

Nareis:

Het 'feitelijke band'-criterium in internationaal perspectief

Nederland stelt voor nareizende gezinsleden van vluchtelingen de eis dat sprake is van een 'feitelijke gezinsband'. Is dat in overeenstemming met onze internationale en Europese verplichtingen? Een toets aan het EVRM, het Unierecht en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind wijst uit dat Nederland zijn boekje te buiten gaat.

Bij gezinshereniging met asielstatushouders wordt, anders dan bij reguliere migranten, getoetst of de familieleden een 'feitelijke gezinsband' hebben. Het begrip klinkt op zichzelf niet onlogisch, maar de definitie houdt meer in dan het hebben van een familierelatie. Om zich te mogen herenigen zonder te hoeven voldoen aan de inkomenseis, dienen de gezinsleden namelijk met de asielstatushouder te hebben samengewoond op zijn of haar vertrekdatum in het herkomstland. Drie jaar geleden is het criterium strikter ingevuld en is het onderzoek naar het voldoen aan de eis aanzienlijk strenger geworden. Dit had zijn weerslag op het aantal afwijzingen van mvv-aanvragen, dat spectaculair steeg van 12 procent in 2008 naar 81 procent in 2011.¹ Sinds juli 2012 wordt de familieband van biologische kinderen met de asielstatushouder weer sneller erkend. Maar is de eis van een feitelijke gezinsband daarmee in overeenstemming met onze internationale en Europese verplichtingen? In dit artikel staat deze vraag centraal, waarbij we het beleid zelf en de nationale jurisprudentie toetsen aan het Unierecht, het EVRM en het IVRK. Een tweede artikel, verderop in deze editie, neemt de onderzoekspraktijk naar de feitelijke gezinsband onder de loep.

Nareiscriteria in wet en beleid

De nareisprocedure is neergelegd in artikel 29 lid 1 onder e en f Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw).² De term 'nareis' ziet op het uitgangspunt dat het gezinsleden betreft die tegelijkertijd met de hoofdpersoon Nederland zijn ingereisd, danwel zijn nagereisd binnen drie maanden nadat deze een asielstatus heeft verkregen. De achtergrond is dat het gaat om herstel van de eenheid van het gezin, welke eenheid werd verbroken door de vlucht van een van de gezinsleden, te weten degene die in Nederland een asielstatus kreeg. Op grond van de wet komen in aanmerking de echtgeno(o)t(e) en minderjarige kinderen die dezelfde nationaliteit bezitten als de asielstatushouder en feitelijk behoren tot zijn gezin (sub e) en de partner en meerderjarige kinderen met dezelfde nationaliteit die zodanig afhankelijk zijn dat zij om die reden tot het gezin van de hoofdpersoon behoren (sub f).

De gezinsband van een kind met de asielstatushouder wordt geacht te zijn verbroken als het zelfstandig is gaan wonen, als het door huwelijk of relatie zelf een gezin heeft gevormd of als het duurzaam is opgenomen in een ander gezin en de asielstatushouder niet meer is belast met het gezag of niet meer voorziet in de kosten en de opvoeding. Als peildatum geldt het

¹ 'Kind in het buitenland mag bijna nooit naar ouder in Nederland', [http://www.defenceforchildren.nl/p/21/2247/mo89-mc21/mo8-cg%7Ctxt="wob"/kind-in-het-buitenland-mag-bijna-nooit-naar-ouder-in-nederland](http://www.defenceforchildren.nl/p/21/2247/mo89-mc21/mo8-cg%7Ctxt=), 5 januari 2012.

² Zie voor de uitwerking van deze bepalingen de paragrafen C2/6.1 en C12/6 Vc, ve12002000.

moment van vertrek uit het herkomstland van de asielstatushouder. Van pleegkinderen die na dat moment in een ander gezin zijn opgenomen, wordt in elk geval aangenomen dat de feitelijke gezinsband is verbroken.³

Bij een aanvraag voor gezinshereniging op grond van artikel 29 lid 1 e of f Vw wordt kort gezegd aan de volgende voorwaarden getoetst: dezelfde nationaliteit als hoofdpersoon, gelijktijdig of binnen drie maanden nagereisd (c.q. verzoek ingediend) en het feitelijk behoren tot gezin. Dit laatste criterium is in de praktijk het grootste struikelblok. Er is aan voldaan als de asielstatushouder de gezinsband aannemelijk heeft gemaakt. Daarvoor dient hij of zij de gezinsleden al tijdens de asielprocedure te hebben genoemd. Wanneer officiële documenten ten aanzien van de gezinsband (huwelijksakte, bewijs familierech-

ting van afhankelijke gezinsleden buiten het kerngezin gemakkelijker te maken.⁶ Pas in de eerste gepubliceerde Vreemdelingencirculaire (1982) werd de eis van de feitelijke gezinsband ook toegepast op uit het huwelijk geboren minderjarige kinderen.⁷ De maatregel die oorspronkelijk beoogde gezinsleden buiten het kerngezin makkelijker te kunnen toelaten, pakte hierdoor uit als een beperking voor leden van het kerngezin.

De Staatssecretaris van Justitie gaf in 1985 voor het eerst een toelichting op het begrip feitelijke gezinsband en verwerkte deze in de Vreemdelingen-circulaire.⁸ De gezinsband met de ouder(s) moest al in het buitenland hebben bestaan en niet definitief zijn verbroken. Een definitieve verbreking van de gezinsband nam de regering aan als het kind duurzaam in een

De feitelijke van de gezinsband zit hem in het daadwerkelijke samenwonen of op zijn minst voor elkaar zorgen.

telijke relatie ouder en minderjarig kind, bewijs partnerschap en samenwonen) niet kunnen worden overgelegd, en dit de hoofdpersoon niet aan te rekenen is, worden plausibele, aannemelijke en consistente verklaringen omtrent de gezinsband verlangd.⁴ Een huwelijk of partnerschap moet in het herkomstland hebben bestaan, waarbij de echtgenoten/partners samenwoonden op het moment van vertrek van de asielstatushouder, tenzij ze een goede verklaring hebben waarom dat niet het geval was.

