

## Over de voorwaardelijke opvang van gemeente en staatssecretaris

Mensenrechtelijk is de norm dat hulp moet worden geboden bij nood. Noodhulp is een onvoorwaardelijke aanspraak. Nederland schendt deze norm. Nederland is door het Europees Comité Sociale Rechten (ECSR) veroordeeld wegens schending van het ESH, het Europees Sociaal Handvest. De beslissing van het ECSR is gepubliceerd op 10 november 2014. De hoogste rechters in Nederland beslissen aanvankelijk dat die norm dus ook in Nederland geldt (ECLI:NL:CRVB:2014:4178/4179). Maar na heel veel debat, een week durende kabinetscrisis, wordt op 22 april 2015 een akkoord gesloten. In de brief van het kabinet staat dat er zogenaamde voorfase locaties komen, Landelijke Voorzieningen voor Vreemdelingen (LVV). De regel volgens het kabinet is dat, zolang vreemdeling meewerkt, maar dan wel “eerlijk en oprecht” opvang wordt geboden. De hoogste administratieve rechters beslissen op 26 november 2015 dat de overheid met dit voorwaardelijke aanbod kan volstaan (ECLI:NL:CRVB:2015:3803/3834/4093 en ECLI:NL:RVS:2015:3415). En, zo staat het er: “thans wordt het systeem geacht sluitend te zijn”.

De ontwikkeling in de rechtspraak is sinds die datum niet stil blijven staan. Sluitend was het systeem niet. Het plan werk te gaan maken met de Landelijke Vreemdelingen Voorzieningen is weer een stapje verder. Maar inmiddels ligt er wel rechtspraak. En dat gaat het er allemaal voor de steden die zich hebben aangemeld en het kabinet niet eenvoudiger op maken. Er is namelijk vanwege de beslissing van het ECSR wel een aanspraak. Weliswaar een voorwaardelijke, maar wel een aanspraak. En precies dat was niet de bedoeling.

Helemaal naar het begin. Wat was de bedoeling? Wat is er veranderd vanwege de beslissing van het ECSR en de beslissingen van de hoogste rechters 26 november 2015. En welke problemen levert dat nu op in de rechtspraak. En tot slot wat betekent dat voor ons nu.

### Uitsluiting van de normale maatschappij

Begin 80-er jaren, de verzorgingsstaat is in crisis, de werkloosheid stijgt tot 11% en het begrotingstekort loopt op tot 10%. Topambtenaren komen bij elkaar en onder diverse pseudoniemen van elkaar opvolgende bewindslieden schrijven zij elkaar brieven. En de gedeelde conclusie is: Het naoorlogse concept *verzorgingsstaat*, dat kan niet meer, daarvoor in de plaats komt het concept van de *participatiemaatschappij*. Realisering van dat project heeft een groot aantal jaren in beslag genomen, en beslaat vele kabinetten.

Nagedacht moest worden over wie dan wel mocht gaan participeren. Als eerste werd gesproken over de nog niet toegelaten vreemdelingen, die tot dan toe gewoon met gebruikmaking van de bestaande regelingen werden opgenomen in de samenleving. Voor hen zou een parallelle samenleving komen.

De wet Centraal Orgaan opvang Asielzoekers (COA) dateert van 1993. Het plan is dat er, zo staat het in de Memorie van Toelichting (MvT) *een koppeling tot stand komt tussen de activiteiten in het kader van de opvang enerzijds, en de activiteiten in het kader van de toelatingsprocedure anderzijds*. Aan de aanspraak op opvang in opvangcentra, ontheemden-centra en noodopvang, komt een einde. Er verrijzen puisten in het landschap, daar komen de mensen die er niet bij horen terecht, en waarbij de opvang afhankelijk wordt van de stand in de toelatingsprocedure.

Als op deze wijze de breuk met de maatschappij is gemaakt volgt stap twee, de koppeling van verblijfsrecht en de aanspraak op voorzieningen. Kern van de koppelingswet (1998) is, zo

staat het in de MvT, dat voorkomen moet worden dat nog niet toegelaten vreemdelingen zich toegang weten te verschaffen tot *de normale samenleving*. Voorkomen moet worden dat vreemdelingen *een schijn van volkomen legaliteit* kunnen verwerven. En in antwoord op kamervraag nr 28 staat dat het er om gaat *duidelijkheid naar de samenleving te verschaffen*. Het gaat dus expliciet om uitsluiting en het gaat er om dat dat ook zichtbaar is. De “normale samenleving” moet dat ook normaal gaat vinden, dat de uitsluiting ook redelijk is.

