kan tot aan een beslissing in hoger beroep worden gegeven. Als reactie op het besluit de discretionaire bevoegdheid uit te sluiten bij een herhaalde aanvraag hebben de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) (ongevraagd) en de Raad van State kritiek geuit, nu het niet is uitgesloten dat bij een herhaalde of nieuwe aanvraag zich uitzonderlijke (schrijnende) gevallen voordoen.⁴¹ Beargumenteerd kan worden dat de staatssecretaris nog altijd een vergunning tot verblijf kan afgeven daar waar de Vreemdelingenwet hem/haar de bevoegdheid verleent of waar het evenredigheidsbeginsel daartoe dwingt – ook bij opvolgende verzoeken (en zeker wanneer de situatie is gewijzigd). De staatssecretaris blijft verantwoordelijk voor de beslissingen van de IND en kan daarover in de Kamers ter verantwoording worden geroepen.

Op basis van al het voorgaande in deze introductie kan worden gesteld dat de Rijksoverheid de problemen die gepaard gaan met de illegaliteit van vreemdelingen in Nederland grotendeels zelf heeft veroorzaakt. Naast de centralisering van de uitvoering van de Vreemdelingenwet heeft de Rijksoverheid een aantal regelingen en besluiten afgeschafte waardoor de ruimte voor maatwerk en menselijke maat in vreemdelingenzaken is verkleind.⁴²

41 ACVZ, Wetsadvies 'Afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid', Den Haag: ACVZ, 1 juli 2019; Raad van State, Ontwerpbesluit tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen, W16.19.0054/II, 13 maart 2019.

42 Zie o.a. dit argument in Geertsema, K., *et al.* (2021). Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht. *Nederlands Juristenblad. Afl, 14*, pp.1046-1053; zie ook SVMA en VAJN (2021). Ongehoord onrecht in het vreemdelingenrecht. <https://www.vajn.org/wp-content/uploads/2021/04/boek-ongehoord-onrecht-in-het-vreemdelingenrecht.pdf>.

2 RECHT OP VERBLIJF

2.1 INLEIDING

De verblijfsaanspraak die de meeste aanknopingspunten biedt voor leden van de groep ongedocumenteerde ouderen, indien zij niet in aanmerking komen voor een asielvergunning of een reguliere verblijfsvergunning maar wel in een schrijnende situatie terechtkomen als gevolg van het niet verlenen van een verblijfsvergunning, is de vergunning op grond van artikel 3.6ba Vb 2000. Deze vergunning wordt verleend wanneer sprake is van een schrijnende situatie die gelegen is in een samenstel van bijzondere omstandigheden die de vreemdeling betreffen. Deze aanspraak wordt als eerste besproken. Daarna worden achtereenvolgens de mogelijkheden tot verblijf op grond van gezinsleven en/of privéleven en het buitenschuldbeleid besproken. Vervolgens wordt gekeken naar de Duitse (en Zwitserse) *Härtefallkommissionen*, als mogelijke alternatieve procedure voor de in feite niet of nauwelijks werkende regeling voor schrijnende gevallen. Ten slotte wordt ingegaan op het 'afhankelijke ouder-concept' in de Nederlandse context en op de Gezinsherenigingsrichtlijn om te onderzoeken welke argumenten kunnen worden geopperd voor een wijziging of (her)introdactie van juridische gronden op basis waarvan oudere ongedocumenteerden een beroep kunnen doen op een verblijfsvergunning.

2.2 RELEVANTE VERBLIJFSAANSPRAKEN

2.2.1 *Verblijfsvergunning op grond van schrijnendheid*

De algemene discretionaire bevoegdheid, op grond van artikel 3.4 lid 3 Vb (oud), is op 1 mei 2019 komen te vervallen.⁴³ In plaats daarvan is een regeling gekomen waaronder de hoofd directeur van de IND ambtshalve beoordeelt of een verblijfsvergunning kan worden verleend onder een andere beperking dan voorzien in het Vreemdelingenbesluit. Op grond van artikel 3.6b onder a Vb 2000 kan, tot het moment

43 Brief van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 29 januari 2019 (*Kamerstukken II* 2018/19, 19637, nr. 2459).

dat de beslissing op de eerste aanvraag om een verblijfsvergunning in Nederland onherroepelijk is geworden, een verblijfsvergunning worden verleend indien sprake is van een schrijnende situatie die gelegen is in een samenstel van bijzondere en individuele omstandigheden die de vreemdeling betreffen en zich in Nederland hebben voorgedaan. Van deze bevoegdheid wordt terughoudend gebruikgemaakt door de IND – in 2018 werden negentig vergunningen verleend op grond van de voormalige discretionaire bevoegdheid – waarbij rekening moet worden gehouden met de beslissingsruimte van de IND bij de beoordeling van een aanvraag om een verblijfsvergunning.⁴⁴ Er is een significante daling van het aantal verblijfsvergunningen dat op grond van schrijnendheid wordt verleend. In 2019 zijn tot het moment dat de algemene discretionaire bevoegdheid is komen te vervallen (namelijk 1 mei 2019) twintig vergunningen verleend op deze grond. Uit cijfers van het Ministerie van Justitie en Veiligheid blijkt dat er sinds mei 2019 (tot februari 2022) slechts 7 verblijfsvergunningen zijn verleend op basis van artikel 3.6b onder a Vb 2000.⁴⁵

De beoordeling van de door de vreemdeling aangevoerde omstandigheden vindt plaats aan de hand van het gevormde beleidskader (zie wijziging Vreemdelingen-circulaire van 29 april 2019).⁴⁶ Daarnaast wordt, indien relevant, aansluiting gezocht bij verschillende openbaar gemaakte documenten van de minister/IND – de ‘brief van 21 februari 2007’ en het ‘praktijkdocument’⁴⁷ – hoewel deze documenten in beginsel zagen op de beoordeling van gevallen op grond van de voormalige discretionaire bevoegdheid.⁴⁸ De IND geeft aan dat in het algemeen een beperkt gewicht wordt toegekend aan omstandigheden die zijn gerezen tijdens een periode van niet-rechtmatig verblijf van de vreemdeling.⁴⁹

44 Besluit van 29 april 2019, WBV 2019/7, houdende wijziging van de Vreemdelingen-circulaire 2000 (*Stcrt.* 2019, 24564).

45 Dit volgt uit cijfers die het Ministerie van Justitie en Veiligheid heeft verstrekt aan De Telegraaf. V. Bartels en N. Rigter, ‘IND strenger voor asielzoekers met schrijnende situaties: rekken en frustreren mag niet meer lonen’, *Telegraaf* 5 februari 2022; zie voor cijfers tot en met de eerste periode van 2020, Rapportage Vreemdelingenketen: Periode januari-december 2019, april 2020, p. 19-20 (< 5 vergunningen); Periode januari-juni 2020, november 2020, p. 19 (< 5 vergunningen).

46 Rapportage Vreemdelingenketen: Periode januari-december 2019, april 2020, p. 19-20; Periode januari-juni 2020, november 2020, p. 19. Zie wijzigingen Paragraaf B11/2.5 Vreemdelingen-circulaire 2000, Paragraaf B11/3 Vreemdelingen-circulaire 2000, Paragraaf C1/4.5 Vreemdelingen-circulaire 2000.

47 Zie Brief van de Minister van Justitie van 21 februari 2007 (*Kamerstukken II* 2006/07, 19637, nr. 1131) over de beoordeling van de zogenoemde 14/1-brieven en het zogenoemde praktijkdocument uit 2016 (zie bijlage ECLI:NL:RBAMS:2018:2305). NB De bijlagen van de brief, waarin uiteengezet wordt welk gewicht de verschillende omstandigheden kregen bij de beoordeling, geldt niet als richtsnoer in relatie tot art. 3.6b onder a Vb 2000.

48 Besluit van 29 april 2019, WBV 2019/7, houdende wijziging van de Vreemdelingen-circulaire 2000 (*Stcrt.* 2019, 24564).

49 Besluit van 29 april 2019, WBV 2019/7; zie uitwerking in paragraaf B11/2.5 Vreemdelingen-circulaire 2000.

De bijzondere omstandigheden, zoals (niet-limitatief) opgesomd in het praktijkdocument, waarbij ook de omstandigheden uit de brief van 21 februari 2007 zijn opgenomen, luiden als volgt:

- afwijzing aanvragen die terecht zijn maar ernstige nadelige gevolgen met zich meebrengen en/of grensgevallen zijn;
- (ernstige) medische problemen;
- perioden van rechtmatig of quasirechtmatig verblijf;
- de situatie waarin een belangrijk gedeelte van het gezin waarvan de vreemdeling deel uitmaakt wél is toegelaten, maar de vreemdeling zelf niet;
- overlijden in Nederland van een gezinslid van de betrokken vreemdeling;
- dreigende scheiding tussen de vreemdeling en diens kind(eren);
- gendergerelateerde aspecten, met name eerwraak en huiselijk geweld;
- rol van de overheid;
- belang van het kind;
- maatschappelijk belang.⁵⁰

Bij de beoordeling worden de volgende contra-indicaties betrokken:

- gevaar voor de openbare orde;
- identiteitsfraude of twijfel aan de identiteit van de vreemdeling;
- niet-rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8 Vw 2000.⁵¹

Indien zich ná de eerste aanvraag uitzonderlijke schrijvende omstandigheden voordoen, zou de vreemdeling de staatssecretaris kunnen vragen gebruik te maken van de bevoegdheid op grond van artikel 14 jo. 13 onder c Vw. Artikel 14 geeft de staatssecretaris de algemene bevoegdheid verblijfsvergunningen te verlenen. Een van de gronden waarop verblijfsvergunningen worden verleend is indien 'klemmende redenen van humanitaire aard daartoe nopen' (art. 13 onder c Vw 2000). Daarom is bepleit dat het bestuursorgaan nog steeds verplicht is tot een afweging van de betrokken belangen na de eerste aanvraag, ondanks de enkele mogelijkheid van ambtshalve verlening van een verblijfsvergunning tijdens de eerste procedure op grond van het nieuwe artikel 3.6ba Vb 2000.⁵² In de literatuur wordt overigens getwijfeld of de afschaffing van de discretionaire bevoegdheid überhaupt te verenigen is met artikel 14 jo. 13 onder c Vw 2000, nu een wettelijke bevoegdheid om verblijfsvergunningen te verlenen (i.c. Vw 2000) niet in lagere regelgeving (i.c. Vb 2000) maar alleen bij wet kan worden beperkt of afgeschaft.⁵³ Er kleven daarnaast

50 Zie het praktijkdocument voor specifiekere invulling van de omstandigheden in de bijlage bij ECLI:NL:RBAMS:2018:2305.

51 Besluit van 29 april 2019, WBV 2019/7; zie uitwerking in paragraaf B11/2.5 Vreemdelingencirculaire 2000.

52 Zie o.a. noot C.A. Groenendijk bij Rb. Amsterdam 4 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2254, *JV* 2021/85.

53 Noot Groenendijk, *JV* 2021/85; zie ook de discussie in het algemeen over dergelijke constructies tussen Kortmann en Verheij in *NJB* 2000, p. 1672 en 2003.

mogelijk nog meer bezwaren aan artikel 3.6ba Vb 2000 in het licht van de rechtsbeginselen en het Unierecht.⁵⁴

In gevallen die buiten de reikwijdte van artikel 3.6ba Vb 2000 vallen, zou artikel 3.6b Vb 2000 ook nog houvast kunnen bieden. De staatssecretaris van Justitie en Veiligheid dient op grond van dit artikel ambtshalve inhoudelijk te toetsen op (schrijnende) medische of humanitaire gronden, ook in gevallen waarin het niet gaat om een eerste asielaanvraag.⁵⁵ Een verblijfsvergunning op medische gronden wordt verleend indien: de vreemdeling niet in staat is te reizen vanwege zijn/haar gezondheidstoestand of die van een van zijn/haar gezinsleden; het stoppen van de medische behandeling leidt tot een medische noodsituatie (namelijk overlijden, invaliditeit of een andere vorm van ernstige geestelijke of lichamelijke schade); de medische behandeling niet kan plaatsvinden in het land van herkomst van de vreemdeling.⁵⁶ Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat ongedocumenteerde ouderen aanspraak kunnen maken op een verblijfsvergunning op tijdelijke humanitaire gronden, maar dit gaat om zeer uitzonderlijke situaties of enkel om zeer tijdelijke vergunningen.⁵⁷

2.2.2 *Verblijfsvergunning op grond van artikel 8 EVRM*

Als een vreemdeling geen recht op verblijf heeft op grond van nationale regelgeving, bestaat de kans dat in sommige gevallen toch een verblijfsvergunning wordt verleend op grond van artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), ter bescherming van het recht op gezinsleven en/of privéleven. Aan artikel 8 EVRM wordt o.a. getoetst indien de vreemdeling een aanvraag indient voor verblijf als familie- of gezinslid op grond van artikel 8 EVRM,⁵⁸ of bij het weigeren van een verblijfsvergunning regulier en de feiten aanleiding geven om aan te nemen dat sprake is van familie- of gezinsleven dan wel privéleven.⁵⁹ In de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is invulling gegeven aan wat de bescherming van gezinsleven en privéleven in artikel 8 EVRM inhoudt. De IND stelt dat, ten aanzien van

54 Zie o.a. M.J.M. Peeters, 'Een ongelukkige deal. Afschaffing discretionaire bevoegdheid staatssecretaris', *A&MR* 2021/4.

55 Zie Rb. Den Haag (zp. Middelburg) 17 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9335, r.o. 10, waarin wordt verwezen naar ABRvS 21 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:567 en ABRvS 28 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:973.

56 Zie uitwerking vergunning medische behandeling in Paragraaf B8/9 Vc 2000.

57 Er moet sprake zijn van: eerge relateerd en huiselijk geweld; slachtoffers en getuige-aangevers van mensenhandel; vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken; remigratie op grond van art. 8 Remigratiewet; verblijf in afwachting van een verzoek ex art. 17 RWN; medische behandeling; verblijf van vreemdelingen die zich in de terminale fase van een ziekte bevinden; verblijf als beschermde getuige in beschermingsprogramma van de Politie Landelijke Eenheid. Zie uitwerking vergunning humanitair tijdelijk in Paragraaf B8 Vc 2000.

