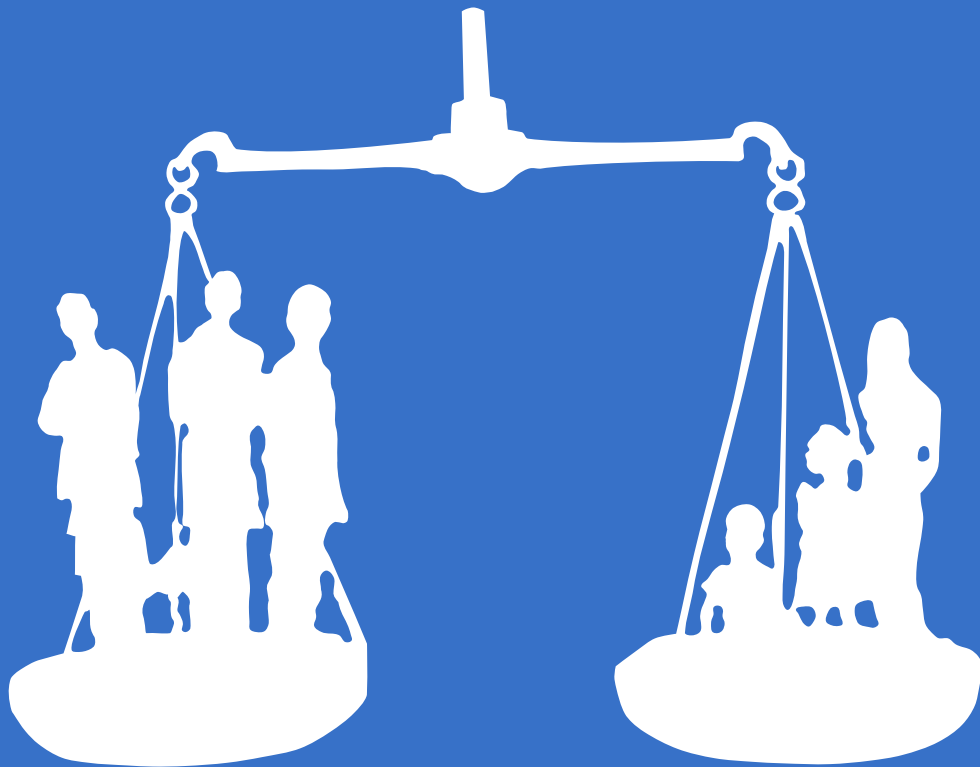


# De Fair Balance Test



## Wie bepaalt de balans?

*De toegenomen aandacht voor de reikwijdte van artikel 8 EVRM  
in het Nederlandse vreemdelingenbeleid tussen 1991 en 2011*

Yasmin Ferreira  
studentnummer: s0967645  
maart 2016

# De Fair Balance test

Wie bepaalt de balans?

Yasmin Ferreira

*If we want to know why a rule of law has taken its particular shape,  
and more or less if we want to know why it exists at all, we go to tradition.<sup>1</sup>*

Eindschripte voor de master *Political Cultures and National Identities*

24 maart 2016

Yasmin Ferreira (geb. 8 november 1978)

Studentnummer: S0967645

Scriptiebegeleider: Prof. dr. M.L.J.C. Schrover

Tweede lezer: Dr. I.A. Glynn

---

<sup>1</sup> Holmes, O.W., *The Path of the Law and The Common Law* (New York 1897) 17.

# Inhoudsopgave

---

<b>Inleiding</b>	6.
1.1 Theoretisch kader	7.
1.2 Historiografie	14.
1.3 Materiaal en methode	18.
1.4 Structuur	19.
<b>Hoofdstuk 2.</b>	
<b>Korte migratiegeschiedenis van Nederland vanaf 1960</b>	20.
2.1 Arbeidsmigratie	21.
2.2 Gezinsmigratie	22.
2.3 Gezinsmigratiebeleid van 1990 tot 2012	24.
2.4 Vrouwen in het Nederlandse migratiebeleid	27.
2.5 De implementatie van Europese richtlijnen in het Nederlandse vreemdelingenbeleid	28.
Conclusie	29.
<b>Hoofdstuk 3.</b>	
<b>De verplichting tot naleving van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens</b>	31.
3.1 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens	31.
3.2 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens	32.
Conclusie	35.
<b>Hoofdstuk 4.</b>	
<b>De toets aan artikel 8 EVRM</b>	36.
4.1 De verplichting tot toetsing	36.
4.1a De <i>fair balance test</i> in schematisch overzicht	38.
4.2 De jurisprudentie van het Hof bepaalt de kaders	39.
4.3 De positieve (en inherente negatieve) verplichting	41.
4.4 De rechten van het kind	42.
4.5 Het begrip gezinsband	43.

4.6	Het begrip gezinsleven	45.
4.7	Het recht op uitoefening van het gezinsleven	45.
4.8	<i>'More than normal emotional ties'</i>	46.
4.9	Het recht op uitoefening van het privéleven	47.
4.9.1	Tweedegeneratie vreemdelingen en hun sociale integratie	47.
4.9.2	<i>Ne bis in idem</i> - de controverse	49.
4.10	Verbod op inmenging in het privé- of gezinsleven, tenzij:	49.
4.10.1	... voorgeschreven 'bij wettelijke bepaling';	49.
4.10.2	... er een klemmende maatschappelijke noodzaak bestaat;	50.
4.10.3	... voor de staatsveiligheid of openbare orde;	50.
4.10.4	... voor het economisch welzijn van de samenleving;	51.
4.10.5	... voor het terugdringen van criminaliteit	51.
4.11	Verplichte toetsing aan Boultif-Uner criteria bij uitzetting	51.
4.12	De objectieve belemmering	53.
4.12.1	De subjectieve belemmering ( <i>a certain degree of hardship</i> )	54.
4.13	De <i>margin of appreciation</i>	54.
	Conclusie	55.

## Hoofdstuk 5.

	<b>Waar ligt het redelijk evenwicht?</b>	56.
5.1	De rechten van het kind als eerste overweging	56.
5.1.1	De rechten van het kind bij onrechtmatig verblijf van een ouder	58.
5.2	De gezinsband	62.
5.3	De eerbiediging van het recht op uitoefening gezinsleven	63.
5.4	<i>More than normal emotional ties</i> met volwassen kinderen	67.
5.4.1	<i>More than normal emotional ties</i> verruiming van het begrip kerngezin	67.
5.5	De eerbiediging van het recht op uitoefening van het privéleven	69.
5.6	Proportionaliteitsafweging bij uitzetting ongewenst verklaarden	70.
5.6.1	... ingevolge de wet	71.
5.6.2	... ne bis in idem ( <i>la double peine</i> )	74.
5.6.3	... de Boultif-Uner criteria	77.
5.7	De objectieve belemmering kan een subjectieve grondslag hebben	78.

5.8	Ongelijke behandeling artikel 14 in combinatie met artikel 8	79.
5.9	<i>De margin of appreciation</i>	80.
	Conclusie	83.
	<b>Conclusie</b>	84.
	<b>Bibliografie</b>	88.
	Literatuur	88.
	Jurisprudentie	91.
	Websites	92.
	<b>Appendices</b>	
	Tabel 1 Samenvatting van 21 geselecteerde zaken	94.
	Tabel 2 Uitkomsten casusanalyse van 21 arresten van het Hof tussen 1991 en 2011	98.

# Inleiding

---

## *Artikel 8 EVRM*

- 1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
- 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.<sup>2</sup>*

Dit artikel, dat deel uitmaakt van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), moet aan burgers in Europa de eerbiediging van het recht op uitoefening van het privé- en gezinsleven garanderen. Aan het recht op uitoefening van het privé- en gezinsleven worden echter beperkingen gesteld. Het bestuursrecht kent een aantal toepassingsterreinen waarop inmenging in het recht op uitoefening van het privé- of gezinsleven soms onvermijdelijk is, zoals ook het vreemdelingenrecht.<sup>3</sup> Lid 2 van het artikel voorziet in een aantal beperkende voorwaarden voor lidstaten aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of overheidsinmenging in een situatie is toegestaan. De reikwijdte van deze beperkende voorwaarden is niet helder afgebakend, wat een toename in de hand werkt van het aantal ontvankelijk verklaarde klachten tegen lidstaten. Burgers die menen dat de lidstaat hun rechten heeft geschonden, kunnen hun beklag doen bij het Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, hierna het Hof). Ook vreemdelingen hebben die mogelijkheid. Hun gang naar het Hof levert lidstaten geregeld een schending op en leidt in sommige gevallen zelfs tot wijzigingen in het nationale vreemdelingenbeleid. Dit laatste gebeurt wanneer de integrale omstandigheden in een casus het Hof nopen tot het formuleren van een nieuwe interpretatie van een toetsvoorwaarde die beter aansluit bij de doelstelling van het verdragsartikel. Sinds de uitbreiding van de reikwijdte van artikel 8 EVRM naar in Europa verblijvende vreemdelingen na 1985 heeft het Hof gaandeweg meer zeggenschap gekregen over het

---

<sup>2</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_NLD.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_NLD.pdf), verkregen op 19 januari 2015.

<sup>3</sup> T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht* (Den Haag 2004) 65-69.

nationale gezag van lidstaten, in die zin, dat het bindende karakter van uitspraken van het Hof de bandbreedte ondermijnt van het soevereine recht van een staat om vreemdelingen toe te laten of uit te zetten. Daarbij wordt het belang van toetsing de laatste decennia steeds dwingender onder de aandacht van lidstaten gebracht. Om de gestage toename van klachten bij het Hof te kunnen verklaren is het zinvol om de factoren te achterhalen die deze klachten veroorzaken. Uitgangspunt daarbij is de vraag in hoeverre de toets aan artikel 8 EVRM, ook wel de *fair balance test* genoemd (hierna de toets) en de daarmee samenhangende uitspraken van het Hof binnen de wetgeving van Europese lidstaten invloed uitoefenen op de beleidskaders voor gezinsmigratie. Alle lidstaten moeten zich conformeren aan het EVRM, waar het Hof op toetst. Ik beperk mij daarom tot het onderzoeken van uitspraken in Europese vreemdelingenzaken, die (ook) in Nederland tot beleidsherzieningen hebben geleid. Mijn onderzoeksvraag luidt: *waardoor verschoof na 1990 de focus van het Nederlandse gezinsmigratiebeleid naar de reikwijdte van artikel 8 EVRM?*

### 1.1 Theoretisch kader

Onder westerse wetenschappers is sinds 1994 het debat gaande over de doelen die de overheden van de geïndustrialiseerde landen in Europa met hun restrictieve migratiebeleid nastreven en de discrepanties die dit beleid in de dagelijkse praktijk te zien geeft. Migratierecht deskundige Wayne Cornelius beschrijft dit proces als de *gap-hypothesis* (ook wel *gap-theory*). Hij plaatst hierbij overigens wel de kanttekening dat maar weinig landen een 'perfect' migratiebeleid voeren. Ten aanzien van het gevoerde vreemdelingenbeleid in westerse staten wijst Cornelius twee kloven aan die afbreuk doen aan het beleidsdoel: enerzijds is daar de kloof die ontstaat wanneer een beleid inadequaet door lidstaten wordt toegepast; anderzijds zullen onbedoelde neveneffecten van een op een bepaalde categorie afgestemd beleid het doel voorbij schieten, waardoor de kloof ontstaat. Ter illustratie verwijst hij naar het in de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw in Duitsland en de Verenigde Staten gevoerde gastarbeiderbeleid, wat uiteraard ook voor Nederland geldt. Daarin was geen rekening gehouden met de mogelijkheid van permanente vestiging van gastarbeiders en als gevolg daarvan de overkomst van achtergebleven gezinnen.<sup>4</sup> Er worden meerdere oorzaken aangewezen die de discrepanties tussen doelstelling en resultaat moeten verklaren. Volgens

---

<sup>4</sup> W.A. Cornelius en T. Tsuda (eds.), *Controlling Immigration, A global perspective* (Stanford 2004) 3-6.

wetenschappelijke consensus moet daarvoor als grootste oorzaak de rechtspraak worden gezien. Zo is er recentelijk nog een onderzoek van rechtswetenschapper Marie de Somer en politicoloog Maarten Vink gepubliceerd over de invloed van jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie (EHJ) op het nationale gezinsherenigingsbeleid.<sup>5</sup>

Vanaf het begin van het debat zijn wetenschappers het er over eens dat de nationale en supranationale rechtsprekende instanties invloed uitoefenen op de autonome beleidsruimte van staten.<sup>6</sup> Jurisprudentie van het EHJ moet consistent en uniform door de verticale juridische rangorde van lidstaten worden toegepast. Het verloop van EHJ uitspraken is bovendien progressief, omdat bij iedere nieuwe casus door diezelfde lagen heen nieuwe elementen aan de vaste jurisprudentie worden toegevoegd waarmee de oorspronkelijke uitspraak handen en voeten krijgt ten behoeve van de uitvoeringspraktijk. Het gaat hierbij dus vooral om de kracht van het precedent, dat bij eindeloze herhaling zijn stempel drukt op overwegingen die voor een goede rechtspraak als fundamenteel worden gezien. Door in nieuwe cases selectief naar vaste jurisprudentie te verwijzen geeft het EHJ zichzelf beoordelingsbevoegdheid voor het bepalen van de koers van nieuwe jurisprudentie. Daarnaast heeft het EHJ er baat bij om zijn overwegingen op voorgaande jurisprudentie te baseren, omdat de daaruit voortvloeiende nieuwe uitspraken als rechtsbron in de nationale rechtspraak van lidstaten wordt overgenomen, waarmee de gewenste harmonisatie van Europese wet- en regelgeving wordt bereikt.<sup>7</sup>

Er worden daarnaast ook andere verklaringen aangedragen. Historica en politicologe Saskia Bonjour concludeert dat Cornelius in de nieuwste uitgave van zijn boek *Controlling Immigration, A global perspective* uit 2004 weliswaar achter de opvatting blijft staan dat de rechtspraak voor een groot deel verantwoordelijk is voor de *gap*, maar stelt hij daarbij dat de rol die rechtbanken daarin hebben slechts bedoeld is om advocaten en belangengroepen een juridisch platform te bieden tegen een te rigide toegepast vreemdelingenbeleid door lidstaten. Bonjour sluit met haar onderzoek *Grens en gezin, Beleidsvorming inzake gezinsmigratie in Nederland, 1955-2005*, op deze theorie aan voor wat betreft de mate waarin in Nederland ambtenaren, kabinet en parlement hun stempel drukten op het vreemdelingenbeleid. Zij stelde zichzelf de vraag waarom

---

<sup>5</sup> M. de Somer en M. Vink, 'Precedent' and fundamental rights in the CJEU's case law on family reunification immigration', in: Ch. Neuhold en S. Vanhooacker (eds.) *Dynamics of institutional cooperation in the European Union: Dimensions and effects*, 1,19 <http://eiop.or.at/eiop/texte/2015-006a.htm>,1-33.

<sup>6</sup> Cornelius en Tsuda (eds.), *Controlling Immigration*, 3-6.

<sup>7</sup> De Somer en Vink, 'Precedent' and fundamental rights in the CJEU's case law, 1-33.

Nederland, een land dat zich nooit als immigratieland zag, op een dermate grote schaal gezinsmigratie heeft toegestaan, dat daarmee het aanzien van het land veranderde. Zij concludeert dat staten het recht hebben om regels op te stellen omtrent toelating of uitzetting van vreemdelingen, zolang de politieke wil er maar is. Mede daarop baseert zij haar conclusie dat de politiek de regels bepaalt en niet de ambtenaar.<sup>8</sup>

Tycho Walaardt levert met zijn onderzoek *Geruisloos inwilligen: argumentatie en speelruimte in de Nederlandse asielprocedure, 1945-1994*, eveneens een bijdrage aan de *gap*-theorie door naast de invloed van de rechtspraak te verwijzen naar conflicterende belangen van ministeries, voortslepende juridische procedures, Europese richtlijnen en internationale verdragen waaraan beleidsambtenaren zich moeten conformeren.<sup>9</sup> Volgens Walaardt was in de door hem onderzochte periode het Nederlandse asielbeleid ruimhartig, ondanks de doelstelling van een meer restrictief beleid. Verblijfaanvragen werden uit oogpunt van het waarborgen van de effectiviteit van het restrictieve asielbeleid 'geruisloos' op andere beleidsgronden ingewilligd. De beleidskloof maakte deze speelruimte mogelijk voor uitvoeringsambtenaren.<sup>10</sup>

Voor het formuleren van een antwoord op mijn onderzoeksvraag sluit ik aan bij de door Cornelius beschreven tweede *gap* variant: de kloof die ontstaat wanneer beleidsbepalingen inadequaat worden geïmplementeerd of uitgevoerd. Met mijn bijdrage aan de '*gap*'-theorie wil ik aantonen dat de progressie in het Nederlandse vreemdelingenbeleid wordt aangestuurd door de jurisprudentie van het Hof, wat de toegenomen aandacht voor de reikwijdte van artikel 8 EVRM in het Nederlandse vreemdelingenbeleid kan verklaren. Het Hof ziet op de naleving door lidstaten van het garanderen van het recht op uitoefening van het privé- en gezinsleven van het individu. Daarbij is een teleologische benadering van internationale verdragen essentieel. Het Hof heeft een verplichting om iedere uitspraak te verantwoorden, zodat inzichtelijk wordt hoe aan de fundamentele rechten van het individu tegemoet is gekomen. Het Hof toetst dus niet alleen of een beslissing van een nationale overheid verenigbaar is met artikel 8 EVRM, maar ook of er overeenstemming is met de bepalingen van andere overkoepelende verdragen die in het kader van het beschermen van mensenrechten van belang zijn. Rechtswetenschapper David Thym is van oordeel dat het Hof met het

---

<sup>8</sup> S. Bonjour, *Grens en Gezin, beleidsvorming inzake gezinsmigratie in Nederland, 1955-2005 (Amsterdam 2009)* 287,315.

<sup>9</sup> T. Walaardt, *Geruisloos inwilligen: argumentatie en speelruimte in de Nederlandse asielprocedure, 1945-1994* (Hilversum 2012).

<sup>10</sup> *Ibidem*, 311.

aannemen van een schending feitelijk aan de lidstaat een verplichting oplegt om in de integrale belangenafweging de belangen van individuele vreemdelingen zwaarder te laten wegen dan het collectieve belang.<sup>11</sup> Ik wil daarentegen aantonen dat met een te rigide implementatie van de vaste jurisprudentie van het Hof in het nationale vreemdelingenbeleid voorbij wordt gegaan aan het complexe karakter van de beperkende voorwaarden die overheidsinmenging mogelijk moeten maken, waardoor het risico van nieuwe schendingen wordt vergroot. Het behoort tot de taak van het Hof om bij klachten te beoordelen of bij de afweging van de belangen van het individu ten opzichte van de bescherming van het collectieve belang recht is gedaan aan de bepalingen van artikel 8 EVRM. Met het bij herhaling (opnieuw) interpreteren van verdragsvoorwaarden zal de *de facto* zeggenschap van het Hof over de nationale wetgeving in lidstaten van de Europese Unie toenemen.

Omdat de behandeling van verblijfaanvragen of (dreigende) uitzetting van vreemdelingen vrijwel altijd gepaard gaat met overheidsinmenging in het familie- of privéleven is de toets aan artikel 8 EVRM (*fair balance test*) een onmisbaar instrument voor het slaan van het redelijk evenwicht in de belangenafweging van iedere afzonderlijke zaak. Uit de toets zal immers moeten blijken of er daadwerkelijk sprake is van inmenging en zo ja, of deze inmenging in het onderhavige geval tot een schending leidt. Een redelijk evenwicht geldt als het overtuigende bewijs dat aan het garanderen van het recht op bescherming van uitoefening privé- en gezinsleven (*mutatis mutandis*) tegemoet is gekomen. Het Hof legt aan lidstaten dan ook de verplichting op om iedere verblijfaanvraag of uitzetting conform de bepalingen van artikel 8 EVRM te toetsen.<sup>12</sup>

Klachten tegen een lidstaat worden door het Hof uitsluitend procesmatig beoordeeld, waarbij de conformering van lidstaten aan de voorgeschreven toetsvoorwaarden aan een kritische beschouwing wordt onderworpen.<sup>13</sup> Hiermee verwerft de toets aan artikel 8 een primaire rol in het Europese vreemdelingenbeleid. Het verplicht opleggen van toetsing werkt een verbreding van de kloof in de hand.

Ik onderscheid op basis van de literatuur vier factoren die de kloof tussen beleidsdoel en uitvoeringspraktijk veroorzaken. Ten eerste is er de opeenvolging van nieuwe Europese verdragen: in 1992 maakte het Verdrag van Maastricht vrij verkeer

---

<sup>11</sup> D. Thym, 'Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay?' *International and Comparative Law Quarterly* 57(2008) 87-112.

<sup>12</sup> [www.echr.coe.int/documents/facts\\_figures\\_2013\\_eng.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/facts_figures_2013_eng.pdf), verkregen op 20 januari 2015.

<sup>13</sup> Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, 65-69.

van personen binnen de Europese Unie mogelijk; in 1997 werd met het Verdrag van Amsterdam de deur geopend naar een gezamenlijk Europees integratiebeleid. In 2000 kregen met het Europees handvest van de grondrechten ook *burgers* een instrument in handen om rechtstreeks bij het Hof hun beklag te doen. Tenslotte kwam met de ondertekening van het Verdrag van Lissabon in 2009 de oude pijlerstructuur van de Europese Commissie te vervallen en kreeg het EVRM een bindend karakter voor de lidstaten van de EU. Daarnaast wordt uit de omvangrijke jurisprudentie van het Hof lering getrokken die als hoeksteen dient voor het op- en bijstellen van Europese richtlijnen. Communautaire aanbevelingen dienen vervolgens door de lidstaten in nationale wetgeving te worden omgezet, maar lidstaten hebben autonome beleidsruimte bij de wijze van invoering. Het supranationale karakter van de Europese rechtsorde zorgt echter voor een spanningsveld tussen lidstaten van de EU en het Hof over hun autoriteit. Deze factor hangt nauw samen met de politieke sfeer en kleur van de regering van het moment: de lidstaat zal binnen de Europese richtlijnen de grenzen opzoeken.<sup>14</sup> Saskia Bonjour en politicoloog Maarten Vink haken met hun onderzoek *When Europeanization backfires: The normalization of European migration politics* in op de actieve rol van Nederland bij de totstandkoming van de Europese Gezinsherenigingsrichtlijn van 2003. Zij concluderen dat de Nederlandse overheid zich met haar lobby voor de verwezenlijking van die richtlijn retrospectief in de vingers heeft gesneden nu de staatssecretaris geregeld door het Hof wordt teruggefloten omdat het Nederlandse vreemdelingenbeleid te restrictief zou zijn. Bovendien namen latere kabinetten een andere positie in dan destijds door de lobbyisten was voorzien.<sup>15</sup> De implementatie van deze richtlijn ging in de uitvoeringspraktijk gepaard met een uitbreiding van toetsing. Dit kan een verklaring zijn voor de verschuiving van focus naar de reikwijdte van artikel 8 EVRM, om discrepanties tussen wetgeving en praktijk in het Nederlandse vreemdelingenbeleid te voorkomen.

Ten tweede zijn wereldgebeurtenissen van invloed op het gevoerde Europese migratiebeleid. De aanslagen van 11 september 2001 hebben in Europa de angst voor Islamisering aangewakkerd. Een ander fenomeen is de vermeende overlast van Oost-Europese werkzoekenden in West-Europa als gevolg van de toetreding vanaf 2004 van

---

<sup>14</sup> M. Renemann, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht' 5&6 *Asiel & Migrantenrecht* (2010) 233-244, aldaar 233.

<sup>15</sup> S. Bonjour en M. Vink, 'When Europeanization backfires: The normalization of European migration politics' *Acta Politica* 48 (2013) 389-407, aldaar 396.

een aantal ex-Oostblokstaten tot de Europese Unie. Dit feit en de opheffing van het bordeelverbod in Nederland in 2000 droegen eveneens bij aan een gestage toename van vrouwelijke migranten uit Oost Europa. Door prostitutie met criminaliteit te associëren maken politici van deze stedelijke overlast gebruik om een strenger migratiebeleid te kunnen verantwoorden.<sup>16</sup> Deze ontwikkelingen hebben hun sporen nagelaten in het nieuwe EU migratiebeleid. Zo blijkt uit het rapport 2014/2015 van Amnesty International dat als gevolg van de aanhoudende economische crisis het populisme in Europa weer aan terrein wint. Dit uit zich in een verdere afbrokkeling van de robuustheid van internationale rechtsbeginselen, nu regeringspartijen in sommige lidstaten niet langer bereid zijn om in hun nationale vreemdelingenwetgeving voorschriften op te nemen die de fundamentele rechten en vrijheden van vreemdelingen moeten waarborgen.<sup>17</sup> Het politieke klimaat in Europa is dus een factor van belang om de kloof tussen wetgeving en uitvoeringspraktijk te verklaren.

Ten derde hebben claimmakers en media elkaar gevonden waar het gaat om de aandacht van het publiek. Zij gebruiken 'personificatie en sensationisering' door een individueel geval uit te lichten met de bedoeling empathie van het publiek op te roepen. Het 'verhaal' wordt vervolgens compleet met schokkende beelden naar buiten geprojecteerd, waarbij de focus naar het achterliggende probleem wordt gestuurd.<sup>18</sup> Claimmakers maken gebruik van de media als instrument voor het verspreiden van hun boodschap, terwijl de pers voor de informatievoorziening afhankelijk is van claimmakers. Het is dus denkbaar dat er in de periode die ik onderzoek sprake is van een toename van de druk die claimmakers en media uitoefenen op beleidsmakers. Of zij daarmee hun stempel drukken op het gezinsmigratiebeleid, dan wel in hoeverre deze factor de aandacht voor artikel 8 EVRM beïnvloedt, is een studie op zich. In dit onderzoek ga ik daar verder niet op in, omdat het door mij onderzochte materiaal zich niet voor dergelijk onderzoek leent.

Als vierde en mijns inziens belangrijkste factor speelt de padafhankelijkheid een substantiële rol bij de beoordeling van klachten door het Hof. Rechtswetenschapper Oona Hathaway constateert dat we nog maar verbazend weinig weten over de

---

<sup>16</sup> J. van der Leun, e.a. 'Illegale migratie vanuit een genderperspectief', in: L. van Hoogenhuijze en J. Lukkezen (eds.), *Kritiek 2009: Jaarboek Voor Socialistische Discussie en Analyse* (Amsterdam 2009) 17-18.

<sup>17</sup> Amnesty International Report 2014/15, <https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/report-europe-and-central-asia/op> 3 augustus 2015.

<sup>18</sup> M. Schrover, 'Om de meisjes, voor de meisjes, een historisch perspectief op problematisering en bagatellisering van onderwerpen die te maken hebben met migratie en integratie' (Oratie Leiden 23 mei 2011) 5.

historische fundamenten waarop de Westerse wetgeving zich heeft ontwikkeld, ondanks de heersende opvatting dat tradities en geschiedenis de evolutie daarin gaande houden.<sup>19</sup> Enerzijds vormt de geschiedenis de basis voor de *travaux préparatoires* die de fundamenten voor de verdragsbepalingen onderbouwen en anderzijds draagt de vaste jurisprudentie van het Hof bij aan de doorontwikkeling van mensenrechten in de nationale wetgeving van lidstaten.<sup>20</sup> Hierop is de doctrine van hiërarchische precedentes van toepassing, wat inhoudt dat uitspraken van internationale gerechtshoven de jurisprudentie van nationale rechtspraak ongeldig maken. Wanneer vaste jurisprudentie van het Hof echter (te) strikt wordt opgevolgd (zie daarvoor het beginsel van *stare decisis et non quieta movere*) zal dit in de uitvoeringspraktijk tot nieuwe schendingen van artikel 8 EVRM leiden.<sup>21</sup> Immers, de eisen die de tijd waarin wij leven aan ons stelt bepalen de doelgerichtheid van een belangenafweging. Het Hof spreekt dan ook van een *dynamische* en *evolutieve* interpretatie van het Verdrag en hanteert in dat kader de woordkeuze *living instrument* om het belang van een goed begrip van de werking van het EVRM in de uitvoeringspraktijk te benadrukken. Zoals hierboven vermeld sluit ik daarop aan. Rechtswetenschappers Hes en Van Vleuten hebben zich de laatste decennia verdiept in een discoursanalyse over inhoud en reikwijdte van verdragsrechtelijk opgelegde verplichtingen aan nationale overheden. Zij zien de dynamiek als het resultaat van de onderlinge verwevenheid van internationale verdragen, omdat dit verschijnsel het toezicht op naleving van verdragsverplichtingen complex maakt. Daarbij liggen de positieve en negatieve verplichtingen van een staat in elkaars verlengde: zij vullen elkaar aan waar het gaat om het waarborgen van de grondrechten van het individu. Zo kan de positieve verplichting (om 'al het mogelijke te doen') ook een *negatieve* verplichting opleggen. Dit proces, dat in het vreemdelingenbeleid wordt aangeduid met 'de toets' (aan artikel 8) en op internationaal niveau bekend staat als de *fair balance test*, is bepalend voor de doorontwikkeling van het vreemdelingenbeleid van lidstaten.<sup>22</sup> Communautaire richtlijnen verplichten

---

<sup>19</sup> O. A. Hathaway, 'Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System', *Economics, and Public Policy Working Papers* (New Haven 2003) 103.

<sup>20</sup> De *Travaux Préparatoires* zijn officiële documenten waarin de overleggen, opzetten en discussies die tijdens het proces van het opstellen van een verdrag zijn gemaakt zijn opgenomen. Om een verdrag te kunnen interpreteren kan het van belang zijn deze documenten te raadplegen. <http://library.law.yale.edu/collected-travaux-preparatoires>, verkregen op 15 augustus 2015.

<sup>21</sup> J.W. Mead, 'Stare decisis in the inferior courts of the united states', *Nevada Law Journal* 12 (2012) 788-829, aldaar 789.

<sup>22</sup> J.C. Hes en C.E. van Vleuten, 'Het Vrouwenverdrag in de Nederlandse rechtsorde', <http://home.wxs.nl/~evenwild/wsts210/dce/algemeen/thema/vvnr/732.htm> verkregen op 5 augustus 2015.

lidstaten zich te conformeren aan internationale wetgeving en het Hof legt verbindende voorwaarden op die de rechten van het individu moeten waarborgen. Dit proces leidt tot uitholling van het autonome gezag van lidstaten. Wanneer een lidstaat geen gehoor geeft aan de invoering van protocollen of nieuwe jurisprudentie niet op zijn specifieke merites toepast, zullen claimmakers de weg naar het Hof zoeken en zal het aantal schendingen van artikel 8 EVRM blijven toenemen. Het bovenstaande kan een verklaring zijn voor het gegeven dat de focus van het Nederlandse gezinsmigratiebeleid zich na 1990 verplaatste naar de reikwijdte van artikel 8 EVRM.

## 1.2 Historiografie

Zowel op het gebied van asielmigratie als gezinsmigratie is al veel onderzoek gedaan. Historicus Tycho Walaardt heeft zich verdiept in de vraag hoe Nederlandse immigratieambtenaren tussen 1945 en 1994 aan de hand van wetgeving en beleid bepaalden wie er voor asiel in aanmerking kwam en wie niet. Daarbij speelden gezinssamenstelling en geslacht een rol. Of een asielzoeker de status van vluchteling kreeg hing vooral af van de beeldvorming die door pleitbezorgers werd aangestuurd. In de jaren zeventig en in de periode daarvoor waren vluchtelingen nog welkom en hadden ze volgens de Nederlandse samenleving recht op bescherming tegen onderdrukking in eigen land. Afgewezen asielzoekers die in Nederland bleven doorprocederen kregen uiteindelijk toch een verblijfsvergunning. Ook Walaardt concludeert dat 'men' - waaronder ook claimmakers en ministeries - in die tijd het besluitvormingsproces van de IND kon beïnvloeden. Zo zouden IND-beslismedewerkers onder andere gebruik maken van landenrapportages van vluchtelingenorganisaties als *Human Rights Watch*, *Amnesty* en de *Nederlandse Federatie voor Vluchtelingenhulp*. Ook asielzoekers richtten - al dan niet aangestuurd door *Vluchtelingenwerk* - eigen actiegroepen op. Walaardt trof in de door hem onderzochte dossiers brieven aan van claimmakers gericht aan politici die tot Kamervragen en soms tot wetswijzigingen hebben geleid.<sup>23</sup>

Na de economische crises van begin jaren tachtig sloeg het romantische beeld van de vluchteling om; zo werden na 1983 de uit Sri Lanka afkomstige Tamil-vluchtelingen gezien als 'last' en 'uitvreter'. Sindsdien worden asielzoekers in geïsoleerde centra opgevangen, waar zij wachten op terugkeer of toelating.

---

<sup>23</sup> Walaardt, *Geruisloos inwilligen*.

