

Raad van State blijft vastzitten in zelfgemaakte juridische fuik

Posted on 6 mei 2023 by Nick Ottens

Een Eritreeër vertrekt zonder paspoort of ID-kaart, reist door een hele rits veilige landen en vraagt in Nederland asiel aan als 'minderjarige'. Een Nigeriaan zwerft negen jaar illegaal door Europa. Hij vraagt in drie landen asiel aan en wordt in drie landen geweigerd. Tenslotte probeert hij het in Nederland.

De Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) wil beide mannen terugsturen naar Italië. Zo werkt het Europese asielrecht: zij kwamen via Italië de EU binnen, dus moeten ze daar asiel aanvragen. Als Italië ze weigert, mag Italië ze uitzetten.

De Raad van State is het daar niet mee eens. De opvang zou in Italië zo erbarmelijk zijn, dat de 'mensenrechten' van asielzoekers in het gedrang komen. De Eritreeër en de Nigeriaan mogen blijven. En met hen alle migranten die via Italië naar Nederland zijn gekomen en nog gaan komen.

Doof voor eigen inwoners

Dat de Raad van State Europees recht, in dit geval het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, ruim interpreteert, komt wel vaker voor. De bouw van woningen, waterstoffabrieken en windturbines valt stil, omdat de Raad besloot dat Europese afspraken over natuurbescherming nog geen zucht extra stikstof toelaten.

Voor eigen inwoners is de hoogste bestuursrechter van Nederland minder coulant. Toen duizenden toeslagenouders door de Belastingdienst werden geruïneerd, en de Raad van State om hulp vroegen, bleken hun smeekbeden aan dovemansoren gericht.

Nigeriaan zwerft sinds 2014 door Europa

De veronderstelde Eritreeër – de man heeft geen paspoort – kwam via Italië de EU binnen. Hij vroeg echter geen asiel in Italië aan, wat Nederland volgens de Dublinverordening het recht geeft om hem terug te sturen. Daar is één uitzondering op: minderjarigen mogen wél in Nederland asiel aanvragen. De Eritreeër beweert 17 jaar oud te zijn. De rechtbank geloofde hem niet. De Raad van State geeft hem het voordeel van de twijfel.

De Nigeriaan probeert al sinds 2014 ergens in Europa een verblijfsvergunning te krijgen. Hij deed drie aanvragen in Italië, die werden afgewezen; een aanvraag in Zwitserland, die werd afgewezen; en een aanvraag in Oostenrijk, die werd afgewezen. Vorig jaar vroeg hij in Nederland asiel aan. De IND wil hem terugsturen naar Italië, dat hem dan vervolgens terug zou kunnen sturen naar Nigeria. De Raad van State houdt dat tegen. Italië heeft andere lidstaten gevraagd om voorlopig geen asielzoekers terug te sturen. Dus mag de Nigeriaan ook in Nederland een poging wagen.

Het is onvoorstelbaar dat zijn aanvraag hier zal worden ingewilligd. Als hij in Italië, Zwitserland en Oostenrijk geen recht had op asiel, dan heeft hij dat in Nederland ook niet. Dat is voor de Raad van State irrelevant. Dat de man al negen jaar lang de wetten van meerdere Europese landen aan zijn laars lapt door te weigeren terug te keren naar zijn thuisland, doet er blijkbaar ook niet toe. Op kosten van de Nederlandse belastingbetaler krijgt hij hier alsnog een opvangplek en moet de IND

alsnog een asielprocedure starten.

Italië kan asielzoekers niet meer aan

EU-lidstaten mogen er gewoonlijk vanuit gaan dat anderen de opvang van asielzoekers op orde hebben. Italië heeft echter verzocht om de overdracht van asielzoekers op basis van de Dublinverordening te staken. De opvang raakt vol. In de eerste drie maanden van dit jaar kwamen er vier keer zoveel migranten de Middellandse Zee over als in dezelfde periode een jaar geleden: bijna 35.000.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de hoogste bestuursrechter van Nederland, redeneert dat asielzoekers die worden teruggestuurd 'niet worden opgevangen door de Italiaanse autoriteiten'. Of dat echt zo is, is niet onderzocht. De Italianen hebben slechts verzocht om geen asielzoekers terug te sturen.

Nederland wel?

De Raad doet nog een aanname: 'Daarmee komen asielzoekers in een situatie terecht waarin zij niet beschikken over hun belangrijkste basisbehoeften, zoals onderdak, eten en stromend water' – hun mensenrechten. Alsof asielzoekers zonder opvang van de Italiaanse staat hulpeloos zouden zijn. De Nigeriaan lijkt zich in ieder geval al jaren te redden. Dat er ook in Italië goede doelen als het Rode Kruis noodopvang leveren, weegt de Raad niet mee.

De Raad weegt ook niet mee dat ook in Nederland de asielopvang vol zit. Alle 30.000 bedden in de reguliere opvang zijn bezet. Daarnaast worden zo'n 15.000 asielzoekers en statushouders op noodlocaties, en bijna 7.000 asielmigranten elders, opgevangen. Van deze aantallen hebben 16.000 migranten asiel gekregen ('statushouders'). Zij hebben echter geen geld om een eigen woning te regelen en kunnen niet doorstromen naar een sociale huurwoning, want er is een tekort. Woningen bijbouwen gaat niet, want de Raad van State heeft een stop gezet op vrijwel alle bouwvergunningen.

