

12 Behoort conflictoplossing in het vreemdelingenrecht per definitie tot domein van de rechter?

Een inventarisatie van alternatieve vormen van conflictoplossing in het vreemdelingenrecht

*Hanneke van Eijken en Ashley Terlouw**

1 INLEIDING

Op het eerste gezicht geldt voor het vreemdelingenrecht dat vreemdelingenrechtvaarders stevig verankerd zitten in het domein van conflictoplossing en dat er weinig plaats is voor andere conflictoplossers. Dat heeft alles te maken met de aard van het rechtsgebied. Immers, bij het beantwoorden van vragen over toelating, verblijf en uitzetting is er weinig ruimte voor grijs-tinten. Het zijn compromisloze gesloten vragen die uitsluitend kunnen worden beantwoord met ja of nee. Daarnaast hebben partijen soms zodanig tegengestelde belangen dat een gang naar de rechter onvermijdelijk lijkt.

Op het tweede gezicht is er ook bij dit soort vragen aandacht voor nuance, bijvoorbeeld voor uitstel van vertrek, voor hulp bij terugkeer, voor opnieuw horen, voor een medisch- taal- of leeftijdsonderzoek, voor het inwinnen van landeninformatie. Bovendien betreffen conflicten in het vreemdelingenrecht ook andere typen vragen dan alleen die over toelating, verblijf en uitzetting. Denk bijvoorbeeld aan de vraag of voldaan is aan de inburgeringsplicht en of die plicht kan worden opgelegd aan de betreffende vreemdeling of aan de vraag of er een alternatief mogelijk is voor vreemdelingendetentie. Het vreemdelingenrecht bevat zoveel regels en uitzonderingen, de regelgeving is zo gedetailleerd en divers dat er ook veel ruimte is voor interpretatie. Bekend is de paradox van regelgeving: hoe meer regels hoe meer interpretatieruimte. En waar interpretatieruimte bestaat, bestaat in principe ook ruimte voor mediation of andere vormen van alternatieve conflictoplossing.

Wanneer is buitengerechtelijke conflictoplossing een alternatief voor rechterlijke conflictoplossing? Is overleg tussen betrokken partijen in de

* Mr. dr. H. van Eijken is universitair docent EU recht aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. A.B. Terlouw is hoogleraar Rechtsociologie aan de Radboud Universiteit.

besluitvormende fase alternatieve conflictoplossing of voorkoming van een conflict? Wij zagen ook een aantal vormen van conflictoplossing tussen instanties en actoren die bij uitvoering en handhaving van het vreemdelingenrecht zijn betrokken. In het onderstaande zullen we die gevallen slechts kort noemen, omdat we menen dat de kernvraag conflicten betreft tussen individuele vreemdelingen en de overheid omtrent een vreemdelingrechtelijke kwestie.

Vreemdelingenrechters hebben de taak om te oordelen over conflicten tussen individuele vreemdelingen en de overheid over, zoals gezegd, in hoofdzaak toelating, verblijf en uitzetting. In de meeste gevallen is de vreemdeling geconfronteerd met een afwijzing van zijn verzoek om toelating door de IND die in naam handelt van de staatssecretaris van Justitie en gaat de vreemdeling hiertegen in beroep. Voor asielzoekers staat geen bezwaarfase open, maar er is een zogenoemde voornemen procedure. Hierbij brengt de IND eerst een voornemen uit en de advocaat van de vreemdeling geeft vervolgens zijn zienswijze daarop, voordat de IND beslist. In zogenoemde reguliere zaken (denk aan die van arbeidsmigranten, gezinsleden en studenten) staat wel bezwaar open en kan pas bij afwijzing van het bezwaar beroep bij de rechter worden ingesteld. Zowel de voornemenprocedure als de bezwaarfase zijn in principe aan te merken als alternatieve vormen van conflictoplossing. Immers, de bedoeling van deze procedures is dat het conflict niet bij de rechter terechtkomt.

We hebben op het terrein van het vreemdelingenrecht geen echte verschuiving gezien van de rechter als conflictoplosser naar andere conflictoplossende instituties. Vandaar dat we in deze bijdrage ingaan op de vraag waarom en welke de rol rechters in het vreemdelingenrecht hebben en welke ruimte we zien voor alternatieve conflictoplossing. In deze bijdrage behandelen we drie vragen over conflictoplossing anders dan door rechters in het vreemdelingenrecht:

1. Bestaan er alternatieve vormen van conflictoplossing in het vreemdelingenrecht of hebben ze in het verleden bestaan?
2. Waarom leent het vreemdelingenrecht zich wel of niet voor alternatieve vormen van conflictoplossing?
3. Welke mogelijkheden zijn er binnen dit rechtsgebied voor dergelijke alternatieve vormen in de toekomst?

We kijken hierbij niet alleen naar buitengerechtelijke vormen van geschiloplossing, maar ook naar verschuivingen of mogelijkheden die zich binnen de rechtspraak voordoen.

Om inzicht te krijgen in de praktijk hebben we allereerst een literatuuronderzoek verricht. Omdat er weinig onderzoek is gedaan naar alternatieve conflictoplossing in het vreemdelingenrecht hebben we daarnaast empirisch onderzoek verricht. We hebben in de periode juli 2020 – november 2020 kwalitatieve interviews gehouden met een aantal rechters (n = 4), advocaten (n = 2), medewerkers van de IND (n = 2), 'ngo's en internationale organisaties (n = 3), wetenschappers (n = 2), een medewerker van een Gemeente (n = 1) en een mediator (n = 1).¹ Naast de kwalitatieve interviews hebben we via de Vereniging van Asieladvocaten een drietal vragen uitgezet waar we enkele schriftelijke korte reacties op hebben ontvangen.² Deze antwoorden hebben we ook meegenomen. Voor deze publicatie brengen we allereerst in kaart welke mogelijkheden en onmogelijkheden er zijn voor alternatieve conflictoplossing in het vreemdelingenrecht. In de toekomst kan dit onderzoek evenwel worden uitgebreid. Op basis van de verschillende interviews hebben we inzicht gekregen in de rol die verschillende instituties hebben in het vreemdelingenrecht. We beogen hiermee ook een bijdrage te leveren aan dit inzicht. Deze bijdrage vormt een eerste verkenning van de mogelijkheden om de ruimte die het vreemdelingenrecht biedt voor alternatieve geschiloplossing beter te benutten.

2 CONFLICTOPLOSSING EN HET DOMEIN VAN DE RECHTER IN VREEMDELINGENZAKEN

2.1 Het domein van de rechter

Bij eerste beschouwing is conflictoplossing in het vreemdelingenrecht voorbehouden aan de rechter. Vreemdelingenrechters hebben in de meeste zaken de taak om te beoordelen of de staatssecretaris van Justitie zorgvuldig tot haar oordeel is gekomen. Vreemdelingenrecht is bestuursrecht.

Tegelijkertijd constateren wij dat er vreemdelingenrechters zijn die toch graag bepaalde vreemdelingrechtelijke conflicten op een andere manier opgelost zien worden. Rechters achten zichzelf op sommige punten niet deskundig; het betreft vaak zaken die ver weg en lang geleden hebben plaatsgevonden. Hoe moeten rechters de leeftijd van een vreemdeling bepalen of beoordelen of een asielzoeker homoseksueel is? Zij zijn dan afhankelijk van specifieke expertise over cultuur en landeninformatie.

Daarmee hangt samen dat vreemdelingenrechters in principe terughoudend toetsen of het bestuursorgaan tot zijn oordeel kon komen. De ABRvS heeft expliciet geoordeeld dat de IND beter dan de rechter in staat

¹ N(totaal) = 15.

² N = 8

is een geloofwaardigheidsbeoordeling uit te voeren.³ Tegelijkertijd heeft de ABRvS geoordeeld dat in bepaalde asielzaken wel een intensievere toets, namelijk een ‘volledig en ex nunc onderzoek naar zowel de feitelijke als de juridische gronden’ door de rechter moet plaatsvinden, in lijn met de art. 46 lid 3 van de Procedurerichtlijn, geïmplementeerd in art. 83a van de Vreemdelingenwet.⁴ Vreemdelingenrechters hebben beslisruimte om de geloofwaardigheid van het relaas te beoordelen, maar daarbij vormt het besluit van de staatssecretaris het uitgangspunt. Bovendien moeten vreemdelingenrechters terughoudend zijn als een vreemdeling geen bewijs levert, maar alleen zijn verhaal doet. Dan is de beslisruimte voor de staatssecretaris groot en moet de rechter marginaal toetsen.