Saskia Bonjour bestudeerde het debat vanuit het beleidsperspectief. Zij beschrijft hoe Nederlandse politici en ambtenaren de afgelopen vijftig jaar collectieve en individuele belangen tegen elkaar afwogen waarbij ook de sociale, economische, politieke en demografische aspecten in kaart werden gebracht. Volgens Bonjour is er weinig empirisch onderzoek gedaan naar de mate waarin in Nederland ambtenaren, kabinet en parlement hun stempel drukten op het beleid. Zij onderwierp de Nederlandse wet- en regelgeving en jurisprudentie aan een politiekhistorische analyse om erachter te komen wie er in migratiezaken de beslissende stem had. Haar conclusie dat het de politiek is die de regels bepaalt en niet de ambtenaar, zoals door politicologen en bestuurskundigen wel wordt beweerd, staat haaks op die van Walaardt, maar is voor de mate waarin de uitvoering van het Nederlandse vreemdelingenbeleid door factoren buiten de wetgeving wordt beïnvloed toch relevant voor dit onderzoek. Zoals eerder opgemerkt hebben Vink en Bonjour de Europeanisering van het migratiebeleid onder de loep genomen. Beiden stellen vast dat er onder wetenschappers nauwelijks aandacht is voor het horizontale proces binnen de Europeanisering. Hun aandacht richt zich voornamelijk op de verticale processen, waarop onder meer journalisten en wetenschappers invloed kunnen uitoefenen.<sup>24</sup>

De hierboven genoemde onderzoeken spitsen zich toe op het Nederlandse vreemdelingenbeleid en de politiek. Daarnaast is er onderzoek gedaan naar het gezinsmigratiebeleid en specifiek naar de rol die artikel 8 EVRM daarin inneemt. Historica Marlou Schrover geeft aan hoe het concept 'familie' in het Nederlandse vreemdelingenbeleid wordt gedeut. In de door haar beschreven periode komt het beeld van vrouwen als slachtoffer naar voren. Dit beeld werkte niet altijd in hun voordeel. Zaken waarin een vrouw na een negatieve beslissing in beroep toch een verblijfsvergunning kreeg waren veelal het gevolg van het remediëren van een schending van artikel 8 EVRM. Hun situatie gaf dan recht op verblijf op een andere grond, bijvoorbeeld bij uitzetting van wezen en moeders, of van kinderen die van elkaar werden gescheiden. Toetsing aan het vreemdelingenrecht werd in die zaken van ondergeschikt belang geacht.<sup>25</sup>

Rechtssociologe Sarah van Walsum heeft zich beziggehouden met de dominante westerse invloed van traditionele huwelijks- en gezinsnormen op het

---

<sup>24</sup> Bonjour, *Grens en Gezin*.

<sup>25</sup> M. Schrover, 'Family in Dutch Migration policy 1945-2005', *History of the Family* 14 (2009) 191-202.

gezinsmigratiebeleid alsmede de politiek-maatschappelijke context waarin dit beleid zich heeft ontwikkeld. Zij concludeert dat er in het Nederlandse vreemdelingenbeleid rolbevestigende opvattingen heersen, terwijl het gezinsleven juist liberaler is geworden. Het Europees Hof van Justitie (EHJ) bestrijdt dat, maar het is de vraag of men dat met de juiste bedoelingen doet. Het EHJ voert met de EU-lidstaten zijn eigen strijd over gezinsleven, arbeidsverhoudingen en sociaal beleid. Rechtswetenschapper Tessel de Lange onderschrijft Van Walsums conclusie van het rolbevestigende beeld in het Nederlandse vreemdelingenbeleid.<sup>26</sup>

In 2000 werd kort na het verschijnen van Van Walsums artikel *'Veranderende opvattingen over gezin, burgerschap en huwelijksmigratie: het kan verkeren'* nieuwe consensus bereikt over gezinsnormen. De emancipatie die aan het begin van de jaren negentig - veelal door tussenkomst van het Hof - in het Nederlandse familierecht tot stand kwam werd ook toegepast in het vreemdelingenrecht. Daarmee kwam de focus van het gezinsmigratiebeleid op sociale cohesie en integratie te liggen. De gedateerde concepten 'integratie met behoud van de eigen cultuur' en 'multiculturele samenleving' uit de jaren tachtig moesten plaats maken voor de nieuwe doelstelling van 'integratie zonder onderscheid'.<sup>27</sup>

Van Walsum et al constateerde voorts dat het koloniale verleden en dan in het bijzonder de manier waarop de contacten met de inheemse bevolking verliepen zijn sporen heeft nagelaten in het huidige vreemdelingenbeleid. Zij is van mening dat kennis van de koloniale geschiedenis essentieel is, wil men de Nederlandse migratiepolitiek kunnen begrijpen. In de eerste drie decennia na de Tweede Wereldoorlog raakten de toen actuele thema's als racisme, het voortbestaan van de koloniën en de vrije seksuele moraal met elkaar verweven en ontstond er een dynamische interactie tussen familie- en vreemdelingenrecht, waarmee bij het bepalen van het recht op toelating meer juridisch en cultureel gewicht werd toebedeeld aan het familierecht. Van Walsum haalt daarbij de zaak *Berrehab v Nederland* (1988) aan, die ik in dit kader eveneens ter sprake breng.<sup>28</sup> Als voorbeeld van de vrije seksuele moraal noemt zij de echtelijke norm die in het verdrag over de onafhankelijkheid van Suriname werd overgenomen,

---

<sup>26</sup> T. de Lange, 'Kroniek van het Vreemdelingenrecht', *Nemesis* 3 (1998) 68-74.

<sup>27</sup> S. van Walsum, 'Veranderende opvattingen over gezin, burgerschap en huwelijksmigratie: het kan verkeren', *Migrantenstudies* 26 (2010) 287-304.

<sup>28</sup> S. van Walsum, G. Jones en S. Legêne, 'Belonging and membership. Postcolonial legacies of colonial family law in Dutch immigration policies' in: M. Schrover en M. Moloney (eds.), *Gender, Migration and Categorization, making distinctions between Migrants in Western Countries, 1945 -2010* (Amsterdam 2013) 149-175, EHRM 21/06/1988 10730/84 (*Berrehab v The Netherlands*).

waarmee ongehuwde (homoseksuele) partners van in Nederland verblijvende Surinamers het recht op verblijf bij hun partner verwierven. Van Walsum beweert dat met dit verdrag de eerste wettelijke bepalingen voor de erkenning van buitenechtelijke (homoseksuele) relaties van kracht werden die de herziening van het gezinsherenigingsbeleid in Nederland hebben versneld. Deze beleidsherzieningen zouden tevens het referentiekader vormen voor de juridische debatten in het kader van de beoogde hervormingen ten behoeve van het gezinsbeleid.

In haar historische analyse van het naoorlogse gezinsherenigingsbeleid in Nederland weerlegt Bonjour het argument van Van Walsum met betrekking tot het partnerbeleid voor Surinamers. Zij is van oordeel dat de emancipatoire strijd in Nederland, die al met de opkomst van de seksuele revolutie in gang werd gezet, een dominante factor is geweest voor het toestaan van verblijf in Nederland aan de ongetrouwde (homoseksuele) partners van Surinaamse Nederlanders.<sup>29</sup>

Vooraf van belang voor mijn onderzoek is Van Walsums artikel *'The European Court of Human Rights and Immigration: Limits and Possibilities'*, omdat zij daarmee het debat wilde aanzwengelen over de rol van het Hof bij de behandeling van vreemdelingenzaken. Zo stelt zij dat het als vanzelfsprekend accepteren van onderscheid tussen Unieburgers en vreemdelingen niet thuis hoort in een democratische samenleving. Ook benadrukt zij dat klachten door het Hof uitsluitend op een schending van mensenrechten worden beoordeeld; de verblijfstatus van de klager wordt buiten beschouwing gelaten. Gedreven door de aanhoudend hoge werkdruk neemt het Hof voor het afhandelen van geschillen geregeld zijn toevlucht tot *mediation*. Deze procesgang neemt voor klagers het juridische platform weg waardoor het aantal uitspraken en daarmee nieuwe jurisprudentie afneemt<sup>30</sup>. Casussen die buiten het Hof worden geschikt hebben geen invloed op de vaste jurisprudentie; hieruit kan geconcludeerd worden dat het (re)mediëren van klachten bijdraagt aan het dichten van de bestaande kloof tussen beleidsdoel en uitvoeringspraktijk. Wanneer een uitspraak op een klacht geen uitspraak oplevert zal die zich echter eindeloos kunnen blijven herhalen, wat de tredmolen van hoge werkdruk in stand houdt.

---

<sup>29</sup> Van Walsum, Jones en Legêne, 'Belonging and membership', 149-175, EHRM 21/06/1988 10730/84 (Berrehab v The Netherlands).

<sup>30</sup> S. van Walsum, 'The European Court of Human Rights and Immigration: Limits and Possibilities', *European Journal of Migration and Law* 11 (2009) 199-204.

### 1.3 Materiaal en methode

Voor mijn onderzoek heb ik eerst de uitspraken van het Hof bestudeerd, die in de periode van 1991 tot en met 2011 in belangrijke mate de wijze van beoordeling van reguliere aanvragen in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid hebben beïnvloed en daarmee een bijdrage hebben geleverd aan het dichten van de kloof tussen opgelegd beleid en uitvoeringspraktijk. Europese richtlijnen hebben tot doel het migratiebeleid van lidstaten te harmoniseren. Het is daarom van belang dat lidstaten uitspraken met betrekking tot schendingen van artikel 8 EVRM van andere lidstaten incorporeren in hun nationale vreemdelingenbeleid. Omdat niet zeker is of de uitspraken na 2011 al in het Nederlandse vreemdelingenbeleid zijn ingevoerd, heb ik deze niet in mijn onderzoek betrokken.

Aan de hand van de aanpassingen die in de onderzochte periode in het vreemdelingenbeleid in Nederland zijn doorgevoerd heb ik de 21 klachten tegen lidstaten uitgelicht die tot deze herzieningen hebben geleid. Ik wil daarmee de werking van de arresten van het Hof op de verplichte toets aan artikel 8 EVRM in kaart brengen (tabel 1). Het toevoegen van ‘willekeurige’ uitspraken zal het opgetekende beeld van het aan dynamiek onderhevige vreemdelingenbeleid dus niet versterken. Daarnaast levert mijn analyse van deze uitspraken ook een gedetailleerd beeld op van de uitleg die het Hof geeft aan de werking van de bepalingen onder artikel 8 EVRM, lid 2 bij toetsing. Voor mijn onderzoek heb ik mijn selectie uitspraken van tabel 1 aan de *fair balance test* onderworpen om aan te geven in welke fase van de toets de discrepantie die tot de gang naar het Hof heeft geleid, zichtbaar wordt. Daartoe zoom ik in op de uitvoeringspraktijk. Ik onderscheid zes categorieën van overheidsinmenging: bij uitoefening van het gezinsleven gelden de rechten van het kind, de juridische interpretatie van de gezinsband, objectieve belemmering, *more than normal emotional ties*, Boultif-Uner criteria; bij inmenging in de uitoefening van het privéleven: sociale integratie, Boultif criteria, objectieve belemmering.<sup>31</sup> De uitkomsten van mijn onderzoek worden in hoofdstuk 5 uitgebreid toegelicht. Als raamwerk voor mijn onderzoek maak ik gebruik van het onderzoek van Marianne Bruins en Pieter Boeles getiteld ‘*Case law on Article 8 of the European Convention of Human Rights*’ uit 2006 dat inzage geeft in de uitspraken van

---

<sup>31</sup> De termen worden conform Vreemdelingencirculaire 2000 of in het Nederlands of in het Engels weergegeven.

het Hof, met dat verschil dat ik mijn focus richt op de voorwaarden van de *fair balance test* die garant staan voor de ‘menselijke maat’ in het nationale vreemdelingenbeleid.<sup>32</sup>

Zoals hierboven aangegeven toon ik aan dat een (te) rigide opvolging van vaste jurisprudentie van het Hof in de uitvoeringspraktijk tot nieuwe schendingen van artikel 8 EVRM leidt, omdat daarmee de integrale afweging van de specifieke omstandigheden van een zaak als ‘niet relevant’ wordt afgedaan. Ook wanneer de toets aan artikel 8 als standaardformaliteit wordt toegepast ongeacht de merites van een zaak, schiet de lidstaat tekort. De toets is immers een onmisbare parameter voor het objectief en integraal beoordelen van de totale omstandigheden van iedere aanvraag. Deze conclusie moet mijn stelling staven dat de toets aan artikel 8 een essentieel instrument is voor het bewaken van de objectiviteit bij de afweging of er voldoende grond is voor toelating of afwijzing, omdat iedere casus zijn eigen specifieke kenmerken heeft.

#### *1.4 Structuur*

Om een helder beeld te krijgen van de noodzaak van invoering van het EVRM in het nationale vreemdelingenbeleid van lidstaten, geef ik in het volgende hoofdstuk een korte historische beschrijving van het immigratieproces in Nederland vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw, omdat de ontwikkelingen in die periode de aanloop vormden voor de, middels Europese richtlijnen, toegenomen invloed van het Hof op de uitvoeringspraktijk in de door mij onderzochte periode. In het daaropvolgende hoofdstuk zal ik de totstandkoming van het EVRM en de verplichting tot naleving van de bepalingen van het EVRM uiteenzetten, waarvoor het Hof is aangesteld als toezichthouder. In het een na laatste hoofdstuk zal ik uitgebreid ingaan op de toets aan artikel 8 EVRM als beoordelingsinstrument in de uitvoeringspraktijk van lidstaten. Tenslotte zal ik in het laatste hoofdstuk ten aanzien van de clusters in bijlage 1 per uitspraak de kaders uiteenzetten waarbinnen volgens het Hof het recht op eerbieding van het privé- of gezinsleven wordt geschonden. In mijn conclusie zal ik een antwoord geven op mijn onderzoeksvraag.

---

<sup>32</sup> M. Bruins en P. Boelens, *Case law on Article 8 of the European Convention of Human Rights, A survey* (Leiden 2006).

## Hoofdstuk 2. Een korte migratiegeschiedenis van Nederland na 1960

---

In dit hoofdstuk geef ik een korte beschrijving van de migratiegeschiedenis in Nederland vanaf 1960. Die periode kenmerkt zich door de opkomst van arbeidsmigratie in West-Europa. De nakomelingen van de vreemdelingen die in die tijd naar Nederland (en andere landen in West-Europa) kwamen om te werken zijn voor een groot deel degenen die in de door mij onderzochte periode in het kader van gezinshereniging gebruik maakten van hun recht op uitoefening van het gezinsleven. Het door de politiek aangebrachte onderscheid in de diverse categorieën migranten die naar Nederland kwamen is hierbij van betekenis, omdat dit fenomeen een intensivering van het debat over wie al dan niet werd toegelaten in gang zette, wat gepaard ging met beleidsveranderingen. De migrantengroepen vormden daarbij de 'scharnierpunten'.<sup>33</sup>

Migranten worden in Nederland ingedeeld in categorieën. Ik onderscheid de vier meest gebruikelijke categorieën: nieuwkomers uit de oude koloniën, arbeidsmigranten, vluchtelingen en gezinsmigranten. Wanneer een vreemdeling niet (meer) of niet helemaal voldoet aan de criteria van de groep waarin hij is ingedeeld, vindt er binnen de categorieën een administratieve verschuiving plaats. Categorisering geeft de immigratieautoriteit een instrument in handen om te bepalen wie voor toelating in aanmerking komt. Op die basis kregen in de jaren tachtig van de vorige eeuw mannelijke gezinsmigranten het etiket 'verkapte gastarbeider' opgeplakt, wat hun kansen op toelating ondermijnde. Dit proces werkt dus ongelijkheid in de hand, een factor die nog steeds het migratiebeleid beïnvloedt.<sup>34</sup>

Voor mijn onderzoek over gezinsmigratie zijn zowel arbeidsmigranten als hun gezinshereniging van belang. In deze groepen komt de kloof tussen het op deze doelgroepen afgestemde beleid en de migratiepraktijk het duidelijkst tot uiting. Zoals reeds genoemd in de historiografie vormen ook de nieuwkomers uit de koloniën een belangrijke groep voor mijn onderzoek. In Suriname, waar de samenleving in tegenstelling tot Nederland bekend was met alternatieve gezinsvormen naast het kerngezin, brachten de onafhankelijkheidsonderhandelingen soelaas met betrekking tot

---

<sup>33</sup> C. Laarman, *Oude onbekenden: Het politieke en publieke debat over postkoloniale migranten, 1945-2005* (Hilversum 2013) 21.

<sup>34</sup> Schrover en Moloney (eds.), *Gender, Migration and Categorisation*, 8-10, S. Bonjour, 'Gezin en grens. Debat en beleidsvorming op het gebied van gezinsmigratie in Nederland sinds de jaren vijftig' *Migrantenstudies* 1(2007) 2-23, aldaar 2,3.

het toelaten van ongehuwde (waaronder ook homoseksuele) partners in het kader van gezinshereniging. De maatschappelijke ontwikkelingen brachten de vrije seksuele moraal en vrouwenemancipatie (de man gold niet langer als wettelijk hoofd van het gezin) met zich mee, terwijl de Surinaamse migratie vervolgens tot een versnelde implementatie van familierechtelijke aanpassingen in het Nederlandse gezinsherenigingsbeleid leidde. Ook deze ontwikkeling valt binnen de Cornelius' *gap*. Het onbedoelde neveneffect van de Surinaamse migratie zorgde immers voor uitbreiding van het begrip 'familie' in het vreemdelingenrecht.<sup>35</sup>

### 2.1 Arbeidsmigratie

De hoogconjunctuur van de jaren zestig gaf in Nederland een koersverandering in het gevoerde naoorlogse immigratiebeleid te zien. Gedwongen door het tekort aan arbeidskrachten verplaatste de overheid haar focus van een restrictief vreemdelingenbeleid naar het werven van arbeidskrachten uit de landen van Zuid-Europa, Turkije en Marokko. Tot 1968 werd voor arbeidsmigranten een streng gereguleerd toelatingsbeleid gevoerd. Om de arbeidsmigratie te reguleren sloot Nederland wervingsovereenkomsten met de landen van herkomst voor het selecteren van geschikte (ongehuwde) arbeiders. Op grond van leeftijdscriteria, gezondheid en werkervaring werd in Nederland een definitieve selectie gemaakt. De overheid zou er op toezien dat op de migranten dezelfde arbeidsvoorwaarden van toepassing waren. Ook moesten werkgevers voor het eerste jaar in huisvesting en levensonderhoud voorzien. Van regulering kwam niet veel terecht; de arbeidsmigranten kwamen met achterlating van vrouw en kinderen op een toeristenvisum naar Europa, vonden er vrij snel een baan waarop de vestigings- en arbeidsvergunning werden afgegeven.<sup>36</sup>

In 1968 werd het vereiste van een 'machtiging tot voorlopig verblijf' (MVV) van kracht, die bij de Nederlandse vertegenwoordiging in het land van herkomst moest worden aangevraagd. Daarmee strookte het migratiebeleid weer met de oorspronkelijke visie dat Nederland geen immigratieland was. Na 1970 werd het toelatingsbeleid opnieuw restrictiever en de economische (olie)crisis zette in 1973 definitief een streep onder de werving van buitenlandse gastarbeiders.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Van Walsum, 'Veranderende opvattingen over gezin', 291.

<sup>36</sup> Bonjour, *Grens en Gezin*, 51.

<sup>37</sup> Ph. Muus, *Internationale migratie naar Europa. Een analyse van internationale migratie, migratiebeleid en mogelijkheden tot sturing van immigratie, met bijzondere aandacht voor de Europese gemeenschap en Nederland*

## 2.2 Gezinsmigratie

Aanvankelijk werd er geen rekening gehouden met mogelijke gezinsmigratie, omdat het tijdelijke karakter van het verblijf van de arbeidsmigranten voorop stond. Toch was dit onderwerp tussen 1955 en 1975 aan debat onderhevig. Het ministerie van Sociale Zaken en werkgevers steunden de arbeidsmigratie uit economisch oogpunt. Het ministerie van Justitie wees op de gevolgen van gezinsmigratie, niet alleen vanuit handhaving van de openbare orde, maar ook om te voorkomen dat de gastarbeiders zich permanent zouden vestigen, waarmee het 'absorptievermogen' van Nederland in het geding kwam. Ook speelde de angst voor vreemde culturen en hun invloed op de 'sociale cohesie' in Nederland een rol. De gastarbeiders verbleven veelal in pensions en deden niet veel anders dan werken, maar met de komst van de vrouw en kinderen gingen ze als gezin deelnemen aan de maatschappij. Ondanks de verdeeldheid hierover waren alle partijen het er over eens dat Nederland geen migratieland was en dat ook niet moest worden. Justitie hield tussen 1955 en 1960 vast aan het verbod op gezinshereniging. Het doel van het immigratiebeleid was om 'Nederland schoon te houden'. Door tussenkomst van de EEG werd dat verbod vanaf 1960 bemoeilijkt. De gemeenschap stimuleerde vrij verkeer tussen gemeenschapsonderdanen, wat tevens het recht inhield om zich met het gezin in een van de lidstaten te vestigen.<sup>38</sup> Dit geeft aan dat de Europese richtlijnen, door mij genoemd als eerste factor, al eerder een rol speelden bij het bepalen van het Nederlandse vreemdelingenbeleid.

Het Ministerie van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk werk boog zich in die tijd over de sociale gevolgen van in Nederland werkende gastarbeiders en hun gezinnen, zoals het 'tweede generatie probleem' en integratie. Men zag daarin aanleiding om bij het parlement aan te dringen op een actieve houding omtrent het omgaan met de gevolgen van de immigratie. Dat parlementair activisme genereerde vanaf de jaren zeventig meer bemoeienis van de Tweede Kamer met de immigratieproblematiek, wat aansluit bij de visie op de *gap*-theorie van Bonjour. In 1971 kwam er op het Ministerie van Justitie een Staatssecretarispost die belast werd met de portefeuille

---

(Amsterdam 1993) 72-73, H. Obdeijn en M. Schrover, *Komen en gaan. Immigratie en emigratie in Nederland vanaf 1550* (Amsterdam 2008) 274-275.

<sup>38</sup> Bonjour, *Grens en Gezin*, 64,67,68.

vreemdelingenzaken. Voor derdelanders werd verblijf uitsluitend nog toegestaan op grond van asiel en gezinsmigratie; een lijn die tot op heden wordt gevolgd.<sup>39</sup>

Om het doorlopen van de procedure voor gezinshereniging te bemoeilijken werd de inkomens- en huisvestingseis ingevoerd. Met het instellen van de MVV plicht beoogde de overheid ook de vestiging van Surinamers beheersbaar te houden, toen deze groep na een aantal mislukte pogingen van de Nederlandse overheid om hen naar Suriname te laten terugkeren, dan wel daar te houden, in groten getale naar Nederland kwam.<sup>40</sup> De uitspraak van de Raad van State in 1978 bepaalde dat verblijf zonder MVV niet per se terugkeer naar het land van herkomst betekende en deed de werking van dit restrictieve toelatingsbeleid teniet. De gevestigde gastarbeiders en de oud-rijksgenoten hadden nu een instrument in handen waarmee zij probleemloos het verblijf voor hun gezinsleden in Nederland konden regelen, een migratievorm die tot eind jaren tachtig de overhand voerde. Dit bevestigt de eerdere algemene consensus dat de rechtspraak verantwoordelijk is voor de *gap*. In 1980, respectievelijk 1983, werd daarom uit restrictieoverwegingen besloten om aan Turken en Marokkanen een visumplicht op te leggen.

De migratie van de jaren zeventig kenmerkte zich door de komst van de gezinnen van gastarbeiders. In 1980 telde Nederland bijna 72.000 Marokkanen en 120 duizend Turken. Tien jaar later was het aantal Marokkanen meer dan verdubbeld en het aantal Turken met ruim de helft toegenomen, tot respectievelijk 148.000 en 191.000.<sup>41</sup> In september 1980 besloot Nederland voor Surinamers een visumplicht in te voeren en werd met het verstrekken van premies tegelijkertijd remigratie gestimuleerd. Deze maatregelen hadden nauwelijks succes. Tussen 1980 en 1990 kwamen er nog 30.000 Surinamers bij in het kader van gezinshereniging.<sup>42</sup>

Voor verblijf op grond van gezinshereniging moest in Nederland zijn voldaan aan de voorwaarden van de notitie 'Gezinshereniging en verblijfsrechtelijke positie van kinderen van migranten' van 30 juni 1983. Gezinsvorming met toekomstige echtgenotes uit het land van herkomst werd gezien als een logisch gevolg van de werving van gastarbeiders en telde als gezinshereniging. De notitie stipuleerde dat de gastarbeider ten minste een jaar in Nederland moest hebben gewoond, over passende huisvesting

---

<sup>39</sup> Bonjour, *Grens en Gezin*, 64,67,68.

<sup>40</sup> Evaluatie Vreemdelingenwet 2000, Terugkeerbeleid en operationeel vreemdelingentoezicht (Meppel 2004)25.

<sup>41</sup> Bonjour, *Grens en gezin*, 110,168-169.

<sup>42</sup> Ibidem, 250-255.

voor het gezin beschikte en financieel in staat moest zijn het gezin te onderhouden.<sup>43</sup> Deze gezinsvorming werd in dat jaar geïntroduceerd als nieuwe vorm van gezinsmigratie. Het waren vooral kinderen van arbeidsmigranten die hun partner uit het land van herkomst haalden. In tegenstelling tot gezinshereniging gold voor gezinsvorming een inkomenseis van 1445 gulden. De overheid beoogde met dit migratiebeleid het recht op gezinshereniging te beperken tot de eerste generatie arbeidsmigranten. Toch bracht dit beleid Nederland niet het gewenste resultaat. Deze situatie sluit aan op de tweede kloof van Cornelius; immers deze aanscherping van het beleid zorgde niet voor een afname van het aantal gezinsvormers.

Naast de hierboven genoemde groepen zijn er de zogenaamde economische migranten; derdelanders die voor zichzelf en hun gezin de westerse droom najagen. Deze vreemdelingen komen voor het merendeel uit Ghana, Nigeria, China, Iran, Somalië en Rusland. Ongeveer 40% uit deze categorie komt in het kader van gezinsvorming of gezinshereniging naar Nederland. Vanuit het oogpunt van gezinsmigratie is het lastig om aan deze groepen verblijf te weigeren, omdat hun persoonlijke belangen veelal interfereren met de belangen van het gezinlid dat in Nederland verblijft. Er moet dus voortdurend een afweging worden gemaakt tussen de collectieve economische, sociale, politieke en demografische overwegingen van de staat en de individuele belangen van de migrant en zijn gezin. Dit bewijst dat de eerste en vierde factor van doorslaggevende betekenis zijn.<sup>44</sup>

De toetreding van Polen, Roemenië en Bulgarije tot de EU in respectievelijk 2004 en 2007 maakte voor grote groepen inwoners de weg vrij om zich in een West-Europese lidstaat te vestigen.<sup>45</sup>

### *2.3. Gezinsmigratiebeleid van 1990 tot 2012*

Vanaf eind jaren tachtig van de vorige eeuw werd migratie naar Nederland bemoeilijkt. In die periode vond er een verschuiving plaats in de benadering van het immigratievraagstuk. Het minderhedenbeleid richtte zich op sociale en culturele factoren, waardoor het gezin een belangrijke rol kreeg toebedeeld. Van Walsum beweert zelfs dat van het naoorlogse vreemdelingenbeleid het jaren tachtig beleid voor gezinshereniging het meest liberaal was. In tegenstelling tot het gevoerde beleid van

---

<sup>43</sup> Muus, *Internationale migratie naar Europa*, 74.

<sup>44</sup> *Ibidem*, 17.

<sup>45</sup> Walaardt, *Geruisloos inwilligen*, 97.

integratie met behoud van cultuur zette de overheid in op het stimuleren van de eigen integratie door middel van participatie in de maatschappij. De verwachting was dat de gevestigde immigranten zich meer zouden gaan richten op hun leven in Nederland. Daarbij werden de Nederlandse culturele opvattingen als norm gehanteerd, wat resulteerde in te weinig begrip voor afwijkende culturele waarden en normen van migranten. Het mislukken van dit beleid kan daarom worden gezien als uitvloeisel van de eerste kloof van Cornelius. In combinatie met de onvrede over het functioneren van de verzorgingsstaat en de toename van de aantallen asiel- en gezinsmigranten, leidde dat besef vanaf de jaren negentig tot een restrictiever migratiebeleid. In het kader van de individuele verantwoordelijkheid viel ook de zorg van de migrant voor de gezinsleden die hij liet overkomen, zowel financieel als op het gebied van integratie<sup>46</sup>

Een andere reden voor de veranderde zienswijze, waarbij de verschillende culturen van de migranten niet meer als positief maar eerder negatief werden geduid, was het 'nieuw realisme'. Liberale normen en waarden als tolerantie, secularisme, gelijkheid en vrijheid werden als typisch Nederlands gezien en er werden kanttekeningen geplaatst bij culturen die deze normen niet hanteerden. Migranten werden (westerse of niet-westerse) allochtonen genoemd. Deze ontwikkeling sluit aan bij de in factor twee genoemde politieke veranderingen. Rond de millenniumwisseling erkende de overheid dat Nederland weliswaar een immigratieland is, maar dat de conformering aan internationale verdragen beperkingen oplegde aan het te voeren vreemdelingenbeleid. Dit is in lijn met zowel de *mainstream* opvatting over de *gap*-theorie als mijn eerstgenoemde factor over Europese richtlijnen en verdragen.<sup>47</sup>

Na de millenniumwisseling werd de restrictieve lijn voortgezet. In 2004 traden er op het gebied van gezinsmigratie strengere beleidsregels in werking. Zo werd er een onderscheid gemaakt tussen *gezinsvorming* en *gezinshereniging*. Voor *gezinsvorming* werd de norm van het inkomensvereiste aangepast van 100% naar 120% van het minimumloon en werd het leeftijdsminimum verhoogd van 18 naar 21 jaar. Bovendien verdween de boven- en ondergrens voor deze maatregel en werd het middelenvereiste eveneens van kracht voor personen boven 57,5 jaar en moeders met kinderen onder de vijf jaar. Om voor de afgifte van een MVV in aanmerking te komen moest er op de Nederlandse ambassade in het land van herkomst een inburgeringsexamen worden

---

<sup>46</sup> Walaardt, *Geruisloos inwilligen*, 97.

<sup>47</sup> J.H. van de Beek, *Kennis, macht en moraal: de productie van wetenschappelijke kennis over de economische effecten van migratie naar Nederland, 1960-2005* (Amsterdam 2010) 185,209, Bonjour 'Gezin en grens', 8-9.

afgelegd. De hierboven genoemde maatregelen zouden moeten leiden tot een betere integratie van nieuwkomers en meer grip op de migratiestroom naar Nederland. Dit is in lijn met de *gap*-theorie van Bonjour, waarin zij stelt dat de politiek het beleid bepaalt. Het Chakroun-arrest (C-578/08) luidde in 2010 het einde in van het toegepaste onderscheid tussen gezinsvorming en gezinshereniging. Deze beleidsverandering is consistent is met de rechtspraak in de kloof tussen wetgeving en uitvoeringspraktijk. In dit arrest gaf het Europees Hof van Justitie antwoord op prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de uitleg van Richtlijn 2003/86/EG betreffende het recht op gezinshereniging (de richtlijn). Ten aanzien van het Nederlandse vreemdelingenbeleid richtte de focus van het EHJ zich op twee aspecten. Het opleggen van een inkomenseis was weliswaar toegestaan, maar de daaraan gekoppelde norm van 120% van het minimumloon maakte die voorwaarde disproportioneel. Voorts werd het onderscheid tussen bestaande (*gezinsleven*) en te ontwikkelen relaties (*gezinsvorming*) opgeheven.<sup>48</sup>

De verplichte inburgeringstoets in het land van herkomst werd uitsluitend aan niet-westerse allochtonen opgelegd; zo kon worden beoordeeld of de vreemdeling in de Nederlandse samenleving zou kunnen aarden. Tot op heden is het politieke standpunt dat niet-westerse allochtonen niet met open armen in Nederland worden ontvangen. Dit onderscheid bemoeilijkt de gezinsvorming van genaturaliseerde staatsburgers met partners uit het land van herkomst. Tot het nieuwe millennium gold in Nederland de opvatting dat een staatsburger niet zou hoeven kiezen tussen zijn gezin of zijn vaderland. Het tweede kabinet Balkenende bracht daarin verandering; gezinsvorming met een buitenlandse partner geeft niet (meer) automatisch aanspraak op domiciliekeuze in Nederland. De lidstaten vormen nu een geheel waarbinnen de steeds groter wordende groep unieburgers zich vrij kan vestigen, maar migranten van buiten de unie hebben slechts twee opties: asiel of gezinsmigratie. Ondanks de invoering van verdragsrechtelijk opgelegde toetsingskaders in het nationale beleid van lidstaten stijgt het aantal afwijzingen van aanvragen voor gezinshereniging. De oorzaak daarvan moet onder andere gezocht worden in de onhaalbaarheid van het gestelde MVV-vereiste. Dat Nederland het MVV-vereiste hanteert als afwijzingsgrond voor de uitoefening van het gezinsleven ziet het Hof als excessief formalistisch.<sup>49</sup> Dit laatste staft mijn idee over de

---

<sup>48</sup> Brief van de Minister van Justitie van 12 maart 2010 aan de voorzitter van de Tweede Kamer naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Chakroun (C-578/08).

<sup>49</sup> Bonjour, 'Gezin en grens', 11.

*gap*-theorie dat het Hof zich in de kloof bevindt tussen wetgeving en uitvoeringsbeleid van staten.