De in januari overleden emeritus-hoogleraar Twan Tak klaagde jarenlang dat de rechtsprekende leden van de Raad van State – 'staatsraden' – 'louter met een bestuurlijk oog' naar zaken keken en geen rekening hielden met de feitelijke

omstandigheden.

Geert Corstens, de oud-president van de Hoge Raad, trok na de kindertoeslagenaffaire dezelfde conclusie: de Raad volgde de letter van de wet zonder oog te hebben voor het lot van de ouders die door de Belastingdienst ten onrechte als fraudeur waren aangemerkt.

'Van rechters verwacht je dat ze bescherming bieden. Je moet bescheiden zijn, maar ook het lef hebben om in te grijpen als mensen tekort komen,' zei Corstens destijds.

Raad zat vast in zelfgecreëerde fuik

De Raad heeft dat later toegegeven. De Belastingdienst vond dat iedere overtreding moest leiden tot het terugvorderen van de totale kinderopvangtoeslag. Zo kon het gebeuren dat ouders met een schuld van nog geen 80 euro bijna 28.000 euro aan toeslagen moesten terugbetalen. De Raad vond dat toen een redelijke interpretatie van de wet. Nu niet meer. In het zelfonderzoek *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken* schrijft de Raad: we zaten 'vast in een zelf gecreëerde juridische fuik'.

Het valt Jos Teunissen, emeritus hoogleraar staats- en bestuursrecht, op dat de staatsraden vooral in 'Europese' zaken de regering trotseren: 'Veel mensen, die zelf nooit te maken hebben gehad met de bestuursrechtspraak, denken ten onrechte dat de Afdeling bestuursrechtspraak indringend toetst. De Afdeling toetst wél indringend in milieuzaken, als Europees recht in geding is, en in bepaalde vreemdelingenzaken, óók als Europees recht in geding is', legt Teunissen uit. 'Daardoor ontstaat bij het grote publiek een verkeerd beeld van die bestuursrechtspraak. In bijna alle zaken leunt de Afdeling achterover en verwerpt ze het (hoger) beroep.'

'Fuik'? Die kennen we van stikstof

In 2019 zette de Raad van State een streep door de Programmatische Aanpak Stikstof, omdat die kleine uitstoters ten onrechte van een vergunningsplicht zou ontheffen. Alle activiteiten die stikstof uitstoten, moeten sindsdien een vergunning aanvragen.

Vergunningen worden echter zelden verleend, want de stikstofneerslag op beschermde natuurgebieden is volgens de heersende regels al te hoog. Nederland heeft ervoor gekozen om de staat van de natuur aan stikstof af te meten, en de overheid heeft een plicht om te voorkomen dat gebieden met een Europese 'Natura 2000'-status verslechteren.

Of er echt overal te veel stikstof neerdaalt, en of die stikstof daar schadelijk is voor de natuur, is maar op een aantal plekken gemeten. Voor de rest wordt gewerkt met modellen die eigenlijk te grof zijn om de neerslag en impact van stikstof op lokaal niveau uit te rekenen. Toch zegt de Raad van State 'uit voorzorg' nee tegen elk project dat stikstof uitstoot zolang niet elders stikstof is verminderd.

Zelfs als die stikstofuitstoot tijdelijk is. Zo ontstaat de absurde situatie dat een festival niet door mag gaan, omdat iedere dag over een nabijgelegen snelweg verkeer rijdt dat stikstof uitstoot. Of windturbines, die de landelijke uitstoot van zowel broeikasgassen als stikstof reduceren door gas- en kolencentrales te vervangen, niet gebouwd mogen worden terwijl fabrieken en veestallen pal naast natuurgebied iedere dag stikstof uitstoten.

Op papier zullen de staatsraden gelijk hebben, maar de uitkomst is voor kiezers onnavolgbaar.

Macht zonder gezicht

Wat kan de kiezer daar aan doen? Arnout Jaspers schreef hier enkele weken geleden dat de Raad van State een dominantere machtspositie in onze democratie heeft ingenomen dan het Hooggerechtshof in de Verenigde Staten.

Met als verschil dat iedere politiek geïnteresseerde Amerikaan de negen rechters van het Hooggerechtshof kent terwijl de leden van de Raad van State – met uitzondering van vicevoorzitter Thom de Graaf (D66) – onzichtbaar en onbekend zijn.

Lage rechters worden in Amerika door het volk gekozen en hoge rechters door de president en de Senaat voorgedragen en benoemd. Hoe wordt men lid van de Raad van State? Weinig Nederlanders zullen het weten.

De Raad draagt zelf namen aan wanneer een lid aftreedt. Vervolgens kiest de

ministerraad in naam van de koning, die formeel ook de Raad van State voorzit. Benoemingen zijn 'voor het leven', wat in de praktijk betekent dat leden op hun 70ste met pensioen gaan. Het heeft iets weg van het Britse Hogerhuis.

