

DE WERKEN VAN THOMAS SPIJKERBOER

*Pieter Boeles**

1 MET THOMAS IN DE TREIN

In de eerste jaren na de eeuwwisseling reisde ik regelmatig met Thomas in de trein van Amsterdam naar Utrecht en terug. Het ging ons om de redactievergaderingen van het jurisprudentietijdschrift JV. Ik verzamelde toen voor zijn kinderen Judith en Daniël de flippo's uit zakjes chips, dat waren kleurige plastic munten die je kon sparen. Thomas en ik spraken tijdens die treinritten intensief over de stand van het recht. Over hoofdlijnen waren wij het meestal eens, in precisie en diepte nam Thomas doorgaans het voortouw. Judith en Daniël hebben mij – ongetwijfeld op zachte aandrang van hun vader - in een mooie brief heel beleefd bedankt voor de flippo's en ik kreeg elk nieuwjaar van hun ouders een kaartje met hun foto waarop zij steeds weer wat groter bleken te zijn geworden. Op de JV vergaderingen werden alle beschikbare uitspraken van de afgelopen periode één voor één besproken om tot een selectie te komen. Daarna gooide ik de uitspraken weg. Thomas bewaarde ze voor zijn oratie.

Hij was toen nog maar kort hoogleraar en bouwde bij de VU aan de formatie van een samenhangende groep onderzoekers. 'Ik wil Sarah erbij hebben', was een van de eerste dingen die ik hem daarover hoorde zeggen. Sarah van Walsum, toen onderzoekster aan de Erasmus Universiteit, was in staat Thomas intellectueel uit te dagen om zijn manier van kijken te herzien. Sarah en Thomas kenden elkaar sinds 1982 van de Amsterdamse rechtswinkel en later van 'een huiskamergroep van linkse juristen', die de 'Damwoude groep' heette.¹ Hun gezamenlijke opstellenbundel 'Grensoverschrijdingen' (1997) was een vroeg product van een gezamenlijke ontdekkingsreis. In die bundel staat een artikel van Sarah dat Thomas als baanbrekend beschouwde: 'Orientalisme in de rechtszaal': over het gebruik van raciale en

* Pieter Boeles (1942) was journalist van 1969 tot 1975 en advocaat van 1975 tot 2002. Van 1996 tot 2007 was hij hoogleraar immigratierecht in Leiden. Daarna werkte hij tot 2013 in diverse hoedanigheden bij FORUM. Van 2013 tot 2020 was hij gasthoogleraar migratierecht bij het Amsterdam Centre for Migration and Refugee Law bij de VU, waar hij onder meer twee korte documentaires maakte.

1. T.P. Spijkerboer, In memoriam Sarah van Walsum, A&MR 2014 nr 8/9.

koloniale stereotypen door advocaten, waarmee ze wellicht hun zaak winnen maar hun cliënte in een vooroordeel gevangen houden. De inzichten die Thomas daaraan ontleende zijn herkenbaar in zijn dissertatie *'Gender and Refugee Status'* (1999). In zijn voorwoord schrijft hij dat hij wellicht geen academicus zou zijn geworden, laat staan auteur van dit proefschrift, als hij niet in contact was gekomen met deze 'Damwoudegroep' en daarnaast met *'Critical Legal Studies'* een internationale groep wetenschappers die sociale vooroordelen en machtsverhoudingen achter gangbare juridische opvattingen onderzoekt. Dat laatstgenoemde netwerk hield zich bezig met feminisme, rassentheorie, internationaal recht en arbeidsrecht. Minstens drie van die thema's spelen nog steeds een prominente rol in de koers die Thomas sindsdien heeft gezet. En hij houdt zich nog steeds bezig met het zoeken naar de verwarrende verheldering die ontstaat als je bestaande constructen en hun vooronderstellingen probeert te doorzien.