Van belang voor de rol van vreemdelingenrechters is bovendien dat hoger beroep bij de ABRvS alleen mogelijk is wanneer rechtseenheid, rechtsontwikkeling, rechtsbescherming in algemene zin in het geding is.⁵

2.2 De Nieuwe zaaksbehandeling

Sinds 1 januari 2012 is in het bestuursrecht en daarmee het vreemdelingenrecht de Nieuwe zaaksbehandeling (Nzb) ingevoerd.⁶ Het is geen echte alternatieve vorm van conflictoplossing, maar het heeft er wel voor gezorgd dat de werkwijze van vreemdelingenrechters is veranderd. Zaken worden sneller op zitting gepland, maatwerk wordt nagestreefd en er wordt getracht in een keer tot een finale beslissing te komen. Vreemdelingenrechters stellen zich sindsdien actiever op, laten in principe geen pleitnota's meer voorlezen en proberen te achterhalen waar het partijen daadwerkelijk om gaat door zelf vragen te stellen. Het idee is dat hiermee het gevoel van procedurele rechtvaardigheid wordt vergroot omdat partijen zich daadwerkelijk gehoord weten.

³ ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, r.o. 8.1; ABRvS 13 april 2016 ECLI:NL:RVS:2016:891, r.o. 13.1. Zie het advies van de ACVZ: ACVZ (*auteurs onbekend*), *De geloofwaardigheid gewogen: een advies over het onderzoeken, integraal beoordelen en toetsen van verklaringen in de asielprocedure*, Den Haag: ACVZ 2016, p. 54.

⁴ ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891; ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890.

⁵ Zie Verburg & Weber, 'De ramen van de Afdeling', *Asiel & Migratierecht* 2020, afl. 2; Terlouw, 'Het 91-(2)-beleid van de ABRvS blijft problematisch', *Asiel & Migratierecht* 2020, afl. 3.

⁶ Uitvoerig over de Nieuwe zaaksbehandeling in het algemene bestuursrecht: A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, A. Tollenaar, P. Laskewitz, C. Boxum, *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015.

De meningen over deze werkwijze blijken verdeeld. Zo is advocaat Oomen daarover weinig positief.⁷ Zij wijst erop dat de Nzb niet is ontworpen voor het vreemdelingenrecht. Zo heeft zij weinig hoge verwachtingen van het idee dat vreemdelingen een gevoel van procedurele rechtvaardigheid aan de Nzb zouden ontleen en dat zij daardoor geen nieuwe aanvraag zouden indienen bij ongegrondheid van hun beroep. Bovendien wijst zij op het risico dat rechtbanken in de wens om het geschil finaal te beslechten bij een gegrond beroep ook de rechtsgevolgen in stand zouden laten in zaken waarbij het bestuur bij heroverweging misschien toch tot een inwilligend besluit zou zijn gekomen. Uit een interview met een andere advocaat blijkt dat ook zij van mening is dat het achterliggende belang achterhalen in vreemdelingenzaken minder goed werkt, omdat de vreemdeling graag een verblijfsstatus verkrijgt, maar geen achterliggende belangen heeft die op tafel zouden moeten komen. Wel is deze advocaat positief over het maatwerk en het hogere tempo van de zaken.

Van Arem en Verburg zijn juist erg positief over de Nzb: 'Het is gemakkelijk zat om te bedenken waarom de Nieuwe zaaksbehandeling van de bestuursrechter (Nzb) op allerlei moeilijkheden stuit in het vreemdelingenrecht, maar als we echt begaan zijn met de vreemdeling die aanklopt bij de poorten van Nederland om een verblijfsvergunning te krijgen, dan liggen er zeker ook genoeg kansen in de Nzb. Sterker nog je moet behoorlijk cynisch zijn om die kansen niet te zien.'⁸ Zij wijzen erop dat het juridische geschil een vehikel zou moeten zijn voor het werkelijke geschil en geen doel op zich. Dit is duidelijk ontleend aan één van de belangrijkste ideeën achter mediation, namelijk dat het werkelijke achterliggende conflict wordt opgelost en niet alleen het juridische geschil dat de rechter krijgt voorgelegd. Volgens Van Arem en Verburg betekent dit voor alle actoren dat zij een iets andere houding moeten aannemen. De IND zou iets meer ruimte moeten bieden voor de vraag waar het werkelijk om gaat en welke bewijzen daarvoor in deze procedure bij de rechter kunnen worden aangedragen. En voor de rechter en griffier betekent het 'dat ze méér aan de bak moeten en soms een ruimer geschil beslechten dan wanneer zij slechts de juridische puzzel succesvol oplossen.' Als voorbeeld noemen zij een zaak die als asielzaak wordt behandeld, maar die in wezen zou moeten gaan over de vraag of uitstel van vertrek op medische gronden moet worden verleend.

Een kleine evaluatie van de eerste ervaringen met de Nzb in de praktijk van vreemdelingenzaken heeft plaatsgevonden in een Drieluik in A&MR

⁷ Igna Oomen, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in vreemdelingenzaken', *Asiel & Migratierecht* 2012, afl. 5, p. 286-290.

⁸ Frans van Arem & André Verburg, 'Vreemdelingenrecht en de Nieuwe zaaksbehandeling van de bestuursrechter', *JNVR* 2013, afl. 1, p. 50-63.

waarin twee rechters, een advocaat en een procesvertegenwoordiger van de IND hun visie gaven op de kansen en valkuilen van de Nzb. In de bijdrage van de rechters wijzen zij erop dat voor de beantwoording van de vraag of de zaak zich leent voor Nzb de rol van de rechter mede van belang is.⁹ 'In zaken waarin het gaat om het vaststellen van de feiten of waarin de rechter vol kan toetsen, kan een feitenonderzoek of het stellen van directe vragen op zitting nuttig zijn. Dan kan het voor de rechter en de vreemdeling meerwaarde hebben om met elkaar over de zaak te praten. In zaken waarin slechts ruimte is voor een marginale toets, is het lastiger om op zitting veel aandacht te besteden aan de feiten. In bijvoorbeeld asielzaken is materiële waarheidsvinding niet de taak van de rechter, heeft een gesprek over de feiten weinig meerwaarde en kan dit bovendien verkeerde verwachtingen wekken.¹⁰ Een ander gevaar waarop zij wijzen, is dat de rechter zijn best doet de vreemdeling meer aandacht te geven, maar daarbij de andere procespartij, verweerder, over het hoofd ziet. Dit kan ook in de weg staan aan de bereidheid van verweerder om bij te dragen aan het vinden van een praktische oplossing. Als praktische oplossing noemen zij de mogelijkheid van de bestuurlijke lus¹¹, maar schikken of mediation komt naar hun ervaring weinig voor in het vreemdelingenrecht.

De advocaat in dit drieluik is in principe groot voorstander van de Nzb, omdat het een oplossing kan zijn voor een rigide toepassing van regels in praktische situaties.¹² Zij heeft echter ook kritiek. Belangwekkend in de bijdrage van de advocaat is dat zij schrijft dat bij toepassing van de Nzb in AA-zaken (aanvraag verblijfsvergunning asiel) ook duidelijke en sluitende afspraken met COA en de DT&V moeten worden gemaakt, ter voorkoming van ontruiming of overplaatsingen en dat moet worden opgepast dat de zaak niet onnodig lang blijft liggen. De rechtbank moet daartoe een strakke regie voeren op termijnen en afspraken ter voorkoming van 'uitwaaiering van de procedures.' Het grootste probleem dat zij noemt, is dat als de IND in beroep alsnog een standpunt inneemt dat eigenlijk thuishoort in het voornemen, waarop de vreemdeling dus pas in beroep reageert, de rechtbank daarop niet inhoudelijk kan reageren 'of dit toetsen zoals de IND zou hebben gedaan naar aanleiding van de zienswijze.' Bovendien is dan op dat punt sprake van een verlies van een instantie. Zij concludeert dan ook: 'een al te royale inzet van de Nzb aan het

⁹ Judith Boeree & Hanna Schaberg, 'Kansen & Valkuilen Nieuwe zaaksbehandeling', *Asiel & Migratierecht* 2013, afl. 3, p. 143.

