

ILLEGALEN, OFWEL RECHTENMENSEN

Barbara Oomen

Op de voorkant van *Vrij Nederland* lag Tima. Vijf weken oud, de blote voetjes tegen elkaar gevouwen, sabbelend op een roze speen onder een opkrullend neusje, oogjes gesloten en de luier zichtbaar onder een wit badstof broekje dat opviel tegen de krijtzwarte achtergrond. ‘Ze is hier geboren’, stond erbij, ‘Ze is staatloos. Ze wordt nergens erkend. Ze mag nergens meedoen.’¹ Tima symboliseert hetgeen ik in deze bijdrage voor Willem centraal wil stellen: het woord *illegaal*, en wat dit doet.

Willem en ik hadden altijd veel te bespreken als onze paden elkaar kruisten in het gotisch stadhuis van Middelburg, op een zonnige dag op het Binnenhof of in het Montesquieu-gebouw in Tilburg. Het euvel van het toetsingsverbod in artikel 120 van de Grondwet, en hoe dit de Nederlandse Grondwet bijkans tot dode letter maakt. De noodzaak tot hervorming van het hoger onderwijs, met daarbij een bredere blik op het recht. Beiden *dean* van een Liberal Arts and Science College zagen wij hoe de artes liberales het beste uit jongeren kunnen halen, om hen te vormen als publieke intellectuelen, kritisch denkend begaan met het grotere belang. Tegelijkertijd spraken wij vaak over de schaduwzijden van zo’n University College als intellectuele snelkookpan in plaats van als römertopf. Zijn wanhoop over hoe juist ons college bij de prachtige, getalenteerde Marit vooral tot stress in plaats van tot intellectuele bevrijding leidde, staat mij nog helder voor de geest, en zie ik inmiddels als een opdracht. Vooral, echter, spraken wij vaak over taal. Als hij midden in de Zeeuwse zomer weer met rechters had gesproken over recht en literatuur, als hij vertelde over de gedichten waarmee zijn senaatsfractie altijd de vergadering sloot, als wij spraken over de brugfunctie van woorden tussen wet en werkelijkheid.

Vandaar de aandacht voor dat ene woord dat ik graag indachtig het gedachtegoed van Willem tegen het licht zou houden. Dat gedachtegoed beslaat, voor mij, de rol van recht als retorica, de rechtsstaat en de normatieve heipalen waarop deze rust en een haarscherp oog voor het verschil tussen wet en werkelijkheid. Disciplinair gaat het dan om de retorische, rechtsfilosofische en rechtssociologische blik die Willem zo graag en zo schijnbaar moeiteloos combineerde. *Illegaal*. Een woord waarvan de eerste drie letters lezen als tralies. Een woord dat, wanneer de wet geldt als kunstwerk, het equivalent is van een kwak oranje verf op een Rembrandt.² Wat doet een woord als dit in discursieve, juridische, politieke en maatschappelijke zin? Daarover gaat deze verkenning.

1 De foto staat ook in Steketee 2018, over staatloosheid in Nederland.

2 Witteveen 2014.

DE WORSTELING MET EEN WOORD

Het is uiteraard zaak om eerst precies aan te geven om welk woord het gaat: het zelfstandig naamwoord *illegaal*. De Van Dale stelt 'illegalen' gelijk met mensen die illegaal (onwettig, onrechtmatig, verboden) in een land verblijven. Dit is, mijns inziens, niet geheel correct, omdat het woord gaat om meer dan de onwettige handeling van het verblijven; het gaat over het zijn. Anders dan het bijvoeglijk naamwoord – illegaal verblijf, illegaal vuurwerk, een illegaal schoolfeest – kwalificeert het woord niet een bepaalde handeling of zaak als buitenwettig, maar een persoon. Een handeling kan iemand nalaten, een zaak kan iemand loslaten, voor het zijn geldt dit niet. Toch lijkt het gebruik van het woord steeds meer gemeengoed. Waar we na de oorlog in Nederland spraken over 'spontane migranten', duiden nu politici, de pers en het bredere publiek mensen die onwettig in Nederland verblijven regelmatig aan als illegalen.³