De definitie van een feitelijke gezinsband strekt dus verder dan het hebben van een juridische of biologische gezinsrelatie: de feitelijke zit hem in het daadwerkelijke samenwonen of op zijn minst voor elkaar zorgen. Tot 16 juli 2012 diende bij biologische kinderen daarom de feitelijke gezinsband via twee van drie methoden te worden vastgesteld: documenten, DNA-onderzoek en identificerend onderzoek. In situaties waarbij de documenten ontbraken, werd door de IND een DNA-onderzoek om de bewijsnood te lenigen pas aangeboden als op grond van het identificerend onderzoek de feitelijke gezinsband aannemelijk was gemaakt. Het aantonen van de biologische afstamming was op zichzelf dus onvoldoende reden om een gezinsband aan te nemen. Bij aanvragen door biologische kinderen waarbij beide ouders betrokken zijn is vanaf 16 juli een positieve uitkomst van een DNA-onderzoek in principe voldoende om het bestaan van een feitelijke gezinsband aan te nemen, tenzij er indicaties zijn voor het tegendeel. Deze versoepeling ziet dus alleen op het aantonen van de gezinsband: de inhoudelijke eisen van de feitelijke gezinsband zijn ongewijzigd gebleven.⁵

Geschiedenis feitelijke-bandcriterium

De voorwaarde van de feitelijke gezinsband werd in het Nederlandse toelatingsbeleid geïntroduceerd in 1976 ten aanzien van verruimde gezinshereniging om gezinshereni-

ander gezin was opgenomen, de ouders niet meer in het gezag of de kosten voor opvoeding en verzorging voorzagen of als het kind zelfstandig was gaan wonen, al dan niet in huwelijks- of relatieverband. Eind 2001 kondigde de staatssecretaris aan de feitelijke gezinsband alleen als verbroken te zullen beschouwen als de scheiding tussen ouder(s) en kind langer dan vijf jaar had geduurd, tenzij er sprake was van bijzondere omstandigheden. Deze versoepeling leek voort te komen uit het arrest Sen tegen Nederland van begin 2001, waarin het EHRM had duidelijk gemaakt dat de keuze van ouders om kinderen in het herkomstland achter te laten niet mag worden opgevat als een besluit om nooit meer in gezinsband te gaan leven.⁹ Als een van de argumenten noemde de staatssecretaris echter ook de harmonisatie van het Europees gezinsherenigingsbeleid. Tijdens de onderhandelingen over de voorgestelde Gezinsherenigingsrichtlijn was haar gebleken dat het recht op gezinshereniging van minderjarige kinderen met hun ouders in nagenoeg alle lidstaten een absoluut karakter heeft. In de overige lidstaten hoeft ten aanzien van de gezinsband slechts te worden aangetoond dat sprake is van een familie-rechtelijke relatie. De staatssecretaris vond een Nederlandse uitzonderingspositie onwenselijk.¹⁰ Hoewel de Afdeling geen problemen zag, achtten lagere rechters de vereiste feitelijke gezinsband (ondanks de versoepeling) niet verenigbaar met de Gezinsherenigingsrichtlijn.¹¹ Deze jurisprudentie vormde samen met de uitspraken van het EHRM in september 2006 uiteindelijk de genadeklap voor het criterium duurzame op-neming in een ander gezin, althans wat betreft aanvragen voor

3 WBV 2009/18 van 24 juli 2009, ve09001169, Vc C2/6.2.

4 Dit wordt beoordeeld op basis van zijn verklaringen over het ontbreken van die documenten, die geloofwaardig en consistent dienen te zijn, in combinatie met hetgeen overigens bekend is ten aanzien van de situatie in het land van herkomst met betrekking tot (het verkrijgen van) documenten.

5 Kamerstukken II 2011-2012, 19637, nr. 1568, ve12001561.

6 Handelingen TK 1975-1976, 13 600 VI, p. 47. Zie ook Swart 1978, p. 165.

7 Vc 1982, Hoofdstuk B 19 2.1.1.

8 S. van Walsum, M. Hop en M. Kablou, 'Het recht op gezinsleven in Nederland van buitenlanders', NJB 1987, vol. 62 (36), p.1151-1155.

9 EHRM van 1 december 2001, Sen t. Nederland, zaak nr. 31465/96, JV 2002/30 m.nt. S.K. van Walsum, ve02000480.

10 TK 2001-2002, 26 732, nr. 98, ve01000181.

11 ABRvS 12 juli 2006, JV 2006/328, met noot C.A. Groenendijk, ve06000967. Zie voor de van de Afdelingslijn afwijkende uitspraken van arrondissementsrechtbanken MK Rechtbank Den Haag nevenzittingsplaats Haarlem, 21 december 2005, JV 2005/299, ve05001008; Rechtbank Den Haag nevenzittingsplaats Middelburg, 14 maart 2006, AWB 05/50412; JV 2006/28, ve05001903; JV 2006/65, ve05002050; MK Rechtbank Den Haag nevenzittingsplaats Zwolle, 14 juli 2006, AWB 05/40250, ve06001121.

reguliere gezinshereniging.¹² Voor de verkrijging van de afgeleide asielstatus is de voorwaarde van een feitelijke gezinsband tussen de leden van het kerngezin niet uit de wet verwijderd. Dat is merkwaardig, want de Gezinsherenigingsrichtlijn verplicht lidstaten juist om gezinsleden van vluchtelingen gunstiger te behandelen dan reguliere gezinsmigranten.

Nationale jurisprudentie feitelijke band-criterium

In nareisprocedures is het criterium van de feitelijke gezinsband en de invulling daarvan meerdere malen aangevochten in gerechtelijke procedures, onder verwijzing naar internationale verplichtingen waaraan Nederland is gebonden. Dat betreft een beroep op artikel 8 EVRM, het IVRK, en het Unierecht, waaronder de Gezinsherenigingsrichtlijn en het Handvest van de Grondrechten. In enkele standaarduitspraken van de Afdeling is de betekenis van die bepalingen in de nareisprocedure buiten toepassing verklaard of gemarginaliseerd.

In de uitspraak van 12 maart 2008 oordeelde de Afdeling dat de Gezinsherenigingsrichtlijn zich niet verzet tegen de exclusieve implementatie in het reguliere vreemdelingenrecht. Volgens de Afdeling dient de afgeleide asielstatus vanwege de daaraan verbonden rechtspositie te worden aangemerkt als gunstiger nationale normen, die daarmee buiten de reikwijdte van de minimumnormen van de Gezinsherenigingsrichtlijn zouden vallen.¹³ Om dezelfde redenen achtte de Afdeling in oktober 2010 bij de aanvraag voor de afgeleide status een aparte toets aan artikel 8 EVRM niet noodzakelijk, omdat deze al besloten zou liggen in artikel 29 lid 1 sub e en f Vw. Aanvragers die niet aan de criteria van deze bepalingen voldoen, dienen volgens de Afdeling gebruik te maken van de reguliere procedure.¹⁴ In de praktijk wordt deze toets hiermee zinledig, omdat eerst wordt beoordeeld of de betrokkene voldoet aan de voorwaarden van artikel 29 lid 1 onder e en f Vw, en dus of men voldoet

cedure rekening moet worden gehouden met de belangen van de daarbij betrokken kinderen.

