

Inleiding

Er wordt een poging gedaan meer algemeen inzichtelijk te maken voor de beslisser welke omstandigheden bij een beoordeling of een zaak schrijnend is of niet van belang zijn (geweest).

Inhoudelijk: Discretionaire beoordeling

In alle gevallen moet er naast de beoordeling van de ingediende aanvraag ook oog zijn voor de individuele, mogelijk schrijnende omstandigheden van het geval. Bij deze beoordeling is van belang dat iedere zaak op zijn eigen merites wordt beoordeeld.

Er dient sprake te zijn van een onderscheidend samenstel van (schrijnende) factoren. Niet limitatief kan worden aangegeven welke omstandigheden een doorslaggevende rol spelen (iedere zaak wordt immers op zijn individuele merites beoordeeld). Aangegeven kan worden dat alle omstandigheden die in een bepaalde zaak aan de orde zijn bij de beoordeling worden betrokken en dat sommige omstandigheden daarin zwaarder wegen dan andere omstandigheden. Ook kan er sprake zijn van contra-indicaties die zwaarwegend in het nadeel worden betrokken.

Bij de waging of sprake is van een schrijnend samenstel aan omstandigheden wordt allereerst bezien of er een beleidskader is dat voorziet in een oplossing. In veel gevallen zal de conclusie zijn dat (net) niet voldaan is aan de voorwaarden van die beleidskaders en dat er geen aanleiding is het beleidskader te verruimen dan wel aan te vullen. Het bestaan van deze kaders betekent echter niet zonder meer dat de gestelde omstandigheden niet bij de beoordeling schrijnendheid kunnen worden betrokken. In alle gevallen zal worden bezien of er sprake is van aspecten die binnen de bestaande kaders beoordeeld zijn, maar waaraan ook betekenis toekomt bij de beoordeling van schrijnendheid.

Omstandigheden als langdurig verblijf in Nederland of omstandigheden die duiden op integratie in de Nederlandse samenleving – zoals het volgen van onderwijs in Nederland – worden betrokken. Deze omstandigheden zijn op zichzelf onvoldoende onderscheidend voor de conclusie dat sprake is van een schrijnend geval. In zaken die mogelijk schrijnend zijn, kan sprake zijn van situaties waarin sprake is van een in Nederland geboren, dan wel op zeer jonge leeftijd gekomen vreemdeling die hier is opgegroeit en is geworteld. Het lange verblijf en de worteling zijn op zichzelf niet voldoende voor het aannemen van schrijnendheid, maar wegen wel mee bij het nader bezien van de vraag of er naast die omstandigheden sprake is van voldoende andere – bijzondere – omstandigheden. Steeds moet er daarnaast sprake zijn van bijkomende bijzondere individuele (schrijnende) omstandigheden. In een brief gericht aan de Tweede Kamer van 21 februari 2007 heeft de toenmalig Staatssecretaris reeds aangegeven dat naast aspecten als zeer langdurig verblijf en worteling - vaak (maar niet uitsluitend) in een combinatie van factoren - de volgende bijkomende klemmende redenen van humanitaire aard worden meegewogen¹: ernstige medische problemen, perioden van rechtmatig of quasi-rechtmatig verblijf (uitstel van vertrek, verblijf op grond van een verblijfsvergunning), overlijden in Nederland van een gezinslid van de betrokken vreemdeling, de situatie waarin een belangrijk deel van het gezin waarvan de vreemdeling deel uitmaakt wél is toegelaten, maar de vreemdeling zelf niet, dreigende scheiding tussen de vreemdeling en diens kind(eren) en gender-gerelateerde aspecten, met name eerwraak en huiselijk geweld. Weliswaar was deze brief slechts rechtstreeks van toepassing op zogeheten 14-1 brieven ingediend vóór 18 april 2005, maar de brief heeft als richtsnoer voor de beoordeling zijn betekenis gehouden. Hieronder zal specifiek op de omstandigheden die in de brief van 21 februari 2007 zijn opgesomd worden ingegaan. Daarnaast zullen andere, meer voorkomende en eveneens relevante omstandigheden, worden benoemd.

