

1. Deze uitspraak gaat over de geruchtmakende zaak van de Armeense kinderen Howick en Lili. Ik ga in deze noot achtereenvolgens in op artikel 3 EVRM (materieel de hoofdzaak); op de timing van de uitspraak (het verzoek om versnelde behandeling van de staatssecretaris, en de toetsing van de uitzetting aan artikel 3 EVRM buiten de procedurele kaders om); en de uitlating van de Afdeling bestuursrechtspraak dat de kinderen “niet in Nederland mogen blijven.” Ik laat terzijde de ruime interpretatie die de Afdeling geeft aan het begrip grief (rechtsoverweging 5), de openbare behandeling ondanks het andersluidende verzoek van de kinderen (rechtsoverweging 3), en de kwestie van de opvolgende aanvraag (rechtsoverweging 7).

### Artikel 3 EVRM

- 2.1. De kinderen betogen dat hun verwijdering in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM. Nergens geeft de Afdeling hun beroepsgronden samenhangend weer. In plaats daarvan verwerpt zij telkens brokjes beroepsgrond. Als we die brokjes bij elkaar leggen, blijkt dat de Afdeling de volgende argumenten heeft waargenomen. De kinderen leunen op een rapport van de Raad voor de Kinderbescherming, die er op aandringt (a) dat duidelijk is *waar* de kinderen opgroeien – dat vraagt om een woonadres of iets dergelijks; (b) dat de kinderen herenigd worden met de al naar Armenië uitgezette moeder – dat gaat over bij *wie* de kinderen wonen; (c) dat de moeder in staat is tot het bieden van zorg en veiligheid – dat gaat over waar de moeder toe *in staat* is; (d) en dat de kinderen een bestaan op kunnen bouwen, waarbij de Raad met name wijst op huisvesting, onderwijs, een sociaal leven, vrije tijdsbesteding, en medisch/psychosociale zorg – in feite gaat het hier om de verwerkelijking van een aantal fundamentele *rechten* uit het Kinderrechtenverdrag (rechtsoverweging 10.5). De moeder bereidt zich niet voor op de terugkeer van haar kinderen omdat zij die, in termen van artikel 3 Kinderrechtenverdrag, niet in hun belang vindt. Zij heeft geen vaste huisvesting, geen inkomen, en maakt geen gebruik van aangeboden hulp en zorg in Armenië (rechtsoverweging 10.7). Jeugdzorg is in Armenië niet toereikend, wat blijkt uit een rapport van Nidos dat meldt dat er in de opvanglocatie waar de kinderen zo nodig heen gaan dertig kinderen verblijven terwijl er plek is voor twintig kinderen (rechtsoverweging 10.8). Het Armeense programma ter ondersteuning van teruggestuurde staatsburgers is per 1 juli 2018 beëindigd (maar er komt een ander, reageert de staatssecretaris) (rechtsoverweging 10.9). De kinderen vinden dat deze feiten grond zijn voor verlening van een asiilvergunning en beroepen zich in dat verband op artikel 3 EVRM. Het stemt niet vrolijk dat de lezer zelf het betoog van de kinderen moet reconstrueren, maar goed: we kunnen zelf prima lezen en de argumenten bij elkaar rapen. Mogelijkerwijze hebben de kinderen veel meer en mooiers aangevoerd (in dat geval zou de uitspraak aanvechtbaar zijn), maar we doen het nu even met wat de Afdeling meldt.