Die gezamenlijke treinreisjes herinner ik me als de periode waarin Thomas en ik elkaar gingen vertrouwen en begrijpen, hoewel we elkaar al veel langer kenden. Toen Thomas in 1986 bij het Advokatenkollektief Zaanstreek begon als asieladvocaat, was ikzelf al enige tijd in Amsterdam als vakgenoot gespecialiseerd in het migratierecht. Hij zou de aandacht trekken met zijn gedurfde procedures voor gevluchte Tamils en later zijn solidariteit met gevluchte Joegoslaven, zijn prikkelende voordrachten en zijn verrassende annotaties. Wij hadden in de jaren negentig beiden meegeschreven aan de boekenserie *Migratierecht*, waarvan het lijvige handboek *Vluchtelingenrecht* (1995) van Thomas en van Ben Vermeulen een belangrijke pijler was. 'Het uitgangspunt van dit werk is de positiefrechtelijke optiek,' schreven zij in hun voorwoord, wat voor meeste andere auteurs op dit gebied doodnormaal was maar voor Thomas geen overbodig voorbehoud. Onze loopbanen bleven elkaar volgen. Nadat ik in Nijmegen mijn proefschrift had voorbereid, kreeg Thomas daar mijn aanstelling als universitair docent. Vier jaar na mijn benoeming als hoogleraar in Leiden werd Thomas hoogleraar in Amsterdam. En na mijn emeritaat in Leiden en mijn werk bij FORUM heb ik vanaf 2013 nog zo'n zeven jaar bij de VU de gastvrijheid van Thomas cs mogen genieten.

2 TIJDVAKKEN

Wij kennen elkaar dus nu bijna veertig jaar. In die episode is veel veranderd aan de receptie van het migratierecht. Bij het schrijven aan dit artikel merk ik dat ik aan die veranderingen niet voorbij kan gaan. Een indeling in decennia levert een tamelijk bruikbaar tijdsperspectief op. Ik begin maar eens met de eerste drie, in oplopende volgorde van uitvoerigheid, waarbij ik de ontwikkeling van Thomas door de tijdgeest heen probeer te weven. Ik laat deze geschiedenis beginnen bij de jaren tachtig, maar ook in de daaraan voorafgaande periode was al het een en ander gebeurd: Bert Swart (1941-2011) en Kees Groenendijk begonnen al in

1975 met de jaarlijkse bundeling van rechtspraak in het vreemdelingenrecht, in een serie die tot 2012 zou blijven uitkomen, en in 1978 promoveerde Bert op het standaardwerk 'De Toelating en Uitzetting van Vreemdelingen'.

1980 – 1990. Het was in mijn beleving een speelse en ontdekkende tijd. Iedereen was links, Thomas nog linkser. Ergens zaten wellicht boze mannen zich al te verbijten over verlies van vertrouwde zekerheden. Maar daar merkte niemand wat van. Onafzienbare menigten protesteerden tegen de voorgenomen plaatsing van kruisraketten. Het was een tijd van procederen als advocaat voor vluchtelingen, spannende kort gedingen die publiciteit konden oogsten ten gunste van de cliënt. Kees Groenendijk werd in Nijmegen hoogleraar (1982), Hanneke Steenbergen werd in Leiden docent vreemdelingenrecht (1985). Mensenrechten kregen relevantie. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens besliste in 1985 voor het eerst dat art. 8 EVRM ook toepasselijk is in geval van immigratiezaken,² wat een grote doorbraak was, met mogelijk vooruitzicht op toekomstige verdere doorbraken, zoals het Berrehab arrest van 1988. Het bleef wel een beetje tobben met dat recht op familieleven, omdat het volgens het Hof geen recht op immigratie behelsde.³ Maar optimisme overheerste bij degenen die migratierecht beoefenden. In 1989 kwam het Soering arrest uit, waardoor art. 3 EVRM relevant werd voor asielprocedures.

1990 – 2000. Opbouw universitaire positie en ontwikkeling kritische beoefening wetenschap. Handboek Vluchtelingenrecht met Ben Vermeulen. Bundel met Sarah. Volwassenwording van het vak. Meer universiteiten begonnen het belang van het vak in te zien. De Europese dimensie van het migratierecht werd steeds belangrijker, niet alleen in Straatsburg maar nu ook in Brussel. De vorming van supranationaal EU-migratierecht realiseerde zich brokje bij beetje.

