

auteur	Carolus Grütters Fellow, Centrum voor Migratierecht, Radboud Universiteit, Nijmegen
onderwerp	Unierechtelijk kader Opvang
op verzoek van	Pim Fischer, Advocaat ingebracht bij beroep, VK A'dam, zitting 15 april 2025
datum	2/4/25

1. Inleiding

Het onderwerp van deze notitie is de opvang van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland. De concrete aanleiding is het besluit van de Minister van Asiel en Migratie van 29/11/24 om de Landelijke Vreemdelingenvoorziening (LVV) te beëindigen.¹ In deze (vijf) LVV's worden sinds 2019 vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf opgevangen die nergens anders onderdak hebben.

De consequentie van het besluit van de minister is dat er enkele honderden vreemdelingen op straat gezet dreigen te worden. Tegen dit besluit van de minister is bezwaar gemaakt. Daarnaast zijn bij vier verschillende voorzieningenrechtters verzoeken ingediend om een voorlopige voorziening te treffen.² Op basis van de uitspraken van de voorzieningenrechtters³ moest de minister ervoor zorgdragen dat deze vreemdelingen gebruik kunnen blijven maken van de opvangvoorziening.

De juridische vraag die hier centraal staat, is, of en zo ja op grond waarvan aan een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf enig vorm van opvang moet worden geboden. Bij de beantwoording van die vraag komen zowel nationale regelgeving,⁴ het Unierecht,⁵ alsmede enkele verdragen van de Raad van Europa⁶ aan bod.

2. Terminologie

Alvorens in te gaan op juridische vraag dient de gehanteerde terminologie te worden aangestipt. In de Nederlandse jurisprudentie, parlementaire documenten en de relevante literatuur worden, als het gaat over vreemdelingen zonder verblijfsrecht, de navolgende termen gebruikt, waarbij de veronderstelling is dat deze begrippen onderling uitwisselbaar zijn: illegalen; illegale vreemdelingen; onrechtmatige vreemdelingen, en vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf. Deze begrippen zijn echter niet synoniem.

Om kort te gaan, het begrip 'illegaal' is onbruikbaar. De term 'illegaal' betekent in strijd met de wet. Het punt is echter dat de Vw geen definitie kent van een 'illegaal'. Wel staat er in artikel 8 Vw een opsomming van de gronden waarop een vreemdeling rechtmatig verblijf heeft in Nederland. Het niet hebben van rechtmatig verblijf maakt van een dergelijk persoon echter niet een 'onrechtmatige vreemdeling'. Daarnaast is er de terminologie uit de Terugkeerrichtlijn waarin gesproken wordt van onderdanen van derde landen (derdelanders) die illegaal verblijven op het grondgebied van een lidstaat.⁷ Idealiter sluiten de begrippen 'illegaal verblijf' uit het Unierecht en 'geen rechtmatig verblijf' uit de Vw naadloos op elkaar aan. Dat is echter niet het geval. In het arrest *Gnandi* is helder uiteengezet dat het begrip illegaal verblijf (op het grondgebied van een lidstaat) slechts verwijst naar het niet hebben van een verblijfsrecht.⁸ De daaraan mogelijk verbonden rechtgevolgen – zoals een vertrekplicht – kunnen

1 Besluit van de Minister van Asiel en Migratie van 29/11/2024, nr. 5868806, houdende intrekking van het Mandaatbesluit en machtiging LVV, *Stcrt*, 2024, 40224, 4/12/2024. Het betreft de vijf LVV-gemeenten: Amsterdam, Eindhoven,, Groningen, Rotterdam en Utrecht.

2 De colleges van B&W handelen met betrekking tot de LVV formeel in mandaat en als gemachtigde namens de minister. De vovo's zijn behandeld door de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in de zittingsplaatsen, Rotterdam (5/12/24), Den Bosch (16/12/24), Utrecht (18/12/24) en Amsterdam (24/12/24).

3 Uitspraken van zp Rotterdam (19/12/24), zp Den Bosch (19/12/24), zp Utrecht (23/12/24) en zp Amsterdam (24/12/24); NL:RBDHA:2024:21486, 21566, 21814, en 22054. Daarna is nogmaals een vovo getroffen door de rechtbank Den Haag zp Rotterdam op 9/1/25 (NL:RBDHA:2025:223).