Op 10 oktober publiceerde de Afdeling een drietal uitspraken over het nareisbeleid. In één ervan beperkte de Afdeling het criterium duurzame opnemings in het gezin zoals dit bij pleegkinderen wordt toegepast. Het feitelijke onderbrengen van een niet-biologisch kind in een ander gezin na het vertrek van de hoofdpersoon is volgens de Afdeling onvoldoende om de gezinsband als verbroken te beschouwen. De Afdeling wees erop dat paragraaf 185 UNHCR Handboek, waarop artikel 29 lid 1 sub e en f Vw zijn gebaseerd, de wens om de gezinseenheid te behouden centraal stelt. Ook bij pleegkinderen zou de vertrekdatum van de hoofdpersoon als peildatum dienen te gelden, aldus de Afdeling.¹⁵

In een van de andere uitspraken meende de Afdeling over de toets aan de Gezinsherenigingsrichtlijn kort te kunnen zijn: omdat de hoofdpersoon subsidiaire bescherming genoot op grond van artikel 29 lid 1 sub b, zou de aanvraag om gezinshereniging gelet op artikel 3 lid 2 sub c buiten de reikwijdte van de richtlijn vallen.¹⁶

VN Vluchtelingenverdrag

Volgens de parlementaire geschiedenis is de nareisprocedure ontwikkeld op basis van de bij het Vluchtelingenverdrag horende *Final Act* bij de VN-conferentie over de status van vluchtelingen en staatloze personen in 1951, waarin de aanwezige staten het recht op gezinshereniging en de eenheid van het vluchtelingengezin hebben vooropgesteld en verankerd.¹⁷

De noodzaak tot bescherming van de gezinseenheid vloeit voort uit de in de Act opgenomen verantwoordelijkheid om de situatie van vluchtelingen te verbeteren en is mede ingegeven door humanitaire en praktische overwegingen. Scheiding van gezinnen kan leiden tot tragedieën en staat succesvolle integra-

Ook andere gezinsleden, zoals ouders op leeftijd, die afhankelijk zijn van de vluchteling worden stevast begrepen onder het begrip 'nuclear family'.

aan het feitelijke band-criterium, en pas als dat het geval is, wordt getoetst aan artikel 8 EVRM. Terwijl de vraag nu juist is of dit criterium in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. De Afdeling besteedt geen aandacht aan het feit dat asielstatushouders in de reguliere procedure met nadere voorwaarden te maken krijgen, zoals de inkomenseis, het mvv-vereiste en leges. In dezelfde uitspraak oordeelde de Afdeling ten aanzien van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind dat artikel 3 en 20, 'voor zover ze al een direct toepasbare norm inhouden', niet meer betekenen dan dat in de nareispro-

cedure van de vluchteling in het land van opvang in de weg. Dat moet dan ook worden voorkomen.

Het gezin dat volgens de betrokken VN-Verdragsstaten in aanmerking dient te komen voor hereniging, bestaat altijd en tenminste uit de 'nuclear family' (ouders en afhankelijke kinderen, waaronder ook begrepen minderjarige broertjes en zusjes). Maar ook andere gezinsleden, zoals ouders op leeftijd, die afhankelijk zijn van de vluchteling worden daar stevast onder begrepen.¹⁸

12 Brief van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie aan de voorzitter van de Tweede Kamer, 25 september 2006, TK 2006-2007, 19 637, nr. 1089, ve06001333. Zie onder andere EHRM in de zaak *Al Nashif* van 20 juni 2002, JV 2002/29, ve02000554, r.o. 112, m.nt. E. Guild en verder P. Boeles, 'De aanval op de gezinshereniging en de rol van het internationale recht', *Migrantenrecht* 2005, vol. 20, nr. 4, p. 116-126, ve05001361.

13 ABRvS 12 maart 2008, JV 2008/176, , ve08000514, LJN: BC7140.

14 ABRvS 19 oktober 2010, JV 2010/471 m.nt. Boeles, ve10001822, RV 2010/22, m.nt. Van Walsum.

15 ABRvS 10 oktober 2012, LJN: BY0146, ve12002101.

16 ABRvS 10 oktober 2012, 201108774/1/V1, ve12002083.

17 TK 1998-1999, 26732, nr. 3, p. 6-7, 37-39; UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, 25 July 1951, A/CONF.2/108/Rev.1, via: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40a8a7394.html> [bezoekt op 2 October 2012].

18 Zie onder meer UNHCR Guidelines on Reunification of Refugee Families, juli 1983, via: <http://www.unhcr.org/3bd0378f4.html> [bezoekt 2 oktober 2012] en UNHCR Executive Committee Conclusion No. 24 (XXXII) Family Reunification, juli 1981, via: <http://www.unhcr.org/3ae68c43a4.html> [bezoekt 2 oktober 2012].

Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK)

Voor een toets van de vereiste feitelijke gezinsband aan het IVRK, zijn artikel 3 en 10 het meest relevant. Artikel 3 bepaalt dat bij alle maatregelen die kinderen raken, de belangen van die kinderen de hoogste prioriteit dienen te hebben. Artikel 10 stelt eisen aan de wijze waarop gezinsherenigingsaanvragen behandeld moeten worden.

Artikel 3 IVRK

De jurisprudentie van de Afdeling over de vraag of artikel 3 IVRK moet worden gezien als een 'een ieder verbindende bepaling' in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet gezien moet worden, vertoont geen consistente lijn.¹⁹ Aanvankelijk beantwoordde de Afdeling deze vraag ontkennend.²⁰ In latere uitspraken achtte de Afdeling alleen toetsbaar de vraag of er naar het belang van het kind gekeken is, zonder dat daarbij gekeken kan worden of het juiste gewicht aan het belang van het kind is gegeven.²¹ De laatste stap in de jurisprudentie is het oordeel dat de bestuursrechter dient na te gaan of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind, zij het op terughoudende wijze.²² Deze restrictieve interpretatie door de Afdeling van artikel 3 IVRK wijkt fundamenteel af van de benadering van 'het belang van het kind'-beginsel zoals die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en door het Europese Hof van Justitie wordt toegepast.²³ Uit de jurisprudentie van die twee hoven blijkt dat artikel 3 IVRK op een zeer concrete manier toetsbaar is en daarmee als een eenieder verbindende bepaling in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet gezien moet worden.²⁴

Het bestaan van het criterium van de feitelijke gezinsband is moeilijk te verenigen met artikel 3 IVRK. Dit criterium geeft immers vanuit het perspectief van de staat een definitie over wat in het algemeen als een reëel bestaande gezinsband moet worden beschouwd. Uit artikel 3 IVRK volgt echter juist dat op individueel niveau nagegaan moet worden wat het belang van het kind is; de familierelatie en het effect daarvan op de ontwikkelingsmogelijkheden van het individuele kind dienen daarbij centraal te staan.

Artikel 10 IVRK

Artikel 10 IVRK bepaalt dat aanvragen voor gezinshereniging met welwillendheid, menselijkheid en spoed dienen te worden behandeld; bovendien mag de indiening ervan geen nadelige gevolgen hebben voor de aanvragers. Uit de combinatie van