Het gebruik van dit woord is diep problematisch, omdat het mensen buiten de juridische orde plaatst. Om hierbij Willems geliefde metafoor van het huis van de rechtsstaat aan te halen: dit zelfstandig naamwoord schopt bepaalde mensen discursief uit dat huis en verbant ze naar het park verderop.⁴ Dit vormt een schrille tegenstelling met de grootschalige verbouwing van dat huis van de rechtsstaat na de Tweede Wereldoorlog. Cassin tekende ooit de Portico van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, met waardigheid, vrijheid, gelijkheid en broederschap als fundamenteën. Daarbij zijn de pilaren van het 'internationale huis van de rechtsstaat' de mensenrechten: de universele, ondeelbare, onvervreembare en inherent verbonden rechten die alle mensen hebben. Buiten dit bouwwerk valt niemand. Was dit internationale huis in 1948 wellicht nog luchtfietserij, 'onzin op stelten', met onze naoorlogse grondwetswijzigingen werd ook Nederland deel gemaakt van dit bouwwerk.⁵ Zo verankerden Willems politieke voorgangers, onder wie Marinus Van der Goes van Naters, in de Grondwet hoe het internationale recht voorrang heeft boven het nationale, en hoe iedereen in Nederland direct rechten kan ontlennen aan, bijvoorbeeld, internationale verdragen.⁶ Hannah Arendts kritiek op de mensenrechten, dat mensen niets bezitten dan hun 'naakte mensheid', mag wel mooi verbeeld zijn in de foto van Tima, maar gaat, in juridische zin, niet meer op.⁷

3 Zo laat de zoeksite van de Eerste Kamer zien dat vooral de VVD, de PVV en de FvD stelselmatig in moties en politieke inbreng spreken over 'illegalen'. In de pers bezigen onder andere *Algemeen Dagblad*, *de Volkskrant*, *De Telegraaf*, *NRC Handelsblad* en het ANP het woord (LexisNexis). Zie ook: Engbersen & Van der Leun 2001, p. 51-70.

4 Witteveen 2002, p. 37-48; Witteveen 2004, p. 75-101.

5 Aldus een veel eerdere kwalificatie in Waldron 1987, p. 55.

6 Artikel 93 en 94 Grondwet. Zie voor de geschiedenis ook Van Heerikhuizen 1998 en Oomen 2014.

7 Arendt 1951. De foto van Tima illustreert natuurlijk ook hoe de werkelijkheid anders is.

Omdat het internationaalrechtelijk gezien onmogelijk is om mensen, in hun hoedanigheid als mensen, buiten de juridische orde te plaatsen, moet het gebruik van het woord 'illegaal' vooral als discursieve daad gezien worden. Het gaat om een proces van *stasis*, in de door Aristoteles en Hermagores gebezigde zin: (1) het definiëren van het te bespreken fenomeen met daarbij aandacht voor de feiten, (2) de betekenis ervan (waar hebben wij het over?), (3) de kwalificatie ervan (goed of slecht) en (4) de beleidsconsequenties. Met het gebruik van het woord geeft de spreker aan (1) dat er in Nederland mensen zijn die hier niet horen te zijn, (2) dat zij daarmee buiten de wet vallen, (3) dat dit een slechte zaak is, en (4) dat dit vraagt om overheidshandelen.⁸ In het gebruik van het ene woord zit dus een veelheid van assumpties en oplossingsrichtingen samengebond, waarbij de essentie – mensen, puur om wat zij zijn, buiten de rechtsorde plaatsen – strijdt met de mensenrechten vastgelegd in het internationale en nationale recht.