In de Nederlandse rechtspraak deed zich na 1994 een bijzondere situatie voor, waar ik wat langer bij stil sta. De rechtbanken waren zes jaar lang de enige en hoogste instantie van de vreemdelingenprocedure. Bij gebrek aan een hogere rechter moesten de rechtbanken zelf bepalen wat hun gemeenschappelijke lijn was. Ik vond het een geweldige ervaring. Weliswaar bleek in elke zittingsplaats een eigen besliscultuur te groeien, maar de gezamenlijke rechters namen ten volle hun verantwoordelijkheid voor de vorming van zinvolle jurisprudentie en coördineerden dat in een gemeenschappelijke Rechtseenheidskamer. Het resultaat was niet

2. Abulaziz, Cabales en Balkandali, Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1985 (ArsAequi) 105.

3. 'As a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals to its territory. (...) The duty imposed by article 8 cannot be extending to a general obligation of a Contracting State to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to accept the non-national spouse for settlement in that country.' Het is deze overweging waarop Marie-Bénédicte Dembour later haar pijlen zou richten in haar boek *When Humans become Migrants* (2015), deels voorbereid tijdens een studieverblijf bij de VU.

volmaakt maar wel levendig en interessant. Democratisch, on-hiërarchisch en open vond ik het. Niet iedereen hield ervan. Gek genoeg vonden ook rechtbanken zelf het eigenlijk maar niks. De overheid ervoer de situatie als verlies van greep op het immigratierecht. In 1997 sprak Rob Loeb, staatsraad en auteur van een vroeg handboek over vreemdelingenrecht,⁴ zich in plechtige, enigszins verholde termen uit ten gunste van een corrigerend hoger beroep: 'De corrigerende invloed van de Afdeling is mijns inziens echter met name onontbeerlijk om de bestuursrechter ervan te weerhouden om op de stoel van het openbaar bestuur te gaan zitten en het aldus dat bestuur onmogelijk te maken zijn verantwoordelijkheid te dragen. De jurisprudentie laat vele gevallen zien van gevallen waarin de rechtbank of haar (fungerend) president onvoldoende oog had voor de terughoudendheid waarmee de rechter het bestuurlijk oordeel op bepaalde punten heeft te benaderen.'⁵ Deze opvatting zou binnen afzienbare tijd aan invloed winnen.

Proefschrift in 1999: Thomas liep voorop met het onderwerp gender en zijn deconstructie van vooroordelen in het vluchtelingenrecht. In 2000 werd hij benoemd als hoogleraar aan de VU.

2000-2010. Opbouw van een vitale en productieve sectie migratierecht aan de VU, samen met Sarah, die na haar promotie toetrad als docent en bijdroeg aan het multidisciplinaire karakter van onderzoek. Promotie van Hemme Battjes (2006). De Nederlandse taal maakte in het onderwijs geleidelijk plaats voor Engels. In het EU-recht werd de positie van de migrant en de vluchteling geconsolideerd in minimumregels waar de lidstaten niet onder konden duiken met hun nationale wetgeving. In zoverre werd de rechtspositie van immigranten versterkt en verankerd. Maar er waren ook tegenbewegingen.

In Nederland werd bij het in werking treden van de nieuwe Vreemdelingenwet 2000 de Afdeling Bestuursrechtspraak met het hoger beroep belast. Rob Loeb werd voorzitter van de vreemdelingenkamer. Onder zijn leiding bleek de Afdeling stelselmatig te kiezen voor een kille restrictieve benadering ten nadele van de vreemdeling. Mensenrechten werden zo veel mogelijk buiten toepassing gehouden.⁶ De

4. R.W.L. Loeb, met medewerking van A. Enders Beumer en M. de Miranda, en een inleiding van W. Duk (die de Vreemdelingenwet 1965 had geschreven), *Inleiding Vreemdelingenrecht*, Ars Aequi Libri, 1983.

5. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1997.

6. Het is moeilijk te bewijzen dat dit omzeilen van mensenrechten bewust werd ingevoerd, hoewel het ook onwaarschijnlijk is dat het allemaal per ongeluk gebeurde. Daarvoor was het allemaal te methodisch en te consequent. Een aanwijzing voor een achterliggende opvatting is wellicht te vinden in een aanbeveling in 2013 van een werkgroep van de Teldersstichting waaraan Loeb meeschreef. De werkgroep vond dat de rechterlijke macht 'prudent en terughoudend' moest omgaan met de artikelen 93 en 94 Grondwet. 'Deze artikelen mogen geen aanleiding tot rechterlijk activisme vormen en dienen te worden toegepast met respect voor het evenwicht van machten.'

mensen om wie het ging werden in de uitspraken aangeduid als *'de vreemdeling'* - zonder vermelding van sekse of nationaliteit. De nieuwe en schokkende benadering, die vooral in dit eerste decennium ongenaakbaar leek, stuitte op stevige weerstand bij eerstelijnsrechters, advocaten en wetenschappers. JV stond vol met kritische annotaties van o.a. Ben Olivier, Piet Baudoin, Kees Groenendijk, Thomas en mijzelf. Maar Thomas ging verder dan incidentele commentaren en bouwde aan een fundamentele analyse van alle uitspraken tot dan toe van de Afdeling als appelrechter.

Hij aanvaardde zijn benoeming in 2002 met een oratie, getiteld *'Hoger beroep in Vreemdelingenzaken'*. Zijn standpunt werd misschien het kortste samengevat in de laatste tussenkopjes van de gedrukte, uitvoerige versie: De Afdeling maakt politieke keuzes... die uit balans zijn. De Afdeling verhuult haar keuzes vaak. De Afdeling speelt het spel niet volgens de regels. De oratie sloeg in, maar betrekkelijk gauw verzandde de publieke discussie in het soort spraakverwarring die altijd ontstaat door de ongrijpbaarheid van taal en narratieven. Iedere betrokkene zag wat de Afdeling deed, maar het leek niet te lukken dat in bredere kring overtuigend te bewijzen.

Was het dan helemaal niet mogelijk zinvolle en houdbare kritiek op een rechterlijke uitspraak te formuleren? In 2010 deed Thomas in het Nederlands Juristenblad een oproep tot het bedrijven van een rechtswetenschap die fundamentele vragen durft te stellen, zoals: welke dubbelzinnigheden in het recht stellen juristen in staat om met ambachtelijke redeneringen verschillende uitkomsten te bereiken? Hoe slagen zij erin de dubbelzinnigheden uit te buiten en tegelijkertijd toe te dekken? Hoe en in welke mate is juridische argumentatie open en in welke mate gesloten? Centraal stond voor Thomas de vraag, op welke plekken in juridische argumentatie een keuze wordt gemaakt die niet door de juridische techniek wordt voorgeschreven. Hij liet de kwestie niet los en zou in 2014 opnieuw een uitvoerige studie presenteren, ditmaal met gedetailleerde analyse van een gewogen selectie van alle uitspraken in vreemdelingenzaken sinds 1945.⁷ Daarbij paste hij de vernieuwende wetenschapsbeoefening toe, die hij zelf eerder had bepleit. De door hem ontwikkelde aanpak is nog steeds actueel en verdient navolging. Op een precieze en controleerbare manier ontleedde hij de positiekeuze van rechters in drie archetypen,⁸ waarvan er vooral twee herkenbaar waren: de door hem onderzochte rechtspraak bleek meestal *'middelpunt zoekend'* te zijn, bemiddelend tussen de betrokken belangen. Maar na het aantreden van de afdeling bestuursrechtspraak als appelrechter was sprake van *'activisme'* ten gunste van de overheid en ten nadele van de vreemdeling, tenzij de wet geen andere mogelijkheid bood en het

7. De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht, Sdu, 2014, 436 pagina's.

8. Ontleend aan Duncan Kennedy.