2.2. De casus is een lastige. Het uitzetten van de facto Nederlandse kinderen naar een land dat alleen formeel het hunne is, is keihard. De omstandigheden in Armenië waar het in deze uitspraak over gaat zijn vooral de invulling, de illustratie daarvan: dit is waar je mee te maken krijgt als je Hollandse kinderen uitzet. De Nederlandse EHRM-rechter Martens heeft decennia geleden in een serie *opinions* betoogd dat in dit soort gevallen het concept van effectieve nationaliteit via de band van artikel 8 EVRM uit het internationaal privaatrecht moet worden geïmporteerd; de kinderen zouden dan de effectieve Nederlandse nationaliteit hebben, en niet uitgezet kunnen worden. Het Hof heeft dat als principe niet willen overnemen, maar heeft het effect in sommige artikel 8-zaken over in Europa opgegroeide kinderen wel nagebootst (in jurisprudentie in het voetspoor van het Moustaquim arrest). De vreemdelingen gaan, omdat het een asielzaak betreft, voor een ander anker liggen, en betogen dat uitzetting van de kinderen naar een situatie waar hun opvang niet naar behoren verzekerd is in strijd is met artikel 3 EVRM. De staatssecretaris aan de andere kant voelt zich door de moeder in de tang genomen. Als zij na de afwijzing van de asielaanvraag in 2009 naar behoren met de kinderen was teruggekeerd, was de huidige dramatische toestand niet ontstaan. En als zij vorig jaar samen met haar kinderen was teruggekeerd, of nu ietsepietsie toeschietelijker zou zijn, dan zouden de zaken een stuk minder hard liggen.

2.3. Ik kan me beide perspectieven erg goed indenken. Een rechter kan in een situatie als deze ruwweg drie dingen doen. Hij kan, ten eerste, de zaak zelf gaan beoordelen; hij kan zich, ten tweede, op het standpunt stellen dat een oordeel primair de bevoegdheid van de staatssecretaris is, en met enigerlei mate van terughoudendheid toetsen; tenslotte kan hij zich verlaten op het oordeel van een deskundige. Het gaat in deze zaak om beoordeling van een feitelijke situatie in het licht van artikel 3 EVRM. Daarom valt optie twee (terughoudende toetsing) af, op grond van vaste rechtspraak. Een grote rol toekennen aan de rapportages van de Raad voor de Kinderbescherming en Nidos ligt voor de hand. Dat werkt wel in het nadeel van de staatssecretaris, omdat zij kijken naar het belang van de kinderen en geen boodschap hebben aan het chagrijn van de staatssecretaris over de opstelling van de moeder. Daardoor zou de staatssecretaris wat in feite zijn sterkste argument is (“ik snap ook best dat dit knoeperhard is, maar dat komt door de moeder en niet door mij – hier kunnen we gewoon niet aan beginnen”) uit handen worden geslagen. De Afdeling kiest voor de eerste optie, en besteedt daarbij wel veel tekst aan de rapporten, maar kent aan de strekking ervan niet de waarde toe die de opstellers ervan juist lijken te vinden (ook de rapporten worden alleen broksgewijs weergegeven, wat de Raad voor de Kinderbescherming en Nidos precies vinden blijft onduidelijk). We moeten ons een andere keer maar eens afvragen hoe deze manier van omgaan met de rapporten past in de jurisprudentie over de rol van deskundigen in het bestuursrecht.

2.4. Het gaat om uitzetting van twee kinderen naar een situatie waar ze afhankelijk zijn van een moeder die geen vast adres of inkomen heeft, met als alternatief een kinderkuis waar 50% overbezetting zomaar kan voorkomen. Is uitzetting naar zo'n situatie in strijd met artikel 3 EVRM? Het antwoord op deze vraag hangt in sterke mate samen met de vraag onder welke toepassing van artikel 3 EVRM dit beoordeeld wordt. Opties zijn de toepassing van artikel 3