58 Art. 3.13 Vb 2000.

59 Art. 3.6 lid 1 onder a Vb 2000.

het gezinsleven, deze rechtspraak is verwerkt in Nederlands beleid.⁶⁰ Men kan zich afvragen of dit daadwerkelijk het geval is: er is bijvoorbeeld beargumenteerd dat het gekozen 'jongvolwassenenbeleid' de EHRM-jurisprudentie niet in alle opzichten volgt.⁶¹

In de beoordeling of uitzetting strijd zou opleveren met het recht op familie- of gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM, dient allereerst te worden vastgesteld of sprake is van familie- of gezinsleven. Een mogelijk aanknopingspunt voor ongedocumenteerde ouderen zou het bestaan van gezinsleven met meerderjarige kinderen zijn. De hoofdregel is dat sprake moet zijn van een meer dan gebruikelijke afhankelijkheidsrelatie ('more than the normal emotional ties') tussen ouders en meerderjarige kinderen om familie- of gezinsleven als bedoeld in artikel 8 EVRM te kunnen aannemen.⁶² Dezelfde toets geldt voor het aannemen van familieleden tussen meerderjarige familieleden in het algemeen.⁶³ Volgens de Werkinstructie zijn de volgende factoren van belang bij deze beoordeling: eventuele samenwoning, de mate van financiële afhankelijkheid, de mate van emotionele afhankelijkheid, de gezondheid van betrokkene en de banden met het land van herkomst.⁶⁴ De afhankelijkheidsrelatie moet de gebruikelijke banden die tussen de ouder(s) en het meerderjarige kind bestaan, overstijgen⁶⁵ – waarbij de vraag of exclusieve afhankelijkheid bestaat een zwaarwegende factor is, maar geen beslissende als zodanig.⁶⁶ Het EHRM heeft bepaald dat de omstandigheid dat de gezinsleden al in het land van herkomst behoordden tot het gezin, in het voordeel van de vreemdeling kan worden meegenomen.⁶⁷ In sommige gevallen wordt een minder strenge toets gehanteerd. De IND neemt familie- en gezinsleven aan tussen ouders en hun meerderjarige kinderen *zonder* dat sprake hoeft te zijn van een meer dan gebruikelijke afhankelijkheidsrelatie, als

60 Zie paragraaf B7/3.8 van de Vc 2000; zie voorts WI 2019/15 Richtlijnen voor de toepassing van art. 8 EVRM.

61 Zie H.M.A.E. van Ooijen & D. Brouwer, 'Meer dan de normale emotionele banden', *A&MR* 2020/2, p. 59. Dit jongvolwassenenbeleid zou meer gelijkenissen hebben met het nareisbeleid dan met de jurisprudentie van het EHRM. Bovendien gingen geen van de drie EHRM-arresten waarnaar de toelichting verwijst over een vergunningverlening aan gezinsleden die zelf nog geen banden met het land van bestemming hadden, maar betroffen ze reeds gesettlede migranten (zie wijziging van de Vreemdelingencirculaire, *Stcrt.* 2016, 46741). Er wordt verwezen naar EHRM 23 september 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0923JUD002567207 (*Bousarra/Frankrijk*); EHRM 14 juni 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0614JUD003805809 (*Osman/Denemarken*); EHRM 20 september 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD000800008 (*A.A./Verenigd Koninkrijk*).

62 Paragraaf B7/3.8.1 Vc 2000.

63 Paragraaf B7/3.8.1 Vc 2000.

64 WI 2019/15 (SUA), par. 3.4.

65 WI 2019/15 (SUA), par. 3.4.

66 De ABRvS heeft geoordeeld dat de mogelijkheid reëel is dat anderen voor het afhankelijke gezinslid kunnen zorgen in de uitspraak van 4 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1003.

67 EHRM 10 december 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:1210DEC001037583 (*S. en S./Verenigd Koninkrijk*).

het kind jongvolwassen is,⁶⁸ met de ouders in gezinsverband samenleeft, niet in zijn eigen onderhoud voorziet, of geen zelfstandig gezin heeft gevormd door het aangaan van een huwelijk of relatie.⁶⁹

Na de vaststelling van familie- of gezinsleven, moet worden gekeken of het besluit leidt tot (voortdurende) scheiding van de gezinsleden, waarbij van belang is dat op het moment van beoordelen een van de betrokkenen rechtmatig verblijf heeft op grond van een verblijfsvergunning.⁷⁰ Daarna volgt een belangenafweging op basis van alle relevante feiten en omstandigheden.

Belangen van de vreemdeling zijn:

- eerste toelating versus eerder rechtmatig verblijf;⁷¹
- objectieve belemmeringen en asielgerelateerde aspecten;⁷²
- ‘a certain degree of hardship’;⁷³
- binding met land van herkomst;⁷⁴
- binding met een ander land;⁷⁵
- binding met Nederland;⁷⁶

68 In de werkinstructie wordt een leeftijdsgrens van 25 jaar gehanteerd. Het EHRM heeft echter nooit een harde leeftijdsgrens genoemd in zijn jurisprudentie en zelfs een enkele keer een hogere grens van 28 jaar aangehouden. Zie EHRM 21 oktober 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:1021JUD002540494 (*Boujlifa/Frankrijk*). Nu het EHRM geen harde leeftijdsgrens volgt, dient de staatssecretaris bij vreemdelingen van ongeveer 25 jaar oud op basis van de specifieke omstandigheden van het geval te beoordelen of sprake is van jongvolwassenen. Zie ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:996.

69 Indien het jongvolwassen kind een eigen gezin heeft gesticht, kan worden aangenomen dat hij of zij niet meer tot het gezin van de ouders behoort. In 1996 oordeelde het EHRM echter dat gezinsleven tussen een man en zijn ouders en broers en zussen bestond, zónder de meer dan gebruikelijke afhankelijkheid, hoewel hij een relatie had gehad en een kind had gekregen. Zie EHRM 24 april 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0424JUD002207093 (*Boughanemi/Frankrijk*). Ook lijken de andere contra-indicaties niet in de weg te staan voor het aannemen van gezinsleven. Zie EHRM 26 september 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:0926JUD002561394 (*El Boujaïdi/Frankrijk*).

70 Zie WI 2019/15(SUA), par. 4.

71 Bij de eerste toelating heeft de vreemdeling een minder sterke uitgangspositie dan bij inmening. Zie paragraaf B7/3.8.2 Vc 2000; uit EHRM-jurisprudentie volgt dat staten geen algemene verplichting hebben om vreemdelingen zelf te laten kiezen in welk land zij familielevens willen uitoefenen op grond van art. 8 EVRM, maar dat betekent niet dat er nooit een positieve verplichting tot toelating bestaat onder art. 8 EVRM. Zie o.a. EHRM 21 december 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1221JUD003146596 (*Sen/Nederland*); EHRM 19 oktober 2004, ECLI:CE:ECHR:2005:1201JUD006066500 (*Tuquabo-Tekle/Nederland*); EHRM 3 oktober 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1003JUD001273810 (*Jeunesse/Nederland*).

72 Asielgerelateerde aspecten kunnen een rol spelen bij de beoordeling. Zie ABRvS 18 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5181; ABRvS 17 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3021.

73 WI 2019/15(SUA), par. 7.4.

74 WI 2019/15(SUA), par. 7.5.

75 WI 2019/15(SUA), par. 7.6; zie o.a. EHRM 18 mei 1985, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480 (*Abdulaziz e.a./Verenigd Koninkrijk*), waarin gezinsleven ook in het land van herkomst van de echtgenoten kon plaatsvinden.

76 WI 2019/15(SUA), par. 7.7;

- medische omstandigheden;⁷⁷
- inspanningen gericht op terugkeer;⁷⁸
- belang van het kind.⁷⁹

Belangen van de staat zijn:

- openbare orde;⁸⁰
- economisch belang;⁸¹
- geldig document voor grensoverschrijding.⁸²

Indien de belangen van het individu i.c. zwaarder wegen dan de belangen van de staat, dan zou uitzetting strijd opleveren met het recht op familie- of gezinsleven en zal een verblijfsvergunning moeten worden verleend op deze grond.⁸³

Naast familie- of gezinsleven behelst artikel 8 EVRM het recht op privéleven. Privéleven in de zin van artikel 8 EVRM ziet op alle banden van de vreemdeling met Nederland, bijvoorbeeld het spreken van de taal, het volgen van een opleiding, het hebben van werk en het onderhouden van een sociaal netwerk.⁸⁴ Hoewel redelijk snel wordt aangenomen dat sprake is van privéleven, zal uit een belangenafweging moeten blijken of sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat een verplichting bestaat tot het laten voortzetten van het privéleven in Nederland.⁸⁵ De staatssecretaris komt enkel in ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ tot deze conclusie volgens de Werkinstructie.⁸⁶ Toch heeft de Afdeling in een recente uitspraak geoordeeld dat de weigering van een machtiging voorlopig verblijf (mvv) voor ‘wedertoelating’ van een buiten Nederland geboren oud-Nederlander, strijdig

77 WI 2019/15(SUA), par. 7.7; zie o.a. EHRM 13 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810 (*Paposhvili/België*), par. 223-225, waaruit volgt dat de inherente procedurele verplichting onder art. 8 EVRM een schending kan opleveren, indien medische omstandigheden niet worden meegenomen in de belangenafweging.

78 WI 2019/15(SUA), par. 7.8.

79 Zie criteria in EHRM 21 december 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1221JUD003146596 (*Sen/Nederland*).

80 WI 2019/15(SUA), par. 6.2; openbare orde wordt onderverdeeld in misdrijven, onttrekking aan ouderlijk toezicht en polygamie.

81 WI 2019/15(SUA), par. 6.3.

82 WI 2019/15(SUA), par. 6.4.

83 Zie uitwerking B7/3.8.3. Vc 2000; zie ook WI 2019/15(SUA), par. 5-9.

84 Op grond van EHRM-jurisprudentie ziet het begrip privéleven op persoonlijke, sociale en economische relaties met een samenleving. Zie EHRM 9 oktober 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD004832199 (*Slivenko/Letland*); EHRM 16 juni 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0616JUD006065400 (*Sisojeva/Letland*).

85 In ieder geval worden de volgende factoren betrokken in de afweging: het belang van de staat; de duur van verblijf in Nederland; de aard van het verblijfsrecht; de leeftijd waarop de vreemdeling naar Nederland is gekomen; verblijf gedurende minderjarigheid bij rechtmatig verblijvende gezinsleden/feitelijk verzorgers; de duur van het verblijf in Nederland ten opzichte van het verblijf in het land van herkomst; banden met het land van herkomst; inspanningen gericht op terugkeer; bijzondere omstandigheden; invulling op afstand. Zie WI 2019/15(SUA).

86 WI 2019/15(SUA), par. 10.3.

is met het recht op privéleven van artikel 8 EVRM.⁸⁷ Bij de beoordeling was van belang dat het ging om een 82-jarige vrouw met Surinaamse nationaliteit die 42 jaar de Nederlandse nationaliteit had, 22 jaar als Nederlands ambtenaar werkzaam is geweest, in Nederland belastingplichtig is en een Nederlands ABP-pensioen ontvangt. Ook zijn drie van haar vier kinderen Nederlander en wonen zij net als haar kleinkinderen en achterkleinkinderen in Nederland. Ten slotte is ze nog negen jaar rechtmatig in Nederland geweest, nadat ze in 1982 voor de Surinaamse nationaliteit had geopteerd.⁸⁸

Uit Straatsburgse jurisprudentie volgt dat vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf een gegronde aanspraak op verblijf hebben op grond van artikel 8 EVRM, hoewel dit minder waarschijnlijk is dan in het geval van vreemdelingen die rechtmatig aanwezig zijn. Het Hof heeft in de *Jeunesse*-uitspraak uit 2014 geoordeeld dat het niet verstrekken van een verblijfsvergunning om verzoeksters verblijf te regulariseren door de Nederlandse autoriteiten een schending van artikel 8 EVRM opleverde.⁸⁹ Daarbij benadrukte het Hof wel de 'zeer uitzonderlijke' omstandigheden van de zaak.⁹⁰ Het ging om een getrouwd stel dat samenwoonde met drie kinderen. Verzoekster, de enige vreemdeling van het gezin, verbleef al meer dan zeventien jaar illegaal in Nederland, met volledige kennis van de autoriteiten die haar nooit serieus probeerden uit te zetten. Het arrest is in overeenstemming met eerdere jurisprudentie van het EHRM over gezinshereniging, waarbij onrechtmatig verblijf het Hof er niet van weerhield om te bepalen dat de staat zijn positieve verplichtingen uit hoofde van artikel 8 EVRM had geschonden.⁹¹

Een andere door het Hof ontwikkelde jurisprudentielijn ziet op de regularisering in gevallen waarin sterke sociale banden met het land van *de facto* verblijf zijn ontwikkeld. Het Hof heeft geaccepteerd dat artikel 8 EVRM een recht kan behelzen om geregulariseerd te worden om een juridische status te verkrijgen dat de persoonlijke, sociale en economische banden van een persoon met zijn of haar *de facto*

87 ABRvS 2 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2335, *JV* 2020/214, m.nt. B.A.

88 WI 2019/15(SUA), par. 1.2.

89 EHRM 3 oktober 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1003JUD001273810 (*Jeunesse/Nederland*).

90 WI 2019/15(SUA), par. 121-122; voor de 'uitzonderlijke omstandigheden'-toets met betrekking tot vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf, zie EHRM 4 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1204JUD004701709 (*Butt/Noorwegen*), met verwijzing naar eerdere jurisprudentie. Het Hof oordeelde dat de uitzetting van de vreemdeling uit Noorwegen een schending zou zijn van art. 8 EVRM.