Die uitsluiting zou echter voor sommige mensen uit die “normale samenleving” een probleem kunnen opleveren. Daarover is in het wetgevingsproces ook gesproken. Zorgverleners hebben, strafrechtelijk genormeerd, de plicht zorg te bieden. De Staat kan dus niet hulpverlening verbieden omdat daarmee artsen, verplegers en verzorgers in de problemen worden gebracht. De leerplicht geldt voor iedereen, dus leerplichtigen kon de toegang tot onderwijs niet worden verboden. En als derde uitzondering op de uitsluiting was het niet de bedoeling rechtshulp te verbieden. Dat sprake kan zijn van een eerlijk proces, zonder advocaten, is niet goed verdedigbaar. De uitzonderingen op het koppelingsbeginsel waren niet geformuleerd als aanspraak van de ongedocumenteerde. Het ging hier om mogelijke verplichtingen voor die burgers die wel mogen participeren.

Kern is dus de uitsluiting van deelname aan de samenleving, de normale maatschappij. Volkomen uitsluiten was echter niet mogelijk. Zo noemt de MvT het voorbeeld van het gebruik van het wegdek. Dat de niet toegelaten vreemdeling daarvan gebruik kan gaan maken kan niet worden voorkomen. Vertrekken was eigen verantwoordelijkheid: *Het koppelingsbeginsel wordt in abstracto gerechtvaardigd door het uitgangspunt dat de problemen die voor illegalen ontstaan doordat zij Nederland niet eigener beweging verlaten in beginsel aan hen zelf toerekenbaar is*. Het systeem werd daarmee geacht sluitend te zijn.

De essentie is niet dat mensen ook dood moeten. Voor de duidelijkheid, zonder eten en slaap gaat een mens dood. Dat is echter niet de bedoeling, omdat daarmee wel erg zichtbaar wordt wat de consequenties van die uitsluiting zijn. Essentieel sluitstuk in het wettelijke uitsluitingsproject is daarom dat wel buiten de regels om in noodgevallen hulp wordt geboden. Dat bevestigt immers dat de ongedocumenteerde er niet bij hoort, illegaal is. Dat is het sluitstuk. De overheid heeft van meet af aan particuliere hulpverlening gefinancierd. In Amsterdam heet dat het Fonds Gevolgen Vreemdelingenwetgeving. Zonder enige regel werden uitkeringen verstrekt.

Niet alleen de gemeente financiert, zelfs de staatssecretaris van veiligheid en justitie financiert mee aan de hulp aan “uitgeprocedeerden”, aan “illegalen”. Zelfs wordt door de staatssecretaris medische opvang gefinancierd, hulp die zonder deze bijzondere financiering in beginsel in de normale maatschappij te halen zou moeten zijn. Doel is de noodzakelijke hulp buiten het wettelijk kader te houden. Zolang het maar zonder aanspraken is, zolang het systeem van uitsluiting maar in stand blijft. En als hulp wordt geboden, dan wel zo dat er geen aanspraak ontstaat. Met andere woorden hulpverlening gebaseerd op willekeur.

### **Een succesverhaal**

Het wetgevingsproces, dus inclusief de noodfondsen, is zeer succesvol verlopen. Mensen denken inmiddels ook echt dat de uitsluiting compleet is. Geen recht op zorg, denkt men. En als al zorg wordt geboden, dan zonder bijbehorende verplichtingen voor de zorgverlener. En de zorgaanbieders doen daar aan mee, wat ze hebben geleerd in hun opleiding over ethiek, over goed zorgverlenerschap, dat geldt niet. Zelfs het tuchtrecht, ook daarvan wordt gedacht dat het niet van toepassing is.

