



## FORUM

### DE TOESLAGENAFFAIRE EN HET (UITZONDERLIJKE KARAKTER VAN HET) VREEMDELINGENRECHT

LIENEKE SLINGENBERG - 31.05.2021

In een [bijdrage gepubliceerd in het NJB](#) hebben onderzoekers verbonden aan het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit Nijmegen op overtuigende wijze laten zien dat er, net als bij de toelagenaffaire, in het vreemdelingenrecht sprake is van ongekend onrecht. Deze publicatie wordt ondersteund door een [bundel met casus](#), verzameld door de Specialistenvereniging Migratierecht Advocaten (SVMA) en de Vereniging Asieladvocaten en juristen Nederland (VAJN). Het hierin beschreven onrecht wordt volgens de wetenschappers en advocaten veroorzaakt door vergelijkbare factoren als die speelden in de toelagenaffaire: rigide wetgeving zonder hardheidsclausules, geïnstitutionaliseerd wantrouwen ten aanzien van een kwetsbare groep, een bestuur dat te weinig oog heeft voor de menselijke maat en een rechterlijke macht met een beperkte taakopvatting. In een bijdrage die binnenkort verschijnt in het NJB wijzen Hutten en Mustafa op het belang van het onderkennen van nog een belangrijke overeenkomst tussen de toelagenaffaire en het vreemdelingenrecht: de rol van institutioneel racisme.

De genoemde overeenkomsten tussen het vreemdelingenrecht en de kritiek die werd geuit op de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht door de [Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag](#) (POK) en de [Autoriteit Persoonsgegevens](#) in de toelagenaffaire zijn inderdaad treffend. In het vreemdelingenrecht werd de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris om een verblijfsvergunning te verlenen op grond van schrijnende omstandigheden in 2019 afgeschaft (als onderdeel van een [politiek akkoord over het kinderpardon](#)), waardoor in de wetgeving minder mogelijkheden bestaan om rekening te houden met individuele omstandigheden. De kritiek op de terughoudende en gouvernementele opstelling van de (hoogste) rechter in het vreemdelingenrecht bestaat al [lang](#) en is inmiddels wijdverspreid. En ook in het vreemdelingenrecht wordt nationaliteit gebruikt als relevante factor bij het onderzoeken van fraude (bijvoorbeeld bij het opsporen van [schijnhuwelijken](#)).

De Nijmeegse onderzoekers noemen echter ook factoren die uniek zijn voor het vreemdelingenrecht. Bijvoorbeeld kortere beroepstermijnen, minder rechtsmiddelen, het achterwege laten van een zitting bij de behandeling van het hoger beroep in 97% van de vreemdelingenzaken en het zonder motivering

ongegrond verklaren van het hoger beroep in 80-90% van de vreemdelingenzaken. Daarnaast kan gedacht worden aan het [strikte grievenstelsel](#) in hoger beroep in vreemdelingenzaken; [de mate van gelaagdheid](#) van de vreemdelingenwetgeving, waarbij, anders dan bij bijvoorbeeld het belastingrecht, de grondwet geen grenzen stelt aan delegatie; de [afschaffing van dwangsommen](#) bij niet tijdig beslissen in het vreemdelingenrecht; en het gebruik van Europees-brede en multi-inzetbare [databestanden](#).

Dit roept de vraag op naar de mate van ‘uitzonderlijkheid’ van het vreemdelingenrecht. In de Verenigde Staten bestaat veel literatuur over het leerstuk van ‘*immigration exceptionalism*’ in het constitutioneel recht (zie bijvoorbeeld [hier](#), [hier](#) en [hier](#)). Daarin wordt geanalyseerd hoe in het migratierecht, op grond van de ‘plenary power doctrine’ structureel wordt afgeweken van heersende doctrines over constitutionele rechten, machtscheiding en federalisme. De idee is dat in het vreemdelingenrecht de gebruikelijke beperkingen op de macht van de overheid, zoals rechtelijke toetsing, niet of in mindere mate van toepassing zijn. In de woorden van [Peter H. Schuck](#): ‘Probably no other area of American law has been so radically insulated and divergent from those fundamental norms of constitutional right, administrative procedure, and judicial role that animate the rest of our legal system’. Omdat systematisch in kaart wordt gebracht in welke mate en op welke wijze het vreemdelingenrecht afwijkt van verschillende constitutionele doctrines, kan vervolgens worden onderzocht welke rechtvaardiging hiervoor bestaat, of er en zo ja welke [grenzen](#) hieraan bestaan, hoe verschillende afwijkingen elkaar [versterken](#) en wat de effecten zijn van deze uitzonderlijkheid, bijvoorbeeld voor de ruimte die wordt gelaten voor beleid dat (impliciet) is gebaseerd op [ras](#), of voor de idee van [burgerschap](#).

Is dit een specifiek leerstuk voor de Verenigde Staten, of is een dergelijke uitzonderlijkheid van het vreemdelingenrecht ook waarneembaar in het Nederlandse en/of Europese recht? Hoewel hier wel is geanalyseerd hoe met betrekking tot vreemdelingen wordt [afgeweken van gangbare interpretaties van mensenrechten](#), is bij mijn weten de mate van uitzonderlijkheid van het vreemdelingenrecht niet systematisch onderzocht vanuit een rechtsstatelijk of constitutioneel perspectief. In de Nederlandse context zou bijvoorbeeld onderzocht kunnen worden in hoeverre er in het vreemdelingenrecht wordt afgeweken van leerstukken zoals het legaliteitsbeginsel, machtscheiding, rechtsmachtsverdeling, (de)centralisatie etc.; in hoeverre dat ook waarneembaar is in andere bijzondere delen van het bestuursrecht; en in hoeverre het Unierecht een matigende, corrigerende of versterkende invloed hierop heeft. De huidige kritiek op de drie staatsmachten in de context van het vreemdelingenrecht laat zien dat de tijd rijp is voor dit soort onderzoek. Dergelijk onderzoek zou antwoord kunnen geven op de vraag of er in het vreemdelingenrecht inderdaad sprake is van vergelijkbare factoren als die speelden in de toelagenaffaire, of dat er in het vreemdelingenrecht sprake is van een andere of verdergaande afwijking van rechtsstatelijke of

constitutionele beginselen.