#### *2.4 Vrouwen in het Nederlandse migratiebeleid*

De Nederlandse politiek en beleidsmakers hebben bij het maken van het beleid altijd de mannelijke migrant voor ogen gehad. Dit kwam voort uit het traditionele rollenpatroon van de man als kostwinner in het gezin en degene die de naam en de nationaliteit doorgaf. Tot 1964 verloor een Nederlandse vrouw haar nationaliteit als zij met een niet-Nederlander trouwde en kreeg een niet-Nederlandse vrouw direct het Nederlanderschap bij een huwelijk met een Nederlandse man, terwijl dat andersom niet zo was. Ook kinderen kregen tot 1985 alleen de Nederlandse nationaliteit als hun vader Nederlander was en niet wanneer hun moeder Nederlands was. In 1985 werd de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen in het nationaliteitsrecht gelijkgetrokken. Dat wil echter niet zeggen dat er toch nog bepaalde verwachtingen heersen op grond van het ouderwetse rollenpatroon. Als een Nederlandse vrouw met een niet-Nederlander huwt, dan wordt er verwacht dat zij tot de gemeenschap van de man gaat behoren, terwijl dat andersom niet geldt.<sup>50</sup>

Hoewel het beleid sekseneutraal wordt geformuleerd, gaat het niet gelijk op voor vrouwelijke migranten. Zo werd de verblijfsvergunning van een vrouw ingetrokken als de gezinsband werd verbroken. Pas vanaf begin jaren tachtig kon een vrouw een zelfstandige verblijfsvergunning krijgen, mits het huwelijk drie jaar duurde en zij in haar eigen inkomen kon voorzien. Pas vanaf 1975 werd het toegestaan dat ook vrouwelijke migranten een partner uit het buitenland konden laten overkomen, mits het huwelijk minstens een jaar bestond. Deze zogenaamde 'omgekeerde' gezinshereniging werd niet aangemoedigd omdat mannen werden gezien als concurrenten op de arbeidsmarkt. Er werd nogal eens aangenomen dat mannen onder valse voorwendselen de regels voor gezinsmigratie gebruikten om naar Nederland te komen voor het verrichten van arbeid.<sup>51</sup> Dit idee heerst nu nog steeds. Als een vrouwelijke vluchteling asiel aanvraagt, wordt er automatisch vanuit gegaan dat haar man aan de vlucht ten grondslag ligt en als zij naar Nederland wordt gehaald door haar rechtmatig in Nederland verblijvende

---

<sup>50</sup> Ch. Kohlman, S. Kraus, I. Orobio de Castro, *Vrouwen in het migratiebeleid* (Den Haag 2003) 5-6.

echtgenoot, dan wordt zij gezien als importbruid. Kortom; de vrouw wordt standaard in de slachtofferrol geplaatst wat haar de kans op een zelfstandige verblijfsvergunning ontnemt, maar wordt aan de andere kant niet voldoende beschermd als zij dat nodig heeft (bijvoorbeeld bij mensenhandel en gedwongen prostitutie), uit angst dat het beleid voor vrouwen te ruimhartig wordt. De laatste jaren wordt er wel aan gewerkt om deze verschillen recht te trekken, in het asielbeleid gebeurt dit al en bij gezinsmigratie hoeft een vrouw na het beëindigen van een relatie niet binnen een jaar zelfstandig te zijn. Hierin zou de rol van de ambtenaar gezien kunnen worden, zoals Walaardt die in zijn visie op de *gap*-theorie weergeeft.<sup>52</sup>

### *2.5 De implementatie van Europese richtlijnen in het Nederlandse vreemdelingenbeleid*

Tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschap was met uitzondering van enkele onderlinge verdragen nauwelijks samenwerking op het gebied van asiel en immigratie; de landsgrenzen waren er immers niet voor niets. Met de ondertekening in 1992 van het Verdrag van Maastricht werd voor alle ingezetenen van de Europese Unie vrij verkeer tussen lidstaten mogelijk. Het openstellen van de grenzen had echter als nadeel dat daarmee ook de grenscontrole werd opgeheven. Het Verdrag van Amsterdam van 1997 opende de deur naar een gezamenlijk Europees asiel- en immigratiebeleid. In Tampere werden op 15 en 16 oktober 1999 binnen de Europese Raad afspraken gemaakt over een gezamenlijke aanpak van de immigratie- en asielproblematiek in Europa. Op 4 mei 2005 nam het Comité van Ministers bij de Raad van Europa twintig richtlijnen aan voor het realiseren van de gedwongen terugkeer van vreemdelingen met inachtneming van volledige eerbiediging van grondrechten en waardigheid. Met deze voorzieningen waren lidstaten gehouden de nationale rechtsorde conform de daartoe geldende internationale verplichtingen in te richten. Nederland, België en Frankrijk stemmen het nationaal recht af op internationaalrechtelijke verplichtingen. Volgens de 'monistische traditie' hebben de bepalingen alsmede de jurisprudentie die uit het EVRM voortvloeit in deze lidstaten directe werking. Daarmee is het voor klagers bij bestuursrechtelijke aangelegenheden mogelijk om voor de rechter een beroep te doen op de artikelen van het EVRM. In Nederland is de Hoge Raad de hoogste nationale rechter; deze maakt tevens deel uit van de internationale rechtsorde.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Kohlman, e.a., *Vrouwen in het migratiebeleid*, 7.

<sup>53</sup> J.H. Gerards en J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak, een rechtsvergelijkend onderzoek* (Nijmegen 2013) 28-29.

EU-richtlijnen worden in de nationale wet- en regelgeving van lidstaten geïmplementeerd. Overheden hebben een ruime beoordelingsvrijheid, met dien verstande, dat het bindende karakter van de richtlijnen niet uit het oog mag worden verloren. EU-richtlijnen worden niet altijd op de juiste manier of met onnodige vertraging in het vreemdelingenbeleid opgenomen, vooral wanneer het nationale beleid aanpassing behoeft op het gebied van verblijfaanvragen, de rechten van het kind en herzieningen die een versoepeling van voorwaarden voor gezinsmigratie inhouden. De inadequate toepassing van wetgeving is de eerste kloof die Cornelius noemde. Dit omzeilen van internationale verdragsregels heeft een negatieve werking op het proces van harmonisatie van Europees beleid ten aanzien van gezinshereniging.<sup>54</sup> Een voorbeeld hiervan is het gebruik van de 'Europa-route'; Nederlanders die het MVV-vereiste, middelenvereiste en de inburgeringstoets voor hun partner willen omzeilen, kunnen zich een half jaar in een andere lidstaat vestigen met hun partner uit een derdeland. Zij vallen dan onder het gemeenschapsrecht en kunnen zich na deze periode buiten het nationale vreemdelingenrecht om in Nederland vestigen. Het nationale vreemdelingenbeleid is dan ondergeschikt aan Europese richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden.<sup>55</sup>

Onderzoek van Böcker en Terlouw wijst uit dat wijzigingen in het Nederlandse vreemdelingenbeleid met name in de eerste twaalf jaar van het nieuwe millennium plaatsvonden. In die periode hebben uitspraken van Europese rechters 24 keer tot wijziging van de Vreemdelingencirculaire geleid, een gemiddelde van twee per jaar tegenover slechts één wijziging gedurende de periode van 35 jaar daarvoor (1965 tot 2000).<sup>56</sup> De stijging van het aantal positieve uitspraken op schending van artikel 8 EVRM onderbouwt mijn stelling over de kloof die ontstaat wanneer regelgeving inadequaat in het vreemdelingenbeleid wordt ingevoerd.

### *Conclusie*

Uit dit hoofdstuk kan worden geconcludeerd dat Nederland nooit heeft opengestaan voor immigranten, maar dat de overheid er in een aantal situaties niet aan ontkwam om

---

<sup>54</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council of 8 October 2008 on the application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l33118>.

<sup>55</sup> Van Walsum, 'Veranderende opvattingen over gezin', 299.

<sup>56</sup> Böcker en Terlouw, *De gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving*, 86.

vreemdelingen op te nemen. De hoogconjunctuur eind jaren 60 leidde tot een tekort aan arbeidskrachten, die de vraag naar buitenlandse gastarbeiders aanwakkerde. Er werden vooral mannen geworven en later volgden vrouwen en kinderen. Tegelijkertijd kreeg Nederland te maken met veranderende opvattingen over het gezin en de daaropvolgende aanpassing van het sociale stelsel. Dit fenomeen kreeg ook zijn weerslag op het vreemdelingenbeleid. De dynamiek in het proces van komen en gaan van groepen vreemdelingen houdt het vreemdelingenbeleid voortdurend in beweging en vraagt op gezette tijden om herziening. Dat geldt ook voor de manier waarop door de Nederlandse staat naar immigratie wordt gekeken. In de loop van de jaren negentig zag Nederland zich voor het eerst als migratieland en werd het gezinsmigratiebeleid een stuk restrictiever. Het nieuwe realisme zorgde ervoor dat de restrictieve lijn werd voortgezet. Als lidstaat van de Europese Unie is Nederland gebonden aan Europese verdragen.

## Hoofdstuk 3. De verplichting tot naleving van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

---

Voor een goed begrip van het belang van toetsing van het vreemdelingenbeleid aan de bepalingen onder artikel 8 EVRM is een korte beschrijving van de functie van het Hof voor de Rechten van de Mens en specifiek de plaats die artikel 8 EVRM inneemt tussen de overige (Europese) wet- en regelgeving hier op zijn plaats. Deze onderdelen zullen in dit hoofdstuk aan de orde komen.

### *3.1 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*

Met veel landen in Europa, die getekend waren door de vernietigende gevolgen van twee wereldoorlogen, beseften de politieke leiders dat de tijd rijp was voor het oprichten van een samenwerkingsverband met andere democratische staten om de veiligheid van staatsburgers in Europa duurzaam te kunnen garanderen. Dit besef resulteerde in 1949 in de oprichting van de Raad van Europa. De doelstelling was meer eenheid tussen de lidstaten te creëren uit oogpunt van het bevorderen van economisch en sociaal welzijn. De verwezenlijking daarvan moest leiden tot een grotere mate van stabiliteit en veiligheid. Uitgangspunt voor oprichting vormde de in 1948 opgestelde Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens. Op 4 november 1950 werden deze regels geconsolideerd door de invoering van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden. In deze verklaring waren 18 grondrechten opgenomen die werden aangevuld met de statuten en protocollen van het EVRM. Uniek aan dit verdrag was dat er ergens geklaagd kon worden over de toepassing van het nationale beleid door overheden. Analoog aan de Conventie kwamen er diverse mensenrechtenverdragen tot stand, waaronder het in 1951 opgestelde en in 1956 door Nederland geratificeerde Vluchtelingenverdrag dat de basis vormt van het nationale asielbeleid. In 1966 werd het Internationale Verdrag ter Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (1966, IVUR) van kracht. Met het arrest uit 1985 in de door de Pakistaanse vrouwen Abdulaziz, Cabales and Balkandali aangespannen zaak tegen het Verenigd Koninkrijk kregen derdelanders in Europa de mogelijkheid om zich met klachten over hun verblijfstatus tot het Hof wenden.<sup>57</sup> Met de positieve uitspraken van

---

<sup>57</sup> Bonjour, *Grens en Gezin*, 189.

het Hof werd indirect een begin gemaakt met het dichten van de kloof in het Nederlandse vreemdelingenbeleid.

De Europese Raad bestond aanvankelijk uit tien landen, maar inmiddels zijn dat er 47. Nieuwe lidstaten konden pas toetreden nadat hun regering het EVRM had geratificeerd. Het Verdrag is sinds het van kracht worden in 1950 uitgebreid met 15 protocollen die de controle op de bescherming van de mensenrechten verscherpen. Het meest ingrijpende protocol stamt uit 1998; daarmee werd bepaald dat lidstaten van de Europese Unie zich door ondertekening van het Verdrag van Amsterdam conformeerden aan het EVRM. Daarmee was het EVRM niet langer uitsluitend voorbehouden aan de leden die de Conventie hadden geratificeerd. De toetreding van de EU tot de Raad van Europa leverde nog wel enkele juridische obstakels op, zodat de EU zich pas met de ondertekening van het Verdrag van Lissabon in 2009 als geheel aan het EVRM verbond. Het belangrijkste gevolg van deze collectieve toetreding is dat het Hof bevoegd is te oordelen of beslissingen van bestuursorganen binnen de EU verenigbaar zijn met de verdragsbepalingen van het EVRM. EU-lidstaten moeten hun wetgeving zo inrichten dat deze de werking van het EVRM niet belemmert, zoals in de eerste factor al is genoemd. Dit proces is nog altijd gaande. Naast de protocollen draagt ook de jurisprudentie van het Hof bij aan de doorontwikkeling van het EVRM.<sup>58</sup> De stijging van het aantal klachten op grond van artikel 8 EVRM stuwt de laatste jaren de werklast van het Hof omhoog, wat suggereert dat de uitgebreide jurisprudentie van het Hof niet (altijd) tot opheffing van discrepanties in de uitvoering van het vreemdelingenbeleid leidt. Het Hof noemt het EVRM een *living instrument* en ziet het als zijn taak de interpretatie van de bepalingen te ijken aan de eisen van de tijd en waar nodig bij te stellen.<sup>59</sup>

### 3.2 Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

In 1959 werd in Straatsburg de Europese Commissie voor de rechten van de Mens (ECieRM) (sinds 2009 Europees Hof voor de Rechten van de Mens) gevestigd. Het Hof wordt gevormd door 47 onafhankelijke rechters van de Raad van Europa die zich in hun eigen lidstaat voor een termijn van zes jaar kandidaat kunnen stellen. Per zaak houden zeven rechters zitting, maar bij grote zaken zijn dat er zeventien. Burgers kunnen zich

---

<sup>58</sup> Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) [http://www.europa-nu.nl/id/vh7dovnw4czu/europees\\_verdrag\\_tot\\_bescherming\\_van\\_de](http://www.europa-nu.nl/id/vh7dovnw4czu/europees_verdrag_tot_bescherming_van_de), verkregen op 15 maart 2015.

<sup>59</sup> *Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (V) voor het jaar 2012*, Eerste Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 000 V, 4, 5.

sinds 1999 rechtstreeks tot het Hof wenden. Daarnaast heeft het Hof de functie van juridisch platform wat het voor groepen, organisaties en lidstaten mogelijk maakt om op grond van de artikelen van het EVRM een klacht tegen een lidstaat deponeren; deze groepen kunnen hier volgens Cornelius ageren tegen een door lidstaten te rigide toegepast vreemdelingenbeleid. De ontvankelijkheid van een klacht wordt bepaald aan de hand van vier criteria: de klager moet persoonlijk gedupeerd zijn; de klacht moet gericht zijn tegen een publieke instantie; de klager moet in eigen land uitgeprocedeerd zijn en tenslotte is de termijn voor het deponeren van klachten zes maanden na de definitieve uitspraak van de nationale rechter.<sup>60</sup> Het Hof kan in sommige gevallen op grond van artikel 41 Procesrecht voorrang verlenen aan spoedeisende zaken. Hierbij is meestal een interimmaatregel van kracht. Deze maatregel is sinds enkele jaren juridisch bindend; niet naleving kan de lidstaat een sanctie opleveren op grond van artikel 34 EVRM.<sup>61</sup> Aan de hand van de genoemde criteria moet een rechter (voorheen drie) bepalen of een klacht ontvankelijk is. Is dat het geval, dan zal het Hof eerst proberen om met *mediation* een schikking te treffen. Slaagt het Hof daar niet in, dan wordt gekeken of er sprake is van schending. Artikel 50 bepaalt voorts of de eisende partij recht heeft op een schadeloosstelling. De uitspraken van het Hof zijn bindend, maar het Hof heeft geen bevoegdheid om aan de lidstaat een uitvoeringsverplichting op te leggen. Daarom houdt het Comité van Ministers van de Raad van Europa toezicht op het remediëren van tekortkomingen door de veroordeelde staat. Alle jurisprudentie van het Hof komt door hoofdelijke stemming tot stand. Deze vorm van rechtspreken levert in een aantal zaken een oordeel op dat niet unaniem door de voltallige raad wordt gedragen. Opvallend hierbij is dat het niet altijd de stem van de meerderheid hoeft te zijn die tot aanpassing van het nationale vreemdelingenbeleid leidt; ook de zienswijzen van tegenstemmende rechters van het Hof of van rechters die hun argumenten willen benadrukken kunnen op termijn tot herzieningen van het vreemdelingenbeleid leiden.<sup>62</sup> Dit proces ondersteunt mijn stelling over de *gap*-theorie dat het Hof verantwoordelijk is voor de kloof.

Onderzoeker Thym stelt dat het Hof zich in de cases Sisojeva en Rodrigues Da Silva & Hoogkamer op onbekend (onbevoegd) terrein heeft begeven met de uitspraak dat de lidstaten het recht op bescherming van het privé- en gezinsleven hadden

---

<sup>60</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) [http://www.europa-nu.nl/id/vg9hmms5gzyv/europees\\_hof\\_voor\\_de\\_rechten\\_van\\_de\\_mens](http://www.europa-nu.nl/id/vg9hmms5gzyv/europees_hof_voor_de_rechten_van_de_mens), verkregen op 5 juni 2015.

<sup>61</sup> T. Barkhuysen en M. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg' *NJCM-Bulletin* 31 (2006) 39-64, aldaar 41.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

geschonden door aan deze klagers verblijf te ontzeggen. Deze opmerking roept vragen op over de invloed van het Hof op de immigratiewetgeving van lidstaten en indirect op de onderliggende EU-richtlijnen, zoals ook in de eerste factor genoemd. In zijn artikel suggereert Thym dat het Hof met het opstellen van toetscriteria conform de artikel 8-bepalingen feitelijk de vreemdelingenwetgeving van lidstaten reguleert. In zijn rol van toezichtorgaan draagt het Hof dus actief bij aan de doorontwikkeling en harmonisatie van een EU-wetgeving, waarin de mensenrechten sterker zijn vertegenwoordigd. Met mijn stelling dat het Hof aan de kloof bijdraagt sluit ik aan bij het werk van Thym.<sup>63</sup>

Dit proces zou het aantal klachten tegen lidstaten wegens het niet naleven van jurisprudentie van het Hof moeten verminderen. Hoewel het Hof 'absolute coherentie' nastreeft, geeft het zichzelf de mogelijkheid om van een gehandhaafd precedent af te stappen wanneer een andere interpretatie van een verdragsartikel in een casus meer recht doet aan artikel 8 EVRM. Dit geldt echter niet omgekeerd; lidstaten moeten hun beschikkingen toetsen aan de jurisprudentie van het Hof, zoals door mij als vierde en belangrijkste factor is genoemd. Overheden die te laks zijn met het ratificeren van protocollen zorgen bovendien dat het systeem verstopt raakt.<sup>64</sup> Tijdens een *expert meeting* in 2012 sprak de president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens, in het kader van de geconstateerde overbelasting van het Hof van een alarmerende situatie, waarmee hij wilde aangeven dat de bescherming van de mensenrechten in de rechtsordes van de lidstaten tekortschiet.<sup>65</sup>

Volgens hoogleraar Europees recht R.A. Lawson kan daar met de beschikbare cijfers nog op worden afgedongen: het aantal tegen Nederland gerichte klachten bedroeg in 2011 minder dan 1% (491 van 50 000 klachten). Ook had minder dan 0,5% van de arresten (6 van 1500) betrekking op klachten tegen Nederland, waarbij voor een deel geen schending van het verdrag werd aangenomen. Lawson concludeert voorts dat meer dan 94% van de tegen Nederland gerichte klachten eenzijdig door het Hof wordt afgewezen of niet-ontvankelijk verklaard. Wel is er bij klachten tegen Nederland geregeld sprake van een verzoek om een interim maatregel om voortijdige uitzetting dan wel uitlevering tijdens de lopende procedure te voorkomen; in 2011 waren dat er 37, wat neerkomt op ca. 10% van het totale aantal toegekende maatregelen in dat jaar.

---

<sup>63</sup> Thym, 'Respect for private and family life under article 8', 101.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> *Verslag van een expert meeting over de vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (V) voor het jaar 2012*, 4.

Dat dit aantal afneemt ziet Lawson als Nederlandse trouw aan het Hof voor wat betreft het toepassen van verdragsverplichtingen in de uitvoeringspraktijk.<sup>66</sup> Deze trouw is mijns inziens gelegen in de ‘monistische traditie’, waaruit de directe werking van internationaalrechtelijke verplichtingen voortvloeit. Bovendien geeft Lawson geen verklaring voor de snelle stijging van het aantal aangenomen schendingen in de laatste decennia of hoe schendingen kunnen worden voorkomen. De kritiek die het Hof de laatste jaren ten deel valt suggereert dat het Hof de internationale verdragsregels laat prevaleren boven het recht van lidstaten om een restrictief immigratiebeleid na te streven. Dergelijke kritiek sluit aan bij mijn opvatting dat het Hof verantwoordelijk is voor de kloof in beleidsdoelstelling en uitvoeringspraktijk. Ook de beoordelingsruimte die aan de nationale rechtspraak is toegestaan en overheden in staat moet stellen om in bijzondere gevallen van de voorgeschreven jurisprudentie van het Hof af te wijken wordt door het Hof minutieus gewogen. Het nationale hof moet kunnen motiveren vanuit welk oogpunt inmenging door de overheid noodzakelijk is. Het Hof heeft daarbij de taak om de zienswijze van de lidstaat te beoordelen en indien nodig de vaste jurisprudentie te herzien.<sup>67</sup>

### *Conclusie*

De oprichting van de Raad van Europa in 1949 had tot doel meer economische en sociale stabiliteit tussen de lidstaten te realiseren. Het EVRM maakte het voor burgers mogelijk om klachten over hun overheid bij een hogere instantie neer te leggen. De uitspraak in de zaak Abdulaziz Cabales and Balkandali v VK van 1985 bracht het EVRM binnen het bereik van derdelanders. Het EVRM is er om te zien op de bescherming van burgerrechten, wat voor lidstaten een obstakel vormt in de regulering van migratiezaken. De toetreding van de EU tot het EVRM moet tot harmonisatie van immigratiewetgeving in Europa leiden. Dit geldt ook voor de jurisprudentie die voortkomt uit klachten over lidstaten bij het Hof. Hoewel het Hof niet bevoegd is zich in het autonome gezag van lidstaten te mengen, staan er wel sancties op het niet opvolgen van wijzigingen. Met het toenemend aantal uitspraken brokkelt de autonomie van lidstaten om een restrictief immigratiebeleid te voeren verder af.

---

<sup>66</sup> *Verslag van een expert meeting*, 16.

<sup>67</sup> *Ibidem*, 4.

## Hoofdstuk 4. De toets aan artikel 8 EVRM

---

In het eerste hoofdstuk heb ik een overzicht gegeven van de doelgroepen waarop het migratiebeleid van toepassing is en hoe dit beleid is ontstaan. In het tweede hoofdstuk heb ik de noodzaak voor uitbreiding van de reikwijdte van het EVRM voor de bescherming van de rechten van vreemdelingen alsmede het toezicht daarop door het Hof uitgelegd. In dit hoofdstuk wil ik aangeven dat het Hof met het bindend opleggen van toetsing een paradigmaverschuiving teweegbrengt die de kloof tussen het Nederlandse migratiebeleid en de uitkomsten daarvan in de praktijk lijkt te vergroten. De toets aan artikel 8 is samengesteld uit de voorwaarden van lid 2, die stipuleren wanneer een verblijfaanvraag kan worden afgewezen. De interpretatie daarvan wordt gegeven in uitspraken van het Hof die betrekking hebben op de beoordeling van klachten tegen verschillende lidstaten. Het Hof maakt duidelijk dat het EVRM moet worden gezien als een *living instrument*; de toets is daarom aan verandering onderhevig; iedere nieuwe uitspraak kan uitbreiding van toetsing tot gevolg hebben.

### 4.1 De verplichting tot toetsing

Het Nederlandse vreemdelingenbeleid schrijft gedetailleerd en per verblijfsbeperking voor welke migrantengroepen recht hebben op toegang. Lidstaten van de Conventie zijn op grond van artikel 46 EVRM ook gehouden om al het mogelijke te doen (*mutatis mutandis*) om het recht op uitoefening van het privé- of gezinsleven zoals bedoeld in artikel 8 EVRM, lid 1 en 2 te waarborgen. In de uitvoeringspraktijk betekent dit dat iedere inbreuk in dat recht moet worden afgewogen tegen het collectieve belang van de staat. Dat maakt het noodzakelijk om iedere casus afzonderlijk te beoordelen; de toets aan artikel 8 EVRM moet daarin voorzien.

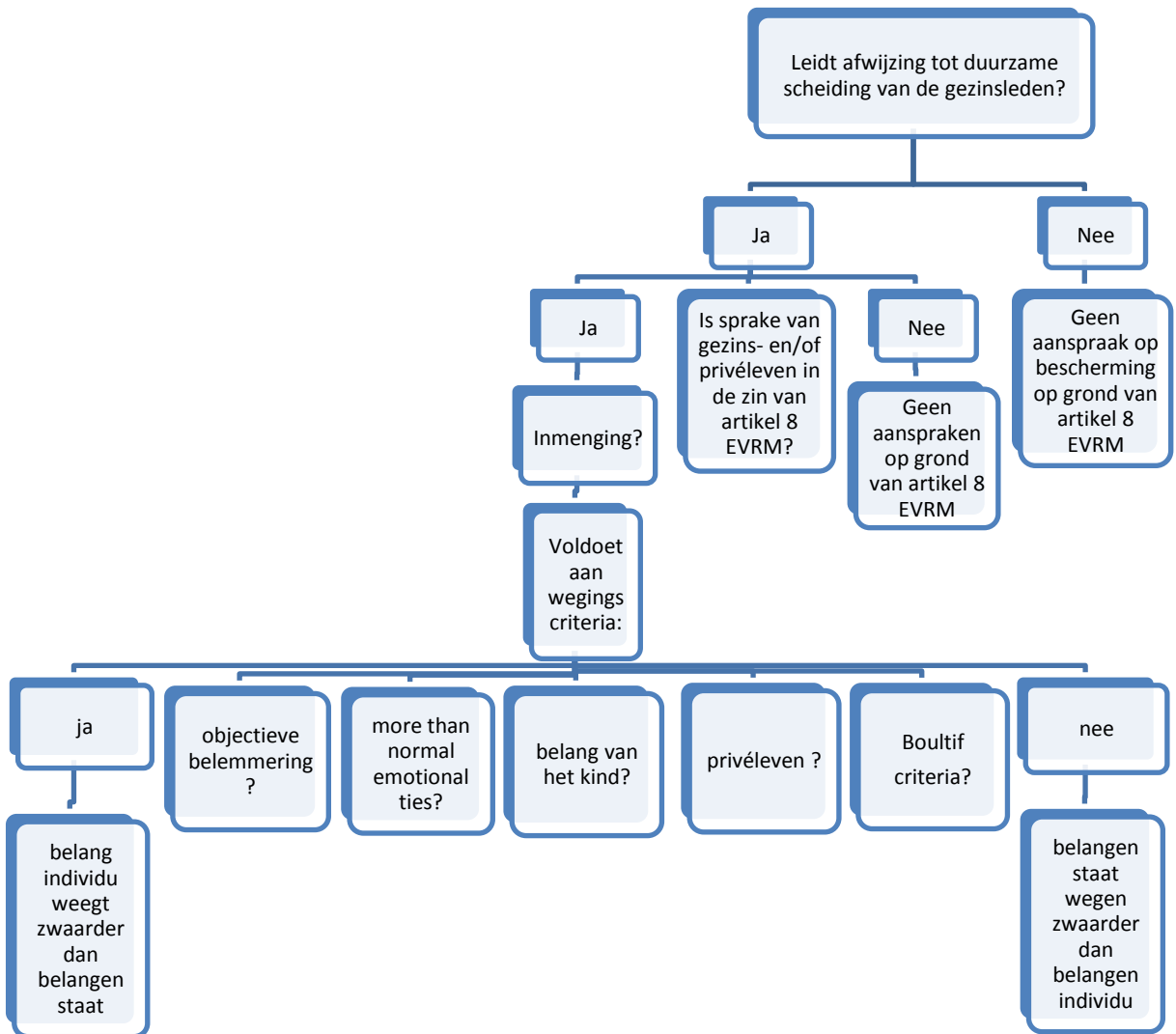
Wanneer de aanwijzingen consequent worden opgevolgd zal toetsing leiden tot een redelijk evenwicht tussen de integrale belangen en is er voldaan aan de verdragsrechtelijke voorwaarden die het respect voor de uitoefening van het privé- en gezinsleven moeten garanderen. De *fair balance test* is evenals het Verdrag een *living instrument*, wat wil zeggen dat de toetscriteria voortdurend onderhevig zijn aan bijstelling in het licht van hedendaagse normen en waarden. Door de toets stapsgewijs te doorlopen kan worden beoordeeld of met het afwijzen van een aanvraag het recht op

uitoefening van het privé- of gezinsleven wordt geschonden. Wanneer dat het geval is moet worden getoetst of de inbreuk gerechtvaardigd is. Er wordt dan bekeken of afwijzing van een aanvraag *noodzakelijk* is, dan wel *proportioneel* ten opzichte van het overheidsbelang. Het mag dus niet zo zijn dat een lidstaat besluit tot uitzetting of weigering van toegang zonder aantoonbaar alle aspecten van de aanvraag te hebben getoetst. Het achterwege laten van (een deel van) toetsing komt de staat op een schending van artikel 8 EVRM te staan. Als het stringent hanteren van een beleidsregel voor een aanvrager disproportioneel uitvalt kan de aan de nationale rechtspraak toegestane *margin of appreciation* soelaas bieden. Met de invoering van Protocol 15 in 2014 werd deze vrije beoordelingsruimte geratificeerd.<sup>68</sup> Het Hof treedt uitsluitend op als toezichthouder en bewaakt in die hoedanigheid de eerbiediging van het recht op bescherming van het privédoel van de burger.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> *Voorstel van Rijkswet (13-02-2014) houdende goedkeuring van het op 24 juni 2013 te Straatsburg tot stand gekomen Protocol nr. 15 tot wijziging van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden* (Trb. 2013, 130).

<sup>69</sup> Preambule van het EVRM.



**4.1a De fair balance test in schematisch overzicht gezet**

#### 4.2 De jurisprudentie van het Hof bepaalt de kaders voor toetsing

Uit deze paragraaf kan geconcludeerd worden dat de door mij genoemde vierde factor het belangrijkste is voor mijn onderzoek. De toets is aan aanpassing onderhevig en verbreedt daarmee de kloof tussen de beleidsdoelen en de uitvoeringspraktijk van lidstaten. De beperkende voorwaarden van artikel 8 EVRM, lid 2 zijn niet scherp afgebakend en geven ruimte voor interpretatie. Het Hof is conform artikel 32 EVRM bevoegd om deze bepalingen alsmede aanvullende protocollen naar eigen inzicht te interpreteren en in goed vertrouwen toe te passen in zaken die ter beoordeling aan het Hof worden voorgelegd. Vervolgens worden met de vaste jurisprudentie van het Hof aan lidstaten criteria opgelegd die de reikwijdte van de (beperkende) voorwaarden onder lid 2 van het artikel moeten aangeven. Deze criteria zijn vastgelegd in de toets. Zo werd met het arrest *Marckx v België* (1979) in eerste instantie aan lidstaten de positieve verplichting opgelegd om het onderscheid tussen natuurlijke en wettige kinderen in de nationale wetgeving op te heffen. Voor die tijd moest een ongehuwde moeder op grond van het Belgische recht haar kind eerst erkennen om een juridische afstammingsrelatie te laten ontstaan tussen moeder en kind. Tussen het kind en de rest van de familie ontstond deze relatie niet. Bovendien had een erkend kind een slechtere erfrechtelijke positie dan een binnen het huwelijk geboren kind.<sup>70</sup> De wetswijziging betreffende afstamming werd echter pas in 1987 in België ingevoerd en niet voordat het Comité van Ministers de Belgische overheid nog een keer op de vingers had moeten tikken om te remediëren. Het arrest *Marckx* is voor de belangenafweging van artikel 8 EVRM op meerdere punten van belang; inherent aan het erkennen van de gezinsband buiten het huwelijk geldt als wettelijke basis voor de uitoefening van het gezinsleven de relatie met de feitelijke opvoeder (die niet per definitie deel uitmaakt van de *ipso jure* gezinsband, zie ook *Kroon v Nederland* (1994)).<sup>71</sup>

De uitspraak in de zaak *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v VK* (1985) maakte voor alle in Europa verblijvende vreemdelingen de weg vrij om zich te beroepen op het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven door hun lidstaat. In die eerste vreemdelingenzaak betrof het een beroep op artikel 8 EVRM om in het verblijf land een gezin te vormen met een partner uit het land van herkomst. Er was geen eerder gezinsleven en een noodzaak om verblijf ter plaatse toe te staan was er niet. Op die

---

<sup>70</sup> EHRM 13/06/1979 6833/74 (*Marckx v Belgium*) en <http://www.vrouwenrecht.nl/1979/06/13/instantie-europees-hof-voor-de-rechten-van-de-mens-13-juni-1979/>, verkregen op 5 maart 2016.

<sup>71</sup> *Ibidem* en EHRM 27/10/1994 18535/91 (*Kroon v The Netherlands*).

overwegingen stelde het Hof de lidstaat (gedeeltelijk) in het gelijk. Het tweede gedeelte van de klacht betrof de ongelijke behandeling op grond van geslacht; dat deel hield stand en het Hof nam in deze zaak een schending van artikel 14 aan. Toch bleek er alom onduidelijkheid te bestaan over de wijze van beoordeling door het Hof, waardoor het Hof zich diverse malen geroepen voelde om toe te lichten dat het recht van migranten op een vrije domiciliekeuze niet door de garanties van het EVRM wordt gedekt. Hoewel dus de claim van de buitenlandse vrouwen geen standhield, was het precedent geschapen.