4 Vreemdelingenwet (Vw) en de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

5 Terugkeerrichtlijn (2008/155, Tri) en Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest).

6 Europees Sociaal Handvest (ESH) en Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

7 Richtlijn 2008/1215, over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (TRi).

8 HvJEU (GK) 19/6/2018, C-181/16, *Gnandi*, EU:C:2018:465.

echter onder omstandigheden worden geschorst. In een dergelijke situatie kan een vreemdeling (derdelander) enerzijds illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven (i.c. Nederland) en tegelijkertijd in afwachting zijn van het beroep tegen de afwijzing van de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning op grond van asiel. Dit betekent dat een vreemdeling die *rechtmatig verblijf* heeft gedurende de beroepsprocedure tegelijkertijd als *illegaal* in de zin van de Terugkeerrichtlijn moet worden gekwalificeerd.⁹

Een ander begrip dat enige toelichting behoeft is de term ‘terugkeer’. De regel is dat een vreemdeling die illegaal in Nederland verblijft, dient te vertrekken: dat wil zeggen het grondgebied van de Unie dient te verlaten. Gemakshalve is daar de term ‘terugkeer’ voor gebruikt in de Terugkeerrichtlijn, maar die term wordt in een zeer brede betekenis gehanteerd: terugkeer naar het (oorspronkelijke) land van herkomst, of vertrekken naar een ander land: dat valt allemaal onder de term ‘terugkeer’.¹⁰ De suggestie is bovendien dat het niet hebben van rechtmatig verblijf altijd gevolgd kan worden door een daadwerkelijk vertrek. Wat daarbij over het hoofd wordt gezien, is dat een vertrekplicht uit het ene land alleen kan worden gerealiseerd indien er een ander land is dat instemt met de komst van de vreemdeling. Dat betekent dat er reisdocumenten beschikbaar moeten zijn. Er zijn echter situaties waarbij het land van verblijf geen verblijfsrecht verstrekt aan een vreemdeling, en er tegelijkertijd geen land van ontvangst is dat de vreemdeling toelaat. Die vreemdeling bevindt zich in een juridisch limbo.

3. Geschiedenis

Sinds het kabinet Lubbers-III (1989-1994) is op verschillende wijzen in de achtereenvolgende regeerakkoorden aandacht besteed aan het terugkeerbeleid van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf. Of beter gezegd, aan het ontbreken van een sluitend terugkeerbeleid van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf. Die situatie leidde onder meer tot lokale initiatieven (Bed-Bad-en-Brood voorzieningen) en uiteindelijk tot het voornemen van het kabinet Kok-I om het koppelingsbeginsel in te voeren dat vooral gericht was op ‘het ontmoedigen van illegaal verblijf hier te lande’.¹¹

3.1 Koppelingswet

Medio 1995 werd de Koppelingswet bij de Tweede Kamer ingediend, althans een eerste versie daarvan.¹² De strekking van die wet was om op systematische wijze vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf uit te sluiten van vrijwel alle sociale voorzieningen.¹³ Het doel dat de wetgever voor ogen stond was om het aantal vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland te verminderen. Door de vreemdeling zonder rechtmatig verblijf uit te sluiten van sociale voorzieningen¹⁴ zou deze worden gestimuleerd om uit Nederland te vertrekken. Destijds werd al betwijfeld of dit beoogde gevolg op deze wijze kon worden bereikt.¹⁵ Bij de behandeling van de begroting (van 2023) van het ministerie van Justitie en Veiligheid werd diezelfde vraag (nogmaals) gesteld en door de minister voorzien van het navolgende antwoord:¹⁶

De vraag hoeveel vreemdelingen het land hebben verlaten, vanwege het koppelingsbeginsel dat met de Koppelingswet uit 1998 is geïntroduceerd, kan niet worden beantwoord. De intentie van de Koppelingswet is om illegaal verblijf in Nederland te

9 HvJEU (GK) 19/6/2018, C-181/16, *Gnandi*, EU:C:2018:465, *JV* 2018/167 nt. Geertsema, punt 3.

10 Art. 3 Tri.

11 TK 24.233, nr. 3, par. 1.1 en 1.2.

12 ‘Wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten teneinde de aanspraak van vreemdelingen jegens bestuursorganen op verstrekkingen, voorzieningen, uitkeringen, ontheffingen en vergunningen te koppelen aan het rechtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland’, TK 24.233 (Koppelingswet). Uiteindelijk werd de Koppelingswet in 1998 ingevoerd, *Stb.* 1998, 203.