91 Zie bijv. EHRM 31 januari 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0131JUD005043599 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer/Nederland*).

thuisland adequaat reflecteert.⁹² Deze lijn heeft de Grote Kamer van het EHRM in 2012 bevestigd in het *Kurić*-arrest, wat van algemene betekenis is voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf. Het Hof overwoog dat de positieve verplichtingen die voortvloeien uit een effectief respect voor privé- en gezinsleven kan leiden tot de conclusie dat de regularisatie van de verblijfsstatus van de vreemdelingen een noodzakelijke stap was die de Staat had moeten nemen om ervoor te zorgen dat de artikel 8 EVRM-rechten niet onevenredig zouden worden aangetast.⁹³

Men zou daarom kunnen stellen dat artikel 8 EVRM niet enkel ziet op een recht om niet uitgezet te worden, maar daarnaast een recht behelst om in bijzondere gevallen te worden geregulariseerd. Dit werd onder meer duidelijk in de EHRM-arresten *Hoti*, *Sudita Keita* en *B.A.C.* In *Hoti* schonden de nationale autoriteiten het recht op privéleven van een staatloze vreemdeling door jarenlang zijn verblijfsstatus niet te regulariseren en hem daarmee in een onzekere situatie te laten.⁹⁴ *Sudita Keita* betrof ook een staatloze persoon die langdurig moeite had met het regulariseren van zijn juridische situatie gedurende vijftien jaren, wat nadelige effecten had voor zijn toegang tot medische zorg en arbeid en zijn recht om te trouwen.⁹⁵ In beide gevallen constateerde het Hof een schending van artikel 8 EVRM door een gebrek aan effectieve en toegankelijke procedures om verder verblijf en status vast te stellen.⁹⁶ In de zaak *B.A.C.* oordeelde het Hof dat sprake was van een schending van de positieve verplichtingen van de staat op grond van artikel 8 EVRM, omdat Griekenland langer dan twaalf jaar niet had beslist op de asielaanvraag van de asielzoeker.⁹⁷

2.2.3 *Verblijfsvergunning op grond van Terugkeerrichtlijn*

Voor deze studie is het van belang om na te gaan of er in het EU-recht rechtsgronden bestaan tot regularisering van ongedocumenteerde ouderen. Het meest relevante rechtsinstrument is de Terugkeerrichtlijn (Tri). Hoewel het nagenoeg stil is als het gaat om een op mensenrechten gebaseerde claim tot regularisering, verschaft deze richtlijn de lidstaten een discretionaire bevoegdheid om in elke fase van de

92 Zie EHRM 16 juni 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0616JUD006065400 (*Sisojeva/Letland*), par. 105; zie voor discussie, D. Thym, 'Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: a Human Right to Regularize Illegal Stay?', *International and Comparative Law Quarterly* 2008, nr. 1; M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 442-481; C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 79-83; merk wel op dat de Grote Kamer van het EHRM in deze zaak voorzichtiger was in haar conclusie: EHRM 15 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0115JUD006065400 (*Sisojeva e.a./Letland*), par. 90-91.

93 EHRM 12 maart 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0312JUD002682806 (*Kurić e.a./Slovenië*), par. 358-359.

94 EHRM 26 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0426JUD006331114 (*Hoti/Kroatië*), par. 126.

95 EHRM 12 augustus 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0512JUD004232115 (*Sudita Keita/Hongarije*).

96 EHRM 26 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0426JUD006331114 (*Hoti/Kroatië*), par. 141; EHRM 12 augustus 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0512JUD004232115 (*Sudita Keita/Hongarije*), par. 41.

97 EHRM 13 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1013JUD001198115 (*B.A.C./Griekenland*).

terugkeerprocedure een verblijfsvergunning af te geven. De eerste zin van artikel 6 lid 4 Tri bepaalt dat een lidstaat aan een niet rechtmatig verblijvende vreemdeling ‘te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen (...) een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf’ kan verlenen.⁹⁸ Op grond van deze bepaling kan daarom worden betoogd dat de beoordeling van schrijnende gevallen op ieder moment hoort plaats te vinden en niet enkel in de eerste aanvraag (zoals voorgeschreven in het eerder besproken art. 3.6ba Vb 2000).⁹⁹

Naast het vierde lid van artikel 6 Tri heeft het Hof van Justitie EU meermaals geoordeeld dat het eerste lid van dit artikel in de eerste plaats voorziet in een verplichting voor de lidstaten om een terugkeerbesluit uit te vaardigen tegen elke onderdaan van een derde land die onrechtmatig op hun grondgebied verblijft.¹⁰⁰ In het licht van het doel van de richtlijn – het vermijden van onduidelijkheden over de tegenpolen illegaal/legaal en terugkeer/regularisatie¹⁰¹ – kunnen lidstaten *de facto* de aanwezigheid van irreguliere migranten niet tolereren. Dit mag noch door in de eerste plaats geen terugkeerbesluit uit te vaardigen,¹⁰² noch door bewust af te zien van de handhaving ervan op tijd.¹⁰³ Een tijdelijk uitstel van verwijdering is onder voorwaarden wel mogelijk – en in sommige gevallen zelfs verplicht¹⁰⁴ – onder artikel 9 Tri. ‘De fysieke of mentale gesteldheid van de onderdaan van een derde land’ kan een reden zijn voor uitstel. Daarnaast bestaan er ‘technische redenen’ waarop het uitstel kan worden gebaseerd, ‘zoals het ontbreken van vervoermiddelen of het mislukken van de verwijdering wegens onvoldoende identificatie’.¹⁰⁵ De lidstaat dient dit uitstel te begeleiden met een schriftelijke bevestiging van de situatie van de illegaal verblijvende derdelander.¹⁰⁶

De vraag is in hoeverre de praktijk, waarbij het uitstel van uitzettingen voor onbepaalde tijd wordt herhaald in het licht van aanhoudende juridische of feitelijke belemmeringen, strookt met de Tri. Van een dergelijke ‘Kettenduldung’ is sprake in Nederland, waar veel vreemdelingen die niet meer in de tijdelijke opvang mogen verblijven op straat belanden en een onduidelijke toekomst in de illegaliteit tegemoet

98 Art. 3.6ba Vb 2000 is een implementatie van deze richtlijn bepaling.

99 Zie noot C.A. Groenendijk, *JV* 2021/85 bij Rb. Den Haag (zp. Amsterdam) 4 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2254; zie ook M.J.M. Peeters, ‘Een ongelukkige deal. Afschaffing discretionaire bevoegdheid staatssecretaris’, *A&MR* 2021/4.

100 HvJ EU 28 april 2011, C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268 (*El Dridi*) par. 35.

101 HvJ EU 10 februari 2021, C-546/19, ECLI:EU:C:2021:432 (*BZ/Westerwaldkreis*), par. 57.

102 HvJ EU 23 april 2015, C-38/14, ECLI:EU:C:2015:260 (*Extranjeria/Samir Zaizoune*), par. 31-32.

103 HvJ EU 14 januari 2021, C-441/19, ECLI:EU:C:2021:9 (*TQ/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*), par. 81.

104 Zie art. 9 lid 1 Tri, in het licht van de non-refoulementverplichting.

105 Zie art. 9 lid 2 Tri.

106 Zie art. 6 lid 4 jo. art. 14 lid 2; zie ook HvJ EU 5 juni 2014, C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320 (*Mahdi*), par. 88.

zien.¹⁰⁷ Hoewel het Hof van Justitie zich nog niet expliciet heeft uitgesproken over de houdbaarheid van dergelijke gedoogconstructies, zijn rechtswetenschappers van mening dat deze op gespannen voet staan met de Tri.¹⁰⁸ Een lidstaat kan niet een terugkeerbesluit uitvaardigen en vervolgens jarenlang niet tot verwijdering overgaan. In deze gevallen moet een lidstaat óf toestemmen tot een vorm van legaal verblijf, óf schriftelijk bevestigen dat het terugkeerbesluit voorlopig niet wordt uitgevoerd.¹⁰⁹ Er zou zelfs kunnen worden betoogd dat, wanneer aanhoudende niet-verwijdering gestoeld is op mensenrechteneerbiediging (bijv. om strijd met de non-refoulement verplichting of art. 8 EVRM te voorkomen), artikel 6 lid 4 Tri verplicht tot het regulariseren van de status van de desbetreffende persoon en dus weinig discretionaire ruimte overlaat.¹¹⁰

2.2.4 *Verblijfsvergunning op grond van Buitenschuldbeleid*

Een uitgeprocedeerde vreemdeling zonder verblijfsrecht is verplicht uit Nederland te vertrekken. Indien een vreemdeling echter buiten zijn schuld Nederland niet kan verlaten, komt hij in aanmerking voor de verlening van een buitenschuldvergunning (dat wil zeggen een reguliere verblijfsvergunning onder de beperking humanitair tijdelijk).¹¹¹ Het is aan de vreemdeling om aan te tonen dat hij alles heeft gedaan om te vertrekken en dat het toch niet lukt.¹¹² De vreemdeling is in hoge mate zelf verantwoordelijk voor zijn vertrek uit Nederland en moet zelf alle stappen hebben gezet die van hem verlangd kunnen worden.¹¹³

107 Voor de Duitse context van “Kettenduldung”, zie hoofdstukken ‘3.B.I.’, ‘3.B.II.2.’ en ‘4.A.III.2.c.’ in K.F. Hinterberger, ‘Regularisierungen irregulär aufhältiger Migrantinnen und Migranten’, *Schriften zum Migrationsrecht* 29, Nomos 2020.

108 Zie noot C.A. Groenendijk, *JV* 2021/85 bij Rb. Den Haag 4 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2254; zie ook K.F. Hinterberger, ‘Regularisierungen irregulär aufhältiger Migrantinnen und Migranten’, *Schriften zum Migrationsrecht* 29, Nomos 2020, p. 161-163; R. Nachtigall, ‘Die Ausdifferenzierung der Duldung’, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2020, 271, p. 276.

109 Zie vorige noot.

110 Zie o.a. D. Acosta Acarazo, ‘The Charter, Detention and Possible Regularization of Migrants in an Irregular Situation under the Returns Directive: *Mahdi*’, *Common Market Law Review* 2015, nr. 5, p. 1361-1378, m.n. p. 1375-1377; voor een voorzichtigere benadering, zie B. Menezes Queiroz, *Illegally Staying in the EU: An Analysis of Illegality in EU Migration Law*, Bloomsbury 2018, p. 107.

111 Art. 3.48 lid 2 onder a Vb 2000.

112 Zie gegrond beroep Rb. Utrecht 18 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6386.

113 Rb. Middelburg 8 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13385.

Drie categorieën vreemdelingen kunnen een beroep doen op het buitenschuldbeleid:¹¹⁴

- de vreemdeling die zonder resultaat heeft geprobeerd te vertrekken;¹¹⁵
- de vreemdeling die om medische redenen blijvend niet in staat is om te reizen;¹¹⁶
- de uitgeprocedeerde alleenstaande minderjarige vreemdeling.¹¹⁷

Zie aantallen aangevraagde en verleende buitenschuldvergunningen in de afgelopen jaren:¹¹⁸

	Aanvragen	Verleningen
2017	50	10
2018	50	20
2019	70	30
2020	?	20
2021 (jan-jun)	?	< 10

2.3 ALTERNATIEVE PROCEDURE VOOR REGELING SCHRIJNENDE GEVALLEN

2.3.1 *Härtefallkommissionen*

In 2011 heeft de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) onderzoek gedaan naar schrijnende gevallen en de discretionaire bevoegdheid.¹¹⁹ De commissie signaleerde dat uitwerking van het vreemdelingenbeleid in individuele gevallen regelmatig tot maatschappelijke verontwaardiging leidt. Daarom adviseerde de ACVZ om, bij de invulling van de discretionaire bevoegdheid, rekening te houden

114 Paragraaf B8/4 Vc 2000.

115 Op grond van paragraaf B8/4.1 Vc 2000 moet aan de volgende cumulatieve voorwaarden worden voldaan: (1) De vreemdeling heeft zelfstandig geprobeerd zijn vertrek te realiseren; (2) Er bestaat geen redelijke twijfel over de nationaliteit en identiteit van de vreemdeling; (3) De vreemdeling heeft de DT&V om bemiddeling verzocht; (4) Duidelijk is dat de vreemdeling buiten zijn schuld Nederland niet kan verlaten; (5) De vreemdeling verblijft zonder verblijfstitel in Nederland.

116 Op grond van paragraaf B8/4.1 Vc 2000 komt iemand voor deze grond in aanmerking wanneer het Bureau Medische Advisering (BMA) heeft vastgesteld dat de vreemdeling vanwege zijn of haar gezondheidstoestand blijvend niet kan reizen; of wanneer is aangetoond dat de vreemdeling en de betrokken instanties alle inspanningen hebben verricht om het vertrek uit Nederland te realiseren, waaronder het verkrijgen van vervangende reisbescheiden, en gebleken is dat de voorgeschreven fysieke overdracht niet te realiseren is.

117 Paragraaf B8/6 Vc 2000.

118 De staatssecretaris heeft hierbij vermeld dat het veelal ambtshalve verleningen betreft aan het eind van een bemiddelingstraject. Het aantal verleningen ziet op zowel de verleningen op aanvraag als de ambtshalve verleningen. Zie *Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, nr. 1934. Bron IND (Metis). Standmaand/peildatum: voor 2017: 2018/14/8, voor 2018: 2018/12, voor 2019: 2019/12; *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 4095.

119 ACVZ, 'Om het maatschappelijk belang', ACVZ/ADV/2011/027, 6 december 2011; zie ook S. Vergeer, 'Pardon? Over worteling van uitgeprocedeerde vreemdelingen en de discretionaire bevoegdheid', *A&MR* 2012/4.

met de bijdrage die ongedocumenteerden leveren aan de Nederlandse samenleving en de wijze waarop het lokale bestuur daarin een rol kan spelen. Het maatschappelijk belang zou een zelfstandige betekenis moeten worden toegekend, los van het ‘schrijnendheids criterium’.

Ter bevordering van de beoordeling van dit maatschappelijk belang adviseerde de ACVZ een multidisciplinaire adviescommissie op centraal niveau in te stellen, naar analogie van de Härtefallkommissionen in Duitsland.¹²⁰ Deze onafhankelijke, deelstatelijk geregelde commissies zijn ontstaan in Duitsland in de jaren negentig om het maatschappelijk ongenoegen te verminderen ten aanzien van langdurig verblijvende uitgeprocedeerde vreemdelingen. Ze beoordelen de vraag of sprake is van dringende humanitaire of persoonlijke redenen waardoor verblijfsaanvaarding van de vreemdeling vanwege het algemeen belang (*‘im öffentlichen Interesse’*) alsnog gerechtvaardigd is.¹²¹ Indien de vraag bevestigend wordt beantwoord, verzoekt de betreffende commissie de deelstaatautoriteiten alsnog een verblijfsvergunning te verlenen.¹²² Het advies van deze commissie valt buiten het geldend proces- en vreemdelingenrecht, waardoor vreemdelingen geen rechtsmiddelen kunnen aanwenden tegen het advies of tegen een daarop gebaseerd besluit van de deelstaatautoriteiten.

2.3.2 *Politieke respons*

Hoewel minister Leers in zijn reactie op het advies van de ACVZ aangaf het maatschappelijk belang te betrekken bij de toepassing van de discretionaire bevoegdheid (waarbij de burgemeester de mogelijkheid heeft informatie te verschaffen), wilde hij geen zelfstandige betekenis toekennen aan het lokaal maatschappelijk belang, omdat het criterium onvoldoende is afgebakend, waardoor de factoren door de vreemdeling zelf te beïnvloeden zijn.¹²³ Ten tweede was hij geen voorstander van de toebedeling van de bevoegdheid aan de individuele gemeenten, nu het instellen van een dergelijke adviescommissie zou leiden tot meer procedures en bureaucratie. Zo’n commissie moet immers worden ondersteund door een onafhankelijk apparaat dat zich een zelfstandig oordeel over de voorgelegde zaken moet vormen. Al met al vond Leers dat het instellen van een centrale adviescommissie naar het voorbeeld van de Duitse Härtefallkommissionen niet in de Nederlandse situatie past.