In *Berrehab v Nederland* (1988) rekende het Hof af met het *sine qua non* beginsel dat de wettelijke reikwijdte van het begrip uitoefening van het gezinsleven bepaalde. Daarop kon uitsluitend binnen de kaders van het huwelijk een beroep worden gedaan. In de behandeling van de zaak *Keegan v Ierland* (1994) waarin de vader bij het Hof zijn recht claimde op de gezinsband met zijn (ongeboren) kind dat door de moeder ter adoptie werd afgestaan, kreeg de werking van deze uitspraak een vervolg. In mijn onderzoeksresultaten zal ik aantonen dat de begrippen *gezinsband* en *gezinsleven* op essentiële punten van elkaar verschillen.<sup>72</sup>

Hoewel het remediëren van een schending alleen voor de lidstaat in het geding geldt, dient de betreffende uitspraak integraal als handleiding voor het beoordelen van soortgelijke situaties. Hiermee hebben uitspraken van het Hof een *erga omnes*-werking, vooral in arresten waarin een verdragsbepaling wordt gedeut. Dit leidt ertoe dat het Hof in lidstaten de kloof tussen beleidsdoel en eindresultaat op het gebied van vreemdelingenrecht in stand houdt.<sup>73</sup>

Hoewel de interpretatie en juridische impact van de toetscriteria voor lidstaten diffuus is, heeft de toets aan artikel 8 EVRM zich de afgelopen decennia ontwikkeld tot een niet meer weg te denken parameter voor het bewaken van het institutionele evenwicht. In de uitvoeringspraktijk leiden de toetsuitslagen echter herhaaldelijk tot klachten, die op hun beurt nieuwe uitspraken van het Hof voortbrengen, al dan niet gepaard gaand met herzieningen van het Nederlandse gezinsmigratiebeleid. De toets aan artikel 8 zet daarin in toenemende mate de kaders voor het door lidstaten gevoerde uitzet- en toelatingsbeleid voor niet-Europese vreemdelingen (derdelanders). Dit sluit aan bij mijn interpretatie van de *gap*-theorie.

---

<sup>72</sup> EHRM 21/06/1988 10730/84 (*Berrehab v The Netherlands*) en EHRM 26/05/1994 16969/90 (*Keegan v Ireland*).

<sup>73</sup> M. van Emmerik, 'Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM', 133. <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/15844/Verplichtingen%20voor%20de%20wetgever.pdf?sequence=1>.

### 4.3 De positieve (en inherente negatieve) verplichting

Zoals hierboven uiteengezet is, legt het Hof aan lidstaten een positieve verplichting op om aantoonbaar al het mogelijke te doen om het respect voor de uitoefening van het privé- of gezinsleven te waarborgen, ongeacht of dat verdragsrecht interfereert met het belang van de staat. De uitspraak *Rees v UK* bracht vooral helderheid met betrekking tot de doorwerking van die verplichting voor het waarborgen van dat redelijke evenwicht in de belangenafweging. De *fair balance test* vloeit dus voort uit de positieve verplichting die sinds het arrest *Rees v UK* (1986) aan lidstaten wordt opgelegd.<sup>74</sup> In de onderhavige zaak betrof de klacht tegen de lidstaat niet per se de weigering om het veranderde geslacht te registreren, maar liep de belangenafweging vast in de eis van klager dat het authentieke geboortebewijs werd vernietigd. Dat ging de gemeenteambtenaar te ver, temeer daar een dergelijke aanpassing in het persoonsregistratiesysteem nog geen garantie gaf voor de beoogde bescherming van het privéleven.<sup>75</sup> Lawson zet zijn vraagtekens bij de wijze waarop het oordeel van het Hof tot stand is gekomen en citeert de opinie van tegenstemmende rechter Martens dat er in deze zaak sprake zou zijn van verdraaiing van de (ongemakkelijke) werkelijkheid, die het bestaan van verborgen beleidsagenda's suggereert.<sup>76</sup> Rechtswetenschapper Dimitris Xenos wijst op de dubbele werking van de positieve (dan wel negatieve) verplichting in situaties waarbij sprake is van conflicterende belangen ten opzichte van meerdere individuen. Recht doen aan het ene belang brengt altijd een inbreuk in het recht van het andere individu met zich mee, zie ook *Keegan v Ierland*. Bij het ontbreken van een afgebakende definitie blijft de scheidslijn tussen positieve en negatieve verplichtingen vaag. Dat maakt het voor een lidstaat moeilijk om te bepalen wat er per situatie gedaan moet worden of achterwege dient te blijven.<sup>77</sup>

Met de uitspraak *Hokkanen v Finland* (1994) kwam er meer duidelijkheid met betrekking tot het begrip *negatieve* verplichting die uit de positieve verplichting voortvloeit. Het Hof wees de lidstaat op de *negatieve* verplichting om de eventuele schade die de dochter van klager zou ondervinden indien de gezinsrelatie met de grootouders werd opgeheven niet in de belangenafweging te betrekken. De uitspraak in

---

<sup>74</sup> R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de *'fair balance'*-test, deel 1' *NJCM-Bulletin* 20-5 (1995) 558-573, aldaar 558-560.

<sup>75</sup> EHRM 17/10/1986 9532/81 (*Rees v. United Kingdom*).

<sup>76</sup> Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM', 558-560.

<sup>77</sup> D. Xenos, *The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights* (New York 2012) 129, EHRM 26/05/1994 16969/90 (*Keegan v Ireland*).

Hokkanen v Finland wordt in hoofdstuk 5 nader toegelicht.<sup>78</sup> Het Hof erkent dat het nooit helemaal duidelijk is wanneer de positieve verplichting van de staat (alles te doen) een negatieve verplichting inhoudt (iets na te laten), maar beide maken deel uit van de toets en zijn dus bindend; de lidstaat dient daarbij te waken voor arbitraire inmenging. Xenos pleit voor een grotere flexibiliteit in de toets en legt uit hoe met het bundelen van positieve en negatieve verplichtingen harmonisatie in de toets kan worden bereikt. Een overzichtelijk en op maat gesneden model zou het bepalen van de te volgen route vergemakkelijken. Hij verwacht dat daarmee het vreemdelingenbeleid van lidstaten transparanter wordt en de gang naar het Hof in frequentie zal afnemen, wat direct een vermindering van het aantal klachten te zien zal geven.<sup>79</sup>

#### 4.4 *De rechten van het kind*

Het Hof stelt de rechten van het kind als eerste vereiste waaraan in de belangenafweging moet worden voldaan. Ieder belang dat boven het belang van het kind staat zal in de rechtspraak concreet moeten worden aangetoond. Een teleologische benadering vereist zelfs dat de belangen van kinderen in een zaak gewogen worden vóór toetsing aan artikel 8 EVRM. In de zaak *Butt v Noorwegen* (2012) oordeelde het Hof dat in situaties waar het kind wordt gebruikt om rechtmatig verblijf af te dwingen, de kinderen de gevolgen zullen moeten dragen van de keuzes van hun ouders. Het Hof geeft echter geen uitleg met betrekking tot de implicaties van die overweging. Bovendien was het belang van het kind in deze zaak niet meer relevant omdat de kinderen al meerderjarig waren en hun moeder inmiddels was overleden.<sup>80</sup> In een tweede arrest, de zaak *Kaplan et al. v Noorwegen* (2014), verwijst het Hof naar dezelfde passage uit het arrest *Butt v Noorwegen*, maar worden opnieuw de gevolgen van die overweging niet uiteengezet.<sup>81</sup> Het Hof verklaarde later dat er in beide zaken sprake was van uitzonderlijke omstandigheden die voor de lidstaat een positieve verplichting meebrachten om verblijf toe te staan. In *Kaplan et al.* was dat het 'belang van het kind' en in *Butt* indirect ook, gelet op het feit dat het frauduleuze handelen van de moeder de kinderen (op grond van hun jonge leeftijd destijds) niet kan worden aangerekend.

---

<sup>78</sup> EHRM 23/09/1994 19823/92 (*Hokkanen v Finland*).

<sup>79</sup> Xenos, *The Positive Obligations of the State*, 130.

<sup>80</sup> EHRM 04/12/2012 47017/09 (*Butt v Norway*).

<sup>81</sup> EHRM 24/10/2014 32504/11 (*Kaplan and other v Norway*).

Hieruit volgt dat de belangen van het kind in de integrale belangenafweging een, of zelfs *de* beslissende factor vormen. Het ligt dus op de weg van de staat om te onderzoeken of er binding is met het verblijfland. Dit aspect dient expliciet en in combinatie met de overige relevante omstandigheden in de beschikking te worden vermeld. Dat laatste dwingt lidstaten tot het objectief onderzoeken van de (gevolgen voor) de kansen op een positieve ontwikkeling van het kind (zie artikel 6 IVRK) wanneer het kind *niet* met de ouders wordt verenigd, of wanneer uitzetting leidt tot beëindiging van het feitelijke gezinsleven.<sup>82</sup>

De afwijzing van de aanvraag voor gezinshereniging in de zaak *Sen v Nederland* (2001) berustte op het niet voldoen aan het MVV vereiste van de negenjarige dochter *Sinem*.<sup>83</sup> De overheid besliste op grond van artikel 11 par. 5.3 Vc dat de afwijzing proportioneel was, een 'wezenlijk Nederlands belang' diende (bevolkingsdichtheid) en er geen 'klemmende redenen van humanitaire aard' waren die de afgifte van de verblijfsvergunning konden rechtvaardigen. Het Hof oordeelde echter dat het belang van het meisje minstens zo zwaar, zo niet zwaarder had moeten wegen dan dat van haar jongere in Nederland geboren broer en zus. Deze uitspraak is consistent met de directe werking van vaste jurisprudentie van het Hof, waarin is bepaald dat het nareizende kind *primair* in de belangenafweging dient te worden meegenomen. Het is dan ook opmerkelijk te noemen dat de lidstaat zelf niet tot die afweging kwam. Ook *Dembour* concludeert aan de hand van jurisprudentie van het Hof dat de afweging 'kansen op een positieve ontwikkeling van het kind' de laatste jaren steeds vaker recht geeft op inwilliging, zie ook onder 4.12.<sup>84</sup>

#### 4.5 *Het begrip gezinsband*

De meeste reguliere aanvragen tot verblijf worden beoordeeld in het kader van gezinshereniging. Toelating hangt dus af van de aantoonbare hechte persoonlijke banden (de zogenaamde *close personal ties*) tussen de aanvrager en de ontvanger. Er moet concreet sprake zijn van een reeds bestaande gezinsverhouding. In het Nederlandse vreemdelingenbeleid kent men het begrip 'feitelijke gezinsband'.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Kabinetsreactie Derde Jaarrapportage College voor de Rechten van de Mens "Mensenrechten in Nederland 2014", 5.

<sup>83</sup> EHRM 21/12/2001 31465/96 (*Sen v The Netherlands*).

<sup>84</sup> M.B. Dembour, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint* (Oxford 2015) 456.

<sup>85</sup> Kamerstuk 31549 nr. M, 4.4.13 'Brief van het Ministerie van Justitie, Directie Migratiebeleid aan de Eerste Kamer der Staten Generaal', kenmerk 2013-0000128956 van 2 april 2013 inzake nareis, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-31549-M.html>, verkregen in augustus 2015.

Voor dit begrip wordt aangesloten bij artikel 8 EVRM, waarbij als voorwaarde geldt dat er eerder sprake moet zijn geweest van een gezinsleven. Het Hof hanteert echter het principe dat een kind dat uit een huwelijk of partnerrelatie wordt geboren deel uitmaakt van een gezinsband die zo natuurlijk is, dat alleen omstandigheden van buitenaf die teniet kunnen doen. De gezinsband begint dus al bij het aangaan van een relatie tussen twee mensen, maar of een relatie daadwerkelijk het uitoefenen van een gezinsleven nastreeft hangt af van meerdere factoren, zoals de duur van de relatie, het hebben van kinderen en de wijze waarop aan de uitoefening van het gezinsleven wordt vormgegeven.<sup>86</sup>

In de eerdergenoemde zaak *Berrehab v Nederland* (1988) bepaalde de Nederlandse immigratieautoriteit dat de gezinsband met vrouw en kind ophield te bestaan op het moment dat het huwelijk werd ontbonden. Als gevolg daarvan verviel de aanspraak van de klager op rechtmatig verblijf en werd hem de verlenging van zijn verblijfsvergunning geweigerd. Dochter Rebecca werd na de echtscheiding geboren; moeder kreeg de voogdij en vader werd benoemd tot toezienend voogd. Zowel financieel als in de omgang nam de vader een groot deel van de zorg voor Rebecca voor zijn rekening. De overheid nam ook het feitelijke gezinsleven niet mee in de belangenafweging en besliste in 1983 definitief tot uitzetting. Voor het Hof was het gegeven dat de vader na de echtscheiding nauw bij de opvoeding van zijn dochter was betrokken de beslissende factor in het belang van het kind. Het Hof nam een schending aan en benadrukte in deze zaak dat het genieten van een gezinsleven niet per se verplicht tot samenwonen.<sup>87</sup>

In de zaak *Kroon v Nederland* (1994) kreeg de lidstaat mede op grond van artikel 14 EVRM een verplichting opgelegd om de interne wetgeving aan te passen.<sup>88</sup> Deze uitspraak is voor de belangenafweging in het kader van artikel 8 EVRM op meerdere punten van belang: voor het eerst kwam er meer duidelijkheid met betrekking tot de positieve verplichting van de staat en kreeg het begrip 'gezinsleven' een prominentere plaats toebedeeld in de toets aan artikel 8 EVRM.<sup>89</sup>

Een hernieuwd contact met de ouder kan voor een kind bedreigend zijn (zie ook *Ciliz* 5.3). De staat moet dan een redelijk evenwicht vinden dat aan het belang van het

---

<sup>86</sup> Boeles en Bruins, *Case law on Article 8*, 2.

<sup>87</sup> EHRM 21/06/1988 10730/84 (*Berrehab v The Netherlands*).

<sup>88</sup> *Publicatie EHRM, A 297-C, par. 40, 24 649 'Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie'*, 28 maart 1996.

<sup>89</sup> EHRM 27/10/1994 18535/91 (*Kroon v The Netherlands*).

kind beantwoordt, maar mag daarbij geen dwang opleggen en moet voortdurend het welzijn van het kind voor ogen hebben. In de zaak Hokkanen oordeelde het Hof dat het tegen elke prijs mogelijk maken van gezinshereniging tussen vader en dochter na een langdurige onderbreking weliswaar geen absoluut karakter heeft, maar dat binnen de reikwijdte van de positieve verplichting een ruime aanlooperperiode voor hernieuwd contact moet worden aangehouden met als essentiële voorwaarde dat alle betrokken partijen zich daarin begripvol en welwillend opstellen.<sup>90</sup>

#### 4.6 *Het begrip gezinsleven*

De interpretatie van het begrip *gezinsleven* vormt het fundament waarop de toets aan 8 EVRM wordt toegepast. Hoe lastig het is om *gezinsleven* te definiëren blijkt ook uit de uitspraak *Moustaquim v België* (1991). Volgens tegenstemmende rechters van het Hof zou de minderjarige Belg zelf het gezinsleven hebben verstoord door vaak van huis weg te lopen. De werking van uitspraken van het Hof brengt dynamiek in de interpretatie van dit begrip. In de zaak *Kroon v Nederland* (1994) stelde tegenstemmende rechter Bonicci dat de Nederlandse overheid op grond van het wetgevingsbeginsel *pater is est quem nuptiae demonstrant* gehouden was de wettige status van het kind Samir te waarborgen, zolang er voor het opheffen daarvan geen nieuwe garanties werden geboden, zoals de basisveiligheid van een volwaardig gezinsleven.<sup>91</sup> Het Hof stelde zich op het standpunt dat wanneer de biologische vader bij afwezigheid van de wettige echtgenoot deel uitmaakt van het gezinsleven met zijn kind hij het recht heeft om officieel te worden geregistreerd en stemde met een meerderheid van stemmen voor het opheffen van het wettelijke gezag.

#### 4.7 *Het recht op uitoefening van het gezinsleven*

Wanneer we de arresten *Kroon v Nederland* en *Keegan v Ierland* uit hetzelfde jaar aan de zienswijze van het Hof toetsen, zien we dat het Hof in beide zaken de kansen op een optimale ontwikkeling van de emotionele en sociale stabiliteit van het kind heeft laten prevaleren. In de uitspraak *Kroon v Nederland* (1994) kwam het Hof voor een dilemma te staan toen het de lidstaat op de positieve verplichting wees om de buitenechtelijke gezinsband te wettigen. Het Hof beoogde met het aannemen van een schending in deze

---

<sup>90</sup> EHRM 23/09/1994 19823/92 (*Hokkanen v Finland*).

<sup>91</sup> Artikel 199 Nieuw Burgerlijk Wetboek. Betekenis: de vader is degene die gehuwd is met de moeder.

zaak tegemoet te zijn gekomen aan de reikwijdte van het begrip *gezinsleven* conform artikel 8 EVRM, terwijl juist op dat punt niet aan de voorwaarden van gezinsleven werd voldaan; de moeder koos bewust voor alleenstaand ouderschap.<sup>92</sup> In de zaak Keegan v Ierland (1994) bood de moeder - nadat de relatie tijdens de zwangerschap werd verbroken - haar kind ter adoptie aan zonder de biologische vader daarvan in kennis te stellen. Een ongehuwde vader had voor de Ierse wet (nog) geen rechten. In 1990 deed de vader zijn beklag bij het Hof. Het Hof stelde hem in het gelijk en nam twee schendingen aan tegen de lidstaat: ten eerste werd door afstand te doen van het kind de gezinsband met de vader tenietgedaan en ten tweede werd door de staat *a priori* de ontwikkeling van een gezinsleven tussen vader en kind verstoord. Ook hierin had Ierland volgens uitspraak van het Hof de verplichting om de wet aan te passen.<sup>93</sup> Zo mag de overheid geen onderscheid maken in het recht op uitoefening van het gezinsleven van (gescheiden) ouders met hun wettelijk geadopteerde kinderen vis-à-vis kinderen van biologische ouders.<sup>94</sup>

#### 4.8 *More than normal emotional ties*

Wanneer volwassen gezinsleden met elkaar herenigd willen worden in het verblijfsland moeten zij kunnen aantonen dat er sprake is van een bijzondere afhankelijkheidsrelatie. Uit eerdere jurisprudentie van het Hof valt op te maken dat claims op grond van minderjarigheid structureel werden verworpen wanneer het kind zijn vormende jaren al in het land van herkomst had doorgebracht. Daarbij golden de sociale banden, taal en culturele achtergrond met het land van herkomst als belangrijkste parameter (zie ook *Ahmut v Nederland*, 1996).<sup>95</sup>

In de zaak *Akhtar, Johangir en Johangir v Nederland* (1993) concludeerde de lidstaat dat er geen recht was op uitoefening van het gezinsleven, omdat er tussen de vader en zijn zoons geen afhankelijkheidsrelatie bestond.<sup>96</sup> De vader en zijn derde zoon beklagden zich bij het Hof dat de immigratieautoriteit het begrip *gezinsleven* te nauw nam door het recht op gezinshereniging te baseren op 'het kerngezin van vader, moeder en minderjarige kinderen'. Er doen zich bij aanvragen voor gezinshereniging met enige regelmaat afwijkende gezinssituaties voor die zich tegen een achtergrond van complexe

---

<sup>92</sup> EHRM 27/10/1994 18535/91 (*Kroon v The Netherlands*).

<sup>93</sup> EHRM 26/05/1994 16969/90 (*Keegan v Ireland*).

<sup>94</sup> EHRM 20/08/2010 42276/08 (*Kurochkin v Ukraine*).

<sup>95</sup> EHRM 28/11/1996 21702/93 (*Ahmut v The Netherlands*).

<sup>96</sup> EHRM 07/04/1993 14852/89 (*Akhtar & Johangir v The Netherlands*).

religieuze en culturele familietradities hebben ontwikkeld. In een aantal Zuid- en Oost-Europese lidstaten is de afhankelijkheidsrelatie tussen familieleden bij de wet vastgelegd, zie ook 5.4.1.<sup>97</sup>

#### 4.9 *Het recht op uitoefening van het privéleven*

Het Hof interpreteert de duur van verblijf als maatstaf om aan te geven of het waarschijnlijk mag worden geacht dat de appellant (nog) banden heeft met het land van herkomst. Ook kan uit jurisprudentie van het Hof worden afgeleid dat bij dreigende *uitzetting* van een meerderjarige vreemdeling het in het verblijfland uitgeoefende gezinsleven in beginsel een grond vormt voor aanspraak op het recht op uitoefening van het *privéleven*, zie ook tabel 1.<sup>98</sup> Het niet toetsen van de aanvraag tot verblijf van de Spaanse echtgenote van een ETA activist, waardoor de afgifte van een permanente verblijfsvergunning jarenlang onnodig werd gerekt, kwam de lidstaat in de zaak *Mendizabal v Frankrijk* (2006) op een schending te staan.<sup>99</sup>

##### 4.9.1 *Tweedegeneratie vreemdelingen en hun sociale integratie*

Uit een rapport van het Ministerie van Justitie uit 1992 kwam naar voren dat de gezinnen van Turkse migranten in het geheel nareizen, terwijl er in Marokkaanse gezinnen eerder sprake is van partiële gezinshereniging. Rechtswetenschapper Ellen Naborn concludeert in haar onderzoek uit 1992 dat het bij Marokkaanse migranten in het algemeen de kinderen zijn die nareizen, terwijl er in de Turkse gemeenschap vaker (toekomstige) huwelijkspartners nareizen.<sup>100</sup> In die laatste groep is dan ook veelal sprake van een lange verblijfsduur van secundaire vreemdelingen, ook wel aangeduid met tweedegeneratie migranten. Het nareizende kind uit de Marokkaanse groep zou daardoor meer moeite hebben zijn plek te vinden in de nieuwe samenleving. De grotere mate van sociale integratie van de Turkse gemeenschap zou mede een verklaring kunnen zijn voor het feit dat juist door die groep vaker een beroep wordt gedaan op artikel 8 EVRM bij uitzetting.

---

<sup>97</sup> EHRM 09/10/2003 48321/99 (*Slivenko v Letland*).

<sup>98</sup> EHRM 13/02/2001 47160/99 (*Ezzouhdi v France*).

<sup>99</sup> EHRM 17/01/2006 51431/99 (*Mendizabal v France*).

<sup>100</sup> E. Naborn, *Gezinshereniging: De overkomst van gezinsleden van migranten en Nederlanders* (Den Haag 1992) 43-44.

#### 4.9.2 *Ne bis in idem - de controversie*

In de meeste EU-lidstaten geldt tegenwoordig als standaardregel dat tweedegeneratie migranten niet mogen worden uitgezet. In acht lidstaten is het bij de wet verboden om migranten uit te zetten die in het verblijfland zijn geboren of op jonge leeftijd zijn gekomen. Voor dat laatste bepaalt de leeftijdsgrens of aan de standaardregel tegemoet wordt gekomen; die kan variëren tussen 3 jaar in Oostenrijk en 15 jaar in Zweden.<sup>101</sup>

Uitzetting gaat doorgaans pas in na het uitzitten van de opgelegde gevangenisstraf, wat als een dubbele bestraffing wordt gezien. Voor jonge tweedegeneratie migranten vormt de gevangenisstraf vermeerderd met een inreisverbod van jaren relatief gezien een te groot deel van hun leven, wat uitzetting volgens het Hof disproportioneel maakt. Een ander gevolg is dat er tussen de opgelegde beslissing en de feitelijke uitzetting soms jaren verstrijken; een aantal criminele jongeren slaagt er in die periode in zich te rehabiliteren en een vak te leren, wat in de belangenafweging de *proportionaliteit* voor uitzetting wegneemt.

In Frankrijk laaide aan het begin van dit millennium de discussie op over de uitzetting van vreemdelingen na het uitzitten van een gevangenisstraf. Voor de toenmalige Franse minister Nicolas Sarkozy moest het draagvlak voor een eventueel verbod op uitzetting in kaart worden gebracht. Ook de Raad van Europa toonde zich in zijn aanbeveling 1504 van 14 maart 2001 bereid om een einde te maken aan het uitzetten van tweedegeneratie migranten. In 2002 verwierp de Franse *Assemblée nationale* een wetsvoorstel voor het versoepelen van de uitzettingsmaatregel en werd opgeroepen tot een verbod van uitzetting van tweedegeneratie migranten. In 2003 schafte Sarkozy de '*double peine*' voor tweedegeneratie migranten af.<sup>102</sup>

Rechtswetenschapper Jean-François Renucci bespeurt in recentere uitspraken van het Hof een toegenomen aandacht voor het proportionaliteitsbeginsel, vooral waar het de dreigende uitzetting van tweedegeneratie migranten betreft. Daarbij ligt het op de weg van lidstaten om de sociale banden van vreemdelingen met het verblijfland zwaar(der) mee te laten wegen.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> EHRM18/10/2006 2006/417 (Uner v The Netherlands).

<sup>102</sup> [www.atlantico.fr/decryptage/immigration-nicolas-sarkozy-souvenez-double-peine-que-avez-abolie-benoit-rayski-1827621.html#kKELwjVt5teGylMO.99](http://www.atlantico.fr/decryptage/immigration-nicolas-sarkozy-souvenez-double-peine-que-avez-abolie-benoit-rayski-1827621.html#kKELwjVt5teGylMO.99), verkregen op 20 oktober 2015.

<sup>103</sup> J.F. Renucci, *Introduction to the European Convention on Human Rights. The rights guaranteed and the protection mechanism* (Straatsburg 2005) 92-93.

#### 4.10 *Verbod op overheidsinmenging, tenzij...*

In Nederland wordt bij de behandeling van aanvragen tot verblijf onderscheid gemaakt tussen migranten die ooit een vergunning voor langdurig verblijf hebben gehad (groep 1) en migranten met een eerste verzoek om toelating voor langdurig verblijf (groep 2). Voor de eerste groep geldt dat er sprake is van inmenging wanneer een eerdere verblijfstatus niet wordt gecontinueerd. De verplichte toets aan artikel 8 EVRM moet de 'klemmende sociale noodzaak' voor inmenging kunnen aantonen. Daartoe staan een lidstaat een aantal beperkende voorwaarden ter beschikking:

##### 4.10.1 ... voorgeschreven 'bij wettelijke bepaling';

De inbreuk in het privé- of gezinsleven is dan gewaarborgd op grond van het rechtszekerheidsbeginsel onder de bepalingen van zowel EU-wetgeving als de algemene bepalingen van behoorlijk bestuur; bij niet naleving daarvan moeten de rechtsgevolgen voor iedereen openbaar toegankelijk zijn. Dit vereiste vraagt om een heldere formulering van regels, wat het voor de wetgever noodzakelijk maakt om de nationale wetgeving aan veranderende omstandigheden in de samenleving aan te passen.

De Raad van Europa heeft zich bij de totstandkoming van het Verdrag in 1950 uitvoerig gebogen over de term *unlawful* die in de *travaux préparatoires* wordt genoemd; de term zou een te negatieve lading hebben. Er kon in eerste instantie geen consensus kon worden bereikt over alternatieven als *arbitrary* en *unreasonable*. De term *unreasonable* kwam als beste keuze naar voren, maar bleek toch geen duidelijke rechtsgrond te hebben. Het werd *arbitrary*, omdat die aanduiding zowel het onrechtmatige karakter als de onredelijkheid van een overheidsbeslissing weergeeft.<sup>104</sup> Dit voorbeeld laat zien hoe moeilijk het is om met een bepaalde woordkeuze eenduidig de reikwijdte daarvan af te bakenen. Ook rechtswetenschapper Steven Greer constateert dat de wetgevingsaspecten van diverse lidstaten nog altijd voor meerdere uitleg vatbaar zijn.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> 'Preparatory work on article 8 of the European Convention of human rights', 9 augustus 1956, 11,12. [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH\(56\)12-EN1674980.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH(56)12-EN1674980.pdf).

<sup>105</sup> S. Greer, *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights* (Straatsburg 1997) 9.

#### 4.10.2 ... er een klemmende maatschappelijke noodzaak bestaat;

Wanneer inbreuk in het recht op uitoefening van het gezinsleven noodzakelijk wordt geacht, dient te worden beoordeeld of de beoogde maatregel proportioneel is ten aanzien van het beleidsdoel. In de uitspraak *Berrehab v Nederland* (1988) wordt uitleg gegeven aan de betekenis van de voorwaarde 'noodzakelijk in een democratische samenleving', in zoverre, dat een rechtstaat een dwingende reden moet hebben om inbreuk te plegen in het leven van burgers. Volgens Greer kan met het beantwoorden van vier vragen worden vastgesteld of inmenging zowel legitiem (*rule of law test*) als noodzakelijk (*democratic necessity test*) is, dan wel bij uitzondering is toegestaan:

1. is er sprake van inmenging in het recht op uitoefening privé- of gezinsleven?
2. is de inmenging gerechtvaardigd?
3. wordt daarmee daadwerkelijk een legitiem doel nagestreefd?
4. is de inmenging noodzakelijk in de rechtsorde van de lidstaat?

Daarnaast moet dus de proportionaliteit van een beslissing ten opzichte van het beleidsdoel worden aangetoond. Desondanks geven deze voorwaarden onvoldoende duidelijkheid ten aanzien van de positieve verplichting, de proportionaliteitsweging en de vrije beoordelingsruimte van een lidstaat, wat de noodzaak tot inmenging tot grijs gebied maakt. Volgens Greer moet de beoordelingsruimte die aan lidstaten is toegestaan aangeven in hoeverre een lidstaat in uitzonderingsgevallen van de verdragsregels mag afwijken om recht te kunnen doen aan artikel 8 EVRM. In dat opzicht sluit hij aan bij *Xenos*, die een op maat gesneden toetsmodel bepleit waarmee het groeiende aantal bij het Hof gedeponeerde klachten kan worden teruggedrongen.<sup>106</sup>

#### 4.10.3 ... voor de staatsveiligheid of openbare orde;

In de uitspraken *Sisojeva en Slivenko et al. v Letland* geeft het Hof uitleg aan de werking van het Lets-Russische Verdrag in die zin, dat dit akkoord uit overwegingen van (de beleving van) nationale veiligheid en welzijn van de lidstaat de verdragsbepalingen van het EVRM overstijgt.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Greer, *The exceptions to Articles 8, 9 en Xenos, The Positive Obligations of the State*, 130.

<sup>107</sup> EHRM 15/01/2007 60654/00 (*Sisojeva v Letland*), EHRM 09/10/2003 48321/99 (*Slivenko v Letland*).

#### 4.10.4 ... voor het economisch welzijn van de samenleving;

Het economisch welzijn is direct afgeleid van het briefgeheim en werd pas later aan de *travaux préparatoires* toegevoegd. In de jaren 40 en 50 van de vorige eeuw maakte het Verenigd Koninkrijk zich zorgen dat de illegale deviezenhandel die veelal via briefpost verliep de economie van het land schaadde.<sup>108</sup> Om inmenging in het briefgeheim mogelijk te maken werd in 1950 de term 'noodzakelijk voor het economisch welzijn' aan de beperkende voorwaarden onder artikel 8, lid 2 toegevoegd. In de door mij onderzochte zaken wordt geregeld van het 'economisch welzijn' gebruik gemaakt om migranten te weigeren in het kader van de arbeidsmarkt (zie Berrehab en Ciliz v Nederland). Hiermee wordt duidelijk dat overheden deze beperkende maatregel die ooit ter bescherming van de deviezenhandel werd ingevoerd aangrijpen om migranten te weren van de arbeidsmarkt.

#### 4.10.5 ... voor het terugdringen van criminaliteit

Een aantal lidstaten vindt toetsing overbodig wanneer in een zaak van een vreemdeling antecedenten meespelen; er wordt dan standaard een uitzettingsmaatregel opgelegd, wat suggereert dat de staat als vanzelfsprekend meer zwaarte toekent aan het collectieve belang dan aan het recht van het individu.<sup>109</sup> Volgens het Hof blijft de staat met het weglaten of slechts gedeeltelijk uitvoeren van de toets in gebreke, omdat er geen proportionaliteitsafweging plaats vindt. Het Hof zag in deze lacune een noodzaak om aan lidstaten een positieve verplichting op te leggen om iedere uitzetting op proportionaliteit te toetsen. Het spreekt dus voor zich dat de omstandigheden in een zaak ook bij uitzetting volledig in kaart moeten worden gebracht, om het respect voor uitoefening van het privéleven te kunnen garanderen.

#### 4.11 Verplichte toetsing aan *Boultif-Uner criteria* bij uitzetting

In de jaren negentig beklagden lidstaten zich bij het Hof dat met name voor uitzettingszaken het instrument ontbrak om binnen de verdragsrechtelijke toetsingskaders van artikel 8 EVRM de proportionaliteit van uitzetting af te wegen. Dembour ziet opvallende overeenkomsten in de wijze waarop het Hof beschikkingen

---

<sup>108</sup> *Preparatory work on article 8 of the European Convention of human rights*, 9 augustus 1956, 7.8. [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH\(56\)12-EN1674980.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH(56)12-EN1674980.pdf).