Het wekt dan ook geen verbazing dat het gebruik van het woord juist ook door internationale organisaties krachtig is bestreden. PICUM, een koepelorganisatie van belangenverenigingen van ongedocumenteerde migranten, zette op een rijtje hoe oud de internationale en Europese afspraken over alternatief taalgebruik al zijn. In 1975 nam de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties bijvoorbeeld een resolutie aan waarin ze besloot dat de organisatie zelf en alle agentschappen alleen nog maar zouden spreken over 'ongedocumenteerde' of 'irreguliere' (arbeids)migrant(en).⁹ De Wereld Handelsorganisatie volgde in 2004, waarna de Raad van Europa zich in 2006 ook uitsprak tegen het stigmatiserend effect van het woord 'illegaal'.¹⁰ In 2010 benadrukte Eurocommissaris Cecilia Malmström hetzelfde punt: 'Illegale migranten bestaan niet. (...) Mensen komen misschien op irreguliere wijze naar de EU, maar geen mens is illegaal.'¹¹ Mensen kenschetsen als 'illegalen', zo concludeerde PICUM onder de hashtag #wordsmatter, kan niet omdat het 'mens zijn' tot strafbare daad bestempelt, migranten discrimineert, en gevolgen heeft voor zowel het beleid als de publieke opinie.

WAAR TWEE OLIFANTEN VECHTEN...

Deze boodschap is ook in Nederland van belang, nu het – juridisch en moreel – incorrecte uitgangspunt dat mensen illegaal kunnen *zijn* al geruime tijd het politieke debat domineert.

8 Zie hiervoor Aristoteles 2004 en Habinek 2017.

9 AVVN, Measures to ensure the human rights of all migrant workers, 3449, 2433rd plenary meeting, 9 december 1975. Zie: https://picum.org/Documents/WordsMatter/Words_Matter_Terminology_FINAL_March2017.pdf.

10 Wereldhandelsorganisatie, 92ste sessie, resolutie die spreekt over 'irregular status' en 'workers in irregular situation'; Parlementaire Assemblée Raad van Europa, Resolutie 1509, Human Rights of Irregular Migrants, aangehaald in dezelfde folder (zie noot 9).

11 29 november 2010, (zie noot 9).

Een dieptepunt in deze discussie was wellicht het coalitieakkoord van 2012, waarbij Willems PvdA onderhandelde met de VVD. Deze laatste partij had al in het verkiezingsprogramma aangegeven illegaliteit 'keihard' te willen bestrijden door illegaliteit strafbaar te stellen en gemeenten te verbieden opvang te bieden aan 'illegalen'.¹² Het strafbaar stellen van 'illegaliteit' past in een bredere tendens van 'crimmigratie', de versmelting van het strafrecht en het immigratiebeleid.¹³ Het resulterende coalitieakkoord droeg de titel 'Bruggen bouwen', maar had net zo goed 'Kaarten met programmapunten' kunnen heten. De PvdA 'kreeg' behoud van het kinderpardon in ruil voor strafbaarstelling van illegaliteit, en bijvoorbeeld inkomensnivellering in ruil voor bezuiniging op ontwikkelingssamenwerking.

De opname van de strafbaarstelling van illegaliteit voelde voor veel sociaaldemocraten – waaronder ondergetekende – als een diep pijnlijk uitplukken van een van de laatste ideologische veren. Zo ook voor Willem. In de behandeling van de 'Staat van de Rechtsstaat', in maart 2014, was hij van zins om een serie voorstellen te noemen die de ondergrens van de rechtsstaat raakten. Hierbij wilde hij ook het strafbaar stellen van illegaal verblijf noemen: 'waarbij we straf opleggen om wat iemand is in plaats van om wat hij gedaan heeft'.¹⁴ Waarom juist die opmerking niet in de Kamerstukken terug te vinden is, blijft gissen.¹⁵ Ruud Koole schrijft hier, vijf jaar later, over: 'Waarschijnlijk heeft – de altijd vriendelijke – Willem gemeend niet zelf extra zout in de wond van de partij (punt lag heel gevoelig in de partij en bij de partijtop van dat moment) te moeten strooien. Maar als een ander Kamerlid er over zou beginnen dan had hij zijn reactie klaar.'¹⁶