De vraag is of er in de tussentijd meer politiek draagvlak is gekomen voor het introduceren van een multidisciplinaire adviescommissie.¹²⁴ In het nieuwe kabinet

120 Vergeer 2012, p. 23, 55-59.

121 Art. 23a Aufenthaltsgesetz.

122 Zie een vergelijkbare regeling in Zwitserland, waarbij de uitgeprocedeerde vreemdeling een aanvraag kan doen bij de autoriteiten van het betreffende kanton, die op hun beurt – na beoordeling of is voldaan aan de criteria – het verzoek kunnen doorsturen naar het bevoegde beslissingsorgaan SEM (Staatssekretariat für Migration), ex art. 14 Asylgesetz.

123 *Kamerstukken II 2011/12, 19637, nr. 1546.*

124 Deze Juridische Verkenning is het laatst aangepast in begin april 2022.

Rutte IV zou er mogelijk meer oog zijn voor de menselijke maat, mede naar aanleiding van de stevige kritiek op het overheidshandelen in de toeslagenaffaire, waarbij parallellen zijn te trekken met het huidige vreemdelingenbeleid.¹²⁵ Het introduceren in Nederland van commissies die zijn gebaseerd op de Härtefallkommissionen zou tegemoet kunnen komen aan de genoemde kritiek en zorgt er bovendien voor dat lokale kennis niet verloren gaat. Dit volgt ook uit de analyse van ACVZ: 'Door hun multidisciplinaire karakter zijn deze commissies in staat een volledig beeld te krijgen van de situatie waarin de uitgeprocedeerde vreemdeling verkeert en brengen zij een maatschappelijk gedragen advies uit aan de autoriteiten. (...) Hoewel het Duitse systeem niet één op één toepasbaar is in de Nederlandse situatie, biedt het naar de mening van de ACVZ bruikbare elementen om het door de minister gesignaleerde probleem gedeeltelijk te redresseren [(lees: het probleem dat in de lokale gemeenschap verwachtingen bestaan over het gebruik van de discretionaire bevoegdheid die niet aansluiten bij de wijze waarop deze in de praktijk wordt toegepast)]. Het zou als goed voorbeeld kunnen worden beschouwd voor het organiseren van meer betrokkenheid van het lokale bestuur en de gemeenschap bij het zoeken naar mogelijkheden tot verblijfsaanvaarding van uitgeprocedeerde vreemdelingen op grond van een maatschappelijk belang.'

2.4 HERINTRODUCTIE/WIJZIGING BELEID EN/OF WETGEVING

2.4.1 *Beperkte mogelijkheden*

De mogelijkheden voor ouderen tot een verblijfsvergunning zijn in de afgelopen jaren afgeschaft of worden in praktijk uiterst zelden toegepast en hebben voorwaarden waaraan ongedocumenteerde ouderen zelden of nooit kunnen voldoen. In 2019 werden er beperkingen geïntroduceerd ten aanzien van de verblijfsvergunning op grond van schrijnendheid, wat met name terug is te zien in de beperkte reikwijdte van artikel 3.6ba Vb 2000 en het afgenomen aantal verleende vergunningen op deze grond (zie par. 2.2.1). De verblijfsvergunningen medische gronden en tijdelijk humanitaire gronden bieden ook weinig soelaas voor de doelgroep van deze studie (zie par. 2.2.1).

Naast de restricties van 2019 waren de mogelijkheden tot een verblijfsvergunning voor hulpbehoevende, afhankelijke ouders een aantal jaar eerder in 2012 al ingeperkt. Tot 2012 kon op grond van artikel 3.25 Vb (oud) (jo. art. 14 Vw 2000) een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd worden verleend aan de vreemdeling die vijfenzestig jaar of ouder was, die in het land van herkomst alleenstaand was en die in

125 Zie Geertsema, K., *et al.* (2021). Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht. *Nederlands Juristenblad. Afl. 14*, pp.1046-1053; zie ook SVMA en VAJN (2021). Ongehoord onrecht in het vreemdelingenrecht. <https://www.vajn.org/wp-content/uploads/2021/04/boek-ongehoord-onrecht-in-het-vreemdelingenrecht.pdf>.

Nederland wilde verblijven bij zijn kinderen in het kader van gezinshereniging. Als voorwaarden werden gesteld dat ‘vrijwel alle kinderen’ rechtmatig in Nederland moesten verblijven¹²⁶ en dat de ouder in het land van herkomst alleenstaand was en daar niet kon terugvallen op een kind dat geacht kon worden in de opvang te kunnen voorzien.¹²⁷ Bovendien was in artikel 3.25 Vb (oud) een samenwoningsvereiste van de ouder bij het kind opgenomen, zo lang de ouder een afhankelijke verblijfsvergunning had.¹²⁸ Deze beleidsregel over de toelating van zorgbehoevende buitenlandse ouders werd al in 1975 ingevoerd en heeft dus 37 jaar gegolden, van 1975 tot 2012.¹²⁹ Om terug te keren naar de uitgangspositie van ‘gewone gezinshereniging’¹³⁰ en de gezinshereniging te beperken tot het kerngezin, werd in 2012 echter besloten de regeling over verruimde gezinshereniging op te heffen en verviel artikel 3.25 Vb 2000.¹³¹ Het argument was dat ouderen beperkte mogelijkheden zouden hebben om in de Nederlandse samenleving te integreren, in tegenstelling tot mensen die via werk of onderwijs kunnen integreren.¹³² Deze aanscherping van het beleid was gestoeld op het regeerakkoord van het kabinet-Rutte I (VVD-CDA met gedoogsteun van PVV), waaruit volgde dat alle punten waar het Nederlandse toelatingsbeleid gunstiger was dan de minimumeisen van de Gezinsherenigingsrichtlijn moesten worden afgeschaft.¹³³

Deze beleidswijziging heeft ervoor gezorgd dat afhankelijke ouders van meerderjarige vluchtelingen beperkte mogelijkheden hebben tot gezinshereniging (zie bespreking ten aanzien van de Gezinsherenigingsrichtlijn in par. 3.4.2).¹³⁴ Bovendien leidde die schrapping (mogelijk onbedoeld) tot met artikel 1 Grondwet, het EVRM en de Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) strijdige discriminatie op grond van ras of etnische herkomst. Een autochtone (meestal witte) Nederlander kan zijn oude, zorgbehoevende moeder of vader laten overkomen om die hier legaal te verzorgen gedurende de laatste levensjaren. Die ouder zal immers bijna altijd Nederlander zijn of als in Nederland geboren oud-Nederlander op grond

126 Zie bijv. ABRvS 18 oktober 2004, 200403968/1, JV 2004/468, m.nt. TS, waarin vier van de zeven kinderen in Nederland woonden, maar waar desondanks niet de drempelwaarde werd gehaald van B2/10.5 Vc 2000.

127 *Stb.* 2000, 497, NvT art. 3.25 Vb 2000.

128 Vgl. de Kamerbrief van 18 november 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 30573, nr. 51.

129 Dit beleid werd ingevoerd bij de 22ste wijziging van de Vc 1966 op 7 juli 1975. Zie S.A. Bonjour, *Gezin en Grens. Beleidsvorming inzake gezinsmigratie in Nederland, 1955-2005* (diss. Leiden), 2009, p. 126, nt. 81.

130 Hieronder wordt verstaan: gezinshereniging van de echtgeno(o)t(e) en de minderjarige kinderen met een in Nederland verblijvende vreemdeling.

131 *Stb.* 2012, 148, par. 2.2.

132 *Stb.* 2012, 148, par. 2.2.

133 Conceptregeerakkoord VVD-CDA ‘Vrijheid en verantwoordelijkheid’, 30 september 2010, beschikbaar op www.parlement.com/9291000/d/pdfs/regeer2010.pdf; Conceptgedoogakkoord VVD-PVV-CDA 30 september 2010, beschikbaar op www.parlement.com/9291000/d/pdfs/regeer2010.pdf.

134 Voor een vergelijkbare conclusie, zie M.A.K. Klaassen, ‘Als ik staatssecretaris was... zou ik het ouderenbeleid nieuw leven inblazen’, *A&MR* 2022/2.

van artikel 3.51 lid 1 onder d Vb 2000 recht op toelating in Nederland hebben. Maar Nederlanders van Surinaamse, Marokkaanse of Turkse herkomst hebben dat recht sinds 2012 niet meer, dankzij de beleidswijziging uit Rutte I.

In deze Juridische Verkenning zijn er ook andere bestaande mogelijkheden besproken als potentiële oplossing voor ongedocumenteerde ouderen in Nederland. Het Buitenschuldbeleid stelt zeer restrictieve voorwaarden aan de verlening van een verblijfsvergunning op deze grond (wat is terug te zien in het beperkte aantal verleende vergunningen).¹³⁵ Hoewel artikel 8 EVRM daarnaast een juridische grondslag voor een vergunning tot verblijf verschaft, worden in de meeste gevallen zeer strenge toetsen gehanteerd wanneer ouderen bescherming zoeken op grond van familielevens ('more than normal emotional ties')¹³⁶ en bij het invoeren van privé-levens.¹³⁷ Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen wordt een status geregulariseerd op grond van artikel 8 EVRM. Hetzelfde geldt voor de Terugkeerrichtlijn. Dat neemt niet weg dat het Rijk alle vrijheid heeft om de illegaliteit van ouderen in Nederland voor een lange tijd te gedogen. Er zal duidelijkheid moeten worden geschapen – zowel voor de vreemdeling als in het licht van de loyaliteitsverplichting tegenover andere lidstaten. Deze studie zal in de volgende paragraaf ingaan op de gezinshereniging onder het Unierecht om te kijken of deze grondslag houvast kan bieden voor de doelgroep.

2.4.2 *Gezinsherenigingsrichtlijn*

In tegenstelling tot het EVRM bevat het Unierecht een recht op gezinshereniging. Dit recht is gecodificeerd in de Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86/EG (Gri).¹³⁸ Deze richtlijn geeft de voorwaarden aan waaronder gezinshereniging wordt verleend aan derdelanders die rechtmatig verblijven op het grondgebied van een van de lidstaten, ongeacht of de familierelaties voor of na de toelating van zijn ontstaan. Waar artikel 4 lid 1 Gri lidstaten verplicht de 'nucleaire familie' toe te laten (als aan de andere voorwaarden is voldaan), geeft artikel 4 lid 2 onder a Gri lidstaten de optie om gezinshereniging ook voor andere familieleden te autoriseren. Dit artikel ziet onder andere op ' (...) bloedverwanten van de eerste graad in rechtstreekse

135 Zie *Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, nr. 1934. Bron IND (Metis).

136 Het UNHCR heeft zich zorgelijk geuit over de Nederlandse toepassing van deze toets. Zie UNHCR, 'No Family Torn Apart: Challenges refugees face securing family reunification in the Netherlands and recommendations for improvements', Den Haag, september 2019, hfdst. 3; zie ook UNHCR, *Refugee Family Reunification: UNHCR's Response to the European Commission Green Paper on the Right to Family Reunification of Third Country Nationals Living in the European Union (Directive 2003/86/EC)*, februari 2012, beschikbaar via <http://bit.ly/2YrCMdp>, p. 8.

137 De uitspraak van de Afdeling (ABRvS 2 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2335) biedt mogelijk aanknopingspunten in zeer bijzondere gevallen waarin de vreemdeling jarenlang rechtmatig in Nederland heeft gewoond en gewerkt en Nederlandse gezinsleden heeft.

138 Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (*PbEU* 2003, L 251/12-18).

opgaande lijn van de gezinshereniger of zijn echtgenoot, indien zij in het land van herkomst de nodige gezinssteun ontberen'. Deze facultatieve bepaling voorziet in de mogelijkheid van de toelating van ouders en is daarom interessant voor de doelgroep van deze studie. Gedurende acht jaren (van 2004 tot 2012) heeft Nederland ook daadwerkelijk gebruikgemaakt van deze mogelijkheid in de Gri, door middel van artikel 3.25 Vb (oud). Zoals hierboven in paragraaf 3.4.1 uiteengezet, was dit de voortzetting van een beleidsregel die sinds 1975 in Nederland gold op basis waarvan zorgbehoevende buitenlandse ouders konden worden toegelaten. In 2012 is dit beleid echter afgeschaft door het kabinet-Rutte I, mede door gedoogsteun van de PVV.

Hoewel Nederland niet de enige lidstaat is die geen toelatingsbeleid heeft voor ouders,¹³⁹ zijn er andere landen in de EU die, net als Nederland tot 2012, gebruikmaken of hebben gemaakt van de mogelijkheid onder artikel 4 lid 2 onder a Gri.¹⁴⁰ In Duitsland kunnen ouders een verblijfsvergunning krijgen om de hereniging met de vreemdeling mogelijk te maken, indien nodig ter preventie van bijzondere ontbering ('außergewöhnlichen Härte') (zie art. 36 lid 2 eerste zin van de Duitse Verblijfswet). Er dient sprake te zijn van omstandigheden die suggereren dat ofwel het gezinslid dat in Duitsland woont, ofwel het gezinslid dat zich bij hen wil voegen afhankelijk is van gezinsondersteuning die alleen in Duitsland kan worden verleend (bijv. bijzondere zorgbehoefte) (zie Algemene Bestuursregeling bij de Verblijfswet). Omstandigheden die de behoefte aan gezinszorg rechtvaardigen, zullen afhangen van het individuele geval (bijv. ziekte, handicaps, zorgbehoefte, psychologische behoeften). Politieke vervolging speelt echter geen rol en omstandigheden die voortvloeien uit de algemene levenssituatie in het land van herkomst van het immigrerende gezinslid kunnen in dit verband niet in aanmerking worden genomen. Dringende humanitaire redenen die geen verband houden met de scheiding van de gezinsleden, worden alleen in aanmerking genomen als verblijf op humanitaire gronden wordt verleend (art. 22 e.v. Duitse Verblijfswet; zie bijvoorbeeld ook de eerdergenoemde 'Härtefall'); ze zijn niet gelijk aan bijzondere ontberingen in de zin van artikel 36 Duitse Verblijfswet. Het leven als gezin opbouwen met een gezinslid dat in Duitsland woont, is meestal niet nodig om bijzondere ontberingen te voorkomen als andere gezinsleden in het buitenland wonen die in staat zijn om voor een kind te zorgen (36.2.2.1 - 36.2.2.4 van het Algemeen Bestuurlijk Reglement bij de Verblijfswet).

139 Europese Commissie, COM(2019)162 final, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende de uitvoering van Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, Brussel, 29 maart 2019. Andere lidstaten zonder toelatingsbeleid voor ouders zijn: Oostenrijk, België, Bulgarije, Cyprus, Tsjechië, Griekenland, Finland, Frankrijk, Letland, Malta, Polen.