EVRM in de arresten Mayeka & Mitunga; Paposhvili; Sufi & Elmi; en Tarakhel. Mayeka & Mitunga ging om de uitzetting van een minderjarige naar een land waar haar moeder niet verbleef, en zonder enige begeleiding (een stewardess zou vast wel voor het meisje zorgen, hadden de Belgen zo een beetje gedacht). Dat is echt een andere situatie dan hier aan de hand is (de moeder verblijft in het land waarheen wordt uitgezet; en de kinderen worden vast allerliefst op het vliegtuig gezet), dus dat arrest biedt weinig houvast. Sufi & Elmi gaat over een algemene humanitaire situatie die door actief handelen van actoren in het land van herkomst onder het minimumniveau zit. In deze zaak gaat het niet om een algemene humanitaire situatie, zodat het arrest niet goed op de casus past. Paposhvili gaat over een individuele humanitaire situatie die door wat ik nu maar even overmacht noem onder het minimumniveau zit; dat komt in de buurt (er is iets bijzonders met de uit te zetten personen, en er is, stellen de kinderen in deze zaak, juist voor zulke kinderen iets niet in orde in het land van herkomst). En Tarakhel gaat over uitzetting van kinderen naar een situatie waar de opvang niet verzekerd is – dat past goed op de zaak van Howick en Lili, want dat is precies wat er volgens hen aan de hand is. Wat de Afdeling op dit punt (welke toepassing van artikel 3 EVRM is hier relevant) doet beslist de uitkomst van de zaak. En de Afdeling doet dat in rechtsoverweging 6 en rechtsoverweging 10.6 zoals alleen de Afdeling dat kan.

2.5. In rechtsoverweging 6.5 stelt de Afdeling zich op het standpunt dat de verleningsgrond voor de verblijfsvergunning asiel bepaalde tijd in artikel 29 lid 1 onder b Vw 2000 geheel gelijk is aan het bepaalde in artikel 15 onder b Richtlijn 2011/95. Precies op het punt waar het de Afdeling om te doen is heeft de Nederlandse wetgever echter – en daar heeft de wetgever op grond van artikel 3 Richtlijn 2011/95 het volste recht toe – een ruimere grond voor asielverlening geformuleerd dan waartoe de richtlijn verplicht. Artikel 15 onder b van de richtlijn noemt als grond voor asielverlening: foltering of onmenselijke of veranderende behandeling of bestraffing *in het land van herkomst*. De woorden *in het land van herkomst* zijn in de tekst van de richtlijn toegevoegd om de Paposhvili-casus buiten het bereik van artikel 15 onder b te houden. In de Paposhvili-casus is immers, huislijk gezegd, niet aan de orde of artikel 3 EVRM in het land van herkomst geschonden wordt, terwijl uitzetting desondanks wel in strijd met artikel 3 EVRM kan zijn. De Nederlandse wetgever heeft de woorden *in het land van herkomst* uit de richtlijn weggelaten uit de tekst van artikel 29 lid 1 onder b Vw 2000, met de uitdrukkelijke bedoeling ook de Paposhvili-casus juist wel onder artikel 29 lid 1 onder b Vw 2000 te brengen, en dus als asielverleningsgrond aan te merken. Dus: de Nederlandse asielgronden zijn ruimer dan die van de richtlijn, omdat de Paposhvili-casus op grond van de richtlijn geen grond voor asielverlening kan zijn, maar op grond van de Nederlandse wet willens en wetens wel. De Afdeling komt met een argumentatie die zich niet alleen niets aantrekt van deze bedoeling van de Nederlandse wetgever en de daarmee overeenstemmende tekst van de Vreemdelingenwet 2000. Ook impliceert de Afdeling dat de Europese wetgever fout zit. Die ging er immers van uit dat de Paposhvili-casus in beginsel wel onder artikel 15 onder b van de richtlijn viel, en expliciet moest worden uitgesloten door invoeging van de woorden *in het land van herkomst*. De Afdeling weet beter: die casus was al uitgesloten doordat de Richtlijn alleen sprake is van een asielverleningsgrond in de zin van