Geconfronteerd met het probleem dat zorgvragers mogelijk geen zorg zouden krijgen was het antwoord van de regering dat op zorgaanbieders een zelfstandige plicht rust om te helpen waar geholpen moet worden. Dat was de garantie voor de toegang tot alle soorten van zorg. Het enige wat de overheid stond te doen is een financieringssysteem ontwerpen. Dat is het systeem vastgelegd in artikel 122a Zvw geworden. En de CRvB heeft dat tot uitgangspunt gemaakt. De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, J.F. Hoogervorst in een brief aan de kamer van 16 oktober 2006 vat die discussie mooi samen (Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 29 689 en 19 637, nr. 116):

*Over de duiding van het begrip «medisch noodzakelijke zorg» is vervolgens een uitvoerige parlementaire gedachtewisseling ontstaan tussen achtereenvolgende bewindslieden, het parlement en het zorgveld. Ik concludeer dat zorg waarop illegalen aanspraak kunnen maken, nagenoeg alle zorgvormen betreft die zijn opgenomen in het Nederlandse wettelijke sociale verzekeringspakket (Zvw en AWBZ), maar slechts onder de voorwaarde dat de vraag of de zorg wel nu en hier moet worden verleend positief wordt beantwoord door de behandelend arts.*

Op 1 januari 2009 wijzigt het systeem waarop tot dan toe de zorg aan onverzekerbaren werd gefinancierd. Dat is ook het moment dat in de wet wordt vastgelegd welke zorg aan overzekerbaren door de overheid wordt gefinancierd. Artikel 122a Zorgverzekeringswet wordt ingevoerd. In artikel 122a is onder lid 2:

*Onder medisch noodzakelijke zorg wordt verstaan zorg of overige diensten als bedoeld in artikel 11 van deze wet of in artikel 6 van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, met uitzondering van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen vormen van zorg of diensten, en slechts voor zover de zorgaanbieder verstrekking ervan, gezien de aard van de prestaties en de verwachte duur van het verblijf van de vreemdeling, medisch noodzakelijk acht.*

En dat systeem werkt. In 2011 heeft Berenschot artikel 122a geëvalueerd. Onder pagina 15 staat hoe het CVZ tegen de zaak aan kijkt: *Het CVZ verstaat onder medisch noodzakelijke zorg het basispakket én het oordeel van de behandelend arts. Oftewel, het betreft een en/en situatie. De meerderheid van de gesprekspartners ervaart weinig problemen bij het bepalen van het criterium medisch noodzakelijke zorg. De afweging of de zorgvraag van een onverzekerbare vreemdeling onder het criterium valt, wordt gemaakt door de zorgverlener.*

Volgens Berenschot, en de CRvB volgt Berenschot, was het verlenen van de medisch noodzakelijke zorg (alles uit het AWBZ en Zvw) geen probleem. Het systeem zou in zijn algemeenheid functioneren. De CRvB formuleert het zo (ECLI:NL:CRVB:2012:BW7703 overweging 4.2.4): *...heeft de wetgever beoogd medisch noodzakelijke zorg (uit het zorgpakket van de verzekering ingevolge de AWBZ en de Zvw) voor vreemdelingen als bedoeld in artikel 10 van de Vw toegankelijk te maken door ingeval van betalingsonmacht van de vreemdeling op grond van artikel 122a van de Zvw een financieringsregeling te treffen die voorziet in een nagenoeg volledige vergoeding van de kosten van de zorgaanbieder aan een niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling geboden zorg. Daarbij is de wetgever uitgegaan van het bestaan van een zorgplicht van de zorgaanbieder om medisch noodzakelijke hulp te verlenen (Kamerstukken II 2007/2008, 31 249, nr. 3 p. 4 en 5). De wetgever heeft er niet voor gekozen om deze doelgroep rechtstreeks aanspraken op grond van de Zvw en de AWBZ toe te kennen. Met de invoering van het betalingssysteem van artikel 122a van de Zvw is beoogd te voldoen aan de verdragsverplichtingen die Nederland heeft (Kamerstukken II 2007/2008, 31 249, nr. 7).*

Een aantal maal ben ik de afgelopen jaren bij de CRvB geweest met de mededeling, het werkt niet, ik kom niet bij zorgaanbieders binnen, ze snappen dat verhaal van artikel 122a Zvw niet. De zorgaanbieders en de gemeenten, de civiele rechters en de vreemdelingenrechters die denken dat er een verschil is tussen Care en Cure, behandeling en zorg. Ik krijg die zorg niet voor mijn cliënten. Geef mij a.u.b. een indicatiebesluit. Dat weigert de CRvB. Maar ik krijg wel een advies van de hoogste bestuursrechter (ECLI:NL:CRVB:2017:492):