Het is goed mogelijk dat de – veel te schaarse – rechtsstatelijke gewetens onder de sociaaldemocraten gewoon een slimme politieke calculatie maakten, en de veer alleen maar uit lieten trekken in de wetenschap dat de Europese en internationale hoeders van het 'internationale huis van de democratie' deze toch weer terug zouden plaatsen. Het Europese Hof van Justitie oordeelde immers regelmatig dat de Europese Terugkeerrichtlijn zich verzette tegen een dergelijke algemene strafbaarstelling.¹⁷ Zo is het ook gelopen. De Raad van State kwam in 2013 met een negatief advies,¹⁸ de Vereniging van Nederlandse Gemeenten noemde het voorstel 'overbodig, onnodig stigmatiserend en criminaliserend

12 VVD 2012, p. 53.

13 Van Leun 2009.

14 Dit op basis van het archief van Ruud Koole, die als Willems fractiegenoot beschikt over de conceptinbreng.

15 Zie ook: Eerste Kamer, plenair Witteveen bij de behandeling van de 'Staat van de Rechtsstaat', verslag van de vergadering van 11 maart 2014 (2013/14, 22).

16 E-mailcorrespondentie februari 2019.

17 Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 28 april 2011, zaaknr. C-61/11 (El Dridi/Italië) (destijds dus al bekend) en meer recentelijk HvJ EU 26 juli 2017, zaaknr C-225/16 (strafzaak tegen Mossa Ouhrami). Verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing.

18 Kamerstukken II 2012/13, 33512, 2 (Voorstel van Wet bij de wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland).

en schiet zijn doel voorbij voor zover het beoogt een bijdrage te leveren aan een zo sluitend mogelijke aanpak van het asielbeleid'.¹⁹ In combinatie met de kritiek uit de samenleving, onder juristen en vanuit Europa, en het gebrek aan een meerderheid zonder PVV in de Eerste Kamer, maakte dit dat de regering het voorstel per 14 mei 2014 introk.²⁰ Toch was, in mijn optiek, de schade al – onherstelbaar – berokkend. De simpele suggestie dat het juridisch, en moreel, mogelijk is om mensen te straffen om wat zij zijn, had zich in het collectieve geheugen genesteld.

Het begrip 'illegaal zijn' en de juridische gevolgen ervan zouden de coalitie blijven achtervolgen in de vorm van een aansprekende alliteratie: bed, bad en brood. Hier ging het in essentie om de vraag of mensen die onrechtmatig in Nederland verblijven tóch bepaalde rechten hebben. Mensenrechten, zeg maar. In de zaak 'Geen kind op straat' bepaalde het Europees Comité voor de Sociale Rechten in 2014 dat ook ongedocumenteerden recht hadden op opvang.²¹ In reactie hierop stelde de regering zowel de toepasselijkheid van het Europees Sociaal Handvest ter discussie als de rechtsmacht van het Comité,²² en het was pas na een resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, kritisch commentaar van de Europese Mensenrechtencommissaris en een brandbrief van drie VN-Rapporteurs dat de regering-Rutte II de kritiek vanuit 'het internationale huis van de rechtsstaat' enigszins serieus nam.²³ Dit leidde tot een vooral symboolpolitiek compromis, waarbij de regering aangaf enerzijds te wachten op een uitspraak van de Raad van State, en anderzijds van plan te zijn een bestuursakkoord met gemeenten te sluiten.²⁴

...LIJDT HET GRAS

Een Afrikaans spreekwoord luidt: waar twee olifanten vechten, lijdt het gras. Als ik het 'gras' in dit geval voor de geest probeer te halen, dan denk ik aan een jonge irreguliere migrant die ik tijdens een Zeeuws seminar ontmoette – hij deed een opleiding tot automon-

19 www.eerstekamer.nl/overig/20130107/advies_vng/document.