'welwillend, menselijkheid en spoed' mag in ieder geval aangenomen worden dat aanvragen voor gezinshereniging en de procedures die daarover gaan op een niet-formalistische wijze worden behandeld. Het begrip 'welwillendheid' is een vertaling van het Engelse 'positive' uit de grondtekst.²⁵ Dit begrip dient te worden geïnterpreteerd als een verplichting op de staat om bij de behandeling van aanvragen tot gezinshereniging een positieve grondhouding te hebben.²⁶ In de literatuur wordt bovendien gesuggereerd dat het begrip wel begrepen kan worden in de betekenis van woorden als *actual*, *definite* en *effective*.²⁷ In de jurisprudentie over artikel 10 IVRK wordt vaak in het midden gelaten of deze bepaling 'een ieder verbindend' is in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet.²⁸ Wanneer de kwestie echter expliciet aan de orde komt, wordt meestal eenvoudigweg aangenomen dat de Nederlandse wetgeving en het daarop gebaseerde beleid in overeenstemming zijn met artikel 10 IVRK. Daarbij gaat men er vanuit dat dit artikel niet verder gaat dan hetgeen uit artikel 8 EVRM volgt; toetsing zou daarom niet relevant zijn.²⁹ Dit standpunt is ook terug te vinden in de memorie van toelichting (MvT) van de Goedkeuringswet van het IVRK³⁰, waarnaar ook wel verwezen wordt in de genoemde jurisprudentie. Dit is om twee redenen een wat bevreemdende toepassing van artikel 10 IVRK; ten eerste stamt de aangehaalde MvT uit 1992-1993 en is het Nederlands vreemdelingenrecht en -beleid sindsdien diverse keren aangepast - en meestal op een wijze die de rechtspositie van de minderjarige migrant niet heeft versterkt. Het is daarmee onhoudbaar om het standpunt van de toenmalige regering over artikel 10 IVRK zonder nader onderzoek te herhalen. Ten tweede gaat ook het standpunt over de verhouding tussen 10 IVRK en 8 EVRM niet op; artikel 10 IVRK heeft gezien de bijzondere gerichtheid van dit artikel op situaties met kinderen een aanvullend karakter op artikel 8 EVRM. Bovendien kent artikel 10 IVRK geen uitzonderingsgronden, zoals die wel in lid 2 van artikel 8 EVRM zijn geformuleerd.

Wanneer het nareisbeleid in het licht van artikel 10 IVRK wordt bekeken, zijn twee zaken problematisch te noemen. In de eerste plaats ligt bij (de keuze voor) een identificerend interview de nadruk zo sterk op het tegengaan van fraude dat dit aspect van de procedure in strijd moet worden geacht met de vereiste positieve grondhouding die artikel 10 IVRK vergt. Een tweede aspect is dat de beperkte waarborgen bij de nareisprocedure, met name de geringe rol van artikel 8 EVRM en de Gezinsherenigingsrichtlijn, lijken te botsen met het uit artikel 10 IVRK af te leiden recht op een spoedige en effectieve proce-

19 G.J. Pulles, 'Onduidelijkheid over de rechtstreekse werking van kernbepalingen van het VN-Kinderrechtenverdrag', NJB 2011, nr. 4, p. 231-234.

20 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 12 april 2007, JV 2007/241 r.o. 2.5.1, ve07000728.

21 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 27 november 2008, JV 2009/50 r.o. 2.6.1, ve08001970.

22 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 7 februari 2012, JV 2012/152, r.o. 2.3.8, JV 2012/152.

23 M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden. Over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlands vreemdelingenrecht', *Asiel & Migrantenrecht*, 2011-08, p. 349-362, ve11002529.

24 Zie voor een goed voorbeeld: EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk tegen Zwitserland, ve10001086, RV 2010/98 m. nt. Ruitenberg. Met name in de paragrafen 136-139 zet het EHRM in deze zaak een duidelijke methode uiteen hoe om te gaan met het 'belang van het kind'. Het Hof stelt dat het belang van het kind bijzonder belangrijk is en twee peilers kent: 1) het belang om in beginsel de band met ouders te behouden, 2) het belang van een gezonde ontwikkeling in een veilige omgeving.

25 Zie hierover: S. Meuwese, 'Positive' is welwillender dan welwillend', *Migrantenrecht* 2003-07, p. 242, ve05000918.

26 S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1999, p. 192.

27 K.M. de Vries, *Integration at the border. The Dutch Act on Integration Abroad in relation to International Immigration Law*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2011, P.110.

28 Zie over dit onderwerp ook: G.J.W. Pulles en L.C.J.M. Wöorst, 'Doorwerking van het IVRK: de wetgever geeft het voorbeeld', *Familie- en Jeugdrecht* 2012-7/8, p. 186 en M.R. Bruning, T. Liefwaard en P. Viaardingerbroek (red.), *Sdu Commentaar Jeugdrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2012, online editie: www.sducommentaarjeugdrecht.nl.

29 Zie bijvoorbeeld REK Rechtbank 's-Gravenhage 25 september 1997, REK 1997/28, r.o. 11.1, Rechtbank 's-Gravenhage (zittingsplaats Amsterdam), 14 augustus 2000, LJN: AA9326, r.o. 12, Rechtbank 's-Gravenhage (zittingsplaats Utrecht) 1 juni 2011, LJN BQ7068, r.o. 2.27.

30 Kamerstukken II 1992-1993, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 21.

dure en de norm dat iemand geen nadeel mag ondervinden van zijn aanvraag voor gezinshereniging. Vanwege de strikte criteria voor de afgeleide asielstatus en de verwijzing naar de reguliere procedure als daaraan niet is voldaan, is de nareisprocedure niet een effectieve procedure tot gezinshereniging te noemen. Het kost de achtergebleven gezinsleden zeer veel tijd en laat hen langer in de moeilijke, onzekere en vaak armoedige omstandigheden verblijven.

Artikel 8 EVRM

Dat de Afdeling op grond van de waterscheiding een aanvraag voor een afgeleide asielstatus slechts zeer beperkt toetst aan artikel 8 EVRM, ontkent het belang van deze status voor het recht op gezinsleven.³¹ In het Alim-arrest bepaalde het EHRM dat hoewel uit artikel 8 EVRM geen expliciete procedurele vereisten voortvloeien, besluitvormingsprocessen desalniettemin altijd eerlijk en respectvol moeten zijn voor de belangen van het individu die artikel 8 EVRM beschermt.³² Het EHRM oordeelt vervolgens dan ook in heldere taal dat: "the absence of the authorities' assessment of the impact of their decisions on the applicant's family life must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation of the State."³³ Naar aanleiding van deze overwegingen zet Van Walsum terecht vraagtekens bij het Nederlands nareisbeleid.³⁴ Het hier mogelijk te

artikel 8 EVRM in de nareisprocedure spanning oplevert met de procedurele waarborgen voortvloeiend uit artikel 8 EVRM.

Het EHRM heeft zich bovendien al verschillende keren in negatieve zin expliciet over het criterium van een feitelijke gezinsband uitgelaten. In het Sen-arrest³⁵ accepteerde het Hof niet dat de toegang van een kind tot Nederland werd geweigerd omdat de band met haar in Nederland woonachtige ouders verbroken zou zijn. Vier jaar later herhaalde het dit standpunt in de zaak Tuquabo-Tekle.³⁷ Dit laatste arrest vormde, naast de Gezinsherenigingsrichtlijn, een voorname aanleiding voor het schrappen van de voorwaarde van een feitelijke gezinsband bij reguliere aanvragen voor gezinshereniging.³⁸ Een toets aan artikel 8 EVRM in het kader van nareis zou logischerwijs tot dezelfde conclusie moeten leiden.