13 Paul Minderhoud (2001), *Vreemdelingen en voorzieningen. De uitwerking van het koppelingsbeginsel in de Invoeringswet Vw 2000*, Utrecht Forum. Paul Minderhoud (2022), *Het doorgeslagen koppelingsbeginsel*, oratie Utrecht. Lieneke Slingenberg (2009), ‘Koppelpoging mislukt?’, *Migrantenrecht* 2009 (6), p.232-238.

14 Met uitzondering van onderwijs aan minderjarigen, noodzakelijk medische zorg en rechtsbijstand.

15 Frans Pennings (2001), ‘De koppelingswet en internationale verdragen: een gespannen verhouding’, *NJCM-Bulletin*, 26(6), p.709-722.

16 TK 2022/23, 36.200-VI, nr. 12, vraag en antwoord 84. Paul Minderhoud (2024), *Het doorkoppelingsbeginsel. Hoe nu verder?*, in: Hummel & Heeger (red). *Heroriëntatie op arbeid en sociale bescherming*, p.261-270.

ontmoedigen. Het kan zijn dat de vreemdelingen die hier al illegaal verblijven door het koppelingsbeginsel ervoor kiezen om terug te keren naar het land van herkomst. Het is voor de migratieketen niet mogelijk om vast te stellen of in gevallen van terugkeer of vertrek het koppelingsbeginsel een rol heeft gespeeld.

Anders gezegd, er is een middel geïntroduceerd in 1998 waarvan na 25 jaar praktijkervaring nog steeds niet gezegd kan worden of het ook maar iets bijdraagt aan het beoogde effect.

3.2 Landelijke vreemdelingenvoorziening (LVV)

In 2015 tracht staatssecretaris Dijkhoff van Veiligheid en Justitie (kabinet Rutte-II) een bestuursakkoord af te sluiten tussen het rijk en gemeenten over uitgeprocedeerde vreemdelingen (lees: vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf) in het kader van een effectief terugkeerbeleid. Dat mislukt.¹⁷ Vier jaar later lukt dat uiteindelijk wel. In 2019 wordt de LVV in het leven geroepen door staatssecretaris Harbers van Justitie en Veiligheid (SJ&V).¹⁸ In de toelichting op dat besluit wordt (wederom) geconstateerd dat vreemdelingen zonder recht op verblijf niet altijd terugkeren naar hun land van herkomst, maar zich wel in gemeenten bevinden en daar een beroep doen op voorzieningen.¹⁹ Deze vreemdelingen, zo wordt gesteld, zullen in de LVV's worden 'begeleid naar een bestendige oplossing voor hun illegaal verblijf'.

In het besluit van de SJ&V wordt nadere invulling gegeven aan de afspraken die in het regeerakkoord van kabinet Rutte III waren gemaakt over de 'opvang van vertrekplichtigen'.²⁰ Het besluit bevatte:

- de samenwerkingsafspraken tussen de rijksoverheid en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), en
- de convenanten die waren gesloten tussen de SJ&V, een vijftal gemeenten en een aantal rijksdiensten.²¹

Het bijzondere aan dit besluit is dat er eerst wordt onderkend dat het bieden van opvang aan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf niet is toegestaan op grond van het in de Vw geformaliseerde koppelingsbeginsel.²² Aansluitend wordt echter in het besluit een uitzondering daarop geformuleerd door, vooruitlopend op een (nooit gerealiseerde) wijziging van de Vw, aan te kondigen dat het noodzakelijk is om toch direct te beginnen met die opvang. De juridische grondslag daarvoor wordt dan gevonden in de jurisprudentie van de ABRvS over de opvang in de context van mogelijke verdragsrechtelijke verplichtingen volgens het EVRM en het ESH.²³

De ABRvS overwoog dat:²⁴

uit artikel 8 van het EVRM noch uit de jurisprudentie van het EHRM kan worden afgeleid dat er voor de Staat een algemene verplichting bestaat om aan een al dan niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling opvang te verlenen.

Maar, zo vervolgt de ABRvS:

17 Brief van de staatssecretaris Veiligheid en Justitie, 21/11/2016, TK 2016/17, 19.637, nr. 2259.

18 Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 25/3/2019, nr. 2540879, houdende verlening van Mandaat en Machtiging Landelijke Vreemdelingenvoorziening (Mandaatbesluit en machtiging LVV), *Stcrt.*, 2019, 18281, 1/4/2019.

19 Mandaatbesluit en machtiging LVV, *Stcrt.* 2019, 18281, Toelichting.

20 *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017–2021, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie (kabinet Rutte III), 10/10/20217, par. 4.5.