20 Dit bij brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 14 mei 2014, TK 33512, 13.

21 ESCR 10 november 2014, klacht 86/2012 (FEANTSA/the Netherlands) en ESCR 10 november 2014, klacht 90/2013 (Conference of European Churches (CEC)/the Netherlands).

22 Het eerste bezwaar is in dezen begrijpelijk, het tweede minder.

23 Zie bijvoorbeeld: Hoge Commissaris voor de Mensenrechten OHCHR, Mandates of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights; Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context; and the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Allegations concerning the failure of the Government of the Netherlands to provide emergency assistance to homeless irregular migrants, JUA NLD 1/2014 12 december 2014; ministerie van Veiligheid en Justitie, resolutie van het Comité van Ministers in ESH-klacht CEC, 22 april 2015, 640647.

24 Idem (brief ministerie van Veiligheid en Justitie). Zie voor een uitgebreidere analyse: Oomen & Baumgärtel 2018, p. 617-619; Zwaan & Minderhoud 2016, p. 163-73.

teur, maar mocht zijn rijbewijs niet halen. Of aan een Irakees die ik samen met mijn studenten sprak in het Middelburgse stadspark waar hij regelmatig sliep – zijn benen vol met bomscherven, maar te bang om naar de dokter te gaan, met een uitzichtloos bestaan waarin hij keer op keer in en weer uit vreemdelingendetentie werd gezet. Ik denk aan de Algerijn die al twintig jaar in onze stad rondzwerft en dolgraag terug zou willen naar zijn land, waar hij – net zoals in Nederland – niet welkom is. Of aan al die vrouwen van wie ik weet dat zij werken achter de sleetse pui van Club Angélique in Vlissingen.

Deze bijdrage zou niet in de geest van Willem zijn zonder de vraag naar de gevolgen van dit bestuurlijk handelen. Deze gevolgen zijn voor gemeenten veel beter zichtbaar dan in Den Haag. Het is dan ook niet verwonderlijk dat juist gemeenten zich heftig verzetten tegen het mistige Haagse compromis. Dit in een beleefde brief met niet mis te verstane termen als ‘weinig effectief’, ‘geen sluitend systeem’ en – over voorgenomen sancties – ‘een zeer onwenselijke en onaanvaardbare inperking van de gemeentelijke autonomie’.²⁵ Maar ook door ‘gemeentelijke ongehoorzaamheid’, in lijn met de Amerikaanse ‘sanctuary cities’, waarbij burgemeesters ervoor kozen om in weerwil van de afspraken mensen toch onderdak te bieden. Dit vaak simpelweg om, zoals burgemeester Aboutaleb aangaf, te voorkomen dat mensen op straat zouden slapen.²⁶

In hoeverre deze ‘gemeentelijke ongehoorzaamheid’ een juridische basis heeft, is betwist. Veel burgemeesters baseren hun handelen op hun verantwoordelijkheid voor openbare orde ex artikel 172 van de Gemeentewet.²⁷ Als patronen van het ‘internationale huis van de rechtsstaat’ gaven drie VN-rapporteurs aan dat de gemeentelijke bevoegdheid hier onbetwist is.²⁸ De Raad van State oordeelde echter anders door vreemdelingenopvang door de gemeente Amsterdam te kwalificeren als ‘buitenwettig begunstigend beleid’, zonder enige internationale of wettige verplichting.²⁹

‘Buitenwettig begunstigend beleid’. Het rolt net zo mooi over de tong als ‘bed, bad en brood’, maar zit als term vol venijn. Onderdak is opeens geen recht meer, zoals vastgelegd in internationale verdragen, maar een aalmoes. Gemeenten helpen niet omdat zij, wanneer de staat in gebreke blijft, dit moeten, maar uit aardigheid. Welke steun wie krijgt, wordt afhankelijk van toevallige lokale politieke coalities, individuele aaibaarheid en willekeur. Dat dit zo uitpakt, blijkt uit gesprekken met ambtenaren, advocaten, lokale politici. Natuurlijk zorgen veel gemeenten ervoor dat mensen niet op straat slapen. Vinden zij een potje, dat zij ver van het publieke oog hiervoor inzetten. Dit bij voorkeur zonder sporen