<sup>109</sup> S. Blair, 'Article 8 ECHR – An overview of recent decisions', <http://www.murraystable.com/news-articles/articles/article-8-echr-an-overview> LSA (Glasgow 2006).

voor verblijf en uitzetting benadert. Zij verwijst daarvoor onder andere naar de zaak *Udeh v Zwitserland* (2013), waarin het Hof oordeelde dat de lidstaat met het uitzetten van de vader de positieve verplichting had geschonden waarmee voorbij werd gegaan aan het gezinsleven dat hij met zijn dochters uitoefende. Dembour verklaart hoe de rechters van het Hof daarop in de zaak *Boultif v Zwitserland* (2001) de acht criteria hebben gedefinieerd, waarop zij vervolgens unaniem tot hun uitspraak zijn gekomen.<sup>110</sup>

Daarvoor dient in eerste instantie het nationale vreemdelingenbeleid in de zaak *Boultif* tegen het licht te worden gehouden. De Zwitserse immigratieautoriteit bepaalt namelijk op grond van artikel 11(3) van het *Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer* dat uitzetting slechts is toegestaan wanneer de maatregel 'geschikt' wordt geacht, met inachtneming van alle omstandigheden van een zaak. Artikel 16 § 3 van de Zwitserse *Vollziehungsverordnung* biedt de handvatten die per voorkomend geval de proportionaliteit van de maatregel moeten vaststellen. Wanneer een migrant zich aan een overtreding schuldig maakt, komt hij in beginsel in aanmerking voor uitzetting. De maatregel wordt als schriftelijke waarschuwing en met redenen omkleed aan de vreemdeling medegedeeld.

Deze handvatten dienden als basis waarop het Hof de acht criteria definieerde die in de toets aan artikel 8 EVRM de 'proportionaliteit' van uitzetting moeten aantonen:

- aard van het misdrijf;
- verblijfsduur van de hoofdpersoon;
- tijd tussen het vergrijp en de maatregel en het (verbeterde) gedrag;
- nationaliteit van de betrokkenen;
- gezinssituatie;
- duur van het huwelijk;
- was de echtgenote op de hoogte van het criminele gedrag bij aanvang van de relatie;
- zijn er kinderen en zo ja, hoe oud;
- te verwachten problemen voor het gezinsleven wanneer naar land van herkomst wordt uitgezet (alhoewel met deze factor in beginsel de uitzetting niet kan worden voorkomen).<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Dembour, *When Humans Become Migrants*, 181, 456.

<sup>111</sup> EHRM 02/8/2001 JV2001/254 (*Boultif v Switzerland*).

De uitspraak in *Boultif* maakte deze acht criteria in het vreemdelingenbeleid van lidstaten bindend. Thym suggereert dat het Hof met het duiden van de *Boultif* regels ook de toetscriteria voor gezinshereniging heeft willen stroomlijnen. Hij benadrukt wel dat de nieuwe criteria zijn bedoeld als *aanvulling* op de *fair balance test* om de effectiviteit van toetsing te vergroten. Het recht op uitoefening van het *privéleven* zoals bedoeld in artikel 8 EVRM is aan dezelfde toetscriteria onderhevig. Wanneer de banden die een ingeburgerde vreemdeling met de samenleving heeft opgebouwd sterk aanwezig zijn, mag het ontbreken van een gezinsleven geen verschil uitmaken.<sup>112</sup>

#### 4.12 Objectieve belemmering

Wanneer omstandigheden in een zaak na toetsing aantoonbaar leiden tot inbreuk in het eerbiedigen van het privé- of gezinsleven, ligt het op de weg van de immigratieautoriteit om te onderzoeken of er sprake is van een *objectieve* belemmering die de terugkeer naar het land van herkomst bemoeilijkt of onmogelijk maakt. Van een objectieve belemmering wordt ook gesproken wanneer *subjectieve* factoren de uitoefening van het privé- of gezinsleven in het land van herkomst belemmeren. In de zaak *Sen* verwierp het Hof zoals gezegd de motivering van de Nederlandse overheid en oordeelde dat de lidstaat de positieve verplichting tot volledige toetsing had geschonden, waardoor niet kon worden vastgesteld dat de aanwezigheid van Nederlandse kinderen in het gezin een 'objectieve belemmering' vormden om naar Turkije terug te keren. Het Hof rekende in deze zaak tegelijk af met de negatief gewogen 'vrije domiciliekeuze' van het gezin, door te verwijzen naar het arrest *Abdulaziz, Cabalez en Balkandali v VK* (1985). Die jurisprudentie bepaalt namelijk dat het recht op vrije domiciliekeuze alleen voor *gezinsvorming* niet onder de reikwijdte van artikel 8 valt, maar voor *gezinshereniging* welzeker. In Nederland maakte het *Chakroun*-arrest van 2010 een einde aan dit onderscheid. Een objectieve belemmering telt zwaar in de belangenafweging, maar als blijkt dat de uitoefening van het privé- of gezinsleven in een andere staat goed mogelijk is, kan worden besloten dat er geen objectieve belemmering (meer) is, zie ook *F. v VK*.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Thym, 'Respect for private and family life under article 8', 11.

<sup>113</sup> EHRM 22/06/2004 17341/03 (F v UK).

#### 4.12.1 *Subjectieve belemmering (a certain degree of hardship)*

Met de uitspraak in *Jeunesse v Nederland* (2014) werd voor het eerst de emotionele schade die het gezin zal ondervinden bij terugkeer naar het land van herkomst onder de aandacht van lidstaten gebracht. Sinds die uitspraak worden in de toets aan artikel 8 ook de subjectieve elementen van de in Nederland verblijvende gezinsleden gewogen, wanneer gezinshereniging in het verblijf land wordt afgewezen. In de beschikking moet dan worden aangetoond dat de toekomstige situatie van het gezin na terugkeer in het land van herkomst in de belangenafweging is meegenomen.

#### 4.13 *De margin of appreciation*

Als toetsing niet tot een redelijk evenwicht leidt staat het Verdrag aan de lidstaat een beperkte vrije ruimte toe om naar eigen inzicht een brug te slaan tussen de verdragscriteria en de eisen die het gemeenschappelijk belang oplegt. Ook hier zijn de vier vragen onder paragraaf 4.10.2. van toepassing. Het ligt dan op de weg van de nationale rechtspraak om te oordelen of er bij uitzondering gerede grond bestaat om van de beleidsregels af te wijken. Deze praktijk levert kritiek van het Hof op, omdat op deze voet de *margin of appreciation* nogal eens ten onrechte wordt opgevat als beleidsruimte voor de overheid.<sup>114</sup>

In de zaak *Sen v Nederland* (2001) (zie tabel 2) achtte de staat zich niet gehouden aan de verplichting om op proportionaliteit te toetsen. Het Hoogerechtshof schaarde zich aan de zijde van de staat en steunde het afwijzingsbesluit. Het Hof oordeelde daarop dat de nationale rechtspraak de vrije beoordelingsruimte niet verdragsconform had toegepast. Een procesrechter handelt altijd subsidiair en mag zich niet laten sturen door het beleid van de overheid. De staat is immers een van de twee partijen in het geschil.<sup>115</sup>

In de uitspraak *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v VK* (1985) wees het Hof op de positieve verplichting die lidstaten hebben, maar die verplichting wordt niet helder geformuleerd waar het de effectieve eerbiediging van het gezinsleven betreft. Volgens het Hof varieert dit begrip per geval, omdat aan de interpretatie daarvan diverse wetgevingsaspecten en tradities van lidstaten ten grondslag liggen.<sup>116</sup> Rechtsfilosoof

---

<sup>114</sup> EHRM 19/02/1996 23218/94 (*Gül v Switzerland*).

<sup>115</sup> *Verslag van een expert meeting over de vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (V) voor het jaar 2012*, 4, S. Blair, 'Article 8 ECHR – An overview of recent decisions', <http://www.murraystable.com/news-articles/articles/article-8-echr-an-overview> LSA (Glasgow 2006), verkregen in augustus 2015.

<sup>116</sup> EHRM 28/05/1985 9214/80; 9473/81; 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali v VK* 1985).

Maria Iglesias Vila ziet het EVRM als een bundeling van vage burgerrechten die met name in de artikelen 8 tot en met 11 hun zwakte tonen vanwege de vele beperkende voorwaarden en voorzieningen die voor de lidstaat eerder het recht op inmenging versterken. Zij beschrijft de dynamiek van artikel 8 EVRM als het met de ene hand geven van rechten onder lid 1 en het met de andere hand terugnemen daarvan onder lid 2.<sup>117</sup>

### *Conclusie*

De toets aan artikel 8 EVRM vloeit voort uit de positieve verplichting van een lidstaat om binnen de eigen wetgevingskaders al het mogelijke te doen om het respect voor de uitoefening van het privé- en gezinsleven te waarborgen. De toetsingscriteria die dat respect moeten garanderen zijn voortdurend in beweging; deze dynamiek is het gevolg van de (directe) werking van uitspraken van het Hof. Met het aannemen van schendingen illustreert het Hof feitelijk dat toetsing een essentiële voorwaarde is om naleving van artikel 8 EVRM voor vreemdelingen te kunnen garanderen. Artikel 46 EVRM bepaalt dat een uitspraak van het Hof moet worden nageleefd door de lidstaat die partij is in de procedure; in de uitvoeringspraktijk dienen lidstaten zich aan de vaste jurisprudentie van het Hof te conformeren. De *erga omnes* werking van uitspraken ondermijnt de doelstelling van de aan lidstaten toegestane beoordelingsruimte. Bovendien leidt de doorontwikkeling van de toets tot een toenemende beïnvloeding door het Hof van het nationale en supranationale vreemdelingenbeleid. Dit is in lijn met mijn visie op de *gap*-theorie.

---

<sup>117</sup> Vila, M.I., 'A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention on Human Rights: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere', Program for SELA 2013 (Yale 2012) 2-3.

## Hoofdstuk 5. Waar ligt het redelijk evenwicht?

---

In het vorige hoofdstuk is de werking van de toets aan artikel 8 EVRM aan bod gekomen. Daaruit blijkt dat de criteria die naleving van artikel 8 EVRM moeten garanderen voortvloeien uit de interpretatie die het Hof aan de verdragsbepalingen geeft. De toets heeft daarin een tweeledige functie: ten eerste is een objectieve en volledige belangenafweging een vereiste om aan vreemdelingen de eerbiediging van het privé- en gezinsleven te kunnen garanderen; ten tweede leidt vaste jurisprudentie van het Hof tot harmonisatie van het nationale vreemdelingenbeleid van lidstaten, waardoor het aantal klachten over mensenrechtenschendingen zal afnemen.

Voor het uitwerken van mijn onderzoeksvraag heb ik een selectie van 21 arresten van het Hof uitgelicht en geanalyseerd. Een overzicht wordt gegeven in tabel 2. Vervolgens heb ik de specifieke aspecten waarop het Hof een schending heeft aangenomen in kaart gebracht. Ik wilde aantonen dat de toets niet slechts een standaardformaliteit is, maar eerder gezien moet worden als een onmisbaar instrument voor het objectief afwegen van de wederzijdse belangen. Uit mijn onderzoeksresultaten moet blijken of het aldus bereikte evenwicht redelijk is. Tabel 2 laat zien hoe het vreemdelingenbeleid zich in de praktijk richt naar de jurisprudentie van het Hof.

### *5.1 De rechten van het kind als eerste overweging*

Het Hof betreft bij zijn beoordeling de wetgevingsinstrumenten waaraan ook lidstaten voor het garanderen van de rechten van kinderen gebonden zijn.<sup>118</sup> Uit uitspraken van het Hof wordt duidelijk dat gezinshereniging in het verblijf land niet altijd in het belang is van het kind. In de zaak *Ahmut v. Nederland* (1996) viel de belangenafweging overwegend uit in het voordeel van terugkeer, omdat het toestaan van verblijf voor zoon *Souffiane* geen verbetering van zijn ontwikkelingskansen inhield.<sup>119</sup>

Ook voor *Ersin Gül* was een nieuwe toekomst in het verblijf land geen realistische optie, omdat die geen harde garantie inhield dat daarmee zijn ontwikkelingskansen verbeterden. Het Hof stond ook in deze zaak achter de beslissing van de lidstaat om af te wijzen.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> Art.3 IVRK ; art. 24 lid 2 Handvest van de grondrechten van de EU.

<sup>119</sup> EHRM 28/11/ 1996 21702/93 (*Ahmut v The Netherlands*).

<sup>120</sup>EHRM 19/02/1996 23218/94 (*Gül v Switzerland*).

Voor de Finse Sini Hokkanen lag de situatie ingewikkelder. Haar vader zocht geregeld contact met haar, maar door de afwijzende houding van de grootouders werden zijn bezoeken beperkter en stopte het contact in januari 1987. De vader werd in 1987 opnieuw tot haar wettige voogd benoemd, maar er vond geen overdracht plaats. In plaats daarvan deden de grootouders zelf herhaaldelijk een beroep op de voogdij van Sini, waarbij werd aangedrongen op het verwijderen uit de bestanden van de vader als rechthebbende. De Finse overheid oordeelde dat voor het toekennen van voogdij per definitie geldt dat uitoefening van dat recht het welzijn van het kind niet mag schaden en besloot in 1991 de voogdij van Sini aan de grootouders over te dragen. Het Hof oordeelde echter dat de onbetwistbare gezinsband tussen vader en kind voor de lidstaat de positieve verplichting met zich mee brengt om in deze situatie juist al het mogelijke te doen om het gezinsleven tussen vader en dochter te herstellen.<sup>121</sup>

In het gezin Sen werd aan het welzijn van de twee in Nederland geboren kinderen meer gewicht toegekend dan aan dat van Sinem, de dochter die als driejarige in Turkije was achtergelaten. De discrepantie in deze redenering ligt in het achterstellen van de minderjarige Sinem, terwijl op grond van artikel 8 EVRM het belang van dit kind zelfs *primair* gewaarborgd dient te zijn.<sup>122</sup> Voor rechter Türmen is het door de lidstaat gecreëerde ‘salomonseffect’ onverenigbaar met het garanderen van het recht op uitoefening van het gezinsleven. In deze zaak legde de toets een negatieve verplichting op om het argument dat de tante en oom in Turkije permanent de zorg voor Sinem op zich hadden genomen niet in de belangenafweging mee te nemen, zie ook Hokkanen v Finland hierboven.<sup>123</sup>

In de zaak Tuquabo-Tekle boog het Hof zich over de vraag of de lidstaat met het argument van de ‘verbroken’ gezinsband tussen moeder en dochter *excessief formalistisch* heeft gehandeld.<sup>124</sup> Daartoe raadpleegde het Hof de uitspraak in Sen hierboven, omdat beide zaken veel overeenkomsten vertonen. Toch gaat die vergelijking op een significant punt niet helemaal op: in de zaak Sen waren de ouders zelf verantwoordelijk voor de duur van de scheiding, terwijl in de zaak Tequabo-Tekle meer dan de dubbele levensduur van dochter Mehret verloren ging aan bureaucratie die de gezinshereniging belemmerde. Dat Mehret daardoor haar vormende jaren zonder haar

---

<sup>121</sup>EHRM 23/09/1994 19823/92 (Hokkanen v Finland).

<sup>122</sup>EHRM 21/12/2001 31465/96 (Sen v The Netherlands).

<sup>123</sup>EHRM 23/09/1994 19823/92 (Hokkanen v Finland).

<sup>124</sup>EHRM 26/05/1994 16969/90 (Keegan v Ireland).

moeder moest doorbrengen en daarna 'te oud' werd bevonden voor gezinshereniging, maakt de afwijzing van haar aanvraag extra wrang.<sup>125</sup>

In de zaak Maslov v Oostenrijk (2008) oordeelde het Hof dat het recht van veroordeelde minderjarige vreemdelingen op re-integratie in de maatschappij gewaarborgd moet zijn, ongeacht langdurig of kortstondig verblijf in het land van bestendig verblijf.<sup>126</sup>

### 5.1.1 De rechten van het kind bij onrechtmatig verblijf van een ouder

De rechten van het kind zijn dus verdragsrechtelijk gezien een cruciale voorwaarde bij toetsing. Op die overweging was de lidstaat in de zaak Nunez v Noorwegen (2011) bereid om het inreisverbod van de moeder van twee jonge kinderen te beperken tot twee jaar. De klagster had haar eerdere verblijfsvergunning verkregen op het willens en wetens verstrekken van valse informatie over haar identiteit. Toen de identiteitsfraude werd ontdekt had zij al twee dochters bij haar rechtmatig verblijvende Dominicaanse partner, geboren in respectievelijk 2002 en 2003. De immigratieautoriteit heeft het belang van de twee rechtmatig verblijvende jonge kinderen zwaar laten meewegen, waardoor de beslissing voor de moeder mild(er) uitpakte; zij had op grond van de door haar gepleegde fraude een inreisverbod voor onbepaalde tijd opgelegd kunnen krijgen.<sup>127</sup>

Desondanks nam het Hof in deze zaak een schending aan. Haaks daarop staan weliswaar de zienswijzen van de tegenstemmende rechters Mijović en De Gaetano; zij zien in deze uitspraak een signaal voor illegaal verblijvende vreemdelingen, dat een (schijn)huwelijk of het stichten van een gezin de kansen op rechtmatig verblijf vergroot. Deze rechters steunden dan ook de motivatie achter de uitspraak van het Noorse Hooggerechtshof: *“als een uitzettingsbevel in een gezinssituatie standaard disproportioneel is, op welke grond kan dan een onrechtmatig verblijvende vreemdeling met een rechtmatig verblijvend kind dan worden uitgezet?”*<sup>128</sup> Die vraag kan ook anders geformuleerd worden: *“kan een onrechtmatig verblijvende vreemdeling worden uitgezet als hij/zij met een ingezetene of rechtmatig verblijvende vreemdeling een minderjarig kind heeft?”* We mogen natuurlijk niet uit het oog verliezen dat de moeder haar

---

<sup>125</sup> EHRM 21/12/2001 31465/96 (Sen v The Netherlands).

<sup>126</sup> EHRM 23/6/2008 1638/03 (Maslov v Austria).

<sup>127</sup> EHRM 28/06/2011 55597/09 (Nunez v Norway).

<sup>128</sup> EHRM 28/06/2011 55597/09 (Nunez v Norway).

verblijfsvergunning had verkregen op grond van vals verstrekte informatie. Haar verblijfs- en werkvergunning werden na ontdekking van de fraude per direct ingetrokken. De overheid oordeelde bovendien dat de geloofwaardigheid van de moeder op losse schroeven was komen te staan, waardoor aan de legitimiteit van haar beroep op uitoefening gezinsleven vanaf het prille begin al het label *precair* werd toegevoegd. Daarnaast geldt dat het stichten van een gezin in een instabiele verblijfsituatie geen recht geeft op inwilliging; de lidstaat beoordeelt een aanvraag tot verblijf immers *ex tunc*. De immigratieautoriteit hinkte in deze zaak op twee benen, enerzijds met betrekking tot de frauduleuze moeder en anderzijds rekening houdend met de schade voor haar minderjarige dochters, wanneer de moeder zou worden uitgezet. Met het belang van de kinderen voor ogen kende de immigratieautoriteit extra gewicht toe aan de vader die de dagelijkse verzorging van de kinderen op zich had genomen en besliste daarop dat de *bijzondere omstandigheden* de uitzettingsmaatregel voor de moeder rechtvaardigden. De zaak werd niet eerder dan na het uitputtend toepassen van de *margin of appreciation* door het nationale Hooggerechtshof afgewezen, met dien verstande, dat het inreisverbod in het belang van de jonge kinderen na twee jaar moest worden opgeheven. De moeder kon dan opnieuw verblijf aanvragen, waarbij haar antecedenten niet mogen worden meegewogen, terwijl de hereniging met haar kinderen als een zwaarwegende factor in haar voordeel blijft staan. Volgens de eerdergenoemde rechters van het Hof past deze dichotomie niet in het karakter van artikel 8 EVRM. Desondanks oordeelde het Hof dat het in onzekerheid laten van de terugkeer van moeder in het gezin een inmenging is in het respect voor de uitoefening van het gezinsleven en nam een schending aan.<sup>129</sup>

Om de werking van de positieve verplichting in de zaak Nunez te kunnen beoordelen greep het Hof terug naar het arrest Rodrigues da Silva en Hoogkamer Nederland (2006).<sup>130</sup> In deze zaak zag het Hof zich geconfronteerd met het door de immigratieautoriteit gehanteerde ‘voldongen feit’ beleid bij een ongewenst verklaring waarbij rechtmatig verblijvende kinderen waren betrokken. Hier verdient de vergelijking door het Hof wel wat nuancering. Immers, daar waar Nunez met het opzettelijk verstrekken van misleidende informatie een verblijfsvergunning had weten te bemachtigen nadat zij al eerder was uitgezet, had Rodrigues da Silva geen

---

<sup>129</sup> EHRM 28/06/2011 55597/09 (Nunez v Norway).

<sup>130</sup> Ibidem.

veroordelingen op haar naam staan. Zij kon alleen geen MVV overleggen en had verzuimd haar verblijf te verlengen toen zij een relatie kreeg met Hoogkamer, terwijl zij daar wel voor in aanmerking kwam. De overheid zag geen reden om de moeder alsnog legaal verblijf toe te staan, temeer daar vader Hoogkamer al vrij snel na de geboorte van dochter Rachael uit beeld was en de grootouders Hoogkamer haar dagelijkse verzorging op zich hadden genomen. De uitzetting was een streep door de rekening van beide ouders, die - hopen op een gunstigere beschikking voor de moeder - hadden ingestemd met de voogdijoverdracht, maar de lidstaat zag daarin juist een mogelijkheid om de moeder zonder haar kind uit te zetten; zij kon met korte bezoeken naar Nederland haar kind zien (zie ook *Berrehab en Ciliz v Nederland*). Het Hof oordeelde daarop dat in deze zaak wel degelijk sprake was van gezinsleven en dat de lidstaat gehouden was aan de verplichting om daarop te toetsen.<sup>131</sup>

Hoewel artikel 8 weliswaar geen garantie geeft op respect voor het recht van vrije domiciliekeuze, blijft de vraag in hoeverre deze overheidsinmenging dwingend noodzakelijk is. Is hier sprake van buitengewone omstandigheden die de bescherming van het gezinsleven rechtvaardigen? Zowel het *ipso jure* recht van de gezinsband als het recht van het kind op een gezinsleven met haar moeder bepalen dat het antwoord hierop *ja* moet zijn. In deze zaak werd de nalatigheid van beide ouders om de moeder te registreren afgewogen tegen het collectieve belang van de staat. Volgens *het scheermes van Hanlon* mag deze laksheid niet worden gewogen als een strafbaar feit. De maatregel wordt dus disproportioneel ten opzichte van het beleidsdoel. Als we *Nunez v Noorwegen* onder dezelfde loep leggen als *Rodrigues en Hoogkamer v Nederland*, valt tussen beide zaken direct een verschil op, namelijk dat de situatie van *Nunez precair* was en die van *Rodrigues da Silva* niet. Dat het Hof in de zaak *Nunez toch* een schending aannam is gelegen in een simpel feit met grote gevolgen: tussen de moeder en haar twee schoolgaande dochtertjes had zich intussen een sterke afhankelijkheidsrelatie ontwikkeld. Verstoring van die band zou ernstige emotionele schade aan de meisjes berokkenen, ongeacht de duur van het inreisverbod.

Mevrouw *Rodrigues da Silva* had door haar relatie met Hoogkamer ook zonder het krijgen van een kind verblijfsstatus kunnen krijgen, maar zoals gezegd deed zij die aanvraag niet. De voogdijoverdracht naar Hoogkamer zette weliswaar een streep door staatsinmenging op grond van 'vrije domiciliekeuze', omdat het kind door haar vader

---

<sup>131</sup> EHRM 31/1/2006 2006/90 (*Rodrigues and Hoogkamer v The Netherlands*).

aan Nederland gebonden was, maar leidde onverhoopt tot de uitspraak van het Hoogerechtshof dat de moeder dan maar *zonder haar dochter* moest vertrekken. Daar zit nu juist de crux: het aan het kind ontzeggen van het recht op het ontwikkelen van een emotionele band met de moeder werpt een *objectieve belemmering* op voor uitzetting (zie ook Sen). Het rapport van de Raad van de Kinderbescherming wijst uit dat het Amsterdamse Hoogerechtshof de uitzettingsmaatregel tegen moeder en dochter als zijnde '*niet in het belang van Rachael*' van de hand had gewezen. Bovendien zou volgens diezelfde uitspraak het uitzetten van alleen de moeder leiden tot een verstoring van het gezinsleven dat de moeder inmiddels met haar dochter had opgebouwd. De immigratieautoriteit hield echter onwrikbaar vast aan de 'voldongen feit' regel die bepaalde dat wanneer personen tijdens hun onzekere verblijf in het gastland een gezin stichten, zij er niet op mogen rekenen dat zij verblijfstatus krijgen (zie ook Berrehab en Ciliz). Het Hof oordeelde dat deze regel hier geen stand houdt, omdat de gezinssituatie niet kan worden aangemerkt als *opzettelijke* misleiding of sturing, maar het gevolg is van nalatigheid van de ouders.<sup>132</sup>

De onderzoekers Bruins en Boeles zijn van mening dat het Hof met het aannemen van een schending in de zaak Rodrigues (evenals in Nunez) het belang van het kind voorop heeft gesteld.<sup>133</sup> Deze conclusie lijkt een open deur, omdat de vaste jurisprudentie van het Hof immers bindend voorschrijft dat het belang van het kind primair in de belangenafweging dient te worden betrokken. Anderzijds strekt de reikwijdte van dat *het recht van het kind* zich niet uit tot het *ongeacht* de specifieke omstandigheden toestaan van verblijf aan ongewenst verklaarden met rechtmatig verblijvende kinderen, omdat met die interpretatie toetsing overbodig zou worden, terwijl juist de toets aan artikel 8 instrumentaal is voor een evenwichtige afweging van belangen.

Het bereiken van een redelijk evenwicht ligt dus genuanceerder dan het simpelweg primair stellen van het belang van het kind. Het Hof benadrukte in de zaak Nunez dan ook dat het primair stellen van het belang van het kind niet *per se* doorslaggevend hoeft te zijn in het voordeel van klager (zie ook Uner v Nederland).

---

<sup>132</sup> EHRM 31/1/2006 2006/90 (Rodrigues and Hoogkamer v The Netherlands).

<sup>133</sup> Bruins en Boelens, *Case law on Article 8*, 3.

In de zaak Rodrigues oordeelde het Hof de uitsluitend op grond van haar 'onrechtmatige' verblijf genomen beslissing tot uitzetting van de moeder met achterlating van haar kind als excessief formalisme.<sup>134</sup>

## 5.2 De gezinsband

Soms leidt een uitspraak van het Hof tot aanpassing van de nationale wetgeving, zoals onder andere in de zaken Marckx v België (1979) en Kroon v Nederland (1994). In deze zaken kwam de verplichting van de staat ter sprake om discriminerende bepalingen in de nationale wetgeving op te heffen. In de zaak Kroon boog het Hof zich over de registratie van de wettige echtgenoot van Catharina Kroon als vader van haar buitenechtelijke zoon Samir. Het verzoek om vernietiging van de inschrijving werd haar door de gemeente op juridische grond geweigerd. De wet bepaalde bovendien dat alleen de echtgenoot gerechtigd was om de wettelijke erkenning van het kind nietig te laten verklaren, met dien verstande dat daarmee vervolgens ook de verklaring van de moeder werd opgeheven. Erkenning door de biologische vader was alleen mogelijk als de moeder binnen een jaar trouwde met de man die het kind als het zijne erkende. Met haar buitenechtelijke partner leefde zij evenmin samen. Het Hof kwam echter voor een dilemma te staan toen de meerderheid van de Kamer oordeelde dat een lidstaat prioriteit moet geven aan het eerbiedigen van de uitoefening van het *feitelijke* gezinsleven. Een cruciale voorwaarde daarvoor is de erkenning van de gezinsband met de biologische ouders. De Nederlandse overheid verdedigde zich door te stellen dat de weigering was afgeleid uit het Burgerlijk Wetboek. Hoewel de moeder ook met de biologische vader geen gezinsleven uitoefende, kende het Hof een zwaarder gewicht toe aan de emotionele ontwikkeling van het kind en nam tegen de lidstaat een schending aan zowel op grond van uitoefening gezinsleven als ongelijke behandeling in overeenstemming met artikel 14 EVRM. Voor het remediëren van deze zaak putte de lidstaat uit het arrest Marckx v. België uit 1979.<sup>135</sup>

In de zaak Tuquabo-Tekle v Nederland (2006) kwam opnieuw de interpretatie van de gezinsband ter sprake. Dochter Mehret viel op grond van haar leeftijd onder de bescherming van het recht op gezinsleven, maar de immigratieautoriteit zag dat anders. Uitgangspunt daarvoor vormde het wetgevingsprincipe 'feitelijk behorend tot het gezin';

---

<sup>134</sup> EHRM 31/1/2006 2006/90 (Rodrigues and Hoogkamer v The Netherlands).

<sup>135</sup> EHRM 13/06/1979 6833/74 (Marckx v Belgium).

de overheid beoordeelt dan in hoeverre er ‘nog’ van een gezinsband sprake is. In die afweging worden de omstandigheden van de scheiding alsmede de duur daarvan betrokken. Verder wordt gekeken naar de frequentie van tussentijdse contacten met het kind; wie de ouderlijke zorg en opvoeding voor zijn rekening neemt; hoe de financiële bijdragen zijn geregeld en tenslotte de tijd die tussen het vertrek van de ouders en de verblijfaanvraag is verstreken. De immigratieautoriteit oordeelde dat als de moeder haar dochter bij zich had willen hebben, zij het kind veel eerder had moeten laten overkomen en besliste daarop negatief. Het Hof stelt echter dat het niet aannemelijk mag worden geacht dat een ouder zijn kind(eren) definitief in het land van herkomst achterlaat met de intentie een nieuw leven elders te beginnen, zeker wanneer de eigen verblijfsituatie onzeker is. Ook was niet de *huidige* leeftijd van Mehret bepalend, maar de leeftijd die zij had op het moment dat de moeder in Noorwegen de *eerste aanvraag* deed. Het meisje was toen negen jaar en emotioneel volledig afhankelijk van haar moeder.<sup>136</sup>

Voor toenmalig minister Rita Verdonk was deze uitspraak in 2006 aanleiding om het toelatingscriterium ‘feitelijke gezinsband’ te schrappen. Dit is een goed voorbeeld van de *erga omnes* werking van uitspraken van het Hof, hoewel enkele juristen, onder wie Van Walsum, destijds veronderstelden dat Verdonks beslissing mede werd aangestuurd door de in 2003 geïmplementeerde Europese gezinsherenigingrichtlijn waarvan op dat moment niet zeker was of het ECHG het ‘gezinsband’ criterium zou goedkeuren.<sup>137</sup>

### 5.3 De eerbiediging van het recht op uitoefening gezinsleven

Een verzoek waarbij een beroep wordt gedaan op het respect voor de uitoefening van het gezinsleven kan alleen worden gedaan wanneer sprake is van aantoonbaar hechte banden tussen twee personen. Het hebben van kinderen is daarbij een primaire overweging. Een lidstaat moet dan sterke(re) argumenten hebben om het verzoek af te wijzen.<sup>138</sup> De uitoefening van gezinsleven werkt in twee richtingen: enerzijds kan een volwassene zijn recht op uitoefening gezinsleven doen gelden op grond van de wettelijke *gezinsband* tussen ouder en kind; anderzijds moet voor ieder kind het recht op *gezinsleven* te allen tijde gewaarborgd zijn. Jurisprudentie van het Hof verwijst in dit verband naar *Berrehab v Nederland* (1988) en *Hokkanen v Finland* (1994): “*een kind dat*

---

<sup>136</sup> EHRM 01/03/2006 60665/00 (Tuquabo-Tekle v The Netherlands).

<sup>137</sup> Bonjour, *Grens en gezin*, 271-272.

<sup>138</sup> D. Gomien, *The Nature of Family Life, Short Guide to the European Convention on Human Rights* (Den Haag 2005) 83.

*wordt geboren uit de relatie tussen twee mensen maakt voor de wet onlosmakelijk deel uit van die relatie. De gezinsband bepaalt vanaf het moment van de geboorte het gezinsleven en kan nooit worden verbroken, anders dan door omstandigheden van buitenaf*.<sup>139</sup> Het Hof geeft daarmee al aan dat er wettelijk gezien nooit een goede reden is om aan te nemen dat er van gezinsleven tussen ouder(s) en kind geen sprake is. In de aangehaalde zaken was sprake van uitoefening gezinsleven, totdat in beide gezinnen de relatie werd verbroken: in de zaak Berrehab v Nederland verloor de vader na echtscheiding zijn rechtmatige verblijfstatus, werd daarop ontslagen en het land uitgezet; in Hokkanen was de vader na het overlijden van zijn echtgenote tijdelijk niet in staat om voor zijn dochtertje Sini, op dat moment een peuter van twee jaar, te zorgen. Deze onverwachte gebeurtenissen maakten volgens beide lidstaten een einde aan het recht op uitoefening van het gezinsleven van de vaders. Het Hof wees echter aan beide vaders het verzoek tot uitoefening gezinsleven toe.