21 Gemeente Amsterdam, Eindhoven, Groningen, Rotterdam en Utrecht en de Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V), de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), de Nationale Politie (Vreemdelingenpolitie resp. AVIM) en de SJ&V.

22 Art. 10 Vw. Toelichting op Mandaatbesluit en machtiging LVV, *Stcrt.*, 2019, 18281, 1/4/2019.

23 De discussie start met de uitspraak van het Europees Comité Sociale Rechten over de rechten van kinderen zonder rechtmatig verblijf, ECSR 20/10/2009, 47/2008, *Defence for Children vs Nederland*, *JV* 2010/150, nt Minderhoud en Larsson. Belangrijke overweging van het ECSR is dat enige vorm van verwijtbaarheid niet relevant is. Sherry Ebrahim and Tineke Strik (2024), *Legal and Policy Infrastructures of Returns in the Netherlands*, Country Dossier in GAPS.

24 ABRvS 24/2/2014, NL:RVS:2014:722, punt 2.1. en 2.4.; ABRvS 29/6/2016, NL:RVS:2016:1783, punt 3.1.

uit de jurisprudentie van het EHRM kan echter wel worden afgeleid dat het in artikel 8 van het EVRM besloten liggende recht op respect voor het privéleven - dat mede de fysieke en psychische integriteit van een persoon omvat - onder omstandigheden verplichtingen voor de Staat meebrengt om dat recht te waarborgen.

Vervolgens wordt de Hoge Raad aangehaald:²⁵

op de Staat rust de verplichting om voor niet rechtmatig in Nederland verblijvende minderjarigen in adequate opvang en verzorging te voorzien, indien valt te voorzien dat hun ouders daarvoor niet de middelen zullen hebben.

En tenslotte wordt de staatssecretaris aangehaald die heeft verklaard dat:

het de staatssecretaris is die aan evenbedoelde op de Staat rustende zorgplicht invulling geeft door vreemdelingen die verkeren in de in het arrest van de Hoge Raad vermelde omstandigheden opvang te bieden in een gezinslocatie. Aldus voorkomt de staatssecretaris dat niet rechtmatig in Nederland verblijvende minderjarigen op straat terechtkomen

Alhoewel deze formuleringen zich beperken tot de opvang van minderjarigen, volgt hieruit, volgens de ABRvS, dat een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf, die meent op grond van een op de Staat rustende verdragsrechtelijke verplichting aanspraak te hebben op opvang, zich dient te wenden tot de staatssecretaris. En de staatssecretaris voert dienaangaande dan ook beleid. Dat beleid wordt aangeduid met buitenwettelijk begunstigend beleid.

Dat uitgangspunt (van buitenwettelijk begunstigend beleid) wordt nog eens herhaald in uitspraken van de ABRvS in 2015 en 2016.²⁶ Daarbij wordt uitdrukkelijk gesteld dat het bieden van opvang in een Vrijheidsbeperkende Locatie (VBL) onder de voorwaarde van meewerken aan het vertrek en gepaard gaande met een vrijheidsbeperkende maatregel, voldoende is in het licht van de eisen die het EVRM en het ESH stellen.²⁷ Ook voor de opvang in de LVV gelden allerlei toegangseisen, zoals de omstandigheid dat alleen afgewezen asielzoekers hiervoor in aanmerking komen. De strekking van een en ander is dat er geen juridische verplichting is tot het bieden van opvang in de LVV.

Los van het gegeven dat er bij de relevante jurisprudentie vele kanttekeningen zijn gemaakt,²⁸ is het opvallend dat er hoofdzakelijk wordt gekeken naar verdragen van de Raad van Europa en de veelal algemene beginselen die daarin zijn vastgelegd. Er is echter een geheel ander toetsingskader beschikbaar: het Unierecht.

4. Unierecht

Van alle Unierechtelijke regelingen zijn, in het kader van de opvang van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf, de Terugkeerrichtlijn²⁹ en het Handvest³⁰ van belang.

4.1 Terugkeerrichtlijn

De Terugkeerrichtlijn (TRi) bevat gemeenschappelijke normen en procedures voor de terugkeer van onderdanen van derde landen (derdelanders) die illegaal op hun grondgebied verblijven. Bij de interpretatie van de TRi moet rekening worden gehouden met:³¹

- (a) de richtsnoeren van het Comité van ministers van de Raad van Europa inzake terugkeer;³²

²⁵ Hoge Raad 21/9/2012, NL:HR:2012:BW5328

²⁶ ABRvS 26/11/2015, NL:RVS:2015:3415; ABRvS 29/6/2016, NL:RVS:2016:1782, punt 4.1.