¹ TK, Kamersluk 19637 nr. 1131, Vergaderjaar 2006-2007

Afwijzing aanvragen die terecht zijn maar ernstige nadelige gevolgen en/of grensgevallen

Het (meerdere keren) niet hebben voldaan aan voorwaarden van bestaande of ontwikkelde beleidskaders en het dus 'net buiten de boot vallen' is een omstandigheid die in de afweging wordt betrokken; ook het niet hebben ingediend van de juiste aanvraag of überhaupt een aanvraag hebben ingediend, terwijl wel op enig moment aan alle voorwaarden hiervoor was voldaan.

Een omstandigheid die in het verlengde hiervan ligt, is de omstandigheid dat de toepassing van de beleidsregel in een bepaald geval een bewuste keuze is geweest, maar dat het in dat bepaalde geval wel onredelijk zwaar uitwerkte.

(Ernstige) medische problemen

Medische omstandigheden worden betrokken bij de vraag hoe een zaak discretionair dient te worden beoordeeld. Hierbij is uiteraard allereerst van belang hoe ernstig de medische problematiek is. Dat wil niet zeggen dat minder ernstige medische problematiek niet mee wordt genomen. Indien er sprake is van minder ernstige medische problematiek zal sprake moeten zijn van andere omstandigheden die maken dat de zaak voor verlening van de discretionaire bevoegdheid wordt voorgelegd. Ook een element dat van belang kan zijn is het feit dat meerdere gezinsleden te maken hebben met medische problematiek. Belangrijk uitgangspunt is dat de medische problematiek niet de enige omstandigheid mag zijn waarvan sprake is indien ervoor wordt gekozen de zaak positief voor te leggen, het moet nadrukkelijk om het samenstel van factoren gaan.

Perioden van rechtmatig of quasi-rechtmatig verblijf

Perioden waarin personen in Nederland hebben verbleven in het bezit van een verblijfsvergunning worden bij de beoordeling van een zaak op schijnendheid als een van de mee te nemen omstandigheden betrokken. Hierbij betrek je in voorkomende gevallen het tijdelijke karakter van een verblijfsvergunning. Bijvoorbeeld aan een (destijds) verleende verblijfsvergunning op grond van een categoriaal beschermingsbeleid dat zeer kort daarna wordt afgeschaft, maar de intrekking van de vergunning laat nog even op zich wachten, weegt bij de beoordeling minder zwaar mee dan een vergunning die aan een kind is verleend voor verblijf bij zijn ouders die bijv. is ingetrokken omdat de ouder uit Nederland vertrekt.

De situatie waarin een belangrijk deel van het gezin waarvan de vreemdeling deel uitmaakt wél is toegelaten, maar de vreemdeling zelf niet.

Ook de omstandigheid dat er sprake is van een gezin waarvan één gezinslid (of een aantal gezinsleden) in Nederland verblijven die in het bezit zijn van een vergunning en één gezinslid is niet in het bezit van een vergunning kan bij de beoordeling van de vraag of een discretionaire voorlegging aan de orde is van belang zijn. Ook dit is weer van de andere individuele omstandigheden van het geval afhankelijk, waarbij als uitgangspunt kan worden genomen dat hierbij meer gewicht toekomt aan gezinsleden met verblijfsrecht die behoren tot het kerngezin. Aan verblijf in Nederland van familie in de brede zin van het woord – denk aan opa's, oma's, ooms, tantes, neven en nichten – kan ook gewicht worden toegekend, afhankelijk van de relatie tot de vreemdeling en wederom afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval.

Overlijden in Nederland van een gezinslid van de betrokken vreemdeling

Indien er gedurende het verblijf in Nederland een gezinslid is overleden en dat gezinslid is in Nederland begraven is dit ook een relevante omstandigheid bij de beoordeling op schijnendheid. De zwaarte van deze omstandigheid hangt ook hierbij wederom af van de

individuele omstandigheden van het geval. Hierbij speelt bijvoorbeeld een rol of het gezinslid is overleden gedurende een periode dat er sprake was van rechtmatig verblijf in Nederland; in dat geval weegt deze omstandigheid nog zwaarder in het voordeel van de vreemdeling. Ook van belang is wat de oorzaak is van het overlijden. Indien er sprake is van een ongeval waarbij ook nog sprake is van enige rol van de Nederlandse overheid (vb. ongeval op een COA locatie) weegt de omstandigheid dat er een familielid in Nederland is overleden nog zwaarder in het voordeel van betrokkene mee.