140 Zie beleid in Kroatië, Estland, Duitsland, Ierland, Italië, Litouwen, Luxemburg, Slowakije, Slovenië, Spanje in de EMN-studies inzake gezinshereniging van deze lidstaten: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/studies_en.

Ook in andere lidstaten speelt de afhankelijkheidsfactor een belangrijke rol in de gezinshereniging van ouders/oudere vreemdelingen. In Italië omvat gezinshereniging 'afhankelijke ouders', indien ze geen andere kinderen hebben in het land van herkomst, of als de ouders ouder zijn dan 65 en de andere kinderen hen niet kunnen onderhouden, om ernstige en gedocumenteerde gezondheidsredenen.¹⁴¹ Ook de Spaanse,¹⁴² Sloveense,¹⁴³ Slowaakse,¹⁴⁴ Luxemburgse¹⁴⁵ en Litouwse¹⁴⁶ regelgeving biedt de mogelijkheid aan ouders om herenigd te worden met een gezinslid indien zij een afhankelijkheidsband hebben met deze persoon. In Zweden vallen ouders in beginsel niet binnen de reikwijdte van gezinshereniging, maar in sommige gevallen kan aan 'afhankelijke personen' alsnog een verblijfsvergunning worden verleend indien bepaalde voorwaarden zijn vervuld. De sponsor en de aanvrager moeten een gezamenlijk huishouden hebben gehad ('hushållsgemenskap') in het land van herkomst, waardoor een bepaalde afhankelijkheid ('beroendeförhållande') is ontstaan.¹⁴⁷ Om de afhankelijkheid geloofwaardig te maken, dient de aanvrager zo snel mogelijk een aanvraag in te dienen nadat de sponsor een verblijfsvergunning is verleend. De bepaling over het gezamenlijke huishouden in de Zweedse Vreemdelingenwet richt zich eerder op de emotionele steun/familieband tussen de referent en het familielid dan op financiële/materiële ondersteuning. Voorbeelden van personen die in deze categorie zouden vallen, zijn ongehuwde meerderjarige kinderen die bij hun ouders wonen of ouders in het land van herkomst die ten laste waren van hun kind.¹⁴⁸

Na de afschaffing van artikel 3.25 Vb (oud) in 2012 zouden ouders in Nederland enkel voor gezinshereniging in aanmerking komen in de gevallen waarin alleenstaande minderjarigen met een vluchtelingenstatus of subsidiaire bescherming betrokken zijn,¹⁴⁹ of in de uitzonderlijke situaties op grond van artikel 8 EVRM (zie uitwerking art. 8 EVRM onder par. 2.3). De VN-Vluchtelingenorganisatie (UNHCR) heeft haar zorgen geuit ten aanzien van de zeer restrictieve en veeleisende uitwerking van

141 Art. 29 lid 1 onder d Italiaanse Immigratiewet (Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Testo unico sull'immigrazione Gazz. Uff 18 agosto 1998, n. 191, S.O. Edizione 2020).

142 Art. 17 Spaanse Vreemdelingenwet (Ley Organica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en Espana y su integracion social, en su redaccion dad por las leyes organicas 8/2000, de 22 de Diciembre, y 14/2003, de 20 de Noviembre).

143 Art. 47/3, 47a/2 en 47b/2 Sloveense Vreemdelingenwet (Zakon o tujcih (Uradni list RS, št. 45/14).

144 Zie Slowaakse wetgeving bij wet nr. 558/2005 Coll. over wijzigingen en amendementen aan wet nr. 48/2002 Coll. over het verblijf van vreemdelingen en over wijzigingen en amendementen aan sommige wetten, zoals gewijzigd, met ingang van 15 december 2005.

145 Art. 70 lid 5 onder a gewijzigde Luxemburgse Vreemdelingenwet van 29 augustus 2008.

146 Art. 2 lid 26 LLSA.

147 Hoofdstuk 5, art. 3a lid 1 Zweedse Vreemdelingenwet.

148 Zie bijvoorbeeld de uitspraak MIG 2016:13 (UM8907-14, 2016/06/01) van het Zweedse Hof van Beroep voor Migratie, dat juridische houvast geeft bij de beoordeling van bepaalde afhankelijkheid.

149 Ouders van een alleenstaande minderjarige asielstatushouder komen ook in aanmerking voor een afgeleide asielstatus op grond van art. 29 lid 2 onder c Vw 2000.

het afhankelijkheidsconcept in Nederland, dat wordt gehanteerd in deze artikel 8 EVRM-zaken.¹⁵⁰ De UNHCR beveelt de Nederlandse regering aan liberale criteria toe te passen bij het identificeren van gezinsleden van vluchtelingen om zo gezinshereniging te bevorderen, inclusief gezinsleden buiten het kerngezin wanneer sprake is van afhankelijkheid, zoals oudere vreemdelingen zonder andere gezinsondersteuning.¹⁵¹ In de rechtswetenschap zijn deze problemen ook geïdentificeerd en zijn er argumenten aangedragen voor de herintroductie van een ouderenbeleid, waarin 8 EVRM als ondergrens zou moeten gelden en niet als primair toetsingskader.¹⁵²

150 UNHCR, 'No Family Torn Apart: Challenges refugees face securing family reunification in the Netherlands and recommendations for improvements', Den Haag, september 2019, hfdst. 3; zie ook UNHCR, *Refugee Family Reunification: UNHCR's Response to the European Commission Green Paper on the Right to Family Reunification of Third Country Nationals Living in the European Union (Directive 2003/86/EC)*, februari 2012, beschikbaar via <http://bit.ly/2YrCMdp>, p. 8.

151 Zie vorige noot.

152 Klaassen 2022.

3 TOEGANG TOT VOORZIENINGEN, VERSTREKKINGEN EN BIJSTAND

3.1 ALGEMEEN

3.1.1 *Wet- en regelgeving ten aanzien van voorzieningen, verstrekkingen en bijstand*

Regelgeving ten aanzien van verblijf van vreemdelingen is opgenomen in de Vreemdelingenwet 2000. Opvang en bijstand is gereguleerd in verschillende wet- en regelgeving. De Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (Rva)¹⁵³ en de Regeling verstrekkingen bepaalde categorieën vreemdelingen (Rvb)¹⁵⁴ zien uitsluitend op de voorzieningen en verstrekkingen die worden verleend aan (een beperkte categorie) vreemdelingen. Deze besluiten van algemene strekking geven de criteria aan waaronder vreemdelingen noodzakelijke voorzieningen en verstrekkingen kunnen krijgen.¹⁵⁵ De Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo)¹⁵⁶ en de Participatiewet (Pw)¹⁵⁷ hebben betrekking op de voorzieningen en verstrekkingen aan zowel Nederlanders als bepaalde categorieën rechtmatig verblijvende vreemdelingen.

Niet alle vreemdelingen kunnen aanspraak maken op voorzieningen en verstrekkingen. Het koppelingsbeginsel – uitgangspunt in de Koppelingswet uit 1998 en opgenomen in artikel 10 en 11 Vw 2000¹⁵⁸ – houdt in dat vreemdelingen zonder

153 Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (*Stcrt.* 2005, 24).

154 Regeling verstrekkingen bepaalde categorieën vreemdelingen (*Stcrt.* 1998, 119).

155 Beide besluiten werden genomen op grond van de Wet van 19 mei 1994, houdende regels betreffende de instelling van een zelfstandig bestuursorgaan, belast met de materiële en immateriële opvang van asielzoekers (Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers, Wet COA) (*Stb.* 1994, 422).

156 Wet van 29 juni 2006, houdende nieuwe regels betreffende maatschappelijke ondersteuning (*Stb.* 2014, 280).

157 Wet van 2 juli 2014 tot wijziging van de Wet werk en bijstand, de Wet sociale werkvoorziening, de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten en enige andere wetten gericht op bevordering deelname aan de arbeidsmarkt voor mensen met arbeidsvermogen en harmonisatie van deze regelingen (*Stb.* 2014, 270).

158 Zie ook andere regelgeving met betrekking tot onderwijs, sociale voorzieningen en sociale verzekeringen.

rechtmatig verblijf in het beginsel verstoken moeten blijven van voorzieningen en verstrekkingen ten laste van de collectieve middelen.¹⁵⁹ Volgens dit beginsel wordt het rechtmatig verblijf in Nederland, geregeld in artikel 8 Vw 2000,¹⁶⁰ dus gekoppeld aan het recht op voorzieningen en verstrekkingen, waarbij de aanspraken van de vreemdeling afhankelijk zijn van de aard van het verblijf. Hoofregel is dat bepaalde groepen vreemdelingen recht hebben op deze middelen, namelijk vreemdelingen die rechtmatig verblijven of verblijf hebben gehad op grond van artikel 8 onder a t/m e en l Vw 2000 en vreemdelingen die na tijdig verlenging te hebben gevraagd, rechtmatig verblijven op grond van artikel 8 onder g of h Vw 2000. Naast de vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf worden de vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven in afwachting van een beslissing tot verlening van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd,¹⁶¹ in beginsel van voorzieningen en verstrekkingen uitgesloten.

Er zijn drie uitzonderingen opgenomen in artikel 10 lid 2 Vw 2000 op grond waarvan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf recht hebben op voorzieningen en verstrekkingen: het recht op medisch noodzakelijke zorgverlening, rechtsbijstand en (in geval van minderjarigen) onderwijs.¹⁶² Het recht op onderdak, eten en drinken is niet als uitzondering opgenomen. In tegenstelling tot de uitgangspunten van het koppelingsbeginsel volgt echter uit rechtspraak dat in sommige gevallen voorzieningen en verstrekkingen moeten worden aangeboden aan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf. Deze groep vreemdelingen verdient speciale aandacht in de onderstaande alinea's, omdat verondersteld wordt dat ongedocumenteerde ouderen voornamelijk tot deze groep behoren. Er wordt ingegaan op het recht op opvang, bijstand en medische zorg van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen.

3.2 OPVANG

3.2.1 *Opvang algemeen*

Na afwijzing van een asielverzoek of een aanvraag voor een reguliere verblijfsvergunning is het verblijf in Nederland van rechtswege onrechtmatig, waarmee ook het recht op opvang vervalt (zie koppelingsbeginsel).¹⁶³ Na afloop van de 28-dagen-termijn, waarin de vreemdeling de kans krijgt zelfstandig te vertrekken,¹⁶⁴ kan de vreemdeling opvang krijgen in de Vrijheidsbeperkende Locatie (VBL), mits hij

159 *Kamerstukken II* 1994/95, 24233 nr. 3.

160 NB Het toewijzen van een voorlopige voorziening creëert ook rechtmatig verblijf ex art. 8 aanhef en onder h Vw 2000.

161 Vreemdelingen onder art. 8 onder f Vw 2000.

162 Art. 10 lid 2 Vw 2000.

163 Art. 27, 8 en 10 Vw 2000.

164 Zie termijn in art. 62 Vw 2000.

bereid is aan zijn vertrek mee te werken en de verwachting bestaat dat het vertrek binnen twaalf weken kan plaatsvinden (het zogenoemde 'meewerkcriterium').¹⁶⁵ In specifieke gevallen kan de gezondheidstoestand er ook voor zorgen dat het Centraal Orgaan opvang asielzoekers (COA) opvang biedt.¹⁶⁶ In beginsel bestaat er geen alternatieve vorm van opvang voor de vreemdelingen die niet willen meewerken of niet binnen de termijn terugkeren. Wel is er in 2018 een afspraak gemaakt tussen het Rijk en gemeenten om Landelijke Vreemdelingenvoorzieningen (LVV's) te ontwikkelen waar vreemdelingen onderdak kunnen krijgen en begeleid worden naar een bestendige oplossing. Formeel geldt hierbij nog steeds het meewerkcriterium.

3.2.2 *Rva, Rvb opvang*

Vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven in afwachting van een beslissing op hun eerste asielverzoek en vreemdelingen die als dusdanig ook behandeld worden, hebben recht op opvang en materiële verstrekkingen op grond van de Rva.¹⁶⁷ Oudere ongedocumenteerden kunnen in beginsel geen aanspraak maken op opvang of verstrekkingen op deze grond, nu zij (vaak) geen asielzoekers zijn, en ook niet gelijk worden gesteld met deze groep.¹⁶⁸ De volgende categorieën vreemdelingen kunnen toch aanspraak maken op bepaalde voorzieningen onder de Rvb: slachtoffers mensenhandel; getuigen mensenhandel; vreemdelingen in afwachting van een beslissing omtrent gezinshereniging; ex-asielzoekers die vóór 1 april 1998 een asielverzoek hebben ingediend; minderjarigen zonder bestaansmiddelen; vrouwelijke vreemdelingen die op grond van eerdergerelateerd geweld, huiselijk geweld of in verband met het zijn van slachtoffer van mensenhandel rechtmatig verblijf hebben.¹⁶⁹ Indien de oudere ongedocumenteerden ook niet onder een van deze categorieën vallen, dan krijgen zij geen financiële toelage en worden de kosten van medische verstrekkingen niet gedekt op grond van Rvb.¹⁷⁰

3.2.3 *Wmo ondersteuning en opvang*

In Nederland kunnen mensen met een beperking op basis van de Wmo voorzieningen, hulp en ondersteuning krijgen die ze nodig hebben. Deze wet heeft als doel dat iedereen kan meedoen aan de maatschappij en zelfstandig kan blijven wonen.¹⁷¹

165 Art. 56 Vw 2000; zie *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, nr. 1994.

166 Art. 3 lid 3 aanhef en onder f en g Rva 2005; vgl. feitelijke situatie als bedoeld in art. 64 Vw 2000.

167 Zie specifiek art. 9 lid 1 Rva.

168 Zie art. 2 jo. art. 3 lid 3 en 4 Rva.

169 Art. 2 lid 1 Rvb.

170 Art. 3 Rvb.

171 Preambule Wmo 2015.

De Wmo wordt uitgevoerd door gemeenten. Maatschappelijke ondersteuning¹⁷² en opvang¹⁷³ zijn in beginsel alleen toegankelijk voor vreemdelingen die rechtmatig verblijf hebben in de zin van artikel 8 onder a tot en met e en l Vw.¹⁷⁴ De mogelijkheid bestaat echter wel om voor bepaalde categorieën vreemdelingen voorzieningen te treffen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, bijvoorbeeld ten aanzien van kwetsbare personen, die op grond van artikel 8 EVRM in het bijzonder recht hebben op bescherming van hun privé- en gezinsleven.¹⁷⁵ In 2016 oordeelde de Centrale Raad van Beroep (CRvB) dat appellante behoorde tot de categorie kwetsbare personen die gezien artikel 8 EVRM in het bijzonder recht hebben op bescherming, nu haar fysieke en psychische gezondheid substantieel zou worden bedreigd als zij verstoken bleef van opvang. Onder deze uitzonderlijke omstandigheden, waarin het ontbreken van structureel onderdak als levensbedreigend moest worden aangemerkt, geeft de weigering van maatschappelijke opvang geen blijk van een 'fair balance' (in de zin van art. 8 EVRM) tussen de publieke belangen bij de weigering en de belangen van appellante. Aldus had de gemeente haar moeten toelaten tot de opvang op grond van de Wmo.¹⁷⁶ Een aantal jaar eerder viel de belangenafweging van artikel 8 EVRM in het nadeel uit van een 60-jarige onrechtmatig verblijvende vreemdeling. In dit geval bleek uit een rapport van de GGD dat de fysieke en psychische gezondheid van appellant niet substantieel zou worden bedreigd wanneer hij verstoken bleef van opvang. Zijn gezondheidstoestand, in samenhang met zijn leeftijd, zorgde er daarom niet voor dat hij kon worden beschouwd als een kwetsbare persoon in de zin van artikel 8 EVRM die in het bijzonder recht heeft op bescherming van zijn gezins- of privéleven.¹⁷⁷

3.2.4 *Bestuursakkoord 2007*

Naar aanleiding van de Koppelingswet en het strenge terugkeerbeleid¹⁷⁸ wendden steeds meer onrechtmatig verblijvende vreemdelingen zich voor essentiële levensbehoeften tot gemeenten. Veel gemeenten en particuliere organisaties boden deze

172 Art. 1.1.1 lid 1 Wmo 2015 definieert maatschappelijke ondersteuning als volgt: 'bevorderen van de sociale samenhang, de mantelzorg en vrijwilligerswerk, de toegankelijkheid van voorzieningen, diensten en ruimten voor mensen met een beperking, de veiligheid en leefbaarheid in de gemeente, alsmede voorkomen en bestrijden van huiselijk geweld; ondersteunen van de zelfredzaamheid en de participatie van personen met een beperking of met chronische psychische of psychosociale problemen zoveel mogelijk in de eigen leefomgeving; bieden van beschermd wonen en opvang'.