¹⁰ Judith Boeree & Hanna Schaberg, *A&MR* 2013, afl. 3, p. 143.

¹¹ De bestuurlijke lus bevordert de definitieve beslechting van het geschil, door het bestuursorgaan de gelegenheid te bieden om gebreken in het bestreden besluit nog tijdens de beroepsprocedure te herstellen., zie art. 8:51a, lid 1.

¹² Lineke Blijdorp, 'Trouvaille of paard van Troje?', *Asiel & Migratierecht* 2013, afl. 3, p. 145-146.

eind van de procedure kan in voorkomende gevallen onze cliënten een relevant deel van hun bescherming kosten.'

De procesvertegenwoordiger van de IND schrijft dat de Nzb procesvertegenwoordigers een grotere vrijheid geeft om zaken pragmatischer af te doen en dat dit extra voldoening en dynamiek aan de functie kan even, maar dat die vrijheid tegelijkertijd tot onzekerheid leidt door de vrees voor precedentwerking.¹³ Het voelt veiliger om een strikt juridische insteek te kiezen. Hij ziet een voordeel in de mogelijkheid het geschil finaal te beslechten, omdat het stapeling van procedures voorkomt.

Een vreemdelingenrechtelijk terrein waarop de Nieuwe zaaksbehandeling nuttig kan zijn, is dat van de *habeas corpus*-procedure, om de wettigheid van vreemdelingenbewaring in een concreet geval te toetsen. Dit is uitvoerig beschreven door Besselen.¹⁴ Mogelijkheden tot maatwerk ziet zij vooral in de eventuele toepassing van lichtere middelen, maar in haar ogen moet daar sowieso naar worden gezocht in de *habeas corpus*-procedure. Zij schrijft: 'Een alternatief middel is gezien het *ultimum remedium*-karakter van vreemdelingenbewaring een essentieel onderwerp van de *habeas corpus*-procedure, met of zonder nieuwe zaaksbehandeling.' In haar ogen is een actievere opstelling van de rechter nodig ten aanzien van onderzoek naar lichtere middelen. Maar de oplossing van het onderliggende conflict is in haar ogen in dit soort zaken niet haalbaar. Ook al komt de beslissing op het asielverzoek niet (meer) aan de orde in de *habeas corpus*-procedure, toch vindt zij het ook in dat soort zaken van belang dat de vreemdeling zijn verhaal kan doen. In feite gaat het haar om meer overleg en een betere communicatie. 'Een overlegmodel in de *habeas corpus*-procedure biedt de mogelijkheid voor zowel IND als advocaten om hun standpunten over het lichtere middel duidelijker te motiveren.' Dit roept bij ons de vraag op waarom dat overleg niet eerder in de procedure zou kunnen plaatsvinden, zodat de gang naar de rechter wordt voorkomen.

Binnen het kader van de Nzb maar ook los daarvan hebben rechters mogelijkheden in handen om de procespartijen tot onderling overleg of nader onderzoek te dwingen. Vreemdelingenrechters blijken daartoe gebruik te maken van de bestuurlijke lus, het aanhouden en terugverwijzen van zaken en het doen van tussenuitspraken. Uit onze interviews blijkt dat dit allemaal goede methoden zijn om alternatieve conflictoplossing te stimuleren. Zeker omdat vreemdelingenrechters in de meeste situaties terughoudend moeten toetsen, is dit een goede manier om toch een overleg tussen partijen tot stand te brengen. Eén van de advocaten die we spraken ten

¹³ D. Deckers, 'Naar een creatievere procesvertegenwoordiging', *Asiel & Migratierecht* 2013, afl. 3, p. 147-148.

¹⁴ E. Besselen, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in de *habeas corpus*-procedure', *Jaarnaal vreemdelingenrecht* 2015, afl. 1, p. 84-99.

behoefte van deze inventarisatie vond dat het goed zou zijn als vreemdelingenrechters vaker gebruikmaken van de mogelijkheid om zaken terug te verwijzen.

2.3 Mediation in de rechterlijke procedure

Mediation in het vreemdelingenrecht komt eigenlijk niet voor, al heeft er in het verleden een pilot Mediation plaatsgevonden in de rechtbank Amsterdam. Volgens Oomen werd dat 'bepaald geen doorslaand succes.'¹⁵ Het blijkt om een project te gaan dat bij de rechtbank heeft gedraaid gedurende een aantal maanden. De rechtbank Amsterdam meende dat het anders moest kunnen, dat partijen meer in overleg met elkaar tot een oplossing moesten kunnen komen, bijvoorbeeld in machtiging voorlopig verblijfskwesties waarin ten tijde van de aanvraag niet aan het middelenver-eiste werd voldaan maar inmiddels wel. De reden waarom het project niet slaagde, lijkt te liggen in de opstelling van de IND in de pilot, waarbij er weinig tot geen ruimte voor echte uitwisseling van standpunten en een compromis was. Uit onze gesprekken blijkt dat zowel vreemdelingenrechters, de IND, als de advocaten, mediation als lastige vorm van conflictoplossing zien, omdat de belangen vaak tegenover elkaar staan en eenduidig zijn (wel/geen verblijfsrecht). Wanneer een zaak voor de vreemdelingenrechter komt, is de zaak al sterk gejuridiseerd, het contact verloopt tussen advocaten en de IND. In bijvoorbeeld het omgevingsrecht kunnen partijen makkelijker in overleg. Tegelijkertijd is er mogelijk wel een rol voor een vorm van mediation of overleg als bijvoorbeeld bepaalde documenten ontbreken of onvoldoende zijn, die makkelijk kunnen worden aangevuld.

2.4 Reflectie op het domein van de vreemdelingenrechter

Er is niet veel ruimte voor alternatieve conflictoplossing binnen de vreemdelingenrechtspraak, maar de Nzb lijkt goed te werken. Partijen dwingen tot overleg lijkt het beste te werken door zaken aan te houden, de bestuurlijke lus te hanteren of tussenuitspraken te doen. Schikkingen en mediation door vreemdelingenrechters zelf lijken hoogst zelden voor te komen en worden ook niet positief ontvangen door alle partijen. Zowel de advocaten, de rechters als de IND-medewerkers die we hierover spraken zijn negatief over mediation in de rechterlijke procedure.

¹⁵ Oomen, *A&MR* 2012, afl. 5, p. 6.

3 ERVARINGEN MET OVERLEG EN CONFLICTOPLOSSING ANDERS DAN DOOR DE RECHTER IN VREEMDELINGENZAKEN

In de fase voorafgaand aan de gerechtelijke procedure is in het vreemdelingenrecht veel meer ruimte voor overlegsituaties om een gang naar de rechter te voorkomen of het conflict dat bij de rechter ligt te beperken. In de bestuurlijke fase van het vreemdelingenrecht waar het bezwaar en de zienswijzen kunnen worden ingediend, ligt de meeste ruimte voor onderhandeling tussen partijen. Eén van de IND-medewerkers vertelt dat ze met enige regelmaat een advocaat informeel belt om te overleggen over het ontbreken van een bepaald vereist document of vanwege het aanvragen van de 'verkeerde' verblijfsstatus. Er is dan bijvoorbeeld geen verblijfsstatus mogelijk via een aanvraag regulier, maar wel via een aanvraag op grond van art. 8 EVRM. Dergelijke informele contacten kunnen zorgen dat de zaak niet escaleert tot een conflict bij de rechter. Deze informele gesprekken zijn echter geenszins geïnstitutionaliseerd en sterk afhankelijk van de betreffende IND-medewerker. Bovendien speelt daarbij dat de IND grote achterstanden moet wegwerken en dat het nemen van een besluit in een zaak daarom prettig is voor een IND-medewerker. Volgens de respondent van de IND is dat een reden waarom de ruimte voor onderhandeling of overleg niet altijd wordt benut. Uit andere interviews blijkt dat de IND niet snel geneigd is tot overleg uit vrees voor precedentwerking. Bovendien geldt er geen sterke onderhandelingscultuur bij de IND. Hier zien we ruimte voor alternatieve conflictoplossing door overleg in de bestuurlijke fase, voordat de posities van partijen te sterk zijn gejuridiseerd. In die fase kunnen ook 'ngo's een belangrijke bijdrage leveren.