*Het betoog van appellante dat door weigering van een indicatie haar de toegang tot de zorg wordt onthouden, slaagt niet omdat appellante zich zonder indicatie kan wenden tot een zorgverlener. In geval van betalingsonmacht kan de zorgverlener, die moet beoordelen of betrokkene medisch noodzakelijke zorg behoeft, een beroep doen op de vergoedingsregeling van artikel 122a van de Zvw. Deze regeling wordt door het Zorginstituut uitgevoerd. Het niet-indiceren levert dan ook geen schending van de door appellante aangehaalde artikelen uit genoemde internationale verdragen op. Voor zover appellante betoogt dat zorgaanbieders in een situatie als die van appellante onwillig zijn medisch noodzakelijke zorg te bieden, ligt het op haar weg die zorgaanbieders op de in artikel 122a van de Zvw genoemde financiële regeling te wijzen en hen zo nodig in rechte aan te spreken.*

Dit is helder. Als de zorgaanbieder niet doet wat de zorgaanbieder geacht wordt te doen dan werkt het systeem niet meer. En de zorgaanbieder doet het niet. En waarom niet? Omdat het idee dat ongedocumenteerden zonder recht zijn sterker is dan de wet. En dat kan je zelfs lezen in de rechtspraak. Op 1 januari 2015 is beschermd/begeleid wonen uit de AWBZ overgegaan naar de Wmo en Wlz. Daarmee is echter aan de inhoud van de zorg niets gewijzigd. De Amsterdamse voorzieningenrechter 19 oktober 2017 onder overweging 4. De voorzieningenrechter overweegt *dat in de regel onder "medische noodzakelijke zorg" iets anders wordt verstaan dan "beschermd wonen"*. Dat is inderdaad het gebruik, de Amsterdamse voorzieningenrechter heeft gelijk. Maar ik vraag niet om duiding van de gebruiken, ik vraag om toepassing van de wet.

### **Sub-standaard zorg**

Dit is dus de kern van het project, uitsluiting van de burgerlijke maatschappij. Toetreding kan plaatsvinden na geslaagde inburgering. En dat geldt voor iedereen inmiddels, er is een recht op participatie, "u kunt normaal doen". Het heeft even geduurd, maar dat is inmiddels de standaard. Dat degenen die niet mogen participeren slechts recht hebben op sub-standaard zorg is een heel krachtig idee. De overheid financiert en faciliteert de sub-standaard zelfs de Medische Opvang en Zorg in kraakpanden en afbraakwoningen. En de gevestigde zorgaanbieders, de zorgaanbieders met eigen klachtenprocedures en gekwalificeerd personeel weigeren, op een heel enkele uitzondering na, aanspraken te beoordelen.

De door de Koppelingswet nagestreefde normalisering van uitsluiting van ongedocumenteerden lijkt volkomen geslaagd. Dat ongedocumenteerden zonder recht zijn, dat is het gedeelde en vanzelfsprekend uitgangspunt van handelen, voor overheid én hulpverleners. Maar dat is niet in overeenstemming met wetgeving en rechtspraak.

### **De opvang die er niet was**

In de rechtspraak van 26 november 2015 ligt besloten dat er een aanspraak is op hulp. De CRvB gaat er vanuit dat de opvang waar om gevraagd is door de staatssecretaris zelfs zou zijn aangeboden. Een praktisch probleem ontstond daardoor. Dat de staatssecretaris in de Vbl opvang biedt is namelijk helemaal niet waar.

De hele zaak begon met deze beslissing op 26 november 2015 begon met een klacht bij het ECSR en een tentenkamp in ter Apel, omdat er geen opvang voor ongedocumenteerden is. De rechters wilden echter iets anders geloven. De staatssecretaris vindt overigens niet dat hij de boel vals heeft voorgelicht. Hij schrijft immers slechts dat het feitelijk beschikbaar is. Hij schrijft helemaal niet dat er ook gebruik van kan worden gemaakt. Tussen 8 maart 2016 en 18 augustus 2016 zijn 70 cliënten van mijn kantoor bij de staatssecretaris langs geweest. In alle gevallen weigert de staatssecretaris de toegang. De toegang is in alle gevallen geblokkeerd, omdat, zo zei de vertegenwoordiger namens de staatssecretaris ter zitting, het de klanten van mr Fischer “op de eerste plaats te doen is om opvang en niet om vertrek”. Hiermee forceerde de staatssecretaris een probleem voor de RvS. De hoogste rechters waren het kabinet zo ver als mogelijk tegemoet gekomen, maar dan moet de staatssecretaris de beschikbare voorwaardelijke opvang wel bieden. Dat kon natuurlijk niet goed blijven gaan. Op 5 juli 2017 zet de RvS een streep door deze praktijk van systematische weigering van de staatssecretaris (ECLI:NL:RVS:2017:1741/1825/1826/1828).