Overigens is voor een geslaagd beroep op artikel 8 EVRM uiteraard wel vereist dat er sprake is van gezinsleven. In het geval van pleegkinderen is daarbij problematisch dat DNA-bewijs daarbij niet behulpzaam kan zijn om de ouder-kindband vast te stellen. Uit onder andere de zaak Moretti en Bendeti tegen Italië kan worden afgeleid dat ook pleegouders en pleegkinderen gezinsleven kunnen hebben in de zin van 8 EVRM. Gezinsleven omvat volgens het EHRM ook *de facto* gezinsbanden als er sprake

Gezinsleven omvat volgens het EHRM ook de facto gezinsbanden als er sprake is van een bijzondere mate van afhankelijkheid.

genin te brengen argument dat het Alim-arrest handelt over uitzetting (een negatieve verplichting) terwijl de nareisprocedure om toelating gaat (een positieve verplichting) is te pareaan met de ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof, waarin het toetsingskader voor beide soorten verplichtingen heel dicht naar elkaar is toegegroeid.³⁵ Bovendien wordt het "fair procedure"-beginsel volgens ons in Alim in algemene termen geformuleerd en niet uitsluitend in verband met negatieve verplichtingen. Wij menen dan ook dat uit Alim kan in elk geval kan worden afgeleid dat het ontbreken van een toets aan

ke is van een bijzondere mate van afhankelijkheid. Van belang voor het aannemen van gezinsleven tussen de pleegouders en het pleegkind in deze zaak was de lengte van de periode van samenleven, het karakter van de onderlinge relatie en de rol van de pleegouders ten opzichte van het kind.³⁹ Ook de meer algemene Sen-criteria zijn hierbij mogelijk van belang; leeftijd van de betrokken kinderen, situatie in het land van herkomst en de mate van afhankelijkheid van de kinderen ten opzichte van de ouders.⁴⁰ Hoewel dit geen uitputtende bespreking is van de EHRM-interpretatie van het begrip gezinsleven, blijkt hieruit wel dat de toepassing van de feitelijke gezinsbandtoets op pleegkinderen strijdig is met 8 EVRM.

Toetsing nareisprocedure aan Unierecht

Grondrechtenhandvest

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon dienen lidstaten bij de toepassing van het Unierecht in overeenstemming met het Handvest voor de Grondrechten te handelen. Artikel 7 weerspiegelt het recht op respect voor het familieleven zoals in artikel 8 EVRM neergelegd; het beschermingsniveau dient hieraan gelijk te zijn of hoger.⁴¹ Volgens de toelichting op het Handvest is artikel 24 gebaseerd op het

31 ABRvS 13 december 2002, JV 2003/46, ve03000023. Daarin oordeelt Afdeling in 2.3.1: 'Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 29, eerste lid, aanhef en onder e en f, van de Vw 2000 - Kamerstukken II 1998-1999, 26 732, nr. 29 en Handelingen II 1999-2000, p. 5384 - valt af te leiden dat is bedoeld om deze bepalingen in overeenstemming te brengen met de uitleg die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan de term "family life" in artikel 8 van het EVRM heeft gegeven. Derhalve kan artikel 8 van het EVRM bij toepassing van deze bepalingen een rol spelen in de asielprocedure.' Daaruit valt af te leiden dat de toepassing van artikel 29 lid 1 onder e en f Vw met artikel 8 EVRM in lijn moet zijn. Maar uit de toepassing ervan in latere uitspraken blijkt dat volgens de Afdeling de toets of wordt voldaan aan artikel 29 lid 1 onder e en f Vw niet vol conform artikel 8 EVRM wordt ingevuld, maar slechts aan de hand van de nationale criteria (feitelijke band) en dat een werkelijk inhoudelijke toets aan artikel 8 EVRM enkel in een reguliere procedure aan de orde kan komen. Zie onder meer ABRvS 19 oktober 2010, JV 2010/471, ve10001822 en zie daarbij in dat kader tevens de noot van Boeles. Van een (werkelijke) toets aan artikel 8 EVRM binnen de nareisprocedure is dus feitelijk geen sprake.

32 EHRM 27 september 2011 Alim t. Rusland, JV 2012/166, ve12000561 en RV 2011/22 m. nt. Van Walsum, r.o. 94.

33 EHRM 27 september 2011 Alim t. Rusland, JV 2012/166, ve12000561 en RV 2011/22 m. nt. Van Walsum, r.o. 98.

34 Zie RV 2011/22, m. nt. Van Walsum. Eerder stipte Van Walsum hetzelfde punt al aan in haar noot bij het Antwi-arrest, zie EHRM 14 januari 2012, Antwi e.a. t. Noorwegen, JV 2012/170, ve12000443.

35 Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 juni 2011, Nunez tegen Noorwegen, JV 2011/402 m. nt. Van Walsum, ve11001542, RV 2011/20 m. nt. Ismaili, r.o. 68 met daarbij nadere verwijzingen.

36 EHRM 21 december 2001 Sen t. Nederland, JV 2002/30 m. nt. Van Walsum, ve02000480.

37 EHRM 1 december 2005 Tuquabo-Tekle t. Nederland, JV 2006/34 m. nt. Van Walsum, ve05001966.

38 Kamerstukken II, 2006-07, 19 637, nr. 1089, ve06001333.

39 EHRM 27 april 2010, nr. 16318/07, r.o. 48.

40 EHRM 21 december 2001 Sen t. Nederland, JV 2002/30 m. nt. Van Walsum, r.o. 37, ve02000480.

41 Zie artikel 52 lid 3 Handvest, ve09001417.

IVRK, met name op de artikelen 3, 9, 12 en 13 van dit verdrag.⁴² Het tweede lid van artikel 24 vormt een neerslag van artikel 3 IVRK; het derde lid erkent het recht van het kind om regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden. Alleen indien deze contacten tegen de belangen van het kind indruisen, mogen lidstaten dit recht aantasten. Deze bepaling gaat nadrukkelijk verder dan het EVRM, dat een dergelijk recht niet kent. Artikel 9 erkent het recht op huwen en het stichten van een gezin. Dit artikel is in het Nederlandse nareisbeleid van belang vanwege het criterium dat de gezinsband moet hebben bestaan in het herkomstland, voorafgaand aan het vertrek van de asielstatushouder. Zoals we hierna zullen zien, kunnen de omstandigheden die hebben aangezet tot de vlucht, er tevens toe leiden dat het huwelijk zich niet in het herkomstland heeft voltrokken.