25 VNG, Brief: opvang uitgeprocedeerde asielzoekers (bed, bad, brood), ECSD/U201500740, 28 april 2015.

26 Rijdsijk 2015.

27 Zie ook: Zwaan & Minderhoud 2016.

28 Zie noot 23.

29 Raad van State 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1783. Het juridisch pijnpunt was hier het meewerkcriterium: de staat wilde onderdak verschaffen in een vrijheidsbeperkende locatie op voorwaarde van medewerking aan uitzetting, terwijl een dergelijk algemeen vereiste botst met Europees en internationaal recht.

op papier, als een soort schaduwbestuur, zodat de migrant vooral geen claim opbouwt. Hiermee blijft de tot illegaal bestempelde ver van het huis van de rechtsstaat.

TOT BESLUIT

Ware ik een woordkunstenaar als Willem, dan wist ik het wel. Dan verzon ik een woord dat met een pennenstreek duidelijk maakte dat geen mens illegaal kan zijn in het huis van de rechtsstaat dat wij zo zorgvuldig opbouwden. Juist nu dat huis wankelt onder het type machtsvertoon dat Willem, Marit en Lidwien zo bruut het leven kostte. Een woord als rechtenmensen, wellicht. Om duidelijk te maken dat mensenrechten onvervreemdbaar zijn. Ook in Nederland. En juist voor hen die het ze het meest nodig hebben. Zoals dat ene baby'tje met de roze speen tegen de gitzwarte achtergrond.

LITERATUUR

H. Arendt, *Totalitarianism. Introduction by Samantha Power*, New York: Harcourt 1951.

Aristoteles, *Retorica*, Groningen: Historische uitgeverij Groningen 2004.

G. Engbersen & J. van der Leun, 'The Social Construction of Illegality and Criminality', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2001, 1.

T. Habinek, *Ancient Rhetoric from Aristotle to Philostratus*, Londen: Pinguin Classics 2017.

A. van Heerikhuizen, *Pioniers van een Verenigd Europa. Bovennationaal denken in het Nederlandse parlement (1946-1951)* (proefschrift Universiteit van Amsterdam), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 1998.

J. van Leun, *Crimmigratie* (oratie), Leiden: Universiteit Leiden 2009.

B. Oomen, *Rights for Others. The Slow Home-Coming of Human Rights in the Netherlands*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

B. Oomen & M. Baumgärtel, 'Frontier Cities. The Rise of Local Authorities as an Opportunity for International Human Rights Law', *European Journal of International Law* 2018, 2.

BARBARA OOMEN

D. Rijdsijk, 'Aboutaleb. In Rotterdam slaapt niemand op straat', *Metro* 21 april 2015.

A. Steketee, *State of Being. Document Nederland*, Amsterdam: Rijksmuseum 2018.

VVD, *Niet doorschuiven maar aanpakken. Verkiezingsprogramma VVD 2012-2017*, Den Haag: VVD.

J. Waldron (red.), *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London: Methuen & Coy 1987.

W. Witteveen, 'De democratische rechtsstaat. Gevestigd verwachtingspatroon en permanente vormgeving', in: W. Witteveen & Bart van Klink, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat* (serie Voorstudies en achtergronden van de WRR, nr. V116), Den Haag: Sdu uitgevers 2002.

W. Witteveen, 'Inhabiting Legality. How the Dutch Keep Reconstructing their Rechtsstaat', in: H.S. Taekema (red.), *Understanding Dutch Law*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

W. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom Juridische Uitgevers 2014.

K. Zwaan & P. Minderhoud, 'Bed-bad-brood. Vrijheidsbeperking niet in strijd met verplichting om opvang te bieden?', *Gemeentestem* 2016, 165.