Met deze rechtspraak van de RvS van 5 juli 2017 zit de staatssecretaris goed in zijn maag. De staatssecretaris heeft er vervolgens een heel ingewikkelde puzzel van gemaakt. Maar, het presenteren van ficties als werkelijkheid is best wel een moeilijk werkje. Het geheim houden van de vertrekeisen is misgegaan. En de weigering over de adequaatheid van het aanbod te spreken, dat ging ook al mis. De staatssecretaris weigert zich vooralsnog aan de rechtspraak aan te passen.

### **Redelijke vertrekeisen**

Verdragsrechtelijk heeft het bieden van noodhulp niets te maken met verblijfsstatus. Bij nood moet geholpen en nood is het enig toegestane criterium. Maar in Nederland worden wel niet terzake doende criteria gebruikt, alleen aan de mensen die meewerken aan hun vertrek, zo is het verhaal, wordt feitelijk onderdak gebonden. En daarbij is, omdat willekeur het systeem is, essentieel dat in het midden werd gelaten waaraan dan wel moest worden meegewerkt, zodat altijd (dus in alle gevallen) de conclusie was dat er niet werd meegewerkt, althans de verklaring dat meegewerkt wordt niet geloofwaardig.

De overheid mag heel erg veel van de Raad van State, maar de overheid moet zich wel aan haar eigen regels houden. Een systeem van willekeur, daarin gaat de Raad van State niet in mee. Waaraan meegewerkt moet worden, moet dus wel kenbaar. Vertrekcriteria moeten dus wel toetsbaar zijn. Niet voldoen aan redelijke eisen betekent immers dat er geen aanspraak op onderdak bestaat en het minste is dan wel dat die vertrekeisen kenbaar worden gemaakt.

De staatssecretaris heeft lang volgehouden niets zinnigs te hoeven meedelen en volstond met “louter informatieve mededelingen” en daartegen kunnen geen rechtsmiddelen worden aangewend. Maar nu is op 1 februari 2018 beslist door de rechtbank, zittingsplaats Haarlem, dat binnen twee weken, op straffe van een dwangsom van €100,00 per dag, een besluit over de vertrekcriteria moet komen. En op 23 februari 2018 volgt het besluit, het toegangskaartje om bij de rechter de discussie te kunnen voeren. In het besluit staat wat de vreemdeling moet doen. Wat er staat in het besluit doet er nog niet zoveel toe. Het gaat er om dat het verhaal uit de geheimzinnige sfeer is getrokken. Er kan nu geprocedeerd worden over onredelijke eisen, zoals bijvoorbeeld de vrij gebruikelijke eis dat de vreemdeling zich moet wenden tot een mensensmokkelaar omdat die wel de nodige reisdocumenten kan regelen.

### **Adequate hulp**

De staatssecretaris heeft geheel onverplicht de verantwoordelijkheid genomen op grond van verdragsrecht de aanspraak op opvang te toetsen (ECLI:NL:RVS:2014:722). De rechters

concludeerden: dan hoeft de gemeenten het dus niet te doen. Maar nu blijkt er een probleem te zijn. De staatssecretaris kan helemaal geen *adequate* opvang bieden. Er zijn drie smaken: een huis van bewaring, een gesloten psychiatrische inrichting (Veldzicht) of de Vrijheidsbeperkende locatie (Vbl). Als de psychiater niet wil zeggen dat er moet worden opgesloten dan is Veldzicht geen optie. Als er geen zicht is op vertrek dan is opsluiten in een huis van bewaring onrechtmatig. En als in de Vbl de nodige zorg niet kan geboden, dan kan de staatssecretaris niets bieden.

De staatssecretaris weigert tot op heden op grond van feiten aanspraken op grond van verdragsrecht te bepalen. De staatssecretaris beslist eenvoudigweg: “U kunt komen en dan gaan we toetsen.” En dan maakt hij zich er vanaf met: “Met het aanbod van de Vbl voldoen wij aan onze verdragsrechtelijk plichten.” Tot nu toe is nog geen besluit op bezwaar geslagen met een overweging waarin iets over de persoonlijke omstandigheden en vertrekplicht wordt gezegd. Nog geen enkele maal is de aanspraak op grond van verdragsrecht beoordeeld.