Eind vorige eeuw blijkt er te zijn geëxperimenteerd met conflictoplossing anders dan door de rechter in asielzaken. In deze paragraaf bespreken we een aantal van deze experimenten met het overlegmodel in de asielprocedure en een aantal nieuwe ontwikkelingen. Deze ervaringen uit het verleden kunnen wellicht ter inspiratie dienen voor toekomstige overlegsituaties.

3.1 Opkomst en ondergang van het overlegmodel in de asielprocedure¹⁶

Op 15 oktober 1994 werden in Rijsbergen en Zevenaar zogenoemde aanmeldcentra voor asielzoekers geopend. Daarbij werd ook een overlegmodel geïntroduceerd. Het idee daarvan was dat rechtshulpverleners en

¹⁶ Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op de WODC-evaluatie van Doornbos c.s. van dit overlegmodel. Doornbos en Selies, *Het overlegmodel in de asielprocedure. Een onderzoek naar de werking van het overlegmodel in het aanmeldcentrum Schiphol en de onderzoeks- en opvangcentra Oosterwijk en Schalkhaar*, Den Haag: WODC 1997,

IND-medewerkers in overleg konden treden over de inhoud van de asielaak, voordat de IND de beslissing op het asielverzoek zou nemen. In januari 1996 werd een derde aanmeldcentrum op Schiphol geopend. Sinds mei 1995 werd het overlegmodel bij wijze van experiment ook toegepast bij de behandeling van aanvragen van asielzoekers die in de opvangcentra Oisterwijk en Schalkhaar verbleven.¹⁷ Doornbos c.s. evalueerden de experimenten met het overlegmodel in het aanmeldcentrum Schiphol en in de opvangcentra Oisterwijk en Schalkhaar en wijzen erop dat de uitwerking van het overlegmodel in de opvangcentra van een andere aard was dan die in de aanmeldcentra. De reden daarvoor was met name dat het aantal beslissingsalternatieven in de opvangcentra groter was dan in de aanmeldcentra, waar de keuze beperkt was tot direct negatief beslissen of doorzenden naar een opvangcentrum. Bovendien was in de opvangcentra meer tijd beschikbaar (indertijd 28 dagen tegenover 24 uur). In de twee opvangcentra waar het experiment plaatsvond, werd het overleg begonnen met een formulier waarop de IND de voornaamste gronden voor de voorgenomen beslissing op het verzoek kenbaar maakte, het zogeheten kernoverwegingenformulier. In de aanmeldcentra vond overleg plaats op basis van een zwaarwegend advies van de rechtshulpverlener.¹⁸

De evaluatie heeft een aantal interessante bevindingen opgeleverd. Wij benoemen een paar punten die in onze ogen ook voor de toekomst relevant zijn.

Eén van de bevindingen is dat het overlegmodel in het aanmeldcentrum Schiphol duidelijk minder goed functioneerde dan in de opvangcentra. Dat verbaast niet gezien de beperktere beslisruimte en de kortere beschikbare tijd waardoor alle actoren onder tijdsdruk werkten. Een interessante bevinding is echter dat de rechtbank Haarlem een belangrijke rol ging spelen in het overlegmodel. Doornbos c.s. schrijven zelfs dat de rechtbank 'in zekere zin participant' is geworden.¹⁹ De verhoudingen bleven op scherp staan en de rechtbank zou de rol van scheidsrechter zijn gaan vervullen. Dat was in strijd met de bedoeling van het overlegmodel, omdat gelijk krijgen van de rechtbank nu voorop ging staan, in plaats van samen tot een oplossing te komen. Ook het grote aantal rechtshulpverleners dat

wodc.nl. Ook uitgegeven in de Reeks Recht en Samenleving nr. 14, Instituut voor Rechtssociologie 1997.

¹⁷ Volgens Doornbos 1997 c.s. was het bijzondere van de experimenten in de opvangcentra 'dat zij niet in Den Haag zijn bedacht, noch van bovenaf zijn opgelegd. Door verschillende betrokkenen zijn in de praktijk initiatieven tot overleg ontplooid, ten einde gezamenlijk het hoofd te bieden aan de problemen die binnen de uitvoeringspraktijk van de asielprocedure zijn ontstaan.'

¹⁸ Doornbos c.s. 1997, p. 1-2.

¹⁹ Doornbos c.s. 1997, p. 156.

op Schiphol werkzaam was en de constante dreiging van directe uitzetting, werkten volgens de onderzoekers in het nadeel van het slagen van het overlegmodel op het aanmeldcentrum. Overigens merken de onderzoekers op dat er grote verschillen waren tussen het aanmeldcentra op Schiphol en de andere twee aanmeldcentra die geen onderdeel van hun evaluatie vormden.

De verhouding tussen IND en rechtshulpverleners in de opvangcentra bleek aanmerkelijk beter te zijn. Toch verliep het model ook daar niet helemaal zoals het was bedoeld. Beide partijen bleken met een vooraf gesteld doel het overleg in te stappen en diverse strategieën te hanteren om dat doel te verwezenlijken. Van 'uitruil' van verschillende zaken, waarvoor aanvankelijk werd gevreesd, is niets gebleken. De setting van het opvangcentrum leende zich daar volgens de onderzoekers niet voor, omdat specifieke rechtshulpverleners en IND-medewerkers elkaar maar een paar keer per jaar ontmoetten en het overleg doorgaans steeds over één zaak plaatsvond. Opmerkelijk is verder dat er in zaken die binnen het experiment werden afgedaan meer statussen zijn verleend dan in zaken die daarbuiten vielen. En overigens is ook bij zaken die in het experiment werden afgedaan nog vaak bezwaar of beroep ingesteld en moest de rechter er dus toch nog aan te pas komen. De betrokkenen in het experiment vonden wel dat de beschikkingen binnen het experiment van hogere kwaliteit waren.²⁰

In zijn algemeenheid merken de onderzoekers op: 'Het doel van het overleg kan op twee manieren worden opgevat. De gesprekspartners kunnen streven naar onderlinge overeenstemming met betrekking tot de uitkomst van de zaak. In deze betekenis wordt het overlegmodel ook wel consensusmodel genoemd. De gesprekspartners kunnen echter ook voorop stellen dat in het overleg zoveel mogelijk onduidelijkheden over de asielaanvraag werden opgehelderd en de standpunten van de IND-medewerker en de rechtshulpverlener voor elkaar kenbaar zijn. In de eerste visie ligt de nadruk meer op het voorkomen van procedures, in de tweede meer op de kwaliteit van de besluitvorming. Het een sluit het ander natuurlijk niet uit.'²¹ Als opvallend effect van het overlegmodel noemen zij dat IND-medewerkers en in mindere mate ook rechtshulpverleners zeiden hun werk in asielzaken met meer plezier te verrichten.²² De experimenten in Nederland hebben voor zover bij ons bekend geen opvolging gekregen. Volgens twee respondenten die wij hierover spraken, was dit omdat de IND terugschrok van het aantal statussen dat in de bestuurlijke fase tijdens de projecten was verleend. Zij merkten hierbij echter op dat het totaal aan-

²⁰ Doornbos c.s. 1997. p. 164.

²¹ Doornbos c.s 1997. p. 165-166.

²² Doornbos c.s 1997. p. 166.

tal statussen dat na afloop van de gehele procedure (dus inclusief het beroep op de rechter) was verleend, gelijk was gebleven. Minder zaken hoefden dus aan de rechter te worden voorgelegd met in grote lijn dezelfde uitkomst. Het overlegmodel scheelde dus tijd en kosten.

Ook in andere landen is geëxperimenteerd met het overlegmodel. In Bonn, Gießen en Lebach liep eveneens een pilot waarin tijdens de start van de procedure asielzoekers gedurende drie maanden ondersteuning en hulp kregen bij hun aanvraag door ngo's. Ook deze pilot is gestopt en de evaluatie ervan hebben we niet kunnen inzien. Ook in Zwitserland liep een dergelijke pilot die eveneens is beëindigd.²³ Er zijn dus verschillende pilots geweest, maar erg succesvol of duurzaam zijn die niet gebleken.