²⁷ Art. 3 en 8 EVRM, en art. 13 en 31 ESH

²⁸ Annotaties in AB 2016/355 van Rodrigues; en in AB 2016/40 van Bruggeman. WODC rapport (2018) *Onderdak en opvang door Rijk en gemeenten van vertrekplichtige vreemdelingen en de invloed daarvan op terugkeer*. Lieneke Slingenberg (2021), 'Kroniek Opvang', *A&MR*, 2021/3.

²⁹ Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (TRi).

³⁰ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *PbEG* 18 dec. 2000, C 364/01 (Handvest).

³¹ Zie o.m. Conclusie AG HvJEU 14 mei 2014, C-146/14 PPU, *Mahdi*, punt 45, EU:C:2014:1936.

³² Council of Europe, 4 May 2005, *Twenty guidelines on forced return*, CM(2005)40
<https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/source/malagaregconf/20_guidelines_forced_return_en.pdf>.

- (b) het terugkeerhandboek van de Europese Commissie;³³ en
- (c) de rechtspraak van het EHRM en die van het HvJEU.

4.2 Doel van de TRi

Het doel van de TRi is om een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid vorm te geven. Dat beleid begint derhalve bij de constatering dat een derdelander illegaal verblijft op het grondgebied van een lidstaat, en dat leidt tot verschillende verplichtingen van de zijde van de lidstaat, zoals:

- het nemen van een terugkeerbesluit, waarbij wordt vastgesteld dat het verblijf illegaal is en een terugkeerverplichting wordt opgelegd (art. 6 TRi);³⁴
- het faciliteren van de tenuitvoerlegging van de terugkeerverplichting (art. 7 + 8 TRi).

Het beleid eindigt pas op het moment dat de vreemdeling daadwerkelijk is teruggekeerd dan wel alsnog een verblijfsvergunning heeft gekregen.

4.3 Terugkeerverplichting

De illegaal verblijvende derdelander dient gevolg te geven aan de terugkeerverplichting: in eerste instantie vrijwillig maar desnoods hij kan daartoe worden gedwongen. De TRi bevat ook artikelen over de behandeling van een derdelander die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijft en nog niet vrijwillig is vertrokken. Artikel 15 TRi bepaalt onder welke voorwaarden een illegaal verblijvende derdelander in bewaring kan worden gehouden. Het belangrijkste criterium is dat een dergelijke bewaring alleen is gerechtvaardigd om daarmee de terugkeer voor te bereiden of om de verwijderingsprocedure uit te voeren. Artikel 15(4) TRi bepaalt dan ook dat ‘indien blijkt dat er (...) geen redelijk vooruitzicht op verwijdering meer is’, (...) de bewaring niet langer gerechtvaardigd is en de betrokkene onmiddellijk wordt vrijgelaten.³⁵ Als de derdelander derhalve niet kan worden uitgezet dan is er geen reden (meer) tot bewaring. De derdelander verblijft dan echter nog steeds illegaal op het grondgebied van de lidstaat. Het is precies die situatie die niet, althans niet sluitend in de TRi, is geregeld.

4.4 Tijdelijk uitstel

Artikel 9 TRi bepaalt wel dat een lidstaat de verwijdering van een illegaal verblijvende derdelander *moet* uitstellen, indien deze in strijd zou zijn met het beginsel van non-refoulement. Een dergelijk uitstel van verwijdering *kan* ook plaatsvinden indien er technische redenen zijn zoals het ontbreken van identificerende documenten (art. 9(4) TRi). Als een derdelander derhalve *voorlopig* (en ongeacht de reden) niet zal worden uitgezet, dan moet de lidstaat conform art. 14(2) TRi aan de illegaal verblijvende derdelander een schriftelijke bevestiging verstrekken waarin dat staat.³⁶ De strekking van artikel 14 TRi is dat het de situatie beschrijft waarin een derdelander nog niet is verwijderd maar dat dit op afzienbare termijn wel het geval zal zijn. Het cruciale element in deze bepaling is derhalve de tijdelijkheid: maar hoe lang is dat? In de TRi is over de duur van een dergelijke tijdelijkheid niets te vinden. Het HvJEU heeft zich daar echter wel over uitgelaten.