artikel 15 als er een dader is in de zin van artikel 6 van de richtlijn. Ernstige schade “moet (...) worden veroorzaakt door één van de actoren van ernstige schade”, beweert de Afdeling. Dat is eenvoudigweg niet wat de richtlijn bepaalt. Immers: de aanhef van artikel 6 luidt “Actoren van vervolging of ernstige schade kunnen *onder meer* zijn ...” (cursivering toegevoegd). Waar de Afdeling doet of de opsomming van artikel 6 uitputtend (limitatief) is, blijkt uit de tekst daarvan zonneklaar dat die slechts voorbeelden geeft (enumeratief is). De uitspraak van de Afdeling is hier dus in strijd met Nederlandse en Europese wetgeving. Het arrest M’Bodj waarnaar de Afdeling verwijst gaat over artikel 15 onder b van de richtlijn (met die beperktere strekking door de woorden *in het land van herkomst*) en niet over artikel 29 lid 1 onder b Vw 2000. Voor zover het Hof van Justitie in M’Bodj heeft willen zeggen dat aan personen die niet onder artikel 15 onder b van de richtlijn vallen geen asiolvergunning mag worden verleend (zoals artikel 29 lid 1 onder b Vw 2000 juist wel bepaalt), staat het arrest op gespannen voet met artikel 3 van de richtlijn (zie in vergelijkbare zin de noot van Battjes bij M’Bodj, JV 2015/23).

2.6. In rechtsoverweging 6.8 behandelt de Afdeling het beroep op Tarakhel. Zij vindt dat arrest niet relevant omdat het “over” iets anders zou “gaan”, namelijk over een overdracht op grond van Dublin en niet (zoals hier) over subsidiaire bescherming. In Tarakhel honoreerde het EHRM het argument dat verwijdering naar een land waar de opvang van kinderen niet gewaarborgd was in strijd was met artikel 3 EVRM. Dat is *precies* waar de uitspraak van de Afdeling over gaat. Het EHRM is ook helemaal niet bevoegd om over een Dublin overdracht, of over het onthouden van subsidiaire bescherming te oordelen. Het EHRM beoordeelt een voorgenomen uitzetting in het licht van artikel 3 EVRM. Anders dan de Afdeling beweert gaat Tarakhel dus niet over de toepassing van Dublin, maar over de toepassing van artikel 3 EVRM. Straks gaat de Afdeling nog beweren dat een beroep op het arrest NA/Verenigd Koninkrijk in een Nederlandse asielzaak over een Somaliër niet relevant is, omdat het arrest gaat over uitzetting naar Sri Lanka i.p.v. Somalië, of omdat het gaat over het Verenigd Koninkrijk i.p.v. Nederland. Natuurlijk, zoals ik hierboven onder 2.4 schreef: sommige arresten van het EHRM geven een bruikbare parallel met het geval dat hier aan de orde is, en andere minder of niet. En daar kan je nog best over discussiëren. Maar te doen alsof het om een ander “beoordelingskader” (rechtsoverweging 6.8) gaat, doet voorkomen alsof er een betonnen muur kan staan tussen twee arresten over de verenigbaarheid van uitzetting met artikel 3 EVRM. Dat was het soort nationaalrechtelijke constructie waarmee de Afdeling in een niet al te ver verleden vrijwel elke inhoudelijke kwestie weg duwde – de vele waterscheidingen. Met internationaal recht heeft dat niets te maken.

2.7. De Afdeling is dus niet bereid om de *weigering van de asiolvergunning* aan artikel 3 EVRM te toetsen. Wel beweert zij de *uitzetting* van de kinderen aan artikel 3 te toetsen. De Afdeling toetst daarbij blijkens rechtsoverweging 10.6 alleen aan de toepassing van artikel 3 EVRM in het arrest Mayeka & Mitunga. Zoals ik hierboven aangaf is dat bepaald niet het sterkste aanknopingspunt voor de kinderen. De Afdeling rept nu ineens met geen woord over Paposhvili of Tarakhel, terwijl de argumenten waarmee zij die in rechtsoverweging 6 opzij schoof specifiek betrekking hebben op de *asiolvergunning* en de Afdeling hier de