3.2 Wat kunnen we van het overlegmodel leren?

In de eerste plaats is duidelijk dat er voor overleg voldoende tijd moet zijn. Tijdsdruk werkt in het nadeel van het gezamenlijk zoeken naar oplossingen. Ook andere druk (zoals de onmiddellijke dreiging met uitzetting) werkt nadelig. In de tweede plaats moet er een basis van vertrouwen zijn, een vijandsbeeld werkt averechts en het werkt positief als betrokkenen elkaar kennen en vaker tegenkomen, als er een onderlinge relatie bestaat of ontstaat. Dit is een bevestiging van de *relational distance* theorie van Black, grof samengevat: hoe nauwer de relatie tussen partijen, hoe minder de neiging om naar de rechter te stappen.²⁴ Partijen moeten verder bij voorkeur niet al met een bepaalde strategie of uitkomst in gedachten het overleg in gaan. Bovendien speelt in het vreemdelingenrecht ook de ongelijkheid tussen partijen: de vreemdeling is sterk afhankelijk van zijn advocaat, terwijl de IND een ervaren procespartij. Het gevaar van een overleg is dat de vreemdeling de mogelijkheid van toegang tot de onafhankelijke rechter die aan ongelijkheidscompensatie kan doen, verliest.

Hoewel het overlegmodel is afgeschaft, is er in asielzaken wel een restant van overgebleven: de voornemenprocedure met zienswijze. Daarbij moet bedacht worden dat de voornemenprocedure bedoeld was om het afschaffen van de bezwaarfase in asielzaken te compenseren. Bovendien is de voornemenprocedure formeler en schriftelijk, terwijl in het overlegmodel partijen daadwerkelijk bij elkaar kwamen zitten. Een ander verschil is dat in het overlegmodel er vrij snel na het indienen van het asielverzoek overleg plaatsvond, terwijl de voornemenprocedure pas begint na een zeer langdurige wachttijd.

Van officiële vormen van conflictoplossing buiten de rechter om, zoals mediation, is voor zover wij konden nagaan in het vreemdelingenrecht

²³ Thränhardt, 'Die Asylkrise 2015 als Verwaltungsproblem', „Wir schaffen das“, *APuZ* 30–32/2020, p. 41–42.

²⁴ Donald Black, *The Behavior of Law*, New York: Academic Press 1976.

geen sprake. Volgens een medewerker van de IND die wij spraken is het standpunt van de IND over mediation heel kort gezegd – dat er gelet op art. 2 Gw en art. 13 Vw in procedures omtrent verblijfsvergunningen geen mediation mogelijk is, indien de kwestie die partijen verdeeld houdt een zuiver juridische vraag is. De rechter moet dan het geschil beslechten. De IND baseert dit mede op een (algemeen) advies van de Raad van State over mediation.

4 HUIDIGE ALTERNATIEVE CONFLICTOPLOSSERS IN HET VREEMDELINGENRECHT

Naast conflictoplossing of -voorkoming in de bezwaarprocedure en de voornemenprocedure, zijn er een aantal vaste alternatieve procedures en instanties en een aantal incidentele alternatieven. Het betreft zowel publieke als private conflictoplossers met conflictoplossing als officiële taak als informele bemiddelaars.

We geven hieronder geen limitatieve lijst en beschrijven de alternatieve conflictoplossers niet uitputtend, maar we geven een indruk van wat er zoal naast de rechter aan conflictoplossing in het vreemdelingenrecht gebeurt en waarom het vreemdelingrecht zich in bepaalde zaken wel voor alternatieve conflictoplossing leent.

4.1 Overheidsinstanties met een officiële conflictoplossende taak

In de eerste plaats is er een aantal organisaties die een officiële conflictoplossende taak hebben. Een organisatie die in bejegeningzaken een daadwerkelijk alternatief voor rechterlijke conflictoplossing vormt is de Nationale Ombudsman. Bij de ombudsman kunnen klachten worden ingediend over bijvoorbeeld bejegening door de IND of het COA. De ombudsman kan echter niet beoordelen of een verblijfsvergunning terecht is geweigerd en of terecht een bewaringsmaatregel is opgelegd. Toch is de ombudsman een belangrijke conflictoplosser in vreemdelingenzaken. Hij kan bemiddelen, onderzoek instellen of een oordeel geven over de gegrondheid van de klacht.²⁵ Dat oordeel wordt neergelegd in een rapport. De rapporten zijn openbaar. Op de website van de ombudsman zijn verschillende voorbeelden van oordelen over klachten van individuele vreemdelingen te vinden. De ombudsman kan ook op eigen initiatief onderzoek instellen (ambts-halve onderzoeken). Ook hiervan zijn verschillende voorbeelden die vreemdelingenzaken betreffen op de website te vinden.²⁶ Een voorbeeld is

²⁵ Zie: Interview met Reinier van Zutphen, 'Leren van Klachten', *NTB* 2018, afl. 20 p. 113 -117.

²⁶ De zoekterm IND leverde onder rapporten en onderzoek op 10 augustus 2020 bijvoorbeeld 96 resultaten op, nationaleombudsman.nl.

het onderzoek dat de ombudsman heeft verricht naar het innen, beheren en teruggeven van persoonlijke documenten van asielzoekers in en na de procedure.²⁷

Bij het College voor de Rechten van de Mens kunnen mensen die zich gediscrimineerd voelen een verzoek om een oordeel indienen. Als het College het verzoek in behandeling neemt, leidt dit tot een oordeel. Op de website van het College zijn verschillende oordelen op verzoeken van vreemdelingen te vinden.²⁸ Het betreft echter geen vragen over toelating, verblijf of uitzetting, maar over de vraag of al dan niet sprake is geweest van discriminatie of discriminatoire bejegening. Het College geeft ook gevraagd en ongevraagd advies over mensenrechten in brede zin. Een voorbeeld van het laatste zijn de Aanbevelingen Mensenrechten in (tijdelijke) opvanglocaties voor asielzoekers en vluchtelingen.²⁹ Bovendien kan het College onderzoek uit eigen beweging verrichten.

4.2 Overheidsinstanties die incidenteel aan conflictoplossing in vreemdelingenzaken doen

Een aantal andere organisaties is incidenteel betrokken bij alternatieve conflictoplossing in vreemdelingenzaken. De IND overlegt met de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK) wanneer het gaat om conflicten over uitzetting van kinderen. De samenwerking tussen de IND, Dienst Terugkeer & Vertrek (DT&V) en de RvdK heeft geleid tot de vaststelling van een Handelingsprotocol bestaande uit werkinstructies en procesbeschrijvingen voor concrete samenwerking op het gebied van gezag en omgang, kinderen met een kindbeschermingsmaatregel, kinderen van wie de ouder een beroep doet op verblijf op grond van het arrest *Chavez-Vilchez*³⁰ van het Hof van Justitie van de Europese Unie, Dublinclaims³¹ waarbij kinderen

²⁷ Zie: Miedema e.a., oordeel 2008/290 van 4 december 2008. Eigen onderzoek naar praktijk rondom beheer en teruggave persoonlijke documenten vreemdelingen.

²⁸ Het trefwoord vreemdeling levert op 10 augustus 2020 20 treffers op, het trefwoord IND 17 en het trefwoord asielzoeker 28.

²⁹ College voor de Rechten van de Mens (*auteurs onbekend*), *Aanbevelingen. Mensenrechten in (tijdelijke) opvanglocaties voor asielzoekers en vluchtelingen*, Utrecht: College voor de Rechten van de Mens 2015, mensenrechten.nl.

³⁰ Bij Chavez-Vilchez claims gaat het om de vraag of een minderjarige EU-burger een dusdanige afhankelijke relatie heeft met een vreemdeling-ouder dat de vreemdeling een verblijfsvergunning zou moeten krijgen. HvJ-EU Chavez-Vilchez, 10 mei 2017, C-133/15.