4.5 Geen gedoogconstructie

In het arrest *Westerwaldkreis*³⁷ maakt het HvJEU duidelijk dat er slechts twee opties zijn indien een lidstaat wordt geconfronteerd met een illegaal verblijvende derdelander: ofwel een (nieuwe) verblijfsvergunning verstrekken volgens het nationale recht, dan wel een terugkeerbesluit uitvaardigen en de terugkeer faciliteren. De alternatieve constructie waarbij het illegale verblijf wordt gedoogd terwijl er geen verblijfsvergunning wordt afgegeven maar ook niet wordt uitgezet, is uitdrukkelijk niet toegestaan:

33 Europese Commissie, 16 nov. 2017, *Aanbeveling 2017/2338 tot vaststelling van een gemeenschappelijk ‘terugkeerhandboek’ voor gebruik door de bevoegde autoriteiten van de lidstaten bij de uitvoering van terugkeerge-relateerde taken*, PbEU 2017, L 339/83.

34 Daarnaast zijn er twee bepalingen voor het geval dat er sprake is van illegaal verblijvende minderjarigen (art. 10 TRi) of wanneer er met het terugkeerbesluit ook een inreisverbod wordt opgelegd (art. 11 TRi). Deze twee situaties zijn in de onderhavige context niet relevant en zullen ook niet verder worden besproken.

35 Art. 15(4) TRi.

36 Art. 6(4) TRi en HvJEU 12 sept. 2024, C-352/23, *Changu*, EU:C:2024:748, punt 61. In Nederland wordt overigens een dergelijke schriftelijke bevestiging niet verstrekt

37 HvJEU 3 juni 2021, C-546/19, *Westerwaldkreis*, EU:C:2021:432.

‘Zoals de advocaat-generaal in punt 81 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, zou het bijgevolg in strijd zijn met zowel het doel van (de TRi) (...) als de bewoordingen van artikel 6 (...) om het bestaan van een intermediaire status te dulden van onderdanen van derde landen die zich zonder verblijfsrecht of verblijfstitel op het grondgebied van een lidstaat bevinden (...).’³⁸

Het ligt voor de hand om bij de verwijzing naar ‘een intermediaire status’ de link te leggen met het Duitse fenomeen van de *Duldung*: de gedoogverklaring die op zeer uiteenlopende gronden kan worden verleend.³⁹ Een *Duldung* is echter geen verblijfsvergunning: op de vreemdeling blijft immers een vertrekplicht rusten, alleen de daadwerkelijke uitzetting is ‘voorlopig’ opgeschort. De termijn die daar bij hoort is zes maanden. In de praktijk wordt een dergelijke termijn echter telkens verlengd waardoor een semipermanente gedoogstatus is gecreëerd.⁴⁰ Houders van een dergelijke *Duldung* mogen echter wel werken in Duitsland. Een uiterst pragmatische benadering waarbij de TRi niet strikt in acht wordt genomen.⁴¹

4.6 Reisdocumenten

In een daadwerkelijke situatie van vertrek - vrijwillig of gedwongen – zal de derdelander in het bezit moeten zijn van de vereiste reisdocumenten teneinde ook feitelijk toegang te kunnen krijgen tot het land van terugkeer. Vertrekken uit het ene land is derhalve onlosmakelijk verbonden met het aankomen in een ander land; beide aspecten zijn, in juridisch opzicht, twee zijden van dezelfde medaille.

Problemen ontstaan dan ook indien de illegaal verblijvende derdelander geen reisdocumenten heeft of kan verkrijgen, waardoor deze niet kan vertrekken en de betrokken lidstaat de derdelander niet kan uitzetten omdat deze nergens wordt toegelaten. Dat roept twee vragen op.

Allereerst de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden zo’n niet-uitgezette derdelander toch nog in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning. De TRi voorziet niet zelf in een verblijfsrecht; hooguit dat het de lidstaten vrij staat om te allen tijde een derdelander een zelfstandige verblijfsvergunning te verlenen. De richtlijn verplicht daar echter niet toe.⁴²

De tweede vraag is welke verplichtingen een lidstaat heeft met betrekking tot de niet-uitgezette illegaal verblijvende derdelander als het gaat om de opvang. En precies over die laatste vraag gaat het arrest *Changu* van het HvJEU.⁴³

5. Arrest *Changu*

Het arrest *Changu* is in meerdere opzichten baanbrekend. In dat arrest gaat het om een derdelander uit Tanzania die al sinds 1996 illegaal verblijft in Bulgarije na een aantal afgewezen verzoeken om internationale bescherming. Die asiolverzoeken zijn in de onderhavige context niet van belang. Wel van belang is dat de bewuste derdelander niet wordt uitgezet terwijl er wel een terugkeerbesluit is genomen. De man heeft dus geen verblijfsrecht, verblijft echter wel al bijna drie decennia illegaal in Bulgarije, en verkeerd in deplorabele omstandigheden.