voorgenomen *uitzetting* zegt te beoordelen. Bij de uitzetting, die hier aan de orde is, spelen die beweerdelijke beperkingen niet. De Afdeling heeft eenvoudigweg nagelaten te beoordelen of de uitzetting van de kinderen, gezien de (niet alledaagse) omstandigheden van het geval, in strijd is met artikel 3 EVRM zoals het Hof dat in Tarakhel en Paposhvili heeft geïnterpreteerd. Dat is unfair. De kinderen betoogden dat hun uitzetting in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM, en mochten verwachten dat de Afdeling ook hun sterkste argumenten op hun merites zou beoordelen. Dat een beoordeling in het licht van Tarakhel en Paposhvili ook in het voordeel van de kinderen zou uitvallen staat voor mijn niet vast. Maar ze hebben wel recht op een behoorlijke beoordeling van hun beroepsgronden. De beslissing van de staatssecretaris is op een hoofdpunt eenvoudigweg niet door de rechter beoordeeld. De kinderen hebben eigenlijk wel gewoon recht op een dergelijke beoordeling. Zij kunnen proberen die alsnog te krijgen door ofwel de burgerlijke rechter te benaderen (die als restrechter bevoegd blijft om een oordeel te geven over kwesties die in andere rechtsgangen niet aan de orde konden komen); ofwel door het EHRM te benaderen met de stelling dat de Afdeling bestuursrechtspraak niet op de juiste wijze aan artikel 3 EVRM heeft getoetst. Het de vraag of deze procedures de kinderen veel zouden opleveren, omdat zowel het EHRM als de Nederlandse burgerlijke rechter zich dezer dagen in vreemdelingenzaken zo klein mogelijk maken. In elk geval zouden zulke extra procedures extra tijd kosten, en zo komen we op het tweede onderwerp.

### De timing van de uitspraak

3. De staatssecretaris heeft de Afdeling verzocht om een versnelde behandeling omdat hij de kinderen niet midden in het schooljaar wil uitzetten (rechtsoverweging 4). Nou had dat ook prima gekund door de kinderen pas in de zomer van 2019 uit te zetten, maar de staatssecretaris wilde kennelijk een uitspraak voor het einde van de zomervakantie van 2018 (uitzetting vóór 1 september, rechtsoverweging 10.3). De vreemdelingen hebben zich verzet met als argument dat de zaak te ingewikkeld is. De Afdeling overweegt dat zij zelf bepaalt aan welke zaken zij voorrang geeft, en dat de vreemdelingen niet in hun belangen zijn geschaad omdat zij zich kranig geweerd hebben (rechtsoverweging 4.1). Daar valt geen speld tussen te krijgen (al was het tempo voor de Afdeling zelf wel aan de hoge kant, gezien de rammelende onderbouwing van de uitspraak – zie boven). Maar er is nóg een punt waar de Afdeling tot versnelling bereid is. De beroepsprocedure betreft de weigering een *verblijfsvergunning* te verlenen. Zoals de Afdeling in rechtsoverweging 10.1 – 10.3 uiteenzet, kan vanwege de procedurele bijzonderheden van het geval in deze procedure geen oordeel worden gegeven over de verenigbaarheid van de voorgenomen *uitzetting* met artikel 3 EVRM. De Afdeling vindt het wenselijk om desondanks in deze procedure meteen een oordeel te geven over de rechtmatigheid van de uitzetting, in het kader van de concentratie van rechtsmiddelen. Anders moet dat weer in een aparte procedure (en dat leidt tot vertraging die de staatssecretaris problematisch vindt, en de kinderen kennelijk wat minder). De bereidheid van de Afdeling om, hoewel de procedure daar gezien het formeel-wettelijke kader