Naar aanleiding van de uitspraak in de zaak Gül v Zwitserland (1996) merkten de tegenstemmende rechters Martens en Russo op dat het verschil tussen de zaken Berrehab en Gül puur op semantiek zou berusten waar het gaat om de *erbioeding* van het fundamentele recht van een ouder om voor de eigen kinderen te zorgen.<sup>140</sup> Toch is de zaak Gül niet zo eenvoudig als deze rechters suggereren. Er wordt namelijk voorbijgegaan aan de sociale werkelijkheid waarin het gezin Gül verkeerde; een aspect dat in de toets aan artikel 8 EVRM niet over het hoofd mag worden gezien. Beide ouders waren aantoonbaar niet in staat om voor hun eigen kinderen te zorgen. Hun in Zwitserland geboren dochter Nürsal groeide op in een kindertehuis. De immigratieautoriteit voorzag eenzelfde lot voor Ersin, de in Turkije achtergebleven zoon en oordeelde dat Ersin's kansen op een evenwichtige emotionele ontplooiing eerder in Turkije lagen. Het Hof deelde die zienswijze en verklaarde mede daarop de klacht ongegrond. De ouders werd geadviseerd naar het land van herkomst terug te keren. Rechter Türmen wees de leden van het Hof echter op de onredelijkheid, zo niet de onmenselijkheid van uitspraken die ouders dwingen een keuze te maken met welk kind zij gezinsleven willen uitoefenen.<sup>141</sup> Hiermee wordt het belang aangetoond van de 'positieve verplichting' om de rechten van het kind als eerste overweging mee te nemen

---

<sup>139</sup> EHRM 19/02/1996 23218/94 (Gül v Switzerland).

<sup>140</sup> Ibidem en EHRM 21/06/1988 10730/84 (Berrehab v The Netherlands).

<sup>141</sup> EHRM 19/02/1996 23218/94 (Gul v Switzerland).

wanneer een objectieve belemmering de uitoefening van het gezinsleven in de weg staat.<sup>142</sup>

In de zaak Gül blijft nog de vraag overeind staan of de Zwitserse kantonale autoriteiten met de eerste afwijzing van het verzoek om gezinshereniging (1990) inmenging in de uitoefening van het gezinsleven kan worden verweten. De oudste zoon in het gezin, Tuncay, was toen weliswaar net 19 geworden, maar Ersin was 7 en had recht op gezinsleven met de ouders. De lidstaat zag destijds echter geen klemmende noodzaak om de asielaanvraag van het Koerdisch-Turkse gezin in te willigen. Uit angst voor uitzetting stemde het echtpaar Gül in met de afgifte van een voorlopige verblijfsvergunning, waarmee zij hun recht op gezinshereniging in Zwitserland op het spel zetten.<sup>143</sup>

De zaak Ciliz v Nederland (2000) heeft er de schijn van dat de beslissing tot uitzetting het resultaat is van het systematisch tegenwerken van gastarbeider Mehmet Ciliz om de gezinsband met zijn pasgeboren zoon Kürsad te kunnen ontplooiën. De relatie tussen de vader en zijn vrouw werd verbroken en toen de man kort daarop werkloos werd kreeg hij op grond van B19/4.3 Vc 1982 een jaar de tijd om werk te vinden. Ondanks de uitspraak in de zaak Berrehab eindigde ook voor Ciliz het recht op uitoefening gezinsleven met de echtscheiding en werd hij een jaar na het verliezen van zijn baan 'in het economisch belang van de staat' uitgezet. De vader ging tegen de beslissing in beroep, maar de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken oordeelde dat zijn verzoek om herziening diende te worden verworpen, omdat voor het soort werk dat hij deed werkzoekenden met verblijfsstatus voorrang hadden. Artikel B19/1.2 Vc 1982 stipuleert echter dat wanneer een migrant met uitzetting wordt bedreigd, de staat een positieve verplichting heeft om te toetsen aan artikel 8 EVRM. In deze zaak had de overheid volgens het Hof zowel een positieve als een negatieve verplichting.<sup>144</sup> Zowel de vader als de moeder waren debet aan het gesteggel over een omgangsregeling; de vader bezocht zijn zoon niet geregeld en betaalde de alimentatie niet, terwijl de moeder en haar familie probeerden de vader bij het kind weg te houden. Het feit dat de vader slechts anderhalf jaar met zijn zoon had samengewoond en voor wat betreft de onderhoudsbijdragen onbetrouwbaar bleek, telde voor de immigratieautoriteit zwaarder dan de gezinsband. Hierin schoot de staat tekort. Ook voor het

---

<sup>142</sup> EHRM 19/02/1996 23218/94 (Gul v Switzerland).

<sup>143</sup> Ibidem.

<sup>144</sup> EHRM 11/07/2000 29192/95 (Ciliz v The Netherlands).

Hoogerechtshof was het gebrekkige contact reden om aan te nemen dat zich tussen de vader en zoon Kürsad geen gezinsleven had ontwikkeld, terwijl de positieve verplichting lidstaten juist oplegt om *mutatis mutandis* recht te doen aan het garanderen van het respect voor uitoefening van het gezinsleven. Een lidstaat die actief voorbijgaat aan de bestaande gezinsband handelt in strijd met artikel 8 EVRM. Daarnaast hield de overheid zich niet aan de negatieve verplichting om in de toets de duur van de contacten en de gebrekkige onderhoudsbijdragen buiten beschouwing te laten. Het Hof nam in deze zaak een schending aan, omdat het rigide optreden van de lidstaat de ontwikkeling van het gezinsleven tussen vader en kind verstoerde. Die overheidsinmenging was voor het Hof onrechtvaardig en disproportioneel. Voor de vader kwam deze uitspraak te laat. Het was hem door verschillende overheidsinstanties praktisch onmogelijk gemaakt om met zijn zoon Kürsad een relatie op te bouwen, wat ertoe heeft bijgedragen dat de inmiddels negen jaar oude jongen zijn vader niet meer wilde zien.<sup>145</sup>

Rechtswetenschapper Donna Gomien wijst op het abstractheidsgehalte van een emotionele band die (nog) niet tot stand is gekomen. Die band ligt in het eerdergenoemde *ipso jure* principe besloten. De artikelen 3 en 6 IVRK bepalen dat het belang van het kind een eerste overweging moet zijn bij toetsing.<sup>146</sup>

In de uitspraak *Moustaquim v België* (1991) betoogden de tegenstemmende rechters Bindschedler-Robert en Valticos dat de jonge klager *zelf* het recht op uitoefening van het gezinsleven had verbeurd door vanaf zijn twaalfde jaar meermaals van huis weg te lopen om zich aan te sluiten bij bendes die hem 'trainden' in het plegen van gewapende overvallen. De periodes die hij in de gevangenis doorbracht zouden daaraan hebben bijgedragen, waardoor de jongen een last werd voor de samenleving.<sup>147</sup> Dit argument wijst eerder op een falend overheidsbeleid; zijn detentie bracht voor de staat een positieve verplichting met zich mee om de sociale en emotionele ontwikkeling van de jongen in goede banen te leiden. Wanneer rechters van het Hof bij de beoordeling van criminele jongeren aandringen op meer terughoudendheid ten aanzien van het beschermen van het recht op gezinsleven begeven zij zich in materieel opzicht op glad ijs en handelen zij bovendien in strijd met de rechten van het kind, zie ook 4.6.

---

<sup>145</sup> EHRM 11/07/2000 29192/95 (*Ciliz v The Netherlands*).

<sup>146</sup> Gomien, *The Nature of Family Life*, 83.

<sup>147</sup> EHRM 18/02/1991 12313/86 (*Moustaquim v Belgium*).

#### 5.4 *'More than normal emotional ties'* voor gezinshereniging met volwassen kinderen

Wanneer een aanvraag tot verblijf voor nareizenden niet (meer) aan de voorwaarden voldoet, kan een beroep worden gedaan op de voorziening 'meer dan normale emotionele banden'. De aanvrager moet dan kunnen aantonen dat er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tot de verblijvende partij.

Nadat bij de aanvraag in Akhtar, Johangir en Johangir v Nederland (1992) eerdere pogingen om zijn jongste zoon Saqib Johangir naar Nederland te halen op een mislukking waren uitgelopen claimde de vader het recht op gezinshereniging met zijn 'derde echtgenote' (met wie hij kort daarvoor in Pakistan zou zijn getrouwd) en haar vier kinderen uit een eerder huwelijk. De overheid liet daarop de ambassade in Islamabad onderzoek doen naar de familiesituatie ter plaatse. Daaruit bleek dat nagenoeg alle aangeleverde documenten niet authentiek waren en dat de 'derde echtgenote, T. Akhtar, in feite zijn eerste vrouw was met wie hij sinds 1973 was gehuwd en drie zoons kreeg, waaronder de afgewezen jongste zoon en medeklager Saqib. Volgens beide klagers had de immigratieautoriteit het recht op uitoefening gezinsleven geschonden. Het Hof verwierp de klacht met het argument dat de vader zelf afstand had gedaan van zijn recht op uitoefening gezinsleven toen hij in 1979 de gezinsband verbrak om elders een nieuw leven te beginnen. Zijn zoons hadden allen in Pakistan hun sociale leven opgebouwd. Zo het zich laat aanzien heeft de klager bigamie gepleegd om op grond van een kortstondige verbintenis met een Nederlands ingezetene het recht op een verblijfvergunning voor zichzelf en (later) zijn gezin te doen gelden. Het is daarom opmerkelijk dat de Nederlandse staat de klager zijn nationaliteit niet heeft afgenomen.<sup>148</sup>

##### 5.4.1 *'More than normal emotional ties'* ter verruiming van het begrip gezinsband

De klacht van de Pakistaans-Britse mevrouw Javeed v Nederland (1998) op grond van *more than normal emotional ties* werd door het Hof niet ontvankelijk verklaard, terwijl de klaagster vijftien jaar eerder zeer waarschijnlijk *wel* aanspraak op rechtmatig verblijf had kunnen maken.<sup>149</sup> Ook de andere mogelijkheden die haar destijds op grond van artikel 8 EVRM ter beschikking stonden had zij nooit benut. De Britse vrouw kwam in 1984 naar Nederland om de zorg voor de vier jonge kinderen van haar gescheiden broer

---

<sup>148</sup> EHRM 07/04/1993 14852/89 (Akhtar & Johangir v The Netherlands).

<sup>149</sup> EHRM 03/7/2001 JV 47390/99 (Javeed v The Netherlands).

op zich te nemen. Toen haar broer in 1987 hertrouwde werd de voogdij over de kinderen officieel aan hem overgedragen, waarmee voor tante de noodzaak verviel om er te blijven. Daarop vroeg zij een werkvergunning aan, die haar aan een permanente verblijfsvergunning moest helpen, maar immigratieautoriteit oordeelde dat de noodzaak voor haar langdurige aanwezigheid in Nederland achteraf niet kon worden aangetoond en gelastte uitzetting. Om haar verblijf te rekken diende de klaagster een verzoek in voor een interim maatregel, maar ook dit verzoek werd afgewezen en zij werd uitgezet.<sup>150</sup> Zij keerde terug als werkzoekende en werd in het economische belang opnieuw uitgezet. Tenslotte vond zij werk in Rotterdam en keerde zij in 1993 terug naar Nederland, waar haar conform het geldende Vreemdelingenbesluit een tijdelijke verblijfsvergunning werd verleend voor vijf jaar.<sup>151</sup> In 1994 vertrok mevrouw Javeed, na een afwezigheid van meer dan twintig jaar naar Pakistan, om daar haar ernstig zieke echtgenoot te gaan verzorgen zonder haar werkgever in te lichten. Bij terugkomst naar Nederland werd zij ontslagen en gekort op haar werkloosheidsuitkering, waarna in 1996 haar verblijfsvergunning werd ingetrokken. In beroep claimde de vrouw haar recht op uitoefening gezinsleven met een minderjarig nichtje, maar het Haagse Hoogerechtshof oordeelde dat haar verblijfsvergunning uitsluitend betrekking had gehad op het verrichten van werk en dat er van zorgafhankelijkheid geen sprake was nu haar nichtjes allen (bijna) volwassen waren. Het Hof oordeelde weliswaar dat het eerdere gezinsleven voldoende was aangetoond, doch benadrukte dat gezinsleven tussen volwassenen buiten de bescherming van artikel 8 EVRM valt, tenzij er aantoonbaar sprake is van een afhankelijkheidsrelatie. Dat laatste was volgens het Hof niet het geval, waarop de zaak werd geseponeerd.<sup>152</sup>

In de zaken *Slivenko v Letland* (2003) en *Sisojeva v Letland* (2007) lag het volgens rechter A. Kovler op de weg van het Hof om te onderzoeken in hoeverre er in de vele klachten als gevolg van de verplichte terugtrekking van de gezinnen van ex-Sovjettroepen uit de Europese staten sprake was van inmenging in het recht op uitoefening van het gezinsleven. Het Hof was in zijn uitspraken aan dit aspect voorbijgegaan, omdat de grootouders, (volwassen) broers en zussen en hun kinderen die in beide cases deel uitmaakten van het gezin, niet aan de criteria van *gezinsleven* conform artikel 8 EVRM beantwoordden. De crux zit hem volgens rechter Kovler in de

---

<sup>150</sup> Procedure voor het aanhouden van uitzetting tot uitspraak Hof.

<sup>151</sup> EHRM 03/7/2001 JV 47390/99 (*Javeed v The Netherlands*).

<sup>152</sup> *Ibidem*.

West-Europese interpretatie van het concept kerngezin. Het feit dat in landen van Zuid- en Oost-Europa families vanuit een culturele of economisch noodzakelijke behoefte in ruimer verband met elkaar samenleven, heeft er sinds deze arresten al toe geleid dat het begrip gezinshereniging voor deze lidstaten ruimer wordt gehanteerd dan voor westerse lidstaten waar het kerngezin van vader, moeder en kinderen de norm is. In een aantal lidstaten is de zorg voor familieleden verankerd in de grondwet. De Constitutie van de Russische Federatie bepaalt dat kinderen die de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt en kunnen werken, voor hun ouders en grootouders moeten zorgen. De werking van deze beschermingsclausule wordt aangestuurd door de economische, sociale of medische afhankelijkheid van de volwassene die deel uitmaakt van het gezin van de hoofdpersoon. Het ligt dan ook voor de hand dat het Hof de culturele en traditionele normen en waarden van Russische migranten ten aanzien van het gezinsleven in zijn overwegingen betreft om tot een uitspraak te komen die recht doet aan de garantiebepalingen onder artikel 8 EVRM.<sup>153</sup> Hiermee wordt aan sommige lidstaten een negatieve verplichting opgelegd om niet aan de gangbare culturele normen en waarden van het gezinsleven te tornen.

### *5.5 De eerbiediging van het recht op uitoefening van het privéleven*

Een door het Hof gehanteerde vuistregel is dat situaties die niet aan de toetsingscriteria voor *gezinsleven* beantwoorden op *privéleven* worden getoetst.<sup>154</sup> Voor het evalueren van de omstandigheden in de zaak Slivenko et al. v. Letland (2003) putte het Hof uit jurisprudentie waarin de mate van sociale integratie van de klager een beslissende rol speelde voor het recht op uitoefening privéleven in het land van bestendig verblijf.<sup>155</sup> Volgens onderzoekers Sawyer en Blitz heeft Letland 'om er van af te zijn' de jurisprudentie van het Hof aangewend om de talloze klachten over inmenging in de uitoefening van het privéleven van stateloze Russische burgers te remediëren.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> EHRM 09/10/2003 48321/99 (Slivenko v Letland).

<sup>154</sup> EHRM 02/8/2001 JV2001/254 (Boultif v Switzerland).

<sup>155</sup> EHRM 09/10/2003 48321/99 (Slivenko v Letland).

<sup>156</sup> C. Sawyer, B.K. Blitz, *Statelessness in the European Union: Displaced, Undocumented, Unwanted* (Cambridge 2011) 99.

5.6 *Proportionaliteitsafweging bij uitzetting van ongewenst verklaarde vreemdelingen*

Protocollen van het EVRM die door lidstaten worden ondertekend, worden niet altijd door lidstaten geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Evenals Dembour suggereert ook Thym dat de regels voor uitzetting van ongewenst verklaarden en eerbiediging van uitoefening van het privé- en gezinsleven door jurisprudentie van het Hof in stand worden gehouden, zie ook hoofdstuk 4.11.<sup>157</sup> Zo werd met de uitspraak in de zaak *Berrehab v Nederland* (1988) een signaal afgegeven voor het belang van toetsing bij uitzettingszaken. Uit die jurisprudentie volgt dat toetsing aan artikel 8 EVRM zelfs een essentiële voorwaarde is om zekerheid te verkrijgen of de ‘klemmende reden’ die de noodzaak van inmenging moet rechtvaardigen ook *proportioneel* is ten opzichte van het collectieve belang.<sup>158</sup> In de zaken *Boultif v Zwitserland* (2001), *Uner v Nederland* (2006) en later ook *Maslov v. Oostenrijk* (2008), oordeelde het Hof dat lidstaten de positieve verplichting hadden geschonden door niet op *proportionaliteit* te toetsen. Dat de betreffende lidstaten in de toetsuitslag geen aanleiding zagen om de *margin of appreciation* toe te passen ligt dan ook voor de hand.<sup>159</sup>

Uit het feit dat de verplichting tot toetsing bij herhaling onder de aandacht van lidstaten moet worden gebracht blijkt dat lidstaten er in uitzettingsgevallen nog te vaak van uitgaan dat (volledig) toetsen niet nodig is. Ook de rechters Bindschedler-Robert en Valticos waren van mening dat alleen de noodzakelijkheidafweging telde voor het terugdringen van criminaliteit, vanuit het autonome recht van lidstaten om te beslissen dat recidieven de inmenging in het privé- of gezinsleven rechtvaardigt.<sup>160</sup>

Rechter Pettiti ziet het recht om vreemdelingen uit te zetten als inherent aan toelating. Hij oordeelde dat de schending in de zaak *Beljoudi v Frankrijk* (1992) die met een meerderheid van stemmen werd aangenomen terwijl feitelijk ‘alleen’ de proportionaliteitstoetsing ontbrak, tegenstrijdig is met de redenering van het Hof en wees de leden van het Hof op overschrijding van de rechtsbevoegdheid; het Verdrag mag immers het soevereine recht van lidstaten om veroordeelde vreemdelingen uit te zetten niet in de weg staan.<sup>161</sup> Dat laatste wordt niet door het Hof betwist. Wat telt, is dat een uitzettingsmaatregel volledig en verdragsconform door een lidstaat wordt getoetst, zodat een redelijk evenwicht kan worden geslagen. De toets aan artikel 8 EVRM is de

---

<sup>157</sup> Thym, ‘Respect for private and family life’, 95.

<sup>158</sup> EHRM 21/06/1988 10730/84 (*Berrehab v The Netherlands*).

<sup>159</sup> EHRM 23/6/2008 1638/03 (*Maslov v Austria*), EHRM 02/8/2001 JV2001/254 (*Boultif v Switzerland*).

<sup>160</sup> EHRM 18/02/1991 12313/86 (*Moustaquim v Belgium*).

<sup>161</sup> EHRM 26/03/1992 12083/86 (*Beljoudi v France*).

weegschaal waarop de merites van de betreffende zaak worden gewogen tegen het beleidsdoel. Alleen wanneer de weegschaal in balans is, zal een uitzetting beantwoorden aan een legitiem doel, de dwingende noodzaak en (vooral) passend zijn ten opzichte van dat doel. In *Beljoudi v Frankrijk* (1992) had de staat een positieve verplichting om de bestaande sociale banden van de klager met het verblijf land mee te wegen. Om administratieve redenen was hem als afstammeling van Algerijnse ouders in 1967 het Franse geboorterecht afgenomen; onwetend had hij zich in 1970 aangemeld voor militaire dienst en was hij zelfs goedgekeurd; de dienstplicht werd echter in 1973 herroepen omdat hij de Franse nationaliteit niet bezat. Het Hof oordeelde dat de lidstaat niet op proportionaliteit had getoetst. Was deze zaak toetsconform beoordeeld, dan had het lange verblijf en de worteling in het verblijf land van de klager het verschil gemaakt tussen wel of niet uitzetten. Rechter De Meyer sprak in deze zaak zelfs van een ‘onmenselijke behandeling’ en benadrukte dat de onredelijkheid niet eens gelegen is in het feit dat de klager ‘vreemdeling’ is in het land van herkomst, maar dat hij na een verblijf van ruim veertig jaar uit het land wordt gezet dat hij van kindsbeen af als zijn vaderland heeft gekend. Dat hij nooit de Franse nationaliteit heeft gehad kan hem niet (alleen) worden aangerekend.<sup>162</sup>

#### 5.6.1 Uitzetting ingevolge onderlinge verdragsrechtelijke bepalingen tussen staten

Met de ondertekening in 1994 van het *Verdrag tussen Letland en Rusland over de terugtrekking van Sovjettroepen* na de val van het sovjet-communisme in 1991 werd voor alle Russische ingezetenen in Estland en Letland het verblijf ongeldig. Om er te kunnen blijven wonen moesten zij zich laten naturaliseren of de status van ‘niet-ingezetene van Letland’ aannemen. Niet-ingezetenen in Letland hebben officieel geen status. In 2007 bedroeg het aantal *neilsonis* (stateloze ex-Sovjet burgers) een kleine 400.000 burgers. Deze groep heeft geen stemrecht en komt niet in aanmerking voor werk in overheidsdiensten.<sup>163</sup> Bij toetsing van zaken in deze categorie is de moeilijkheidsgraad gelegen in het feit dat achterblijvende ex-Sovjetburgers als ‘niet-ingezetene’ ondanks hun sociale integratie geen aanspraak kunnen maken op het recht op eerbiediging van de uitoefening van het privéleven onder artikel 8 EVRM. Organen als OSCE, de Raad van Europa en de EU hebben zich ingespannen om met deze nieuwe

---

<sup>162</sup> EHRM 26/03/1992 12083/86 (*Beljoudi v France*).

<sup>163</sup> J. Kovalenko en P. Mensah, e.a., *Situation of new immigrants in Estonia, Latvia and Lithuania* (Tallinn 2010) 27.

lidstaten tot overeenstemming te komen over een gepaste oplossing voor ingeburgerde Russische inwoners, waaronder ook hun tweede- en derdegeneratie nakomelingen.

In de zaak *Slivenko* (2003) sprak weliswaar het merendeel van de rechters zich uit voor schending, maar de zes tegenstemmende rechters wezen unaniem op de inleidende tekst in het Verdrag tussen Letland en Rusland over de terugtrekking van Sovjettroepen uit 1994, waarin de doelstelling van het Verdrag was opgenomen.<sup>164</sup> Die preambule '*to eradicate the negative consequences of their common history*' maakte de uitzetting van bepaalde personen noodzakelijk ingevolge de wet.<sup>165</sup> De Baltische staten vielen vanaf 1945 onder de invloedssfeer van de Unie van Socialistische Sovjet Republieken; sindsdien ging de Letse bevolking bijna een halve eeuw gebukt onder de economische, sociale, taal- en cultuurinvloeden die door de lokale Russische militaire elite als uitvloeisel van de stalinistische dictatuur aan de gemeenschap werden opgedrongen. Het beoogde doel maakt vanuit historisch perspectief het terugwinnen van het vertrouwen in de nationale soevereiniteit tot een klemmende reden (*a pressing social need*) voor het opheffen van de gevolgen van het *Molotov-Ribbentrop Pact*. Het individuele belang zal daarbij moeten wijken voor het collectieve belang. Rechter Maruste noemt de bezetting van de Baltische staten in 1940 een oorlogsmisdaad op grond van artikel 8 EVRM en oordeelt dat alleen al *daarom* Rusland verplicht is om de situatie van vóór de invasie te herstellen.<sup>166</sup>

In de zaak *Sisojeva v Letland et al.* (2007) nam het Hof met verdeeldheid van stemmen (11-6) een schending aan tegen de lidstaat.<sup>167</sup> Aan deze uitspraak ging een complexe geschiedenis vooraf. Ten eerste kon volgens het Hof de 'in ruste' status van ex-Sovjet militair Sisojev, die al voor 1990 de militaire dienst had verlaten, niet worden vergeleken met die van actieve militairen met een tijdelijke verblijfsvergunning. Het gezin werd in 1993 verblijf toegekend, maar twee jaar later ontdekten de Letse autoriteiten dat de familie Sisojev in 1992 op verouderde Sovjetdocumenten verblijf in Rusland had gekregen, wat hun in Letland op een geldboete kwam te staan. Mevrouw Sisojeva, die volhield geen nationaliteit te hebben, stond feitelijk dus al sinds 1992 in een lidstaat (Rusland) van de GOS geregistreerd. De tripartiete Commissie die verantwoordelijk was voor de uitvoering van verdragsafspraken voor gepensioneerde

---

<sup>164</sup> EHRM 09/10/2003 48321/99 (*Slivenko v Letland*).

<sup>165</sup> EHRM 15/01/2007 60654/00 (*Sisojeva v Letland*).

<sup>166</sup> EHRM 09/10/2003 48321/99 (*Slivenko v Letland*).

<sup>167</sup> EHRM 15/01/2007 60654/00 (*Sisojeva v Letland*).

ex-Sovjet militairen gaf de Letse immigratieautoriteiten in 1998 opdracht om voor het hele gezin Sisojev permanente verblijfsvergunningen af te geven. Per separate brief werd aan de autoriteiten bevestigd dat de eerste aanvraagster, mevrouw Sisojeva, stateloos was. Het feit dat de familie in het geheim aan Russische paspoorten was gekomen en dat had verzwegen, deed daar voor deze ambtenaren niet aan af; de heer Sisojev stond immers op hun lijst van ex-Sovjet militairen in Letland, die door beide landen was goedgekeurd. Bij de Letse autoriteiten lag dat evenwel anders: ten eerste gaf het feit dat de heer Sisojev op de lijst van gepensioneerde ex-Sovjet militairen stond geen garantie voor permanent verblijf en ten tweede was het frauduleuze handelen van deze familie in strijd met de Letse immigratiewetgeving, dus de vreemdelingendienst voerde de opdracht niet uit. Hiërarchisch gezien kan een lidstaat een opdracht die voortvloeit uit een internationaal akkoord niet negeren, maar de in 1992 aangenomen Russische status van de familie vormde toch op zijn minst een conflicterend belang. Het regionale hof wees echter de bezwaren van de immigratieautoriteit van de hand en verordonneerde de afgifte van permanente verblijfsvergunningen, maar in hoger beroep werden alle voorgaande beslissingen vernietigd. Mevrouw Sisojeva maakte als 'stateloze' de zaak aanhangig bij het Hof, waarop de autoriteiten de uitzettingsorder aanhielden in afwachting van die uitspraak. In de tussentijdse periode werd aan de familie een voorlopige verblijfsvergunning aangeboden op voorwaarde dat mevrouw Sisojeva zich voor elk van de afdiffes persoonlijk met haar papieren zou komen melden. Alle gezinsleden weigerden zich daarop te laten registreren en ook het Hof zag in deze tegemoetkoming door de Letse immigratieautoriteit een lapmiddel dat geen recht doet aan het remediëren van de situatie. Het feit dat de permanente vergunningen sinds 1993 tot twee keer toe door de lokale autoriteiten waren toegewezen en in hoger beroep weer ingetrokken, maakte de familie tot slachtoffer op grond van artikel 34 EVRM. Ook veroordeelde het Hof het verbinden van de status van mevrouw Sisojeva aan de afgifte van de overige verblijfsvergunningen, omdat daarmee het verblijfsrecht van de andere gezinsleden afhankelijk werd gemaakt van factoren buiten hun macht. Het Hof nam een schending aan wegens overschrijding van de *margin of appreciation* en tikte de lidstaat op de vingers voor het onnodig lang in onzekerheid laten van de familie Sisojev over hun verblijfsrechten. Rechter Zupancic wees het Hof op de tegenstrijdigheid van de conclusie waarop deze uitspraak van het Hof is gebaseerd, onder andere in relatie tot jurisprudentie van de gelijksoortige Letse uitzettingszaken Kaftailova v Letland (2006)

en Shevanova v Letland (2007), die eveneens voor de Grote Kamer werden gebracht, maar waarbij *geen* schending werd aangenomen. Toch is de opmerking van deze rechter niet helemaal terecht, want – hoewel gelijksoortig – geven de bijzondere omstandigheden in Sisojeva et al. aanleiding om van vaste jurisprudentie af te wijken, wat overigens niet wegneemt dat het voor velen een raadsel zal zijn hoe het frauduleuze handelen van deze familie een schending voor de lidstaat heeft kunnen opleveren. Wat hier mijns inziens ontbreekt is de afweging van het *conditio sine qua non* beginsel: hadden de Sisojevs zich niet als ingezetenen van Rusland laten registreren, dan zou het advies van de tripartiete Commissie direct zijn opgevolgd, waarmee hun het lange wachten ‘in onzekerheid’ bespaard zou zijn gebleven.<sup>168</sup> Hoewel het politiek gezien onmogelijk was om naar de *status quo ante* terug te keren, omdat de meeste ex-Sovjet inwoners in Letland duurzame sociale banden hadden opgebouwd, moest er voor alle partijen naar een bevredigende oplossing worden gezocht. De mogelijkheden van internationale mensenrechtenorganisaties waren beperkt, terwijl voor de lidstaat de prioriteit lag bij het belang van “het opheffen van de ex-Sovjet status van ingezetenen”. Er speelden echter diverse interne en externe factoren mee, waardoor ex-Sovjets niet bereid waren om in te burgeren en zelfs liever stateloos bleven. In Letland werd, zoals eerder vermeld, het vreemdelingenbeleid onder druk van de OSCE, Raad van Europa, EU en NATO versoepeld.<sup>169</sup>

### 5.6.2 *Ne bis in idem* (la double peine)

Ondanks de bezwaren tegen uitzetting van tweedegeneratie vreemdelingen laat de toets aan artikel 8 EVRM aan lidstaten nog te veel manoeuvreerruimte en doen zich situaties voor waarbij uitzetting tot schending leidt. Het *ne bis in idem* beginsel van artikel 4, lid 1 van Protocol 7 uit 1984 (dat pas in 1988 in werking trad) bepaalt dat niemand opnieuw in dezelfde staat berecht of gestraft wordt voor een gepleegd feit waarvoor hij onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die staat.<sup>170</sup>

Het was opnieuw rechter Pettiti die in de zaak Nasri v Frankrijk (1995) op de verdragsrechtelijke hindernissen wees bij uitzetting van tweedegeneratie recidivisten.

---

<sup>168</sup> EHRM 15/01/2007 60654/00 (Sisojeva v Letland).

<sup>169</sup> K. Kruma, *Eudo citizenship observatory, country report: Latvia*, (San Domenico di Fiesole 2013) 1. <http://eudo-citizenship.eu/docs/CountryReports/Latvia.pdf>.

<sup>170</sup> A.E. Harteveld, e.a., *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht* (Deventer 2004) 188.

Hij pleitte voor meer samenwerking op het gebied van gezinshereniging door harmonisatie van het vreemdelingenbeleid in de lidstaten van de Europese Gemeenschap.<sup>171</sup>

Nederland heeft het Protocol inzake uitzetting nog altijd niet geratificeerd. Voor vreemdelingen gelden sinds de invoering van de 64/221/EEG Richtlijn bijzondere maatregelen die betrekking hebben op verplaatsing en verblijf.<sup>172</sup> Ook de Belgische vreemdelingenwet schrijft al sinds 1980 voor dat wanneer een rechtmatig verblijvende vreemdeling wordt veroordeeld wegens het plegen van strafbare feiten, hij zal worden uitgezet, *tenzij* er sprake is van aantoonbare banden met de samenleving van het verblijfland. In de zaak Nasri wees rechter Morenilla op de positieve verplichting van lidstaten om bij een falende sociale integratie van minderjarige en zorgafhankelijke delinquenten prioriteit toe te kennen aan hun kansen op een positieve ontwikkeling in het verblijfland (zie ook Moustaquim (1991)).<sup>173</sup> Dit aspect suggereert dat de strafmaat voor langdurig verblijvende jeugdige migranten gelijk moet zijn aan die voor autochtone delinquenten. Rechter Wildhaber wees al op de onredelijkheid van de uitzettingsmaatregel voor tweedegeneratie vreemdelingen.

Het argument dat de doofstomme Nasri een bedreiging vormde voor de samenleving was gestoeld op een groepsverkrachting waaraan de klager zich had schuldig gemaakt. Hij had er sindsdien al 8,5 jaar gevangenisstraf op zitten. Later bleek dat de klager niet de aanstichter was geweest en dat het bij die ene keer was gebeven. Het feit dat de man geen therapie kreeg en altijd bij zijn ouders of zijn zus in de buurt bleef telde zwaar in de belangenafweging. Nasri kwam daarmee in aanmerking voor gezinsleven op grond van 'meer dan de normale emotionele banden'. Zijn familie was volledig geïntegreerd in het verblijfland, wat de uitzettingsmaatregel disproportioneel maakte.<sup>174</sup>

De gedwongen verhuizing naar Algerije van zijn Zwitserse echtgenote was in *Boultif v Zwitserland* (2001) aanleiding voor het Hof om zich opnieuw over de uitzettingsproblematiek te buigen. Dit overleg kreeg vorm in een achttal toetsingscriteria aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of uitzetting proportioneel is ten opzichte van het beleidsdoel. Vanuit dat perspectief is de

---

<sup>171</sup> EHRM 13/07/1995 19465/92 (Nasri v France).

<sup>172</sup> Artikel 3.2 van Richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964.

<sup>173</sup> EHRM 13/07/1995 19465/92 (Nasri v France).