Politieke kleur speelt wél mee

Bij de benoeming van leden (die de regering adviseren) en staatsraden (die recht spreken) wordt volgens de Raad 'gelet op bekwaamheid en ervaring op het terrein van wetgeving, bestuur en rechtspraak.' Politieke voorkeur zou geen rol moeten spelen. Maar, net als in het Britse Hogerhuis, zag wijlen oud-hoogleraar Tak dat staatsraden wel degelijk 'vooral op hun politieke kleur' werden benoemd.

Weinig deskundigen zeiden hem dat na. Volgens Teunissen omdat nogal wat van zijn oud-collega's parttime voor de Raad van State werken of hopen te werken: 'De Afdeling advisering is een plek waar veel hoogleraren staatsrecht aan het eind van hun loopbaan kunnen "uitrollen". Hetzelfde geldt voor de Afdeling bestuursrechtspraak, maar dan voor hoogleraren bestuursrecht.'

Oud-asieladvocaten beslissen in asielzaak

Het viel Jaspers op dat de staatsraden nooit bij naam in de media worden genoemd. 'Ze worden geacht inwisselbaar en kleurloos, want volmaakt objectief te zijn.' Dat is natuurlijk niemand.

Twee van de drie staatsraden die moesten beslissen over de Afrikaanse asielzoekers stonden eerder in hun loopbaan asielzoekers bij als advocaat. Zo kwam mr. Liesbeth Steendijk op voor de nabestaanden van een zwangere asielzoekster die in bewaring op Schiphol was overleden. Zij werd later rechter in Zwolle, waar ze opklom tot voorzitter vreemdelingenrecht. In 2011 werd Steendijk staatsraad. Ze is ook lid van de Raad van Advies van het Instituut voor Immigratierecht van de Rijksuniversiteit Leiden.

Haar collega mr. Marion Soffers stond als advocaat onder meer een asielzoekster uit Sierra Leone bij, die onrechtmatig door de IND zou zijn vastgehouden. Zij werd later rechter in Rotterdam en vervolgens in Den Haag. In 2018 werd Soffers lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, en in 2021 werd zij benoemd tot staatsraad.

De voorzitter in beide zaken, mr. dr. Hanna Sevenster, is geen deskundige in asielrecht. Zij promoveerde in 1992 op een proefschrift over het milieurecht. Vervolgens ging zij als advocaat in Den Haag aan de slag. In 1996 werd ze deeltijdhoogleraar internationaal milieurecht aan de Universiteit van Amsterdam en in 2001 hoofd van de afdeling Europees recht op het ministerie van Buitenlandse Zaken. Sinds 2007 is ze lid van de Raad van State.

De Britten haalden in 2009 de rechtsprekende functie bij het ongekozen Hogerhuis weg. Er werd dat jaar een apart Hooggerechtshof opgericht.

Een aantal staatsrechtgeleerden en oud-voorzitter van de Hoge Raad Corstens pleiten daar ook in Nederland voor. Nu geeft één afdeling van de Raad van State advies over wetten voor ze worden ingevoerd en spreekt de andere afdeling recht over wetten nadat ze zijn ingevoerd. Weinig andere democratieën combineren deze twee functies in één instituut, en daar is een goede reden voor: anders keurt de slager zijn eigen vlees.

Universitair docent Gerrit Dijkstra en bijzonder hoogleraar Frits van der Meer, beiden aan de Universiteit Leiden, zetten vraagtekens bij de oplossing die is gekozen: om de adviserende en rechtsprekende functies organisatorisch te scheiden. 'Waarom dan toch beide functies in handen van dezelfde Raad van State?' De Raad beweert dat dit te maken heeft met de 'synergie' tussen beide functies. Dat strookt niet met elkaar: 'Volledige scheiding en tegelijk synergetische effecten?'

Kleine wereld

Formeel staan advies en rechtspraak los van elkaar, maar wie in hetzelfde gebouw werkt, wil elkaar weleens tegenkomen. De wereld van het staats- en bestuursrecht is in Nederland sowieso klein, blijkt wel uit het feit dat veel deskundigen als staatsraad bijklussen (en *Wynia's Week* dus niet van commentaar konden of wilden voorzien).

'Iedereen kent elkaar en noemt elkaar bij de voornaam', zegt Teunissen. 'Dat er sprake is van "*groupthink*" staat mijns inziens wel vast, óók bij rechtswetenschappers die fundamentele kritiek zouden moeten leveren maar dat niet doen.'

De beslissingen over kindertoeslag waren uiteindelijk zo pertinent onrechtvaardig, dat de Raad wel moest bijsturen. Als het gaat om asiel en stikstof blijven de staatsraden – om de eigen woorden van de Raad van State nog maar een keer aan te halen – in hun 'zelf gecreëerde juridische fuik' zitten.

De donateurs vormen het fundament van Wynia's Week. U maakt het als donateur mogelijk dat ons online magazine twee keer per week,104 keer per jaar verschijnt. Doneren kan op verschillende manieren, kijk ***HIER****. Alvast hartelijk dank!*