Gezinsherenigingsrichtlijn

Ook de toepassing en uitleg van de Gezinsherenigingsrichtlijn dienen in overeenstemming te zijn met het Handvest en de fundamentele rechten van de Unie. Artikel 4 lid 1 van de richtlijn bindt de lidstaten door toekenning van een subjectief recht op gezinshereniging voor de echtgenoot en minderjarige kinderen (met inbegrip van geadopteerde kinderen) van derdelanders. Volgens het Hof van Justitie hebben lidstaten geen beoordelingsmarge als aan de voorwaarden is voldaan die hoofdstuk IV van de richtlijn mogelijk maakt.⁴³ Het Hof van Justitie bevestigde met deze uitleg dat de richtlijn een aanzienlijk sterker recht op gezinshereniging heeft gevestigd voor derdelanders dan artikel 8 EVRM. De formulering in het Nederlandse Vreemdelingenbesluit dat het recht op gezinshereniging is beperkt tot het minderjarige biologische of juridische kind van de hoofdpersoon, dat 'naar het oordeel van Onze Minister feitelijk behoort en reeds in het land van herkomst feitelijk behoorde tot het gezin' wekt dus ten onrechte de indruk van een beoordelingsmarge.⁴⁴

Feitelijke gezinsband en de Gezinsherenigingsrichtlijn

Tot de voorwaarden die lidstaten volgens de richtlijn mogen opleggen behoort niet een bewijs van het bestaan van een feitelijke gezinsband. Dat is niet toevallig: tijdens de onderhandelingen over de ontwerp-richtlijn haalde de Nederlandse regering bakzeil bij haar pogingen om deze eis expliciet in de richtlijn opgenomen te krijgen.⁴⁵ Tijdens de implementatie van de richtlijn beriep de minister zich op artikel 16 lid 1 sub b Richtlijn bij haar standpunt dat een feitelijke gezinsband mag worden geëist.⁴⁶ Het is echter zeer de vraag of de in deze bepaling opgenomen definitie 'werkelijk gezinsleven' mag worden ingevuld met het Nederlandse begrip van de feitelijke gezins-

band. De totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn pleit tegen een dergelijke uitleg. De Commissie lichtte deze bepaling in haar voorstel namelijk als volgt toe: 'Volgens onderdeel b) moet sprake zijn van een werkelijk huwelijks- en gezinsleven, ter bestrijding van oneigenlijk gebruik van het recht op gezinshereniging.'⁴⁷ Deze uitleg impliceert dat de bepaling, niet zonder reden ondergebracht bij het hoofdstuk sancties en beroepsmogelijkheden, enkel beoogt misbruik of fraude tegen te gaan. Uit de transponeringstabel van het implementatiebesluit erkent de regering dit kennelijk zelf ook: ze verwijst daarin bij de toepassing van deze bepaling alleen naar de algemene gronden voor niet-verlenging en intrekking van een verblijfsvergunning, en in het geheel niet naar gronden voor afwijzing van een eerste aanvraag.⁴⁸

Gunstiger regels voor asielgerechtigden

Artikel 23 Definitierichtlijn Definitierichtlijn verplicht de lidstaten om zorg te dragen voor de instandhouding van de gezinsband van vluchtelingen en subsidiair beschermden. Omdat ook in de Gezinsherenigingsrichtlijn vluchtelingen en hun gezinsleden extra bescherming genieten, zijn in hoofdstuk V van de richtlijn gunstiger voorwaarden voor de uitoefening van hun recht op gezinshereniging neergelegd.⁴⁹ Om te garanderen dat lidstaten rekening houden met hun kwetsbare situatie, verbiedt artikel 12 van de richtlijn om eisen aan vluchtelingen te stellen op het gebied van inkomen, ziektekostenverzekering en huisvesting en verplicht artikel 11 lid 2 Richtlijn hen om soepelheid te betrachten bij de bewijsvoering omtrent de gezinsband.

De Nederlandse afgeleide asielstatus biedt weliswaar geen zelfstandig verblijfsrecht, maar wel een sterkere rechtspositie dan een reguliere afhankelijke verblijfsvergunning, met name bij de verbreking van de gezinsband. Dit is een impliciete erkenning dat gezinsleden van een asielstatushouder extra bescherming behoeven. Uit de transponeringstabel blijkt ook dat de regering artikel 29 (1) (e) en (f) Vw als de omzetting beschouwt van de kern van hoofdstuk V van de richtlijn, namelijk de artikelen 9 (2), 10 (1) en 12 (1). De ontheffing van de inkomenseis en de inburgeringsvoorwaarde is in overeenstemming met de richtlijn; de ten opzichte van reguliere gezinsmigranten strengere eisen aan de feitelijke gezinsband van vluchtelingen staan daarentegen juist haaks op de tekst en de doelstelling ervan.

Artikel 9 lid 2 Richtlijn doelt op gezinsvorming

In het arrest Chakroun heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat lidstaten bij de toepassing van de richtlijn geen verschillende voorwaarden mogen opleggen aan gezinshereniging en gezinsvorming. Het Hof wijst erop dat het onderscheid alleen is toegestaan door artikel 9 lid 2 Richtlijn, dat lidstaten de mogelijkheid biedt om de toepassing van gunstiger voorwaarden voor vluchtelingen, beschreven in hoofdstuk V, te beperken tot gezinshereniging. Lidstaten mogen de gunstiger voorwaarden

42 Zie verder M. Reneman, 'Het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht', A&MR 2010, nr. 5/6, p. 233-244, ve10000968.

43 HvJ EG 27 juni 2006, nr. C-540/03, Europees Parlement tegen de Raad van Europese Unie, paragraaf 60, JV 2006/313 met noot P. Boeles, ve06000854; HvJEU, 4 maart 2010, C-578/08 (Chakroun), paragraaf. 40 of 41, ve10000350.

44 Artikel 3.14 Vb.

45 Zie T. Strik, "Besluitvorming over asiel- en migratierichtlijnen", 2011, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 98-100.

46 Brief minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie aan vz. Tweede Kamer met een reactie op de brieven van prof. mr. C. A. Groenendijk en prof. mr. P. Boeles terzake de aanscherping van de vereisten voor gezinsvorming en de implementatie van de richtlijn gezinshereniging, 23 februari 2005, TK 2004-2005, 19637 nr. 901, p. 4-5, Migratieweb: ve05000435.

47 COM (2002) 225, 2 mei 2002, p. 11, ve02000376.

48 Staatsblad 2004, nr. 496, p. 25, ve04001708. De regering verwijst bij omzetting van art. 16 (1) onder b Richtlijn naar artikel 18 lid 1 sub f en artikel 19 Vw 2000.

49 Ook in considerans nummer 8 van de Gezinsherenigingsrichtlijn overweegt de Raad dat de situatie van vluchtelingen bijzondere aandacht vraagt vanwege hun gedwongen vertrek uit het herkomstland en hun onmogelijkheid om daar hun gezinsleven te leiden, ve03001574.

van hoofdstuk V toepassen, maar hoeven dat niet. De asielstaathouders die een beroep doen op artikel 29 lid 1 sub e Vw 2000, verzoeken echter om gezinshereniging, niet om gezinsvorming. Een Frans voorstel voor deze beperking 'om misbruik te voorkomen', nam de Commissie over met de toelichting dat de gunstiger behandeling alleen bij gezinshereniging is gerechtvaardigd.⁵⁰ Als een vluchteling na zijnkomst naar een EU-lidstaat een huwelijk sluit en deze partner wil laten overkomen, is zijn situatie immers niet wezenlijk anders dan die van een regulier migrant met een nieuwe partner. Art. 9 (2) laat dus weliswaar toe dat gezinsvormers van vluchtelingen gelijk worden behandeld met reguliere gezinsmigranten, maar vormt geen grondslag om aan gezinshereniging van vluchtelingen strengere voorwaarden te stellen dan voor gezinshereniging op grond van de richtlijn gelden. Dat zou in strijd zijn met het doel van hoofdstuk V.