5.1 Zorgplicht

In de casus van *Changu* ligt o.m. de prejudiciële vraag voor of de slechte situatie waarin de vreemdeling zich bevindt, een schending van de artikelen 1, 4 en 7 Handvest vormt, en of die schending een dwingende humanitaire reden is om de vreemdeling een verblijfsrecht te verstrekken. Het is overigens van belang om in het achterhoofd te houden dat het Bulgaarse recht geen vergelijkbare vergunning kent als de Nederlandse buitenschuldvergunning. Het HvJEU beantwoordt de voorliggende vraag als volgt:

dat de artikelen 1, 4 en 7 van het Handvest, gelezen in samenhang met richtlijn 2008/115, aldus moeten worden uitgelegd dat een lidstaat niet verplicht is om op grond van dwingende humanitaire overwegingen een verblijfsrecht toe te kennen aan een derdelander

38 HvJEU 3 juni 2021, C-546/19, *Westerwaldkreis*, EU:C:2021:432, punt 57.

39 Artikel 60a Aufenthaltsgesetz.

40 Ook wel aangeduid als *Kettenduldung*.

41 Een dergelijke gedoogconstructie bestaat sinds de invoering van de Vw 2000 niet meer in Nederland.

42 Art. 6(4) TRi en HvJEU 12 sept. 2024, C-352/23, *Changu*, EU:C:2024:748, punt 67.

43 HvJEU 12 sept. 2024, C-352/23, *Changu*, EU:C:2024:748.

*die thans illegaal op zijn grondgebied verblijft, ongeacht hoe lang deze derdelander reeds op dat grondgebied verblijft. Zolang zijn verwijdering niet heeft plaatsgevonden, kan die derdelander zich echter beroepen op de rechten die hem zowel door het Handvest als door artikel 14, lid 1, van richtlijn 2008/115 worden gewaarborgd.*⁴⁴

Het belang van deze formulering zit niet zo zeer in de verwijzing naar artikel 7 Handvest (de pendant van artikel 8 EVRM) over het recht op familieleven, maar in die naar artikel 4 Handvest over het verbod op onmenselijke of vernederende behandeling en in het bijzonder naar artikel 1 Handvest over de menselijke waardigheid.

Het HvJEU herhaalt hier weliswaar dat aan de TRi zelf geen verblijfsrecht kan worden ontleend, maar het benadrukt wel, en dat is nieuw, dat er een zorgplicht op de lidstaat rust om te voorkomen dat ‘een illegaal op hun grondgebied verblijvende derdelander zich, zolang hij niet van dat grondgebied is verwijderd, niet in een door dat artikel 4 verboden situatie bevindt’.⁴⁵ En met artikel 4 wordt hier bedoeld op artikel 4 van het Handvest hetgeen het verbod op onmenselijke of vernederende behandelingen bevat. Ten overvloede herhaalt het HvJEU dat er sprake is van een schending van artikel 4 Handvest:⁴⁶

in het geval dat de onverschilligheid van de autoriteiten van een lidstaat tot gevolg zou hebben dat een persoon die volledig afhankelijk is van overheidssteun, buiten zijn wil en zijn persoonlijke keuzen om, terechtkomt in een toestand van zeer verregaande materiële deprivatie die hem niet in staat stelt om te voorzien in zijn meest elementaire behoeften, zoals eten, zich wassen en beschikken over woonruimte, en negatieve gevolgen zou hebben voor zijn fysieke of mentale gezondheid of hem in een toestand van achterstelling zou brengen die onverenigbaar is met de menselijke waardigheid (zie in die zin arresten van 19 maart 2019, Jawo, C-163/17, EU:C:2019:218, punt 92, en 16 juli 2020, Addis, C-517/17, EU:C:2020:579, punt 51).

Artikel 4 Handvest bevat derhalve een zorgplicht voor de overheid om te voorkomen dat illegaal verblijvende derdelanders in een situatie van zeer verregaande materiële deprivatie terecht komen. Het verstrekken van Bed, Bad & Brood (onder welke noemer dan ook) is derhalve een minimum. Dat is een voorziening die de overheid dient te verstrekken. Dat is een verplichting die direct uit de Europese Grondwet volgt: het Handvest.