Dreigende scheiding tussen de vreemdeling en diens kind(eren)

Indien sprake is van verschillende nationaliteiten is de kans dat in de toekomst mogelijk sprake is van vertrek of uitzetting naar verschillende landen. Dit is een omstandigheid die in beginsel wordt betrokken bij de bestaande beleidskaders, maar er zijn omstandigheden denkbaar dat dit eveneens in het kader van de beoordeling of een discretionaire vergunning moet worden verleend wordt betrokken in samenhang met de andere omstandigheden van het geval. Of dit een omstandigheid is die in het voordeel van de vreemdeling wordt meegewogen is afhankelijk van dat individuele geval; te meer nu hierin vooral een actieve houding van de vreemdeling wordt verlangd; hij/zij dient pogingen te ondernemen om te kunnen vertrekken, indien gewenst gezamenlijk. Bij het betrekken van deze omstandigheid is de informatie en de visie hierop van de DT&V van groot belang.

NB er kunnen zich uitzonderlijke gevallen voordoen waarin er aanleiding bestaat één gezinslid voor vergunningverlening in aanmerking te laten komen en andere gezinsleden niet. Denk hierbij aan de situatie dat sprake is van een volwassen kind dat hier als kind met zijn/haar ouders is gekomen en inmiddels meerderjarig is. Indien er sprake is van schrijnende omstandigheden met betrekking tot dit meerderjarige kind, maar niet van de ouders of wel ten aanzien van de ouders is sprake van duidelijke contra-indicaties, kan overwogen worden alleen het gezinslid waarbij sprake is van de schrijnende omstandigheden voor te leggen. Deze keuze dient te worden toegelicht en hierbij dient zeer nauwlettend in de gaten te worden gehouden of deze optie reëel is in het licht van artikel 8 EVRM (of vergunningverlening met toepassing van de discretionaire vergunning aan een van de gezinsleden niet betekent dat er aan de andere gezinsleden op grond van artikel 8 EVRM een vergunning dient te worden verleend).

Gender-gerelateerde aspecten, met name eerwraak en huiselijk geweld.

Indien een dossier blijkt geeft van gender-gerelateerde aspecten waaronder eerwraak en huiselijk geweld wordt hieraan bij de beoordeling van een zaak op schrijnendheid eveneens gewicht toe gekend. Dit gewicht is anders, naarmate de ernst van de situatie in het licht van de overige omstandigheden van het individuele geval.

Omstandigheden in het land van herkomst

De omstandigheden in de eerdergenoemde brief van 21 februari 2007 dienen als richtsnoer, maar zijn niet uitputtend. Daarnaast kunnen ook andere omstandigheden worden meegewogen. Zo zijn bijvoorbeeld ook in werkstructuur 2005/3 omstandigheden benoemd die van oudsher worden betrokken bij de beoordeling van de discretionaire bevoegdheid. Elementen die in die werkstructuur worden genoemd zijn het hebben van een religie en het behoren tot een sociale groep. Daarbij gaat het niet om de vraag of het aanhangen van een religie of een bepaalde sociale groep vluchtelingrechtelijke risico's met zich brengt. Daarvoor is de asielprocedure bestemd. Aan de andere kant betekent dat niet dat aan dergelijke aspecten geen betekenis toekomt en kan bij de beoordeling schrijnendheid onder ogen worden gezien in welke positie vreemdelingen bij terugkeer terecht komen. Gedacht kan worden aan het niet of moeilijk kunnen volgen van onderwijs voor bepaalde sociale groepen, de mogelijkheden om in vrijheid een religie uit

te oefenen of om een bepaalde levensstijl in het land van herkomst te handhaven. Dergelijke aspecten zijn nauw gerelateerd aan het uitoefenen van iemands privé-leven, hetgeen betekent dat het niet alleen in relevante omstandigheden zijn in een asielcontext, maar ook in een reguliere.