Uit de transponeringstabel bij de implementatie verwijst de regering bij artikel 9 lid 2 Richtlijn naar de grondslag voor de afgeleide asielstatus.⁵¹ Uit de toelichting bij de implementatie blijkt hoezeer de regering zich ervan bewust is dat deze bepaling alleen onderscheid maakt tussen gezinshereniging en gezinsvorming. Het begrip gezinsvorming valt toch moeilijk te koppelen aan het criterium dat sprake moet zijn geweest van samenwonen toen men uit het herkomstland vertrok. Deze uitleg van artikel 9 lid 2 valt zoals hierboven geschetst in elk geval niet te rechtvaardigen door de tekst van de richtlijn, de totstandkomingsgeschiedenis en de uitleg van het Hof.

Een subjectief recht op gezinshereniging

Op grond van artikel 10 lid 1 Richtlijn dienen lidstaten bij de toepassing van hoofdstuk V uit te gaan van de definitie van gezinsleden van artikel 4. Hierboven hebben we laten zien dat artikel 4 en 16 Richtlijn geen ruimte bieden voor een additionele eis als een feitelijke gezinsband: leden van het kerngezin hebben een subjectief recht op gezinshereniging. Dat men heeft samengewoond voorafgaand aan het vertrek van de referent uit het herkomstland is geen vereiste, noch voor vluchtelingen, noch voor reguliere gezinsmigranten. Dat geldt zowel voor gezinshereniging als gezinsvorming. Omdat artikel 9 lid 2 niets anders doet dan gezinsvorming uitsluiten van de (verplicht) gunstige behandeling van vluchtelingen, kan hieruit niet worden afgeleid dat bij gezinshereniging van vluchtelingen strengere eisen aan de gezinsband mogen worden gesteld dan bij gezinshereniging van reguliere migranten. Ook de definitie van gezinsleden in artikel 2 sub d Gezinsherenigingsrichtlijn vereist geen specifieke gezinsband of samenleefsituatie van de gezinsleden. Artikel 2 sub h Definitierichtlijn doet dit evenmin.

In de zaak Chakroun wijst het Hof erop dat lidstaten hun handelingsvrijheid niet zo mogen gebruiken dat afbreuk wordt gedaan aan het doel van de richtlijn, namelijk de bevordering van gezinshereniging, en aan het nuttig effect daarvan. Aangezien gezinshereniging de algemene regel is, moeten de voorwaarden die lidstaten mogen stellen strikt worden uitgelegd.⁵² Dit betekent dat de toepassing van hoofdstuk V in

overeenstemming moet zijn met het doel om hun gezinsleven extra te beschermen vanwege de gedwongen vlucht uit het herkomstland.

Groenboek en gezinsband

Dat ook de regering zich ervan bewust is dat het vereiste van samenwonen op het moment van vertrek van de referent uit het herkomstland niet overeenstemt met de Gezinsherenigingsrichtlijn, gaf ze te kennen bij de totstandkoming van haar reactie op het Groenboek van de Commissie over de Gezinsherenigingsrichtlijn. In haar concept-reactie beantwoordde ze de vraag of de mogelijkheid moest blijven bestaan van artikel 9 lid 2 "om de toepassing te beperken tot vluchtelingen wier gezinsbanden dateren van vóór hun binnenkomst op het grondgebied van een lidstaat" in eerste instantie bevestigend. Frappant genoeg stelde de regering in één adem voor om het criterium strenger te maken door uitsluitend gezinsleden die tot aan het vertrek van de gezinshereniger uit het herkomstland feitelijk tot het gezin hebben behoord voor de gunstiger voorwaarden in aanmerking te laten komen.⁵³ Nadat de Eerste Kamer de regering vroeg of ze met dit wijzigingsvoorstel erkende dat de huidige Nederlandse voorwaarde in strijd is met de richtlijn, verdween het pleidooi uit de kabinetsreactie.⁵⁴ Als argument hiervoor gaf de minister dat hij geen aanscherping voorstelde en elk misverstand hierover wilde voorkomen.⁵⁵ Het is echter aannemelijker te denken dat de minister niemand bij de Commissie in Brussel of bij de Nederlandse advocatuur of rechterlijke macht wakker wilde maken.

De rechter en de waterscheiding

Dat de Nederlandse criteria voor nareizigers nog niet zijn getoetst aan de Gezinsherenigingsrichtlijn, vloeit voort uit de illusie dat het Unierecht ruimte biedt voor de typisch Nederlandse waterscheiding (het wederzijds uitsluitende onderscheid tussen asiel- en regulier migratierecht).⁵⁶ Een dergelijke scheiding kent het Unierecht niet.⁵⁷ Om haar stelling dat de afgeleide asielstatus vanwege de gunstiger rechtspositie buiten de reikwijdte van de richtlijn valt kracht bij te zetten, verwijst de Afdeling naar artikel 9 lid 3 Richtlijn, dat bepaalt dat de richtlijn de toekenning van een vluchtelingenstatus aan gezinsleden onverlet laat.⁵⁸

Deze opvatting strookt niet met het gegeven dat de regering met de omzetting van de richtlijn de afgeleide asielstatus zelf onder haar reikwijdte heeft gebracht. Daarnaast verplicht de richtlijn weliswaar niet tot het verlenen van een bepaalde status, maar biedt de Nederlandse wet gezinsleden geen alterna-

50 Raadsdocument 8118/01, 25 april 2001, p. 13; COM (2002) 225 van 2 mei 2002, p. 9, ve02000376.

51 Staatsblad 2004, nr. 496, p. 25, ve04001708.

52 HvJEU, 4 maart 2010, C-578/08 (Chakroun), paragraaf 43, ve10000350.

53 Zie Concept kabinetsreactie Groenboek Gezinshereniging als bijlage bij de brief van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel aan de voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 18 januari 2012.

54 Brief van de voorzitter van de vaste commissie voor immigratie en asiel/JBZ-raad aan de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 22 februari 2012, kenmerk 149624.03u, p. 5-6.