Dat gaat zo een tijdje goed, maar op enig moment loop je dan wel tegen de lamp. En dat is de tweede doorbraak. In een van de zaken die door de staatssecretaris van de Raad van State het huiswerk opnieuw moest doen is de staatssecretaris zo brutaal dat de rechter er wel klaar mee is. De staatssecretaris wordt niet slechts opgedragen dat opnieuw moet worden beslist, maar hij moet ook *feitelijk* adequaat plaatsnemen. De rechter beslist dat op 23 november 2017, publicatie 12 december 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:14406). De Staatssecretaris is in hoger beroep gekomen tegen deze uitspraak. Het hoger beroep van de staatssecretaris is door de RvS op 26 januari 2018 kennelijk ongegrond verklaard.

De staatssecretaris weigert nu te doen wat de rechter heeft opgedragen. Dat kunnen wij helemaal niet, adequaat plaatsnemen, schrijft de staatssecretaris aan de rechter. Maar dat was niet wat de staatssecretaris de Raad van State en Centrale Raad van Beroep had gezegd. De rechtbank, zittingsplaats Haarlem, beslist op 30 maart 2018 dat, als nu niet binnen 14 dagen wordt gedaan wat de rechter heeft beslist, de staatssecretaris een boete van €100,00 per dag, tot ene maximum van €15.000,00 moet betalen voor iedere dag dat de staatssecretaris ingebreke is.

Maar, in al zijn brutaliteit heeft de staatssecretaris ook wel een beetje gelijk. Reguliere zorg is het terrein van een ander ministerie. De staatssecretaris kan geen adequate zorg bieden. Dat kunnen alleen de zorgaanbieders. Maar die doen hun werk niet. Op 30 januari 2018 schrijft de staatssecretaris: ik kan niet adequaat plaatsnemen omdat niet ik maar de gemeente over beschermd wonen gaat. Over de vraag of het de gemeente vrij staat langs buitenwettelijke weg de toegang tot deze zorg te blokkeren moet nog geprocedeerd. De staatssecretaris heeft een idee inmiddels: de buitenwettelijke opvang geboden door in het Medische Opvang Ongedocumenteerden (MOO). Dat sub-standaard aanbod heb ik geweigerd.

### **Terug bij de gemeente**

Het was de fictie in de rechtspraak van 26 november 2015 dat de staatssecretaris onderdak bood en dat op de gemeenten daarom ook niet langer de rechtsplicht rustte om opvang te bieden. En als mensen op dat hulpaanbod niet gingen, dan was het gevolg in beginsel aan de vreemdeling te verwijten. Het systeem werd sluitend geacht en gemeenten hoefden ook geen hulp te bieden. De juridische vraag was vervolgens of gemeenten nog wel aan vreemdelingenbeleid mochten doen. Mogen gemeenten het vreemdelingenbeleid van de rijksoverheid doorkruisen? Ja, dat mag, beslist de RvS op 29 juni 2016 (ECLI:NL:2016:RVS:1782/1783). De RvS beslist dat de besluiten van het College van Burgemeester en Wethouders, die vanaf nu feitelijke handelingen heten, gebaseerd zijn op de Vreemdelingenwet.

Kan gevraagd om feitelijk handelen (wilt u helpen?) en kan dan tegen de feitelijke weigering te handelen bezwaar gemaakt? Standpunt van de gemeente Amsterdam is dat er geen recht is op kenbare besluiten. Er is sprake van feitelijk handelen en dat feitelijk handelen is ook zonder verplichting. Volgens de gemeente kan ook niet gevraagd om feitelijk handelen. Over die vraag is nu drie jaar geprocedeerd. Is nogal essentieel, helpen zonder rechtsbescherming, of met rechtsbescherming? Kenbare besluitvorming of niet? Deugdelijke motivering, of niet?

Het standpunt van de gemeente is door de Raad van State verworpen. De Raad van State vragen zichzelf overbodig te maken was een stap te ver. Als ik vraag om een feitelijke handeling en de gemeente weigert, dan moet een gemotiveerde schriftelijk bevestiging volgen. En daartegen kan bezwaar gemaakt.