173 Art. 1.1.1 lid 1 Wmo 2015 definieert opvang als volgt: 'onderdak en begeleiding voor personen die de thuissituatie hebben verlaten, al dan niet in verband met risico's voor hun veiligheid als gevolg van huiselijk geweld, en niet in staat zijn zich op eigen kracht te handhaven in de samenleving'.

174 Art. 1.2.2 lid 1 Wmo 2015.

175 Art. 1.2.2 lid 3 Wmo 2015.

176 CRvB 4 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1886.

177 CRvB 18 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW3240.

178 Zie o.a. Terugkeernotitie 1999, *Kamerstukken II 1998/99*, 24233, nr. 6.

mensen daadwerkelijk noodopvang.¹⁷⁹ Om de spanningen die waren ontstaan tussen de gemeenten en de rijksoverheid op te lossen werd in 2007 een bestuursakkoord gesloten tussen de staatssecretaris van Justitie en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG). In ruil voor een effectiever terugkeerbeleid werd overeengekomen dat gemeenten vanaf begin 2010 niet meer zouden meewerken aan de opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. In de praktijk bleek echter dat sommige gemeenten doorgingen met het verschaffen van noodopvang.¹⁸⁰

3.2.5 *Ontwikkeling opvang in rechtspraak en politiek*

In 2010 oordeelde de CRvB dat twee volwassen vreemdelingen met ernstige medische klachten – rechtmatig verblijvend in Nederland, in afwachting van een beslissing – opvang moest worden geboden door het COA. Dit was de eerste keer dat een recht op opvang werd vastgesteld door de CRvB op grond van artikel 8 EVRM (recht op privéleven).¹⁸¹ Hoewel de Raad nog een strikte scheidslijn hanteerde tussen rechtmatig en onrechtmatig verblijf ter rechtvaardiging van het onthouden van opvang, oordeelde het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) in 2009 dat Nederland in strijd handelde met het Europees Sociaal Handvest (ESH) door onrechtmatig verblijvende kinderen opvang te onthouden.¹⁸² Na een klacht van de Conference of European Churches (CEC) riep hetzelfde comité in 2013 de Nederlandse overheid op om maatregelen te nemen zodat de basisrechten van onrechtmatig verblijvende volwassen vreemdelingen ten aanzien van voedsel, kleding en onderdak zouden worden gegarandeerd. De overheid moest daarnaast alle publieke organen die verantwoordelijk waren voor een menselijke behandeling van vreemdelingen op de hoogte brengen van deze beslissing.¹⁸³ In zijn reactie stelde de staatssecretaris echter dat het koppelingsbeginsel onverkort moest worden gehandhaafd en dat de beslissing van het ECSR op een collectieve klacht geen juridisch bindende werking heeft.¹⁸⁴ De afdeling advisering van de Raad van State onderstreepte deze conclusie, maar stelde tegelijkertijd dat de ‘Immediate Measure’ als gezaghebbend moet worden beschouwd.¹⁸⁵

179 Zie Stichting LOS, Hulpverlening aan uitgeprocedeerde asielzoekers in 2013, november 2014.

180 I. van der Welle & A. Odé, *Omvang gemeentelijke noodopvang aan uitgeprocedeerde asielzoekers*, Amsterdam: Regioplan Beleidsonderzoek 2009, p. 9, 12; zie ook T.P. Spijkerboer, ‘Noodopvang voor uitgeprocedeerde asielzoekers’, 29 november 2012, www.vu.nl/nl/Images/Bestuursakkoord%20DEF_tcm9-310027.pdf.

181 CRvB 19 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM0956, JV 2010/291 en ECLI:NL:CRVB:2010:BM1992, JV 2010/292, m.nt. P.E. Minderhoud.

182 ECSR 20 oktober 2009, nr. 47/2003, EHRC 2010/55, JV 2010/150 en RV 2010/90 (*Defence for Children International (DCI)/Nederland*); zie ook verbod op straat zetten van uitgeprocedeerde moeder en haar kinderen in Hof Den Haag 11 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BO9924, JV 2011/91.

183 ECSR 25 oktober 2013, Immediate measures 90/2013 (*CEC/Nederland*).

184 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 583.

185 *Kamerstukken II* 2013/14, 29279, nr. 183.

In de definitieve beslissingen van 10 november 2014 oordeelde het ESCR dat artikel 13.4 (recht op sociale en geneeskundige bijstand) en 31.2 (recht op huisvesting) ESH waren geschonden door Nederland, omdat een subjectief recht op onderdak, voeding, water en kleding voor onrechtmatig verblijvende vreemdelingen ontbrak in de Nederlandse wet.¹⁸⁶ Zoals eerder besproken zou de uitgeprocedeerde vreemdeling op straat kunnen belanden als niet werd voldaan aan de voorwaarde mee te werken aan het vertrek in de VBL. Het ESCR oordeelde dat noodzakelijke sociale en geneeskundige bijstand niet afhankelijk kon worden gesteld van de bereidheid van betrokken personen om mee te werken aan hun eigen uitzetting.¹⁸⁷ Nu er bovendien geen verplichting op staten rust om vervangende huisvesting te verlenen aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen,¹⁸⁸ leidt de uitzetting van deze groep uit de opvang redelijkerwijs tot situaties van extreme hulpeloosheid, wat in strijd is met het respect voor hun menselijke waardigheid.¹⁸⁹

In afwachting van de reactie van de Nederlandse overheid op de beslissingen van het ECSR van 1 juli 2014 omtrent de inhoud van het Nederlandse opvangrecht, besloot de voorzieningenrechter van de CRvB een ordemaatregel te treffen voor uitgeprocedeerde asielzoekers uit Amsterdam.¹⁹⁰ De gemeente Amsterdam diende met ingang van 17 december 2014 tijdelijk¹⁹¹ nachtopvang, een douche, ontbijt en een avondmaaltijd te bieden aan de desbetreffende groep.¹⁹² Tegelijk met deze uitspraken van de Raad bleek dat sommige gemeenten voornemens waren, of zelfs initiatieven hadden genomen, om een tijdelijke vorm van bed, bad en broodvoorzieningen (BBB-voorzieningen) in te richten naar aanleiding van de beslissingen van het ESCR.¹⁹³ Op basis van de uitspraken van de Raad heeft de staatssecretaris van V&J uiteindelijk toegezegd een financiële bijdrage te leveren aan de gemeenten voor de opvang waartoe zij verplicht waren naar aanleiding van deze uitspraken.¹⁹⁴

Als gevolg van de beslissing van ESCR van 1 juli 2014 nam het Comité van Ministers van de Raad van Europa een resolutie aan, op grond van artikel 9 van het Aanvullend

186 ECSR 10 november 2014, 90/2013, *JV* 2015/24, m.nt. C.H. Slingenberg (*CEC/Nederland*); zie ook ESCR 10 november 2014, 86/2012 (*FEANTSA/Nederland*); voor verdere analyse zie C.H. Slingenberg, 'Opvang onrechtmatig verblijvende vreemdelingen: een politieke kwestie', *A&MR* 2015/3.

187 ECSR 10 november 2014 (*CEC/Nederland*), par. 117.

188 Zie ECSR 20 oktober 2009 (*DCI/Nederland*), par. 63.

189 ECSR 20 oktober 2009 (*DCI/Nederland*), par. 63.

190 CRvB (vzr.) 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4179 en ECLI:NL:CRVB:2014:4178.

191 Tot twee maanden nadat het Comité van Ministers van de Raad van Europa een resolutie heeft aangenomen omtrent de beslissingen van het ECSR.

192 CRvB (vzr.) 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4179 en ECLI:NL:CRVB:2014:4178; zie voor reactie staatssecretaris van V&J, *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, nr. 1944.

193 *Kamerstukken II* 2014/2015, 19657, nr. 1940; zie voor overzicht situatie van uitgeprocedeerde en illegale vreemdelingen in de vier grote steden in Nederland, *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, nr. 1941.

194 Zie *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 1603; er zou uiteindelijk € 10,3 miljoen beschikbaar worden gesteld voor de door gemeenten geboden BBB-voorzieningen. Zie brief VNG 20 juli 2015, Financiële tegemoetkoming opvang uitgeprocedeerden, ECSD/U201501220.

Protocol bij het ESH, waarin werd gesteld dat kennis was genomen van de situatie en de beslissing van het ECSR, maar ook werd gewezen op het beperkte personele toepassingsbereik van het ESH.¹⁹⁵ Wat betreft het laatste punt zijn in eerste instantie de rechten die voortvloeien uit de ESH enkel van toepassing op vreemdelingen die naast de nationaliteit van een van de verdragspartijen ook nog daar legaal verblijven of daar rechtmatig arbeid verrichten. Het ESCR heeft echter in het verleden uitzonderingen gemaakt onder specifieke omstandigheden waardoor het ESH wel van toepassing was op vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf.¹⁹⁶ Deze situaties zagen echter op onrechtmatig verblijvende kinderen.¹⁹⁷ In de onderhavige beslissing van 10 november 2014 vielen volwassen onrechtmatig verblijvende vreemdelingen voor het eerst onder het personele toepassingsbereik van artikel 13 lid 4 en 31 lid 2 ESH (met betrekking tot onderdak, voeding en kleding).¹⁹⁸

Naar aanleiding van de resolutie van het Comité van Ministers merkte de staatssecretaris van V&J op dat de rechten in het ESH niet worden toegekend aan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf, gezien de beperkte personele reikwijdte. Het bleef echter de vraag of uit de beslissing van het ESCR kon worden afgeleid dat artikel 8 EVRM een rechtsgrond vormt voor de toekenning van opvangvoorzieningen aan deze groep vreemdelingen. Totdat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) hier uitspraak over had gedaan verleende de Nederlandse staat een financiële vergoeding aan gemeenten voor het bieden van BBB-voorzieningen. De staatssecretaris van V&J kondigde daarnaast een nieuwe regeling aan, waarin een gemeente een uitgeprocedeerde vreemdeling gemakkelijk kon doorverwijzen naar een VBL. De toegangsmogelijkheden tot deze VBL's werden verruimd, waarbij tijdens de voorfase¹⁹⁹ niet meer als voorwaarde werd gesteld dat vreemdelingen mee moesten werken aan hun vertrek. In plaats daarvan wordt in deze fase de terugkeerbereidheid gestimuleerd. Bij het ontstaan van een oprechte en aantoonbare terugkeerbereidheid wordt de opvang voortgezet in de reguliere VBL in Ter Apel,²⁰⁰ vanuit waar de vreemdeling verder kan werken aan het vertrek. De voorfase VBL dient daarom ter 'voorbereiding op het daadwerkelijk realiseren van het vertrek in

195 Raad van Europa, Resolutie Comité van Ministers 15 april 2015, CM/ResChS(2015)5.

196 Zie uiteenzetting van rechtspraak in de noot van C.H. Slingsberg bij ECSR 10 november 2014, 90/2013, JV 2015/24 (CEC/Nederland).

197 Afgezien van de beslissing van het ESCR in 2004 waarin onrechtmatig verblijvende vreemdelingen in het algemeen onder het toepassingsbereik van art. 13 lid 4 ESH vielen betreffende het recht op medische zorg. ESCR 8 september 2004, 13/2003 (FIDH/Frankrijk).

198 Toegang tot deze voorzieningen is namelijk essentieel voor de garantie van een menswaardig bestaan. Zie CEC/Nederland, par. 74.

199 Een periode waarin 'de vreemdeling eerst de ruimte [wordt] geboden' [gedurende een beperkt aantal weken] (NB niet nader bepaald). Hierin ontvangt de vreemdeling 'slechts algemene informatie over terugkeer' en raakt hij/zij 'vertrouwd met de locatie'. 'Daarna volgt een periode met vertrekgesprekken om terugkeerbereidheid te stimuleren bij de vreemdeling.' Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, nr. 1994.

200 Zelfs als er geen zicht is op vertrek binnen 12 weken (dat is de termijn voor vertrek).

de reguliere VBL.²⁰¹ Wanneer echter blijkt dat geen terugkeerbereidheid is ontstaan tijdens de voorfase, dan wordt de vreemdeling uit de voorziening gezet. Ook is het meewerkcriterium nog altijd doorslaggevend voor het verblijf in de reguliere VBL.