Rol van de overheid

Een andere omstandigheid waar oog voor is bij de beoordeling op schrijnendheid en die meeweegt als één van de relevante omstandigheden, maar in beginsel – net zoals alle andere omstandigheden – op zichzelf niet doorslaggevend is, is de rol van de Nederlandse overheid. Indien er sprake is van fouten die gemaakt zijn door rijksinstellingen die de vreemdeling (ernstig) in zijn positie benadeeld kunnen hebben, wordt hier bij de beoordeling op schrijnendheid in het voordeel van de vreemdeling rekening mee gehouden.

Het belang van het kind

Uiteraard wordt bij de beoordeling van een zaak op de vraag of sprake is van een samenstel van schrijnende factoren ook 'het belang van het kind' betrokken.

Naast dat het belang van het kind, zoals dat is neergelegd in internationaal verdragsrechtelijke verplichtingen, ten grondslag ligt aan het vreemdelingenbeleid als geheel en met name ook aan de RLVK, kan waar het beoordelingskader daar ruimte voor laat het belang van het kind op verblijf in Nederland worden betrokken. Daarnaast is 'het belang van het kind' een aspect dat in de beoordeling van artikel 8 EVRM; het recht op het uitoefenen van familie- of gezinsleven en privéleven, wordt betrokken. Uiteraard worden omstandigheden die het belang van het kind aangaan eveneens betrokken bij de beoordeling van een zaak op schrijnendheid. Dit blijkt reeds uit het feit dat de aspecten als langdurig verblijf, integratie, het volgen van onderwijs en dergelijke worden betrokken bij de beoordeling. Omstandigheden waaronder een kind in Nederland verblijft worden betrokken, zoals bijvoorbeeld onder toezicht stellingen van kinderen, betrokkenheid van Jeugdzorg etc.

Maatschappelijk belang

In zaken blijkt vaak ook een zekere mate van betrokkenheid bij de Nederlandse maatschappij. Hoewel deze rol niet in alle gevallen bijzonder is en om die reden in het voordeel moet worden betrokken, is het wel goed hier aandacht voor te hebben. Immers, bij langdurig verblijf zijn aspecten van integratie op zichzelf een gegeven eerder dan een uitzondering. Hier hoeft derhalve geen bijzondere aandacht voor te zijn. Aan de andere kant kan in dossiers sprake zijn van bijzondere omstandigheden die raken aan een maatschappelijk belang dat gediend zou kunnen zijn met het verblijf van de vreemdeling in Nederland.

Overige individuele omstandigheden

Steeds kan er sprake zijn van (aanvullende) bijzondere omstandigheden, die niet tot vorenstaande kopjes te herleiden zijn. Het gaat steeds om de vraag of de aangevoerde omstandigheden of de combinatie daarvan bijzonder zijn.

Er is een onderscheid tussen omstandigheden die meewegen, maar op zichzelf niet bijzonder zijn en omstandigheden die wel voldoende individueel en bijzonder zijn. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het volgende: dat zich wegens behandeling in het kader van herkomst geen medische noodsituatie voordoet is geen bijzondere omstandigheden, ook niet als de medische problematiek ernstig is. Dat een vreemdeling in het land van herkomst in het kader van de asielaanvraag een vestigingsalternatief tegengeworpen heeft gekregen op zichzelf ook niet. Maar de gecombineerde uitkomst van beide kaders, kan wel een bijzondere situatie opleveren.

Contra-indicaties

Daarnaast worden ook contra-indicaties meegewogen, zoals criminele antecedenten, identiteitsfraude en het niet meewerken aan vertrek.

Criminele antecedenten

Aan strafbare feiten wordt in het kader van de discretionaire voorlegging een zwaar gewicht toegekend. In veel gevallen zal dit betekenen dat aan het plegen van een strafbaar feit - zeker in gevallen van een zwaar delict, ofwel in gevallen waarin sprake is van recidive of verzwarende omstandigheden - een doorslaggevend gewicht toekomt.