³¹ Dublin-claims betreffen situaties waarin vreemdelingen teruggezonden worden naar de EU-lidstaat die verantwoordelijk is voor hun asielverzoek.

zijn betrokken en voor Jeugdstrafonderzoeken van minderjarige vreemdelingen.³² Wat betreft *Chavez-Vilchez*-situaties is de affectieve afhankelijkheidsrelatie tussen ouder en kind van doorslaggevend belang om het verblijfsrecht van de ouder met de nationaliteit van buiten de EU vast te stellen. De RvdK kan daarin een belangrijke rol spelen, omdat de IND van oordeel is dat zij als uitvoeringsinstantie de belangen van het kind niet kan inschatten. Ter illustratie schrijft de staatssecretaris hierover het volgende: “in de samenwerking bepaalt de RvdK in zijn rapportage wat een bepaald kind nodig heeft om veilig op te kunnen groeien, waarbij de RvdK zich niet uitlaat over het verblijfsrecht. De IND beoordeelt of dit kind recht heeft op verblijf. Als dat niet het geval is, regisseert de DT&V het vertrek, met aandacht voor de behoeften van het kind. De IND betreft, indien nodig, het oordeel van de RvdK over de ontwikkeling van een kind bij zijn besluit over (voortzetting van) het verblijf. De DT&V toetst in het geval van een onder toezicht gesteld kind, of het kind kan worden overgedragen aan het land van herkomst.” Dit is misschien eerder een vorm van conflictvoorkoming dan van conflictoplossing. Eén van de doelen is zeker voorkomen dat de zaken uitmonden in een conflict voor de rechter. Tegelijk is het duidelijk een voorbeeld van een overlegmodel. Eén van de problemen die respondenten uit de advocatuur noemden, is dat de IND zelf beslist in welke situaties de RvdK om advies wordt gevraagd. Wanneer de IND daar restrictief mee omgaat, gebeurt het in individuele zaken dat er geen advies wordt ingewonnen, hoewel dat wel mogelijk zou zijn geweest.

De Klachtcommissie Wet beëdigde tolken en vertalers, ingesteld krachtens art. 16 lid 2 Wbtv, behandelt klachten gericht op onder meer beëdigde tolken die zijn ingeschakeld door de IND. De regeling geldt alleen voor geregistreerde tolken.³³ Er worden niet veel klachten door de IND en vreemdelingen over tolken ingediend. De IND handelt klachten vaak intern af, maar dat kan betekenen dat de tolk als sanctie niet meer wordt ingezet. Doornbos vindt de klachtcommissie onder meer van belang omdat tolken zich bij een formele instantie moeten kunnen verweren tegen het niet meer inzetten door de IND na een klacht.³⁴ Deze opmerking kan ook relevant zijn voor andere – met name interne - procedures van alternatieve conflictoplossing. Bieden deze procedures voldoende ruimte voor hoor- en wederhoor en meer in zijn algemeenheid voldoen zij aan de eisen van een zorgvuldige procedure?

³² Brief van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 10 maart 2020, 2799853. rijksoverheid.nl.

³³ Uitvoerig hierover: Ralph Beaujean, ‘Klagen over tolken en vertalers. Acht jaar Klachtencommissie Wbtv’, *Trema* 2017-08.

³⁴ Nienke Doornbos, ‘Waarom zou je een klacht over een tolk indienen?’ *Asiel & Migratierecht* 2018, afl. 5, p. 243-245.

Een andere organisatie is de Commissie van Toezicht (CvT) met beroep bij Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ). De CvT behandelt uitsluitend beslissingen van de directeur. Het gaat bijvoorbeeld om klachten over isolatie, straf, het regime, geboeid vervoer, voeding, activiteiten (vreemdelingen in detentie mogen minder meedoen aan activiteiten/het dagprogramma dan strafrechtelijk gedetineerden omdat het niet de bedoeling is dat zij inburgeren). De procedure is informeel. Er wordt een zitting gehouden waar het afdelingshoofd, soms een juridisch medewerker van het detentiecentrum en de vertegenwoordiger van de ingeslotene aanwezig is (de ingeslotene zelf kan er vaak niet bij zijn omdat hij al is uitgezet, al is vrijgelaten of geen legitimatie heeft). De zitting duurt ongeveer 20 minuten. Beide partijen mogen hun verhaal doen. De leden van de CvT vormen een afspiegeling van de maatschappij, slechts één van de twaalf leden is jurist. Dat betekent dat de juridische kennis beperkt is. De CvT doet uitspraak en tegen die uitspraak kan in beroep worden gegaan bij de RSJ. Die houdt zittingen in het Justitieel Complex Zaanstad, maar veel zaken worden ook schriftelijk afgedaan. Die procedure is veel formeler en de RSJ bestaat uit zwaarder geslacht: professionele juristen. Als de vreemdeling de zaak wint, kan hij een compensatie krijgen. Het gaat om geringe bedragen en welk bedrag eventueel wordt uitgekeerd, wordt na de uitspraak in overleg met de directeur bepaald, zonder dat de vreemdeling of diens vertegenwoordiger erover wordt gehoord. Het is de bedoeling dat er een aparte klachtprocedure voor de DV&O komt. DV&O draagt zorg voor gevangenenvervoer.

De CvT kent ook een bemiddelingsprocedure voor kleine klachten (over voedsel bijvoorbeeld). Er komt dan iemand van de CvT langs die probeert het onderling op te lossen (zie de site). Het nadeel is dat de termijn van zeven dagen waarbinnen een klacht moet worden ingediend al is verstreken, als de bemiddeling niet slaagt en de ingeslotene alsnog de echte procedure wil doorlopen.

Ook gemeentelijke overheden/burgemeesters doen soms aan conflict-oplossing (of voorkoming) in vreemdelingenzaken. In het kader van een ander project heeft een van ons een pilot onderzoek verricht naar de rol van burgemeesters in zaken van niet-asielzoekers van wie het verzoek was afgewezen. Verschillende burgemeesters bleken bij het zoeken naar oplossingen in kwesties van opvang of uitzetting in overleg te treden met de staatssecretaris, de IND of COA of als bemiddelaar, lobbyist of stille diplomaat op te treden.³⁵

³⁵ Ashley Terlouw & Anita Böcker, 'Mayors' discretion in Decisions about Rejected Asylum Seekers.' In: Minderhoud et al, *Caught In Between Borders: Citizens, Migrants and Humans. Liber Amicorum in honour of prof. Elspeth Guild 2019*, Nijmegen: Wolf 2019, p. 291-303. Zie ook het VICI project Cities of Refuge over de betekenis van

4.3 Ngo's en internationale organisaties

Er zijn veel Ngo's die in het vreemdelingenrecht bijdragen aan alternatieve conflictoplossing, dan wel in de rechterlijke procedure, dan wel juist daarbuiten, bijvoorbeeld door conflicten proberen te voorkomen. Te denken valt aan Vluchtelingenwerk die in individuele zaken in contact treedt met de IND, maar eveneens op meer macro niveau probeert om conflicten te voorkomen of te stroomlijnen.

Amnesty International draagt eveneens bij aan alternatieve conflictbeslechting of voorkoming. De Nederlandse afdeling van Amnesty intervierde in het verleden in zaken van individuele asielzoekers na een eigen vluchtverhaalbeoordeling bij de IND. Nu schrijven zij voornamelijk nog rapporten ten behoeve van beleidsbeïnvloeding waarin wel veel voorbeelden van individuele zaken worden genoemd. Tegelijkertijd begrepen we dat Amnesty graag meer overleg in individuele zaken wil voeren met de IND. Het strekt te ver voor deze bijdrage om de invloed van ngo's en internationale organisaties in het proces te monitoren en te meten, maar dat zij van belang zijn in preventie van conflicten en beheersing van conflicten is evident; wellicht minder als mediator, maar wel als inhoudelijk deskundige en belangenbehartiger.

Ook UNHCR is een belangrijke internationale Organisatie die in het vreemdelingenrecht actief is. In verschillende landen is UNCHR betrokken in de beslisfase bij de immigratieautoriteiten, zoals het Verenigd Koninkrijk³⁶, Ierland³⁷, Oostenrijk³⁸ en Duitsland.³⁹ In deze landen is de lokale afdeling van UNCHR betrokken bij de kwaliteitsbewaking van beslissingen in vreemdelingenzaken door de immigratiediensten. UNHCR is dus ook betrokken op individueel zaaksniveau en draagt daarmee bij aan de kwaliteit van besluiten, zodat in sommige gevallen een gang naar de rechter kan worden voorkomen. Het is interessant om te onderzoeken of er in meerdere landen dit soort initiatieven zijn en of in Nederland een dergelijke samenwerking tot stand zou kunnen komen. In het Verenigd Koninkrijk is het project positief gewaardeerd (door de UNCHR), waarbij zowel directe als indirecte effecten zichtbaar zijn.⁴⁰

mensenrechten voor de wijze waarop Europese steden vluchtelingen verwelkomen en integreren (<https://citiesofrefuge.eu/>).