Deze nieuwe regeling is de aanleiding geweest voor nieuwe jurisprudentie omtrent de toegang tot voorzieningen van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Op 26 november 2015 deden de ABRvS en de CRvB de belangrijkste uitspraken.²⁰² Hoewel de rechtsvragen enigszins verschilden, hebben ze dezelfde kern: hebben onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen een onvoorwaardelijk recht op opvang? Geoordeeld werd dat de toegang tot de VBL mag worden geweigerd indien de vreemdeling niet meewerkt aan zijn vertrek. Deze beslissing komt dus voor het eigen risico van de vreemdeling. Uitzondering op het meewerkcriterium geldt wanneer de vreemdeling kan onderbouwen dat zijn psychische gesteldheid zodanig is dat hij niet in staat kan worden geacht de gevolgen van zijn handelen en nalaten te overzien. Zolang deze omstandigheden zich voordoen kan deze vreemdeling niet verantwoordelijk worden gehouden voor zijn weigering mee te werken aan vertrek.²⁰³ In het algemeen, zonder deze bijzondere omstandigheden, mag er echter van worden uitgegaan dat een uitgeprocedeerde vreemdeling van de opvang in een VBL gebruik kan maken. 'Bij de toegang tot de opvang in een VBL gaat het immers om de bereidheid in beginsel mee te werken aan vertrek.'²⁰⁴ De enkele omstandigheid dat verblijf in de VBL is gekoppeld aan het meewerken aan vertrek neemt de beschikbaarheid van onderdak niet weg.²⁰⁵ Daarom strookt deze situatie in beginsel met artikel 3 en 8 EVRM en artikel 13 lid 4 en 31 lid 2 ESH.²⁰⁶

Naar aanleiding van deze uitspraken is kritiek ontstaan over de pretentie dat de nieuwe regeling in samenhang met de uitspraken van 26 november 2015 een sluitend systeem van opvang hebben gecreëerd. In dit commentaar wordt gewezen op de weerbarstige praktijk van gemeenten die geconfronteerd worden met rondzwerende onrechtmatig verblijvende vreemdelingen en op het probleem dat verblijf in

201 Zie de vorige noot. De voorfase VBL zou beschikbaar worden in de vijf grootste steden in Nederland.

202 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; CRvB 26 november 2015 ECLI:NL:CRVB:2015:3803; ECLI:NL:CRVB:2015:3834; ECLI:NL:CRVB:2015:4093.

203 Zie latere uitspraken van de Afdeling over bewijslast, waaruit blijkt dat de staatssecretaris V&J medisch onderzoek moet laten verrichten ter beantwoording van de vraag of de vreemdeling medisch in staat moet worden geacht de gevolgen van zijn handelen en nalaten te overzien, nadat de vreemdeling een begin van bewijs heeft ingebracht door medische stukken over te leggen. Ook volgt daaruit dat de staatssecretaris V&J mag eisen dat de vreemdeling zijn bereidheid uit Nederland te vertrekken objectieveert. In dat kader dient te allen tijde, bij een verzoek om toelating tot de VBL, een gesprek met een regievoerder van DT&V plaats te vinden en een verslag van dat gesprek te worden gemaakt. Zie ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1828; ECLI:NL:RVS:2017:1825; ECLI:NL:RVS:2017:1741.

204 CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803, r.o. 5.11.

205 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415, r.o. 3.5.

206 CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803, r.o. 5.11.

de VBL nu als opvang wordt gezien.²⁰⁷ De vraag was ook in hoeverre het opleggen van een meewerkverplichting en een vrijheidsbeperkende maatregel bij toegang tot basisvoorzieningen in overeenstemming is met het respect voor de menselijke waardigheid – een concept dat door het EHRM als uitgangspunt wordt genomen bij uitspraken in het kader van artikel 3 EVRM.²⁰⁸ Op 5 juli 2016 oordeelde het EHRM in de zaak *Hunde/Nederland* omtrent het ontbreken van gereguleerde opvang door de overheid. Het Hof was van mening dat artikel 3 EVRM niet geschonden was omdat de Nederlandse overheid actie heeft ondernomen en niet onverschillig is gebleven. Uitgeprocedeerde vreemdelingen kunnen opvang krijgen in een VBL. Daarnaast wordt medisch noodzakelijke zorg geboden aan deze groep en hebben zij de mogelijkheid een buitenschuldvergunning aan te vragen. Bovendien is de Nederlandse overheid begonnen met het opzetten van een landelijke BBB-voorziening. Al met al heeft Nederland aan zijn verplichtingen onder artikel 3 EVRM voldaan.²⁰⁹

3.2.6 LVV's

In november 2016 werd de Tweede Kamer geïnformeerd over het mislukken van het bestuursakkoord tussen de rijkoverheid en de VNG over de opvang van uitgeprocedeerde vreemdelingen.²¹⁰ Nu de staatssecretaris onder voorwaarden onderdak biedt in de VBL, zijn gemeenten niet gehouden om opvangvoorzieningen te verstrekken (op grond van de Wmo).²¹¹ De onderhandelingen mondden uit in een voorstel waarbij in acht gemeenten een zogenoemde lokale vreemdelingenvoorziening zou komen. Gemeenten bedongen echter veel ruimte om gemeentelijke opvang (lees: BBB) aan uitgeprocedeerde vreemdelingen te kunnen blijven bieden naast de lokale vreemdelingenvoorzieningen. Volgens de staatssecretaris van V&J zou dit het terugkeerbeleid ondermijnen en de effectiviteit van de nieuw op te richten lokale vreemdelingenvoorzieningen ernstig verzwakken.

Nadat in het regeerakkoord 2017-2021, in het Interbestuurlijk Programma en in de Integrale Migratieagenda was vastgelegd dat LVV's zullen worden ontwikkeld, is

207 Zie A.B. Terlouw, 'Een sluitend systeem van opvang?', *A&MR* 2016/1; zie ook P. Postma, 'Vrijheidsbeperkende Locatie is geen realistisch alternatief voor bed-bad-brood', *A&MR* 2016/3.

208 Zie noot Slingenberg *JV* 2016/150 bij ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:813; zie uitwerking van deze vraag in Migration Law Clinic rapport 'Forced to leave but nowhere to return to: Rights of non-returnable stateless Palestinians in the Netherlands', april 2016, p. 27-29, beschikbaar op: https://migrationlawclinic.files.wordpress.com/2016/04/mlc_report-stateless-palestinians_final-april-20162.pdf; Zie ook brief UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) van 25 februari 2016: <https://migratieweb.stichtingmigratierecht.nl/node/32505>, waarin VN-rapporteurs dit Nederlandse beleid wel strijdig achten met de mensenrechten.

209 EHRM 5 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0705DEC001793116 (*Hunde/Nederland*); zie voor kritische analyse, A. Busser, 'Onthouden van opvang aan migranten zonder verblijfsrecht: geen schending van art. 3 EVRM?', *A&MR* 2016/9.

210 *Kamerstukken II* 2016/17, 19637, nr. 2259.

211 Vgl. ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415 en ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1783.

op 29 november 2018 een samenwerkingsafpraak gesloten tussen het Rijk en de VNG.²¹² In de LVV's worden vreemdelingen professioneel en intensief begeleid naar een bestendige oplossing. De Dienst Terugkeer & Vertrek (DT&V) en de IND stellen samen met lokale LVV-partners een realistisch toekomstperspectief en passend begeleidingsscenario vast. Hierbij geldt dat medewerking een voorwaarde is voor tijdelijk onderdak, wat tussentijds wordt getoetst. Door middel van pilots in Amsterdam, Rotterdam, Utrecht, Eindhoven en Groningen wordt onderzocht hoe er voor het illegaal verblijf van vreemdelingen een duurzame oplossing kan worden gevonden. Uit de tussenevaluatie volgt dat, vanaf de start van de pilot-LVV's²¹³ tot peildatum 1 november 2020, er volgens de gemeenten 537 personen waren uitgestroomd.²¹⁴ Daarbij is voor 94 personen een bestendige oplossing gevonden.²¹⁵ Voor 190 mensen is er een semi-bestendige uitstroom²¹⁶ en 252 personen hebben geen oplossing kunnen vinden.²¹⁷ Bij deze cijfers moet de kanttekening worden geplaatst dat als gevolg van de COVID-19-maatregelen de werkzaamheden voor een periode stil hebben gelegen. Ook waren er op 1 november 2020 nog 761 lopende begeleidingstrajecten.²¹⁸

3.3 BIJSTAND

3.3.1 *Pw*

Met het oog op de ondersteuning bij arbeidsinschakeling en bijstand voor mensen die weinig of geen andere middelen hebben om in de noodzakelijke kosten van bestaan te voorzien, verstrekken gemeenten bijstand op grond van de Participatiewet (Pw).²¹⁹ Deze wet is voorbehouden voor Nederlanders en voor met Nederlanders

212 *Kamerstukken II* 2018/19, 19637, nr. 2445. NB Om een uitzondering op het koppelingsbeginsel mogelijk te maken zal een wetsvoorstel tot wijziging van de Vw 2000 in procedure worden gebracht. Zie Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 25 maart 2019, nr. 2540879, houdende verlening van mandaat en machtiging Landelijke Vreemdelingenvoorziening (Mandaatbesluit en machtiging LVV) (*Stcrt.* 2019, 18281).

213 De LVV's zijn op verschillende momenten begonnen: Amsterdam (1 juli 2019), Eindhoven (augustus 2019); Groningen (1 april 2019); Rotterdam (1 maart 2019); Utrecht (1 april 2019).

214 N. Hermens, et al, 'Tussenevaluatie pilot Landelijke Vreemdelingenvoorzieningen', (WODC-rapport, Verwey-Jonker Instituut, 2021), p. 55-57.

215 Inhoudende de legalisering van verblijf in Nederland (43), naar land van herkomst (50) of door migratie (2).

216 Inhoudende een herhaalde asielaanvraag (170) of een artikel 64-procedure (20).

217 Dat wil zeggen, Met Onbekende Bestemming vertrokken ('MOB') (100), opvang gedwongen beëindigd (76) of overige niet-bestendige uitstroom (bijvoorbeeld naar andere opvang of overleden) (76).

218 Hermens 2021, p. 56.

219 Deze wet heeft de Wet werk en bijstand (Wwb) per 1 januari 2015 vervangen.

gelijkgestelde vreemdelingen.²²⁰ Ten aanzien van de laatste groep kan bijstand enkel worden verleend wanneer zeer dringende redenen daartoe noodzaken.²²¹ De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft echter uitzonderingen gemaakt ten aanzien van het toepassingsbereik en een mogelijkheid opengehouden voor andere vreemdelingen om een beroep kunnen doen op de zeer dringende redenen. In 2006 oordeelde de CRvB dat op grond van artikel 2, 3 en 27 Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) bijstand moest worden verleend aan rechtmatig verblijvende minderjarige vreemdelingen die nog niet waren toegelaten.²²² Drie jaar later, in 2009, is aan een kwetsbare vreemdeling met rechtmatig verblijf in afwachting van een beslissing, bijstand toegewezen door de Raad, na een succesvol beroep op artikel 8 EVRM.²²³ Vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf hebben tot dusver geen aanspraak kunnen doen op bijstand. Volgens de CRvB is het onthouden van bijstand niet in strijd met internationale mensenrechten.²²⁴

3.3.2 AIO-aanvulling

Dezelfde conclusie volgt uit de jurisprudentie omtrent aanvragen ingediend door onrechtmatig verblijvende vreemdelingen op leeftijd om een aanvullende inkomensvoorziening ouderen (AIO-aanvulling).²²⁵ Hoewel in beginsel het recht op een AIO-aanvulling enkel is voorbestemd voor personen met een geldige verblijfstitel, is in het verleden aangevoerd dat de weigering om betrokkene een AIO-aanvulling toe te kennen in strijd is met artikel 8 EVRM.²²⁶ Betrokkene, geboren in 1937, was een dakloos en zwierf rond in Amsterdam. Hij stelde door zijn persoonlijke situatie bijzonder kwetsbaar te zijn, omdat hij geen geld had voor noodzakelijke reiskosten of voor een winterjas, hij een hoge leeftijd en een slechte gezondheid had (waardoor vertrek uit Nederland geen optie was), en hij voor de rest van zijn leven afhankelijk zou blijven van liefdadigheid als hij geen uitkering kreeg. De beroepsgronden van betrokkene troffen echter geen doel. De CRvB bevestigde het oordeel van de rechtbank dat betrokkene geen vreemdeling was die met een Nederlander gelijk kon worden gesteld, 'waardoor aan hem zelfs op grond van zeer dringende

220 Dat wil zeggen, vreemdelingen met een verblijfsvergunning of met een verblijfsrecht o.g.v. het Unierecht of het Associatiebesluit 1/80 van de Associatieraad EEG/Turkije. Vreemdelingen kunnen ook op bij algemene maatregel van bestuur zijn gelijkgesteld met Nederlanders. Zie Art. 11 Pw.

221 Art. 16 Pw.

222 CRvB 24 januari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV0197, *JV* 2006/116, m.nt. PEM; NB De CRvB hanteerde in deze uitspraak nog een strikte scheidslijn tussen rechtmatig en onrechtmatig verblijf ter rechtvaardiging van het onthouden van opvang van de onrechtmatig verblijvende ouders van de kinderen.

223 CRvB 7 juli 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ2809; zie ook Rb. Haarlem 18 september 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK0367 en Rb. Rotterdam 30 november 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK4787.

224 CRvB 9 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG7016 en CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8789.

225 Voormalig Art. 47a Wwb, nu Art. 47a Pw.

226 Zie CRvB 3 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2632.

redenen, geen uitkering ingevolge de Wwb [(nu Pw)] kan worden toegekend'.²²⁷ Met betrekking tot de mogelijk positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM oordeelde de CRvB dat, 'indien ten aanzien van vreemdelingen als bedoeld in artikel 16, tweede lid, van de WWB (i.e. vreemdelingen die niet met Nederlanders gelijk kunnen worden gesteld) een positieve verplichting bestaat recht te doen aan artikel 8 van het EVRM, daaraan niet met toepassing van de WWB gestalte kan worden gegeven. Hierdoor komt de Raad niet toe aan de vraag of appellant is aan te merken als een kwetsbaar persoon die op grond van artikel 8 van het EVRM bijzondere bescherming geniet. De omstandigheid dat appellant met een rechterlijke machtiging is opgenomen, maakt dat niet anders.'²²⁸

3.4 MEDISCHE ZORG

3.4.1 *Toegang tot medische zorg op papier*

Het koppelingsbeginsel heeft als gevolg dat vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf buiten de reikwijdte vallen van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet langdurige zorg.²²⁹ Maar elke vreemdeling heeft wel recht op het verkrijgen van medisch noodzakelijke zorg.²³⁰ Dit houdt in dat van zorgverleners wordt verlangd dat zij aan iedereen, ongeacht wettelijke status, medische hulp verlenen.²³¹ Nu onrechtmatig verblijvende vreemdelingen buiten de Zorgverzekeringswet vallen, dienen zij in beginsel de zorgkosten voor deze medische noodzakelijke zorg zelf te betalen. Om te voorkomen dat niet betaalde rekeningen uitsluitend door de zorgverleners moeten worden gedragen, heeft de Nederlandse overheid ervoor gezorgd dat het Stichting Centraal Administratie Kantoor AWBZ (CAK) bijdragen verstrekt

227 CRvB 3 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2632, r.o. 4.2; art. 11 lid 2 en 3 Pw jo. art. 16 lid 2 Pw.