<sup>174</sup> Ibidem.

gedwongen emigratie van de partner een contra-indicatie voor uitzetting, omdat dit neveneffect van de maatregel als disproportioneel en discriminerend voor de betrokken gezinsleden wordt beschouwd.<sup>175</sup>

In de zaak *Uner v Nederland* (2006) boog de Grote Kamer zich over het door de lidstaat toegepaste 'glijdende schaal' model bij uitzetting. De ernst van het delict en de verblijfsduur in het verblijf land zijn daarin de parameters waarop de *fair balance test* (met *Boultif criteria*) wordt uitgevoerd. De geweldsdelicten (doodslag en poging tot doodslag) en de lange lijst met inbraakrecidieven werden afgewogen tegen de sociale integratie in het verblijf land. De klager was als kind van 12 jaar met zijn ouders naar Nederland gekomen, had daar sterke sociale banden opgebouwd en was er getrouwd, maar hij had uit gemakzucht nooit het Nederlanderschap aangevraagd. Dat maakte hem kwetsbaar voor uitzetting. Zowel de gezinsomstandigheden als de leeftijd van zijn jonge kinderen (inmiddels zes jaar en anderhalf) vormden – in verhouding tot de ernst van zijn veroordelingen - geen onoverkomelijke objectieve belemmering om uit te zetten. De Grote Kamer schaarde zich achter de uitspraak van het Hof, omdat bij rehabilitatie een terugkeer naar het verblijf land mogelijk was, met dien verstande dat de klager dan (opnieuw) aan het MVV vereiste zou moeten voldoen. Het gezin kon in die periode op de Nederlandse nationaliteit van de moeder naar Nederland komen voor familiebezoek. De zaak *Uner v Nederland* was voor het Hof aanleiding om de *Boultif criteria* met twee voorwaarden uit te breiden: het *welzijn* van de aanwezige kinderen moet de eerste overweging te zijn, gevolgd door de mate van *hun worteling* in het verblijf land.<sup>176</sup>

Is het opmerkelijk te noemen dat in de uitspraak *Uner* het belang van de kinderen heeft moeten wijken voor de ernst van de gepleegde feiten? Jurisprudentie uit *Berrehab*, *Ciliz*, en *Rodrigues da Silva* schrijft voor dat de gezinsband tussen ouder en kind *ipso jure* het recht op uitoefening van het gezinsleven bepaalt. Bovendien stelt het Hof de aanwezigheid van kinderen *primair* bij toetsing. In deze zaak had de echtgenote de Nederlandse nationaliteit en waren er geen banden met Turkije. Tenslotte rechtvaardigen ook het *ne bis in idem* beginsel, alsmede het feit dat Nederland het betreffende Protocol niet heeft geratificeerd, het uitzetten van sociaal geïntegreerde veroordeelden niet, zelfs niet in de '*margin of appreciation*'. Voor het Hof was de nog zeer jonge leeftijd van beide kinderen reden om de beoordelingsruimte van de staat te

---

<sup>175</sup> EHRM 02/8/2001 JV2001/254 (*Boultif v Switzerland*).

<sup>176</sup> EHRM 18/10/2006 2006/417 (*Uner v The Netherlands*).

respecteren. Als er nog geen sociale worteling op gang is gekomen kan de uitoefening van het gezinsleven ook elders plaatsvinden.

In de zaak Maslov v Oostenrijk (2008) kwam de jeugdige klager volgens de lidstaat niet meer in aanmerking voor bescherming op grond van uitoefening van het gezinsleven. Het Hof verklaarde zijn klacht daarom ontvankelijk op grond van het recht op uitoefening *privéleven*, mits toetsing aan de Boultif-Uner criteria die grondrechtvaardigde. De lidstaat argumenteerde dat het Hof de Boultif-Uner criteria niet had toegepast, terwijl de strafbare feiten behoorlijk ernstig waren. Het Hof hield zich echter aan zijn positieve verplichting om *als eerste overweging* te evalueren of het gedrag van de minderjarige Maslov in de tijd tussen de gepleegde feiten en de uitzetting was verbeterd. Rehabilitatie telt als voorwaarde om aan te nemen dat de kans op recidieven in de toekomst onwaarschijnlijk is. Het tussentijdse gedrag is dus een graadmeter in de proportionaliteitsweging.

Ook zou het Hof volgens de lidstaat het subsidiariteitsbeginsel hebben geschonden door te oordelen er geen 'klemmende reden' was voor uitzetting, omdat de jonge klager ten tijde van de gepleegde feiten minderjarig was. In dat laatste geval is uitzetting strijdig met het respect op uitoefening van het gezinsleven. Bovendien leverde het geweldloze karakter van de gepleegde feiten een wezenlijk onderscheid op tussen Maslov, Boultif en Uner (zie hierboven).<sup>177</sup>

### 5.6.3 De Boultif-Uner criteria

De Zwitserse wetgeving schrijft voor dat een uitzettingsmaatregel *geschikt* moet zijn binnen de gegeven omstandigheden, zie ook 4.11. De zaak Boultif v Zwitserland (2001) betrof de klacht van een Algerijnse man die was veroordeeld tot een gevangenisstraf van achttien maanden. De klager arriveerde in 1992 in Zwitserland, trouwde er in 1993 en werd kort daarna in bewaring gesteld voor het plegen van een delict. In hoger beroep werd bepaald dat hij een gevaar voor de samenleving was en werd de opgelegde gevangenisstraf met een half jaar verlengd. Zijn uitzetting vond echter pas rond de eeuwwisseling plaats. Het Hof oordeelde dat het voor de Zwitserse echtgenote praktisch onmogelijk zou zijn om het gezinsleven in Algerije voort te zetten en stelde deze objectieve belemmering als een van de voorwaarden voor toetsing. Ook werd met de invoering van de 'Boultif' criteria de mate van sociale integratie als wegingsfactor aan de

---

<sup>177</sup> EHRM23/6/2008 1638/03 (Maslov v Austria).

toets toegevoegd. Het Hof oordeelde tevens dat zijn maatschappelijke rehabilitatie in de zeven jaar tussen zijn veroordeling en uitzetting het risico van recidieven ophief en stelde het tussentijds verbeterde gedrag eveneens als voorwaarde; zie de uitspraak in *Maslov v Oostenrijk* hierboven.<sup>178</sup> Dembour stelt dat het Hof in deze zaak verdeeld was over de criteria voor uitzetting. Diverse rechters vroegen zich af hoe verdedigbaar het is dat de autochtone echtgenoot niet kan aarden in het land van herkomst van zijn partner. Ook is niet duidelijk voor welke ingezetenen deze voorwaarde geldt. Het heeft er de schijn van dat deze regel is opgeworpen om het ontbreken van kinderen te omzeilen; voor kinderen is het welzijn sterk in de bepalingen verankerd, zie ook onder 4.9. Daarnaast werkte de sociale integratie voorwaarde voor Boultif in zijn nadeel, maar hij werd daar niet op afgerekend. De enige concrete Boultif voorwaarde die aan lidstaten duidelijkheid verschaft over de vraag of uitzetting aan het proportionaliteitsbeginsel voldoet, is de sociale rehabilitatie na de veroordeling. Het feit dat Boultif pas zeven jaar na zijn laatste vergrijp werd uitgezet maakte de straf disproportioneel, omdat zijn gedrag in die tijd sterk was verbeterd. Dembour verwijst daarvoor naar de toelichting van rechters Baka, Wildhaber en Lorenzen.<sup>179</sup>

In *Uner v Nederland* bevestigt het Hof dat de Boultif voorwaarden van toepassing zijn *ongeacht* het recht op privéleven dan wel gezinsleven. Het Hof stelt daarbij wel weer nadrukkelijk dat de verblijfsduur van tweedegeneratie vreemdelingen zwaarder telt, omdat het aannemelijk is dat deze groep verregaand in het verblijf land is geworteld en geen banden heeft met het land van herkomst.<sup>180</sup>

### *5.7 De objectieve belemmering kan een subjectieve grondslag hebben*

In de zaak *F v UK* (2004) klaagde een Iraanse man de lidstaat aan wegens schending op humanitaire gronden. De klager vreesde de fysieke en psychische gevolgen die hij door zijn seksuele geaardheid in het land van herkomst zou moeten ondergaan wanneer hij uit Schotland zou worden uitgezet. Hij deed een beroep op artikel 8 EVRM om hem op te nemen. De klager was via Turkije naar het Verenigd Koninkrijk gereisd, wat het achterhalen van het land van herkomst bemoeilijkte. De immigratieautoriteit zag in deze zaak wel een positieve verplichting om artikel 3 EVRM (*Vilvarajah et al. v VK* (1991) toe te passen en liet ter plaatse onderzoek doen naar de leefomstandigheden van

---

<sup>178</sup> EHRM 02/8/2001 JV2001/254 (*Boultif v Switzerland*).

<sup>179</sup> Dembour, *When Humans Become Migrants*, 181.

<sup>180</sup> EHRM18/10/2006 2006/417 (*Uner v The Netherlands*).

homoseksuelen.<sup>181</sup> Dat onderzoek wees uit dat het met die strafrechtelijke maatregelen wel meeviel, zolang bepaalde handelingen van homoseksuele aard niet in het openbaar plaatsvonden. Het Hof gaf aan niet bevoegd te zijn om aanbevelingen te doen aan landen die niet bij de Europese Conventie zijn aangesloten. Op grond van de uitkomsten van het onderzoek werd de klacht unaniem niet ontvankelijk verklaard. Deze uitspraak zorgde er wel voor dat de objectieve belemmering aan de toets aan 8 EVRM werd toegevoegd.<sup>182</sup>

### 5.8 Ongelijke behandeling conform artikel 14 in combinatie met artikel 8

Een schending van artikel 8 is soms het directe gevolg van schending van artikel 14. Dat is het geval wanneer een lidstaat een aanvraag afwijkend heeft behandeld, bijvoorbeeld door niet (volledig) te toetsen dan wel wanneer ongelijke behandeling bij toetsing tot een dubieus evenwicht heeft geleid. De *margin of appreciation* had in zo een geval uitsluitend moeten geven.

Een beroep op dit artikel geldt dan ook uitsluitend in combinatie met enig ander grondrecht van het EVRM. In de zaak *Slivenko et al. v Letland* wees rechter Zupancic de leden van het Hof op de positieve verplichting om te onderzoeken of de lidstaat zich met het weigeren van permanente verblijfsstatus aan Russische militairen en hun families - terwijl civiele Russisch sprekende inwoners *wel* permanent mogen blijven - schuldig heeft gemaakt aan ongelijke behandeling volgens artikel 14 EVRM.<sup>183</sup> Volgens de klagers zou er zelfs sprake zijn van ongelijke behandeling op *twee* fronten: ten eerste werden de familieleden van ex-Sovjet militairen die nog in actieve dienst waren uitgezet, terwijl militairen in ruste er mochten blijven wonen; ten tweede kregen families van ingeburgerde ex-Sovjet burgers permanent verblijf, terwijl aanvragen van families die de Letse taal niet machtig waren werden afgewezen. Het Hof stelde vast dat de lidstaat uitsluitend permanente verblijfsvergunningen heeft verstrekt op grond van de duale status van gemengde families, waaronder in sommige gevallen ook ex-Sovjet militairen die met een Letse ingezetene een gezin hadden gesticht. Volgens de lidstaat speelden etnische afkomst en leeftijd voor het inwilligen geen rol.

Een veel voorkomende klacht vormt ook de soms jarenlange onzekere verblijfsituatie van migranten als gevolg van het aanhoudend weigeren door lokale

---

<sup>181</sup> EHRM 31/10/1991 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87 (*Vilvarajah et al. v VK*).

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> EHRM 09/10/2003 48321/99 (*Slivenko v Letland*).

overheden van de afgifte van een permanente verblijfsvergunning (zie ook Sisojeva et al.) Ook uit de uitspraken in de zaken Mehemi en Mendizabal v Frankrijk valt op te maken dat lidstaten zich geregeld schuldig maken aan arbitraire inmenging in het privé- en gezinsleven van vreemdelingen.<sup>184</sup>

De Spaanse echtgenote van een ETA-activist, mevrouw Mendizabal, bleek in de veertien jaar die zij in Frankrijk woonachtig was, ten onrechte talloze bezoeken aan de ambtenaar van de plaatselijke immigratiedienst te hebben afgelegd voor het verlengen van haar verblijfsvergunning, omdat haar werkvergunning daarvan af hing. Met de invoering van het Verdrag van Maastricht in 1992 werd aan haar nationaliteit ook de status van EU-burger toegevoegd en kwam zij op grond van de nieuwe verdragsrechtelijke bepalingen direct in aanmerking voor permanent verblijf. Hoewel de aanpassing: "*ingezetenen van de EU die in deze categorie vallen (met inbegrip van werknemers en zelfstandigen) worden in het bezit gesteld van een verblijfsvergunning*" in de Franse immigratiewetgeving werd opgenomen, schoot het plaatselijke vreemdelingenbeleid in de uitvoering daarvan tekort. Dat er van schending van artikel 14 sprake was behoeft geen betoog.<sup>185</sup>

Hoewel het Hof in de tegen de lidstaat aangespannen zaak Mehemi (1997) de uitzettingsmaatregel tegen de klager veroordeelde, gaf de Franse immigratiedienst hem te verstaan dat de deportatiemaatregel (naar Algerije) bij de eerstvolgende veroordeling opnieuw van kracht werd. Met een dergelijke waarschuwing gaat de overheid zijn boekje te buiten; het Hof had in deze zaak immers al geoordeeld dat uitzetting - gelet op de sociale segregatie van het land van herkomst –niet proportioneel is.<sup>186</sup>

### 5.9 *De margin of appreciation*

Ondanks de coulance van de nationale rechtspraak van Noorwegen om de uitzetting van de moeder in de zaak Nunez tot slechts twee jaar terug te brengen, nam het Hof tegen de lidstaat een schending aan. Het Hof stelde weliswaar nadrukkelijk dat het recht van het kind in de proportionaliteitsweging niet *per se* doorslaggevend hoeft te zijn voor het eindoordeel. Wat in deze zaak telde was de wissel die de verwijdering van de moeder trok op de emotionele stabiliteit en ontwikkeling van haar nog jonge kinderen; deze

---

<sup>184</sup> EHRM 17/01/2006 51431/99 (Mendizabal v France), EHRM 26/09/1997 85/1996/704/896 (Mehemi v France).

<sup>185</sup> Ibidem.

<sup>186</sup> EHRM 26/09/1997 85/1996/704/896 (Mehemi v France).

‘bijzondere omstandigheden’ bepalen dat het primaire belang van de kinderen het belang van de staat overstijgt.<sup>187</sup>

Het Hof begeeft zich hier wel op glad ijs wanneer het de immigratieautoriteit bindend oplegt de impact van uitzetting op het leven van de kinderen primair te overwegen. Het door Nederland toegepaste ‘voldongen feit’ principe (Berrehab, Ciliz, Rodrigues da Silva) mag dan namelijk niet zonder meer als (enige) reden voor afwijzing worden toegepast. Ook zullen migranten die in een onzekere verblijfsituatie in het land van bestendig verblijf verkeren deze jurisprudentie van het Hof aangrijpen om een relatie aan te gaan met een rechtmatig verblijvende persoon en een gezin stichten. Anderzijds mag een staat niet arbitrair handelen.

Dembour concludeert in haar onderzoek dat klachten over dergelijke situaties sinds het nieuwe millennium in aantal zijn toegenomen, zie ook 4.9. terwijl Thym in de aanvullende toetscriteria nieuwe parameters ziet voor het reguleren van onrechtmatig verblijf van alleenstaande vreemdelingen.<sup>188</sup>

Wanneer we nu de klacht van Uner v Nederland (2006) tegen het licht houden, lijkt op het eerste gezicht alsof het Hof het belang van de kinderen Uner ondergeschikt heeft gemaakt aan het collectieve belang; de gepleegde feiten en het onverbeterde gedrag wegen dan zwaarder. Deze uitspraak lijkt niet consistent te zijn met de afwegingen in de zaken Boultif en Udeh v Zwitserland. De laatstgenoemden kwamen pas op latere leeftijd naar het land van verblijf en waren er veroordeeld; het Hof stelde desondanks beide klagers in het gelijk, omdat voor hen het gezinsleven zwaarder had moeten wegen ten opzichte van het collectieve belang. Mag hieruit dan worden geconcludeerd dat het Hof in zijn uitspraak bij Uner aan het belang van de kinderen voorbij is gegaan? Het antwoord daarop is *nee*. Integendeel: het belang van het gezin Uner is uitputtend aan toetsing onderworpen. Wat in de zaak Uner juist het verschil maakte, was de cumulatie van gepleegde feiten die volgens het ‘glijdende schaal’ criterium werd bijgehouden, vermeerderd met de constatering dat er geen zichtbare aanwijzingen waren dat het gedrag van klager sinds zijn veroordeling was verbeterd, terwijl de aantoonbare rehabilitatie van Boultif en Udeh de uitspraak zwaar in hun voordeel beïnvloedde. In de bestaande gezinssituatie blijkt vervolgens dat er tussen de vader (mede door zijn gevangenisstraf) en het oudste kind – toen een peuter - lange tijd

---

<sup>187</sup> EHRM 28/06/2011 55597/09 (Nunez v Norway).

<sup>188</sup> Dembour, *When Humans Become Migrants*, 459, Thym, ‘Respect for private and family life’, 8.

geen contact is geweest en met het jongste kind zelfs helemaal niet. De gezinsband heeft zich door toedoen van de vader niet kunnen ontwikkelen: er is dus (nog) geen sprake van gezinsleven, dit wordt theoretisch dus niet verstoord. Wanneer bovendien niet zeker is of het gedrag van de vader in de toekomst zal verbeteren, blijft de situatie voor de kinderen onzeker, omdat eventuele recidieven druk blijven uitoefenen op de 'glijdende schaal', waardoor uitzetting op een later tijdstip wellicht toch onvermijdelijk is. Voor het Hof was dit reden om een zwaarder gewicht toe te kennen aan het algemene belang.

Wanneer we de omstandigheden in de zaak Uner nog eens vergelijken met die van Boultif en Udeh, wordt het doorslaggevende verschil dus bepaald door het feit dat Udeh intussen een sterke band opbouwde met zijn tweelingdochttertjes; het vaderschap had een goede invloed op zijn sociale gedrag; er is geen reden om aan te nemen dat Udeh opnieuw het verkeerde pad zal kiezen. Voor de Zwitserse echtgenote van Boultif was er geen zicht op positieve ontwikkelingskansen in Algerije, wat inhield dat de vrouw in Zwitserland zou moeten achterblijven. Het stabiele gezinsleven dat Boultif en zijn echtgenote na zijn veroordeling hadden opgebouwd bleek echter een goede invloed op zijn gedrag te hebben. In dat licht achtte het Hof het niet opportuun om de positieve gezinssituatie te verstoren. Hierbij speelde ook het geweldloze karakter van zijn delicten een rol.

Wanneer het Hof de positieve ontwikkelingskansen voor kinderen consistent als eerste overweging van toetsing oplegt, zal met het verruimen van het begrip 'bijzondere omstandigheden' de aan lidstaten voorbehouden *margin of appreciation* verder afbrokkelen.

## *Conclusie*

Het onderscheid tussen op het oog identieke situaties, hoe klein ook, kan beslissend zijn voor het leven van personen. De toets aan artikel 8 EVRM is een instrument dat lidstaten handvatten aanreikt om de omstandigheden in een zaak te kunnen onderscheiden en een beslissing te nemen die recht doet aan het garanderen van het respect voor de uitoefening van privé- of gezinsleven.

Dit hoofdstuk toont aan dat de voorwaarden van toetsing in de uitvoeringspraktijk uit onwetendheid of onduidelijkheid niet altijd verdragsconform door lidstaten worden toegepast, wat herhaaldelijk leidt tot klachten bij het Hof. Op grond van internationale wetgeving stelt het Hof het belang van het kind als primaire overweging bij toetsing. Een belangrijk aspect daarbij is dat het bindend aan lidstaten oplegt om verblijfszaken op het moment van de eerste aanvraag te wegen (*ex tunc*), terwijl uitzetting op het tijdstip van deportatie moeten worden beoordeeld (*ex nunc*). Zoals de beschrijving van zaken in dit hoofdstuk laat zien kan daarmee het belang van het kind worden opgerekt tot ver boven het beleidsdoel. Uit de onderzochte zaken blijkt dat het Hof zowel bij uitzetting als bij gezinshereniging het recht van het kind boven het collectieve belang stelt. Het Hof interpreteert de verdragsrechtelijke verplichting om - binnen de reikwijdte van integrale kinderverdragen - het recht dat voor de ontwikkeling van het kind de beste opties geeft te laten prevaleren. Het *recht* van het kind hoeft niet per se in het *belang* van het kind te zijn. Met het laten prevaleren van kinderverdragen bij het opnieuw duiden van een onder artikel 8 EVRM lid 2 geldende bepaling schiet het Hof in vreemdelingenzaken zijn doel voorbij. Bovendien begeeft het Hof zich daarmee op het terrein van de aan lidstaten toegestane vrije beoordelingsruimte, waarvan het Hof zelf aangeeft dat de nationale rechtspraak beter in staat is te oordelen waar de beste kansen voor het kind liggen. Daarmee komt de aan lidstaten toegestane vrije beoordelingsruimte verder onder druk te staan.

## Conclusie

---

Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) werd in 1950 in het leven geroepen om burgers te beschermen tegen arbitrair handelen door hun overheid. Het Hof houdt toezicht op naleving van de verdragsbepalingen. Met de uitspraak in de zaak *Abdulaziz Cabales and Balkandali v VK* in 1985 kwam ook het vreemdelingenbeleid van lidstaten binnen de reikwijdte van het Verdrag. Nationale overheden hebben een positieve verplichting om iedere beslissing tot uitzetting of afwijzing van een verblijfsaanvraag te toetsen aan artikel 8 EVRM. De aan lidstaten opgelegde *fair balance test* is een instrument dat lidstaten handvatten aanreikt voor het evenwichtig afwegen van de integrale belangen in een zaak en een beslissing te nemen die recht doet aan het garanderen van het respect voor de uitoefening van privé- of gezinsleven. De onder lid 2 van artikel 8 EVRM vastgelegde voorwaarden bepalen in welke gevallen het collectieve belang prevaleert boven het individuele recht op bescherming van belangen. De door het Hof opgelegde toetsvoorwaarden brengen de nodige nuancering aan voor het interpreteren van de geldende bepalingen. Daarnaast zorgt ook de vaste jurisprudentie van het Hof voor doorontwikkeling van de toets. Het begrip *respect voor de uitoefening van het privé- en gezinsleven* blijft ondanks de beschikbare jurisprudentie diffuus en behoeft voortdurend interpretatie door het Hof. Vanuit dat perspectief ziet het Hof het EVRM als een *living instrument*, dat zich aanpast aan de veranderende normen en waarden van de samenleving. Met de (directe) werking van uitspraken beoogt het Hof de harmonisatie van het nationale vreemdelingenbeleid van lidstaten te bevorderen, wat zou moeten leiden tot een vermindering van het aantal bij het Hof gedeponeerde klachten. Desondanks neemt het aantal tegen overheden gerichte klachten op grond van artikel 8 EVRM de laatste decennia gestaag toe. Om achter de oorzaken van deze aanhoudende stijging te komen heb ik mijzelf de vraag gesteld waarom de focus van het Nederlandse gezinsmigratiebeleid na 1990 verschoof naar de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Mijn onderzoek sluit aan op het debat over de *gap*-theorie. De algemene consensus in dit debat is dat de rechtspraak de grootse rol speelt bij het ontstaan van de kloof tussen de doelstellingen van lidstaten om immigratie te beperken en de resultaten van het gevoerde vreemdelingenbeleid in de dagelijkse praktijk. Ik sluit mij aan bij de kloof die door Cornelius wordt omschreven als het gevolg van de inadequate toepassing van nationaal beleid. Waar Walaardt de ambtenaar aanwijst als beleidsbepaler, Bonjour

de politiek en Vink het EHJ, ben ik van mening dat de progressie in het Nederlandse vreemdelingenbeleid wordt aangestuurd door het dynamische karakter van jurisprudentie van het Hof. Volgens het Hof vereist het garanderen van het recht op bescherming van het gezinsleven een teleologische benadering van internationale verdragen. Het Hof toetst dus niet alleen of een beslissing van een nationale overheid verenigbaar is met artikel 8 EVRM, maar ook of er overeenstemming is met de bepalingen van andere internationale verdragen die in dat kader van belang zijn. De druk om zich te conformeren aan internationale verdragen beperkt lidstaten in de uitvoering van de eigen beleidsdoelen.

Ik heb vier factoren genoemd die mogelijk ten grondslag liggen aan de kloof tussen beleidsdoelen en uitvoeringspraktijk. Ik merk op dat de Europese richtlijnen als een zwaarwegende factor kunnen worden aangemerkt; de implementatie van de Gezinsherenigingsrichtlijn uit 2003 leidde tot uitbreiding van toetsing aan artikel 8 EVRM. Daarentegen zijn factoren als *angst voor islamisering* en *de toetreding van Oost-Europa tot de EU* nauwelijks van invloed gebleken. De derde factor die ik noemde was het effect van beeldvorming door claimmakers en media op de publieke opinie. Deze factor kan - zeker in het nationale vreemdelingenbeleid van lidstaten - belangrijk zijn; in de uitspraken die ik heb onderzocht komt dit aspect echter niet tot uiting.

Uit mijn onderzoek blijkt wel dat aan de door mij genoemde vierde factor, precedentwerking van gerechtelijke uitspraken, een beslissende rol moet worden toebedeeld; in dit proces is padafhankelijkheid de factor die de evolutie in de toets aan artikel 8 bepaalt. Met iedere nieuwe uitspraak legt het Hof aan lidstaten aanvullende kaders op waarlangs getoetst moet worden om aan het verdragsrechtelijk respecteren van het privé- en gezinsleven tegemoet te komen. Dat maakt de toets aan artikel 8 onderhevig aan een zekere dynamiek, omdat het Hof iedere afzonderlijke casus op zijn specifieke omstandigheden beoordeelt en vervolgens uitspraak doet. Dit proces suggereert dat de stijging van het aantal schendingen voortvloeit uit het tekortschieten van lidstaten ten aanzien van de naleving van de opgelegde positieve verplichting tot toetsing. Daar draagt ook het *niet of niet tijdig* ratificeren van nieuwe protocollen aan bij. Verschillen in mentaliteit of zienswijze tussen de bestuurlijke en wetgevingskaders zorgen daarbij voor een spanningsveld. Wanneer lidstaten de uitspraken van het Hof niet in het nationale vreemdelingenbeleid opnemen zullen overheidsbeslissingen nieuwe schendingen opleveren. Het is dan ook niet de rigiditeit van de

verdragsbepalingen, maar de interpretatie daarvan door rechters van het Hof die het *redelijk evenwicht* bepaalt. Daartoe is het van belang dat nationale overheden een beslissing nemen op basis van een integrale belangenafweging van de specifieke omstandigheden in iedere afzonderlijke zaak en dat de rechtspraak zich beperkt tot het houden van toezicht op de procesgang.

Uit mijn analyse van 21 arresten van het Hof wordt duidelijk dat het antwoord op mijn onderzoeksvraag gelegen is in de positieve verplichting tot toetsing van verblijfaanvragen aan artikel 8 EVRM. Ik begon mijn onderzoek om een antwoord te vinden op de vraag waarom de focus van het Nederlandse vreemdelingenbeleid na 1990 verschoof naar de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Daarmee heb ik willen aantonen dat jurisprudentie en aanvullende protocollen niet leiden tot het wegnemen van de ambiguïteit van verdragsbepalingen. De ambtenaren die belast zijn met de uitvoering van het beleid zoeken binnen de toetsingskaders hun grenzen op. Het Hof ziet zich geregeld genoodzaakt om bij de behandeling van een klacht te wijzen op het belang van volledige en transparante toetsing en zal de bestaande toetsingskaders waar nodig aan een nadere interpretatie onderwerpen, waaruit nieuwe jurisprudentie volgt. De interpretatie van de toetscriteria in de uitvoeringspraktijk en de betekenis die het Hof aan de verdragsbepalingen toekent blijven met elkaar op gespannen voet staan en houden de tredmolen van toetsen en schendingen in stand. Zo blijkt uit mijn analyse van zaken dat het Hof uit teleologische overwegingen een zwaar(der)gewicht toekent aan het recht van het kind. Het *recht* van het kind hoeft echter niet per se het *belang* van het kind te zijn. Met het laten prevaleren van kinderverdragen schiet het Hof in vreemdelingenzaken soms zijn doel voorbij, omdat het daarmee de aan lidstaten toegestane vrije beoordelingsruimte aantast, waarvan het Hof immers zelf aangeeft dat het aan de nationale rechtspraak is om te oordelen waar de beste kansen voor het kind liggen.

Zolang het Hof schendingen aanneemt is harmonisering van de toetscriteria nog ver te zoeken en blijft de behoefte aan scherp afgebakende toetsingskaders bestaan. Thym is van oordeel dat het Hof met het aannemen van een schending tegen de lidstaat de immigratieautoriteit feitelijk dwingt om de belangen van individuele vreemdelingen in de integrale belangenafweging zwaarder te laten wegen dan het collectieve belang. Ik constateer dat wanneer lidstaten de jurisprudentie van het Hof te rigide in het vreemdelingenbeleid implementeren, zij daarmee eerder het diffuse karakter van de

bepalingen onder artikel 8, lid 2 versterken en daarmee het risico van nieuwe schendingen vergroten. Ik sluit mij aan bij Xenos wanneer hij stelt dat lidstaten gebaat zouden zijn bij een *format* waarmee een meer op de persoon afgestemde afweging van belangen kan worden bereikt.

Met de veranderende wereld van het derde millennium waarin groeiende onrust de samenleving dreigt te ontwrichten, is invoering van een dergelijk toetsmodel onvermijdelijk. We mogen daarbij de aanhoudende vluchtelingen crisis in Europa niet onderschatten. De mensen die in de lidstaten asiel krijgen zullen binnen enkele jaren gezinshereniging gaan aanvragen. Daar moet Europa zich met een sterk vreemdelingenbeleid op kunnen voorbereiden. Het EVRM is een *living instrument*, dat zich voegt naar de eisen van de tijd. De tijd zal het moeten uitwijzen.

## Bibliografie

---

Barkhuysen, T., *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht* (Den Haag 2004).

Barkhuysen, T. en M. Van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-Bulletin* 31 (2006) 39-64.

Beek, J.H. van de, *Kennis, macht en moraal: de productie van wetenschappelijke kennis over de economische effecten van migratie naar Nederland, 1960-2005* (Amsterdam 2010).

Boelens, P. en M. Bruins, 'Case law on Article 8 of the European Convention of Human Rights, a survey' (Leiden 2006).

Böcker, A. en A.B. Terlouw e.a., *De gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving in historisch en vergelijkend perspectief* (Deventer 2013).

Bonjour, S., *Grens en Gezin: Beleidsvorming Inzake Gezinsmigratie in Nederland, 1955-2005* (Amsterdam 2009).

Bonjour, S., 'Gezin en grens. Debat en beleidsvorming op het gebied van gezinsmigratie in Nederland sinds de jaren vijftig', *Migrantenstudies* 1 (2007) 2-23.

Bonjour, S. en M. Vink, 'When Europeanization backfires: The normalization of European migration politics', *Acta Politica* 48 (2013) 389-407.

Cornelius, W.A. en T. Tsuda (eds.), *Controlling Immigration, A global perspective* (Stanford 2004).

Dembour, M.B., *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint* (Oxford 2015).

Doornaert, B., 'Het recht op gezinsleven voor minderjarigen', *Jura Falconis* 3 (2007-2008) 445-475.

Elzinga, D.J., R. de Lange e.a., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht, C.W. van der Pot* (Deventer 2006).

Emmerik, M. van, 'Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM', 129-160.

<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/15844/Verplichtingen%20voor%20de%20wetgever.pdf?sequence=1>.

Fleuren, J.W.A. en J.H. Gerards, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (Nijmegen 2013).

- Greer, S., *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights* (Straatsburg 1997) 9.
- Gomien, D., *Short guide to the European Convention on Human Rights* (Straatsburg 2005).
- Harteveld, A.E. e.a., *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht* (Deventer 2004).
- Hathaway, O. A., 'Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System', *Economics, and Public Policy Working Papers* (New Haven 2003).
- Kleijkamp, G.A., *Family life and family interests* (Utrecht 1998).
- Kohlman, Ch., S. Kraus en I. Orobio de Castro, *Vrouwen in het migratiebeleid* (Den Haag 2003).
- Kovalenko, J., P. Mensah e.a., *Situation of new immigrants in Estonia, Latvia and Lithuania* (Tallinn 2010).
- Kruma, K., *Eudo citizenship observatory, country report: Latvia* (San Domenico di Fiesole 2013).
- Laarman, C., *Oude onbekenden: Het politieke en publieke debat over postkoloniale migranten, 1945-2005* (Hilversum 2013).
- Lange, T. de, 'Kroniek van het Vreemdelingenrecht', *Nemesis* 3 (1998) 68-74.
- Lawson, R. 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test, deel 1', *NJCM-Bulletin* 20-5 (1995) 558-573.
- Leun, J. van der e.a. 'Illegale migratie vanuit een genderperspectief' in: L. van Hoogenhuijze en J. Lukkezen (eds.), *Kritiek 2009: Jaarboek Voor Socialistische Discussie en Analyse* (Amsterdam 2009).
- Mead, J.W., 'Stare decisis in the inferior courts of the united states', *Nevada Law Journal* 12 (2012) 788-829.
- Muus, Ph., *Internationale migratie naar Europa. Een analyse van internationale migratie, migratiebeleid en mogelijkheden tot sturing van immigratie, met bijzondere aandacht voor de Europese gemeenschap en Nederland* (Amsterdam 1993).
- Naborn, E. , *Gezinshereniging; De overkomst van gezinsleden van migranten en Nederlanders* (Den Haag 1992).
- Obdeijn, H. en M. Schrover, *Komen en gaan. Immigratie en emigratie in Nederland vanaf 1550* (Amsterdam 2008).
- Renemann, M. 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht', *Asiel & Migrantenrecht* 5&6 (2010) 233-244.