³⁶ Rapport UNHCR (auteurs onbekend), Evaluation of the UNHCR Quality Integration Project In the United Kingdom, Genève: UNHCR 2017, unhcr.org.

³⁷ Quality Initiative, unhcr.org.

³⁸ Projekt Bridge, unhcr.org.

³⁹ Enge Zusammenarbeit von BAMF und UNHCR vereinbart, unhcr.org.

⁴⁰ Evaluation of the UNHCR Quality Integration Project in the United Kingdom, Genève: UNCHR 2017, unhcr.org.uk.

4.4 Reflectie op de ruimte voor alternatieve conflictoplossers in vreemdelingenzaken

Op verschillende terreinen en manieren en met verschillende intensiteit treden alternatieve conflictoplossers op in vreemdelingenzaken. Zij vormen echter over het algemeen geen alternatief voor de rechter, maar betreffen andersoortige conflicten zoals conflicten over bejegening, detentieomstandigheden, jeugdbescherming of opvang. Zij gaan zelden of nooit over toelating, verblijf en uitzetting. Wel voorkomen zij soms een gang naar de rechter. De werkwijze van sommige alternatieve conflictoplossers heeft soms veel elementen van rechterlijke conflictoplossing, denk aan een procedure bij de CvB, het College voor de Rechten van de Mens, de Nationale Ombudsman.

Organisaties als Amnesty International, UNCHR Nederland en VluchtelingenWerk lijken zich meer te richten op beleidsbeïnvloeding en opvang en integratie. Zij richten zich sterker op de macro-visie op het vreemdelingenrecht dan op individuele zaken. Toch hebben individuele vreemdelingen zeker baat bij de expertise en de ondersteuning die dit soort ngo's geven. Hoe een vluchtverhaal kan worden verteld en hoe zij zich kunnen voorbereiden op een zitting bij de rechter is primair het terrein van advocaten, maar die kunnen daarbij zeker worden ondersteund door ngo's. Bovendien zien we ook dat deze organisaties ook op individueel niveau proberen bij te dragen, door landeninformatie te delen met de advocatuur, of door te helpen met de aanvraag van asielzoekers.

5 CONCLUSIE

In het onderstaande beantwoorden we op basis van ons onderzoek de drie vragen die we ons bij aanvang hebben gesteld:

5.1 Bestaan er alternatieve vormen van conflictoplossing in het vreemdelingenrecht of hebben ze in het verleden bestaan?

Deze vraag kunnen we in positieve zin beantwoorden er bestaan alternatieve vormen van conflictoplossing in vreemdelingenzaken en ze hebben ook in het verleden bestaan. Wij hebben drie vormen gevonden.

In de eerste plaats hebben rechters zelf in veel gevallen voor andere werkwijzen gekozen, met name de Nieuwe zaaksbehandeling springt in het oog en lijkt succesvol met als belangrijkste componenten: de actieve rol van de rechter, de bestuurlijke lus, aanhouden en het doen van tussenvonnissen. Deze vormen bestonden ook al voor en naast de Nzb maar hebben daardoor een meer prominente plaats gekregen. Mediation en schikken door de rechter komt in vreemdelingenzaken zelden voor.

In de tweede plaats komt overleg tussen procespartijen ter voorkoming van een beroep op de rechter in casu vooral neer op overleg tussen de IND en de vreemdelingenadvocaat. In het verleden zijn daar experimenten mee geweest. Die experimenten hebben belangrijke bevindingen opgeleverd (zie de beantwoording van de tweede en derde vraag), maar ze hebben – hoewel er enige elementen van zijn overgebleven – toch geen verdere doorgang gevonden.

In de derde plaats hebben we geconstateerd dat veel alternatieve conflictoplossers zich bezighouden met het voorkomen of oplossen van (potentiële) conflicten in vreemdelingenzaken. Deels zijn dit officiële door de overheid ingestelde semi-rechtelijke conflictoplossers, deels zijn het overheidsinstellingen die incidenteel bij vreemdelingenzaken worden betrokken en deels zijn het NGO's en internationale Organisaties die op eigen initiatief in vreemdelingenzaken interveniëren.

5.2 Waarom leent het rechtsgebied zich wel of niet voor alternatieve vormen van conflictoplossing?

De redenen die wij hebben gevonden waarom het vreemdelingenrecht ongeschikt zou zijn voor alternatieve conflictoplossing zijn dat het vreemdelingenrecht verdragsrechtelijk, in EU-verband en wettelijk zeer gedetailleerd is geregeld. Er zijn weinig open normen en er is weinig onderhandelingsruimte. Dit zou zowel voor het materiële als het procedurele vreemdelingenrecht gelden. Bovendien maakt de aard van de conflicten dat vreemdelingen (met name asielzoekers) gezien hun grote belangen, geneigd zijn altijd alle rechtsmiddelen te benutten en tot het uiterste door te procederen. Daarnaast lijkt sprake te zijn van wederzijds wantrouwen tussen vreemdelingen en hun rechtshulpverleners enerzijds en de IND anderzijds. Dat beperkt de mogelijkheid om samen naar alternatieve oplossingen voor conflicten te zoeken. Ook de ongelijkwaardigheid tussen partijen kan een negatieve rol spelen bij alternatieve conflictoplossing.⁴¹ Verder is de korte tijd die beschikbaar is voor IND en rechtshulpverlener ongunstig voor het zoeken naar alternatieven. In asielzaken wordt in principe binnen acht dagen beslist. De politieke- en mediagevoeligheid van het rechtsgebied maakt dat de staatssecretaris strikt vasthoudt aan het restrictieve vreemdelingenbeleid en terughoudend is met het maken van uitzonderingen in individuele zaken. Formeel is haar discretionaire bevoegdheid zelfs

⁴¹ Vgl. Marc Galanter, 'Why the haves come out ahead. Speculations on the limits of legal change', *Law and Society Review* 1974, Volume 9:1, jstor.org.

afgeschaft.⁴² Tot slot speelt een rol dat advocaten in principe geen vergoeding krijgen voor hun inzet als die inzet alternatieve vormen van conflictbeslechting betreft, denk bijvoorbeeld aan het indienen van een klacht bij de Nationale Ombudsman.⁴³

We zien echter wel degelijk ruimte voor alternatieve conflictoplossing in het vreemdelingenrecht zowel door de rechter als door anderen. Daarbij lijken de volgende aspecten van belang.

In de eerste plaats het thema van het geschil. Er moet onderhandelingsruimte of onderhandelingsmacht zijn. Wellicht wordt onderschat hoe vaak die er is. Immers, uitvoeringsambtenaren hebben altijd beslisruimte.⁴⁴ Onderhandelingsruimte is er bijvoorbeeld evident als het gaat over vreemdelingenbewaring (is een lichter middel mogelijk?) en als het gaat om bewijskwesties. Maar er is ook onderhandelingsruimte in kwesties over bejegening, opvangmodaliteiten en uitzetting met bijvoorbeeld een financiële stimulant en in Dublinzaken (de discretionaire bevoegdheid van lidstaten om een asielverzoek zelf te behandelen).

In de tweede plaats is het afhankelijk van de partijen die een (potentieel) conflict hebben. Wij vonden verschillen in oplossingsstrategieën als het gaat om conflicten tussen vreemdeling en overheid en conflicten tussen organisaties. In het laatste geval was er veel meer alternatieve conflictoplossing. Dit verbaast niet, omdat er bij organisaties belang bestaat om de goede verhoudingen in stand te laten voor de toekomst en er geen sprake is van een persoonlijk belang. Interessanter is dat we ook verschillen vonden tussen conflicten die asielzoekers betroffen en conflicten over gedetineerde en reguliere vreemdelingen. Misschien hangt dit ermee samen dat er bij asielzoekers meer vrees is voor aanzuigende werking, beroepen op het gelijkheidsbeginsel/precedentwerking en voor media- en politieke aandacht. Bovendien is in asielzaken de discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris afgeschaft. Daarnaast is er in het reguliere migratierecht

⁴² Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen.