55 Brief van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 5 maart 2012, kenmerk 2012-0000118211.

56 Zie ABRvS van 10 december 2002 LJN: BJ2153, JV 2003/46 m.nt. P. Boeles, ve03000023.

57 Zie ook H. Battjes, 'De waterscheiding en het Europese asielrecht', A&MR 2010, nr. 2, p. 56-58, ve10000543.

58 ABRvS, 12 maart 2008, LJN:BC7140, JV 2008/176, ve08000514; NAV 2008/19 m.nt. Strik; RV 2008/24 m.nt. Olivier.

tief voor de afgeleide asielstatus overeenkomstig de eisen van de richtlijn. Nareizigers die binnen drie maanden om gezinshereniging verzoeken maar niet voldoen aan de extra eisen van de feitelijke gezinsband, krijgen te maken met de voorwaarden ten aanzien van de (hoge) leges, de machtiging voor voorlopig verblijf en het inkomen. Een inkomenseis stellen is zonder meer in strijd met artikel 12 lid 1 Richtlijn. Toepassing van de overige twee eisen mag in elk geval geen belemmering vormen voor de uitoefening van het recht op gezinshereniging. Dit voorjaar oordeelde het Hof dat de hoge leges voor de langdurig-ingezetenenstatus onverenigbaar zijn met Richtlijn 2003/109, omdat ze de Unierechtelijke aanspraak op deze status kunnen belemmeren.⁵⁹ De Afdeling heeft deze redenering van toepassing verklaard op de leges voor gezinshereniging, omdat ze het nuttig effect aan de Gezinsherenigingsrichtlijn kunnen ontnemen.⁶⁰ Zowel de leges als het mvv-vereiste behoren niet tot de (materiële) voorwaarden die lidstaten op grond van artikel 4 lid 1 Richtlijn mogen stellen bij de uitoefening van het recht op gezinshereniging.⁶¹ Lidstaten mogen hun handelsvrijheid niet zo gebruiken dat afbreuk wordt gedaan aan het doel van de richtlijn, namelijk de bevordering van gezinshereniging, en aan het nuttig effect daarvan.⁶² De nadruk die considerans nr. 8 Richtlijn legt op de noodzaak van gunstiger voorwaarden voor gezinsleden van vluchtelingen impliceert dat dit nuttig effect bij gezinsleden van vluchtelingen nog sneller zal zijn aangetast dan bij gezinsleden van reguliere migranten.

De regering zal deze 'reguliere' voorwaarden voor de groep nareizigers dus moeten aanpassen als ze de criteria voor de afgeleide asielstatus onveranderd wil laten. Maar dan nog is het de vraag of het toelaatbaar is om zonder rechtvaardigingsgrond een onderscheid te maken tussen nareizigers die recht hebben op een afgeleide asielstatus en nareizigers die alleen voor een verblijfsvergunning regulier in aanmerking komen. Voordat een rechter eraan toekomt om dergelijke vragen te beantwoorden, zal hij echter eerst de stap moeten zetten om de afgeleide asielstatus te toetsen aan de Gezinsherenigingsrichtlijn. Deze stap staat los van de grond waarop de asielstatus is verleend. Want hoewel lidstaten niet verplicht zijn de richtlijn toe te passen op ook subsidiair of anderszins beschermden, mogen ze dit wel. Nederland heeft daarvan gebruik gemaakt, om geen belang bij doorprocederen voor een 'hogere' status te creëren en zo het systeem van de uniforme asielstatus te beschermen.⁶³

Peildatum gezinsband

Door de voorwaarde van de feitelijke gezinsband alleen te toetsen aan het UNHCR handboek, wordt de extra bescherming die de richtlijn en het Unierecht aan nareizigers biedt, miskend.⁶⁴ Tot nu volgen lagere rechters de Afdeling hierin. Ten

aanzien van de peildatum voor het bepalen van een feitelijke gezinsband gaf de rechtbank Roermond wel blijk van zijn onvrede met de uitkomst van zijn beperkte toets aan de nationale wetgeving. Het gevolg was namelijk dat een Somalisch echtpaar, gehuwd in Saoedi-Arabië, zich niet kon herenigen in Nederland hoewel de echtgenoot uit Saoedi-Arabië was gedeporteerd naar Somalië. De rechtbank zag zich geen andere mogelijkheid dan het beroep tegen de weigering van een afgeleide asielstatus ongegrond te verklaren, maar liet in de formulering doorschemeren er begrip voor te hebben dat de regelgeving op dit punt 'als oneerlijk wordt ervaren'.⁶⁵ Met een toets aan de Gezinsherenigingsrichtlijn (en het doel daarvan) had de rechtbank tot een ander oordeel moeten komen. In elk geval had hij aan het Hof van Justitie om uitleg kunnen vragen van de betekenis en reikwijdte van artikel 9 lid 2 Richtlijn en naar de toelaatbaarheid van de aanvullende eisen die Nederland stelt aan een gezinsband. Omwille van de effectiviteit van de richtlijn en de harmonisatie van het gezinsherenigingsrecht kan dit begrip niet op nationaal niveau naar eigen inzicht mag worden ingevuld. Dit geldt eveneens voor het in artikel 16 lid 1 sub b genoemde begrip "werkelijk gezinsleven".

Individuele afweging

Ook als de voorwaarden die lidstaten wel mogen stellen niet zijn vervuld, is een automatische afwijzing in strijd met de richtlijn.⁶⁶ Artikel 5 lid 5 en artikel 17 leggen lidstaten op om alle individuele belangen zorgvuldig te wegen en daarbij 'terdege' rekening te houden met het belang van het kind, conform artikel 24 lid 2 Handvest. Voor een juiste omzetting van de richtlijn moet deze verplichte belangenafweging in een algemeen verbindende maatregel zijn opgenomen, en de afweging zelf toetsbaar terugkomen in de motivering van de beslissing.

Conclusie

Zowel het IVRK als het EVRM en het Unierecht verzetten zich tegen de toepassing van het criterium van de feitelijke gezinsband. Hoewel de betekenis van de Gezinsherenigingsrichtlijn al behoorlijk is doorgedrongen tot de Nederlandse rechtspraktijk, profiteren vluchtelingen en hun gezinsleden hier nog nauwelijks van. De Nederlandse wetgever kiest voor een incorrecte omzetting van de Gezinsherenigingsrichtlijn en de rechterlijke macht toont zich tot nu toe beducht voor een deugdelijke toets aan het Unierecht. Hetzelfde probleem is zichtbaar bij de aanspraak bij de toetsing aan artikel 8 EVRM. Het EHRM heeft zich eerder uitgesproken tegen de toepassing van het feitelijke-bandcriterium in het regulier migratierecht, maar de invloed van artikel 8 EVRM is bij nareis tot een minimum beperkt. Ook de specifieke eigen rechtspositie van minderjarigen zoal neergelegd in het IVRK, staat op gespannen voet met het feitelijke-bandcriterium. Bij het gebruik van het criterium van de feitelijke band staat het belang van de staat voorop, waar de belangen van de kinderen juist de hoogste prioriteit behoren te hebben.

59 HvJ 26 april 2012, C-508/10, JV 2012/307 m.nt. C.A. Groenendijk, ve12001031.

60 ABRvS 9 oktober 2012, zaak nr. 201008782/1/V1, LJN:BY0145, ve12002055.

61 Zie ook P. Boeles, 'Een niet formalistisch mvv-vereiste', A&MR 2011, nr. 10, pp. 454-458, ve11003175.

62 HvJ C-578/08 (Chakroun), JV 2010/177, m.nt. C.A. Groenendijk, r.o. 43, ve10000350.

63 Zie Staatsblad 2004, nr. 496, p. 25 transponeringstabel: artikel 3 lid 2 is niet geïmplementeerd. Op pagina 6 vermeldt de regering dat toepassing op anderszins beschermden is toegestaan, op pagina 20 en 21 staat dat ze hiervan gebruik maakt.

64 ABRvS van 19 oktober 2010, LJN:BO1555, JV 2010/471, m.nt. P. Boeles, ve10001822.

65 Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Roermond, AWB 11/17369, LJN:BU5818, r.o. 7, ve11002975.

66 HvJEU van 4 maart 2010, C-578/08 (Chakroun), r.o. 47 en 48, JV 2010/177 m.nt. Groenendijk, ve10000350.