niet over kan gaan, het toch meteen maar over de uitzetting te hebben roept gemengde gevoelens op. Aan de ene kant is het goed dat de Afdeling haar eerdere super-formalisme heeft laten varen. En vóór de opstelling van de Afdeling spreekt dat de kinderen inderdaad stellen dat hun uitzetting in strijd met artikel 3 EVRM zou zijn (en dat ze daarom een vergunning moeten krijgen). Het heeft dan iets kunstmatigs om te zeggen dat de verenigbaarheid van de uitzetting met artikel 3 EVRM (maar dan in het kader van de uitzetting) buiten de reikwijdte van het geschil valt (want het gaat toch juist over de uitzetting?). Daar staan twee dingen tegenover. Ten eerste een heel formele, maar ook wel belangrijke kwestie: namelijk dat degene die de rechter benadert bepaalt waar het geschil over gaat. De kinderen stelden in deze procedure de weigering een vergunning te verlenen aan de orde (toepassing van artikel 28 en 29 Vw 2000), en niet de voorgenomen uitzetting (artikel 45 lid 1 onder b Vw 2000). De rechter gaat het daar toch over hebben. Ten tweede een juist heel materieel punt. De Afdeling maakt veel werk van het formele verschil tussen de asielvergunning en de uitzetting – ik ging daar in paragraaf 2 van deze noot op in – maar benadrukt nu juist de overeenkomsten. In onderlinge samenhang bezien is dat een spagaat te noemen. Problematisch is dat ergens in deze spagaat de sterkste argumenten van de kinderen (Paposhvili en Tarakhel) onder tafel gewerkt worden. Kortom: er valt veel te zeggen voor concentratie van rechtsmiddelen. Bovendien is het gekunsteld om te doen alsof de toetsing aan artikel 3 EVRM in het kader van artikel 29 lid 1 onder b Vw 2000 iets wezenlijk anders is dan onder artikel 45. Maar juist de Afdeling vindt eerder in de uitspraak nu juist wel dat dat een groot verschil maakt. Eenmaal toegekomen aan de uitzetting laat zij een aantal beroepsgronden en beoordelingskaders buiten beschouwing. En laten dat nou net die zijn die het sterkste argument vormen van de kinderen.

#### De Afdeling op de stoel van de staatssecretaris

4. In rechtsoverweging 15 overweegt de Afdeling dat de afwijzing van de asielaanvragen van de kinderen onherroepelijk zijn geworden, en vervolgt: “Dit betekent verder dat de vreemdelingen niet in Nederland mogen blijven (...)”. N.a.v. het persbericht van de Raad van State, dat dezelfde woorden bevatte, heb ik op twitter gesteld dat de afdeling voorlichting van de Raad van State hiermee zijn boekje te buiten ging, omdat de rechter in gevallen als deze alleen oordeelt over de rechtmatigheid van besluiten en voorgenomen feitelijke handelingen. Ik bied hierbij mijn excuses aan aan de afdeling voorlichting. Het was niet de afdeling voorlichting, maar de Afdeling bestuursrechtspraak zelf die zijn boekje te buiten ging. De staatssecretaris gaat over de vraag of vreemdelingen in Nederland mogen blijven – want ook na de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak kan de staatssecretaris besluiten een vergunning te verlenen. De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak betekent dus niet dat de kinderen “niet in Nederland mogen blijven”. Daar gaat de Afdeling bestuursrechtspraak niet over. Daar gaat de staatssecretaris over.

#### Tot besluit

5. De Afdeling interpreteert artikel 29 lid 1 onder b Vw 2000 te beperkt, in weerwil van de tekst van de wet en de expliciete bedoeling van de wetgever. En passant geeft zij een evident onjuiste, en te beperkte interpretatie aan artikel 6 Richtlijn 2011/95. Op beide punten werkt dat in het nadeel van de kinderen. De Afdeling geeft de rapporten van de Raad voor de Kinderbescherming en Nidos inhoudelijk geen zwaar gewicht. Had de Afdeling dat wel gedaan, dan was de staatssecretaris zijn sterkste punt uit handen geslagen. Het sterkste argument van de kinderen daarentegen (het beroep op de arresten Paposhvili en Tarakhel) bespreekt de Afdeling niet inhoudelijk, waardoor hun beroep op 3 EVRM voor het belangrijkste (want sterkste) deel niet behandeld is. Qua snelheid bedient de Afdeling de staatssecretaris op zijn wenken, en geeft alvast een oordeel over de uitzetting buiten de wettelijke grondslag van de procedure om. En de Afdeling eigent zich een bevoegdheid van de staatssecretaris toe door te beslissen dat de kinderen “niet in Nederland mogen blijven”. Mocht dit alles bij deze of gene de indruk wekken dat de Afdeling niet helemaal onpartijdig is, dan heeft de Afdeling dat misschien óók een beetje aan zichzelf te danken.

Thomas Spijkerboer