Op 10 juli 2015 vraag ik om een voorziening op grond van het in de gemeente bestaande beleid. Op 29 maart 2018 beslist de Raad van State dat op aanvraag weliswaar niet hoeft te worden beslist, maar de feitelijke weigering wel op schrift moet. En dat komt dus op het zelfde neer. En de RvS verwijst naar de wijze waarop de staatssecretaris het ook moet doen (ECLI:NL:RVS:2018:1025): *In dit verband acht de Afdeling, wanneer wel een feitelijke weigering aan de orde is, het uit een oogpunt van zorgvuldige voorbereiding vereist dat het college die feitelijke weigering schriftelijk vastlegt en het desbetreffende stuk aan het dossier toevoegt. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1825.*

De verwijzingen in deze uitspraak naar de 5 juli rechtspraak is niet zonder betekenis. De normale regels uit de Awb die voor de staatssecretaris gelden, gelden ook voor de gemeente. En de gemeente moet nu binnen twee weken beslissen, op straffe van een dwangsom van €250,00 per dag, oplopend tot een maximum van €37.500,00. De rechtsbescherming is weer terug, dit is een streep door de willekeur van de afgelopen drie jaar.

### **En adequaat**

De gemeente heeft van de Raad van State op 29 juni 2016 de ruimte gekregen om te doen en laten wat ze wil. De gemeente mag eigen beleid maken. Het enige wat ze dan moet doen is zich dan wel aan het eigen beleid ook houden. Op het eerste gezicht zou je zeggen dat er juridisch niets te halen valt bij de gemeente omdat het beleid niet verdragsconform hoeft te zijn. Het staat de gemeente natuurlijk wel vrij om zich aan de mensenrechten te houden. Dat betekent niet gelijke rechten, de verblijfspositie is een relevant onderscheid. Maar het gemaakte onderscheid moet wel beargumenteerd kunnen worden. En alleen al de plicht te moeten motiveren levert verrassende resultaten op.

Toen een peuter zonder verblijfsrecht in 2004 aan de rechter zijn probleem voorlegde, toen liet de gemeente Zaanstad na het verhaal te houden dat het aan de peuter zelf te wijten was nog niet eigener beweging te zijn vertrokken. Maar dat de belangen van die peuter de uitsluiting in de Nederlandse wet onrechtmatig maakte, daar moest de hoogste rechter op het gebied van de sociale zekerheid, de Centrale Raad van Beroep (CRvB), voor aan te pas komen (ECLI:NL:CRVB:2005:AU0687).

Drie dagen voor de uitgerkende datum stuurde de gemeente Amsterdam een jonge Roma vrouw met in haar buik een Nederlands kind, hartje winter 2007, er gold een weeralarm van de ANWB, de straat op. Waarna vervolgens het kind haar werd afgenomen omdat ze er niet voor kon zorgen. Die strijd heeft negen jaar heeft geduurd, tot 10 mei 2017. Toen kreeg het kind en dus de moeder van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) burgerrechten

(ECLI:NL:EU:C:2017:354). De gemeente kan zeggen, wij houden ons hier aan. Wij toetsen ons eigen beleid ons eigen handelen hieraan en niet pas als we het uitgelegd hebben gekregen door de hoogste rechters in Den Haag, Utrecht, Luxemburg, Straatsburg en Geneve.

Het maakt dus wat uit wat de reden is om hulp te bieden. En dat weet de gemeente heel goed. En dat zal de reden zijn dat in de beleidsstukken geen verwijzing naar de beslissing van het ECSR te vinden is. De gemeente kan ook kiezen voor een route waarbij wel hulp wordt geboden, maar dan wel zonder aanspraak. Het is daarmee een systeem van willekeur geworden. En wat hier is geleerd wordt nu ook uitgerold in de burgerlijke maatschappij. Dat was immers het doel midden jaren tachtig van de vorige eeuw: Afschaffing van de verzorgingsstaat en aanspraak op normaal doen, recht op participatie. Maar ook die systematische rechteloosheid stuit nu op grenzen.