Het voorbehoud dat het HvJEU maakt door te spreken van een persoon die *buiten zijn wil en persoonlijke keuzen om* terecht komt in de genoemde toestand, is een voorbehoud dat nadere uitleg behoeft. ‘Persoonlijke keuzen’ kunnen bijvoorbeeld een rol spelen indien er een mogelijke Dublin-overdracht speelt. Het criterium ‘buiten zijn wil’ is in kwantitatief opzicht veel vaker en met name aanwezig bij degenen die verslaafd zijn of aangewezen op zware medicatie.

5.2 Menselijke waardigheid

Het belang van het antwoord in *Changu*, zit echter niet alleen in artikel 4 Handvest maar vooral in de expliciete verwijzing naar artikel 1 Handvest: het recht op menselijke waardigheid.⁴⁷

dat de artikelen 1, 4 en 7 van het Handvest, gelezen in samenhang met richtlijn 2008/115, aldus moeten worden uitgelegd dat (...). Zolang zijn verwijdering niet heeft plaatsgevonden, kan die derdelander zich echter beroepen op de rechten die hem zowel door het Handvest als door artikel 14, lid 1, van richtlijn 2008/115 worden gewaarborgd.

Allereerst moet worden vastgesteld dat hier een uitdrukkelijke verwijzing staat naar het belangrijkste artikel van het Handvest: artikel 1. Dit is niet zo maar een inleidend artikel, maar de grondslag van alle andere fundamentele rechten die in het Handvest zijn omschreven. Dat is niet alleen zo in het Handvest

⁴⁴ HvJEU 12 sept. 2024, C-352/23, *Changu*, EU:C:2024:748, punt 79.

⁴⁵ HvJEU 12 sept. 2024, C-352/23, *Changu*, EU:C:2024:748, punt 74.

⁴⁶ HvJEU 12 sept. 2024, C-352/23, *Changu*, EU:C:2024:748, punt 75.

⁴⁷ HvJEU 12 sept. 2024, C-352/23, *Changu*, EU:C:2024:748, punt 79.

zelf omschreven, maar ook in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.⁴⁸ In de preambule van het VN Handvest staat:

Overwegende, dat erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld.

De concrete vraag is derhalve welke voorzieningen en rechten *tenminste* moeten worden gewaarborgd opdat de menselijke waardigheid van een individu is gewaarborgd. In concreto gaat het om de vraag of de menselijke waardigheid wordt geschonden als een illegaal verblijvende vreemdeling niet wordt uitgezet en ook geen verblijfsrecht krijgt en derhalve permanent als illegaal verblijvende derdelander nergens rechten aan kan ontlenuen, althans nergens een beroep op kan doen *omdat* hij illegaal verblijft.

6. Concluderend

De juridische vraag of en zo ja op grond waarvan aan een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf enig vorm van opvang moet worden geboden, moet derhalve bevestigend worden beantwoord. Ja, het Unierecht legt een zorgplicht op de overheid (d.w.z. de rijksoverheid in Nederland) om een minimale vorm van opvang te bieden aan een illegaal verblijvende derdelander waarvan is vastgesteld dat hij door de Nederlandse autoriteiten niet wordt uitgezet. Die zorgplicht is, volgens het HvJEU, ongeclausuleerd. En dat is terug te voeren op de menselijke waardigheid uit artikel 1 Handvest en artikel 14 TRi.

Het beëindigen van de LVV door de minister is derhalve geen handeling zonder juridisch relevante gevolgen. Los van de vraag hoe de zorgplicht feitelijk vorm krijgt, of wordt benoemd, rust op de rijksoverheid een Europeesrechtelijke grondwettelijke zorgplicht. Enerzijds om te voorkomen dat de vreemdeling in een toestand van verregaande materiële deprivatie terechtkomt, en anderzijds om te voorkomen dat de vreemdeling, die niet wordt uitgezet, in een semipermanente staat van illegaliteit belandt. Dat creëert immers tweederangs mensen en dat is in strijd met artikel 1 van de Nederlandse Grondwet: ‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld’.

=.=

⁴⁸ De Nederlandse Grondwet (artikel 2 Grondwet van 1994) gaf daar zelfs een nadere omschrijving van: ‘De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij omvat met name het fundamentele recht van eenieder op bestaansmiddelen en voorzieningen die voor hemzelf en zijn gezin toereikend zijn.’