Dit hoeft echter niet altijd zo te zijn. Er zijn ook situaties denkbaar waarin wel degelijk gewicht toekomt aan het gepleegde strafbare feit van een van de gezinsleden maar dat er sprake is van bijzondere andere omstandigheden binnen het gezin die ertoe leiden dat de zaak toch voor discretionair wordt voorgelegd. Hierbij is het uitgangspunt dat hoe zwaarder het delict is dat aan de orde is, hoe meer bijzonder de omstandigheden moeten zijn.

Identiteitsfraude

Ook aan het hebben gepleegd van identiteitsfraude wordt bij beoordelen van een zaak in het licht van de discretionaire bevoegdheid zwaar gewicht aan toegekend. Of sprake is van identiteitsfraude wordt van geval tot geval beoordeeld. Hierbij is het uitgangspunt dat het enkel niet hebben onderbouwd van identiteit of nationaliteit hiervoor niet voldoende is. Er dient sprake te zijn van het afleggen van onjuiste verklaringen of het verstrekken van onjuiste of valse documenten om de conclusie dat sprake is van identiteitsfraude te onderbouwen. In veel gevallen zal dit in de weg staan aan het positief voorleggen van de zaak voor discretionair.

NB Echter ook indien sprake is van geweest identiteitsfraude gepleegd door een van de gezinsleden kan sprake zijn van bijzondere omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van een schrijnend geval dat voor voorlegging in aanmerking komt. In dat geval kan ertoe worden beslist dat de vergunningverlening afhankelijk wordt gemaakt van het alsnog onderbouwen/aantonen van identiteit en nationaliteit door het alsnog overleggen van een paspoort.

Frustreren van de uitzetting door verblijfsaanvragen

In bepaalde gevallen kan het (keer op keer kansloze) verblijfsaanvragen indienen in het nadeel van betrokkene worden betrokken. Het indienen van meerdere kansloze aanvragen kan immers in die gevallen worden gezien als een middel om de uitzetting te frustreren. Let op dat je dit slechts in de gevallen waarin evident sprake is van het inzetten van verblijfsaanvragen ter voorkoming van uitzetting bij de beoordeling betreft.

Bijzondere categorie zaken: "ORLVK: buiten beeld-zaken"

Er is een specifieke categorie zaken die zich onderscheidt van de wijze waarop zaken op toepassing van de discretionaire bevoegdheid worden beoordeeld.

Dit betreft de zaken waarin sprake is geweest van een aanvraag op grond van de Overgangsregeling langdurig verblijvende kinderen en deze aanvraag was afgewezen enkel in verband met het niet voldoen aan het toezichtscriterium.

Ten aanzien van deze groep is in het Algemeen Overleg (AO) vreemdelingen- en asielbeleid van 4 juni jl. en het AO opvang- en terugkeerbeleid van 2 juli jl. toegezegd dat deze 'buiten beeld'-zaken zouden worden beoordeeld, waarbij is aangegeven dat deze zaken *welwillend* zouden worden beoordeeld.

Deze welwillende blik heeft geleid tot een andere manier van beoordelen van zaken op toepassing van de discretionaire bevoegdheid. Dit betekent dat indien er in een voorkomend geval een beroep gedaan wordt op een dergelijke 'buiten beeld-zaak' een beroep op het gelijkheidsbeginsel eenvoudigweg kan worden weerlegd door te stellen dat in deze categorie zaken een andere manier van beoordelen heeft plaatsgevonden en om die reden geen sprake is van gelijke gevallen.²

Indien je te maken hebt met een zaak waarin een ORLVK-aanvraag is afgewezen enkel in verband met het niet voldoende aan het toezichtscriterium, bekijk in die gevallen de zaak welwillend en neem hierbij de inwillingen in andere buiten beeld-zaken (zie de lijst) hierbij als uitgangspunt.

² Vergelijk AbRS 23 augustus 2012, JV 2012/430, op grond waarvan een post 14-1 aanvraag geen gelijk geval is aan een 14-1 aanvraag, omdat laatstgenoemde zaken ietwat welwillender zijn beoordeeld: *gezien het voorgaande en nu niet in geschil is dat de aanvragen in de door de vreemdelingen aangehaalde zaken, waaronder de zaak B., anders dan hun aanvragen, van vóór 18 maart 2005 zijn, heeft de rechtbank niet onderkend dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat hun beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt.*