Renucci, J.F., *Introduction to the European Convention on Human Rights. The rights guaranteed and the protection mechanism* (Straatsburg 2005).

Sawyer, C. en B.K. Blitz, *Statelessness in the European Union: Displaced, Undocumented, Unwanted* (Cambridge 2011).

Schrover, M. en D.M. Moloney (eds.), *Gender, Migration and Categorisation, making distinctions between migrants in Western countries, 1945-2010* (Amsterdam 2013).

Schrover, M. 'Om de meisjes, voor de meisjes, een historisch perspectief op problematisering en bagatellisering van onderwerpen die te maken hebben met migratie en integratie' (oratie 23 mei 2011).

Schrover, M. 'Family in Dutch Migration policy 1945-2005', *History of the Family* 14 (2009) 191-202.

Somer, M. de en M. Vink, 'Precedent' and fundamental rights in the CJEU's case law on family reunification immigration', in: Ch. Neuhold en S. Vanhoonacker (eds.) *Dynamics of institutional cooperation in the European Union: Dimensions and effects*, 1,19 <http://eiop.or.at/eiop/texte/2015-006a.htm>, 1-33.

Thym, D., 'Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay?', *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008) 87-112.

Tryfonidou, A. , *Reverse Discrimination in EC law* (New York 2009).

Vermeulen, B.P., 'Commentaar op artikel 2 van de grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (eds.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2014 ([www.Nederlandrechtsstaat.nl](http://www.Nederlandrechtsstaat.nl)).

Vila, M.I., 'A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention on Human Rights: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere', Program for SELA 2013 (Yale 2012).

Walaardt, T., *Geruisloos inwilligen: argumentatie en speelruimte in de Nederlandse asielprocedure, 1945-1994* (Hilversum 2012).

Walsum, S. van, 'Veranderende opvattingen over gezin, burgerschap en huwelijksmigratie: het kan verkeren', *Migrantenstudies* 26 (2010) 287-304.

Walsum, S. van, Jones, G. en Legêne, S., 'Belonging and membership. Postcolonial legacies of colonial family law in Dutch immigration policies' in: M. Schrover en D.M. Moloney, (eds.), *Gender, Migration and Categorization, making distinctions between Migrants in Western Countries, 1945 -2010* (Amsterdam 2013) 149-175.

Walsum, S. van, 'The European Court of Human Rights and Immigration: Limits and Possibilities', *European Journal of Migration and Law* 11 (2009) 199-204.

Xenos, D., *The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights* (New York 2012).

*Brief van de Minister van Justitie van 12 maart 2010 aan de voorzitter van de Tweede Kamer naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Chakroun (C-578/08).*

*Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification. Official Journal L 251 , 03/10/2003 0012 – 0018.*

*Evaluatie Vreemdelingenwet 2000, Terugkeerbeleid en operationeel vreemdelingtoezicht (Meppel 2004).*

*Kabinetsreactie Derde Jaarrapportage College voor de Rechten van de Mens "Mensenrechten in Nederland 2014". <https://www.rijksoverheid.nl/.../documenten/>, verkregen op 2 oktober 2015.*

*Publicatie EHRM, A 297-C, par. 40, 24 649 'Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie', 28 maart 1996.*

*Report from the Commission to the European Parliament and the Council of 8 October 2008 on the application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l33118>.*

*Richtlijn 2004/83/EG, publicatieblad van de Europese Unie L304/12 30 september 2004.*

*Voorstel van Rijkswet (13-02- 2014) houdende goedkeuring van het op 24 juni 2013 te Straatsburg tot stand gekomen Protocol nr. 15 tot wijziging van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Trb. 2013, 130).*

## **Jurisprudentielijst**

EHRM 13/06/1979 6833/74 (Marckx v Belgium).

EHRM 28/05/1985 9214/80; 9473/81; 9474/81 ( Abdulaziz, Cabales en Balkandali v VK 1985).

EHRM 17/10/1986 9532/81 (Rees v United Kingdom).

EHRM 21/06/1988 10730/84 (Berrehab v The Netherlands).

EHRM 18/02/1991 12313/86 (Moustaquim v Belgium).

EHRM 31/10/1991 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87 (Vilvarajah et al. v VK).

EHRM 26/03/1992 12083/86 (Beljoudi v France).

EHRM 07/04/1993 14852/89 (Akhtar & Johangir v The Netherlands).

EHRM 26/05/1994 16969/90 (Keegan v Ireland).  
EHRM 23/09/1994 19823/92 (Hokkanen v Finland).  
EHRM 27/10/1994 18535/91 (Kroon v The Netherlands).  
EHRM 13/07/1995 19465/92 (Nasri v France).  
EHRM 19/02/1996 23218/94 (Gül v Switzerland).  
EHRM 28/11/ 1996 21702/93 (Ahmut v The Netherlands).  
EHRM 26/09/1997 85/1996/704/896 (Mehemi v France).  
EHRM 11/07/2000 29192/95 (Ciliz v The Netherlands).  
EHRM 13/02/2001 47160/99 (Ezzouhdi v France).  
EHRM 03/7/2001 JV 47390/99 (Javeed v The Netherlands).  
EHRM 02/8/2001 JV2001/254 (Boultif v Switzerland).  
EHRM 21/12/2001 31465/96 (Sen v The Netherlands).  
EHRM 09/10/2003 48321/99 (Slivenko v Letland).  
EHRM 22/06/2004 17341/03 (F v UK).  
EHRM 17/01/2006 51431/99 (Mendizabal v France).  
EHRM 31/1/2006 2006/90 (Rodrigues and Hoogkamer v The Netherlands).  
EHRM 01/03/2006 60665/00 (Tuquabo-Tekle v The Netherlands).  
EHRM18/10/2006 2006/417 (Uner v The Netherlands).  
EHRM 15/01/2007 60654/00 (Sisojeva v Letland).  
EHRM23/6/2008 1638/03 (Maslov v Austria).  
EHRM 28/06/2011 55597/09 (Nunez v Norway).  
EHRM 04/12/2012 47017/09 (Butt v Norway).  
EHRM 24/10/2014 32504/11 (Kaplan and other v Norway).

## **Websites**

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_NLD.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_NLD.pdf)

[www.echr.coe.int/documents/facts\\_figures\\_2013\\_eng.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/facts_figures_2013_eng.pdf)

<http://www.IND.nl>

[http://www.emnbelgium.be/sites/default/files/publications/ep\\_study\\_echr\\_and\\_ecj\\_case\\_law.pdf](http://www.emnbelgium.be/sites/default/files/publications/ep_study_echr_and_ecj_case_law.pdf)

[http://www.europa-nu.nl/id/vg9hmms5gzyv/europees\\_hof\\_voor\\_de\\_rechten\\_van\\_de\\_mens](http://www.europa-nu.nl/id/vg9hmms5gzyv/europees_hof_voor_de_rechten_van_de_mens), verkregen op 5 juni 2015.

<https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/report-europe-and-central-asia/> Amnesty International Report 2014/15.

Hes, J.C. & van Vleuten, C.E., 'Het Vrouwenverdrag in de Nederlandse rechtsorde', <http://home.wxs.nl/~evenwild/wsts210/dce/algemeen/thema/vvnr/732.htm>, verkregen op 5 augustus 2015.

[http://www.europa-nu.nl/id/vh7dovnw4czu/europees\\_verdrag\\_tot\\_bescherming\\_van\\_de](http://www.europa-nu.nl/id/vh7dovnw4czu/europees_verdrag_tot_bescherming_van_de), verkregen op 15 maart 2015

*Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (V) voor het jaar 2012*, Eerste Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 000 V, [https://www.eerstekamer.nl/eu/behandeling/20120215/verslag\\_van\\_een\\_expertmeeting](https://www.eerstekamer.nl/eu/behandeling/20120215/verslag_van_een_expertmeeting)

<http://library.law.yale.edu/collected-travaux-preparatoires>,

S. Blair, 'Article 8 ECHR – An overview of recent decisions', <http://www.murraystable.com/news-articles/articles/article-8-echr-an-overview> LSA (Glasgow 2006), verkregen in augustus 2015.

[www.atlantico.fr/decryptage/immigration-nicolas-sarkozy-souvenez-double-peine-que-avez-abolie-benoit-rayski-1827621.html#kKELwjVt5teGylMO.99](http://www.atlantico.fr/decryptage/immigration-nicolas-sarkozy-souvenez-double-peine-que-avez-abolie-benoit-rayski-1827621.html#kKELwjVt5teGylMO.99), verkregen op 20 oktober 2015.

Kamerstuk 31549 nr. M, 4.4.13 'Brief van het Ministerie van Justitie, Directie Migratiebeleid aan de Eerste Kamer der Staten Generaal', kenmerk 2013-0000128956 van 2 april 2013 inzake nareis, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-31549-M.html>, verkregen in augustus 2015.

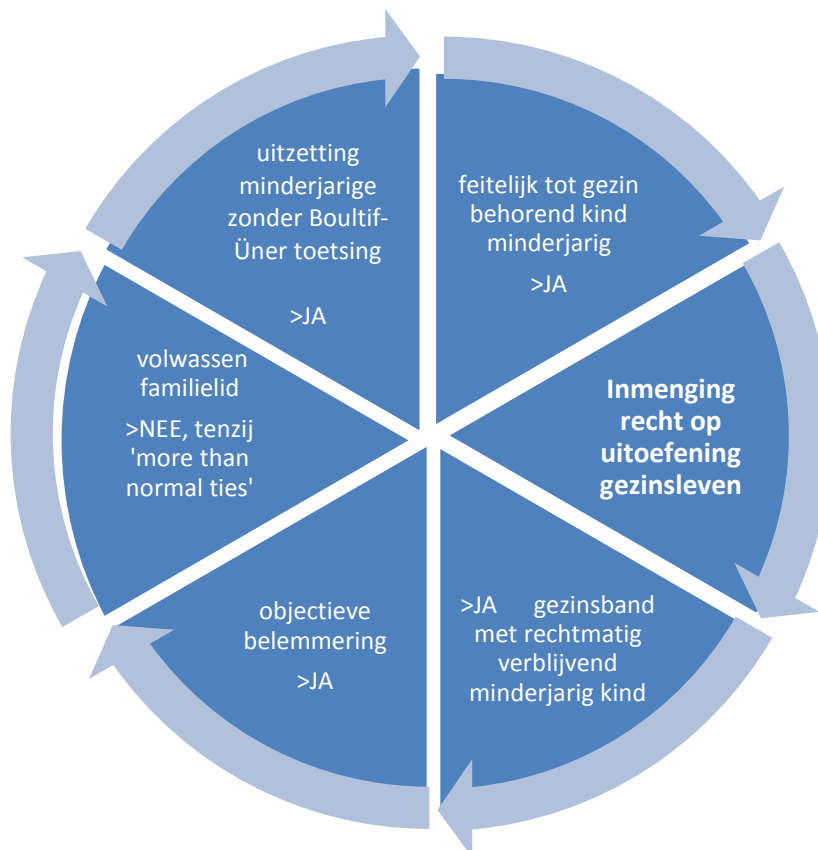
<http://www.vrouwenrecht.nl/1979/06/13/instantie-europees-hof-voor-de-rechten-van-de-mens-13-juni-1979/> verkregen op 5 maart 2016.

Afbeelding voorkant: <http://www.lohoff.nl/>, verkregen op 15 augustus 2015.

## Samenvatting van de 21 geselecteerde zaken

Tabel 1a

a. Hoe wordt het respect voor de uitoefening van het gezinsleven gewaarborgd?



Toetsing van **18** geselecteerde klachten op grond van gezinsleven:

**a. Gezinsband** (de relatie die bij de geboorte tussen ouders en kind tot stand komt bepaalt het recht van ouders op uitoefening van het gezinsleven).

EHRM 23/09/1994 19823/92 Hokkanen v Finland;  
Vader eist omgang met dochter; kind bij grootouders.

EHRM 27/10/1994 18535/91 Kroon v Nederland;  
Moeder eist recht op erkenning buitenechtelijke zoon door biologische vader.

EHRM 11/07/2000 29192/95 Ciliz v Nederland;  
Recht op onbepaald verblijf verval na echtscheiding; verliest omgang met zoon bij uitzetting.

## **b. rechten kind voor gezinshereniging in land van bestendig verblijf**

EHRM  
19/02/1996  
23218/94  
Gül v Zwitserland;  
Verblijf op humanitaire grond (OLNA)  
geeft geen recht op gezinshereniging;  
vrije domiciliekeuze valt niet onder de  
bescherming van artikel 8.

EHRM  
21/12/2001  
31465/96  
Sen v Nederland;  
Vrije domiciliekeuze valt niet onder de  
bescherming van artikel 8.

EHRM  
01/03/2006  
60665/00  
Tuquabo-Tekle v. Nederland;  
Gezinshereniging in land verblijf niet  
mogelijk; te lange scheiding tussen  
moeder en dochter; leeftijd kind.

## **c. uitzetting ongewenst verklaarden**

EHRM  
18/02/1991  
12313/86  
Moustaquim v België;  
Tweedegeneratie vreemdeling  
uitzetting na veroordeling diefstal met  
geweld.

EHRM  
26/03/1992  
12083/86  
Beldjoudi v Frankrijk;  
Tweedegeneratie vreemdeling  
uitzetting na veroordeling soft drugs  
smokkel.

EHRM  
13/07/1995  
19465/92  
Nasri v Frankrijk;  
Tweedegeneratie vreemdeling  
uitzetting na veroordeling  
groepsverkrachting, eenmalig.

EHRM  
26/09/1997  
85/1996/704  
/896  
Mehemi v Frankrijk;  
Tweedegeneratie vreemdeling  
uitzetting na veroordeling soft drugs  
smokkel.

EHRM  
31/1/2006 JV  
2006/90  
Rodrigues en Hoogkamer v Nederland;  
Uitzetting op grond van onrechtmatig  
verblijf; voogdij Nederlands kind ligt  
bij vader.

EHRM  
28/06/2011  
55597/09  
Nunez v Noorwegen;  
Uitzetting op grond van onrechtmatig  
verblijf, identiteitsfraude; rechtmatig  
verblijvende kinderen bij vader.

**d. Objectieve belemmering** (tot 2010 valt hier ook de subjectieve belemmering onder)

EHRM  
21/12/2001  
31465/96      Sen v Nederland;  
Afwijzing gezinshereniging op grond  
van bescherming belangen van de  
rechtmatig in Nederland verblijvende  
kinderen.

**e. Boultif criteria** (proportionaliteitsbeginsel): gedrag; duur verblijf; gevolgen voor  
vreemdeling en gezin bij uitzetting; aanwezige (familiale) banden van vreemdeling met  
land van herkomst.

EHRM  
2/8/2001  
JV2001/254      Boultif v. Zwitserland;  
Geen lange verblijfsduur  
drugs en geweldsdelicten indicatie  
voor uitzetting.

EHRM  
18/10/2006  
JV2006/417      Uner v. Nederland;  
Lange verblijfsduur; 'glijdende schaal':  
proportionaliteit geweldsdelicten  
indicatie voor uitzetting.

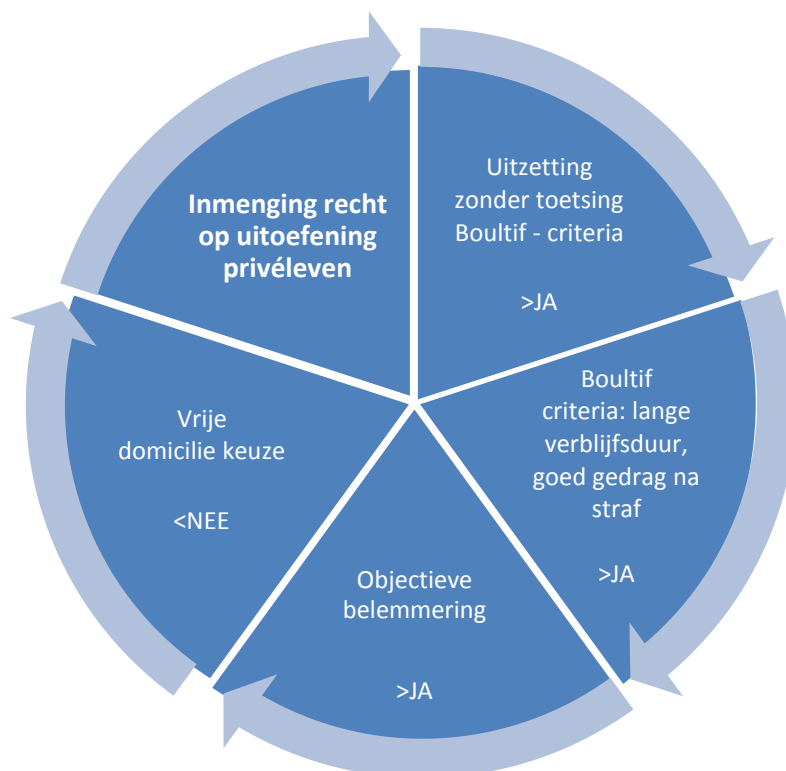
EHRM  
23/6/2008  
JV2008/267      Maslov v. Oostenrijk;  
Drugs en diefstal indicatie voor  
uitzetting.

**f. More than normal emotional ties**

EHRM  
29/6/1992 JV  
1992/26      Akhtar & Johangir;  
Meer dan normale emotionele  
banden:afhankelijkheid  
achtergebleven kinderen niet  
aangetoond; te lang gescheiden = geen  
gezinsleven.

EHRM  
3/7/2001 JV  
47390/99      Javeed v Nederland;  
Verruiming gezinsband: meer dan  
normale emotionele banden met  
nichtjes; lange verblijfsduur.

**Tabel 1b: het recht op respect voor de uitoefening van het privéleven**



Toetsing van **3** geselecteerde klachten op grond van privéleven:

**a. lange verblijfsduur (mate van sociale integratie)**

EHRM  
09/10/2003  
48321/99

Slivenko v Letland;  
Stateloze vreemdeling door  
val communisme.

EHRM  
17/01/2006  
1431/99

Mendizabal v Frankrijk;  
Spaanse ETA vluchteling  
na 14 jaar geen verblijf.

EHRM 15/01/2007  
60654/00

Sisojeva v Letland;  
Stateloze vreemdeling door  
val communisme.

**b. objectieve belemmering (ook subjectieve belemmering)**

EHRM  
22/06/2004  
17341/03

F. v VK;  
Risico uitzetting naar land  
van herkomst voor  
homoseksuele man.

**Tabel 2 Uitkomsten casusanalyse van 21 arresten van het Hof tussen 1991 en 2011**

<b>Jurisprudentie EHRM</b>	<b>De kloof tussen wetgeving en uitvoeringspraktijk van lidstaten</b>	<b>Uitspraken van het Hof op de geselecteerde klachten in de periode 1991 - 2011</b>	<b>Gevolgen voor de werking van de toets aan artikel 8 EVRM</b>
EHRM 18/02/1991 12313/86 (Moustaquim v Belgium).	de lidstaat heeft een jonge delinquent onterecht als volwassene aangemerkt, terwijl hij de strafbare feiten pleegde als minderjarige.	voor veroordeelde minderjarige vreemdelingen geldt dat het recht op re-integratie in de maatschappij moet zijn gewaarborgd <i>ongeacht</i> de verblijfsduur; Schending van de <i>positieve verplichting tot toetsing</i> .	de rechten van het kind vormen de eerste overweging bij toetsing (art. 3 IVRK); voor het vaststellen van de proportionaliteit van uitzetting is complete toetsing vereist.
EHRM26/03/1992 12083/86 (Beljoudi v France).	voor de wetgeving in lidstaten moeten tweedegeneratie migranten als ingezetenen worden gezien. Deze categorie komt op grond van de sociale worteling niet (meer) in aanmerking voor uitzetting.	het Hof ziet de sociale integratie in het land van verblijf als beslissende factor, omdat de integratie tevens de sociale <i>segregatie</i> van het land van herkomst weergeeft. Daarmee wordt uitzetting naar een 'vreemd' land disproportioneel. Schending op <i>proportionaliteit</i> .	om de proportionaliteit van uitzetting van tweedegeneratie migranten te kunnen meten geldt dat in de toets de mate van sociale integratie (segregatie land van herkomst) zwaarder meetelt
EHRM 07/04/1993 14852/89 (Akhtar & Johangir v The Netherlands).	de klagers konden geen aanspraak maken op gezinshereniging; de drie zoons hadden allen in het land van herkomst hun sociale leven opgebouwd en waren intussen volwassen.	het Hof oordeelde dat de vader zelf afstand had gedaan van zijn recht op uitoefening gezinsleven toen hij de gezinsband met zijn jonge kinderen verbrak om een nieuw leven te beginnen; Klacht geseponeerd.	een te lang verbroken gezinsband geeft geen recht op respect voor uitoefening gezinsleven.
EHRM 23/09/1994 19823/92 (Hokkanen v Finland).	op grond van de overweging dat het toekennen van voogdijrechten het welzijn van het kind niet mag schaden stemde de overheid in met de voogdijoverdracht aan de grootouders zonder de vader te horen.	de onbetwistbare gezinsband tussen vader en kind brengt voor de lidstaat de positieve verplichting met zich mee om in deze situatie al het mogelijke te doen om het gezinsleven tussen vader en dochter te herstellen. Schending van de <i>positieve verplichting</i> .	de gezinsband met een kind geeft iedere volwassene recht op bescherming van de uitoefening van het gezinsleven.
EHRM 27/10/1994	het verbod van discriminatie wordt <i>gewaarborgd</i> door artikel 14	op grond van de geldende wetgeving weigerde de lidstaat bij inschrijving van	wanneer een wet leidt tot ongelijke behandeling van mannen en vrouwen is

18535/91 (Kroon v The Netherlands).	van het <i>EVRM</i> . Dit discriminatieverbod heeft geen zelfstandige werking en geldt slechts in combinatie met een ander <i>EVRM</i> artikel.	het kind in het geboorteregister de natuurlijke vader te erkennen; bovendien kon de registratie van de wettige vader niet zonder diens toestemming worden vernietigd. Schending art. 8 <i>inmenging</i> en art. 14 <i>discriminatie</i> .	artikel 14 in combinatie met artikel 8 <i>EVRM</i> van toepassing
EHRM 13/07/1995 19465/92 (Nasri v France).	zorgbehoevende alleenstaande volwassenen kunnen normaliter geen aanspraak maken op bescherming uitoefening gezinsleven; de toets moet uitzonderingen daarop toestaan	voor de doofstomme tweedegeneratie migrant was een leven zonder zijn familie in een voor hem vreemd land uitgesloten. Schending op <i>proportionaliteit</i> .	zorgafhankelijke volwassenen hebben recht op uitoefening gezinsleven volgens het verruimde gezinsband criterium ( <i>more than normal emotional ties</i> );
EHRM 19/02/1996 23218/94 (Gül v Switzerland).	art. 24 lid 2 Handvest van de grondrechten van de EU: de belangen van het kind vormen <i>een essentiële</i> overweging. art.3 IVRK: de belangen van het kind vormen <i>de eerste</i> overweging. Het Hof beroept zich op art. 3 IVRK.	de staat had een positieve verplichting om prioriteit te geven aan de rechten van het kind, maar deed dat niet. Het Hof wees op andere gronden de klacht af; op grond van aangetoonde factoren was verblijf bij ouders geen optie (meer). Geen schending.	de rechten van het kind moeten te allen tijde zijn gewaarborgd; het voldoen daaraan vereist dat in iedere casus het kind als eerste overweging moet worden meegewogen.
EHRM 26/09/1997 85/1996/704/8 96 (Mehemi v France).	voor tweedegeneratie migranten geldt de duur en mate van sociale integratie = segregatie van het land van herkomst; het wordt moeilijk gemaakt het gezinsleven opnieuw uit te oefenen.	in vergelijking tot het geweldloze vergrijp is uitzetting te hard en onmenselijk; het na de uitspraak dreigen met nieuwe uitzetting is in strijd met de geldende regels. Schending van <i>de positieve verplichting tot toetsing</i> .	voor uitzetting geldt dat de mate van sociale integratie zwaar moet meewegen
EHRM 11/07/2000 29192/95 (Ciliz v The Netherlands).	klager wordt werkloos na echtscheiding, mag kind niet zien; gesteggel over omgangsregeling en onderhoudsbijdragen; wordt in het economisch belang uitgezet.	het Hof oordeelde dat de staat een positieve verplichting heeft om de ontwikkeling van het gezinsleven tussen vader en kind niet in de weg te staan. Daarnaast wees het Hof op de negatieve verplichting om de gebrekkige onderhoudsbijdragen en contacten niet	de gezinsband tussen ouder en kind bepaalt <i>ipso jure</i> het recht op uitoefening van het gezinsleven; de lidstaat heeft bij uitzetting een positieve verplichting om te toetsen.

		in de belangenafweging mee te nemen. Schending op <i>proportionaliteit</i> .	
EHRM 02/8/2001 JV2001/254 (Boultif v Switzerland).	klager stelt zich op het standpunt dat de duur tussen veroordeling en uitzetting te lang is. Hij heeft zich intussen gerehabiliteerd. De meeste lidstaten geven aan bij toetsing de proportionaliteitsweging voor het uitzetten van vreemdelingen als diffuus te ervaren.	in de tijd tussen de veroordeling en de uitzetting wist klager zich te rehabiliteren. het verbeterde gedrag maakt in de belangenafweging maakt de uitzetting disproportioneel t.o.v. het beleidsdoel. Schending Hof op <i>proportionaliteit</i> .	het verbeterde gedrag na de veroordeling is bepalend voor de proportionaliteitsweging van uitzetting. Het Hof komt lidstaten tegemoet met het ontwikkelen van 8 ' <i>Boultif</i> ' criteria.
EHRM 03/7/2001 JV 47390/99 (Javeed v The Netherlands).	er bestond eerder recht op verblijf op grond van; verblijfsvergunning afgegeven op grond van arbeidscontract; overheid heeft verdragsconform gehandeld.	voor verblijf op grond van <i>more than normal emotional ties</i> moet de zorgafhankelijkheid van het (inmiddels) volwassen nichtje zijn aangetoond. Klacht geseponeerd.	in geval van werkloosheid van de vreemdeling mag een lidstaat de afgifte van een voorlopige verblijfsvergunning opheffen
EHRM 21/12/2001 31465/96 (Sen v The Netherlands).	de <i>objectieve belemmering</i> die uit de positieve verplichting om te toetsen voortvloeide werd niet onderkend, omdat de belangenafweging niet volledig werd doorgevoerd, wat maakte dat de <i>negatieve</i> verplichting werd gemist.	het Hof stelt: " <i>the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition</i> " (zie ook Hokkanen hierboven). De toets legt hier een <i>negatieve</i> verplichting op om de zorg door tante en oom in Turkije buiten de belangenafweging te houden. Schending van de <i>positieve verplichting tot toetsing</i> .	lidstaten hebben een positieve verplichting om te onderzoeken of er een <i>objectieve belemmering</i> is om af te wijzen; daarbij dient als eerste overweging aan de bestaande gezinsband recht te worden gedaan
EHRM 09/10/2003 48321/99 (Slivenko v Letland).	het Lets-Russische Verdrag van 1994 verordonneert uitzetting van langdurig verblijvende vreemdelingen; dit is in strijd met artikel 8 EVRM.	geen schending aangenomen; Klacht geremedieerd door de lidstaat.	ex-Sovjet lidstaten moeten de mate van sociale integratie van Russische ingezetenen afwegen tegen het naleven van het

EHRM 22/06/2004 17341/03 (F v UK).	volgens de wetgeving bestaat er geen verplichting tot het toestaan van verblijf op grond van art. 8 EVRM, waarna klager zich beroept op art.3 EVRM; onderzoek wijst uit dat er geen bedreiging is in land van herkomst.	het Hof overweegt dat homoseksuelen in land van herkomst geen gevaar voor het leven hoeven te vrezen; Klacht geseponeerd.	toetsing aan artikel 8 EVRM verplicht een lidstaat tevens te onderzoeken of er mogelijk andere EVRM artikelen van toepassing zijn;
EHRM01/03/20 06 60665/00 (Tuquabo-Tekle v The Netherlands).	de aanvraag werd <i>ex nunc</i> getoetst, wat gevolgen heeft voor de duur van separatie tussen moeder en dochter; verblijfaanvragen dienen te allen tijde <i>ex tunc</i> , d.w.z. vanaf het moment van eerste aanvraag te worden gerekend.	het Hof oordeelt dat het op grond van langdurige gezinsseparatie afwijzen van verblijf voor de minderjarige Mehret berust op <i>excessief formalisme</i> . Schending van <i>de positieve verplichting tot (ex tunc) toetsing</i>	aanvragen voor gezinshereniging moeten door een lidstaat <i>ex tunc</i> worden getoetst, dus vanaf het moment van de eerste aanvraag
EHRM18/10/20 06 2006/417 (Uner v The Netherlands).	de lidstaat hanteert het <i>glijdende schaal</i> principe: hoe zwaarder het misdrijf, des te hoger moet aan de sociale integratie zijn voldaan.	het Hof neemt de aanvullende 'Uner criteria' over: zwaarte van het misdrijf en de mate van schadelijke gevolgen voor de overige gezinsleden. Overwegende dat de (nog te jonge) kinderen geen schade zullen ondervinden bij uitzetting oordeelt het Hof dat deze <i>proportionaliteitsweging</i> juist is. Geen schending aangenomen.	de ernst van het gepleegde strafbare feit en de schadelijke gevolgen voor de uitoefening van het gezinsleven gelden in de toets als aanvullende voorwaarden van de <i>Boultif criteria</i> ;
EHRM 17/01/2006 51431/99 (Mendizabal v France).	hoewel de toelatingscriteria in de interne vreemdelingenwetgeving zijn geïmplementeerd is er in de uitvoeringspraktijk sprake van een falend beleid.	de lidstaat is in elke afzonderlijke casus gehouden aan de verplichting om te toetsen op gezinsleven; indien dit niet van toepassing is geldt toetsing van het recht op privéleven. Schending van de <i>positieve verplichting tot toetsing</i> .	lidstaten hebben een bindende positieve verplichting tot het toepassen van de toets bij de beoordeling van verblijfaanvragen;
EHRM 31/1/2006 2006/90 (Rodrigues and Hoogkamer v	klaagster kon geen MVV overleggen en had verzuimd haar verblijf te verlengen toen zij met een ingezetene een kind kreeg; de lidstaat hanteert 'voldongen feit'	het Hof oordeelde dat deze regel hier geen stand houdt, omdat de gezinssituatie niet kan worden aangemerkt als <i>opzettelijke</i> misleiding of sturing, maar het gevolg is van	de rechten van het kind moeten te allen tijde zijn gewaarborgd; het voldoen daaraan vereist dat ook bij uitzetting het belang van het kind als eerste overweging moet worden meegewogen.

The Netherlands).	beleid voor haar ongewenst verklaring;	nalatigheid van de ouders. Uitzetting van de moeder met achterlating van haar kind duidt op excessief formalisme. Schending op <i>proportionaliteit</i> .	
EHRM 15/01/2007 60654/00 (Sisojeva v Latvia).	de ontwikkeling en interpretatie van bepalingen van het EVRM hebben hun grondslag in de Westerse cultuur; dit levert problemen op t.a.v. de gehanteerde gezinsnorm. Verruiming van het begrip <i>kerngezin</i> moet op sociaaleconomische gronden mogelijk zijn.	verblijf van volwassen gezinsleden van gepensioneerd ex-sovjet militair; in deze complexe zaak (zie ook Slivenko v Letland) werd de afgifte van een permanente verblijfsvergunning voor alle familieleden afhankelijk gemaakt van de bevestiging door de echtgenote dat zij stateeloos zou zijn. Schending artikel 8: de familie verkeerde te lang in onzekerheid.	de toetsvoorwaarde ' <i>more than normal emotional ties</i> ' is van toepassing wanneer de sociale en financiële zorg tussen volwassen familieleden bij de wet is bepaald (zie Oost Europa)
EHRM23/6/2008 1638/03 (Maslov v Austria).	de lidstaat heeft een jonge delinquent onterecht als volwassene aangemerkt, terwijl hij de strafbare feiten pleegde als minderjarige.	voor veroordeelde minderjarige vreemdelingen geldt dat het recht op re-integratie in de maatschappij moet zijn gewaarborgd <i>ongeacht</i> de verblijfsduur; Schending van de <i>positieve verplichting tot toetsing</i> .	de rechten van het kind vormen de eerste overweging bij toetsing(art. 3 IVRK); volwassenen met antecedenten moeten door lidstaten standaard op de Boultif-Uner criteria worden getoetst
EHRM 28/06/2011 55597/09 (Nunez v Norway)	de nationale rechtspraak heeft de <i>margin of appreciation</i> uitputtend toegepast en zich met de duur van het inreisverbod welwillend getoond uit respect voor de rechten van het kind; klagster wil niet van haar kinderen worden gescheiden.	het Hof oordeelt dat het <i>in onzekerheid laten</i> van de terugkeer van de moeder in het gezin schadelijk is voor de ontwikkeling van de jonge kinderen. Schending op <i>proportionaliteit</i> .	in de proportionaliteitsweging is het belang van het kind niet <i>per se</i> doorslaggevend voor het eindoordeel, maar hier zijn de emotionele stabiliteit en ontwikkeling van de nog jonge kinderen de ' <i>bijzondere omstandigheden</i> ' die bepalen dat het primaire belang van de kinderen het belang van de staat overstijgt.