228 CRvB 3 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2632, r.o. 4.3; zie ook CRvB 9 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU4382 en CRvB 22 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU6844.

229 Zie V.L. Derckx, 'Medische zorg aan irreguliere migranten: een status quo', *TvGR* 2017/2, p. 121-134, op p. 125. Derckx heeft een uitgebreide analyse gemaakt van de toegang tot medische zorg voor vreemdelingen.

230 Art. 122a lid 2 Zvw: 'Onder medisch noodzakelijke zorg wordt verstaan zorg of overige diensten als bedoeld in artikel 11 van deze wet of in artikel 3.1.1 van de Wet langdurige zorg, met uitzondering van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen vormen van zorg of diensten, en slechts voor zover de zorgaanbieder verstrekking ervan, gezien de aard van de prestaties en de verwachte duur van het verblijf van de vreemdeling, medisch noodzakelijk acht.' NB In sommige gevallen is het niet eenvoudig vast te stellen of sprake is van 'medisch noodzakelijke zorg'. Zie Rb. Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12328.

231 *Kamerstukken II* 1998/99, 19637, nr. 452, p. 2: 'In feite is immers alle medische hulp die door erkende zorgverleners wordt geboden geïndiceerde hulp.' NB De verplichting om zorg te verlenen zonder onderscheid tussen personen volgt ook uit verschillende gedragsregels en wettelijke regelingen. Zie o.a. de artseneed, KNMG-gedragsregels, goed hulpverlenerschap ex WGBO, art. 47 Wet BIG en richtlijnen van de WMA. Specifiek voor irreguliere migranten: WMA Statement on Medical Care for Refugees. including Asylum Seekers, Refused Asylum Seekers and Undocumented Migrants and Internally Displaced Persons, Ottawa 2008.

aan zorgaanbieders die extra kosten maken en inkomsten mislopen als gevolg van het verlenen van medisch noodzakelijke zorg aan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf en vreemdelingen in afwachting van een beslissing.²³²

De financieringsregeling uit artikel 122a Zorgverzekeringswet ziet op twee soorten medisch noodzakelijke zorg met elk een eigen vergoedingsregime.²³³ Enerzijds is er de direct toegankelijke zorg – verleend zonder recept, verwijzing of indicatie – waar de niet-inbare kosten van deze zorg aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen geheel of grotendeels worden vergoed.²³⁴ Anderzijds is er de indirect toegankelijke zorg – verleend na recept, verwijzing of indicatie – waarbij geldt dat enkel de zorgkosten van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen wordt vergoed wanneer zorgaanbieders een overeenkomst hebben gesloten met het CAK.²³⁵ Daarbij heeft de zorgaanbieder een inspanningsverplichting om te achterhalen of de onverzekerde vreemdeling de behandeling (gedeeltelijk) kan betalen, nu de bijdrage van het CAK niet wordt verstrekt wanneer de kosten voor de verleende zorg op de vreemdeling (of diens verzekeraar) kunnen worden verhaald.²³⁶

3.4.2 Toegang tot medische zorg in praktijk

Derckx heeft opgemerkt dat de toegang tot medische zorg anders is op papier dan in de praktijk.²³⁷ Hoewel de Nederlandse overheid heeft gesteld dat de toegankelijkheid voldoende wordt gegarandeerd, en de Inspectie voor de Gezondheidszorg nauwelijks meldingen heeft binnengekregen over een verminderde toegang tot de zorg,²³⁸ volgt uit onderzoek dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen wel degelijk drempels tegenkomen ten aanzien van toegang tot medische zorg.²³⁹ Bovendien zijn weigeringen en belemmeringen bij de toegang tot zorg moeilijk te meten.²⁴⁰ In

232 Art. 122a lid 1 onder b Zvw. Zie *Kamerstukken II 1994/95*, nr. 24233, nr. 3. p. 17 (MvT).

233 Derckx 2017, p. 127.

234 100% vergoeding in geval van zwangerschap en bevalling en 80% in overige gevallen, zie art. 122a lid 4 Zvw.

235 Art. 122a lid 5 Zvw.

236 Art. 122a lid 3 Zvw.

237 Derckx 2017, p. 125-134; zie ook V.L. Derckx, 'Het recht op medisch noodzakelijke zorg van ongedocumenteerden: Verbeterpunten voor gebreken in het systeem', *A&MR* 2021/8; deze vrees bestond al bij de introductie van de Koppelingswet, zie B.C.A. Toebes 1996, 'Wijziging wetsvoorstel Koppelingswet en de toegang tot de gezondheidszorg: een doekje voor het bloeden', *Migrantenrecht* 1996/3, p. 197-199.

238 E. Castelijns e.a., *Evaluatie van de bijdrageregeling van artikel 122a van de Zorgverzekeringswet. Eindrapport*, Berenschot 2011, Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, Z/VV-3095364, Den Haag: 8 december 2011.

239 Zie European Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, Comparative Report, november 2011, p. 71 e.v.

240 Het Zorginstituut Nederland (ZiNL) houdt toezicht op de toegang tot zorg, maar dit ziet enkel op de vergoeding van de kosten van daadwerkelijk verleende medische zorg en niet op zorgweigering of andere belemmeringen van de toegang tot zorg waar onrechtmatig verblijvende vreemdelingen mee te maken hebben.

het algemeen zien de barrières o.a. op financiële obstakels, taalproblemen, onvoldoende informatie, angst te worden ontdekt, onduidelijkheid over de invulling van het concept medisch noodzakelijke zorg.²⁴¹ Derckx noemt meer specifiek de problemen die bestaan bij de toegang tot mondzorg (omdat tandheelkunde buiten de basisverzekering van de Zorgverzekeringswet valt),²⁴² het inschakelen van een tolk (omdat zorgaanbieders en patiënten zelf verantwoordelijk zijn voor de communicatie),²⁴³ de seksuele en reproductieve gezondheid van vrouwen (omdat vrouwen vaak niet op hun internationale rechten inzake seksuele en reproductieve gezondheid worden gewezen),²⁴⁴ en toegang tot geestelijke gezondheidszorg (omdat GGZ-instellingen onvoldoende geïnformeerd zijn over de mogelijkheden om zorg te verlenen aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen).²⁴⁵

3.5 OVERIGE RECHTSPRAAK

3.5.1 *EHRM-jurisprudentie omtrent kwetsbaarheid en bijzondere zorgplicht ten aanzien van het bestaansminimum van ouderen*

Eén geval betrof een besluit van de Britse autoriteiten om de middelen die zijn toegevoegd voor de wekelijkse verzorging van een 71-jarige vrouw met ernstig beperkte mobiliteit te verminderen, zodat zij in haar nachtelijke toiletbehoeften zou kunnen voorzien door incontinentieverband en absorberende lakens te gebruiken in plaats van een nachtverzorgster om haar te helpen bij het lopen naar de commode. Het Hof oordeelde dat in een tijdperk van toenemende medische verfijning ('growing medical sophistication') gecombineerd met langere levensverwachtingen, de staat een bepaalde zorgplicht heeft. Staten moeten voorkomen dat ouderen blijven hangen in hun oudere leeftijd of in staten van vergevorderde fysieke of mentale achteruitgang die in strijd zijn met hun sterk gekoesterde ideeën over zichzelf en hun persoonlijke identiteit. De nalatigheid van het VK leidde tot een schending van artikel 8

241 Derckx 2017, p. 128.

242 A. Doeleman, 'Door nieuwe regeling veel gebitsproblemen illegalen. Tandheelkundige hulp voor volwassen illegale patiënten niet meer vergoed', *Nederlands Tandartsenblad* 2010.

243 A.C. Hendriks & B.C.A. Toebes, 'Recht op toegankelijke zorg: ook voor vreemdelingen', *NJB* 2016/19, p. 1347-1352, op p. 1351.

244 Zie PICUM, *The sexual and reproductive health rights of undocumented migrants narrowing the gap between their rights and the reality in the EU*, februari 2016. Zie ook Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 'Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women in the Netherlands', CEDAW/C/NLD/CO/5, par. 47, 5 februari 2010: 'Sixth Periodic Report of the Kingdom of the Netherlands concerning the implementation of the International Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women (2008-2013)', september 2014.

245 Achtergrondinformatie Dokters van de Wereld, ter gelegenheid van de rapportage 'Access to healthcare for vulnerable groups in Europe in times of crises and rising xenophobia, an overview of the situation of people excluded from healthcare systems', 2012, Médecins du Monde en Wereldgezondheidsdag, april 2013.

EVRM.²⁴⁶ In een eerdere zaak hield het Hof rekening met de hoge leeftijd van de verzoekster (81 jaar) bij het beoordelen van de reikwijdte van het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Het oordeelde dat bij een procedure over de nietigverklaring van een notariële akte, die meer dan tien jaar had geduurd, de rechtbank een redelijke termijn had overschreden. Het Hof merkte op dat, gezien de hoge leeftijd van verzoekster, de Poolse rechtbanken haar een bijzondere mate van doelmatigheid en zorgvuldigheid ('a particular degree of expediency and diligence') waren verschuldigd bij de behandeling van haar zaak.²⁴⁷ Ook kunnen de leeftijd en kwetsbaarheid van een persoon van belang zijn bij een voorzieningenaanvraag, zoals in een zaak waarin een oudere vrouw een invaliditeitspensioen ontving en geen ander significant inkomen had om van te leven. Het Hof merkte op dat de verzoekster behoorde tot die categorie van 'kwetsbare' individuen die 'voor hun hele leven of een deel van hun leven volledig afhankelijk zijn van socialezekerheids- en welzijnsuitkeringen'.²⁴⁸

Het Hof heeft zich ook gebogen over zaken met betrekking tot de vermeende ontoereikendheid van ouderdomspensioen om een adequate levensstandaard te behouden, beschermd door artikel 3 EVRM (verbod op onmenselijke of vernederende behandeling).²⁴⁹ In twee zaken tegen Rusland was sprake van een oudere vrouw die van een ouderdomspensioen leefde, maar waarbij werd gesteld dat het pensioen ontoereikend was voor de minimale behoeften. Het Hof verklaarde in beide gevallen het verzoek niet-ontvankelijk (kennelijk ongegrond),²⁵⁰ nu het materiaal waarover het Hof beschikte geen enkele aanwijzing bevatte dat het niveau van het pensioen en de sociale uitkeringen waarover verzoekster beschikte, onvoldoende was om haar te beschermen tegen schade aan haar lichamelijke of geestelijke gezondheid of tegen een situatie van achteruitgang die onverenigbaar is met de menselijke waardigheid. Wel was het EHRM van mening dat een klacht over een volstrekt ontoereikend pensioenbedrag en de andere sociale uitkeringen in beginsel een probleem kan doen rijzen op grond van artikel 3 EVRM.²⁵¹ Het merkte op dat het niet kon uitsluiten dat staatsaansprakelijkheid zou kunnen ontstaan voor 'behandeling' wanneer een verzoeker die volledig afhankelijk is van staatssteun, geconfronteerd wordt met officiële onverschilligheid in een situatie van ernstige ontbering of een extreme armoede die onverenigbaar is met de menselijke waardigheid.²⁵²

246 EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0520JUD000424112 (*McDonald/Verenigd Koninkrijk*), par. 47, 51-52.

247 EHRM 9 maart 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0309JUD006022500 (*Jablonská/Polen*).

248 EHRM 13 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD005308013 (*Bélané Nagy/Hongarije*), par. 80-81.

249 Zie verder uitspraken van het EHRM die tot schending leiden van art. 3 EVRM in het kader van de detentie van ouderen in de gevangenis (EHRM 2 december 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1202JUD000467202 (*Farbtuhs/Letland*); EHRM 27 februari 2004, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD006543601 (*Hénafl/Frankrijk*)).

250 Art. 35 EVRM (ontvankelijkheidscriteria).

251 EHRM 23 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0423DEC005686900 (*Larioshina/Rusland*), par. 3.

252 EHRM 18 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0618DEC004560305 (*Budina/Rusland*).

Ten slotte oordeelde het Hof, in een zaak betreffende de aanstaande verwijdering uit Finland van een 72-jarige Russische onderdaan, dat geen sprake was van een schending van artikel 3 EVRM wanneer verzoekster naar Rusland werd uitgezet. De verzoekster had beweerd dat ze in Rusland geen toegang zou hebben tot medische zorg, omdat het voor haar onmogelijk was daar een plaats in een verpleeghuis te krijgen en omdat ze gescheiden zou worden van haar dochter met Finse nationaliteit. Het Hof oordeelde dat noch de algemene situatie in Rusland, noch de persoonlijke omstandigheden van de verzoeker (bijv. haar leeftijd of kwetsbaarheid) haar een reëel risico op onmenselijke of vernederende behandeling zouden opleveren bij uitzetting. In Rusland waren zowel particuliere als openbare zorginstellingen voorhanden en bestond de mogelijkheid om externe hulp in te schakelen.²⁵³

3.6 BEPERKTE TOEGANG TOT SOCIALE VOORZIENINGEN

Deze Juridische Verkenning laat zien dat het koppelingsbeginsel een zeer duidelijke stempel drukt op het sociale voorzieningenbeleid. Dit raakt ongedocumenteerde ouderen mogelijk hard, omdat deze groep steeds minder goed in staat is om zelf in het levensonderhoud te voorzien.²⁵⁴ Hoewel de LVV's een belangrijke stap vooruit zijn in het bieden van opvang, blijft het meewerkingscriterium nog steeds een voorwaarde, waardoor sommige ongedocumenteerde ouderen op straat kunnen belanden. Ook blijkt uit de onderhavige analyse dat vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf tot dusver geen aanspraak kunnen doen op bijstand. Daarbovenop komt dat de toegang tot medische zorg in de praktijk weerbarstig is. Hierdoor kunnen ongedocumenteerde ouderen in inhumane situaties terecht komen.

253 EHRM 18 november 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1118JUD000504912 (*Senchishak/Finland*).

254 Nu het persoonlijke netwerk van veel ongedocumenteerde ouderen verschaald, zijn zij juist aangewezen op de sociale voorzieningen. Voor een uitgebreide analyse van de problematiek van ongedocumenteerde ouderen, zie R. Staring, N. Boesveldt en M. Kox, *Vechten met het leven: Een kwalitatief onderzoek onder ongedocumenteerde oudere migranten in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2022 (in druk).