⁴³ Ook voor procedures voor het EHRM krijgen zij slechts een gedeeltelijke vergoeding doordat een klacht bij het EHRM niet wordt gekwalificeerd als 'procedure' in de zin van het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000 (maar wel als advieszaak). Een procedure is onder meer een zaak die wordt gevoerd voor een 'instantie die oordeelt in een wettelijk geregeld klachtprocedure' - er is betoogd dat de EVRM-procedure een dergelijke procedure is, maar omdat de EVRM-procedure is ingesteld bij verdrag en niet bij wet gaat het niet om een procedure, aldus de Afdeling, ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:657. Het is de vraag of bij het opstellen van het besluit nagedacht is over de consequenties van de gekozen woorden.

⁴⁴ Michael Lipsky, *Street level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York (NY): Russell Sage Foundation 1980.

meer ruimte voor verschillende verblijfstitels, terwijl bij asiel de hoofdvraag is of iemand internationale bescherming moet krijgen.

In de derde plaats is het succes van alternatieve conflictoplossing ervan afhankelijk of partijen die nauw met elkaar in contact staan,⁴⁵ ook in de toekomst met elkaar verder moeten.⁴⁶ Het veelgenoemde vijandsbeeld tussen de advocatuur en de IND is niet bevorderlijk voor alternatieve geschilbeslechting in vreemdelingenzaken. Er moet sprake zijn van een basaal vertrouwen tussen partijen en een zekere bereidheid tot overleg, een goede communicatie en geen tijdsdruk of andere druk. Wel vindt sinds jaar en dag een tripartite overleg plaats tussen actoren in het vreemdelingenrecht: rechtbanken (en ABRvS), vreemdelingenadvocatuur en IND/landsadvocaat/procesvertegenwoordigers). We hebben geen uitvoerig onderzoek naar deze overleggen gedaan, omdat ze geen individuele zaken betreffen, maar praktische zaken, zoals zittingsplanning of KEI. Toch kan een dergelijk overleg wel degelijk bijdragen aan conflictoplossing en het voorkomen van conflicten en aan het vestigen van een vertrouwensband tussen de verschillende partijen.

5.3 Welke mogelijkheden zijn er binnen dit rechtsgebied voor dergelijke alternatieve vormen in de toekomst?

Nederland is bekend om het poldermodel en ook binnen de rechtspraak wordt steeds meer gepolderd, conflictoplossing in ruime zin in plaats van strikt juridische geschiloplossing. Binnen de vreemdelingenrechtspraak wordt voorzichtig meegedaan, maar vreemdelingenrechters blijven klasieke conflictoplossers als het gaat om toelating, verblijf, uitzetting.

Op basis van onze inventarisatie zien wij goede argumenten om meer te investeren in alternatieve conflictoplossing in vreemdelingenzaken. Wij zien meer ruimte voor de rechter en andere conflictoplossers, maar bovenal menen wij dat er in de bestuurlijke fase meer moeite kan worden gedaan voor conflictoplossing door overleg tussen het bestuur en de vreemdeling of diens gemachtigde. In het verleden zijn daarmee experimenten uitgevoerd die misschien niet helemaal geslaagd waren, ook in zaken omtrent toelating, verblijf en uitzetting, maar die toch voldoende interessante elementen bevatten om daar nog eens serieus naar te kijken. In onze ogen kan vroegtijdig overleg tussen partijen met name in asielzaken ertoe leiden dat een deel van de zaken niet bij de rechter terecht hoeft te komen, procedures korter duren en eerder wordt geconstateerd of nader

⁴⁵ Dick Allewijn, Met de overheid om tafel, oorspronkelijke subtitel: vertrouwen in de overheid als centraal thema in mediation. Nieuwe subtitel: Fair Play aan beide kanten, *Mediation Reeks Deel 6*, Den Haag: Sdu 2007.

⁴⁶ Vergelijk de relational distance theory; Donald Black, *The Behaviour of Law*, New York: Academic Press 1974.

onderzoek moet worden ingesteld. Dit bespaart uiteraard ook kosten. Vroegtijdig overleg sluit ook aan bij de aanbeveling van de commissie van Zwol: 'Investeer in een zorgvuldige behandeling van een eerste asielaanvraag; dat beperkt vertraging bij beroeps-, vervolg- en vertrekprocedures (...).'⁴⁷

Andere conflictoplossers vervullen een belangrijke rol in vreemdelingenzaken maar slechts beperkt in zaken over toelating, verblijf en uitzetting. Bij procedures over die thema's zien we wel incidenteel interventies in individuele zaken door UNHCR en VluchtelingenWerk. Hun rol zou mogelijk nog kunnen worden versterkt. Vreemdelingenrechters zelf kunnen ook meer experimenteren met alternatieve conflictoplossing door partijen te dwingen om te overleggen in zaken die daarvoor geschikt zijn. De meeste ruimte voor overleg lijkt echter in de bestuurlijke fase te liggen en in zaken die uitzetting betreffen, waarbij asielzoekers kunnen worden ondersteund door ngo's. Onze respondenten uit de advocatuur menen dat de vreemdelingenrechter een actievere rol zou mogen hebben, op de balans tussen IND, advocaat en vreemdeling te balanceren.

Alternatieve conflictbeslechting in het vreemdelingenrecht heeft voor- en nadelen. Mogelijke voordelen zijn meer (gevoel van) procedurele rechtvaardigheid, minder vijandsbeeld, minder escalatie en minder polarisatie en vaak zal het leiden tot een snellere oplossing van het probleem. Er zijn ook nadelen te noemen. De vreemdeling is sterk afhankelijk van zijn advocaat, de beslissingen worden niet door de rechter getoetst, en daarmee vervalt een belangrijke waarborg van het recht. Alternatieve conflictoplossing kan bovendien tot willekeur leiden en er is een risico van afbreuk van kwaliteit, legitimiteit, coherentie en rechtszekerheid. De vreemdeling kan het gevoel krijgen dat er niet goed naar zijn zaak is gekeken, omdat er geen rechter aan te pas is gekomen. Over de inrichting van dergelijke alternatieve conflictoplossing moet goed worden nagedacht: hoe werkt het met de vergoeding van de rechtsbijstand bij alternatieve conflictoplossing? Is de IND als uitvoeringsinstantie zoals het nu is ingericht wel geschikt om op grotere schaal aan alternatieve conflictbeslechting te doen en wat is er institutioneel voor nodig om dat te laten slagen? Er zijn dus zeker mogelijkheden in het vreemdelingenrecht.

5.4 Tot slot en voorstellen nader onderzoek

Dit onderzoek is een eerste inventarisatie van de rol van alternatieve conflictbeslechting in het vreemdelingenrecht. Nader onderzoek is gewenst,

⁴⁷ Rapport (auteurs onbekend), *Onderzoekscommissie Langdurig verblijvende vreemdelingen zonder bestendig verblijfsrecht*, Den Haag: Rijksoverheid mei 2019, rijksoverheid.nl.

op basis van verschillende invalshoeken en perspectieven. Het onderscheid tussen asielzaken en reguliere migratiezaken kan in een toekomstig onderzoek verder worden uitgewerkt en bekeken. Is er meer ruimte bij reguliere migratie dan in asielprocedures? Welke ruimte is dat? Ook zou onderzoek nuttig zijn naar de concrete afstemming die plaatsvindt tussen IND en advocatuur en wat de succesfactoren zijn. Hoe kan vertrouwen tussen de partijen worden gecreëerd en hoe kan worden bevorderd dat partijen willen investeren in alternatieve conflictbeslechting? Welke rol hebben de verschillende actoren bij conflictoplossing buiten de rechter en wat vergt dat van deze actoren?

We zijn positief verrast over de ruimte die we hebben gevonden in onze gesprekken met de verschillende actoren en ons literatuuronderzoek over alternatieve conflictoplossing in vreemdelingenzaken. Dat deze vorm van conflictoplossing in vreemdelingenzaken in de kinderschoenen staat is duidelijk, maar van wat meer polderen zouden alle actoren in het vreemdelingenrecht kunnen profiteren.