De Raad van State biedt de mogelijkheid beleid te maken, de Raad van State biedt niet de mogelijkheid de procesregels vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ook buiten toepassing te laten. Daaraan ontleent de Raad van State immers weer háár bestaansrecht. Een verhaal ter zitting op een civiel ontruimings-kortgeding van de directeur van het Leger des Heils “U moet ons gelóven, wij houden van deze mensen!” gaat er in Amsterdam bij de civiele rechter als zoete koek in, maar heeft niet dat effect op de Kneuterdijk in Den Haag. Dat Amsterdam het naar eigen zeggen heel goed doet, dat overtuigt de RvS niet. De eerste waarschuwing van de RvS is van 24 augustus 2016. De RvS beslist dat de gemeente ondeugdelijk heeft gemotiveerd waarom de vreemdeling geen 24-uursopvang krijgt (ECLI:NL:RVS:2016:2383). Daarna volgt een hele serie aan uitspraken waarin de RvS beslist dat de gemeente niet deugdelijk heeft gemotiveerd dat er een einde kon komen aan de 24-uursopvang. Twee op 11 augustus 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:2167/2169) en twee op 15 november 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3062/3169). En op 28 december 2017 beslist de RvS, het chagrijn klinkt er in door, “dat hebben we nu al een paar keer beslist, dus dat doen we nu weer” (ECLI:NL:RVS:2017:3610).

De gemeente moet deugdelijk motiveren. En goed beschouwd moet dat ook genoeg zijn. In beslissing van de Raad van State van 29 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1086, onder overweging 3.2: *In de medische stukken die de vreemdeling aan zijn verzoek ten grondslag heeft gelegd is ingegaan op zijn medische situatie en het belang van een stabiele leefomgeving. Gezien de inhoud van die stukken heeft het college zijn standpunt dat de vreemdeling niet medisch kwetsbaar is, ondeugdelijk gemotiveerd.* Dat het nog bijzonder lastig gaat worden deugdelijk te motiveren dat sommige mensen geen behoefte hebben aan een stabiele leefomgeving weten de gemeente en de staatssecretaris ook wel. En daarom is zo spannend wat er nu gaat gebeuren.

Aan geen van deze uitspraken is door de gemeente Amsterdam gevolg gegeven. Het besluit luidt nu: “u moet ons nu echt geloven, we hebben er nu wel goed naar gekeken”. Maar dat volstaat dus niet. En, voeg ik er aan toe, daarmee gaat het niet over. De weigering 24-uursopvang te bieden moet wel deugdelijk gemotiveerd. Ik ben inmiddels bij ronde twee. En het moet van de rechter weer over, want de instructie van de RvS moet wel opgevolgd.

Net als bij de staatssecretaris heeft nu ook de rechtbank al een keer doorgepakt. De rechtbank zittingsplaats Haarlem heeft op 30 januari 2018 beslist dat één van de mensen die na toestemming van hof Amsterdam 21 oktober 2016 was ontruimd uit de 24-uursopvang weer moet worden toegelaten.

## **Conclusies**



Vóór 17 december 2014 was er alleen aanspraak op hulp onder bijzondere omstandigheden. Als het ging om kwetsbare mensen. Als het ging om kinderen. Vanwege de beslissing van het ECSR werd het even in Nederland een recht op noodopvang voor iedereen en een aanspraak onder voorwaarden. De in de kabinetsbrief van 22 april 2015 beloofde voorzieningen zijn er nog niet van gekomen. Maar met wat er nu aan rechtspraak ligt aan kenbaarheid zijn de grenzen wel zo ongeveer wel gegeven.

Die plaatselijke voorziening kan wel wat worden. Maar alleen als iedereen ook de eigen rol speelt. En als we niet weggeven wat is gewonnen, het dus geen experimenten met mensen gaat worden.

De **staatssecretaris**. De staatssecretaris kan vanaf nu de voorwaarden verbonden aan de aanspraak op schrift zetten. Kenbare en redelijke voorwaarden.

De **gemeente**. De gemeente kan zeggen, wij houden ons aan de mensenrechten én de Awb. In onze gemeente houden we ons aan de procesregels en gelden de mensenrechten.

De **zorgaanbieders**. De zorgaanbieders kunnen ook gaan doen wat ze volgens de wetgever behoren te doen, de zorgbehoefte beoordelen en de nodige zorg ook bieden en de rekening bij de overheid leggen.

De **hulpverleners**. De hulpverleners kunnen ophouden met het faciliteren van de uitsluiting. Ophouden met het bieden van sub-standaard zorg in afbraakwoningen en kraakpanden. Helpen waar nood is daar is niks mis mee, maar niet zonder ook die zelfde overheid aan te spreken. De taak van de hulpverleners is de gemeente, de zorgaanbieders en de staatssecretaris te houden aan de eigen taak.