

Uitroepen asielcrisis is misbruik van bevoegdheid

Adriaan J. Wierengaⁱ

In deze blog is niet de vraag aan de orde of er problemen zijn in de asielketen. Dat is evident het geval. En ook dat daaraan iets moet gebeuren. In dit blog gaat het om de vraag welke weg we daarvoor binnen onze rechtsstaat juridisch kunnen bewandelen. Dat is zeker niet met de toepassing van noodrecht door het uitroepen van een asielcrisis. Het is taaie kost, maar ik zal hieronder uiteenzetten waarom dat zo is.

In de artikelen 110 en 111 van de Vreemdelingenwet is een noodregeling opgenomen die het in noodsituaties mogelijk maakt om delen van die wet zonder voorafgaande betrokkenheid van het parlement buiten toepassing te laten en anders in te vullen. De bepalingen moeten in werking worden gesteld met een Koninklijk besluit – een besluit van de regering – op voordracht van de minister-president. Vervolgens moeten de concrete vervangende maatregelen worden uitgewerkt in een Algemene Maatregel van Bestuur, een ander type regeringsbesluit.

Waar de schoen juridisch wringt, is bij het toepassingscriterium van deze bevoegdheid. De noodbevoegdheid in de Vreemdelingenwet maakt onderdeel uit van het klassieke staatsnoodrecht dat is gebaseerd op artikel 103 van de Grondwet en dat wordt uitgewerkt in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden. Het staatsnoodrecht hanteert een ongelukkig toepassingscriterium voor de noodbevoegdheden: er sprake moet sprake zijn van *buitengewone omstandigheden*. Een ongelukkige term – zoals de regering in 2018 in een brief aan de Kamer en de Raad van State in 2021 in een spontaan advies ook al concludeerden – omdat er geen richting mee wordt gegeven aan wat voor soort noodsituatie we dan concreet moeten denken. Dat verklaart wellicht hoe de regering op dit dwaalspoor is terechtgekomen.

Wat betekent dat toepassingscriterium *buitengewone omstandigheden* dan precies? Om van buitengewone omstandigheden te kunnen spreken, moet aan twee voorwaarden worden voldaan. Er dient: (1) Sprake te zijn van een situatie waarin een vitaal belang van de samenleving wordt geschaad of bedreigd en (2) Dat normale/reguliere regelgeving of bevoegdheden tekort schieten om aan de situatie het hoofd te bieden.

Het eerste criterium ziet op de schending of bedreiging van onder meer de vitale belangen van de (*inter*)*nationale rechtsorde* en de *openbare veiligheid*. Uiteraard worden die vitale belangen bedreigd of geschaad als sprake is van bijvoorbeeld oorlogsomstandigheden of een pandemie. Maar hoe zit het met de problemen in de asielketen? Daarvan kan eveneens worden betoogd dat daardoor vitale belangen van de samenleving onder druk (komen te) staan. Daar zit dus niet het grootste juridische probleem.

De onrechtmatigheid van het voorgenomen overheidsoptreden schuilt in de tweede voorwaarde voor toepassing van deze noodbevoegdheid. Het is immers mogelijk om deze situatie het hoofd te beiden via reguliere regelgeving – door bijvoorbeeld een normale aanpassing van de wet in samenspraak met het parlement – of door toepassing van reguliere bevoegdheden, zoals gebruik van de spreidingswet of het creëren van noodopvangplekken. Dat die weg nu moet worden bewandeld, is vereist op grond van wat we noemen het *subsidiariteitsbeginsel*.

Uit dat rechtsbeginsel vloeit eveneens voort dat ook als het inmiddels ingewikkeld is geworden om deze situatie via de geëigende rechtsstatelijke paden het hoofd te bieden, hier

nog steeds niet kan worden voldaan aan deze toepassingsvoorwaarde. Uit dit subsidiariteitsbeginsel, maar ook uit het evenredigheidsbeginsel en de aard van de bevoegdheid vloeit namelijk eveneens voort dat de noodsituatie steeds *onvoorzien* moet zijn, of met de woorden van de Raad van State: er moet sprake zijn van *bestuurlijke overmacht*.

Die eis wordt gesteld om misbruik van noodrecht te voorkomen, anders zou de regering immers noodsituaties kunnen laten ontstaan of zelfs kunnen creëren om te handelen buiten de volksvertegenwoordiging om en zo steeds het parlement buiten spel kunnen zetten. Een gevaarlijke ontwikkeling en een de rechtsstaat bedreigend precedent. Aan deze eis wordt – als je al maandenlang overweegt om in de toekomst een crisis uit te gaan roepen – immers nooit voldaan.

Als de regering toch besluit hier gebruik te maken van het noodrecht, is er evident sprake van misbruik van een noodbevoegdheid en een grove schending van de rechtsstaat. Dit nog los van de schending van internationaal rechtelijke verplichtingen, die hiërarchisch hoger van aard zijn dan deze nationale regeling inzake de opvang van vreemdelingen. Daarbij moet er op worden gewezen dat de strategie dergelijke onrechtmatige besluiten door de rechter aan banden te laten leggen, voorbij gaat aan de eed of gelofte voor trouw aan de Grondwet, die ook bewindspersonen en volksvertegenwoordigers afleggen.

ⁱ Mr. A.J. Wierenga is als onderzoeker en noodrechtsspecialist verbonden aan de Rechtenfaculteiten van de Rijksuniversiteit Groningen en de Universiteit Leiden.